

De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid

Voor mijn vader

De overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid

*Die Verwaltungsstiftung auf der Reichsebene
(mit einer Zusammenfassung auf deutsch)*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de Rector Magnificus, prof.dr. H.O. Voorma
ingevolge het besluit van het College voor Promoties
in het openbaar te verdedigen
op woensdag 29 november 2000 des namiddags te 4.15 uur

door

Katharina Schroten

Geboren op 17 juli 1970 te Langerak (Z.-H.)

Promotoren:

Prof. mr. J.B.J.M. ten Berge (verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht)

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht)

Prof. mr. S.E. Zijlstra (verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam)

Van dit boek is een handelseditie verschenen bij uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink te Deventer onder ISBN 90 271 5261 6

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier

Ontwerp omslag: Myosotis Art Studio bv, Baarn

© 2000 K. Schroten

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, *Stb.* 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, *Stb.* 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

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

Samensteller en uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Niettemin kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen.

Dit onderzoek werd gesteund door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO)

Woord vooraf

Als je voor de keuze staat een boek over een bepaald onderwerp te schrijven, kan het feit dat je je nog niet eerder met dat onderwerp hebt beziggehouden of zelfs met het betreffende onderzoeksterrein ingelaten, een reden zijn om er wel of juist niet aan te beginnen. Voor mij vormde het enkele jaren geleden in elk geval een argument om de uitdaging van het schrijven van een proefschrift over de overheidsstichting aan te nemen. Of dat verstandig was, is aan de lezer ter beoordeling. Zeker is echter dat dit boek er niet gekomen zou zijn met alleen een flinke dosis belangstelling voor het bestuurlijk organisatierecht in het algemeen en de overheidsstichting in het bijzonder. Zonder de vele mensen die op enigerlei wijze hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit boek, maar vooral zonder hen die me deden blijven beseffen dat ‘het leven meer is dan brood alleen’, zou het allemaal niet gelukt zijn. Naar hen allen gaat mijn dank uit.

In het bijzonder geldt mijn dank mijn promotoren prof. mr. J.B.J.M. ten Berge en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, die van het begin af aan bij het onderzoek betrokken waren. Ook prof. mr. S.E. Zijlstra dank ik voor zijn bereidheid om in de eindfase van het onderzoek nog een deel van de begeleiding als promotor op zich te nemen.

Prof. mr. H.R.B.M. Kummeling, prof. mr. A.L.G.A. Stille, prof. mr. F.A.M. Stroink en prof. mr. B.P. Vermeulen dank ik voor hun bereidheid om zitting te nemen in de leescommissie en het commentaar dat enkelen van hen mij deden toekomen.

Een hartelijk woord van dank komt voorts toe aan mr. J.B. Wezeman van het Molengraaff Instituut die gedurende het laatste jaar heeft meegelezen en de conceptteksten van privaatrechtelijke kanttekeningen voorzag.

Van het G.J. Wiarda Instituut dank ik Irsje Veerman voor het op nauwgezette wijze doorlezen van het manuscript op taal-, spel- en stijlfouten en Frans van Eck voor de omzetting van het bij Hoofdstuk 3 behorende handgeschreven schema in een piekfijn computerbestand. Voor de Duitse vertaling van de samenvatting wil ik Markus Haverland en Chris Backes nogmaals hartelijk bedanken. Alerta, mijn zus, wil ik hartelijk danken voor het feit dat ze me altijd wilde helpen en enkele avonden heeft opgeofferd voor het kopiëren en bundelen van de concept-manuscripten ter verspreiding onder promotoren en leescommissieleden.

Door de (oud-)collega-aios van de onderzoekschool AWSB en de vakgroep Staats- en bestuursrecht is mijn onderzoeksperiode bij de Universiteit Utrecht ook een hele gezellige tijd geweest. Daarbij denk ik speciaal aan Johan van de Gronden, Merlijn Nijhof, Ingrid de Raat en Paulien Willemsen, en aan hen die achtereenvolgens mijn kamergenoten waren, te weten Peter Graat, Dies Siegers en Jakko Gunst. Naar ik verwacht is de vriendschap die in de loop der tijd is ontstaan, met het gereed zijn van dit boek niet ten einde.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

De collega's van mijn huidige werkgever, het CTG, wil ik bedanken voor de ruimte en gelegenheid die ik heb gekregen om mijn proefschrift in deeltijd af te maken.

Grote dank en waardering gaat uit naar mijn ouders, die me altijd met liefde hebben omringd en me hebben gestimuleerd op school en in mijn studie. Ik dank mijn moeder voor de liefde en steun tijdens het onderzoek en de eigen nuchtere wijze waarop zij daarvoor belangstelling toonde. Mijn vader heeft mijn tijd als promovenda helaas niet meer kunnen meemaken. Vanwege de betekenis die hij voor mij heeft gehad en heeft, en in de wetenschap dat hij het promoveren als zodanig een warm hart toedroeg, draag ik dit boek aan hem op. Ten slotte wil ik jou, Mascha, hartelijk danken voor de verwerking van de vele tekstuele correcties in het manuscript, maar toch vooral voor de liefde en afleiding die je de afgelopen maanden in mijn leven hebt gebracht.

Het onderzoek is, behoudens incidentele uitzonderingen, afgesloten op 1 juli 2000.

Karin Schroten
Utrecht, september 2000

Inhoud

| | |
|---|-----------|
| Woord vooraf | v |
| Lijst met afkortingen | xiii |
| 1 Inleiding | 1 |
| 1.1 Inleiding | 1 |
| 1.2 Probleemverkenning | 2 |
| 1.3 Belang van het onderzoek | 7 |
| 1.4 Vraagstelling van het onderzoek | 10 |
| 1.5 Methode | 10 |
| 1.5.1 Bronnen | 10 |
| 1.5.2 Rechtsvergelijking met Duitsland | 11 |
| 1.5.3 Beperkingen | 14 |
| 1.6 De organisatie van het Duitse openbaar bestuur | 16 |
| 1.7 Conclusie: plan van behandeling | 18 |
| 2 De overheidsstichting | 19 |
| 2.1 Inleiding | 19 |
| 2.2 Stichting naar privaatrecht | 19 |
| 2.2.1 Stichting is een van de rechtspersonen krachtens privaatrecht | 19 |
| 2.2.2 Kenmerken stichting | 22 |
| 2.2.2.1 De organisatie van een stichting: ledenverbod, bestuur en het belang van de stichting | 22 |
| 2.2.2.2 Het doel van de stichting: doelfixatie, uitkeringsverbod | 26 |
| 2.2.2.3 Het vermogen van de stichting | 27 |
| 2.2.3 Het interne recht van de stichting: BW, statuten, reglementen en besluiten | 27 |
| 2.3 <i>Overheidsstichting</i> | 30 |
| 2.3.1 Overzicht van gebruikte definities | 30 |
| 2.3.2 Eigen benadering en keuze | 32 |
| 2.4 Conclusie | 36 |
| 3 Zelfstandige bestuursorganisaties | 37 |
| 3.1 Inleiding | 37 |
| 3.2 Begripsverkenning en -afbakening | 37 |
| 3.2.1 Functionele decentralisatie: organisatiedecentralisatie en gezagsdecentralisatie | 37 |
| 3.2.2 Zelfstandige bestuursorganisaties en zelfstandige bestuursrechtspersonen | 42 |
| | vii |

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 3.2.3 | Zelfstandige bestuursorganen | 43 |
| 3.2.4 | De openbare lichamen van artikelen 133, 134 en 135 GW | 44 |
| 3.2.5 | Zelfstandige bestuurslichamen | 45 |
| 3.2.6 | Overheidsrechtspersonen krachtens privaatrecht: overheidsstichtingen en overheidsvennootschappen | 46 |
| 3.2.7 | Conclusie begripsafbakening | 46 |
| 3.3 | Nadere duiding: zelfstandige <i>bestuursrechtspersonen</i> | 47 |
| 3.3.1 | Het aanbod van goederen | 47 |
| 3.3.2 | Exclusieve en concurrerende staatstaken | 48 |
| 3.3.3 | Aanvullend bestuur | 52 |
| 3.3.4 | De drie verzelfstandigingsmotieven | 57 |
| 3.3.5 | Conclusie | 60 |
| 3.4 | Nadere duiding: <i>zelfstandige</i> bestuursrechtspersoon | 60 |
| 3.4.1 | Zelfstandigheid wat betreft de concrete taakuitvoering | 60 |
| 3.4.2 | Zeggenschap over de concrete taakuitvoering: drie situaties | 62 |
| 3.4.3 | Nadere beschouwing over de verhouding tussen zeggenschap over de concrete taakuitvoering en ondergeschiktheid | 63 |
| 3.4.4 | Niet bij zelfstandigheid passende juridische figuren | 64 |
| 3.4.5 | Conclusie zelfstandigheid | 65 |
| 3.5 | Conclusie | 66 |
| | Schema Hoofdstuk 3 Zelfstandige bestuursorganisaties | 68 |
| 4 | Argumenten pro en contra de overheidsstichting als privaatrechtelijke organisatievorm | 69 |
| 4.1 | Inleiding | 69 |
| 4.2 | Het juridische kader voor de oprichting van overheidsstichtingen op rijksniveau | 69 |
| 4.2.1 | Oprichtingsvereisten ingevolge artikel 29 van de Comptabiliteitswet | 69 |
| 4.2.2 | Conclusie | 79 |
| 4.3 | Argumenten pro en contra de overheidsstichting als privaatrechtelijke organisatievorm | 79 |
| 4.3.1 | Inleiding | 79 |
| 4.3.2 | Herkenbaarheid en transparantie van het openbaar bestuur | 81 |
| 4.3.2.1 | Inventarisatie | 81 |
| 4.3.2.2 | Beoordeling argument herkenbaarheid/transparantie | 82 |
| 4.3.2.2.1 | Herkenbaarheid | 82 |
| 4.3.2.2.2 | Transparantie | 83 |
| 4.3.2.2.3 | Constitutionele transparantie | 84 |
| 4.3.2.2.4 | Rechtsbeschermingstransparantie | 86 |
| 4.3.2.3 | Conclusie | 87 |

INHOUD

| | | |
|-----------|--|-----|
| 4.3.3 | Zelfstandigheid en onafhankelijkheid ten opzichte van de minister | 87 |
| 4.3.3.1 | Inventarisatie | 87 |
| 4.3.3.2 | Beoordeling: levert privaatrechtelijke vormgeving meer zelfstandigheid op ten opzichte van de minister dan publiekrechtelijke vormgeving? | 89 |
| 4.3.3.3 | Conclusie | 93 |
| 4.3.4 | De eisen van publiekrecht | 93 |
| 4.3.5 | De uitoefening van openbaar gezag | 94 |
| 4.3.6 | Grenzen van het privaatrecht | 96 |
| 4.3.6.1 | Inventarisatie | 96 |
| 4.3.6.2 | Beoordeling | 97 |
| 4.3.7 | Betrokkenheid van particulieren in de vorm van inspanningen of gelden van derden | 99 |
| 4.3.7.1 | Inventarisatie | 99 |
| 4.3.7.2 | Beoordeling | 100 |
| 4.3.8 | Beheersmatige flexibiliteit en slagvaardigheid voor de uitvoering van (neven)taken | 101 |
| 4.3.8.1 | Inventarisatie | 101 |
| 4.3.8.2 | Beoordeling | 103 |
| 4.3.8.2.1 | Een flexibele en slagvaardige bedrijfsvoering | 103 |
| 4.3.8.2.2 | Neventaken | 106 |
| 4.3.8.3 | Conclusie | 110 |
| 4.3.9 | Oprichtingsfactoren | 110 |
| 4.3.9.1 | Inventarisatie | 110 |
| 4.3.9.2 | Beoordeling | 111 |
| 4.3.9.2.1 | De snelheid van oprichting | 111 |
| 4.3.9.2.2 | Het voorhanden zijn van een regeling van de rechtspersoon | 115 |
| 4.3.9.3 | Conclusie | 116 |
| 4.3.9.4 | Een wettelijke grondslag voor overheidsstichtingen? | 116 |
| 4.3.10 | De mogelijkheden van het BW tot toezicht op het beleid van de stichting anders dan door de minister (enquêterecht, 2:297/2:298, jaarrekeningenrecht) | 118 |
| 4.3.10.1 | Inleiding | 118 |
| 4.3.10.2 | Enquêterecht | 119 |
| 4.3.10.3 | De regeling van de artikelen 2:297 en 2:298 BW | 123 |
| 4.3.10.4 | Vergelijking en evaluatie enquêterecht en 2:297/2:298 BW | 127 |
| 4.3.10.5 | Controle door een externe accountant ingevolge het jaarrekeningenrecht | 129 |

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.3.11 | Het toezicht van de Algemene Rekenkamer op grond van de CW | 132 |
| 4.4 | Weging van de argumenten en conclusie: criteria voor/tegen de overheidsstichting | 136 |
| 5 | Normering verhouding overheidsstichting – burger | 141 |
| 5.1 | Inleiding | 141 |
| 5.2 | Wanneer is een overheidsstichting met openbaar gezag bekleed en daarmee bestuursorgaan in de zin van de Awb? | 142 |
| 5.2.1 | Publiekrechtelijke bevoegdheid | 142 |
| 5.2.2 | Publieke taak | 143 |
| 5.2.2.1 | Algemeen | 143 |
| 5.2.2.2 | Publiekrechtelijke regeling van bestaan en taken stichting | 145 |
| 5.2.2.3 | Belangrijke zeggenschap van de minister in de criteria volgens welke de concrete taakuitvoering van de stichting plaatsvindt | 146 |
| 5.2.2.4 | Belangrijke zeggenschap van de minister over de stichting als zodanig: vormt het uit de jurisprudentie van artikel 1 Ambtenarenwet afkomstige criterium van de ‘overwegende overheidsinvloed’ een zelfstandig criterium voor publieke taak? | 149 |
| 5.2.3 | Awb-perspectief | 151 |
| 5.2.4 | Conclusie | 152 |
| 5.3 | De toepasselijkheid van de Awb | 152 |
| 5.3.1 | Toegang tot de bestuursrechter | 152 |
| 5.3.2 | Normering van het bestuurshandelen | 153 |
| 5.4 | Aan de gelding van de Awb gekoppeld toepasselijk recht | 156 |
| 5.4.1 | Openbaarheid van bestuur | 156 |
| 5.4.2 | Klachtrecht | 158 |
| 5.4.3 | Archiefwet | 159 |
| 5.5 | Grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 160 |
| 5.5.1 | Grondrechten | 160 |
| 5.5.2 | Ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 162 |
| 5.5.3 | Conclusie | 164 |
| 5.6 | Openbaarheid ingevolge het BW: het handelsregister (art. 2:289, 2:293 en 2:6 BW) en de regeling betreffende de jaarrekening en het jaarverslag (titel 9, boek 2 BW) | 164 |
| 5.6.1 | Openbaarheid via het handelsregister (art. 2:289, 2:293 en 2:6 BW) | 164 |

INHOUD

| | | |
|----------|--|------------|
| 5.6.2 | Openbaarheid ingevolge de titel over de jaarrekening en het jaarverslag (titel 9, boek 2 BW) | 167 |
| 5.7 | Zeggenschap van cliënten of gebruikers | 169 |
| 5.8 | Aansprakelijkheid | 172 |
| 5.9 | Conclusie: het toepasselijke recht bij overheidsstichtingen vergeleken met dat bij publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties | 176 |
| 5.10 | Bespreking geconstateerde verschillen in toepasselijk recht | 178 |
| 5.10.1 | Uitgangspunt: privaatrechtelijke vormgeving mag niet leiden tot minder publiekrechtelijke waarborgen | 178 |
| 5.10.2 | Voorstel: uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip van de Awb met overheidsstichtingen | 179 |
| 5.11 | Conclusie | 181 |
| 6 | Normering verhouding minister-overheidsstichting vanuit het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid | 183 |
| 6.1 | Inleiding | 183 |
| 6.2 | Motieven voor toezicht in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid | 184 |
| 6.3 | Gewenste bevoegdheden in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid. Inventarisatie en indeling | 186 |
| 6.4 | Het algemene recht op inlichtingen | 190 |
| 6.5 | Organen van de stichting | 193 |
| 6.5.1 | Twee organisatie modellen | 193 |
| 6.5.2 | Vormt de Raad van Toezicht een substituut van de minister? | 194 |
| 6.5.3 | Wanneer is een Raad van Toezicht aangewezen? | 196 |
| 6.5.4 | Benoeming van de leden van het bestuur en de Raad van Toezicht | 200 |
| 6.5.5 | De samenstelling van het bestuur c.q. de Raad van Toezicht | 202 |
| 6.6 | Het externe handelen van de rechtspersoon ter uitvoering van de taak (externe beslissingen) | 203 |
| 6.7 | Interne beslissingen | 208 |
| 6.7.1 | Periodieke stukken | 208 |
| 6.7.2 | Personele beslissingen | 213 |
| 6.7.3 | Interne organisatorische beslissingen: statutenwijziging, fusie, ontbinding | 213 |
| 6.8 | Externe regels | 214 |
| 6.9 | Interne regels | 216 |
| 6.10 | Taakverwaarlozingsregeling | 218 |
| 6.11 | Evaluatiebepaling | 220 |

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

| | |
|---|-----|
| 7 Naar een wettelijke regeling van de overheidsstichting | 223 |
| 7.1 Opzet en samenvatting van het onderzoek. Herhaling van de voor overheidsstichtingen te regelen publiekrechtelijke waarborgen en ministeriële bevoegdheden | 223 |
| 7.3 De inhoud van de algemene wettelijke regeling van de overheidsstichting | 231 |
| 7.3.1 Uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met de figuur van de overheidsstichting | 231 |
| 7.3.2 Een wettelijke regeling van de overheidsstichting | 232 |
| 7.3.2.1 Algemeen | 232 |
| 7.3.2.2 Publiekrechtelijke waarborgen voor de burger | 232 |
| 7.3.2.3 Ministeriële bevoegdheden in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid | 233 |
| 7.3.3 Het gebruik van de stichtingsvorm in de periode tot aan de komst van de voorgestelde wettelijke regeling | 234 |
| Zusammenfassung | 235 |
| Lijst van in het onderzoek betrokken overheidsstichtingen | 243 |
| Jurisprudentieregister | 247 |
| Literatuurlijst | 251 |
| Curriculum Vitae | 259 |

Lijst met afkortingen

| | |
|---------|--|
| AA | Ars Aequi |
| aant. | aantekening |
| AB | Nederlandse Jurisprudentie, Administratiefrechtelijke Beslissingen |
| abbb | algemene beginselen van behoorlijk bestuur |
| ABRS | Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State |
| AG | Aktiengesellschaft |
| A-G | advocaat-generaal |
| amvb | algemene maatregel van bestuur |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| Arob | Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen |
| ARRS | Afdeling Rechtspraak Raad van State |
| art. | artikel |
| ava | algemene vergadering van aandeelhouders |
| avv | algemeen verbindend voorschrift |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| BayVBl. | Bayerische Verwaltungsblätter |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof in Zivilsachen |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| bo | bestuursorgaan |
| BV | besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| B&W | burgemeester en wethouders |
| bijv. | bijvoorbeeld |
| BZK | Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties |
| cf. | conform |
| cie | commissie |
| c.q. | casu quo |
| CRvB | Centrale Raad van Beroep |
| c.s. | cum suis |
| curs. | cursivering |
| CW | Comptabiliteitswet |
| DÖV | Die öffentliche Verwaltung |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| e.a. | en anderen |

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

| | |
|----------|--|
| EG | Europese Gemeenschap |
| eindred. | eindredactie |
| EK | Eerste Kamer |
| e.V. | eingetragener Verein |
| EVRM | Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden |
| evt. | eventueel |
| EZ | Economische Zaken |
| GemW | Gemeentewet |
| GG | Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| Gst. | Gemeentestem |
| GW | Grondwet |
| Hand. | Handelingen |
| HR | Hoge Raad |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i.c. | in casu |
| InvW | invoeringswet |
| i.s.m. | in strijd met |
| i.t.t. | in tegenstelling tot |
| IVBPR | Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten |
| i.v.m. | in verband met |
| JB | Jurisprudentie Bestuursrecht |
| jo. | juncto |
| KB | Koninklijk Besluit |
| m.a.w. | met andere woorden |
| M en R | Milieu en Recht |
| m.nt. | met noot |
| MvA | memorie van antwoord |
| MvT | memorie van toelichting |
| n.a.v. | naar aanleiding van |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| nr. | nummer |

LIJST MET AFKORTINGEN

| | |
|-----------|---|
| NTB | Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht |
| NV | naamloze vennootschap |
| o.a. | onder andere(n) |
| OEM | organisatie met exclusieve of bijzondere marktrechten |
| OM | Openbaar Ministerie |
| OR | Ondernemingsraad |
| p. | pagina |
| PBO | publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie |
| P-G | procureur-generaal |
| PG Awb I | Daalder, De Groot, Parlementaire Geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, eerste tranche |
| PG Awb II | Daalder, De Groot, Parlementaire Geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, tweede tranche |
| pres. | president |
| ProvW | Provinciewet |
| RAwb | Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht |
| Rb. | Rechtbank |
| red. | redactie |
| resp. | respectievelijk |
| RvA | raad van advies |
| RvC | raad van commissarissen |
| RvdW | Rechtspraak van de Week |
| RvT | raad van toezicht |
| RWT | rechtspersoon met een wettelijke taak |
| SMA | Sociaal Maandblad Arbeid |
| st. | stichting |
| Stb. | Staatsblad |
| Stc. | Staatscourant |
| S&V | Stichting en Vereniging |
| TAR | Tijdschrift voor Ambtenarenrecht |
| tB/S | Ten Berge/Stroink: jurisprudentie Wet Arob |
| TK | Tweede Kamer |
| TP | Tijdschrift Privatisering |
| TvO | Tijdschrift voor Openbaar Bestuur |
| TVVS | Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen |
| T&C Awb | Van Buuren, Polak, Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Deventer 1997 |

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

| | |
|----------|--|
| T&C BW | Nieuwenhuis, Stolker, Valk, Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, Deventer 1998 |
| T&C PGW | Ten Berge, Konijnenbelt, Modderkolk, Verburg (red.), Tekst & Commentaar Provincie-, Gemeente- en Waterschapswet, Deventer 1994 |
| t/m | tot en met |
| vgl. | vergelijk |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrgesetz |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| Vz. | Voorzitter |
| Wet Arob | Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen |
| Wgr | Wet gemeenschappelijke regelingen |
| WKCZ | Wet klachtrecht cliënten zorgsector |
| WMCZ | Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen |
| WNo | Wet Nationale ombudsman |
| Wob | Wet openbaarheid van bestuur |
| WOR | Wet op de Ondernemingsraden |
| WPNR | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |
| WRR | Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid |
| zbo | zelfstandig bestuursorgaan |

Voor de betekenis van de afkortingen ter aanduiding van overheidsstichtingen dient de als bijlage opgenomen lijst van in het onderzoek betrokken overheidsstichtingen te worden geraadpleegd.

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Inleiding

De overheid schuwt het van oudsher niet om delen van haar bestuursorganisatie in privaatrechtelijke gedaante te hullen. De juridische reflectie daarop is qua omvang en inhoud steeds wisselend geweest.¹ De verzelfstandiging van overheidsdiensten, zoals deze de afgelopen jaren vorm kreeg, heeft de belangstelling voor het bestuurlijk organisatierecht, de (publiek- of privaatrechtelijke) vormgeving en normering van zelfstandige bestuursorganisaties en in het bijzonder voor de figuur van de overheidsstichting weer doen toenemen. Verzelfstandiging resulterend in zelfstandig, dat wil zeggen op afstand van de minister, functionerende bestuursorganisaties en de figuur van de overheidsstichting kunnen daarbij niet steeds rekenen op bijval. Veelvuldig is er sprake van kritiek op de wildgroei van zelfstandige bestuursorganisaties en op de keuze voor privaatrechtelijke vormgeving van dergelijke organisaties. In deze studie over de overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid wordt daaraan aandacht besteed.

Een overheidsstichting is een tot de overheid behorende stichting naar privaatrecht. Een overheidsstichting doet zich voor als voor een (zelfstandige) bestuursorganisatie de privaatrechtelijke organisatievorm van de stichting gekozen wordt. De regeling van de stichting als rechtspersoon naar privaatrecht is neergelegd in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (titel 6). Wordt de overheid opgevat als het geheel van wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht, dan gaat het bij overheidsstichtingen om stichtingen die deel uitmaken van de uitvoerende macht, ofwel het openbaar bestuur. In Nederland komen ongeveer 100.000 stichtingen voor,² doorgaans particuliere organisaties. Slechts in een minderheid van de gevallen wordt de stichtingsvorm gebruikt om gestalte te geven aan een tot het openbaar bestuur behorende organisatie. De overheidsstichtingen vormen dus een kleine deelverzameling van de grote verzameling stichtingen.

De figuur van de overheidsstichting kent reeds een lange traditie en voorziet in de behoefte die de praktijk steeds heeft gehad aan deze rechtspersoonsvorm als organisatievorm voor (delen van het) openbaar bestuur. Illustratief is het feit dat in 1982 het merendeel van de 'rechtspersonen rondom de centrale overheid' de stichtingsvorm

1 Zie daarover het derde hoofdstuk van Schreuder (1994). Vergelijk ook Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 250.

