

Publieke taken en privaatrecht

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Preadviezen Jonge VAR 2021

J.C.L. de Bruijn

V.A. van Waarde

20

ISBN 978-94-6212-684-8



9 789462 126848 >

Publieke taken en privaatrecht

Jonge VAR-reeks

20

Publieke taken en privaatrecht

Preadviezen uitgebracht door

J.C.L. de Bruijn

V.A. van Waarde

Voor de bijeenkomst

van de Jonge VAR

op 17 december 2021

Boom juridisch

Den Haag

2022

© 2022 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-684-8

ISBN 978-90-5189-851-4 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Ombudsman en ontstatelijking	9
Mr. J.C.L. de Bruijn	
Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht	71
Mr. V.A. van Waarde	

Voorwoord

De twintigste editie van Jonge VAR vond in 2021 plaats aan het einde van het jaar, namelijk op 17 december 2021. Helaas was het opnieuw noodzakelijk om digitaal bijeen te komen, als gevolg van de op dat moment geldende coronamaatregelen. Desalniettemin was het een zeer geslaagde vergadering. En dat was niet in de laatste plaats het resultaat van twee heel mooie preadviezen, die gezamenlijk werden gepresenteerd onder de titel ‘Publieke taken en privaatrecht’, wat ook de titel is van het boek dat u nu in handen heeft.

De eerste bijdrage is geschreven door Joanne de Bruijn die werkzaam is als advocaat stagiair bij La Gro Geelkerken Advocaten. Als titel kreeg haar stuk ‘Ombudsman en ontstatelijking’. Daarin beschrijft Joanne dat er taken worden uitgevoerd door privaatrechtelijke organisaties die door burgers worden ervaren als overheids-taken en die diep kunnen ingrijpen op het leven van die burgers, zoals het geval is bij reclasseringorganisaties. Burgers klagen soms over het handelen van die organisaties bij de Ombudsman en dan komt al snel de vraag op of de Ombudsman die klachten mag behandelen. Hij oordeelt immers over handelen van *bestuursorganen*. De bestuursrechter is erg terughoudend met het aanmerken van privaatrechtelijke organisaties als bestuursorgaan en Joanne behandelt de vraag of de Ombudsman hem daarin moet volgen of juist een eigen koers moet varen.

Het tweede preadvies is afkomstig van Veerle van Waarde, die promoveert aan de UvA. Zij beschrijft revolverend overheids-geld in het privaatrecht. In haar preadvies schrijft zij over ontstatelijking doordat overheden revolverende fondsen oprichten in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Van daaruit worden dan allerlei maatschappelijke opgaven gefinancierd en gestimuleerd, zoals de energietransitie. In plaats van daarop heel kritisch te zijn (de overheid hoort niet te opereren in een privaatrechtelijk jasje, zo gaan allerlei belangrijke publiekrechtelijke waarborgen verloren!) heeft Veerle een andere aanvliegroete gekozen. Zij heeft onderzocht of er binnen het privaatrecht waarborgen gelden die vergelijkbaar zijn met de eisen die vanuit de rechtsstaatgedachte worden gesteld aan overheden die handelen als bestuursorgaan. Als dat zo is, is er wellicht geen reden tot zorg.

Met veel genoegen kijkt het VAR-bestuur terug op de goed bezochte en geanimeerde bijeenkomst van de Jonge VAR. Het verslag daarvan is opgesteld door Luuk den Hertog en Marc Wever en is gepubliceerd in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* (2022/6). In datzelfde NTB-nummer schreven Niels Jak (2022/2) en Jelle Roelfsema (2022/4) recensies bij de preadviezen. Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs hartelijk voor hun mooie preadviezen, de gasten voor hun bijdragen aan de discussie en de verslagleggers en recensenten voor hun inspanningen.

Namens het VAR bestuur,
Willemien den Ouden

Ombudsman en ontstatelijking

Mr. J.C.L. de Bruijn*

I	Inleiding	II
1.1	Aanleiding preadvies	II
1.2	Opbouw preadvies	14
1.3	Afbakening onderzoek en terminologie	14
2	De ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip	17
2.1	Inleiding	17
2.2	Het b-bestuursorgaanbegrip in theorie	17
2.2.1	Het wettelijk b-orgaan	17
2.2.2	Het buitenwettelijk b-orgaan: de publieke-taakjurisprudentie	18
2.3	Het b-bestuursorgaanbegrip: de huidige koers	20
2.3.1	Het wettelijk b-orgaan	20
2.3.2	Het buitenwettelijk b-orgaan	21
2.4	Waardering van de huidige koers	25
2.5	Voorbij het bestuursorgaanbegrip?	27
2.6	Tussenconclusie	30
3	De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip	33
3.1	Inleiding	33
3.2	Hoe ver reikt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman?	33
3.3	Koppeling bevoegdheid Nationale ombudsman aan bestuursorgaanbegrip: onwenselijk?	35
3.4	De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip in de praktijk	38
3.4.1	Wettelijke overheidstaak lijkt voldoende	38
3.4.2	Sociaal domein: college blijft verantwoordelijk	40
3.5	Tussenconclusie	42
4	Ombudsmaninstituut & ontstatelijking: het internationale perspectief	43
4.1	Inleiding	43
4.2	Het International Ombudsman Institute: de ombudsman als ‘one stop shop’	43
4.3	De Commissie van Venetië: de Venice Principles	45

* Joanne de Bruijn is werkzaam als advocaat bij La Gro Geelkerken Advocaten te Leiden. Dit preadvies is een vernieuwde weergave van de masterscriptie van de auteur. De auteur dankt Willemien den Ouden voor haar waardevolle commentaar en suggesties.

4.4	In de praktijk: van woorden naar daden?	47
4.5	Tussenconclusie	50
5	Op naar een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman	51
6	Afsluiting	59
	Geraadpleegde literatuur	61

I Inleiding

1.1 Aanleiding preadvies

In Nederland wordt het reclasseringswerk uitgevoerd door drie reclasseringsorganisaties (hierna: de 3RO): Stichting Reclassering Nederland (RN), Stichting Verslavingsreclassering GGZ (SVG) en Stichting Leger des Heils Jeugdbescherming & Reclassering (LJ&R). De 3RO zijn onafhankelijke privaatrechtelijke entiteiten met een eigen beleid, maar dat neemt niet weg dat de overheid veel invloed uitoefent op de 3RO. De Minister van Justitie en Veiligheid is verantwoordelijk voor de 3RO en zij worden grotendeels gefinancierd door dit ministerie.¹ Bovendien zijn de 3RO als gevolg van de decentralisaties in het sociaal domein nauwer gaan samenwerken met gemeenten.² Ten slotte moeten de 3RO de regels van de Reclasseringsregeling 1995 in acht nemen, waarin tevens de reclasseringswerkzaamheden zijn neergelegd. Dit zijn taken die dicht aanliggen tegen typische overheidstaken, zoals het geven van advies aan het Openbaar Ministerie (OM) en de rechterlijke macht en het houden van toezicht op daders en verdachten.³ Het uitvoeren van deze taken kan diep ingrijpen op het leven van mensen. Zo kan een reclasseringsadvies leiden tot het opleggen van bijzondere voorwaarden zoals elektronisch toezicht of tot terugkeer naar de gevangenis. Daarmee rijst de vraag wat de rol van het publiekrecht is bij het uitvoeren van de reclasseringswerkzaamheden. Hoe is het handelen van de 3RO daarin genormeerd? Ook de vraag naar de rechtsbescherming is belangrijk: waar kan de burger terecht als hij ontevreden is over de uitvoering van de reclasseringswerkzaamheden?

Om bij de bestuursrechter terecht te kunnen moet een reclasseringsorganisatie kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan. De bevoegdheid van de bestuursrechter is immers gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip; slechts tegen besluiten genomen door bestuursorganen staat bij de bestuursrechter beroep open (art. 8:1 jo. art. 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)). Een privaatrechtelijke partij kan worden aangemerkt als bestuursorgaan voor zover deze is bekleed met enig openbaar gezag als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. De bestuursrechter vereist hiervoor in beginsel een wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechts-subjecten.⁴ In een uitspraak van 13 januari 2015 oordeelde de bestuursrechter dat Stichting Reclassering Nederland niet kan worden aangemerkt als bestuursor-

1 www.reclassering.nl/over-de-reclassering/organisatie.

2 Bac & Poort, *Sancties* 2019/59.

3 Art. 8 Reclasseringsregeling 1995.

4 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133. Zie par. 2.2.2.

gaan, omdat met het uitvoeren van de reclasseringstaken zoals neergelegd in artikel 8 en 9 Reclasseringsregeling 1995⁵ geen openbaar gezag wordt uitgeoefend.⁶ Bij de bestuursrechter lijkt de burger dus niet aan het juiste adres.

Deze casus is een concreet voorbeeld van de rechtsbeschermingsproblematiek rondom het fenomeen van ‘ontstatelijking’. Bij ontstatelijking spreekt men van een verschuiving tussen de grenzen van het publiekrecht en het privaatrecht.⁷ Publieke taken worden sinds jaar en dag geprivatiseerd en uitbesteed aan private partijen. In de moderne netwerksamenleving lijkt het bestuur daar een hernieuwde belangstelling voor te ontwikkelen; er wordt meer dan ooit gezocht naar samenwerking met private partijen.⁸ Zo wordt de verwezenlijking van publieke belangen op steeds meer deelreinen ‘ontstatelijk’: van gemeenten die private zorgaanbieders inschakelen om besluiten in het sociaal domein feitelijk uit te voeren tot het inzetten van privaatrechtelijke rechtspersonen en groepen burgers bij het verstrekken van publieke gelden.⁹ Deze toenemende ontstatelijking en de invloed daarvan op rechtsstatelijke kernwaarden staat in internationaal verband volop in de schijnwerpers. Zo stelde de Commissie van Venetië de mate waarin private actoren voldoen aan de eisen van de rechtsstaat aan de orde in haar in 2016 opgestelde *Rule of Law Checklist* voor de beoordeling van de mate van rechtsstatelijkheid van staten.¹⁰ Ook in de nationale literatuur krijgt de problematiek steeds vaker de aandacht.¹¹

In deze discussie rijst de vraag in hoeverre publiekrechtelijke normering van en bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen handelen van private partijen die publieke taken uitvoeren, is gewaarborgd. Zowel de normering als de rechtsbescherming is gekoppeld aan het b-bestuursorgaanbegrip, dat door wetgever en bestuursrechter principieel en strikt wordt uitgelegd. Vanuit de uniformerende en systematiserende functie van het bestuursorgaanbegrip is een dergelijke goed hanteerbare en formele uitleg wenselijk, onder meer omdat de rechtszekerheid daarmee gediend is. Onder de huidige invulling worden private partijen die geen wettelijke publiekrechtelijke bevoegdheid, oftewel wettelijk openbaar gezag, hebben toegekend gekregen echter zelden aangemerkt als b-bestuursorgaan.¹² Dit heeft diverse onwenselijke gevolgen vanuit normerings- en rechtsbeschermingsoogpunt. De burger die niet terecht kan bij de bestuursrechter, is aangewezen op

5 Het gaat hier om het verstrekken van adviezen en informatie binnen de sfeer van de voorwaardelijke invrijheidstelling, het houden van toezicht op de naleving van opgelegde voorwaarden of ontzetting van rechten en het uitvoeren van taakstraffen en andere straffen of maatregelen.

6 Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 8-10. Voor zover bekend is er geen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Zie ook par. 2.3.1.

7 Zijlstra, NTB 2018/54, p. 313.

8 Van den Berge, RM Themis 2018/4; Den Ouden, NTB 2016/52, p. 387; Van Rijn van Alkemade 2019, p. 624.

9 Jak 2019, p. 101. Voor de behartiging van publieke taken door privaatrechtelijk vormgegeven revoluerende fondsen verwijs ik naar het preadvies van mijn mede-preadviseur Van Waarde.

10 Jak 2019, p. 103; Commissie van Venetië van de Raad van Europa, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007rev.

11 Zie onder meer S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht* (VAR-reeks 156), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016; R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018; B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

12 Zie par. 2.3.

de civiele rechter, die als minder toegankelijk en laagdrempelig wordt beschouwd en bovendien geen algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb's) toepast op niet-bestuursorganen.¹³ Dit 'verdwijningsgevaar' dreigt ook voor andere publiekrechtelijke normen dan de abb's.¹⁴ Verder kunnen overheden misbruik maken van de strikte uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip door de relatie met een private partij zo te construeren dat deze niet wordt aangemerkt als b-bestuursorgaan.¹⁵ Dat heeft voor hen als voordeel dat er geen laagdrempelige rechtsbescherming openstaat en dus het voordeel van minder geschillen en controle door de rechter. In de literatuur worden allerlei oplossingen aangedragen om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden en publiekrechtelijke normering te bewerkstelligen, waarbij auteurs zich afvragen of het bestuursorgaanbegrip als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 Awb nog houdbaar is.¹⁶

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming omvat meer dan de rechtsbescherming door de bestuursrechter: de Nationale ombudsman vervult een belangrijke rol als aanvullende rechtsbescherming. Zijn bevoegdheid om klachten te behandelen is vanuit de hiervoor genoemde harmoniserings- en systematiseringsgedachte eveneens gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip (art. 1a Wet Nationale ombudsman (WNo) jo. art. 9:18 Awb). Aangezien de 3RO bij het uitvoeren van de reclasseringstaken niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorganen, is de Nationale ombudsman strikt genomen niet bevoegd om een klacht daarover in behandeling te nemen. De ontevreden burger uit de casus over de 3RO lijkt dus ook bij de Nationale ombudsman achter het net te vissen.

In tegenstelling tot de bestuursrechter lijkt de Nationale ombudsman te zijn vergeten in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstating.¹⁷ Als gevolg van de ontstating ontvangt de Nationale ombudsman steeds vaker klachten over de uitvoering van publieke taken door private partijen, waaronder de 3RO. In dergelijke situaties worstelt de Nationale ombudsman met zijn bevoegdheid. De restrictieve uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip brengt mee dat de Nationale ombudsman niet bevoegd is indien de private partij geen openbaar gezag uitoefent. Dat is onwenselijk, omdat de Nationale ombudsman anders dan de bestuursrechter niet gebonden is aan het besluitbegrip: hij oordeelt over *gedragingen* van bestuursorganen. Gedragingen omvatten niet alleen Awb-besluiten, maar ook privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen.¹⁸ Als aanvullende rechtsbescherming oordeelt de Nationale ombudsman juist

13 HR 4 april 2003, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommen (RZG/Conformed).

14 Bepaalde bijzondere wetten zoals de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) zijn niet van toepassing indien een private partij geen b-orgaan is. Den Ouden, NTB 2016/52, p. 391.

15 Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000; Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145; Van den Brink 2018.

16 Jak 2019; Jak, NTB 2018/49; Van den Brink & Den Ouden 2019; Den Ouden, NTB 2018/10. Zie ook het recent verschenen VAR-preadvies van J.E. van den Brink 'Publiek geld als pleister op de corona-wonde', in: J.P. Loof e.a., Bestuursrecht in crisistijd (VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021.

17 Het blijft veelal bij de constatering dat de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het b-bestuursorgaanbegrip spanningen oplevert, zie o.a. Peters, NTB 2014/22.1 en Den Ouden, NTB 2016/52, p. 391. Anders: Jak 2014; De Greef, JBplus 2020/2.

18 Jak 2014, p. 111-112.

met name over gedragingen van private partijen die niet bestaan uit de uitoefening van openbaar gezag.¹⁹ Bovendien valt het uitvoeren van de taken door de 3RO wel degelijk onder de verantwoordelijkheid van de overheid en kan het, zoals hiervoor reeds geïllustreerd, evenzeer ingrijpende gevolgen hebben voor de burger.

Vastgesteld kan dus worden dat door de toenemende ontstatelijking steeds meer klassieke overheidstaken worden uitgevoerd door private rechtspersonen die niet kunnen worden aangemerkt als bestuursorgaan, waardoor de Nationale ombudsman niet meer kan oordelen over gedragingen bij de uitvoering van die taken. Naar aanleiding van deze onderbelichte problematiek doe ik in dit preadvies onderzoek naar de wijze waarop de Nationale ombudsman omspringt met zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en naar uitbreidingsmogelijkheden van deze bevoegdheid. Ik hoop met dit preadvies een bijdrage te leveren aan de geschetste discussie over ontstatelijking, meer in het bijzonder aan de discussie over de houdbaarheid van het bestuursorgaanbegrip.

1.2 Opbouw preadvies

In hoofdstuk 2 ga ik in op de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Ik vang aan met het b-bestuursorgaanbegrip in theorie en analyseer en evalueer vervolgens de wijze waarop de bestuursrechter het b-bestuursorgaanbegrip in de praktijk invult. In hoofdstuk 3 ga ik dieper in op de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het b-bestuursorgaanbegrip. Daarbij komt onder meer aan bod hoe de Nationale ombudsman aankijkt tegen zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en onderzoek ik hoe hij in de praktijk omspringt met deze bevoegdheid. In hoofdstuk 4 bespreek ik de internationale visie op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren en onderzoek ik welke inspiratie aan deze visie kan worden ontleend. In hoofdstuk 5 evalueer ik verschillende ‘oplossingen’ voor de te beperkte bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Hoofdstuk 6 bevat een conclusie van mijn bevindingen.

1.3 Afbakening onderzoek en terminologie

Allereerst dient te worden vermeld dat in dit preadvies niet zal worden ingegaan op kwesties zoals de reikwijdte van de bevoegdheid en het toepassen van de bepalingen uit hoofdstuk 9 Awb over klachtbehandeling, mocht de bevoegdheid van de Nationale ombudsman kunnen worden uitgebreid. Het gaat dus bijvoorbeeld niet over de vraag of de Nationale ombudsman zijn huidige onderzoeksbevoegdheden een-op-een zou kunnen toepassen op private partijen die publieke taken uitvoeren. Ik onderzoek de mogelijkheid en wenselijkheid van een eventuele uitbreiding

¹⁹ Nationale ombudsman 2000, p. 13; Fernhout 2002, p. 167-168; Nationale ombudsman 2007, p. 134; Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5.

van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren *an sich*.

Dan een toelichting op het gebruik van het begrip ‘publieke taak’ in dit preadvies. Het begrip ‘publieke taak’ is in het verleden gebruikt als criterium voor het al dan niet aanmerken van een private partij als b-bestuursorgaan door de bestuursrechter. Dat heeft echter geleid tot stevige kritiek.²⁰ Het is een weinig vastomlijnd begrip en dus een vaag criterium en er bestaat onenigheid over de invulling ervan. Anderzijds kan het begrip ‘publieke taak’ ook worden gebruikt vanuit het perspectief van de burger. Er wordt dan bedoeld op het uitoefenen van een bevoegdheid of het uitvoeren van een taak die de burger rekent tot het domein van de overheid. Deze definitie is in lijn met de hiervoor in paragraaf 1.1 aangestipte *Rule of Law Checklist* van de Commissie van Venetië waarin wordt gesproken van taken die traditioneel gezien tot het domein van de overheid behoren en een vergelijkbare impact hebben op burgers als het optreden van de klassieke overheid.²¹ Ik geef toe dat deze definitie eveneens weinig vastomlijnd is, maar het is mij niet te doen om de precieze afbakening. Op de laatstgenoemde wijze wordt het begrip ‘publieke taak’ in dit preadvies dan ook gebruikt.

²⁰ Zie o.a. Zijlstra 2008, p. 69-73. Par. 2.2.2 gaat hier dieper op in.

²¹ Commissie van Venetië van de Raad van Europa, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007rev; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 348-349.

2 De ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip

2.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 1 aangestipt, zijn aan het al dan niet kwalificeren van een private partij als b-bestuursorgaan belangrijke consequenties verbonden op het gebied van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering. Ten eerste kan alleen een bestuursorgaan besluiten nemen in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, waarvan alleen de bestuursrechter in beginsel bevoegd is kennis te nemen. Ten tweede zijn bestuursorganen gebonden aan de normen van de Awb.²² Tot slot wordt het bestuursorgaanbegrip ook gehanteerd in een aantal bijzondere wetten, zoals de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en de WNo. Het bestuursorgaanbegrip vormt in die wetten het begin van de afbakening van de reikwijdte daarvan.²³ Het is daarom van belang om stil te staan bij de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip, dat een bewogen historie kent en waarover bestuursrechtjuristen zich nog altijd het hoofd breken. In paragraaf 2.2 vang ik aan met het b-bestuursorgaanbegrip in theorie. In paragraaf 2.3 onderzoek ik vervolgens hoe de bestuursrechter in de praktijk omspringt met het b-bestuursorgaanbegrip. In paragraaf 2.4 waardeer ik de huidige koers van de bestuursrechter vanuit het vertrekpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van de burger. Gezien de hedendaagse stand van zaken vragen bestuursrechtjuristen zich af of het bestuursorgaanbegrip nog wel houdbaar is, een vraag waar ik in paragraaf 2.5 op inga. In paragraaf 2.6 volgt een tussenconclusie.

2.2 Het b-bestuursorgaanbegrip in theorie

2.2.1 Het wettelijk b-orgaan

Privaatrechtelijke partijen worden aangemerkt als b-bestuursorgaan voor zover zij met enig openbaar gezag zijn bekleed in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. Openbaar gezag wordt volgens de bestuursrechtelijke doctrine in beginsel slechts

²² Voor wat betreft de publiekrechtelijke normering bestaat er een belangrijk verschil tussen a-organen en b-organen. A-organen zijn voor al hun handelingen gebonden aan de normen van de Awb, inclusief feitelijke en privaatrechtelijke handelingen. B-organen zijn slechts gebonden aan de normen van de Awb voor zover zij openbaar gezag uitoefenen. De Poorter, in: T&C Awb 2019, art. 1:1 Awb, aant. 3; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 226; Peters & Zijlstra 2008, p. 113.

²³ Jak 2014, p. 56 en p. 110. Hoofdstuk 3 gaat dieper in op de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.

bij wettelijk voorschrift toegekend. De achterliggende gedachte hiervan is het legaliteitsbeginsel: overheidsoptreden dat ingrijpt in de rechten en plichten van burgers moet een grondslag in de wet hebben.²⁴ Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb valt op te maken dat de Awb-wetgever bij de invulling van het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ expliciet aansluiting heeft gezocht bij de voorloper van de Awb, de Wet Arob. Het moet gaan om ‘een orgaan met een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten’.²⁵ Enigszins verwarrend is het feit dat verderop in de memorie van toelichting een andere definitie wordt gehanteerd voor het criterium, namelijk dat ‘aan een orgaan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend’.²⁶ Gezien de eerstgenoemde definitie zou men zich kunnen afvragen wat de toegevoegde waarde van de overheidstaak is, zo overweegt zowel Zijlstra als Jak.²⁷ In ieder geval lijkt deze passage te suggereren dat de wetgever een wettelijke overheidstaak op zichzelf onvoldoende acht om een instelling aan te merken als wettelijk b-orgaan.

2.2.2 Het buitenwettelijk b-orgaan: de publieke-taakjurisprudentie

Bij uitzondering kan een privaatrechtelijke rechtspersoon toch als b-orgaan worden aangemerkt, ook al is er geen sprake van bij wettelijk voorschrift toegekend openbaar gezag. Met name op het terrein van het ‘presterend’ bestuur, waarbij private partijen als doorgeefluik van financiële middelen fungeren, komt het voor dat het er alle schijn van heeft dat private partijen een overheidstaak uitvoeren, maar de wetgever geen wettelijk openbaar gezag heeft toegekend aan deze private partijen.²⁸ Om te voorkomen dat burgers als gevolg van deze privaatrechtelijke ‘vermomming’ van de overheid niet bij de bestuursrechter kunnen opkomen tegen de beslissingen van dergelijke private partijen, acht de bestuursrechter zich toch bevoegd indien is voldaan aan een aantal criteria die in de loop der jaren zijn ontwikkeld in de zogenoemde publieke-taakjurisprudentie.

De *Silicose*-uitspraak wordt gezien als funderende uitspraak voor de publieke-taakjurisprudentie in het Awb-tijdperk.²⁹ De jurisprudentie die daarna in het kader van het buitenwettelijk b-orgaan tot stand is gekomen wordt daarom ook wel *Silicose*-jurisprudentie genoemd. In deze jurisprudentie speelden drie criteria een rol: er moest sprake zijn van (1) een publieke taak en van (2) een inhoudelijke en (3) financiële band tussen overheid en private partij. Voornoemde criteria werden lang niet altijd even consistent en voorspelbaar toegepast door de bestuursrechter, waardoor steeds vragen bleven rijzen. Zo vroeg men zich af of de bestuursrechter

24 Huisman & Van Ommeren 2019, p. 227.

25 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133. Deze definitie is tot stand gekomen in de jurisprudentie van de bestuursrechter onder de Wet Arob.

26 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

27 Zijlstra 2008, p. 18; Jak 2014, p. 60-62.

28 Jak 2019, p. 104-105.

29 ABRvS 30 november 1995, AB Klassiek 2009/26, m.nt. G. Overkleef-Verburg (Stichting *Silicose Oudmijnwerkers*); J.A.F. Peters, annotatie bij ABRvS 17 september 2014, AB Klassiek 2016/42.

het criterium van de publieke taak wel als noodzakelijke voorwaarde beschouwde, waar de grens ligt bij de financiële relatie en wat de betekenis is van (institutionele) invloed van de overheid op de private rechtspersoon.³⁰ Onder meer de inconsistentie en onvoorspelbaarheid van de publieke-taakjurisprudentie leidden tot felle kritiek in de literatuur. De kritiek komt samengevat neer op het volgende: (1) strijd met het legaliteitsbeginsel; (2) rechtsonzekerheid door de vaagheid van de criteria; en (3) legitimatie van een ondoorzichtige wijze van overheidsorganisatie.³¹

Het verbaasde dus weinigen dat de voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) in 2014 een conclusie vroeg aan staatsraad advocaat-generaal Widdershoven met als doel ‘te komen tot een voor de rechtspraktijk goed hanteerbaar criterium, waarbij de ratio van de publieke-taakjurisprudentie niet uit het oog wordt verloren’.³² Widdershoven benadrukt in zijn conclusie de spanning die tussen deze twee wensen bestaat.³³ Het gaat hier om een spanning tussen een formele en een materiële invulling van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie. Een meer formele, strikte invulling van de criteria dient de rechtspraktijk en daarmee de rechtszekerheid. Het belang van de rechtsbescherming is daarentegen juist gediend bij een meer materiële, soepele invulling van de criteria. Daarmee kwalificeren private partijen immers snel als b-orgaan. Hier schemert het bovengenoemde kritiekpunt over de vaagheid van de criteria door. Deze vaagheid geldt met name voor het weinig vastomlijnde eerste criterium van de publieke taak. Widdershoven is het eens met dit kritiekpunt en stelt dat het publieke taak-criterium ongeschikt is om te kunnen fungeren als zelfstandig criterium.³⁴ Toch overweegt hij uiteindelijk dat de andere kritiekpunten kunnen worden gerelativeerd. Hij stelt het belang van de rechtsbescherming, de bestaansreden van de publieke-taakjurisprudentie, voorop.³⁵ Daarmee lijkt hij de voorkeur te geven aan een meer materiële invulling van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie.

In de welbekende 17 september-uitspraken volgt de Afdeling de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven nagenoeg volledig.³⁶ In deze uitspraken zijn de bestaande criteria van de publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt en iets aangescherpt. De Afdeling overweegt in deze uitspraken dat organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken bij wijze van uitzondering, ondanks het ontbreken van bij wettelijk voorschrift toegekend openbaar gezag, toch bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb kunnen zijn. Er moet dan zijn voldaan aan twee cumulatieve eisen. Ten eerste moeten de inhoudelijke

³⁰ Jak 2014, p. 74-77.

³¹ Zie o.a. Zijlstra 2008, p. 69-73. Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven zet de kritiek helder uiteen in zijn conclusie van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260.

³² Rb. Noord-Holland 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741 en Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2915.

³³ Concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.12.

³⁴ Concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.8-4.11.

³⁵ Concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 4.12.

³⁶ ABRvS 17 september 2014, AB Klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio) en ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters (Stichting Platform31).

criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb (het inhoudelijke vereiste). Ten tweede moet de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, worden gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder a Awb (het financiële vereiste).³⁷ In lijn met de conclusie van Widdershoven en de in de literatuur geuite kritiek overweegt de Afdeling dat de uitoefening van een overheids- of publieke taak geen zelfstandig criterium (meer) vormt om een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon als b-orgaan aan te merken.³⁸ Uit het inhoudelijke en financiële vereiste volgt reeds dat het gaat om het uitoefenen van een publieke taak.

2.3 Het b-bestuursorgaanbegrip: de huidige koers

2.3.1 Het wettelijk b-orgaan

Uit de jurisprudentie valt op te maken dat de bestuursrechter gevolg heeft gegeven aan het in paragraaf 2.2.1 besproken standpunt van de wetgever: hij maakt een duidelijk onderscheid tussen een wettelijk toegekende overheidstaak en een wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid. Zo oordeelde de bestuursrechter dat een waterleidingbedrijf waarvan de aandelen voor 100% in eigendom van de overheid waren, niet kon worden aangemerkt als b-bestuursorgaan. Met het uitvoeren van de in de Drinkwaterwet aan het waterleidingbedrijf toegekende taken werd namelijk geen openbaar gezag uitgeoefend.³⁹ Het uitvoeren van wettelijk toegekende overheidstaken kan echter evenzeer ingrijpende gevolgen hebben voor de burger. De reeds geïntroduceerde *Stichting Reclassering Nederland* houdt zich volgens de *Reclasseringsregeling 1995* onder meer bezig met het geven van advies aan het OM en de rechterlijke macht en het houden van toezicht op de uitvoering van werkstraffen en op verdachten en/of daders. Volgens de rechtbank kan de *Stichting* met het uitvoeren van deze taken echter niet eenzijdig de rechtspositie van andere (rechts)personen vaststellen, zodat geen sprake is van de uitoefening van enig openbaar gezag.⁴⁰ Dat oordeel gaat ook op voor stichting *Stek Jeugdhulp*, een zorgaanbieder die in opdracht van gemeenten in de regio Rotterdam jeugd- en opvoedhulp aanbiedt. Uit deze uitspraak blijkt dat alleen aan gecertificeerde instellingen als bedoeld in de *Jeugdwet* openbaar gezag toekomt, voor zover zij publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen zoals het uitvoeren van een onder-toezichtstelling. Jeugdhulpaanbieders zoals *Stek Jeugdhulp*, die op grond van de *Jeugdwet* kunnen worden ingeschakeld door gecertificeerde instellingen bij het feitelijk verlenen van jeugdhulp, hebben geen publiekrechtelijke bevoegdheden en

37 ABRvS 17 september 2014, AB Klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.1. (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*) en ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.3 (*Stichting Platform31*).

38 ABRvS 17 september 2014, AB Klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.2. (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

39 Rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3420 (*Waterleidingbedrijf Noord-Holland*).

40 Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 9-10.

zijn dus geen b-orgaan.⁴¹ Dat betekent dat tegen hun handelingen geen rechtsbescherming open staat bij de bestuursrechter voor burgers die daardoor worden geraakt.

Kortom: een wettelijk toegekende overheidstaak, ook als de uitvoering daarvan ingrijpende gevolgen kan hebben voor de burger, is onvoldoende om de private partij die met deze taak is belast aan te merken als wettelijk b-orgaan. Er moet ook sprake zijn van een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van de burger. De bestuursrechter geeft aldus een restrictieve invulling aan het begrip wettelijk openbaar gezag. In een dergelijke situatie komt de publieke-taakjurisprudentie in beeld; is er misschien sprake van een *buitenwettelijk b-bestuursorgaan*?

2.3.2 Het buitenwettelijk b-orgaan

Zoals besproken in paragraaf 2.2.2 kunnen private partijen op het terrein van het ‘presterend’ bestuur bij wijze van uitzondering, ondanks het ontbreken van bij wettelijk voorschrift toegekend openbaar gezag, toch als b-bestuursorganen worden aangemerkt indien is voldaan aan twee cumulatieve vereisten. Hoe past de bestuursrechter de criteria van de publieke-taakjurisprudentie in de praktijk toe?

Geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen

‘Prestierend’ bestuur mag zowel uit het verstrekken van geldelijke uitkeringen bestaan, als uit het verstrekken van op geld waardeerbare voorzieningen. Dat kan worden geïllustreerd door de zaak FMMU, een private partij die is belast met het nemen van beslissingen op verzoeken om toekenning van een hoog persoonlijk kilometerbudget (pkb) voor gehandicapten. Een hoog pkb is een op geld waardeerbare voorziening en de beslissing van FMMU is bepalend voor het recht van een burger daarop.⁴² Private zorgaanbieders die door gemeenten worden ingeschakeld om taken in het sociaal domein uit te voeren lijken echter vooralsnog buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie te vallen. In een uitspraak uit 2014 had appellante op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) hulp in de huishouding toegekend gekregen in de vorm van zorg in natura, verstrekt door een thuiszorgorganisatie. Volgens appellante kan de thuiszorgorganisatie worden aangemerkt als buitenwettelijk b-orgaan, waarbij zij onder meer verwijst naar een uitspraak over de rechtsvoorganger van FMMU, Argonaut BV. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) denkt daar anders over: ‘Een vergelijking met de beide door appellante aangehaalde uitspraken gaat niet op nu in die zaken sprake was van een

⁴¹ ABRvS 6 december 2017, AB 2018/98, m.nt. G.E. Creijghton-Sluyk & W.S. Zorg, r.o. 3.5.

⁴² CRvB 15 augustus 2018, Gst. 2018/142, m.nt. N. Jak (FMMU). Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven overwoog overigens in zijn conclusie van 23 juni 2014 reeds dat de indicatiestelling door Argonaut BV, de rechtsvoorganger van FMMU, presterend bestuur betreft: ‘[H]et oordeel van Argonaut dat een burger kwalificeert voor een hoog pkb [is] bepalend voor het recht van de burger jegens de vervoerder (Transvision) op bovenregionaal taxivervoer voor gehandicapten en dus (indirect) voor de ‘toekenning’ van een op geld waardeerbare voorziening.’ Zie concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.20.

geheel andere wettelijke en feitelijke situatie. (...).⁴³ Jak onderschrijft het oordeel van de CRvB. Volgens hem wordt met het nemen van beslissingen op verzoeken om toekenning van een hoog pkb immers eenzijdig de rechtspositie van andere rechtssubjecten bepaald, terwijl het bij de dienstverlening van de private zorgaanbieders gaat om privaatrechtelijke en feitelijke uitvoeringshandelingen.⁴⁴

De vraag rijst of de publieke-taakjurisprudentie ook bij ‘belastend’ bestuur kan worden toegepast. In een uitspraak uit 2018 weigerde het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) de publieke-taakjurisprudentie toe te passen op Taxi Centrale Schiphol (TCS), een zogenoemde toegelaten taxi-organisatie (TTO).⁴⁵ Om werkzaam te zijn op de Amsterdamse ‘opstapmarkt’ voor taxivervoer dient een taxichauffeur te beschikken over een door het college van burgemeester en wethouders verleende taxivergunning, die alleen wordt toegekend aan chauffeurs die zijn aangesloten bij een TTO met TTO-vergunning. Schorsing van de aansluiting van een taxichauffeur door een TTO heeft tot gevolg dat het college van burgemeester en wethouders de aan deze taxichauffeur verleende taxivergunning moet schorsen.⁴⁶ Volgens het Cbb kan de publieke-taakjurisprudentie gelet op het legaliteitsbeginsel alleen worden toegepast bij ‘presterend’ bestuur en niet bij ‘belastend’ bestuur.⁴⁷ De Afdeling heeft zich hier nog niet expliciet over uitgelaten. Enerzijds zou men kunnen beargumenteren dat uit de formulering van de criteria in de 17 september-uitspraken valt af te leiden dat de Afdeling zich op hetzelfde standpunt stelt, anderzijds lijkt de Afdeling in een recentere uitspraak te suggereren dat de publieke-taakjurisprudentie ook kan gelden buiten ‘presterend’ bestuur.⁴⁸ Wel kan worden vastgesteld dat de opvatting van het Cbb in lijn is met de in paragraaf 2.2.2 besproken conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widderhoven⁴⁹ en de parlementaire geschiedenis van de Awb.⁵⁰ In ieder geval heeft het onderhavige oordeel van het Cbb alle gevolgen van dien voor de gedupeerde taxichauffeur: hij zit met een onbruikbare taxivergunning en kan de (ingrijpende) beslissing van TCS die daartoe heeft geleid niet bij de bestuursrechter aanvechten.

Inhoudelijke vereiste

Het ogenschijnlijk eenvoudige inhoudelijke vereiste dat geldt voordat een buitenwettelijk b-bestuursorgaan kan worden aangenomen blijkt in de praktijk lastig te kunnen uitpakken. Zo valt uit de jurisprudentie op te maken dat daarvoor onvoldoende is dat een a-orgaan algemene regels heeft opgesteld voor het verstrekken van publieke middelen teneinde nadere invulling daarvan over te laten aan

43 CRvB 24 december 2014, Gst. 2015/46, m.nt. N. Jak, r.o. 4.3.

44 Jak, NTB 2018/49, p. 270-271. Anders: Klein Egelink & Vermaat, NTB 2015/43; Klein Egelink, NTB 2018/11.

45 Cbb 27 november 2018, Gst. 2019/34, m.nt. N. Jak.

46 N. Jak, annotatie bij Cbb 27 november 2018, Gst. 2019/34.

47 Cbb 27 november 2018, Gst. 2019/34, m.nt. N. Jak, r.o. 2.6.

48 ABRvS 18 mei 2016, AB 2016/246, m.nt. J.A.F. Peters. Toevallig gaat het in deze uitspraak ook om een private partij die opereert binnen de taxibranche, namelijk Stichting TX-Keur (STX). Hoewel STX geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen verstrekt, toetst de Afdeling toch aan de criteria van de publieke-taakjurisprudentie (waaraan overigens niet wordt voldaan). Volgens annotator Peters is de toets aan de publieke-taakcriteria niet op zijn plaats in deze zaak, aangezien STX niet fungeert als ‘doorgeefluik-constructie voor overheidsgelden’.

49 Concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.2, 3.3 en 3.9.

50 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

de private partij. In een van de 17 september-uitspraken staat *Stichting Platform31* centraal, die subsidies verstrekt voor onderzoeksprogramma's teneinde de kennisbasis voor stedelijk beleid te verhogen. Dat het onderzoek moet voldoen aan door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) gestelde algemene eisen acht de Afdeling onvoldoende bij het toetsen aan het inhoudelijke vereiste.⁵¹ Volgens Peters springt de Afdeling zo nonchalant om met het criterium: de NWO is een publiekrechtelijke rechtspersoon die a-organen oplevert en waarvan dus de vereiste zeggenschap zou kunnen uitgaan.⁵² Ook in een uitspraak uit 2015 over *Stichting Impuls* wordt het inhoudelijke vereiste zeer streng uitgelegd door de Afdeling. *Stichting Impuls* voert als exploitant van een buurthuis vrijwilligersactiviteiten uit en is daartoe belast met de financiering voor bewonersinitiatieven. In dit verband is een 'regiegroep' opgericht bestaande uit buurtbewoners. De Afdeling overweegt dat het dagelijks bestuur van het stadsdeel (een a-orgaan) voor het vereiste van het 'in beslissende mate' bepalen van de criteria waaraan de bewonersinitiatieven getoetst worden, niet kan volstaan met de algemene regels opgenomen in het Kader bewonersinitiatieven 2013. Dat de activiteiten ingevolge die regels gericht moesten zijn op het vergroten van de betrokkenheid van bewoners en het stimuleren van bewoners om bij te dragen aan leefbaarheid, sociale cohesie en een duurzame verbetering van de buurt, vond de Afdeling onvoldoende: de regiegroep kan zelf immers nadere criteria vaststellen.⁵³

In de hiervoor aangehaalde *Platform31*-zaak is de wijze waarop de Afdeling aan het inhoudelijke vereiste toetst bovendien nog op een ander aspect streng te noemen, zoals opgemerkt door Den Ouden & Van Amerongen.⁵⁴ De Afdeling lijkt namelijk geen waarde te hechten aan bij de betrokken overheden werkzame ambtenaren die deel uitmaken van de commissie die de onderzoeksvoorstellen beoordeelt.⁵⁵ De partij die de criteria officieel vaststelt dient een aanwijsbaar a-orgaan te zijn, zodat het materiële criterium van het inhoudelijke vereiste in de uitwerking een meer formele inkleuring krijgt.⁵⁶

Financiële vereiste

Ook het financiële vereiste blijkt in de praktijk complexer dan op papier. Dat kan worden geïllustreerd door de zaak *Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio* (hierna: *Stichting Schipholregio*), welke zaak de andere helft van de 17 september-uitspraken vormt. De *Stichting Schipholregio* heeft ten doel het bevorderen van de kwaliteit van de woon-, werk- en leefomgeving in de *Schipholregio* en verstrekt daartoe onder meer uitkeringen aan 'schrijnende gevallen'. De totale middelen van *Stichting Schipholregio* zijn voor twee derde afkomstig van a-organen. De onderhavige kwestie, schrijnende gevallen, werd echter gefinancierd door de N.V. Luchthaven Schiphol (voor meer dan 90% in handen van de Nederlandse overheid). *Schiphol* is geen a-orgaan, zodat volgens de Afdeling

51 ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting Platform31*), r.o. 5.5.

52 ABRvS 17 september 2014, AB Klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*).

53 ABRvS 13 mei 2015, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*), r.o. 5.2.

54 Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145.

55 ABRvS 17 september 2014, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting Platform31*), r.o. 5.5.

56 Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145.

niet is voldaan aan het financiële vereiste.⁵⁷ Huisman & Van Ommeren zetten vraagtekens bij de invulling van het financiële vereiste: ‘Het zou toch veeleer voldoende moeten zijn dat de verstrekkingen in overwegende mate uit de publieke middelen worden bekostigd, ongeacht of zulks door een (bepaald) bestuursorgaan gebeurt.’⁵⁸ Volgens Den Ouden & Van Amerongen kan een helder criterium zo in de praktijk vreemd uitpakken. Door vermogen onder te verdelen in interne fondsen gekoppeld aan specifieke doeleinden kan worden bewerkstelligd dat (niet) aan het financiële vereiste is voldaan. Bovendien laat de uitspraak zien dat niet aan het financiële vereiste is voldaan als de geldstroom via een aan de overheid gelieerde privaatrechtelijke rechtspersoon loopt, wat in de praktijk eenvoudig valt te organiseren.⁵⁹

In de zaak *Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen* (Stichting WEW) van 17 december 2014 breekt de Afdeling met een jarenlange jurisprudentie waarin Stichting WEW, opgericht om borgstellingen te verstrekken aan particulieren voor hypothecaire leningen, steeds is aangemerkt als b-orgaan.⁶⁰ Voorheen hechtte de Afdeling waarde aan onder meer de goedkeuringsbevoegdheid van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer ten aanzien van diverse beslissingen van Stichting WEW waaronder het vaststellen van borgtochtvoorwaarden en het feit dat het rijk de financiële risico’s van Stichting WEW draagt.⁶¹ Nu lijken deze vormen van overheidsinvloed geen rol meer te spelen en oordeelt de Afdeling dat niet is voldaan aan het financiële vereiste. Hoewel ook vóór de 17 september-uitspraken in de literatuur is betoogd dat Stichting WEW geen b-orgaan zou zijn,⁶² wekt de Afdeling de indruk dat de 17 september-uitspraken de aanleiding zijn voor deze koerswijziging. De uitspraak laat zien dat de aangescherpte publieketaakvereisten tot gevolg kunnen hebben dat een private partij die voorheen als b-orgaan werd aangemerkt, nu niet meer als b-orgaan wordt gezien. Dit speelt ook in meer recente uitspraken.⁶³

Aldus geeft de bestuursrechter ook aan de aangescherpte criteria van de publieketaakjurisprudentie een strikte, formele invulling. Den Ouden & Van Amerongen merken op dat ‘er tot nu toe weinig is terechtgekomen van de gedachte van de staatsraad advocaat-generaal dat een relatief soepele toepassing van de criteria voor de financiële en inhoudelijke band aangewezen is, omdat privaatrechtelijke rechtspersonen dan snel kwalificeren als b-orgaan en dat goed is voor de rechtsbescherming van de burger’.⁶⁴ Het lijkt erop dat de bestuursrechter een groter

57 ABRvS 17 september 2014, AB Klassiek 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), r.o. 5.4.

58 Huisman & Van Ommeren 2019, p. 236.

59 Den Ouden, NTB 2016/52, p. 390; Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 144.

60 ABRvS 17 december 2014, AB 2015/131, m.nt. J.A.F. Peters (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*), r.o. 1.4-1.5.

61 Zie onder meer ABRvS 12 november 1998, AB 1999/30, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom; ABRvS 23 december 2009, AB 2010/221, m.nt. J.A.F. Peters.

62 J.A.F. Peters, annotatie bij ABRvS 23 december 2009, AB 2010/221.

63 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162, r.o. 4.13. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank Den Haag dat de Stichting Borgstellingsfonds voor de Landbouw, anders dan voorheen, niet als b-orgaan kan worden aangemerkt.

64 Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145-146.

gewicht toekent aan het belang van de rechtszekerheid dan aan het belang van de rechtsbescherming.

2.4 Waardering van de huidige koers

Zoals is gebleken in de vorige paragraaf, wordt het b-bestuursorgaanbegrip door de bestuursrechter strikt en formeel uitgelegd. Vanuit de uniformerende en systematiserende functie van het b-bestuursorgaanbegrip is een dergelijke uitleg wenselijk, onder meer omdat de rechtszekerheid daarmee gediend is. Met een duidelijk hanteerbaar kader kan de rechtspraak goed uit de voeten.⁶⁵ Het b-bestuursorgaanbegrip fungeert echter ook als afbakeningscriterium voor rechtsbescherming tegen en normering van private partijen. Het bieden van individuele rechtsbescherming en een adequaat kader daarvoor is een van de primaire functies van de Awb.⁶⁶ In het licht van de voortschrijdende ontstatelijking rijst de vraag of de rechtsbescherming tegen private partijen die publieke taken uitvoeren wel afdoende is gewaarborgd met de huidige, strenge invulling van het b-bestuursorgaanbegrip. In deze paragraaf waardeer ik de huidige invulling van het b-bestuursorgaanbegrip dan ook vanuit het vertrekpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Daaronder versta ik: de mogelijkheid voor de burger om een geschil over de uitoefening of uitvoering van overheidstaken voor te leggen aan een laagdrempelige instantie zoals de bestuursrechter of de Nationale ombudsman,⁶⁷ welke instantie vervolgens kan toetsen aan (on)geschreven publiekrechtelijke normen.

Er kan worden geconstateerd dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen, door de bestuursrechter zelden worden aangemerkt als b-orgaan. In de vorige paragraaf is immers gebleken dat het in dergelijke ‘twijfelgevallen’ aankomt op een toets aan de criteria van de publieke-taakjurisprudentie, die door de bestuursrechter streng worden uitgelegd. In sommige gevallen begint de bestuursrechter überhaupt niet aan deze toets. Zo moet de beslissing van een private partij bepalend zijn voor het recht van een burger op een geldelijke uitkering of een op geld waardeerbare voorziening; het mag niet gaan om privaatrechtelijke en feitelijke uitvoeringshandelingen. Bovendien lijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Awb⁶⁸ en de recente *Taxi Centrale Schiphol*-uitspraak⁶⁹ te volgen dat de publieke-taakjurisprudentie niet van toepassing is bij ‘belastend’ bestuur. Derhalve valt de uitvoering van typische overheidstaken door private partijen zoals bijvoorbeeld watervoorzieningsbedrijven, stichtingen die publieke gelden verstrekken of private zorgaanbieders die door gemeenten zijn ingeschakeld buiten de werking van het publiekrecht.

65 Overigens zetten Den Ouden & Van Amerongen vraagtekens bij de geboekte rechtszekerheids-winst als gevolg van de aanscherping van de publieke-taakjurisprudentie, zie Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 148. Ook het opsporen van wettelijk openbaar gezag kan in de praktijk lastig zijn, zie Peters, *JBplus* 2016/3.

66 Daalder, De Groot & Van Breugel 1994, p. 174.

67 In hoofdstuk 3 komt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan bod.

68 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

69 CBb 27 november 2018, *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak.

De burger die wordt geraakt door het optreden van dergelijke ‘private’ partijen kan niet terecht bij de bestuursrechter en is dus aangewezen op de civiele rechter. Dit wordt door veel auteurs niet gezien als een volwaardig alternatief.⁷⁰ Het bestuursprocesrecht kent namelijk een aantal voor de burger gunstige karakteristieken, waarmee het zich onderscheidt van het burgerlijk procesrecht. Daarbij moet onder meer worden gedacht aan relatief lage griffierechten en de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging.⁷¹ Is er geen sprake van besluiten van een b-orgaan, dan valt deze laagdrempelige en toegankelijke rechtsbescherming voor de burger weg. Bovendien past de civiele rechter geen publiekrechtelijke normen toe op het handelen van private partijen die niet als b-orgaan kunnen worden aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde in het arrest RZG/Conformed namelijk dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur uitsluitend van toepassing zijn op bestuursorganen.⁷²

Ook voor andere publiekrechtelijke normen dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ligt dit ‘verdwijningsgevaar’ op de loer. Zo zijn de Wob en straks de Wet open overheid (Woo) in beginsel alleen van toepassing voor zover een private partij openbaar gezag uitoefent en dus b-bestuursorgaan is. Private partijen die niet kwalificeren als b-bestuursorgaan, dienen op grond van artikel 3 lid 1 Wob te kunnen worden aangemerkt als ‘een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf’. Dit wordt in de jurisprudentie niet snel aangenomen.⁷³

Tot slot wijzen diverse auteurs erop dat de huidige koers van de bestuursrechter machtsmisbruik door overheden in de hand kan werken.⁷⁴ De strikte uitleg van het buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip maakt het voor overheden gemakkelijk om de relatie met een private partij zo te construeren dat niet wordt voldaan aan het financiële en inhoudelijke vereiste, zoals bleek in paragraaf 2.3.2. Al naar gelang de constructie die wordt gekozen, heeft vervolgens ofwel de bestuursrechter ofwel de civiele rechter de rechtsmacht. Dit leidt tot een ongewenste en wisselvallige competentieverdeling tussen bestuursrechter en civiele rechter.⁷⁵ Er bestaan namelijk grote onderlinge verschillen tussen de aanpak van overheden. Zo zal de ene keer de gemeenteraad de criteria bepalen voor het verstrekken van publieke middelen door een stichting, de andere keer de stichting zelf. De competentieverdeling ten gevolge hiervan kan leiden tot tegenstrijdige oordelen.⁷⁶

70 Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 147; Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000; Den Ouden, NTB 2016/52, p. 390; M. Scheltema, NTB 2016/49.

71 De Poorter & De Graaf, p. 82.

72 HR 4 april 2003, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/Conformed).

73 Den Ouden, NTB 2016/52, p. 391. In alle drie de in par. 2.3.1 besproken zaken ging het om Wob-verzoeken die niet konden worden ingewilligd omdat de private partijen in kwestie niet als b-bestuursorganen konden worden aangemerkt, noch werkzaam waren onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan.

74 Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 145; Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000; Den Ouden, NTB 2016/52; Polak & De Morree 2021. J.E. van den Brink levert belangrijke bewijzen voor deze stelling op het gebied van het financiële bestuursrecht in haar Maastrichtse oratie *Realistisch revolueren. Het revoluerend fonds met een Europese touch*, Maastricht: Maastricht University 2018.

75 M. Scheltema, NTB 2016/49, p. 372; Den Ouden, NTB 2016/52, p. 391.

76 M. Scheltema, NTB 2016/49, p. 372.

Bovendien is het voor de burger lastig te begrijpen dat hij tegen beslissingen van de ene instelling wel kan opkomen bij de bestuursrechter, maar tegen beslissingen van een andere, ogenschijnlijk vergelijkbare instelling niet.

