

Organisaties op afstand en het (ontbreken van) wetgevingsbeleid

Preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2024

Sjoerd Zijlstra

Inhoud

- 1. Inleiding en plan van behandeling**
- 2. Constitutioneelrechtelijk kader**
- 3. De amorse werkelijkheid van de organisaties op afstand**
- 4. Zelfstandige bestuursorganen**
 - 4.1 Opkomst van een leerstuk
 - 4.2 Verzelfstandigingen aan het eind van de vorige eeuw: opgaan, blinken en verzinken
 - 4.3 De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen
 - 4.3.1 Totstandkoming en doelstellingen
 - 4.3.2 De Kaderwet op hoofdlijnen
 - 4.4 Het algemeen wetgevingsbeleid ten aanzien van zbo's
 - 4.5 Het algemeen wetgevingsbeleid over zbo's beoordeeld
 - 4.5.1 Algemeen
 - 4.5.2 De Kaderwet revisited
- 5. Overige organisatievormen op afstand**
 - 5.1 Inleiding
 - 5.2 Naar een level playing field
 - 5.3 Uitbreiding van het overheidsbegrip
- 6. Conclusies**

1. Inleiding en plan van behandeling

“De perrons moeten schoon. Daarom moet het GVB verzelfstandigd worden!” Dit was de slogan waarmee in 2002 het gemeentebestuur van Amsterdam de inwoners wilde overtuigen om in een referendum voor het voorstel te stemmen om het Gemeentelijk Vervoerbedrijf van een gemeentelijke dienst om te zetten in een NV. Als jurist knipper je dan toch wel een paar keer met de ogen. Hoezo is er een verband tussen de rechtsvorm van een gemeentelijke dienst en het al of niet schoon zijn van perrons? Toch is dit type redeneringen in de wereld van de bestuurlijke organisatie aan de orde van de dag. Bij het gebruik van juridische verzelfstandiging en privatisering zou de taakvervulling meer klantgericht, effectiever maar ook goedkoper zijn, het parlement zich niet met de uitvoeringsdetails bemoeien, politieke bestuurders niet kunnen interveniëren vanwege al dan niet verkeerde motieven, er meer verantwoording aan de samenleving plaatsvinden, en de klant meer invloed krijgen. Hier tegenover staat het uitgangspunt van volledige ministeriële verantwoordelijkheid, waar ook tal van heilzame effecten aan worden toegedicht: democratische controle, betere aansluiting bij de beleidsvorming en daardoor minder verkokering, en overzichtelijkheid van de overheidsorganisatie.

De Aanwijzingen voor de regelgeving geven er nauwelijks blijk van, maar er is wel degelijk algemeen wetgevingsbeleid over de overheidsorganisatie ontwikkeld. Het geheel biedt echter een rommelige aanblik. Er bestaan uiteenlopende kabinetsstandpunten, handreikingen en kaders voor instelling van bepaalde organisatievormen, en voor zelfstandige bestuursorganen en adviescolleges bestaan zelfs kaderwetten. Deze stukken zijn echter niet alleen van ongelijke en soms onduidelijke status, ze zijn weinig consistent en spreken elkaar regelmatig tegen: ze missen in de praktijk (dan ook) op belangrijke punten hun werking.

De vraag is dan ook wat dit (wetgevings)beleid precies behelst en hoe het moet worden beoordeeld. Wetgevingsbeleid heeft immers als functie om richting te geven bij voorkomende wetgevingsproblemen. In hoeverre doet het dat op dit terrein? Is het mogelijk om, op basis van democratisch-rechtstatelijke uitgangspunten en praktijkervaringen, dat beleid meer inhoud en kracht te geven? Heeft het ontbreken van een samenhangend beleid gevolgen voor het functioneren van de centrale overheid? Of moeten we misschien constateren dat de minder geordende overheidsorganisatie niet tot problemen leidt?

In mijn preadvies ga ik op bovenstaande vragen in, en probeer ik te komen tot aanbevelingen voor beleid en wetgeving. Daarbij wordt de kern gevormd door het volgende dilemma (dat m.m. eigenlijk voor ieder onderdeel van het wetgevingsbeleid geldt): willen we de wetgever en de wetgevingsjurist richting geven bij het vormgeven van de overheidsorganisatie, zodat zij beter voldoet aan de normatieve uitgangspunten die daarvoor moeten worden gesteld, en er niet steeds het wiel hoeft te worden uitgevonden, of laten we duizend bloemen bloeien?

Mijn preadvies¹ is als volgt opgezet. Omdat wetgevingsbeleid zich dient te bewegen binnen de kaders die het constitutionele recht daarvoor stelt, begin ik (§ 2) met

¹ Ik heb de afgelopen 30 jaar veel onderzoek gedaan naar en geschreven over bovenstaande vraagstukken. Hoewel in mijn denken een stevige evolutie heeft

bespreking van die kaders. Vervolgens (§ 3) komen de belangrijkste organisatievormen op het niveau van de centrale overheid aan de orde. Preadviseur Westerweel en ik hebben afgesproken dat hij zich richt op de organisatievormen onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid: ik beperk mij in § 4 dan ook verder tot de organisatievormen 'op afstand', die ik in § 3 kort positioneer. Daarna gaat de meeste

aandacht uit naar de zelfstandige bestuursorganen (zbo's)(§ 4), omdat het zbo de meest omstreden en (daarom) meest gereguleerde organisatievorm is. Niettemin zal ik ook aandacht besteden aan semi-publieke instellingen (§ 5), dat wil zeggen organisaties die geen bestuursorgaan of rechtspersoon, krachtens publiek ingesteld, zijn, maar die op d een of andere manier met de (centrale) overheid zijn verbonden. In § 6 vat ik mijn conclusies samen.

Het is een voor een preadvies niet geweldig omvangrijk, maar niettemin kloek verhaal geworden. Voor de lezer die de tijd ontbreekt om alles helemaal te lezen, raad ik aan om in ieder geval de paragrafen 2, 3, 4.1, 4.4, 4.5 en 6 te lezen: dan is de discussie tijdens de jaarvergadering goed te volgen.

2. Constitutioneelrechtelijk kader

De stilte van de Grondwet

Onze Grondwet is, met alle respect, een merkwaardig document. Na de constitutioneelrechtelijke dereguleringsoperatie die de algehele herziening van 1983 in wezen was, resteerde een regeling we gerust *penny wise, pound foulish* kunnen noemen: op veel belangrijke punten van onze staatsinrichting zwijgt zij als het graf, terwijl zij op meer ondergeschikte punten weer verrassend gedetailleerd is.

Twee voorbeelden waar ik zelf als ambtenaar tegenaan liep: (1) de organisatie van de rechterlijke macht kon bij de operatie-Leemhuis zonder grondwettelijke belemmering helemaal op de schop genomen worden, maar de Ombudsman bevoegd verklaren klachten tegen rechters te behandelen stuitte wel op de Grondwet (art. 116 lid 4) en (2) de gemeentelijke organisatie kon zonder grondwettelijke belemmering worden

plaatsgevonden (zo heb ik op belangrijke punten afstand genomen van mijn proefschrift (S E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, diss. EUR, Den Haag: VUGA 1997), zijn er veel onderwerpen waar ik hetzelfde over ben blijven denken. Voor wie mijn geschriften over dit onderwerp (met name S E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, 2^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019 en S.E. Zijlstra, 'Zelfstandige bestuursorganen: een volledig gejuridiseerde organisatievorm', in: *Zbo's tussen droom en werkelijkheid. Over het verleden, heden en de toekomst van zelfstandige bestuursorganen*, Den Haag: BZK 2019 (te raadplegen op <https://www.kennisvandeoverheid.nl/documenten/publicaties/2019/07/05/zbos-tussen-droom-en-werkelijkheid>), p. 117-150 en S.E. Zijlstra, 'Onafhankelijke ondergeschikten. Zbo's, rijksinspecties, planbureaus, privacy-officers, het WODC: tijd voor chaos in de orde!', *NTB* 2019/6, p. 39-47) kent, zal mijn preadvies niet veel nieuws bevatten, sterker, er zal hier en daar wel wat autoplagiaat in voorkomen. Niettemin heb ik de ambitie dat het, vooral vanwege het publiek waarvoor het geschreven wordt, en de discussie die er hopelijk op volgt, een bijdrage kan leveren aan beleid over en praktijk van dit belangrijke onderwerp.

gedualiseerd, maar regelen dat de raad zijn eigen voorzitter kiest stuitte op art. 125 lid 3 Grondwet, dat dit – toen nog – voorbehield aan de burgemeester.

De organisatie van de rijksoverheid komt in de Grondwet op de volgende plaatsen naar voren. Artikel 42 bepaalt dat de Koning onschendbaar is, en de ministers verantwoordelijk. Verder zijn er ministeries, die bij koninklijk besluit worden ingesteld, en onder leiding staan van een minister (art. 44 lid 1). Ministers worden bij koninklijk besluit benoemd en ontslagen (art. 43). Er kunnen ook ministers zijn die geen leiding geven aan ministeries: de ministers zonder portefeuille (art. 44 lid 2). Er kunnen staatssecretarissen zijn, die net als de ministers bij koninklijk besluit worden benoemd en ontslagen (art. 46 lid 1). Hoofdstuk 4 regelt enkele bijzondere colleges, te weten de Raad van State (art. 73-75), de Algemene Rekenkamer (art. 77-78) en de Nationale ombudsman (art. 78a). Daarnaast bevat het een artikel over vaste adviescolleges ‘inzake wetgeving en bestuur’ van het Rijk (art. 79). Vermeldenswaard is nog art. 134, dat openbare lichamen voor beroep en bedrijf regelt; strikt genomen geen bestuursorganen van het Rijk, maar – met name in verband met hun relatie met zelfstandige bestuursorganen – toch ook voor dit preadvies van belang.

En dat is het dan. Geen woord over bestuursorganen die buiten de departementale organisatie vallen, hoewel die in 1983 al lang bestonden. Niets over de betekenis en strekking van de ministeriële verantwoordelijkheid. Dat past weliswaar in de hierboven vermelde dereguleringsgedachte van de herziening van 1983, maar ook daarvóór zweeg de Grondwet op dit punt. Nu kunnen we daar van alles van vinden – de Raad voor het openbaar bestuur vond dat het vermelden van de mogelijkheid dat er zelfstandige bestuursorganen kunnen zijn, alsmede het goed regelen van de verhouding met de openbare lichamen van art. 134 Grondwet niet kunnen ontbreken² – maar het roept hoe dan ook de vraag op: is er een (wellicht ongeschreven) constitutioneelrechtelijk kader dat wél als uitgangspunt kan dienen voor het vormgeven van de bestuurlijke organisatie van de centrale overheid? Omdat, als gezegd, mijn preadvies zich beperkt tot de organisatievormen ‘op afstand’, gaat het hier dan vooral over de vraag: in hoeverre is beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid voor onderdelen van de uitvoerende macht aanvaardbaar?

De Grondwet zwijgt over zbo's. Zijn ze dan verboden of toegestaan? De Grondwet zwijgt ook over de ministeriële regeling, maar heersende leer is dat deze wetgevingsfiguur in gedelegeerde vorm (een zelfstandige ministeriële regeling kent ons staatsrecht niet) is toegestaan. In de literatuur is hier in de 20^{ste} eeuw wel enige aandacht besteed, waarbij de communis opinio was,³ dat de Grondwet niet in de weg stond aan – zoals Huart het noemde – ‘zelfstandige bestuurscolleges’. Maar die standpunten waren niet bijzonder stevig onderbouwd.⁴

² Raad voor het openbaar bestuur, *Andere openbare lichamen in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 Grondwet deel III*, Den Haag: Rob 2003; zie ook N. Jak en P.J. Huisman, ‘Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen’, *NTB* 2023/172

³ F.J.A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Leiden 1925, p. 122-123; J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*. Zwolle 1953, p. 259, 337; P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*. Deel I, 2^e druk, Zwolle 1967, p. 481 en M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*. Groningen 1974 p. 6.

⁴ Zie voor een bespreking Zijlstra 1997, p. 119-120.

Bij de grondwetsherziening van 1983 bestonden er al verschillende zelfstandige bestuursorganen; we zouden kunnen zeggen dat de grondwetgever ze dus als het ware staatsrechtelijk ter kennisgeving heeft aangenomen. Als de grondwetgever uitdrukkelijk heeft gekozen iets niet mogelijk te willen maken, mogen we er vanuit gaan dat het verboden is. Maar een voorstel voor opnemning van een grondwettelijke grondslag van zbo's is ingetrokken.⁵ Zou dat betekenen dat de grondwetgever 'zbo's niet heeft gewild'? Er valt ook te verdedigen dat hij *deze* regeling niet heeft gewild. Ook kan een parallel worden gemaakt met de adviescolleges van art. 79 Grondwet: die bestonden ook vóór 1922, maar de grondwetgever heeft ze geconstitutionaliseerd om ze (formeel, in de vorm van de eis van een wettelijke grondslag) te normeren.

We kunnen de vraag echter niet laten liggen, want het antwoord bepaalt wel het speelveld voor het bestuurlijk organisatierecht. Voor wat het waard is – grondwetsinterpretatie is één van de lastigste onderwerpen van het staatsrecht, en ik ben er zeker geen expert in – concludeer ik dat het zwijgen van de grondwetgever in dit geval niet betekent dat hij beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid heeft willen verbieden.

Maar er zijn nog andere bronnen van – ongeschreven – constitutioneel recht. Is er op dit punt dan misschien een constitutioneelrechtelijke 'heersende leer'?⁶ Het antwoord is: nee. De eerste kabinetsnota's over functioneel bestuur respectievelijk zelfstandige bestuursorganen onderkennen de mogelijkheid en aanvaardbaarheid van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, maar stelden bestuur onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid nadrukkelijk voorop. Dat deed er overigens niet aan af dat vervolgens tal van nieuwe zbo's in het leven werden geroepen, waarover geen principiële staatsrechtelijk debat is gevoerd. Toen de commissie-Scheltema (die drie prominente wetenschappers op het gebied van het politieke staatsrecht bevatte)⁷ en de commissie-Wiegel⁸ eensgezind pleitten voor een op afstand plaatsen van in beginsel alle uitvoerende diensten, kwamen daartegen in de literatuur geen constitutioneelrechtelijke bezwaren naar voren.

De 'legisprudentie' van de (Afdeling advisering van de) Raad van State zou een rijke bron van een 'heersende leer' kunnen zijn, maar omdat de wijze van toetsing door de Afdeling advisering niet openbaar is, zou ik alle adviezen over zbo's moeten onderzoeken, iets waarvoor mij helaas de tijd ontbrak. Als we afgaan op het ongevraagd advies over ministeriële verantwoordelijkheid uit 2020, dan valt op dat daarin geen constitutionele bezwaren tegen het gebruik van zbo's worden aangevoerd, maar van de regering vooral consistentie in dat gebruik wordt gevraagd (ik kom daar nog op terug).

⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25629, nrs. 1-2. Zie voor een bespreking C.A.J.M. Kortmann, 'ZBO's: Zeer Bijzondere Opvattingen', *Gst.* 1997 nr. 7064, 1 en Zijlstra 2019, nr. 254.

⁶ Zie hierover G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*, diss. Leiden, Zutphen: Paris 2021, p. 283-288.

⁷ J.Th. van den Berg, C.A.J.M Kortmann en M. Scheltema. Vierde lid was dr. G. Zoutendijk, wiskundige en lid van de Eerste Kamer.

⁸ Externe commissie Organisatie en Functioneren van de rijksdienst, *Naar kerndepartementen. Kiezen voor een hoogwaardige en flexibele rijksdienst*, *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, nrs. 51 en 52.