2 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 8.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

bezt (73 overheidsstichtingen, 32 overheidsvennootschappen en 57 rechtspersonen sui generis).³ Hoeveel overheidsstichtingen er heden ten dage zijn is moeilijk exact te zeggen. In deze studie is alleen gekeken naar overheidsstichtingen op rijksniveau, maar zij komen ook voor op het niveau van provincie en gemeente. Gewerkt is met een lijst van ongeveer veertig (groepen van) overheidsstichtingen, die als bijlage aan dit boek is toegevoegd. Daarmee is een indicatie van het aantal overheidsstichtingen op rijksniveau gegeven, ook al is met de lijst niet beoogd de indruk te wekken van een volledige opsomming.

Om een indruk te geven van stichtingen die overheidsstichtingen zijn, volgen hier enkele voorbeelden. Op het gebied van cultuur valt te denken aan de subsidiefonds in het kader van de Wet op het specifieke cultuurbeleid, zoals onder andere het fonds voor de Letteren en het fonds voor de Beeldende Kunsten, Vormgeving en Bouwkunst, en aan de verzelfstandigde rijksmusea. In de sfeer van het financiële toezicht opereren de Verzekeringkamer en de Stichting toezicht effectenverkeer. Voorts kunnen genoemd worden de stichtingen in het kader van de Mediawet (o.a. STER, NOS, NPS en Wereldomroep), en stichtingen die zich bezighouden met onderzoek (zoals het Nederlands interdisciplinair demografisch instituut, het Energie Centrum Nederland en de per 9 december 1997 in stichtingsvorm gegoten Dienst Landbouwkundig Onderzoek). Andere voorbeelden zijn de Stichting advisering bestuursrechtspraak, de Stichting tot bevordering van de uitvoer, het Borgstellingsfonds voor de landbouw, de Stichting bureau architectenregister, de Stichting Informatie- en Coördinatie-Organen Dienstverlening Oorlogsgetroffenen, het Nationaal Comité 4 en 5 mei en de Stuurgroep Experimenten Volkshuisvesting.

1.2 Probleemverkenning

De figuur van de overheidsstichting is juridisch gezien niet onproblematisch. Het gaat om drie probleemvelden die elk verband houden met het feit dat de overheidsstichting een figuur op het grensvlak van publiek- en privaatrecht is.

Het eerste probleemveld is van begripsmatige aard en ligt gecentreerd rond de vraag wanneer een stichting tot de overheid behoort, kortom wanneer een stichting dient te worden gekwalificeerd als een overheidsstichting.

Als rechtspersoon naar privaatrecht geeft een stichting normaliter gestalte aan een particuliere organisatie. Daarentegen worden overheidsorganisaties doorgaans publiekrechtelijk vormgegeven. Op dit patroon vormen overheidsstichtingen een uitzondering: de stichtingsvorm is hier niet de rechtsvorm van een particuliere organisatie, maar van een overheidsorganisatie. Dit impliceert dat er criteria moeten worden ontwikkeld op grond waarvan kan worden uitgemaakt wanneer een stichting tot de over-

3 Munneke e.a. (1983), Deel I, p. 42. Tabel 1 biedt een getalsmatig overzicht van de verschillende (organen en) rechtspersonen rondom de centrale overheid.

INLEIDING

heid behoort. In het licht van de systematiek van het recht is de ontwikkeling van dergelijke criteria van groot belang.

Alhoewel daarop in Hoofdstuk 2 verder wordt ingegaan kan een overheidsstichting voorlopig worden gedefinieerd als een stichting waarvan de leden van het bestuur (onderscheidenlijk de Raad van Toezicht) in meerderheid door een bestuursorgaan worden benoemd. Op rijksniveau is dat bestuursorgaan doorgaans een minister. Soms echter hebben meerdere ministers samen of heeft een staatssecretaris deze bevoegdheid. Achterliggende gedachte bij dit criterium voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting, is dat het (particuliere of overheids-) karakter van een organisatie wordt bepaald door degene die het initiatief tot het functioneren van de organisatie in handen heeft. Aangezien een organisatie zonder een zeker personeel element als organisatie niet kan functioneren, heeft degene die in dat personele element moet voorzien het initiatief in handen.

De aard van de taken en bevoegdheden die een stichting verricht, is daarmee niet tot criterium gemaakt. Wanneer de overheid de uitvoering van haar taken kan opdragen aan particuliere organisaties, betekent dit dat de aard van de te verrichten taken en bevoegdheden logisch-systematisch gezien geen juist criterium is om overheid en niet-overheid van elkaar te onderscheiden; het onderscheid is in dat criterium immers al verondersteld. Dat vormen van (privaatrechtelijk georganiseerd) bestuur – waaronder overheidsstichtingen – en particuliere organisaties die door de overheid worden ingeschakeld bij de uitvoering van haar taken, soms op één lijn gesteld (dienen) te worden uit een oogpunt van rechtsbescherming (vergelijk de a- en b-organen die samen het bestuursorgaanbegrip van de Awb bepalen), is niet onbegrijpelijk, maar in beginsel dient als fundamenteel uitgangspunt te worden aanvaard dat overheidsorganisaties en particuliere organisaties juridisch om een verschillende benadering vragen. Afgezien van de zojuist genoemde rechtsbeschermingsoptiek, wordt dit bevestigd door de twee overige probleemvelden. De vraag naar de aanvaardbaarheid van een stichtingsconstructie ligt voor een overheidsstichting geheel anders dan voor een particuliere stichting ook al is deze bekleed met openbaar gezag. Bij een overheidsstichting is het een kwestie van vormgeving (valt de keuze op een publiek- of een privaatrechtelijke organisatievorm?), bij een particuliere stichting is veeleer de politieke vraag in het geding of het wenselijk is taken over te dragen aan een particuliere (en dus per definitie privaatrechtelijke) organisatie. Ook niet direct vergelijkbaar bij de twee soorten stichtingen is de normering inzake de verhouding tussen minister en stichting. Waar voor de organisatie van het openbaar bestuur in beginsel het uitgangspunt van volledige ministeriële verantwoordelijkheid geldt (en overheidsstichtingen daaraan – zoals alle zelfstandige bestuursorganisaties – afbreuk doen), geldt voor particuliere organisaties in beginsel juist het tegendeel.

Gevolg van de afwijzing van de aard van de taak als criterium voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting is wel dat belangrijke (groepen van) stichtingen, althans voorzover zij niet aan het eerdergenoemde criterium van een overheidsstichting voldoen, buiten dit onderzoek zijn gebleven. In de eerste plaats valt het

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

‘maatschappelijk middenveld’ erbuiten, ofwel de vele particuliere organisaties (veelal stichtingen en verenigingen) die onderwijs-, zorg- en welzijnsvoorzieningen verschaffen aan burgers.⁴ Ook met openbaar gezag beklede *particuliere* stichtingen vallen buiten dit onderzoek. Te denken valt bijvoorbeeld aan de controlestichtingen in het kader van de Landbouwkwaliteitswet en de Zaaizaad- en Plantgoedwet, de Stichting Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie (NIWO) en het Waarborgfonds Motorverkeer. Bij deze voorbeelden bepaalt de openbaar gezagstaak (in hoofdzaak) de activiteiten van de stichting. Overigens is de ‘schade’ van het buiten dit onderzoek vallen van de met openbaar gezag beklede particuliere stichtingen beperkt, in die zin dat de in dit boek voor overheidsstichtingen noodzakelijk geachte publiekrechtelijke normering en rechtsbescherming ten behoeve van de burger (zie Hoofdstuk 5), (al) geldt voor deze particuliere stichtingen, althans voorzover ze bekleed zijn met openbaar gezag.

Het tweede probleemveld ligt besloten in het gegeven dat de keuze voor de constructie van de overheidsstichting noodzakelijkerwijs de keuze voor een privaatrechtelijke in plaats van een publiekrechtelijke organisatievorm impliceert. Een dergelijke keuze wordt door veel auteurs als problematisch beschouwd (zie Hoofdstuk 4). Uitgaande van de regel dat bestuursorganisaties in beginsel een publiekrechtelijke snit hebben, dient de vraag te worden beantwoord in welke gevallen een uitzondering door middel van het gebruik van de privaatrechtelijke stichtingsvorm dient te worden toegestaan.

Afgezien van de juridische argumentatie, waarop in het vierde Hoofdstuk ingegaan wordt, is het gegeven dat privaatrechtelijke vormgeving op dit moment door veel auteurs als problematisch wordt beschouwd mede begrijpelijk tegen de achtergrond van de ontwikkeling van de processen van privatisering (jaren tachtig) en verzelfstandiging (jaren negentig). Dit niettegenstaande het feit dat het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen ook vóór die jaren niet onomstreden was.

In eerste instantie (jaren tachtig) is verzelfstandiging nauwelijks een zelfstandig thema, maar is de discussie over instrumenten voor een doelmatiger overheidsfunctioneren vooral een privatiseringsdiscussie. Volgens het op het regeerakkoord van mei 1983 gebaseerde kabinetsbeleid houdt privatisering in dat overheidsvoorzieningen worden afgestoten naar de particuliere sector, danwel dat werkzaamheden aan particuliere bedrijven worden uitbesteed, terwijl onder bepaalde voorwaarden ook de zogenaamde verzelfstandiging binnen de overheidssector mogelijkheden biedt om een doelmatiger handelen te verwezenlijken.⁵ Verzelfstandiging wordt getrokken binnen de kring van privatisering, beide kunnen bijdragen aan een doelmatiger functionerende overheid. De grotere doelmatigheid wordt echter toch vooral verwacht van een verschuiving van taken van de overheid naar de particuliere sector. Illustratief is

4 Over deze maatschappelijke instellingen gaat de dissertatie van Graat (1998).

5 Zie TK 1982/83, 17 938 (Privatisering), nr. 1, p. 1.

INLEIDING

dat als richtsnoer wordt genomen dat alle diensten welke niet noodzakelijk door de overheid behoeven te worden uitgevoerd, in beginsel voor privatisering in aanmerking komen, te beginnen bij de meest vergaande vorm.⁶ Later (jaren negentig) wordt verzelfstandiging nadrukkelijker van privatisering onderscheiden. De notitie van de minister van Financiën over *Verzelfstandiging en privatisering*, welke beoogt de begrippen verzelfstandiging en privatisering te verhelderen en criteria aan te reiken voor de toepassing ervan, markeert daarvan het begin.⁷

Bij verzelfstandiging⁸ wordt een bepaalde taak niet langer door (ambtenaren van) het departement, en dus onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgevoerd, maar door een bestuursorganisatie waarvoor de minister niet meer de volledige, maar een beperkte verantwoordelijkheid draagt. Het verschil tussen volledige en beperkte verantwoordelijkheid van de minister maakt de zelfstandigheid van de bestuursorganisatie uit. Verzelfstandiging vereist ten minste dat de minister niet langer de taakuitvoering in concrete gevallen bepaalt, zodat hij voor die taakuitvoering ook geen verantwoordelijkheid draagt. Afgezien daarvan beschikt de minister wel over sturingsbevoegdheden jegens de zelfstandige organisatie (te denken valt aan bevoegdheden die de minister zeggenschap geven inzake de bestuursbenoeming, de vaststelling van reglementen en jaarstukken et cetera). Deze bevoegdheden zijn bepalend voor de omvang van de na verzelfstandiging resterende ministeriële verantwoordelijkheid en dienen in overeenstemming te zijn met de na verzelfstandiging gewenste omvang van die verantwoordelijkheid.

Kern van het onderscheid tussen verzelfstandiging en privatisering is dat verzelfstandiging een overheidsinterne aangelegenheid is (verzelfstandiging resulteert niet in minder overheid) en privatisering niet. Privatisering wijzigt de verhouding overheid – particuliere sector en brengt mee dat bepaalde taken niet langer door de overheid, maar door de particuliere sector worden verricht. Daarbij is de particuliere sector breder dan organisaties die werken volgens het marktmechanisme, ook gesubsidieerde

6 TK 1986/87, 19 630 (Privatisering dienst van het IJkwezen), nr. 6, p. 12/13. Vgl. ook het Regeerakkoord kabinet Lubbers II, Stcrt. 1986, 131.

7 TK 1989/90, 21 632, nr. 1.

8 Wanneer in dit boek gesproken wordt over verzelfstandiging zonder meer, is externe verzelfstandiging bedoeld. Op interne verzelfstandiging wordt verder niet ingegaan, omdat dit eigenlijk geen ‘echte’ vorm van verzelfstandiging betreft nu de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid door interne verzelfstandiging niet gewijzigd wordt. Bij interne verzelfstandiging blijft de taakuitvoering geschieden door (ambtenaren van) het departement. De minister blijft daarvoor volledig verantwoordelijk. Er treedt alleen een wijziging op in de interne departementale organisatie, omdat de taakuitvoering in handen wordt gelegd van een speciaal daarvoor bestemde organisatorische eenheid binnen het departement. Voorbeelden van interne verzelfstandiging zijn het (inmiddels tot het verleden behorende) staatsbedrijf, het begrotingsfonds, de gedeconcentreerde dienst en het agentschap.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

particuliere organisaties behoren ertoe. Overheidsstichtingen kunnen niet de resultante zijn van privatisering, wel van verzelfstandiging.

Met het nadrukkelijker onderscheiden van verzelfstandiging ten opzichte van privatisering is privaatrechtelijke vormgeving van (ver)zelfstandig(d)e bestuursorganisaties vergeleken met de jaren tachtig minder voor de hand liggend geworden. In de eerste plaats omdat aan verzelfstandiging, in tegenstelling tot privatisering, de privaatrechtelijke organisatievorm niet inherent is. Verzelfstandiging impliceert dat gekozen moet worden voor publiek- danwel privaatrechtelijke vormgeving. Bij privatisering doet dat keuzemoment inzake publiek- of privaatrechtelijke vormgeving zich niet voor, omdat privatisering de keuze voor uitvoering door een particuliere organisatie inhoudt en een particuliere organisatie per definitie van privaatrechtelijke snit is. De tweede reden dat privaatrechtelijke vormgeving minder voor de hand liggend is geworden, is erin gelegen dat het scherper onderscheiden van verzelfstandiging heeft geleid tot een scherper besef van het feit dat het bij verzelfstandiging om overheidsorganisaties gaat, organisaties die normaliter een publiekrechtelijke organisatievorm hebben.⁹

Het derde probleemveld dient zich aan met de normering van de overheidsstichting. Zowel het perspectief van de burger als dat van de overheid vraagt om een zekere normering. Met betrekking tot het perspectief van de burger staat het uitgangspunt centraal dat de burger geen nadeel mag ondervinden van het feit dat gekozen is voor de privaatrechtelijke organisatievorm van de stichting en niet voor een publiekrechtelijke organisatievorm. Gelet op zijn rechtsbescherming tegen handelingen en besluiten van de overheidsstichting betekent dit dat op de overheidsstichting op gelijkwaardige wijze als op publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties een publiekrechtelijke normering van toepassing dient te zijn. Te denken valt onder meer aan de gebondenheid aan de Awb, de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur en grondrechten. Echter ook wat betreft het klachtrecht van de burger, de aan de overheidsstichting te stellen eisen van openbaarheid en de aansprakelijkheid van de overheidsstichting mag de burger geen nadeel ervaren van de keuze voor privaatrechtelijke vormgeving.

Voor wat betreft de relatie tussen overheidsstichting en overheid is het perspectief dominant dat zelfstandige bestuursorganisaties, waaronder de overheidsstichtingen, afbreuk doen aan de ministeriële verantwoordelijkheid. De relatie tussen overheidsstichting en minister komt daarmee centraal te staan. Het gaat om de vraag naar de nog noodzakelijk geachte omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid en de in dat kader vereiste ministeriële bevoegdheden. Dit zal worden uitgewerkt in Hoofdstuk 6.

⁹ Het regeringsstandpunt over functionele decentralisatie getiteld 'Functioneel bestuur – Waarom en hoe?', TK 1990/91, 21 042, nr. 4, geldt hiervoor als markeringspunt.

INLEIDING

1.3 Belang van het onderzoek

Het op overheidsstichtingen toepasselijke recht is in een aantal opzichten niet helder. Het belang van deze studie is dat niet alleen de rechter handvatten daaromtrent geboden worden, maar dat ook de burger beter weet waar hij in rechte met een overheidsstichting aan toe is. De onduidelijkheid openbaart zich met name voorzover een overheidsstichting niet kan worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van de Awb. Dat dat zo is, is voor een belangrijk deel eraan te wijten dat de bestuursrechtelijke literatuur nogal eens doet alsof de verhouding overheid-burger samenvalt met de verhouding bestuursorgaan-burger. Waaruit die onduidelijkheid qua toepasselijk recht bestaat, wordt duidelijk wanneer (kort) ingegaan wordt op de systematiek van het bestuursorgaanbegrip van de Awb.

Het eerste lid van artikel 1 van de Awb luidt:

- ‘1 Onder bestuursorgaan wordt verstaan:
- a een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
 - b een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.’

Stichtingen kunnen alleen bestuursorgaan zijn krachtens het b-criterium, nu onder het a-criterium alleen (organen van) rechtspersonen naar publiekrecht vallen. Waar a-organen voor hun gehele handelen onder de Awb vallen (ongeacht of het om publiek- of privaatrechtelijke rechtshandelingen danwel feitelijk handelen gaat), zijn b-organen slechts bestuursorgaan *voorzover* zij met openbaar gezag bekleed zijn.¹⁰

Als het b-criterium wordt toegepast op (overheids- en particuliere) stichtingen dringen zich vier stichtingsvarianten op:¹¹

- particuliere stichtingen zonder openbaar gezag,
- particuliere stichtingen bekleed met openbaar gezag,
- overheidsstichtingen zonder openbaar gezag, en
- overheidsstichtingen met openbaar gezag.

In dit boek over de overheidsstichting gaat het om de twee laatstgenoemde categorieën. Een voordeel van de insteek om het fundamentele onderscheid overheid en niet-overheid centraal te stellen, is dat men daardoor als vanzelf ook de onderbelichte categorie op het spoor komt van overheidsstichtingen die geen bestuursorgaan zijn

10 Dit ‘voorzover’-criterium kan niet zozeer uit de tekst van het art. afgeleid worden als wel uit de memorie van toelichting, TK 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 28.

11 Het openbaar gezag van overheidsstichtingen in ambtenarenrechtelijke zin is hier verder buiten beschouwing gelaten. Het gaat om de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep, die stichtingen onder overwegende overheidsinvloed tot de openbare dienst in de zin van art. 1 Ambtenarenwet rekent met als gevolg dat de rechtshandelingen van dergelijke stichtingen jegens het personeel als publiekrechtelijk worden aangemerkt (zie hierover meer in paragraaf 5.2.2.4).

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

(als derde genoemde categorie). Zeker met betrekking tot deze categorie stichtingen is er sprake van onduidelijkheid over het toepasselijke recht. Een belangrijke vraag is bijvoorbeeld of voor deze stichtingen alleen het privaatrecht geldt, of dat zij ook gebonden zijn aan publiekrechtelijke normen. Echter ook voor de overheidsstichtingen die wèl bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, is het toepasselijke recht niet glashelder. Zij zijn alleen bestuursorgaan voorzover zij met openbaar gezag zijn bekleed. Betekent dit dat zij, voorzover ze niet bekleed zijn met openbaar gezag, niet zijn gebonden aan enige publiekrechtelijke normering?

Ten tweede is het onderzoek van belang vanwege het feit dat een nog onderbelicht, niet-klassiek, onderdeel van het Nederlandse openbaar bestuur centraal staat. Deze studie wil eraan bijdragen dat het juridische inzicht in (de structuur van) het openbaar bestuur verhelderd wordt. Met het oog op de localisering van de figuur van de overheidsstichting is in dat verband allereerst noodzakelijk dat in grove lijnen een beeld geschetst wordt van de organisatie van het openbaar bestuur.

Een klassiek deel van het openbaar bestuur wordt gevormd door de zogenaamde *hoofdstructuur*. De hoofdstructuur bestaat uit het in de Grondwet verankerde stelsel van drie bestuurslagen: Rijk, provincies en gemeenten. Deze drie bestuurslagen kennen een open huishouding: binnen de grenzen van hun bestuursgebied (territoire) is er sprake van algemeen bestuur en niet van functioneel bestuur, dat wil zeggen bestuur dat zich beperkt tot een bijzonder terrein van overheidszorg. Kenmerkend voor de bestuurslagen van de hoofdstructuur is voorts dat elke laag beschikt over een rechtstreekse, eigen democratische legitimatie. Binnen elke bestuurslaag is er een orgaan waarvan de leden direct gekozen zijn door de bevolking op basis van algemeen kiesrecht (Tweede Kamer, provinciale staten en gemeenteraad). De andere organen binnen de bestuurslaag (Kroon en ministers, gedeputeerde staten en de commissaris der Koningin, burgemeester en wethouders, en de burgemeester) zijn voor de taakuitvoering die door of namens hen plaatsvindt aan dat democratische orgaan verantwoording schuldig. De hoofdstructuur wordt daarom ook wel aangeduid als het *democratisch complex*.¹²

Het overige openbaar bestuur wijkt van de hoofdstructuur af omdat er geen sprake is van een open huishouding en/of van het verschuldigd zijn van verantwoording aan een democratisch gelegitimeerd orgaan.

Bij de in artikel 133, 134 en 135 van de Grondwet genoemde waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf, en andere openbare lichamen ontbreekt het in beginsel niet aan het laatste, de eigen democratische legitimatie, maar wel aan het eerste, de open huishouding. Kenmerkend voor openbare lichamen is de op zichzelf democratische structuur: in de organisatie functioneert een bestuur onder controle van

¹² Zie Zijlstra (1997), p. 84-86.

INLEIDING

een democratisch gelegitimeerd orgaan.¹³ Ook het Rijk, provincies en gemeenten (hoofdstructuur) zijn dus openbare lichamen. Voorbeelden van openbare lichamen voor bedrijf zijn het Bedrijfschap voor de Lederwarenindustrie, het Productschap voor Granen, Zaden en Peulvruchten; een voorbeeld van een openbaar lichaam voor beroep is de Nederlandse Orde van Advocaten. Tot de ‘andere openbare lichamen’ behoort onder meer de Arbeidsvoorzieningsorganisatie.¹⁴

Zelfstandige bestuursorganisaties, waarvan de overheidsstichtingen deel uit maken, zijn voorbeelden van organisaties zonder open huishouding en zonder democratisch gelegitimeerde en gecontroleerde taakuitvoering. De aanduiding zelfstandig ziet op het laatstgenoemde element: zelfstandige bestuursorganisaties zijn zelfstandig ten opzichte van het democratische complex zonder dat (zoals bij de openbare lichamen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie) noodzakelijkerwijs voorzien is in een eigen democratisch orgaan.¹⁵

Uitgaande van het rijksniveau betekent het voorgaande dat zelfstandige bestuursorganisaties zelfstandig zijn ten opzichte van de minister. De minister is voor zijn handelen, en voor het handelen van aan hem hiërarchisch ondergeschikten, verantwoording schuldig aan het parlement. Aan die verantwoordelijkheid ontbreekt het de minister bij zelfstandige bestuursorganisaties, wat betreft hun taakuitvoering in concrete gevallen. De diverse elementen van het begrip, alsmede het onderscheid van dit begrip met het begrip ‘zelfstandig bestuursorgaan’, zullen verder aan de orde komen en worden uitgewerkt in Hoofdstuk 3 (zie ook het schema aldaar). Voorlopig volstaat de constatering dat het bij zelfstandige bestuursorganisaties op rijksniveau gaat om tot het openbaar bestuur behorende organisaties zonder open huishouding die hun taken in concrete gevallen in eigen naam en onder eigen verantwoordelijkheid, en niet onder verantwoordelijkheid van de minister, vervullen.

In de derde plaats is deze studie van belang voor de wetgever en het bestuur ten departemente. De criteria (vormgeving) en randvoorwaarden (normering) die het boek aanreikt inzake het gebruik van de figuur van de overheidsstichting kunnen behulpzaam zijn wanneer verzelfstandiging van overheidsdiensten aan de orde is en de stichtingsvorm wellicht een te overwegen organisatievorm is.

13 Schreuder (1997), p. I-2-9. Dat dit democratische element bij de openbare lichamen van art. 133 en 134 GW niet altijd optimaal uit de verf komt, doet aan de democratische structuur op zichzelf niets af.

14 Zie voor genoemde en andere voorbeelden: Schreuder (1997), p. I-2-7 en I-2-8.

15 Er kan natuurlijk ook bij zelfstandige bestuursorganisaties wel sprake zijn van een orgaan waarvan een of meerdere leden beschikken over een zekere democratische legitimatie, namelijk als belanghebbenden participeren in het bestuur of een ander orgaan van de zelfstandige bestuursorganisatie. De vraag of een openbaar lichaam voor beroep of bedrijf onderscheiden moet worden van danwel geschaard kan worden onder de categorie van de zelfstandige bestuursorganisaties, blijft hier verder buiten beschouwing. Zie hierover ook Hoofdstuk 3.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

1.4 Vraagstelling van het onderzoek

Op basis van de hiervoor geschetste probleemverkenning worden in dit boek de volgende drie onderzoeksvragen behandeld.

De eerste vraag betreft de definitie en afbakening van het begrip overheidsstichting. Wanneer behoort een stichting tot de overheid? Met de beantwoording van deze vraag wordt beoogd bij te dragen aan een duidelijke(re) afbakening tussen overheid en particuliere sector. Dat die afbakening zo helder mogelijk is, is niet alleen van theoretisch belang, maar helpt ook vast te stellen wat het toepasselijke recht op (overheids)stichtingen is danwel dient te zijn.