2.5 Voorbij het bestuursorgaanbegrip?

De strikte, formele invulling van het b-bestuursorgaanbegrip en de in paragraaf 2.4 omschreven gevolgen daarvan zijn niet onopgemerkt gebleven. In de literatuur worden dan ook talloze voorstellen gedaan om publiekrechtelijke normering te bewerkstelligen en de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden, met name voor wat betreft de deelterreinen van het sociaal domein en het financiële bestuursrecht.⁷⁷

De wenselijkheid om bepaalde taken publiekrechtelijk te normeren betekent niet vanzelfsprekend dat de bestuursrechter inzake geschillen over de uitvoering van die taken bevoegd zou moeten zijn. Los van het feit dat sommige auteurs de civiele rechter niet zien als volwaardig alternatief voor de bestuursrechter, zou ook de civiele rechter het handelen van private instellingen die publieke taken vervullen kunnen toetsen aan publiekrechtelijke normen. Zoals besproken in paragraaf 2.4, past de civiele rechter in zijn huidige jurisprudentie geen publiekrechtelijke normen toe op het handelen van private partijen die niet als b-orgaan kunnen worden aangemerkt. Het is in theorie mogelijk om de open normen van het Burgerlijk Wetboek (BW) publiekrechtelijk invullen, zonder expliciet naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te verwijzen. Er is dan geen sprake van (in)directe toepassing van deze beginselen, maar van ‘congruentie’ tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke normen.⁷⁸ Hier lijkt echter in de praktijk nog weinig van terechtgekomen. Dat kan goed worden geïllustreerd door de recente spraakmakende uitspraak van de Hoge Raad over de uitgifte van grond door overheden.⁷⁹ Nu in deze zaak tot in laatste aanleg is geprocedeerd over de vraag of het bestuursrechtelijke gelijkheidsbeginsel op voornoemd handelen van klassieke overheden van toepassing is, vrees ik dat de betreffende rechters weinig animo hebben voor al te veel invloeden vanuit het bestuursrecht op het civiele recht, ook als het gaat om het beoordelen van overheidshandelen. Op congruentie in geval van het beoordelen van het handelen van semiprivate rechtspersonen durf ik voorlopig niet te hopen. Van den Brink & Den Ouden wijzen er bovendien op dat de weg van congruentie snel zal leiden tot ‘enorme rechtsonzekerheid voor de desbetreffende semi-publieke instellingen en particulieren die met hen te maken krijgen’.⁸⁰

Voor het bewerkstelligen van publiekrechtelijke normering van publieke taken door private partijen wordt daarnaast een verscheidenheid aan ideeën aangebracht waarvoor ingrijpen door de (bijzondere) wetgever benodigd is. Volgens

77 Zie bijvoorbeeld Jak, NTB 2018/49; Den Ouden, NTB 2018/10; Van den Brink & Den Ouden 2019; Van den Brink 2021.

78 Jak 2014, p. 94.

79 HR 26 november 2021, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren (Didam).

80 Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 221-222.

Huisman & Van Ommeren moet voor de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normering niet naar de status van de private partij, maar naar de aard van de handeling worden gekeken. Bepalend is of die handeling wordt verricht met het oog op de vervulling van een publieke taak.⁸¹ Jak acht het criterium van de publieke taak minder geschikt, omdat het te vaag is en daardoor weinig onderscheidend. Hij ziet ruimte om het bestuursorgaanbegrip uit te breiden met het criterium van 'overwegende overheidsinvloed'.⁸² Wel erkent hij dat de algemene toepasselijkheid van publiekrechtelijke normen als gevolg hiervan weinig ruimte laat voor maatwerk en zorgt voor rechtsonzekerheid bij de private partijen, zoals ook opgemerkt door Den Ouden.⁸³ Uiteindelijk stelt zowel Jak als Den Ouden zich op het standpunt dat de toepasselijkheid van publiekrechtelijke normering het best kan worden gerealiseerd door de bijzondere wetgever.⁸⁴ Deze heeft echter tot op heden weinig actie ondernomen, waarmee de problematiek voortduurt.⁸⁵

Gelet op het voorgaande kan de burger mijns inziens alleen bij de bestuursrechter ontsnappen aan een normloos civielrechtelijk kader. Enkele auteurs zoeken de oplossing voor de te beperkte rechtsmacht van de bestuursrechter in de interpretatie van het buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip. Zo moet het b-bestuursorgaanbegrip volgens Van den Berge materieel en flexibel worden ingevuld.⁸⁶ Ook Van den Brink, Den Ouden & Van Amerongen pleiten voor een meer materiele benadering van de publieke-taakjurisprudentie.⁸⁷ Daar valt naar mijn mening veel voor te zeggen. Waar de Awb-wetgever de bestuursrechter bij het b-bestuursorgaanbegrip weinig ruimte heeft gelaten voor de invulling van het wettelijk openbaar gezag,⁸⁸ heeft hij uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten van een buitenwettelijke grondslag.⁸⁹ De publieke-taakjurisprudentie die in dit verband tot stand is gekomen, is juist ingegeven vanuit het oogpunt van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de overheid in privaatrechtelijke 'vermomming'.⁹⁰ Ook staatsraad advocaat-generaal Widdershoven stelt het belang van bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorop in zijn conclusie.⁹¹ Een ruimere uitleg van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie zorgt ervoor dat private partijen sneller als b-orgaan kwalificeren en dus besluiten kunnen nemen waartegen beroep openstaat bij de bestuursrechter.⁹² In mijn optiek kan de bestuursrechter met deze meer

81 Huisman & Van Ommeren 2019, p. 737-738.

82 Jak 2019, p. 109-110.

83 Jak, NTB 2018/49, p. 276; Den Ouden, NTB 2018/10, p. 31.

84 Jak, NTB 2018/49, p. 276; Den Ouden, NTB 2018/10, p. 31.

85 Van den Berge 2019, p. 11; Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 222.

86 Van den Berge 2019, p. 12; Van den Berge, NTB 2018/40, p. 222.

87 Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000; Den Ouden & Van Amerongen 2017; Van den Brink 2021.

88 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133. Zie par. 2.2.1.

89 Daalder, De Groot & Van Breugel 1993, p. 133.

90 Jak 2019, p. 105; G. Overkleef-Verburg, annotatie bij ABRvS 30 november 1995, AB Klassiek 2009/26 (Stichting Silicose Oud-mijnwerkers).

91 Concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.4, 4.12.

92 In de publieke-taakjurisprudentie wordt steeds een samenval van bestuursorgaan en besluit aangenomen. Wel dient erop te worden gewezen dat de Afdeling bij subsidieverstrekking op grond van art. 4:23 Awb na kwalificatie van een private partij als b-bestuursorgaan aan de hand van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie alsnog op zoek gaat naar een publiekrechtelijke grondslag voor de beslissingen van de stichtingen. Zie bijvoorbeeld de recente uitspraken ABRvS 13 februari 2019, AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden (SCE I) en ABRvS 4 november 2020, JB

materiële benadering zeker een duit in het zakje doen, maar heeft deze ‘oplossing’ wellicht een beperkte reikwijdte. De publieke-taakjurisprudentie wordt immers alleen toegepast bij ‘presterend’ bestuur en niet bij ‘belastend’ bestuur. Hoewel ik het wenselijk acht om de reikwijdte van de publieke-taakjurisprudentie op te rekken naar ‘belastend’ bestuur, zal de bestuursrechter daartoe met het oog op de terughoudendheid die hem is geboden waarschijnlijk niet snel besluiten. Bovendien is de publieke-taakjurisprudentie, ongeacht of het gaat om ‘presterend’ of ‘belastend’ bestuur, alleen van toepassing op beslissingen van private partijen waarmee eenzijdig de rechtspositie van rechtssubjecten kan worden vastgesteld. Private partijen zoals de 3RO, Taxi Centrale Schiphol en de zorgaanbieders in het sociaal domein vallen voor hun feitelijk handelen, dat burgers hard kan raken, nog steeds buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie.

In dit verband kan worden gewezen op een oplossing die vaak wordt aangedragen voor het verminderen van de fragmentatie in de rechtsbescherming van burgers tegen overheidshandelen, namelijk het nemen van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking als aanknopingspunt voor de rechtsbescherming. Van fragmentatie van rechtsbescherming is bijvoorbeeld sprake in het sociaal domein: de procedure bij de bestuursrechter is tegen één besluit gericht, terwijl feitelijke uitvoering daarvan door private zorgaanbieders buiten beschouwing blijft. Bij toepassing van de leer van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking is het besluit van een bestuursorgaan te beschouwen als kern, maar zij omvat ook *besluitgerelateerd* handelen van het bestuursorgaan.⁹³ Een recent wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 knoopt aan bij de idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.⁹⁴ In dit wetsvoorstel is het advies van regeringscommissaris Scheltema over integrale geschilbeslechting in het sociaal domein deels opgevolgd, maar (nog) niet in de vorm van een wijziging van de Awb zoals Scheltema voorstelde.⁹⁵ Het wetsvoorstel regelt dat een burger een Wmo-geschil in zijn geheel aan de bestuursrechter kan voorleggen, zodat de bestuursrechter behalve over besluiten op grond van de Wmo, ook over uitvoering van die besluiten door private zorgaanbieders kan oordelen. Zo verdwijnt het bestuursorgaanbegrip naar de achtergrond: het handelen van de private zorgaanbieders valt immers onder de bevoegdheid van de bestuursrechter, terwijl deze aanbieders niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorganen.

De Wmo-regeling is overwegend positief ontvangen en wordt wel gezien als proeftuin voor een toekomstige regeling in de Awb.⁹⁶ Ik denk dat de Wmo-regeling inderdaad inspiratie kan bieden voor een meer algemene regeling voor integrale geschilbeslechting in de Awb, zoals oorspronkelijk beoogd door Scheltema. Zo valt te denken aan de door Huisman & Van Ommeren voorgestelde facultatieve

2020/217, m.nt. M.C.A. Hermans & J.A.F. Peters; Gst. 2021/6, m.nt. L.J.M. Timmermans (Stichting Calamiteitenfonds Mijn(water)schade Limburg).

93 Zie onder meer Van Ommeren & Huisman 2013; J.A.F. Peters 2018; Schlössels 2019.

94 Het wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting. Zie voor het wetsvoorstel, de toelichting en de internetconsultatie www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies moet het wetsvoorstel nog bij de Tweede Kamer worden ingediend.

95 M. Scheltema 2017.

96 Zie onder meer Verburg, *JBplus* 2020/1; Barkhuysen, *NJB* 2020/489.

Awb-regeling.⁹⁷ Die regeling zou als standaardoplossing kunnen worden toegepast binnen het sociaal domein, maar ook op andere terreinen waar zich een gebrek aan integrale geschilbeslechting voordoet. De idee van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking lijkt evenwel minder goed toepasbaar op terreinen waar geen sprake is van overheidshandelen in de vorm van een besluit. Bij toepassing van de leer van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming dient er immers nog steeds een concreet besluit van een bestuursorgaan vooraf te gaan aan de uitbesteding van de taken, welk bestuursorgaan verantwoordelijk blijft voor die uitbestede taken. In het sociaal domein ligt het voor de hand om het college van burgemeester en wethouders aan te wijzen als toegangspoort en eindverantwoordelijke partij, nu het college verantwoordelijk blijft voor de taken die zij heeft uitbesteed aan de private aanbieders.⁹⁸ Op andere deelreinen is de situatie evenwel diffuser. Private partijen die publieke taken uitvoeren onderhouden dikwijls relaties met verschillende bestuursorganen, wat een complicerende factor vormt. Dit is bijvoorbeeld bij de 3RO het geval: zij vallen onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie en Veiligheid, geven advies aan het OM en werken daarnaast als gevolg van de decentralisaties in het sociaal domein in toenemende mate samen met gemeenten. Met de hypothetische Awb-regeling als aanvulling op de voorgestelde verruiming van de publieke-taakjurisprudentie zullen dus hoogstwaarschijnlijk alsnog veel handelingen van private partijen die publieke taken uitvoeren de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsdans ontspringen. In dit licht sluit ik niet uit dat ook het besluitbegrip in de toekomst steeds meer naar de achtergrond zal verdwijnen.

2.6 Tussenconclusie

Het al dan niet kwalificeren van een private partij die een publieke taak uitvoert als b-bestuursorgaan dat besluiten kan nemen is van groot belang vanuit het oogpunt van bestuursrechtelijke rechtsbescherming en publiekrechtelijke normering. Jurisprudentie van de afgelopen jaren laat zien dat de bestuursrechter een strikte, formele uitleg geeft aan het b-bestuursorgaanbegrip. Hoewel de Awb-wetgever de bestuursrechter weinig ruimte heeft gelaten bij de invulling van het wettelijk openbaar gezag, heeft hij uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten van een buitenwettelijke grondslag voor het nemen van besluiten. De publieke-taakjurisprudentie die in dat verband tot stand is gekomen, beoogt de burger in twijfelgevallen waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend te beschermen tegen handelen van de ‘overheid in vermomming’.⁹⁹ Bij de uitleg van de criteria van de publieke-taakjurisprudentie lijkt de bestuursrechter echter een groter gewicht toe te kennen aan het belang van rechtszekerheid dan aan het belang van rechtsbescherming. Bovendien vallen privaatrechtelijke en feitelijke uitvoeringshandelingen überhaupt buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie en wordt de publieke-taakjurisprudentie niet toegepast bij ‘belastend’ bestuur. Dit heeft tot

⁹⁷ Huisman & Van Ommeren, NTB 2018/7, p. 21.

⁹⁸ Overigens wijzen Van Rijn van Alkemade, Kleinhout & Vermaat erop dat veralgemenisering van de Wmo-regeling zelfs binnen het sociaal domein lastig wordt, aangezien de situatie dat een bestuursorgaan verantwoordelijk blijft voor een uitbestede taak zich ook daar niet steeds voordoet. Zie Van Rijn van Alkemade, Kleinhout & Vermaat 2021, p. 410-411.

⁹⁹ Concl. A-G 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, punt 3.3-3.4.

gevolg dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag toegekend hebben gekregen zelden als b-orgaan worden aangemerkt. Hoewel de formele invulling van het b-bestuursorgaanbegrip wenselijk lijkt vanuit rechtszekerheidsoogpunt, knelt deze vanuit normerings- en rechtsbeschermingsoogpunt. Zo kan de huidige invulling machtsmisbruik door overheden in de hand werken en is de burger die niet terecht kan bij de bestuursrechter aangewezen op de civiele rechter, die vooralsnog geen publiekrechtelijke normen toepast op niet-bestuursorganen. De strikte invulling van het b-bestuursorgaanbegrip en de gevolgen daarvan zijn niet onopgemerkt gebleven. Op verschillende deelterreinen worden oplossingen aangedragen, waarbij auteurs zich afvragen of het bestuursorgaanbegrip nog wel houdbaar is. Verwezenlijking van de oplossingen blijkt lastig: koerswijzigingen van zowel de civiele rechter als de bestuursrechter liggen niet voor de hand en de (bijzondere) wetgever heeft nog weinig van zich laten horen.

3 De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip

3.1 Inleiding

Bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen beslissingen van private partijen die publieke taken uitvoeren omvat meer dan de rechtsbescherming door de bestuursrechter. De Nationale ombudsman vervult een belangrijke rol als aanvullende rechtsbeschermer. Diens bevoegdheid is echter, evenals bij de bestuursrechter, gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip. Er bestaat een aantal belangrijke verschillen tussen deze twee vormen van rechtsbescherming. Anders dan de bestuursrechter, die alleen besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb toetst, oordeelt de Nationale ombudsman over *gedragingen* van bestuursorganen. Daarnaast hanteert de Nationale ombudsman de behoorlijkheid als toetsingsnorm, waar de bestuursrechter besluiten toetst aan de rechtmatigheid.¹⁰⁰ Tot slot is het oordeel van de Nationale ombudsman, anders dan een uitspraak van de bestuursrechter, niet bindend.¹⁰¹ In dit hoofdstuk ga ik dieper in op de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het bestuursorgaanbegrip. In paragraaf 3.2 onderzoek ik de reikwijdte van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. De vraag of deze reikwijdte te beperkt is, komt in paragraaf 3.3 aan bod. In paragraaf 3.4 schets ik vervolgens een beeld van de wijze waarop de Nationale ombudsman de afgelopen jaren is omgesprongen met het b-bestuursorgaanbegrip. In paragraaf 3.5 sluit ik af met een tussenconclusie.

3.2 Hoe ver reikt de bevoegdheid van de Nationale ombudsman?

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman is gekoppeld aan twee begrippen: *gedragingen* van *bestuursorganen* (art. 1a lid 1 WNo jo. art. 9:18 lid 1 Awb). Het begrip bestuursorgaan in de WNo is gelijk aan het begrip bestuursorgaan in de Awb. Het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb is dus, evenals bij de bestuursrechter, bepalend voor de bevoegdheid van de

¹⁰⁰ Marseille & Tolsma 2019, p. 419. De behoorlijkheidsnorm is door de Nationale ombudsman nader uitgewerkt in een stelsel van behoorlijkheidscriteria, neergelegd in de Behoorlijkheidswijzer die te raadplegen is via www.nationaleombudsman.nl/folders-en-brochures/behoorlijkheidswijzer.

¹⁰¹ Huisman & Van Ommeren 2019, p. 715-716. Dit doet overigens niet af aan het belang van een beslissing van de Nationale ombudsman. Zo kan een beslissing bijvoorbeeld emotionele genoegdoening geven aan de burger of ertoe leiden dat een bestuursorgaan zijn gedragingen aanpast.

Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever bij het bestuursorgaanbegrip van de Awb is aangesloten met het oog op het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving, de primaire doelstelling van de Awb.¹⁰² Interessant genoeg was de Nationale ombudsman voordat de reikwijdte van de WNo werd aangepast aan het Awb-begrip bestuursorgaan bevoegd om te oordelen over gedragingen van private partijen die werkzaam waren onder ministeriële verantwoordelijkheid, ongeacht of zij met openbaar gezag waren bekleed (en dus konden worden aangemerkt als b-bestuursorgaan). De bevoegdheid van de Nationale ombudsman lijkt aldus te zijn beperkt ten opzichte van de situatie vóór de Awb, zoals ook is opgemerkt door Bense & Zijlstra.¹⁰³

De Nationale ombudsman heeft in zijn jaarverslag over 1998 aangegeven de bestuursrechtelijke jurisprudentie als richtinggevend te beschouwen bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip.¹⁰⁴ Dit strookt met de hiervoor genoemde uniformerings- en systematiseringsgedachte van de wetgever. Vanuit deze gedachte is het bestuursorgaanbegrip zo geformuleerd dat het ook buiten de Awb gelding kan hebben. Indien het bestuursorgaanbegrip in een bijzondere wet wordt gebruikt, moet het de betekenis hebben die de Awb daaraan geeft.¹⁰⁵ We hebben reeds gezien dat de Awb-wetgever in de parlementaire geschiedenis expliciet is aangesloten bij de definitie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag zoals ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie onder de Wet Arob en ook de criteria voor het buitenwettelijk openbaar gezag tot stand zijn gekomen in de bestuursrechtelijke jurisprudentie (de publieke-taakjurisprudentie).¹⁰⁶

Zoals hiervoor duidelijk werd, oordeelt de Nationale ombudsman over gedragingen van *bestuursorganen*. Private partijen vallen dus alleen onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman voor zover zij openbaar gezag uitoefenen (en dus b-bestuursorgaan zijn). Het begrip *gedragingen* omvat echter meer dan de uitoefening van openbaar gezag. Het gaat daarbij niet alleen om Awb-besluiten, maar ook om privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen.¹⁰⁷ Daarmee rijst de vraag hoe ver de bevoegdheid van de Nationale ombudsman zich uitstrekt over gedragingen van b-bestuursorganen die niet zien op de uitoefening van openbaar gezag. Uit de parlementaire geschiedenis bij de WNo volgt dat ‘de toepasselijkheid van de WNo op organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die met enig openbaar gezag zijn bekleed, zich slechts uitstrekt tot die gedragingen van het betreffende (bestuurs)orgaan die zijn *gerelateerd* aan de uitoefening van het aan het betreffende orgaan toegekende openbare gezag’.¹⁰⁸ De Nationale ombudsman is dus alleen bevoegd om te oordelen over privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen die zijn *gerelateerd* aan het uitoefenen van openbaar

102 Kamerstukken II 1990/91, 22061, nr. 3, p. 51-52; Kamerstukken II 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4; Jak 2014, p. 110; Bense & Zijlstra, NTB 1994/9, p. 269.

103 Bense & Zijlstra, NTB 1994/9, p. 269.

104 Nationale ombudsman 1998.

105 Kamerstukken II 1990/91, 22061, nr. 3, p. 8, p. 10-11; Jak 2014, p. 56.

106 Zie hoofdstuk 2.

107 Borman, in: T&C Awb 2019, art. 9:18 Awb, aant. 2; Jak 2014, p. 111.

108 Kamerstukken II 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4.

gezag door een private partij. Dit is door de Nationale ombudsman in iets andere bewoordingen bevestigd in zijn jaarverslag over 2002.¹⁰⁹

3.3 Koppeling bevoegdheid Nationale ombudsman aan bestuursorgaanbegrip: onwenselijk?

In de vorige paragraaf is gebleken dat de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren, is gekoppeld aan het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ zoals neergelegd in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. De Nationale ombudsman beschouwt de bestuursrechtelijke jurisprudentie als richtinggevend bij de uitleg van het bestuursorgaanbegrip. Zoals uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 2 is geconcludeerd, maakt de strenge invulling van het b-bestuursorgaanbegrip dat private partijen die geen wettelijk openbaar gezag hebben toegekend gekregen zelden als b-bestuursorgaan worden aangemerkt. Het gevolg daarvan is dat niet alleen de bestuursrechter, maar ook de Nationale ombudsman strikt genomen vrijwel nooit bevoegd is in zulke ‘twijfelgevallen’. De burger die het oneens is met een beslissing of gedraging van een dergelijke private partij, kan dus in beginsel niet terecht bij de Nationale ombudsman voor laagdrempelige aanvullende rechtsbescherming.

De Nationale ombudsman heeft reeds jaren geleden en herhaaldelijk aangegeven dat hij de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te beperkt acht. In zijn jaarverslag over 2000 spreekt de Nationale ombudsman van een ‘hiaat (...) in de publiekrechtelijke normering en toetsing van overheidshandelen doordat rechtspersonen met een wettelijke taak die geen openbaar gezag uitoefenen buiten het externe klachtrecht van de Nationale ombudsman blijven’.¹¹⁰ Ook in het jaarverslag over 2007 komt naar voren dat de Nationale ombudsman de koppeling van zijn bevoegdheid aan het bestuursorgaanbegrip zoals uitgelegd door de bestuursrechter onwenselijk vindt.¹¹¹ Welke argumenten liggen hieraan ten grondslag?

Ten eerste acht de Nationale ombudsman het bestuursorgaanbegrip zoals ingevuld door de bestuursrechtspraak onvoldoende toegesneden op zijn taak als aanvullende rechtsbescherming die oordeelt over *gedragingen* en niet over *besluiten*. Zoals bleek in hoofdstuk 2, komt het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ zoals neergelegd in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb neer op het eenzijdig kunnen vaststellen van de rechtspositie van de burger. Deze uitleg valt grotendeels samen met de definitie van het besluitbegrip, wat valt te begrijpen aangezien de bestuursrechter oordeelt over besluiten van bestuursorganen. De Nationale ombudsman daarentegen oordeelt juist met name over gedragingen die niet de vorm hebben van besluiten.¹¹² Deze gedragingen die niet zien op het uitoefenen van openbaar gezag, kunnen ook

109 Nationale ombudsman 2002, p. 126; Jak 2014, p. 112.

110 Nationale ombudsman 2000, p. 13.

111 Nationale ombudsman 2007, p. 134-135.

112 Nationale ombudsman 2000, p. 13; Fernhout 2002, p. 167-168; Nationale ombudsman 2007, p. 134; Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5.

ingrijpende gevolgen hebben voor het leven en welzijn van de burger, zoals bijvoorbeeld gedragingen van Stichting Reclassering Nederland of de Stichtingen in de jeugdzorg.¹¹³ Denk daarbij aan een reclasseringsadvies dat leidt tot terugkeer naar de gevangenis of een gezinscoach die onprofessioneel en partijdig te werk gaat.

Bovendien hanteert de burger een breder overheidsbegrip dan het begrip ‘bestuursorgaan’. Zo ziet de burger bijvoorbeeld het uitvoeren van taken op het gebied van zorg en onderwijs als overheidstaken waarvoor de overheid verantwoordelijk is, ondanks dat de uitvoering geschiedt door een private partij.¹¹⁴ De Nationale ombudsman heeft het burgerperspectief hoog in het vaandel staan. Hij beoogt de burger op weg te helpen en het vertrouwen van de burger in de overheid te herstellen als het ‘misgaat tussen de burger en de overheid’.¹¹⁵ Dat kan spanningen opleveren als de Nationale ombudsman aan de burger moet uitleggen dat hij niet bevoegd is, omdat een instelling naar het huidige recht geen overheid is of slechts voor een deel als overheid wordt aangemerkt. Vanuit burgerperspectief is dit niet goed te begrijpen.¹¹⁶

De burger die niet bij de Nationale ombudsman terecht kan, moet uitwijken naar minder wenselijke alternatieven. Private partijen die publieke taken uitvoeren, beschikken zelf lang niet altijd over goed functionerende, onafhankelijke klachtencommissies die voor hun oordelen aansluiten bij de normen uit de Awb voor klachtbehandeling.¹¹⁷ Bovendien blijkt uit een recent onderzoek voor de Nationale ombudsman naar de relatie tussen burger en overheid in 2030 dat burgers onder meer behoefte hebben aan transparantie en eenvoudige procedures, het liefst via één loket.¹¹⁸ Deze behoeften staan in schril contrast met de huidige complexe situatie waarin een wirwar aan private partijen bestaat die elk hun eigen klachtenregeling hanteren. Verder staat voor de burger nog de weg naar de civiele rechter open. In paragraaf 2.4 werd deze weg reeds afgedaan als een minder laagdrempelig en toegankelijk alternatief op de rechtsbescherming door de bestuursrechter. Dit argument laat zich hier des te sterker gelden. Ten opzichte van het indienen van een klacht bij de Nationale ombudsman vormt de kostbare en tijdrovende gang naar de civiele rechter een aanzienlijke barrière voor de burger. Bovendien is het de vraag hoe succesvol die weg kan zijn nu de burgerlijke rechter geen publiekrechtelijk toetsingskader kan toepassen; dat doet hij immers slechts ten aanzien van bestuursorganen, zo kwam hiervoor al aan de orde.

Tot slot zorgt de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het bestuursorgaanbegrip ervoor dat zijn bevoegdheid vaak beperkt is tot enkele bestuursorganen binnen een sector of keten van organisaties die met

113 Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5.

114 Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5.

115 www.nationaleombudsman.nl.

116 Nationale ombudsman 2007, p. 134.

117 Dit is voor het sociaal domein pijnlijk aan het licht gekomen met de uitspraken van de CRvB over resultaatgericht indiceren: blijkbaar konden de interne klachtenregelingen van private zorgaanbieders niet voorkomen dat veel burgers zich genoodzaakt voelden om naar de bestuursrechter te stappen. Zie o.a. CRvB 8 oktober 2018, AB 2019/90, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman en CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676.

118 Kaal, Plantinga & Ter Berg 2019.

elkaar samenwerken. Zo werken de 3RO in de strafrechtketen intensief samen met ketenpartners zoals de politie, het OM, het Ministerie van Justitie en Veiligheid en de rechterlijke macht. Omdat de ketenpartners zo nauw samenwerken, ziet een klacht van een burger al gauw op meerdere instellingen binnen de keten. Volgens de Nationale ombudsman is het onwenselijk dat hij ‘binnen een sector of keten deels bevoegd [is] en deels niet, terwijl de verantwoordelijkheid van de bestuursorganen binnen de sector onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn’. Door geen acht te slaan op gedragingen van instellingen binnen de keten die geen bestuursorgaan zijn, kan de Nationale ombudsman te weinig ‘klachtgericht’ werken.¹¹⁹

De Nationale ombudsman heeft verschillende oplossingen aangedragen om de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren uit te breiden. Zo overweegt hij in zijn jaarverslag over 2000 dat artikel 78a lid 4 Grondwet (Gw) de ruimte biedt om hoofdstuk 9 Awb en de WNo van overeenkomstige toepassing te verklaren op private partijen die niet kunnen worden aangemerkt als b-orgaan, maar wel een publieke taak uitvoeren.¹²⁰ In zijn jaarverslag over 2007 doet de Nationale ombudsman een aanbeveling aan de Awb-wetgever om een nieuwe term in te voeren ter vervanging van het bestuursorgaanbegrip ‘die beter aansluit bij het beoordelen van gedragingen van de overheid’.¹²¹ Verder lijkt hij in dit jaarverslag aan te geven voortaan andere criteria in aanmerking te nemen bij de invulling van het b-bestuursorgaanbegrip, zodat hij klachten over private partijen die strikt genomen geen b-orgaan zijn toch in behandeling kan nemen. Een artikel uit 2008 van de hand van voormalig Nationale ombudsman Brenninkmeijer bevestigt deze speculatie: ‘De Nationale ombudsman neemt dan ook in zijn interpretatie van zijn bevoegdheid andere criteria in beschouwing, zoals de vraag of er wettelijke taken worden uitgevoerd, of de overheid financiert en wie de regie voert.’¹²²

De pogingen van de Nationale ombudsman om tot een ruimer overheidsbegrip te komen zijn echter in de kiem gesmoord.¹²³ In een motie naar aanleiding van het jaarverslag over 2007 werd de regering verzocht om met de Nationale ombudsman in overleg te treden over de reikwijdte van zijn bevoegdheid.¹²⁴ Uit de Kamerbrief die volgde op dit overleg valt op te maken dat het ‘op een misverstand zou berusten’ dat de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren uitgebreid wilde zien. Aan de mogelijkheid om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman duidelijker vast te leggen worden vervolgens weinig woorden vuil gemaakt: ‘de mogelijkheden daartoe lijken beperkt en de nadelen ervan lijken vooralsnog groter dan de voordelen’.¹²⁵

119 Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5.

120 Nationale ombudsman 2000, p. 13.

121 Nationale ombudsman 2007, p. 135.

122 Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5.

123 Peters, NTB 2014/22.1.

124 Kamerstukken II 2008/09, 31363, nr. 7.

125 Kamerstukken II 2008/09, 31363, nr. 8.

3.4 De Nationale ombudsman en het b-bestuursorgaanbegrip in de praktijk

De vraag rijst hoe de Nationale ombudsman in de jaren na de onbeantwoorde kritiek op de reikwijdte van zijn bevoegdheid is omgesprongen met klachten over private partijen die een publieke taak uitvoeren. In deze paragraaf leg ik een aantal rapporten van de Nationale ombudsman naar aanleiding van dergelijke klachten langs de lat van de in hoofdstuk 2 besproken bestuursrechtelijke jurisprudentielijn. Sluit de Nationale ombudsman bij de uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip aan bij deze jurisprudentielijn of neemt hij, zoals aangegeven in het jaarverslag over 2007, ook andere criteria in beschouwing? De kanttekening dient te worden gemaakt dat de Nationale ombudsman zijn bevoegdheid alleen motiveert indien deze bestreden wordt, wat niet vaak het geval is.¹²⁶ Het is daarom niet altijd duidelijk waarom hij een instelling al dan niet als b-bestuursorgaan aanmerkt.

3.4.1 Wettelijke overheidstaak lijkt voldoende

De Nationale ombudsman ontvangt geregeld klachten over (gedragingen gerelateerd aan) het uitvoeren van reclasseringswerkzaamheden door de drie reclasseringsorganisaties (3RO). Zo is in 2008 een klacht ingediend over het doen van een onjuiste toezegging door een medewerker van Stichting Reclassering Nederland.¹²⁷ Daarnaast kan worden gewezen op een klacht uit 2012 over het zonder noodzaak en overleg doorgeven van een zorgmelding door Stichting RN aan het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK).¹²⁸ Verder ontving de Nationale ombudsman in 2013 een klacht over het uitvoeren van toezicht in de vorm van terbeschikkingstelling (tbs) door Stichting Leger des Heils Jeugdbescherming & Reclassering (LJ&R).¹²⁹ De verzoeker in kwestie wees onder meer op de gebrekkige samenwerking tussen de ketenpartners LJ&R, het OM en de penitentiaire inrichting. Als gevolg daarvan kwam verzoeker na zijn detentie onvoorbereid op straat te staan, terwijl hij eigenlijk in een kliniek diende te worden opgenomen. Ook burgers die ontevreden waren over het AMK en diens opvolger Veilig Thuis wisten de Nationale ombudsman de afgelopen jaren te vinden. Onderzoek door voornoemde instanties naar aanleiding van een melding over een vermoeden van huiselijk geweld of kindermishandeling kan diep ingrijpen op het leven van burgers. Er werd onder meer geklaagd over de kwaliteit van een rapport dat het AMK had opgesteld naar aanleiding van een melding door de ex-partner van verzoeker over een vermoeden van kindermishandeling.¹³⁰

Zoals we hebben gezien vallen private partijen alleen onder de bevoegdheid van de Nationale ombudsman voor zover zij openbaar gezag uitoefenen en dus b-bestuursorgaan zijn. Ten tijde van de behandeling van bovengenoemde klach-

¹²⁶ Fernhout 2002, p. 165.

¹²⁷ No 7 juli 2008, rapportnr. 2008/117.

¹²⁸ No 5 april 2012, rapportnr. 2012/054.

¹²⁹ No 5 november 2013, rapportnr. 2013/164.

¹³⁰ No 5 september 2013, rapportnr. 2013/112. Zie ook No 17 juni 2009, rapportnr. 2009/125, p. 4-5 en No 21 december 2018, rapportnr. 2018/096.

ten over Stichting RN en het LJ&R bestond er nog geen bestuursrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de vraag of deze private partijen konden worden aangemerkt als b-bestuursorganen. Pas in 2015 geeft de bestuursrechter hierover uitsluitsel: met de reclasseringstaken zoals neergelegd in de Reclasseringsregeling 1995 wordt geen openbaar gezag uitgeoefend.¹³¹ Ook uit de jurisprudentie van vóór 2015 kan echter wel degelijk worden afgeleid dat de bestuursrechter een wettelijk toegekende overheidstaak onvoldoende acht om als wettelijk b-orgaan te kwalificeren. Daarvoor vereist de bestuursrechter sinds jaar en dag een wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van derden te kunnen vaststellen.¹³² Met het uitvoeren van de reclasseringstaken, waaronder het geven van advies en voorlichting en het houden van toezicht, kunnen Stichting RN en het LJ&R dit niet. Uit twee recente bestuursrechtelijke uitspraken kan worden afgeleid dat ook met de op grond van de Wmo 2015 aan Veilig Thuis toegekende overheidstaken geen openbaar gezag wordt uitgeoefend.¹³³ Voor 1 januari 2015 kende Veilig Thuis de naam AMK en ressorteerde het onder de Bureaus Jeugdzorg. Ook toen werden beslissingen die het AMK nam als onderdeel van de Bureaus Jeugdzorg door de bestuursrechter niet aangemerkt als besluiten genomen door een bestuursorgaan.¹³⁴ De aan Stichting RN, het LJ&R en Veilig Thuis wettelijk toegekende overheidstaken zijn aldus onvoldoende om hen te kwalificeren als wettelijk b-orgaan. Aan de publieke-taakjurisprudentie die in beeld komt in dergelijke ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend, wijdt de bestuursrechter in de hiervoor besproken jurisprudentie geen woorden. Die biedt immers geen soelaas: de private partijen verstrekken geen geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen.

Strikt genomen is de Nationale ombudsman dus niet bevoegd om te oordelen over de gedragingen van deze private partijen: zij kwalificeren niet als b-bestuursorganen. Om de klachten over Stichting RN, het LJ&R en Veilig Thuis toch in behandeling te kunnen nemen geeft hij een ruimere uitleg aan het b-bestuursorgaanbegrip dan de bestuursrechter, zoals aangekondigd in zijn jaarverslag over 2007. Het is niet precies duidelijk welke nadere criteria de Nationale ombudsman daarbij in aanmerking neemt, aangezien hij zijn bevoegdheidskeuze alleen motiveert in het rapport naar aanleiding van de hiervoor genoemde klacht over Stichting RN uit 2012. In dat rapport overweegt de Nationale ombudsman:

‘De Nationale ombudsman legt het begrip openbaar gezag in artikel 1.1 lid 1 onder b van de Awb (...) zodanig uit dat gedragingen van Stichting Reclassering Nederland in het kader van de uitoefening van haar *wettelijke taken* onder zijn bevoegdheid vallen.’

¹³¹ Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 9-10. Zie par. 2.3.1. Voor zover bekend is er geen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

¹³² Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (NV Luchthaven Schiphol); CBB 2 april 2003, AB 2004/162, m.nt. G.J.M. Cartigny (Nuon).

¹³³ Rb. Noord-Holland 12 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9856, r.o. 1; Rb. Gelderland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3272, r.o. 2.7.

¹³⁴ Huitema, *Tijl* 2020/1.13.

In het rapport naar aanleiding van de klacht over het LJ&R uit 2013 valt de volgende overweging op:

‘Overheden moeten bij de uitvoering van hun taken op een behoorlijke manier omgaan met burgers en hun belangen. Administratie en organisatie van werkprocessen moeten daarbij op orde zijn. Veelal betekent een goede taakvervulling ook dat effectief met andere (overheids)instanties wordt samengewerkt. Het behoorlijkheidsvereiste van samenwerking behelst dat een overheidsinstantie zich niet verschuilt achter een beperkte taakstelling, maar ten behoeve van de burger steeds zelf het initiatief neemt om samen te werken met andere instanties. Dit geldt ook voor een instantie als Leger des Heils Jeugdzorg & Reclassering voor zover deze overheidstaken verricht.’¹³⁵

De Nationale ombudsman lijkt dus na te gaan of de private partij een wettelijke taak of een overheidstaak uitoefent. Daarmee legt hij het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ minder streng uit dan de bestuursrechter. De bestuursrechter acht een wettelijk toegekende overheidstaak per slot van rekening onvoldoende om een private partij aan te merken als wettelijk b-orgaan, omdat daar niet per definitie openbaar gezag mee wordt uitgeoefend.

3.4.2 Sociaal domein: college blijft verantwoordelijk

De Nationale ombudsman ontvangt ook klachten over de uitvoering van taken in het sociaal domein door private aanbieders. Zo is in 2018 een klacht ingediend over de uitvoering van schuldhulpverlening door een particulier schuldhulpverleningsbureau in opdracht van gemeente De Ronde Venen.¹³⁶ De gemeente had de schuldhulpverlening, waarvoor zij op grond van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening (Wgs) verantwoordelijk is, wegens gebrek aan specialistische kennis uitbesteed. De schuldhulpverlening kwam maandenlang niet van de grond, terwijl verzoekers samen met hun drie kinderen moesten rondkomen van een klein bedrag aan leefgeld per maand. Volgens verzoekers is de schuldhulpverlening onvoldoende voortvarend en professioneel geweest en heeft de gemeente daarvoor onvoldoende verantwoordelijkheid genomen. Een wat uitzonderlijker geval uit 2019 betreft een bij de gemeentelijke ombudscommissie van Eindhoven ingediende klacht over gedragingen van WIJindhoven, een private partij opgericht om taken in het sociaal domein uit te voeren. Waar de ombudscommissie zich bevoegd achtte ten aanzien van WIJindhoven, stelde het college van burgemeester en wethouders zich op het standpunt dat WIJindhoven geen bestuursorgaan was en het klachtrecht zodoende niet van toepassing was. De ombudscommissie zocht bijval van de Nationale ombudsman.¹³⁷

Zowel het schuldhulpverleningsbureau als WIJindhoven is een private aanbieder die door een gemeente in de arm kan worden genomen voor de uitvoering van

¹³⁵ No 5 november 2013, rapportnr. 2013/164, p. 6.

¹³⁶ No 16 juli 2018, rapportnr. 2018/053, AB 2018/386, m.nt. P.J. Stolk.

¹³⁷ E.a. volgt uit het jaarverslag van de Ombudscommissie Eindhoven over 2019, te raadplegen via <https:// eindhoven.parlaus.nl>. Zie ook De Greef, JBplus 2020/2.

taken waarvoor zij verantwoordelijk is in het sociaal domein. Deze private aanbieders beschikken niet over bij wet toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden.¹³⁸ De publieke-taakjurisprudentie die daar soelaas kan bieden, is alleen van toepassing bij ‘presterend’ bestuur. Hoewel ‘presterend’ bestuur ook mag bestaan uit het verstrekken van op geld waardeerbare voorzieningen, vallen de private aanbieders hoogstwaarschijnlijk toch buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie. Uit de in paragraaf 2.3.2 besproken FMMU-uitspraak kon immers worden opgemaakt dat de beslissing van een private partij bepalend moet zijn voor het recht van een burger op een op geld waardeerbare voorziening.¹³⁹ Het is echter niet de private aanbieder in het sociaal domein die eenzijdig de rechtspositie van de burger vaststelt, maar het college van burgemeester en wethouders door bijvoorbeeld een indicatiebesluit te nemen (Wmo) of een besluit tot toewijzing van een aanvraag om schuldhulpverlening (Wgs). De private aanbieder voert deze besluiten alleen feitelijk uit. Steun voor dit standpunt kan worden gevonden in de in paragraaf 2.3.2 besproken uitspraak over de particuliere thuiszorgorganisatie. In deze uitspraak oordeelde de CRvB dat de thuisorganisatie noch een wettelijk b-orgaan, noch een buitenwettelijk b-orgaan is.¹⁴⁰

Strikt genomen zijn de Nationale ombudsman en de ombudscommissie van Eindhoven dus niet bevoegd: het schuldhulpverleningsbureau en WIJindhoven zijn niet aan te merken als b-organen en de gemeenten De Ronde Venen en Eindhoven hebben de taken zelf niet uitgevoerd. De Nationale ombudsman neemt de klacht over de uitvoering van de schuldhulpverlening toch in behandeling en hanteert daarbij een andere constructie dan een verruimde interpretatie van het bestuursorgaanbegrip. Hij is van mening dat het feit dat het college de schuldhulpverlening heeft uitbesteed aan een private partij, het college niet ontslaat van de *verantwoordelijkheden* die het heeft op grond van de Wgs.¹⁴¹ Ook in zijn advies aan de ombudscommissie van Eindhoven laat de Nationale ombudsman weten dat WIJindhoven als uitvoeringsorganisatie voor wettelijke taken in het sociaal domein werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Eindhoven, zodat het klachtrecht uit de Awb van toepassing is.¹⁴² Samengevat lijkt de Nationale ombudsman van oordeel dat een burger met een klacht over gedragingen van private aanbieders in het sociaal domein zowel bij de gemeente als bij de Nationale ombudsman of lokale ombudsinstanties terecht moet kunnen.

¹³⁸ Vergelijk de in par. 2.3.1 besproken uitspraak over *Stek Jeugdhulp*: ABRvS 6 december 2017, AB 2018/08, m.nt. G.E. Creijghton-Sluyk & W.S. Zorg, r.o. 3-5.

¹³⁹ CRvB 15 augustus 2018, Gst. 2018/142, m.nt. N. Jak (FMMU). Zie voor de analyse van deze uitspraak par. 2.3.2.

¹⁴⁰ CRvB 24 december 2014, Gst. 2015/46, m.nt. N. Jak.

¹⁴¹ Overigens herhaalt de Nationale ombudsman dit standpunt voor wat betreft de uitbesteding van taken op grond van de Wmo 2015 in een recent rapport van 12 juli 2021, rapportnr. 2021/078. De klacht in dit rapport zag echter niet op de uitvoering van de uitbestede taken, maar op de wijze waarop de gemeente een klacht daarover had behandeld.

¹⁴² Jaarverslag van de Ombudscommissie Eindhoven over 2019, te raadplegen via <https://eindhoven.parlaeus.nl>.

3.5 Tussenconclusie

Voor laagdrempelige rechtsbescherming tegen beslissingen van private partijen die een publieke taak uitvoeren, kan de burger in theorie niet alleen bij de bestuursrechter, maar ook bij de Nationale ombudsman terecht. De Nationale ombudsman vervult een belangrijke rol als aanvullende rechtsbeschermer en tracht het vertrouwen van de burger in de overheid waar nodig te herstellen. Zijn bevoegdheid is echter gekoppeld aan het door de bestuursrechter restrictief uitgelegde b-bestuursorgaanbegrip. Uitgaande van de bestuursrechtelijke jurisprudentie is de Nationale ombudsman zelden bevoegd in de 'twijfelgevallen' waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de private partij. De Nationale ombudsman heeft herhaaldelijk aangegeven dat hij de koppeling van zijn bevoegdheid aan het bestuursorgaanbegrip onwenselijk acht. Zijn pogingen om voor zijn bevoegdheden tot een ruimer overheidsbegrip te komen zijn echter in de kiem gesmoord. De ombudspraktijk laat zien dat de Nationale ombudsman 'trucjes' heeft om klachten over gedragingen van private partijen die geen openbaar gezag uitoefenen toch in behandeling te kunnen nemen. Enerzijds kan worden gesteld dat hij daarmee zijn boekje te buiten gaat, anderzijds zou het onwenselijk zijn als hij dergelijke klachten niet in behandeling neemt. De gedragingen van de private partijen zien weliswaar niet op het uitoefenen van openbaar gezag, maar kunnen evenzeer ingrijpende gevolgen hebben voor de burger. Bovendien draagt het behandelen van de klachten bij aan het herstel van het vertrouwen van de burger in de overheid en voorkomt het dat de burger van het kastje naar de muur wordt gestuurd.

4 Ombudsmaninstituut & ontstatelijking: het internationale perspectief

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de problemen die bij de Nationale ombudsman kunnen ontstaan door het uitbesteden van publieke taken aan private partijen in combinatie met de strikte uitleg door de bestuursrechter van het buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip. Aangezien er wereldwijd meer dan tweehonderd ombudsmaninstituten bestaan en het fenomeen van ontstatelijking zich bovendien wijdverspreid voordoet,¹⁴³ rijst de vraag wat de internationale visie is op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Er bestaan twee soorten internationale organisaties die zich bezighouden met het versterken van het ombudsmaninstituut in het algemeen: internationale ombudsmanorganisaties en vooraanstaande internationale organisaties zoals de Raad van Europa (RvE) en de Verenigde Naties (VN). In paragraaf 4.2 schets ik de visie van de belangrijkste ombudsmanorganisatie: het International Ombudsman Institute (IOI). Of deze visie wordt onderschreven door voornoemde internationale organisaties komt in paragraaf 4.3 aan bod. In paragraaf 4.4 behandel ik vervolgens een aantal voorbeelden van ombudsmaninstituten waarvan de bevoegdheid zich (deels) uitstrekt tot private partijen die een publieke taak uitvoeren. In paragraaf 4.5 wordt dit hoofdstuk afgesloten met een tussenconclusie.

4.2 Het International Ombudsman Institute: de ombudsman als ‘one stop shop’

Het International Ombudsman Institute (IOI) is de enige wereldwijde ombudsmanorganisatie en vertegenwoordigt meer dan 205 onafhankelijke ombudsmaninstituten uit meer dan 100 landen wereldwijd. Het IOI zet zich op verschillende manieren in voor de bevordering en ontwikkeling van het concept van de ombudsman. Bovendien heeft het IOI contact met internationale organisaties zoals de Raad van Europa (RvE) over ombudsmangerelateerde onderwerpen.¹⁴⁴ De afgelopen jaren heeft het IOI meerdere keren aandacht besteed aan de invloed van

¹⁴³ Zie over ontstatelijking op internationaal niveau bijvoorbeeld M. Scheltema, NTB 2014/28.

¹⁴⁴ www.theioi.org/ioi-activities.

ontstatelijking op het ombudsmaninstituut. Zo gaf Ribó, de Catalaanse ombudsman en toenmalig vicepresident van het IOI, tijdens de IOI World Conference in Stockholm in 2009 een workshop genaamd 'The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector'.¹⁴⁵ In 2015 vroeg Tyndall, Ierse ombudsman en president van het IOI, in een paper aandacht voor de invloed van privatisering op de ombudsman.¹⁴⁶ In zowel het verslag van de workshop als de paper komt de visie van het IOI duidelijk naar voren: de burger zou over de uitvoering van alle publieke taken moeten kunnen klagen bij een onafhankelijke ombudsman, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet.

Ribó en Tyndall erkennen dat het onderscheid tussen de publieke en de private sector is vervaagd en dat publieke taken wereldwijd in toenemende mate worden uitbesteed aan en uitgevoerd door private partijen. Tyndall onderscheidt drie mogelijke scenario's voor wat betreft de gevolgen van de privatisering van publieke taken voor het ombudsmaninstituut.¹⁴⁷ In het eerste scenario behoudt het bestaande ombudsmaninstituut zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Er zijn vooralsnog weinig ombudsmaninstellingen waarbij dit het geval is. Gewezen dient te worden op onder meer de Spaanse ombudsman en de Catalaanse ombudsman.¹⁴⁸ In het tweede scenario kan de burger terecht bij een speciaal ingestelde private ombudsman of bij een andere onafhankelijke instelling die onder de jurisdictie van een ombudsmaninstituut valt. Zo bestaat er in België een Ombudsdienst voor Energie. Ook in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en Zweden zijn er speciale ombudsmaninstellingen opgericht voor de private sector. Tot slot heeft de burger in het laatste scenario in het geheel geen mogelijkheid om bij een onafhankelijke instantie verhaal te halen. Dit is bijvoorbeeld het geval in Ierland voor wat betreft de watervoorziening sinds deze geprivatiseerd is.¹⁴⁹

Zowel Ribó als Tyndall is niet positief gestemd over de laatste twee scenario's. Ten aanzien van de oprichting van speciale private ombudsmaninstellingen en andere publieke mechanismen overwegen zij het volgende. Hoewel deze instellingen een grondslag in de wet hebben en hun onafhankelijkheid is gewaarborgd, kan deze ontwikkeling verwarring veroorzaken bij de burger. Het is voor de burger lastiger om erachter te komen bij welke specifieke instelling hij of zij moet aankloppen.¹⁵⁰ Op het laatste scenario hebben Ribó en Tyndall de meeste kritiek. In dit scenario richten private partijen soms hun eigen klachteninstanties op. Aangezien deze klachteninstanties door dezelfde private partij worden opgericht als waartegen zij moeten optreden, is de onafhankelijkheid van dergelijke klachteninstanties niet gegarandeerd. Bovendien doen deze klachteninstanties vaak weinig om burgers op de hoogte te stellen van hun bestaan. Tyndall maakt dan ook duidelijk dat het

145 Ribó 2009.

146 Tyndall 2015.

147 Tyndall 2015.

148 Ook vermeldenswaardig is de Zuid-Afrikaanse Public Protector die bevoegd is inzake gedragingen van 'a person performing a public function'. Zie Section 6(4) Public Protector Act 23 of 1994.

149 Tyndall 2015; Ribó 2009; 'How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall', theioi.org 5 juni 2015.

150 Ribó 2009; 'How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall', theioi.org 5 juni 2015. Zie hierover ook par. 3.3.

