



VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

VU Bibliotheek

This is a postprint of

Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus?

Jurgens, G.T.J.M., Ommeren, F.J. van


Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, 6, 142-152

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/47275>

(Article begins on next page)

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus? De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht

Vindplaats:	NTB 2009, 20	Bijgewerkt tot:	01-06-2009
Auteur:	G.T.J.M. Jurgens, en, F.J. van Ommeren 		

Wetgeving: EVRM art. 8;

Publiekrecht in Engeland: Roomser dan de Paus?

De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht

Samenvatting

De begrenzing tussen publiekrecht en privaatrecht is een problematiek die uiteraard niet alleen in het Nederlandse recht speelt. In het Engelse recht speelt dit ook en daar zijn op verschillende facetten van de begrenzing ontwikkelingen te signaleren die interessant zijn voor de Nederlandse situatie. Auteurs gaan in dit kader onder meer in op de vraag in hoeverre private instellingen die een publieke taak vervullen als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt en de vraag hoe de grens tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtshandelingen moet worden getrokken.

1 Inleiding

Van oudsher wordt in het Engelse recht [\[1\]](#) geen onderscheid gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht. Integendeel, lange tijd ging men er in Engeland prat op dat er niet zoiets 'verwerpelijks' bestond als 'administrative law'. Die kwalificatie 'verwerpelijk' werd vooral gevoed door de opvattingen van de 19e eeuwse staatsrechtgeleerde Dicey, die zich afzette tegen het Franse systeem waarin hij 'droit administratif' nogal karikaturaal beschreef als recht waardoor de overheid in belangrijke mate zou worden bevoordeeld. [\[2\]](#) Inmiddels heeft men zich in Engeland echter van Dicey's erfenis ontdaan. Ook in Engeland wordt thans onderscheid gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht. In 1990 vroeg Nico Verheij zich in dit blad af hoe de Engelsen zo gek zijn gekomen. [\[3\]](#) Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht roept immers - dat laten zeker de discussies onder continentale juristen ook zien - allerlei afgrenzingsvragen op die zich niet zo eenvoudig laten beantwoorden.

In deze bijdrage laten wij zien waartoe de afgrenzing van publiekrecht en privaatrecht in Engeland inmiddels heeft geleid. [\[4\]](#) Daarbij zal blijken dat men in het Engelse recht deels voor de Nederlandse jurist zeer herkenbare piketpaaltjes heeft geslagen waarmee de grens tussen publiekrecht en privaatrecht wordt gemarkeerd. Er zijn namelijk opmerkelijke parallellen met de situatie in Nederland te trekken. Te noemen vallen onder meer de vraag in hoeverre private instellingen die een publieke taak vervullen als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt en de vraag hoe de grens tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtshandelingen moet worden getrokken. Waar zich bij de beschrijving van het Engelse recht vergelijkingen met Nederland opdringen, zal daarom hierna steeds kort ook aandacht aan de Nederlandse situatie worden besteed.

Maar er is meer: het etiket 'publiekrecht' wordt ook gehanteerd in situaties waarin dat bij ons toch - zeker op het eerste

gezicht - opmerkelijk zal worden gevonden. Zo werd in de Datafin-zaak^[5] het optreden van het volledig uit zelfregulering ontstane Panel on Take-over and Mergers vatbaar geacht voor toetsing in een juridische procedure die bedoeld is voor de beslechting van publiekrechtelijke geschillen. Een aardige illustratie vormt ook de discussie die zich heeft ontsponnen naar aanleiding van een uitspraak van het House of Lords in de befaamde YL-zaak.^[6] In die zaak werd geoordeeld dat de particuliere exploitant van een 'care home', een verzorgingstehuis voor ouderen, niet kon worden gezien als een 'public authority' waarop de Human Rights Act van toepassing was. De wetgever heeft daarop ingegrepen door expliciet te bepalen dat een dergelijke instantie voor de toepassing van de Human Rights Act als 'public authority' moet worden aangemerkt. Op beide zaken zal in het hierna volgende uitgebreider worden ingegaan.

2 Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht en de verdeling van rechtsmacht

2.1 Het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming: twee pijlers

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is in het Engelse recht in de eerste plaats belangrijk geworden voor de rechtsmachtverdeling. Voor een goed begrip schetsen wij hier kort enkele aspecten van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Engeland.^[7] Het equivalent van hetgeen wij in Nederland aanduiden als bestuursrechtelijke rechtsbescherming, heeft in het systeem van het Engelse recht twee pijlers: statutory appeal en judicial review. De eerste pijler betreft voorzieningen die in een specifieke regeling door de wetgever in het leven zijn geroepen. In deze pijler kent het Engelse recht beroep op een hoger bestuursorgaan, op een tribunal en/of op een rechter. Hoewel de statutory appeals in de praktijk van groot belang zijn, wordt in de juridische literatuur beduidend meer aandacht besteed aan de andere rechtsbeschermingspijler, de weg van judicial review. Een verklaring daarvoor is gelegen in het feit dat dat appeal in een veelheid aan regelingen is neergelegd en het moeilijk is om een totaalbeeld van de voorzieningen te krijgen. Het beeld van statutory appeal doet sterk denken aan het Nederlandse rechtsbeschermingssysteem voorafgaand aan de invoering van de Awb, of misschien nog wel beter: voorafgaand aan de Wet AROB.

Naast deze statutory appeals heeft de rechter in het Engelse systeem van oudsher een taak als het gaat om de beoordeling van het optreden van de overheid, dus ook zonder dat de wetgever daarin op speciale wijze heeft voorzien. Deze pijler betreft de mogelijkheid om het optreden van de overheid via judicial review aan de rechter voorleggen. Het concept van judicial review is geënt op de sovereignty of parliament: de gedachte is dat de rechter beoordeelt of de overheidsinstantie is gebleven binnen de grenzen van de hem door de wetgever toegekende bevoegdheden (de aanduiding 'parliament' wordt wel als equivalent voor de wetgever gebruikt). Omdat judicial review een meer generieke wijze van toetsing van overheidsoptreden behelst, heeft de theorievorming over de rol van de bestuursrechtspraak zich ook vooral in het kader van judicial review ontwikkeld. Het is binnen deze pijler van de rechtsbescherming - judicial review - dat de betekenis van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht van groot belang is geworden.

2.2 Judicial review

De vraag bij welke rechter in het kader van judicial review werd geprocedeerd, was tot in de jaren zeventig van de vorige eeuw met name afhankelijk van de soort actie die men wilde instellen - met andere woorden: wat men wilde bereiken met de juridische procedure. Voor het uitlokken van een injunction (een rechterlijk verbod of bevel) of van een declaration (een verklaring voor recht) of voor schadevergoeding, kon een gewone civiele procedure

bij de Chancery Division van het High Court worden gevolgd. Voor het verkrijgen van een zogeheten 'prerogative remedy' - een remedy die alleen ten opzichte van de overheid kan worden verkregen; een gebod (destijds 'mandamus'), een verbod (destijds 'prohibition') en de vernietiging van een besluit (destijds 'certioari') - kende het Engelse recht aparte procedures.^[8] Deze procedures speelden zich af bij de Queens Bench Division van het High Court.^[9] Ten opzichte van de gewone procedure kenden de procedures ter verkrijging van een prerogative remedy een aantal eigenaardigheden: men had voor het instellen ervan - in toenmalige termen - verlof (leave) nodig van de rechter, er golden beperkte beroepstermijnen en de bewijsvoering werd gebaseerd op schriftelijke verklaringen (affidavits) zonder dat er mogelijkheden bestonden voor mondelinge ondervragingen of kruisverhoor van getuigen of voor het opvragen van relevante documenten. Juist vanwege dergelijke beperkingen werd daarom het gebruik van de gewone procedure in publiekrechtelijke zaken wel aangemoedigd.^[10] Om te komen tot stroomlijning in het woud van procedures, heeft in de jaren zeventig van de vorige eeuw een hervormingsoperatie plaatsgevonden die is uitgemond in een speciale regeling voor de procedure van judicial review bij de Queens Bench Division van het High Court.^[11] In deze procedure kunnen alle mogelijke vorderingen worden ingesteld, van de prerogatieve acties van vernietiging (inmiddels 'quashing order' genoemd), een rechterlijk verbod ('prohibiting order') of gebod ('mandatory order') tot de injunction, declaration en de toekenning van schadevergoeding. Ook voor deze nieuwe judicial-reviewprocedure geldt een toestemmingsvereiste (nu als 'permission' aangeduid) en is een termijn gesteld aan het aanspannen van de procedure ('promptly', maar in ieder geval binnen drie maanden). Verder zijn de mogelijkheden ten aanzien van het bewijs in de nieuwe procedure voor judicial review versoepeld. So far, so good! De vraag die zich vervolgens echter aandeede in de jurisprudentie was in hoeverre deze nieuwe procedure voor judicial review ook gevolgd moest worden. Deze vraag was aan de orde omdat de zogenaamde 'ordinary remedies' (injunction, declaration en schadevergoeding) ook nog beschikbaar waren in een gewone procedure en daar geen toestemmingsvereiste en beroepstermijn geldt. In 1982 werd in de zaak-O'Reilly versus Mackman^[12] op deze vraag door het House of Lords een principiële antwoord gegeven. Deze zaak vormt voor de opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een belangrijke mijlpaal.