De tweede vraag ziet op 'de criteria'. Het gaat om de criteria op grond waarvan kan worden uitgemaakt wanneer de overheidsstichting als organisatievorm voor openbaar bestuur in plaats van een publiekrechtelijke organisatievorm aangewezen is. Bedoeld is daarbij niet alleen op meer fundamenteel niveau in te gaan op de argumenten voor en tegen de overheidsstichting als privaatrechtelijke organisatievorm, maar ook om handvatten te bieden daar waar in concrete verzelfstandigingscasus de vormgevingsvraag aan de orde is.

De derde en laatste vraag is die naar 'de randvoorwaarden'. Hoe dient de juridische normering van overheidsstichtingen eruit te zien? Centraal staan daarbij de relatie tussen overheidsstichting en burger en die tussen overheidsstichting en minister. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de vraag hoe een dergelijke normering regelgevingstechnisch het beste kan worden verwezenlijkt.

1.5 Methode

1.5.1 Bronnen

Om antwoorden te vinden op de geformuleerde onderzoeksvragen is gebruikgemaakt van diverse bronnen. In de eerste plaats moet de literatuurstudie genoemd worden: het onderzoek van de juridische literatuur vormde voor de beantwoording van elk van de drie vragen een onmisbaar element. In de tweede plaats is jurisprudentie onderzocht, met name in het kader van de weergave van het op overheidsstichtingen toepasselijke recht. Ook de raadpleging van kamerstukken (en als kamerstuk uitgebrachte rapporten) heeft in belangrijke mate bijgedragen tot de formulering van de in dit onderzoek te ontwikkelen criteria en randvoorwaarden.

Wat betreft de criteria gaat het dan in het bijzonder om de kamerstukken bij wetsvoorstellen waarin de oprichting van een overheidsstichting aan de orde is en waarin die rechtsvormkeuze als zodanig ook wordt gemotiveerd. Daarbij kan het gaan om een speciale machtigingswet in het kader van de Comptabiliteitswet, maar ook om een 'gewone' wet waarin ter vormgeving van de in die wet voorziene uitvoerende organisatie voor de figuur van een overheidsstichting wordt gekozen. Niet alle stichtingen van de lijst overheidsstichtingen konden daarom worden betrokken in de ontwikkeling

INLEIDING

van criteria voor vormgeving van een zelfstandige bestuursorganisatie in de vorm van een overheidsstichting. De reden daarvoor is dat niet alle overheidsstichtingen een wettelijke basis hebben; en voorzover die wel aanwezig is, is de keuze voor de stichtingsvorm tijdens de behandeling van het wetsvoorstel niet steeds gemotiveerd.

Veel informatie is ten slotte ontleend aan statuten van stichtingen. In de eerste plaats zijn deze van groot belang om te bepalen of een stichting als overheidsstichting gekwalificeerd dient te worden. Uit de van verschillende 'overheidsbronnen' (o.a. kamerstukken, Staatsalmanak, Staatscourant, jurisprudentie) opgestelde lijst van stichtingen kon zo de reeds genoemde lijst met overheidsstichtingen samengesteld worden. Aan de statuten van de daarop voorkomende overheidsstichtingen is veel ontleend wat betreft de ontwikkeling van de randvoorwaarden.

Er is van afgezien een aantal overheidsstichtingen als op zichzelf staande casus weer te geven. Waar relevant, is in de onderscheiden hoofdstukken steeds naar de kamerstukken, regelgeving en/of statuten betreffende een of meer specifieke overheidsstichtingen verwezen.

1.5.2 Rechtsvergelijking met Duitsland

Hier en daar wordt in dit boek gekeken naar het Duitse recht. Voor een zekere mate van rechtsvergelijking bestond dan ook voldoende aanleiding. Het gaat met name om de volgende drie algemene inzichten uit het Duitse recht en de juridische literatuur.

Ten eerste wordt in de Duitse literatuur een nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de *privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung* (de privaatrechtelijk vormgegeven bestuursorganisaties) en *Beliehene* (met openbaar gezag beklede particulieren of particuliere organisaties).¹⁶ Dit onderscheid komt overeen met en geeft steun aan de in dit boek gekozen benadering, die uitgaat van het onderscheid tussen overheid en niet-overheid c.q. zelfstandige bestuursorganisaties en particuliere organisaties met bestuurstaken en -bevoegdheden.

In de tweede plaats is het inzicht relevant dat de overheid voor haar bestuur principieel gebruik mag maken van de vormen van privaatrecht, en dus ook van de organisatievormen van het privaatrecht (*Wahlfreiheit*).¹⁷ Een uitgangspunt dat overigens geen voorkeur voor het privaat- danwel het publiekrecht impliceert.

Ten derde kan gewezen worden op het uitgangspunt dat gebruik van het privaatrecht niet mag leiden tot het ontgaan van normen van publiekrecht. Men spreekt in dat verband van *Verwaltungsprivatrecht*.¹⁸ het publiekrechtelijk genormeerde privaatrecht

16 Maurer (1997), p. 496; Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 426; Von Heimburg (1982), p. 19-20. Wel kan het natuurlijk voorkomen dat een tot de privaatrechtlich organisierte Verwaltung behorende organisatie tevens Beliehene is.

17 Zie o.a. Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 423; Erbguth, Stollmann (1993), p. 799; Maurer (1997), p. 39-41.

18 Zie o.a. BGHZ 91, 84 (96); BGHZ 52, 325 e.v.; Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 442; Stober (1986), p. 329; Püttner (1985), p. 83/84; Von Danwitz (1995), p. 603; Maurer (1997), p. 41.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

dat het openbaar bestuur ter beschikking staat. Het ziet niet alleen op privaatrechtelijke rechtshandelingen van de overheid maar ook op het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen.¹⁹

Andere elementen uit het Duitse recht hebben ertoe geleid dat integrale rechtsvergelijking minder voor de hand liggend zou zijn. Doorslaggevend is dat Duitsland op het specifieke punt van het gebruik van de stichting als organisatievorm voor openbaar bestuur te weinig heeft toe te voegen aan het Nederlandse om rechtsvergelijking over de hele linie zinvol te maken. Het ontbreken van echte toegevoegde waarde hangt samen met twee factoren.

In de eerste plaats is de stichting (*rechtsfähige Stiftung des privaten Rechts*)²⁰ in Duitsland een veel minder gebruikte rechtspersoonsvorm dan in Nederland. Waar Nederland beschikt over ruim 100.000 stichtingen telt Duitsland er slechts een kleine 5.000.²¹ Een verklaring voor dit opmerkelijke verschil zal in elk geval zijn dat Duitsland vergeleken met Nederland zwaardere eisen stelt aan de oprichting van een stichting (vereiste van instemming door de overheid [*Genehmigung*] en een vermogensis).²² Het gevolg van dit geringe gebruik van de stichtingsvorm in Duitsland is dat de Duitse rechtsliteratuur relatief weinig aandacht besteedt aan de stichting in het algemeen en de stichting als onderdeel van de *privatrechtlich organisierte Verwaltung* in het bijzonder.

De belangstelling voor het thema van de stichting als organisatievorm voor openbaar bestuur neemt de laatste jaren wel iets toe. Dat betekent meer dan dat alleen wordt onderkend dat ook stichtingen deel uit (kunnen) maken van de *privatrechtlich organisierte Verwaltung*.²³ Maar als juridisch thema is het nog te weinig ontwikkeld

19 BGHZ 91, 84 (96).

20 Het Duitse recht kent behalve de *Stiftung des privaten Rechts* ook die des öffentlichen Rechts. Rechtspersoonlijkheid is aan beide stichtingstypen niet inherent: behalve vermogensrechtelijk zelfstandige (rechtsfähige) stichtingen naar privaatrecht en naar publiekrecht, kent het recht ook de mogelijkheid van onzelfstandige stichtingen. Zie Seifart, Von Campenhausen (1999), p. 6-7, 453. Als in dit boek in het kader van het Duitse recht gesproken wordt over 'stichting' of 'Stiftung' wordt zonder meer de met de Nederlandse stichting vergelijkbare 'rechtsfähige Stiftung des privaten Rechts' bedoeld.

21 Het Verzeichnis der Deutschen Stiftungen 1994 (1994) komt in de tabel op pagina X tot een totaal van 4253.

22 Zie Seifart, Von Campenhausen (1999), 3. Kapitel (m.n. '7); Münchener Kommentar zum BGB/Reuter (1984), p. 566-568, 586-588.

23 Gewezen kan worden op het Handbuch des Stiftungsrechts van Seifart, v. Campenhausen, dat in de tweede oplage twee pagina's heeft opgenomen over de Errichtung privatrechtlicher Stiftungen durch die öffentliche Hand (1999, p. 40-41). Verder kan gewezen worden op de Dissertationen van Dewald ('Die privatrechtliche Stiftung als Instrument zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke' – 1990) en Thomsen ('Probleme "staatsnaher" Stiftungen unter besonderer Berücksichtigung ihrer Autonomie' – 1992)

INLEIDING

en uitgekristalliseerd om ten opzichte van Nederland van een toegevoegde waarde te kunnen spreken. Zo bestaat er nog weinig eenduidigheid over de criteria op grond waarvan een stichting wordt geacht te behoren tot de *privarechtlich organisierte Verwaltung*.

In de tweede plaats is er nog weinig nagedacht over ‘de criteria’: in de Duitse juridische literatuur is geen sprake van een systematische behandeling van de vraag in welke gevallen de stichting aangewezen is als organisatievorm voor openbaar bestuur. Een opvallend terugkerend element is wel dat men met name ruimte ziet voor de stichtingsvorm als de taakuitvoering enige distantie van de politieke waan van de dag vergt.²⁴ Met betrekking tot concrete overheidsstichtingen ontbreekt het aan informatie over de motieven voor de keuze van de stichting als rechtsvorm (zoals bijvoorbeeld de kamerstukken in Nederland die – in verband met de eis van wettelijke machtiging op grond van de Comptabiliteitswet – soms wel bieden).

Ook in de sfeer van de randvoorwaarden voegt het Duitse recht weinig toe. Het ontbreekt in Duitsland bijvoorbeeld aan zoiets als Aanwijzingen inzake zbo’s. Wat betreft de overheidsinvloed komt men niet veel verder dan de vaststelling dat deze niet mag leiden tot een onaanvaardbare inbreuk op de *Stiftungsautonomie*. Dit heeft als gevolg dat de discussie op dit punt blijft steken in de toelaatbaarheid van de overheidsstichting²⁵ en aan de vraag naar de gewenste mate van overheidssturing in het kader van de randvoorwaarden nog nauwelijks wordt toegekomen.

Ten slotte levert ook de wijze waarop de rechtsbescherming in Duitsland geregeld is voor randvoorwaarden met betrekking tot de overheidsstichting weinig nieuws op: het systeem is zodanig vergelijkbaar met Nederland ingericht dat dezelfde categorieën overheidsstichtingen worden in- danwel buitengesloten. Dit gaat niet alleen op voor de bestuursrechtelijke normering,²⁶ maar ook voor de toegang tot de bestuursrechter (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*).²⁷

Voorzover het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen geïncrimineerd wordt in de literatuur, is dat niet het geval ten aanzien van de stichting. Dit is het tweede punt dat van belang is. De actuele discussie, waarin dat gebruik geïncrimineerd wordt, richt zich op de privaatrechtelijke vennootschapsvormen (met name

24 Seifart, Von Campenhausen, Hof (1999), p. 40-41; Dewald (1990), p. 95; Schulte (1989), p. 71.

25 Vgl. Seifart, Von Campenhausen, Hof (1999), p. 40-41 en Thomsen (1992).

26 Privaatrechtelijke organisaties die geen Beliehene zijn, vallen buiten het Behörde-begrip van het § 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) en daarmee ook buiten de in het VwVfG vervatte bestuursrechtelijke normering.

27 Zie de algemene § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO): ‘Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben...’. In principe moet dus voor alle publiekrechtelijke geschillen de bestuursrechter worden benaderd en is voor de overige geschillen (privaatrechtelijk en feitelijk handelen) de gewone rechter (ordentliche Rechtsweg) aangewezen.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

de *AG* en *GmbH*).²⁸ Het gaat dan om de voors en tegens van *Privatisierung* van bedrijfsmatige delen van de overheidsorganisatie.

Dit heeft niet alleen tot gevolg dat andere rechtsvormen dan de stichting centraal staan, maar ook dat de context waarin het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen geproblematiseerd wordt er anders uitziet.

Bedoeld is dat die context niet een met verzelfstandiging vergelijkbare context is. De vraag die namelijk doorgaans aan de orde is, is of in plaats van een juridisch onzelfstandige, publiekrechtelijke organisatievorm (die speciaal toegespitst is op bedrijfsmatige overheidsstructuren) gekozen moet worden voor een *AG* of *GmbH*. Waar in Nederland doorgaans eerst de zelfstandigheid en vervolgens de vormgevingsvraag aan de orde komt, is in Duitsland zelfstandigheid het gevolg van de keuze voor het privaatrecht.

Het Duitse begrippenkader, dat het begrip *Privatisierung* vooropstelt, past goed in die gedachtegang. Dit begrip is niet gelijk aan het Nederlandse begrip privatisering, maar wil slechts uitdrukken – heel letterlijk – dat gekozen wordt voor een privaatrechtelijke organisatievorm. Verzelfstandiging komt vervolgens aan de orde als *Privatisierungs*-variant: men maakt onderscheid tussen *formelle* of *Organisationsprivatisierung* en *materielle* of *Aufgabenprivatisierung*. De eerste variant is vergelijkbaar met wat in Nederland wordt aangeduid als (per definitie privaatrechtelijke) verzelfstandiging; de organisaties die het betreft, vormen in Duitsland samen de *privatrechtlich organisierte Verwaltung*. *Materielle* of *Aufgabenprivatisierung* is een vorm van *Privatisierung* die overeenkomt met ‘ons’ begrip privatisering.²⁹

In paragraaf 1.6 wordt voor een goed begrip van de rechtsvergelijkende opmerkingen in dit boek, een globaal overzicht geboden van de organisatie van het Duitse openbaar bestuur.

1.5.3 Beperkingen

Zoals reeds vermeld wordt in dit boek alleen aandacht besteed aan de stichtingsvorm als organisatievorm voor openbaar bestuur op het niveau van de rijks- of centrale overheid. Het niveau van de decentrale overheden blijft buiten beschouwing.

Voorts is in deze studie geen aandacht besteed aan het arbeidsrecht en het fiscale recht als medebepalende factoren voor de keuze van de stichting als organisatievorm voor openbaar bestuur. Dit heeft te maken met het feit dat de arbeidsrechtelijke en fiscaalrechtelijke gevolgen van de keuze voor de stichting niet per definitie vaststaan.

28 Het discours met betrekking tot de *privatrechtlich organisierte Verwaltung* beperkt zich hoofdzakelijk tot de discussie over de *wirtschaftliche Betätigung des Staates* en *öffentliche Unternehmen*.

29 Vgl. o.a. Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 426, 433; Von Arnim (1995), p. 17; Lecheler (1994), p. 559; Püttner (1994), p. 195; Schoch (1993), p. 378, (1994), p. 962-963.

INLEIDING

Zo kiest de overheid er bij verzelfstandiging soms voor om fiscaalrechtelijke regels van toepassing uit te sluiten. Ook wenst de ambtenarenrechter soms de arbeidsrechtelijke verhouding tussen op arbeidsovereenkomst werkzame werknemers en een stichting niet als privaat-, maar als publiekrechtelijk te kwalificeren via de conclusie dat zo'n stichting tot de openbare dienst in de zin van artikel 1 van de Ambtenarenwet behoort. Een ander voorbeeld betreft het verlies van ambtenaarschap onder de Wet privatisering Abp (voorheen Algemene burgerlijke pensioenwet). Waar de keuze voor de stichtingsvorm samengaat met verlies van ambtenaarschap in de zin van de Ambtenarenwet, wordt in het algemeen ook het abp-ambtenaarschap verloren. Dit leidt echter uitzondering wanneer die stichting een zogenaamde B3-aanwijzing (Abp-wet) heeft gekregen danwel een daarmee vergelijkbare aanwijzing krachtens artikel 2, derde lid, Wet privatisering Abp.³⁰

Ook is in het kader van de randvoorwaarden niet ingegaan op arbeids- en fiscaalrechtelijke aspecten. Gelet op het gekozen normeringsperspectief, de publiekrechtelijke waarborgen voor de burger enerzijds (relatie overheidsstichting-burger) en de ministeriële verantwoordelijkheid anderzijds (relatie minister-overheidsstichting), lag behandeling van die aspecten niet voor de hand.

In dit boek vormt voorts de Europeesrechtelijke dimensie geen zelfstandig voorwerp van onderzoek. In het algemeen kan gesteld worden dat de organisatievorm als zodanig niet bepalend is voor het antwoord op de vraag of een organisatie gebonden is aan bepalingen van Europees recht. Het Hof pleegt door de rechtsvorm van de organisatie heen te kijken, bijvoorbeeld ter vaststelling van de vraag of achter een organisatie de overheid schuilgaat die gehouden is een bepaalde richtlijn te implementeren. Lidstaten zijn autonoom in de wijze waarop zij hun overheidsorganisatie inrichten. Een en ander brengt mee dat ook overheidsstichtingen als overheid aan het Europese recht gebonden zijn, zodat bijvoorbeeld (ook) op hen de verplichting rust tot zelfstandige toepassing van richtlijnen indien deze niet correct zijn omgezet.³¹ Het betekent echter ook dat het Europese recht vanwege het uitgangspunt van de institutionele autonomie als zodanig geen criteria voor een bepaalde organisatievorm oplevert.

De zogenaamde 'nieuwe norm'³² in het Europese mededingingsrecht brengt in die conclusie geen verandering. Deze nieuwe norm houdt in 'dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard mogen nemen of handha-

30 Op grond van de Abp-wet (Stb. 1966, 6) kon het bestuur van het Abp-fonds op basis van art. B3 Abp-wet een privaatrechtelijk lichaam op grond van doelstelling en financiële verhouding tot een of meer publiekrechtelijke lichamen aanwijzen als lichaam waarvan het personeel geheel of ten dele ambtenaar is in de zin van die wet. De Abp-wet is vervallen (zie art. 77 Wet privatisering Abp), maar de Wet privatisering Abp (Stb. 1995, 639) kent met art. 2, derde lid, een soortgelijke bepaling. Niet het bestuur van het Abp-fonds maar de Minister van Binnenlandse zaken is nu het tot aanwijzing bevoegde orgaan.

31 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 juli 1990, Zaak C-188/89, Jur. 1990, p. I-3313 (Foster/ British Gas).

32 Jans, De Lange, Prechal, Widdershoven (1999), p. 133.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

ven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken'.³³ De norm strekt zich niet uit tot zogenaamde 'zuivere' overheidsmaatregelen,³⁴ dat wil zeggen maatregelen waarmee de mededinging direct beperkt wordt, zoals bijvoorbeeld wetgeving die voor bepaalde producten een bodemprijs vaststelt waar ondernemingen niet onder mogen gaan zitten.

De norm strekt zich wel uit tot (meer indirecte) overheidsmaatregelen die tot gevolg hebben dat ondernemingen de mededinging beperken. Een lidstaat handelt in strijd met de mededingingsrechtelijke bepalingen uit het EG-Verdrag 'indien zij het totstandkomen van met de mededingingsbepalingen strijdige handelingen oplegt (1) of begunstigt (2) danwel de werking ervan versterkt (3) of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particulieren over te dragen (4)'.³⁵

Het vierde en laatste element hiervan, de ongeoorloofde delegatie van overheidsbevoegdheden aan particulieren, kan wellicht een probleem voor overheidsstichtingen opleveren, namelijk wanneer een overheidsstichting belanghebbenden in zijn organen heeft en over marktregulerende bevoegdheden beschikt.³⁶ Dit levert geen criteria op voor een bepaalde organisatievorm, maar zou mogelijk gevolgen kunnen hebben voor de aan de overheidsstichting op te dragen taken.

1.6 De organisatie van het Duitse openbaar bestuur

Zoals gezegd is er in dit boek (beperkte) aandacht voor rechtsvergelijking met Duitsland. In dat kader is het goed iets te zeggen over de inrichting van het openbaar bestuur in Duitsland.

Behalve de *privatrechtlich organisierte Verwaltung* kent Duitsland ook publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandig bestuur. Deze twee categorieën zijn in Duitsland begrepen onder het begrip *mittelbare Verwaltung*.³⁷

Tot de *mittelbare Verwaltung*³⁸ behoort al het bestuur dat zelfstandig is ten opzichte van (het democratische complex van) de Staat. Alle bestuur dat binnen dat democratische complex plaatsvindt door of onder volledige verantwoordelijkheid van de aan het democratisch gekozen orgaan verantwoordingsplichtige bestuurders c.q. be-

33 Jans, De Lange, Prechal, Widdershoven (1999), p. 133, waarbij verwezen wordt naar Zaak C-245/91 (Ohra), Jur. 1993, p. I-5851.

34 Jans, De Lange, Prechal, Widdershoven (1999), p. 133-134.

35 Jans, De Lange, Prechal, Widdershoven (1999), p. 134 (nummering KS), waarbij verwezen wordt naar zaak C-2/91 (Meng), Jur. 1993, p. I-5751.

36 Vergelijk Jans, De Lange, Prechal, Widdershoven (1999), p. 136-139.

37 Krebs (1988), p. 578.

38 De onderstaande uitwerking van dit begrip is ontleend aan Maurer (1997), p. 541 e.v.

INLEIDING

stuursorganen, heet daarentegen *unmittelbare Verwaltung*. Als Staat gelden in Duitsland zowel de *Bund* (bond) als de afzonderlijke *Bundesländer* (deelstaten). De *Gemeinden*, evenals bond en deelstaten *Körperschaften des öffentlichen Rechts*, maken daarmee geen deel uit van de *unmittelbare*, maar van de *mittelbare Verwaltung*. *Körperschaften des öffentlichen Rechts* laten zich begripsmatig goed vergelijken met ‘onze’ openbare lichamen.

Vanwege de positie die de *Gemeinden* daarin innemen, is de *mittelbare Verwaltung* ruimer dan het Nederlandse functionele bestuur (dat zoals aangegeven gevormd wordt door de zelfstandige bestuursorganisaties inclusief de openbare lichamen van art. 133 en 134 Grondwet), en zeker ruimer dan het geheel aan zelfstandige bestuursorganisaties in Nederland.

Behalve uit de *Gemeinden* (voorbeelden van algemeen bestuur) bestaat de *mittelbare Verwaltung* ook uit functionele *Körperschaften des öffentlichen Rechts*. Voorbeelden zijn de *Handelskammer* (Kamers van Koophandel), beroepsorganisaties als de *Rechtsanwaltskammern* (advocaten), de *Hochschulen* en op het gebied van de sociale verzekeringen de *Allgemeine Ortskrankenkassen*. *Anstalten* en *Stiftungen des öffentlichen Rechts* zijn publiekrechtelijke organisatievormen zonder eigen democratisch orgaan. Zij kunnen beschikken over rechtspersoonlijkheid, maar dat is niet noodzakelijk.

Net als in Nederland ontbreekt het in Duitsland aan een algemene wettelijke regeling van de publiekrechtelijke vormen van functioneel openbaar bestuur, te weten de *Körperschaft*, de *Anstalt* en de *Stiftung des öffentlichen Rechts*. Dat neemt niet weg dat die rechtsvormen in literatuur en rechtspraak voldoende ontwikkeld zijn om gebruik in de rechtspraktijk mogelijk te maken.

De *Anstalten* en *Stiftungen des öffentlichen Rechts* vormen binnen de *mittelbare Verwaltung* het terrein van de – in Nederlandse termen gesproken – publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties. Oprichting is mogelijk bij of krachtens de wet (*Gesetz*). Beide organisatievormen kenmerken zich erdoor dat met bepaalde middelen een bepaald publiek doel nagestreefd wordt. Traditioneel wordt tussen beide vormen onderscheiden naar doelgroep. Bij een *Anstalt* is sprake van *Benutzer* (gebruikers) die gebruik kunnen maken van de diensten van de *Anstalt* en bij een *Stiftung des öffentlichen Rechts* van *Nutznieser* of *Destinatäre* aan wie de diensten van de publiekrechtelijke stichting ten goede kunnen komen. Voor de van oudsher veel voorkomende publiekrechtelijke stichtingen zijn vaak *Anstalten* in de plaats gekomen (ziekenhuizen, scholen). Tegenwoordig is het onderscheid niet echt duidelijk meer.³⁹ In tegenstelling tot *Anstalten* wordt van de organisatievorm van de *öffentlich-rechtliche Stiftung* nog maar spaarzaam gebruikgemaakt.⁴⁰

39 Zie Maurer (1997), p. 577-582.

40 Maurer (1997), p. 582.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

1.7 Conclusie: plan van behandeling

Op basis van de hiervoor gemaakte opmerkingen is gekomen tot de volgende opzet van het onderzoek.

In het vervolg zal eerst verder ingegaan worden op de stichting als rechtspersoonsvorm van het BW en op de criteria ter kwalificatie van een stichting als overheidsstichting (Hoofdstuk 2).

Hoofdstukken 3 en 4 horen bij elkaar en hebben tot doel criteria te ontwikkelen voor de stichting als privaatrechtelijke organisatievorm voor openbaar bestuur. Hoofdstuk 3 legt daar via de introductie van het begrip zelfstandige bestuursorganisatie de basis voor. De eigenlijke ontwikkeling vindt plaats in Hoofdstuk 4.

