

VU Research Portal

Onafhankelijke ondergeschikten

Zijlstra, S.E.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Zijlstra, S. E. (2019). Onafhankelijke ondergeschikten: Zbo's, rijksinspecties, planbureaus, privacy-officers, het WODC: tijd voor chaos in de orde! *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2019(2), 39-47. Article 2019/6. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D1746E&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Onafhankelijke ondergeschikten

Zbo's, rijksinspecties, planbureaus, privacy-officers, het WODC: tijd voor chaos in de orde!

NTB 2019/6

1. Inleiding

Op 17 januari 2019 presenteerde de commissie-Hertogh haar rapport over de relatie tussen het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) en het Ministerie van Justitie en Veiligheid waaronder het ressorteert.² Het rapport bevat stevige conclusies. De commissie constateert 'een terugkerend patroon waarin sommige medewerkers van JenV proberen om WODC-onderzoek (in meer of mindere mate) te beïnvloeden'. Naar het oordeel van de commissie 'leidt de hierboven beschreven praktijk ertoe dat de onafhankelijkheid van het WODC (en van extern onderzoek in opdracht van het WODC) is geschaad'.³ Het WODC is een ondergeschikt dienstonderdeel van het Ministerie van Justitie en Veiligheid,⁴ en dat kan naar het oordeel van de Commissie niet zo verder. Volgens haar moet op korte termijn een ministeriële regeling tot stand komen, met hierin onder andere de volgende waarborgen:⁵

- De minister of de staatssecretaris geeft het WODC geen aanwijzingen met betrekking tot de te hanteren onderzoeksmethoden of over de inhoud van de rapporten.
- Een onafhankelijke commissie houdt toezicht op de wetenschappelijke kwaliteit van het werk van het WODC en is onder meer belast met de zorg voor de periodieke visitaties. Deze taak zou belegd kunnen worden bij de huidige Raad van Advies.

Het WODC maakt zijn rapporten zelfstandig openbaar.

Daarnaast moet volgens de Commissie overwogen worden om – op de langere termijn – het WODC te brengen onder de Aanwijzingen voor de Planbureaus en mogelijk om te vormen tot een 'Planbureau voor de Rechtsstaat'. Hiermee valt het vernieuwde WODC formeel onder het gezagsbereik van de Minister van J&V, maar wordt ook de onafhankelijke positie van het WODC gewaarborgd. Ten slotte zouden ook de voor- en nadelen van een Kaderwet voor (alle) Rijkskenisinstellingen kunnen worden onderzocht, aldus de Commissie.

Volgens de commissie-Hertogh is het kunnen geven van instructies dus een probleem, en ligt de oplossing in het doorsnijden van die bevoegdheid. Het WODC zou daarmee van een ondergeschikt dienstonderdeel tot een zelfstandig

bestuursorgaan (zbo) worden omgevormd. Een op zichzelf heldere consequentie.

Dichotomie: volledige politieke verantwoordelijkheid of zelfstandig bestuursorgaan

Bestuursbevoegdheid op het niveau van de centrale overheid wordt in beginsel toegekend aan ministers, die deze bevoegdheden naar behoefte kunnen mandateren aan hun ondergeschikte ambtenaren.⁶ Hierop bestaan twee algemene⁷ uitzonderingen. De eerste is, dat de bevoegdheid met voorbij gaan aan de minister wordt toegekend aan ondergeschikte ambten en dienstonderdelen van de minister (bijvoorbeeld de belastingsinspecteur en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit): staatsrechtelijk spreken we van deconcentratie, bestuursrechtelijk van attributie aan ondergeschikten. In dat geval blijft de ondergeschiktheid aan de minister (en daarmee diens politieke verantwoordelijkheid voor de bevoegdheidsoefening) volledig. De tweede uitzondering is het zelfstandig bestuursorgaan (zbo), zoals de Nederlandsche Bank en de Kiesraad: hierbij wordt de ondergeschiktheid en politieke verantwoordelijkheid wél doorbroken. Vanwege dit laatste heeft toekenning van bestuursbevoegdheid aan een zbo de instemming van de wetgever,⁸ en bestaan over zbo's een Kaderwet, Aanwijzingen voor de regelgeving, en meters beleidsstukken en kabinetsstandpunten. Omdat deconcentratie de politieke verantwoordelijkheid niet doorbreekt, bestaat daarvoor relatief weinig aandacht.⁹

Het onderscheid tussen deconcentratie en zbo wordt bepaald door de bevoegdheid van de minister om instructies te geven. Er is sprake van deconcentratie als de minister in elk voorkomend individueel geval instructies kan geven, en van een zbo als dat niet het geval is. Intussen is nog wel de vraag hoe we eigenlijk wéten of de wetgever deconcentratie of zbo heeft bedoeld. Als de wetgever een ambt of dienst in het leven roept en daaraan bestuursbevoegdheden toekent, is niet altijd duidelijk of hij daarmee een zbo of een gedeconcentreerd ambt in het leven roept. In moderne wetgeving wordt in dat laatste geval duidelijkheid verschaft door gebruikmaking van de formulering 'ressorteert onder' Onze Minister, terwijl bij zbo's vaak wordt verwezen naar de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.¹⁰

1 Sjoerd Zijlstra is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en lid van de redactie van dit blad.

2 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).

3 Commissie-Hertogh, p. 150 en 151.

4 Zie art. 8 Organisatiebesluit Ministerie van Justitie en Veiligheid.

5 Commissie-Hertogh, p. 156-157.

6 Ik laat de staatssecretaris hier verder buiten beschouwing.

7 In tal van wetten (en soms ook de Grondwet, bijv. 122 m.b.t. gratie) zijn bestuursbevoegdheden toegekend aan de regering.

8 Zie daarover onder, § 3.

9 Eigenlijk alleen nog de dissertatie van F.A.M. Stroink, *Deconcentratie*, Den Haag: VUGA 1978.

10 Door hetzij te bepalen dat die wet van toepassing is (bijvoorbeeld art. 2 lid 3 Wet op het Centraal bureau voor de statistiek), hetzij dat zij (gedeeltelijk) niet van toepassing is (bijvoorbeeld artikel 13 Uitvoeringswet AVG).