In België ligt dit anders, zo laat het fraaie proefschrift van Stéphanie de Somer zien.⁹ Daar hanteert de Raad van State in haar wetgevingsadvisering een – vrij strikte – delegatiedoctrine, die er aan in de weg staat dat belangrijke bevoegdheden buiten de ministeriële verantwoordelijkheid worden geplaatst. PM

De conclusie is dan ook, dat volgens het geldende constitutionele recht, beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid niet ondenkbaar is, maar dat er geen inhoudelijke criteria bestaan voor hoe en wanneer dat mag gebeuren.

Constitutioneelrechtelijke uitgangspunten

Als we zoeken naar een constitutioneelrechtelijk kader voor de vormgeving van de bestuurlijke organisatie, dan moeten we beginnen bij het feit dat Nederland een parlementair stelsel heeft. In een parlementair stelsel, wordt – per definitie – de top van de uitvoerende macht niet rechtstreeks verkozen, maar ontleent zij haar democratische legitimatie aan het parlement. Om die legitimatie te kunnen waarmaken zijn drie elementen noodzakelijk: de regel dat de uitvoerende macht alle inlichtingen aan het parlement moet geven (bij ons: het inlichtingenrecht van art. 68 Grondwet), de regel dat de uitvoerende macht verantwoording verschuldigd is aan het parlement (bij ons: de ministeriële verantwoordelijkheid van art. 42 Grondwet) en de regel dat de uitvoerende macht moet wijken als zij het vertrouwen van het parlement ontbeert (bij ons de ongeschreven vertrouwensregel).

Inherent aan dit stelsel is dan weer de volgende, voor het bestuurlijk organisatierecht uiterst belangrijke notie, dat *de politieke verantwoordelijkheid voor onderdelen van de uitvoerende macht alleen kan worden beperkt met instemming van het parlement (lees: de wetgever)*. Dit lijkt een open deur – zij werd in de eerste nota functionele decentralisatie al met zoveel woorden geponeerd en onderbouwd¹⁰ en is in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (art. 3) en de Aanwijzingen voor de regelgeving (toelichting bij Ar 5.9) vastgelegd – maar het lijkt erop dat het niet altijd voldoende wordt onderkend.¹¹

Het voorgaande ziet op vermindering van de ministeriële verantwoordelijkheid *binnen de overheidsorganisatie*. Als een ministerie de restauratieve voorzieningen niet meer zelf wil doen maar uitbesteedt aan een commercieel bedrijf, is daar de instemming van het parlement niet voor nodig. We zullen later (§ 5) zien dat dit bij verzelfstandigingen naar privaatrechtelijke rechtspersonen complicerend kan werken.

⁹ Stéphanie de Somer, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, diss. Antwerpen, Cheltenham: Edward Elgar 2017.

¹⁰ *Kamerstukken II 1988/89*, 21 042, nr. 2, p. 9: “Wanneer de overdracht van publieke taken aan een orgaan erop gericht is de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de taken te beperken, dient dit orgaan bij of krachtens wet te worden ingesteld. De argumenten hiervoor zijn: [...] De werkzaamheden van een orgaan van functioneel bestuur zullen, althans gedeeltelijk, buiten de volledige ministeriële verantwoordelijkheid worden verricht. Het parlement moet zich kunnen uitspreken over de vraag of het met dit verlies van politieke controle in een concreet geval akkoord gaat.”

¹¹ Met name doet zich dat voor bij de Aanwijzingen inzake rijksinspecties en de Aanwijzingen inzake planbureaus, waarin ogenschijnlijk de aanwijzingsbevoegdheid van ministers (en daarmee de ministeriële verantwoordelijkheid) zonder wettelijke grondslag wordt beperkt.

Dat beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitvoerende macht een wettelijke grondslag behoeft is alleen een formeel of, zo men wil, procedureel¹² uitgangspunt, en geeft geen richting bij de vraag of, en zo ja, onder welke condities de wetgever de ministeriële verantwoordelijkheid mag beperken. Met andere woorden: mag de wetgever zijn gang gaan bij het beperken van de ministeriële verantwoordelijkheid, of zijn daar grenzen aan?

In mijn proefschrift¹³ heb ik bepleit dat het antwoord op deze vragen moet worden gezocht in de beginselen van de democratische rechtsstaat. Gegeven het feit dat wij een parlementair stelsel hebben, waar de democratische legitimatie van de uitvoerende macht, naast in de wetgeving die zij uitvoert, ligt in de controle door het parlement, moet ministeriële verantwoordelijkheid uitgangspunt zijn, en moet beperking daarvan met democratisch-rechtstatelijke argumenten worden onderbouwd. Dat is in de debatten over het gebruik van zbo's eigenlijk ook wel door alle partijen onderkend: de argumenten voor het gebruik van zbo's die art. 3 Kaderwet noemt, worden – al dan niet met zoveel woorden – alle drie op de beginselen van de democratische rechtsstaat teruggevoerd.¹⁴

Ministeriële verantwoordelijkheid

Omdat ministeriële verantwoordelijkheid een centrale rol speelt in het discours over de bestuurlijke organisatie, ook in mijn opvatting, is het goed haar – kort – nader te duiden. De regel van de ministeriële verantwoordelijkheid houdt in dat de minister rekenschap moeten afleggen aan het parlement over het gebruik of niet-gebruik van zijn of haar bevoegdheden.¹⁵ Dat de ministeriële verantwoordelijkheid ziet op het gebruik of niet-gebruik van bevoegdheden, brengt mee dat die verantwoordelijkheid zo ver strekt als de minister bevoegdheden heeft. Dit betekent een volledige verantwoordelijkheid voor het eigen handelen en voor het handelen van aan de minister ondergeschikte ambtenaren;¹⁶ ten aanzien van het handelen van andere personen of instellingen geldt de verantwoordingsplicht voor zover de minister mogelijkheden heeft hun handelen te bepalen.¹⁷ Daarbij gaat het niet alleen om juridische bevoegdheden, maar ook om wat ministers in de feitelijke sfeer kunnen doen; hun juridische bevoegdheden zijn weliswaar beperkt, feitelijk kunnen zij een

¹² Zoals Van der Hoeven het uitdrukte: De wetgever is geen persoon maar een procedure.

¹³ Zijlstra 1997, hoofdstuk 4.

¹⁴ Zij het dat ze dat niet allemaal op een juiste manier doen. Zie daarover onder, § xxx.

¹⁵ Vgl. Zijlstra 1997, p. 102 e.v., Commissie-Scheltema (Eerste externe commissie Ministeriële verantwoordelijkheid), *Steekhoudend ministerschap, Kamerstukken II* 1992/93, 21427, nr. 41 (hierna: *Steekhoudend ministerschap*), p. 8, J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 2004, en R.K. Visser, *In dienst van het algemeen belang. Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair vertrouwen*, diss. UL, Amsterdam: Boom 2008.

¹⁶ E. Geurink, 'Ministeriële verantwoordelijkheid voor ambtenaren' met reactie van R.K. Visser, in: J.L.W. Broeksteeg, J.Th.J. van den Berg en L.F.M. Verhey (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid opnieuw gewogen*, Reeks publicaties van de Staatsrechtkring nr. 25, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006.

¹⁷ Deze 'heersende leer' werd door de Tweede Kamer omarmd in een motie-Jurgens c.s., *Kamerstukken II* 1993/94, 21427, nr. 69.

heleboel méér. De grens ligt bij feitelijke maatregelen die onrechtmatig zijn, bijvoorbeeld omdat zij een wettelijke grondslag missen waar die wel nodig is.¹⁸

NB: het is van groot belang hier meteen vast te stellen dat beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid niet betekent dat de politiek (met name de Tweede Kamer) niet *iets kan vinden* van de taakbehartiging door het op afstand geplaatste orgaan. Ten eerste kan men de minister om informatie vragen. Ten tweede kan men de minister vragen wat deze ervan vindt. Maar de uitkomst van dat debat is in die zin juridisch irrelevant, dat zij er niet dwingend toe kan leiden dat de op afstand geplaatste organisatie de taakuitoefening wijzigt in de door de politiek gewenste richting.

Stelselverantwoordelijkheid

In dit verband moet eerst nog aandacht worden geschonken aan de stelselverantwoordelijkheid, een fenomeen dat in het debat over de bestuurlijke organisatie regelmatig naar voren wordt gebracht, maar dat niet onomstreden is. Kern van deze verantwoordelijkheid (ook wel ‘systeemverantwoordelijkheid’ of, bij gebrek aan beter, ‘ex ante verantwoordelijkheid’), is dat ministers ook verantwoordelijk zijn voor het borgen van het publieke belang op hun beleidsterrein en de rol die de overheid heeft om dat belang te borgen (publieke taak). Toegespitst op de ‘organisaties op afstand’ houdt dit in, dat de bevoegdheden van de minister – per definitie – zijn beperkt, maar dat hij¹⁹ wel moet bewaken dat zij hun taken goed vervullen (dat ‘het stelsel’ functioneert), net zoals de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verantwoordelijk is voor goed functionerende gemeenten en provincies, en de Minister voor Rechtsbescherming voor een goed functionerende rechterlijke macht.

In zijn ongevraagd advies over ministeriële verantwoordelijkheid merkt de Afdeling advisering van de Raad van State op: ‘de toepassing van het concept ‘stelselverantwoordelijkheid’ [zorgt] in de praktijk voor misverstanden. De grenzen van waar deze verantwoordelijkheid begint en waar zij ophoudt, blijven in concrete gevallen vaag. Daardoor kan gemakkelijk de perceptie ontstaan dat de overheid altijd bevoegd is om in te grijpen wanneer een publiek belang in het geding is: omdat de overheid een publieke taak heeft, is de minister eindverantwoordelijk en moet hij er dus voor zorgen dat hij het probleem dat zich in het concrete geval voordoet, oplost. Juist in een incidentgedreven verantwoordingscultuur is het in de praktijk voor bewindspersonen buitengewoon lastig om onder de ontstane politieke en publicitaire druk de grenzen van hun verantwoordelijkheid over het voetlicht te brengen. Bij de wijze waarop in de praktijk het concept ‘stelselverantwoordelijkheid’ wordt gebruikt zijn daarom de nodige kanttekeningen te plaatsen. Uiteraard is er in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen altijd een debat mogelijk over het functioneren van een wettelijk stelsel en of er aanleiding is voor de wetgever dat stelsel te wijzigen. Een minister behoort daarop aanspreekbaar te zijn. In de praktijk wordt de ‘stelselverantwoordelijkheid’ echter vaak gebruikt om naar aanleiding van een incident de minister onder druk te zetten iets te doen wat op gespannen voet staat

¹⁸ Vgl. HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9460 (Methadonbrief).

¹⁹ Of zij. Ik houd het, overeenkomstig het geslacht van het woord ‘minister’ verder op mannelijk.

met de geldende bevoegdheden, afspraken en rolverdelingen die de wetgever zelf eerder – soms in het zeer recente verleden – heeft geaccordeerd. Gebruik van ‘stelselverantwoordelijkheid’ leidt bovendien gemakkelijk tot een te ruime uitleg van de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee ook tot overspannen verwachtingen van wat de overheid kan en mag. Dat tast de rechtszekerheid aan en draagt niet bij aan het beeld van een betrouwbare overheid. Daarmee wordt het tegenovergestelde bereikt van wat sommigen met de stelselverantwoordelijkheid beogen. In plaats van dat de ministeriële verantwoordelijkheid wordt versterkt, leidt zij eerder tot verwarring en overspannen verwachtingen.”²⁰

De Afdeling advisering kan worden toegegeven dat de omvang van de stelselverantwoordelijkheid niet altijd scherp is, maar dat geldt ook voor de klassieke ministeriële verantwoordelijkheid (anders zou ik er geen plank vol literatuur over hebben staan). Overspannen verwachtingen liggen in de politiek natuurlijk altijd op de loer, maar daar kan deze figuur juist behulpzaam zijn, omdat zij een aangrijpingspunt is voor het afbakenen van die verwachtingen. Kamer en minister moeten het immers eens worden over de publieke taak, waarmee ook meteen duidelijk wordt hoe ver de stelselverantwoordelijkheid van de overheid strekt. Ten slotte: niemand beweert dat ministers met een beroep op stelselverantwoordelijkheid bevoegdheden kunnen claimen die zij niet hebben, en ik vind het dan ook een beetje flauw dat de Afdeling dit spookargument van stal haalt. Ministers kunnen met de stelselverantwoordelijkheid in de hand hooguit om bevoegdheden vragen; er bevoegdheden op baseren kunnen zij niet.²¹

Betekenis van ministeriële verantwoordelijkheid

De regel van de politieke verantwoordelijkheid is van grote betekenis voor de organisatie van het openbaar bestuur: als de minister verantwoordelijk is voor een bepaalde beslissing, dan kan het parlement hem daar ook over bevragen, en kan de uitkomst van het debat zijn dat anders wordt beslist (‘klassieke’ ministeriële verantwoordelijkheid), en de minister moet, in het licht van de publieke taak, zorgen over voldoende instrumenten te beschikken (stelselverantwoordelijkheid).

Daarnaast is ministeriële verantwoordelijkheid ook normatief uitgangspunt voor het bestuurlijk organisatierecht: de toedeling van bestuursbevoegdheden dient in beginsel alleen plaats te vinden aan het parlement (algemeen vertegenwoordigende orgaan) of aan ministers (die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van het parlement).

Ten slotte is ministeriële verantwoordelijkheid ook wat Van den Berg noemt ‘de zweepslag voor de ambtelijke dienst’.²² Verantwoordelijkheid brengt mee dat de minister ook moet zorgen dat het ambtelijk apparaat waaraan hij leiding geeft, goed functioneert. Een voorbeeld van hoe het niet moet, biedt de ondervraging van oud-

²⁰ Afdeling advisering van de Raad van State, *Advies over ministeriële verantwoordelijkheid*, Den Haag: Raad van State 2020, p. 31-32.

²¹ S.E. Zijlstra en K. Wilkeshuis, ‘Verantwoordelijkheid: bevoegdheid en publieke taak’, in: Broeksteeg e.a. (red.) 2006, p. 9-18; anders: C.A.J.M. Kortmann, ‘Afsluitende beschouwingen’, in: Broeksteeg e.a. (red.) 2006, p. 107-108.

²² J.Th.J. van den Berg, ‘Ministeriële verantwoordelijkheid: “de zweepslag voor de ambtelijke dienst”’, *Socialisme en Democratie* 1989, nr. 4.

minister Asscher door de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Daaruit blijkt dat besloten was dat de minister 'niet in individuele gevallen mocht treden'. Over een brief van een grootmoeder die in zware problemen was gekomen, zegt Asscher: 'Ik denk dat ik hem wel gezien heb, heel eerlijk gezegd. Het is een antwoord waar ik me nu toch een beetje voor schaam, als ik het teruglees. Want er staat inderdaad: ik kan niet in een individueel geval interveniëren. Dat is ook zo. Ik kan als minister niet opeens zeggen: het zit anders met die schuld of met die toeslagen.'²³ Dat kan hij dus wel, en dat had hij ook gemoeten.

3. De amorfte werkelijkheid van de organisaties op afstand

In 1983 liet de Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) een voorstudie verrichten naar 'Organen en rechtspersonen rondom de centrale overheid'.²⁴ Het werd een vuistdikke studie, en dat is, gegeven de titel, ook niet verwonderlijk. Er bestaan in ons land immers talloze organisaties en instellingen die een rol spelen bij de behartiging van publieke belangen, en om die reden op de een of andere manier met de overheid zijn verbonden (zich 'rondom de centrale overheid' bevinden). Dat kan zijn doordat ze bij of krachtens de wet zijn ingesteld, een al dan niet wettelijk geïdentificeerde publieke taak behartigen, of door de overheid zijn opgericht, de overheid aandeelhouder is of op een andere manier statutair of contractueel zeggenschap heeft, ze door de overheid worden gesubsidieerd of door wet- en regelgeving worden gereguleerd.

