UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De rol van de Ombudsman in tijden van ontstatelijking

Een onderzoek naar ombudsbescherming bij de financiering van publieke taken

Habicht, Y.

Publication date
2024

Document Version
Final published version

Published in
Nederlands Juristenblad

License
Article 25fa Dutch Copyright Act (https://www.openaccess.nl/en/policies/open-access-in-dutch-copyright-law-taverne-amendment)

Link to publication

Citation for published version (APA):
Habicht, Y. (2024). De rol van de Ombudsman in tijden van ontstatelijking: Een onderzoek naar ombudsbescherming bij de financiering van publieke taken. *Nederlands Juristenblad*, *99*(35), 2918-2923. Article 2322. https://www.inview.nl/document/idfd69b4e362f4431db487d16e9f4b08f8?ctx=WKNL_CSL_85

General rights
It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations
If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: https://uba.uva.nl/en/contact, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (https://dare.uva.nl)

Download date:16 Dec 2025

De rol van de Ombudsman in tijden van ontstatelijking

Een onderzoek naar ombudsbescherming bij de financiering van publieke taken

Yacintha Habicht[1]

Steeds vaker gaan overheden een publiek-private samenwerking aan of richten zij privaatrechtelijke rechtspersonen op om publiek geld te alloceren. Wanneer een publieke taak niet door de overheid zelf, maar door een private partij wordt uitgevoerd kan een discrepantie in rechtsbescherming ontstaan. De inzet van private partijen bij de uitvoering van publieke taken is dus niet zonder gevolgen en het is de burger die hiervan de consequenties ondervindt nu de rechtsbescherming van die burger er op achteruit gaat wanneer een private partij, die niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan, een publieke taak uitvoert. Als in ieder geval de ombudsman wettelijk bevoegd zou zijn om te oordelen over private partijen die als doorgeefluik van de overheid publieke gelden verstrekken zou dat al enig soelaas bieden.

1. Inleiding

Binnen Nederland is de trend van *ontstatelijking* al enige tijd gaande. Doordat publiek taken worden geprivatiseerd vindt er een verschuiving plaats tussen het publiek- en privaatrecht.[2] Een voorbeeld is de decentralisatie van publieke taken binnen het sociaal domein, waarbij gemeenten de uitvoering van een taak veelal uitbesteden aan private partijen.[3] Ontstatelijking heeft ook gevolgen voor de wijze waarop de overheid publieke taken financiert. Steeds vaker gaan overheden een publiek-private samenwerking aan of richten zij privaatrechtelijke rechtspersonen op om publiek geld te alloceren.[4] Zo zijn er nieuwe financieringsinstrumenten – zoals revolverende fondsen, *social impact bonds*, vouchers en netwerksubsidies – ontstaan.[5] Deze financieringsinstrumenten worden in de praktijk al volop gebruikt, terwijl niet altijd evident is hoe deze nieuwe financieringsinstrumenten juridisch (dienen te) worden genormeerd en of er bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat tegen de inzet van deze instrumenten door de overheid. Het is de vraag of ontstatelijking bij de financiering van publieke taken een wenselijke trend is. Al sinds jaar en dag waarschuwen verschillende auteurs dat de verstrekking van publiek geld via private partijen kan leiden tot een tekort aan publiekrechtelijke normering en daarmee ook aan rechtsstatelijke waarborgen.[6]

Een van de rechtsstatelijke waarden die in het geding zijn bij ontstatelijking is de rechtsbescherming die normaliter openstaat tegen overheidshandelen. Door verschuiving van de grenzen tussen het publiek- en privaatrecht is het namelijk niet langer vanzelfsprekend dat burgers zich bij een geschil over de publieke taakuitvoering kunnen beroepen op laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming.[7] In deze bijdrage zal aan de hand van twee voorbeelden de rechtsbeschermingsproblematiek bij ontstatelijking bij overheidsfinanciering worden geïllustreerd (par. 2) waarbij in het bijzonder aandacht zal zijn voor de rol van de Nationale ombudsman (par. 3).[8] In de afsluiting (par. 4) zullen aanbevelingen worden gedaan om de rechtsbescherming, en in het bijzonder de positie van de ombudsman, te verbeteren.

2. Gelijk geval, ongelijke rechtsbescherming

Hierna zal aan de hand van twee voorbeelden de rechtsbeschermingsproblematiek bij ontstatelijking bij overheidsfinanciering worden geïllustreerd.