2.3 De exclusiviteitsregel uit O'Reilly versus Mackman

In O'Reilly versus Mackman werd overwogen dat degene die een publiekrechtelijk geschil heeft met de overheid waarvoor de wetgever niet in een speciale procedure heeft voorzien (in de vorm van een statutory appeal), zich daarvoor in principe tot de Queens Bench Division van het High Court moet wenden in een procedure voor judicial review. Een gewone procedure is dan uitgesloten.^[13] Een belangrijk argument voor deze exclusiviteitsregel is dat men wilde voorkomen dat de - op dat moment recent herziene en geuniformeerde - procedure voor judicial review werd omzeild, waarbij met name is gedacht aan de waarborgen die deze procedure inhield voor het bestuur. Weliswaar is deze exclusiviteitsregel in de loop van de tijd wat afgezwakt,^[14] maar de koers was uitgezet: publiekrechtelijke geschillen worden in principe voor de bestuursrechter uitgevochten. De Queens Bench Division van het High Court die destijds met de beslechting van publiekrechtelijke geschillen werd belast, is inmiddels in Engeland en Wales ook omgedoopt tot Administrative Court. Daarmee wordt het beeld van aparte, gescheiden procedures - een publiekrechtelijke en een gewone

procedure - versterkt. Overigens is ook omgekeerd uitgemaakt dat de procedure voor judicial review niet kan worden gebruikt in een geschil dat als privaatrechtelijk moet worden gekwalificeerd.^[15]

De exclusiviteitsregel zet het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht op scherp. Hij dwingt ertoe van iedere rechtsverhouding waarover een rechtsgeschil ontstaat, of dreigt te ontstaan, af te vragen of deze verhouding als publiek- of privaatrechtelijk moet worden bestempeld. Die kwalificatie is immers nodig voor een correcte forumkeuze. Daar komt nog bij dat - anders dan bij ons - het niet zo is dat als de rechtzoekende niet bij de bestuursrechter terecht kan, hij bij de gewone rechter een actie kan instellen waarmee hij (min of meer) hetzelfde resultaat kan bereiken. Indien de rechtzoekende niet bij de bestuursrechter terecht kan, is niet uitgesloten dat hij met lege handen staat.^[16]

2.4 Criteria voor het onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk handelen

2.4.1 De 'source-of-power-test'

In de jurisprudentie is een aantal criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een rechtsverhouding een publiekrechtelijk karakter heeft en de geschillen die eruit voortvloeien derhalve vatbaar zijn voor de judicial-reviewprocedure. In de eerste plaats is er de 'source-of-power-test'. Hoofddregel is dat voor zover het optreden van een instelling op een wettelijke voorschrift is gebaseerd, dit optreden vatbaar is voor judicial review. Dat de wettelijke grondslag als vertrekpunt wordt genomen, zal vanuit Nederlands perspectief geen verbazing wekken. Ook bij ons wordt voor de vraag of er sprake is van een besluit in de zin van de Awb (hét voorbeeld van een publiekrechtelijke handeling) gekeken naar de wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Dit vloeit rechtstreeks voort uit het legaliteitsbeginsel. Een verschil met de Nederlandse situatie is de aard van de wettelijke grondslag zelf. Wij spreken in Nederland van een specifieke wettelijke grondslag wanneer de wet uitdrukkelijk de bevoegdheid om op te treden aan een bestuursorgaan toekent. Meer dan bij ons kan in het Engelse recht een bevoegdheidsgrondslag zeer algemeen zijn; het is niet nodig dat een specifieke bestuursbevoegdheid uitdrukkelijk is toegekend. Een impliciete bevoegdheidstoekenning of een taakomschrijving kan al voldoende zijn.

Ook het contract geldt als een 'source of power'. In dit verband is een tweede hoofddregel van belang: het gebruik van contractuele bevoegdheden - ook als zij op een wettelijke grondslag zijn gebaseerd, hetgeen voor lokale overheden en andere statutory bodies zelfs is vereist - is niet vatbaar voor judicial review. Op beide hoofddregels komen enige uitzonderingen voor. Een verschil met Nederland is dat in de Engelse rechtspraak vrijwel geen uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de instelling (is er sprake van een bestuursorgaan?) en de bestuurshandeling (is er sprake van een besluit?).

2.4.2 De 'public-function-test'

De hiervoor gereleveerde hoofddregels geven geen antwoord op de vraag hoe het (niet-contractuele) optreden van buitenwettelijke instellingen met een publieke taak, moet worden gekwalificeerd.^[17] Dit is van groot belang om te signaleren omdat de inrichting van de overheid in het Verenigd Koninkrijk vanaf de verkiezing van Margaret Thatcher (in 1979) nogal drastisch is veranderd. Juist de periode waarin het

onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht een grotere rol is gaan spelen in het Engelse recht, wordt gekenmerkt door een verschuiving van activiteiten die voorheen door de klassieke overheid werden verricht, naar de private sector. Ook de betekenis van zelfregulerende activiteiten - in dit verband moet dan met name worden gedacht aan uit de particuliere sector afkomstige initiatieven voor zelfregulering in groepsverband waaraan men zich de facto niet kan onttrekken - werd sinds die periode groter. In de rechtspraak zag men zich daardoor geconfronteerd met de vraag of dergelijke activiteiten binnen het bereik van de judicial-reviewprocedure moest worden gebracht. Daartoe is in de rechtspraak de public-function-test ontwikkeld. Deze test houdt in dat als de instelling een publieke taak uitoefent ('the exercise of a public function') dit handelen vatbaar is voor judicial review. Deze test is in de praktijk uiterst belangrijk. Zij is vastgelegd in rule 54.1 van de Civil Procedure Rules (hierna: CPR). De formulering van rule 54.1 CPR is zelfs zodanig dat het erop lijkt dat voor de toegang tot de judicial-reviewprocedure steeds zou moeten worden vastgesteld of het gaat om een handeling in het kader van een publieke taak. In de jurisprudentie blijkt dat echter ten aanzien van klassieke overheidsinstanties niet te gebeuren; bij optreden door de klassieke overheid wordt - buiten situaties dat sprake is van een contract - snel aangenomen dat de judicial-reviewprocedure openstaat.

De leading case waarin op basis van de public-functiontest werd geconcludeerd dat sprake was van optreden dat als publiekrechtelijk moest worden geconcludeerd, vormt de hiervoor al kort genoemde Datafin-zaak. In deze zaak werd door Datafin, dat in een overnamestrijd was verwickeld met N. Plc., bij het Panel on Take-overs and Mergers geklaagd over het feit dat N. Plc. in strijd had gehandeld met de City Code on Take-overs and Mergers. De klacht werd door het Panel afgewezen, waarop Datafin bij het High Court om verlov vroeg toegelaten te worden tot de judicial-reviewprocedure, waarbij zij zowel vernietiging van de beslissing van het Panel vorderde als een gebod om de beslissing tot afwijzing van de klacht te heroverwegen. In hoger beroep oordeelde het Court of Appeal dat de afwijzing van de klacht door het Panel vatbaar was voor de judicial-review procedure. Van belang in dit verband is dat het Panel moet worden gezien als een zelfregulerende instelling. Het is gevestigd in het beursgebouw in de City of London en is de opsteller en de bewaker van de City Code on Take-overs and Mergers. Het Panel heeft geen wettelijke, prerogatieve of aan common law ontleende bevoegdheden, noch heeft het contractuele relaties met de financiële markt of hen die op die markt handelen.