IOI geen voorstander is van het gebruik van de naam ‘ombudsman’ in dergelijke situaties.¹⁵¹

Waar Ribó en Tyndall kritiek hebben op de laatste twee scenario’s, zien zij heil in het eerste scenario waarin bestaande ombudsmaninstituten bevoegd blijven ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren. Volgens hen zou de mogelijkheid voor een ombudsmaninstituut om toezicht uit te oefenen in de nieuwe context van ontstatelijking niet alleen moeten afhangen van de organisatie van de instelling die de publieke taak uitvoert, maar ook van het feit op zich dat de instelling een publieke taak uitvoert en daarbij inbreuk zou kunnen maken op de rechten en vrijheden van burgers.¹⁵² Tyndall vat de visie van het IOI op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren mooi samen:

‘All public services – whether privatised or not – should remain in the ombudsman’s jurisdiction to ensure that citizens have access to independent redress. Complexity in service provision should be counterbalanced by simplicity in accessing redress. A “one stop shop” for all public service complaints is the way to do this. Where access to redress via an ombudsman has been lost, we should argue for it to be restored.’¹⁵³

4.3 De Commissie van Venetië: de *Venice Principles*

In de vorige paragraaf is gebleken dat het IOI een duidelijke visie heeft op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren: de burger zou over de uitvoering van alle publieke taken moeten kunnen klagen bij een onafhankelijke ombudsman, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet. Naast internationale ombudsmanorganisaties die zich richten tot de ombudsmaninstituten zelf, zoals het IOI, is er een aantal belangrijke internationale organisaties dat een groeiende interesse toont in het aansporen van hun lidstaten met *soft law*-instrumenten om het instituut van de ombudsman te versterken als een mechanisme om mensenrechten mee te garanderen.¹⁵⁴ Met name de Raad van Europa (RvE) en de Verenigde Naties (VN) dienen in dit verband te worden genoemd. De vraag rijst of de RvE en de VN tot nu toe aanbevelingen, resoluties of opinies hebben uitgebracht waarin een gelijksoortige visie als die van het IOI naar voren komt. Deze internationale organisaties zouden hun lidstaten zo immers kunnen aansporen om de bevoegdheid van hun nationale ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met deze visie.

De RvE heeft zich geruime tijd afzijdig gehouden van het debat over de invloed van ontstatelijking op het ombudsmaninstituut. In 2019 vindt er een doorbraak plaats

151 Tyndall 2015; Ribó 2009; ‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

152 Ribó 2009; Tyndall 2015.

153 ‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

154 Ribó, Víntró Castells & Aragonés Seijo 2014, p. 7.

in die tendens met een opinie van de Commissie van Venetië van de RvE genaamd de *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution* ('The Venice Principles'). De Commissie van Venetië geeft raad aan de lidstaten van de RvE met betrekking tot de verenigbaarheid van (grond)wetgeving met de beginselen van de *rule of law*, mensenrechten en democratie. Dat doet zij door het geven van opinies en het publiceren van algemene studies en rapporten.¹⁵⁵ Zoals kort aangestipt in hoofdstuk 1, bracht de Commissie in 2016 reeds een *Rule of Law Checklist* uit voor de beoordeling van de mate van rechtsstatelijkheid van staten.¹⁵⁶ Volgens de Commissie van Venetië spelen ombudsmaninstellingen een cruciale rol bij het versterken van de democratie en rechtsstaat en het beschermen en bevorderen van mensenrechten. De *Venice Principles* vormen de eerste onafhankelijke, internationale set van standaarden specifiek opgesteld voor het instituut van de ombudsman. Ze zijn essentieel voor het oprichten en het functioneren van het ombudsmaninstituut en beogen het ombudsmaninstituut te versterken. Het IOI, waaronder president Tyndall, was nauw betrokken bij de ontwikkeling van de *Venice Principles*.¹⁵⁷ De principes geven een duidelijke visie weer op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren: 'The mandate of the Ombudsman shall cover all general interest and public services provided to the public, whether delivered by the State, by the municipalities, by State bodies or by private entities.'¹⁵⁸

De Commissie van Venetië is aldus in navolging van het IOI van mening dat alle publieke taken binnen de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut zouden moeten vallen, ongeacht of deze publieke taken zijn uitbesteed aan private partijen of niet. Dit standpunt is in lijn met de *Rule of Law Checklist* waarin de Commissie overweegt dat private actoren die publieke taken uitvoeren evenals publieke autoriteiten onderworpen behoren te zijn aan de eisen van de rechtsstaat. Het gaat volgens de Commissie immers om taken die traditioneel gezien tot het domein van de overheid behoren en een vergelijkbare impact hebben op burgers als het optreden van de klassieke overheid.¹⁵⁹ De Commissie spoort de lidstaten aan om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de *Venice Principles* te implementeren, waaronder aanpassingen aan de grondwet en aan andere wetgeving.¹⁶⁰

Het Comité van Ministers, de Parlementaire Vergadering en het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de RvE onderschrijven alle drie de *Venice Principles* in

155 Resolutie (2002)3, CDL(2002)27 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (27 februari 2002), *Adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*; Vermeulen & Jasiak, *RegelMaat* 2018/4.4, p. 205-207.

156 Commissie van Venetië van de Raad van Europa, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007rev.

157 www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Ombudsmen&lang=EN; 'Venice Commission adopts "Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution"', theioi.org 21 maart 2019.

158 Opinie 897/2017 van de Commissie van Venetië van de Raad van Europa (3 mei 2019), *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution* ('The Venice Principles'), nr. 13.

159 Commissie van Venetië van de Raad van Europa, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007rev; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 348-349. Zie par. 1.3.

160 *The Venice Principles*, nr. 25.

een aanbeveling¹⁶¹ respectievelijk twee resoluties.¹⁶² De Parlementaire Vergadering en het Comité van Ministers sporen de lidstaten bovendien aan om de principes te implementeren in de praktijk. Daarnaast heeft de Parlementaire Vergadering een aanbeveling gedaan aan het Comité van Ministers om alle mogelijke maatregelen te nemen om de *Venice Principles* en de implementatie daarvan door de lidstaten te bevorderen. In deze aanbeveling raadt de Parlementaire Vergadering het Comité van Ministers tevens aan ‘[to] consider establishing a mechanism of appropriate composition and mandate to which Council of Europe member States could regularly report on the situation and activities of their ombudsman institutions, including the state of implementation of the Venice Principles’.¹⁶³ Het Comité van Ministers heeft in reactie op deze aanbeveling aangegeven dat de Commissie van Venetië ombudsmaninstituten en lidstaten zal aansporen om aan de Commissie advies te vragen over ombudsmanwetgeving. De Commissie van Venetië zal deze wetgeving dan, in overleg met ombudsmanorganisaties zoals het IOI, evalueren in het licht van de *Venice Principles* en relevante aanbevelingen van het Comité van Ministers.¹⁶⁴ Naast voornoemde organen van de RvE heeft recentelijk de Algemene Vergadering van de VN een resolutie aangenomen waarin de *Venice Principles* worden bekrachtigd en erkend als nieuwe internationale standaard voor de bescherming en bevordering van ombudsmaninstituten.¹⁶⁵

Kortom: met de *Venice Principles* van de Commissie van Venetië van de RvE heeft de visie van het IOI op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren zijn weg gevonden naar de *soft law*-instrumenten van zowel de RvE als de VN. Hoewel deze instrumenten juridisch niet-bindend zijn voor de lidstaten, verkondigen de instrumenten een duidelijke boodschap aan de lidstaten en sporen zij de lidstaten aan om de reikwijdte van de bevoegdheid van hun ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met de *Venice Principles*.

4.4 In de praktijk: van woorden naar daden?

In de voorgaande paragrafen is duidelijk geworden wat de internationale visie is op de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren: bestaande ombudsmaninstituten zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van alle publieke taken, ongeacht of deze

161 Aanbeveling CM/Rec(2019)6 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (16 oktober 2019), *On the development of the Ombudsman institution*.

162 Resolutie 2301 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (2 oktober 2019), *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*; Resolutie 451 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (30 oktober 2019), *To endorse the Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution (“The Venice Principles”)*.

163 Aanbeveling 2163 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (2 oktober 2019), *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*.

164 Reactie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa op Aanbeveling 2163 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, aangenomen op 12 februari 2020 tijdens de 1367^e vergadering van de Afgevaardigden van de Ministers.

165 Resolutie 75/186 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (16 december 2020), *The role of the Ombudsman and mediator institutions in the promotion and protection of human rights, good governance and the rule of law*, UN Doc A/RES/75/186.

taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet. In dat verband rijst de vraag hoe de nationale ombudsmaninstituten en de lidstaten in de praktijk omgaan met de invloed van de ontstatelijking op het ambt van de ombudsman. Uit paragraaf 4.2 volgde dat bestaande ombudsmaninstituten door de privatisering van publieke taken geregeld hun bevoegdheid kwijtraken, wat op gespannen voet staat met de internationale visie van het ombudsmaninstituut als 'one stop shop'. Daarnaast zijn er echter wel degelijk ombudsmaninstituten die hun bevoegdheid ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren hebben behouden, of ombudsmaninstituten waaraan deze bevoegdheid als gevolg van wetgevingshervormingen of nieuwe wetgeving (deels) is 'teruggegeven'. In deze paragraaf bespreek ik kort een aantal voorbeelden daarvan.

De Catalaanse ombudsman

De Catalaanse ombudsman is een van de weinige ombudsmaninstituten die fungeren als 'one stop shop' voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken. Het Statute of Autonomy of Catalonia van 2006 regelt in artikel 78 lid 1 dat de bevoegdheid van de Catalaanse ombudsman zich uitstrekt tot:

'(...) private companies that manage public services or that carry out activities of general or universal interest, or equivalent activities in a publicly- subsidised or indirect way, and that of other persons with a contractual relationship with the Administration of the Generalitat and with the public bodies which are answerable to it. (...)

Voor wat betreft de private sector behandelt de Catalaanse ombudsman met name klachten over handelingen van private partijen die diensten van algemeen belang aanbieden, zoals elektriciteit, water en gas. De huidige Catalaanse ombudsman Ribó is voorstander van het opstellen van samenwerkingsovereenkomsten tussen ombudsmaninstituten en private partijen om de reikwijdte van de bevoegdheden van de ombudsmaninstituten te verduidelijken en meer rechtszekerheid tussen de ombudsmaninstituten en de private partijen te bewerkstelligen. Ribó heeft dan ook verschillende van dergelijke overeenkomsten gesloten tussen voornoemde private partijen en het Catalaanse ombudsmaninstituut.¹⁶⁶

De Ierse ombudsman

Sinds 2015 kan de Ierse ombudsman als gevolg van een wijziging in de Ierse wetgeving rondom het ombudsmaninstituut klachten behandelen over het uitvoeren van publieke taken door private verpleeghuizen.¹⁶⁷ Ombudsman Tyndall wees al sinds 2013 op een leemte in het onafhankelijke toezicht op dergelijke private verpleeghuizen: voor klachten over publieke verpleeghuizen kon men wel terecht bij de ombudsman, maar voor klachten over private verpleeghuizen niet. Aldus konden meer dan 22.000 bewoners van private verpleeghuizen hun klachten niet laten onderzoeken door een onafhankelijke instelling. Tyndall is hierover in discussie gegaan met de toenmalige Minister for Public Expenditure and Reform en heeft de

¹⁶⁶ Ribó 2009.

¹⁶⁷ Ombudsman Act 1980 (Section 1A) (No. 2) Order 2015; 'Ombudsman to examine complaints about private nursing homes', ombudsman.ie 14 september 2015.

uitbreiding van zijn bevoegdheid bij hem aangekaart, welke uitbreiding uiteindelijk dus in 2015 is gerealiseerd.¹⁶⁸

De ombudsman van Wales

In 2019 is de Public Services Ombudsman (Wales) Bill aangenomen, waarmee de bevoegdheden van de ombudsman van Wales zijn uitgebreid. Zo maakt de nieuwe wet het onder meer mogelijk voor de ombudsman om in het kader van een klacht die betrekking heeft op zowel de publieke als de private gezondheidszorg tevens deze private gezondheidszorg (*private health services*) te onderzoeken. Er moet dan wel zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden.¹⁶⁹ Met deze uitbreiding van de bevoegdheid van de ombudsman van Wales komt een einde aan de situatie waarin burgers aparte klachten moesten indienen bij verschillende instellingen voor private en publieke gezondheidszorg.¹⁷⁰

Net als de Ierse ombudsman Tyndall heeft de huidige ombudsman van Wales, Bennett, veel werk verricht om tot de uitbreiding van zijn bevoegdheid te komen. Zo schreef hij reeds in 2015 een paper aan de Finance Committee van de National Assembly van Wales, welke commissie verantwoordelijk is voor de ontwikkeling van wetgeving rondom het ombudsmaninstituut van Wales. In deze paper overwoog hij: ‘Clearly there was a need to reform legislation so that where a patient chooses to be treated in both public and private sectors, the complaints process would follow the citizen and not the sector.’¹⁷¹ In een recente paper zet Bennett uiteen wat hij heeft gedaan om uiteindelijk te bereiken dat er nieuwe wetgeving zou worden aangenomen om zijn bevoegdheid te versterken.¹⁷²

De voorbeelden van de Ierse ombudsman en de ombudsman van Wales laten zien dat er ombudsmaninstituten zijn die, net als de Nederlandse ombudsman jaren geleden,¹⁷³ hebben aangegeven dat zij hun bevoegdheid ten aanzien van private partijen (meer specifiek: de private gezondheidszorg) die een publieke taak uitvoeren te beperkt achten. Zij zijn hierover in discussie gegaan met relevante actoren, zoals politici en nationale wetgevers. Anders dan de Nederlandse ombudsman, wiens pogingen om tot een ruimere bevoegdheid te komen toentertijd in de kiem zijn gesmoord, behaalden de Ierse ombudsman en de ombudsman van Wales succes. Overigens is de huidige Nationale ombudsman, Van Zutphen, wel degelijk bezig met de invloed van ontstatelijking op zijn ambt. Zo erkende hij tijdens het congres ‘Wie doet er mee’ over de relatie tussen burger en overheid in 2030 dat het burgerperspectief steeds vaker in de knel komt waar de overheid ervoor kiest haar taken uit te besteden. Onder verwijzing naar de *Venice Principles* overwoog hij: ‘[w]aar het algemeen belang en publieke diensten aan de orde zijn, ongeacht wie deze uitvoert, zie ik een rol voor de ombudsman. Om burgers op weg te blijven

168 ‘Ombudsman to examine complaints about private nursing homes’, ombudsman.ie 14 september 2015; www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2015-07-14/33/.

169 Art. 10 Public Services Ombudsman (Wales) Bill.

170 ‘New law gives greater powers for the people to hold public services to account’, senedd.wales 21 maart 2019.

171 Deze paper is niet online te vinden, maar Bennett verwijst hiernaar in Bennett 2020.

172 Bennett 2020.

173 Zie H3, par. 3.3.

helpen en de overheid aan te spreken. Die rol pak ik op.’¹⁷⁴ Ook tijdens de AB-jaarvergadering van 2020 heeft de Nationale ombudsman aandacht gevraagd voor dit thema.

4.5 Tussenconclusie

Op internationaal niveau wordt volop aandacht besteed aan de invloed van ontstating op het ombudsmaninstituut. Vooraanstaande internationale (ombudsman)organisaties erkennen de problemen die ombudsmaninstituten ondervinden als gevolg van de toenemende ontstating. De boodschap die door het IOI wordt verkondigd is duidelijk: bestaande ombudsmaninstituten zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van *alle* publieke taken, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet. Zij zouden moeten fungeren als ‘one stop shop’ voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken. Met de komst van de *Venice Principles* en andere daaraan gerelateerde *soft law*-instrumenten worden lidstaten van de Raad van Europa en de Verenigde Naties bovendien aangespoord om de bevoegdheid van hun ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met deze visie. In feite vertoont de internationale visie veel gelijkenissen met de oplossingen die de Nederlandse ombudsman reeds jaren geleden aandroeg om de reikwijdte van zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren te verruimen. Waar de pogingen van de Nederlandse ombudsman om tot een ruimere bevoegdheid te komen in de kiem zijn gesmoord, zijn er verschillende ombudsmaninstituten in het buitenland die de afgelopen jaren succesvolle pogingen hebben gedaan om hun bevoegdheid uit te breiden door te pleiten voor nieuwe wetgeving of wetgevingshervormingen. Nu ombudsmaninstituten als gevolg van de toenemende ontstating steeds vaker problemen zullen ondervinden en op internationaal niveau duidelijk wordt verkondigd dat hun bevoegdheid zich zou moeten uitstrekken over *alle* publieke taken, valt te verwachten dat de ombudsmaninstituten in de nabije toekomst steeds vaker aan hun kettingen zullen rukken door te pleiten voor een ruimere bevoegdheid.

174 Nationale ombudsman 2019, p. 3-4.

5 Op naar een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman

In hoofdstuk 3 is gebleken dat de toenemende ontstatelijking in combinatie met de koppeling van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman aan het in de bestuursrechtspraak ingevulde b-bestuursorgaanbegrip wringt. De formele uitleg van het criterium ‘met enig openbaar gezag bekleed’ brengt mee dat de Nationale ombudsman in beginsel slechts bevoegd is ten aanzien van private partijen die publieke taken uitvoeren, indien deze beschikken over een wettelijk toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van derden te kunnen vaststellen. De publieke-taakjurisprudentie die in beeld komt in de ‘twijfelgevallen’ waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan een private partij, biedt dikwijls geen soelaas: privaatrechtelijke en feitelijke uitvoeringshandelingen vallen buiten de boot van de publieke-taakjurisprudentie en de publieke-taakjurisprudentie lijkt vooralsnog niet van toepassing bij ‘belastend’ bestuur.

Strikt genomen kan een burger met een klacht over een private partij met een overheidstaak waarmee geen openbaar gezag wordt uitgeoefend dus niet bij de Nationale ombudsman terecht. Dat is om verschillende redenen onwenselijk. Zo oordeelt de Nationale ombudsman juist met name over gedragingen die *niet* zien op het uitoefenen van openbaar gezag. De in hoofdstuk 3 geanalyseerde ‘ombudsprudentie’ illustreert dat deze gedragingen evenzeer ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de burger. Denk aan de verzoeker die na afloop van zijn detentie tussen schip en wal raakte door gebrekkige communicatie tussen ketenpartners, of aan de verzoekers die als gevolg van niet-voortvarende schuldhulpverlening maandenlang met een minimaal leefbedrag per week moesten rondkomen. De burger die niet terecht kan bij de Nationale ombudsman voelt zich niet begrepen en wordt van het kastje naar de muur gestuurd.

Men zou kunnen stellen dat eerst nader onderzoek moet worden gedaan naar zelfregulering en op de sector toegesneden klachteninstanties, voordat wordt ingezet op een verruiming van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Ik betwijfel echter sterk of zelfregulering door private partijen wenselijk is. Zoals aangestipt in paragraaf 3.3, beschikken private partijen lang niet altijd over goed functionerende en onafhankelijke klachtencommissies. Verder staat zelfregulering haaks op de behoefte van de burger aan transparantie en eenvoudige procedures, het liefst via één loket. Ook in een sectorspecifieke klachteninstantie of ombudsman zie ik weinig heil. Hoe baken je bijvoorbeeld de ‘sector’ sociaal domein af? Uiteraard vallen de Wmo 2015, de Jeugdwet en de Participatiewet daaronder, maar het sociaal domein omvat ook veel aanverwante taken zoals passend onderwijs of

schuldhulpverlening. Daarnaast is het optuigen van sectorspecifieke instanties tijdrovend en kostbaar, terwijl de Nationale ombudsman bij de burger al op de kaart staat als laagdrempelige aanvullende rechtsbeschermer. Bovendien volgde uit hoofdstuk 4 dat vooraanstaande internationale (ombudsman)organisaties een duidelijk standpunt innemen over de invloed van ontstatelijking op het ambt van de ombudsman: bestaande ombudsmaninstituten zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van alle publieke taken, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet. Dat is wat mij betreft reden te meer om het verruimen van de bevoegdheid van de bestaande ombudsman te verkiezen boven zelfregulering of sectorspecifieke instanties.

Er pleiten aldus diverse argumenten voor een verruiming van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. Aangezien het b-bestuursorgaanbegrip wordt ingevuld door wetgever en bestuursrechter, vormt het 'sleutelen' door wetgever of bestuursrechter aan het huidige, restrictief uitgelegde b-bestuursorgaanbegrip in theorie een oplossing voor de te beperkte bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Een wijziging van artikel 1:1 lid 1 onder b Awb door de wetgever ligt echter niet voor de hand. Binnen het sociaal domein, waar het probleem van de ontstatelijking en de daaruit volgende gebrekkige rechtsbescherming voor burgers pregnant speelt, heeft de wetgever met het in hoofdstuk 2 besproken wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 immers vooralsnog niet gekozen voor een wijziging van de Awb. Verder acht ik het onwaarschijnlijk dat de bestuursrechter in de nabije toekomst zal terugkomen op de strikte uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip, gezien de recentelijk verschenen conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven en de strenge koers die de bestuursrechter nu alweer enkele jaren vaart. Bovendien zagen we in paragraaf 2.5 dat een meer materiële benadering van de publieke-taakjurisprudentie gezien de terughoudendheid die de bestuursrechter is geboden wellicht alsnog een te beperkte reikwijdte heeft.

Aangezien de bovengeschetste hypothetische oplossing niet alleen een verruiming van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman impliceert, maar veel breder raakt aan de rechtsmacht van de bestuursrechter, ga ik niet nader in op deze oplossing. Het onderzoek in dit preadvies focust per slot van rekening juist op de tot nu toe onderbelicht gebleven plaats die de Nationale ombudsman inneemt in de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. 'Sleutelen' aan artikel 1:1 Awb door de wetgever of de bestuursrechter is niet de enige wijze om een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman te bewerkstelligen ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren: er zijn meerdere wegen die naar Rome leiden. In dit hoofdstuk zal ik verschillende van die wegen evalueren. Daarbij komen eerst de in hoofdstuk 3 besproken 'trucjes' aan bod die de Nationale ombudsman in de praktijk reeds inzet. Vervolgens bespreek ik hypothetische wijzigingen van de Wet Nationale ombudsman (WNo), respectievelijk de Awb-bepalingen over klachtbehandeling.

1. *Minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman*

Zoals besproken in hoofdstuk 3, vindt een minder strikte interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman in de ombudspraktijk reeds plaats. Bij klachten over gedragingen van private partijen die een wettelijke overheidstaak toegekend hebben gekregen, zoals de 3RO en Veilig Thuis, legt de Nationale ombudsman het criterium van het wettelijk openbaar gezag minder strikt uit: waar de bestuursrechter een wettelijke taak alleen onvoldoende vindt en ook een bevoegdheid tot het nemen van besluiten vereist, neemt de Nationale ombudsman genoegen met de wettelijke taak *an sich*. Deze uitleg van de Nationale ombudsman ligt dicht bij de theorie van de bestuursrechter en is vanuit ombudsperspectief logisch, aangezien de Nationale ombudsman niet oordeelt over besluiten maar klachten afhandelt over (veelal) feitelijke handelingen. In hoeverre is deze weg als wenselijk te beschouwen?

Deze weg leidt ertoe dat het b-bestuursorgaanbegrip door de Nationale ombudsman en de bestuursrechter op verschillende wijzen wordt uitgelegd. Vanuit het oogpunt van de voornaamste doelstelling van de Awb, het uniformeren en systematiseren van de bestuursrechtelijke wetgeving, is het onfortuinlijk dat het bestuursorgaanbegrip als een van de kernbegrippen van de Awb anders wordt uitgelegd door de Nationale ombudsman dan door de hoogste bestuursrechters. Bovendien verdient een dergelijke uiteenlopende interpretatie rechtstheoretisch gezien uiteraard geen schoonheidsprijs; ook in dit verband zou een eenduidige uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip het meest wenselijk zijn. Mijns inziens weegt het belang van een eenduidige uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip echter minder zwaar dan het belang van een adequate aanvullende rechtsbescherming bij de Nationale ombudsman voor burgers tegen private partijen die een publieke taak uitvoeren. Juist voor kwetsbare burgers die geen geld hebben voor of kennis hebben van procederen biedt de laagdrempelige aanvullende rechtsbescherming bij de Nationale ombudsman een uitkomst. Het streven naar een eenduidige uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip zou er niet toe moeten leiden dat de Nationale ombudsman in bepaalde situaties buiten spel wordt gezet, een gevaar dat onder het huidige recht dreigt.

Verder zou men kunnen beargumenteren dat de Nationale ombudsman met een ruimere uitleg van het criterium van het wettelijk openbaar gezag zijn boekje te buiten gaat. Vanuit de hiervoor genoemde uniformerings- en systematiseringsgedachte moet het bestuursorgaanbegrip, indien het in een bijzondere wet wordt gebruikt, immers de betekenis hebben die de Awb daaraan geeft. De Awb-wetgever is in de parlementaire geschiedenis expliciet aangesloten bij de definitie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag zoals ontwikkeld in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Uit de wetsgeschiedenis van de WNo valt evenwel niet op te maken dat de wetgever expliciet heeft beoogd dat de Nationale ombudsman voor de uitleg van het bestuursorgaanbegrip steeds zou dienen aan te sluiten bij de bestuursrechtelijke jurisprudentie.

In mijn optiek zijn voornoemde argumenten dan ook niet als doorslaggevend te beschouwen voor het vasthouden door de Nationale ombudsman aan de uitleg van het bestuursorgaanbegrip in de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Daarnaast zal een uiteenlopende interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip mijns inziens

in de rechtspraak geen problemen opleveren. Hoewel de Nationale ombudsman en de bestuursrechter beiden bestuursrechtelijke rechtsbescherming bieden, is in paragraaf 3.1 gebleken dat het om twee heel verschillende remedies gaat: zowel het object van de toetsing als de aard van de toetsing verschilt en in tegenstelling tot het oordeel van de bestuursrechter is het oordeel van de Nationale ombudsman niet bindend.

Bovengenoemd verschil, gelegen in het object van de toetsing, maakt bovendien dat een minder strikte interpretatie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag en dus van het b-bestuursorgaanbegrip juist voor de Nationale ombudsman een aantrekkelijk perspectief is. Voor de bestuursrechter biedt een minder strikte interpretatie van het wettelijk openbaar gezag geen uitkomst. Hij oordeelt immers over besluiten van bestuursorganen, waardoor de bevoegdheid tot het verrichten van een publiekrechtelijke rechtshandeling nog steeds is vereist. De Nationale ombudsman daarentegen oordeelt over *gedragingen*. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2, omvat het begrip gedragingen *meer* dan de uitoefening van openbaar gezag. Het gaat daarbij niet alleen om Awb-besluiten, maar ook om privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen.

2. *Het voorbeeld van het sociaal domein: college van burgemeester en wethouders blijft verantwoordelijk voor uitbestede taken*

In hoofdstuk 3 werd duidelijk dat de Nationale ombudsman het over een andere boeg gooit dan een verruimde interpretatie van het b-bestuursorgaanbegrip bij klachten over gedragingen van private aanbieders in het sociaal domein. In dergelijke zaken acht hij zich bevoegd omdat het uitbesteden van de taken door het college van burgemeester en wethouders aan een private partij niets zou afdoen aan de verantwoordelijkheid daarvoor van het college op grond van bijvoorbeeld de Wgs en de Wmo 2015. Zo verdwijnt het bestuursorgaanbegrip naar de achtergrond: de Nationale ombudsman neemt klachten over gedragingen van private aanbieders in het sociaal domein in behandeling, terwijl deze aanbieders niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorgaan.

Volgens De Greef is de redenering die schuilgaat achter bovengeschetst standpunt van de Nationale ombudsman goed te begrijpen. Hij vindt dat het handelen van private partijen waaraan het college van burgemeester en wethouders taken heeft uitbesteed, net als wanneer deze taken gemandateerd zouden zijn, kan worden toegerekend aan het college. Het uitbesteden van taken doet immers niets af aan de wettelijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het college. Wel wijst De Greef erop dat het standpunt van de Nationale ombudsman formeel niet in lijn is met de Awb. Hij is dan ook van mening dat '(...) de wetgever de benadering van de ombudsman en de juridische werkelijkheid meer met elkaar in lijn [dient] te brengen, zodat de werkwijze van de ombudsman niet alleen begrijpelijk, maar ook rechtmatig is'.¹⁷⁵

Ik kan mij met De Greef vinden in de handelswijze van de Nationale ombudsman bij klachten over gedragingen van private aanbieders in het sociaal domein. Gemeenten zouden zich niet moeten kunnen verschuilen achter het feit dat zij

175 De Greef, JBplus 2020/2.

hun taken in het sociaal domein hebben uitbesteed. Er rijzen evenwel vragen over de verhouding tussen de benadering van de Nationale ombudsman en het in hoofdstuk 2 besproken recente wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015. In dit wetsvoorstel wordt het handelen van private zorgaanbieders via een bij het college van burgemeester en wethouders ingediende klacht voorlegbaar aan de bestuursrechter; de reactie van het college op deze klacht wordt namelijk gelijkgesteld met een besluit. Daarmee leek de weg naar de gemeentelijke of Nationale ombudsman geheel te worden afgesloten. Inmiddels heeft de wetgever benadrukt dat het wetsvoorstel de bevoegdheid van de ombudsman volledig respecteert. De bevoegdheid van de bestuursrechter zal beperkt zijn tot geschillen over tekortkomingen in de uitvoering.¹⁷⁶ Voor zover ik begrijp, acht de wetgever de weg naar de ombudsman geopend voor geschillen over tekortkomingen in de uitvoering én bejegeningklachten. De term ‘respecteert’ lijkt me niet volledig op zijn plaats, nu de ombudsman strikt genomen juist niet bevoegd is om klachten over gedragingen van private aanbieders in behandeling te nemen. Daarnaast zullen klachten over tekortkomingen in de uitvoering en bejegeningklachten in de praktijk veelal met elkaar zijn vervlochten. Ik onderschrijf dan ook het standpunt van Verburg dat burgers met dergelijke ‘gemengde’ klachten zouden moeten kunnen kiezen tussen de bestuursrechter en de ombudsman.¹⁷⁷

Zolang de wetgever geen actie onderneemt, biedt de hiervoor onder de punten 1 en 2 geschetste huidige aanpak van de Nationale ombudsman mijns inziens een aantrekkelijke voorlopige oplossing om tot een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman te komen ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren. In mijn optiek kan de Nationale ombudsman zijn huidige koers dan ook continueren. Wel is het wenselijk dat de Nationale ombudsman in zijn rapporten duidelijk aangeeft waarom hij op deze wijze met zijn bevoegdheid omspringt. Met name de ruimere uitleg van het b-bestuursorgaanbegrip zou enigszins kunnen worden verhelderd. De Nationale ombudsman kan daarvoor inspiratie putten uit de zojuist besproken argumenten. Daarnaast zou hij zijn aanpak kracht bij kunnen zetten met een verwijzing naar de in hoofdstuk 4 besproken *Venice Principles* en andere daaraan gerelateerde *soft law*-instrumenten. Ondanks hun juridisch niet-bindende werking kunnen *soft law*-instrumenten namelijk wel degelijk juridische relevantie hebben. Zo kunnen deze instrumenten als interpretatiehulpmiddel dienen om lacunes in het nationale recht op te vullen en open normen in te vullen.¹⁷⁸ Het is al meermalen voorgevallen dat nationale rechters in hun oordeel verwezen naar opinies van de Commissie van Venetië.¹⁷⁹ Verder zou de Nationale ombudsman zijn standpunten kunnen staven door erop te wijzen dat het International Ombudsman Institute duidelijk achter de *Venice Principles* staat en deze principes heeft opgenomen in zijn *Best Practice Papers*, die richtsnoeren bieden over de

176 Consultatieverslag naar aanleiding van de internetconsultatie over het Wetsvoorstel resultaatgericht beschikken en vereenvoudigen geschilbeslechting, te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken.

177 Verburg, JBplus 2020/1.

178 Fastenrath, EJIL (4) 1993, p. 324; Wouters 2007, p. 117-118.

179 Hoffmann-Riem, EJIL (25) 2014, p. 588.

belangrijkste kenmerken en onderwerpen ter ondersteuning van de gemeenschap van ombudsmaninstituten.¹⁸⁰

3. Wijziging van de WNo

Hoewel de onder punten 1 en 2 besproken ‘trucjes’ die de Nationale ombudsman in de praktijk reeds toepast om diverse redenen een aantrekkelijke voorlopige oplossing lijken te bieden voor de te beperkte bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen die een publieke taak uitvoeren, hebben deze een beperkte reikwijdte. Zo is een minder strikte interpretatie van het criterium van het wettelijk openbaar gezag door de Nationale ombudsman alleen toepasbaar in het geval dat de private partij waarover wordt geklaagd een wettelijke overheids-taak toegekend heeft gekregen. Lang niet alle private partijen die een publieke taak uitvoeren, hebben deze taak ook in een wet toegekend gekregen. Verder lijkt de onder punt 2 besproken oplossing zich te beperken tot de uitbesteding van taken in het sociaal domein. De Nationale ombudsman knoopt dan aan bij de wettelijke verantwoordelijkheid voor deze taken van het college van burgemeester en wethouders. Op andere deel terreinen is het evenwel lastiger om een verantwoordelijk bestuursorgaan aan te wijzen, onder meer omdat private partijen die publieke taken uitvoeren dikwijls relaties onderhouden met meerdere bestuursorganen. Aldus kan worden geconstateerd dat voornoemde oplossingen slechts kunnen worden toegepast bij een gedeelte van het ‘oerwoud’ aan private partijen die publieke taken uitvoeren. Daarnaast is reeds gebleken dat de oplossingen formeel niet in lijn zijn met de Awb en de WNo.

In dit verband kan worden gewezen op de mogelijkheid om met een wijziging van de WNo een ruimere bevoegdheid van de Nationale ombudsman te bewerkstelligen ten aanzien van bepaalde private partijen die publieke taken uitvoeren. Als gevolg daarvan zou er een wettelijke grondslag bestaan voor het in behandeling nemen van klachten over gedragingen van deze private partijen door de Nationale ombudsman en zou hij dus niet meer buiten zijn boekje hoeven te handelen. Zoals bleek in hoofdstuk 4, zijn in Ierland en Wales recentelijk dergelijke wijzigingen in de ombudsmanwetgeving doorgevoerd om een uitbreiding van de bevoegdheid van het ombudsmaninstituut naar private zorgaanbieders mogelijk te maken.

De voortschrijdende ontstatelijking maakt het onmogelijk om een uitputtende opsomming van private partijen op te nemen in de WNo. Momenteel worstelt de Nationale ombudsman met name met de 3RO en de private aanbieders in het sociaal domein, maar binnen een kort tijdsbestek kunnen er klachten opduiken over ‘nieuwe’ private partijen die een publieke taak uitvoeren. Denk bijvoorbeeld aan de privaatrechtelijke organisaties die de afgelopen tijd coronasteunmaatregelen hebben uitgevoerd.¹⁸¹ Met het oog op deze voortschrijdende ontstatelijking acht ik het niet haalbaar om steeds de ingewikkelde en tijdrovende wetgevingsoperatie in gang te zetten die een wijziging van de WNo vergt. Wel zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar het opnemen van een lijst met private partijen in een bijlage bij de WNo, waarbij inspiratie kan worden geput uit de Wet normering top-

¹⁸⁰ ‘Venice Commission will provide legal advice on Ombudsman legislation’, theioi.org 13 maart 2020; www.theioi.org/publications/ioi-best-practice-papers.

¹⁸¹ Van den Brink 2021.

inkomens (WNT).¹⁸² Deze wet is van toepassing op semipublieke instellingen die zijn genoemd in een bijlage, welke bijlage bij algemene maatregel van bestuur kan worden gewijzigd. Dat is flexibeler dan een wijziging bij wet in formele zin.

Hoewel een dergelijke wijziging van de WNo weinig ingrijpend lijkt, zijn er diverse aspecten waar de wetgever rekening mee dient te houden. Zo bestaan tussen private partijen die publieke taken uitvoeren grote onderlinge verschillen in het wettelijk kader, de rolverdeling en in de verhouding waarin zij staan tot de bestuursorganen die de publieke taken aan hen hebben uitbesteed. Een belangrijk aspect betreft verder de verhouding tussen het wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 en de hypothetische wijziging van de WNo, waarvoor ik verwijs naar mijn opmerkingen onder punt 2.

4. Wijziging van de WNo & hoofdstuk 9 van de Awb

De wijziging van de WNo doet niet af aan het feit dat de Nationale ombudsman op papier nog altijd is gebonden aan het b-bestuursorgaanbegrip. Mijns inziens zullen andere wettelijke maatregelen op lange termijn dan ook onontkoombaar zijn. In dit verband zou de wetgever kunnen besluiten tot het loskoppelen van de bevoegdheid van de Nationale ombudsman van het bestuursorgaanbegrip in zowel de WNo als in hoofdstuk 9 van de Awb, om in de plaats daarvan een nieuw, ruimer overheidsbegrip te introduceren. In mijn optiek is deze weg vanuit rechtstheoretisch perspectief wenselijk, aangezien daarmee een wettelijke basis voor de Nationale ombudsman wordt gecreëerd om te kunnen oordelen over de uitvoering van alle publieke taken, ongeacht of deze zijn uitbesteed aan private partijen of niet. Het doet er met een dergelijke wettelijke basis ook niet meer toe welke onderlinge verschillen tussen private partijen bestaan en of een private partij de publieke taak in de wet toegekend heeft gekregen of niet. Daarbij komt nog dat lidstaten op internationaal niveau worden aangespoord om de bevoegdheid van hun ombudsmaninstituten juridisch op één lijn te brengen met de *Venice Principles*. De hypothetische WNo- en Awb-regelingen waarbij de Nationale ombudsman fungeert als 'one stop shop' voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken zouden in overeenstemming zijn met de *Venice Principles*.

Bovengeschetste wijzigingen van de WNo en van hoofdstuk 9 van de Awb vergen een ingewikkelde en tijdrovende wetgevingsoperatie. Zo zal het gehele hoofdstuk 9 van de Awb over klachtbehandeling op de schop moeten worden genomen, aangezien dit hoofdstuk naar het huidige recht is toegespitst op het bestuursorgaanbegrip. Er zijn allerlei verschillende aspecten waar de wetgever rekening mee dient te houden. Zo rijst de vraag welk overheidsbegrip dient te worden gehanteerd als criterium om de bevoegdheid van de Nationale ombudsman mee af te bakenen: een wettelijke (overheids)taak, een publieke taak of wellicht een overwegende overheidsinvloed? Evenals bij de hiervoor besproken weg van de wijziging van de WNo als voorlopige oplossing, betreft een ander belangrijk aspect de afstemming tussen de bevoegdheid van de Nationale ombudsman en de bevoegdheid van de bestuursrechter. Er dient onder meer te worden nagedacht over de verhouding tussen het wetsvoorstel tot wijziging van de Wmo 2015 en de hypothetische WNo- en Awb-regelingen. Tot

¹⁸² Zie hierover Van Amerongen, NTB 2018/59.

slot zou voor de wijzigingen van de WNo en de Awb inspiratie kunnen worden geput uit de Spaanse en Catalaanse ombudsmanwetgeving en toepassing daarvan in de praktijk. De Spaanse en Catalaanse ombudsman behoren immers tot de weinige ombudsmaninstituten die fungeren als 'one stop shop' voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken.

6 Afsluiting

De voortschrijdende privatisering en uitbesteding door de overheid van publieke taken aan private partijen maakt dat volop wordt nagedacht over de invloed hiervan op rechtsstatelijke kernwaarden zoals normering en rechtsbescherming. In deze discussie rijst de vraag in hoeverre de laagdrempelige (aanvullende) rechtsbescherming bij de bestuursrechter of de Nationale ombudsman tegen het uitvoeren van publieke taken door private partijen voldoende is gewaarborgd. Deze rechtsbescherming is gekoppeld aan het door de bestuursrechter restrictief uitgelegde b-bestuursorgaanbegrip. De toenemende ontstatelijking in combinatie met de strenge koers van de bestuursrechter heeft tot gevolg dat de uitvoering van publieke taken door private partijen steeds vaker buiten de reikwijdte van het publiekrecht valt.

Waar in de literatuur en soms door de bijzondere wetgever oplossingen worden gezocht om de rechtsmacht van de bestuursrechter uit te breiden en publiekrechtelijke normering te bewerkstelligen, lijkt de Nationale ombudsman te zijn vergeten in de discussie over deze rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Uitgaande van de bestuursrechtelijke jurisprudentielijn is de Nationale ombudsman zelden bevoegd in de 'twijfelgevallen' waarin geen wettelijk openbaar gezag is toegekend aan de private partij. Dat is om diverse redenen onwenselijk. Zo oordeelt de Nationale ombudsman over *gedragingen* en niet over besluiten. Ook gedragingen van private partijen die niet zien op het uitoefenen van openbaar gezag kunnen diep ingrijpen op het leven van burgers. De burger wiens klacht niet in behandeling kan worden genomen voelt zich onbegrepen en wordt van het kastje naar de muur gestuurd. Bovendien wordt op internationaal niveau de duidelijke boodschap verkondigd dat ombudsmaninstituten zouden moeten kunnen oordelen over de uitvoering van *alle* publieke taken, ongeacht of deze taken zijn uitbesteed aan een private partij of niet.

Gebleken is dat de weg naar de Nationale ombudsman als 'one stop shop' voor alle klachten over de uitvoering van publieke taken niet glad geplaveid is. Er zijn verschillende oplossingen denkbaar met elk voor- en nadelen, waaronder de in de ombudspraktijk reeds toegepaste 'trucjes' om klachten over gedragingen van bepaalde private partijen die geen openbaar gezag uitoefenen toch in behandeling te nemen. Deze aanpak heeft een beperkte reikwijdte en gaat het boekje van de Nationale ombudsman te buiten, maar is vanuit het oogpunt van rechtsbescherming uitermate effectief. Het is in mijn optiek dan ook een aantrekkelijke voorlopige oplossing in afwachting van een meer alomvattende en rechtstheoretisch wenselijke oplossing. De toekomst zal uitwijzen hoe de discussie over de rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking zich verder ontwikkelt en welke

acties in dit verband zullen worden ondernomen door zowel de bestuursrechter als de wetgever. Het is in ieder geval van belang dat deze discussie zich niet langer alleen richt op de bestuursrechter, maar dat ook de rol van de Nationale ombudsman uitdrukkelijk aan bod komt in de te maken afwegingen. Ik hoop daar met dit preadvies een bijdrage aan te hebben geleverd.

Geraadpleegde literatuur

Van Amerongen, NTB 2018/59

N.H. van Amerongen, 'De semipublieke sector in de Wet Normering Topinkomens: inzichten voor het algemeen bestuursrecht', NTB 2018/59.

Bac & Poort, Sancties 2019/59

J. Bac & R. Poort, 'Verleden en toekomst van de reclassering', *Sancties* 2019/59.

Barkhuysen, NJB 2020/489

T. Barkhuysen, 'De Wet maatschappelijke ondersteuning als proeftuin voor integrale geschilbeslechting in het bestuursrecht', NJB 2020/489.

Bennett 2020

N. Bennett, 'The New Public Services Ombudsman for Wales (PSOW) Act 2019: The story 2014- 2020', mei 2020.

Bense & Zijlstra, NTB 1994/9

M. Bense & S.E. Zijlstra, 'Het begrip bestuursorgaan', NTB 1994/9.

Van den Berge, NTB 2018/40

L. van den Berge, 'Van government naar governance: besturen onder de radar van het bestuursrecht', NTB 2018/40.

Van den Berge, RM Themis 2018/4

L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', RM Themis 2018/4.

Van den Berge 2019

L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving. Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Borman, in: T&C Awb 2019

T.C. Borman, commentaar op art. 9:18 Awb, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Brenninkmeijer & Van Hoogstraten, NTB 2008, 5

A.F.M. Brenninkmeijer & W.J. van Hoogstraten, 'De architectuur van behoorlijk bestuur. De bijdrage van de Nationale ombudsman aan behoorlijk bestuur in 25 jaar', NTB 2008, 5.

Van den Brink 2018

J.E. van den Brink, *Realistisch revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch* (oratie Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2018.

Van den Brink 2021

J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de corona-wonde', in: J.P. Loof e.a., *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021.

Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000.

Van den Brink & Den Ouden 2019

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel "subsidierelaties" niet of nauwelijks normeert', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Daalder, De Groot & Van Breugel 1993

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315)*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993.

Daalder, De Groot & Van Breugel 1994

E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede tranche (Stb. 1993, 581, 650, 671, 690)*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.

Fastenrath, EJIL (4) 1993

U. Fastenrath, 'Relative Normativity in International Law', *EJIL* (4) 1993.

De Greef, JBplus 2020/2

R.J.M.H. de Greef, 'Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?', *JBplus* 2020/2.

Hoffmann-Riem, EJIL (25) 2014

W. Hoffmann-Riem, 'The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact', *EJIL* (25) 2014.

Huisman & Van Ommeren, NTB 2018/7

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, 'De bestuursrechtelijke rechtsbetrekking in het sociaal domein', *NTB* 2018/7.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen: Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huitema, *Tvjr* 2020/1.13

L.A. Huitema, 'Leidt beleidsvrijheid van gemeenten bij de organisatie van Veilig Thuis tot rechtsongelijkheid?', *Tvjr* 2020/1.13.

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2014.

Jak, *JBplus* 2015/2

N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt. Over privaatrechtelijke rechtspersonen en het bestuursorgaanbegrip', *JBplus* 2015/2.

Jak, *NTB* 2018/49

N. Jak, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders. Het sociaal domein als proeftuin', *NTB* 2018/49.

Jak 2019

N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht. De afnemende betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstatelijking', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Kaal, Plantinga & Ter Berg 2019

M. Kaal, S. Plantinga & J. ter Berg, *Relatie burger overheid 2030. Onderzoek in opdracht van de Nationale ombudsman*, 2019.

Klein Egelink & Vermaat, *NTB* 2015/43

E. Klein Egelink & M.F. Vermaat, 'Mag ik wat vragen? De meldingsprocedure en de besluitvorming in de Wmo 2015 nader beschouwd', *NTB* 2015/43.

Klein Egelink, *NTB* 2018/11

E. Klein Egelink, 'De toetsing door de bestuursrechter bij integrale besluitvorming in het sociaal domein', *NTB* 2018/11.

Marseille & Tolsma 2019

A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Nationale ombudsman 1998

Nationale ombudsman, *Jaarverslag 1998, Kamerstukken II 1998/99, 26445, nr. 2.*

Nationale ombudsman 2000

Nationale ombudsman, *Jaarverslag 2000, Kamerstukken II 2000/01, 27645, nr. 2.*

Nationale ombudsman 2002

Nationale ombudsman, *Jaarverslag 2002, Kamerstukken II 2002/03, 28825, nr. 2.*

Nationale ombudsman 2007

Nationale ombudsman, *Burgerschap verzilverd. Jaarverslag 2007*, Den Haag: maart 2008.

Nationale ombudsman 2019

Nationale ombudsman, *Behoorlijkheidswijzer*, Den Haag: juni 2019.

Nationale ombudsman 2019

Nationale ombudsman, *Wie doet er mee in 2030?*, Den Haag: oktober 2019.

Van Ommeren & Huisman 2013

F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model', in: F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij (VAR-reeks 150)*, Den Haag: Boom juridisch 2013.

Den Ouden, NTB 2016/52

W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', NTB 2016/52.

Den Ouden, NTB 2018/10

W. den Ouden, 'Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private zorgaanbieder', NTB 2018/10.

Den Ouden & Van Amerongen 2017

W. den Ouden & N.H. van Amerongen, 'Het bestuursorgaanbegrip voorbij?', in: H.G. Lubberdink e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber Amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2017.

Peters, NTB 2014/22.1

J.A.F. Peters, 'De veelkleurigheid van een materieel overheidsbegrip', NTB 2014/22.1.

Peters, JBplus 2016/3

J.A.F. Peters, 'Het klassieke b-orgaan in de nieuwe tijd', JBplus 2016/3.

Peters 2018

J.A.F. Peters, 'In de ban van het besluit. Over de verhouding tussen de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking, het besluit en de rechtsmachtverdeling', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Peters & Zijlstra 2008

J.A.F. Peters & S.E. Zijlstra, 'Onscherp, maar wel ver genoeg? Hybride organisaties en publiekrechtelijke normering', in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend Bestuursrecht (Ten Berge-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2008.

Polak & De Morree 2021

J.E.M. Polak & P.E. de Morree, 'De overheid wordt niet verliefd. Over het bestuursorgaan-begrip en de al dan niet gouvernementele organisatie', in: L.W. Verboe-

ket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021

De Poorter, in: T&C Awb 2019

J.C.A. de Poorter, commentaar op art. 1:1 Awb, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

De Poorter & De Graaf 2011

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*, Den Haag: Raad van State 2011.

Ribó 2009

R. Ribó, 'The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector', IOI World Conference Stockholm: juni 2009.

Ribó, Vintró Castells & Aragonés Seijo 2014

R. Ribó, J. Vintró Castells & I. Aragonés Seijo, *International Framework of the Ombudsman Institution*, Barcelona: mei 2014.

Van Rijn van Alkemade 2019

J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Rechtsbescherming tegen de private uitvoering van publieke taken: bestuursrechter of geschilleninstantie?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Van Rijn van Alkemade, Kleinhout & Vermaat 2021

J.M.J. van Rijn van Alkemade, A.A. Kleinhout & M.F. Vermaat, 'De Algemene wet bestuursrecht en de terugtrekkende overheid', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

M. Scheltema, NTB 2014/28

M. Scheltema, 'Internationale regelgeving buiten de staten om: de behoefte aan bestuursrechtelijke beginselen over regelgeving', NTB 2014/28.

M. Scheltema, NTB 2016/49

M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', NTB 2016/49.

M. Scheltema 2017

M. Scheltema, *Advies integrale geschilbeslechting in het sociaal domein*, bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 34477, nr. 27.

Schlössels 2019

R.J.N. Schlössels, 'Het besluit voorbij... maar via welke route?', in: B. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schlössels e.a. 2018

R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Tyndall 2015

P. Tyndall, 'How Privatisation affects Ombudsmen', Wenen: International Ombudsman Institute 2015.

Verburg, JBplus 2020/1

D.A. Verburg, 'Tussen keukentafel en besluit: integrale rechtsbescherming in de Wmo 2015', *JBplus* 2020/1.

Vermeulen & Jasiak, RegelMaat 2018/4.4

B.P. Vermeulen & A. Jasiak, 'De constitutionele advisering door de Venice Commission', *RegelMaat* 2018/4.4.

Wouters 2007

J. Wouters, 'Bronnen van het internationaal recht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007.

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom juridisch 2008.