Uit het voorgaande volgt dat het juridisch gezien gaat om een *binair* onderscheid: men is ondergeschikt of zbo, en meer smaken zijn er niet. Bij nadere bestudering blijken zich echter tal van (wettelijke en buitenwettelijke) tussenvarianten voor te doen. Zo was ten aanzien van de voorganger van het Nationaal Instituut Oorlogsdocumentatie (NIOD), het Rijksinstituut voor Oorlogsdocumentatie (RIOD) bij amvb¹¹ bepaald dat de minister geen aanwijzingen mocht geven ten aanzien van concreet onderzoek. Dat deed er niet aan af dat het RIOD overigens als een gewone (buiten)dienst van het Ministerie van Onderwijs en Wetenschappen werd gezien, en niet als zbo. Zoals ik zal laten zien, doet zich iets dergelijks in toenemende mate voor: nog spaarzaam in de wetgeving, incidenteel bij instellingen als het WODC, maar structureel in de Aanwijzingen inzake rijksinspecties en de Aanwijzingen inzake planbureaus.

Dat roept verschillende juridische vragen op. De eerste is van constitutioneelrechtelijke aard: mag de ministeriële zeggenschap op deze wijze worden doorbroken? De tweede is meer bestuurlijk-juridisch: als dergelijke tussenvarianten mogen bestaan, wat moeten we dan denken van de dichotomie deconcentratie/zbo? Kan artikel 10:22 Awb, dat de ondergeschiktheid van gedeconcentreerde bestuursorganen bevestigt, nog wel in stand blijven? En wat is dan nog een zbo, en wat betekent dit voor de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen?

Hieronder (§ 2) breng ik allereerst de verschillende tussenvarianten in kaart, en plaats ze in een typologie. Vervolgens (§ 3) bespreek ik de constitutioneelrechtelijke kant van de zaak: is beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid zonder formeelwettelijke grondslag aanvaardbaar? Daarna (§ 4) behandel ik de bestuurlijk-juridische aspecten: zijn deze tussenvarianten nodig of wenselijk, en zo ja, wat betekent dat voor het leerstuk van en de wetgeving over deze organisatievormen? In § 5 concludeer ik dat het tijd is voor een veel genuanceerder benadering van de juridische positie van deze instellingen, en dat de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen moet worden heroverwogen.

2. Varianten tussen deconcentratie en zbo

Als gezegd is de juridische positie van gedeconcentreerde ambten helder: zij functioneren in volledige ondergeschiktheid aan het politiek verantwoordelijke ambt. Dit in tegenstelling tot zelfstandige bestuursorganen, waarbij de hiërarchie met de minister – per definitie¹² – is doorgesneden. De praktijk laat intussen varianten zien die misschien juridisch nog wel in deze tweedeling zijn onder te brengen, maar die toch sterke trekken van een mengvorm hebben.

Daarbij nog een opmerking vooraf. Bij deconcentratie wordt wel gesproken van ‘interne verzelfstandiging’.¹³ Dat is juri-

disch natuurlijk een *contradictio in terminis*: het bestuursorgaan is ondergeschikt aan de minister (‘intern’), dus kan er geen sprake zijn van zelfstandigheid. Wel heel erg ver gaat de wetgever als hij de regeling over de NVWA aanduidt als Wet onafhankelijke risicobeoordeling Nederlandse Voedsel en Waren Autoriteit; van onafhankelijke beoordeling is in juridische zin geen sprake, nu de NVWA ressorteert onder de minister van EZK, en deze minister over de hele linie van de taakuitoefening instructies kan geven.

Procedurele clausulering

Bij gedeconcentreerde diensten of ambten komt het regelmatig voor dat men weliswaar kiest voor uitvoering in ondergeschiktheid aan de minister, maar dat op voorhand al duidelijk is dat ingrijpen door de minister erg onaantrekkelijk is dan wel kan zijn. Als men er dan geen zbo van wil maken, is daar het volgende op gevonden: de minister mag wel instructies geven, maar deze zijn procedureel geclausuleerd. Zie bijvoorbeeld eerdergenoemde Wet onafhankelijke risicobeoordeling Nederlandse Voedsel en Waren Autoriteit, artikel 5 lid 3 en 4:

Onze Minister geeft zijn aanwijzingen aan de directeur [van de NVWA] met betrekking tot de uitoefening in individuele gevallen van de hem in deze wet toegekende taken uitsluitend in schriftelijke vorm. De desbetreffende aanwijzing wordt gevoegd bij de op de zaak betrekking hebbende stukken. Van aanwijzingen als bedoeld in het derde lid wordt mededeling gedaan in de Staatscourant.

Idem de Wet op het onderwijstoezicht, artikel 2:

1. Er is een Inspectie van het onderwijs, die ressorteert onder Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Aan het hoofd van de inspectie staat de inspecteur-generaal.
2. Onze Minister geeft met betrekking tot de uitoefening van de in deze wet aan de inspectie toegekende bevoegdheden uitsluitend in schriftelijke vorm zijn aanwijzingen, onder mededeling daarvan aan de Staten-Generaal.

Iets vergelijkbaars zien we ook bij het openbaar ministerie, waar in de literatuur soms zelfs rechtsstatelijke argumenten naar voren worden gebracht tegen de bevoegdheid van de minister om in te grijpen in concrete beslissingen omtrent opsporing en vervolging.¹⁴ In artikel 128 Wet op de rechterlijke organisatie is bepaald dat over een instructie van de Minister van Justitie aan het openbaar ministerie voor individuele gevallen van opsporing en vervolging, het College van procureurs-generaal moet worden gehoord, dat de in-

11 Besluit van 28 juli 1979, houdende een nieuwe regeling betreffende het Rijksinstituut voor Oorlogsdocumentatie.

12 Zie S.E. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat*, diss. Rotterdam, Den Haag: VUGA 1977, hoofdstuk 3, § 3.

13 Zie het hierna aangehaalde Protocol WODC 2016: “Het instituut is een intern verzelfstandigd onderdeel van het ministerie van Veiligheid en Justitie.”

14 Zie o.a. D.J. Elzinga, ‘Een volle ministeriële verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie’, *NJB* 1994, nr. 16, p. 529 e.v., en reacties daarop van C.A.J.M. Kortmann en Harold Munneke in *NJB* 1994, nr. 22, p. 750-751, M.L.W.M. Viering & H.R.B.M. Kummeling, ‘La plume est serve, la parole est un petit peu libre. De staatsrechtelijke verhouding tussen de minister en het Openbaar Ministerie’, *NJB* 1996, nr. 16, p. 592 en P.B. Cliteur, ‘De aanwijzingsbevoegdheid van de minister ex artikel 5 RO. Een relic uit het verleden of richtinggevend voor de toekomst?’, *NJB* 1996, nr. 16, p. 597.

structie bij de processtukken moet worden gevoegd, en dat mededeling moet worden gedaan aan de Staten-Generaal. Dit soort procedurele waarborgen doen aan de ondergeschiktheid niet af, sterker, zij wordt er alleen maar door bevestigd, want zij zouden niet nodig zijn als de minister die instructiebevoegdheid niet bezat.