Interessant is uiteraard op welke gronden de beslissing van het Panel vatbaar voor judicial review werd geacht. Dat is nog niet zo gemakkelijk te zeggen, want de gronden zijn niet heel eenduidig. Sir John Donaldson beschreef het Panel als 'performing a public duty' en zag een 'public element' in zijn werkzaamheden.^[18] Lloyd vroeg zich af in hoeverre het Panel 'was exercising public law functions' en in hoeverre de 'exercise of its functions have public law consequences'. Hij benadrukte dat:

' If the duty is a public duty, then the body in question is subject under public law. '

^[19]

Uit deze overwegingen blijkt duidelijk dat op zoek moet worden gegaan naar het publiekrechtelijke element. De rechter is op zoek naar materiële aspecten van de uitoefening van een publieke taak.

2.4.3 Gezichtspunten voor de public-function-test

Uit de rechtspraak zijn verschillende gezichtspunten te destilleren aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een public function en of dus de procedure van judicial review moet worden gevolgd. Sommige van die gezichtspunten zijn in de Datafin-zaak genoemd andere niet.^[20] Er is geen algemeen gezichtspunt dat in alle gevallen kan worden toegepast. Wij laten hieronder de belangrijkste gezichtspunten kort de revue passeren. Daarbij zullen wij een vergelijking maken met de criteria die in de Nederlandse jurisprudentie worden gehanteerd om uit te maken of sprake is van een bestuursorgaan of van een publiekrechtelijke rechtshandeling.

'But-for'test

Een veelgenoemd gezichtspunt biedt de 'but-for'test. In deze test wordt de hypothetische vraag gesteld of een wettelijke instelling in het leven zou zijn geroepen ware het niet dat er reeds een buitenwettelijke instantie is die die functie uitoefent. In de literatuur wordt - terecht - opgemerkt dat het gezien de grote veranderingen in de reikwijdte van het overheidsoptreden, en de rechtsgedingen die daarover worden gevoerd, te betwijfelen valt of dit gezichtspunt een bevredigend criterium is.^[21]

Statutory underpinning

Het tweede gezichtspunt is dat van de statutory underpinning. Bij statutory underpinning is er geen sprake van een wettelijke grondslag voor de handelende instelling, maar heeft de wetgever de instelling wel 'woven into the fabric of public regulation' of is de instelling opgericht 'under the authority of government'. Dit gezichtspunt speelde mee in de Datafin-zaak, waarin de belangrijke rol van het Panel, dat publieke bescherming bood, werd onderkend en in feite werd ondersteund in bepaalde wetten.^[22] Het Panel oefende zijn taak uit onder het gezag van de overheid, die deze buitenwettelijke constructie accepteerde, althans geen aanleiding zag om haar te veranderen.

Dit criterium is ook in de Nederlandse jurisprudentie wel te onderkennen. Wanneer een bestuursorgaan niet over een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke grondslag beschikt, wordt door de bestuursrechter wel genoeg genomen met een ruimere wettelijke basis, die toch in enige mate voor een 'wettelijke onderstreping', oftewel wettelijke ondersteuning, zorgt. Zo merkte de Afdeling bestuursrechtspraak de reactie van de gemeenteraad op een verzoek om een financiële bijdrage voor een bedrijfsverplaatsing op grond van art. 108 jo. art. 147 lid 2 Gemw aan als besluit in de zin van de Awb.^[23] Deze bepalingen brengen de bevoegdheid tot regeling en bestuur van het gemeentebestuur in het algemeen en de verdeling van deze bevoegdheden tussen de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester tot uitdrukking. Van een specifieke wettelijke grondslag is hier uiteraard in het geheel geen sprake.

Machtspositie

Een derde gezichtspunt is dat de instelling over verstrekkende of monopolistische bevoegdheden beschikt, zoals in de zaak van Datafin, waarin Sir John Donaldson het Panel beschreef als:

' Lacking any authority de jure, it exercises immense power de facto by devising, promulgating, amending and interpreting the City Code on Take-overs and Mergers (...). '

Schending van de Code kan leiden tot uitsluiting van de handel op de beurs of onderzoek door het 'Department of Trade and Industry' en andere sancties. Deze sancties hebben evenmin een directe

wettelijke grondslag.[\[24\]](#)

In ons land speelt dit argument vrijwel geen rol. Het feit dat een private instelling (vrijwel) als enige een bepaalde functie in de samenleving vervult, is op zichzelf geen reden het handelen van deze instelling als publiekrechtelijk aan te merken, ook niet als dat handelen betrekking heeft op de vervulling van een publieke taak. De NV Luchthaven Schiphol bijvoorbeeld wordt ondanks haar vórstrekkende positie en ingrijpende rol in de samenleving niet aangemerkt als een bestuursorgaan. Het vaststellen van tarieven (havengeldregeling) voor het gebruik van de door Schiphol geëxploiteerde luchthaven wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak niet bestempeld als een 'publiekrechtelijke taak of bevoegdheid'.[\[25\]](#)

Geen vrijwillige aansluiting of deelname

Een vierde gezichtspunt, dat nauw verband houdt met het vorige, is de vraag of en in hoeverre er geen sprake is van vrijwillige aansluiting of deelname. Ook in ons land speelt de aansluitverplichting een zekere rol in de rechtspraak waarin het de vraag is of een instelling als bestuursorgaan kan worden aangemerkt of haar handelingen als Awb-besluit. De Nederlandse jurisprudentie over aansluitverplichtingen is bij ons weten nooit volledig geïventariseerd.[\[26\]](#) Een aardig voorbeeld vormt de vraag of het opleggen van een contributieheffing door een stichting (de Stichting Nederlandse Algemene Kwaliteitsdienst Tuinbouw) een publiekrechtelijk besluit is - nu de rechtzoekende wettelijk verplicht is zich bij deze stichting aan te sluiten - hoewel een wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van een contributieheffing ontbreekt. De Afdeling overweegt inderdaad dat deze stichting een bestuursorgaan is en dat het besluit tot contributieheffing een appellabel besluit is.[\[27\]](#)

Financiering uit publieke middelen

Als vijfde gezichtspunt kan worden genoemd de omstandigheid dat de instelling van de overheid substantiële financiële steun krijgt om haar activiteiten uit te voeren. Dit punt blijkt in Engeland slechts marginale betekenis te hebben: veel culturele instellingen worden zwaar gesubsidieerd, maar dat maakt hen niet vatbaar voor de judicial-reviewprocedure.[\[28\]](#)

Hier ligt een zeker verschil met de Nederlandse situatie. In het bijzonder worden privaatrechtelijke instellingen die van de overheid financiële steun krijgen met het oogmerk deze gelden als subsidie aan derden te verstrekken (een soort van doorgeefluikfunctie), als bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb aangemerkt. Een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon (veelal: een stichting) die subsidies of andere financiële uitkeringen verstrekt, wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak aangemerkt als een bestuursorgaan, indien aan de volgende twee vereisten is voldaan:

- de subsidies worden in overwegende mate uit de publieke middelen bekostigd;
- de criteria voor de verstrekking van de subsidie zijn door de overheid (doorgaans: de minister) goedgekeurd.

[\[29\]](#)

Niet relevant is of de subsidiestichting wel of niet door de overheid is opgericht. Niet uit het oog mag worden verloren dat de primaire taak van dit soort stichtingen is als doorgeefluik te fungeren. De lijn van deze jurisprudentie - naar de eerste, inmiddels klassieke uitspraak wel *Silicose*-jurisprudentie genaamd^[30] - mag niet zonder meer worden doorgetrokken naar instellingen die weliswaar financiële steun van de overheid krijgen maar voor het overige een andere functie vervullen. Het verschil met Engeland is derhalve iets minder groot dan men wellicht op het eerste gezicht zou kunnen denken.