Hoofdstukken 5 en 6 gaan vervolgens in op de randvoorwaarden. Hoofdstuk 5 voorzover het gaat om de relatie overheidsstichting-burger en Hoofdstuk 6 met betrekking tot de relatie minister-overheidsstichting. Laatstgenoemd hoofdstuk is geschreven vanuit het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Geëindigd wordt met een concluderend, zevende hoofdstuk. In dit slothoofdstuk worden voorstellen gedaan voor wetgeving met betrekking tot de overheidsstichting.

HOOFDSTUK 2

De overheidsstichting

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de definitie van het begrip overheidsstichting centraal. In paragraaf 2 wordt allereerst aandacht besteed aan het element stichting. Paragraaf 3 stelt vervolgens de vraag aan de orde wanneer zo'n stichting tot de overheid behoort, anders gezegd wanneer sprake is van een overheidsstichting.

2.2 Stichting naar privaatrecht

2.2.1 *Stichting is een van de rechtspersonen krachtens privaatrecht*

Nederland kent een gesloten stelsel van rechtspersonen krachtens privaatrecht. De groep rechtspersonen krachtens privaatrecht is beperkt tot de in het BW geregelde organisatievormen waaraan het BW rechtspersoonlijkheid toekent. De stichting vormt een van die rechtspersonen en is geregeld in titel 6 van Boek 2 BW. De andere rechtspersonen krachtens privaatrecht zijn de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.¹

Een stichting kan eenvoudig worden opgericht. De enige formele ontstaansvoorwaarde is een notariële akte, waarbij de oprichting dient te geschieden (art. 2:286, eerste lid BW). Een verklaring van geen bezwaar afgegeven door de minister van Justitie, ontstaansvoorwaarde voor een NV en BV,² is voor het oprichten van een stichting niet vereist. Evenmin is voor de oprichting van een stichting een zeker minimumvermogen vereist (zie hierover meer onder 2.2.3). De notariële oprichtingsakte bevat de statuten van de stichting, die een bepaalde minimuminhoud dienen te hebben. Gebreken in de akte kunnen leiden tot ontbinding van de stichting, maar maken een stichting niet nietig. Een stichting kan door een of meerdere (rechts)personen worden opgericht.

Wanneer in een wet de instelling van een stichting als uitvoeringsorganisatie wordt geregeld (in een machtigingswet of in een instellingswet), hetgeen bij een overheids-

1 Zie art. 3, Boek 2 BW. De opsomming die dit art. geeft is niet volledig: de vereniging van appartementseigenaren en sommige oude rechtspersonen als schuttersgilden en buurtschappen worden niet genoemd. Zie T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:3, aant. 3.

2 Zie de art. 2:64, tweede lid (NV) en 2:175, tweede lid (BV) jo. 2:4, eerste lid BW.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

stichting wel voorkomt (zie hierover meer in Hoofdstuk 4), verandert dat op zichzelf niets aan deze oprichtingsprocedure. Weliswaar bepaalt een dergelijke wet dat een bepaalde stichting er is c.q. moet komen of dat deze als zodanig door de minister dient te worden aangewezen, danwel dat de minister is gemachtigd tot het oprichten van een dergelijke stichting, maar dergelijke wettelijke bepalingen staan los van de eigenlijke oprichting die dient plaats te vinden volgens de bepalingen van het BW.

Theoretisch is denkbaar dat een stichting, als rechtspersoon van het BW, bij wet wordt opgericht zonder dat er een notaris aan te pas komt. Deze wet vormt in dat geval (ook) wat het oprichtingstraject betreft een *lex specialis* ten opzichte van het BW. Afgezien van de vraag of er dan eigenlijk niet sprake is van een rechtspersoon *sui generis*, komt een dergelijke oprichtingsroute in de praktijk niet voor. Althans bij overheidsstichtingen is er steeds sprake van statuten en van een door de notaris verleden akte bevattende de statuten.

Behalve de rechtspersonen krachtens privaatrecht, waarvan de wettelijke regeling is neergelegd in het BW, kent het Nederlandse recht nog twee categorieën rechtspersonen. Het BW geeft in titel 1 van Boek 2 een aantal bepalingen van rechtspersonen, waarbij de verschillende categorieën worden genoemd. Behalve de rechtspersonen krachtens privaatrecht gaat het om de rechtspersonen krachtens publiekrecht (art. 2:1 BW) en de kerkgenootschappen, hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd (art. 2:2 BW). Behalve de in het eerste lid van artikel 2:1 BW expliciet genoemde rechtspersonen krachtens publiekrecht (Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend)³, scheidt het tweede lid ruimte voor nog andere rechtspersonen krachtens publiekrecht. Een organisatie is ook rechtspersoon krachtens publiekrecht als de rechtspersoonlijkheid hem bij of krachtens wet is toegekend.

In verband met het tweede lid is een aantal technieken waarop de rechtspersoonlijkheid kan worden toegekend denkbaar.⁴ De eerste methode is dat de wetgever de rechtspersoonlijkheid toekent aan een bepaalde, met name genoemde organisatie die dan gewoonlijk ook bij de wet wordt ingesteld.

Een voorbeeld vormt het College tarieven gezondheidszorg dat over rechtspersoonlijkheid beschikt op basis van artikel 18, eerste lid van de Wet tarieven gezondheidszorg (Stb. 1999, 185). Andere voorbeelden zijn het Commissariaat voor de Media (art. 9, eerste lid, Media-

³ Zie art. 1, eerste lid BW. Met 'lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend' wordt bedoeld op de openbare lichamen van art. 134 Gw. Zie hierover ook Hoofdstuk 1. Art. 134, tweede lid Gw bepaalt dat bij of krachtens de wet aan de besturen van deze lichamen verordenende bevoegdheid kan worden verleend.

⁴ Voor de alinea's over de toekenningstechnieken van rechtspersoonlijkheid is met name gebruikgemaakt van Peters (1997), p. 63-70. Zie ook Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 231, nr. 178.

DE OVERHEIDSSTICHTING

wet), het Kadaster (art. 2, eerste lid, Organisatiewet Kadaster) en het Nederlands instituut voor brandweer en rampenbestrijding (Nibra, art. 18a, eerste lid, Brandweerwet 1985).

De tweede methode is die van de categorale of abstracte toekenning van rechtspersoonlijkheid. Deze wordt dan in de bijzondere wet niet toegekend aan een individuele, concreet bij naam genoemde organisatie, maar aan bepaalde, categoriaal of abstract gekenschetste (vormen van) organisaties. Niet de formele wetgever, maar bestuursorganen (bijvoorbeeld de minister) kunnen zo'n organisatie dan in het leven roepen. Voldoet de instelling aan de gestelde wettelijke omschrijving en de daarin neergelegde voorwaarden, dan bezit die de rechtspersoonlijkheid die de formele wetgever in het vooruitzicht heeft gesteld. De formele wetgever kent die rechtspersoonlijkheid dan echter niet op individuele basis toe.

De categorieën van organisaties die Peters ter illustratie van deze toekenningstechniek aandragt zijn onder andere de academische ziekenhuizen (verbonden aan openbare universiteiten, art. 1.13, tweede lid, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek), de Kamers van Koophandel en Fabrieken (art. 4 Wet op de Kamers van Koophandel en Fabrieken 1963), de openbare hogescholen (art. 1.8, tweede lid, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek), de openbare universiteiten (art. 1.8, tweede lid, Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek) en de raden voor rechtsbijstand (art. 2, tweede lid, Wet op de rechtsbijstand).

De derde techniek die denkbaar is om rechtspersoonlijkheid toe te kennen, betreft de mogelijkheid die het tweede lid van artikel 2:1 BW laat van delegatie van de bevoegdheid van de wetgever om rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Van deze mogelijkheid werd tot nu toe in de praktijk geen gebruikgemaakt.

Rechtspersoonlijkheid is een vermogensrechtelijk begrip. Wanneer een organisatie rechtspersoon is, kan zij zelfstandig deelnemen aan het vermogensrechtelijke verkeer. Dit is tot uitdrukking gebracht in artikel 5, Boek 2 BW: 'Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit'. Een rechtspersoon kan derhalve in eigen naam en onder eigen verantwoordelijkheid privaatrechtelijk handelen, dat wil zeggen kopen en verkopen, huren en verhuren et cetera. Dit is voor rechtspersonen krachtens privaatrecht niet anders dan voor rechtspersonen krachtens publiekrecht. De toevoegingen *krachtens privaatrecht* en *krachtens publiekrecht* duiden slechts op de bron van rechtspersoonlijkheid, en zijn niet van betekenis voor de inhoud van de rechtspersoonlijkheid.⁵

5 Buijn spreekt van drie onderscheidene verschijningsvormen van de rechtspersoon, te weten publiekrechtelijke rechtspersonen, kerkgenootschappen en privaatrechtelijke rechtspersonen. Zie Buijn (2000), p. 171-174.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

2.2.2 Kenmerken stichting

De regeling van de stichting in titel 6 Boek 2 BW bestaat uit (slechts) 19 artikelen en heeft een summier karakter. Dit betekent dat de verdere vormgeving van een stichting via statuten en reglementen in grote mate kan worden toegesneden op de wensen van de oprichter.

Artikel 2:285 BW definieert de stichting in het eerste lid en karakteriseert haar nader in de leden 2 en 3. Het luidt als volgt:

- ‘1. Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.
2. Indien de statuten een of meer personen de bevoegdheid geven in de vervulling van ledige plaatsen in organen van de stichting te voorzien, wordt zij niet uit dien hoofde aangemerkt leden te kennen.
3. Het doel van de stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.’

Bij de definitie springt een aantal elementen in het oog, namelijk het ontbreken van leden of het ledenverbod (organisatie), het verbod om het uitkeren van winst als stichtingsdoel te kiezen (doel) en het vermogen als hulpmiddel ter verwezenlijking van het stichtingsdoel (vermogen). Deze drie aspecten – organisatie, doel en vermogen – worden hieronder als kapstok gebruikt om de stichting als rechtsvorm nader te beschrijven.

2.2.2.1 De organisatie van een stichting: ledenverbod, bestuur en het belang van de stichting

Zeer kenmerkend voor de stichting is dat zij, in tegenstelling tot de andere rechtspersonen krachtens privaatrecht, geen dualistische structuur kent is. Naast het bestuur ontbreekt het de stichting aan een algemene vergadering (van leden of aandeelhouders). Een stichting kent namelijk geen leden (art. 2:285, eerste lid, BW). Het ledenverbod is bedoeld om de stichting af te grenzen van de vereniging.⁶ Voor de betekenis van dit verbod zal daarom aansluiting moeten worden gezocht bij de betekenis van het begrip lid bij de vereniging.⁷ Onder het ledenverbod wordt doorgaans verstaan dat er buiten het bestuur van de stichting niet een type orgaan of organisatiestructuur mag zijn dat dezelfde bevoegdheden heeft en functioneert als een algemene vergadering bij

⁶ Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 482; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 19.

⁷ Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 19.

DE OVERHEIDSSTICHTING

een vereniging.⁸ Dit is echter nog weinig concreet. Jurisprudentie en literatuur hebben tot nu toe weinig opheldering kunnen verschaffen, met als gevolg dat zelden of nooit ontbinding van een stichting gevorderd wordt wegens overtreding van het ledenverbod.⁹

Het gaat eigenlijk om twee vragen. Ten eerste is onduidelijk wat de vergelijkbare bevoegdheden zijn, en in de tweede plaats moet beantwoord worden wanneer een orgaan of organisatiestructuur op vergelijkbare wijze functioneert als een ledenvergadering. Wat betreft de bevoegdheden bestaat er in zoverre overeenstemming dat aangenomen wordt dat de aanwezigheid van enig zeggenschapsrecht nog niet leidt tot lidmaatschap.¹⁰ Artikel 2:285, tweede lid BW, dat niet limitatief is bedoeld,¹¹ geeft dat aan: het feit dat een of meer personen de bevoegdheid hebben om te voorzien in de vervulling van vacatures in organen van de stichting, levert op zichzelf nog geen overtreding van het ledenverbod op. Risico van overtreding van het ledenverbod doemt op als meerdere bevoegdheden worden toegekend aan een en hetzelfde stichtingsorgaan buiten het bestuur. In het verlengde hiervan zijn sommige auteurs van mening dat een stichting leden heeft als een ander orgaan dan het bestuur bevoegd is het bestuur (voor ten minste de helft) samen te stellen en het bovendien bevoegd is tot het naar eigen inzicht aanvullen van de eigen gelederen.¹²

Wat betreft het tweede aspect van het ledenverbod wordt doorgaans aangenomen dat de kwestieuze organisatiestructuur ook als zodanig vergelijkbaar moet zijn met de positie van leden in een algemene ledenvergadering. Karakteristiek voor het lidmaatschap is dat het een band is die in vrijheid kan worden aangegaan en die steeds door opzegging kan worden beëindigd, en dat de leden 'als vergadering' zeggenschapsrechten hebben. Van een dergelijk lidmaatschap is geen sprake als de betreffende organisatiestructuur een andere rechtspersoon of verzameling van rechtspersonen is, ook niet als zo'n rechtspersoon of verzameling rechtspersonen krachtens de stichtingsstatuten de beschikking heeft over alle bevoegdheden die in een vereniging wettelijk aan de algemene ledenvergadering toekomen. De heersende mening is dan ook dat dergelijke situaties geen overtreding van het ledenverbod opleveren.¹³

Afgezien van het feit dat een stichting geen leden kent, schrijft de wettelijke regeling van het BW in positieve zin slechts één orgaan voor, namelijk het bestuur. De statuten kunnen wel in meerdere organen dan alleen het bestuur voorzien en doen dit

8 Zie o.a. Asser, Van der Grinten, *Maeijer 2-II* (1997), p. 481-483; Duynstee (1978), p. 41; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 19-22 (m.n. p. 20 en 22); T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:285, aant. 3; Van den Ingh, Bos, Oerlemans (1993), p. 30-31; Schreuder (1994), p. 214; Van der Ploeg (1995), nr. 95/6, p. 151-154.

9 Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 21 en 22.

10 Asser, Van der Grinten, *Maeijer 2-II* (1997), p. 482; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 22.

11 Asser, Van der Grinten, *Maeijer 2-II* (1997), p. 482.

12 T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:285, aant. 3; Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 16.

13 Zie Asser, Van der Grinten, *Maeijer 2-II* (1997), p. 482; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 22; Hendriks (1994), p. 99-111 (m.n. p. 105-111).

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

ook dikwijls. Gedacht kan worden aan andere organen als een raad van toezicht en/of een raad van advies. Ook onderscheiden veel statuten tussen een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur. De werkzaamheden van het bestuur zijn geregeld in artikel 2:291 BW. Het eerste lid bevat de algemene regel, het tweede lid een concretisering:

‘1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting.

2. Slechts indien dit uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt. De statuten kunnen deze bevoegdheid aan beperkingen en voorwaarden binden. De uitsluiting, beperkingen en voorwaarden gelden mede voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de stichting ter zake van deze handelingen, tenzij de statuten anders bepalen.’

Laat men het tweede lid voor het vervolg buiten beschouwing, dan rijst de vraag hoever de statutaire beperkingen van de regel dat het bestuur bestuurt mogen gaan. De wettekst zegt hierover niets, maar anderzijds lijkt het onverenigbaar met het wettelijke systeem dat de gehele bestuurstaak via beperkingen aan het bestuur zou worden ontnomen en opgedragen aan een ander orgaan, als niet dit orgaan vervolgens als het bestuur van de stichting wordt aangemerkt.¹⁴ Het woord ‘beperkingen’ in artikel 2:291, eerste lid BW betekent dat de statuten de bestuursbevoegdheid niet aan anderen dan het bestuur kunnen opdragen.¹⁵ Het vraagstuk spitst zich doorgaans toe op de vraag of bindende specifieke instructies van andere stichtingsorganen of betrokken derden, zoals ‘enige overheidsinstantie’,¹⁶ aan het bestuur geoorloofd zijn; een vraag die overigens door de meeste auteurs ontkennend wordt beantwoord. Drie rechtspersoonrechtelijke elementen spelen in dit kader een rol.

In de eerste plaats het beginsel van de zogenaamde bestuursautonomie, dat inhoudt dat de statuten de bestuursbevoegdheid van het bestuur niet mogen ontnemen. Beperkingen van de autonomie zijn toegestaan, maar mogen niet zo ver gaan dat het bestuur in het geheel geen bestuursbevoegdheid overhoudt. Dit impliceert niet alleen dat het bestuur überhaupt beschikt over enige bestuursbevoegdheid, maar ook dat het bestuur deze bij wet en statuten toegekende bestuurstaak zelfstandig kan uitoefenen. Daarmee verdraagt zich niet dat aan het bestuur ter zake bindende concrete aanwijzingen kunnen worden gegeven door andere stichtingsorganen of derden.¹⁷

14 Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 182.

15 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 489 jo. p. 352.

16 Zie Asser, Van der Grinten 2-II (1997), p. 489 jo. p. 353.

17 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 488-489 en p. 351-353; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 178-179; Van der Burg (1983), p. 397-398 en (1986), p. 11-13; Buijn (1997), p. 252.

DE OVERHEIDSSTICHTING

De autonomie van het bestuur hangt samen met de norm dat het bestuur zich heeft te richten naar het belang van de stichting.¹⁸ Dit is het tweede element. Uitgangspunt is dat het belang van een rechtspersoon gelijk is aan de resultante van de verschillende deelbelangen binnen de rechtspersoon en van de bij de werkzaamheden van de rechtspersoon betrokkenen.¹⁹ Per rechtspersoon kunnen echter wel eigen accenten worden onderscheiden. Zo wordt bijvoorbeeld in de bepaling van het eigen belang van een vennootschap doorgaans een grote plaats toegekend aan het belang van de continuïteit van de onderneming. In de definitie van het vennootschappelijk belang wordt de continuïteit dan ook meermalen centraal gesteld.²⁰

Bij het belang van de stichting ligt het accent op de verwezenlijking van het doel.²¹ Het spectrum van deelbelangen wordt bij stichtingen overigens sowieso als minder weids beschouwd dan dat van vennootschappen: 'In de regel beogen de betrokkenen bij een stichting in de eerste plaats hetzelfde met hun verbondenheid met de stichting: een adequate verrichting van de in het doel van de desbetreffende stichting omschreven taak'.²² Dit neemt niet weg dat ook bij stichtingen altijd de situatie denkbaar is dat belangen uiteenlopen. De norm van de gerichtheid op het stichtingsbelang brengt dan voor het bestuur mee dat het steeds zelfstandig een afweging moet kunnen maken en het daarbij in concrete gevallen niet gebonden mag zijn aan instructies van andere stichtingsorganen of derden.²³

Sluitstuk van de bestuursautonomie en de voor het stichtingsbestuur geldende norm van het belang van de stichting, is de bepaling van artikel 2:9, eerste lid BW, inhoudend dat elke bestuurder is gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak (derde element). Deze norm en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid van bestuurders (bij onbehoorlijke taakvervulling) onderstrepen de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor een behoorlijke taakvervulling. Asser-Van der Grinten-Maeijer spreekt van de 'verplichting van het bestuur zijn taak in autonomie en met eigen verantwoordelijkheid behoorlijk te vervullen'.²⁴

18 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 489 jo. p. 352; Van der Burg (1986), p. 11-13; Schreuder (1994), p. 53-58.

19 Zie o.a. Schreuder (1994), p. 56: zij omschrijft het eigen belang als het 'overkoepelend belang', waarin alle belangen van de bij de rechtspersoon (i.c. vennootschap of stichting) betrokkenen worden afgewogen. Zie ook Handboek Privatisering (1990), p. 118; Van den Ingh (1988), p. 126.

20 Zie hierover Schreuder (1994), p. 50-53.

21 Vgl. Hendriks (1994), p. 137-138.

22 Schreuder (1994), p. 57.

23 Vgl. Handboek Privatisering (1990), p. 118; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 488-489; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 178-179.

24 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 353 (jo. p. 489).

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

2.2.2.2 Het doel van de stichting: doelfixatie, uitkeringsverbod

Karakteristiek voor de stichting is dat in beginsel alleen het doel zoals de oprichter van de stichting dat heeft vastgesteld, leidraad is voor het doen en laten van een stichting. Het ledenverbod hangt hiermee samen. Bij een stichting is het organisatorisch kader zoals dat bij de oprichting wordt vastgelegd bepalend, terwijl bij andere rechtspersonen met leden of aandeelhouders uiteindelijk de samenwerking domineert.²⁵ Een stichting kan daarom in beginsel zijn doel niet – in en na onderling overleg en na afweging van de betrokken belangen – bijstellen en wijzigen. Dit geldt overigens niet alleen voor het doel, maar voor het geheel aan grondregels.²⁶ Bij de stichting is het doel zodoende meer gefixeerd dan bij andere rechtspersonen.²⁷ De stichting wordt dan ook wel een doelorganisatie²⁸ genoemd.

In beginsel kunnen de statuten en daarmee ook het doel van een stichting niet gewijzigd worden. Deze hoofdregel is neergelegd in de eerste volzin van artikel 2:293 BW die bepaalt dat de statuten van de stichting door haar organen slechts kunnen worden gewijzigd, indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen. Wanneer de statuten inderdaad in een dergelijke mogelijkheid voorzien, betekent dit nog niet dat het doel ‘naar willekeur’ kan worden gewijzigd. De bevoegdheid tot statutenwijziging dient restrictief te worden uitgelegd.²⁹ ‘Een wijziging van het doel behoort slechts plaats te vinden, indien gewijzigde omstandigheden dit wenselijk doen zijn; de wijziging zal voorts het karakter van de werkzaamheden van de stichting zoveel mogelijk intact moeten laten.’³⁰ Bij doelwijziging zal zoveel mogelijk aansluiting moeten worden gezocht bij de oogmerken die de oprichter heeft voorgestaan.³¹

Het doel van een stichting mag zoals gezegd ingevolge het derde lid van artikel 2:285 BW in beginsel niet inhouden het doen van uitkeringen. Alleen aan anderen dan oprichters of personen deel uitmakend van een stichtingsorgaan mag worden uitge-

25 Vgl. Stille zoals aangehaald door Waaijer (1993), p. 177.

26 Zie T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:293, aant. 2: ‘Er is, anders dan bij rechtspersonen van het verenigingstype, geen orgaan als de algemene vergadering, dat zelf de grondregels mag vaststellen en inhoud geeft aan het samenwerkingsverband’.

27 Schreuder (1994), p. 57.

28 Zie Duynstee (1978), p. 51. Vgl. ook Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 462. Van oudsher wordt de stichting ook wel aangeduid als doelvermogen. Zie T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:285, aant. 2 en art. 2:301, aant. 2; Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 16 en 29, en Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 505. Deze aanduiding is in zoverre gedateerd dat de aanwezigheid van enig vermogen voor oprichting van een stichting krachtens de wettelijke regeling in het BW niet meer is vereist. Zie hierover meer in de volgende paragraaf.

29 T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:293, aant. 2; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 499; Duynstee (1978), p. 50-51.

30 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 499.

31 Duynstee (1978), p. 51.

DE OVERHEIDSSTICHTING

keerd, mits deze uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Met deze bepaling is beoogd de stichting van de vennootschap af te grenzen.³² De stichting behoort daarmee samen met de gewone vereniging tot de categorie organisaties die niet direct materieel voordeel van de betrokkenen nastreven.³³ In die zin is de stichting evenals de vereniging een non-profit-organisatie.³⁴ Op zichzelf is het de stichting echter niet verboden winst te maken.

2.2.2.3 Het vermogen van de stichting

Krachtens de definitie van de stichting in het eerste lid van artikel 2:285 BW, beoogt de stichting met behulp van een daartoe bestemd vermogen haar doel te verwezenlijken. Daarmee is het vermogen voor de stichting een hulpmiddel en geen noodzakelijk element bij de oprichting van een stichting.³⁵ De wetgever acht (de mogelijkheid om aan) voldoende vermogen (te komen) echter wel van belang voor het functioneren en voortbestaan van een stichting. Het ontbreken van voldoende vermogen of van een reële mogelijkheid om daarover in afzienbare tijd te beschikken, levert namelijk een grond op voor ontbinding van de stichting door de rechter (art. 2:301, eerste lid, sub a BW).³⁶ Als het doel geen of nagenoeg geen vermogen vereist, levert het (nagenoeg) ontbreken van vermogen geen grond op voor ontbinding.³⁷

2.2.3 *Het interne recht van de stichting: BW, statuten, reglementen en besluiten*

Het interne recht van de stichting ziet op het geheel van regels volgens welke de stichting als organisatie functioneert. Dit recht wordt behalve door het BW vooral bepaald door de statuten en reglementen.³⁸ Daarnaast kent het BW besluiten (niet te verwarren met besluiten in de zin van de Awb) die eveneens deel uitmaken van dat interne recht.³⁹ Hetgeen in statuten en reglementen is vastgelegd is objectief recht: de stichting en zij die deel uitmaken van de organisatie van de stichting zijn, mits de

32 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 477, 479. Vgl. ook Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 31.

33 T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:285, aant. 1.

34 Vgl. Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 18.

35 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 40. Duynstee is van mening dat de zinsnede gevoegelijk uit de wettekst geschrapt had kunnen worden, omdat hij geen betekenis heeft voor de vraag of de stichting als rechtspersoon bestaat. De zinsnede is in de Wet op Stichtingen (en later in het BW) terechtgekomen om recht te doen aan de werkelijkheid 'dat voor het merendeel der stichtingen het vermogen essentieel is'; zie hierover Duynstee (1978), p. 30-31.

36 Zie hierover Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 29 en 30; T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), aant. 2 bij art. 2:285 en aant. 2 bij art. 2:301.

37 Zie Polak (1956), p. 65.

38 Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 59 en 60.