Wettelijke beperking aanwijzingsbevoegdheid

Maar kennelijk is dat voor de praktijk nog niet genoeg. In verschillende wetten is de bevoegdheid om in individuele gevallen instructies te geven niet of niet alleen van procedurele waarborgen voorzien, maar is die bevoegdheid zelf beperkt. Een voorbeeld biedt de Mijnbouwwet. Deze wet bepaalt dat het Staatstoezicht op de mijnen (Sodm) 'ressorteert onder Onze Minister' (art. 126), maar ook (art. 128a):

1. Onze Minister geeft een aanwijzing aan de inspecteur-generaal der mijnen uitsluitend in schriftelijke vorm.
2. Onze Minister verleent geen mandaat voor het geven van een aanwijzing.
3. Een aanwijzing wordt door Onze Minister onverwijld aan de Staten-Generaal gezonden.
4. Onverminderd artikel 10:6 van de Algemene wet bestuursrecht en in afwijking van de artikelen 10:22, eerste lid, en 10:23 van de Algemene wet bestuursrecht ziet een bijzondere aanwijzing niet 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 het Rijksinstituut voor volksgezondheid en milieu (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.

Maar er bestaan nog wel meer ambten die wettelijk een zekere mate van onafhankelijkheid hebben. De Awb kent er één: de klachtadviseur of klachtcommissie van art. 9:14. Het kan daarbij zeer wel gaan om ondergeschikte ambtenaren. Het tweede lid van dat artikel bepaalt:

Het bestuursorgaan kan de persoon of commissie slechts in het algemeen instructies geven.

Een recente loot aan deze stam is de functionaris voor de gegevensbescherming (FG). Ingevolge artikel 37 lid 1 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) moet in

iedere overheidsinstantie of overheidsorgaan (met uitzondering van de gerechten) een FG worden aangewezen. Art. 38 lid 3 AVG bepaalt:

De verwerkingsverantwoordelijke en de verwerker zorgen ervoor dat de functionaris voor gegevensbescherming geen instructies ontvangt met betrekking tot de uitvoering van die taken.

Buitenwettelijke beperking aanwijzingsbevoegdheid

Ging het hiervóór over wettelijk beperkte instructiebevoegdheid, ten aanzien van verschillende ondergeschikte ambten en dienstonderdelen is de instructiebevoegdheid zonder wettelijke grondslag beperkt. In algemene zin betreft dat de rijksinspecties en de planbureaus. Voor de rijksinspecties en de planbureaus bestaan namelijk Aanwijzingen voor de rijksdienst, die instelling en functioneren in algemene zin reguleren. Aanwijzing 14 van de Aanwijzingen inzake de rijksinspecties bepaalt:

1. Een beleidsinhoudelijk verantwoordelijke minister kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven aan een rijksinspectie.
2. Een aanwijzing wordt uitsluitend in schriftelijke vorm gegeven.
3. Een algemene aanwijzing wordt in de Staatscourant geplaatst.
4. Een bijzondere aanwijzing wordt door de minister onverwijld aan de Staten-Generaal gezonden.
5. Een bijzondere aanwijzing ziet niet op:
 - a. het weerhouden van een rijksinspectie om een specifiek onderzoek te verrichten of af te ronden;
 - b. de wijze waarop een rijksinspectie een specifiek onderzoek verricht, of
 - c. de bevindingen, oordelen en adviezen van een rijksinspectie.
6. De aanwijzingsbevoegdheid wordt niet gemandateerd.

Iets vergelijkbaars bevatten Aanwijzingen voor de rijksdienst inzake planbureaus. Aanwijzing 4 bepaalt:

Een minister of staatssecretaris geeft het planbureau geen aanwijzingen over de door het planbureau te hantieren onderzoeksmethoden of over de inhoud van de rapportages van het planbureau.

Zoals we zagen is het WODC is een ondergeschikt dienstonderdeel van het Ministerie van Justitie en Veiligheid. De discussie over de (on)wenselijkheid van ingrijpen door de hiërarchische lijn sleept al jaren, en heeft ertoe geleid dat in het thans vigerende 'Protocol WODC 2016' is bepaald:

Dienststopdrachten aan het WODC om formuleringen, uitkomsten, onderzoeksmethoden of veronderstellingen die ten grondslag liggen aan het onderzoek aan te passen of anderszins te veranderen, zijn niet mogelijk.

Dit protocol wordt volgens de commissie-Hertogh onvoldoende nageleefd, reden voor haar eerder aangehaalde voorstel om de aanwijzingsbevoegdheid bij ministeriële regeling te beperken.

3. Constitutioneelrechtelijke aspecten

Uitgangspunt: doorbreking ministeriële verantwoordelijkheid alleen bij of krachtens de wet

De politieke ministeriële verantwoordelijkheid komt tot uitdrukking in twee grondwetsartikelen. Art. 42 bevat de bekende regel: de Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk. Volgens art. 44 Grondwet worden bij koninklijk besluit ministeries ingesteld. Zij staan onder leiding van een minister. Ook kunnen ministers worden benoemd die niet belast zijn met de leiding van een ministerie.

Ondanks haar grondwettelijke status is een ministerie *als zodanig* geen juridische entiteit: het is een samenstel van bestuursorganen en ambten onder leiding van een minister. Voor het overige is een ministerie een arbeidsorganisatie als feitelijke, organisatiekundige figuur.

Dat levert overigens de interessante vraag op, wat grondwettelijk gezien nu eigenlijk een ministerie *is*. Art. 44 zelf maakt dat niet duidelijk. Als we kijken naar de parlementaire geschiedenis van art. 44, dan is volgens de regering een ministerie een onderdeel van de rijksdienst dat onder de directe verantwoordelijkheid van de minister valt.¹⁵ Dat betekent dat grondwettelijk een ministerie onder leiding van een minister staat, en is een ministerie datgene dat onder leiding van een minister staat. Dat schiet niet geweldig op.