Het eerste voorbeeld betreft de herstel- en steunpakketten die door de overheid zijn verstrekt ter compensatie van de gevolgen van de coronacrisis.[9] De verstrekking van coronasteun werd door de overheid deels publiekrechtelijk vormgegeven, namelijk via subsidieregelingen, onverplichte tegemoetkomingsregelingen, inkomensvoorzieningsregelingen en een nadeelcompensatieregeling.[10] Voor al deze regelingen geldt dat ze publiekrechtelijk zijn genormeerd en dat er bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Een deel van de verstrekking van de coronasteun is echter privaatrechtelijk vormgegeven. Het gaat daarbij om steun die via een minister – meestal die van EZK of OCW – is verstrekt aan privaatrechtelijke entiteiten.[11] Deze privaatrechtelijke entiteiten verstrekken de steun op hun beurt weer aan de eindontvangers en fungeren zogezegd als *doorgeefluik*.[12] Zo verstrekten Regionale Ontwikkelingsmaatschappijen (hierna: ROM's) de Corona-overbruggingslening (COL) en is stichting Qredits ingezet voor de verstrekking van Coronaoverbruggingskredieten en TOA-kredieten.[13]

De toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming staat enkel open wanneer voornoemde private partijen bij de uitvoering van hun publieke taak zijn aan te merken als bestuursorgaan. De ROM's zijn allemaal een NV of een BV en Qredits is een stichting.[14] Vanwege de privaatrechtelijke aard is dus uitgesloten dat (de organen van) deze partijen een a-bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 onder a Awb zijn.[15] Doordat de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het verstrekken van de coronasteun door de ROM's en Qredits ontbreekt, is het ook uitgesloten dat de (organen van de) ROM's en Qredits een wettelijk b-bestuursorgaan ex artikel 1:1 lid 1 onder b Awb zijn. De enige optie die dan nog overblijft is dat (de organen van) de ROM's en Qredits op grond van de *publieke taak*-jurisprudentie zijn aan te merken als buitenwettelijke b-bestuursorganen.[16] Daarvoor is vereist dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van financiering in beslissende mate worden bepaald door een a-bestuursorgaan én (cumulatief) dat de te verstrekken financiering door de privaatrechtelijke entiteit voor ten minste twee derde afkomstig is van een a-bestuursorgaan.[17] Aan het financiële vereiste is in deze gevallen zonder meer voldaan. Vanuit het Ministerie van EZK hebben de ROM's en

De toegang tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming staat enkel open wanneer private partijen bij de uitvoering van hun publieke taak zijn aan te merken als bestuursorgaan

Auteur

1. Mr. Y. Habicht verricht promotieonderzoek naar overheidsleningen en -garanties bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage is een bewerking en actualisering van haar masterscriptie: *De Nationale ombudsman & rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Een onderzoek naar rechtsbescherming bij privaatrechtelijk vormgegeven coronasteun* (masterscriptie UVA) 2022 (bekroond met de VAR-scriptieprijs 2024 en aangemerkt als *NJB*-topscriptie). Auteur dankt Annemarie Drahmann en Jacobine van den Brink voor commentaren op de vorige versie(s) van deze bijdrage.

Noten

2. M.W. Scheltema, 'Bestuursrecht van de toekomst en 'ontstatelijking': nieuwe perspectieven?', *NTB* 2014/29; M. Scheltema, 'Uitbesteding van overheidstaken: wegbestemming van rechtsbescherming?', *NTB* 2016/49; S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54; N. Jak, *Semipublieke instellingen: de juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2014.

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

4. J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, afl. 39 ; W. den Ouden, M.J. Jacobs & J.E. van den Brink, *Subsidierecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 25 e.v.

5. Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, afl. 39; Den Ouden, Jacobs & Van den Brink 2021, p. 25 e.v.

6. Van den Brink & Den Ouden, *NJB* 2016/2000, afl. 39; 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; 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; 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*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

7. Onder bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt in deze bijdrage verstaan: een (interne) klacht- en bezwaarprocedure bij de betreffende instantie, een beroepsprocedure bij de bestuursrechter en een klachtprocedure bij de Nationale ombudsman, met inachtneming van de toetsing aan (on) geschreven publiekrechtelijke normen. Y. Habicht, *De Nationale ombudsman & rechtsbeschermingsproblematiek rondom ontstatelijking. Een onderzoek naar rechtsbescherming bij privaatrechtelijk vormgegeven coronasteun* (masterscriptie UVA), 2022 (bekroond met de VAR-scriptieprijs 2024 en aangemerkt als *NJB*-topscriptie), p. 14.

8. Waar in deze bijdrage gesproken wordt over (Nationale) ombudsman wordt ook bedoeld lokale ombudslieden.

9. Zie hierover uitgebreid 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: BJu 2021.

10. Van den Brink 2021, p. 145-146.

11. Van den Brink 2021, p. 189.

12. Van den Brink 2021, p. 189.

13. De Corona-overbruggingslening (COL) werd in april 2020 in het leven geroepen met als doel start-ups, scale-ups en innovatieve mkb'ers te ondersteunen vanwege de economische gevolgen van het coronavirus. De verstrekking van de COL was in handen van Regionale Ontwikkelingsmaatschappijen (ROM's). In maart 2020 heeft het kabinet via stichting Qredits corona-overbruggingskredieten voor starters en kleine ondernemers tot stand gebracht. In 2021 kwam daar het Time Out Arrangement (TOA)-krediet bij, voor mkb-ondernemers die met gebruikmaking van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) hun bedrijf willen doorstarten.