Zijlstra, NTB 2018/54

S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/Conformed)

HR 26 november 2021, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren (Didam)

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 30 november 1995, ECLI:NL:RVS:1995:ZF1850, AB *Klassiek* 2009/26, m.nt. G. Overkleeft-Verburg (Stichting Silicose Oud-mijnwerkers)

ABRvS 3 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AA6767, AB 1996/474, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer (NV Luchthaven Schiphol)

ABRvS 12 november 1998, ECLI:NL:RVS:1998:ZF3610, AB 1999/30, m.nt. M. Schreuder-Vlasblom

ABRvS 23 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK7478, AB 2010/221, m.nt. J.A.F. Peters

ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB *Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio)

ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters (Stichting Platform31)
ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, AB 2015/131, m.nt. J.A.F. Peters (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen)
ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden (Stichting Impuls)
ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1307, AB 2016/246, m.nt. J.A.F. Peters
ABRvS 6 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3318, AB 2018/98, m.nt. G.E. Creijghton-Sluyk & W.S. Zorg
ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden (SCE I)
ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, JB 2020/217, m.nt. M.C.A. Hermans & J.A.F. Peters; Gst. 2021/6, m.nt. L.J.M. Timmermans (Stichting Calamiteitenfonds Mijn(water)schade Limburg)

Advocaat-generaal bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260

Centrale Raad van Beroep

CRvB 31 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV8198, AB 2006/424, m.nt. G.A.C.M. van Ballegooij & P. van Duijvenvoorde (Argonaut)
CRvB 24 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4409, Gst. 2015/46, m.nt. N. Jak
CRvB 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1189, Gst. 2018/105, m.nt. N. Jak (FMMU)
CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554, Gst. 2018/142, m.nt. N. Jak (FMMU)
CRvB 8 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3241, AB 2019/90, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman
CRvB 6 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:676

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 2 april 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AF7110, AB 2004/162, m.nt. G.J.M. Cartigny (Nuon)
CBb 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634, Gst. 2019/34, m.nt. N. Jak

Rechtbanken

Rb. Noord-Holland 19 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ8741
Rb. Midden-Nederland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2915
Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83
Rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3420 (Waterleidingbedrijf Noord-Holland)
Rb. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2162
Rb. Noord-Holland 12 november 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:9856
Rb. Gelderland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3272

Nationale ombudsman

No 7 juli 2008, rapportnr. 2008/117
No 17 juni 2009, rapportnr. 2009/125

No 5 april 2012, rapportnr. 2012/054
No 5 september 2013, rapportnr. 2013/112
No 5 november 2013, rapportnr. 2013/164
No 16 juli 2018, rapportnr. 2018/053, AB 2018/386, m.nt. P.J. Stolk
No 21 december 2018, rapportnr. 2018/096
No 12 juli 2021, rapportnr. 2021/078

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1990/91, 22061, nr. 3
Kamerstukken II 1996/97, 25456, nr. 3
Kamerstukken II 2008/09, 31363, nr. 7
Kamerstukken II 2008/09, 31363, nr. 8

Officiële internationale documenten

Resolutie (2002)3, CDL(2002)27 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (27 februari 2002), *Adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*.

Aanbeveling CM/Rec(2019)6 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (16 oktober 2019), *On the development of the Ombudsman institution*.

Resolutie 451 van het Congres van Lokale en Regionale Overheden van de Raad van Europa (30 oktober 2019), *To endorse the Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution ("The Venice Principles")*.

Resolutie 2301 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (2 oktober 2019), *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*.

Opinie 897/2017 van de Commissie van Venetië van de Raad van Europa (3 mei 2019), *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution ("The Venice Principles")*.

Resolutie 75/186 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (16 december 2020), *The role of the Ombudsman and mediator institutions in the promotion and protection of human rights, good governance and the rule of law*, UN Doc A/RES/75/186.

Online bronnen

‘Ombudsman to examine complaints about private nursing homes’, ombudsman.ie 14 september 2015.

‘New law gives greater powers for the people to hold public services to account’, senedd.wales 21 maart 2019.

‘How privatisation affects ombudsmen - interview with IOI 2nd Vice-President Peter Tyndall’, theioi.org 5 juni 2015.

‘Venice Commission adopts “Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution”’, theioi.org 21 maart 2019.

‘Venice Commission will provide legal advice on Ombudsman legislation’, theioi.org 13 maart 2020.

www.internetconsultatie.nl/resultaatgerichtbeschikken
www.nationaleombudsman.nl
www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/2015-07-14/33
www.reclassering.nl/over-de-reclassering/organisatie
www.theioi.org/ioi-activities
www.theioi.org/publications/ioi-best-practice-papers
www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Ombudsmen&lang=EN

Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht

De eisen van de rechtsstaat getoetst

Mr. V.A. van Waarde*

1	Inleiding	73
1.1	Publieke taken en privaatrecht	73
1.2	Het revolverend fonds als schoolvoorbeeld van publieke taken in een privaat jasje	75
1.3	En het subsidierecht dan?	76
1.4	Onderzoeksvraag met bijbehorende deelvragen	77
1.5	Afbakening	78
1.6	Opzet	81
2	Revolverende energiefondsen	83
2.1	Inleiding	83
2.2	De regionale energiefondsen als privaatrechtelijke rechtspersoon	84
2.3	De regionale energiefondsen: bestuursorgaan of niet?	85
2.4	Tussenconclusie	91
3	De legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur	93
3.1	Inleiding	93
3.2	De legaliteitseis binnen het privaatrecht	94
3.3	De eis van wetmatigheid van bestuur binnen het privaatrecht	96
3.4	De legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur getoetst	101
3.5	Tussenconclusie	104
4	De eis van de machtsverdeling	105
4.1	Inleiding	105
4.2	De eis van de machtsverdeling binnen het privaatrecht	105
4.3	De eis van de machtsverdeling getoetst	112
4.4	Tussenconclusie	116

* Veerle van Waarde is als promovenda verbonden aan de sectie Staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam. De auteur is veel dank verschuldigd aan Jacobine van den Brink, Laurien Nijenhuis, Rolf Ortlep en Louise Verboeket voor hun commentaar op een eerdere versie van dit preadvies. De inhoud van dit preadvies en het daarvoor verrichte onderzoek is afgerond op 26 november 2021. Naar aanleiding van de vergadering van de Jonge VAR op 17 december 2021 zijn daarna slechts kleine wijzigingen in het preadvies aangebracht.

5	De eis van de grondrechten	117
5.1	Inleiding	117
5.2	Het gelijkheidsbeginsel bij revolverende fondsen	117
5.3	De eis van de grondrechten binnen het privaatrecht	119
5.4	Tussenconclusie	123
6	De eis van de rechterlijke controle	125
6.1	Inleiding	125
6.2	De eis van de rechterlijke controle binnen het privaatrecht	125
6.3	De eis van de rechterlijke controle getoetst	130
6.4	Tussenconclusie	133
7	Slotbeschouwing	135
7.1	De eisen van de rechtsstaat binnen het privaatrecht: verschil mag er zijn?	135
7.2	Hoe nu verder: accepteren of aanpassen?	137
7.3	Afsluiting	142
	Lijst van aangehaalde literatuur	143

I Inleiding

1.1 Publieke taken en privaatrecht

Het thema ‘Publieke taken en privaatrecht’ houdt de VAR en daarmee de (bestuursrecht)jurist al minstens 68 jaar bezig. Zo schreven Noteboom en Ridder van Rappard in 1953 een preadvies over de ‘samenwerking van overheid en particulieren’, waarin ook het gebruik van overheidswege van privaatrechtelijke rechtspersonen en de samenwerking met particulieren in privaatrechtelijke rechtspersonen aan bod kwam.¹ In 1956 klommen ook De Goede en Troostwijk in de pen om ‘het gebruik van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen’ verder uit te diepen.² Het meest recente preadvies van de VAR over dit onderwerp waarin Zijlstra, Van Gestel en Freriks zich bogen over de plaats en normering van privaatrechtelijke organisaties, stamt alweer uit 2008.³

Alle preadviseurs staan kritisch tegenover het gebruik van het privaatrecht voor de behartiging van publieke taken. Zo sprak Noteboom over ‘verdringing van het overheidskarakter door het particuliere’⁴ en werd volgens De Goede bij de keuze voor een publiek- of privaatrechtelijke organisatievorm ‘toegeredeneerd naar een van te voren [sic] gewild resultaat. Het debat over voor- en nadelen van de beide vormen, die mogelijk zijn, krijgt daardoor iets schimachtigs en elke partij gaat met zijn eigen gelijk weer naar huis’.⁵ Zijlstra is zelfs van mening dat de overheid bij het oprichten van en/of het deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen het staats- en bestuursrecht consequent en zonder gêne schendt.⁶

De kritiek van deze VAR-preadviseurs heeft niet mogen baten, want anno 2021 maakt de overheid nog steeds graag gebruik van het privaatrecht voor de behartiging van publieke taken.⁷ Een van de manieren waarop de overheid dit doet, is door het oprichten van of het deelnemen in revolverende fondsen die de vorm van privaatrechtelijke rechtspersonen aannemen.⁸ Deze revolverende fondsen worden vervolgens belast met een publieke taak, namelijk het financieren van maatschappelijk gewenste activiteiten.⁹ Het financieren van maatschappelijk

1 Noteboom & Ridder van Rappard 1953 en Noteboom 1953, p. 9 en p. 16-17.

2 De Goede & Troostwijk 1956.

3 Zijlstra, Van Gestel & Freriks 2008.

4 Noteboom 1953, p. 16-17.

5 De Goede 1956, p. 30.

6 Zijlstra 2008, p. 78.

7 Zie de bijdragen van Jak 2019 en Van Rijn van Alkemade, Kleinhout & Vermaat 2021 voor een kort overzicht op welke terreinen deze ontwikkeling zich voordoet.

8 Zie over het revolverend fonds Van den Brink 2018.

9 Schlössels 2021, p. 33 spreekt bij Invest-NL over een verschuiving van een publieke taak van de publieke sfeer naar een private onderneming. Oudere privaatrechtelijke rechtspersonen die zijn

gewenste activiteiten wordt op die manier ontstatelijk.¹⁰ Revolverende fondsen vormen daarmee een schoolvoorbeeld van de behartiging van publieke taken via het privaatrecht.

Twee recente voorbeelden kunnen dit illustreren. De provincie Noord-Holland, een aantal Noord-Hollandse gemeenten en het ministerie van Economische Zaken en Klimaat hebben in de zomer van 2021 besloten tot de oprichting van ROM InWest, een regionale ontwikkelingsmaatschappij (ROM) voor Noord-Holland.¹¹ Deze ROM neemt de vorm aan van een besloten vennootschap (bv) en heeft als doelstelling de transitieopgaven in de economie en een duurzaam herstel uit de coronacrisis in de provincie Noord-Holland te bevorderen.¹² Om deze doelstellingen te bereiken worden twee revolverende fondsen opgericht van waaruit investeringen in onder andere de energietransitie, circulaire economie en mkb-innovatie kunnen worden gedaan.¹³ Ook heeft de Eerste Kamer der Staten-Generaal op 13 juli 2021 de Machtigingswet oprichting Invest International aangenomen.¹⁴ De minister van Financiën is daarmee gemachtigd om de bv Invest International in het leven te roepen, teneinde financiering te verstrekken aan ondernemingen gericht op het buitenland of buitenlandse ondernemingen die een bijdrage leveren aan de Nederlandse economie.¹⁵

Hoewel de wetgever zelf heeft bepaald dat voor de behartiging van publieke taken de voorkeur bij de publiekrechtelijke rechtsvorm ligt, is de overheid van mening dat zij het privaatrecht bij het financieren van maatschappelijk gewenste activiteiten nodig heeft.¹⁶ Hierop is in de literatuur veel kritiek uitgeoefend.¹⁷ Daarbij is steeds het belang van publiekrechtelijke waarborgen benadrukt, maar de vraag of er binnen het privaatrecht waarborgen gelden die vergelijkbaar zijn met de eisen van de rechtsstaat, wordt niet beantwoord. In die leemte wil dit preadvies aan de hand van het revolverend fonds als overheidsfinancieringsinstrument voorzien.

belast met het verstrekken van financiering zijn een aantal ROM's, zoals de NOM (1974) en het LIOF (1975), de Stichting Industrieel Garantiefonds (1957) en de Herstelbank (1945), later gewijzigd in de Nationale Investeringsbank. Zie De Ru 1981, p. 58-61, p. 69-73, p. 103-107, p. 110-111; Algemene Rekenkamer 2019, p. 12 en Delivree, *Ondernemingsrecht 2021/11* voor een vergelijking tussen de Herstelbank en Invest-NL.

10 Vergelijk Jak 2019, p. 101. Zie over ontstatelijking in het algemeen Scheltema 2014, Zijlstra 2018 en hoofdstuk 1 van het preadvies van De Bruijn. Zijlstra 2018 en Jak 2019, p. 102 spreken overigens van een slingerbeweging, waarbij ontstatelijking en verstatelijking elkaar afwisselen.

11 Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 juli 2021, Kamerstukken II 2020/21, 29697, nr. 104 en Brief van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland van 18 mei 2021, 8302988.

12 Brief van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland van 18 mei 2021, 8302988, p. 1 en p. 2-4 voor de juridische vormgeving van de ROM.

13 Brief van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland van 18 mei 2021, 8302988, p. 3.

14 *Handelingen I 2020/21*, nr. 46, item 26.

15 Art. 2, 3 en 4 Machtigingswet oprichting Invest International.

16 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2012/13, 33691, nr. 3, p. 13-15 voor decentrale overheden. Zie ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 186-189.

17 Zie over publieke taken en privaatrecht in het algemeen Nijland 2013, p. 424-426; Jak 2014, p. 400-402 en Huisman & Van Ommeren 2019, p. 759-761. Schreuder 1994, p. 406-411 pleit niet zozeer voor meer publiekrecht, maar formuleert in haar proefschrift wel beoordelingsmaatstaven om de keuze tussen een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke rechtspersoon te bepalen. Zie over het gebruik van het privaatrecht voor het financieren van maatschappelijk gewenste activiteiten Den Ouden 2016; Van den Brink & Den Ouden 2016; Van den Brink 2018; Van den Brink & Den Ouden 2019; Van den Brink 2021 en Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 10-11, p. 25 e.v.

1.2 Het revolverend fonds als schoolvoorbeeld van publieke taken in een privaat jasje

In de kern komt het revolverend fonds erop neer dat een klassieke overheidsinstelling overheidsgeld beschikbaar stelt via een fonds, van waaruit financiering in de vorm van leningen, garanties en deelnemingen aan maatschappelijk relevante projecten van ondernemingen of burgers wordt verstrekt.¹⁸ Als alles goed gaat, vloeien rente, premie, dividenduitkering, een afgeloste lening of geld verkregen uit de verkoop van deelnemingen terug naar het fonds.¹⁹ Het feit dat hetzelfde schaarse overheidsgeld op die manier meerdere keren kan worden ingezet om verschillende maatschappelijk relevante projecten te financieren, wordt als het grootste voordeel van revolverend financieren gezien.²⁰

Het privaatrecht speelt bij revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument op twee verschillende manieren een rol. Er wordt ten eerste gebruikgemaakt van het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht. Voor het ontstaan van een fonds is slechts vereist dat financiële middelen bijeen worden gebracht voor een bepaald doel.²¹ Het bijeenbrengen van overheidsgeld wordt meestal gerealiseerd door het fonds vorm te geven als een privaatrechtelijke rechtspersoon of een personenvennootschap.²² Het fondskapitaal wordt vervolgens door de overheid aan de privaatrechtelijke rechtspersoon verstrekt door middel van een subsidie à fonds perdu dan wel in de vorm van een lening.²³ Het is ook mogelijk om deel te nemen in het aandelenkapitaal van de rechtspersoon en het fondskapitaal door middel van een kapitaalstorting – al dan niet in tranches – bijeen te brengen.²⁴

Na de oprichting van een revolverend fonds komt ten tweede het privaatrechtelijke contractenrecht om de hoek kijken. Het toekennen van financiering aan maatschappelijk relevante projecten van ondernemingen of burgers gebeurt meestal op basis van een privaatrechtelijke financieringsovereenkomst. Zo is in het investeringsreglement van het Energiefonds Utrecht terug te lezen dat de voorwaarden van een lening, een garantie of een deelneming aan een project worden vastgelegd in een financieringsovereenkomst.²⁵

18 Zie voor een uitgebreide definitie van het revolverend fonds als overheidsfinancieringsinstrument Van den Brink 2018, p. 11-15; Van Waarde 2020, p. 489-490; Ortlep & Van Waarde 2021, p. 420-423 en Kamerstukken II 2011/12, 32847, nr. 29, p. 3.

19 Van den Brink 2018, p. 15.

20 Van den Brink 2018, p. 18.

21 Algemene Rekenkamer 2019, p. 118.

22 Het verschil tussen een privaatrechtelijke rechtspersoon en een personenvennootschap is (onder andere) dat een privaatrechtelijke rechtspersoon door een in Boek 2 BW voorziene oprichtingshandeling tot stand komt en rechtspersoonlijkheid bezit, terwijl een personenvennootschap geen rechtspersoonlijkheid bezit en in het leven wordt geroepen door middel van een overeenkomst van vennootschap. Zie over het onderscheid Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/12.

23 Van den Brink 2018, p. 30 en Van Waarde 2020, p. 490.

24 Van den Brink 2018, p. 30 en Van Waarde 2020, p. 490.

25 Art. 5.2 onder f jo. art. 6 Investeringsreglement EFU. Nu uitdrukkelijk op de website van het Energiefonds Utrecht is terug te lezen dat vanuit het fonds geen subsidies worden verstrekt, lijkt het fonds niet te hebben beoogd een uitvoeringsovereenkomst in de zin van art. 4:36 Awb te sluiten. Zie FAQ op de website van het Energiefonds Utrecht, raadpleegbaar via energiefondsutrecht.nl/faq/.

1.3 En het subsidierecht dan?

In de literatuur is vaker bepleit dat het verstrekken van financiering door revolverende fondsen aan maatschappelijk relevante projecten grote gelijkenissen vertoont met subsidiëring.²⁶ Voor een subsidie in de zin van artikel 4:23 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb) is echter vereist dat de financiële middelen worden verstrekt door een bestuursorgaan.²⁷ Zoals gezegd wordt een revolverend fonds meestal vormgegeven als een privaatrechtelijke rechtspersoon of een personenvennootschap. Omdat aan deze revolverende fondsen doorgaans niet bij wettelijk voorschrift openbaar gezag wordt toegekend en de fondsen op basis van de huidige 17-september-jurisprudentie geen financiële en/of inhoudelijke band met een a-bestuursorgaan hebben, handelt het bestuur van het revolverend fonds meestal niet als (buitenwettelijk) b-bestuursorgaan.²⁸ Dit heeft tot gevolg dat het verstrekken van (gedeeltelijk) overheidsgeld door revolverende fondsen niet wordt genormeerd door publiekrechtelijke waarborgen.²⁹

Het bovenstaande wordt in de bestuursrechtelijke literatuur als een onwenselijke ontwikkeling gezien.³⁰ Dit laat onverlet dat het erop lijkt dat de wetgever revolverende fondsen zal blijven oprichten waarvan het bestuur geen bestuursorgaan is.³¹ Zo heeft de wetgever in de Machtigingswet oprichting Invest International expliciet bepaald dat Invest International bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen geen bestuursorgaan is in de zin van de Awb.³² Daarnaast verwacht ik ook niet dat de bestuursrechter spoedig zal oordelen dat het bestuur van revolverende fondsen als bestuursorgaan handelt. De rechtbank Overijssel oordeelde in mei 2020 namelijk nog dat Oost NL, de ROM van de provincies Overijssel en Gelderland en tevens revolverend fonds,³³ geen buitenwettelijk b-bestuursorgaan is.³⁴ Het verstrekken van leningen en deelnemingen wordt gefinancierd door de opbrengsten uit de participatieactiviteiten van Oost NL, waardoor geen sprake

26 Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2891-2892; Van den Brink 2018, p. 27-33; Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 217-218; Van Asperen 2019, p. 417-418; Van Waarde 2020, p. 493-495 en Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 10-11.

27 Zie over de subsidiëdefinitie in het algemeen Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 17-42.

28 Van den Brink 2018, p. 29-31; Van Waarde 2020, p. 490-492 en Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 25-26.

29 Denk hierbij bijvoorbeeld aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de transparantieverplichting, de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet normering topinkomens. Voor een volledig overzicht van alle publiekrechtelijke waarborgen zie Van den Brink & Den Ouden 2016, p. 2896-2897 en Van den Brink 2018, p. 33-40. Zie Van Waarde 2020 over de werking van de transparantieverplichting bij revolverende fondsen.

30 Van den Brink & Den Ouden 2019, p. 221-223 hebben uiteengezet hoe de Awb-wetgever op deze onwenselijke ontwikkeling moet reageren.

31 Van den Berghe heeft tijdens de vergadering van de Jonge-VAR zelfs gezegd dat je moet vermijden dat een revolverend fonds een bestuursorgaan in de zin van de Awb wordt. Zie Den Hertog & Wever 2022, p. 22.

32 Art. 5 lid 3 Machtigingswet oprichting Invest International. Een identieke bepaling is terug te vinden in art. 5 lid 2 Machtigingswet oprichting Invest-NL. Schlössels 2021, p. 32-33; Schlössels 2020, p. 109-110 en Zijlstra 2019, p. 1374 hebben hierop kritiek geuit.

33 Algemene Rekenkamer 2019, p. 93-94. Daarnaast is Oost NL ook fondsbeheerder van verschillende revolverende fondsen, zoals het Innovatiefonds Overijssel en het Innovatie- en Energiefonds Gelderland.

34 Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, AB 2020/426, m.nt. J.E. van den Brink & V.A. van Waarde, Gst. 2021/94, m.nt. J.P. Roelfsema (Oost NL).

is van een financiële band met een a-bestuursorgaan.³⁵ Dat deze leningen en deelnemingen aanvankelijk zijn gefinancierd door a-bestuursorganen, omdat de aandelen van Oost NL volledig in handen zijn van klassieke overheidsinstellingen neemt de bestuursrechter niet mee in zijn oordeel.³⁶ Mocht de bestuursrechter hier in de toekomst anders over denken, dan staat op decentraal overheidsniveau het gesloten stelsel van bevoegdheidstoedeling er bovendien aan in de weg om provinciale en gemeentelijke revolverende fondsen in de vorm van privaatrechtelijke rechtspersonen met de bevoegdheid tot subsidieverlening te belasten.³⁷

1.4 Onderzoeksvraag met bijbehorende deelvragen

Het revolverend fonds in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon op het bestuursrechtelijke toneel lijkt op korte termijn dus verre van realistisch. Hoewel revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument overheidsgeld verdeelen, zijn de eisen van de rechtsstaat niet automatisch van toepassing. Deze gelden immers als regel alleen binnen het publiekrecht.³⁸ Dit hoeft niet onwenselijk te zijn, zolang het privaatrecht waarborgen biedt of kan bieden die vergelijkbaar zijn met de eisen van de rechtsstaat. Het bovenstaande vormt voor mij de aanleiding om in dit preadvies de volgende onderzoeksvraag centraal te stellen:

In hoeverre biedt het privaatrecht met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen voor aanvragers van financiering bij privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument in Nederland?

Om bovenstaande onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, heb ik de volgende deelvragen geformuleerd:

1. *In hoeverre opereren privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen die worden ingezet als overheidsfinancieringsinstrument als bestuursorgaan?*

De eerste deelvraag maakt duidelijk dat revolverende fondsen die worden ingezet als overheidsfinancieringsinstrument privaatrechtelijk worden vormgegeven. Voor een goed begrip van het revolverend fonds is het daarom eerst noodzakelijk om kort uit te leggen welke argumenten overheden gebruiken om revolverende fondsen als privaatrechtelijke rechtspersoon vorm te geven. Daarna wordt ingegaan op de vraag of deze privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen als bestuursorgaan opereren. De eisen van de rechtsstaat gelden namelijk wanneer een revolverend fonds als bestuursorgaan handelt. Dit betekent dat bovenstaande

35 Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, r.o. 8 (Oost NL).

36 Zie hierover kritisch Van den Brink & Van Waarde, AB 2020/426.

37 Dit is in 2021 expliciet bevestigd in ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176, Gst. 2021/83, m.nt. E.M.M.A. Driessen en A. Drahmman, JB 2021/48, m.nt. L.J.M. Timmersmans (SCE II). Roelfsema, Gst. 2021/94 staat bij dit punt ook expliciet stil in zijn annotatie. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 65-68 over het gesloten stelsel van bevoegdheidstoedeling. Zie over het gesloten stelsel van bevoegdheden bij revolverende fondsen mijn naschrift in het NTB, Van Waarde 2022, p. 18.

38 Vergelijk Huisman & Van Ommeren 2019, p. 348.

onderzoeksvraag alleen gerechtvaardigd is, wanneer revolverende fondsen geen bestuursorgaan zijn. Daarbij worden niet alle revolverende fondsen in Nederland bestudeerd, maar slechts de dertien regionale energiefondsen die zijn vormgegeven als naamloze vennootschap (nv), bv of stichting.³⁹

2. *In hoeverre zijn de waarborgen die het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen biedt vergelijkbaar met de eisen van de rechtsstaat?*

Nadat is aangetoond dat de regionale energiefondsen niet als bestuursorgaan opereren en derhalve niet zijn gebonden aan de eisen van de rechtsstaat, wordt onderzocht of het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij revolverende fondsen met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen biedt. Het gaat daarbij om de legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur, de eis van de machtsverdeling, de eis van de grondrechten en de eis van de rechterlijke controle. Dat deze eisen als eisen van de rechtsstaat in Nederland worden gezien, heb ik gebaseerd op bijdragen van Scheltema, Van Ommeren, Schlössels & Zijlstra en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male.⁴⁰ Mijn veronderstelling is dat het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij revolverende fondsen voor sommige eisen, maar zeker niet voor alle eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen biedt. Het formuleren van een derde deelvraag is daarom noodzakelijk:

3. *Hoe kunnen de eisen van de rechtsstaat voor aanvragers van financiering bij privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument in Nederland beter worden gerealiseerd?*

Mocht inderdaad blijken dat het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij revolverende fondsen geen met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen biedt, zal kort worden beargumenteerd waarom dit onwenselijk is. Daarna dient de vraag te worden beantwoord hoe de eisen van de rechtsstaat voor aanvragers van financiering bij privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument in Nederland beter kunnen worden gerealiseerd.

1.5 Afbakening

Om dit preadvies enigszins binnen de perken te houden dient het onderzoek naar revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument te worden afgebakend. In de eerste plaats worden alleen de eisen van de rechtsstaat in dit preadvies bestudeerd en blijven de eisen van de democratische en de sociale rechtsstaat buiten beschouwing. Dit betekent dat ik eisen als democratische legitimiteit, open-

³⁹ In par.1.5 zal worden toegelicht waarom slechts voor deze dertien regionale energiefondsen is gekozen.

⁴⁰ Van Ommeren 2003, p. 18-19; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 21-24; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 34-41 en Scheltema 1989, p. 16-18. Er is ook inspiratie geput uit Burkens e.a. 2017; Van der Jagt 2006 en Van de Sande 2019.

baarheid, doeltreffendheid en doelmatigheid van privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen niet in dit preadvies heb meegenomen.⁴¹ Het is daarbij van belang te expliciteren dat er een verschil bestaat tussen de beginselen van de rechtsstaat en de eisen van de rechtsstaat. In de literatuur worden vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid als beginselen van de rechtsstaat aangemerkt.⁴² Om ervoor te zorgen dat de beginselen van vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid daadwerkelijk kunnen worden gerealiseerd, worden er bepaalde eisen aan de rechtsstaat gesteld. Dit zijn de eerdergenoemde legaliteits eis, de eis van wetmatigheid van bestuur, de eis van de machtsverdeling, de eis van de grondrechten en de eis van de rechtelijke controle.⁴³ De eisen van de rechtsstaat zijn dus geen doel op zich, maar een instrument om de beginselen van vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te waarborgen.⁴⁴ Voor het zoeken naar de eisen van de rechtsstaat binnen het privaatrecht is dit gegeven van belang. Hoewel dezelfde rechtsstatelijke eisen strikt genomen niet bestaan binnen het privaatrecht, is niet uitgesloten dat de beginselen van vrijheid, rechtszekerheid of rechtsgelijkheid op een andere wijze binnen het privaatrecht worden nagestreefd.

Ten tweede worden in dit preadvies alleen revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument meegenomen die de rechtsvorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon aannemen. Het gaat dus om de nv, de bv en de stichting. In de praktijk komen er ook revolverende fondsen voor als personenvennootschap en fondsen voor gemene rekening.⁴⁵ Voorbeelden hiervan zijn het Energiefonds Den Haag, het Stadshavens Ontwikkelingsfonds voor Innovatie en Economie en het Amsterdams Klimaat- en Energiefonds.⁴⁶ De personenvennootschap en het fonds voor gemene rekening worden in dit preadvies niet meegenomen, omdat zij

41 Democratische legitimiteit en openbaarheid horen thuis binnen de democratische rechtsstaat, zoals blijkt uit Van den Brink 2021, p. 248-252; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 20-21 en Van Ommeren 2003, p. 20. Doelmatigheid en doeltreffendheid passen binnen de sociale rechtsstaat. Zie hierover Schlössels & Zijlstra 2017, p. 25-29 en Scheltema 1989, p. 20-21. Hoewel Scheltema deze eisen plaatst binnen het beginsel van de dienende overheid, spreekt Scheltema wel over de sociale rechtsstaat.

42 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 17. Scheltema 1989, p. 15-19 erkent in zijn bijdrage alleen het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel als beginselen van de rechtsstaat. Van der Hoeven 1989, p. 3 en Van Ommeren 2003, p. 14-15 zijn hierover kritisch.

43 Van Ommeren 2003, p. 18-19; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 21-24; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 34-41 en Scheltema 1989, p. 16-18. Er is ook inspiratie geput uit Burkens e.a. 2017; Van der Jagt 2006 en Van de Sande 2019.

44 Zijlstra 1997, p. 43. De eisen van de rechtsstaat kunnen daardoor na verloop van tijd ook veranderen, namelijk wanneer zij het beginsel waaraan zij dienend zijn onvoldoende of niet meer realiseren. Zie Van Ommeren 2003, p. 21 en Schlössels & Zijlstra 2017, p. 18.

45 Het fonds voor gemene rekening is een fiscaalrechtelijke term en kan in sommige gevallen als personenvennootschap kwalificeren, aldus Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017/29 en Van der Velden 2015.

46 Alle drie deze fondsen zijn regionale energiefondsen. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 514-515 over de juridische vormgeving van het Energiefonds Den Haag en het Stadshavens Ontwikkelingsfonds voor Innovatie en Economie. Zie de Investeringsstrategie- en reglement van het Energiefonds Den Haag (ED) 2018-2024, p. 1, raadpleegbaar via eddenhaag.eu/stappenplan/. Uit de strategie blijkt dat het ED is vormgegeven als commanditaire vennootschap. Zie de Investeringsstrategie- en reglement van het Stadshavens Ontwikkelingsfonds voor Innovatie en Economie (SOFIE) 2018-2023, p. 2, raadpleegbaar via sofierotterdam.eu/voor-ondernemers/stappenplan/. Uit de strategie blijkt dat het SOFIE is vormgegeven als commanditaire vennootschap. Zie het jaarverslag 2020 van het Amsterdams Klimaat & Energiefonds, p. 3, raadpleegbaar via akef.nl/downloads/. Uit het jaarverslag blijkt dat het fonds is vormgegeven als fonds voor gemene rekening.

geen privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten.⁴⁷ Daarnaast zijn er in de praktijk revolverende subsidieregelingen, al dan niet deels uitgevoerd door een privaatrechtelijke rechtspersoon. Ter illustratie noem ik het Innovatiekrediet⁴⁸ en het Revolverend fonds energiebesparende maatregelen voor verenigingen en stichtingen van de gemeente Buren.⁴⁹ Dit type revolverende fondsen blijft in dit preadvies ook buiten beschouwing, omdat er geen sprake is van de behartiging van publieke belangen door middel van het privaatrecht.⁵⁰ Op deze subsidieregelingen is de subsidietitel van de Awb immers van toepassing.

Ten derde blijkt uit onderzoek van de Algemene Rekenkamer dat revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument investeren in projecten met allerlei verschillende maatschappelijke doeleinden. Zo zijn er revolverende fondsen gericht op cultuur en fondsen die zich bezighouden met het stimuleren van investeringen in het buitenland.⁵¹ In dit preadvies worden alleen revolverende fondsen onderzocht die zich richten op het versnellen van de energietransitie in Nederland.⁵² Er is voor revolverende fondsen met deze maatschappelijke doelstelling gekozen, omdat deze fondsen zijn verenigd als de regionale energiefondsen en daarom eenvoudig te selecteren zijn als archetype revolverend fonds.⁵³ Om de financiering van de energietransitie in Nederland te versnellen, werken deze regionale energiefondsen nauw samen met Invest-NL.⁵⁴ Invest-NL wordt daarom als grootste revolverend fonds van de Rijksoverheid ook meegenomen in dit preadvies. De (juridische) informatie over de regionale energiefondsen en Invest-NL heb ik verzameld via de websites van de betreffende fondsen en fondsbeheerders, het Rijk, de provincies of gemeenten en via rapporten van de bevoegde rekenkamers.

47 Zie over het onderscheid Asser/Maeijer & Van Olfen 7-VII 2017/12 en daar aangehaalde literatuur. Andere verschillen zijn dat een privaatrechtelijke rechtspersoon door een in Boek 2 BW voorziene oprichtingshandeling tot stand komt en rechtspersoonlijkheid bezit, terwijl een personenvennootschap in het leven wordt geroepen door middel van een overeenkomst van vennootschap.

48 Titel 3.9. van de Regeling nationale EZK- en LNV subsidies. Uit Algemene Rekenkamer 2019, p. 89-90 blijkt dat het Innovatiekrediet een revolverend fonds is.

49 Verordening revolverend fonds energiebesparende maatregelen voor verenigingen en stichtingen 2015-2024.

50 Dit hoeft overigens niet te betekenen dat revolverende fondsen in de vorm van een subsidieregeling ook altijd voldoen aan de eisen van de (democratische) rechtsstaat. Zo ben ik in revolverende subsidieregelingen ook opmerkelijke juridische constructies tegengekomen, zoals art. 4.1 van de Subsidieverordening leningen voor restauratie 2018 van de gemeente Geertruidenberg. In deze bepaling is terug te lezen dat de toewijzing van B&W een reservering betreft voor een Stimuleringslening uit het gemeentelijke budget. Deze toewijzing van B&W vormt het startpunt voor een autonome financiële toetsing door SVn. Tegen de afwijzing of toewijzing van B&W staat bezwaar en beroep in de zin van de Awb open, terwijl tegen de financiële toets van SVn slechts een klachtenprocedure bij SVn kan worden gestart en beroep bij de burgerlijke rechter openstaat. Het was in lijn met de subsidietitel van de Awb geweest om de Stimuleringslening van B&W te verlenen onder de opschortende of ontbindende voorwaarde van een positieve financiële toets van SVn. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 141-144 over voorwaardelijke subsidieverlening.

51 Zie Algemene Rekenkamer 2019, p. 20 voor een overzicht. Het eerdergenoemde Invest International is ook een revolverend fonds dat zich zal richten op het stimuleren van investeringen in het buitenland, zoals blijkt uit *Kamerstukken II 2019/20, 35529*, nr. 3, p. 2.

52 Wiersma & Visser 2019, p. 2.

53 Zie de website van de regionale energiefondsen, raadpleegbaar via refs.nu/.

54 Zie de website van Invest-NL over deze samenwerking, raadpleegbaar via invest-nl.nl/actueel/samenwerking-invest-nl-en-de-Regionale-Energiefondsen?lang=nl.

1.6 Opzet

De hoofdstukindeling van dit preadvies is in lijn met de in paragraaf 1.4 geformuleerde deelvragen. Hoofdstuk twee gaat dieper in op het revolverend fonds als overheidsfinancieringsinstrument in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon en geeft een antwoord op de eerste deelvraag: in hoeverre opereren privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen die worden ingezet als overheidsfinancieringsinstrument als bestuursorgaan?

In de hoofdstukken drie, vier, vijf en zes komt de tweede deelvraag aan bod: in hoeverre zijn de waarborgen die het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen biedt vergelijkbaar met de eisen van de rechtsstaat? De eisen van de rechtsstaat zijn achtereenvolgend de legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur (hoofdstuk drie), de eis van de machtsverdeling (hoofdstuk vier), de eis van de grondrechten (hoofdstuk vijf) en de eis van de rechterlijke controle (hoofdstuk zes). Ieder van die hoofdstukken, met uitzondering van hoofdstuk vijf, kent dezelfde opbouw. Er wordt allereerst in de inleiding van het hoofdstuk kort ingegaan op de betekenis van de eis binnen het publiekrecht. Vervolgens wordt onderzocht of er binnen het privaatrecht een soortgelijke eis geldt. Voor zover relevant wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen de nv, de bv en de stichting. Tot slot wordt een blik geworpen op de praktijk. Aan de hand van de regionale energiefondsen wordt getoetst of het equivalent van de eisen van de rechtsstaat binnen het privaatrecht daadwerkelijk wordt gewaarborgd.

Hoofdstuk zeven van dit preadvies bevat een slotbeschouwing, waarin de inhoud van de voorgaande hoofdstukken kort wordt samengevat en een antwoord wordt gegeven op de derde deelvraag: hoe kunnen de eisen van de rechtsstaat binnen het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument in Nederland beter worden gerealiseerd?

2 Revolverende energiefondsen

2.1 Inleiding

De regionale energiefondsen hebben als gezamenlijke doelstelling het versnellen van de energietransitie binnen de regio waar zij actief zijn.⁵⁵ Om deze doelstelling te bereiken verstrekken zij leningen, garanties en/of deelnemingen aan projecten van ondernemingen⁵⁶ gericht op energiebesparing, duurzame energieopwekking of CO₂-reductie.⁵⁷ In totaal kent Nederland zestien verschillende regionale energiefondsen,⁵⁸ waarvan twaalf fondsen privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten.⁵⁹ Wanneer Invest-NL op landelijk niveau wordt meegenomen, zijn er in Nederland in totaal dertien privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen actief op het gebied van het financieren van de energietransitie. Het fondskapitaal van de dertien revolverende energiefondsen bedraagt bij elkaar opgeteld ruim € 2,5 miljard.⁶⁰ Dit betekent dat een groot bedrag aan overheidsgeld in de regionale energiefondsen ronddraait.

In dit hoofdstuk wordt allereerst in kaart gebracht welke argumenten overheden gebruiken om revolverende fondsen als privaatrechtelijke rechtspersoon vorm te geven (par. 2.2). Daarna wordt in paragraaf 2.3 de vraag beantwoord of de regionale energiefondsen als b-bestuursorgaan opereren, waardoor de eisen van de rechtsstaat voor deze fondsen niet (of juist wel) automatisch gelden. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de regionale energiefondsen in de vorm van de nv en de bv enerzijds en de stichting anderzijds. Aan het einde van het hoofdstuk volgt een tussenconclusie (par. 2.4).

55 Wiersma & Visser 2019, p. 2.

56 In de inleiding van dit preadvies wordt gesproken van revolverende fondsen die financiering verstrekken aan ondernemingen of burgers. Gelet op het feit dat de regionale energiefondsen alleen financiering verstrekken aan niet-natuurlijke personen wordt in de rest van dit preadvies gesproken over ondernemingen in plaats van burgers. In de praktijk zijn er ook revolverende fondsen die wel financiering aan natuurlijke personen verstrekken, zoals het Nationaal Warmtefonds. Zie de website van het Nationaal Warmtefonds, raadpleegbaar via energiebespaarlening.nl/particulieren/.

57 Wiersma & Visser 2019, p. 5.

58 Wiersma & Visser 2019, p. 5 spreken nog van vijftien regionale energiefondsen. In 2021 is echter het Energietransitiefonds Rotterdam opgericht. Dit fonds zal zich ook aansluiten bij Invest-NL en de regionale energiefondsen, zoals blijkt uit bijlage 1 bij brief van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam van 14 juli 2020, BS20/00778,20bb7475, p. 8.

59 Het Energiefonds Den Haag, het Duurzaamheidsfonds VvE's Den Haag en het Stadshavens Ontwikkelingsfonds voor Innovatie zijn vormgegeven als cv en het Amsterdams Klimaat- en Energiefonds is een fonds voor gemene rekening.

60 Dit bedrag heb ik gebaseerd op de informatie die daarover is opgenomen in de jaarverslagen van de revolverende fondsen of fondsbeheerders.

2.2 De regionale energiefondsen als privaatrechtelijke rechtspersoon

In de inleiding van dit preadvies is het revolverend fonds gedefinieerd als een fonds waarin een klassieke overheidsinstelling overheidsgeld stort, van waaruit financiering in de vorm van leningen, garanties en deelnemingen aan maatschappelijk relevante projecten van ondernemingen wordt verstrekt.⁶¹ Bij de regionale energiefondsen zijn deze maatschappelijk relevante projecten dus gericht op het versnellen van de energietransitie. Alvorens wordt stilgestaan bij de vraag welke argumenten overheden gebruiken om revolverende fondsen privaatrechtelijk vorm te geven, is het eerst van belang om uit te leggen waarom de klassieke overheidsinstelling überhaupt tot oprichting van een revolverend fonds als overheidsfinancieringsinstrument overgaat.

Ondernemingen gericht op het stimuleren van duurzaamheid kunnen sinds de financiële crisis van de jaren 2007/2008 lastig(er) private financiering aantrekken.⁶² Deze crisis heeft er namelijk voor gezorgd dat banken vanwege de strengere Europese kapitaaleisen minder snel risicodragende financiering verstrekken.⁶³ Met andere woorden: er wordt van uitgegaan dat er sprake is van marktfalen.⁶⁴ Omdat investeren met risicodragend kapitaal op de lange termijn kan bijdragen aan economische groei, probeert de overheid dit marktfalen te verhelpen met de oprichting van een revolverend fonds (deels) gevuld met overheidsgeld.⁶⁵ Zo stelt de provincie Utrecht dat marktfalen inhoudt dat externe partijen zonder tussenkomst van de provincie niet, deels of slechts tegen bijzondere voorwaarden bereid zijn financiering te verstrekken⁶⁶ en is de provincie Groningen van mening dat

‘het bij imperfecte kapitaalmarkten gaat om banken en private investeerders die onvoldoende (risico)kapitaal willen of kunnen verstrekken. Dit kan een belemmering vormen voor de ontwikkeling van de regionale economie en innovatie. Door mee te financieren in fondsen (bijv. Innovatiefondsen, kredietfondsen) kan de overheid dit probleem verkleinen’.⁶⁷

61 Zie voor een uitgebreide definitie van het revolverend fonds als overheidsfinancieringsinstrument Van den Brink 2018, p. 11-15; Van Waarde 2020, p. 489-490; Ortlep & Van Waarde 2021, p. 420-423 en Kamerstukken II 2011/12, 32847, nr. 29, p. 3.

62 Algemene Rekenkamer 2019, p. 20. Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 11 stellen dat tijdens de financiële crisis subsidies à fonds perdu soms een te duur beleidsinstrument waren. Omdat er bij revolverende fondsen geld terugvloeit naar het fonds, heeft dit financieringsinstrument aan populariteit gewonnen.

63 Het betreft het zogenoemde Bazil 3 kapitaalakkkoord. Zie hierover Silverentand & Van der Eerden 2018, p. 81-93.

64 Of er daadwerkelijk altijd sprake is van marktfalen betwijfel ik. Zo heeft Shell Ventures recentelijk nog een fonds opgericht van \$1,4 miljard om investeringen te doen in innovatieve ondernemingen gericht op de energietransitie. Zie hierover Van Dijk 2021. Bij sommige provincies is het vereist dat er een marktconsultatie wordt uitgevoerd voorafgaand aan de besluitvorming over de oprichting van een revolverend fonds. Zie bijvoorbeeld Provincie Zuid-Holland 2016, p. 10-11 en Provincie Utrecht 2019, p. 12.

65 Den Ouden 2014.

66 Provincie Utrecht 2020, p. 12

67 Provincie Groningen 2014, p. 2.

De overheid durft het risico dat private financiers niet durven te lopen wel te nemen, omdat de overheid meer waarde hecht aan het maatschappelijk rendement in plaats van het financiële rendement van een investering.⁶⁸

Nu duidelijk is dat de klassieke overheidsinstelling overgaat tot de oprichting van een revolverend fonds bij marktfalen, is het vervolgens relevant om stil te staan bij de vraag welke argumenten klassieke overheidsinstellingen gebruiken om revolverende fondsen privaatrechtelijk vorm te geven. Van den Brink onderscheidt in haar Maastrichtse oratie twee redenen waarom het revolverend fonds vaak op afstand van de klassieke overheidsinstelling wordt geplaatst.⁶⁹ Het eerste argument zou ik willen samenvatten als een gebrek aan ervaring en expertise bij de klassieke overheidsinstelling met betrekking tot het beheren van een fonds en het selecteren van succesvolle projecten waarin geïnvesteerd kan worden.⁷⁰ Het tweede argument dat wordt aangedragen, is dat het voor private partijen gemakkelijk is om op fondsniveau mee te investeren wanneer een revolverend fonds privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezit. Dit zorgt ervoor dat een groter fondskapitaal bijeen kan worden gebracht.⁷¹ Het is daarom opmerkelijk dat de regionale energiefondsen geen enkel fonds kennen waarin private partijen op fondsniveau mee investeren, zoals in de volgende paragraaf van dit hoofdstuk zal blijken. Tot slot is tijdens de vergadering van de Jonge VAR duidelijk geworden dat het publiekrecht en subsidieregelingen niet voldoende flexibiliteit voor de overheid bieden.⁷² Bij privaatrechtelijke vormgegeven revolverende fondsen is meer mogelijkheid tot het bieden van maatwerk, omdat deze fondsen aanvragen kunnen afwijzen die wel aan alle formele criteria voldoen.⁷³

2.3 De regionale energiefondsen: bestuursorgaan of niet?

In totaal zijn er zoals gezegd dertien regionale energiefondsen vormgegeven als privaatrechtelijke rechtspersoon en daarmee op afstand van de klassieke overheidsinstelling geplaatst. In hoeverre opereren deze privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen als bestuursorgaan? Een orgaan van een regionaal energiefonds kan als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb worden gekwalificeerd, wanneer het energiefonds of bij wettelijk voorschrift met

68 Boelman e.a. 2018, p. 14-15. Dit standpunt heeft Arno Bonte, wethouder van de gemeente Rotterdam, recentelijk nog bevestigd bij de oprichting van het Energietransitiefonds Rotterdam. Zie Lalkens 2020.

69 Van den Brink 2018, p. 12-13.

70 Het gebrek aan ervaring en expertise zou kunnen worden opgelost door het inschakelen van een adviseur/adviescommissie in de zin van afdeling 3.3. Awb, zoals ook door Van den Brink 2018, p. 12 is betoogd. Zie ook Algemene Rekenkamer 2019, p. 26.

71 Van den Brink 2018, p. 12-13. Zie ook Algemene Rekenkamer 2019, p. 27. Op grond van art. 93 onder b Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) kunnen private partijen ook deelnemen aan een gemeenschappelijke regeling, waardoor ook bij dit argument vraagtekens kunnen worden gezet. Gelet op de vereisten neergelegd in art. 94 Wgr is het echter niet eenvoudig om als private partij deel te nemen aan een gemeenschappelijke regeling. Zie Den Hertog & Wever 2022, p. 24 waarom mijns inziens klassieke overheidsinstellingen revolverende fondsen niet vormgeven als openbaar lichaam in de zin van de Wgr.

72 Aldus Van den Berghe, zie Den Hertog & Wever 2022, p. 22. Binnen het bestuursrecht is de afgelopen jaren echter ook steeds meer aandacht voor het bieden van maatwerk. Zie bijvoorbeeld Van den Berge e.a. 2020.

73 Den Hertog & Wever 2022, p. 22.

openbaar gezag is bekleed of een financiële én inhoudelijke band heeft met een of meer a-bestuursorganen.⁷⁴ Er is sprake van een financiële band wanneer de financiering die het fonds verstrekt voor twee derden of meer wordt gefinancierd door een of meer a-bestuursorganen.⁷⁵ Wanneer de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering in beslissende mate worden bepaald door een of meer a-bestuursorganen, is tevens sprake van een inhoudelijke band.⁷⁶ Het enige energiefonds dat bij wettelijk voorschrift met openbaar gezag is bekleed, is Invest-NL nv. In artikel 5 lid 2 Machtigingswet Invest-NL is echter bepaald dat Invest-NL voor het verstrekken van financiering niet als bestuursorgaan handelt. Voor de overige twaalf regionale energiefondsen moet in deze paragraaf worden nagegaan in hoeverre zij een financiële én inhoudelijke band met een a-bestuursorgaan hebben. Er wordt eerst stilgestaan bij de regionale energiefondsen in de vorm van een bv. Daarna komen de regionale energiefondsen als stichting aan bod.

Financiële band bij de besloten vennootschap

Acht regionale energiefondsen zijn vormgegeven als bv. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen directe en indirecte deelname van een klassieke overheidsinstelling in regionale energiefondsen. De regionale energiefondsen waarin door een klassieke overheidsinstelling direct wordt deelgenomen zijn het Energiefonds Overijssel bv (EFO), het Limburgs Energiefonds bv (LEF), het Funs Skjinne Fryske Enerzjy bv (FSFE), het Participatiefonds Duurzame Economie Noord-Holland bv (PDENH) en het Energietransitiefonds Rotterdam bv (ETF). Dit houdt in dat de provincie Overijssel, de provincie Limburg, de provincie Friesland, de provincie Noord-Holland en de gemeente Rotterdam 100% van de aandelen houden in respectievelijk het EFO,⁷⁷ het LEF, het FSFE, het PDENH en het ETF.⁷⁸ Het houden van aandelen brengt een stortingsplicht voor de betreffende provincie of gemeente met zich. Die stortingsplicht houdt in dat het fondskapitaal dat wordt

74 Dit is bepaald in de 17-september-jurisprudentie van de ABRvS. Zie ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, AB 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters. Dat dit nog steeds vaste jurisprudentie van de ABRvS is, blijkt uit ABRvS 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413, AB 2019/321, m.nt. W. den Ouden, Gst. 2019.86, m.nt. E.M.M.A. Driessen (SCE I). Zie over de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip in het algemeen hoofdstuk 2 van het preadvies van De Bruijn.

75 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, r.o. 5.1 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

76 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, r.o. 5.1 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

77 Het EFO is afwijkend van de overige vier fondsen, omdat het fonds bestaat uit twee aparte bv's, zoals blijkt uit Begroting 2021 van de provincie Overijssel, p. 103, raadpleegbaar via destaatvan.overijssel.nl/begroting-2021/bestanden. De provincie Overijssel houdt 100% van de aandelen in het EFO I. Vanuit het EFO I worden deelnemingen verstrekt op basis van een investeringsreglement. Het EFO I houdt vervolgens 100% van de aandelen in het EFO II. Het EFO II verstrekt in mandaat van Gedeputeerde Staten van de provincie Overijssel subsidies in de vorm van leningen en garanties. Zie Statenvoorstel nr. PS/2011/461 Uitwerking Energiefonds Overijssel BV.

78 Begroting 2021 van de provincie Overijssel, p. 103, raadpleegbaar via destaatvan.overijssel.nl/begroting-2021/bestanden; begroting 2021 van de provincie Limburg, p. 324, raadpleegbaar via limburg.nl/bestuur/begroting/; begroting 2021 van de provincie Friesland, raadpleegbaar via provinciale-begroting.frl/2021/planning-control/begroting/paragrafen/paragraaf-5-verbonden-partijen/5-2-lijst-verbonden-partijen/vennootschappen-en-cooperaties/; begroting 2021 van de provincie Noord-Holland, p. 162, raadpleegbaar via noord-holland.nl/Bestuur/Financien/Beleidsdocumenten/Begroting_2021 en Brief van het College van Burgemeester en Wethouders Gemeente Rotterdam van 17 november 2020, BS20/01409 - 20bb015848.

gebruikt om financiering aan maatschappelijke projecten te verstrekken, volledig afkomstig is van een klassieke overheidsinstelling, waarvan de organen een a-bestuursorgaan zijn.⁷⁹ In de jurisprudentie is tot dusver, voor zover mij bekend, geen uitspraak gedaan over het houden van aandelenkapitaal in relatie tot het financiële vereiste.⁸⁰ Ook staatsraad advocaat-generaal Widdershoven heeft daar in zijn conclusie over het buitenwettelijk b-bestuursorgaanbegrip geen aandacht aan besteed.⁸¹ Gelet op het feit dat de storingsplicht rust op de aandeelhouder en de aandeelhouder in dit geval een klassieke overheidsinstelling is, zou bij het EFO, het LEF, het FSFE, het PDENH en het ETF mijns inziens de conclusie moeten zijn dat aan het financiële vereiste is voldaan.