Daar komt nog het volgende bij. Zoals we zagen, bepaalt art. 44 Gw dat ministeries onder leiding staan van een minister, en dat er ook ministers kunnen zijn die geen leiding geven aan een ministerie. De merkwaardige consequentie hiervan zou zijn, dat een minister zonder portefeuille ook niet verantwoordelijk kan zijn voor handelingen van ambtenaren; hij geeft immers geen leiding aan die ambtenaren. Uit de parlementaire geschiedenis van de Grondwet blijkt echter duidelijk, dat het 'leiding geven' in de zin van art. 44 lid 1 de politieke verantwoordelijkheid van de minister zonder portefeuille voor het terrein waar deze in het bijzonder mee is belast, onverlet laat.¹⁶ Bedoeld is, dat de minister zonder portefeuille alleen niet over het *beheer* van het ministerie gaat.

Naar mijn mening heeft art. 44 Grondwet dan ook de volgende betekenis:

- a. er kunnen geen ministeries zijn die niet onder leiding staan van een minister. Nu doet dat er in die zin niet zoveel toe, dat een bestuursorgaan dat niet onder leiding staat van een minister, een zelfstandig bestuursorgaan is;
- b. ministeries kunnen niet onder leiding staan van meerdere ministers *gezamenlijk*; er staat immers 'een minister'.

ter'.¹⁷ Zijn er twee 'ministers van' op een ministerie, dan zijn het grondwettelijk gezien twee ministeries. Een wethoudersmodel, dus collegiaal bestuur over een ministerie, is dus in strijd met art. 44.

De Grondwet schrijft niet voor dat bestuursbevoegdheid op het niveau van de centrale overheid niet aan de ministeriële verantwoordelijkheid mag worden onttrokken, en ook de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening 1983 zwijgt op dit punt. Aangenomen moet worden dat de grondwetgever het niet heeft willen verbieden;¹⁸ dat de zbo's nooit een expliciete erkenning van de grondwetgever hebben gekregen,¹⁹ doet hier niet aan af. Wel geldt als algemeen constitutioneelrechtelijk principe dat bij toekenning van bestuursbevoegdheid, uitoefening onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgangspunt moet zijn, en dat alleen de wetgever in formele zin die verantwoordelijkheid mag doorbreken. Dit is neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving en diverse andere beleidsstukken.²⁰

De varianten beoordeeld

Gegeven het feit dat het constitutioneelrechtelijk is toegestaan zbo's in te stellen, kan moeilijk worden volgehouden dat het niet zou zijn toegestaan om ten aanzien van overigens ondergeschikte diensten te bepalen dat de minister in bepaalde situaties geen aanwijzingen zou mogen geven. Regelingen als art. 128a Mijnbouwwet of art. 9:14 lid 2 Awb zijn dan ook niet in strijd met de Grondwet of het (ongeschreven) constitutionele recht.

Maar dat geldt naar mijn oordeel niet voor doorbrekingen van de ministeriële zeggenschap en verantwoordelijkheid zonder formeelwettelijke grondslag, zoals we hierboven ook voorbij zagen komen. Van de Aanwijzingen voor rijksinspecties en de Aanwijzingen inzake planbureaus kan men nog zeggen dat zij niet beogen dat de minister in bepaalde gevallen geen instructie *kan* geven (sterker: zij stellen die bevoegdheid voorop), maar, als beleidsregel, te bepalen dat de minister die instructies niet *zal* geven. We moeten de toelichting bij aanwijzing 4 van de Aanwijzingen inzake planbureaus ('[bepaald is dat] ministers en staatssecretarissen zich dienen te onthouden van het geven van aanwijzingen over de onderzoeksmethoden en over de inhoud van de rapportages van het planbureau') dan maar als een 'slip of

15 *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, 11, p. 5 (Reeks Naar een nieuwe Grondwet, nr. II, p. 187). Voor het overige vindt men daar alleen passages over de naam 'ministerie', dat het vanouds bekende 'departement' verving.

16 *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, 8, p. 12.

17 Bovend'Eert merkt in *Tekst en Commentaar Grondwet* op: 'In zoverre sluit het artikel de mogelijkheid van de vorming van één centrale bestuursorganisatie uit.' Zie ook S.E. Zijlstra, 'Vloeibaar bestuur? Voorstellen voor reorganisatie van de rijksdienst en de Grondwet', *NTB* 2010/39.

18 Zie daarover Zijlstra 1997, hoofdstuk 4, § 2.2, onder verwijzing naar 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 en P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*. Deel I, tweede druk, Zwolle 1967, p. 48.

19 Zie voor een poging hiertoe het wetsvoorstel *Kamerstukken II* 1997/98, 25629, 1-2.

20 Aanwijzing 5.9; zie al eerder de *Nota Functioneel bestuur, waarom en hoe?*, *Kamerstukken II* 1990/91, 21042, 3, p. 21 en Commissie-Scheltema (Externe commissie Ministeriële verantwoordelijkheid), *Steekhoudend minister-schap*, *Kamerstukken II* 1992/93, 21427, 40-41, p. 11.

the pen' beschouwen.²¹ Maar als het beleidsregels zijn, betekent dat wel dat onder omstandigheden moet worden bezien of art. 4:84 Awb niet meebrengt dat toch een instructie moet worden gegeven.

Wat daar ook van zij, de zaken liggen anders bij het 'Protocol WODC 2016', waar het bepaalt:

Dienst opdrachten aan het WODC om formuleringen, uitkomsten, onderzoeksmethoden of veronderstellingen die ten grondslag liggen aan het onderzoek aan te passen of anderszins te veranderen, zijn niet mogelijk.

Dit is grondwettelijk en bestuursrechtelijk onjuist: hooguit (en dan nog met een schuin oog op art. 4:84 Awb) kan de minister zeggen dat die opdrachten niet *zullen worden* gegeven.

In dat licht geeft het rapport van de commissie-Hertogh blijk van onvoldoende juridische doordenking, waar zij bepleit dat bij ministeriële regeling de instructiebevoegdheid van de Minister van Justitie en Veiligheid ten aanzien van het WODC wordt beperkt. Ten eerste is de vraag waar die regeling dan op wordt gebaseerd: we kennen in ons staatsrecht wel de zelfstandige AMvB, maar niet de zelfstandige ministeriële regeling. Beperking van de ministeriële instructiebevoegdheid bij ministeriële regeling is hoe dan ook in strijd met de Grondwet (art. 44 lid 1). Wellicht is de commissie wat slordig in de formulering, en bedoelt zij een beleidsregel. Dan geldt hetgeen ik hiervóór opmerkte over art. 4:84 Awb. Overigens zijn de voorstellen ook bestuursrechtelijk gemankeerd. Het WODC verstrekt krachtens mandaat onderzoekssubsidie, en dat kan zonder wettelijke grondslag (art. 10:15 Awb) nooit delegatie worden. De door de Commissie bedoelde onafhankelijkheid kan dus alleen bij of krachtens een wet in formele zin worden bereikt.