14. Zie voor meer informatie over de ROM's: Van den Brink 2021, p. 191-197; J.E. van den Brink & M.J. Jacobs, 'De beschikkingvervangende subsidieovereenkomst: alive and kicking in de schemerzone van de Awb', in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 15-28; J.E. van den Brink, D.K. Jongkind & V.A. van Waarde, 'De privaatrechtelijk vormgegeven ROM's als doorgeefluik van publiek geld. De Wgr als publiekrechtelijk alternatief?', *JBplus* 2022/11.

15. Van den Brink 2021, p. 191.

16. 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.

17. 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.

Het stellen van randvoorwaarden is niet voldoende om aan het inhoudelijk vereiste uit de *publieke taak*-jurisprudentie te voldoen

Qredits een subsidie in de vorm van een lening ontvangen om de steunregelingen te verstrekken aan eindontvangers. De financiering is dus volledig afkomstig van een a-bestuursorgaan. De subsidiebeschikking gaat gepaard met een leningsovereenkomst waarin is overeengekomen dat de (potentiële) eindontvangers aan een aantal randvoorwaarden dienen te voldoen om in aanmerking te komen voor coronasteun. Deze randvoorwaarden zijn er om te waarborgen dat alleen gezonde bedrijven worden gesteund. Een van die voorwaarden is bijvoorbeeld dat de aanvrager niet al eind 2019 in financiële moeilijkheden mocht verkeren.[18] Hoewel er dus door de Minister van EZK randvoorwaarden voor de verstrekking aan de ROM's en Qredits zijn opgelegd, bevatten deze randvoorwaarden geen concrete selectiecriteria op basis waarvan de ROM's en Qredits beslissen over de uiteindelijke toekenning van de coronasteun aan de eindontvangers. Op grond van de geldende jurisprudentie is het stellen van randvoorwaarden niet voldoende om aan het inhoudelijk vereiste uit de *publieke taak*-jurisprudentie te voldoen.[19] Ik kom dan ook tot de conclusie dat de ROM's en Qredits – voor zover zij coronasteun verstrekken – niet zijn aan te merken als (buitenwettelijke) b-bestuursorganen. Dit betekent dat er geen bezwaar en beroep openstond tegen de beslissingen van de ROM's en Qredits en dat ook de ombudsman in beginsel niet bevoegd is om kennis te nemen van klachten over deze private partijen. Daarmee hebben de ondernemers bij een beslissing over hun aanvraag een andere rechtspositie dan wanneer een vergelijkbare coronasteunmaatregel door (een uitvoeringsorganisatie van) het Ministerie van EZK zou zijn uitgevoerd. Terwijl het in alle gevallen – ongeacht of deze op publiekrechtelijke of privaatrechtelijke wijze wordt verstrekt – gaat om de uitvoering van dezelfde publieke taak: verstrekking van publiek geld ter compensatie van de gevolgen van de coronacrisis.[20] Dat de hier beschreven rechtsbeschermingsproblematiek bij ontstatelijking niet enkel een theoretisch probleem is, blijkt ook uit het aantal uitspraken over coronaregelingen dat is gepubliceerd op rechtspraak.nl. Het is opvallend dat over de publiekrechtelijk vormgegeven regelingen veelvuldig is geprocedeerd bij de bestuursrechter, terwijl procedures bij de civiele rechter over privaatrechtelijk vormgegeven coronaregelingen nauwelijks voorkomen. De zoektermen *NOW*, *TVL* en *Tozo* (alle drie publiekrechtelijke subsidieregelingen) leveren respectievelijk 3478, 1037 en 394 hits op bij de openbare zoekbank van Rechtspraak.nl.[21] Terwijl het aantal resultaten over privaatrechtelijke coronasteunregelingen substantieel lager is: *COL* (5), *TOA-krediet* (11) en *corona-overbruggingskrediet* (0).[22]

Het tweede, en meer recente voorbeeld van de rechtsbeschermingsproblematiek die ontstaat bij ontstatelijking is het Tijdelijk Noodfonds Energie (hierna: TNE). Het TNE is een initiatief van SchuldenLabNL, de Nederlandse Schuldhulproute, Eneco, Vattenval, Essent en Greenchoice en werd in 2022 opgericht als stichting.[23] Het TNE heeft als doel om te voorkomen dat financieel kwetsbare huishoudens tijdens de winter problematische (energie)schulden opbouwen en betaalt daartoe een deel van de energierekening van deze huishoudens.[24] Hoewel het TNE een privaat initiatief is, ontvangt het fonds wel een subsidie van de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen (hierna: Minister voor APP). Het TNE heeft meerdere jaren de mogelijkheid voor burgers geopend om een aanvraag in te dienen. In 2022 werd € 50 miljoen door de minister bijgedragen. Door de energieleveranciers werd eveneens een bedrag van maximaal € 50 miljoen in het fonds gestort.[25] Als gekeken wordt naar de vereisten uit de *publieke taak*-jurisprudentie,[26] dan wordt niet voldaan aan het financiële vereiste: de financiering aan (potentiële) eindontvangers is niet voor minimaal twee derde – maar slechts voor de helft – afkomstig van de Minister voor APP.[27]