39 Zie bijv. art. 2:8, tweede lid, 2:14 en 2:15 BW.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

bepalingen op correcte wijze zijn totstandgekomen en vastgesteld, aan deze regels gebonden. In tegenstelling tot een overeenkomst, die in beginsel alleen partijen bindt, gelden statuten en reglementen ook jegens degenen die niet aan de besluitvorming daaromtrent binnen de stichting hebben deelgenomen, bijvoorbeeld omdat zij ten tijde van die besluitvorming nog geen deel uitmaakten van de stichtingsorganisatie.⁴⁰

Het BW geeft een aantal regels omtrent de organisatie van de stichting, deels van dwingend en deels van aanvullend recht. Het betreft hier de hoofdlijnen van de stichtingsorganisatie. Het BW stelt als eis dat iedere stichting voorts eigen organisatieregels in de vorm van statuten heeft.⁴¹ Uitgangspunt en norm is dat de statuten de regels bevatten die de organisatie, structuur en identiteit van de rechtspersoon bepalen en van fundamentele of algemene aard zijn.⁴²

Dergelijke bepalingen worden gewoonlijk ook in de statuten aangetroffen. Waaijer heeft de verschillende soorten regels die doorgaans in statuten zijn te vinden op een rij gezet. Bij regels welke de identiteit van de rechtspersoon betreffen gaat het om bepalingen inzake naam (inclusief rechtsvorm), zetel en doel. Daarnaast zijn er regels die de onderlinge betrekkingen bepalen tussen degenen die in een organisatierechtelijke relatie tot de rechtspersoon staan. Bedoeld zijn de regels tussen degenen die deel uitmaken van een bepaald orgaan, tussen de organen onderling, tussen de individuele personen die bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken en tussen de laatstgenoemden en de stichting. Ten slotte gaat het om regels die de betrekkingen tussen de stichting en derden bepalen. Met name dient dan gedacht te worden aan de vertegenwoordigingsbepalingen en aan regels welke de handelingsbevoegdheid van de stichting bepalen.⁴³

Vanwege mogelijk verschil van inzicht over de vraag of een regel van fundamentele en dus van statutaire aard is, dient in het belang van de rechtszekerheid te worden uitgegaan van een formeel statuten-begrip: wat als statuten wordt aangeduid zal als zodanig hebben te gelden en grondregels die niet zijn opgenomen in de als statuten aangeduide regeling behoren niet tot de statuten, zolang ze daarin niet zijn neergelegd.⁴⁴ Een dergelijk formeel statuten-begrip laat overigens de norm onverlet dat de organisatorische grondregels in de statuten dienen te worden neergelegd.

Welke onderwerpen statutair dienen te worden geregeld wordt ten dele door de wet zelf bepaald. Het BW schrijft bijvoorbeeld in artikel 2:286, derde lid, voor dat de statuten ten minste moeten inhouden de naam en het doel van de stichting, de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurders, de zetel en de bestemming van het

40 Zie Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 59; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 37; Hendriks (1994), p. 92 en 97; Waaijer (1993), p. 195-196; Honée (1995), p. 21.

41 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 486.

42 Waaijer (1993), p. 6. Vgl. ook Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 36, 486, 487; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 63.

43 Waaijer (1993), p. 4-5.

44 Waaijer (1993), p. 7-8.

DE OVERHEIDSSTICHTING

vereffeningoverschot. Daarnaast wijst het BW soms de statuten aan als het document dat een van de wet afwijkende regeling kan bevatten. Zo is het mogelijk statutair de bestuurstaak van het bestuur te beperken (art. 2:291, eerste lid, BW). Bepaalde overeenkomsten kan het stichtingsbestuur alleen sluiten als de statuten daartoe de mogelijkheid openen (art. 2:291, tweede lid, BW). In aanvulling op de vertegenwoordigingsbevoegdheid die het stichtingsbestuur als geheel toekomt, kunnen de statuten deze bevoegdheid ook toekennen aan een of meer bestuurders of andere personen (art. 2:292 BW). En ten slotte kunnen de statuten niet gewijzigd worden als zij daartoe niet zelf de mogelijkheid openen (art. 2:293 BW).

Waar statuten de grondregels van de organisatie bevatten, kunnen in reglementen nadere regels over het functioneren van de rechtspersoon en haar organen worden neergelegd.⁴⁵ Evenals de statuten kent het BW het reglement als rechtspersonenrechtelijk document, al wordt het reglement als term – in tegenstelling tot het begrip statuten – maar enkele malen in de wet genoemd.⁴⁶

Overigens is niet alles wat in de praktijk reglement genoemd wordt ook een reglement in de in het BW bedoelde rechtspersonenrechtelijke zin. Te denken valt aan een pensioenreglement, dat voor het merendeel uit inhoudelijke bepalingen over de berekening van pensioenaanspraken bestaat.⁴⁷ Gedacht kan ook worden aan als reglement aangeduide beleidsregels waarin een in de rechtspersoonsvorm van een stichting gegoten bestuursorgaan heeft neergelegd hoe van een bepaalde extern werkende bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt.⁴⁸

Waar statutaire regeling door de wet wordt voorgeschreven, mogen de statuten niet volstaan met de bepaling dat regeling bij reglement geschiedt.⁴⁹ De achtergrond daarvan is dat het niet de bedoeling is dat de vormvoorschriften, die de wet voor de totstandkoming en wijziging van statuten wel maar voor reglementen niet voorziet, op deze wijze omzeild zouden worden. De voorschriften zorgen ervoor dat rechten en verplichtingen steviger verankerd zijn bij statutaire dan bij reglementaire regeling. Ze vormen waarborgen voor degenen die aan de statuten rechten kunnen ontnemen.⁵⁰

Te wijzen valt nog op de volgende verschillen tussen statuten en reglementen. De wet zwijgt geheel over de totstandkoming en inhoud van reglementen. In tegenstelling tot de statuten is bij een reglement een notariële akte niet voorgeschreven. Regels van dwingend recht aangaande de wijziging van reglementen ontbreken. Ten slotte is een

45 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 307-308.

46 Zie de art. 2:6, 2:8, tweede lid, 2:15, eerste lid, sub c, 2:35, derde lid en 2:41a BW.

47 Zie hierover Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 65.

48 Te denken valt bijvoorbeeld aan het reglement van de Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers met criteria voor de verstrekking van vergoedingen, zie ABRS 30 november 1995, JB 1995, 337, Gst. no. 7024, p. 43-48 en RAWb 1996, 44 en voorts paragraaf 5.2.2.3.

49 Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 67; Waaijer (1993), p. 20.

50 Zie Waaijer (1993), p. 21; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 67.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

in strijd met de statuten genomen besluit door een orgaan van de rechtspersoon in beginsel nietig en een in strijd met een reglement genomen besluit (slechts) vernietigbaar (art. 2:14 en 2:15 BW).

Waar onder een reglement kan worden verstaan elk samenstel van regels buiten de statuten die het functioneren van de rechtspersoon en zijn organen betreffen, stelt een besluit geen regels voor een onbepaald aantal gelijksoortige gevallen, maar een regel voor één geval of een bepaald aantal gelijksoortige gevallen.⁵¹ Het besluit is te typeren als een concrete, interne rechtshandeling. Het bepaalt een rechtsverhouding binnen de rechtspersoon en is, met andere woorden, gericht op het tot stand brengen of wijzigen van de rechtsbetrekkingen binnen de rechtspersoon. Te denken valt aan een besluit tot vaststelling van de jaarrekening, tot statutenwijziging en tot benoeming en ontslag van bestuurders.⁵²

De regels neergelegd in statuten en reglementen worden in het vervolg van dit boek soms ook aangeduid als ‘interne regels’ (zie bijv. paragraaf 6.9), besluiten in de zin van het BW (mede om verwarring te voorkomen met het besluiten in de zin van de Awb) als ‘interne beslissingen’ (zie o.a. paragraaf 6.7).

2.3 Overheidsstichting

2.3.1 Overzicht van gebruikte definities

De toenemende belangstelling voor het verschijnsel van de overheidsstichting heeft aanleiding gegeven tot een scala aan definities. Het gevolg is dat stichtingen op basis van uiteenlopende criteria tot de overheid worden gerekend.

Deze diversiteit hangt samen met het feit dat de overheidsstichting positief-rechtelijk niet is omschreven. Dat is wel anders geweest. Bij de oude Wet op Stichtingen (Stb. 1956, 327) heeft het begrip overheidsstichting ingang doen vinden door in artikel 29, eerste lid, te spreken van ‘stichtingen, die uitsluitend of mede zijn of worden opgericht door de Staat, provincie, een gemeente of een lichaam, als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, danwel die ingevolge wettelijk voorschrift met een taak zijn of worden belast’, om deze stichtingen vervolgens van de toepasselijkheid van de bepalingen van de WoS uit te sluiten. Met het schrappen van de uitzonderingsbepaling in 1963 (Stb. 297) verdween ook de overheidsstichting als wettelijke figuur uit het Nederlandse recht.

De definities van de Wet op Stichtingen, in de zin dat oprichting door een overheidslichaam danwel de verrichting van een bepaalde taak een stichting een overheidsstichting doet zijn, komen in de literatuur nog sporadisch voor.

51 T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), p. 537.

52 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 128-129.

DE OVERHEIDSSTICHTING

Te denken valt aan de omschrijving van Dijk/Van der Ploeg (1997), p. 39: 'van een overheidsstichting is sprake als een stichting door een overheidslichaam is opgericht of als een stichting mede een rol vervult bij de realisering van een publieke taak'. Gewezen kan ook worden op de eveneens weinig uitgewerkte definitie van Beek/Van Diepen (1999, p. 22) die beide elementen (oprichting en taak) anders dan de WoS en Dijk/Van der Ploeg niet alternatief, maar cumulatief hanteren: 'Een overheidsstichting is een door de overheid opgerichte stichting, die tevens door de overheid wordt gebruikt danwel met een bepaalde taak wordt belast'.

Voor de definitie van overheidsstichting wordt tegenwoordig met name aangeknoopt bij de invloedsbevoegdheden van de minister jegens de stichting. De elementen van oprichting of taak spelen daarnaast soms nog wel een rol, in die zin dat enkele auteurs het invloeds criterium niet als enige criterium hanteren.

Het komt voor dat behalve het invloeds criterium ook nog een oprichtings- of taakcriterium onderscheiden en gehanteerd wordt. De oprichting door een overheidslichaam of de vervulling van een bepaalde taak is dan op zichzelf ook voldoende voor de kwalificatie overheidsstichting. Als het gaat om het aspect van oprichting biedt Van der Burg een voorbeeld, namelijk daar waar hij in sommige bijdragen⁵³ behalve invloed van, ook oprichting door de overheid als criterium voor de aanwezigheid van een overheidsstichting hanteert. Om pragmatische redenen beschouwen Den Boer & Schipper-Spanninga⁵⁴ niet alleen stichtingen die onder overwegende overheidsinvloed staan en al dan niet door de overheid zijn opgericht als overheidsstichtingen, maar ook stichtingen die niet onder een dergelijke overheidsinvloed staan, echter wel bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb, dat wil zeggen zijn bekleed met openbaar gezag.

In de meeste gevallen wordt voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting uitsluitend gekeken naar de invloedsbevoegdheden van de minister. De literatuur vult dit invloeds criterium op twee manieren in. De meeste auteurs omschrijven een overheidsstichting als een stichting die onder overwegende invloed van de overheid (lees: de minister) staat,⁵⁵ zonder dat steeds aangegeven wordt wat daaronder in concreto verstaan dient te worden.

Het criterium van de overwegende overheidsinvloed is als zodanig afkomstig uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over de vraag wanneer stichtingen gerekend dienen te worden tot de 'openbare dienst' in de zin van artikel 1 van de Ambtenarenwet. De

53 Van der Burg (1980), p. 181 en (1992), p. 3.

54 Den Boer, Schipper-Spanninga (1997), p. IV-11-4.

55 Zie o.a. Schreuder (1994), p. 216; Maeijer (1997), p. 9, 18; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 465; Kuiper, Van Vliet e.a. (1992), p. 134; Van der Ploeg (1995), p. 151; Van der Burg (1977), p. 452 en (1981), p. 555; Pach (1993), p. 647.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

kwalificatie als openbare dienst heeft tot gevolg dat de werknemers van de stichting ambtenaar zijn in de zin van de Ambtenarenwet.

Naar analyse van Van Zutphen is er volgens de Centrale Raad van Beroep sprake van overwegende overheidsinvloed op de rechtspersoon als aan vier voorwaarden is voldaan:

- de overheid heeft een overwegende invloed op de samenstelling van het bestuur en de benoeming van de bestuursleden;
- de overheid heeft een belangrijke invloed op de financiën van de stichting;
- de overheid speelt een rol ten aanzien van het personeelsbeleid;
- een aantal besluiten van de stichting moet door of namens de overheid worden goedgekeurd.⁵⁶

Andere auteurs vullen het invloedscriterium zo in dat ze van een overheidsstichting spreken als een orgaan van het democratisch complex de bevoegdheid heeft om de meerderheid van de bestuursleden te benoemen.⁵⁷

2.3.2 *Eigen benadering en keuze*

Hiervoor is de stichting als rechtsvorm beschreven aan de hand van de drieslag organisatie, doel en vermogen. Het criterium dat uit kan maken wanneer een stichting als overheidsstichting dient te worden aangemerkt, zal bij een of meerdere van deze elementen dienen aan te sluiten.

Het element van de doelstelling is daarvoor ongeschikt, hetgeen impliceert dat een taakcriterium, zoals dat in de vorige paragraaf aan de orde kwam, afgewezen wordt (zie ook Hoofdstuk 1). De reden is dat de taak of doelstelling van een organisatie onvoldoende onderscheidend is om zo'n organisatie als particuliere danwel als overheidsorganisatie te bestempelen. Zo is het hebben van een publieke taak of doelstelling, al dan niet zijnde een publiekrechtelijke taak of de uitoefening van openbaar gezag, niet voorbehouden aan een overheidsorganisatie. Het gegeven dat ook particuliere organisaties over dergelijke doel- en taakstellingen kunnen beschikken brengt mee dat zo'n doel of taak geen criterium kan zijn om een overheidsorganisatie van een particuliere organisatie te onderscheiden.

Het afwijzen van enig taakcriterium heeft bovendien als voordeel dat niet hoeft te worden vastgesteld hoe het taakcriterium zou moeten worden ingevuld. Welke taak dient de stichting dan te hebben, een publiek(rechtelijk)e, een bestuurs-, een overheids- of een nog anders geformuleerde taak? En als de keuze gemaakt is, wat moet onder een dergelijke taak dan exact worden verstaan? Afgezien van de denkbare invulling dat de stichting bekleed moet zijn met openbaar gezag, hetgeen op zichzelf

⁵⁶ Van Zutphen (1991), p. 92-93.

⁵⁷ O.a. Munneke, Ten Berge e.a. (1983), deel I, p. 21; deel II, p. 5; Ten Berge, De Ru (1991), p. 9; De Haan, Drupsteen, Fernhout (1996), p. 175.

DE OVERHEIDSSTICHTING

een helder criterium zou zijn, valt het doorgaans niet mee de vraag te beantwoorden wat precies onder zo'n taak verstaan moet worden.

Hieraan doet niet af dat het in het kader van de rechtsbescherming wenselijk kan zijn om met openbaar gezag beklede particuliere organisaties als bestuursorgaan te beschouwen en om ze wat dat betreft op één lijn te stellen met de (bestuursorganen van de) overheid. Zie ook het hierover gestelde in Hoofdstuk 1.

Waar een publiek(rechtelijk)e taak niet is voorbehouden aan een overheidsorganisatie, is omgekeerd het maken van (een zekere) winst als doelstelling niet voorbehouden aan particuliere organisaties. Winst als (neven)doel is zelfstandige bestuursorganisaties dan ook niet altijd vreemd. Bovendien beogen particuliere organisaties niet in alle gevallen het maken van winst.

Ook het element van het vermogen leent zich niet voor het ontwikkelen van een criterium op grond waarvan overheidsstichtingen en particuliere stichtingen uit elkaar gehouden kunnen worden. Bekostiging uit publieke middelen is niet voorbehouden aan overheidsorganisaties en bekostiging uit eigen inkomstenverwerving niet aan particuliere organisaties.

Dit betekent dat het element van de organisatie als aanknopingspunt voor het gezochte criterium moet dienen. Daarmee komen het oprichtings- en het invloedscriterium als mogelijke criteria in beeld (zie de vorige paragraaf). Geen van beide blijkt als zodanig als criterium echt bruikbaar, en allebei in zekere zin toch ook weer wel.

De hoedanigheid van de oprichter kan niet als doorslaggevend aanvaard worden voor het (particuliere danwel overheids)karakter van een stichting. Niet elke stichting die is opgericht door een overheidsorgaan is een overheidsstichting en niet elke stichting die niet is opgericht door een orgaan van de overheid is een particuliere stichting: een oorspronkelijk door de overheid opgerichte overheidsstichting kan zijn overgelaten aan het particuliere initiatief, terwijl een oorspronkelijk particuliere stichting tot een overheidsstichting kan zijn omgevormd.⁵⁸ Dit is althans voorstelbaar. Omdat dit criterium (dus) ruimte laat voor een glijdende schaal – het is voorstelbaar dat een door particulieren opgerichte stichting verstatelijkt en een door de overheid opgerichte stichting ‘verparticuliert’ –, terwijl juist behoefte bestaat aan een criterium dat op die schaal een duidelijke streep zet, moet de hoedanigheid van de oprichter worden afgevoerd als criterium voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting. (De afwijzing van) het oprichterscriterium levert echter wel een belangrijke indicatie op. Blijkbaar is het voor het (overheids- of particuliere) karakter van een organisatie van belang wie het initiatief tot het functioneren van de organisatie en daarmee tot de taakuitvoering in handen heeft. Vaak zal dit de oprichter zijn, maar dat hoeft niet steeds zo te zijn of te blijven.

58 Munneke, Ten Berge e.a. (1983), deel I, p. 21; deel II, p. 5-6. Zie ook Van der Ploeg (1995), p. 151.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Overwegende overheidsinvloed als invulling van het invloeds criterium levert ook geen bruikbaar criterium op voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting. In de eerste plaats omdat er niet alleen bij overheidsstichtingen sprake is van invloed van de minister op de stichting. Ook jegens (gesubsidieerde) particuliere stichtingen beschikt de minister vaak over een behoorlijke mate van invloed. Niet voor niets wordt in dat kader de term verstatelijking nogal eens gebruikt. Bovendien gaat het vaak om vergelijkbare vormen van invloed.⁵⁹ De eventuele toevoeging dat het moet gaan om *uit de statuten blijkende*, althans in het eigen organisatierecht vastgelegde (zie paragraaf 2.2.3), overwegende invloed, biedt wat dat betreft geen uitkomst. Veelal zullen de statuten aan extern geregelde invloed worden aangepast en het heeft iets willekeurig als het karakter van een stichting van zo'n moment afhangt en niet van de aard van de invloedsbevoegdheden. Het ligt wel voor de hand het criterium te zoeken onder de bevoegdheden waarvan de wet statutaire regeling voorschrijft (zoals dat onder meer het geval is ten aanzien van de benoeming van bestuursleden en de wijziging van statuten). Met dat voorschrift is immers het wezenlijke of fundamentele karakter van dergelijke bepalingen gegeven.

Het tweede bezwaar tegen overwegende overheidsinvloed als kwalificatiecriterium voor de overheidsstichting, richt zich niet zozeer op de (aard en regeling van de) invloed als wel op het overwegende karakter ervan. Ten eerste laat zich lastig bepalen wanneer er exact sprake is van overwegende invloed. Andere omschrijvingen als beheersende of overheersende invloed zijn wat dat betreft weinig behulpzaam. De vier voorwaarden uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep bieden wel handvatten, maar een erg ondubbelzinnig en rechtszeker criterium is daarmee niet verkregen. Bovendien beschikt de minister zoals gezegd ook jegens gesubsidieerde particuliere stichtingen over een behoorlijke dosis invloed. De gedachte dringt zich op dat niet zozeer de kwantiteit van invloed bepalend is, maar dat het vooral gaat om een bepaalde vorm van invloed. Dit temeer nu het duidelijk is dat de zelfstandigheid van de stichting ook bij als overheidsstichtingen vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties vooropstaat. Waar voor de voor te behouden invloedsbevoegdheden de zelfstandigheid uitgangspunt is en de ministeriële verantwoordelijkheid bepalend, is het vreemd beheersing of overwegende invloed bij voorbaat te aanvaarden als criterium voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting.

Gekozen is voor de benoeming van de bestuursleden als aanknopingspunt voor het criterium op grond waarvan een stichting als overheidsstichting wordt beschouwd. Mede gelet op het voorgaande, hebben daarbij de volgende overwegingen en argumenten een rol gespeeld.

59 Zo merken Munneke, Ten Berge e.a. (1983, p. 21) bijvoorbeeld op: 'Het goedkeuren van de begroting of het uitoefenen van toezicht op stichtingen geschiedt met betrekking tot zeer vele particuliere gesubsidieerde stichtingen. Het onderworpen zijn aan toezicht is dus niet iets typerends voor overheidsstichtingen'.

DE OVERHEIDSSTICHTING

Zoals gezien zijn doel en vermogen onvoldoende onderscheidend om als kwalificatiecriteria dienst te kunnen doen. Voor het criterium ter kwalificatie van een stichting als overheidsstichting moet daarom aangeknoopt worden bij het derde element, namelijk dat van de organisatie van de stichting. Uit de wijze waarop die organisatie qua bevoegdheidsverdeling is ingericht valt de eventuele overheidscomponent van de organisatie af te leiden.

Uit het voorgaande is gebleken dat niet elke sturingsbevoegdheid waarover de minister jegens de stichting beschikt daarbij de kwalificatie overheidsstichting vermag te rechtvaardigen. Een dergelijke kwalificatie is alleen gerechtvaardigd als het om een bevoegdheid gaat die het initiatief of de sleutel tot het functioneren van de stichting in handen legt van de minister. Verondersteld mag worden dat een dergelijke cruciale bevoegdheid tot de bevoegdheden behoort waarvan de bepalingen in het BW voorschrijven dat ze statutair geregeld dienen te worden.

De minister heeft de sleutel tot het überhaupt functioneren van de stichting in handen als hij de bevoegdheid heeft de meerderheid van de bestuursleden te benoemen. Een organisatie zonder personeel element kan immers niet handelen. Degene die een beslissende stem heeft in de benoeming van de leden van dat element bepaalt daarom, meer dan degene die de organisatie financieel in staat stelt te handelen, het karakter van de organisatie. Een organisatie die niet beschikt over (voldoende) financiële middelen, maar wel over genoemd personeel element kan immers nog altijd handelen en trachten de financiering op orde te krijgen. Indien de minister de bevoegdheid heeft tot benoeming van de (meerderheid van de) leden van het voor een organisatie essentiële en kenmerkende orgaan, zijn de organisatie en de taakuitoefening door de organisatie afhankelijk van het initiatief van de overheid. Het gaat, wat de organisatie betreft, niet (langer) om particulier initiatief of om door de overheid ingeschakeld particulier initiatief, maar om een overheidsorganisatie. Om deze reden is genoemde invloed op de benoeming van de bestuursleden (dat wil zeggen de minister heeft de bevoegdheid om de meerderheid van de bestuursleden te benoemen) gekozen als criterium voor het kwalificeren van een stichting als overheidsstichting.

Deze bevoegdheid dient volgens artikel 2:286, vierde lid, sub c BW in de statuten geregeld te zijn. Daarbij mogen de statuten zoals aangegeven niet volstaan met een bepaling die de inhoudelijke regeling van de wijze van benoeming 'delegeert' naar een andere regeling zoals een reglement: 'Met name het antwoord op de vraag wie de bevoegdheid heeft tot benoeming en ontslag van (een of meer) bestuursleden dient in de statuten te worden opgenomen'.⁶⁰

Het criterium van de bestuursmeerderheid is voorts een bruikbaar criterium, in die zin dat het overzichtelijk, duidelijk en gemakkelijk hanteerbaar is. Overigens wordt met de keuze van deze bevoegdheid als kwalificatiecriterium in zekere zin tegemoet gekomen aan de literatuur die kiest voor overwegende overheidsinvloed als criterium.

60 Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 67. Zie ook Waaijer (1993), p. 20.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Bij het criterium van de bestuursmeerderheid gaat het immers om een essentiële bevoegdheid voor het realiseren van een overwegende overheidsinvloed.⁶¹

De tot nu toe gebezigde formulering van het criterium van de bestuursmeerderheid ter kwalificatie van een stichting als overheidsstichting, is geënt op het model van de ‘gewone’ stichting, waarin, aanknopend bij de wettelijke regeling die slechts een bestuur voorschrijft, aan het bestuur de ongedeelde bestuursmacht toekomt. Een aantal stichtingen kent echter een meer dualistische structuur en is ingericht volgens het zogeheten commissarissenmodel: naast het bestuur is er een raad van toezicht die toezicht houdt op het bestuur en het bestuur met raad en daad terzijde staat. Vanwege de onderlinge afhankelijkheid van bestuur en Raad van Toezicht in de uitoefening van hun zeggenschap (het bestuur kan niet als zodanig functioneren als de Raad van Toezicht niet meewerkt en andersom), kan een stichting ook zonder Raad van Toezicht als personeel element niet functioneren. De minister heeft derhalve ook als hij de bevoegdheid heeft de meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht te benoemen, een sleutelbevoegdheid in handen voor het überhaupt functioneren van de stichting als organisatie. Daarom is ervoor gekozen tot de overheidsstichtingen mede te rekenen de stichtingen jegens welke de minister over het recht beschikt om de meerderheid van de leden van de raad van toezicht te benoemen.