4. Betekenis voor het organisatierecht

Onoplettendheid van de wetgever of een structureel vraagstuk?

Zijn tussenvormen als hierboven beschreven, mits voorzien van een adequate formeelwettelijke grondslag, constitutioneelrechtelijk dus aanvaardbaar: wat moeten we er juridisch-bestuurlijk van vinden? Zij zetten wetgeving en beleid in het overheidsorganisatierecht wel op hun kop. Een zelfstandig bestuursorgaan is immers een bestuursorgaan dat niet ondergeschikt is aan een minister, waarbij onder ondergeschiktheid moet worden verstaan de bevoegdheid voor de minister om zowel in het algemeen als ten aanzien van een concreet geval instructies te geven²² (vgl. ook art. 10:22 en 10:23 Awb). Welnu: als de wetgever

bepaalt dat de minister ten aanzien van het Staatstoezicht op de mijnen of het RIVM geen aanwijzingen mag geven, dan is sprake van een zbo. Sterker: ze verschillen in niets van zbo's zonder rechtspersoonlijkheid als bijvoorbeeld de Kiesraad. Zou de wetgever hebben bepaald dat de Kiesraad 'ressorteert onder Onze Minister', maar dat die minister geen instructies kan geven over de toelating en registratie van politieke partijen, de vaststelling van de verkiezingsuitslag of de toelating van leden van de Tweede of Eerste kamer, dan is de juridische positie van de Kiesraad gelijk aan de huidige zbo-status.

Nu kunnen wij dit eenvoudig beschouwen als een onoplettendheid van de wetgever: hij had Sodm en RIVM als zbo kunnen aanmerken, sterker, ze voldoen aan de definitie van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, en vallen daarmee dus ook onder die wet. Dan is de zaak weer rechtgetrokken, en kan de dichotomie deconcentratie/zbo overeind blijven. Maar bij nadere beschouwing is er meer aan de hand. Om dat goed te duiden, moeten we terug naar het ontstaan van de leerstukken deconcentratie en zelfstandig bestuursorgaan.

Zbo: oorsprong van een leerstuk²³

Er bestaan in ons land 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. Dat kan zijn doordat ze bij of krachtens de wet zijn ingesteld, of door de overheid zijn opgericht, de overheid aandeelhouder is of op een andere manier statutair of contractueel zeggenschap heeft, die door de overheid worden gesubsidieerd of door overheidswet- en regelgeving worden gereguleerd. De betekenis die deze organisaties hebben voor een goede behartiging van het publieke belang heeft geen relatie met de vorm of de intensiteit van de relatie met de overheid: die relatie is de resultante van een veelheid van factoren, zoals de wijze waarop het betrokken publieke belang overigens is geborgd (bijvoorbeeld door marktwerking, of zeggenschap van andere stakeholders), maar ook politieke en historische ontwikkelingen. Het bestuurlijk organisatierecht probeert deze organisaties te onderscheiden en, aan de hand van relevante juridische criteria, een plaats te geven, zodat de overheid zelf, maar ook burgers en bedrijven, weten met welk type organisatie ze te maken hebben.

Zoals in veel ontwikkelde landen²⁴ wordt hier in Nederland enorm mee geworsteld. Hoe moet je deze organisaties onderscheiden? Naar hun rechtsvorm (rechtspersoonlijkheid of niet; publiekrechtelijk of privaatrechtelijk vormgegeven), naar hun relatie met de politiek (zelfstandig, ondergeschikt, met vele tussenvormen), naar hun taken en bevoegdheden (openbaar gezag of niet, bevoegdheid tot opleggen van heffingen), naar hun

21 Beter doen het de Aanwijzingen inzake rijksinspecties: 'Daarom is in het vijfde lid opgenomen dat de minister *zijn aanwijzingsbevoegdheid niet gebruikt* om de rijksinspectie ervan te weerhouden een bepaald onderzoek te verrichten of af te ronden, noch om in een concrete casus in te grijpen in de werkwijze van de rijksinspectie of om de bevindingen en oordelen die uit een onderzoek voortvloeien te beïnvloeden' (curs. SZ).

22 Zijlstra 1997, hoofdstuk 3, § 3.

23 Delen van onderstaande zijn ontleend aan een opstel dat ik schreef voor een nog te publiceren bundel van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

24 Zie bijvoorbeeld de beschrijving die Jak geeft van deze organisaties in Zuid-Afrika (N. Jak, *Semipublieke instellingen*, diss. VU, Den Haag: Bju 2014).

bestuurssamenstelling (ambtenaren, particulieren, representanten van andere overheids- of niet-overheidsinstanties), naar hun economische positie (monopolist of onderhevig aan concurrentie), naar hun wijze van financiering (eigen heffingen of opbrengsten, overheidssubsidie), of naar nog iets anders? Op zichzelf zijn dergelijke onderverdelingen te maken, en ze leveren een prachtige, meervoudig dimensionale matrix op, maar er is onmogelijk een voor beleid en wetgeving bruikbare typologie op te bouwen. Lang werd dan ook gezocht naar de 'heilige graal' van het bestuurlijk organisatierecht: het geschikte afbakeningscriterium, waar wél beleid en wetgeving op te bouwen was.

Die heilige graal leek te zijn gevonden toen Scheltema in 1974 zijn begrip 'zelfstandig bestuursorgaan' introduceerde.²⁵ Het was dan weliswaar niet geschikt om *alle* organisaties rond de overheid mee te duiden, maar het besloeg in ieder geval een flink deel ervan, en, zo leek het, meteen ook de belangrijkste. Regering en Kamer grepen dit met beide handen aan, er werden tal van beleidsnota's, Aanwijzingen voor de regelgeving en later kaderwetgeving op gebouwd.

Deze ontwikkeling is opmerkelijk, want de gedachte dat we hiermee de belangrijkste organisaties te pakken hadden, is natuurlijk misplaatst. Niemand kan beweren dat de NS of Schiphol (geen zbo) minder belangrijk zijn voor het behartigen van een publiek belang dan laten we zeggen het Bureau architectenregister of de Stichting Administratie Indonesische Pensioenen (wel zbo's). Toch is er voor overheidsvennootschappen geen kaderwetgeving, maar voor zbo's wel. Maar minstens zo belangrijk: Scheltema definieerde de zbo's langs volledig juridische lijnen: zowel 'zelfstandigheid' als 'bestuursorgaan' zijn juridische begrippen, die – zoals altijd met juridische begrippen – leiden tot een binair onderscheid met andere bestuursorganen op het niveau van de centrale overheid.