In 2024 is het fonds opnieuw opengesteld en dit keer hebben de Minister voor APP en de energieleveranciers respectievelijk € 56 miljoen en € 28 miljoen bijgedragen aan de financieringen die het fonds verstrekt.[28] Aan het financiële vereiste is ditmaal dus wel voldaan. Ook aan het inhoudelijk vereiste lijkt te zijn voldaan. Er is namelijk een grote mate van betrokkenheid van de Minister voor APP geweest bij de oprichting en vormgeving van het fonds.[29] Zo keurde de Minister voor APP een eerder voorstel af, omdat de daarin gehanteerde selectiecriteria zouden leiden tot financiering aan een te smalle doelgroep. De Minister voor APP heeft dus gestuurd bij het bepalen en afbakenen van de doelgroep en zodoende ook bij het formuleren van selectiecriteria. Bovendien betreft het objectieve selectiecriteria, waaraan bij de uitvoering geen enkele beslissingsruimte lijkt toe te komen aan het TNE. Zowel het objectieve selectiecriterium als de berekeningswijze van het energiesteunbedrag maken dat er geen enkele mate van beslissingsruimte toekomt aan het TNE.[30] Doordat de minister hierover expliciet toestemming heeft gegeven – en een eerder voorstel zelfs heeft afgewezen – is naar mijn mening aan het inhoudelijke vereiste voldaan. Hoewel het zonder oordeel van de bestuursrechter niet met zekerheid kan worden gesteld, kwam ook de Nationale ombudsman tot de conclusie dat het TNE in 2024 wel was aan te merken als buitenwettelijk b-bestuursorgaan.[31]

Mijns inziens is het voor burgers onnavolgbaar dat eenzelfde fonds voor de uitvoering van dezelfde publieke taak – het verstrekken van financiering ter bestrijding/voorkoming van energiearmoede – in 2022 niet en in 2024 wel als bestuursorgaan wordt gekwalificeerd, dat die kwalificatie uitsluitend afhankelijk is van de financiële bijdrage van de overheid en dat dit doorslaggevend is voor de rechtsbescherming die openstaat tegen handelingen van het TNE. Ten aanzien van de taak die wordt uitgevoerd gaat het hier om een gelijk geval, terwijl er geen gelijke rechtsbescherming openstaat.

3. Taak voor de (Nationale) ombudsman?

In de vorige paragraaf is de rechtsbeschermingsproblematiek die ontstaat bij ontstatelijking geïllustreerd aan de hand van de coronasteun- en energiesteuncasus. In deze

paragraaf wordt onderzocht welke rol er is weggelegd voor ombudslieden[32] om die lacune in rechtsbescherming op te vullen. Daartoe wordt eerst de reikwijdte van de bevoegdheid van de ombudsman in kaart gebracht en wordt deze vervolgens toegepast op de casus.

De bevoegdheid van de Nationale ombudsman is in twee wetten terug te vinden. Allereerst zijn in de Wet Nationale ombudsman (WNo) de institutionele regels over de Nationale ombudsman te vinden. Daarnaast zijn in titel 9.2 van de Awb de procedurele regels van het ombudswerk vastgelegd. In zowel artikel 9:18 lid 1 Awb als artikel 1a lid 1 WNo staat dat de bevoegdheid van de ombudsman is gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip. Daarvoor is gekozen vanuit de Awb-doelstelling om bestuursrechtelijke wetgeving te uniformeren en systematiseren.[33] Naast het bestuursorgaanbegrip, is nog een tweede kernbegrip van belang voor de reikwijdte van de bevoegdheid van ombudsman, namelijk *gedragingen*. Waar de bestuursrechter besluiten van bestuursorganen op rechtmatigheid toetst, velt de ombudsman een oordeel over de gedragingen van bestuursorganen aan de hand van een behoorlijkheidstoets.[34] Een gedraging omvat meer dan de uitoefening van openbaar gezag. Onder gedraging valt elk handelen of nalaten, waaronder feitelijke handelingen, publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandelingen.[35] Privaatrechtelijke entiteiten kunnen enkel (wettelijk) b-bestuursorgaan zijn, *voor zover zij enig openbaar gezag uitoefenen*. Dit heeft ook gevolgen voor de bevoegdheid van de ombudsman. De ombudsman is niet bevoegd om kennis te nemen van klachten die gaan over *al* het handelen van b-bestuursorganen, maar slechts over gedragingen die gerelateerd zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag.[36] Zowel de invulling van het *b-bestuursorgaanbegrip* als de toepassing van het criterium *gedragingen* bij privaatrechtelijke entiteiten, zorgen ervoor dat de ombudsman niet zonder meer bevoegd is om onderzoek te doen naar privaatrechtelijke entiteiten die een publieke taak uitvoeren.