Hier juridische ordening in aan te brengen werd op dat moment niet urgent geacht. In het bestuursrecht was voor instellingen buiten de departementale organisatie eigenlijk alleen aandacht vanuit het perspectief van de rechtsbescherming, waardoor de focus vooral gericht was op administratief orgaan (het bestuursorgaan-begrip van de Wet Arob): instellingen die 'met enig openbaar gezag bekleed' waren, terwijl er daarnaast in de context van andere wetten wel werd gewerkt met een overheidsbegrip dat ruimer was.²⁵ (Privaatrechtelijke) rechtspersonen waarmee de overheid geen nauwere band dan een subsidierelatie had, of waarvan zij een relatief klein deel van de aandelen bezat, werden, hoezeer zij ook van belang konden zijn voor de behartiging van publieke belangen, geordend en gereguleerd door het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht van Boek 2 BW.

Scheltema's oratie in 1974²⁶ introduceerde het begrip 'zelfstandig bestuursorgaan' en dat trok, mede door latere publicaties van zijn onderzoeksgroep,²⁷ de aandacht. Dat was dan weliswaar niet geschikt om *alle* organisaties rond de overheid mee te

²³ Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, 'Vastgesteld verslag van een openbaar verhoor van dhr. L.F. Asscher d.d. 23 november 2020', p. 40.

²⁴ H.F. Munneke, J.B.J.M. ten Berge, F.A.M. Stroink, P. Haighton en P. den Hoed, *Organen en rechtspersonen rondom de centrale overheid*, WRR-reeks Voorstudies en achtergronden nr. V 35, Den Haag: Staatsuitgeverij 1983.

²⁵ Zie daarover onder, § xxx.

²⁶ M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*. Oratie RUG, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974.

²⁷ O.a. H.G. Lubberdink, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*, diss. Groningen, Deventer: Kluwer 1982.

duiden, maar het besloeg in ieder geval een flink deel ervan, en het is dan ook dit begrip dat enkele decennia de staatsrechtelijke discussie heeft beheerst. De WRR-voorstudie waar ik het eerder over had, culmineerde in een studiedag die de WRR in 1985 organiseerde over 'zelfstandige bestuursorganen', en niet lang daarna ontstond het eerste kabinetsbeleid over het onderwerp.

We moeten ons realiseren dat de zelfstandige bestuursorganen maar een deel, en niet eens altijd het belangrijkste deel, van de 'organen en instellingen rond de centrale overheid' vormen. Er zijn voor die laatste organen en instellingen in de loop der tijden weliswaar verschillende criteria ontwikkeld op basis waarvan nadere categorisering plaatsvond, maar tot de systematische aandacht die de zbo's van wetenschap en beleid hebben gekregen, heeft het in de verste verten niet geleid. Zo bestaat over de overheidsstichting een veelheid aan publicaties en is er ook wel kabinetsbeleid, maar bij gebrek aan een eenduidig criterium blijft dat beleid beperkt tot enkele aspecten, en is wetgeving – als die al wenselijk wordt geacht – nog ver weg.

Ik kom op deze organisaties nog terug (§ 5); nu eerst de zbo's en het daarop van toepassing zijnde wetgevingsbeleid.

4. Zelfstandige bestuursorganen

4.1 Opkomst van een leerstuk

Daarvoor neem ik u eerst mee naar het begin van de jaren '90. Ik werkte toen bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken, bij de toenmalige stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgeving. Het waren de jaren van de grote verzelfstandigen en privatiseringen, en wij werden geacht daar iets van te vinden.

Van de privatiseringen konden wij uit constitutioneel oogpunt niet veel maken, anders dan dat het een beetje ordelijk moest gebeuren. Verder ging Financiën erover. Maar de verzelfstandigingen, dat wil zeggen overheidstaken onderbrengen bij zelfstandige onderdelen van het openbaar bestuur: daar konden wij wel degelijk wat vinden, want die knaagden aan de ministeriële verantwoordelijkheid. Maar wát moesten wij daar precies van vinden?

De oplossing was even klassiek als eenvoudig: we lieten een extern rapport opstellen. En wie kon dat beter doen dan Michiel Scheltema, die de term zelfstandig bestuursorgaan had uitgevonden, het onderwerp op de kaart had gezet? Scheltema en zijn Groningse onderzoeksgroep togen aan het werk. Hun rapport heette *Zelfstandige bestuursorganen in soorten*.²⁸ Het bevatte een analyse van de parlementaire geschiedenis van de toen bestaande zbo's. Daaruit werd gedestilleerd welke motieven de wetgever grosso modo hanteerde voor het instellen van een zbo. Dat bleken er drie te zijn.

Het eerste motief was wat zij noemden *onafhankelijke gezaghebbenden*. Het bekendste Nederlandse voorbeeld hiervan is de Kiesraad. Het vaststellen van verkiezingsuitslagen, het vaststellen van de lijstvolgorde, het beslissen over toelating

²⁸ J.L. Boxum, J. de Ridder en M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten*, Deventer: Kluwer 1989.

van lijsten en partijen, zijn bevoegdheden die zich moeilijk verdragen met ondergeschiktheid aan politieke ambtsdragers, reden waarom de Kiesraad een zbo is. Het gaat bij dit zbo dus om de *aard van de bevoegdheid* die het uitoefent: die leent zich niet voor volledige zeggenschap van de minister. Het motief van de aard van de bevoegdheid is overigens al veel ouder dan het denken over zbo's: de Kiesraad was al zbo voordat het begrip was bedacht.

Het tweede motief dat Scheltema en de zijnen aantroffen was van veel recenter datum: het betrof *scheiding van beleid en uitvoering*: het onderbrengen van (met name strikt regelgebonden) uitvoering bij zbo's.

Derde en laatste motief was volgens Scheltema c.s. *participatie*: het laten meebesturen van vertegenwoordigers van burgers en maatschappelijke organisaties. Daar bestonden er op dat moment een paar van, zoals de Nederlandse Loodsencorporatie.

Wij waren erg blij met dit rapport en begonnen het werk aan een kabinetsstandpunt. Dat kabinetsstandpunt werd de nota *Functioneel bestuur, waarom en hoe?* Die titel is op zichzelf al interessant. Hoewel Scheltema in 1974 sprak van 'zelfstandige bestuursorganen', was de gangbare beleidsterm nog 'functionele decentralisatie'. Dat had ermee te maken dat het ministerie, dat jaarlijks aan de Tweede Kamer moest rapporteren over de uitvoering van het decentralisatiebeleid, daarover in 1987 weinig te melden had, en meende te kunnen scoren met successen met *functionele* decentralisatie. En dáár wilde de Kamer dan weer méér van weten.²⁹ De minister van BiZa vroeg vervolgens advies aan de Raad voor het binnenlands bestuur (Rbb), die in 1988 rapporteerde op basis van preadviezen van Ten Berge en Stroink.³⁰ Na de Rbb was het kabinet aan zet, hetgeen aanleiding was voor onze hele exercitie. Maar wij vonden het begrip functionele decentralisatie hier staatsrechtelijk misplaatst: functionele decentralisatie, dat zijn de openbare lichamen van art. 134 en 135 Grondwet, met eigen democratische legitimatie. Daar kon je bij de Kiesraad en de Nederlandsche Bank toch niet van spreken. Vandaar de term 'Functioneel bestuur'. Zij is later verdrongen door de term 'zelfstandig bestuursorgaan.'

Terug naar het rapport van Scheltema en de zijnen. Als gezegd was het een analyse van wat de wetgever als motieven had gehanteerd. Maar die drie motieven werden vervolgens tot norm verklaard: als de wetgever deze motieven hanteert, moeten ze immers wel valide zijn. En zo kwamen ze ook terug in de nota *Functioneel bestuur waarom en hoe?*, om via de Aanwijzingen voor de regelgeving terecht te komen in de Kaderwet zbo's, waarin ze tot op de dag van vandaag met grote enorme hardnekkigheid voortleven.

Kern van het beleidskader van de nota *Functioneel bestuur: waarom en hoe?*, dat in ieder geval formeel lange tijd heeft gegolden, was dat zbo's een uitzondering vormen op de hoofdstructuur van de bestuurlijke organisatie, en daarom alleen om bijzondere redenen en goed gemotiveerd mogen worden ingesteld. Ze moeten hun grondslag hebben in een formele wet; ze mogen alleen een aanvullende rol spelen³¹

²⁹ Motie-Lauxterman c.s., *Kamerstukken II* 1987/88, 20200 VII, nr.43.

³⁰ J.B.J.M. ten Berge en F.A.M. Stroink, *Functionele decentralisatie uit de schaduw*, Preadvies voor de Raad voor het binnenlands bestuur, Den Haag: Rbb 1988.

³¹ Nota *Functioneel bestuur, waarom en hoe?* 1990, p. 6-7, 16-17.

en in beginsel geen beleidsruimte hebben.³²

Als toetsingspunten ten aanzien van de keuze voor functioneel bestuur worden in de nota genoemd de motivering, het type zelfstandig bestuursorgaan, de wettelijke grondslag en de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm. Bij de motivering moet ook worden aangegeven waarom overdracht van de betrokken taak aan provincie of gemeente niet aangewezen is.

Daarbij heeft publiekrechtelijke vormgeving de voorkeur: uit een oogpunt van herkenbaarheid van de overheid als zodanig, wordt het gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen afgewezen.³³ Belangrijke aandachtspunten zijn verder de omschrijving van taken en bevoegdheden, de samenstelling en inrichting van het bestuur, het toezicht en de controle, het beheer, de openbaarheid van bestuur, de rechtsbescherming en de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.³⁴

4.2 Verzelfstandigingen aan het eind van de vorige eeuw: opgaan, blinken en verzinken

Het kabinetsstandpunt *Functioneel bestuur: waarom en hoe?* is wat betreft de terughoudendheid met het gebruik van zbo's een faliekante mislukking geworden. Wij, dat wil zeggen het team van Binnenlandse Zaken dat voornemens tot instelling van zbo's moest toetsen aan het kabinetsstandpunt, waren niet bestand tegen de *perfect storm* van argumenten en omstandigheden.

Allereerst was daar de mantra van het New Public Management, die wilde dat de uitvoeringsorganisaties van de overheid bedrijfsmatiger gingen werken. Daarvoor was de manier van boekhouden bij ministeries, het kasverplichtingenstelsel, ongeschikt. In dat stelsel werd alleen inzicht gegeven in wat de uitvoeringsorganisatie kostte, en niet wat zij opleverde; omdat op die manier geen inzicht kon worden verkregen in de relatie tussen de 'producten' die de organisatie voortbracht en de kosten die daarmee gemoeid waren, kon geen sturing op kwantiteit en efficiency plaatsvinden. Bij eigen rechtspersoonlijkheid (en dus met eigen begroting) kon dat wel. En daarvoor moesten ze, als ze al niet geprivatiseerd werden, tot zbo worden omgevormd.

Daarnaast werd de ministeriële verantwoordelijkheid geproblematiseerd: ministers en parlement moeten worden ontlast van uitvoeringsbeslissingen, zodat zij zich noodgedwongen moeten beperken tot de hoofdlijnen van het beleid. Het duidelijkst werd dit verwoord door de Commissie-Scheltema, die in het kader van het werk van de commissie-Deetman³⁵ het rapport *Steekhoudend ministerschap* uitbracht:

³² Idem, p. 18.

³³ Idem, p. 25.

³⁴ Zelfstandige bestuursorganen vielen op dat moment onder de rechtsbescherming van de bestuursrechter, maar nog niet onder de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet Nationale ombudsman. Dat was één van de punten waar Scheltema al in zijn oratie aandacht voor vroeg.

³⁵ Deze commissie (de 'Bijzondere commissie vraagpunten' van de Tweede Kamer, onder leiding van kamervoorzitter Wim Deetman, gaf – als douceurtje voor D66 dat buiten de regering was gehouden – sturing aan een omvangrijk project van 'Staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing'. Het rapport van de commissie, dat de probleemstelling van het project bevatte (*Kamerstukken II 1990/91, 21427 nr. 3*) is nog

‘Ministers staan aan het hoofd van, en zijn daarmee verantwoordelijk voor, grote organisaties. Zij worden via deze verantwoordelijkheid aangesproken op allerlei incidenten, hetgeen tot gevolg heeft dat het politiek bedrijf teveel wordt beheerst door incidentalisme, en te weinig aandacht uitgaat naar ontwikkelingen op lange termijn. Dat heeft ook gevolgen voor de interne organisatie, omdat de dreiging van de ministeriële verantwoordelijkheid ertoe leidt dat ambtenaren hun minister van allerlei details op de hoogte menen te moeten houden. Gevolg hiervan is dat de politieke (maar ook de ambtelijke) top van het departement chronisch overbelast is met detailzaken en vaak nauwelijks de ruimte heeft om in strategische en integrale termen te werken aan de beleidsproblemen waarmee men wordt geconfronteerd.’³⁶

Volgens de Commissie-Scheltema kon scheiding van beleid en uitvoering in de vorm van een zbo hiervoor een oplossing bieden, omdat de minister, als deze niet meer over de uitvoering gaat, zich kan (en moet) beperken tot het beleid. Verrassende conclusie van deze redenering is dus, dat het verminderen van de zeggenschap van de politiek de democratie zal versterken. We moesten toe naar het 'Zweeds model' met kleine departementen en daaromheen talloze zbo's. Ook de Commissie-Wiegel, net als de Commissie-Scheltema werkzaam in het bredere onderzoek van de Tweede Kamer naar 'staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing', wilde naar kerndepartementen.³⁷

Naast deze theorieën waren er ook prozaïscher redenen voor het tot zbo omvormen van grote uitvoerende diensten. Zo werd in het voorjaar van 1990 de zogeheten Tussenbalans uitgebracht, waarin forse overschrijdingen van de overheidsuitgaven werden geconstateerd. Besloten werd tot een taakstelling van 1% vermindering van het aantal rijksambtenaren. Omdat dergelijke operaties nooit gepaard gaan met vermindering van overheidstaken, was goede raad duur. Tot iemand bedacht dat aan die taakstelling kon worden voldaan door uitvoerende diensten om te vormen tot zbo's met rechtspersoonlijkheid: de daar werkzame personen telden dan niet meer mee als rijksambtenaar. En daarmee vielen ze ook buiten het salarisgebouw van de rijksambtenaren, zodat het ook voor de organisaties zelf aantrekkelijk was een zbo te worden.

In korte tijd werden verschillende zbo's van het type 'scheiding van beleid en uitvoering' ingesteld, zoals de Informatie Beheer Groep (IBG), Staatsbosbeheer, de Dienst Wegverkeer (RDW) en het Kadaster. Het rapport *Steekhoudend ministerschap* vond dat allemaal niet ver genoeg gaan, en pleitte ervoor om ook de IND en de Belastingdienst tot zbo om te vormen.

Maar nog voor de eeuw ten einde was, was het tij gekeerd. Het begon in 1994 met het rapport van de (interdepartementale) Commissie-Sint,³⁸ dat met name kritisch

steeds een aanrader; het zal de lezer verrassen hoeveel van de daar genoemde vraagpunten nog steeds actueel zijn.

³⁶ *Steekhoudend ministerschap*, p. 44-45. Ik was secretaris van deze commissie, maar deze passages zijn geschreven door dr. J. (Ko) de Ridder, een Groningse medewerker van Scheltema; ik kreeg ze niet uit mijn pen.

³⁷ Commissie-Wiegel (Externe commissie Organisatie en Functioneren van de rijksoverheid), *Naar kerndepartementen. Kiezen voor een hoogwaardige en flexibele rijksoverheid*, Kamerstukken II 1992/93, 21427, nrs. 51 en 52.