Deconcentratie: oorsprong van een leerstuk

Deconcentratie bestaat al heel lang: de belastingdienst is daarvan een klassiek voorbeeld. En juist een conflict over de belastingdienst heeft geleid tot de juridische uitkristallisering van het leerstuk. In 1985 wendde tv-personality Wibo van der Linde zich tot staatssecretaris van belastingen Henk Koning met het verzoek in te grijpen in de belastingaanslag die Van der Linde van de belastinginspecteur had ontvangen. Toen Koning de belastinginspecteur een aanwijzing gaf de aanslag bij te stellen, ontstond een felle discussie over de vraag of de staatssecretaris daartoe bevoegd was.²⁶

De toen tot stand gekomen, en nu nog 'heersende leer'²⁷ is, dat attributie aan een ondergeschikte de ondergeschiktheidsrelatie niet doorbreekt. Deze leer is gecodificeerd in de Awb (art. 10:22 en 10:23). Daarmee blijft de dichotomie intact: kent de wetgever een bestuursbevoegdheid toe aan een ander dan de minister, dan creëert hij óf een zbo, óf een gedeconcentreerd ambt.

Gevolgen van de dichotomie

Gedeconcentreerde ambten en diensten functioneren politiek-bestuurlijk in de luwte, als zij althans hun werk goed doen.²⁸ Dat ligt anders bij de zbo's. Juist vanwege de doorbreking van de ministeriële verantwoordelijkheid (en daarmee de parlementaire controle) die hier per definitie plaatsvindt, zitten zij, zoals Den Boer het uitdrukte, aan 'de zelfkant van de democratie'.²⁹ Dit heeft ertoe geleid dat zij permanent hun bestaansrecht moeten bevechten, onderhevig zijn aan een Kaderwet zelfstandige bestuursorganen met 'sturingsinstrumenten' om 'het primaat van de politiek' te vestigen, wettelijk verplichte evaluaties (art. 39 Kaderwet), en daarnaast periodieke doorlichtingen en heroverwegingen.³⁰

Vergelijken wij zbo's met onder de minister 'ressorterende' diensten als Sodm en RIVM, dan kantelt het beeld verder. Zij hebben nog wel gemeen dat de minister over de kern³¹ van de taakuitoefening geen instructies in individuele gevallen geven, maar wel beleidsregels kan stellen (art. 4:81 Awb resp. art. 21 Kaderwet). Dat geldt ook voor de plicht inlichtingen te verschaffen (art. 10:22 lid 2 resp. art. 20 Kaderwet). Maar opvallend verschil is, dat de minister besluiten van zbo's kan vernietigen (art. 22 Kaderwet), maar besluiten van Sodm en RIVM niet. In die zin zijn deze laatste zelfstandiger dan een zbo!

Voorbij de dichotomie?

Als gezegd, kunnen we de varianten die ik eerder beschreef, rustig in de tweedeling ondergeschikt/zelfstandig schuiven, en daarmee onze prettig eenvoudige indeling van het bestuurlijk organisatierecht handhaven. Naar mijn oordeel zijn er verschillende goede redenen om dat niet te doen.

De eerste is, dat zij geen recht doet aan de – gerechtvaardigde – behoefte die in de praktijk bestaat aan gedeconcentreerde ambten die door de beperkte instructiebevoegdheid van de minister strikt genomen in het 'vakje' zbo vallen, maar waarvan het niet de bedoeling is ze als zbo te posi-

25 M. Scheltema, *Zelfstandige bestuursorganen*. Oratie RUG, Groningen 1974.

26 *Kamerstukken II* 1985/86, 19022, 8 (advies M. Scheltema) en nr. 10 (verslag van een hoorzitting) en het advies van P. de Haan en H.J. de Ru aan de Federatie van verenigingen van inspecteurs en adjunct-inspecteurs, Delft/Amsterdam 1985.

27 Zie al Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, Samsom/H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1984, p. 17, alsmede Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 16^e druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 856 en M.M. den Boer, 'Zelfstandige bestuursorganen uit de zelfkant van de democratie?', in: *Zbo's, verzelfstandiging en privatisering*. Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht 118, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1997, p. 143.

28 Zijn er problemen, zoals bij de belastingdienst, dan trekken die natuurlijk wél de aandacht.

29 Den Boer 1997.

30 Daarover S.E. Zijlstra, 'De maakbare overheid. Nieuw beleid inzake zelfstandige bestuursorganen', *NTB* 2014/37.

31 Ik bedoel daarmee de taken en bevoegdheden waarvoor de instelling in het leven is geroepen, zoals bij Sodm het toezicht op de mijnbouw.

tioneren, en die daar – denk alleen al aan de klachtfunctionaris en de functionaris gegevensbescherming – ook niet thuishoren. Afschaffen van de dichotomie ondergeschikt/zelfstandig biedt ook ruimte voor het creëren van andere figuren die een waarborgfunctie binnen de overheid kunnen hebben. Ten denken valt aan een juridisch adviseur die onbelemmerd advies kan (en ook moet!) geven over juridische risico's binnen de overheidsorganisatie (de functionaris gegevensbescherming is in wezen een voorbeeld van zo'n figuur).³²

De tweede is, dat de figuren zbo en gedeconcentreerde ambten in de praktijk naar elkaar toegroeien. Ik maakte niet voor niets de vergelijking tussen het Staatstoezicht op de mijnen (deconcentratie) en de Kiesraad (een zbo zonder rechtspersoonlijkheid). Het vigerende kabinetsbeleid op het gebied van de zbo's kent onder andere de volgende speerpunten:

- in beginsel geen privaatrechtelijke vormgeving: bestaande privaatrechtelijk vormgegeven zbo's worden omgevormd tot publiekrechtelijke (voorbeelden: ProRail en de Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie (NIWO), die vergunningen verleent aan wegvervoerders);
- in beginsel geen eigen rechtspersoonlijkheid: zbo's die in het verleden wél rechtspersoonlijkheid was toegekend, wordt dit ontnomen (een voorbeeld: het Schadefonds geweldsmisdrijven);
- in beginsel geen eigen personeel en voorzieningen (gebouw, ICT, etc.), maar meedraaien in de rijksvoorzieningen (zie art. 21a Kaderwet zelfstandige bestuursorganen).