Reeds in zijn jaarverslag van 2007 stelde toenmalig ombudsman Brenninkmeijer dat *'de definitie die de rechtspraak hanteert voor het begrip bestuursorgaan onvoldoende is toegesneden op de taak van de ombudsman'*.[37] De bestuursrechter beoordeelt overheidsgedragingen voornamelijk in de vorm van beschikkingen, waardoor ook de ontwikkeling van het bestuursorgaanbegrip in de rechtspraak nauw is verbonden aan het besluitbegrip. De Nationale ombudsman oordeelt daarentegen hoofdzakelijk over gedragingen die juist niet de vorm van een beschikking hebben. In hetzelfde jaarverslag kondigt de Nationale ombudsman dan ook aan om een ruimere uitleg te geven aan het b-bestuursorgaanbegrip dan de bestuursrechter, om klachten toch in behandeling te kunnen nemen.[38]

De Nationale ombudsman heeft twee handelswijzen ontwikkeld om klachten over private partijen onder zijn bevoegdheid te scharen

De Nationale ombudsman heeft sindsdien twee handelswijzen ontwikkeld om klachten over private partijen onder zijn bevoegdheid te scharen.[39] Deze handelswijzen

18. Algemene Rekenkamer 2021, *Resultaten verantwoordingsonderzoek 2020 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat*, p. 32; Habicht 2022, p. 49.

19. ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *AB* 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters; ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, *AB* 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters; en ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548, *AB* 2015/308, m.nt. W. den Ouden (*Stichting Impuls*).

20. Van den Brink 2021, p. 193-194.

21. Rechtspraak.nl, zoektermen: 'NOW', 'TVL' en 'Tozo', geraadpleegd op 23 juli 2024.

22. Rechtspraak.nl, zoektermen: 'COL' + 'corona', 'TOA-krediet' en 'coronaoverbruggingskrediet', geraadpleegd op 23 juli 2024. In geen van deze uitspraken was de verstrekking van de desbetreffende coronasteunregelingen het onderwerp van geschil.

23. *Kamerstukken I* 2022/23, 36200 XV, L, p. 1.

24. *Kamerstukken II* 2022/23, 29023, nr. 360, p. 1. Ook het huidig kabinet is voornemens om het TNE in 2025 en 2026 in te zetten: hartvannederland.nl/politiek/beleid/artikelen/kabinet-gaat-huishoudens-opnieuw-helpen-met-energienoodfonds.

25. *Kamerstukken I* 2022/23, 36200 XV, L, p. 1.

26. Wederom geldt dat (de organen van) het TNE als privaatrechtelijke rechtspersoon (stichting) geen a-bestuursorgaan is, en door het ontbreken van een wettelijke grondslag, ook geen wettelijk b-bestuursorgaan.

27. *Kamerstukken II* 2022/23, 29023, nr. 360, p. 3.

28. *Kamerstukken II* 2023/24, 29023, nr. 455, p. 1 en *Kamerstukken II* 2023/24, 29023, nr. 460, p. 1.

29. Dit blijkt uit diverse documenten over de oprichting en vormgeving van TNE die naar aanleiding van een Woo-verzoek openbaar zijn gemaakt (rijksoverheid.nl/documenten/woo-besluiten/2023/05/30/besluit-op-woo-verzoek-over-subsidieverlening-aan-het-tijdelijke-noodfonds-energie).

30. Zie hierover uitgebreid *AB* 2024/232, m.nt. Y. Habicht & V.A. van Waarde.

31. Brief Nationale ombudsman van 29 februari 2024 aan Minister voor APP.

32. Met (Nationale) ombudsman wordt ook bedoeld lokale ombudslieden. De Nationale ombudsman is de ombudsvoorziening voor bestuursorganen van het Rijk, de politie en buitengewoon opsporingsambtenaren, openbare lichamen, provincies, gemeenten en waterschappen. Provincies, gemeenten, waterschappen en gemeenschappelijke regelingen zijn in beginsel aangesloten bij de Nationale ombudsman, tenzij zij kiezen voor een eigen ombudsinstantie, volgens art. 9:17 Awb jo. art. 81p Gemeentewet, jo. art. 79q Provinciewet, art. 51b Waterschapswet en art. 10 Wet gemeenschappelijke regelingen.

33. Jak 2014, p. 110. Naar: *Kamerstukken II* 1990/91, 22061, nr. 3.

34. Volgens art. 9:27 lid 1 Awb. De behoorlijkheidstoets is uitgewerkt in de *Behoorlijkheidswijzer*, die gelijkenissen toont met de verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Nationale ombudsman, *Behoorlijkheidswijzer*, Den Haag: december 2019.