Het Innovatie- en Energiefonds Gelderland bv (IEG), het Energiefonds Brabant bv (EFB) en ENERGIIQ bv zijn regionale energiefondsen waarin de overheid indirect deelneemt.⁸² Dit houdt in dat de klassieke overheidsinstelling kapitaal beschikbaar stelt aan het revolverend fonds via een zogenoemde privaatrechtelijke houdermaatschappij of holding, waarin zij wel 100% van de aandelen houdt. De houdstermaatschappij wordt dus tussen het revolverend fonds en de klassieke overheidsinstelling geplaatst. Zo werkt de provincie Zuid-Holland bij ENERGIIQ met de Houdstermaatschappij Zuid-Holland bv en is het IEG door de provincie Gelderland onder het Topfonds Gelderland bv gebracht. Het grootste voordeel van een houdstermaatschappij is dat daaronder meerdere revolverende fondsen kunnen worden geplaatst, waarmee eenheid in de *governance* van deze fondsen bestaat en onderlinge resultaten kunnen worden verrekend.⁸³ Op basis van de 17-september-jurisprudentie lijkt het erop dat het IEG, het EFB en ENERGIIQ niet aan het financiële vereiste voldoen, omdat de financiering die deze fondsen verstrekken niet rechtstreeks afkomstig is van een a-bestuursorgaan. De financiering wordt namelijk bijeengebracht door de houdstermaatschappij en die kwalificeert als privaatrechtelijke rechtspersoon, waarvan de organen vanzelfsprekend geen a-bestuursorgaan zijn.

79 De stortingsplicht is neergelegd in art. 2:80 BW en art. 2:191 BW.

80 Een uitzondering hierop vormt Rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3421, r.o. 3.2.2. In deze zaak stond de vraag centraal of nv PWN Waterleidingonderneming Noord-Holland een buitenwettelijk b-bestuursorgaan is. In deze zaak stelt de rechtbank dat het feit dat de aandelen van PWN voor 100% in eigendom zijn van de provincie Noord-Holland niet maakt dat PWN vanuit de provincie wordt gefinancierd. PWN bedruipt zichzelf namelijk uit watergelden, alsmede pacht, erfpacht en toegangskarten voor het duingebied. Ik sluit niet uit dat een soortgelijke redenering voor revolverende fondsen geldt, omdat zij ook gelden verkrijgen uit het verstrekken van financiering. Zie hierover kritisch J.E. van den Brink & V.A. van Waarde, annotatie bij Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, AB 2020/426 (Oost NL).

81 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260 bij ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

82 Begroting 2021 van de provincie Gelderland, p. 258-259, raadpleegbaar via begrotingscyclus.gelderland.nl/document/2021/Begroting/; bijlagenbundel bij begroting 2021 van de provincie Noord-Brabant, p. 43, raadpleegbaar via begroting.brabant.nl/begroting-2021; begroting 2021 van de provincie Zuid-Holland, p. 258, raadpleegbaar via zuidholland.begroting-2021.nl/. Invest-NL is overigens ook een revolverend fonds waarin de Staat indirect deelneemt. Zie Kamerstukken II 2018/19, 35123, nr. 3, p. 8-9.

83 Zie voor de motieven om van een holdingmaatschappij gebruik te maken Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020/1.4.

Inhoudelijke band bij de besloten vennootschap

Hoewel bij een aantal bv's niet aan het financiële vereiste is voldaan en daarom strikt genomen niet aan het inhoudelijke vereiste hoeft te worden getoetst, wordt voor de volledigheid voor alle regionale energiefondsen in de vorm van een bv nagegaan of de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering door een of meer a-bestuursorganen worden bepaald. Bij alle regionale energiefondsen zijn de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering neergelegd in een investeringsreglement. De investeringsreglementen van het EFB, ENERGIIQ, het ETF en het PDENH worden vastgesteld door de algemene vergadering.⁸⁴ Bij een ruime uitleg van het inhoudelijke vereiste zou kunnen worden beargumenteerd dat bij het ETF en het PDENH aan dit vereiste is voldaan, omdat de algemene vergadering van deze twee fondsen wordt gevormd door de gemeente Rotterdam en de provincie Noord-Holland, waarvan de organen a-bestuursorgaan zijn. Een strikte uitleg van het inhoudelijke vereiste zou dit oordeel niet rechtvaardigen, omdat de algemene vergadering op zichzelf geen a-bestuursorgaan is. Zelf ben ik voorstander van een ruime, minder formele uitleg van het inhoudelijke vereiste, waardoor mijns inziens de conclusie zou moeten zijn dat bij het ETF en het PDENH aan dit vereiste is voldaan. Het feit dat alleen klassieke overheidsinstellingen in de algemene vergadering van het ETF en het PDENH zijn vertegenwoordigd, heeft immers tot gevolg dat de overheid de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering door het revolverend fonds in beslissende mate bepaalt.

De provincies Noord-Brabant en Zuid-Holland houden respectievelijk in het EFB en ENERGIIQ niet rechtstreeks de aandelen, waardoor bij die twee fondsen ook bij een ruime uitleg van het inhoudelijke vereiste niet aan dit vereiste is voldaan. Hoewel het IEG eveneens met een holdingstructuur werkt, is bij het IEG niet de algemene vergadering van aandeelhouders, maar de raad van commissarissen het bevoegde orgaan om het investeringsreglement vast te stellen.⁸⁵ De raad van commissarissen is geen a-bestuursorgaan en de klassieke overheidsinstelling is ook niet vertegenwoordigd, zoals bij de algemene vergadering wel het geval is. Bij het IEG is daarom niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan.

Het investeringsreglement wordt bij het EFO, het LEF en het FSFE vastgesteld door het bestuur, waaraan de algemene vergadering goedkeuring heeft moeten verlenen.⁸⁶ In de jurisprudentie is bevestigd dat aan het inhoudelijke vereiste is voldaan, wanneer een uitkeringsreglement wordt vastgesteld door het bestuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon en wordt goedgekeurd door de minister.⁸⁷ Volgens de ABRvS worden de criteria voor het verstrekken van financiering in dat geval in beslissende mate door een a-bestuursorgaan bepaald, omdat uitsluitend de minister goedkeuring kan verlenen aan deze criteria.⁸⁸ Of deze redenering ook opgaat wanneer een investeringsreglement wordt goedgekeurd door de algemene

⁸⁴ Zie art. 3.5 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering EFB; art. 19 statuten ENERGIIQ; art. 16.2 statuten ETF en art. 19.1 statuten PDENH. Bij het IEG is niet de algemene vergadering, maar de raad van commissarissen van Topfonds Gelderland B.V. bevoegd een investeringsreglement vast te stellen. Zie art. 17.8 statuten IEG.

⁸⁵ Art. 17.8 statuten IEG.

⁸⁶ Zie art. 10 lid 4 statuten EFO; art. 12A.9 statuten LEF en art. 19.1 statuten FSFE. Bij Invest-NL keurt niet de algemene vergadering, maar de raad van commissarissen het investeringsbeleid goed. Zie art. 16.6 statuten Invest-NL.

⁸⁷ ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, AB 2016/299, m.nt. J.A.F. Peters.

⁸⁸ ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, r.o. 2.6.

vergadering die volledig bestaat uit klassieke overheidsinstellingen, zal afhangen van een ruime of strikte uitleg van het inhoudelijke vereiste. Net als bij het ETF en het PDENH ben ik voorstander van een ruime uitleg van het inhoudelijke vereiste, waardoor er bij het EFO, het LEF en het FSFE mijns inziens aan het inhoudelijke vereiste zou moeten zijn voldaan.⁸⁹

Financiële band bij de stichting

Naast de acht regionale energiefondsen in de vorm van een bv, zijn er vier regionale energiefondsen vormgegeven als stichting. Dit zijn de Drentse Energie Organisatie (DEO), het Fonds Nieuwe Doen (FND), het Energie Expertisecentrum Flevoland (EEF) en het Energiefonds Utrecht (EFU). De stichting kent in tegenstelling tot de nv en de bv geen aandelenstructuur, waardoor de klassieke overheidsinstelling een subsidie in plaats van aandelenkapitaal aan deze revolverende fondsen verstrekt om het fondskapitaal bijeen te brengen. Voor het verstrekken van financiering aan ondernemingen is aan de DEO, het FND en het EEF een kredietsubsidie door respectievelijk Gedeputeerde Staten van de provincies Drenthe, Groningen en Flevoland verleend.⁹⁰ Bij alle drie de fondsen is daarvoor gebruikgemaakt van een uitvoeringsovereenkomst in de zin van artikel 4:36 Awb. Daarnaast ontvangen de DEO, het FND en het EEF voor het beheer van het fonds een exploitatiesubsidie.⁹¹ Deze exploitatiesubsidie hoeft in tegenstelling tot de kredietsubsidie niet te worden terugbetaald aan de klassieke overheidsinstelling. Het EFU ontvangt net als de overige drie fondsen een kredietsubsidie en een exploitatiesubsidie van de gemeente Utrecht.⁹² Aanvullend daarop verkrijgt het EFU een lening van de BNG Bank nv, waarvoor de provincie Utrecht volledig garant staat.⁹³ Het is van belang om te vermelden dat de aandeelhouders van de BNG Bank uitsluitend klassieke overheidsinstellingen zijn.⁹⁴

Voor de uitleg van het financiële vereiste hoeft bij de DEO, het FND en het EEF alleen naar de kredietsubsidie te worden gekeken, omdat de exploitatiesubsidie

89 Vergelijk Rb. Noord-Holland 29 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3421, r.o. 3.2.3 over nv PWN Waterleidingonderneming Noord-Holland. Bij deze waterleidingsonderneming moeten veel besluiten worden goedgekeurd door de raad van commissarissen. Omdat de provincie niet vertegenwoordigd is in de raad van commissarissen, is de rechtbank van mening dat niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. De provincie is wel vertegenwoordigd in de algemene vergadering van het EFO, het LEF en het FSFE, waardoor op basis van deze uitspraak beargumenteerd zou kunnen worden dat wel aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.

90 Bij het FND betreft het een begrotingssubsidie in de zin van art. 4:23 lid 3 onder c Awb. Voor de DEO en het EEF heb ik dit niet kunnen achterhalen. Zie brief van Gedeputeerde Staten van Drenthe van 19 februari 2019, 201801216; brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 19 december 2017, 2017-108.155/51/A.10; brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 4 december 2018, 2018-080.315/49/A.16; brief van Gedeputeerde Staten van Flevoland van 25 juli 2014, 1550439 en brief van Gedeputeerde Staten van Flevoland, 2270539. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 51 voor een definitie van een kredietsubsidie.

91 Brief van Gedeputeerde Staten van Drenthe van 19 februari 2019, 201801216; brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 4 april 2017, 2017-16.767/14/A.10; brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 4 december 2018, 2018-080.313/49/A.16; brief van Gedeputeerde Staten van Flevoland van 25 juli 2014, 1550439 en brief van Gedeputeerde Staten van Flevoland, 2270539. Zie Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 49 voor een definitie van een exploitatiesubsidie.

92 Brief van Gedeputeerde Staten van Utrecht van 4 juli 2017, 2017MME119, p. 2.

93 Brief van Gedeputeerde Staten van Utrecht van 4 juli 2017, 2017MME119, p. 2.

94 50% van de aandelen van de BNB Bank zijn in handen van de Staat. De overige aandelen worden gehouden door gemeenten, provincies en een hoogheemraadschap. Zie BNG Bank Jaarverslag 2020, p. 67, raadpleegbaar via bngbank.nl/Over-BNG-Bank/Kerncijfers-en-jaarverslagen.

niet door het fonds wordt gebruikt voor het verstrekken van financiering aan maatschappelijk relevante projecten.⁹⁵ Een kredietsubsidie is een subsidie in de vorm van een lening. In de jurisprudentie is nog niet aan bod gekomen of aan het financiële vereiste is voldaan, wanneer een a-bestuursorgaan een subsidie in de vorm van een lening aan een privaatrechtelijke rechtspersoon verstrekt.⁹⁶ Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven staat in zijn conclusie wel stil bij de overheidsbijdrage in de vorm van een subsidie enerzijds en in de vorm van een lening anderzijds. Bij een subsidie is volgens Widdershoven aan het financiële vereiste voldaan 'als blijkt de aan de subsidie verbonden verplichtingen de uitdrukkelijke bedoeling van de subsidiërende overheid is dat de rechtspersoon deze middelen uitkeert aan burgers en deze uitkeringen in overwegende mate door die subsidie worden gefinancierd'.⁹⁷ Een overheidsbijdrage in de vorm van een lening brengt volgens staatsraad advocaat-generaal Widdershoven met zich dat niet aan het financiële vereiste is voldaan, omdat de lening aan de overheid moet worden terugbetaald.⁹⁸ Hoewel voor de DEO, het FND en het EEF aan de subsidiebeschikking de verplichting verbonden is dat deze fondsen de subsidie uitsluitend gebruiken voor het verstrekken van leningen aan derden, zou het feit dat de lening uiteindelijk moet worden terugbetaald aan de overheid er volgens Widdershoven voor zorgen dat niet aan het financiële vereiste is voldaan.⁹⁹ Met Van den Brink ben ik van mening dat deze redenering niet overtuigend is en dat ook aan het financiële vereiste is voldaan wanneer een overheidsbijdrage de vorm van een lening aanneemt.¹⁰⁰ Hoewel dit zoals gezegd niet in de jurisprudentie is bevestigd, ga ik ervan uit dat bij de DEO, het FND en het EEF aan het financiële vereiste is voldaan. Bij het EFU is waarschijnlijk niet aan het financiële vereiste voldaan, omdat meer dan twee derden van de gelden van het EFU van de BNG Bank afkomstig is en de organen van deze bank niet als a-bestuursorganen opereren.¹⁰¹

Inhoudelijke band bij de stichting

Ook voor alle regionale energiefondsen in de vorm van een stichting moet worden nagegaan of de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering door een of meer a-bestuursorganen worden bepaald. Net als bij de bv vindt het verstrekken van financiering door het bestuur bij alle revolverende stichtingen plaats

95 Uit ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, AB 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, r.o. 5.4 blijkt immers dat bij het financiële vereiste moet worden gekeken naar de financiering van de verstrekking in kwestie.

96 Vergelijk Van den Brink 2021, p. 192.

97 Concl. A-G. R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260, r.o. 4.15 bij ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

98 Concl. A-G. R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260, r.o. 4.14 bij ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

99 Brief van Gedeputeerde Staten van Drenthe van 19 februari 2019, 201801216; brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 19 december 2017, 2017-108.155/51/A.10; brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 4 december 2018, 2018-080.315/49/A.16; brief van Gedeputeerde Staten van Flevoland van 25 juli 2014, 1550439 en brief van Gedeputeerde Staten van Flevoland, 2270539.

100 Zie Van den Brink 2021, p. 192 en daar aangehaalde drie argumenten.

101 Het fondskapitaal van het EFU bestaat uit € 21.05 miljoen, waarvan € 5.05 afkomstig is van de gemeente Utrecht en de overige € 16 miljoen wordt verstrekt door de BNG Bank. Zie Brief van Gedeputeerde Staten van Utrecht van 4 juli 2017, 2017MME119, p. 2.

op basis van een of meer investeringsreglementen.¹⁰² Bij het FND is het bestuur zelf het bevoegde orgaan om investeringsreglementen vast te stellen.¹⁰³ Dit heeft tot gevolg dat niet aan het inhoudelijke vereiste is voldaan, omdat het bestuur van de stichting geen a-bestuursorgaan is. Ook bij het EEF is niet aan het inhoudelijke vereiste voldaan, nu de raad van toezicht van het EEF het investeringsreglement heeft vastgesteld.¹⁰⁴ Bij de DEO en het EFU is het bestuur zelfstandig bevoegd om het investeringsreglement vast te stellen, maar daaraan moet wel goedkeuring worden verleend door Gedeputeerde Staten van respectievelijk de provincie Drenthe en de provincie Utrecht.¹⁰⁵ In dit geval worden de criteria voor het verstrekken van financiering op basis van de huidige jurisprudentie wel in beslissende mate bepaald door Gedeputeerde Staten als a-bestuursorgaan, waarmee bij de DEO en het EFU aan het inhoudelijke vereiste is voldaan.¹⁰⁶

2.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is eerst uitgelegd welke argumenten overheden gebruiken om revolverende fondsen als privaatrechtelijke rechtspersoon vorm te geven. Gebleken is dat revolverende fondsen privaatrechtelijk worden vormgegeven vanwege een gebrek aan ervaring en expertise bij de klassieke overheidsinstelling over het beheer van het fonds en het selecteren van succesvolle projecten waarin geïnvesteerd kan worden. Ook heerst de gedachte dat het voor een revolverend fonds in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon gemakkelijk is om private kapitaalverstrekkers aan te trekken, waarmee het fondskapitaal toeneemt.

Daarnaast stond de vraag centraal in hoeverre de dertien privaatrechtelijk vormgegeven regionale energiefondsen als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb opereren. Aangetoond is dat Invest-NL het enige revolverend fonds is dat bij wettelijk voorschrift met openbaar gezag is bekleed. In diezelfde wet is echter bepaald dat Invest-NL voor het verstrekken van financiering niet als bestuursorgaan handelt, waardoor Invest-NL niet als wettelijk b-bestuursorgaan opereert. Op basis van de huidige stand van de jurisprudentie is tevens duidelijk dat het IEG, het EFB en ENERGIIQ niet als buitenwettelijk b-bestuursorgaan handelen, omdat niet aan het financiële vereiste is voldaan. Het fondskapitaal wordt aan deze drie fondsen namelijk beschikbaar gesteld via een privaatrechtelijke holding, waarmee de financiering die deze fondsen verstrekken niet rechtstreeks afkomstig is van een of meer a-bestuursorganen. Ook het FND en het EEF kunnen op basis van de huidige stand van de jurisprudentie niet als buitenwettelijk b-bestuursorgaan worden gekwalificeerd. De inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering van het FND en het EEF worden namelijk niet

¹⁰² Zo kennen de DEO en het FND naast een investeringsreglement ook richtlijnen financiële voorwaarden. Het FND maakt daarnaast ook gebruik van een Regeling Lichte financieringen.

¹⁰³ Art. 13 lid 1 statuten FND.

¹⁰⁴ Art. 24.1 statuten EEF en Regeling Standaard Financiering.

¹⁰⁵ Art. 13 statuten DEO. Het feit dat de provincie Drenthe toestemming moet geven is geregeld in de subsidieverplichtingen. Zie brief van Gedeputeerde Staten van Drenthe van 18 februari 2018, 201801216. Zie voor EFU art. 13 lid 1 statuten EFU en art. 11 lid 2 statuten EFU. Voor de EFU hoeft de provincie Utrecht slechts toestemming te geven voor wezenlijke wijzigingen in het investeringsreglement.

¹⁰⁶ Vergelijk ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, r.o. 2.6.

bepaald door a-bestuursorganen, maar door het bestuur van het FND en de raad van toezicht van het EEF.

Er zijn nog geen uitspraken gedaan over het houden van aandelen door een klassieke overheidsinstelling in relatie tot het financiële en inhoudelijke vereiste. Voor het EFO, het LEF, het FSFE, het PDENH en het ETF is het daarom op basis van de huidige jurisprudentie nog onduidelijk of zij als buitenwettelijk b-bestuursorgaan opereren. Het houden van aandelen brengt een stortingsplicht met zich. Mijns inziens moet daarom worden geoordeeld dat aan het financiële vereiste is voldaan, wanneer een klassieke overheidsinstelling meer dan twee derden van de aandelen in een revolverend fonds houdt. De financiële middelen die het fonds verstrekt, zijn dan immers voor het merendeel afkomstig van de overheid, waarvan de organen a-bestuursorgaan zijn. Het feit dat de overheid meer dan twee derden van de aandelen in een revolverend fonds houdt, zorgt er ook voor dat alleen klassieke overheidsinstellingen in de algemene vergadering vertegenwoordigd zijn. Wanneer de algemene vergadering het bevoegde orgaan is om het investeringsreglement vast te stellen, heeft dit naar mijn oordeel tot gevolg dat ook aan het inhoudelijke vereiste is voldaan. De overheid bepaalt immers de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering door het revolverend fonds. Gelet op het feit dat 100% van de aandelen in het EFO, het LEF, het FSFE, het PDENH en het ETF in handen zijn van een klassieke overheidsinstelling en het investeringsreglement bij die fondsen wordt vastgesteld door de algemene vergadering, zou mijns inziens moeten worden geconcludeerd dat het EFO, het LEF, het FSFE, het PDENH en het ETF als buitenwettelijk b-bestuursorgaan handelen.

In de jurisprudentie is ook nog niet uitgekristalliseerd of aan het financiële vereiste is voldaan wanneer een a-bestuursorgaan een subsidie in de vorm van een lening aan een privaatrechtelijke rechtspersoon verstrekt. In lijn met Van den Brink is beargumenteerd dat aan het financiële vereiste is voldaan wanneer de overheidsbijdrage moet worden terugbetaald, zeker wanneer dit subsidiebedrag door de privaatrechtelijke rechtspersoon wordt gebruikt om leningen aan derden te verstrekken. Omdat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering bij de DEO en het EFU ook worden goedgekeurd door Gedeputeerde Staten van respectievelijk de provincie Drenthe en de provincie Utrecht, zou de conclusie moeten zijn dat deze twee fondsen als buitenwettelijk b-bestuursorgaan handelen.

Op basis van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat zes van de dertien regionale energiefondsen in ieder geval niet als b-bestuursorgaan opereren. Dit betekent dat Invest-NL, het IEG, het EFB, ENERGIIQ, het FND en het EEF de eisen van de rechtsstaat niet in acht hoeven te nemen en dat rechtvaardigt de vraag of binnen het privaatrecht met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen gelden. Hoewel er goede argumenten zijn om aan te nemen dat de overige zeven regionale energiefondsen wel als buitenwettelijk b-bestuursorgaan handelen, is dit tot op heden niet in de jurisprudentie bevestigd. Voor het EFO, het LEF, het FSFE, het PDENH, het EFTF, de DEO en het EFU is het daarom onduidelijk of zij de eisen van de rechtsstaat in acht moeten nemen. De vraag of binnen het privaatrecht met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen gelden, is daardoor ook voor deze zeven fondsen relevant. In de hoofdstukken 3 tot en met 6 van dit advies wordt bij deze vraag stilgestaan.

3 De legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur

3.1 Inleiding

Binnen het publiekrecht geldt de legaliteitseis als een van de eisen van de rechtsstaat. Deze eis houdt in dat overheidsoptreden op een wettelijke grondslag moet kunnen worden teruggevoerd.¹⁰⁷ Dit geldt in ieder geval voor overheidsoptreden waarmee een inbreuk wordt gemaakt op de rechten en vrijheden van burgers.¹⁰⁸ Voor het verstrekken van subsidies door de overheid, het zogenoemde presterend overheidsbestuur, is tegenwoordig ook een wettelijke grondslag vereist.¹⁰⁹ Naast de eis dat het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag moet berusten, dient het optreden van de overheid plaats te vinden op grond van adequaat vooraf bekendgemaakte algemene regels.¹¹⁰ Dit wordt de eis van wetmatigheid van bestuur genoemd. Daarmee hangt de eis samen dat de overheid verplicht is om in overeenstemming met deze vooraf bekendgemaakte algemene regels te handelen.¹¹¹ Met zowel de legaliteitseis als de eis van wetmatigheid van bestuur wordt de rechtszekerheid van burgers gediend.¹¹² Het vastleggen en bekendmaken van een wettelijke grondslag voor het overheidsoptreden zorgt er immers voor dat overheidsoptreden voorspelbaar is, zodat burgers hun handelen hierop kunnen afstemmen.¹¹³ Naast de rechtszekerheid bevordert de eis van wetmatigheid van bestuur ook de rechtsgelijkheid. Het formuleren van algemene regels vermindert de kans op een ongelijke behandeling.¹¹⁴ Gelet op het feit dat in de literatuur geen overeenstemming lijkt te bestaan over wat precies onder de legaliteitseis en onder de eis van wetmatigheid van bestuur valt, worden deze twee eisen samen in één hoofdstuk besproken.¹¹⁵

¹⁰⁷ Scheltema 1989, p. 16; Van Ommeren 2003, p. 21; Van der Jagt 2006, p. 44; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 34-36; Burkens e.a. 2017, p. 49; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 98 en Van de Sande 2019, p. 48.

¹⁰⁸ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 97-98.

¹⁰⁹ Den Ouden, Jacobs & Van de Brink 2021, p. 57.

¹¹⁰ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 21.

¹¹¹ Scheltema 1989, p. 16; Van der Jagt 2006, p. 45 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 37.

¹¹² Damen 1987, p. 8-10; Van Ommeren 2003, p. 13; Van der Jagt 2006, p. 44 en Scheltema 1989, p. 16-17.

¹¹³ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 38.

¹¹⁴ Scheltema 1989, p. 17; Zijlstra 1997, p. 47 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 38.

¹¹⁵ Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 34 noemen de eis van wetmatigheid van bestuur ook wel het legaliteitsbeginsel. De eis van wetmatigheid van bestuur bestaat volgens hen uit twee aspecten: het vereiste van de wettelijke bevoegdheidsgrondslag en het bestuurshandelen in overeenstemming met de wettelijke voorschriften. Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 37. Van der Jagt 2006, p. 44-45 gaat er ook van uit dat het legaliteitsbeginsel uit twee aspecten

Om de vraag te kunnen beantwoorden of het privaatrecht voor revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument een met de legaliteitseis en de eis van wetmatigheid vergelijkbare eis kent, wordt in deze paragraaf allereerst nagegaan in hoeverre het handelen van privaatrechtelijke rechtspersonen op een wettelijke grondslag moet berusten (par. 3.2). Daarnaast wordt getoetst in hoeverre privaatrechtelijke rechtspersonen moeten optreden op grond van adequaat vooraf bekendgemaakte algemene regels en of privaatrechtelijke rechtspersonen verplicht zijn om conform deze regels te handelen (par. 3.3). Deze regels zijn neergelegd in de statuten en (investerings)reglementen van de privaatrechtelijke rechtspersoon. In paragraaf 3.4 wordt vervolgens bestudeerd of de regionale energiefondsen gebruikmaken van statuten en investeringsreglementen, in hoeverre deze statuten en reglementen zijn gepubliceerd en of aanvragers of ontvangers van financiering een beroep op de inhoud van deze regels kunnen doen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (par. 3.5).

3.2 De legaliteitseis binnen het privaatrecht

Vooropgesteld wordt dat er bij privaatrechtelijke rechtspersonen een onderscheid moet worden gemaakt tussen het aspect van de rechtssubjectiviteit en het organisatorische aspect.¹¹⁶ Het aspect van de rechtssubjectiviteit ziet op het (vermogensrechtelijke) handelingsperspectief van de privaatrechtelijke rechtspersoon, waarvoor binnen het privaatrecht een algemene rechtsbevoegdheid geldt.¹¹⁷ Dat wil zeggen dat een privaatrechtelijke rechtspersoon altijd bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt.¹¹⁸ Voor een revolverend fonds betekent dit dat het fonds als privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel altijd bevoegd is tot het aangaan van een financieringsovereenkomst met een onderneming. Dit is wezenlijk anders geregeld binnen het publiekrecht, waar een rechtsbevoegdheid in beginsel tot een wettelijke grondslag te herleiden moet zijn.¹¹⁹

Naast het aspect van rechtssubjectiviteit van de privaatrechtelijke rechtspersoon bestaat zoals gezegd het organisatorische aspect van de privaatrechtelijke rechts-

bestaat, namelijk de eis van de wettelijke grondslag en de gebondenheid van de overheid aan het recht. Schlössels & Zijlstra 2019, p. 21 kwalificeren alleen de eis van wetmatigheid van bestuur als eis van de rechtsstaat. Dit wetmatigheidsbegrip is volgens hen niet hetzelfde als het legaliteitsbeginsel. Zie verder Schlössels & Zijlstra 2019, p. 102-104.

116 Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 17-18. Zie ook Huizink, in: *GS Rechtspersonen 2021*, art. 2:5 BW, aant. 2; Huizink, in: *GS Rechtspersonen 2021*, art. 2:3 BW, aant. 4.2 en Asser/Kroeze 2-1 2021/55.

117 Vergelijk Schlössels 2021, p. 17.

118 Art. 3:32 lid 1 BW jo. art. 2:5 BW. Deze algemene rechtsbevoegdheid geldt slechts ten aanzien van het vermogensrecht. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2017, p. 97-98.

119 Zie Van Male 2019, p. 36, waarin hij uitlegt waarom de beperking van de legaliteitseis binnen het privaatrecht niet geldt. Dit is anders wanneer er sprake is van 'privaat bestuur', zoals nog recentelijk door Schlössels 2021, p. 16 is bepleit. Aan de overheidsrechtspersoon komen de privaatrechtelijke bevoegdheden toe die ook aan andere rechtspersonen toekomen, waarbij de overheid wel is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten.

persoon.¹²⁰ Voor het functioneren van de privaatrechtelijke rechtspersoon en zijn organen gelden, net als voor bestuursorganen, bepaalde regels. Deze regels zijn neergelegd in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW), maar voor een groot deel ook in de statuten en de reglementen van de privaatrechtelijke rechtspersoon.¹²¹

In Boek 2 BW zijn de algemene regels voor de organisatie van de nv, de bv en de stichting neergelegd.¹²² Aanvullend daarop bevatten de statuten en de reglementen van de privaatrechtelijke rechtspersoon regels toegespitst op de betreffende privaatrechtelijke rechtspersoon. Iedere privaatrechtelijke rechtspersoon is op grond van de wet verplicht om statuten te hebben,¹²³ waarin de fundamentele regels die de identiteit, de organisatie en de structuur van de privaatrechtelijke rechtspersoon bepalen, zijn neergelegd.¹²⁴ Zo moeten de statuten van zowel de nv, de bv als de stichting de naam, de zetel en het doel van de vennootschap bevatten.¹²⁵ Voor de nv vermelden de statuten daarnaast het maatschappelijk kapitaal evenals het aantal en het bedrag van de aandelen, terwijl bij de bv slechts het nominale bedrag van de aandelen wordt vermeld.¹²⁶ De statuten van de stichting moeten ook de wijze van de benoeming en het ontslag van bestuurders, evenals de bestemming van het overschot na vereffening in het geval van ontbinding bevatten.¹²⁷ Met deze bepalingen in de statuten wordt de identiteit van de privaatrechtelijke rechtspersoon bepaald.¹²⁸ Daarnaast stellen de statuten ook rechten, bevoegdheden en verplichtingen vast voor de organen van de privaatrechtelijke rechtspersoon, waarmee de statuten tevens een normerend karakter hebben.¹²⁹ Zo is er in de statuten van een privaatrechtelijke rechtspersoon bepaald wie rechtshandelingen namens de rechtspersoon kan en mag verrichten, oftewel aan welk orgaan binnen de privaatrechtelijke rechtspersoon rechtssubjectiviteit/vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt.¹³⁰

In de reglementen zijn nadere regels over het (interne) functioneren van de privaatrechtelijke rechtspersoon en zijn organen terug te vinden.¹³¹ De wetgever heeft bewust geen wettelijke regeling voor reglementen opgenomen.¹³² Dit betekent dat er geen regels gelden voor de totstandkoming en wijziging van reglementen en dat een veelvoud aan onderwerpen in een reglement kan worden geregeld.¹³³ Zo

120 Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 17-18. Zie ook Huizink, in: *GS Rechtspersonen 2021*, art. 2:5 BW, aant. 2; Huizink, in: *GS Rechtspersonen 2021*, art. 2:3 BW, aant. 4.2 en Asser/Kroeze 2-I 2021/55.

121 Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 79 e.v. en Asser/Kroeze 2-I 2021/171.

122 Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 84 en Asser/Rensen 2-III 2017/332.

123 Art. 2:66 lid 1 BW; art. 2:177 lid 1 BW en art. 2:286 lid 4 BW.

124 Waaijer 1993, p. 6. Zie ook Asser/Kroeze 2-I 2021/174; Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 84-85 en Schroten 2000, p. 28.

125 Art. 2:66 lid 1 BW; art. 2:177 lid 1 BW en art. 2:286 lid 4 BW.

126 Art. 2:67 lid 1 BW voor de nv en art. 2:178 lid 1 BW voor de bv. Als er een maatschappelijk kapitaal is, wordt dit bedrag – evenals voor de nv – in de statuten vermeld.

127 Art. 2:286 lid 4 BW.

128 Waaijer 1993, p. 4.

129 Dortmund 2013, p. 156.

130 Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 34 en Waaijer 1993, p. 5.

131 Asser/Kroeze 2-I 2021/184; Asser/Rensen 2-III 2017/43 en Schroten 2000, p. 29-30.

132 Kamerstukken II 2009/10, 32426, nr. 3, p. 3.

133 Daarbij gelden wel twee beperkingen: (1) een onderwerp mag niet in een reglement worden geregeld, indien de wet heeft bepaald dat dit in de statuten moet zijn neergelegd en (2) het onderwerp moet wel een relatie hebben met het (interne) functioneren van de rechtspersoon of zijn organen. Zie Asser/Kroeze 2-I 2021/184 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 87 en p. 92-94.

kan een reglement regels geven over het functioneren van een orgaan, maar is het ook toegestaan dat in een reglement inhoudelijke regels worden opgenomen.¹³⁴ Denk bij dit laatste bijvoorbeeld aan het investeringsreglement van het revolverend fonds, waarin regels zijn opgenomen over het verstrekken van financiering aan maatschappelijk relevante projecten door één orgaan of meerdere organen binnen het fonds. De privaatrechtelijke rechtspersoon is, in tegenstelling tot de statuten, dus op grond van de wet niet verplicht om een of meer reglementen te hebben.

Hoewel het handelen van privaatrechtelijke rechtspersonen niet op een wettelijke grondslag is gebaseerd, vergroten de regels neergelegd in de statuten en reglementen van de privaatrechtelijke rechtspersoon de voorspelbaarheid van het handelen van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Er ontstaat een kader waarbinnen de betreffende privaatrechtelijke rechtspersoon mag opereren, waarmee de rechtszekerheid van degenen die in aanmerking komen met de privaatrechtelijke rechtspersoon wordt gediend. Gelet hierop zou kunnen worden geconcludeerd dat voor privaatrechtelijke rechtspersonen in zekere zin een vergelijkbare eis als de legaliteits eis geldt. Er zijn echter twee verschillen te benoemen. Ten eerste richt de legaliteits eis zich binnen het bestuursrecht op de rechtssubjectiviteit van het bestuursorgaan, terwijl de regels neergelegd in de statuten en reglementen van een privaatrechtelijke rechtspersoon voornamelijk zijn gericht op het organisatorische aspect van de privaatrechtelijke rechtspersoon. Het tweede verschil is dat het merendeel van de regels neergelegd in de statuten en reglementen van de privaatrechtelijke rechtspersoon intern recht betreft, zoals al door Zijlstra in zijn preadvies in 2008 is opgemerkt.¹³⁵ Dit betekent dat personen buiten de rechtspersoon in beginsel niet rechtstreeks een beroep kunnen doen op hetgeen is neergelegd in de statuten en reglementen.¹³⁶ Wanneer een revolverend fonds bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen niet in overeenstemming met de statuten of reglementen handelt, kan de onderneming zich daarop dus niet voor de rechter beroepen.¹³⁷

3.3 De eis van wetmatigheid van bestuur binnen het privaatrecht

De eis van wetmatigheid van bestuur bestaat in feite uit drie componenten: (1) het optreden van de overheid moet plaatsvinden op grond van vooraf bekendgemaakte regels, (2) deze regels moeten van algemene aard zijn en (3) de overheid is verplicht om in overeenstemming met deze vooraf bekendgemaakte algemene regels te handelen. In deze paragraaf wordt daarom eerst nagegaan in hoeverre de regels neergelegd in statuten en reglementen bekend moeten worden gemaakt. Daarna wordt uitgelegd of deze regels ook van algemene aard zijn en tot slot komt de vraag

¹³⁴ Asser/Kroeze 2-I 2021/184 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 88.

¹³⁵ Zijlstra 2008, p. 59 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 79-81. Daarbij wil ik de nuanceering aanbrengen dat in sommige gevallen ook derden rechten aan de statuten kunnen ontleenen. Denk bijvoorbeeld aan bepalingen die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het revolverend fonds bepalen. Zie hierover Waaijer 1993, p. 3 en p. 5.

¹³⁶ Zijlstra 2008, p. 59.

¹³⁷ Zie daarover ook Van den Berghe in Den Hertog & Wever 2022, p. 22.

aan bod of revolverende fondsen in overeenstemming met deze statutaire en reglementaire regels moeten handelen.

Vooraf bekendgemaakte regels

Voor de rechtszekerheid is het van belang dat de regels in de statuten en de reglementen van privaatrechtelijke rechtspersonen openbaar worden gemaakt, omdat daarin specifieke regels over de organisatie, structuur en het functioneren van de privaatrechtelijke rechtspersoon en zijn organen zijn terug te vinden. Publicatie van deze regels zorgt er immers voor dat organen van het revolverend fonds en ondernemingen die financiering bij een revolverend fonds aanvragen er hun gedrag op kunnen afstemmen.¹³⁸ Daarom moet worden achterhaald in hoeverre er ook een openbaarmakingsplicht geldt voor de statuten en de reglementen van privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen.

Op grond van Boek 2 BW zijn de bestuurders verplicht om de nv, de bv evenals de stichting te doen inschrijven in het handelsregister en de akte van oprichting van deze privaatrechtelijke rechtspersoon ten kantore van het handelsregister neer te leggen.¹³⁹ De statuten van de vennootschap en de stichting maken onderdeel uit van de akte van oprichting.¹⁴⁰ Gelet op het feit dat de gegevens die in het handelsregister zijn opgenomen door eenieder kunnen worden ingezien,¹⁴¹ kan worden geconcludeerd dat de statuten van privaatrechtelijke rechtspersonen openbaar moeten worden gemaakt. Daar kan wel tegen in worden gebracht dat voor de inzage of verstrekking van de statuten een retributie is verschuldigd.¹⁴² Wanneer de statuten van een revolverend fonds niet vrijwillig op de website van een vennootschap of stichting zijn opgenomen, kost het dus geld om de statuten van een revolverend fonds in te zien.

Voor reglementen geldt in tegenstelling tot de statuten geen openbaarmakingsplicht in het handelsregister.¹⁴³ In de literatuur is daarom bepleit dat in reglementen niet mag worden geregeld wat in de statuten thuishoort.¹⁴⁴ Op deze manier wordt voorkomen dat de voor de statuten geldende vormvoorschriften worden omzeild. Hoewel er op grond van de wet voor de privaatrechtelijke rechtspersoon dus geen verplichting tot openbaarmaking van reglementen bestaat, wil dit niet zeggen dat een revolverend fonds niet vrijwillig tot publicatie van een (investerings)reglement op de website kan overgaan. In dat geval is de rechtszekerheid van ondernemingen in relatie tot het fonds wat mij betreft ook gediend. Of dit in de

¹³⁸ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 103.

¹³⁹ Art. 2:69 lid 1 BW; art. 2:180 lid 1 BW en art. 2:289 lid 1 BW. Ingevolge art. 2:126, art. 2:236 en art. 2:293 BW moet een statutenwijziging van de vennootschap of de stichting ook worden neergelegd ten kantore van het handelsregister. Zie ook Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 60-64 voor de bv en nv en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 74-78 voor de stichting.

¹⁴⁰ Art. 2:66 lid 1 BW; 2:177 lid 1 BW en 2:286 lid 3 BW.

¹⁴¹ Art. 2:1 lid 1 Handelsregisterwet 2007. Uit dat artikel kan wel worden opgemaakt dat er een aantal uitzonderingen op de openbaarmakingsplicht gelden ten aanzien van het burgerservicenummer van natuurlijke personen. Zie ook Asser/Kroeze I-2 2021/276.

¹⁴² Art. 50 Handelsregisterwet 2007 en Asser/Kroeze 2-I 2021/276.

¹⁴³ Buijn 1999; Asser/Kroeze 2-1 2021/176; Asser/Rensen 2-III 2017/42 en Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 84 en p. 115;

¹⁴⁴ Asser/Kroeze 2-1 2021/176; Buijn 1999; Waaijer 1993, p. 21 en Schroten 2000, p. 29. Het lijkt erop dat de wetgever het de verantwoordelijkheid van de vennootschap vindt om ervoor te zorgen dat derden op de hoogte worden gebracht van reglementen. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32426, nr. 3, p. 3.

praktijk bij revolverende fondsen gebeurt, komt in de volgende paragraaf van dit hoofdstuk aan bod.

Algemene regels

Op grond van de eis van wetmatigheid van bestuur dienen privaatrechtelijke rechtspersonen niet alleen te handelen op grond van bekendgemaakte regels, maar dienen deze regels ook algemeen te zijn. De kans op ongelijke behandeling van gelijke gevallen wordt verminderd bij regels van algemene aard, zoals is toegelicht in de inleiding van dit hoofdstuk.¹⁴⁵ Een tweede vraag is dus of de in Boek 2 BW, de statuten en de reglementen neergelegde regels ook van algemene aard zijn. Titel 1 van Boek 2 BW bevat een aantal algemene bepalingen die voor alle privaatrechtelijke rechtspersoon gelden, zoals het leerstuk van nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten en de ontbinding van de privaatrechtelijke rechtspersoon.¹⁴⁶ Daarnaast zijn in Boek 2 BW algemene bepalingen voor de organisatie van elke privaatrechtelijke rechtsvorm afzonderlijk opgenomen, zoals de nv, de bv en de stichting.¹⁴⁷ Hoewel uit artikel 2:25 BW blijkt dat de regels in Boek 2 BW van dwingendrechtelijke aard zijn, kan van een groot aantal wettelijke bepalingen bij statuten worden afgeweken.¹⁴⁸ De regels neergelegd in statuten en reglementen zijn toegespitst op de specifieke rechtspersoon en dus per definitie niet van algemene aard.¹⁴⁹ Dit heeft als voordeel dat maatwerk mogelijk is, waardoor het revolverend fonds naar eigen wens juridisch kan worden vormgegeven. Dit is gelijktijdig ook een nadeel. Wanneer ieder revolverend fonds zijn eigen juridische kenmerken heeft, zal de rechtszekerheid van ondernemingen die financiering bij een fonds aanvragen wellicht niet altijd zijn gediend.

Gehouden om in overeenstemming met de regels te handelen

De regels neergelegd in de wet, de statuten en de reglementen verliezen aan waarde als privaatrechtelijke rechtspersonen niet wettelijk gehouden zijn om in overeenstemming met deze regels te handelen.¹⁵⁰ Binnen het rechtspersonenrecht worden de wettelijke, statutaire en reglementaire regels beschouwd als objectief recht.¹⁵¹ Dit heeft tot gevolg dat een privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds en zijn organen moeten opereren overeenkomstig hetgeen is neergelegd in de wet, de statuten en de reglementen van het fonds.¹⁵² Wanneer een revolverend fonds niet in overeenstemming met de wettelijke, statutaire of reglementaire regels opereert,

¹⁴⁵ Scheltema 1989, p. 17; Zijlstra 1997, p. 47 en Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 38.

¹⁴⁶ Art. 2:14 BW voor de nietigheid van besluiten, art. 2:15 BW voor de vernietigbaarheid van besluiten en art. 2:19 tot 2:24 BW voor de ontbinding van de privaatrechtelijke rechtspersoon.

¹⁴⁷ Titel 4 Boek 2 BW voor de nv; titel 5 Boek 2 BW voor de bv en titel 6 Boek 2 BW voor de stichting. Zie Asser/Kroeze 2-1 2021/170.

¹⁴⁸ Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 38-39 en Olaerts, in: GS Rechtspersonen, art. 2:25 BW, aant. 2.

¹⁴⁹ Asser/Kroeze I 2021/171.

¹⁵⁰ Vergelijk Scheltema 1989, p. 16.

¹⁵¹ Buys 1992, waarin hij zes argumenten onderscheidt voor het objectiefrechtelijk karakter van statuten, reglementen en besluiten. Zie ook Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 79-80 en p. 117-118; Asser/Kroeze 2-I 2021/175 en Asser/Rensen 2-III 2017/41.

¹⁵² Vergelijk Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 79-80; Asser/Kroeze 2-I 2021/175 en Asser/Rensen 2-III 2017/41. Zie ook Hof's-Hertogenbosch 15 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW6056, r.o. 8.9.

kan dit tot nietigheid of vernietigbaarheid van een besluit van een orgaan van een fonds leiden.¹⁵³

Om te kunnen bepalen wanneer een besluit van een orgaan van een fonds nietig of vernietigbaar is, moet eerst worden vastgesteld wanneer er binnen het rechtspersonenrecht sprake is van een besluit. Kort gezegd is een besluit een rechtshandeling van de privaatrechtelijke rechtspersoon.¹⁵⁴ Dit impliceert dat de beslissing een rechtsgevolg voor het revolverend fonds moet beogen.¹⁵⁵ Een interessante vraag is in hoeverre het besluit van een revolverend fonds over het al dan niet toekennen van financiering aan een onderneming door een orgaan van een revolverend fonds (hierna: het financieringsbesluit) voor nietigheid of vernietigbaarheid in aanmerking komt. Vooropgesteld wordt dat een besluit om geen financiering toe te kennen niet voor nietigheid of vernietigbaarheid in aanmerking komt, omdat met deze beslissing geen rechtsgevolgen zijn beoogd.¹⁵⁶ Bij een negatief besluit van een privaatrechtelijke rechtspersoon vindt anders dan in het bestuursrecht geen gelijkstelling met een besluit plaats.¹⁵⁷ Indien bij een negatief financieringsbesluit de regels uit de statuten of reglementen niet in acht worden genomen, kan dus geen succesvol beroep worden gedaan op nietigheid of vernietigbaarheid. Het antwoord op de vraag welke stappen een onderneming kan nemen bij een negatief financieringsbesluit, komt aan bod in hoofdstuk 6.

Wanneer een orgaan van een revolverend fonds een positief financieringsbesluit neemt, kan een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat:

1. het financieringsbesluit in strijd is genomen met de inhoudelijke of procedurele regels uit het (investerings)reglement; of
2. het financieringsbesluit in strijd is genomen met de statuten.

In de eerste situatie is sprake van strijd met een reglement, waardoor het besluit van het orgaan van het revolverend fonds op grond van artikel 2:15 lid 1 onder c BW voor vernietiging in aanmerking komt.¹⁵⁸ Omdat het proces van het verstrekken van financiering door revolverende fondsen meestal is neergelegd in een reglement, is de vernietigbaarheid van een financieringsbesluit wat mij betreft in de praktijk het meest voor de hand liggend. In sommige gevallen zijn regels over het verstrekken van financiering ook terug te vinden in de statuten van een revolverend fonds, waarbij sprake is van de tweede situatie. Het hangt af van de specifieke bepaling of bij strijd met de statuten het besluit van een orgaan van een revolverend fonds nietig of vernietigbaar is. Een besluit is op grond van artikel 2:14 lid 1 onder a BW nietig wanneer het besluit is genomen door een orgaan dat daartoe volgens

153 Art. 2:14 en 2:15 BW. Zie over de nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van organen van privaatrechtelijk rechtspersonen in het algemeen Asser/Kroeze 2-1 2021/299 t/m Asser/Kroeze 2-1 2021/325. Zie voor de nv en bv Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 331-354 en voor de stichting Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 117-134. Zie over de nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van omgevingsfondsen Bakker & Tolsma 2021, p. 84.

154 Van Vught 2020, p. 10 en p. 11; Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 331.

155 Van Vught 2020, p. 11 en p. 14-15; Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 105 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/211.

156 Asser/Kroeze 2-1 2021/295 en Van Vught 2020, p. 12 en p. 17.

157 Art. 1:3 lid 2 Awb en art. 6:2 Awb.

158 Vergelijk Asser/Kroeze 2-1 2021/312. Zie ook Wassink 2012, p. 98-99 die zich afvraagt of het nog wel houdbaar is dat een besluit in strijd met een reglement in alle gevallen vernietigbaar is. Wassink 2012, p. 180 stelt daarom voor om statuten en reglementen bij de toepassing van art. 2:14 en art. 2:15 BW gelijk te behandelen.

de statuten niet bevoegd is.¹⁵⁹ Denk hierbij aan het geval dat in de statuten is neergelegd dat het financieringsbesluit moet worden genomen door het bestuur en in plaats daarvan de investeringscommissie tot dit besluit is overgegaan. Wanneer een financieringsbesluit van het bestuur op grond van de statuten niet de vereiste goedkeuring of toestemming aan de investeringscommissie of een ander orgaan heeft gevraagd, is het besluit nietig op grond van artikel 2:14 lid 1 onder b BW. Er is dan namelijk sprake van een besluit dat is genomen ondanks het ontbreken van een door de statuten voorgeschreven voorafgaande handeling van een ander orgaan dat het orgaan dat het besluit heeft genomen.¹⁶⁰ Een financieringsbesluit zal echter vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 lid 1 onder a BW wanneer het in strijd is genomen met de vereiste meerderheid van stemmen of wanneer er iets fout is gegaan bij de oproeping van het orgaan dat het financieringsbesluit moet nemen. Het besluit is dan namelijk genomen in strijd met een statutaire bepaling die het tot stand komen van besluiten regelt.¹⁶¹

Een onderneming die een positief financieringsbesluit van een revolverend fonds heeft ontvangen, zal er waarschijnlijk niet blij mee zijn wanneer dit besluit voor nietigheid of vernietigbaarheid in aanmerking komt. Omdat het toekennen van financiering aan een onderneming een externe rechtshandeling van het revolverend fonds behelst, is nietigheid of vernietiging van dit besluit niet zomaar gegeven.¹⁶² Bij de nietigheid of vernietigbaarheid van een externe rechtshandeling wordt op grond van de wet namelijk extra bescherming geboden aan een wederpartij die te goeder trouw is.¹⁶³ Deze bescherming komt erop neer dat een financieringsbesluit geldig is, indien de onderneming de nietigheid of vernietigbaarheid van het financieringsbesluit niet kende noch behoefde te kennen.¹⁶⁴ Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen besluiten met direct externe werking en indirect externe werking. Besluiten die een vereiste vormen voor de geldigheid van een daaropvolgende tot een derde gerichte rechtshandeling, zijn besluiten met indirect externe werking. Daarvoor is wel vereist dat uit *de wet* voortvloeit dat een bepaald besluit aan de externe rechtshandeling met een derde voorafgaat.¹⁶⁵ Er is dus geen sprake van een indirect extern werkend besluit wanneer in de statuten of reglementen is bepaald dat het bestuur van een revolverend fonds pas een financieringsovereenkomst met een onderneming mag sluiten na goedkeuring van een ander orgaan. Het besluit tot het verstrekken van financiering is in dat geval

159 Vergelijk Asser/Kroeze 2-1 2021/301.

160 Vergelijk Asser/Kroeze 2-1 2021/302 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 341.

161 Vergelijk Wassink 2012, p. 92-93.

162 Het financieringsbesluit van het revolverend fonds is immers rechtstreeks tot een wederpartij gericht. Zie Van Vught 2020, p. 61, p. 63; Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 351; Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 282, p. 130-232 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/211. Naast externe rechtshandelingen bestaan er ook interne rechtshandelingen. Een interne rechtshandeling behelst een beslissing waarmee een rechtsbetrekking binnen het revolverend fonds tot stand wordt gebracht, gewijzigd of beëindigd. Denk hierbij aan het besluit om de statuten van een revolverend fonds te wijzigen of de jaarrekening van het revolverend fonds vast te stellen. Zie hierover Asser/Kroeze 2-1 2021/291; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/211; Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 105 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 351.