Aldus resteert voor zbo's het beeld dat zij bestaan uit een bestuursorgaan dat beheersmatig en qua ondersteuning geheel of grotendeels meedraait in de gewone ambtelijke dienst.³³ Wat is dan nog het juridische verschil met een gedeconcentreerde dienst ten aanzien waarvan op een bepaald punt de instructiebevoegdheid is beperkt? Behalve dan misschien dat, zoals wij zagen, voor zbo's een heel circus aan beleid en wetgeving is gebouwd, dat voor Sodem en RIVM nu juist niet geldt.

Verdere illustratie van de convergentie is het feit dat de agentschapsvorm, oorspronkelijk bedoeld voor ondergeschikte diensten, ook wordt gebruikt voor zbo's.³⁴

Ten slotte is die convergentie ook duidelijk te zien als we kijken naar de manier waarop de door mij besproken instellingen met elkaar en met het ministerie omgaan. De diensten en organisaties binnen en rond de centrale overheid hebben zich de laatste jaren georganiseerd, enerzijds om door best practices en uitwisseling van kennis en personeel van elkaar te leren en efficiencywinst te boeken,

en anderzijds om tegenover de 'opdrachtgevende' ministeries een steviger overlegpositie te kunnen innemen. Bij de grote organisaties gaat het dan om de 'Manifestgroep', bij de kleine om 'Klein Lef'. Interessant is, dat deze platforms geheel los van de juridische positie van de betrokken instellingen zijn samengesteld. De Manifestgroep bestaat bijvoorbeeld uit vertegenwoordigers van zbo's (zoals UWV, SVB, Kadaster en RDW), maar ook van gedeconcentreerde diensten (waaronder de belastingdienst), en van diensten die hun bevoegdheden aan mandaat ontleen (zoals de IND). Hetzelfde beeld biedt Klein Lef: zbo's (zoals het Nederlands register gerechtelijk deskundigen (NRGD) en het Schadefonds geweldsmisdrijven), gedeconcentreerde diensten (zoals het Nationaal Archief), en ondergeschikte diensten zonder eigen bevoegdheid (zoals de Rijksdienst voor Identiteitsgegevens).

Maar mijn belangrijkste reden om het onderscheid deconcentratie/zbo te relativiseren, ja, zelfs die rechtsfiguren als zodanig ter discussie te stellen, is, dat zij in de weg staan aan maatwerk in het vormgeven van de overheidsorganisatie. Niet alleen bestaat er kennelijk behoefte aan constructies als ten aanzien van Sodem, RIVM, rijksinspecties en planbureaus is gekozen, ik kan geen argumenten verzinnen waarom zij – mits van een adequate wettelijke grondslag voorzien – niet zouden mogen. En er zijn, zoals wij zagen, nog talloze andere constructies die niet passen in de tweedeling deconcentratie-zbo, maar waarvan niemand zal beweren dat ze niet passen in een ordentelijk bestuurlijk organisatierecht: denk aan de eerder door mij beschreven klachtadviseur en functionaris gegevensbescherming.

Het is dan ook tijd voor een andere benadering, die niet begint met organisaties in hokjes te duwen, maar die per organisatie beziet wat de optimale verhouding tot de minister is als het gaat om aansturing (instructies, beleidsregels, vernietiging) en beheer.

Consequenties van mijn benadering

Deze benadering heeft verstrekkende gevolgen.

Het binaire onderscheid ondergeschikt/zelfstandig bestuursorgaan verdwijnt, niet alleen op het niveau van de organisatie, het bestuursorgaan of het ambt zelf, maar ook op het niveau van de bevoegdheid die het in concreto betreft. Nu was dat laatste onderscheid altijd al een gemankeerd construct, omdat zij voorbij ging aan het feit dat ook ten aanzien van concrete bevoegdheidsuitoefening gradaties van zelfstandigheid bestaan (met als duidelijkste voorbeeld de vernietigingsbevoegdheid). Daarmee gaat het afschaffen van de dichotomie dwars door de bestaande indelingen en daarop gebaseerde wetgeving heen.

Dit heeft allereerst vergaande gevolgen voor de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Deze wet is de vrucht van een ontwikkeling waarin op grote schaal uitvoeringsdiensten van de centrale overheid werden ondergebracht in zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid. Daarvoor moest een geharmoniseerde structuur worden gemaakt, met een vaste set van sturingsinstrumenten voor de minister. Van deze ontwikkeling is nog maar weinig over. Zeker, ze be-

32 Vgl. de ingevolge art. 21 Besluit prudentiële regels Wft verplichte onafhankelijke compliance officer bij financiële instellingen.

33 Een aanzet hiertoe is al te vinden bij de Werkgroep Verzelfstandigde Organisaties op Rijksniveau (Werkgroep-Kohnstamm), *Een herkenbare staat: investeren in de overheid*, Den Haag: Ministerie van Financiën 2004, waarover uitgebreid S.E. Zijlstra, 'Weg met de zelfstandige bestuursorganen?', *NJB* 2004, nr. 38, p. 1980-1986.

34 Maar dan alleen zbo's zonder rechtspersoonlijkheid; als ze die wel hebben, is de agentschapsvorm niet nodig.

staan nog wel, de 'beschikkingenfabrieken', maar ze zijn in aantal overschaduwd door andere, veelal kleine zbo's die onderling onvergelijkbaar zijn (APK-keurders, registers van beroepen en producten, toezichthouders, etc.), en waarvoor het stramien van de Kaderwet goeddeels ongeschikt is. Naar mijn oordeel moet de Kaderwet dan ook worden heroverwogen.

Art. 10:22 en 10:23 Awb kunnen wél gehandhaafd worden. Bedoeling van deze artikelen is duidelijkheid te scheppen voor de situatie dat de wetgever aan een ondergeschikte een bevoegdheid toekent: dit doorbreekt volgens deze artikelen de ondergeschiktheidsrelatie niet. Maar we zagen dat het regelmatig voorkomt dat dit nu juist wél het geval is, ook zonder dat deze artikelen buiten toepassing worden gelaten. Het komt er dus altijd op aan, de bedoeling van de wetgever in concreto te duiden. Maar art. 10:22 en 10:23 kunnen daarbij wel een – vanuit art. 44 Grondwet wenselijk – vangnet vormen. Neem de directeur-generaal RIVM: voor zover het gaat om andere dan de in art. 5 Wet RIVM genoemde onderwerpen, blijft deze ondergeschikt aan de minister.

En hoe moet het dan met de harmonisatie?