35. T.C. Borman, 'art. 9:18', in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2022 (ook online).

36. De Bruijn 2022, p. 19. Naar: *Kamerstukken II* 1996/97, 25456, nr. 3, p. 4.

37. Nationale ombudsman, *Burgerschap verzilverd. Jaarverslag 2007, Kamerstukken II* 2007/08, 31363, nr. 2, p. 113.

38. Nationale ombudsman, *Burgerschap verzilverd. Jaarverslag 2007, Kamerstukken II* 2007/08, 31363, nr. 2, p. 113-114.

39. Deze handelswijzen zijn afgeleid uit rapport en jaarverslagen van de Nationale ombudsman. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de rapporten en jaarverslagen slechts een fragmentarisch beeld opleveren. De ombudsman gaat namelijk enkel expliciet in op zijn bevoegdheid, wanneer deze ter discussie wordt gesteld. De rapporten en jaarverslagen geven daarom geen uitputtend beeld van het standpunt dat de ombudsman inneemt over zijn bevoegdheid ten aanzien van private partijen.

kunnen mijns inziens ook worden toegepast op de corona- en energiesteuncasus uit paragraaf 2. Ten eerste kan de ombudsman oordelen dat de ROM's, Qredits en het TNE bekleed zijn met openbaar gezag omdat zij bij de uitvoering van hun publieke taak eenzijdig macht uitoefenen door te beslissen om de financiering wel of niet te verlenen.[40] Op deze manier geeft de ombudsman een ruimere invulling aan het bestuursorgaanbegrip. De andere mogelijkheid om het bestuursorgaanbegrip op te rekken is door te oordelen dat deze privaatrechtelijke entiteiten een *overheidstaak* uitoefenen.[41] In paragraaf 2 beargumenteerde ik al waarom de energieverstrekking door het TNE moet worden aangemerkt als overheidstaak. Volgens mij valt ook te beargumenteren dat de ROM's en Qredits bij het verstrekken van coronasteun een overheidstaak uitvoeren. Zo gaat het bij de ROM's en Qredits allereerst voor 100% om publiek geld, dat is verstrekt om coronasteunregelingen uit te voeren. Voorts volgt uit de goedkeuringsbesluiten van de Europese Commissie dat de ROM's en Qredits als *doorgeefluik* van het Rijk functioneren.[42] Daarnaast is de vergelijking met andere (publiekrechtelijke) coronasteunregelingen snel gemaakt en bij klachten over de uitvoering van die regelingen is de ombudsman zonder meer bevoegd. De tweede handelswijze van de ombudsman is waarneembaar in rapporten over de uitvoering van sociale werkvoorzieningen die gemeenten veelal uitbesteden aan private aanbieders. Hierover schreef de ombudsman dat een publieke taak kan worden uitbesteed, maar de verantwoordelijkheid over die taak niet.[43] In het geval van de ROM's en Qredits blijft de Minister van EZK verantwoordelijk, ingeval van TNE is dat de Minister voor APP, en zou de ombudsman zich zodoende bevoegd kunnen verklaren om te oordelen over de uitvoering van de publieke taken die deze private partijen uitvoeren.

Hoewel het valt toe te juichen dat de Nationale ombudsman handelswijzen heeft ontwikkeld om zijn wettelijke bevoegdheid op te rekken en zo een lacune in laagdrempelige rechtsbescherming op te vullen, staat de huidige werkwijze van de ombudsman wel op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Het zou daarom de voorkeur hebben om de wettelijke bevoegdheid van de Nationale ombudsman ten aanzien van private partijen te herzien. Dit zou evenwel vrij simpel kunnen worden bewerkstelligd door artikel 78a Gw, titel 9.2 Awb en de WNo van overeenkomstige toepassing te verklaren op private partijen die een publieke taak uitvoeren, maar daarbij niet kunnen worden aangemerkt als b-bestuursorgaan.[44] Er zijn wat mij betreft drie argumenten die tot deze wetswijziging aansporen. In de eerste plaats past die herziening vanuit een uniformeringsgedachte: de Kinderombudsman en de Veteranenombudsman zijn namelijk wel bevoegd om te oordelen over (organen van) een rechtspersoon, niet zijnde een bestuursorgaan, voor zover die een bij of krachtens wettelijk geregelde taak ten aanzien van jeugdigen/veteranen uitoefent, dan wel *anderszins een taak ten aanzien van jeugdigen/veteranen uitoefent*.[45] Ten tweede is het ook vanuit internationale context wenselijk om de ombudsman niet uitsluitend bevoegd te achten over gedragingen van bestuursorganen. Vanuit de Raad van Europa houdt de zogenoemde *European Commission for Democracy Through Law (Venetië Commissie)* zich onder meer bezig met de positie van ombudsinstituten. In 2019 publiceerde deze *Venetië Commissie* de *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution (Venice Principles)*.[46] Deze *Venice Principles* zijn tot stand gekomen door nauwe samenwerking met het *International Ombudsman Institute* en het mensenrechtenkantoor van de VN.[47] Het document heeft internationale erkenning gekregen en vormt een eerste internationale set van juridische standaarden die essentieel zijn voor een ombudsinstituut om te kunnen functioneren in een democratische samenleving.[48] Ten aanzien van de bevoegdheid van de ombudsman is in *Principle 13* opgenomen:

> *'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.'* [49]

Op grond van de *Venice Principles* zou de ombudsman dus bevoegd moeten zijn om te kunnen oordelen over gedragingen van private partijen voor zover deze een publieke taak uitvoeren.