163 Art. 2:16 lid 2 BW.

164 Vergelijk Asser/Kroeze 2-1 2021/322.

165 Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 133 en p. 284; Van Vught 2020, p. 64 en Asser/Kroeze 2-1 2021/322. Zie Timmermans 2020, p. 488-492 voor een mooi overzicht van indirect externe besluiten voor de nv en bv.

gewoon geldig, omdat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur onbeperkt en onvoorwaardelijk is.¹⁶⁶ Dit is voor de onderneming die financiering van een revolverend fonds ontvangt gunstig, omdat het recht op financiering wordt behouden. Slechts in uitzonderingssituaties zal de onbeperkte en onvoorwaardelijkheid van de vertegenwoordigingsbevoegdheid geen toepassing kunnen vinden, waarmee de financieringsovereenkomst tussen het revolverend fonds en de onderneming ongeldig kan zijn.¹⁶⁷

3.4 De legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur getoetst

In de vorige paragraaf van dit hoofdstuk is gebleken dat ieder revolverend fonds op grond van de wet verplicht is om de identiteit, de organisatie en de structuur van een fonds in de statuten neer te leggen. Dit betekent dat alle dertien regionale energiefondsen worden genormeerd door de statuten van het revolverend fonds. De regionale energiefondsen zijn daarentegen op grond van de wet niet verplicht om een (investerings)reglement te hebben. Desalniettemin gebruiken in de praktijk negen van de dertien regionale energiefondsen een investeringsreglement voor het verstrekken van financiering aan ondernemingen. Dit zijn de DEO, het FND, het EEF, het EFU, het EFO, het LEF, het PDENH, het FSFE en het EFB.

Voor de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van ondernemingen die financiering bij een regionaal energiefonds willen aanvragen of al financiering uit het fonds ontvangen, is het in het licht van de eis van wetmatigheid van bestuur van belang dat de regels neergelegd in de statuten en investeringsreglementen ook worden gepubliceerd. In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat er voor de statuten van een revolverend fonds slechts een openbaarmakingsplicht in het handelsregister geldt. Dit heeft tot gevolg dat een revolverend fonds niet verplicht is om zijn statuten via een andere weg te publiceren. Het investeringsreglement van een revolverend fonds hoeft überhaupt niet bekendgemaakt te worden. In deze paragraaf wordt daarom nagegaan welke revolverende fondsen vrijwillig tot publicatie van hun statuten en investeringsreglementen zijn overgegaan.

De DEO en het FND zijn de enige twee revolverende fondsen waarvan de statuten op de website zijn terug te vinden.¹⁶⁸ Dit betekent dat de statuten van de overige elf revolverende fondsen met een beetje geluk zijn terug te vinden via de statutenstukken van de betreffende provincies of anders tegen betaling moeten worden opgevraagd in het handelsregister. Voor ondernemingen die financiering willen aanvragen bij een revolverend fonds of al financiering uit een revolverend fonds ontvangen, is het investeringsreglement in de praktijk waarschijnlijk van grotere betekenis. In het investeringsreglement is namelijk in detail geregeld welke

166 Art. 2:130 lid 3 BW; art. 2:240 lid 3 BW en art. 2:292 lid 3 BW. Vergelijk Asser/Kroeze 2-1 2021/322. Zie over de omvang van de bevoegdheid tot vertegenwoordiging Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 266.

167 Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 269, p. 272-281; Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 235-241.

168 Zie organisatie & contact op de website van de DEO, raadpleegbaar via drentseenergieorganisatie.nl/organisatie-contact. Zie downloads op de website van het FND, raadpleegbaar via fondsnieuwedo.nl/.

voorwaarden er gelden voor het verstrekken van financiering en welke stappen de aanvrager moet doorlopen alvorens financiering door het fonds wordt uitgekeerd. Van de dertien onderzochte revolverende fondsen gebruiken in totaal minstens negen revolverende fondsen een investeringsreglement voor het verstrekken van financiering. Deze investeringsreglementen zijn op de volgende drie manieren gepubliceerd:

1. via de website van het revolverend fonds;
2. via het Provinciaal blad; of
3. via de statenstukken van de betreffende provincie.

Vijf revolverende fondsen hebben het investeringsreglement op hun website gepubliceerd.¹⁶⁹ Wat opvalt, is dat van de vijf revolverende fondsen waarvan het investeringsreglement op hun website terug te vinden is, vier fondsen de rechtsvorm van een stichting hebben. Dit verschil valt slechts voor het FND te verklaren, omdat Gedeputeerde Staten van de provincie Groningen in de subsidieverleningsbeschikking de verplichting hebben opgenomen dat het investeringsreglement en de richtlijnen financiële voorwaarden altijd op de website van het FND raadpleegbaar dienen te zijn.¹⁷⁰ Voor de DEO, het EEF en het EFU ben ik dergelijke verplichtingen in de subsidieverleningsbeschikking niet tegengekomen. Ook het EFO lijkt er als bv vrijwillig voor te hebben gekozen om het investeringsreglement voor het verlenen van deelnemingen op de website te publiceren.¹⁷¹ De investeringsreglementen van het LEF en het PDENH zijn te achterhalen via het Provinciaal blad van de betreffende provincies.¹⁷² Deze twee manieren van publiceren zijn mijns inziens voor ondernemingen zeer toegankelijk, waardoor publicatie via de website of het Provinciaal blad het meest aangewezen is.

De investeringsreglementen van het FSFE en het EFB zijn teruggevonden via de statenstukken van de provincies Friesland en Noord-Brabant.¹⁷³ Deze derde manier van publiceren van investeringsreglementen is mijns inziens vanuit de eis van wetmatigheid van bestuur het minst wenselijk. In de eerste plaats betwijfel ik of de gemiddelde onderneming bedenkt dat deze informatie wellicht in statenstukken is terug te vinden. Wanneer een onderneming wel over deze kennis beschikt, is het soms knap lastig om de betreffende investeringsreglementen online in de statenstukken terug te vinden. Tot slot betreft het investeringsreglement opgenomen in de statenstukken vaak een conceptversie van het reglement, zo heb ik onder-

169 Het betreft de DEO, het FND, het EEF, het EFU en het EFO.

170 Brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 4 april 2017, 2017-16.767/14/A.10 en brief van Gedeputeerde Staten van Groningen van 4 december 2018, 2018-080.313/49/A.16.

171 Zie de website van het EFO, raadpleegbaar via energiefondsoverijssel.nl/financieringsvormen/participatie/#content. Voor de leningen en garanties die het EFO verstrekt, wordt gewerkt met een subsidieregeling. Op de website van het EFO is een link naar de subsidieregeling is opgenomen. Het EFO verstrekt deze subsidies in mandaat van Gedeputeerde Staten van de provincie Overijssel, zoals neergelegd in par. 3.9 van het Uitvoeringsbesluit subsidies Overijssel 2017. Het verstrekken van subsidies in mandaat is gelet op ABRvS 27 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:176, r.o. 6, Gst. 2021/83, m.nt. E.M.M.A. Driessen en A. Drahmman, JB 2021/48, m.nt. L.J.M. Timmersmans (SCE II) niet in strijd met het gesloten stelsel van bevoegdheidstoedeling van de Provinciewet.

172 Provinciaal blad van Limburg 2013, nr. 55 en Provinciaal blad van Noord-Holland 2019, nr. 6703.

173 Bijlage bij besluit van Provinciale Staten van de Provincie Friesland van 16 oktober 2013, nr. 1063195 en bijlage 2.3 bij Statenvoorstel 42/13 inzake instelling fondsen tweede tranche investeringsagenda.

vonden. Het is daarom onzeker of het verstrekken van financiering door een revolverend fonds wel plaatsvindt op grond van het in de statenstukken gepubliceerde investeringsreglement.

Het bovenstaande betekent dat vier van de dertien revolverende fondsen geen investeringsreglement kennen, althans niet voor zover ik dat heb kunnen achterhalen. Op de websites van Invest-NL, ENERGIIQ, het IEG en het ETF zijn wel globale voorwaarden voor het verstrekken van financiering terug te vinden, maar deze voorwaarden zijn lang niet zo nauwkeurig en duidelijk geformuleerd als in een investeringsreglement, laat staan als in een subsidieregeling. Naast deze globale voorwaarden op de websites van de vier fondsen is voor ENERGIIQ en het ETF wel een investeringsstrategie opgesteld.¹⁷⁴ Voor het ETF zijn zeer globale investeringscriteria en restricties in deze strategie terug te lezen, terwijl voor ENERGIIQ dergelijke investeringscriteria ontbreken. Het IEG kent daarentegen een investeringsinstructie en Invest-NL hanteert een aantal uitsluitingscriteria.¹⁷⁵ Deze documenten zijn lastig terug te vinden en qua inhoud en vorm anders dan een investeringsreglement, waardoor de rechtszekerheid van ondernemingen die financiering bij deze fondsen aanvragen of ontvangen mijns inziens in mindere mate is gewaarborgd dan bij de fondsen die wel een investeringsreglement kennen.

Hoewel in de vorige paragraaf is gebleken dat de regionale energiefondsen gehouden zijn om in overeenstemming met hun statuten en investeringsreglementen te handelen, kan op het merendeel van de regels neergelegd in de statuten en investeringsreglementen niet rechtstreeks een beroep worden gedaan door ondernemingen die financiering bij een revolverend fonds aanvragen of ontvangen. De statuten en investeringsreglement betreffen immers intern recht. Dit wordt bevestigd door het feit dat vijf van de dertien revolverende fondsen in hun investeringsreglement een bepaling hebben opgenomen dat het reglement geen rechten aan derden toekent, met name geen rechten op financiering of andersoortige kapitaalverstrekking door het betreffende fonds.¹⁷⁶ Daarmee ga ik ervan uit dat het voor een onderneming ten aanzien van de DEO, het FND, het EFU, het EFO I en het LEF in ieder geval lastig is om voor de rechter rechtstreeks een beroep te doen op de regels neergelegd in het investeringsreglement. Of dit voor de overige regionale energiefondsen ook geldt, zal in de praktijk waarschijnlijk afhangen van de omstandigheden van het geval.

174 Bijlage 1 bij brief van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam van 14 juli 2020, BS20/00778,20bb7475 en bijlage bij besluit van Provinciale Staten van Zuid-Holland van 12 oktober 2016, nr. 6934.

175 Bijlage 1 bij brief van Gedeputeerde Staten van Gelderland van 19 december 2017, 2012-016728. Zie de website van Invest-NL voor deze uitsluitingen, raadpleegbaar via www.invest-nl.nl/financiering/directe-financiering.

176 Art. 9 Investeringsreglement DEO; art. 11 Investeringsreglement FND; art. 10 Investeringsreglement EFU; art. 9.1 Investeringsreglement EFO I en art. 9 Investeringsreglement LEF.

3.5 Tussenconclusie

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond, is of het privaatrecht voor revolverende fondsen vergelijkbare eisen als de legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur kent. Hoewel voor het handelen van privaatrechtelijke rechtspersonen geen wettelijke grondslag is vereist, zijn in Boek 2 BW wel algemene regels voor de organisatie van privaatrechtelijke rechtspersonen in de vorm van de nv, de bv en de stichting neergelegd. Op grond van Boek 2 BW zijn privaatrechtelijke rechtspersonen ook verplicht om statuten te hebben en kunnen zij er vrijwillig voor kiezen om reglementen in het leven te roepen. De statuten en reglementen bevatten het kader aan regels waarbinnen de privaatrechtelijke rechtspersoon mag opereren.

De rechtszekerheid van ondernemingen die in relatie tot het revolverend fonds staan, is echter alleen gediend, wanneer de statuten en reglementen ook worden geopenbaard. Hoewel er voor de statuten van een revolverend fonds een openbaarmakingsplicht in het handelsregister geldt, kost het geld om de statuten daar te kunnen inzien. Voor reglementen geldt in zijn algemeenheid geen openbaarmakingsplicht. In de praktijk blijkt dat van de dertien regionale energiefondsen negen fondsen vrijwillig zijn overgegaan tot het publiceren van hun investeringsreglement. De rechtszekerheid van ondernemingen die in relatie tot deze revolverende fondsen staan, is hiermee gediend, omdat voor hen inzichtelijk is op welke wijze het revolverend fonds tot een financieringsbesluit komt. Dit betekent dat de rechtszekerheid van ondernemingen bij vier revolverende fondsen echter niet is gewaarborgd.

Het feit dat revolverende fondsen ook verplicht zijn om in overeenstemming met de regels neergelegd in de statuten en reglementen te handelen, dient eveneens de rechtszekerheid. Wanneer zij besluiten nemen die strijdig zijn met de statuten of reglementen, kan dit binnen het privaatrecht tot nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit leiden. Voor ondernemingen die een positief financieringsbesluit van een revolverend fonds ontvangen, is de nietigheid of vernietiging van zo'n besluit echter niet problematisch. Een positief financieringsbesluit zal immers leiden tot het sluiten van een financieringsovereenkomst; een externe rechtshandeling van het revolverend fonds. Omdat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van het revolverend fonds onbeperkt en onvoorwaardelijk is, is de financieringsovereenkomst gewoon geldig, ook al is er intern iets misgegaan. Bij een negatief financieringsbesluit is geen sprake van een rechtshandeling, waardoor dit besluit ook niet voor nietigheid of vernietigbaarheid in aanmerking komt. Het feit dat de statuten en reglementen van een revolverend fonds intern recht betreffen, maakt het in zo'n geval nog gecompliceerder. Wanneer de onderneming van mening is dat een revolverend fonds de regels neergelegd in de statuten of reglementen bij het nemen van een negatief financieringsbesluit niet heeft nageleefd, zal de onderneming daar geen beroep op kunnen doen bij de civiele rechter.

4 De eis van de machtsverdeling

4.1 Inleiding

De derde eis van de rechtsstaat is de eis van de machtsverdeling. Met de eis van de machtsverdeling wordt binnen het publiekrecht bedoeld dat een te grote concentratie van overheidsmacht in één hand moet worden voorkomen.¹⁷⁷ Daarom dienen de organen van de overheid bevoegdheden deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uit te oefenen, zodat onderlinge afhankelijkheid en controle worden bewerkstelligd.¹⁷⁸ In de literatuur is bepleit dat met de eis van de machtsverdeling binnen het publiekrecht de rechtsgelijkheid wordt bevorderd.¹⁷⁹ Omdat de wetgever regels moet formuleren en vaststellen en het bestuur deze regels moet uitvoeren en daarbij gedwongen is overeenkomstig de door de wetgever vastgestelde regels te handelen, kunnen de wetgevende en de uitvoerende macht niemand bevoordelen ofwel ongelijk behandelen.¹⁸⁰

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of er binnen het privaatrecht een soortgelijke eis van de machtsverdeling geldt. Er wordt daarom allereerst getoetst of het privaatrecht eisen stelt aan de onderlinge verdeling van taken en bevoegdheden van organen van een privaatrechtelijke rechtspersoon, zodat ook binnen een privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds de macht niet bij één orgaan komt te liggen en een stelsel van onderlinge *checks and balances* wordt gerealiseerd (par. 4.2). Vervolgens wordt een blik op de regionale energiefonds geworpen, waarbij steeds een onderscheid wordt gemaakt tussen de nv en de bv enerzijds en de stichting anderzijds (par. 4.3). Er wordt in de eerste plaats nagegaan hoeveel organen de regionale energiefonds in het algemeen kennen en daarna of de bevoegdheden ten aanzien van het verstrekken van financiering ook daadwerkelijk over deze organen zijn verspreid. Aan het einde van het hoofdstuk volgt een tussenconclusie (par. 4.4).

4.2 De eis van de machtsverdeling binnen het privaatrecht

Het orgaanbegrip

Om te kunnen bepalen of de macht binnen een revolverend fonds niet bij één orgaan komt te liggen, moet eerst worden vastgesteld wanneer er binnen het

¹⁷⁷ Schlössels & Zijlstra 2017, p. 22.

¹⁷⁸ Van der Jagt 2006, p. 45; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 40 en Schlössels & Zijlstra 2017, p. 22.

¹⁷⁹ Scheltema 1989, p. 19 en Zijlstra 1997, p. 48.

¹⁸⁰ Scheltema 1989, p. 19.

rechtspersonenrecht sprake is van een orgaan. Hoewel het orgaanbegrip in meerdere bepalingen in Boek 2 BW wordt genoemd, ontbreekt een definitie van het begrip in de wet.¹⁸¹ In de literatuur wordt een orgaan omschreven als een persoon of een groep personen die op enig terrein aan de wet of de statuten een zelfstandige functie en beslissingsmacht ontleent.¹⁸² Er is met andere woorden sprake van een orgaan, indien een persoon of groep personen beslissende zeggenschap kan uitoefenen binnen het revolverend fonds.¹⁸³ Wanneer een orgaan slechts een adviesrecht toekomt in de statuten is er geen sprake van een orgaan, omdat in beginsel dan niet gesproken kan worden van het uitoefenen van beslissende zeggenschap binnen de privaatrechtelijke rechtspersoon.¹⁸⁴ Het is van belang of een persoon of groep personen als orgaan van het revolverend fonds kwalificeert, omdat slechts besluiten van organen van de rechtspersoon voor nietigheid en vernietigbaarheid in aanmerking komen.¹⁸⁵ Bij dit leerstuk is in paragraaf 3.3 stilgestaan. Nu duidelijk is wanneer er sprake is van een orgaan binnen het rechtspersonenrecht, kan in kaart worden gebracht welke organen de nv en de bv hebben.

De naamloze en besloten vennootschap

Het revolverend fonds in de vorm van een nv of een bv is op grond van de wet in ieder geval verplicht om een bestuur en een algemene vergadering als orgaan te hebben.¹⁸⁶ Daarnaast kan bij de statuten worden bepaald dat een nv of een bv een raad van commissarissen heeft.¹⁸⁷ Aan deze drie organen zijn op grond van de wet en de statuten verschillende taken en bevoegdheden toebedeeld. Deze taken en bevoegdheden zullen hieronder kort worden uitgewerkt.

Het bestuur van een nv of een bv is allereerst belast met het besturen van de nv of de bv.¹⁸⁸ Dit betreft (onder andere) het voeren van de dagelijkse leiding, het bepalen en uitvoeren van het beleid of de strategie en het beheer van het vermogen van de nv of bv.¹⁸⁹ De tweede belangrijke taak van het bestuur behelst het vertegenwoordi-

¹⁸¹ Zie bijvoorbeeld art. 2:14 en art. 2:15 BW. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 115 en Dortmund 2013, p. 365.

¹⁸² Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 67. Zie voor vergelijkbare definities Dortmund 2013, p. 365; Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 24 en 338; Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 101; Van Uchelen-Schipper 2018, p. 155 Asser/Kroeze 2-1 2021/186 en Asser/Rensen 2-III 2017/333. Een orgaan kan dus niet worden gecreëerd bij reglement, omdat de inhoud van reglementen in beginsel niet kenbaar is voor derden. Zie Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 105 en Asser/Kroeze 2-1 2021/186.

¹⁸³ Asser/Kroeze 2-1 2021/186; Asser/Rensen 2-III 2017/333 en Van Uchelen-Schipper 2018, p. 155 en p. 201.

¹⁸⁴ Van Uchelen-Schipper 2018, p. 183 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 101. Zie anders Roest, in: T&C BW, commentaar op titel I Boek 2 BW. Roest gaat ervan uit dat het orgaan geen beslissingsmacht op een bepaald terrein hoeft te hebben, waardoor ook een louter adviserend college een orgaan kan zijn.

¹⁸⁵ Art. 2:14 en art. 2:15 BW. Hoewel adviescolleges geen orgaan zijn, behoren zij wel tot de organisatie van de rechtspersoon. Dit heeft tot gevolg dat art. 2:8 BW wel op adviescolleges van toepassing is. Zie Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 101.

¹⁸⁶ Asser/Kroeze 2-1 2021/186.

¹⁸⁷ Zie art. 2:140 lid 1 BW en art. 2:250 lid 1 BW. Let op: bij de structuurvennootschap is de raad van commissarissen ingevolge art. 2:158 lid 1 BW en art. 2:268 lid 1 BW dwingendrechtelijk voorgeschreven. In art. 2:153 lid 2 BW en art. 2:263 lid 2 BW is bepaald dat de structuurregeling van toepassing is, wanneer aan drie cumulatieve criteria is voldaan.

¹⁸⁸ Art. 2:129 lid 1 BW en art. 2:239 lid 1 BW. Zie art. 2:291 lid 1 BW voor de stichting.

¹⁸⁹ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/390; Dortmund 2013, p. 478 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 180. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/135 voor

gen van de vennootschap jegens derden.¹⁹⁰ Bij vertegenwoordiging jegens derden gaat het om het verrichten van externe rechtshandelingen namens het revolverend fonds, zoals het aangaan van een financieringsovereenkomst met een onderneming.¹⁹¹ Het bestuur is in beginsel zelfstandig bevoegd bij de uitoefening van zijn bestuurstaken en dient zich daarbij te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹⁹² Volgens de Hoge Raad hangt de inhoud van het vennootschappelijk belang af van de omstandigheden van het geval.¹⁹³ Gelet op het feit dat revolverende fondsen een maatschappelijke doelstelling nastreven, is niet uitgesloten dat het maatschappelijk belang onderdeel uitmaakt van het vennootschappelijk belang.¹⁹⁴ Dit heeft tot gevolg dat het bestuur van een revolverend fonds zich bij het bestuurshandelen ook moet laten leiden door het maatschappelijk doel waar het fonds zich op richt. De autonomie van het bestuur kan in de eerste plaats worden ingeperkt door bestuursbesluiten onderhevig te laten zijn aan de goedkeuring van een ander orgaan.¹⁹⁵ Deze goedkeuring mag bij de nv en bv slechts worden verleend aan de algemene vergadering of de raad van commissarissen en dus niet aan een buitenstaander, zoals een klassieke overheidsinstelling.¹⁹⁶ Daarnaast kan de autonomie van het bestuur worden ingeperkt door in de statuten te bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar algemene of concrete instructies van de algemene vergadering of de raad van commissarissen.¹⁹⁷ Deze instructies moeten door het bestuur worden opgevolgd, tenzij het eerder genoemde vennootschappelijk belang zich daartegen verzet.¹⁹⁸ Het is dus aan het bestuur van een revolverend fonds om een eigen belangenafweging te maken wanneer het bestuur instructies ontvangt van de klassieke overheidsinstelling(en) via de algemene vergadering of van de raad van commissarissen.¹⁹⁹ Naast de instructies die het bestuur van de algemene vergadering of de raad van commissarissen kan ontvangen, is het bestuur van het revolverend fonds ook verantwoordelijk verschuldigd aan deze twee organen.²⁰⁰

een kort overzicht van alle bestuurstaken bij de nv en bv. Deze bestuurstaken zijn uitgewerkt in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/136 t/m 149.

190 Art. 2:130 lid 1 BW en 2:240 lid 1 BW; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/396; Dortmund 2013, p. 499 e.v. en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 181. Zie voor de stichting art. 2:292 BW en Van Uchelen-Schipper 2018, p. 204.

191 Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 264.

192 Art. 2:129 lid 5 BW en art. 2:239 lid 5 BW.

193 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.2.1 en 4.2.2 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/128. In de literatuur is veel discussie over het begrip vennootschappelijk belang, zoals blijkt uit Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/122 t/m 127; Dortmund 2013, p. 284-285 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 27-30.

194 Vergelijk Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/125.

195 Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 184.

196 Art. 2:129 lid 3 BW en art. 2:239 lid 3 BW. In art. 2:78a en art. 189a BW is bepaald wat onder orgaan moet worden verstaan. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/156.

197 Art. 2:129 lid 4 BW en art. 2:239 lid 4 BW; Winter, Wezeman & Schoonbrood 2013, p. 185 en p. 589-590; Dortmund 2013, p. 481-482; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/307 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/152. In de wet is slechts ten aanzien van het bestuur van de bv bepaald dat sprake mag zijn van concrete instructies. In de literatuur lijkt er echter van uit te worden gegaan dat ook aan het bestuur van de nv concrete instructies mogen worden gegeven. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/153.

198 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/152 en Dortmund 2013, p. 482 en p. 590.

199 Vergelijk Bruijn & Storm 2013, p. 430.

200 Voor de algemene vergadering blijkt deze verantwoordingsplicht uit art. 2:107 lid 2 BW en art. 2:217 lid 2 BW en voor de raad van commissarissen uit art. 2:140 BW en art. 2:250 BW. Zie ook

De nv of bv kent naast het bestuur de algemene vergadering als verplicht orgaan. In de algemene vergadering zijn de kapitaalverstrekkers van het revolverend fonds verenigd.²⁰¹ Bij revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument bestaat de algemene vergadering in ieder geval dus uit een of meer klassieke overheidsinstellingen, tenzij er gebruik is gemaakt van een holding.²⁰² Deze klassieke overheidsinstellingen hebben kapitaal aan het revolverend fonds verstrekt om een bepaald maatschappelijk doel te realiseren.²⁰³ De algemene vergadering is daarom exclusief bevoegd om besluiten te nemen waarmee het doel en het karakter van het revolverend fonds kan worden veranderd, zoals het wijzigen van de statuten,²⁰⁴ het besluiten tot ontbinding,²⁰⁵ omzetting,²⁰⁶ splitsing²⁰⁷ en fusie²⁰⁸ van de nv of bv.²⁰⁹ Ook bestuursbesluiten die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap met zich brengen, behoeven de goedkeuring van de algemene vergadering.²¹⁰ Andere zelfstandige bevoegdheden van de algemene vergadering zijn het vaststellen van de jaarrekening²¹¹ en het benoemen, ontslaan en schorsen van alle bestuurders en ten minste twee derde van het totale aantal commissarissen van het revolverend fonds.²¹² Tot slot brengt de verplichting van het bestuur om tegenover de algemene vergadering verantwoording over zijn beleid af te leggen met zich dat voor de algemene vergadering een recht op inlichtingen bestaat.²¹³

In de statuten kan worden bepaald dat een revolverend fonds in de vorm van een nv of bv een raad van commissarissen kent.²¹⁴ Uit de wet vloeit voort dat de raad van commissarissen twee hoofdtaken heeft: het houden van toezicht op het

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/238; Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/438; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/449; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/327 en Dortmund 2013, p. 284-285.

201 Vergelijk Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/1.

202 In dat geval bestaat de algemene vergadering van de holdingmaatschappij op haar beurt wel uit een of meer klassieke overheidsinstellingen.

203 Vergelijk Bruin & De Storm 2013, p. 261.

204 Art. 2:121 lid 1 BW en art. 2:231 lid 1 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/9 en Buijn & Storm 2013, p. 258.

205 Art. 2:19 lid 1 onder a BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/3 en Buijn & Storm 2013, p. 258.

206 Art. 2:18 lid 2 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/3 en Buijn & Storm 2013, p. 258.

207 Art. 2:317 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/3 en Buijn & Storm 2013, p. 258.

208 Art. 2:334m lid 1 en 3 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/3 en Buijn & Storm 2013, p. 258.

209 Vergelijk Bruin & De Storm 2013, p. 261.

210 Art. 2:107a BW. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/18 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 183. In de literatuur is bepleit dat deze bepaling analoog op de bv moet worden toegepast. Zie Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 184; Dortmund 2013, p. 480 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/23.

211 Art. 2:101 lid 3 BW en art. 2:210 lid 3 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/8.

212 Art. 2:132 lid 1 BW en art. 2:242 lid 1 BW voor benoeming van bestuurders en art. 2:134 lid 1 BW en art. 2:244 lid 1 BW voor ontslag en schorsing van bestuurders. Let op: bij de bv kan deze bevoegdheid ook toekomen aan een vergadering van houders van aandelen van een bijzondere soort of aanduiding. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/3; Buijn & Storm 2013, p. 258 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 248. Art. 2:142 lid 1 BW jo. art. 2:143 BW en art. 2:252 lid 1 BW jo. art. 2:254 BW voor benoeming van commissarissen en art. 2:144 lid 1 BW en art. 2:155 lid 1 BW voor ontslag en schorsing van commissarissen.

213 Art. 2:107 lid 2 BW en art. 2:217 lid 2 BW. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/6.

214 Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/272 over deze statutaire grondslag.

beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vennootschap én het adviseren van het bestuur.²¹⁵ Dit houdt kort gezegd in dat de raad van commissarissen moet controleren en bewerkstelligen dat het handelen van het bestuur, evenals de belangrijke gebeurtenissen en ontwikkelingen van de vennootschap, plaatsvinden conform de normen van behoorlijk ondernemingsbestuur.²¹⁶ Om deze toezichthoudende en adviserende taak goed te kunnen uitoefenen, is het bestuur verplicht om de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap.²¹⁷ Daarnaast is de raad van commissarissen zelfstandig bevoegd een bestuursbesluit te nemen, indien alle bestuurders van het revolverend fonds een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap.²¹⁸ Ook kan aan de raad van commissarissen een aantal bevoegdheden in de statuten worden toegekend, zoals het schorsen van bestuurders, het doen van een bindende voordracht tot benoeming van bestuurders of het overnemen van de bestuurstaken bij ontstentenis en belet van alle bestuurders van het revolverend fonds.²¹⁹ Tot slot wordt in de statuten vaak bepaald dat de raad van commissarissen goedkeuring moet verlenen aan besluiten van het bestuur of de algemene vergadering.²²⁰ Bij het uitoefenen van zijn taken dient de raad van commissarissen van het revolverend fonds zich, evenals het bestuur, te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.²²¹ Ook is de raad van commissarissen, net als het bestuur, verplicht om verantwoording af te leggen over de vervulling van zijn taak tegenover de algemene vergadering.²²²

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de nv en de bv op grond van de wet verplicht zijn om in ieder geval twee organen te hebben met ieder zijn eigen taken en bevoegdheden. Zo is het bestuur belast met het besturen en het bepalen van de strategie van de vennootschap, waarop door de raad van commissarissen toezicht kan worden gehouden.²²³ Ook de algemene vergadering kan

²¹⁵ Art. 2:140 lid 2 BW en art. 2:250 lid 2 BW.

²¹⁶ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/285. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/286 t/m 297 voor een overzicht van alle soorten toezicht die de raad van commissarissen kan uitoefenen.

²¹⁷ Art. 2:141 lid 2 BW en art. 2:251 lid 2 BW. Zie ook Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 280 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/289.

²¹⁸ Art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:239 lid 6 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/304 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 286.

²¹⁹ Art. 2:147 lid 1 BW en art. 2:257 lid 1 BW, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/301 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 285 voor het schorsen van bestuurders. Art. 2:133 lid 1 BW en art. 2:243 lid 1 BW en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/299 voor de bindende voordracht. Art. 2:134 lid 4 BW en art. 2:244 lid 4 BW, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/306 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 285 voor ontstentenis of belet van bestuurders.

²²⁰ Art. 2:129 lid 3 BW en art. 2:239 lid 3 BW voor de goedkeuring van bestuursbesluiten. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/315 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 287. Zie voor de goedkeuring van besluiten van de algemene vergadering Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/328.

²²¹ Art. 2:140 lid 2 BW en art. 2:250 lid 2 BW. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/283 en Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 277.

²²² Volgens Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/398 blijkt deze plicht uit art. 2:101 lid 2 BW, art. 2:210 lid 2 BW, art. 2:107 lid 2 BW en art. 2:217 lid 2 BW.

²²³ Buijn & Storm 2013, p. 253 e.v.

invloed uitoefenen op het bestuur door gebruik te maken van de in de wet en de statuten aan haar toebedeelde bevoegdheden.²²⁴ Het feit dat de nv en bv op grond van de wet meerdere organen kennen, zorgt ervoor dat de macht bij het verstrekken van financiering door revolverende fondsen over meerdere organen kan worden verspreid. Of dit in de praktijk bij de regionale energiefondsen ook daadwerkelijk gebeurt en daarmee aan de eis van de machtsverdeling is voldaan, komt aan bod in paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk. Eerst wordt stilgestaan bij de organen van de stichting.

De stichting

De stichting kent in tegenstelling tot de nv en de bv slechts het bestuur als verplicht orgaan op grond van de wet.²²⁵ Net als bij de nv en de bv is het bestuur belast met het besturen van de stichting en bevoegd om de stichting te vertegenwoordigen.²²⁶ De bevoegdheden die bij de vennootschap bij de algemene vergadering berusten, zijn bij de stichting in beginsel aan het bestuur toegekend. Denk aan de besluiten tot statutenwijziging,²²⁷ juridische fusie of splitsing en ontbinding van de stichting.²²⁸ Het bestuur van de stichting dient zich bij de uitoefening van zijn taken, evenals het bestuur van de vennootschap, te richten naar het belang van de stichting.²²⁹ Omdat alle taken en bevoegdheden binnen de revolverende stichting dus aan één orgaan kunnen worden opgedragen en *checks and balances* hierdoor in beginsel ontbreken, zou de revolverende stichting als een niet democratisch opgebouwde organisatie kunnen worden gezien.²³⁰ Dit laat echter onverlet dat bij de stichting ook vormen van medezeggenschap en controle kunnen worden ingebouwd.²³¹

Een eerste manier waarop vormen van medezeggenschap en controle kunnen worden verwezenlijkt, is door een intern toezichthoudend orgaan in de statuten van het revolverend fonds in het leven te roepen.²³² De raad van commissarissen is zo'n intern toezichthoudend orgaan.²³³ Omdat de bevoegdheden van de raad van commissarissen van de stichting in lijn zijn met de bevoegdheden van de raad van commissarissen bij de vennootschap, zullen deze niet apart worden besproken.²³⁴

224 Buijn & Storm 2013, p. 253 e.v.

225 Asser/Rensen 2-III 2017/333

226 Art. 2:291 lid 1 BW en art. 2:292 lid 1 BW. Zie ook Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 150; Asser/Rensen 2-III 2017/334 en Asser/Rensen 2-III 2017/335.

227 De statuten van de stichting moeten dan wel in de bevoegdheid tot statutenwijziging voorzien, aldus art. 2:293 BW.

228 Ingevolge art. 2:317 lid 5 BW heeft een besluit tot fusie van een stichting wel de goedkeuring van de rechtbank. Zie art. 2:335m lid 1 BW voor splitsing van de stichting en art. 2:19 lid 1 onder a BW voor ontbinding van de stichting. Zie ook Asser/Rensen 2-III 2017/334.

229 Art. 2:291 lid 3 BW.

230 Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 51; Asser/Kroeze 2-I 2021/186 en Schrotten 2000, p. 22.

231 Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 56. Zie ook Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 273-276 voor een omschrijving van de verschillende vormen van interne controle en intern toezicht.

232 Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 105; Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 275 en Asser/Rensen 2-III 2017/333.

233 In art. 2:292a lid 1 BW is neergelegd dat bij de statuten kan worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn.

234 Zie art. 2:292a lid 2 BW voor de toezichthoudende en adviserende taak van de raad van commissarissen; art. 2:292a lid 3 BW over het schorsen van bestuurders en art. 2:291 lid 6 BW over het nemen van een bestuursbesluit door de raad van commissarissen bij tegenstrijdig belang van bestuurders. In art. 2:292a lid 10 en 11 BW is ook de inlichtingenplicht van het bestuur jegens de

Het is daarnaast mogelijk om in de statuten bepaalde benoemings-, goedkeurings- en toezichthoudende bevoegdheden toe te kennen aan de betrokken klassieke overheidsinstelling.²³⁵ De klassieke overheidsinstelling handelt bij de uitoefening van de aan hem toebedeelde bevoegdheden waarschijnlijk als orgaan van de stichting.²³⁶ Tot slot kan de klassieke overheidsinstelling er ook voor kiezen om zelf de investeringscriteria van het revolverend fonds te bepalen en deze vervolgens via de subsidiebeschikking – waarmee de klassieke overheidsinstelling het fondskapitaal aan het revolverend fonds verstrekt – aan het fonds op te leggen.²³⁷ In dat geval kent de stichting ook één orgaan, maar ligt niet alle macht bij het bestuur van de stichting. Het bestuur is dan immers alleen bevoegd om financieringsbeslissingen en niet om ook de investeringscriteria te bepalen. Daarmee wordt eveneens aan de eis van de machtsverdeling voldaan.²³⁸

Bij het instellen van organen in de statuten van de stichting dient wel rekening te worden gehouden met het in artikel 2:285 BW neergelegde ledenverbod van de stichting. In de kern komt het ledenverbod erop neer dat de stichting naast het bestuur geen orgaan mag hebben dat wat betreft de bevoegdheden en zeggenschapsrechten gelijk is aan de algemene vergadering van de vereniging.²³⁹ In de literatuur en de jurisprudentie wordt er verschillend gedacht over de vraag wanneer er sprake is van een inbreuk op dit verbod.²⁴⁰ Uiteindelijk is bepalend of het orgaan het beleid van de stichting kan bepalen en/of doorslaggevende invloed heeft op het doel en doelgebonden vermogen van de stichting.²⁴¹ Op grond hiervan is het waarschijnlijk in strijd met het ledenverbod om een ander orgaan dan het bestuur de bevoegdheid tot statutenwijziging te verlenen of bindende instructies aan het bestuur te geven.²⁴² Wanneer het ledenverbod wordt overtreden, kan het

raad van commissarissen terug te vinden. Zie ook Asser/Rensen 2-III 2017/345 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 301-304.

235 Asser/Rensen 2-III 2017/346 en Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 274-275.

236 Zie over deze discussie o.a. Asser/Kroeze 2-I 2021/186; Asser/Rensen 2-III 2017/159; Huizink, in: GS Rechtspersonen 2021, art. 2:14, aant. 3.4 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 102-103. Zowel Asser/Kroeze, Asser/Rensen, Huizink als Overes, Van der Ploeg & Van Veen nemen het standpunt in dat ook buitenstaanders organen van de rechtspersoon kunnen zijn. Asser/Kroeze 2-I 2021/186 wijst wel op een gevoelsmatig verschil, maar dat is 'in juridische zin niet relevant'.

237 Deze optie heb ik opgenomen naar aanleiding van de recensie van Roelfsema bij mijn preadvies in het NTB. Zie Roelfsema 2022, p. 16.

238 Daarbij voorzie ik wel een aantal praktische problemen. Zie mijn naschrift in het NTB, Van Waarde 2022, p. 18.

239 Schrotten 2000, p. 22-23; Asser/Rensen 2-III 2017/326; Van Uchelen-Schipper 2018, p. 161 en p. 174; Hamers, Schwarz & Zaman 2018, p. 68 en p. 118 en Zijlstra, Peters & Van der Ploeg 2006, p. 11. Zie Kemp & Schwarz 2013 over het onderscheid tussen de dualistische leer en de typologische leer, twee visies op de inhoud van het ledenverbod. De algemene vergadering van de vereniging heeft de bevoegdheid om het bestuur te benoemen, ontslaan of te schorsen, de statuten te wijzigen, de vereniging te ontbinden, de balans goed te keuren, de jaarrekening vast te stellen, te besluiten tot fusie, splitsing of omzetting van de vereniging. Zie art. 2:37 lid 2 BW; art. 2:42 lid 2 BW; art. 2:19 lid 1 onder b jo. art. 2:42 lid 4 BW; art. 2:48 lid 1 BW; art. 2:49 lid 4 BW; art. 2:317 lid 1 BW of art. 2:335m BW en art. 2:18 lid 2 BW jo. art. 2:42 lid 4 BW.

240 Zie Kemp & Schwarz 2013; Asser/Rensen 2-III 2017/326 en Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 29-31 voor een uitgebreide uiteenzetting van deze verschillende opvattingen in de literatuur en de jurisprudentie.

241 Van Uchelen-Schippers 2018, p. 166 en Kemp & Schwarz 2013.

242 Van Uchelen-Schippers 2018, p. 174-175. Vetorechten en goedkeuringsrechten vallen hier niet onder.

revolverend fonds in de vorm van een stichting door de rechter op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie worden ontbonden.²⁴³

Gelet op het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het revolverend fonds in de vorm van een stichting in beginsel niet aan de eis van de machtsverdeling voldoet. Bij de revolverende stichting kan alle macht namelijk bij het bestuur liggen. Die redenering gaat niet op wanneer er naast het bestuur andere organen voor de stichting in het leven zijn geroepen, zoals een raad van commissarissen. Het is daarbij wel van belang dat het ledenverbod van de stichting in acht wordt genomen. Of in de praktijk bij de revolverende stichting bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen aan de eis van de machtsverdeling is voldaan, zal in de volgende paragraaf van dit hoofdstuk aan bod komen.

4.3 De eis van de machtsverdeling getoetst

De naamloze en besloten vennootschap

Alle negen revolverende fondsen in de vorm van een nv of bv hebben meer organen dan alleen een bestuur en een algemene vergadering. De investeringscommissie, al dan niet met een andere naam, komt in de praktijk het meest voor en adviseert het bestuur over het nemen van financieringsbeslissingen.²⁴⁴ Deze commissie wordt echter niet als orgaan van het revolverend fonds gezien, omdat de investeringscommissie gelet op haar adviserende taak geen beslissende zeggenschap kan uitoefenen binnen het revolverend fonds.²⁴⁵ Een uitzondering hierop vormen het EFB en het ETF, omdat de investeringscommissie bij deze twee fondsen expliciet als orgaan van het revolverend fonds is erkend.²⁴⁶ De leden van de investeringscommissie worden bij alle acht revolverende fondsen benoemd, geschorst of ontslagen door een ander orgaan dan het bestuur.²⁴⁷ De investeringscommissie kan dus niet door het bestuur naar huis worden gestuurd bij (te veel) negatieve adviezen. Dit is vanuit de eis van de machtsverdeling wenselijk.

²⁴³ Zie art. 2:21 lid 1 onder c BW jo. art. 2:21 lid 4 BW. Alvorens de rechtbank tot ontbinding overgaat, zal de rechtbank de stichting ingevolge art. 2:21 lid 2 BW eerst een termijn gunnen om strijdigheid met het ledenverbod op te heffen.

²⁴⁴ Art. 17 statuten IEG; art. 15 lid 1 onder y statuten EFO I; art. 10 lid 2 onder 7 statuten EFO II; art. 12b statuten LEF; art. 19.2 statuten FSFE; art. 7.3.8 statuten EFB; art. 19 statuten ENERGIQ; art. 21 statuten ETF en art. 18 statuten PDENH. Het lijkt erop dat Invest-NL een investeringscomité heeft. Zie *Kamerstukken II 2018/19, 35123, nr. 3, p. 17, p. 44 en p. 48*. Dit comité heeft echter geen statutaire basis en wordt ook niet genoemd op de website of in het jaarverslag 2020 van Invest-NL, waardoor ik het comité buiten beschouwing heb gelaten.

²⁴⁵ Zie daarover par. 4.2 van dit preadvies.

²⁴⁶ Art. 3.5 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering EFB en art. 3.3 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering van het bestuur van ETF.

²⁴⁷ Bij het IEG worden de leden benoemd door de raad van commissarissen van Topfonds Gelderland en bij het LEF, het FSFE, het EFB, het EFT en het PDENH worden de leden benoemd door de algemene vergadering. Zie 17.1 statuten IEG; art. 12B.3 statuten LEF; art. 19.2 statuten FSFE; art. 7.3.8 statuten EFB; art. 21.3 statuten EFT en art. 18.3 statuten PDENH. Bij het EFO worden de leden van de adviescommissie stikt genomen wel benoemd door het bestuur, maar heeft de algemene vergadering een goedkeuringsrecht ten aanzien van deze benoeming. Zie art. 15 lid 1 onder y statuten EFO I. Bij ENERGIQ is het niet duidelijk wie de leden van de investeringscommissie benoemt, maar gelet op art. 19 van de statuten lijkt het erop dat dit gebeurt door de algemene vergadering.

Naast een investeringscommissie kennen vijf van de negen revolverende fondsen een eigen raad van commissarissen.²⁴⁸ Hoewel het IEG en ENERGIIQ geen eigen raad van commissarissen hebben, zijn ten aanzien van deze twee revolverende fondsen aan de raad van commissarissen van hun houdstermaatschappij toezichthoudende bevoegdheden toegekend. Dit heeft mijns inziens tot gevolg dat op het bestuur van het IEG en ENERGIIQ indirect toezicht wordt gehouden. Het EFB en het PDENH hebben daarentegen geen raad van commissarissen ingesteld, waardoor zij slechts twee organen kennen.

Ten slotte zijn bij het EFB en het ETF bepaalde bevoegdheden aan de betrokken klassieke overheidsinstellingen toegekend. Aan de provincie Noord-Brabant moeten het investeringsplan, het meerjarenbeleidsplan, de jaarrekening en belangrijke bestuursbesluiten van het EFB ter goedkeuring worden voorgelegd.²⁴⁹ Voor wijziging van de statuten, het bestuurs- en het investeringsreglement van het EFB is eveneens goedkeuring van de provincie Noord-Brabant vereist.²⁵⁰ Deze goedkeuring wordt door de provincie Noord-Brabant verleend via de algemene vergadering van de BOM Holding, omdat de provincie niet rechtstreeks aandelen in het EFB houdt.²⁵¹ Omdat deze goedkeuringsbevoegdheden via de algemene vergadering lopen, ga ik er niet van uit dat deze bevoegdheden in strijd zijn met artikel 2:239 lid 3 BW.²⁵² De provincie Noord-Brabant kwalificeert in ieder geval niet als orgaan van het EFB. Bij het ETF is de gemeente Rotterdam bevoegd om financieringsbesluiten te toetsen aan het op dat moment geldende gemeentebestuur.²⁵³ Het is mij onduidelijk of het hier om een advies of goedkeuringsrecht van de gemeente Rotterdam gaat. Als het een goedkeuringsrecht voor de gemeente Rotterdam betreft, is dit recht in strijd met artikel 2:239 lid 3 BW. De gemeente Rotterdam kwalificeert bij het uitoefenen van dit goedkeuringsrecht niet als orgaan van het revolverend fonds, omdat geen beslissende zeggenschap kan worden uitgeoefend.

Hoe zijn de bevoegdheden ten aanzien van het verstrekken van financiering over de organen van de nv's en bv's verspreid? Het bestuur is van alle negen revolverende nv's en bv's het bevoegde orgaan om investeringsbesluiten te nemen.²⁵⁴ Dit betekent dat het bestuur mag beslissen of het revolverend fonds een lening, een garantie of een deelneming aan onderneming verstrekt. De macht die het bestuur van de nv of bv kan uitoefenen bij het verstrekken van financiering, wordt in de praktijk op verschillende manieren ingeperkt. Ten eerste door het advies van de investeringscommissie. Het bestuur is pas bevoegd om financiering aan een onderneming te verstrekken na advies te hebben ingewonnen van de investeringscommissie. Bij een negatief advies van de investeringscommissie geldt bij het IEG, ENERGIIQ en het ETF als extra waarborg dat de algemene vergadering goedkeuring aan het

²⁴⁸ Art. 19 statuten Invest-NL; art. 10 statuten EFO; art.15 statuten LEF; art. 21 statuten FSFE en art. 19 statuten ETF.

²⁴⁹ Art. 3.6 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering EFB.

²⁵⁰ Art. 3.7 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering EFB.

²⁵¹ Art. 3.6 en art. 3.7 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering EFB.

²⁵² Zie over dit artikel par. 4.2 van dit preadvies.

²⁵³ Art. 18.3 en art. 18.4 statuten ETF.

²⁵⁴ Art. 16.5 onder c, d en e statuten investeringsdochter Invest-NL; art. 15.11 statuten IEG; art. 15 lid 1 onder f statuten EFO I; art. 15 lid 1 onder y statuten EFO II; art. 12A.9 statuten LEF; art. 19.2 statuten FSFE; art. 7.3.8 statuten EFB; art. 18 lid 1 onder n en o statuten ENERGIIQ; art. 16.2 statuten ETF en art. 15.2 statuten PDENH.

investeringsbesluit moet verlenen.²⁵⁵ Ten tweede geldt voor een aantal revolverende fondsen de regel dat investeringen boven een bepaald bedrag de goedkeuring van de algemene vergadering of de raad van commissarissen behoeven.²⁵⁶ Tot slot kan ook worden bepaald dat alle besluiten tot het verstrekken van risicokapitaal alsmede het aangaan van een participatie en het verstrekken van een lening goedkeuring van de algemene vergadering behoeven, zoals bij het PDENH.²⁵⁷

Zoals reeds in hoofdstuk 2 is besproken, vindt het verstrekken van financiering door het bestuur bij de meeste revolverende fondsen plaats op basis van een door de algemene vergadering vastgesteld investeringsreglement.²⁵⁸ Bij het EFO, het LEF en het FSFE wordt het investeringsreglement niet vastgesteld door de algemene vergadering, maar moet de algemene vergadering wel goedkeuring verlenen.²⁵⁹ Op deze manier wordt voorkomen dat hetzelfde orgaan binnen het revolverend fonds bevoegd is om zijn eigen regels op te stellen en deze regels vervolgens zelf uitvoert.

De stichting

Bij alle vier de revolverende fondsen in de vorm van een stichting komen bepaalde bevoegdheden toe aan de betrokken klassieke overheidsinstelling. Het betreft in ieder geval het verlenen van goedkeuring door de klassieke overheidsinstelling voor een wijziging van de statuten en het ontbinden van de revolverende stichting.²⁶⁰ Daarnaast zijn er aan de klassieke overheidsinstelling bepaalde benoemingsrechten toegekend. Bij het FND gaat deze bevoegdheid het verst; de provincie Groningen benoemt de voorzitter van het bestuur.²⁶¹ De provincie en de gemeente Utrecht mogen een gezamenlijke voordracht voor een bestuurder van het EFU doen,²⁶² terwijl de provincie Drenthe een advies mag uitbrengen over de benoeming van bestuurders van de DEO.²⁶³ Bij het EEF is de provincie Flevoland bevoegd om een lid van de raad van toezicht voor te dragen.²⁶⁴ Met deze bevoegdheden kunnen de klassieke overheidsinstellingen op grond van de statuten beslissende zeggenschap uitoefenen binnen het revolverend fonds, waardoor alle revolverende stichtingen naast het bestuur in ieder geval de klassieke overheidsinstelling als orgaan kennen.²⁶⁵ Het EEF is daarnaast het enige revolverend fonds dat een raad

255 Art. 15.12 onder p statuten IEG; art. 18.1 onder o statuten ENERGIIQ en art. 18.4 statuten ETF.

256 Art. 16.7 en art. 16.8 statuten Invest-NL; art. 14 lid 1 onder u statuten LEF; art. 19 lid 3 onder c en I statuten FSFE; art. 18.1 onder n statuten ENERGIIQ; art. 18.1 onder f en g statuten ETF.

257 Art. 17.1 onder a statuten PDENH.

258 Het betreft het EFB, ENERGIIQ, het ETF en PDENH. Zie art. 3.5 aandeelhoudersinstructie tot uitvoering EFB; art. 19 statuten ENERGIIQ; art. 16.2 statuten ETF en art. 19.1 statuten PDENH. Bij het IEG is niet de algemene vergadering, maar de raad van commissarissen van Topfonds Gelderland B.V. bevoegd een investeringsreglement vast te stellen. Zie art. 17.8 statuten IEG.

259 Zie art. 10 lid 4 statuten EFO; art. 12A.9 statuten LEF en art. 19.1 statuten FSFE. Bij Invest-NL keurt niet de algemene vergadering, maar de raad van commissarissen het investeringsbeleid goed. Zie art. 16.6 statuten Invest-NL.

260 Art. 14 lid 3 en art. 15 lid 2 statuten DEO; art. 14 lid 3 en art. 15 lid 1 statuten FND; art. 11 lid 1 en art. 12 lid 1 statuten EFU en art. 21.2 en 22.1 statuten EEF.

261 Art. 5 lid 1 statuten FND.

262 Art. 5 lid 3 statuten EFU.

263 Art. 5 statuten DEO.

264 Art. 7.1 statuten EEF.

265 Let op: de klassieke overheidsinstelling kwalificeert alleen als orgaan voor de uitoefening van de bevoegdheden die ze binnen de stichting heeft. Zie Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019, p. 102 en Huizink, in: GS Rechtspersonen 2021, art. 2:14, aant. 3.4. Zie par. 4.2 wanneer er sprake is van een orgaan binnen het rechtspersonenrecht.

van toezicht als derde orgaan telt.²⁶⁶ De raad van toezicht is bevoegd om het bestuur te benoemen, te ontslaan en te schorsen.²⁶⁷ Daarnaast moet de raad van toezicht goedkeuring verlenen aan het vaststellen van de begroting en de jaarrekening, het wijzigen van de statuten en de ontbinding van de revolverende stichting.²⁶⁸ Gelet op het feit dat alle revolverende stichtingen meer organen dan het bestuur kennen, kan de macht bij het verstrekken van financiering worden verspreid. Hoe hebben het FND, het EFU, de DEO en het EEF dit in de praktijk vormgegeven?