Public-interesttest

Een, op grond van de Nederlandse discussies over de inhoud en reikwijdte van de publieke taak voor de hand liggende, vraag is of en in hoeverre het feit dat de private instelling een publiek of algemeen belang behartigt, in de jurisprudentie een bepaalde rol speelt. Dit gezichtspunt komt inderdaad in de rechtspraak naar voren - te weten als de public-interesttest, die vooral van belang is voor het Noord-Ierse rechtsgebied. Deze test wordt niet apart genoemd door De Smith's, dat vooral een weergave bevat van de stand van het geldende recht, maar wordt elders voor de rechtsontwikkeling wel de meest omvattende en waarschijnlijk meest belangrijke test genoemd.^[31] Vanuit Nederlands perspectief, waar het concept van het algemeen belang in het staats- en bestuursrecht een grote rol speelt, is het niet verbazingwekkend dat het publiek belang een rol speelt. De vraag is wel of het voldoende onderscheidend vermogen heeft; bij ons is dat immers niet het geval.

Belasting rechterlijke macht

Ten slotte mag niet onvermeld blijven dat de beperkte vatbaarheid van de buitenwettelijke instellingen voor judicial review de gemoederen zo hoog doet oplopen, dat zelfs in de jurisprudentie wordt ingegaan op de suggestie dat voor de toegang tot de rechter het beperkte aantal rechters en het groeiende aantal zaken in judicial review zou worden meegewogen. Niet verwonderlijk, wordt dit gezichtspunt in ferme taal afgewezen, gesproken wordt van 'wrong in principle' en 'of no relevance'.^[32]

De gezichtspunten nader beschouwd

Hoewel de Britse publieke-taakbenadering in de praktijk regelmatig tot afwijzingen leidt,^[33] zijn er inmiddels heel wat buitenwettelijke instellingen waarvan bepaalde handelingen vatbaar worden geacht voor judicial review. Te noemen vallen onder meer de verschillende zelf-regulerende instellingen, zoals de 'Advertising Standards Authority' (heeft normen opgesteld voor het plaatsen van advertenties in in dagbladen e.d.), de 'Press Complaints Commission' (beoordeelt klachten die veelal betrekking hebben op schending van de privacy), de 'Bar Council' (behandelt klachten van 'barristers'), de 'Code of Practice Committee' van de farmaceutische industrie (adviseert over producten die aan medici kunnen worden aanbevolen).^[34]

Uiteraard verschilt de precieze toepassing, maar de gezichtspunten die in de Engelse jurisprudentie worden gebruikt voor het onderkennen van de vervulling van een publieke taak, zijn ook in de Nederlandse rechtspraak te ontwaren. Ook bij ons zijn zij van belang voor het vaststellen van het publiekrechtelijke element. En ook in ons land vervult de publieke-taaktest een aanvullende functie: er wordt eerst aan toegekomen als er geen specifieke wettelijke grondslag is. Er is echter ook een verschil. Naar Engels recht wordt de publieke-taaktest nagenoeg uitsluitend toegepast om het handelen van

private instellingen vatbaar voor de judicial-reviewprocedure te achten; voor het handelen van klassieke overheidsinstanties wordt dit criterium vrijwel niet gehanteerd. In ons land is de publieke-taaktest zowel van belang voor het optreden van de klassieke overheid als van andere instellingen. Bij de niet tot de klassieke overheid behorende instellingen is het dan de vraag of zij wel als bestuursorgaan moeten worden aangemerkt. Organen van privaatrechtelijke rechtspersonen zijn alleen bestuursorgaan voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed (art. 1:1 lid 1 onderdeel b Awb). Bij de invulling van het begrip 'bestuursorgaan' hanteert de bestuursrechter de publieke taak als een maatstaf voor die gevallen waarin de rechtspersoon niet krachtens publiekrecht is ingesteld. Deze lijn in de jurisprudentie heeft betrekking op stichtingen, verenigingen, bv's en nv's en andere soorten privaatrechtelijke rechtspersonen.^[35] Voorbeelden uit de rechtspraak zijn de subsidiestichtingen,^[36] de NV Luchthaven Schiphol,^[37] instellingen van bijzonder onderwijs die in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen,^[38] enz. Steeds is de vraag in hoeverre zij een publieke taak uitoefenen.^[39]

De toepassing van het publieke-taakcriterium komt bij ons echter, anders dan in Engeland, ook voor bij organen van de klassieke overheid. Dat komt omdat wij voor het optreden van deze overheidsinstanties in beginsel een specifieke wettelijke grondslag nodig achten om het bestaan van een bepaalde bestuursbevoegdheid aan te nemen. Als die grondslag ontbreekt, bezigt de bestuursrechter het publieke-taakcriterium voor de invulling van het element 'publiekrechtelijk' bij de vaststelling of de bestuurshandeling een schriftelijke, publiekrechtelijke rechtshandeling, een besluit, inhoudt (art. 1:3 lid 1 Awb).^[40] Deze lijn in de jurisprudentie heeft betrekking op handelingen van de klassieke overheid - met name de centrale overheid (bijv. minister) en de gemeenten (bijv. college van burgemeester en wethouders) - waarvan het de vraag is of zij als publiek- of privaatrechtelijk moeten worden aangemerkt.^[41] Voorbeelden zijn de weigering omtrent het verzoek tot het leggen van leidingen en het maken van huisaansluitingen in gemeentelijke grond^[42] en de weigering van de Minister van Verkeer en Waterstaat een zwaar beschadigd schip de Nederlandse territoriale wateren binnen te laten varen.^[43] In het Engelse recht wordt dergelijke bevoegdheidsuitoefening op grond van een algemene taakomschrijving in een wettelijke regeling al als vanzelf als publiekrechtelijk aangemerkt.

Wanneer we de verschillende gezichtspunten voor de publieke-taaktest de revue laten passeren dan valt het op dat nauwelijks uitdrukkelijk wordt gelet op de aard van de functie en nog veel minder op de inhoud van de beslissing.^[44] Vanuit Nederlands perspectief is het weinige belang dat aan de inhoud van de beslissing wordt toegekend heel opmerkelijk. De beslissing van het Panel on Take-overs and Mergers speelt zich af op het terrein van de fusies en overnames. Dat is een materie die naar haar inhoud bij ons zonder twijfel in het privaatrecht wordt gesitueerd, hetgeen voor de bestuursrechter reden is te zoeken naar gronden om geen kennis van de zaak te hoeven nemen.^[45]

3 Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in de Human Rights Act 1998

3.1 Reikwijdte van de Human Rights Act 1998; geen horizontale werking

Hiervoor is gebleken dat het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in de loop van de afgelopen vijftientig jaar een grote rol is gaan spelen bij de toegang tot de rechter. Van recentere datum is het debat over

het trekken van een grens tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk optreden in het kader van de Human Rights Act 1998 (hierna: HRA). De HRA voorziet, in verband met het dualistische systeem van het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht, in de 'vertaling' van de rechten uit het EVRM naar nationaal recht.

Voor het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is het van belang te beseffen dat het EVRM de burgers rechten geeft die zij tegenover de overheid kunnen invoeren. Met andere woorden: het gaat om een toepassing van deze rechten in zogenaamde verticale verhoudingen. Vanuit dit perspectief is er in de HRA voor gekozen om het handelen van de overheid - 'public authorities' - centraal te stellen: een public authority mag niet in strijd met de rechten uit het EVRM handelen.

Er zijn evenwel auteurs die betogen dat deze rechten ook in privaatrechtelijke verhoudingen van belang zijn en dat aldus ook een horizontale werking van deze rechten kan worden aangenomen.^[46] Dit standpunt wordt dan mede beargumenteerd door erop te wijzen dat ook de rechterlijke instanties als 'public authority' zijn aangemerkt en dat deze, ook wanneer zij moeten oordelen in geschillen tussen private partijen, gebonden zijn aan de mensenrechten.^[47] Er zijn inmiddels ook wel enige rechterlijke uitspraken te noemen waarin de betekenis van bepaalde mensenrechten doorklinkt in puur privaatrechtelijke verhoudingen.^[48] Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke horizontale werking het belang van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht voor de toepassing van de HRA relativeert; Wade & Forsyth zetten duidelijk in op een dergelijke relativerende benadering. Wat daar ook van zij, in de rechterlijke uitspraken over de toepasselijkheid van de HRA en de betekenis van het begrip 'public authority' in dit verband, wordt tot dusver niet ingegaan op de mogelijkheid dat de beweerdelijk geschonden mensenrechten ook in een privaatrechtelijke verhouding relevant zouden zijn. De vraag naar de reikwijdte van het begrip 'public authority' wordt daarentegen van zo groot belang geacht omdat juist tegenover een public authority de bescherming van de beweerdelijk geschonden grondrechten kan worden ingeroepen. Als dat in een zuiver privaatrechtelijke verhouding in wezen op dezelfde wijze zou kunnen geschieden, zouden de debatten over de reikwijdte van het begrip 'public authority' niet zo hoog oplopen als hierna nog zal blijken.