2.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is de stichting als een van de rechtspersoonsvormen van het BW voor het voetlicht gehaald. Aan de hand van de drieslag organisatie, doel en vermogen is de rechtsvorm van de stichting nader beschreven.

Na een weergave van in de literatuur gehanteerde kwalificatiecriteria is vervolgens nagegaan bij welke van deze drie elementen kan worden aangesloten voor de ontwikkeling van het criterium dat een stichting kwalificeert als overheidsstichting. Alleen het element van de organisatie bleek daarvoor geschikt, en dan specifiek het aspect van de persoon of het orgaan aan wie de bevoegdheid tot benoeming van (de meerderheid van) bestuursleden onderscheidenlijk leden van de Raad van Toezicht toekomt.

Gekomen is tot de in het voorgaande hoofdstuk reeds weergegeven definitie van de overheidsstichting als zijnde een stichting waarvan de bestuursleden onderscheidenlijk de leden van de Raad van Toezicht in meerderheid door een bestuursorgaan (dit zal op rijksniveau doorgaans de minister zijn) worden benoemd.

61 Van den Ingh (1988), p. 125. In privaatrechtelijke literatuur over zogenaamde dochter of afhankelijke rechtspersonen, wordt de bestuursbenoeming eveneens als een belangrijke bevoegdheid beschouwd ter realisering van de afhankelijkheid (al dan niet in combinatie met de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders). Zie onder meer Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 177; Hendriks (1994), p. 52, 99, 149 en 198; Houwen (1994), p. 140-146; Raaijmakers (1986), p. 183; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 467.

HOOFDSTUK 3

Zelfstandige bestuursorganisaties

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde wat onder een overheidsstichting moet worden verstaan. Alvorens ingegaan kan worden op de criteria voor de stichting als organisatievorm voor delen van de centrale overheid (zie Hoofdstuk 4), dient de categorie organisaties benoemd te worden waarop dergelijke criteria – met positief danwel negatief resultaat – kunnen worden toegepast. Daarom is in Hoofdstuk 1 het begrip zelfstandige bestuursorganisatie geïntroduceerd ter aanduiding van de categorie organisaties waarvoor de vormgevingsvraag relevant is. In dit hoofdstuk wordt dit begrip verder uitgewerkt.

Deze uitwerking krijgt allereerst gestalte in een nadere begripsverkenning en -afbakening. Ingegaan wordt op het begrip functionele decentralisatie en allerlei onderscheiden categorieën organisaties daarbinnen, waaronder de zelfstandige bestuursorganisaties. De zelfstandige bestuursorganisaties worden qua reikwijdte vergeleken en afgezet tegen zelfstandige bestuursrechtspersonen, zbo's, de openbare lichamen van de artikelen 133-135 GW, de zelfstandige bestuurslichamen en overheidsvennootschappen. Deze groepen vormen soms een subcategorie van de zelfstandige bestuursorganisaties, in andere gevallen is er maar ten dele sprake van overlap. Aangegeven wordt naar welke zelfstandige bestuursorganisaties de aandacht in het bijzonder uitgaat en welke in beginsel minder een rol spelen bij de ontwikkeling van criteria en randvoorwaarden voor de overheidsstichting. Zoals zal blijken staan vooral de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen centraal als alternatief voor en vergelijkingskader van de eveneens tot de categorie van de zelfstandige bestuursorganisaties behorende overheidsstichtingen.

Nadat aldus het element organisatie aan de orde is gekomen wordt vervolgens nader ingegaan op de betekenis van de elementen bestuur (paragraaf 3.3) en zelfstandigheid (paragraaf 3.4) van het begrip zelfstandige bestuursorganisatie.

3.2 Begripsverkenning en -afbakening

3.2.1 *Functionele decentralisatie: organisatie decentralisatie en gezagsdecentralisatie*

Bij overheidsstichtingen gaat het om een vorm van zelfstandig bestuur, waarbij zelfstandig duidt op zelfstandigheid ten opzichte van de minister. Het gaat bovendien om een vorm van functioneel bestuur: er is sprake van de beperking tot een bepaalde taak

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

en niet van een open taakgebied. Deze twee kenmerken samen genomen maken dat overheidsstichtingen een onderdeel vormen van wat genoemd wordt de functionele decentralisatie. Alhoewel het element van de zelfstandigheid daarbij niet expliciet in het begrip functionele decentralisatie terugkeert, is die zelfstandigheid met het gebruik van het woord decentralisatie gegeven.¹

Waar bij territoriale decentralisatie sprake is van een integraal of algemeen bestuur, en dus van organisaties met een open taakgebied, is er bij functionele decentralisatie sprake van de beperking tot een bepaalde taak. Een organisatie van functioneel bestuur is werkzaam op een bijzonder terrein van overheidszorg en beschikt niet over het open autonomiegebied dat kenmerkend is voor de territoriale decentralisatie.²

Het functionele bestuur dat de resultante is van functionele decentralisatie bestaat zowel uit de *overheids- of bestuursorganisaties* die een bepaalde taak zelfstandig ten opzichte van de minister uitoefenen (deze categorie wordt in het vervolg aangeduid als de categorie van de *zelfstandige bestuursorganisaties*), als uit de *particuliere organisaties* indien en voorzover deze bekleed zijn met openbaar gezag. Dit blijkt onder meer uit de regeringsnota over functionele decentralisatie. Volgens deze nota omvatten de zbo's als hoofdvorm van functionele decentralisatie 'de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige organen die tevens bekleed zijn met openbaar gezag', 'de publiekrechtelijke organen, die onafhankelijk van de minister taken vervullen en die uitsluitend bevoegd zijn privaatrechtelijke handelingen en/of feitelijke handelingen te verrichten, doch niet met openbaar gezag zijn bekleed' en 'de besturen van privaatrechtelijke rechtspersonen (bijvoorbeeld een stichting of een vennootschap), voorzover deze met openbaar gezag bekleed zijn'.³

Zoals in Hoofdstuk 1 reeds is aangegeven in het kader van het bestuursorgaanbegrip van de Awb en het daaraan gerelateerde begrip zelfstandig bestuursorgaan, is voor een dergelijke samenvoeging van particuliere en bestuursorganisaties vanuit het perspectief van de rechtsbescherming voor de burger wel het een en ander te zeggen. In dit boek, dat meer aan de orde stelt dan de rechtsbescherming, wordt echter, zoals aangegeven in het inleidende hoofdstuk, vastgehouden aan het onderscheid tussen overheidsorganisaties en particuliere organisaties. Overheidsstichtingen zijn overheidsorganisaties, particuliere organisaties kunnen geen overheidsstichtingen zijn.

1 Dit wordt vaak geïllustreerd door een vergelijking te maken met het begrip 'deconcentratie'. Bij deconcentratie is er geen sprake van zelfstandigheid ten opzichte van de minister, er is 'slechts' sprake van geografische spreiding van de taakvervullende dienst van het ministerie. Zie o.a. Regeringsstandpunt Functioneel bestuur – Waarom en hoe?, TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 7; Ten Berge, Stroink (1988), p. 20 en 14-15; Ten Berge (1989), p. 339.

2 Zie onder meer Ten Berge en Stroink (1988), p. 11; Ten Berge (1989), p. 336; Regeringsstandpunt Functioneel bestuur – Waarom en hoe?, TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 7; Van Steijn (1999), p. 48.

3 Zie Nota Functioneel bestuur – Waarom en hoe?, TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 8-9.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

Op dezelfde wijze als hier zelfstandige bestuursorganisaties en met openbaar gezag beklede particuliere organisaties uit elkaar worden getrokken, wordt in Duitsland de *privatrechtlich organisierte Verwaltung* onderscheiden van de *Beliehene* of *beliehene Unternehmer*. Bij Beliehene gaat het om particulieren die worden ingeschakeld in het bestuur, bij privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger om privaatrechtelijk vormgegeven bestuursorganisaties.

Ter illustratie mogen de volgende citaten dienen: 'Beliehene sind und bleiben – statusmäßig – Privatrechtssubjekte; sie können aber – funktionell – in begrenztem Umfang hoheitlich handeln und sind insoweit in die mittelbare Staatsverwaltung einbezogen. Da sie selbständig tätig werden und im eigenen Namen handeln, sind sie Verwaltungsträger, soweit ihr hoheitlicher Kompetenzbereich reicht'⁴; en: 'Von der Beleihung als der materiellen öffentlichen Verwaltung durch Private ist die privatrechtlich organisierte Verwaltung dadurch abzugrenzen, daß es hier nicht um die Einbeziehung Privater in die Verwaltung, sondern um Verwaltung in privatrechtlichen Organisationsformen der öffentlichen Hand geht'⁵; ten slotte kan gewezen worden op Von Heimburg die de Beliehene behandelt als een van de vormen van *private Beteiligung an Aufgaben der öffentlichen Verwaltung*⁶. Zij geeft aan dat '[d]er Staat aber auch öffentliche Aufgaben in privatrechtlicher Organisationsform wahrnehmen [kann]'; deze figuur behoort echter niet tot de door haar bedoelde vormen omdat 'trotz der privatrechtlichen Form der Staat tätig wird'⁷.

Behalve in de vorm van Beliehene kan de overheid op vele andere manieren participeren bij het bestuur betrekken. Gewezen kan worden op de *Verwaltungshelfer*, die meewerken aan de uitvoering van overheidstaken. De Verwaltungshelfer handelen niet zelfstandig, maar in opdracht van de overheid die hen aanwijzingen kan geven. Te denken valt voorts aan de *Heranziehung Privater aufgrund bürgerlich-rechtlicher Verträge*, op grond waarvan particulieren binnen het kader en ter uitvoering van de overeenkomst zelfstandig (onderscheid met Verwaltungshelfer), maar niet publiekrechtelijk (onderscheid met Beliehene) handelen. Ten slotte worden genoemd de *freie Initiatieve Privater*, te vergelijken met wat in Nederland wordt aangeduid met de termen particulier initiatief en maatschappelijk middenveld, waarbij voorzieningen van algemeen belang (maatschappelijke voorzieningen) worden aangeboden waarin anders door de overheid zelf zou moeten worden voorzien.⁸

Gelet op het voorgaande is het zinvol binnen de functionele decentralisatie onderscheid te maken tussen *organisatiedecentralisatie* resulterend in zelfstandige bestuursorganisaties en *gezagsdecentralisatie* die eruit bestaat dat particuliere organisaties worden bekleed met openbaar gezag. Op het begrip functionele decentralisatie wordt aan de hand van dit onderscheid verder ingegaan.

4 Maurer (1997), p. 582.

5 Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 426.

6 Von Heimburg (1982), p. 11.

7 Idem, p. 19.

8 Zie Maurer (1997), p. 584-586; vergelijk ook Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 414-415; Von Heimburg (1982), hoofdstuk 2 en 3.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Organisatie decentralisatie is de eerste en belangrijkste vorm van functionele decentralisatie. Daarvan is sprake als functionele decentralisatie de vorm aanneemt van externe verzelfstandiging (zie Hoofdstuk 1). Deze vorm van functionele decentralisatie knoopt aan bij het openbaar bestuur als organisatie: een organisatieonderdeel van het ministerie wordt juridisch op afstand gezet van de minister (en daarmee ook de taakuitvoering waarmee dat onderdeel is belast), maar blijft overheids- of bestuursorganisatie hetgeen blijkt ofwel uit de publiekrechtelijke vormgeving, ofwel uit een 'sleutelbevoegdheid' van de minister bij privaatrechtelijke vormgeving (zie paragraaf 1.2 en paragraaf 2.3.2; het criterium bij stichtingen is zoals gezegd dat de minister de bevoegdheid dient te hebben de meerderheid van de bestuursleden onderscheidenlijk de leden van de Raad van Toezicht te benoemen). Een dergelijke organisatie is niet langer hiërarchisch ondergeschikt aan de minister.⁹

De taken en/of bevoegdheden die door organisatie decentralisatie zelfstandig uitgevoerd gaan worden, zijn de taken en bevoegdheden van het organisatieonderdeel dat gedecentraliseerd wordt. Wat dat betreft is er sprake van een ruim *object*. De decentralisatie omvat de taakuitvoering van de gedecentraliseerde organisatie. Omdat er sprake blijft van een overheids- of bestuursorganisatie, gaat het bij de meege decentraliseerde taakuitvoering per definitie om de uitvoering van *bestuurstaken*. Functionele decentralisatie in de vorm van organisatie decentralisatie impliceert dus de decentralisatie van bestuurstaken.¹⁰ Zo'n bestuurstak kan bestaan uit de uitoefening van openbaar gezag, maar dat hoeft niet.

De onduidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van functionele decentralisatie komt daaruit voort, dat het object niet altijd zo ruim gezien wordt, hetgeen waarschijnlijk voortkomt uit het onvoldoende onderscheiden tussen beide vormen van functionele decentralisatie. Het is echter onjuist ervan uit te gaan dat functionele decentralisatie in het algemeen op voorhand geen betrekking kan hebben op een bepaald soort handelingsvormen (publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden en feitelijke handelingen) waarmee de bestuurstak tot uitvoering wordt gebracht.¹¹ Ten onrechte wordt soms verondersteld dat er geen sprake is van een functioneel gedecentraliseerde organisatie als die organisatie niet beschikt over publiekrechtelijke bevoegdheden.¹² Uitgaande van de werkzaamheden kan functionele decentralisatie evenmin beperkt

9 In paragraaf 3.4 wordt nader ingegaan op de vraag wat deze zelfstandigheid of niet-hiërarchische ondergeschiktheid inhoudt.

10 Op de vraag wat bestuurstaken zijn, wordt in paragraaf 3.3 verder ingegaan.

11 Vergelijk ook de formulering in het regeringsstandpunt over functionele decentralisatie: 'Functionele decentralisatie in de zin van deze beschouwing heeft betrekking op het opdragen van taken aan (tot het openbaar bestuur behorende) organisaties die een zodanige zelfstandigheid hebben bij het uitoefenen van deze taken dat er geen hiërarchische ondergeschiktheid is ten opzichte van een minister'. TK 1990/91, 21 042, nr. 4 (Functioneel bestuur – Waarom en hoe?), p. 7.

12 Zie Van Steijn (1999), p. 48.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

worden tot de ‘overdracht van bevoegdheden, gericht op rechtsgevolgen’.¹³ Weliswaar is deze omschrijving ruimer dan de vorige, omdat nu de privaatrechtelijke bevoegdheden niet worden uitgesloten, maar ook aan feitelijke handelingen kan niet bij voorbaat de kwalificatie bestuur worden onthouden.

Wellicht was dat ook niet de opzet van de auteurs waarnaar hierboven verwezen werd, maar werd slechts beoogd organisaties met een adviserende functie buiten het begrip functionele decentralisatie te houden. Sommige auteurs rekenen namelijk de organisaties met een adviesfunctie ten behoeve van wetgever en bestuur niet tot de functionele decentralisatie.¹⁴ Een dergelijke mening kan zijn oorsprong vinden in de opvatting dat het bij advisering niet zou gaan om een specifiek bestuurlijke functie,¹⁵ hetgeen een weinig helder en veelal onjuist criterium is. Als zodanig is het standpunt echter begrijpelijk: adviesorganen beschikken niet over bevoegdheden ten aanzien van burgers; hun taakuitoefening lost zich als het ware op in het orgaan dat zij adviseren. Het niet als functioneel bestuur classificeren van adviesorganisaties lijkt bovendien te worden bevestigd door de Aanwijzingen inzake zbo’s, nu aanwijzing 124a een adviescollege als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges, waarvan de adviestaak de hoofdtaak is, van het zbo-begrip uitzondert. Deze uitzondering zal echter niet zozeer deze achtergrond hebben als wel vooral haar grond vinden in het feit dat de toepasbaarheid van de Aanwijzingen gemist kan worden nu de Kaderwet adviescolleges een regeling bevat. Een zienswijze die wordt ondersteund door de Awb, omdat genoemde adviescolleges in de Awb *niet* zijn uitgezonderd van het bestuursorgaanbegrip (zie het tweede lid van art. 1 Awb).

Tot de functionele decentralisatie wordt voorts gerekend de overdracht of toedeling van publiekrechtelijke bevoegdheden aan particuliere (en dus privaatrechtelijke) organisaties. Dit wordt aangeduid als *gezagsdecentralisatie*. Zo’n particuliere organisatie is van zichzelf geen overheidsorganisatie, maar wordt tot de overheid, dat wil zeggen in dit geval het functioneel bestuur, gerekend voorzover zij met openbaar gezag bekleed is.

Het functionele bestuur bestaat derhalve uit alle niet-hiërarchisch aan de minister ondergeschikte organisaties die werkzaam zijn op een bijzonder gebied van overheidszorg. Dergelijke niet-hiërarchisch aan de minister ondergeschikte organisaties zijn er in twee soorten.

13 Zie Ten Berge, Stroink (1988), p. 20.

14 Zie Ten Berge (1989), p. 339: ‘Van decentralisatie spreken we alleen, als er “echte” bevoegdheden zijn toegekend. Echte bevoegdheden zijn slechts de bevoegdheden tot het te weegbrengen van rechtsgevolgen. Adviesbevoegdheden behoren daar niet toe. Adviesorganen kunnen dus niet als functionele decentralisatie worden gezien.’ Vergelijk ook Ten Berge, Stroink (1988), p. 20.

15 Zie bijvoorbeeld Van Angeren (1996), p. 373-374.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

In de eerste plaats zijn er de zelfstandige bestuursorganisaties (organisatiedecentralisatie). Deze organisaties kunnen publiek-, maar ook privaatrechtelijk zijn vormgegeven. Privaatrechtelijk vormgegeven organisaties behoren tot het functionele bestuur als de minister beschikt over een bepaalde sleutelbevoegdheid, die per rechtspersoon krachtens privaatrecht, gelet op het soort rechtspersoon, kan verschillen.¹⁶ Niet van belang voor de kwalificatie zelfstandige bestuursorganisatie is of deze publiek- danwel privaatrechtelijk vormgegeven organisaties bekleed zijn met openbaar gezag.¹⁷

In de tweede plaats maken particuliere organisaties, voorzover ze bekleed zijn met openbaar gezag, deel uit van het functioneel bestuur (gezagsdecentralisatie). In dit boek over overheidsstichtingen wordt aan gezagsdecentralisatie – en dus ook aan particuliere stichtingen die met openbaar gezag bekleed zijn – geen aandacht besteed, tenzij dat gelet op het concreet aan de orde zijnde onderwerp relevant is. Overigens geldt voor gezagsstichtingen, althans voorzover zij bekleed zijn met openbaar gezag, dat op hen de publiekrechtelijke normering reeds van toepassing is die voor overheidsstichtingen, gelet op de normering die van toepassing is op publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties, wenselijk is. Dit relateert op zichzelf het gegeven dat gezagsstichtingen in deze studie buiten beschouwing blijven.

3.2.2 *Zelfstandige bestuursorganisaties en zelfstandige bestuursrechtspersonen*

Zelfstandige bestuursorganisaties zijn al die organisaties die voortkomen uit functionele decentralisatie in de zin van organisatiedecentralisatie. Net als in de literatuur gebeurt met het begrip zbo, wordt het begrip zelfstandige bestuursorganisatie op tweeërlei wijze gebruikt. Het kan zowel een nog vorm te geven als een bestaande en dus op bepaalde wijze vormgegeven organisatie aanduiden. Als het gaat over zbo's

16 Voor de overheidsstichting is reeds aangegeven wat deze sleutelbevoegdheid inhoudt. Voor de kwalificatie van een vennootschap (NV of BV) als overheidsvennootschap wordt behalve het criterium dat de meerderheid van de bestuursleden (gewone vennootschap) danwel de meerderheid van de leden van de Raad van Commissarissen (structuurvennootschap) door de minister dient te worden benoemd, het criterium gehanteerd dat de Staat ten minste de helft van de geplaatste (prioriteits)aandelen in handen heeft. Ratio daarvan is dat aan prioriteitsaandelen bijzondere zeggenschapsrechten zijn verbonden (bijvoorbeeld toestemming inzake statutenwijziging). Vergelijk Munneke e.a. (1983), deel I, p. 22 en deel II, p. 6; Graat (1998), p. 99-100, die in plaats van de genoemde preferente aandelen prioriteitsaandelen bedoeld zullen hebben. Behalve prioriteitsaandelen zijn er (dus) ook preferente aandelen. Preferente aandelen verschaffen de aandeelhouder financiële prioriteit: een dergelijke aandeelhouder komt eerder voor winstuitkering in aanmerking.

17 Als overheidsorganisatie worden zij verondersteld bestuurstaken te behartigen. Niet van belang is welke bevoegdheden de instanties toebedeeld hebben gekregen om hun taken uit te oefenen. De uitoefening van de taken kan zowel in publiekrechtelijke rechtshandelingen, privaatrechtelijke rechtshandelingen als feitelijke handelingen uitmonden. Vgl. Boxum (1997), p. 31.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

wordt ook de ene keer een in werkelijkheid bestaand en op bepaalde wijze vormgegeven zbo bedoeld, de andere keer een zbo zoals dit vorm dient te krijgen.

Achter het overkoepelende begrip zelfstandige bestuursorganisatie gaan in de praktijk zeer veel verschillende groepen van organisaties schuil. Niet al deze groepen zijn even relevant voor de ontwikkeling van criteria en randvoorwaarden voor overheidsstichtingen. Zo mag, gelet op de rechtspersoonlijkheid die eigen is aan de stichting als organisatievorm, de wenselijkheid van de rechtspersoonlijkheid worden verondersteld als het gaat om de afweging van de stichting tegen en de vergelijking van de stichting met andere publiek- en privaatrechtelijke organisatievormen. Voor de ontwikkeling van criteria en randvoorwaarden beperkt de aandacht zich dan ook in beginsel tot rechtspersoonlijkheid bezittende groepen van zelfstandige bestuursorganisaties, de zelfstandige bestuursrechtspersonen.¹⁸

3.2.3 *Zelfstandige bestuursorganen*

Naast grondwettelijke vormen van functioneel bestuur – de openbare lichamen van artikel 133 (waterschappen) en 134 GW (openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen) – worden de zbo's als hoofdvorm van functioneel bestuur beschouwd.¹⁹ Aanwijzing 124a van de aanwijzingen inzake zbo's definieert een zbo als een 'bestuursorgaan op het niveau van de centrale overheid, dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister en niet is een adviescollege, als bedoeld in de Kaderwet adviescolleges, waarvan de adviestaak de hoofdtak is'.

Door het gebruik van de term bestuursorgaan is de definitie van zbo gekoppeld aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb. Zbo's zijn dan ten eerste niet hiërarchisch aan de minister ondergeschikte organen van rechtspersonen krachtens publiekrecht. Dergelijke organen kunnen al dan niet met openbaar gezag bekleed zijn. In de tweede plaats worden als zbo aangemerkt met enig openbaar gezag beklede andere personen en colleges (waaronder privaatrechtelijke organisaties), die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan de minister.

De koppeling aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb levert op dat zbo's zowel het resultaat kunnen zijn van organisatie- als van gezagsdecentralisatie. Het gevolg is dat de begrippen zelfstandige bestuursorganisatie en zbo niet samenvallen. Het begrip zelfstandige bestuursorganisatie is enerzijds beperkter dan het begrip zbo: particuliere organisaties die met openbaar gezag zijn bekleed vallen buiten het begrip zelfstandige bestuursorganisatie, terwijl dergelijke organisaties wel aangemerkt worden als zbo. Anderzijds is het begrip zelfstandige bestuursorganisatie ruimer nu het in tegenstelling

18 Overigens beschikken organisaties van functioneel bestuur in veel gevallen over rechtspersoonlijkheid. Zie TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 8. Dit blijkt ook concreet uit bijlage 4 van het rapport *Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid* van de Algemene Rekenkamer (TK 1994/95, 24 130, nr. 3): een duidelijke meerderheid van de zbo's op rijksniveau blijkt te beschikken over rechtspersoonlijkheid.

19 Zie de Nota *Functioneel bestuur – Waarom en hoe?*, TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 7.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

tot het zbo-begrip wel de bestuursorganisaties omvat die niet zijn bekleed met openbaar gezag.

3.2.4 *De openbare lichamen van artikelen 133, 134 en 135 GW*

De openbare lichamen die berusten op artikelen 133 (waterschappen), 134 en 135 (openbare lichamen) GW zijn de klassieke grondwettelijke verschijningsvormen van functioneel bestuur. En wel vormen van organisatiedecentralisatie, gelet op de publiekrechtelijke vormgeving die inherent is aan het zijn van openbaar lichaam. In Hoofdstuk 1 is reeds aangegeven aan welke organisaties moet worden gedacht. Een aantal auteurs beschouwt de organen van deze openbare lichamen als een deelverzameling van de zbo's.²⁰ Anderen zijn van mening dat openbare lichamen en zbo's van elkaar onderscheiden moeten worden.²¹ Deze discussie behoeft hier verder niet gevoerd te worden. Belangrijker is het in dit verband vast te stellen dat de openbare lichamen zelfstandige bestuursrechtspersonen zijn nu ze deel uitmaken van de organisatiedecentralisatie en in de praktijk steeds beschikken over rechtspersoonlijkheid, maar dat ze daarbinnen een soort aparte status innemen.