Het bestuur van alle vier de revolverende stichtingen is bevoegd om te besluiten tot het verstrekken van financiering.²⁶⁹ In tegenstelling tot de nv en bv kent geen enkele revolverende stichting een investeringscommissie die het bestuur op onafhankelijke wijze adviseert over de investeringsvoorstellen van ondernemingen. Slechts bij het EEF is de raad van toezicht bevoegd om goedkeuring te verlenen aan kredietovereenkomsten en geldleningen boven een bepaald bedrag.²⁷⁰ Dit betekent dat bij de DEO, het FND en het EFU de macht tot het verstrekken van financiering door het bestuur niet wordt ingeperkt.²⁷¹

Net als bij de nv en bv vindt het verstrekken van financiering door het bestuur bij alle revolverende stichtingen plaats op basis van een of meer investeringsreglementen, zoals reeds is besproken in hoofdstuk 3.²⁷² Bij het FND is het bestuur zelf het bevoegde orgaan om investeringsreglementen vast te stellen.²⁷³ Dit heeft tot gevolg dat het bestuur van het FND zijn eigen voorwaarden stelt voor het verstrekken van financiering, waarop door geen enkele partij controle wordt uitgeoefend. Hiermee is niet aan de eis van de machtsverdeling voldaan. Hoewel de DEO ook zelfstandig bevoegd is om het investeringsreglement vast te stellen en te wijzigen, is daarvoor wel toestemming vereist van de provincie Drenthe.²⁷⁴ Bij het EFU wordt het investeringsreglement eveneens opgesteld door het bestuur, maar moet de provincie Utrecht wezenlijke wijzigingen in het investeringsreglement eerst goedkeuren.²⁷⁵ In de statuten van het EEF staat dat ieder orgaan bevoegd is om zijn eigen statuten vast te stellen.²⁷⁶ Uit de Regeling Standaard Financiering van het EEF blijkt echter dat het investeringsreglement is vastgesteld door de raad van toezicht. Bij de DEO, het EFU en het EEF is daarmee mijns inziens wel aan de eis

266 Art. 5.1 statuten EEF. De DEO kende voorheen een raad van commissarissen. Bij de statuten is vooraf echter te lezen dat de statuten van de stichting moesten worden vereenvoudigd, waardoor de raad van commissarissen niet meer nodig werd geacht.

267 Art. 5.3 statuten EEF.

268 Art. 5.2 onder b, art. 21.2 en art. 22.1 statuten EEF.

269 Art. 8 lid 2 statuten DEO; art. 7 lid 2 FND.

270 Art. 5.2 onder i statuten EEF.

271 In de statuten van DEO en het FND is zelfs expliciet bepaald dat besluiten tot het verstrekken van leningen aan derden geen goedkeuring van de provincie behoeft. Zie art. 8 lid 2 statuten DEO en art. 7 lid 2 statuten FND.

272 Zo kennen de DEO en het FND naast een investeringsreglement ook richtlijnen financiële voorwaarden. Het FND maakt daarnaast ook gebruik van een Regeling Lichte financieringen.

273 Art. 13 lid 1 statuten FND.

274 Art. 13 statuten DEO. Het feit dat de provincie Drenthe toestemming moet geven, is geregeld in de subsidieverplichtingen. Zie brief van Gedeputeerde Staten van Drenthe van 18 februari 2018, 201801216.

275 Art. 13 lid 1 statuten EFU en art. 11 lid 2 statuten EFU.

276 Art. 24.1 statuten EEF.

van de machtsverdeling bij het vaststellen van het investeringsreglement voldaan, terwijl dit bij het FND niet het geval is.

4.4 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht of het privaatrecht eisen stelt aan de onderlinge verdeling van taken en bevoegdheden van organen van een revolverend fonds, zodat ook binnen een privaatrechtelijke vormgegeven revolverend fonds de macht niet bij één orgaan komt te liggen en een stelsel van *checks & balances* wordt gerealiseerd. Vooropgesteld wordt dat de nv en de bv op grond van de wet altijd meer dan één orgaan kennen met ieder zijn eigen taken en bevoegdheden, waardoor de macht bij het verstrekken van financiering in beginsel over meerdere organen kan worden verspreid. Bij de stichting is dit niet het geval, omdat de stichting op grond van de wet slechts het bestuur als orgaan heeft.

In de praktijk blijkt dat de eis van de machtsverdeling voor de regionale energiefondsen in de vorm van de nv en de bv wordt gerealiseerd. Zo kennen zeven van de negen regionale energiefondsen direct of indirect een raad van commissarissen als extra orgaan. Deze raad van commissarissen houdt toezicht op het bestuur van het revolverend fonds dat belast is met het verstrekken van financiering. De macht van het bestuur bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen is bij alle nv's en bv's ingeperkt. Zo werken alle regionale energiefondsen als nv en bv met een investeringscommissie die het bestuur adviseert bij het verstrekken van financiering. Deze investeringscommissie kan niet door het bestuur naar huis worden gestuurd. Ook is bij een aantal fondsen bepaald dat een besluit tot het verstrekken van financiering door het bestuur altijd, of in bepaalde gevallen, de goedkeuring van de algemene vergadering behoeft. Tot slot is er bij de fondsen die een investeringsreglement gebruiken sprake van een strikte scheiding tussen het orgaan dat het investeringsreglement vaststelt en het orgaan dat het investeringsreglement uitvoert. Zo is het bestuur van een nv of bv nooit zelfstandig bevoegd om het investeringsreglement vast te stellen.

De regionale energiefondsen in de vorm van een stichting kennen allemaal een extra orgaan naast het bestuur. Daarmee kan binnen de stichting de macht tot het verstrekken van financiering over meerdere organen worden verspreid. Het valt echter op dat de macht van het bestuur bij het verstrekken van financiering bij de regionale energiefondsen in de vorm van een stichting veel groter is dan bij de nv's en de bv's. Dit komt omdat geen enkele stichting een adviescommissie kent en slechts bij het EEF de raad van commissarissen in sommige gevallen goedkeuring aan een financieringsbesluit moet verlenen. Bij het FND vindt er bovendien geen scheiding plaats tussen het orgaan dat het investeringsreglement uitvoert en vaststelt. Dit is vanuit de eis van de machtsverdeling een onwenselijk verschijnsel.

5 De eis van de grondrechten

5.1 Inleiding

De vierde eis van de rechtsstaat is de eis van de grondrechten. De grondrechten zijn vooral bedoeld om de vrijheid van burgers tegenover het overheidsoptreden te beschermen.²⁷⁷ Uitgangspunt is dat de overheid slechts mag ingrijpen in de vrijheid van burgers wanneer zij de (in de wet geformuleerde eisen voor de beperking van) grondrechten van burgers in acht neemt.²⁷⁸ In dit hoofdstuk wordt daarom de vraag beantwoord of de grondrechten ook door revolverende fondsen in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon in acht moeten worden genomen wanneer zij financiering aan ondernemingen verstrekken.

Voor de beantwoording van deze vraag wordt alleen gekeken naar het gelijkheidsbeginsel, zoals onder andere neergelegd in artikel 1 van de Grondwet,²⁷⁹ omdat dit grondrecht mijns inziens een rol kan spelen bij het verstrekken van financiering door revolverende fondsen aan ondernemingen (par. 5.2). Gelet op de lengte van dit preadvies blijven andere grondrechten en de fundamentele rechten neergelegd in Europese en internationale verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), buiten beschouwing.²⁸⁰ Vervolgens wordt er een onderscheid gemaakt tussen de verticale werking van grondrechten, de directe horizontale werking van grondrechten en de indirecte horizontale werking van grondrechten bij revolverende fondsen (par. 5.3). Aan de hand van de regionale energiefondsen wordt beargumenteerd of de verticale, de directe horizontale of de indirecte horizontale werking van grondrechten het meest voor de hand ligt. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie (par. 5.4).

5.2 Het gelijkheidsbeginsel bij revolverende fondsen

Het spreekt voor zich dat op grond van het gelijkheidsbeginsel gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk behandeld naar de mate van hun ongelijkheid.²⁸¹ In de inleiding van dit hoofdstuk is reeds aangege-

²⁷⁷ Nehmelman & Noorlander 2013/1.1; Burkens e.a. 2017, p. 126 en p. 128; Schreuder 1994, p. 126 en Van Ommeren 2003, p. 15.

²⁷⁸ Nehmelman & Noorlander 2013/1.1; Nehmelman & Noorlander 2013/2.3; Burkens e.a. 2017, p. 126 en p. 128 en Scheltema 1989, p. 17.

²⁷⁹ Denk ook aan de Algemene wet gelijke behandeling, art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. Zie hierover Nehmelman & Noorlander 2013/7.1.

²⁸⁰ Zie hierover bijvoorbeeld Nehmelman & Noorlander 2013/4 en Jak 2014, p. 208 e.v.

²⁸¹ Nehmelman & Noorlander 2013/7.1.

ven dat het gelijkheidsbeginsel uit artikel 1 van de Grondwet met name een rol kan spelen bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen door revolverende fondsen. Daarbij zou ik in ieder geval een onderscheid willen maken tussen de volgende drie (niet uitputtende) situaties:

1. er wordt wel financiering vanuit een revolverend fonds aan de ene onderneming verstrekt, maar niet aan een vergelijkbare andere onderneming;²⁸²
2. de inhoud van een financieringsovereenkomst gesloten tussen een revolverend fonds en een onderneming wijkt zonder gegronde reden af van andere door het fonds gesloten financieringsovereenkomsten;²⁸³ of
3. een onderneming is van mening dat een criterium of meerdere criteria uit het investeringsreglement van het revolverend fonds op zichzelf in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel.²⁸⁴

Bij situatie twee voorzie ik in de praktijk wel een probleem. De financieringsovereenkomsten van revolverende fondsen worden, voor zover mij bekend, niet geopenbaard. Gelet op het feit dat de regionale energiefondsen (waarschijnlijk) geen bestuursorgaan zijn, kunnen deze financieringsovereenkomsten ook niet via een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) worden verkregen.²⁸⁵ Dit heeft tot gevolg dat de inhoud van een financieringsovereenkomst lastig of niet door een onderneming kan worden achterhaald, waarmee een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt bemoeilijkt. Bij situatie één speelt dit probleem een minder grote rol, mits het revolverend fonds op zijn website heeft opgenomen in welke projecten is geïnvesteerd. Dit is bij elf van de dertien regionale energiefondsen het geval.²⁸⁶ Indien het investeringsreglement op de website van het revolverend fonds is gepubliceerd, kan ook situatie drie zich voordoen. In hoofdstuk 3 is uitgelegd dat van zeven regionale energiefondsen het investeringsreglement gemakkelijk is terug te vinden.²⁸⁷ Ervan uitgaande dat de onderneming van een van deze drie situaties op de hoogte is en er inderdaad sprake is van gelijke gevallen,²⁸⁸ welke mogelijkheden zijn er dan om het gelijkheidsbeginsel in relatie tot het revolverend fonds in te roepen?

282 Vergelijk Den Ouden 2002, p. 216-229. De betekenis van het gelijkheidsbeginsel binnen het subsidiebeleid lijkt mij, vanwege de gelijkenissen tussen het verstrekken van subsidies door de overheid en het verstrekken van financiering door een revolverend fonds, ook relevant voor het revolverend fonds.

283 Vergelijk Asser/Sieburgh 6-III 2018/63.

284 Vergelijk Den Ouden 2002, p. 216-229.

285 Vergelijk Rb. Overijssel 18 mei 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1772, AB 2020/426, m.nt. J.E. van den Brink & V.A. van Waarde en Gst. 2021/94, m.nt. J.P. Roelfsema (Oost NL).

286 Het betreft Invest-NL, het EB, het EFO, het FSFE, het LEF, het PDENH, ENERGIIQ, het DEO, het FND, het EFU en het EEF. Bij Invest-NL, het EB, het LEF zijn deze projecten via 'nieuws' terug te vinden en niet via een investeringsportfolio of projecten op de website. Het zou kunnen dat het ETF nog geen projecten op zijn website heeft geplaatst, omdat het fonds pas recent is gestart.

287 Het betreft de DEO, het FND, het EEF, het EFU, het EFO, het LEF en het PDENH.

288 Het zal in de praktijk niet gemakkelijk zijn voor een aanvrager of ontvanger van financiering om aan te tonen dat er sprake is van gelijke gevallen. Het revolverend fonds zal hoogstwaarschijnlijk het argument aandragen dat elke onderneming en bijbehorende *business case* anders is.

5.3 De eis van de grondrechten binnen het privaatrecht

Verticale werking van grondrechten

De grondrechten hebben in beginsel slechts verticale werking. Dat wil zeggen dat de grondrechten gelden tussen burger en overheid en niet tussen burgers onderling.²⁸⁹ Of grondrechten in verticale zin op revolverende fondsen van toepassing kunnen zijn, is daarom afhankelijk van het antwoord op de vraag of revolverende fondsen als overheid kwalificeren. De vraag wat onder ‘overheid’ moet worden verstaan, heeft de Hoge Raad bij de uitleg van artikel 3:14 BW in het RZG/ConforMed-arrest beantwoord.²⁹⁰ In artikel 3:14 BW is bepaald dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat onder ‘iemand’ de overheid valt²⁹¹ en onder ‘geschreven en ongeschreven regels’ naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook de grondrechten worden verstaan.²⁹² In het RZG/ConforMed-arrest koppelt de Hoge Raad het begrip ‘overheid’ echter aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb.²⁹³ Dat de privaatrechtelijke rechtspersoon RZG voorziet in behoeften van algemeen belang en grotendeels door de overheid wordt gefinancierd, wordt door de Hoge Raad onvoldoende geacht voor een gelijkstelling met het begrip ‘overheid’.²⁹⁴ Mijns inziens heeft de Hoge Raad daarmee niet willen uitsluiten dat andere omstandigheden een gelijkstelling met het begrip ‘overheid’ wel kunnen rechtvaardigen.²⁹⁵ Bij revolverende fondsen zou als omstandigheid bijvoorbeeld een rol kunnen spelen dat deze fondsen bij het verstrekken van financiering een grote machtspositie innemen en dat de fondsen zijn belast met een publieke taak die grote gelijkenissen vertoont met subsidiëring. Tot op heden is de verticale werking van grondrechten bij privaatrechtelijke rechtspersonen of bij revolverende fondsen die geen bestuursorgaan zijn, echter niet erkend in de jurisprudentie.²⁹⁶ De verticale werking van grondrechten bij revolverende fondsen lijkt daarmee vooralsnog uitgesloten, waardoor moet worden teruggevallen op de horizontale werking van grondrechten.

289 Nehmelman & Noorlander 2013/1.1 en Burkens e.a. 2017, p. 146.

290 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren (RZG/ConforMed).

291 Zie hierover Scheltema & Scheltema 2013, p. 144 en Jak 2014, p. 89-90.

292 Scheltema & Scheltema 2013, p. 148; Schlössels & Zijlstra 2017, p. 471 en Jak 2014, p. 198.

293 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, r.o. 3.4.2 (RZG/ConforMed).

294 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren, r.o. 3.4.3 (RZG/ConforMed).

295 Vergelijk Nijland 2013, p. 101, waarin Nijland stelt dat art. 3:14 BW wel als schakelbepaling voor de toepasselijkheid van de beginselen van behoorlijk bestuur (en dus ook de grondrechten) voor de overheidsonderneming zou kunnen gelden. De overheidsonderneming is zijns inziens in sterkere mate verbonden aan de overheid dan het ziekenfonds RZG. Zie recent hierover ook Schlössels 2021, p. 27-28. Schlössels is van mening dat uit r.o. 3.4.3 kan worden afgeleid dat de weg naar het voorzichtig oprekken van het overheidsbegrip en het verruimen van het toepassingsbereik van de abbb's niet is afgesneden.

296 Vergelijk Schrotten 2000, p. 160-162 en Jak 2014, p. 198-201 en daar aangehaalde jurisprudentie. Via rechtspraak.nl, de ‘Kroniek van het constitutioneel recht’ in het NJB en de Kronieken ‘Bestuur en privaatrecht’ en ‘Bestuurlijke organisatie’ in het NTB heb ik geen recentere jurisprudentie kunnen achterhalen.

Horizontale werking van grondrechten

De horizontale werking van grondrechten behelst de werking van grondrechten in de rechtsbetrekkingen tussen burgers onderling, waaronder ook privaatrechtelijke rechtspersonen worden verstaan.²⁹⁷ Dit betekent dat grondrechten ook werking kunnen hebben tussen revolverende fondsen in de vorm van een nv, een bv of een stichting enerzijds en ondernemingen anderzijds. Bij de horizontale werking van grondrechten wordt een onderscheid gemaakt tussen de directe en de indirecte horizontale werking van grondrechten.²⁹⁸ Deze twee manieren van horizontale doorwerking worden hieronder uitgewerkt.

Directe horizontale werking van grondrechten

Bij de directe horizontale werking van grondrechten wordt het grondrecht precies op dezelfde wijze toegepast als binnen de relatie tussen overheid en burger zou gebeuren.²⁹⁹ Dit heeft tot gevolg dat eerst moet worden bepaald of de betreffende handeling binnen de werkingssfeer van de grondwettelijke bepaling valt en daarna of de beperking van de grondwettelijke bepaling is toegestaan.³⁰⁰ Omdat de beperkingsclausules voor grondrechten niet voor horizontale verhoudingen zijn geschreven, is in de literatuur meer dan eens kritiek geuit op de horizontale werking van grondrechten.³⁰¹ Toch zijn in de literatuur ook andere geluiden te horen, op basis waarvan ik de horizontale werking van grondrechten bij revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrumenten niet zou willen uitsluiten.

Zo onderscheiden Nehmelman & Noorlander drie factoren die, in onderlinge samenhang bezien en afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de directe horizontale werking van grondrechten kunnen rechtvaardigen:

1. de aantasting van het gewicht van het grondrecht in kwestie in samenhang met het gewicht van het grondrecht voor de private persoon die in de uitoefening van een grondrecht wordt aangetast;
2. de hoedanigheid van de private actor die het grondrecht van een andere private actor beperkt. Wanneer de uitoefening van een publieke taak die voorheen bij de overheid lag door privatiseringstendensen bij een private actor is komen te rusten, zal hiervan eerder kunnen worden uitgegaan; en
3. de machtspositie van de actor die een grondrecht aantast.³⁰²

De tweede en derde factor spelen wat mij betreft een belangrijke rol bij revolverende fondsen als overheidsfinancieringsinstrument, meer in het bijzonder bij de regionale energiefondsen. In de inleiding van dit preadvies is aangegeven dat de regionale energiefondsen zijn belast met een publieke taak, namelijk het financieren van projecten gericht op het versnellen van de energietransitie door middel van leningen, garanties en deelnemingen. Daarnaast kan worden gesteld dat het regi-

297 Schreuder 1994, p. 126; Jak 2014, p. 197; Nehmelman & Noorlander 2013/1.1; Nehmelman & Noorlander 2013/12.1; Burkens e.a. 2017, p. 146 en Asser/Hartkamp 3-1 2019/226.

298 Nehmelman & Noorlander 2013/12.1 en Jak 2014, p. 202-204.

299 Nehmelman & Noorlander 2013/1.1 en Jak 2014, p. 202.

300 Nehmelman & Noorlander 2013/1.1 en Jak 2014, p. 202. Zie in het algemeen over de reikwijdte van grondrechten en de beperking van grondrechten Burkens e.a. 2017, p. 132-142.

301 Dit is betoogd door Asser/Hartkamp 3-1 2019/227; Nehmelman & Noorlander 2013/12.3.2 en Jak 2014, p. 203.

302 Nehmelman & Noorlander 2013/13.3.2.

onale energiefonds een grote machtspositie inneemt ten opzichte van de onderneming die financiering aanvraagt. In hoofdstuk 2 is verduidelijkt dat revolverende fondsen worden opgericht wegens marktfalen. Dit betekent dat ondernemingen die financiering bij een regionaal energiefonds aanvragen in beginsel niet via een andere weg financiering kunnen verkrijgen. Zo is in het investeringsreglement van het EFU, de DEO en het FND bepaald dat deze fondsen pas in een project kunnen investeren, wanneer een project zonder financiering geen zicht heeft op realisatie.³⁰³ Ondernemingen zijn dus geheel afhankelijk van financiering vanuit het fonds voor de levensvatbaarheid van het maatschappelijk relevante project, waardoor het fonds als machtige partij handelt.

Ook is in Asser/Hartkamp bepleit dat aan het gelijkheidsbeginsel in vergelijking met andere grondrechten in de jurisprudentie sneller directe horizontale werking wordt toegekend, omdat het beginsel geen vrijheidsrecht is en geen beperkingsclausule kent.³⁰⁴ Door Hartkamp alleen is zelfs de stelling ingenomen dat het gelijkheidsbeginsel deel uitmaakt van het privaatrecht.³⁰⁵ Een mooi voorbeeld hiervan is artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling, waarin kort gezegd is bepaald dat bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen.³⁰⁶ Daarmee is niet uitgesloten dat op de Algemene wet gelijke behandeling een rechtstreeks beroep kan worden gedaan in geval van schending van het gelijkheidsbeginsel bij het sluiten of uitvoeren van een financieringsovereenkomst met een revolverend fonds.³⁰⁷

De directe horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel bij revolverende fondsen is echter tot op heden niet expliciet in de jurisprudentie erkend. Wel is er in één uitspraak een aanknopingspunt terug te vinden dat een dergelijke uitleg kan rechtvaardigen. Zo werd artikel 1 van de Grondwet in een uitspraak van het Hof Den Haag horizontaal van toepassing geacht op het Nederlands Congresgebouw, omdat het merendeel van de aandelen van het congresgebouw in handen was van klassieke overheidsinstellingen en zes van de acht leden van de raad van commissarissen overheidscommissarissen waren.³⁰⁸ Van de regionale energiefondsen in de vorm van de nv of bv worden alle aandelen ook direct of indirect gehouden door een klassieke overheidsinstelling. Bij de regionale energiefondsen wordt echter niet met overheidscommissarissen gewerkt, waarmee de uitspraak niet volledig op de regionale energiefondsen toepasbaar is.

303 Art. 3.2 onder c Investeringsreglement EFU; art. 3.2 onder c Investeringsreglement DEO; art. 3.2 onder c Investeringsreglement FND.

304 Asser/Hartkamp 3-1 2019/229.

305 Hartkamp 2017, p. 62-64

306 Zie over de Algemene wet gelijke behandeling in het algemeen Nehmelman & Noorlander 2013/5.4.2 en Nehmelman & Noorlander 2013/7.3.

307 Vergelijk Hartkamp 2017, p. 63. Zie ook Van Gerven & Lierman 2010, p. 387 e.v.

308 Hof Den Haag 1 oktober 1992 (Nederlands Congresgebouw). In deze uitspraak weigerde het Nederlands Congresgebouw zaalverhuur aan de Stichting Nederlands Zuid-Afrikaanse Werkgemeenschap, omdat deze stichting voor het systeem van apartheid begrip wilde wekken en dat systeem wilde ondersteunen. Deze weigering werd in strijd met art. 1 Gw geacht. Zie Schroten 2000, p. 161 en Jak 2014, p. 199-200. Burkens e.a. 2017, p. 146 lijkt ervan uit te gaan dat in de uitspraak van het Hof Den Haag sprake is van een verticale werking van art. 1 Gw, omdat het NCG een overheidsinstantie is. Schroten 2000, p. 161 en Jak 2014, p. 199-200 trekken dit in twijfel en gaan uit van directe horizontale werking.

Indirecte horizontale werking van grondrechten

In het geval dat bovenstaande argumenten de directe horizontale werking bij revolverende fondsen niet rechtvaardigen, is het niet uitgesloten dat de indirecte horizontale werking van grondrechten bij deze fondsen een rol kan spelen. In dat geval kan een onderneming in relatie tot het revolverend fonds zich niet rechtstreeks op een grondwettelijke bepaling beroepen, maar wordt een grondwetsbepaling – of de daaraan ten grondslag liggende waarde – bij de uitleg van open privaatrechtelijke begrippen in de belangenafweging meegewogen.³⁰⁹ De redelijkheid en billijkheid is zo'n open privaatrechtelijk begrip, omdat bij de vaststelling daarvan rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.³¹⁰ Andere open privaatrechtelijke begrippen zijn bijvoorbeeld de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, de goede zeden en de openbare orde.³¹¹

In paragraaf 5.2 van dit hoofdstuk zijn drie situaties onderscheiden, waarin het gelijkheidsbeginsel bij revolverende fondsen een rol kan spelen. Hoe kan via de open privaatrechtelijke normen in deze drie situaties een beroep worden gedaan op het gelijkheidsbeginsel? De eerste en de derde situatie zijn in zekere zin vergelijkbaar, omdat er in beide gevallen geen sprake is van een financieringsovereenkomst. In situatie één en drie zou bij de civiele rechter kunnen worden aangevoerd dat het revolverend fonds een onrechtmatige daad jegens de onderneming pleegt door aan een vergelijkbare onderneming geen financiering te verstrekken of door ongelijke investeringscriteria te hanteren. Het gelijkheidsbeginsel kan dan een rol spelen bij de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.³¹² In situatie twee is daarentegen wel een financieringsovereenkomst gesloten tussen het revolverend fonds en de onderneming. Bij een afwijkende financieringsovereenkomst zou sprake kunnen zijn van nietigheid of vernietigbaarheid van de financieringsovereenkomst, waarbij het gelijkheidsbeginsel wordt meegewogen in de openbare orde.³¹³ Of een beroep op het gelijkheidsbeginsel in deze drie situaties kans van slagen heeft, is onduidelijk. Net als bij de directe horizontale werking van grondrechten, is ook de indirecte horizontale werking van grondrechten bij revolverende fondsen in de jurisprudentie niet erkend. Dit maakt het daarom lastig om uitspraken te doen over hoe de rechter het grondrecht in zijn belangenafweging zal meewegen in een geschil tussen een regionaal energiefonds en een onderneming. Bovendien staat

309 Nehmelman & Noorlander 2013/1.1; Nehmelman & Noorlander 2013/12.1; Jak 2014, p. 203-204; Asser/Hartkamp 3-I 2019/228 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/59. Jansen 2021, p. 77 bestempelt de redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke zorgvuldigheid en de openbare orde en goede zeden als open privaatrechtelijke normen.

310 Asser/Hartkamp 3-I 2019/228, 2019/230 en 2019/231; Asser/Sieburgh 6-III 2018/61 en Jak 2014, p. 203-204. Naar de redelijkheid en billijkheid wordt in verschillende wetsartikelen verwezen. Zie bijvoorbeeld art. 2:8 BW binnen het rechtspersonenrecht, art. 6:2 BW over verbintenissen in het algemeen en art. 6:248 BW over de rechtsgevolgen van overeenkomsten.

311 Asser/Hartkamp 3-I 2019/228 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/59. Zie art. 6:162 BW over de zorgvuldigheidsnorm oftewel het maatschappelijk verkeer bij de onrechtmatige daad en art. 3:40 BW over de goede zeden en de openbare orde bij de nietigheid van rechtshandelingen.

312 Er is sprake van strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm wanneer iemand iets doet of nalaat in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zie art. 6:162 lid 2 BW.

313 Dit zou kunnen vallen onder de openbare orde in de zin van art. 3:40 BW. Vergelijk Asser/Sieburgh 6-III 2018/63.

de contractsvrijheid van revolverende fondsen binnen het privaatrecht voorop, waarmee het goed mogelijk is dat revolverende fondsen de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel in de praktijk kunnen uitsluiten.

5.4 Tussenconclusie

De vraag of het gelijkheidsbeginsel door revolverende fondsen in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon in acht moet worden genomen wanneer zij financiering aan ondernemingen verstrekken, stond centraal in dit hoofdstuk. Gebleken is dat de verticale werking van het gelijkheidsbeginsel bij regionale energiefondsen niet voor de hand ligt, omdat deze fondsen niet als bestuursorgaan en daarmee niet als overheid handelen. De vraag of er wel sprake kan zijn van een horizontale werking van grondrechten bij regionale energiefondsen, is op grond van de huidige jurisprudentie niet te beantwoorden. Op basis van de opvattingen in de huidige literatuur zijn er argumenten aangedragen die de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel bij regionale energiefondsen mijns inziens kunnen rechtvaardigen. In het geval dat de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel bij regionale energiefondsen niet wordt erkend, kan het gelijkheidsbeginsel bij de uitleg van open privaatrechtelijke normen worden meegewogen in de belangenafweging. In dat geval is er sprake van een indirecte werking van grondrechten bij revolverende fondsen. Het is echter niet uitgesloten dat revolverende fondsen de werking van het gelijkheidsbeginsel op grond van de contractsvrijheid kunnen uitsluiten. Wanneer de horizontale werking van grondrechten door revolverende fondsen niet is uitgesloten, dient de werking daarvan door de rechter te worden erkend. Dit heeft tot gevolg dat een onderneming aangewezen is op de civiele rechter, alvorens zij in relatie tot een regionaal energiefonds een beroep kan doen op het gelijkheidsbeginsel. Of en in hoeverre toegang tot de civiele rechter bij het verstrekken van financiering door revolverende fondsen ook altijd openstaat, staat centraal in het volgende hoofdstuk van dit preadvies.

6 De eis van de rechterlijke controle

6.1 Inleiding

De eis van de rechterlijke controle houdt in dat de burger toegang moet hebben tot een onafhankelijke rechter die over de rechtmatigheid van het (overheids)handelen kan oordelen.³¹⁴ Vooropgesteld zij dat er in Nederland in beginsel altijd toegang tot een rechter bestaat.³¹⁵ Dit betekent dat een onderneming of een burger die ontevreden is over het sluiten of de uitvoering van een financieringsovereenkomst met een revolverend fonds, daarover kan klagen bij de bevoegde rechter.³¹⁶ Gelet op het feit dat in dit preadvies revolverende fondsen centraal staan die geen bestuursorgaan zijn, zal de civiele rechter in dit geval bevoegd zijn. In het eerste gedeelte van paragraaf 6.2 zal daarom de vraag centraal staan hoe revolverende fondsen de toegang tot de civiele rechter hebben geregeld. Daarbij wordt ingegaan op de klachtenregeling van revolverende fondsen.

Naast de toegang tot de rechter moet de rechtsbescherming die de civiele rechter biedt ook effectief oftewel doeltreffend zijn.³¹⁷ Dit laatste brengt met zich dat er kwalitatieve eisen worden gesteld aan de rechterlijke procedure, zoals een adequaat gemotiveerde uitspraak, de toetsingsintensiteit die door de rechter wordt verricht en de uitspraakmogelijkheden van de rechter.³¹⁸ Het beroep bij de civiele rechter komt daarom aan bod in het tweede gedeelte van paragraaf 6.2. Er wordt gekeken welke vordering door een onderneming in relatie tot een revolverend fonds bij de civiele rechter kan worden ingediend en of deze vordering kans van slagen zal hebben. In paragraaf 6.3 wordt bestudeerd of de regionale energiefondsen een klachtenregeling kennen en in hoeverre in deze regeling bedingen zijn opgenomen die de toegang tot de rechter belemmeren. Aan het einde van het hoofdstuk volgt een tussenconclusie (par. 6.4).

6.2 De eis van de rechterlijke controle binnen het privaatrecht

Toegang tot de rechter

Om ondernemingen die financiering bij een revolverend fonds aanvragen of van een revolverend fonds ontvangen zo goed mogelijk van dienst te zijn, kunnen revolverende fondsen er vrijwillig voor kiezen om een interne klachtenprocedure

³¹⁴ Scheltema 1989, p. 17; Van der Jagt 2006, p. 46; Burkens e.a. 2017, p. 49 en Schlössels & Zijlstra 2017, p. 23.

³¹⁵ Scheltema bepleitte dit al in 1989. Zie Scheltema 1989, p. 17.

³¹⁶ Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 26-27.

³¹⁷ Uzman 2021, p. 257 en p. 261.

³¹⁸ Gerbrandy 2009, p. 56; Parret 2012, afl. 5, p. 163 en Uzman 2021, p. 257.

in het leven te roepen. Dit betekent dat een ontevreden onderneming bij het revolverend fonds kan klagen over de dienstverlening van het fonds. In zekere zin zou deze klachtenprocedure kunnen worden vergeleken met het interne klachtrecht binnen het bestuursrecht, zoals neergelegd in titel 9.1 van de Awb. De klachtenprocedure is in mijn optiek niet hetzelfde als de bezwaarschriftprocedure bij een bestuursorgaan.³¹⁹ Bij een klachtenprocedure vindt er in beginsel geen herbeoordeling van het financieringsbesluit door het revolverend fonds plaats.³²⁰ Dat wil echter niet zeggen dat binnen een klachtenprocedure niet over een financieringsbesluit van een revolverend fonds kan worden geklaagd.³²¹ Een klachtenprocedure is immers gericht op de dienstverlening van een revolverend fonds, waaronder mijns inziens ook het verstrekken van financiering valt. Of een klachtenprocedure bij een revolverend fonds in dat geval kan leiden tot een herbeoordeling van een financieringsbesluit is mij onduidelijk, al lijkt het niet op voorhand te kunnen worden uitgesloten. Het privaatrecht stelt in tegenstelling tot het bestuursrecht geen eisen aan een klachtenprocedure. Dit heeft tot gevolg dat het revolverend fonds een klachtenprocedure naar eigen wensen vorm kan geven, waarbij het revolverend fonds uiteraard inspiratie kan putten uit titel 9.1 Awb.³²²

Dit is anders wanneer een revolverend fonds of de fondsbeheerder van het fonds kwalificeert als financiële dienstverlener in de zin van de Wet op het financieel toezicht (Wft).³²³ Het revolverend fonds of de fondsbeheerder is in dat geval wel verplicht om te beschikken over een interne klachtenprocedure, gericht op een spoedige en zorgvuldige behandeling van klachten.³²⁴ Ook worden er in dat geval bepaalde eisen gesteld aan de klachtenprocedure.³²⁵ Zo is de financiële onderneming verplicht om cliënten een omschrijving te geven van de te volgen klachtenprocedure en moet de klacht binnen een redelijke termijn worden afgehandeld.³²⁶ Bij een gehele of gedeeltelijke afwijzing van de klacht bestaat er naast een direct beroep bij de civiele rechter, de mogelijkheid om de klacht voor de leggen aan het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD).³²⁷ Dit klachteninstituut is bevoegd om te bemiddelen tussen de cliënt en de financiële dienstverlener of kan bij monde van zijn Geschillencommissie een juridisch bindende uitspraak doen.³²⁸ De Wft is echter alleen van toepassing op financiële dienstverleners die geldkredieten aan consumenten verlenen.³²⁹ Een revolverend fonds dat leningen verstrekt

319 Zie over het klachtrecht bij bestuursorganen bijvoorbeeld Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019/805 e.v. en Meulenbroek 2014, p. 12-14.

320 Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019/839.

321 Vergelijk art. 9:1 lid 1 Awb. Er kan worden geklaagd over een *gedraging* van een bestuursorgaan. Een *gedraging* kan ook een besluit omvatten, aldus Borman in: T&C Awb 2021, art. 9:1 Awb. Let wel op art. 9:8 lid 1 onder c Awb. In het geval dat bezwaar had kunnen worden gemaakt, is het bestuursorgaan niet verplicht om de klacht te behandelen.

322 Uiteraard staat het revolverend fonds vrij om daarbij aansluiting te zoeken bij titel 9.1 Awb. Vergelijk Scheltema & Scheltema 2013, p. 32.

323 Zie art. 1:1 Wft voor een definitie van het begrip financiële dienstverlener en Silvertand & Van der Eerden 2018, p. 301 e.v.

324 Art. 4:17 lid 1 onder a Wft.

325 Zie art. 40 t/m art. 44 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo Wft) voor deze eisen.

326 Art. 40 en art. 43 lid 1 Bgfo Wft.

327 Art. 42 Bgfo Wft en Silvertand & Van der Eerden 2018, p. 339.

328 Art. 4:17 lid 1 onder b Wft en art. 44a t/m 48f Bgfo Wft. Zie de website van het KiFiD over de werkwijze, raadpleegbaar via kifid.nl/werkwijze-fd/.

329 Zie art. 1:1 Wft definitie van krediet en Silvertand & Van der Eerden 2018, p. 357-358.

aan rechtspersonen handelt dus niet als financiële dienstverlener en is dientengevolge niet verplicht om op grond van de Wft een klachtenprocedure in het leven te roepen.

Het volgen van een klachtenprocedure bij een revolverend fonds kan ervoor zorgen dat het geschil tussen de onderneming en het revolverend fonds eerder wordt opgelost, waarmee de civiele rechter wordt ontlast. Het vrijwillig inrichten van een klachtenprocedure door het revolverend fonds kan daarom als een wenselijke ontwikkeling worden gezien. Het is echter niet de bedoeling dat een klachtenregeling door een revolverend fonds wordt misbruikt om toegang tot de rechter in de weg te staan. Artikel 17 van de Grondwet bepaalt immers dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.³³⁰ Dit betekent dat in een klachtenregeling of investeringsreglement geen bepalingen mogen worden opgenomen die de toegang tot de rechter beletten of belemmeren.³³¹ Daarbij kan worden gedacht aan een beding dat een belemmering vormt om rechtstreeks een vordering tegen een revolverend fonds bij de rechter in te dienen³³² of een beding dat de tussenkoms van de rechter geheel uitsluit.³³³ Het is wel toegestaan dat een aanvrager van financiering er zelf voor kiest om afstand te doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter, maar dit moet dan wel vrijwillig en ondubbelzinnig geschieden.³³⁴ Dit zou bijvoorbeeld kunnen door het sluiten van een financieringsovereenkomst met het revolverend fonds, waarvan een dergelijk beding onderdeel uitmaakt.³³⁵ Of de regionale energiefondsen vrijwillig of verplicht gebruikmaken van een klachtenprocedure en in hoeverre zij in de klachtenregeling of het investeringsreglement gebruikmaken van bedingen die de toegang tot de rechter beletten of belemmeren, komt aan bod in paragraaf 6.3.

Het beroep bij de civiele rechter

Na het al dan niet verplicht volgen van een klachtenprocedure bij een revolverend fonds, staat er altijd beroep open bij de civiele rechter. Voor zover mij bekend zijn er slechts twee uitspraken gedaan door de civiele rechter in relatie tot een revolverend fonds.³³⁶ De eerste uitspraak betreft een geschil tussen het

³³⁰ Zie hierover Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/173 en Ernste 2012, p. 108.

³³¹ Vergelijk Van Duin 2019, p. 142-144. Hoewel de bijdrage van Van Duin is gericht op het consumentenrecht en daarmee niet geldt voor fondsen die financiering verstrekken aan ondernemingen, ga ik ervan uit dat uit Van Duins bijdrage ook inspiratie kan worden geput voor niet-consumenten. Het consumentenrecht is volgens Van Duin 2019, p. 142 gericht op bescherming van de zwakkere partij met minder kennis en middelen. Mijns inziens kunnen de ondernemingen die financiering vanuit revolverende fondsen ontvangen ook als zwakkere partij worden aangemerkt. Zie ook Ernste 2012, p. 113-114.

³³² Vergelijk Van Duin 2019, p. 143 over het beding van Ryanair.

³³³ Vergelijk Van Duin 2019, p. 144 over het beding om een procedure te starten bij Stichting e-Court.

³³⁴ Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/173 en Ernste 2012, p. 109.

³³⁵ Wanneer het beding dat de toegang tot de rechter belet of belemmert, is opgenomen in de algemene voorwaarden van deze financieringsovereenkomst, is niet uitgesloten dat deze clausule op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing moet worden gelaten. Zie Ernste 2012, p. 114.

³³⁶ Ik sluit niet uit dat er meer uitspraken zijn gedaan, maar deze zijn in ieder geval niet op rechtspraak.nl gepubliceerd. De rechtspraak publiceert namelijk niet alle uitspraken die worden uitgesproken. Zie het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl, raadpleegbaar via rechtspraak.nl/Uitspraken/paginas/selectiecriteria.aspx.

Nationaal Warmtefonds³³⁷ en de toenmalige fondsbeheerder SVn over het kosteloos overdragen van documenten en andere gegevens van SVn aan het Nationaal Warmtefonds.³³⁸ In de tweede uitspraak is er sprake van een geschil tussen een revolverend fonds en een onderneming die twee leningen van in totaal € 3,5 miljoen uit het PDENH ontving.³³⁹ In deze zaak probeerde het PDENH de bestuurders van de onderneming persoonlijk aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige daad.³⁴⁰ De bestuurders van de bv hadden namelijk een pandrecht op de activa van de onderneming aan PDENH verstrekt als zekerheid voor de terugbetaling van de door PDENH verstrekte leningen, terwijl de activa op dat moment niet in eigendom van de bv waren.³⁴¹ Dit heeft ertoe geleid dat, toen de onderneming eenmaal failliet was, het PDENH de verpande activa niet kon executeren en dientengevolge € 119.000 misliep.³⁴² Het beroep op de civiele rechter was echter tevergeefs, omdat er volgens de rechtbank geen sprake was van een persoonlijk ernstige verwijtbaarheid van de bestuurders.³⁴³

Bij de uitvoering van financieringsovereenkomsten tussen het revolverend fonds en de ontvanger van financiering zullen zich in de praktijk vast en zeker meer geschillen kunnen voordoen. Hierbij denk ik niet alleen aan de hierboven omschreven situatie waarin de ontvanger van financiering niet langer aan zijn terugbetalingsverplichting kan voldoen, maar bijvoorbeeld ook aan geschillen over de uitleg van een financieringsovereenkomst. In deze paragraaf wil ik mij echter beperken tot de situatie waarin een revolverend fonds besluit om geen financieringsovereenkomst met een onderneming te sluiten, oftewel een negatief financieringsbesluit neemt.³⁴⁴ Op deze situatie heeft bovenstaande jurisprudentie geen betrekking. Ervan uitgaande dat het revolverend fonds in zijn klachtenprocedure het beroep op de civiele rechter niet heeft belet of belemmerd, welke vordering(en) zou de onderneming dan bij de civiele rechter kunnen indienen en is er daarbij kans van slagen?

Het proces van het sluiten van een financieringsovereenkomst tussen een revolverend fonds en een onderneming begint bij alle revolverende fondsen met het indienen van een aanvraag door de onderneming. In mijn optiek beginnen daarmee de onderhandelingen over het sluiten van een financieringsovereenkomst tussen het

337 Het Nationaal Warmtefonds is een revolverend fonds van de Rijksoverheid van waaruit leningen aan particuliere woningeigenaren worden verstrekt om energiezuinige maatregelen te treffen, zoals betere isolatie van de woning. Zie over het Nationaal Warmtefonds de website van de RVO, raadpleegbaar via rvo.nl/onderwerpen/innovatief-ondernemen/innovatiefinanciering/toolbox-financieringsconstructies/zoek-op-constructies/fondsen/nationaal-warmtefonds.

338 Rb. Amsterdam 8 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1839.

339 Rb. Noord-Holland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6630, NJ 2021/306. Zie ook Motké & Grol 2021.

340 Zie in het algemeen over externe aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 2017 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/469.

341 Rb. Noord-Holland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6630, NJ 2021/306, r.o. 4.1.

342 Dit bedrag leverde de activa bij verkoop op. Zie Rb. Noord-Holland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6630, NJ 2021/306, r.o. 3.2.2.

343 Rb. Noord-Holland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6630, NJ 2021/306, r.o. 4.2 en r.o. 4.16.

344 Binnen het subsidierecht wordt immers vaak een beroep gedaan op de bestuursrechter bij de afwijzing van een aanvraag om subsidie. De zoekterm 'afwijzing aanvraag subsidie' levert op Rechtspraak.nl 1.387 uitspraken op.

revolverend fonds en de onderneming.³⁴⁵ Dit wordt ook wel de precontractuele fase genoemd.³⁴⁶ Binnen deze fase staat het beginsel van contractsvrijheid voorop.³⁴⁷ Dat wil zeggen dat het beide partijen in beginsel vrijstaat om de onderhandelingen over het sluiten van een financieringsovereenkomst eenzijdig af te breken.³⁴⁸

De Hoge Raad heeft echter bepaald dat de onderhandelingen over een overeenkomst in sommige gevallen in een zodanig stadium zijn gekomen dat het eenzijdig afbreken van die onderhandelingen niet langer is toegestaan.³⁴⁹ Deze situatie doet zich meestal voor wanneer een van de onderhandelingspartners er gerechtvaardigd op heeft kunnen vertrouwen dat de onderhandelingen in een overeenkomst zouden resulteren.³⁵⁰ In uitzonderlijke gevallen is het ook mogelijk dat andere omstandigheden het eenzijdig beëindigen van de onderhandelingen op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken.³⁵¹ Een onderneming die financiering bij een revolverend fonds aanvraagt, zou dan bij de civiele rechter moeten betogen dat het revolverend fonds jegens hem een onrechtmatige daad heeft gepleegd, omdat het revolverend fonds onderhandelingen heeft afgebroken in een situatie waarin sprake was van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen.³⁵² Vervolgens kan de onderneming vorderen dat het revolverend fonds wordt gedwongen om de onderhandelingen over het sluiten van financieringsovereenkomst voort te zetten.³⁵³ Wanneer een vordering tot dooronderhandelen zinloos is, bijvoorbeeld omdat het fondskapitaal inmiddels op is, kan de onderneming ook om schadevergoeding vragen.³⁵⁴

In de praktijk doen zich daarbij mijns inziens een aantal problemen voor. Uit eerder verricht jurisprudentieonderzoek blijkt dat het aannemen van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen zeer casuïstisch is en dat de civiele rechter daarvoor een strenge en terughoudende maatstaf hanteert.³⁵⁵ Dit betekent dat waarschijnlijk niet snel zal worden aangenomen dat een revolverend fonds een onrechtmatige daad jegens een onderneming heeft gepleegd wanneer het fonds besluit om de onderhandelingen tot het sluiten van een financieringsovereenkomst af te breken.³⁵⁶ Daar komt bij dat het aannemen van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen door het revolverend fonds kan worden voorkomen door het

345 In feite komt de onderneming met een uitnodiging om in onderhandeling met het revolverend fonds te treden. Zie Asser/Sieburgh 6-III 2018/164 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/170.

346 Zie over het onderscheid tussen de precontractuele fase en de contractuele fase Ruygvoorn 2009, p. 32 e.v. en p. 361 en Ruygvoorn 2013/2.2. Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/189.

347 Bakker 2012, p. 41.

348 Ruygvoorn 2009, p. 51 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/193.

349 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, r.o. 3.4 (Plas/Valburg).

350 HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405, NJ 1983/723, r.o. 3.4 (Plas/Valburg). Zie ook Ruygvoorn 2013/2.3.2; Ruygvoorn 2009, p. 58 e.v. en p. 111 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/194.

351 Ruygvoorn 2013/2.3.2; Ruygvoorn 2009, p. 58 e.v. en p. 111 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/194.

352 Ruygvoorn 2009, p. 290-291. Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/201.

353 Ruygvoorn 2009, p. 306 e.v.; Ruygvoorn 2013/2.3.3 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/195.

354 Ruygvoorn 2009, p. 315 e.v.; Ruygvoorn 2013/2.3.3 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/197.

355 Zie voor dit uitvoerige jurisprudentieonderzoek het proefschrift van Ruygvoorn 2009, p. 81-107. De Hoge Raad heeft in HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3337, NJ 2005/464, r.o. 3.7 (CBB/JPO) bepaald dat voor het aannemen van totstandkomingsvertrouwen een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf wordt gebruikt. Zie ook Ruygvoorn 2009, p. 78-79.

356 Zie over een vordering uit onrechtmatige daad bij omgevingsfondsen Bakker & Tolsma 2021, p. 84. Een omgevingsfonds kan in sommige gevallen worden ingericht als een revolverend fonds, aldus Bakker & Tolsma 2021, p. 79. Een groot verschil met het revolverend fonds als overheidsfinancieringsinstrument is echter dat het fondskapitaal van een omgevingsfonds grotendeels bestaat uit privaat geld in plaats van publiek geld.

inbouwen van voorbehouden.³⁵⁷ Daarbij denk ik aan het voorbehoud dat er slechts een financieringsovereenkomst tussen het revolverend fonds en de onderneming wordt gesloten, nadat de investeringscommissie of de algemene vergadering van het fonds goedkeuring heeft verleend.³⁵⁸ Zolang het revolverend fonds hierover van meet af aan duidelijk communiceert en de goedkeuring niet bagatelliseert, kan de onderneming er waarschijnlijk niet op vertrouwen dat een financieringsovereenkomst hoe dan ook tot stand komt.³⁵⁹ Het is daarom de vraag in hoeverre het beroep op de civiele rechter bij een negatief financieringsbesluit wel effectief is.

Wanneer de onwaarschijnlijke situatie zich voordoet dat er wel sprake is van rechtens relevant totstandkomingsvertrouwen en het revolverend fonds dus onrechtmatig jegens de onderneming heeft gehandeld, ligt een vordering tot voortzetting van de onderhandeling naar mijn mening het meest voor de hand. Het sluiten van een financieringsovereenkomst is voor het bedrijf namelijk van cruciaal belang, omdat de kans groot is dat de onderneming niet via een andere weg aan financiering kan komen. De gedachte is immers dat een revolverend fonds alleen investeert in maatschappelijk relevante projecten die niet door de kapitaalmarkt worden gefinancierd. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat een verplichting tot dooronderhandelen voor het revolverend fonds nog geen verplichting tot het sluiten van een financieringsovereenkomst met zich brengt.³⁶⁰ De kans is daarom aanwezig dat de onderneming na het door onderhandelen alsnog met lege handen komt te staan.

6.3 De eis van de rechterlijke controle getoetst

Toegang tot de rechter

In de vorige paragraaf van dit hoofdstuk is bepleit dat het volgen van een klachtenprocedure bij een revolverend fonds ervoor kan zorgen dat het geschil tussen de onderneming en het revolverend fonds eerder wordt opgelost. Het inrichten van een klachtenprocedure door een revolverend fonds kan daarom wenselijk zijn. Dit roept de vraag op in hoeverre de regionale energiefondsen gebruikmaken van een klachtenprocedure.

Van de dertien onderzochte regionale energiefondsen zijn er twee fondsen die een eigen klachtenregeling kennen en zeven fondsen waarbij een klachtenprocedure bij de fondsbeheerder kan worden gestart.³⁶¹ Bij acht van de negen revolverende fondsen is de klachtenregeling gericht op de dienstverlening van het revolverend fonds. Invest-NL is het enige revolverend fonds dat een beperktere reikwijdte hanteert, nu bij Invest-NL alleen een mededingingsklacht kan worden ingediend. Dat wil zeggen dat de klager moet stellen dat een activiteit van Invest-NL of een van haar dochtermaatschappijen leidt tot uit een oogpunt van goede marktwerking

357 Zie over voorbehouden Ruygvoorn 2009, p. 241 e.v.; Ruygvoorn 2013/2.3.4 en Asser/Sieburgh 6-III 2018/190.

358 Ruygvoorn 2009, p. 163 en p. 218 e.v. en Ruygvoorn 2013/2.3.6.

359 Vergelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 13 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:6721, r.o. 4.27.