3.2 Het begrip 'overheid' in de HRA

Zoals hiervoor bleek, kan de HRA alleen worden ingeroepen tegen het optreden van public authorities. Behalve de klassieke overheidsinstellingen - in de context van de HRA ook wel aangeduid als 'core public authorities' - is de HRA ook van toepassing op de instellingen die in de doctrine worden aangeduid als 'hybrid public authorities'. Een belangrijk verschil tussen de core public authorities en de hybrid public authorities is dat de hybrid public authorities niet voor al hun handelen onderworpen zijn aan de werking van de HRA. Zij zijn dat niet 'if the nature of the act is private', aldus section 6(5) HRA. Voor hun privaatrechtelijke optreden behoeven de hybride publieke instellingen de HRA niet in acht te nemen. Wij kennen in Nederland een vergelijkbaar onderscheid voor het handelen van bestuursorganen: a-organen vallen voor heel hun optreden onder de werking van deze wet, terwijl b-organen slechts voor hun publiekrechtelijke rechtshandelingen daaraan onderworpen zijn. In de HRA wordt dus voor hybrid public authorities een uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de taak of functie van de instelling enerzijds en de aard van de handeling die wordt verricht anderzijds. Dit is overigens een verschil met de toegang

tot de rechter, waar, zoals gezegd, geen uitdrukkelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de instelling en de handeling.

3.3 Het begrip 'function of a public nature'

De HRA bevat een criterium om vast te stellen of een instelling een hybrid public authority is. Er dient daartoe sprake te zijn van de uitoefening van een 'function of a public nature' aldus section 6(3)(b) HRA. Ook hier is sprake van een bepaald soort publieke-taaktest. Voor de vaststelling of de instelling een taak uitoefent die een 'function of a public nature' inhoudt, zijn uit de jurisprudentie verschillende gezichtspunten af te leiden. Deze gezichtspunten lijken op de gezichtspunten die worden gehanteerd in het kader van de public-functiontest voor judicial review;^[49] men mag de vraag of sprake is van een 'function of a public nature' echter niet vereenzelvigen met de public-functiontest in het kader van judicial review. Vergeleken met de hoeveelheid jurisprudentie over de mogelijkheid van judicial review is er nog niet zo'n omvangrijke hoeveelheid jurisprudentie over de toepasselijkheid van de HRA.

Wettelijke bevoegdheden

De vraag of sprake is van de uitoefening van een wettelijke bevoegdheid vormt in de context van de HRA een onderdeel van de vraag of sprake is van een 'function of a public nature', terwijl bij judicial review de source-of-power-test juist van de public-function-test is onderscheiden. In Nederland zouden wij het bestaan van een wettelijke bevoegdheid om eenzijdig verplichtingen op te leggen aan een burger als de belangrijkste reden beschouwen om het handelen van een instantie als publiekrechtelijk te kwalificeren. Het eenzijdig opleggen van verplichtingen is in onze visie immers bij uitstek een voorbeeld van het uitoefenen van openbaar gezag, hetgeen bij ons als kenmerkend criterium voor het als publiekrechtelijk kwalificeren van een handeling wordt gezien. Omdat in Engeland de aard van de taak (de 'function of a public nature') centraal staat, wordt de vraag met het oog waarop de wettelijke bevoegdheid bestaat, belangrijk geacht. Zo kon bijvoorbeeld in de Aston Cantlow-zaak^[50] worden geconcludeerd dat hoewel de parochieraad van de Church of England over een wettelijke bevoegdheid beschikte om een lekenpredikant te verplichten tot bepaalde betalingen, deze bevoegdheid niet was gegeven met het oog op een 'function of a public nature'.

Financiering uit publieke middelen & de plaats innemen van de klassieke overheid

Voor de vraag of sprake is van een 'function of a public nature' wordt ook aandacht besteed aan de financiering uit publieke middelen (maar dat is geen doorslaggevende factor) en aan de vraag of de instantie 'de plaats inneemt van de klassieke overheid' (hetgeen doet denken aan elementen uit de 'but-for'-test en de 'statutory underpinning'-test in het kader van judicial review). Een toepassing van dit criterium is te vinden in de Hampshire Farmers Markets-zaak^[51] : Hampshire Farmers Markets, een limited company, werd aangemerkt als een 'hybrid public authority' in de zin van de HRA waar zij besliste over vergunningen voor het deelnemen aan een markt waar lokale producten werden verkocht en die plaatsvond op een terrein dat eigendom is van de lokale overheid, een soort standplaatsvergunning dus. Naast het feit dat het hier ging om een beslissing die betrekking had op een voor het algemene publiek toegankelijk terrein, werd betekenis toegekend aan het feit dat het gemeentebestuur juist Hampshire Farmers Markets Ltd. had gecreëerd om de taak uit te voeren die zij eerder

zelf verrichte. Bovendien ondersteunde het gemeentebestuur Hampshire Farmers Markets Ltd. door het verschaffen van kantoorruimte en administratieve en juridische bijstand. In de al eerder genoemde YL-zaak is echter door verschillende law-lords gezegd dat niet aldus moet worden geredeneerd dat in een situatie waarin een bepaalde activiteit eerst door de klassieke overheid werd uitgevoerd, maar vervolgens in handen is gelegd van een private organisatie, automatisch kan worden geconcludeerd dat die private organisatie alsdan een 'function of a public nature' uitvoert.^[52]

Het 'innemen van de plaats van de 'klassieke' overheid' doet sterk denken aan de in de Nederlandse jurisprudentie voorkomende 'verlengde-arm' redenering.^[53] De vaststelling dat een private organisatie als het ware de rol vervult van een 'klassieke' overheidsinstanties en in haar optreden ook inhoudelijk door die 'klassieke' overheidsinstantie wordt gestuurd, is - naast de financiering uit publieke middelen - een belangrijke factor die bij ons is toegepast om in situaties waarin een wettelijke bevoegdheidstoekenning ontbreekt, toch tot publiekrechtelijk optreden en het kwalificeren van de instantie als bestuursorgaan in de zin van de Awb te concluderen.

Risico op schending van mensenrechten

Dat de onjuiste uitvoering van een bepaalde activiteit tot schending van de mensenrechten zou kunnen leiden, zou ook kunnen meewegen bij de vraag of een instantie moet vallen onder het bereik van de HRA.^[54] De HRA is bedoeld om ervoor te zorgen dat onderdanen van het Verenigd Koninkrijk naar nationaal recht de bescherming van het EVRM kunnen inroepen. Dat de HRA moet worden geïnterpreteerd vanuit dit gezichtspunt ligt dan ook in de rede.

De plaats van de publieke-taaktest bij de HRA in vergelijking met judicial review

Van belang is er op te wijzen dat de vraag of sprake is van een 'function of a public nature' in het kader van de HRA uitdrukkelijk beperkt is tot het optreden van 'hybrid public authorities'. Daardoor is het riskant om de publieke-taaktesten met elkaar te identificeren. Toch lijkt dit soms - impliciet - wel te gebeuren. In dit verband is van belang dat de tekst van de CPR inzake de beschikbaarheid van de judicial-reviewprocedure de indruk wekt dat de public-functiontest daar op al het optreden betrekking heeft. Dat lijkt eraan te hebben bijgedragen dat wel wordt betoogd dat een activiteit die voorheen door een klassieke overheidsinstantie werd uitgevoerd en vatbaar was voor judicial review (en dus kennelijk in de zin van de CPR als een public function moest worden aangemerkt), wanneer zij vervolgens overgaat in private handen zou moeten worden gekwalificeerd ook als een 'function of a public nature' in de zin van de HRA. Zoals gezegd, heeft het House of Lords in de YL-zaak deze conclusie niet onderschreven.