Met het intrekken van de Kaderwet zou ook haar poging (veel meer is het nog niet) tot harmonisatie verdwijnen, voor een hardnekkig en langdurig propagandist van harmonisatie als ik geen aantrekkelijke gedachte. Die harmonisatie kan en moet nog steeds plaatsvinden, maar op een geheel andere wijze dan nu met de Kaderwet is geprobeerd. Zij zou moeten geschieden door de totstandbrenging van een meeromvattende Organisatiewet rijksdienst.³⁵ Die zou niet alleen een basis kunnen bieden aan een eenheid kunnen brengen in de op dit moment bestaande warboel van organisatierechtelijke regels voor de centrale overheid,³⁶ maar ook algemene regels voor instellingen en ambten van de centrale overheid moeten bevatten.

Wat dat laatste betreft, kan grofweg aan het volgende worden gedacht. Na een algemeen deel met definities en grondslagen voor bepaalde organisatievormen, zouden – eveneens algemene – bepalingen kunnen volgen waarin bepaalde voor overheidsinstelling relevante juridische figuren kunnen worden geregeld. Daarbij moet allereerst worden gedacht aan de aanwijzing (of instructie, zoals de Awb haar noemt): een definitie, wellicht procedurele waarborgen, vergelijkbaar met art. 10:41 Awb, en vooral ook rechtsgevolg. Daarnaast betreft dat in ieder geval het inlichtingenrecht, maar ook de figuur van de taakverwaarlozingsregeling. Of deze ook daadwerkelijk van toepassing

zullen zijn, wordt bepaald door de bijzondere-wetgever, eventueel in combinatie met één van de hierna te bespreken standaardregelingen.

Ook ten aanzien van specifieke organisatieregels moet deze wet harmoniserend werken: niet via een open begripbepaling zoals de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, maar via een (set van) facultatieve standaardbepalingen die door de bijzondere-wetgever, of in voorkomende gevallen bij wettelijk voorschrift, van toepassing kunnen worden verklaard.³⁷ Wel degelijk zijn er typologieën van ambten en instellingen te maken, waarvoor – naast begrip en vereiste grondslag – een enigszins vast stramien aan bepalingen zou moeten gelden, zoals onderdelen met eigen rechtspersoonlijkheid (waarvoor de financiële bepalingen voor zbo's met rechtspersoonlijkheid uit de Kaderwet kunnen dienen, maar waarbij ook criteria voor toekenning van rechtspersoonlijkheid zouden moeten worden opgenomen),³⁸ rijksinspecties en planbureaus (zie boven, § 2). De wet zou ook een regeling moeten bevatten voor het instellen, bij of krachtens de wet, van ambten zoals de functionaris gegevensbescherming, de klachtfunctionaris maar ook wellicht een juridische adviseur, die voor wat betreft hun functie onafhankelijk moeten kunnen opereren.

Andere varia waaraan aandacht zou moeten worden besteed zijn wijze van benoeming en ontslag, benoemingstermijnen (inclusief de vraag of herbenoeming mogelijk is, en zo ja, hoe vaak) en de bevoegdheid privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten.

Maar deze harmonisatie heeft haar grenzen: méér dan nu het geval is, is het aan de bijzondere-wetgever om de precieze juridische positie van ambten en instellingen binnen de centrale overheid, waaronder hun relatie tot de minister, vorm te geven. Die verplichting biedt tegelijk meer vrijheid dan nu het geval is om die positie te regelen op de manier die daar het beste bij past.

5. Conclusies

De wetgeving en het beleid met betrekking tot ambten en instellingen binnen de centrale overheid schieten tekort, omdat zij berusten op een dichotomie tussen ondergeschikten en zelfstandige bestuursorganen. Zou zij ooit al juist zijn geweest, dat is zij naar mijn waarneming in ieder geval nu niet meer. Daarvoor zijn twee, op zichzelf staande redenen. De eerste is, dat er zich vormen voordoen die niet goed in de tweedeling passen, en daar ook niet in moeten worden gewrongen. De ontwikkeling van deze vormen wordt belemmerd door de eerder beschreven dichotomie.

De tweede reden is de groeiende convergentie tussen ondergeschikte en zelfstandige instellingen. Van het oude beeld van grote aantallen zbo's met rechtspersoonlijkheid is niet veel meer over: het overgrote deel van de zbo's heeft geen rechtspersoonlijkheid, en lijkt qua organisatievorm

35 Zie Commissie-Vonhoff (Commissie Hoofdstructuur Rijksdienst), *Elk kent de laan die derwaart gaat*. Rapport nr. 3, Den Haag 1980, p. 234 en 242-248 en, met een uitgebreid voorstel, 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.

36 Een greep: de Kaderwet adviescolleges, een deel van de Comptabiliteitswet, het op art. 44 lid 1 gebaseerde Coördinatiebesluit organisatie, bedrijfsvoering en informatiesystemen rijksdienst, het Besluit houdende regeling van de functie en verantwoordelijkheid van de secretarissen-generaal, en de eerdergenoemde aanwijzingen voor de rijksdienst met betrekking tot rijksinspecties en planbureaus.

37 Vgl. F.J. van Ommeren, 'Toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen', *NTB* 2018/48.

38 En de mogelijkheid om tijdelijk een publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten. Zie daarover S.E. Zijlstra, 'Publiekrecht of privaatrecht: naar een level playing field', *NTB* 2018/62.

(met name het beheer) sterk op wél ondergeschikte organisatieonderdelen.

Gevolg van het voorgaande is allereerst, dat de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen moet worden ingetrokken, omdat zij nog op de onjuiste dichotomie berust. Het is primair aan de bijzondere-wetgever om de ambten en instellingen van de centrale overheid vorm te geven. Harmonisatie zou moeten plaatsvinden in een nieuw op te zetten Organisatiewet rijksdienst, niet door algemeen geldende bepalingen, maar door middel van facultatieve standaardregelingen die door de bijzondere-wetgever van toepassing kunnen worden verklaard.

Klopt mijn analyse, en worden mijn aanbevelingen gevolgd, dan wordt daarmee ook het fundament weggetrokken onder talloze publicaties over zbo's, waaronder mijn eigen proefschrift:³⁹ een stevig geval van voortschrijdend inzicht, dus. Maar beter de juridische werkelijkheid onder ogen zien, dan blijven hangen in oude dogma's.

39 En recentelijk nog S.E. Zijlstra, 'Enkele wetgevingstechnische opmerkingen over toedeling van bestuursbevoegdheid', in: S.S. Zoeteman (red.), *Experimenteerwetgeving*, Tilburg: Wolf Legal Publishers 2018, p. 3-14.