360 Ruygvoorn 2009, p. 306 e.v.

361 De twee fondsen met een eigen klachtenregeling zijn Invest-NL en het LEF. De zeven fondsen waar de klachtenprocedure bij de fondsbeheerder kan worden begonnen, zijn het EFB, het EFO, het FSFE, het IEG, het PDENH, ENERGIIQ en het ETF.

ongewenste mededinging met ondernemingen.³⁶² De klachtenprocedures zijn allemaal terug te vinden op de website van het betreffende revolverend fonds of de fondsbeheerder. Bij geen van deze dertien revolverende fondsen is er sprake van een verplichte klachtenprocedure op grond van de Wft.³⁶³ Omdat de fondsbeheerder van het EFO en het PDENH zich vrijwillig heeft aangesloten bij het KiFiD, kan alleen ten aanzien van deze twee revolverende fondsen een klacht worden voorgelegd aan het KiFiD.³⁶⁴

Wanneer de klachtenprocedures van de twee revolverende fondsen of van de zeven fondsbeheerders worden vergeleken met titel 9.1 van de Awb, valt op dat de klachtenregeling van het LEF het meeste in overeenstemming is met de Awb.³⁶⁵ Het enige verschil is dat de termijn die het LEF hanteert, ruimer is dan opgenomen in de Awb. Waar het bestuursorgaan verplicht is om de klacht binnen zes weken na ontvangst van het klaagschrift af te handelen, met mogelijke verlenging van hoogstens vier weken, heeft het LEF bij complexe klachten drie maanden de tijd om te beslissen.³⁶⁶ Voor eenvoudige klachten hanteert het LEF eveneens een termijn van zes weken, al wordt het verschil tussen een eenvoudige en complexe klacht door het LEF niet verder toegelicht.³⁶⁷ Invest-NL geeft zichzelf ook twaalf weken de tijd om een klacht af te handelen, welke termijn met tien weken kan worden verdaagd.³⁶⁸ De fondsbeheerders van het FSFE, het IEG, ENERGIIQ en het Energie Transitiefonds Rotterdam gebruiken daarentegen kortere termijnen dan die gelden binnen de Awb.³⁶⁹ Gelet op de rechtszekerheid van de onderneming die bij het revolverend fonds heeft geklaagd, is dit een wenselijke ontwikkeling. Een inhoudelijke reactie van de fondsbeheerder van het EFB is daarentegen afhankelijk ‘van de aard van de klacht en volgt uiteraard zo snel mogelijk’.³⁷⁰ Het spreekt voor zich

362 Art. 11 Machtigingswet oprichting Invest-NL en art. 1 Mededingingsklachtenregeling, raadpleegbaar via invest-nl.nl/mededingingsklachtenregeling.

363 Uit het dienstverlenersregister blijkt dat SVn een financiële dienstverlener is in de zin van de Wft. SVn is aangesloten bij het KiFiD voor het consumentenloket financiële diensten, raadpleegbaar via kifid.nl/register/stichting-stimuleringsfonds-volkshuisvesting-nederlandse-gemeenten/. Het FSFE, waarvan SVn fondsbeheerder is, verstrekt echter alleen financiering aan rechtspersonen en niet aan consumenten. Dit blijkt uit het Investeringsreglement FSFE. Daarmee ga ik ervan uit dat bij het KiFiD niet over het FSFE kan worden geklaagd.

364 Uit het dienstverlenersregister blijkt dat aan StartGreen Capital door AFM geen vergunning voor financiële dienstverlener is verleend. Zie de website van het KiFiD, raadpleegbaar via kifid.nl/register/startgreen-capital-b-v/. Dit betekent dat StartGreen Capital zich vrijwillig bij het KiFiD heeft aangesloten. Op de website van het KiFiD staat dat een verzoek tot aansluiting bij het KiFiD kan worden ingediend, raadpleegbaar via kifid.nl/voor-financieel-dienstverleners/.

365 Zie de website van het LEF om het Klachten & geschillenreglement te lezen, raadpleegbaar via limburgsenergiefonds.nl/reglement/.

366 Art. 9:11 lid 1 en 2 Awb en art. 10 Klachten & geschillenreglement van het LEF. Wanneer het bestuursorgaan gebruikmaakt van een klachtenadviescommissie geldt een afhandelingstermijn van tien weken, zoals neergelegd in art. 9:11 lid 1 Awb.

367 Art. 10 Klachten & geschillenreglement LEF, raadpleegbaar via limburgsenergiefonds.nl/reglement/.

368 Art. 3 lid 6 Mededingingsklachtenregeling, raadpleegbaar via invest-nl.nl/mededingingsklachtenregeling.

369 OostNL, de fondsbeheerder van het IEG, streeft ernaar om de klacht binnen drie weken te behandelen. Zie de website van OostNL, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/klachtenprocedure. Hetzelfde geldt voor InnovationQuarter, de fondsbeheerder van ENERGIIQ en het Energie Transitiefonds Rotterdam. Zie de website van InnovationQuarter, raadpleegbaar via innovationquarter.nl/klachtenprocedure/. SVn, de fondsbeheerder van het FSFE, behandelt de klacht binnen tien werkdagen (twee weken). Zie de website van SVn, raadpleegbaar via svn.nl/particulieren/service-contact/#Klachten.

370 Zie de website van de BOM, raadpleegbaar via bom.nl/klachtenprocedure.

dat een dergelijke bepaling vanuit rechtszekerheidsoogpunt van de onderneming onwenselijk is. Verder geldt in lijn met de Awb dat voor bijna alle revolverende fondsen de klacht schriftelijk moet worden ingediend³⁷¹ en dat er na ontvangst van de klacht een schriftelijke bevestiging volgt.³⁷²

De vier revolverende fondsen die geen klachtenprocedure kennen of waarvan de klachtenprocedure in ieder geval niet op de website van het revolverend fonds is terug te vinden, zijn alle vier stichtingen.³⁷³ De reden waarom de revolverende stichtingen geen klachtenprocedure kennen, heb ik niet kunnen achterhalen.

Nu duidelijk is dat in de praktijk negen van de dertien onderzochte revolverende fondsen met een klachtenregeling werken, dient ook te worden nagegaan in hoeverre deze klachtenregelingen bedingen kennen die de toegang tot de rechter beletten dan wel belemmeren. Vooropgesteld wordt dat het LEF en de fondsbeheerder van het FSFE expliciet in hun klachtenregeling hebben opgenomen dat er beroep kan worden ingesteld bij de bevoegde rechter.³⁷⁴ Bij deze twee revolverende fondsen is er dus in ieder geval geen sprake van een beding dat effectieve rechtsbescherming belet. Gelet op het feit dat in het beding wel is opgenomen dat pas beroep bij de rechter kan worden ingesteld nadat de klachtenprocedure bij deze twee fondsen is doorlopen, is mijns inziens wel sprake van een beding waarmee de toegang tot de rechter wordt belemmerd. Mocht dit beding onderdeel uitmaken van een financieringsovereenkomst gesloten tussen de onderneming en het betreffende revolverende fonds, dan is niet uitgesloten dat het beding op grond van artikel 2:248 lid 2 BW buiten toepassing moet worden gelaten.³⁷⁵ Indien dit niet het geval is, hoeft de klager zich niets van dit beding aan te trekken. Het enige onderzochte revolverend fonds waarvan de fondsbeheerder mijns inziens een beding hanteert dat de toegang tot de bevoegde rechter belet, is het IEG. Op de website van Oost NL, fondsbeheerder van het IEG, is namelijk terug te lezen:

‘Indien een klacht naar onvoldoende tevredenheid is afgehandeld door de directie heeft de indiener van de klacht de mogelijkheid om een beroepsprocedure op te starten. De indiener van de klacht dient zich dan in contact te stellen met een onafhankelijke deskundige. U kunt daarvoor contact opnemen met de heer [naam].’³⁷⁶

Ook dit beding moet mogelijk op grond van artikel 2:248 lid 2 BW buiten toepassing worden gelaten wanneer het is opgenomen in een financieringsovereenkomst gesloten met het IEG.³⁷⁷ Bovenstaand beding lijkt namelijk te impliceren dat er

371 Op grond van de Awb is het ook mogelijk om een mondelinge klacht in te dienen, zoals blijkt uit art. 9:2 Awb. Bij Oost NL, fondsbeheerder van het IEG, kunnen klachten ook mondeling worden ingediend. Zie de website van Oost NL, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/klachtenprocedure.

372 Een uitzondering hierop vormt SVn als fondsbeheerder van het FSFE. Zie de website van SVn, raadpleegbaar via svn.nl/particulieren/service-contact/#Klachten. Op grond van art. 9:6 Awb is het bestuursorgaan verplicht om de ontvangst van het klaagschrift te bevestigen.

373 De DEO, het FND, het EFU en het EEF kennen geen van alle een klachtenregeling.

374 Art. 15 Klachten en geschillenreglement LEF, raadpleegbaar via limburgsenergiefonds.nl/reglement/ en uitleg over de klachtenprocedure van SVn, raadpleegbaar via svn.nl/particulieren/service-contact/#Klachten.

375 Vergelijk Ernste 2012, p. 114.

376 Zie de website van Oost NL, raadpleegbaar via oostnl.nl/nl/klachtenprocedure.

377 Vergelijk Ernste 2012, p. 114.

slechts beroep kan worden ingesteld bij een onafhankelijke deskundige in plaats van bij de civiele rechter, waarmee toegang tot de civiele rechter wordt belet.

Hoewel de vier revolverende stichtingen geen van alle klachtenprocedure kennen, hebben de DEO, het FND en het EFU in hun investeringsreglement wel bepalingen over de toegang tot de rechter opgenomen. In zowel het investeringsreglement van de DEO als het EFU is opgenomen dat een afwijzing voor het verstrekken van financiering nader wordt gemotiveerd, maar dat daartegen geen bezwaar of beroep mogelijk is.³⁷⁸ Het reglement van de DEO specificeert dat het om bezwaar of beroep in de zin van de Awb gaat, waarmee een beroep op de civiele rechter open wordt gehouden. Een dergelijke nuance ontbreekt echter bij het EFU, waarmee het investeringsreglement van het EFU mijns inziens een beding bevat dat de toegang tot de rechter belet.³⁷⁹ In de investeringsreglementen van de DEO en het FND is het volgende beding terug te vinden: ‘Eventuele geschillen over het Reglement en de uitvoering en uitleg daarvan worden voorgelegd aan de daartoe bevoegde rechter van de Rechtbank Noord-Nederland’.³⁸⁰

Bovenstaand weergegeven beding maakt duidelijk dat ondernemingen die financiering bij de DEO of het FND hebben aangevraagd of ontvangen over de uitvoering en uitleg van het investeringsreglement bij de rechter kunnen klagen. Dit komt de rechtszekerheid van deze ondernemingen ten goede en vormt geen belemmering, maar een stimulans van de toegang tot de rechter.

Bij Invest-NL, het EFB, het EFO, het PDENH, ENERGIIQ en het ETF is in de klachtenregelingen en investeringsreglementen niets terug te lezen over de mogelijkheid om beroep in te stellen bij een rechter. Hoewel de toegang tot de rechter daarmee niet wordt belet of belemmerd, wordt het zoeken naar rechtsbescherming op grond van het klachtenreglement in ieder geval ook niet door deze revolverende fondsen gestimuleerd. Dit zou mogelijk een reden kunnen zijn waarom er zo weinig uitspraken van de civiele rechter in relatie tot een revolverend fonds zijn.

6.4 Tussenconclusie

De vraag hoe revolverende fondsen de toegang tot de civiele rechter hebben geregeld en welke vorderingen een onderneming bij een negatief financieringsbesluit bij de civiele rechter kan indienen, stond centraal in dit hoofdstuk. Gebleken is dat een groot aantal revolverende fondsen gebruikmaakt van een interne klachtenprocedure, die vergelijkbaar is met het interne klachtrecht zoals neergelegd in de Awb. Het volgen van een klachtenprocedure bij een revolverend fonds kan ervoor zorgen dat het geschil tussen de onderneming en het revolverend fonds eerder wordt opgelost. Dit komt de rechtszekerheid ten goede en kan daarom als een wenselijke ontwikkeling worden gezien. Onwenselijk is echter het feit dat de klachtenregeling van sommige fondsen een beding bevat waarmee de toegang tot de civiele rechter wordt belet of belemmerd. Zo is er een aantal revolverende fondsen dat het doorlopen van de klachtenprocedure verplicht stelt, alvorens beroep

³⁷⁸ Art. 5.2 lid h Investeringsreglement DEO en art. 5.2 lid g Investeringsreglement EFU.

³⁷⁹ Art. 5.2 lid g Investeringsreglement EFU.

³⁸⁰ Art. 11 Investeringsreglement DEO en art. 13 Investeringsreglement FND.

kan worden ingesteld bij de civiele rechter en is er zelfs één revolverend fonds waarvan de fondsbeheerder lijkt te hebben bepaald dat beroep slechts kan worden ingesteld bij een onafhankelijke, althans door het revolverende fonds aangewezen deskundige. Ondernemingen die in relatie tot het revolverend fonds staan, worden hiermee mijns inziens op het verkeerde been gezet en daarmee staan sommige fondsen effectieve rechtsbescherming in de weg.

Geschillen waarin een van de partijen een revolverend fonds is, verschijnen niet vaak voor de civiele rechter. Een beroep op de civiele rechter bij een negatief financieringsbesluit door een onderneming heeft zich zelfs nog nooit voorgedaan, althans niet voor zover ik dat heb kunnen achterhalen. Dit zou kunnen worden veroorzaakt door het feit dat het lastig is om in zo'n geval een succesvolle vordering bij de civiele rechter in te dienen. Bij een negatief financieringsbesluit bevinden het revolverend fonds en de onderneming zich in de precontractuele fase. In deze fase staat de contractsvrijheid van partijen voorop. Dit betekent dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake is van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen, op basis waarvan het niet sluiten van een financieringsovereenkomst onrechtmatig is. Daarbij komt dat een revolverend fonds het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen in de praktijk gemakkelijk kan uitsluiten door gebruik te maken van voorbehouden, wanneer zij in onderhandeling met een onderneming treedt. Hoewel er voor ondernemingen die financiering bij revolverende fondsen aanvragen altijd rechtsbescherming openstaat, betwijfel ik in hoeverre de rechtsbescherming binnen het privaatrecht effectief is.

7 Slotbeschouwing

7.1 De eisen van de rechtsstaat binnen het privaatrecht: verschil mag er zijn?

Of we het als (bestuursrecht)juristen nu willen of niet: het is een feit dat de overheid graag gebruikmaakt van privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen voor het financieren van maatschappelijk gewenste activiteiten. Zo zijn er in Nederland dertien revolverende fondsen actief in de vorm van een nv, bv's en stichtingen die projecten van ondernemingen financieren gericht op het versnellen van de energietransitie. In het tweede hoofdstuk van dit preadvies is gebleken dat zes van de dertien regionale energiefondsen niet als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb handelen. Voor de overige zeven regionale energiefondsen is het op basis van de huidige stand van de jurisprudentie nog onduidelijk of deze fondsen als b-bestuursorgaan opereren. Omdat de regionale energiefondsen wel een bedrag van ruim € 2,5 miljard overheidsgeld verstrekken, is het de vraag in hoeverre het privaatrecht voor aanvragers van financiering bij deze revolverende fondsen met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen kan bieden.

De eerste twee eisen van de rechtsstaat zijn de legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur. Er zou kunnen worden beargumenteerd dat het privaatrecht in zekere zin met de legaliteitseis en de eis van wetmatigheid van bestuur vergelijkbare waarborgen kent, waarmee de rechtszekerheid van ondernemingen in relatie tot het revolverend fonds is gegarandeerd. Hoewel het verstrekken van financiering door revolverende fondsen niet hoeft te worden gebaseerd op een wettelijke grondslag, wordt dit handelen namelijk wel genormeerd door de regels neergelegd in de statuten en reglementen van het fonds. Voor de statuten van revolverende fondsen geldt een openbaarmakingsplicht in het handelsregister, waarmee de rechtszekerheid van ondernemingen die financiering bij het fonds willen aanvragen is gediend. Deze openbaarmakingsplicht geldt daarentegen niet voor reglementen van privaatrechtelijke rechtspersonen. Dit betekent dat de rechtszekerheid van ondernemingen die financiering bij een revolverend fonds willen aanvragen, deels afhankelijk is van de keuze die het revolverend fonds zelf maakt. Zo is gebleken dat vier van de dertien regionale energiefondsen hun investeringsreglement niet online hebben gepubliceerd. Een ander verschil is dat revolverende fondsen wel zijn gehouden om in overeenstemming met de statuten en reglementen te handelen, maar dat op de regels neergelegd in deze documenten niet rechtstreeks een beroep kan worden gedaan door een onderneming die van mening is dat het fonds niet in overeenstemming met de regels neergelegd in de statuten en reglementen heeft gehandeld. Dit is niet problematisch wanneer een onderneming een positief financieringsbesluit van het revolverend fonds ontvangt. De vertegenwoor-

digingsbevoegdheid van het bestuur is namelijk onbeperkt en onvoorwaardelijk, waardoor het financieringsbesluit niet kan worden aangetast. Een onderneming die een negatief financieringsbesluit van het revolverend fonds ontvangt, kan daarentegen geen beroep op het handelen in strijd met de statuten of het reglement van het fonds doen.

De eis van de machtsverdeling is de derde eis van de rechtsstaat. Gebleken is dat de eis van de machtsverdeling zich in theorie, maar ook in de praktijk beter dan de andere eisen van de rechtsstaat voor toepassing binnen het privaatrecht leent. Binnen een privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds in de vorm van een nv en een bv kunnen de bevoegdheden ten aanzien van het verstrekken van financiering namelijk over meerdere organen worden verspreid, zodat ook binnen een privaatrechtelijk vormgegeven fonds de macht niet bij één orgaan komt te liggen. Zo is bij de regionale energiefondsen in de vorm van een nv en bv sprake van een strikte scheiding tussen het orgaan dat het investeringsreglement opstelt en het orgaan dat de financiering aan ondernemingen verstrekt. Ook is bij deze regionale energiefondsen de macht van het bestuur bij het verstrekken van financiering ingeperkt, omdat zij daarbij advies moeten inwinnen van een onafhankelijke investeringscommissie. Hoewel de stichting als privaatrechtelijke rechtspersoon op grond van de wet maar één verplicht orgaan kent en daarmee in beginsel niet aan de eis van de machtsverdeling voldoet, is hier in de praktijk bij drie van de vier stichtingen wel aan voldaan. Het investeringsreglement wordt bij deze drie regionale energiefondsen namelijk door een ander orgaan goedgekeurd dan het orgaan dat mag besluiten tot het verstrekken van financiering. Geen enkele stichting kent echter een investeringscommissie, waarbij de macht van het bestuur bij het verstrekken van financiering bij de regionale energiefondsen in de vorm van een stichting groter is dan bij de nv of bv.

De grondrechten vormen de vierde eis van de rechtsstaat. Of de grondrechten, meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, door revolverende fondsen in acht moet worden genomen bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen, is volledig afhankelijk van het oordeel van de civiele rechter. Hoewel er in theorie goede argumenten zijn om het gelijkheidsbeginsel direct of indirect horizontaal op revolverende fondsen van toepassing te verklaren, dient deze werking van het gelijkheidsbeginsel eerst door de civiele rechter in een concreet geschil te worden erkend. Voor een aanvrager van financiering bij een revolverend fonds is het echter lastig om een succesvol beroep te doen op de civiele rechter, zoals zal blijken bij de bespreking van de eis van de rechterlijke controle. Het is daarmee ook moeilijk voor een aanvrager van financiering om zich op het gelijkheidsbeginsel te beroepen richting een revolverend fonds.

De laatste eis van de rechtsstaat is de eis van de rechterlijke controle. Binnen het privaatrecht staat altijd toegang tot de rechter open, waardoor er strikt genomen binnen het privaatrecht aan de eis van de rechterlijke controle is voldaan. Bij het revolverend fonds doen zich ten aanzien van de toegang tot de civiele rechter echter twee problemen voor. In de eerste plaats maken veel revolverende fondsen gebruik van een interne klachtenregeling. Hoewel een klachtenregeling op zichzelf niet onwenselijk is, is het wel onwenselijk dat in deze klachtenregelingen soms bedingen zijn terug te vinden die de toegang tot de civiele rechter beletten of belemmeren. Het gevolg daarvan is dat ondernemingen die financiering hebben aangevraagd bij een revolverend fonds daarmee de weg naar de civiele rech-

ter wellicht niet weten te vinden. Wanneer deze ondernemingen wel bij de civiele rechter aankloppen, is het de vraag in hoeverre het beroep op de civiele rechter succesvol zal zijn. Bij een negatief financieringsbesluit van een revolverend fonds zullen de onderhandelingen tussen het fonds en een onderneming stuk lopen in de precontractuele fase. Binnen de contractuele fase blijkt een geslaagd beroep op het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen knap lastig te zijn. Ook is gebleken dat het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen door middel van voorbehouden door het revolverend fonds kan worden uitgesloten. Het is daarmee niet zeker of de civiele rechter bij een privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds wel effectieve rechtsbescherming kan bieden, wanneer een onderneming een negatief financieringsbesluit ontvangt. Het realiseren van de eis van de grondrechten en de eis van de rechterlijke controle voor revolverende fondsen binnen het privaatrecht is daarmee mijns inziens het meest onzeker.

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het privaatrecht in zekere zin met de eisen van de rechtsstaat vergelijkbare waarborgen kent, maar dat er ook grote verschillen zijn. In de praktijk is veel afhankelijk van de keuzes die bij de oprichting of de uitvoering van het revolverend fonds worden gemaakt. Het gevolg hiervan is dat bij het ene privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds meer in overeenstemming wordt gehandeld met de eisen van de rechtsstaat, dan bij het andere privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds het geval is. Dit verschil mag er op grond van het privaatrecht zijn, maar is dit verschil ook wenselijk?

7.2 Hoe nu verder: accepteren of aanpassen?

Vooropgesteld zij dat een klassieke overheidsinstelling zelf besluit om een revolverend fonds als privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten. Daarbij wordt op Rijksniveau de voorhangprocedure zoals neergelegd in artikel 4.7 lid 1 onder a of onder b Comptabiliteitswet doorlopen³⁸¹ en wordt op decentraal niveau gebruikgemaakt van de lichte voorhangprocedure uit artikel 158 lid 2 Provinciewet of artikel 160 lid 2 Gemeentewet.³⁸² Het voordeel van deze procedures is dat de volksvertegenwoordiging op landelijk en decentraal niveau in de gelegenheid wordt gesteld om zich uit te spreken over de oprichting van een revolverend fonds in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon, waarmee deze revolverende fondsen in zekere zin democratisch gelegitimeerd zijn.³⁸³ Er zou dus gesteld kunnen worden dat de klassieke overheidsinstelling er zelf voor kiest om de eisen van de rechtsstaat voor revolverende fondsen buitenspel te zetten, waarmee wij dit handelen als (bestuursrecht)juristen dienen te accepteren.

Toch vind ik deze stellingname te gemakkelijk. Privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen verstrekken grote hoeveelheden overheidsgeld aan onderne-

³⁸¹ Deze procedure hoeft niet te worden doorlopen wanneer een revolverend fonds in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon bij wet in formele zin wordt opgericht, zoals blijkt uit art. 4.7 lid 3 onder a Comptabiliteitswet. Dit is bijvoorbeeld het geval geweest bij de revolverende fondsen Invest-NL en Invest International. Zie ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 181.

³⁸² Zie over deze twee procedures uitgebreid Huisman & Van Ommeren 2019, p. 178-190.

³⁸³ Vergelijk Van den Brink 2021, p. 250. Van den Brink stelt dat de voorhangprocedure in de Comptabiliteitswet is opgenomen met het oog op de democratische legitimatie van privaatrechtelijke rechtshandelingen van de overheid.

mingen en daarom is het wenselijk dat zij daarbij aan de eisen van de rechtsstaat voldoen. Wanneer de eisen van de rechtsstaat niet voor privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen gelden, heeft dit tot gevolg dat ieder revolverend fonds zijn eigen gang kan gaan. De rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor aanvragers van financiering kan daarmee per revolverend fonds zeer verschillend uitpakken, zoals is gebleken in dit preadvies. Daarnaast ontstaat de situatie dat klassieke overheidsinstellingen de eisen van de rechtsstaat bewust kunnen omzeilen door een revolverend fonds privaatrechtelijk vorm te geven.³⁸⁴ Dit standpunt wordt ook door de leden van de VAR gedeeld. Zo is de stelling ‘Publiek geld dat via een privaatrechtelijk doorgeefluik wordt verstrekt aan burgers en ondernemers dient publiekrechtelijk te worden genormeerd’ op de VAR-jaarvergadering 2021 met een ruime marge aangenomen.³⁸⁵

Eerder in dit preadvies is echter aangegeven dat de wetgever en de bestuursrechter niet staan te popelen om privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen met de eisen van de rechtsstaat te omkleeden. Hieronder zal ik daarom kort toelichten hoe zonder hulp van de wetgever of de bestuursrechter binnen het privaatrecht meer recht aan de eisen van de rechtsstaat kan worden gedaan. Daarbij is mijns inziens een rol voor de volksvertegenwoordiging, het revolverend fonds en de civiele rechter weggelegd. Bij deze drie actoren wordt hieronder kort stilgestaan.

Een actieve en oplettende volksvertegenwoordiging

In de eerste plaats zou de volksvertegenwoordiging een actievere rol op zich kunnen nemen tijdens de (lichte) voorhangprocedure bij de vormgeving van een revolverend fonds in de vorm van een nv, bv of stichting.³⁸⁶ De vrijheid die het privaatrecht laat aan de inrichting van de statuten en reglementen, biedt in de praktijk mogelijkheden om meer aan de eisen van de rechtsstaat tegemoet te komen. Deze mogelijkheden moeten dan wel bij de oprichting van het fonds in de vorm van een nv, bv of stichting worden benut. Zo kan de volksvertegenwoordiging door middel van het indienen van moties proberen te bewerkstelligen dat de statuten meer in lijn zijn met de eis van de machtsverdeling. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een scheiding tussen het orgaan dat de financiering verstrekt en het orgaan dat het investeringsreglement voor het verstrekken van financiering vaststelt. Ook kan erop worden toegezien dat een onafhankelijke adviescommissie in het leven wordt geroepen, die het bestuur adviseert bij het verstrekken van financiering aan ondernemingen. Daarnaast zou ervoor kunnen worden gekozen om de statuten en reglementen van een revolverend fonds op de website van de betreffende klassieke overheidsinstellingen te publiceren.³⁸⁷ Hoewel daarmee het probleem dat statuten en reglementen slechts interne werking hebben niet wordt opgelost, is voor ondernemingen wel duidelijker welke regels revolverende fondsen hanteren bij

384 De overheid lijkt bewust revolverende fondsen buiten het bestuursorgaanbegrip te plaatsen. Zie Den Hertog & Wever 2022, p. 22.

385 Op het moment van schrijven is het verslag van de VAR-jaarvergadering 2021 nog niet gepubliceerd. Zie voor de stelling Van den Brink 2021, p. 327.

386 Daaronder versta ik op nationaal niveau (met name) de Tweede Kamer, op provinciaal niveau Provinciale Staten en op gemeentelijk niveau de gemeenteraad.

387 Op de website van de provincie Noord-Holland zijn de statuten en jaarrekening van 2018, 2019 en 2020 van het PDENH bijvoorbeeld al terug te vinden. Zie de website van de provincie Noord-Holland, raadpleegbaar via noordholland.nl/Over_de_provincie/Organisatie/Deelnemingen/Deelnemingen/Participatiefonds_Duurzame_Economie_Noord_Holland_B_V_PDENH.

het verstrekken van financiering. Deze verplichting zou op decentraal niveau zelfs kunnen worden opgenomen in het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten (Bbv), al is daarvoor wel welwillendheid van de regering nodig.³⁸⁸ Op deze wijze wordt binnen een privaatrechtelijk vormgegeven fonds meer aan de legaliteitseis, de eis van wetmatigheid van bestuur en de eis van de machtsverdeling tegemoetgekomen. Het nadeel van deze oplossing is echter dat onduidelijk is of de volksvertegenwoordiging zelf wel het belang inziet van deze actieve en oplettende rol. Het voorstel van de regering om Invest-NL en Invest International buiten het bestuursrecht te plaatsen, is namelijk in beide Kamers met een ruime meerderheid van stemmen aangenomen.³⁸⁹

Aansluiting bij de klachtenprocedure uit de Wft door het revolverend fonds

Met bovenstaande ‘oplossing’ is echter nog geen recht gedaan aan de eis van de grondrechten en de eis van de rechterlijke controle. De toegang tot de rechter zou bij revolverende fondsen kunnen worden verbeterd door aansluiting te zoeken bij de klachtenprocedure die op grond van de Wft is vereist voor het verlenen van kredieten aan consumenten.³⁹⁰ Wat mij betreft is er geen verschil tussen een consument en een (midden- en klein)onderneming die financiering bij een revolverend fonds aanvraagt, omdat in beide gevallen sprake is van een ongelijkwaardige verhouding tussen het revolverend fonds enerzijds en de consument of de onderneming anderzijds. Het voordeel van een klachtenprocedure in lijn met de Wft is dat het een revolverend fonds niet is toegestaan een beding op te nemen dat de toegang tot de civiele rechter belet of belemmert. Bij een gehele of gedeeltelijke afwijzing van de klacht door het revolverend fonds heeft het fonds namelijk de verplichting om te vermelden dat een geschil aanhangig kan worden gemaakt bij de burgerlijke rechter.³⁹¹ Een nadeel van het zoeken van aansluiting bij de klachtenprocedure uit de Wft is dat daarvoor welwillendheid van het revolverend fonds zelf is vereist of (wederom) een actieve en oplettende volksvertegenwoordiging tijdens de (lichte) voorhangprocedure. Daarbij acht ik het zeer onwaarschijnlijk dat het revolverend fonds zelf een beroep op de civiele rechter zal stimuleren.³⁹² Geen enkel fonds zit immers te wachten op het voeren van allerlei procedures bij de civiele rechter.

³⁸⁸ De meeste revolverende fondsen in de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon kwalificeren immers als verbonden partij, aldus Van den Brink 2018, p. 13. Zie art. 1 lid 1 onder b Bbv voor een definitie van het begrip verbonden partij.

³⁸⁹ Het wetsvoorstel Machtigingswet oprichting Invest-NL is in de Tweede Kamer zelfs met 150 stemmen aangenomen. Zie de website van de Tweede Kamer, raadpleegbaar via tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2019Z00792&dossier=35123#activity-2019a02249. Bij het wetsvoorstel Machtigingswet oprichting Invest International waren dit (nog) 108 stemmen. Zie de website van de Tweede Kamer, raadpleegbaar via tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2020Z13979&dossier=35529.

³⁹⁰ Art. 4:17 lid 1 onder a Wft en art. 40 t/m art. 44 Bgfo Wft.

³⁹¹ Art. 42 Bgfo Wft.

³⁹² Tijdens de vergadering van de Jonge VAR wees Kennis op de mogelijkheid van zelfregulering door revolverende fondsen in de vorm van *governance codes*. Zie Den Hertog & Wever 2022, p. 23-24. Hoewel ik zelfregulering in de vorm van *soft law* een stap in de goede richting vind, betwijfel ik of revolverende fondsen vrijwillig voor zelfregulering zullen kiezen. Welk belang hebben revolverende fondsen bij zelfregulering?

De eisen van de redelijkheid en billijkheid bij de civiele rechter

In de laatste plaats kan de civiele rechter eraan bijdragen dat voor ondernemingen die een negatief financieringsbesluit van een revolverend fonds ontvangen, effectievere rechtsbescherming openstaat. De civiele rechter zou – ook wanneer partijen hier geen expliciet beroep op doen – de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in ogenschouw moeten nemen, gelet op het feit dat de precontractuele fase ook door deze eisen wordt beheerst.³⁹³ Bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid speelt ook de aard van de rechtsverhouding waarover het gaat een rol.³⁹⁴ Revolverende fondsen verkeren in relatie tot een onderneming die financiering bij het fonds aanvraagt in een machtspositie. De kans is immers groot dat bij een negatief financieringsbesluit het maatschappelijk relevante project van de onderneming niet door de kapitaalmarkt wordt gefinancierd.³⁹⁵ Wanneer een revolverend fonds zich beroept op een voorbehoud of de toepasselijkheid van de grondrechten in de precontractuele fase heeft uitgesloten, dient de civiele rechter met deze machtspositie van het revolverend fonds rekening te houden. De eisen van de redelijkheid en billijkheid zouden er dan voor kunnen zorgen dat een revolverend fonds geen beroep op een voorbehoud kan doen.³⁹⁶ Het probleem van deze ‘oplossing’ is echter dat veel aanvragers van financiering de weg naar de civiele rechter niet weten te vinden.³⁹⁷ Zolang de klachtenprocedure door revolverende fondsen niet anders wordt ingericht, kan de civiele rechter de eisen van de redelijkheid en billijkheid ook niet inzetten om meer rechtsbescherming te bieden.

Op basis van het voorgaande blijkt dat aan het realiseren van de eisen van de rechtsstaat voor privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen met behulp van bovenstaande drie actoren nogal wat haken en ogen zitten. Een eerder voorstel van de Venetië Commissie verdient daarom naar mijn mening hernieuwde aandacht.³⁹⁸

De eisen van de rechtsstaat van toepassing op private actoren belast met een publieke taak

De Venetië Commissie pleit er in dit voorstel voor om private actoren die zijn belast met publieke taken en waarvan de handelingen en beslissingen een vergelijkbare impact hebben op particulieren als die van publieke autoriteiten, aan de eisen van

393 HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp). Zie Ruygvoorn 2009, p. 51-52; Bakker 2012, p. 41-44 en Bakker 2018, p. 102. Zie over de ambtshalve toepassing van de redelijkheid en billijkheid Bakker 2012, p. 119 e.v.

394 Snijders 1988, p. 57; Huisman & Van Ommeren 2019, p. 352 en Jansen 2021, p. 78. Daarnaast moet bij de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Dit is bepaald in art. 3:12 BW.

395 Dit heeft te maken met het feit dat een revolverend fonds wordt opgericht met het oog op marktfalen, zoals in par. 2.2 van dit preadvies is bepaald. Zie over de machtspositie die het revolverend fonds inneemt ook Ortlep & Van Waarde 2021, p. 426-427.

396 Vergelijk Ruygvoorn 2009, p. 238.

397 Tijdens de vergadering van de Jonge VAR nam Kennis de stelling in dat rechtspraak van de civiele rechter moet worden afgewacht, voordat een beroep kan worden gedaan op de wetgever om het gebrek aan rechtsbescherming tegen beslissingen van revolverende fondsen te repareren. Zie Den Hertog & Wever 2022, p. 23-24. Gelet op het feit dat aanvragers van financiering de weg naar de civiele rechter niet weten te vinden, betwijfel ik of deze rechtspraak er ooit gaat komen en of daarom van een ‘oplossing’ kan worden gesproken.

398 Zie Huisman & Van Ommeren 2019, p. 348-349 die hier al eerder aandacht voor hebben gevraagd.

de rechtsstaat te onderwerpen.³⁹⁹ Deze visie past mijns inziens binnen de gedachte dat de rechtsstaat een historisch verschijnsel is.⁴⁰⁰ De eisen van de rechtsstaat zijn ontwikkeld in een tijd waarin voornamelijk het eenzijdig overheidshandelen voorop stond,⁴⁰¹ terwijl wij ons tegenwoordig in een netwerksevenleving bevinden waar overheid, onderneming en burger elkaar nodig hebben om maatschappelijke problemen samen op te lossen.⁴⁰² De rechtsstatelijke eisen dienen mijns inziens met deze veranderende rol van de overheid mee te verschuiven, waardoor ook privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen zijn gebonden aan de eisen van de rechtsstaat.⁴⁰³

Om dit te realiseren zijn we wel aangewezen op de wetgever.⁴⁰⁴ De wetgever zou een afzonderlijk wettelijk kader voor financiële verstrekkingen door de overheid kunnen creëren, zoals recent door Van den Brink is bepleit.⁴⁰⁵ In dit wettelijk kader heeft Van den Brink ook een plek gereserveerd voor het verstrekken van overheids-geld via revolverende fondsen. Het voordeel van zo'n formeel-wettelijk kader is dat alle revolverende fondsen aan dezelfde eisen van de rechtsstaat zijn gebonden, waarmee de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van ondernemingen die financiering bij een fonds aanvragen, is gediend. Daarnaast is er binnen de wet de ruimte om de eisen van de rechtsstaat toe te snijden op het privaatrechtelijk vormgegeven revolverend fonds. Wanneer het creëren van een nieuwe wet te tijdrovend is, zou de (lichte) voorhangprocedure in de Comptabiliteitswet, de Provinciewet en de Gemeentewet kunnen worden aangepast. Binnen deze procedure zou de eis kunnen worden gesteld dat privaatrechtelijke rechtspersonen alleen mogen worden opgericht, indien de eisen van de rechtsstaat door deze rechtspersonen worden gewaarborgd. Op decentraal niveau zou deze verplichting ook in de Wet financiering decentrale overheden kunnen worden opgenomen. Wanneer het aanpassen van bestaande wetgeving ook te veel is gevraagd, zou een soortgelijke bepaling kunnen worden neergelegd in de bestaande beleidskaders die op Rijksniveau gelden voor het oprichten van staatsdeelnemingen en overheidsstichtingen.⁴⁰⁶

399 European Commission for Democracy Through Law 2011, p. 13 en European Commission for Democracy Through Law 2016, p. 24. Zie hierover ook Huisman & Van Ommeren 2019, p. 348-349; Jak 2019, p. 103 en Van Dijk 2016, p. 140.

400 Van der Hoeven 1989, p. 1. Zie ook Scheltema 1989, p. 14, waarin hij omschrijft dat de rechtsstaat historische wortels heeft en met de maatschappelijke ontwikkelingen van karakter is veranderd; Bovens 1998, p. 6, waarin hij omschrijft dat de rechtsstaat zich heeft gevoegd naar zijn historische en maatschappelijke omgeving en Van Ommeren 2003, p. 9-12, waarin hij de ontwikkeling van de rechtsstaat in drie fasen onderscheidt.

401 Zie bijvoorbeeld Schlössels & Zijlstra 2017, p. 30-31; Bovens 1998, p. 4-5 en Van Ommeren & Zijlstra 2003, p. 1-2.

402 Over deze netwerksevenleving is al veel geschreven door Van den Berge. Zie bijvoorbeeld Van den Berge 2018; Van den Berge 2019 en Van den Berge 2020. Zie ook Scheltema & Scheltema 2013, p. 11 die aangeven dat rechtsstatelijke uitgangspunten ook in privaatrechtelijke verhoudingen verwezenlijkt moeten worden.

403 Jak 2019, p. 103.

404 Vergelijk Van Dijk 2016, p. 145 die stelt dat de Rule of Law Checklist een bruikbaar instrument is voor de nationale rechter en de wetgever.

405 Van den Brink 2021, p. 324.

406 Zie Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, bijlage bij Kamerstukken II 2013/14, 28165, nr. 165 en Kader voor stichtingen. Beleidskader voor betrokkenheid van de Rijksoverheid bij het oprichten van stichtingen, bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 25268, nr. 42.

7.3 Afsluiting

Dit preadvies heeft inzichtelijk gemaakt dat het financieren van maatschappelijk gewenste activiteiten via privaatrechtelijk vormgegeven revolverende fondsen voor de aanvragers van financiering een verminderde waarborg van de eisen van de rechtsstaat betekent. Hoewel de wetgever en de bestuursrechter het bewandelen van de privaatrechtelijke weg voor het financieren van maatschappelijk gewenste activiteiten tot nu toe eerder bevorderen dan tegenwerken, hoop ik dat dit preadvies eraan bijdraagt dat zij voortaan een weg inslaan waar de eisen van de rechtsstaat wel vooropstaan. Anders durf ik niet uit te sluiten dat het thema 'Publieke taken en privaatrecht' over 68 jaar nog steeds actueel is.

Lijst van aangehaalde literatuur

Algemene Rekenkamer 2019

Algemene Rekenkamer, *Zicht op revolverende fondsen van het Rijk*, Den Haag: april 2019.

Van Asperen 2019

P. van Asperen, 'Publieke financiering met aandelenkapitaal. Is een aandelenparticipatie vanuit een "revolving fund" een subsidie?', *Gst.* 2019/83, p. 413-418.

Asser Procesrecht/Giesen 1 2015

I. Giesen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Hartkamp 3-I 2019

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Kroeze 2-I 2021

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verbrugh), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017

J.M.M. Maeijer & M. van Olffen *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Rensen 2-III 2017

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolter Kluwer 2012.

Bakker 2018

F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bakker & Tolsma 2021

D.E. Bakker & H.D. Tolsma, 'Omgevingsfondsen bij wind- en zonneparken. Pecunia non olet?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2021, afl. 3, p. 76-85.

Bartman & Dorresteyn/Olaerts 2020

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn/M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van den Berge 2018

L. van den Berge, 'Bestuursrecht in de netwerksamenleving. Waarom de rechtsmacht van de bestuursrechter een materiële grondslag behoeft', *RMThemis* 2018/4.

Van den Berge 2019

L. van den Berge, 'Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving. Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-224.

Van den Berge 2020

L. van den Berge, 'Responsief bestuursrecht', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van den Berge e.a. 2020

L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Rensen & S. Van Heukelom-Verhage, *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Boelman e.a. 2018

A.J.R. Boelman e.a., *Revolverend Fonds Stedelijke Transformatie. Katalysator en versneller voor projecten van overmorgen (in opdracht van Stuurgroep Stedelijke Transformatie)*, Rotterdam: Fakton Consultancy 2018.

Borman in: T&C Awb 2021

T.C. Borman, commentaar op art. 9:1 Awb, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Bovens 1998

M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998.

Van den Brink 2018

J.E. van den Brink, *Realistisch Revolveren. Het revolverend fonds met een Europese touch (oratie Maastricht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van den Brink 2021

J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: J.P. Loof e.a., *Bestuursrecht in crisistijd (VAR-reeks 166)*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-338.

Van den Brink & Den Ouden 2016

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, p. 2888-2897.

Van den Brink & Den Ouden 2019

J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'Van regel naar uitzondering. Over hoe de Algemene wet bestuursrecht veel "subsidierelaties" niet of nauwelijks normeert', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb in eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 213-223.

Buijn 1999

F.K. Buijn, 'Statuten: terug naar de overeenkomst', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 120.

Buijn & Storm 2013

F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013.

Burkens e.a. 2017

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Buys 1992

S.G.M. Buys, 'Statuten, reglementen en besluiten als algemene voorwaarden?', *TVVS* 1992/77.

Van Dijk 2016

P. van Dijk, 'Toetsing aan de beginselen van de rechtsstaat: de Venetië Commissie', in: M.M. Bosma, D. van Leeuwen & O. van Loon (red.), *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink*, Den Haag: Raad van State 2016, p. 137-148.

Van Dijk 2021

B. van Dijk, 'Shell zet investeringsfonds op van \$1,4 mrd voor energietransitie', FD 5 november 2021.

Dortmond 2013

P.J. Dortmund, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Van Duin 2019

J.M.L. van Duin, 'Effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2019/5, p. 138-144.

Ernste 2012

P.E. Ernste, *Bindend advies* (Onderneming en recht nr. 74) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

European Commission for Democracy Through Law 2011

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Report on the Rule of Law*, Council of Europe 2011.

European Commission for Democracy Through Law 2016

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Rule of Law Checklist*, Council of Europe 2016.

Gerbrandy 2009

A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel: veertig jaar later. Privaatrecht- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.

De Goede & Troostwijk 1956

B. de Goede & M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen* (VAR-reeks 34), Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink & Zoon 1956.

Hamers, Schwarz & Zaman 2018

J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging. Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

Hartkamp 2017

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht* (Monografieën BW nr. A1), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Den Hertog & Wever 2022

L. den Hertog & M. Wever, 'Verslag Jonge VAR 2021: publieke taken en privaatrecht', *NTB* 2022/6, p. 20-24.

Van der Hoeven 1989

J. van der Hoeven, 'De rechtsstaat herdacht', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 1-9.

Huisman & Van Ommeren 2019

P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen op de grens van publiek- en privaatrecht* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huizink, in: GS Rechtspersonen 2021

J.B. Huizink, commentaar op art. 2:3 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Huizink, in: GS Rechtspersonen 2021

J.B. Huizink, commentaar op art. 2:5 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Huizink, in: GS Rechtspersonen 2021

J.B. Huizink, commentaar op art. 2:14 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van der Jagt 2006

J.A.E. van der Jagt, *Milieuconvenanten gehandhaafd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Jak 2014

N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Jak 2019

N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht. De afnemende betekenis van het bestuursorgaanbegrip als sleutel tot rechtsstatelijkheid bij ontstatelijking' in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 101-112.

Jansen 2021

C. Jansen, 'Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter', in: R.J.N. Schlössels, C.J.H. Jansen & I. Opdebeek

(red.), *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 45-81.

Kemp & Schwarz 2013

B. Kemp & K. Schwarz, 'Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het Wetsvoorstel "Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting"', *Ondernemingsrecht* 2013/120.

Lalkens 2020

P. Lalkens, 'Meest vervuilde stad steekt € 100 mln in omslag naar schonere industrie', FD 1 december 2020.

Van Male 2019

R.M. van Male, 'Bestuursrechtspraak bij erosie van het legaliteitsbeginsel', *NTB* 2019/5, p. 35-38.

Meulenbroek 2014

J.M.C. Meulenbroek, *Klachtrecht en ombudsman. Een praktische handleiding*, Deventer: Kluwer 2014.

Motké & Grol 2021

S. Motké & C. Grol, 'Investeringsfonds Noord-Holland vangt bot in zaak tegen oud-bestuurders Torcado', FD 30 augustus 2021.

Nijland 2013

J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Nehmelman & Noordlander 2013

R. Nehmelman & C.W. Noordlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Noteboom 1953

J.W. Noteboom, 'Samenwerking van overheid en particulieren', in: J.W. Noteboom & L.R.J. Ridder van Rappard, *Samenwerking van overheid en particulieren* (VAR-reeks 26), Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink & Zoon 1953, p. 7-19.

Noteboom & Ridder van Rappard 1953

J.W. Noteboom & L.R.J. Ridder van Rappard, *Samenwerking van overheid en particulieren* (VAR-reeks 26), Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink & Zoon 1953.

Den Ouden 2002

W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2002.

Den Ouden 2014

W. den Ouden, 'Oppassen met revolverend financieren', SC 2014/10.

Den Ouden 2016

W. den Ouden, 'Het coöperatieve bestuursorgaan', *NTB* 2016/52, p. 387-392.

Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021

W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidieright (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2021.

Van Ommeren 2003

F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-22.

Van Ommeren & Zijlstra 2003

F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra, 'Inleiding', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-4.

Ortlep & Van Waarde 2021

R. Ortlep & V.A. van Waarde, 'Revolverend publiek geld in het echt!', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 417-432.

Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019

C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Parret 2012

L.Y.M. Parret, 'Effectieve rechtsbescherming: eindeloos, potentieel, ongeleid projectiel?', *NtEr* 2012, afl. 5, p. 157-168.

Provincie Groningen 2014

Provincie Groningen, *Afwegingskader publiek vermogen Groningen*, Groningen 2014.

Provincie Utrecht 2019

Provincie Utrecht, *Uitvoeringsrichtlijnen financieringsbeleid provincie Utrecht. Garanties, leningen en revolverende fondsen*, Utrecht 2019.

Provincie Utrecht 2020

Provincie Utrecht, *Financieringsbeleid provincie Utrecht. Financieringsinstrumenten Garanties, leningen en revolverende fondsen*, Utrecht 2020.

Provincie Zuid-Holland 2016

Provincie Zuid-Holland, *Handreiking revolverende fondsen provincie Zuid-Holland*, Den Haag 2016.

Van Rijn van Alkemade, Kleinhout & Vermaat 2021

J.M.J. van Rijn van Alkemade, A.A. Kleinhout & M.F. Vermaat, 'De algemene wet bestuursrecht en de terugtrekkende overheid', in: L.W. Verboeket e.a. (red.),

Bestuursrecht in het recht. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 401-414.

Roelfsema 2022

J.P. Roelfsema, 'Rechtsstatelijk revolveren. Bespreking preadvies Jonge VAR 2021 van Veerle van Waarde "Revolverend overheidsgeld in het privaatrecht"', NTB 2022/4, p. 14-17.

Roest in: T&C BW 2021

J. Roest, commentaar op titel 1 Boek 2 BW, in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

De Ru 1981

H.J. de Ru, *Staatsondernemingen en staatsdeelnemingen. Juridische aspecten en de gevolgen daarvan voor het economisch beleid* (diss. Utrecht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981.

Ruygvoorn 2009

M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

Ruygvoorn 2013

M. R. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013.

Van de Sande 2019

S.A.L. van de Sande, *Overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Silverentand & Van der Eerden 2018

L.J. Silverentand & F.W.J. van der Eerden (red.), *Hoofdpijnen Wft (Recht en Praktijk nr. FR6)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Scheltema 1989

M.W. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat her gedacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 11-25.

Scheltema 2014

M.W. Scheltema, 'Bestuursrecht van de toekomst en "ontstatelijking": nieuwe perspectieven?', NTB 2014/29.

Scheltema & Scheltema 2013

M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Schlössels 2020

R.J.N. Schlössels, 'Besluitloos besturen', Gst. 2020/23, p. 109-110.

Schlössels 2021

R.J.N. Schlössels, 'De beginselen van behoorlijk bestuur bij "privaat bestuur": algemene normen, gevarieerde rechterlijke toetsing en organisatorische breuklijnen?', in: R.J.N. Schlössels, C.J.H. Jansen & I. Opdebeek (red.), *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 13-43.

Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019

R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 2. Rechtsbescherming, Overheidsaansprakelijkheid* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schlössels & Zijlstra 2017

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schreuder 1994

C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen. Verzelfstandiging en privatisering in de vorm van vennootschappen en stichtingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Schroten 2000

K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Snijders 1988

W. Snijders, 'Artikel 3.1.1.15 nieuwe BW en de schakelbepalingen nader bezien', in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 49-69.

Timmermans 2020

R.A.F. Timmermans, 'Indirect externe besluiten, verwarring alom!', *Ondernemingsrecht 2020/90*, p. 485-492.

Van Uchelen-Schipper 2018

M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Uzman 2021

J. Uzman, "'Which in our case we have not got". Naar een nationaal beginsel van effectieve rechtsbescherming?', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het recht. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 255-269.

Van der Velden 2015

J. van der Velden, 'Fondsen voor gemene rekening: wel of geen maatschap?', *FR 2015/4*, p. 139-145.

Van Vught 2020

K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 162) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Waaier 1993

B.C.M. Waaier, *Statuten en statutenwijziging* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993.

Wassink 2012

A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 89) (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012.

Van Waarde 2020

V.A. van Waarde, 'Transparant revolveren kan men leren. Naar een transparante verdeling van publiek geld via revolverende fondsen', *NTB* 2020/206, p. 488-496.

Van Waarde 2022

V.A. van Waarde, 'Naschrift', *NTB* 2022/5, p. 18-19.

Wiersma & Visser 2019

L. Wiersma & L. Visser, *Geharmoniseerde Impactmeting Regionale Energiefondsen. Uitkomsten onderzoek en tekstvoorstel publiekeenergiefondsen.nl*, Groningen: E&E advies 2019.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2014

H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017

J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Zijlstra 1997

S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. Rotterdam), 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij 1997.

Zijlstra 2008

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7-93.

Zijlstra 2018

S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54.

Zijlstra 2019

S.E. Zijlstra, 'Het materiële systeem van de Awb', *JB* 2019/219, p. 1367-1375.

Zijlstra, Peters & Van der Ploeg 2006

S.E. Zijlstra, J.A.F. Peters & T.J. van der Ploeg, *Samenwerking door en met de overheid in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsvormen* (Onderzoek in opdracht van de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties), Amsterdam/Tilburg 2006.

Zijlstra, Van Gestel & Freriks 2008

S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?* (VAR-reeks 140), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