Deze aparte status volgt uit de grondwettelijke kwalificatie. De opnemingscategorie in de Grondwet geeft aan dat het – in elk geval oorspronkelijk – om een eigensoortige categorie organisaties gaat. Vanuit het verleden wordt in de zin van artikel 134 GW voor een openbaar lichaam als wezenlijk beschouwd dat het een belichaming beoogt te vormen van een kleinere gemeenschap binnen de nationale samenleving. Het recht van die gemeenschap om zelf over eigen aangelegenheden te beslissen, vormt voor het openbaar lichaam de legitimatie van zijn relatief zelfstandige positie (al floreert dit democratische element in de praktijk dikwijls niet al te zeer). Dergelijke openbare lichamen behoren dan ook niet tot de centrale overheid en mogen niet worden beschouwd als uitvoerende onderdelen van die centrale – of rijksoverheid, maar moeten worden gezien als afzonderlijke openbare lichamen in de gedecentraliseerde eenheidsstaat.²²

Aan het zijn van openbaar lichaam is als rechtsgevolg verbonden dat aan zijn bestuursorgaan verordenende bevoegdheid kan worden verleend (art. 134, lid 2, GW). Dit in afwijking van zbo's waaraan slechts bij wijze van uitzondering regelgevende bevoegdheden mogen worden toegekend (aanwijzing 124f). Voorts beschikt een openbaar lichaam waaraan verordenende bevoegdheid is verleend over rechtspersoonlijkheid (art. 2:1, lid 1, BW). Een openbaar lichaam heeft dus niet per definitie

20 Zie onder meer Zijlstra (1997), p. 95; Den Boer (1997), p. 172; ook het kabinet is deze mening toegedaan, althans dat was het in elk geval ten tijde van het – inmiddels ingetrokken – wetsvoorstel strekkende tot opnemings van bepalingen over zbo's in de Grondwet: TK 1997/98, 25 629, nr. 3, p. 3.

21 Goorden (1997), p. 60-71; Van Steijn (1999), p. 54; Kortmann (1997), p. 619.

22 Zie Boxum (1997), p. 32. Vergelijk ook Van Steijn (1999), p. 54 en Kortmann (1997), p. 619.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

rechtspersoonlijkheid. De praktijk relateert dit, in die zin dat er geen openbare lichamen zijn die niet tevens rechtspersoon zijn.²³

Vanwege de aldus geschetste eigensoortige positie van de openbare lichamen zijn zij in het kader van de criteria (met name de afweging publiek- of privaatrechtelijke vormgeving) niet zomaar op één lijn te stellen met de (andere) publiekrechtelijk vormgegeven zbo's. Wanneer in dit onderzoek gesproken wordt van zelfstandige bestuursorganisaties als het organisatorische kader waarbinnen criteria en randvoorwaarden voor de overheidsstichting worden ontwikkeld, worden deze openbare lichamen daarom in het algemeen buiten beschouwing gelaten, tenzij dat in het verband van de tekst toch relevante gezichtspunten oplevert.

3.2.5 *Zelfstandige bestuurslichamen*

In afwijking van zbo's en openbare lichamen heeft het begrip zelfstandige bestuurslichamen in de literatuur een minder ondubbelzinnige betekenis. Hiermee hangt samen dat zelfstandige bestuurslichamen in het positieve recht niet als juridische figuur voorkomen en ook in de literatuur bepaald niet steeds als categorie van functionele decentralisatie worden onderscheiden. Dat is wel het geval bij Boxum en Ten Berge.

Boxum heeft de term zelfstandig bestuurslichaam gekozen voor het type organisatie dat het onderwerp vormt van zijn dissertatie. Een zelfstandig bestuurslichaam definieert hij als 'een onderdeel van de centrale overheid dat krachtens publiekrecht is ingesteld en dat niet ondergeschikt is aan de minister'.²⁴ Zijn onderwerp bestaat derhalve uit de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties. Rechtspersoonlijkheid is in Boxums optiek niet vereist voor de kwalificatie zelfstandig bestuurslichaam.

Ook Ten Berge hanteert het begrip zelfstandig bestuurslichaam. In tegenstelling tot Boxum beschikt bij hem een zelfstandig bestuurslichaam wel steeds over rechtspersoonlijkheid. Ten Berge beschouwt de zbo's met rechtspersoonlijkheid als zelfstandige bestuurslichamen. Daarbij lijkt hij het element van de rechtspersoonlijkheid beperkt op te vatten: hij behandelt de zelfstandige bestuurslichamen onder het kopje van de rechtspersonen naar publiekrecht. Binnen die categorie moeten van de diverse openbare lichamen de zelfstandige bestuurslichamen worden onderscheiden.²⁵

Een zelfstandig bestuurslichaam is dus in de visie van beide auteurs een gevolg van organisatiedecentralisatie en heeft bij beiden een publiekrechtelijk jasje. Het verschil in definitie betreft de rechtspersoonlijkheid. Bij Boxum valt het begrip zelfstandig bestuurslichaam samen met het begrip publiekrechtelijke zelfstandige bestuursor-

23 Vgl. Goorden (1997), p. 66.

24 Boxum (1997), p. 29 en 50.

25 Ten Berge (1998), p. 89. Elders gaat hij in op de tot de overheid te rekenen rechtspersonen naar privaatrecht (overheidsstichtingen, -verenigingen en -vennootschappen). Binnen dat kader is het gebruik van het begrip (zelfstandig bestuurs) 'lichaam' niet voor de hand liggend.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

ganisatie, terwijl het bij Ten Berge samenvalt met de publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersoon. Vanwege het ontbreken van een vaste inhoud, wordt aan de zelfstandige bestuurslichamen geen aparte aandacht besteed bij de ontwikkeling van criteria en randvoorwaarden voor de overheidsstichting.

3.2.6 Overheidsrechtspersonen krachtens privaatrecht: overheidsstichtingen en overheidsvennootschappen

Bij overheidsrechtspersonen krachtens privaatrecht gaat het om functionele decentralisatie in de zin van organisatiedecentralisatie. Rechtspersonen krachtens privaatrecht zijn overheidsrechtspersoon c.q. behoren tot de rijksoverheidsorganisatie als de minister jegens de rechtspersoon over een bepaalde invloedsbevoegdheid beschikt. De bekendste overheidsrechtspersonen krachtens privaatrecht zijn de overheidsstichting en de overheidsvennootschap. Ze maken deel uit van de zelfstandige bestuursrechtspersonen. Ze zijn bestuursorgaan in de zin van de Awb en zelfstandig bestuursorgaan zijn ze indien en voorzover ze bekleed zijn met openbaar gezag.

Binnen de zelfstandige bestuursrechtspersonen neemt de figuur van de overheidsvennootschap een bijzondere plaats in. Deze hangt samen met het feit dat de vennootschap, in tegenstelling tot de stichting en publiekrechtelijke organisatievormen, vooral aan de orde is als er sprake is van een winstoogmerk en een daarmee samenhangende commerciële bedrijfsvoering (zie paragraaf 2.2.2.2).

Stichtingen hebben evenals publiekrechtelijke organisaties dat dienen te hebben, dikwijls een doelstelling van ideëel of algemeen belang. De activiteiten van stichtingen lenen zich vaak niet voor commerciële exploitatie, hetgeen logischerwijze samenhangt met de organisatievorm van de stichting, die op dergelijke activiteiten ook niet bij uitstek is toegesneden.

Net als het geval is met de openbare lichamen, wordt in dit boek de organisatievorm van de (overheids)vennootschap daarom in het algemeen buiten beschouwing gelaten, tenzij dat in het verband van het betoog toch relevant is.

3.2.7 Conclusie begripsafbakening

Zelfstandige bestuursorganisaties zijn de resultante van functionele decentralisatie in de zin van organisatiedecentralisatie. Overheidsstichtingen vormen een subcategorie van de zelfstandige bestuursorganisaties. Zoals hierboven aan de orde is gekomen zijn er daarnaast andere subcategorieën te onderscheiden. Deze zijn beoordeeld op hun relevantie voor de ontwikkeling van criteria en randvoorwaarden voor de overheidsstichting. De conclusie luidt dat de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersoon dan ook het eigenlijke alternatief en vergelijkingskader vormt voor de stichtingsvorm. Met die vaststelling wordt tegelijk doorgedrongen tot waar het in wezen om draait, namelijk om de stichting als privaatrechtelijke – en dus niet publiekrechtelijke – organisatievorm voor openbaar bestuur.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

3.3 Nadere duiding: zelfstandige *bestuursrechtspersonen*

3.3.1 *Het aanbod van goederen*

Er zijn verschillende wijzen waarop in de samenleving wordt voorzien in het aanbod van goederen aan de samenleving.²⁶ In veel gevallen vindt het aanbod door particulieren plaats via het marktmechanisme, terwijl het ter beschikking stellen van voorzieningen door de overheid vaak plaatsvindt via het budgetmechanisme. Via welk mechanisme goederen worden aangeboden hangt sterk samen met het karakter van de goederen, die in hoofdzaak kunnen worden onderscheiden in individuele en collectieve goederen.

Individuele goederen zijn goederen die verkregen kunnen worden door het leveren van een bepaalde tegenprestatie (prijs) en waarvan het genot is voorbehouden aan één persoon (exclusief karakter). Collectieve goederen daarentegen kenmerken zich door hun beschikbaarheid voor iedereen, ongeacht of iemand aan de voorziening van het goed meebetaalt of niet. Voorbeelden van individuele goederen zijn consumptiegoederen. Bij collectieve goederen kan gedacht worden aan defensie, dijken, fundamenteel onderzoek, rechtspraak, bestuur en openbare orde.²⁷ Collectieve goederen lenen zich, in tegenstelling tot individuele goederen, naar hun aard niet voor uitvoering via het marktmechanisme. In collectieve goederen wordt voorzien via het budgetmechanisme. Hetzelfde geldt voor de quasi-collectieve goederen: individuele goederen waarbij voorziening door het marktmechanisme om verschillende redenen ongewenst is. Ook wanneer mensen niet in staat zijn de voor verkrijging van zo'n goed vereiste tegenprestatie te leveren, mogen zij van het genot ervan niet worden uitgesloten. Een voorbeeld van quasi-collectieve goederen wordt geboden door de maatschappelijke voorzieningen als onderwijs en gezondheidszorg.

Besluitvorming van de overheid is onontbeerlijk voor het aanbod van (quasi-)collectieve goederen. Daarmee heeft de overheid de omvang van het politieke besluitvormingsproces heel letterlijk in eigen hand: regelgeving is een taak die onlosmakelijk verbonden is met de overheid. Dit wil niet zeggen dat de overheid dergelijke goederen ook altijd zelf dient aan te bieden. De uitvoering kan ook plaatsvinden buiten de overheid, door particulieren. Het antwoord op de vraag welke goederen al dan niet door de overheid zelf moeten worden aangeboden, is afhankelijk van de visie die men heeft op de taken van de overheid.²⁸

26 Zie hierover Graat (1998), p. 25-30.

27 Zie ook Boneschansker, De Groot (1992), p. 9.

28 Zie Graat (1998), p. 30.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

3.3.2 *Exclusieve en concurrerende staatstaken*

Gemeenschappelijk in de Nederlandse en Duitse juridische literatuur is dat onderscheid wordt gemaakt tussen taken waarvan de uitvoering uitsluitend aan de overheid is voorbehouden (exclusieve of uitsluitende staatstaken) en taken waarvan de uitvoering zowel door de overheid als door particulieren kan plaatsvinden (concurrerende staatstaken). Dit onderscheid stelt de vraag centraal welke taken uitsluitend door de overheid mogen worden uitgevoerd (exclusieve staatstaken) en welke (binnen daartoe gestelde randvoorwaarden) ook buiten de overheid kunnen²⁹ of door anderen dan de overheid behóren³⁰ te worden uitgevoerd.

Met de exclusieve staatstaken wordt bedoeld op de klassieke of typische staatstaken, waarbij het gaat om taken als wetgeving, rechtspraak, defensie, politie et cetera. Deze taken kunnen nooit (volledig) aan anderen dan de overheid worden overgelaten, en mogen aan anderen ook niet *als staatstaak* worden gedelegeerd. Kenmerkend voor deze taken is dat voor de uitvoering van deze taken gezag is vereist. Het exclusieve overheidskarakter wordt bepaald door het feit dat uitsluitend de overheid beschikt over de mogelijkheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van burgers.

Gezag is – nader beschouwd – de consequentie van het geweld- en dwangmonopolie van de overheid. Een monopolie dat ook wel wordt aangeduid als de ‘zwaardmacht’ van de overheid. Deze macht is typisch voor de overheid. Met de zwaardmacht wordt bedoeld op het feit dat er geen enkele staat bestaat waarvan de interne structuur uiteindelijk niet teruggaat op de exclusieve macht om binnen het eigen grondgebied de macht van de wapenen te hanteren.³¹

Bij de concurrerende staatstaken moet met name gedacht worden aan de zorgtaken van de overheid. Te denken valt aan terreinen als gezondheidszorg, onderwijs, sociale zekerheid en maatschappelijk werk. Concurrerende staatstaken vereisen geen gezagsuitoefening en kunnen daarom ook door anderen dan de overheid worden vervuld.

Ook al vereist de uitvoering van concurrerende staatstaken op zichzelf geen gezag, soms wordt voor de concrete uitvoeringshandelingen wel een publiekrechtelijke vorm gekozen. De uitvoeringsorganisatie die bevoegd is die handelingen te verrichten is dan bekleed met openbaar gezag. Dit heeft tot gevolg dat hiervoor hetzelfde uitgangspunt geldt als voor de uitvoering van exclusieve staatstaken is geformuleerd: de uitvoering dient in beginsel voorbehouden te zijn aan een overheidsorganisatie. In Duitsland duidt men publiekrechtelijke bevoegdheden die strekken tot de uitvoering van klassieke gezagstaken aan als *obrigkeitlich-hoheitliche Befugnisse*; de overige publiekrechtelijke bevoegdheden worden betiteld als *schlicht-hoheitliche Befugnisse*.

29 Benadering van het (katholieke) subsidiariteitsbeginsel.

30 Benadering van het (kuyperiaans-gereformeerde) soevereiniteit-in-eigen-kring-beginsel.

31 Vgl. Van Eikema Hommes (1982), p. 101-102.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

De zorg voor de eigen bestaansvoorwaarden is een taak die de staat zelf moet blijven uitoefenen. De Ru spreekt van primaire staatsdoeleinden, welke hij omschrijft als doeleinden die rechtstreeks met de staatsstructuur verbonden zijn en die betrekking hebben op het instandhouden van de staat zelf. De overheid is beperkt in haar vrijheid om deze doeleinden vorm te geven, hetgeen in het Nederlandse recht in de eerste plaats tot uitdrukking komt in de Grondwet, waarin de staatsstructuur en de grondrechten zijn verankerd.³² In tegenstelling tot de secundaire staatsdoeleinden, die als de resultanten van politieke besluitvorming onderdeel zijn gaan uitmaken van de belangen die door de staat behartigd worden, mogen de primaire staatstaken, essentieel als zij zijn voor het voortbestaan van de staat, per definitie niet buiten de (volledige) verantwoordelijkheid van de overheid worden gebracht. Uitbesteding en afstoting zijn met betrekking tot deze taken niet denkbaar.³³ Tot de categorie staatstaken die de Grondwet bij uitsluiting van anderen aan de overheid opdraagt, behoren in algemene bewoordingen omschreven taken, zoals regeren, de controle op de regering, het wetgeven en dergelijke. Maar ook meer specifiek aangeduide taken als het oppergezag over de krijgsmacht dat bij de regering berust (art. 98, tweede lid, GW), rechtspraak door de rechterlijke macht (art. 112, eerste lid en art. 113, eerste lid, jo. art. 17 GW) en de opdracht van gemeenten om te voorzien in voldoende openbaar, algemeen vormend, lager onderwijs (art. 23, vierde lid, GW).³⁴

Inhoudelijk vergelijkbaar met de primaire staatstaken van De Ru, zijn de eerste twee categorieën van de in totaal drie taakgroepen die Ten Berge onderscheidt. Zijn driedeling is opgebouwd uit, ten eerste, de bescherming van de samenleving en het grondgebied tegen negatieve ontwikkelingen van buitenaf, ten tweede, de bescherming van de binnenlandse orde via het ontwikkelen en handhaven van een rechtsorde, waaronder de hantering van het geweldsmonopolie, en ten slotte, het verzorgen van andere taken die de samenleving in een bepaalde tijd en in een bepaald land van de overheid vraagt. De zorgtaken als bedoeld in de derde categorie zijn deels te vinden in de sociale grondrechten.³⁵ Deze zorgplichten vallen bij De Ru onder de secundaire staatstaken. Zij zijn in de sociale grondrechten vrijblijvend geformuleerd, niet wordt aangegeven hoe de overheidstaak precies moet worden vervuld. Deze taken hoeven (dan ook) niet uitsluitend door de staat te worden verricht.³⁶

Hirsch Ballin lijkt de kring van de exclusieve overheidstaken ruimer te trekken. Niet alleen rekt hij – vergelijkbaar met de primaire staatstaken van De Ru – de zorg voor de infrastructuur van de democratische rechtsstaat (rechtspraak, politie, defensie) tot de exclusieve taken van de staat. Ook de zorg voor de fysieke infrastructuur (dijken, wegen, bruggen) en de zorg voor de culturele infrastructuur (funderend onderwijs, vrijwaring van acute nood en gebrek) zijn exclusieve staatstaken.³⁷ In een andere publicatie spreekt Hirsch Ballin van kerntaken van de overheid, waarbij hij onderscheid maakt tussen kerntaken die naar

32 De Ru (1987), p. 38.

33 De Ru (1987), p. 42.

34 De Ru (1987), p. 41-42.

35 Ten Berge (1998), p. 5-6.

36 De Ru (1987), p. 38, 40-41.

37 Hirsch Ballin (1994), p. 70. Vgl. voor de eerste twee categorieën ook p. 77 (sub 1).

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

hun aard slechts door de overheid kunnen worden verricht (buitenlands beleid, de productie van collectieve goederen, defensie) en andere kerntaken, waarvan de uitvoering klaarblijkelijk niet is voorbehouden aan de overheid.³⁸ Een voorbeeld van de laatstgenoemde soort kerntaken vormen de taken, die opkomen uit bijzondere tekorten in de samenleving op terreinen, die door het recht beschermd worden. Deze tekorten betreffen belangrijke sociale functies, die kunnen worden afgeleid van wezenlijke sociale waarden en normen die in de Grondwet (zowel klassieke als sociale grondrechten) zijn vastgelegd.³⁹

In aansluiting op Hirsch Ballin – althans voorzover Hirsch Ballin verwijst naar de situatie waarin sociale grondrechten de overheid de taak geven een bepaald minimum te garanderen – is Kummeling eveneens van mening dat het waarmaken van die garantie niet uitsluitend een taak is voor de overheid, maar dat maatschappelijke instituties in de taakuitvoering betrokken mogen worden.⁴⁰ Volgens Kummeling behoort slechts een beperkt aantal taken tot de exclusieve competentie van de overheid, namelijk taken die samenhangen met het geweld- of dwangmonopolie van de overheid. Voor zelfregulering is hier in beginsel geen plaats. Dat geldt echter niet voor (zorg)taken, zoals vervat in sociale grondrechten. Particulier initiatief en zelfregulering kunnen een plaats krijgen in de uitvoering van deze taken.⁴¹

Ook de Duitse juridische literatuur gaat ervan uit dat een aantal taken uitsluitend aan de staat ter behartiging is voorbehouden. In navolging van Jellinek wordt onderscheid gemaakt tussen uitsluitende en concurrerende staatstaken,⁴² een onderscheid dat we in de Nederlandse literatuur terug zagen komen. Uitsluitende taken kunnen slechts door de staat worden behartigd. Voor de uitoefening ervan is doorgaans dwang vereist. Het gaat met name om de terreinen van justitie, politie en defensie. De uitvoering van concurrerende staatstaken is niet uitsluitend aan de overheid voorbehouden, maar kan ook door anderen gebeuren. Te denken valt aan terreinen als de gezondheidszorg, het maatschappelijk werk en onderwijs.

Het is vooral Isensee geweest, die – voortbordurend op het onderscheid van Jellinek -⁴³ aandacht besteed heeft aan de betekenis van de leer van de staatstaken en -doelen voor de competentieverdeling tussen overheid en samenleving. Hij relateert de uitsluitende staatstaken aan het Grundgesetz: bij de uitsluitende staatstaken gaat het om die terreinen waarop private organisaties op basis van hun grondrechtelijke vrijheden niet (naast de overheid) actief kunnen zijn.⁴⁴ Het betreft taken waarvan de uitvoering wezenlijk en noodzakelijk gekenmerkt wordt door de inzet van het aan de overheid voorbehouden middel van gezag, dat wil zeggen de mogelijkheid tot eenzijdig ingrijpen in andermans rechtspositie (dwang- en

38 Hirsch Ballin (1994), p. 77, zie ook p. 78 (punt drie).

39 Hirsch Ballin (1994), p. 77-78.

40 Kummeling (1997), p. 37.

41 Kummeling (1997), p. 34-37, 49-50.

42 Jellinek (1922), p. 255-265.

43 Isensee (1988), p. 68 e.v.

44 Isensee (1988), p. 69. In tegenstelling tot het terrein van de klassieke Aufgaben worden de soziale Funktionsbereiche gekenmerkt door het Prinzip der Autonomie.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

geweldmonopolie).⁴⁵ Concreet gaat het om het waarborgen van de interne vrede en de eigen rechtsorde, en de bescherming van rechtsgoederen (rechterlijke macht en rechtshandhaving). Bovendien dient de staat zijn burgers te beschermen tegen bedreigingen van buitenaf. Tot de exclusieve staatstaken rekent Isensee verder de taken die ertoe dienen de zekerheid in het economische verkeer te garanderen: het vastleggen van maten en gewichten, de uitgifte van munten en het *Beurkundungswesen* (zorg voor officiële akten en openbare registers).⁴⁶

De concurrerende staatstaken ziet Isensee met name gelegen in de taken die voortvloeien uit het Sozialstaatsprinzip, dat neergelegd is in Art. 20 I Grundgesetz en qua inhoudelijke betekenis sterke overeenkomsten vertoont met de sociale grondrechten in de Nederlandse Grondwet.⁴⁷ Deze taken worden gevonden op diverse zorgterreinen van de overheid, te weten onderwijs, cultuur, economie en het terrein van de zogenaamde *Daseinsvorsorge* (de zorgtaak van de overheid met betrekking tot de voor het menselijk bestaan belangrijke voorzieningen en goederen).⁴⁸ In de driedeling van staatstaken van Herzog⁴⁹ (1. Gefahrenabwehr nach außen, 2. Sicherung des inneren Friedens, 3. Gesellschaftsgestaltung und Sozialstaatlichkeit) moeten kortom, afgaande op Isensee, de eerste twee categorieën tot de uitsluitende, en de laatste categorie tot de concurrerende staatstaken gerekend worden.

Uitgaande van de trits wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht, gaat het bij wetgeving en rechtspraak om exclusieve staatstaken. Bij het bestuur gaat het daarentegen om een combinatie van exclusieve en concurrerende staatstaken. Het bestuur is alleen exclusief voorbehouden aan de staat voorzover dat door middel van de uitoefening van openbaar gezag plaatsvindt. Voorzover dat niet het geval is, is er sprake van concurrerende staatstaken.

De bestuurspraktijk spoort overigens niet altijd met de in het voorgaande uiteengezette theorie, in die zin dat, zoals al eerder is opgemerkt, particuliere organisaties in een aantal gevallen toch bekleed zijn of worden met openbaar gezag. Het gaat daarbij zowel om *obligatorisch-hoheitliche* vormen van openbaar gezag als om *schlicht-hoheitliche* vormen. Voor deze afwijkende praktijk laten de aanwijzingen inzake zbo's ruimte. Aanwijzing 124b be-

45 Isensee (1988), p. 68/69.

46 Isensee (1988), p. 69.

47 Art. 20 I GG: 'Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat'. (Curs. KS). Het beginsel verplicht de overheid haar burgers te vrijwaren van armoede en een menswaardig bestaan, alsmede het deelhebben aan de algemene welvaart te waarborgen. Hoofddoel van het beginsel is het hoofd te bieden aan sociale noodtoestanden en nadelen, zoals die bijvoorbeeld door ziekte, ouderdom, invaliditeit, werkloosheid en andere minder gunstige levensomstandigheden kunnen ontstaan. Zie Seifert, Hömig (1995), p. 218.

48 De Daseinsvorsorge heeft dus het oog op de presterende overheid (Leistungsverwaltung). Zie over dit begrip Maurer (1995), p. 17, Rn. 6; Ossenbühl (1971), p. 514-518.

49 Herzog (1988), p. 93-95.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

paalt namelijk dat aan een privaatrechtelijke (particuliere) organisatie openbaar gezag kan worden toegekend als, a. dat in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht, en b. er voldoende waarborgen zijn dat de bestuurstaak onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan worden uitgeoefend. Het besef dat het hier gaat om de overdracht of toedeling van echte overheidstaken heeft ertoe geleid dat, zoals reeds eerder is opgemerkt, dergelijke organisaties qua rechtsbescherming, voorzover zij met openbaar gezag bekleed zijn, met de overheid op één lijn worden gesteld.

Teruggekoppeld naar zelfstandige bestuursorganisatie levert de staatstakentheorie het volgende op. Zelfstandige bestuursorganisaties zijn geen particuliere organisaties maar bestuursorganisaties, hetgeen meebrengt dat zij in beginsel beide soorten staatstaken kunnen uitvoeren. In de praktijk is dat ook zo. Zelfstandige bestuursorganisaties verrichten zowel klassieke (toezicht, keuring, tariefvaststelling) als presterende bestuurstaak. In het laatste geval oefenen ze taken uit die in beginsel ook door particuliere organisaties zouden kunnen worden verricht.