³⁸ Commissie-Sint, *Verantwoord verzelfstandigen*, Den Haag 1994.

was over de veronderstelde efficiencywinst die het verzelfstandigen van uitvoeringsorganisaties zou opleveren. Niet alleen was die winst niet zichtbaar (of zelfs negatief), door introductie van het agentschap. Evenzeer kritisch over de wildgroei van zbo's en het ontbreken van adequaat toezicht op (de financiën van) zbo's was de Algemene Rekenkamer in 1995;³⁹ een herstel van het 'primaat van de politiek' werd bepleit. Dit laatste werd door het eerste kabinet-Kok overgenomen.⁴⁰ De bestaande zbo's werden doorgelicht,⁴¹ en pogingen tot verbetering werden gedaan.

Terugkijkend, kunnen we vaststellen dat de zbo's binnen enkele jaren van dé oplossing voor problemen van de rijksdienst zijn verzeild aan wat Den Boer⁴² noemt 'de zelfkant van de democratie': weliswaar bestaan er nog vele, en worden ze nog steeds ingesteld, maar ze worden met enige grimmigheid bekeken, regelmatig doorgelicht, en de rapporten en beleidsstukken die in deze eeuw zijn verschenen⁴³ ademen alle een sfeer van 'noodzakelijk kwaad, maar goed in de gaten houden'. Ik kom hier verderop in dit preadvies nog op terug; nu eerst aandacht voor de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

4.3 De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

4.3.1 Totstandkoming en doelstellingen

Al bij het behandelen van de nota *Functioneel bestuur: waarom en hoe?* in 1991 werd door de Tweede Kamer de wens uitgesproken te komen tot Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake zelfstandige bestuursorganen. Het heeft nog vijf jaar geduurd voor deze tot stand kwamen; ze werden onderdeel van de Aanwijzingen voor de regelgeving.⁴⁴ In die aanwijzingen was een groot deel van het beleid van *Functioneel bestuur: waarom en hoe?* gecodificeerd.

Deze Aanwijzingen waren op hun beurt weer de voorloper van een Kaderwet

³⁹ Algemene Rekenkamer, *Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid*, Kamerstukken II 1994/95, 24130, nr. 3.

⁴⁰ Kabinetsstandpunt *Herstel van het politieke primaat bij de aansturing van zelfstandige bestuursorganen*, Kamerstukken II 1994/95, 24130, nr. 5.

⁴¹ Zie voor de doorlichtingsoperatie *Kamerstukken II 1996/97*, 25268, nr. 1.

⁴² M.M. den Boer, *Verzelfstandiging van bestuursstaken op z'n Hollands*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

⁴³ Werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau (Werkgroep-Kohnstamm), *Een herkenbare staat: investeren in de overheid*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2004; Rapport-De Leeuw (*Kamerstukken II 2013/14*, 25268, nr. 79); Onderzoekscommissie Privatisering en verzelfstandiging uit de Eerste Kamer, *Verbinding verbroken*, *Kamerstukken I 2012/13*, C, A-B, staatscommissie parlementair stelsel (commissie-Remkes), *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018, het ongevraagde advies van de Afdeling advisering over ministeriële verantwoordelijkheid van 15 juni 2020 (*Kamerstukken II 2019/20*, 35300, nr. 78) en Anderson Elffers Felix, *Eindrapport Heldere kaders voor soepel samenspel. Synthese van de uitkomsten van de brede evaluatie van de kaders voor rijksorganisaties op afstand* (2 november 2021).

⁴⁴ *Strct.* 1996, 177.

zelfstandige bestuursorganen waaraan het werk inmiddels was opgevat.⁴⁵ Het heeft echter nog bijna vijftien jaar (!) geduurd voordat de Kaderwet in werking kon treden. Een belangrijke reden voor deze moeizame totstandkoming was, dat zbo's bij de Tweede Kamer op zichzelf omstreden waren, maar ook het zwalkende beleid rond het gebruik van zbo's hielp niet. Ten slotte veranderden de doelstellingen van de wet lopende het traject.⁴⁶ Aanvankelijk was de gedachte om, naast de uitgangspunten van de Aanwijzingen naar wetsniveau te tillen, de organisatie van de zbo's te harmoniseren. Er waren nu immers verschillende grote uitvoeringsorganisaties verzelfstandigd, en daarvoor waren geharmoniseerde organisatiebepalingen goed denkbaar. Na het rapport van de Algemene Rekenkamer uit 1995 kwam daar de doelstelling 'herstel' van het 'primaat van de politiek' bij; die leidde tot opnemings van een aantal toezichts- en controlebepalingen, zowel in algemene zin als ten aanzien van de financiën van zbo's. De wet trad op 1 februari 2007 in werking⁴⁷.

4.3.2 De Kaderwet op hoofdlijnen

Begripsbepaling (art. 1 onderdeel a Kaderwet)

Al de begripsbepaling van zelfstandig bestuursorgaan is opmerkelijk: men zou verwachten dat de wet voor het begrip bestuursorgaan zou aansluiten bij art. 1:1 Algemene wet bestuursrecht, maar dat doet zij niet. De definitie luidt: 'een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister.' Met name opmerkelijk⁴⁸ is de toevoeging 'dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed'. Volgens de memorie van toelichting bevat de Kaderwet voor in het geheel niet met openbaar gezag beklede publiekrechtelijk vormgegeven zbo's 'een te omvangrijk geheel aan regels [...], reden 'waarom deze organen niet gebonden dienen te worden aan de Kaderwet.' De regering noemt als voorbeelden advies- of overlegorganen, Staatsbosbeheer en organen, uitsluitend belast met onderzoek.⁴⁹

Instellingsmotieven (artikel 3 Kaderwet)

We zagen dat, in navolging van het rapport van Scheltema c.s., sinds de *Nota Functioneel bestuur waarom en hoe?* een drietal instellingsmotieven voor zbo's golden; zij werden in de Aanwijzingen inzake zelfstandige bestuursorganen (aanwijzing 124c) vastgelegd, en zijn vervolgens neergeslagen in art. 3 Kaderwet.

⁴⁵ Al in *Steekhoudend ministerschap*, p. 51-52 was hiervoor gepleit; in de kabinetsreactie hierop werd zo'n wet toegezegd (*Kamerstukken II* 1993/94, 21427, nr. 73, p. 1).

⁴⁶ De voorgeschiedenis van de Kaderwet is met onderkoelde humor beschreven in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2000/01, 27426, nr. 3, p. 2-3).

⁴⁷ *Stb.* 2006, 587. Zie voor literatuur over de Kaderwet Zijlstra 2019, nr. 233. Onze vereniging heeft er in 2000 al een jaarvergadering met preadviezen aan gewijd (H.R.B.M. Kummeling en A. Bestebreur, *De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen*, Den Haag: Sdu 2001).

⁴⁸ Zie voor kritiek hierop Zijlstra 2019, nr. 234.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, nr. 3 p. 7-8.

Een zelfstandig bestuursorgaan kan volgens dat artikel uitsluitend in het leven worden geroepen indien:

- a. er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid;
- b. er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen;
- c. participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht.

Toezicht (art. 20-23 Kaderwet)

Herstel van 'het primaat van de politiek' geschiedt in de Kaderwet langs twee sporen: een flink arsenaal aan algemene toezichtsinstrumenten, en uitgebreide voorzieningen in de sfeer van financieel beheer en verantwoording.

Bij de algemene toezichtsinstrumenten gaat het om de inlichtingenplicht van het zbo aan de minister (art. 20), de bevoegdheid voor de minister om beleidsregels te stellen ten aanzien van de taakuitoefening door het zbo (art. 21), de bevoegdheid voor de minister om besluiten van het zbo te vernietigen (art. 22) en het treffen van de noodzakelijke voorzieningen als naar oordeel van de minister het zbo zijn taak ernstig verwaarloost (art. 23). De eerste drie instrumenten zijn ook uit het algemeen bestuursrecht bekend, en daar goed uitgekristalliseerd. Dat geldt echter niet voor het ingrijpen bij ernstige taakverwaarlozing, al was het maar omdat hier, anders dan bij haar zusterbepalingen in de Gemeentewet en de Provinciewet, niet is bepaald wat 'zijn taak ernstig verwaarlozen' is, en ook niet welke 'noodzakelijke voorzieningen' dan kunnen worden getroffen.

Voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving (art. 4 Kaderwet)

Art. 4 van de Kaderwet spreekt een voorkeur uit voor publiekrechtelijke vormgeving van zbo's. Volgens deze bepaling wordt met openbaar gezag alleen bekleed een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld; in afwijking daarvan kan bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens privaatrecht is opgericht, met openbaar gezag worden bekleed, mits (a) dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang⁵⁰ en (b) er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden.

Overige elementen

Gelet op het eerder geschetste constitutioneelrechtelijke uitgangspunt dat beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid voor onderdelen van het openbaar bestuur alleen met instemming van het parlement kan geschieden, een uitgangspunt dat in de *Nota functioneel bestuur: waarom en hoe?* werd vooropgesteld, valt op dat een eis van een wettelijke grondslag voor instelling van een zbo ontbreekt. Dit heeft te

⁵⁰ Dit element is ontleend aan artikel 160 Gemeentewet, dat ziet op oprichting van of deelneming in privaatrechtelijke rechtspersonen door de gemeente.

maken met de gekozen definitie van zbo: die is immers gekoppeld aan openbaar gezag, en de gedachte was, dat dit altijd een wettelijke grondslag heeft.⁵¹

De Kaderwet bevat verschillende bepalingen die de inrichting van en verantwoording door zbo's beogen te harmoniseren. Zo bevat hoofdstuk 4 bepalingen over inrichting van de begroting en van beheer en verantwoording, waarbij dit laatste onderscheid maakt tussen zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid (afd. 2) en privaatrechtelijk vormgegeven zbo's (afd. 3).

In art. 6⁵² is een – vérstrekkende – procedurele bemoeienis van de Minister van BZK gegarandeerd. De mede-ondertekening door deze minister is vereist bij alle wetten, koninklijke besluiten en ministeriële regelingen, houdende (a) het opdragen of ontnemen van de uitoefening van openbaar gezag aan een zelfstandig bestuursorgaan, of (b) wijziging van bevoegdheden van de betrokken minister jegens een zelfstandig bestuursorgaan of (c) wijziging van verplichtingen die een zelfstandig bestuursorgaan jegens de betrokken minister in acht dient te nemen.

Sluitstuk van de harmonisatie is de evaluatieverplichting van art. 39: niet alleen moet de Kaderwet zelf elke vijf jaar geëvalueerd worden (lid 2), maar ook de doelmatigheid en doeltreffendheid van het functioneren van een (dus ieder!) zelfstandig bestuursorgaan (lid 1).

Na totstandkoming van de Kaderwet werden de aanwijzingen voor zbo's die in de Aanwijzingen voor de regelgeving waren opgenomen, op tal van punten 'uitgekleed': veel stond immers in de Kaderwet.

4.4 Het algemeen wetgevingsbeleid ten aanzien van zbo's

Bronnen

Het algemeen wetgevingsbeleid ten aanzien van gebruik en vormgeving van zbo's is in de eerste plaats te vinden in de Kaderwet en de Aanwijzingen voor de regelgeving. Probleem is echter, dat er daarnaast (of beter: daar tegenover) in de loop van de afgelopen twintig jaar verschillende kabinetsstandpunten en algemene beleidsstukken tot stand zijn gekomen, waarvan de status niet altijd even duidelijk is, en die niet alleen elkaar, maar ook de Kaderwet en/of de Aanwijzingen voor de regelgeving op cruciale punten tegenspreken: de belangrijkste zijn de kabinetsstandpunten op het rapport van de werkgroep-Kohnstamm,⁵³ op het rapport van de Eerste Kamer *Verbinding verbroken* en het rapport-De Leeuw (2014),⁵⁴ een circulaire *Governance ten aanzien van zelfstandige bestuursorganen (zbo's)*

⁵¹ Tot complicaties bij zbo's die buitenwettelijk openbaar gezag uitoefenen (zoals de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers), heeft dit niet geleid, anders dan ik verwachtte, of misschien hoopte (zie S.E. Zijlstra, 'Exit de Silicose-constructie!', *NTB* 2002, nr. 6, p. 175-176).

⁵² Amendement Scheltema-De Nie c.s., *Kamerstukken II* 2001/02, 27426, nr. 20.

⁵³ *Kamerstukken II* 2004/05, 25268, nr. 20 (hierna: kabinetsstandpunt rapport-Kohnstamm).

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 25268 nr. 83 (hierna: kabinetsstandpunt-De Leeuw).

(2015),⁵⁵ de *Wegwijzer governance van publieke belangen bij verzelfstandiging*,⁵⁶ kabinetsstandpunten bij de twee tot dusverre gepubliceerde evaluaties van de Kaderwet⁵⁷ en bij een brede doorlichting van organisaties op afstand.⁵⁸ Ten slotte bevat het *Beleidskompas* nog een onderdeel over 'externe verzelfstandiging',⁵⁹ waarin uitgangspunten voor het gebruik van zbo's zijn opgenomen.

Ondanks deze belemmeringen doe ik hieronder een poging dat beleid te duiden, geclusterd per onderwerp:

- status van de Kaderwet;
- instellingsmotieven;
- (geen) regelgevende bevoegdheid;
- publiekrechtelijke or privaatrechtelijke vorm;
- rechtspersoonlijkheid;
- toezicht en governance.

Status van de Kaderwet

De Kaderwet bevat geen voorzieningen als een bijzondere-statusbepaling (vgl. art. 115 Gemw). Wel wordt de harmonisatie van de Kaderwet 'beschermd' door Ar 2.46 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, die bepaalt dat afwijking van de Kaderwet alleen gemotiveerd mag plaatsvinden. Door het mede-ondertekeningsrecht van de Minister van BZK (art. 6) heeft BZK daarbij – op papier althans – een sterke positie.

Instellingsmotieven

Als gezegd wil art. 3 Kaderwet de instelling van zbo's beperken tot de drie daar genoemde motieven. In aanwijzing 124c (oud), waar artikel 3 Kaderwet op is gebaseerd, werd daaraan als algemene beperking nog toegevoegd dat 'de voordelen van een vermindering van de ministeriële bevoegdheden voor de betrokken bestuurstaak opwegen tegen de nadelen van verminderde mogelijkheden van controle door de Staten-Generaal'. Deze belangrijke beperking vinden we nu – in scherpere bewoordingen – terug in Ar 5.8: ten eerste spreekt de aanwijzing zelf van het moeten motiveren van 'de noodzaak' van het instellen van een zbo (wenselijkheid is kennelijk onvoldoende), en ten tweede bevestigt de toelichting bij deze aanwijzing nog eens dat 'het voldoen aan een of meer van de in artikel 3 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen opgenomen gronden onverlet [laat] dat terughoudend met de instelling van een zelfstandig bestuursorgaan of het opdragen van taken aan een bestaand zelfstandig bestuursorgaan moet worden omgegaan.' Volgens de 'leidraad' bij die toelichting moet expliciet onder ogen worden gezien 'waarom de taak niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid wordt uitgeoefend'.

⁵⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 25268, nr. 113.

⁵⁶ <https://www.kcbr.nl/themas/themas-z/governance/verzelfstandiging-en-governance-van-publieke-belangen-een-wegwijzer>.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 147, nr. 1 en *Evaluatie Kaderwet zelfstandige bestuursorganen 2012-2016*, Den Haag: Ministerie van BZK 2018.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2021/22, 31490, nr. 323.

⁵⁹ <https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/beleidskompas/3-wat-zijn-opties-om-het-doel-te-realiseren/31-beleidsinstrumenten/organisatie/externe-verzelfstandiging>.