3.4 Het debat naar aanleiding van de YL-zaak

Over de reikwijdte van de categorie 'hybrid public authorities' - met andere woorden: over de niet tot de klassieke overheid behorende instanties met een 'function of a public nature' - is in Engeland inmiddels een hoog oplopend debat ontstaan. Achtergrond voor het in de wet opnemen van een aanduiding van die 'hybrid authorities' vormde het besef dat juist in de jaren voorafgaand aan de totstandkoming van de HRA veel taken die van oudsher door de overheid waren uitgevoerd, inmiddels in handen waren gelegd van private organisaties. Daardoor werd het nodig geacht om een omschrijving van het begrip 'overheid' te geven die ook aanknoopt bij de aard van de

activiteiten (de taken) van een instantie.^[55] De - in de ogen van sommigen te beperkte - wijze waarop in de jurisprudentie, in het bijzonder in de YL-zaak, aan deze bepalingen invulling is gegeven, heeft veel stof tot discussie opgeworpen.

In de YL-zaak poogden de vertegenwoordigers van een bejaarde dame die aan de ziekte van Alzheimer leed (mevrouw YL), met een beroep op art. 8 EVRM te voorkomen dat een particuliere exploitant van een verzorgingstehuis de plaatsing van mevrouw YL in dat verzorgingstehuis beëindigde. Het House of Lords oordeelde echter dat de particuliere exploitant van een verzorgingstehuis niet kon worden aangemerkt als een hybrid public authority waarop de HRA van toepassing was. Een belangrijk argument in de leading opinions vormt het onderscheid tussen de op de lokale overheid rustende verplichting om ervoor te zorgen dat er voor een bepaalde groep personen accommodatie beschikbaar is en daarvoor ook te betalen ('arranging and funding') en het daadwerkelijk verschaffen van die accommodatie zelf ('providing'). De publieke taak ten aanzien van de huisvesting en verzorging van bepaalde personen betreft alleen 'arranging and funding' en niet 'providing'. Het verschaffen van een plaats in een verzorgingstehuis en het leveren van de daarbij behorende zorg staat in dit opzicht los van de overheidstaak om ervoor te zorgen dat die voorzieningen voor bepaalde personen beschikbaar zijn.

De argumentatie die in de kritieken op deze uitkomst wordt gehanteerd, is deels juridisch-dogmatisch van aard, maar gaat deels ook over politieke en pragmatische wenselijkheden. Van juridisch-dogmatische aard is bijvoorbeeld het argument dat het ongerijmd zou zijn dat een activiteit die van oudsher door een klassieke overheidsinstantie is uitgevoerd, maar vervolgens is overgedragen aan een private instantie, alsdan niet vanzelfsprekend door dezelfde normen zou worden genormeerd.^[56] Daartegenover wordt echter gezegd dat de uitvoering van een bepaalde activiteit door de klassieke overheid in het verleden, deze taak nog niet als zodanig tot een 'function of a public nature' bestempelt.^[57] Daarnaast speelt in de kritiek op de YL-zaak het argument dat het juist voor zwakkere personen in de samenleving - ouderen, hulpbehoevenden, zieken - mogelijk moet zijn om zich op de directe bescherming van mensenrechten te beroepen.^[58]

Vanuit het Nederlandse perspectief zou men overigens nog kunnen menen dat het feit dat de exploitatie van het verzorgingstehuis in particuliere handen ligt, er niet aan in de weg hoeft te staan dat burgers zich jegens de lokale overheidsinstantie beroepen op de HRA als zij menen dat de wijze waarop hun huisvesting en zorg is geregeld daartoe aanleiding geeft. Naar Engels recht wordt dit echter niet als een bevredigende oplossing gezien. In dit verband zij er op gewezen dat in het Engelse recht sterk de nadruk ligt op de vraag of men met de beschikbare remedies ook daadwerkelijk kan bereiken wat men beoogt, in dit geval dus voorkomen dat mevrouw YL uit het verzorgingstehuis zou worden gezet. Een beroep op de EVRM-rechten jegens de lokale overheidsinstantie zou zeer waarschijnlijk niet een dergelijk resultaat hebben. Daarom is het van belang dat, zoals ook in casu het geval bleek te zijn, de lokale overheidsinstanties in de afspraken die zij met de particuliere woonruimte- en zorgverstrekkers zijn aangegaan ook bedingen dat deze de EVRM-rechten uit HRA jegens hun cliënten respecteren. Doordat de naleving van de EVRM-rechten als contractuele verplichting voor de particuliere exploitant van het verzorgingstehuis geldt, zou per saldo het in de 'remedy-benadering' gewenste resultaat kunnen worden bereikt.

Zoals gezegd, heeft de wetgever zeer onlangs naar aanleiding van de YL-zaak ingegrepen. Thans is expliciet in de Health and Social Care Act 2008 bepaald dat de exploitant van een verzorgingstehuis die huisvesting en

verpleging of verzorging aan een burger levert ingevolge afspraken die daartoe onder de relevante wettelijke regelingen met die instantie zijn gemaakt, voor de toepassing van section 6(3)(b) HRA moet worden gezien als een instantie die een function of a public nature uitvoert.

4 Een institutionele en een functionele benadering

De analyse in de vorige paragrafen leert dat men in het Engelse recht zowel voor de vraag of een handeling vatbaar is voor judicial review als voor de vraag of de HRA van toepassing is een mix van institutionele (wie handelt?) en functionele (wat is de aard van de handeling?) criteria hanteert. Cane spreekt in dit verband zelfs van een 'messy combination of functional and institutional markers'.^[59]

Wanneer we de criteria aan de hand waarvan een onderscheid wordt gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht in het kader van judicial review en de toepasselijkheid van de HRA met elkaar vergelijken, dan blijkt het volgende. Voor de toepassing van de HRA is het niet nodig het optreden van de klassieke overheid nader te onderscheiden tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handelingen: de HRA is op beide soorten handelingen van toepassing. Hoewel dat op het eerste gezicht wellicht anders leek, speelt voor de toegang tot de rechter bij de klassieke overheid dit onderscheid eveneens nauwelijks een rol, zij het dat overheidscontracten in beginsel niet vatbaar zijn voor judicial review.

Voor de private instellingen die een publieke taak vervullen, is het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht echter van wezenlijk belang: alleen het publiekrechtelijk optreden is vatbaar voor judicial review en alleen voor zover zij publiekrechtelijke handelingen verrichten is de HRA op hun optreden van toepassing (preciezer gezegd: worden zij als 'public authority' aangemerkt). De gezichtspunten die bij de vaststelling van hun rechtskarakter een rol spelen, blijken zeer goed met elkaar vergelijkbaar. Maar aan het argument dat een activiteit eerst door de klassieke overheid werd uitgeoefend en vervolgens is overgedragen aan een private instelling en daarom als publiekrechtelijk zou moeten worden bestempeld, moet volgens de rechtspraak weinig gewicht worden toegekend. Dat heeft de wetgever genoopt tot ingrijpen om te bewerkstelligen dat, in ieder geval voor het terrein van de zorg voor de gezondheid en het sociale welzijn, van oorsprong private instantie toch als public authorities worden aangemerkt. Hier wordt aldus een institutionele oplossing gegeven voor een situatie die met een functionele benadering niet tot een in de ogen van de wetgever wenselijk resultaat heeft geleid.