Tot slot kan de ruime taakopvatting van de Nationale ombudsman rekenen op steun vanuit de overheid zelf. In de kabinetsreactie op het jaarverslag van 2021 onderschrijft het kabinet het uitgangspunt dat overheden die taken uitbesteden, op die taken aanspreekbaar moeten blijven voor burgers.[50] Voorts meent het kabinet dat *'op basis van hoofdstuk 9 van de Algemene wet bestuursrecht burgers klachten kunnen indienen over gemeenten en over aanbieders van uitbestede gemeentelijke taken'*.[51] Een opvallende passage wat mij betreft, want hoofdstuk 9 Awb gaat slechts over klachten over *bestuursorganen* en in de wet is niets geregeld over (private) aanbieders van uitbestede taken. Het kabinet accordeert aldus de handelswijze van de ombudsman om zijn wettelijke bevoegdheid op te rekken, zonder aankondiging van een wetswijziging om die werkwijze te formaliseren. In 2022 heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wel toegezegd *'om te onderzoeken of het noodzakelijk is om de bevoegdheden van de Ombudsman in wet- en regelgeving ten aanzien van publieke taken uit te breiden of anderszins te verduidelijken'*.[52] Het is nog afwachten wat de resultaten van dit onderzoek zijn en of deze aanleiding geven tot een wetswijziging.

Op grond van de *Venice Principles* zou de ombudsman bevoegd moeten zijn om te oordelen over gedragingen van private partijen voor zover deze een publieke taak uitvoeren

4. Afsluiting

In deze bijdrage is stilgestaan bij de werking van ontstatelijking in de wijze waarop de overheid publieke taken financiert. Uit de onderzochte casus volgt dat een discrepantie in rechtsbescherming kan ontstaan wanneer een publieke taak niet door de overheid zelf, maar door een private partij wordt uitgevoerd. Hoewel het slechts twee voorbeelden betreft, zijn mijn bevindingen ook in bredere zin relevant. Het privatiseren van publieke taken gebeurt binnen verschillende beleidsdomeinen en ook het verstrekken van publiek geld via een privaatrechtelijke entiteit is geen nieuw fenomeen. De inzet van private partijen bij de uitvoering van publieke taken is echter niet zonder gevolgen en het is met name de burger die hiervan de consequenties ondervindt. De rechtsbescherming van de burger gaat er namelijk op achteruit wanneer een private partij, die niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan, de publieke taak uitvoert. Het gaat hier niet alleen om (de rechtsbescherming van) de individuele burger, maar er zijn ook effecten voor de gehele maatschappij. Uit de casus komt naar voren dat de inzet van private partijen bij de verstrekking van publiek geld kan leiden tot een tekort aan publiekrechtelijke normering en daarmee ook aan rechtsstatelijke waarborgen.[53]

Mijns inziens zou de rechtsbescherming tegen de uitvoering van een publieke taak gelijk moeten zijn, ongeacht wie deze taak uitvoert.[54] Om laagdrempelige rechtsbescherming te bieden tegen de uitvoering van publieke taken door private partijen zou idealiter de invulling van het (buitenwettelijk) b-bestuursorgaanbegip moeten worden herzien. Dat is een ingrijpende exercitie en daarom is in de tussentijd een andere oplossing mogelijk. Die oplossing is om in ieder geval de ombudsman wettelijk bevoegd te laten zijn om te oordelen over private partijen die als doorgeefluik van de overheid publieke gelden verstrekken. De ombudsman kan erop toezien dat deze private partijen een professionele interne klachtprocedure faciliteren en dat ze hun publieke taak op een behoorlijke wijze uitvoeren. Het stelt mij gerust dat de ombudsman in de praktijk handelswijzen heeft gevonden om zichzelf bevoegd te achten om over een private partij te kunnen oordelen en dat het kabinet heeft ingestemd met deze werkwijze. Het is echter tijd dat de wetgever in actie komt opdat *'de handelswijze van de Nationale ombudsman niet alleen begrijpelijk maar ook rechtmatig is'*.[55] •

40. Nationale ombudsman, rapport 2012/054, 5 april 2012, p. 2. De Nationale ombudsman oordeelde dat de Stichting Reclassering Nederland is bekleed met openbaar gezag, *'in die zin dat zij de bevoegdheid heeft eenzijdig de vrijheid van burgers te beperken'*.