Kijken we nader naar de instellingsmotieven, dan staan de drie van art. 3 Kaderwet nog fier overeind, maar dat is maar schijn. Wat op dit moment wél kabinetsbeleid is ten aanzien van instellingsmotieven, het is mij echter een volkomen raadsel. Lees en huiver:

- het *kabinetsstandpunt over het rapport-Kohnstamm* (2005) achtte het 'onafhankelijkheidsmotief' valide, onder de restrictie dat het zo moest worden begrepen dat de taken worden uitgevoerd zonder dat de politiek zich ermee kan bemoeien. Daarnaast werd aangekondigd dat geen voorstellen meer zouden worden gedaan voor verzelfstandiging op basis van het 'motief van regelgebonden uitvoering.' Het 'participatiemotief' zou alleen worden gehanteerd als is voldaan aan een aantal randvoorwaarden;
- volgens het *kabinetsstandpunt op het rapport-De Leeuw*, tevens kabinetsstandpunt op het rapport van de Eerste Kamer-commissie *Verbinding verbroken*, zijn de drie instellingscriteria van de Kaderwet 'noodzakelijke, maar niet-voldoende voorwaarden voor een zbo-status'. Er is dus 'altijd een aanvullende motivering nodig, bijvoorbeeld dat internationale regelgeving vereist dat onafhankelijkheid vorm krijgt door zelfstandigheid, of dat de zbo-status noodzakelijk is om interbestuurlijke samenwerking mogelijk te maken.' Later bevestigde de minister dat de Kaderwet op het punt van de instellingsmotieven niet zal worden gewijzigd;⁶⁰
- de (ongedateerde) *Wegwijzer governance van publieke belangen bij verzelfstandiging* (hierna: de Wegwijzer), een ambtelijk stuk waarvan de status niet duidelijk is, maar dat in Den Haag als kader voor instellen en vormgeven van verzelfstandigde overheidsorganisaties wordt gehanteerd, herhaalt eerst het kabinetsstandpunt op 'De Leeuw': de drie instellingscriteria van de Kaderwet zijn 'noodzakelijke, maar niet-voldoende voorwaarden' voor een zbo-status. Er is dus altijd een aanvullende motivering nodig (noemt daarbij dezelfde voorbeelden als het kabinetsstandpunt-De Leeuw). En: 'Daarbij is tevens vast uitgangspunt dat regelgebonden uitvoering geen reden meer is voor een nieuw in te stellen zbo' [volgt verwijzing naar kabinetsstandpunt op 'Kohnstamm'];
- het meest recente relevante document, het *Beleidskompas* zegt hierover: 'Instelling van een zbo kan alleen als het nodig is dat het orgaan onafhankelijk van de minister beslissingen kan nemen. Dit is het motief 'onafhankelijke oordeelsvorming'. De motieven 'regelgebonden uitvoering' en 'participatie' worden alleen nog beperkt gebruikt voor het toekennen van nieuwe taken aan bestaande zbo's [volgt verwijzing naar het kabinetsstandpunt op het rapport-Kohnstamm]. Het motief onafhankelijke oordeelsvorming wordt beperkt uitgelegd: ook als een minister verantwoordelijk is, kunnen besluiten onafhankelijk worden genomen.'

Hier is natuurlijk geen chocola van te maken, en het wekt dan ook geen verbazing dat de Afdeling advisering van de Raad van State in haar ongevraagde advies over ministeriële verantwoordelijkheid de regering adviseerde de instellingsmotieven van zbo's te heroverwegen.⁶¹ Het leidde tot wat wij, toen ik nog ambtenaar was, een 'KIR-antwoord'⁶² noemden: het is volgens het kabinet 'goed om in de volle breedte, inclusief het effect op de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid, het beleid en de praktijk bij het instellen en het beleggen van een taak op afstand tegen het licht te houden. Aangezien de kaders allemaal toe zijn aan een evaluatie, laat het kabinet

⁶⁰ Lijst van vragen en antwoorden, *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, nr. 86, p. 2.

⁶¹ Advies van 15 juni 2020, p. 48.

⁶² Kluit-In-Riet.

de kaderstelling voor de onafhankelijke instellingen integraal onderzoeken in de zogenoemde brede evaluatie van kaders van organisaties op afstand. De analyse en aanbevelingen van de Afdeling worden hierbij nadrukkelijk betrokken.⁶³ Evenmin hoeft het verbazing te wekken dat, toen die brede evaluatie haar beslag had gekregen, het antwoord opnieuw volledig procedureel was.⁶⁴ Er zal worden gewerkt aan een 'eenduidig en samenhangend stelsel van kaders van organisaties op afstand binnen de centrale overheid.' Daarbij zijn 'basisprincipes':

1. er moet een eensluidend beeld over het op afstand plaatsen van publieke taken ten grondslag liggen aan het stelsel.
2. het stelsel van kaders dient samenhangend en volledig te zijn.
3. het stelsel van kaders dient herkenbaar, eenduidig en geharmoniseerd te zijn.
4. binnen de kaders moet er een goede balans zijn tussen verschillende waarden; de huidige situatie vergt een herbalancering. Met meer waarden die een rol spelen, moet er binnen de kaders een nieuw evenwicht tussen de verschillende waarden worden gezocht.⁶⁵

Regelgevende bevoegdheid

De bevoegdheden van zbo's hangen vanzelfsprekend af van het motief waarvoor ze in het leven zijn geroepen. Wel bevat Ar 5.10 een belemmering voor de toekenning van de bevoegdheid algemeen verbindende voor schriften vast te stellen; dat is aan de (direct of indirect) democratisch gelegitimeerde organen voorbehouden. Niettemin staat de aanwijzing dit toe voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft, of in bijzondere gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister. Volgens de toelichting is niet uitgesloten 'dat in bijzondere gevallen over andere dan organisatorische of technische onderwerpen regels worden gesteld, doch uitsluitend indien voorzien is in ministeriële goedkeuring. Aan de motivering hiervan in de toelichting worden vanwege het uitzonderlijk karakter zware eisen gesteld.'

Publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm

In art. 4 van de Kaderwet wordt, in navolging van de *Nota functioneel bestuur: waarom en hoe?* en de eerste Aanwijzingen inzake zbo's, de privaatrechtelijke rechtsvorm voor zbo's principieel afgewezen, en alleen toegestaan als dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Van dit uitgangspunt is in latere beleidsstukken geen afstand meer gedaan. De bepaling voegt daar nog aan toe dat dat er in dat geval voldoende waarborgen moeten zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden. Dit voorbehoud verwijst naar de zogeheten hybride zbo's, dat wil zeggen commerciële instellingen die er een overheidsbevoegdheid 'bij hebben gekregen'; vaak gaat het dan om keuringsinstellingen zoals de APK-keurders, maar ook de bijzondere universiteiten zijn strikt genomen hybride zbo's.

Rechtspersoonlijkheid

⁶³ Stcrt. 2020 nr. 52392, p. 3-4.

⁶⁴ Kabinetsstandpunt 11 januari 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 31490, nr. 323, p. 2.

⁶⁵ Id., p. 6.

Bij publiekrechtelijke vormgeving kan worden gekozen voor eigen rechtspersoonlijkheid, dan wel onderdeel vormen van (de rechtspersoon) de Staat. We zagen dat bij de grote verzelfstandigingsgolf eind vorige eeuw standaard werd gekozen voor eigen rechtspersoonlijkheid, maar die koers is – sinds het rapport-Sint – verlaten.

Wat op dit moment nu precies het wetgevingsbeleid is, is niet geweldig duidelijk. Het Beleidskompas zegt klip en klaar: ‘Als het toch een zbo moet zijn, dan een publiekrechtelijke zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid’ [volgt verwijzing naar het kabinetsstandpunt op het rapport-De Leeuw]. Interessant is echter, dat dat kabinetsstandpunt ruimte laat voor meer nuancering dan het Beleidskompas suggereert. Naar aanleiding van de suggestie van De Leeuw dat het Commissariaat voor de Media zijn rechtspersoonlijkheid moest verliezen, wijst het kabinet erop dat rechtspersoonlijkheid van dat zbo wenselijk is ‘i.v.m. de onafhankelijkheid van media-toezicht. Het Commissariaat moet zelfstandig rechtsbetrekkingen en overeenkomsten kunnen aangaan met o.a. private partijen en zelfstandig kunnen opereren in juridische procedures.’

De teneur van rechtspersoonlijkheid als voorwaarde voor onafhankelijkheid zien we ook terug in de toelichting bij Ar 5.11 (de aanwijzing zelf bevat alleen een model voor toekenning van rechtspersoonlijkheid). Het kunnen deelnemen aan het civielrechtelijke rechtsverkeer ‘[kan] voor het onafhankelijk verrichten van zijn publieke taak van belang [...] zijn. Ook moet hier ‘telkens [...] worden betrokken of het personeel een aanstelling bij een aparte organisatie zou prefereren boven een aanstelling in algemene rijksdienst en of het bestuur/de directie de verantwoordelijkheid voor het personeel, de organisatie, het financieel beheer en wat dies meer zij, kan dragen.’

Toezicht en governance

Als het gaat om toezicht zeggen de Aanwijzingen alleen dat de minister niet de bevoegdheid moet worden toegekend om bijzondere aanwijzingen (dat zijn aanwijzingen in individuele gevallen te geven (Ar 5.14); logisch, want dan is – op dat punt althans – per definitie geen sprake meer van een zbo.

Zoals wij zagen, geeft de Kaderwet de betrokken minister een standaardpakket sturingsinstrumenten: het recht op inlichtingen, het vernietigingsrecht, het recht om beleidsregels te stellen, en het recht in te grijpen bij taakverwaarlozing. Recente beleidsstukken lijken aan dat pakket niets concreets te willen veranderen. Gelet op het feit dat de Aanwijzingen over het sturingspakket zwijgen, moeten we hierbij terugvallen op de aanwijzing dat van algemene wetten (waaronder de Kaderwet) niet moet worden afgeweken (Ar 2.46). Intussen zijn in tal van bijzondere wetten ten aanzien van concrete zbo's uitzonderingen op het ‘standaardpakket’ van de Kaderwet gemaakt; omdat dat pakket toch vooral paste bij zbo's van het type scheiding van beleid en uitvoering, en slecht past bij het type aard van de bevoegdheid, vindt dit vooral bij laatstbedoelde zbo's plaats (zoals bij het College voor de rechten van de mens, de Autoriteit Persoonsgegevens en de Kiesraad).

Als het gaat om de interne governance heeft zich ook een koerswijziging

voorgedaan. De zbo's van het type scheiding van beleid en uitvoering werden – mede als compensatie voor het verlies van controle door het ministerie – standaard voorzien van een raad van toezicht, die was gemodelleerd naar de raad van commissarissen bij de structuurvennootschap.⁶⁶ Omdat de Kaderwet geen andere organen kent dan de minister en het zbo(-bestuur), behoeft instelling van andere organen afzonderlijke motivering.⁶⁷ Daarbij ligt volgens het kabinetsstandpunt bij het rapport-De Leeuw een raad van advies 'eerder in de rede' dan een raad van toezicht.

4.5 Het algemeen wetgevingsbeleid over zbo's beoordeeld

4.5.1 Algemeen

Ik heb op tal van punten grote moeite met het wetgevingsbeleid ten aanzien van de zbo's: niet alleen is het slecht kenbaar, het is, voor zover begrijpelijk, regelmatig tegenstrijdig.

Instellingsmotieven: (1) aard van de bevoegdheid

Het eerste motief, dat van de aard van de bevoegdheid ('onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid' in termen van art. 3 Kaderwet) staat nog fier overeind, en dat is, gelet op de rechtsstatelijke achtergrond ervan,⁶⁸ volstrekt logisch. Er zijn nu eenmaal bevoegdheden die zich niet of heel slecht lenen voor uitoefening onder volledige politieke verantwoordelijkheid, en die zullen er altijd blijven.

Tot dusverre heb ik er steeds voor gepleit dat dit motief beperkt wordt opgevat.⁶⁹ Daarbij had ik met name het oog op markttoezichthouders. Bij 'onafhankelijk markttoezicht' gaat het om onafhankelijkheid ten opzichte van 'het veld' waar men toezicht op houdt, en niet ten opzichte van de minister. Zelfs bij toezichthouders die zo nu en dan toezicht uitoefenen op overheidsinstellingen (bijvoorbeeld de ACM) is zbo-status – althans om die reden – niet geïndiceerd. Alleen als de instantie (vrijwel) alleen toezicht houdt op de overheid (vgl. de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman) of bij wier beslissingen de overheid altijd belanghebbende is (zoals de Toetsingscommissie inzet bevoegdheden Commissie toezicht inlichtingen- en veiligheidsdiensten),⁷⁰ maar ook bij bestuursorganen die moeten beslissen over schadevergoeding voor handelen waarvoor de overheid (mede)verantwoordelijk is, (zoals het Instituut Mijnbouwschade Groningen) is een zbo geïndiceerd.

Inmiddels ben ik van mening dat het motief 'aard van de bevoegdheid' ruimer toegepast kan en misschien ook wel moet worden. De ontwikkelingen rond de inspecties doen de vraag rijzen of dergelijke cruciale overheidstaken wel kunnen

⁶⁶ Zie Ten Berge en Zijlstra 2000, § 5.3.3.

⁶⁷ Zie hierover M.L. van Ammers en S. van Thiel, 'Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen: het einde van Raden van Toezicht als toezichthouders bij ZBO's?', *Bestuurswetenschappen* 2012, nr. 4, p. 35-54.

⁶⁸ Zie Zijlstra 1997, hoofdstuk 5.

⁶⁹ Zijlstra 2019, nr. 248. In deze zin ook de Afdeling advisering in haar advies over ministeriële verantwoordelijkheid, p. 47.

⁷⁰ Strikt genomen geen zbo omdat ze in ingevolge art. 1:1 lid 2 Awb geen bestuursorgaan zijn.

worden toevertrouwd aan de volledige sturing door de minister; wellicht spreekt hier mijn van huis uit sombere visie op de menselijke natuur, maar ik krijg de indruk dat de wens van de politieke bazen zodanig dominant is, dat men geen problemen heeft met voor eigen politiek gewin ingrijpen in de taakuitoefening van (in dit geval) de inspecties. Als dat zo is, moet juridische verzelfstandiging serieus worden overwogen.

Instellingsmotieven: (2) scheiding van beleid en uitvoering

Zoals we zagen is de status van het motief van scheiding van beleid en uitvoering ('strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen ') volstrekt onduidelijk. Volgens de *Wegwijzer* is het geen geldig motief meer, staat het nog steeds in de Kaderwet, zegt het Beleidskompas dat het 'alleen nog beperkt gebruikt [wordt] voor het toekennen van nieuwe taken aan bestaande zbo's, en is het volgens het kabinetsstandpunt op het rapport-De Leeuw wel degelijk nog een instellingsmotief, zij het dat 'aanvullende argumenten nodig zijn.' Niet alleen komt dit volkomen uit de lucht vallen, de voorbeelden (zijn er nog andere argumenten?) die worden genoemd overtuigen niet. Als internationale regelgeving vereist dat onafhankelijkheid vorm krijgt door zelfstandigheid dat vereist, is gebruik van een zbo geen 'aanvullend motief' maar een noodzakelijkheid, zou ik zeggen. Dat zbo-status noodzakelijk is om interbestuurlijke samenwerking mogelijk te maken (het tweede voorbeeld van een 'aanvullend motief' kan ik gewoonweg niet volgen; daarvoor hebben we de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr), en als die op dit punt tekortschiet, moet zij worden aangepast.

Ik meen dat het motief van scheiding van beleid en uitvoering uit de Kaderwet moet worden verwijderd; het is niet valide, en is dat eigenlijk ook nooit geweest.