Mede tengevolge van de toepassing van de publieke-taakttesten (preciezer: de public-functiontest en de maatstaf van de 'function of a public nature') is de functionele benadering in het Engelse bestuursrecht steeds belangrijker geworden. De functionele benadering vervult ten opzichte van de institutionele benadering een aanvullende rol. Bij het optreden van niet tot de 'klassieke' overheid behorende instanties wordt met behulp van de public-functiontest gepoogd het privaatrechtelijk handelen van het publiekrechtelijk optreden te onderscheiden. Dat de receptie van dit onderscheid tot allerlei afgrenzingsdiscussies aanleiding kan geven, heeft men inmiddels 'aan den lijve' ondervonden. De waardering voor het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is dan ook verschillend. Door sommigen wordt bepleit het onderscheid zo snel mogelijk af te schaffen, anderen accepteren het en weer anderen stellen voor de grens op een andere plaats te trekken.^[60]

5 Slot

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat het Engelse recht inmiddels vertrouwd is geraakt met het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht en de afgrenzingsdiscussies die dit onderscheid met zich brengt. Opvallend is dat het Engelse recht zich zelfs zo sterk van Dicey's erfenis heeft ontdaan, dat men - met een functionele benadering van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht - de grenzen van het domein waarop de kwalificatie publiekrecht wordt toegepast ruimer is gaan trekken dan dat bij ons gebeurt. Juist die functionele invulling van het onderscheid geeft aanleiding tot een hoog oplopend debat over de vraag of de grens wel op de juiste plaats loopt.

Een verklaring om de kwalificatie 'publiekrecht' te hanteren op een ruimhartiger wijze dan wij gewend zijn, is te vinden in de context van het Engelse rechtssysteem. Op het punt van de rechtsbescherming heeft een rol gespeeld dat het niet openstellen van de judicial-reviewprocedure voor situaties als aan de orde in de Datafin-zaak, een leemte in de mogelijkheid van effectieve rechtsbescherming zou opleveren. Evenzo is belangrijk dat vooralsnog voor de mensenrechten geen echte horizontale werking wordt aangenomen. Om dan toch te bewerkstelligen dat die mensenrechten, publiekrechtelijke normen, in voorkomende situaties - te denken valt dan bijvoorbeeld aan de care homes - van toepassing zijn, wordt op dat optreden van die care homes het etiket 'publiekrecht' geplakt.

Dit illustreert goed dat het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht niet een vast gegeven onderscheid is, maar een onderscheid dat wordt gemaakt met het oog op het bereiken van bepaalde doelen, bijvoorbeeld bewerkstelligen dat bepaalde rechtsnormen van toepassing zijn, maar bijvoorbeeld ook het openstellen van de toegang tot een bepaalde vorm van rechtsbescherming. Dit brengt ons tot de belangrijke gevolgtrekking dat het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht ook in het Engelse recht een multifunctioneel onderscheid is: het kan - en wordt - met het oog op verschillende doelen gemaakt. Daar komt nog bij dat afhankelijk van het doel waarvoor het onderscheid wordt gemaakt, de keuze om al dan niet bepaalde criteria bij de kwalificaties te hanteren, kan beïnvloeden. Dat neemt overigens niet weg dat ten behoeve van de consistentie in het rechtssysteem zoveel mogelijk naar congruente kwalificaties zou moeten worden gestreefd. Het is niettemin goed te beseffen dat het in een bepaalde situatie hanteren van het label publiekrechtelijk of privaatrechtelijk voortkomt uit een keuze, en niet het gevolg is van een tevoren vaststaand dogmatisch concept. In zoverre komt de positie die men inneemt ten aanzien van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht neer op een stellingname die ziet op de verhouding tussen overheid en samenleving in het algemeen.

Voetnoten

Voetnoten

[*] Prof. mr. G.T.J.M. Jurgens is hoogleraar bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht en redacteur van dit blad. Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht, in het bijzonder inzake publiek-private rechtsbetrekkingen, aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

[1] Het Verenigd Koninkrijk kent drie rechtssystemen: dat van Engeland en Wales, het Noord-Ierse en het

Schotse. Waar wij schrijven over Engeland, bedoelen wij strikt genomen het rechtssysteem van Engeland en Wales. Het is ook in de Engelse literatuur gebruikelijk korthedshalve slechts over het Engelse recht te spreken. Het Noord-Ierse rechtssysteem is in hoofdzaak hetzelfde als dat van Engeland. Het Schotse rechtssysteem verschilt echter aanzienlijk van het Engelse; dat geldt zeker voor het onderwerp van dit artikel.

- [2] A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn.) London: Macmillan 1959.
- [3] N. Verheij, 'Publiekrecht en privaatrecht in Engeland: Singin' the Continental Blues', *NTB* 1990, 1, p. 1 e.v.
- [4] Dit artikel bevat een aantal van de bevindingen uit een onderzoek naar de opkomst van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht. Het volledige verslag van deze zoektocht, waarin onder andere ook wordt ingegaan op de governance benadering, is gepubliceerd als G.T.J.M. Jurgens en F.J. van Ommeren, *De opmars van het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht in het Engelse recht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- [5] *R vs. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc* [1987] QB 815.
- [6] *YL vs. Birmingham City Council* [2007] UKHL 27, [2007] 3 WLR 112.
- [7] Een voor de Nederlandse lezer goed toegankelijke en meer uitvoerige schets is te vinden bij B.W.N. de Waard, *Engeland & Wales*, in: B.W.N. de Waard, A.J. Bok en P.C. Gilhuis, *Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak (Algemeen bestuursrecht 2001)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 151 e.v.
- [8] Zie voor een lezenswaardige beschrijving van de historische ontwikkeling het hiervoor aangehaalde artikel van Nico Verheij.
- [9] De wijze waarop - ook thans nog - judicial-reviewzaken worden aangeduid, draagt nog de sporen van de historische wortels waaruit deze rechtsgang is ontstaan. De procedure voor het verkrijgen van een prerogative

order werd formeel aangespannen door de Kroon (daaraan refereert de letter R die staat voor 'Regina') uit naam van degene die de daadwerkelijke eiser is (daaraan refereert het 'ex parte').

- [10] In het handboek *Administrative Law* van H.W.R. Wade & C.F. Forsyth (9th edn.), Oxford: Oxford University Press 2004, p. 649, wordt het belang van deze procesrechtelijke verschillen geïllustreerd aan de hand van de zaak-Barnard vs. National Dock Labour Board. Een door een aantal dokwerkers aangespannen gewone procedure gericht op een verklaring voor recht dat hun ontslag onrechtmatig was, was succesvol omdat zij via de in die procedure bestaande mogelijkheid van 'discovery of documents' het essentiële document hadden weten bloot te leggen, waaruit vervolgens bleek dat zij door een onbevoegd persoon waren ontslagen. In een procedure gericht op vernietiging van de ontslagbeslissing was dit document waarschijnlijk niet boven tafel gekomen.
- [11] De regeling van de procedure voor judicial review is te vinden in de Civil Procedure Rules (CPR), Part 54.
- [12] O'Reilly vs. Mackman [1982] 3 WLR 1096; [1983] 2 AC 237.
- [13] Zie over de moeizame en strenge toepassing van de exclusiviteitsregel de eerste jaren na O'Reilly vs. Mackman: Verheij 1990, p. 6-8.
- [14] Zo zijn er in 2000 enkele procedurele voorzieningen gecreëerd, bijvoorbeeld in de vorm van doorverwijzingen, die de scherpste kantjes van het systeem moeten halen. Verder zijn er in een omvangrijke lijn van case law inmiddels wat soepeler criteria voor de toepassing van de exclusiviteitsregel geformuleerd. Maatgevend daarvoor is de zaak Clark vs. University of Lincolnshire and Humberside [2000] 1 WLR 1988, waarin een flexibele aanpak door de rechters wordt voorgestaan.
- [15] R vs. East Berkshire Health Authority, ex parte Walsh [1985] QB 152.
- [16] Dat heeft te maken met het feit dat de remedies waarover de gewone rechter beschikt niet altijd een adequate reactie bieden op vermeend onrechtmatig overheidsoptreden (zie hierover Wade & Forsyth a.w. p. 32). Bovendien impliceert strijd van het optreden met publiekrechtelijke maatstaven nog niet dat de gewone rechter

het optreden onrechtmatig zal achten (zie Wade & Forsyth a.w. p. 785).