41. Nationale ombudsman rapport 2013/154, 5 november 2013, p. 6. De Nationale ombudsman acht zichzelf bevoegd over de *Stichting Leger des Heils Jeugdzorg & Reclassering*, terwijl deze bij de uitvoering van reclasseringstaken geen openbaar gezag uitoefent, waardoor de stichting geen bestuursorgaan is. Zie Rb. Gelderland 13 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:83, r.o. 9-12. Voor meer informatie over deze problematiek zie: J.C.L. de Bruijn, 'Ombudsman & ontstatelijking', in: J.C.L. de Bruijn & V.A. van Waarde, *Publieke taken en privaatrecht* (Jonge VAR-reeks 20), Den Haag: BJu 2022.

42. Van den Brink 2021, p 193. Naar: Europese Commissie, goedkeurend besluit van 24 april 2020 inzake staatssteun C(2020) 2786 final, randnr. 41.: *the Regional Development Agencies, which are in charge of the implementation of the measure, act on behalf of the Dutch State;* Van den Brink 2021, p. 199. Naar: Europese Commissie, goedkeurend besluit van 30 april 2020 inzake staatssteun C(2021) 3192 final, randnummer 10 : *Qredits is only acting as a pass-through instrument on behalf of the Dutch State*.

43. Nationale ombudsman 2019/058, 10 december 2019, p. 3 & p. 27, Nationale ombudsman, rapport 2019/030; Nationale ombudsman, rapport 2014/120; Nationale ombudsman, rapport 2017/0050; Nationale ombudsman, rapport 2017/035; Nationale ombudsman, rapport 2018/084; en Nationale ombudsman, rapport 2018/092.

44. Nationale ombudsman, *Jaarverslag 2000, Kamerstukken II* 2000/01, 27645, nrs. 1-2.

45. Art. 11C lid 1 onder b WNo jo. art. 11h lid 1 onder b WNo.

46. Opinion 897/2017 Venice Commission, Council of Europe, *Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution,* 3 mei 2019 (*The Venice Principles*).

47. Venice Commission, Council of Europe, *Ombudsmen Institutions*, venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Ombudsmen&lang=EN.

48. Venice Commission, Council of Europe, *Ombudsmen Institutions*, venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Ombudsmen&lang=EN. De *Venice Principles* hebben ook internationale erkenning gekregen, waarmee het belang van onafhankelijke ombudsmaninstituten wordt benadrukt. Zo zijn de *Venice Principles* binnen de RvE in resoluties en een aanbeveling onderschreven door het *Committee of Ministers*, de *Parliamentary Assembly* en het *Congress of Local and Regional Authorities* (Recommendation CM/Rec(2019)6, Committee of Ministers, Council of Europe, *On the development of the Ombudsman institution*, 16 oktober 2019; Resolution 451, Congress of Local and Regional Authorities, Council of Europe, *To endorse the Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution ('The Venice Principles')*, 30 oktober 2019; Resolution 2301, Parliamentary Assembly, Council of Europe, *Ombudsman institutions in Europe – The need for a set of common standards*, 2 oktober 2019). Daarnaast zijn de *Venice Principles* bekrachtigd door de *General Assembly* van de VN in de resolutie *The role of Ombudsman and mediator institutions in the promotion and protection of human rights, good governance and the rule of law* (Resolution 75/186 *The role of Ombudsman and mediator institutions in the promotion and protection of human rights, good governance and the rule of law*, General Assembly, United Nations, 16 december 2020).

49. Principle 13, *Venice Principles*.

50. Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kamerbrief 17 juni 2022, *Reactie op de jaarverslagen 2021 van de Nationale ombudsman en de Kinderombudsman,* p. 7.

51. Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kamerbrief 17 juni 2022, *Reactie op de jaarverslagen 2021 van de Nationale ombudsman en de Kinderombudsman,* p. 7.

52. *Handelingen II* 2022/23, Begroting Binnenlandse Zaken 2023, nr. 12 item 3, p. 17. De directe aanleiding hiervoor was de inbreng van het Kamerlid Dekker-Abdulaziz (D66), die aangaf dat uit een gesprek met de Nationale ombudsman en lokale ombudspersonen bleek dat ombudspersonen ertegen aanlopen dat burgers bij hen klachten indienen over zaken die in het publieke domein vallen, maar waarvan de uitvoering bij een bedrijf ligt, *Handelingen II* 2022/23, Begroting Binnenlandse Zaken 2023, nr. 11 item 10, p. 13.

53. Vanuit rechtsstatelijk perspectief is het van belang dat de besteding van publieke middelen democratisch is gelegitimeerd en dat de doelmatigheid en efficiëntie kunnen worden beoordeeld.

54. Zie ook J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', *NJB* 2016/2000, afl. 39; 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. 221-222.

55. R.J.M.H. de Greef, 'Gaat de Nationale ombudsman zijn boekje te buiten? Of is het boekje misschien achterhaald?', *JBPlus* 2020/2, p. 12.