Het gebruik van zbo's biedt geen oplossing voor ineffectieve of inefficiënte taakvervulling. De theorie van het New Public Management heeft rampzalige gevolgen voor de publieke sector gehad, gevolgen die op veel terreinen niet of heel moeilijk mee terug te draaien zijn. Niemand heeft ooit aangetoond, en niemand kan ook aantonen, dat gebruik van zbo's op zichzelf een betere taakuitoefening meebrengt dan wanneer zij onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid plaatsvindt. De factoren die een rol spelen bij goede of slechte taakuitoefening zijn zonder uitzondering ook te creëren onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid;⁷¹ dit werd al door de commissie-Sint vastgesteld.⁷² Voor meer bedrijfsmatig werken binnen de ministeries werd het agentschap bedacht, dat een baten-lastenstelsel ook zonder eigen rechtspersoonlijkheid mogelijk maakte. De salarissen zijn nu gebonden aan de Balkenende-norm. Sommige van deze zbo's, zoals de IBG (nu DUO), hebben als zbo het loodje gelegd: andere, zoals Staatsbosbeheer, het UWV, de RDW en het Kadaster, bestaan nog, onder het motto: If it ain't broke, don't fix it.

Ook de theorie van de verbeterde werking van de ministeriële verantwoordelijkheid klopt niet; niet staatsrechtelijk, en niet feitelijk.⁷³ Wellicht kan van het gebruik van

⁷¹ Zijlstra 2004.

⁷² In deze zin ook de Werkgroep-Kohnstamm.

⁷³ Onderstaande is ontleend aan S.E. Zijlstra, 'Weg met de zelfstandige bestuursorganen?', *NJB* 2004, nr. 38, p. 1980-1986.

zbo's een relatieve vermindering van detailbelasting van de politiek worden verwacht, maar of dat daadwerkelijk het geval is, is niet aangetoond. Belangrijker is, dat inhoud, omvang en betekenis van ministeriële verantwoordelijkheid⁷⁴ de mogelijkheden om aan het functioneren van deze verantwoordelijkheid een pleidooi voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen te verbinden, sterk relativeren. Dat het parlement over incidenten praat valt hem rechtens niet te ontzeggen en zal steeds in zekere mate het geval zijn. Daarmee zal de minister zich, ook na verzelfstandiging, nog steeds regelmatig met individuele gevallen moeten bezighouden, eenvoudigweg omdat het parlement niemand anders heeft om als aanspreekpunt te dienen.⁷⁵ Wél is een verschil met uitoefening onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid, dat de uitkomst van een debat tussen minister en Kamer over een individueel geval formeel het zbo niet kan dwingen tot een andere beslissing.⁷⁶ Maar in plaats van dat zbo's een helder systeem van scheiding van beleid en uitvoering meebrengen, maken zij de verwarring alleen maar groter. De Kamer is niet blij dat haar oordeel er eigenlijk niet toe lijkt te doen. De minister heeft ingewikkelde ambtelijke nota's moeten verstouwen waarin hem wordt uitgelegd waar hij wel, en waar hij niet over gaat. En de leiding van het betrokken zbo vraagt zich af waar 'de politiek' zich mee bemoeit: er was toch juist afgesproken dat het zbo er voortaan over ging? Dit probleem kan zich natuurlijk ook bij de Kiesraad of het College voor de rechten van de Mens (zbo's van het type 'aard van de bevoegdheid'), maar daarbij wordt door alle betrokkenen nog wel aanvaard dat de politiek op afstand moet blijven. Maar dat geldt niet voor de grote uitvoeringszbo's: daar voelt de politiek een permanent 'verantwoordingsgat'. Dit klinkt heel helder door in de titel van het rapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten van de Eerste Kamer: *Verbinding verbroken*. Die titel verwijst naar de 'verbroken' (verantwoordings)verbinding tussen parlement en organisaties op afstand, een verbinding die met tal van maatregelen weer moet worden 'hersteld'.

Instellingsmotieven: (3) participatie

Naar mijn mening is ook participatie geen goed motief voor het instellen van zbo's, en moet het uit art. 3 Kaderwet worden geschrapt.⁷⁷

Als het wenselijk wordt geacht particulieren en maatschappelijke organisaties een wettelijke, besluitvormende rol te geven in het openbaar bestuur, dan is het logisch als de minister niet in ieder individueel kan ingrijpen: een zbo ligt dan voor de hand. Maar al in de nota *Functioneel bestuur: waarom en hoe?* wordt dit type 'problematisch' genoemd, omdat 'de participatie van organisaties met een specifiek belang maakt [...] dat de uitkomst (het beleid) niet bepaald wordt door de democratische besluitvorming alléén, maar het saldo is van die besluitvorming en de

⁷⁴ Vgl. ook J.L.W. Broeksteeg, 'Ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen', met reactie van J. de Ridder, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen', in: Broeksteeg e.a. (red.) 2006.

⁷⁵ Hierover ook het advies d.d. 21 december 2004 van de Raad voor het openbaar bestuur over het rapport van de werkgroep-Kohnstamm.

⁷⁶ De Commissie-Scheltema ziet in deze onmogelijkheid juist een belangrijke reden voor het gebruik van zbo's omdat het de werking van het gelijkheidsbeginsel bevordert (*Steekhoudend ministerschap*, p. 44).

⁷⁷ In deze zin ook het rapport-De Leeuw, p. 19 en 37.

inbreng van de participerende organisaties.⁷⁸ De deelnemers zitten immers in het zbo als representant van particuliere belangen. Dit probleem heeft zich ook in de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie gemanifesteerd, en was een belangrijke reden voor het afschaffen daarvan. Er zijn tal van andere geschikte manieren om particulieren bij de totstandkoming en/of uitvoering van het overheidsbeleid te betrekken, zonder ze daarin te laten meebeslissen.

Een onderbelicht motief: (4) keuringen

Een vierde en laatste motief, dat in de literatuur en beleidsstukken niet of nauwelijks naar voren komt maar wat wel een groot aantal zbo's heeft opgeleverd, is het laten verrichten van keuringen etc. door commerciële bedrijven, keuringen die anders door enorme overheidsinstellingen zouden moeten worden verricht. De bekendste is de APK-keurder, maar er zijn ook verzekeringsbedrijven die deze rol vervullen. We spreken in dit verband ook wel van deeltijd- of hybride zbo's. Ze passen niet in de drie door de Kaderwet erkende motieven: het betreft een taak die op zichzelf best onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid kan worden uitgeoefend (al is dat niet erg efficiënt), het gaat in sommige gevallen wellicht om regelgebonden uitvoering maar scheiding van beleid en uitvoering is niet de reden voor hun bestaan, en van participatie is ook geen sprake.

Hoewel zij als zbo naar mijn mening dus bestaansrecht hebben, is hier een belangrijk aandachtspunt dat het algemeen belang bij de taakuitoefening niet wordt vermengd met of zelfs belemmerd door de commerciële belangen van de betrokken organisatie; het is vooral hier dat de eerder besproken waarschuwing van art. 4 Kaderwet (dat er voldoende waarborgen moeten zijn dat de uitoefening [van de taak] onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden) een rol speelt. Van *Chinese walls* hoeft daarbij geen sprake te zijn; het kan ook gaan om een systeem van overheidscontrole met stevige sancties (zoals de steekproef van de RDW bij de APK keuring).

(Geen) regelgevende bevoegdheid;

Zoals we zagen, schrijft Ar 5.10 een terughoudend gebruik van regelgevende bevoegdheid (de bevoegdheid algemeen verbindende voorschriften (avv's) vast te stellen) voor,⁷⁹ maar ik zou verder willen gaan. Wetgevende bevoegdheid voor zbo's is niet alleen niet aanvaardbaar uit een oogpunt van democratie (zij zijn immers niet direct of indirect democratisch gelegitimeerd), maar ook van machtsverdeling (algemeen verbindende voorschriften moeten in beginsel niet worden vastgesteld door het hetzelfde orgaan dat ze moet uitvoeren).⁸⁰ En regelgevende bevoegdheid

⁷⁸ *Functioneel bestuur: waarom en hoe?*, p. 16. In deze zin ook de Werkgroep-Kohnstamm, p. 30.

⁷⁹ Zie over dit onderwerp D.R. Kloosterman en H.B. Winter, 'In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving', *RegelMaat* 2003, nr. 4, p. 119-130, S.E. Zijlstra, 'Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheid', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2005, nr. 1, p. 2-6 en J.L.W. Broeksteeg, 'De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht', *RegelMaat* 2015 nr. 3, p. 170-181.

⁸⁰ Zie voor deze redenering al M. Scheltema, 'Bestuursrecht: Is het bestuur wetgever in

voor zbo's is ook niet nodig: wil men inbreng van het zbo bij regelgeving, dan kan dat prima worden bewerkstelligd door ze te betrekken bij de totstandkoming ervan, doordat zij een voorontwerp maken, of inbreng mogen leveren op een departementaal concept.

Publiekrechtelijke of privaatrechtelijke vorm

Dat zbo's de publiekrechtelijke vorm moeten hebben wordt dit in alle beleidsstukken onderschreven, en terecht. Bij privaatrechtelijke rechtspersonen zijn publiekrechtelijke normen⁸¹ niet of in ieder geval niet volledig gegarandeerd.⁸² Met name bij organisaties die alleen overheidstaken uitvoeren zoals De Nederlandsche Bank NV (DNB) of de (Stichting) Autoriteit Financiële Markten (AFM) past geen privaatrechtelijke vorm. Gaat het om het motief van de keuringen c.a., dan kan privaatrechtelijke vormgeving aangewezen zijn, maar dan dient te worden voorzien in waarborgen tegen belangenverstrengeling.

Intussen leeft op veel plaatsen binnen de overheid (met name bij gemeenten en provincies, maar zeker ook bij het Rijk) de hardnekkige misvatting dat privaatrechtelijke vormgeving meer zelfstandigheid biedt dan publiekrechtelijke. Ook hier wordt teveel waarde gehecht aan de rechtsvorm: de zelfstandigheid van DNB en de AFM wordt niet bepaald door hun rechtsvorm, maar door de manier waarop de wetgever ze heeft gepositioneerd en genormeerd. Enige houdbare argument is de snelheid: het is voor het Rijk nu eenmaal gemakkelijker om een privaatrechtelijke rechtspersoon op te richten dan een (publiekrechtelijk vormgegeven) zbo. Maar daar moet wat mij betreft zo snel mogelijk iets aan worden gedaan (zie onder, § 6xxx).

Rechtspersoonlijkheid

Van eenzelfde hardnekkigheid is de misvatting dat eigen rechtspersoonlijkheid een vereiste is voor zelfstandigheid.⁸³ Zou dat zo zijn, dan zouden de Kiesraad, het College voor de rechten van de mens en de Autoriteit persoonsgegevens onvoldoende zelfstandig zijn, terwijl bij die zbo's de onafhankelijkheid juist voorop staat. Ik vindt de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar 5.11) op dit punt dan ook te slap, en kan het eens zijn met het Beleidskompas: een publiekrechtelijk vormgegeven zbo dient onderdeel van de rechtspersoon de Staat te zijn. Het zbo hoeft vaak zelfs geen eigen organisatie te hebben: volstaan kan worden met de aanwijzing of instelling van een ambt of dienst die of dat onderdeel is van de departementale organisatie, en te bepalen dat de minister ten aanzien van (een doorslaggevend deel van) de taakuitoefening geen bijzondere aanwijzingen kan geven.

eigen zaak?', in: W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 131 e.v.

⁸¹ Dit zou voor een belangrijk deel worden opgelost als mijn voorstel voor uitbreiding van het bestuursorgaan-begrip wordt overgenomen: zie daarover onder, § 5.

⁸² Zie C.A. Schreuder, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*, diss. RUG, Deventer: Kluwer 1994 en J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman en F.K. Buijn, 'Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken', in: J.B.J.M. ten Berge e.a., *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Handelingen NJV, 130e jaargang/2000-I, p. 247-262.

⁸³ Zie J.B.J.M. ten Berge en S.E. Zijlstra, 'De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling', in: Ten Berge e.a. 2000, p. 35-49.

Toezicht en governance

We zagen dat stelselverantwoordelijkheid ziet op verantwoordelijkheid voor de borging van een publiek belang. Bij zbo's is vaak de gedachte dat, om het betrokken publieke belang te borgen, steeds moet worden voorzien in bepaalde ministeriële toezichtsbevoegdheden. Het is van belang dat we ons realiseren dat stelselverantwoordelijkheid niet méér meebrengt dan dat de minister moet bezien of de betrokken publieke belangen afdoende zijn geborgd. In die borging kan ook – en misschien wel veel beter – worden voorzien door bepaalde *checks & balances* in het bestel zelf, door het marktmechanisme, of door toezicht door andere instanties dan de minister. Het 'minimumpakket' van sturingsbevoegdheden voor de minister dat de Kaderwet verschaft paste dan misschien nog wel bij de grote groep van uitvoeringszbo's die men eind vorige eeuw voor ogen had, maar zeker niet bij de nu nog in te stellen zbo's van het type 'aard van de bevoegdheid'. Niet alleen moet bij die zbo's steeds een belangrijk deel van de Kaderwet-instrumenten buiten toepassing worden verklaard, ook voor de overige aspecten van toezicht en governance moet maatwerk worden verschaft.

4.5.2 De Kaderwet revisited

Uit het voorgaande blijkt dat er nogal wat te verbeteren valt aan het algemeen wetgevingsbeleid ten aanzien van zbo's, waaronder de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Maar de ontwikkelingen die ik hiervoor beschreef hebben ook grote gevolgen voor de Kaderwet als zodanig.

Van de drie door Scheltema genoemde motieven zijn er twee niet meer valide. Er bestaan nog wel enkele grote uitvoerings-zbo's, maar dat is een fractie van wat men aanvankelijk voor ogen had. Participatie-zbo's zijn er nauwelijks meer. Wel bestaan er vele zbo's die zijn ingesteld omdat de aard van hun bevoegdheid zich niet verdraagt met volledige ministeriële zeggenschap, en zijn er nog talloze private deeltijd-zbo's. Deze hebben sterk uiteenlopende organisatievormen, afgestemd op hun specifieke taken en bevoegdheden. Mooi, prima, en dat was dat, zal de lezer denken. Maar deze conclusie heeft enorme gevolgen, met name voor de Kaderwet.

Waarvoor was die Kaderwet een oplossing? Voor twee dingen. De eerste was, dat de politiek bij al die zbo's onvoldoende greep had op taakuitoefening en financiën: *herstel van het primaat van de politiek*. De tweede reden was *harmonisatie*: zorgen dat de wetgever bij het instellen van zbo's niet iedere keer het wiel hoeft uit te vinden. Welnu. Na het sneuvelen van beschikkingenfabrieken met rechtspersoonlijkheid en het participatietype, is het primaat van de politiek geen probleem meer: sterker, bij de nog resterende typen past het helemaal niet: de betrokken sturingsbevoegdheden uit de Kaderwet zijn bij die zbo's dan ook vaak uitgezonderd.

Ook de harmonisatie is eigenlijk geen item meer. Die was eveneens primair bedoeld voor die grote hoeveelheid beschikkingenfabrieken die er zouden komen. Bij de nu bestaande zbo's speelt dit helemaal niet, omdat die óf *tailor made* zijn (denk aan Kiesraad, Autoriteit Persoonsgegevens, universiteiten), of de Kaderwet sowieso (goeddeels) niet van toepassing is, namelijk bij de deeltijd-zbo's. Betrekken we hierbij

dat bij nieuwe zbo's ook nog de gedachte is dat ze geen eigen organisatie hebben, maar voor hun ondersteuning 'meedraaien' met de departementale organisatie, dan is de harmonisatie vrijwel helemaal niet meer aan de orde.