- [17] Ook in Nederland worstelen wij met de positionering van dergelijke instellingen. Zie daarover onder meer F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De Publieke taak (Staatsrechtconferentie 2002)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 135 e.v.; J.A.F. Peters, 'De publieke taakjurisprudentie ie dood, leve de publieke taakjurisprudentie!' *JBplus* 2004, p. 69 e.v. en S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur? (VAR-reeks 140)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7.e.v.
- [18] R vs. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc [1987] QB 815 op 838.
- [19] R vs. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc [1987] QB 815 op 847, 848.
- [20] H. Woolf, J. Jowell & A. Le Sueur, *De Smith's Judicial Review*, London: Sweet & Maxwell 2007, p. 133 e.v.
- [21] De Smith's 2007, p. 134.
- [22] R vs. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc [1987] QB 815 op 835, 836 (Sir John Donaldson).
- [23] ABRvS 11 mei 1998, AB 1998, 298 (m.nt. Jacobs; Bijdrage kosten bedrijfsverplaatsing).
- [24] R vs. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc [1987] QB 815 op 826.
- [25] ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 (m.nt. AFMB; Schiphol).

- [26] Zie wel voor enige voorbeelden: J.A.F Peters, 'Zelfregulering en rechter', JBplus 2007, p. 193-195 en A.A. Freriks, 'Private handhaving - bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel en A.A. Freriks, *Privaat bestuur? (VAR-reeks 140)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 200 e.v.
- [27] ABRvS 24 december 2003, JB 2004, 82 (m.nt. Peters).
- [28] *Mullins vs. The Board of Appeal of the Jockey Club* [2005] EWHC 2197 (Admin) op nr. 35.
- [29] Zie in het bijzonder ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 114 (m.nt. NV; Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp) en ABRvS 27 augustus 2003, AB 2004, 10 (m.nt. NV; Stichting MS projecten).
- [30] ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (m.nt. Zijlstra); AB Klassiek, nr. 34, Deventer: 2003 (vijfde druk), (m.nt. Overkleeft-Verburg; Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).
- [31] G. Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 42. In het Noord-Ierse recht komt de public-interesttest overigens ook al wat meer uit de verf dan in het recht van Engeland en Wales.
- [32] De Smith's 2007, p. 137.
- [33] De Smith's 2007, p. 132.
- [34] Wade & Forsyth 2004, p. 640 e.v.; vgl. ook K. Thompson en B. Jones, 'Administrative Law in the United Kingdom', in: R. Seerden (red.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States (2th edn.)*, Antwerpen - Oxford: Intersentia 2007, p. 257.
- [35] Men zie voor een recent overzicht van deze lijn in de jurisprudentie: Zijlstra 2008, p. 20 e.v.

- [36] O.a. ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (m.nt. Zijlstra); AB Klassiek, nr. 34, Deventer: 2003 (vijfde druk), (m.nt. Overkleef-Verburg; Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers).
- [37] ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474 (m.nt. AFMB).
- [38] ABRvS 17 juli 2000, AB 2000, 446 (m.nt. BPV).
- [39] In de jurisprudentie wordt ook wel gesproken van 'overheidstaak' of 'publiekrechtelijke taak'; zie Van Ommeren 2003, p. 143.
- [40] Terzijde zij opgemerkt dat in de Nederlandse rechtspraak ook wel andere aanvullende maatstaven worden aangelegd, zoals het connexiteitscriterium. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie over de hele linie: A.M.L. Jansen: 'Een 'never ending story'? Opmerkingen over het onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen', JBplus 2005, p. 115 e.v.
- [41] Indien de bestuurshandeling privaatrechtelijk van aard is wordt zij toegerekend aan de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt.
- [42] ARRvS 1 december 1977, AB 1978, 208 (m.nt. Scheltema; Groningse Waterleidingbuizen).
- [43] ABRvS 10 april 1995, AB 1995, 498 (m.nt. Van der Veen); AB Klassiek 2003, nr. 32 (m.nt. Van der Veen; Long Lin).
- [44] Vgl. P. Cane, Administrative Law (4th edn.), Oxford: Oxford University Press 2004, p. 39.

- [45] Bijv. het ontkennende antwoord van de Afdeling bestuursrechtspraak op de vraag of de gerechtsdeurwaarder kan worden aangemerkt als bestuursorgaan: ABRvS 8 augustus 2001, AB 2002, 51 (m.nt. SZ). De wetgever heeft de deurwaarder en de notaris vervolgens aangemerkt als bestuursorganen in de zin van de Awb (Stb. 2002, 318).
- [46] Zie bijvoorbeeld Wade & Forsyth 2004, p. 167 e.v.
- [47] Evenzo kan erop worden gewezen dat het EVRM meebrengt dat de deelnemende staten de verplichting hebben hun rechtssysteem zodanig in te richten dat burgers ook worden beschermd tegen inbreuken op de in het Verdrag gegarandeerde rechten door andere burgers (private partijen). Dit argument wordt wel gebruikt om te betogen dat het niet nodig is om een speciaal regime te creëren voor de gebondenheid van overheidsorganen aan de EVRM-rechten. Zie D. Oliver, 'Functions of a public nature under the Human Rights Act', PL 2004, p. 334. Het gaat ons hier echter niet om de vraag in hoeverre het rechtssysteem in het Verenigd Koninkrijk al dan niet in overeenstemming is met het EVRM. Ons interesseert hier immers de vraag hoe men in het Verenigd Koninkrijk de grens tussen publiekrecht en privaatrecht probeert te trekken.
- [48] Een bekende zaak is Douglas vs. Hello! Ltd. [2002] 2 WLR 992, waarin Michael Douglas en Catherina Zeta-Jones zich verweerden tegen de publicatie van hun huwelijksfoto's door het blad Hello!. In deze zaak lijkt voor het eerst min of direct het recht op privacy te worden erkend (voorheen werd een dergelijk verbod veelal enigszins kunstmatig geconstrueerd door een actie uit 'tort' (onrechtmatige daad) vanwege 'breach of confidence').
- [49] Zie voor een uitvoerig overzicht van relevante en niet relevante gezichtspunten, De Smith's 2007, p. 157-161.
- [50] Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council vs. Wallbank [2003] UKHL 37; [2004] 1 AC 546
- [51] R vs. Hampshire Farmers Markets, ex parte Beer (t/a Hammer Trout Farm) [2004] 1 WLR 233.
- [52] Zie Lord Scott of Foscote in nr. 30 en Lord Mance in nr. 104 in de YL-zaak.

- [53] Vgl. ook Vz. ARRvS 18 mei 1993, AB 1994, 333 (m.nt. SZ; Pinkpop), waarin de uitkomst overigens was dat de constructie neerkwam op verboden delegatie; ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (m.nt. Zijlstra); AB Klassiek, nr. 34, Deventer: 2003 (vijfde druk), (m.nt. Overkleeft-Verburg; Stichting Silicose Oud Mijnwerkers) en HR 28 februari 1997, AB 1997, 314 (m.nt. ThGD; SKV I); HR 10 december 1999, NJ 2000, 8, (SKV II) en HR 20 december 2002, AB 2003, 344 (m.nt. FvO; SKV III), waarin de uitkomst was dat handhaving langs deze weg niet was toegestaan. Zie over de verlengde arm recentelijk: Freriks 2008, p. 195 e.v.
- [54] Zie in deze zin Lord Bingham of Cornhill in nr. 11 van de YL-zaak.
- [55] Aardig is vervolgens wel om te vermelden dat de eerste zaak waarin het House of Lords moest oordelen over de reikwijdte van section 6(3)(b) HRA, juist een zaak was die met die modernisering van de overheid niets van doen had. In *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank*, [2003] UKHL 37; [2004] 1 AC 546 (hierna: de *Aston Cantlow-zaak*), ging het om de vraag of een parochieraad van de Church of England die een leken-predikant op grond van de Chancel Repairs Act 1932 aansprak op betaling voor reparatie van het koor in de parochiekerk, een 'function of a public nature' uitvoerde. Die vraag werd ontkennend beantwoord.
- [56] Zie aldus P. Craig, 'Contracting out, the Human Rights Act and the scope of judicial review', LQR 2002, p. 556.
- [57] Zie D. Oliver, 'Functions of a public nature under the Human Rights Act', PL 2004, p. 340.
- [58] Zie aldus bijvoorbeeld Baroness Hale in nr. 66 van de YL-zaak. Zie ook in deze zin: Joint Committee on Human Rights, *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act* (Ninth Report of Session 2006-07), London: HMSO 2007, p. 8.
- [59] Cane 2004, p. 5.
- [60] Zie hierover uitgebreider Jurgens en Van Ommeren 2009, p. 105 e.v.