Als we kijken naar het gehele veld van zbo's, dan heeft de Kaderwet dus maar voor een klein deel daarvan materiële betekenis. Maar dat is toch niet erg, zult u misschien zeggen. We hebben ook een Kaderwet adviescolleges. Die is tot stand gekomen in een tijd waarin we nog konden spreken van grote hoeveelheden adviescolleges. Daarvan is er weliswaar nog maar een handvol over, maar voor die paar resterende adviescolleges is die wet toch best handig. Maar bij zbo's ligt dat echt anders, omdat achter de Kaderwet twee cruciale gedachten liggen die de plank misslaan: dat zbo's er eigenlijk niet mogen zijn, en dat er maar twee smaken zijn, namelijk volledige ministeriële verantwoordelijkheid of zbo (in de zin van de Kaderwet).

Zbo's mogen er (eigenlijk) niet zijn

Zelfstandige bestuursorganen worden in Den Haag primair gezien vanuit de ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle: ze vormen daarop een uitzondering, en hebben dus eigenlijk geen bestaansrecht. Vooral bij de Tweede Kamer en de parlementaire pers leeft deze gedachte sterk. Nu zijn ze natuurlijk ook een uitzondering op die controle, en er is in het verleden regelmatig onterecht gebruik van gemaakt, maar voor zover de – na alle doorlichtingen en saneringen – nog resterende zbo's inderdaad bestaansrecht hebben, moet de politiek zich er eindelijk maar eens bij neerleggen dat ze er niet volledig over gaat (de verbinding is kennelijk terecht 'verbroken') en niet steeds in de reflex van meer toezicht en controle schieten.

De Kaderwet echter, ademt nog steeds de sfeer van het 'oude' wantrouwen. Dat betreft niet alleen zijn vaste stramien van sturings- en toezichtsinstrumenten, maar ook, en misschien vooral, de evaluatieverplichting. Het is van belang vast te stellen dat zodra het om zbo's gaat, er bij de politiek een permanent wantrouwen bestaat. Dat wantrouwen stamt uit de tijd dat men bewoog richting kleine departementen en grote zelfstandige uitvoeringsdiensten, en toen was het terecht. Maar ten aanzien van de nu bestaande zbo's niet meer. Natuurlijk, ook departementale uitvoerende diensten liggen permanent onder het vergrootglas. Maar niemand zal zeggen: we gaan elke vijf jaar kijken of de Belastingdienst of de IND wel bestaansrecht heeft. Dat doen we dus wel met zbo's. En de Kaderwet is daar een belangrijke uitdrukking van en instrument voor.

De dichotomie volledige ministeriële verantwoordelijkheid/zbo (in de zin van de Kaderwet)

De definitie van zbo in de Kaderwet is al eerder besproken, waarbij de aandacht vooral uitging naar het element van het openbaar gezag. Maar ook het element van de zelfstandigheid behoeft aandacht: een bestuursorgaan van de centrale overheid is zelfstandig als het 'niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister'. Het antwoord op de vraag zelfstandig of ondergeschikt ligt bij het kunnen geven van aanwijzingen

in individuele gevallen (ook wel de ‘bijzondere aanwijzing’⁸⁴): een ambt is ondergeschikt aan een ander ambt als het in elk voorkomend individueel geval instructies van dat andere ambt moet opvolgen, en zelfstandig als dit niet het geval is.

De meest bekende⁸⁵ en tegelijk meest volledige vorm van ondergeschiktheid (‘onzelfstandigheid’) biedt de hiërarchische ondergeschiktheid in de (ambtelijke) arbeidsverhouding. Kent de wetgever een bestuursbevoegdheid toe aan een onderdeel van een ministerie of een bepaalde functie daarbinnen (bijvoorbeeld een directeur-generaal, de belastinginspecteur), dan creëert hij daarmee wel een bestuursorgaan, maar geen zelfstandig bestuursorgaan, want de minister kan uit de aard van de ambtelijke dienstverhouding algemene en bijzondere aanwijzingen geven (art. 44 lid Grondwet: ministeries ‘staan onder leiding van een minister’).

Met deze – binaire (een bestuursorgaan is óf zelfstandig, óf ondergeschikt) – onderverdeling is prima te werken, en zij is lange tijd ook niet geproblematiseerd.⁸⁶ Als het gaat om het bestuurlijk organisatierecht is de huidige generatie juristen dan ook gewend te denken in twee hoofdvormen, te weten bestuursorganen die werkzaam zijn onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid, en zelfstandige bestuursorganen. We moeten overigens niet vergeten dat deze onderverdeling relatief jong is: Scheltema bedacht het begrip ‘zelfstandig bestuursorgaan’ in zijn oratie in 1974, terwijl het element ‘bestuursorgaan’ uit dat begrip pas in 1994 zijn huidige definitie kreeg.

Maar doordat zij ook aangrijpingspunt van regulering door de Kaderwet is, heeft deze onderverdeling verstrekken, en in mijn ogen zeer ongewenste gevolgen. Want de praktijk blijkt behoefte te hebben aan uiteenlopende, *tailor made* organisatievormen, die niet goed in deze tweedeling passen. Ik bedoel daarmee niet dat ze niet passen in de tweedeling zelfstandig-onzelfstandig, maar *zbo in de zin van de Kaderwet-onzelfstandig*.

Op dit moment wordt, ter uitwerking van zowel het vorige regeerakkoord als het huidige hoofdlijnenakkoord, gewerkt aan wetgeving ter (betere) borging van de onafhankelijkheid van de rijksinspecties; Westerweel gaat er in zijn preadvies uitgebreid op in. Eén van die rijksinspecties is het Staatstoezicht op de Mijnen (Sodm), met aan het hoofd een inspecteur-generaal. De Mijnbouwwet bepaalt dat het Staatstoezicht ‘ressorteert onder Onze Minister’, wetgeverstaal voor een

⁸⁴ De Awb (art. 10:6 en 10:22) heeft het over het ‘per geval of in het algemeen instructies geven’.

⁸⁵ Andere manieren waarop een dergelijke aanwijzingsbevoegdheid kan bestaan is in een mandaatverhouding (zie art. 10:lid 1 Awb) en krachtens bijzondere wet, met als bekendste voorbeeld art. 127 Wet op de rechterlijke organisatie, dat bepaalt dat de Minister van Justitie algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven betreffende de uitoefening van taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie.

⁸⁶ Dat in de praktijk van zbo’s tal van gradaties van (on)zelfstandigheid kunnen bestaan, zowel wat betreft de juridische bevoegdheden van de minister als wat betreft de door historische ontwikkeling, persoonlijke verhoudingen of politieke belangstelling veroorzaakte maatschappelijke positie van het zbo, wordt wel onderkend maar als een gegeven beschouwd.

ondergeschikte dienst. Maar wat bepaalt die wet ook? Dat een aanwijzing van de minister niet ziet op:

- a. het weerhouden van de inspecteur-generaal der mijnen om een specifiek onderzoek te verrichten of af te ronden;
- b. de wijze waarop de inspecteur-generaal der mijnen een specifiek onderzoek verricht;
- c. iedere vorm van bevindingen, oordelen en adviezen van de inspecteur-generaal der mijnen.

Iets vergelijkbaars is bepaald ten aanzien van Inspectie voor het onderwijs. Ook die organisatie 'ressorteert' onder de minister van Onderwijs (art. 2 Wet op het onderwijstoezicht). Art. 8 van die wet bepaalt dat de minister 'geen aanwijzingen [geeft] met betrekking tot de in de rapportages neergelegde oordelen van de inspectie over de ontwikkeling, in het bijzonder van de kwaliteit, van het onderwijs.'

Maar ook bij de planbureaus komen we deze figuur tegen, bijvoorbeeld bij het RIVM. Ingevolge artikel 2 Wet RIVM ressorteert het onder Onze Minister, en berust de leiding bij de directeur-generaal RIVM. Art. 5 van de wet luidt: 'Onze Minister geeft aan de directeur-generaal geen aanwijzingen met betrekking tot de methoden, volgens welke de in de meerjaren-activiteitenprogramma's opgenomen onderzoeken worden uitgevoerd en de resultaten daarvan worden gerapporteerd.'

Bezien we deze constructies, dan valt meteen op dat waar het gaat om de kern van de taakuitoefening (bij de inspecties: bepalen waar men onderzoek gaat doen, hoe men dat doet, en tot welke bevindingen men komt), de minister geen aanwijzingen kan geven. In de eerder geschetste tweedeling zijn het dus zbo's. Dat ze niet als zodanig worden beschouwd kunnen wij eenvoudig opvatten als een onoplettendheid van de wetgever: hij had Sodem, de Onderwijsinspectie en het RIVM als zbo moeten aanmerken, en de verhouding met de Kaderwet netjes regelen. Dan is de zaak weer rechtgetrokken, en kan de dichotomie volledige ministeriële verantwoordelijkheid-zbo overeind blijven. Ik ben hier een aantal jaren geleden, toen ik nog uw voorzitter mocht zijn, in een jaarrede op in gegaan, en dat was toen ook mijn conclusie.⁸⁷

Maar bij nadere doordinking kom ik tot de conclusie dat zo'n tussenvorm in een legitieme behoefte voorziet, terwijl de Kaderwet haar eigenlijk niet toestaat, dan wel in haar keurslijf duwt.

Hoe nu (niet) verder met de Kaderwet?

Uit het voorgaande blijkt dat de Kaderwet niet functioneert zoals zij bedoeld was, en ik meen dat, zo niet intrekking, dan wel grondige aanpassing wenselijk is.

Over de ongelukkige definitie (art. 1) heb ik het eerder al gehad; de afbakening van art. 2, eerste lid, hangt daarmee samen. Art. 2, tweede lid, bevat overgangsrecht.⁸⁸

⁸⁷ S.E. Zijlstra, 'Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid', in: S.S. Zoeteman (red.), *Experimenteerwetgeving*, Tilburg: Wolf legal publishers 2018, p. 3-14.

⁸⁸ En hoort daar wetstechnisch (zie Ar 3.55) dus ook niet thuis.

De instellingsgronden van art. 3 moeten worden teruggebracht tot één die een helderder omschrijving moet krijgen ('de betrokken taken en bevoegdheden zich niet of zeer slecht lenen voor uitoefening onder volledige ministeriële zeggenschap').

De manier waarop de voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving in art. 4 – mede vanwege de ongelukkige definitie van zbo – is geformuleerd schiet tekort. Nu zij zich alleen richt op openbaar gezag, valt een belangrijk deel van de privaatrechtelijke organisaties op afstand buiten het bereik van het artikel. Het moet dan ook – in samenhang met het eveneens tekortschietende art. 4.7 Comptabiliteitswet 2016⁸⁹ – worden aangepast, zodat er een echt *level playing field* tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vormgeving ontstaat.

De procedurele bepalingen van art. 5 en 6 Kaderwet zijn waardevol, maar behoeven aanpassing omdat ze – opnieuw – teveel focussen op openbaar gezag.

Art. 7-9 en een groot deel van de bepalingen van hoofdstuk 2, 3 en 4 betreffen harmonisatie: zouden ze niet in de Kaderwet staan, dan zouden ze steeds in de instellingswetten van de betrokken zbo's moeten worden opgenomen. Ze in een algemene wet als de Kaderwet opnemen, is dan verstandig. Maar dan moet het wel gaan om bepalingen die niet maar in een beperkt aantal gevallen toepassing vinden. Doordat de systematische verzelfstandiging van uitvoeringsdiensten waar de Kaderwet het oog op had, niet is doorgegaan, zijn met name de bepalingen over zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid (art. 26, 31-35) van zeer beperkte betekenis geworden.

Groot bezwaar heb ik tegen het vaste sturingspakket dat de Kaderwet sinds het 'herstel van het primaat van de politiek' bevat, en dat niet past bij het enige nog valide motief voor zbo's, namelijk de 'aard van de bevoegdheid'. Dat geldt niet voor een inlichtingenrecht van de minister (art. 20), want dat geeft het parlement via het inlichtingenrecht van art. 68 Grondwet de mogelijkheid om over informatie over het gehele openbaar bestuur te kunnen beschikken. En een regeling inzake taakverwaarlozing (art. 23) is ook bij zbo's van het type 'aard van de bevoegdheid' wenselijk, zoals de problemen bij het College voor de rechten van de mens⁹⁰ laten zien; wel zou de wetgever duidelijker moeten maken wat hij zich voorstelt bij het treffen van de 'noodzakelijke voorzieningen'. Maar het kunnen stellen van beleidsregels (art. 21) en het kunnen vernietigen van besluiten (art. 22) past principieel niet bij zbo's van dit type, en worden dan ook min of meer standaard buiten toepassing verklaard. Schrapping uit de Kaderwet is dan de logische consequentie.

Het eerste artikel dat wat mij betreft uit de Kaderwet moet worden gesloopt, is art. 39 lid 1: de plicht om zbo's iedere vijf jaar te evalueren. Dit vlaggenschip van het wantrouwen tegen zbo's past niet bij de ontwikkeling richting alleen zbo's van het type 'aard van de bevoegdheid', waarvan het bestaansrecht evident is. En dan heb ik het nog niet over de verlamme werking (en onnodige kostenposten) waar een aanstaande evaluatie bij een organisatie toe leidt.

⁸⁹ Zie daarover verder § 5.

⁹⁰ 'Crisis bij het mensenrechtencollege; kunnen de zaken doorgaan?', *Trouw*, 26 mei 2023.

5. Overige organisaties op afstand

5.1 Inleiding

Als zelfstandige bestuursorganen óf orgaan zijn van een publiekrechtelijke rechtspersoon (de Staat, of een rechtspersoon sui generis), óf privaatrechtelijke rechtspersoon voor zover met openbaar gezag bekleed, dan resteren voor de andere organisaties op afstand dus de (organen van) privaatrechtelijke rechtspersonen die niet met openbaar gezag zijn bekleed, maar die wel op de een of andere manier met de overheid zijn verbonden. We zagen (§ xxx) dat het hier om een zeer uiteenlopende groep van organisaties gaat, waar men weliswaar naar hartenlust categorisering in kan aanbrengen, met een schitterende multidimensionale matrix als resultaat, maar dat brengt ons voor het wetgevingsbeleid niet veel verder.

Ik belicht hieronder dan ook slechts enkele aspecten van deze organisaties. Ten eerste zijn ze in veel opzichten een *alternatief* voor het gebruik van publiekrechtelijk vormgegeven zbo's. Als, zoals we eerder (§ 4.3.2) zagen, bij organisaties op afstand publiekrechtelijke vormgeving de voorkeur heeft, dan is het wel van belang dat publiekrechtelijke vormgeving niet (nodeloos) lastiger te gebruiken is dan privaatrechtelijke. Ik bespreek dat in § 5.2. Maar het is ook van belang de zaak principiëler te bezien. Achtergrond van de voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving is, dat daar publiekrechtelijke normering (beginselen van behoorlijk bestuur, openbaarheid) automatisch gegeven zijn, terwijl dat bij privaatrechtelijke organisaties op afstand die niet met openbaar gezag zijn bekleed, niet het geval is (en als ze wel met openbaar gezag zijn bekleed, alleen voor zover ze dat zijn, dus niet over de hele linie van hun werkzaamheden). Daarom is het van belang te bezien of het niet mogelijk is om – bepaalde vormen van – deze organisaties ook onder automatische publiekrechtelijke normering te brengen. Dat versterkt niet alleen de democratisch-rechtsstatelijkheid van deze organisaties, maar maakt, als ontduiking van publiekrechtelijke normering een reden is om ervoor te kiezen, de keuze voor privaatrechtelijke vormgeving ook minder aantrekkelijk; ik bespreek dat in § 5.3.

5.2 Naar een level playing field

Ik liet eerder zien dat art. 4 Kaderwet, in navolging van de *Nota functioneel bestuur: waarom en hoe?*, maar ook van de Gemeentewet, een voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving van zbo's uitspreekt. Intussen is de manier waarop dat is geformuleerd, problematisch. In overeenstemming met de definitie van zbo waarin 'bij of krachtens de wet met openbaar gezag bekleed' een belangrijk element vormt, beperkt het artikel zich tot het met openbaar gezag bekleden van een orgaan van een rechtspersoon, krachtens privaatrecht opgericht. Dat heeft grote gevolgen. Laat ik dat illustreren met een voorbeeld. Al jaren speelt een discussie over de positie van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum⁹¹ (WODC). Het WODC, een ondergeschikt dienstonderdeel van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, zet onderzoek uit op tal van beleidsterreinen. Als de onderzoekers die door het WODC aan het werk zijn gezet dreigen te komen met resultaten die het betrokken ministerie

⁹¹ Vroeger: 'Documentatiecentrum'.

onwelgevallig zijn (bijvoorbeeld een wet blijkt niet te werken ondanks beweringen van het tegendeel, of de criminaliteitscijfers dalen terwijl men juist stemming aan het maken was voor meer politie-inzet) dan ontstaat druk om de onderzoekers via het WODC ertoe te brengen hun resultaten aan te passen.⁹² Stel dat, als resultante van deze discussie, wordt besloten het WODC 'op afstand te plaatsen'. Omdat het WODC-nieuwe-stijl alleen overheidstaken zal uitvoeren, zou het in overeenstemming met staand kabinetsbeleid zijn om hier een publiekrechtelijk vormgegeven zbo van te maken. De daartoe vereiste Wet op het WODC⁹³ wordt ter hand genomen, en de minister wordt ambtelijk een traject van een jaar of drie voorgespiegeld eer een en ander zijn beslag heeft gekregen.⁹⁴ Dat is voor een wetgevingsjurist een gebruikelijke periode, maar voor een politicus een eeuwigheid. Is er een alternatief? Jazeker: eens stichting. Weliswaar is er een Beleidskader stichtingen⁹⁵ opgesteld, waarvan de kern wederom is dat 'het Rijk in beginsel geen betrokkenheid moet hebben bij het oprichten van stichtingen'. Maar beginselen kunnen uitzondering lijden, en hier is haast geboden. De Landsadvocaat wordt gevraagd statuten op te stellen van een Stichting WODC. Deze stichting voor het uit te zetten wetenschappelijke onderzoek en haar apparaatskosten jaarlijks via de rijksbegroting alle benodigde middelen van het ministerie krijgen. De leden van de raad van toezicht worden door de minister benoemd en ontslagen, net als de leden van het bestuur (op voordracht van de raad van toezicht). Grote materiële uitgaven behoeven de goedkeuring van de minister, net als de begroting en jaarrekening. Hoe lang duurt het om dit te regelen? Afgezien van de werkzaamheden aan de statuten, geldt er alleen nog de voorhangprocedure van art. 4.7 Comptabiliteitswet 2016: de oprichting mag niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen nadat het voornemen daartoe schriftelijk ter kennis is gebracht van de Kamers der Staten-Generaal. Als binnen die periode ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van één van de Kamers der Staten-Generaal nadere inlichtingen vraagt, wordt de privaatrechtelijke rechtshandeling niet verricht dan 14 dagen nadat de inlichtingen zijn verstrekt (idem, lid 2). Ook moet over het voornemen tot het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de betrokken minister overleg worden gevoerd met de Algemene Rekenkamer, waarna de ministerraad over het voornemen moet beslissen (idem, lid 4).

Duidelijk is, dat de 'handhaving' van de voorkeur voor publiekrechtelijke vormgeving in deze gevallen ernstig tekort schiet: met name als er haast is geboden, is er eenvoudigweg geen *level playing field* tussen de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke weg. Een terugkeer naar het vroegere⁹⁶ vereiste van een machtigingswet bij de privaatrechtelijke weg, maakt het veld dan misschien weer egaal, maar lost de behoefte aan een snelle manier van het instellen van een

⁹² Zie Onderzoekscommissie WODC II, *Ongemakkelijk onderzoek. Naar een betere balans in de relatie tussen WODC en beleid*, Den Haag: Ministerie Van Justitie en Veiligheid 2019 (hierna: commissie-Hertogh).

⁹³ Niet 'Wet verzelfstandiging WODC', want dat titel blijft dan te eeuwig en dage de titel van de instellingswet (vgl. de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer).

⁹⁴ Zie over de lengte van de wetsprocedure T.C. Borman, 'De wetgevingsprocedure bij de centrale overheid', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 263-265.

⁹⁵ 'Kader voor stichtingen – Beleidskader voor betrokkenheid van de Rijksoverheid bij het oprichten van stichtingen' (2017).

⁹⁶ Zoals gold tot de zesde wijziging van de Comptabiliteitswet, *Stb.* 1995, 375.

publiekrechtelijk vormgegeven zbo niet op. Daarom heb ik er al eerder⁹⁷ voor gepleit om het wettelijk mogelijk te maken dat, naast een hoofdregel van instelling bij wet (vergelijkbaar met art. 4 en 5, eerste lid, Kaderwet adviescolleges), bij algemene maatregel van bestuur, met een voorhangprocedure, tijdelijk een (publiekrechtelijk) vormgegeven zelfstandig bestuursorgaan en eventueel een publiekrechtelijke rechtspersoon wordt ingesteld.⁹⁸

5.3 Normering: een nieuw bestuursorgaan-begrip?

De overheid is normadressaat van publiekrechtelijke normering (de beginselen van de democratische rechtsstaat en beginselen van behoorlijk bestuur).⁹⁹ Simpel gezegd: de burger is vrij te handelen tenzij dat bij of krachtens de wet is verboden, de overheid is onvrij te handelen tenzij dat haar bij of krachtens de wet is toegestaan. Daarmee komt de vraag ‘wie of wat is overheid’ vol in de schijnwerpers te staan. De Algemene wet bestuursrecht heeft die vraag in artikel 1:1 beantwoord.¹⁰⁰

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Dit begrip wordt in verschillende andere wetten (met name de Wet open overheid en de Wet Nationale ombudsman) ook tot uitgangspunt genomen. Op tal van belangrijke terreinen van publiekrechtelijke normering wordt echter met een ander overheidsbegrip gewerkt.¹⁰¹ Dat gebeurde van oudsher al in art. 3 van de Wet openbaarheid van bestuur, dat de plicht tot openbaarheid ook van toepassing verklaarde op de ‘bedrijven en instellingen die werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan’, terwijl de Centrale Raad van Beroep in het ambtenarenrecht onder de openbare dienst mede begreep de instellingen waarbij een overheidslichaam ‘overwegende invloed op het beheer’ had. De laatste jaren zijn daar, soms onder invloed van Europees recht, andere aan toegevoegd, met als meest in het oog springende de publiekrechtelijke instelling van de Aanbestedingswet 2012, en de instellingen waarop de Wet normering topinkomens van toepassing is. Deze begrippen hebben grofweg gemeen dat ze kijken naar de mate waarin een overheidslichaam invloed heeft op de gang van zaken in de privaatrechtelijke rechtspersoon.

Uit deze uitbreidingen blijkt een behoefte om onder publiekrechtelijke normering ook de privaatrechtelijke organisaties te brengen die onder zodanig grote

⁹⁷ Zie voor een beknopte geschiedenis van de regeling over het door de Staat oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen Zijlstra 2019, nr. 279.

⁹⁸ Dit wordt onderschreven door P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken overheidsprivaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 82.

⁹⁹ Dit standpunt, althans de beperking tot overheid, is niet onomstreden: zie voor discussie hierover R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra (red.), *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, band 1, 8^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2024, nrs. 32-34.

¹⁰⁰ Nota bene: art. 1:1 lid 1 formuleert een *overheids*begrip; dit omvat de gehele trias; lid 2 haalt er vervolgens de wetgever en de rechtspraak uit, waardoor de uitvoerende macht (‘bestuursorgaan’) resteert. Vgl. art. 1 lid 1 onder b Archiefwet 1995, dat werkt met het begrip *overheidsorgaan*, met als definitie wat in art. 1:1 lid 1 staat (dus zonder de uitzonderingen van lid 2).

¹⁰¹ Zie voor een overzicht N. Jak, *Semi-publieke instellingen*, diss VU, Den Haag: Bju 2014.

organisatorische invloed van de overheid staan, dat zij in wezen overheid in vermomming zijn. Deze gedachte is al vroeg te zien in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep inzake het ambtenarenrecht, die als ambtenaar ook beschouwde de werknemer van een privaatrechtelijke rechtspersoon waarbij de overheid 'overwegende invloed op het beheer' heeft. Na de invoering van het nieuwe ambtenarenrecht is deze jurisprudentie van tafel, maar de gedachte erachter spreekt mij nog steeds aan, en ik pleit er dan ook voor haar in het overheidsbegrip van art. 1:1 Awb op te nemen.¹⁰² Kort gezegd¹⁰³ gaat het mij dan om:

- vennootschappen waarvan de overheid een meerderheid van aandelen bezit of waarbij zij de bevoegdheid heeft de meerderheid van het bestuur te benoemen en te ontslaan;
- vennootschappen, stichtingen en verenigingen waarvoor geldt dat de overheid de wettelijke of statutaire bevoegdheid heeft de meerderheid van het bestuur te benoemen en te ontslaan,

Privaatrechtelijke rechtspersonen die naar de hierboven beschreven criteria moeten worden beschouwd als overheidsrechtspersonen, moeten – vergelijkbaar met a-organen – voor hun hele handelen onder publiekrechtelijke normering vallen: geen 'voor zover-criterium' dus.

Voor de duidelijkheid zij opgemerkt, dat het voorgaande niet afdoet aan mijn opvatting dat gebruik van dit type constructies, in overeenstemming met wetgeving en overheidsbeleid, in beginsel onwenselijk is. Wordt, na zorgvuldige toetsing aan die wetgeving en dat overheidsbeleid, in een concreet geval om goede reden gekozen voor oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, dan dient zij tot de overheid te worden gerekend als aan de door mij geformuleerde criteria is voldaan.

6. Conclusies

Het hele dossier zbo is een drama geworden. Het begon toen zbo's werden gezien als een oplossing voor veel problemen waar de rijksdienst mee worstelde. Al snel werden daarvan, terecht, de beperkingen ingezien. Maar intussen was er al een Kaderwet, en had de Kamer zich ingegraven in de positie: zbo's zijn verdacht.

Dat zijn ze niet. Niet die zbo's die op basis van een doordachte analyse van aard van de taakuitoefening zijn ingesteld. Die delen in de ellende die is veroorzaakt door de ondoordachte verzelfstandigingen eind vorige eeuw. En zijn onderhevig aan de maatregelen die zijn genomen om een leed te bestrijden dat allang niet meer bestaat.

¹⁰² J.B.J.M. ten Berge, 'Functioneel bestuur in de Awb: onscherp en net niet ver genoeg', *NTB* 1991, nr. 4, p. 121, K. Schroten, *De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid*, diss. Utrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 232 en Jak 2014, p. 385-389. Ook Huisman en Van Ommeren hebben zich hierbij aangesloten (Huisman & Van Ommeren 2019, p. 352-353 en 358), zij het dat zij de publiekrechtelijke normering niet via uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip, maar via de jurisprudentie en standaardstatuten willen laten plaatsvinden. Ik vind ingrijpen van de Awb-wetgever hier aangewezen.

¹⁰³ Zie voor een uitgebreidere onderbouwing Zijlstra 2019, nr. 56.

Hoe komen we hier vanaf? Zolang er een Kaderwet zbo's is, zullen we de politiek er niet toe kunnen brengen ineens heel anders tegen zbo's aan te gaan kijken. Ik kom met een zeer ambitieus voorstel, dat vele vliegen in één klap slaat.

Gemeenten en provincies hebben een organieke wet, waar de bestuursorganen en hun onderlinge verhouding zijn geregeld. Het Rijk heeft niet zo'n wet. Ik denk dat het om meerdere redenen goed zou zijn het werk aan een Organisatiewet voor de rijksdienst¹⁰⁴ ter hand te nemen.¹⁰⁵

Ten eerste bestaat over de organisatie van het Rijk een warboel van regels, verspreid over tal van wetten, amvb's en instellingsbeschikkingen en aanwijzingen voor de rijksdienst. Het zou goed zijn die bij elkaar te brengen in één, goed doordachte regeling. Natuurlijk flexibel genoeg om gewenste ontwikkelingen niet tegen te houden, dus met voldoende delegatiegrondslagen.

Ten tweede kan zo'n wet het door mij geschetste probleem van de zbo's oplossen. Het is noodzakelijk dat zbo's niet meer worden gezien als een verdachte organisatievorm, maar als één van de manieren om een overheidstaak goed te beleggen. De Kaderwet zbo's is, als tastbare erfenis van het oude zbo-denken, daarvoor een hindernis. De door mij bepleite Organisatiewet voor de rijksdienst zal algemene regels voor instellingen en ambten van de uitvoerende macht op het niveau van de centrale overheid moeten bevatten. Daarnaast kunnen voor bijzondere organisatievormen, zoals adviescolleges, inspecties, planbureaus etc. algemene regels worden gegeven. Zbo's hoeven daarbij niet als afzonderlijke categorie te worden benoemd; volstaan kan worden met een bepaling dat bij wet de bevoegdheid van de minister om aanwijzingen in individuele gevallen te geven, kan worden beperkt. Voor instellingen met eigen rechtspersoonlijkheid zou die wet wel afzonderlijke regels kunnen geven.

Last, maar in deze setting waarschijnlijk not least, biedt een Organisatiewet voor de rijksdienst een mogelijkheid om de verantwoordelijkheid van de minister van BZK voor de organisatie van de rijksdienst handen en voeten te geven. In de Aanwijzingen voor de regelgeving is op dit moment alleen bepaald dat de BZK een rol heeft bij het toetsen van de gevolgen voor decentrale overheden. Met een door BZK beheerde Organisatiewet voor de rijksdienst kan daaraan ook toetsing van de gevolgen voor de organisatie van de rijksdienst worden toegevoegd.

Het is tijd voor een paradigmawisseling. We moeten loskomen van de heilloze tweedeling volledige ministeriële verantwoordelijkheid of zbo, en ruimte maken voor maatwerk. Dat maatwerk moet door de bijzondere wetgever kunnen worden verschaft, zonder hinder van de erfenis van het zbo-beleid. Maar er ligt een belangrijke rol voor BZK. Die rol kan handen en voeten krijgen door de

¹⁰⁴ Ik kies bewust voor deze formulering: ten eerste omdat zij van oudsher wordt gebruikt (zie al de Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst (Commissie-Vonhoff), *Elk kent de laan die derwaart gaat*. Rapport nr. 3, Den Haag 1980, p. 234 en 242-248), en omdat een alternatief als 'de centrale overheid' formeel ook het parlement en de rechterlijke macht omvat.

¹⁰⁵ Zie voor de contouren van zo'n wet S.E. Zijlstra, 'Eenheid in het bestuurlijk organisatierecht: naar een Organisatiewet rijksdienst', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu 2007, p. 45-59.

totstandkoming van een Organisatiewet voor de rijksdienst. Ik hoop daarvoor enkele handvatten te hebben gegeven.

Stellingen

1. We moeten ophouden te denken in de tweedeling óf volledige ministeriële verantwoordelijkheid óf zbo (in de zin van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen)
2. De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen past niet bij de moderne ontwikkeling van zbo's, en dient te worden heroverwogen
3. In het wetgevingsbeleid moeten de motieven voor de instelling van zelfstandige bestuursorganen worden gewijzigd: de motieven *scheiding van beleid en uitvoering* en *participatie* moeten worden geschrapt; en er moet een motief bij (*massale keuringen*).
4. Het gebruik van de publiekrechtelijke organisatievorm voor zbo's moet worden vergemakkelijkt; het wetgevingsbeleid over het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm kan (en moet) dan worden aangescherpt.