Een en ander laat zien dat de duiding van een taak als staatstaak of overheidstaak bij een klassieke of exclusieve staatstaak niet op dezelfde wijze plaatsvindt als bij een presterende of concurrerende staatstaak. Klassieke staatstaken zijn staats- of overheidstaken naar hun aard, de kwalificatie is met andere woorden niet afhankelijk van het karakter van de organisatie die de taak uitvoert. Dat laatste is wel het geval bij een concurrerende staatstaak. Een concurrerende staatstaak ontleent de kwalificatie staatstaak aan het feit dat de taak wordt uitgevoerd door een overheidsorganisatie. Als dezelfde taak door een particuliere organisatie wordt verricht is er geen sprake van een (concurrerende) staatstaak.

Wanneer de duiding van staatstaken wordt toegespitst op de bestuurstaak geldt overigens hetzelfde, nu bestuurstaak een deelverzameling vormen van de staats- of overheidstaken. Exclusieve bestuurstaak zijn naar hun aard bestuurstaak, concurrerende bestuurstaak zijn bestuurstaak omdat ze worden uitgeoefend door een bestuursorganisatie. De andere deelverzamelingen van de staatstaken worden gevormd door de exclusief aan de overheid voorbehouden wetgevende en rechtsprekende taken, die dus uit de aard der taken staatstaken zijn.

3.3.3 *Aanvullend bestuur*

Tot nu toe heeft de analyse van het element *bestuur* opgeleverd dat overheidsstichtingen, omdat zij tot de overheid behoren, in principe zowel exclusieve als concurrerende bestuurstaak kunnen verrichten. De staatstakentheorie zegt niets over de vraag naar de verdeling van de uitvoering van (exclusieve en concurrerende) bestuurstaak over het openbaar bestuur. De theorie gaat slechts in op de vraag welke taken aan de overheid en het openbaar bestuur zijn voorbehouden, en welke taken daarbuiten, door particulieren, kunnen worden uitgevoerd.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

Een bepaalde verdeling van de uitvoering van bestuurstaken over de diverse onderdelen van het openbaar bestuur wordt echter in het algemeen wenselijk geacht. In Hoofdstuk 1 is reeds gesproken over het onderscheid tussen de hoofdstructuur en overige vormen van openbaar bestuur. Tot die overige vormen van aanvullend bestuur behoort de functionele decentralisatie en derhalve behoren daartoe de zelfstandige bestuursorganisaties en zelfstandige bestuursrechtspersonen waaronder overheidsstichtingen. Uitgegaan wordt van het primaat van de hoofdstructuur van het openbaar bestuur of het algemene bestuur.

Dit primaat is duidelijk verwoord in het regeringsstandpunt over functionele decentralisatie, waarin randvoorwaarden worden opgesomd die in acht dienen te worden genomen bij de keuze voor de instelling van een orgaan van functioneel bestuur in plaats van uitvoering door een orgaan van algemeen bestuur. Het zwaartepunt van de politieke en bestuurlijke activiteiten in de samenleving mag niet verschuiven van andere dan de tot de hoofdstructuur behorende organen en lichamen van algemeen bestuur. Functionele decentralisatie moet altijd ingekaderd zijn in het algemeen bestuur en de beleidsvoering van organen van functioneel bestuur zal steeds binnen het raam van het algemeen bestuur moeten worden beoordeeld. Indien er een voornemen bestaat om een bepaalde bestuurstaak te decentraliseren, zal eerst de mogelijkheid van territoriale decentralisatie moeten worden onderzocht. Voor functionele decentralisatie mag pas worden gekozen als territoriale decentralisatie geen reële optie is. Bij de instelling van een orgaan van functioneel bestuur zal steeds gemotiveerd dienen te worden waarom het aangewezen is de betrokken taak te onttrekken aan het algemeen bestuur en op welke wijze de instelling van dit orgaan bijdraagt aan de verbetering van het functioneren van het openbaar bestuur als geheel. Met name dienen daarbij de aspecten van het verlies van de mogelijkheid tot integrale afweging en de beperking van politieke controle in ogenschouw te worden genomen. Uit de beperking van ministeriële verantwoordelijkheid voor en parlementaire controle op de taakvervulling, die kenmerkend is voor functionele decentralisatie, vloeit voort dat uit te voeren taken die in hoge mate politiek bepaald zijn, dat wil zeggen waarover vanuit de samenleving telkens aan de politiek eisen en verlangens worden geformuleerd, of taken waarvan de behartiging een grote beleidsruimte vereist, als regel minder geschikt zijn voor functionele decentralisatie.⁵⁰

Het primaat van het algemeen bestuur leidt derhalve tot een aantal randvoorwaarden die aangeven welke ruimte er voor functionele decentralisatie overblijft, gelet op het feit dat de voorkeur uitgaat naar uitvoering door algemeen bestuur (eventueel in de vorm van territoriale decentralisatie). Soortgelijke randvoorwaarden worden aangehouden in aanwijzing 124d van de aanwijzingen inzake zbo's. Ervan uitgaande dat de overheid de taak dient te blijven uitvoeren, moet voordat gekozen mag worden voor functionele decentralisatie in de vorm van een zbo beargumenteerd worden

50 TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 16-18. Zie verder hierover uitgebreid: Zijlstra (1997), hoofdstuk 4.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

waarom niet gekozen wordt voor territoriale decentralisatie (sub b) of uitvoering van de taak onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid (sub c).

Aanwijzing 124d luidt:

'In de toelichting bij de regeling waarbij taken aan een zelfstandig bestuursorgaan worden opgedragen, wordt het voornemen daartoe gemotiveerd. Daarbij worden in ieder geval de volgende vragen beantwoord:

- a) waarom moet de overheid de taak behartigen of blijven behartigen?
- b) waarom is toekenning van de taak aan de provincie- en gemeentebesturen niet aangewezen?
- c) waarom wordt de taak niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid uitgeoefend?
- d) welke afweging is er gemaakt inzake de kosten, bestuurlijke lasten en doelmatigheid in vergelijking met het toekennen of blijven toekennen van de taak aan een minister?
- e) hoe is de taakuitoefening afgestemd op de taken van andere bestuursorganen op rijksniveau, provinciaal of gemeentelijk niveau?'

Behalve dat aangegeven dient te worden waarom de taak niet op een andere wijze dan via functionele decentralisatie kan worden uitgevoerd (negatieve randvoorwaarden), kennen de aanwijzingen inzake zbo's ook positieve randvoorwaarden. Het gaat om drie limitatief bedoelde gevallen waarin een zbo in het leven kan worden geroepen. Blijkens de laatste zinsnede van deze aanwijzing worden de drie opgesomde uitzonderingsgevallen gelijkgesteld met drie omstandigheden waarin een vermindering van de bevoegdheden van de minister voor de betrokken bestuurstaak voordelen oplevert. Deze voordelen moeten echter opwegen tegen de nadelen van de verminderde controlemogelijkheden van het parlement. Eenzelfde afweging werd reeds in de hierboven weergegeven aanwijzing 124d verondersteld, waar in sub c de vraag gesteld wordt waarom de taak niet onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid wordt uitgeoefend. Het feit dat in wezen dezelfde afweging in beide aanwijzingen gevraagd wordt, onderstreept nog eens het belang dat gehecht wordt aan het uitgangspunt van het primaat van de politiek.

Aanwijzing 124c luidt:

'Een zelfstandig bestuursorgaan kan 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, of
- c) participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht, en bovendien:

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

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 driedeling van uitzonderingsgevallen waarin zbo's toelaatbaar zijn, wijkt iets af van de typologie waarmee Boxum, De Ridder en Scheltema in 1989 kwamen. In hun onderzoek naar in de praktijk gehanteerde motieven voor de instelling van zelfstandige bestuursorganen, kwamen zij drie hoofdmotieven tegen: deskundigheid, onafhankelijke besluitvorming en het inschakelen van belanghebbenden. De nota Functioneel bestuur onderkent in navolging van het Groningse onderzoek dezelfde trits motieven c.q. typen van zbo's (deskundigen-, onafhankelijke gezaghebbenden- en participatietype). Het verschil is dat in de Aanwijzingen inzake de zbo's de eerste twee 'Groningse' motieven samengetrokken zijn tot één motief: onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid. Daarnaast noemt aanwijzing 124c als toelaatbare motieven dat er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal gevallen en de bijzondere aangewezenheid van participatie van maatschappelijke organisaties. Dit laatstgenoemde motief correspondeert weer met het derde 'Groningse' motief. Zijlstra ten slotte zet de driedeling van de Aanwijzingen voort en noemt de drie typen respectievelijk 'aard van de bevoegdheid', 'scheiding tussen beleid en uitvoering' en 'participatie'. Waar deskundigheid in de aanwijzingen is ondergebracht in het onafhankelijkheidstype, schrapt Zijlstra deskundigheid als zelfstandig verzelfstandigingsmotief. Zijns inziens gelden de voordelen van het betrekken van deskundigen voor alle zbo-typen.⁵¹ De drie motieven van aanwijzing 124c komen overeen met de verzelfstandigingsmotieven die in het rapport van de Commissie Sint staan en waarbij de mogelijkheid van het extern verzelfstandigen van overheidstaken eveneens tot deze principiële gevallen wordt beperkt.⁵²

Een belangrijk verschil is dat de drie motieven in aanwijzing 124c een limitatief-normatieve functie beogen te hebben (zbo's mogen uitsluitend dán worden opgericht), terwijl de drie motieven in het Groningse onderzoek van Boxum, De Ridder en

51 Omdat particuliere deskundigen bij de besluitvorming kunnen worden betrokken zonder dat ze in de 'reguliere' organisatie behoeven te worden opgenomen, is er in de eerste plaats sprake van doelmatigheidswinst. Het betrekken van deskundigen kan bovendien meer autoriteit aan de taakuitoefening door een zbo verlenen dan bij taakuitoefening door een orgaan van het 'democratisch complex' het geval zou zijn. Zie Zijlstra (1997), p. 183.

52 De volgorde van de gronden b en c is bij de Cie Sint alleen andersom, zie Cie Sint (1995), p. 13. Overigens heeft de Commissie ook nog een pragmatisch argument in huis op grond waarvan externe verzelfstandiging kan worden overwogen. In de kern komt dit erop neer 'dat in gevallen waar een eenduidige aansturing van de uitvoering mogelijk is, de ministeriële verantwoordelijkheid zonder risico's voor het politieke primaat anders zou kunnen worden ingericht. Het gaat dan om taken die gekenmerkt worden door een stabiele beleidsomgeving, geringe politieke gevoeligheid en uitvoeringshandelingen van een professioneel-technisch karakter'. (p. 14, zie ook p. 21 [aanbeveling 6.2].)

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Scheltema de neerslag zijn van een empirisch onderzoek naar motieven ter oprichting van zbo's. Waar de aanwijzingen functionele decentralisatie door middel van zbo's zoveel mogelijk willen beperken, zou het niet onvoorstelbaar zijn geweest dat de aanwijzingen minder ruimte zouden laten voor zbo's dan de praktijk, zoals weergegeven in het Groningse onderzoek, laat zien. Dat is echter niet het geval. Er lijkt zelfs eerder sprake van een uitbreiding in aanwijzing 124c vergeleken met het Groningse onderzoek. Niet verwonderlijk is dan ook de in de literatuur soms bepleite veel stringenter beperking van de mogelijkheden tot oprichting van zbo's.⁵³ Een andere conclusie is wellicht ook mogelijk, namelijk dat functionele decentralisatie blijkbaar een eigen rationaliteit heeft, welke meer bepalend is voor het zbo-gebruik dan de als uitzonderingsgronden bedoelde criteria van de Aanwijzingen.

De drie uitzonderingsgevallen van de Aanwijzingen geven aan hoe het uitzonderings- of aanvullende karakter van functioneel bestuur zou kunnen worden ingevuld. Vanwege het primaat van de hoofdstructuur is voorts niet in te zien waarom dit uitzonderingskarakter niet eveneens aangenomen zou moeten worden voor de hiervoor beschreven zelfstandige bestuursorganisaties en de overheidsstichtingen als subcategorie daarvan. Net als bij zbo's gaat het immers om een vorm van functionele decentralisatie, waarbij de categorieën van de zbo's en de zelfstandige bestuursorganisaties elkaar gedeeltelijk overlappen. Niet gebleken is dat het verschil tussen zbo's en zelfstandige bestuursorganisaties iets te maken heeft met de aard van de verzelfstandigingsmotieven. Ook het feit dat het kabinet zbo's (naast⁵⁴ de – overigens soms door hem ook tot de zbo's gerekende⁵⁵ – openbare lichamen) als hét produkt van functionele decentralisatie beschouwt, is niet zonder betekenis. Waar zbo's en functionele decentralisatie in de optiek van het kabinet eigenlijk samenvallen, mag worden aangenomen dat voor functionele decentralisatie geldt wat voor zbo's geldt. De betekenis strekt zich derhalve uit tot alle organisaties die onder de functionele decentralisatie worden geschaard,

53 Zie bijv. Van Angeren, die zijn visie baseert op het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid. De minister zou steeds ten volle verantwoordelijk dienen te zijn voor in essentie bestuurlijke taken. Een zbo is alleen mogelijk voor functies die niet specifiek bestuurlijk zijn, zoals specifieke constitutionele functies (bijv. Kiesraad) en adviserende functies. Het gaat dan om functies waarbij de onafhankelijkheid t.o.v. het overheidsbestuur vooropstaat, een categorie die wellicht vergelijkbaar is met die van Aanwijzing 124c sub a. Zie Van Angeren (1996), p. 372-375. Gaat men mee in zijn visie van hetgeen als niet specifiek bestuurlijke functie heeft te gelden, dan komt zijn optiek neer op een (door hem wenselijk geachte) uitsluiting in plaats van een nadere beperking van de mogelijkheden tot oprichting van zbo's.

54 Zie het kabinetsstandpunt over functionele decentralisatie: TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 7-9, 11.

55 Zie wat hierover is opgemerkt in het kader van de openbare lichamen van art. 133 en 134 GW (paragraaf 2.4) en waarbij verwezen is naar de mening van het kabinet zoals verwoord in TK 1997/98, 25 629, nr. 3, p. 3.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

ook als deze anders benoemd en gerangschikt worden dan in termen van zbo's. Hieronder wordt daarom inhoudelijk nog verder ingegaan op de drie verzelfstandigingsmotieven.

3.3.4 De drie verzelfstandigingsmotieven

Bij het *zbo*-type van de *massale, geprogrammeerde uitvoering* (Zijlstra: 'scheiding van beleid en uitvoering')⁵⁶ gaat het om het aan een zbo toekennen van de bevoegdheid tot het nemen van grote aantallen beschikkingen ('beschikkingenfabriek'), die zich in algemene regels laten programmeren (gebonden beschikkingen). Als voorbeeld van dit type noemen de Aanwijzingen inzake zbo's de uitvoering van de Wet op de Studiefinanciering. Verder gaat het om het in grote getale verrichten van routinematige, feitelijke werkzaamheden die niet aan de markt kunnen worden overgelaten, zoals bijvoorbeeld de werkzaamheden van Staatsbosbeheer.⁵⁷ Dit type biedt het specifieke voordeel dat het de mogelijkheid biedt de minister te ontlasten van omvangrijke detailbemoeienis.

Het voor dit type karakteristieke uitgangspunt, dat verdisconteerd dient te worden in de randvoorwaarden, volgt uit het motief van instelling (scheiding tussen beleid en uitvoering). Het zbo voert uit en heeft in beginsel niet van doen met de beleidsvorming, de minister houdt zich bezig met het beleid en bemoeit zich in beginsel niet met de eigenlijke taakuitvoering. Concreet betekent dit onder andere dat de invulling van eventuele beslissingsruimte zoveel mogelijk door de organen van het democratisch complex dient te geschieden, dat de (onvermijdelijke) beleidsvorming binnen het zbo daar zoveel mogelijk naar teruggekoppeld dient te worden, dat het zbo geen organisatiestructuur behoeft die de scheiding tussen beleidsbepaling en -uitvoering zichtbaar maakt, dat benoeming, schorsing en ontslag niet gebaseerd mogen zijn op de beleidsmatige snit c.q. politieke kleur van (aspirant-)bestuurders en dat de minister moet kunnen beschikken over de voor de beleidsontwikkeling en -evaluatie relevante informatie.⁵⁸

Het *zbo*-type dat te herleiden is tot de wens van *onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid* kent Zijlstra als het type 'aard van de bevoegdheid'.

Bij het type 'aard van de bevoegdheid' zijn bevoegdheden in het geding die zich naar hun aard niet of slecht lenen voor uitoefening door een orgaan van de reguliere overheid. Te denken valt in de eerste plaats aan bevoegdheden die de organisatie van de overheid zelf betreffen en in de uitoefening waarvan politieke of persoonlijke be-

56 Zie Zijlstra (1997), p. 226-234.

57 Zijlstra (1997), p. 228. Staatsbosbeheer is een publiekrechtelijk vormgegeven zbo met rechtspersoonlijkheid, zie art. 2 Wet verzelfstandiging staatsbosbeheer (Stb. 1997, 514).

58 Zie Zijlstra (1997), p. 228-230.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

langen geen rol behoren te spelen. Dat geldt bijvoorbeeld voor bevoegdheden als het vaststellen van de verkiezingsuitslag (Kiesraad) en de (financiële) controle op het functioneren van de reguliere overheid (Algemene Rekenkamer). Ten tweede gaat het om bevoegdheden betreffende de inhoudelijke beoordeling van kunst en wetenschap, waarvan de uitvoering niet bepaald mag worden door de politieke waan van de dag. Het type kan volgens Zijlstra ten slotte een rol spelen als handhaver van klassieke grondrechten. Als voorbeeld noemt hij het optreden van de Registratiekamer in de sfeer van de persoonsregistraties.⁵⁹ Te denken valt voorts aan het Bedrijfsfonds voor de pers in het kader van de persvrijheid.

Daarnaast moeten tot dit type gerekend worden de toezichthoudende zbo's, zoals bijvoorbeeld De Nederlandsche Bank NV, het Commissariaat voor de Media, de OPTA, de STE, de Verzekeringskamer en de (in de toekomst de zbo-status verkrijgende) NMa. Zij bewegen zich op terreinen van rechtshandhaving die een dermate specifieke materiële deskundigheid vereisen dat het omwille van de effectiviteit van de handhaving aangewezen is deze niet over te laten aan een algemene handhavende instantie (zoals het OM), maar deze onder te brengen in een aparte 'deskundige organisatie'. Bij deze toezichthouders is de zelfstandigheid ten opzichte van de minister soms mede gewenst vanwege de 'aard van de bevoegdheid' (De Nederlandsche Bank NV en het Commissariaat voor de Media) of vanwege het feit dat de toezichthouder (mede) de overheid zelf controleert (OPTA en Nma).

Voor het type 'aard van de bevoegdheid' geldt over de hele linie dat er sprake is van een grotere afstand tot de minister dan bij het voorgaande type. Het gaat om het uitleggen van objectieve, maar veelal vage wettelijke termen, die noodzakelijkerwijs een zekere beoordelingsruimte meebrengen.⁶⁰ De onafhankelijke positie van het zbo dient duidelijk te worden vastgelegd. Het bestuur dient te bestaan uit onafhankelijke, gezaghebbende deskundigen zodat een evenwichtige, door de verschillende betrokkenen als legitiem ervaren afweging van de bij de concrete besluiten betrokken belangen wordt bevorderd.⁶¹

Het '*participatie*'-type ten slotte kenmerkt zich daardoor dat de bestuurders (of leden van andere organen met zeggenschap zoals een raad van toezicht) als representanten van bepaalde belanghebbende maatschappelijke organisaties worden benoemd.⁶² Vol-

59 Zijlstra (1997), p. 234.

60 Zijlstra (1997), p. 235.

61 TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 22-23.

62 Vergelijk wat Van Leerdam over participatie opmerkt (1997, p. 20): 'Participatie betreft de inschakeling van belanghebbenden. Hieronder wordt verstaan de mogelijkheid dat maatschappelijke organisaties – in meer of mindere mate – zeggenschap hebben binnen het overheidsbestuur, in concreto door oprichting van een ZBO. Kenmerkend voor de traditionele wijze waarop dit motief is vormgegeven, is dat vertegenwoordigers van een aantal duidelijk afgebakende maatschappelijke groeperingen een zetel krijgen in het bestuur van het ZBO.'

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

gens de Nota functioneel bestuur is dit type het meest aangewezen indien de taak gekenmerkt wordt door een complexe, veelomvattende doelstelling, waarbij op alle niveaus van de besluitvorming een afweging moet worden gemaakt en waarbij naast deskundigheid ook de afweging van veel belangen aan de orde is.⁶³ Het orgaan heeft een zeer open karakter naar de politieke en maatschappelijke omgeving, waarbij centraal staan het verkrijgen van een zo groot mogelijk maatschappelijk draagvlak voor de beslissingen van het zbo en coördinatie van de verschillende bij de taak betrokken instanties.

Als model staat het participatietype regelmatig ter discussie: 'De vraag welke gevolgen het inschakelen van belanghebbenden heeft voor het democratisch gehalte en de doelmatigheid van het overheidsbestuur wordt zeer verschillend beantwoord. Enerzijds wordt het beschouwd als slecht voor de democratie omdat de invloed van bijzondere belangen de behartiging van het algemeen belang in gevaar kan brengen en slecht uit een oogpunt van doelmatigheid omdat bijzondere belangen zich zodanig aan het overheidsbeleid kunnen vastzetten, dat de overheid grote weerstanden moet overwinnen als zij haar beleid ingrijpend wil wijzigen. Anderzijds wordt het juist als positief beschouwd, omdat in een democratie burgers ook op andere wijze dan via algemene representatie bij de besluitvorming kunnen worden betrokken en omdat het voor een doelmatig en doeltreffend bestuur nodig is dat goede informatie en steun van belanghebbenden voor het gevoerde beleid wordt verkregen.'⁶⁴ Op dit moment heeft participatie als motief voor zelfstandigheid het tij tegen. In plaats van benoeming door (de minister op voordracht van) maatschappelijke (koepel)organisaties wordt heden-tendage benoeming van de bestuursleden door de minister op persoonlijke titel, dat wil zeggen op basis van deskundigheid (kroonledenmodel), dikwijls juister geacht. Te denken valt bijvoorbeeld aan de wijziging van de samenstelling van het bestuur van de voormalige Ziekenfondsraad (nu College voor Zorgverzekeringen) en de andere uitvoeringsorganen volksgezondheid, per 1 januari 2000.⁶⁵

Bij het participatietype dient gegarandeerd te zijn dat de participatie goed uit de verf komt. De representativiteit van de participerende organisaties dient goed gewaarborgd te zijn⁶⁶ en de wijze waarop de representanten verwacht worden deel te nemen aan de besluitvorming moet helder en duidelijk zijn vastgelegd. Sommige auteurs zijn voorts van mening dat het – in afwijking van aanwijzing 124f (een zbo beschikt in de regel niet over regelgevende bevoegdheden) – in beginsel aanvaardbaar is dat een zbo van het participatie-type de beleidsvorming in eigen hand heeft en beschikt over zekere regelgevende bevoegdheden; dit op grond van de gedachte dat een dergelijke zbo beschikt over een eigen democratische legitimatie.⁶⁷

63 TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 23.

64 Boxum, De Ridder, Scheltema (1989), p. 56. Zie hierover uitgebreid: Zijlstra (1997), p. 131-136 en 185-191.

65 Zie TK 1997/98, 26 011, nr. 3, p. 4. Zie ook de tekst van de wet: Stb. 1999, 185.

66 Zijlstra (1997), p. 240, 246.

67 Zie bijv. Zijlstra (1997), p. 238-240.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

3.3.5 Conclusie

Zelfstandige bestuursorganisaties, waaronder overheidsstichtingen, kunnen in principe, omdat zij overheidsorganisaties zijn, volgens de staatstakentheorie zowel exclusief aan de overheid voorbehouden taken verrichten (exclusieve bestuurstaken), als niet-exclusief aan de overheid voorbehouden taken (concurrerende bestuurstaken). De theorie gaat niet in op de verdeling van de bestuurstaken over het openbaar bestuur, dat globaal gesproken bestaat uit een hoofdstructuur en aanvullende vormen van bestuur.

Het regeringsstandpunt over functionele decentralisatie en de aanwijzingen inzake zbo's beogen wel handvatten te bieden voor een dergelijke verdeling. Uitgangspunt daarbij is het primaat van het democratisch gelegitimeerde algemene bestuur. Functionele decentralisatie komt pas in aanmerking als territoriale decentralisatie en uitvoering onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid als opties afvallen. Functionele decentralisatie in de vorm van zbo's mag voorts alleen plaatsvinden als a) er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid, of b) er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen, of c) participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstak bijzonder aangewezen moet worden geacht.

Aangenomen mag worden dat deze gronden evenzeer gelden voor functionele decentralisatie in de vorm van zelfstandige bestuursorganisaties. Ten eerste omdat het kabinet zbo's (naast de – overigens soms door hem ook tot de zbo's gerekende – openbare lichamen) als hét product van functionele decentralisatie beschouwt, en zbo's en functionele decentralisatie in de optiek van het kabinet dus eigenlijk samenvallen. Dat betekent dat wat voor zbo's geldt dus ook geldt voor functionele decentralisatie en derhalve voor alle organisaties die onder de functionele decentralisatie worden geschaard, ook als deze anders gerangschikt worden dan in termen van zbo's. In de tweede plaats is niet gebleken dat het verschil tussen zbo's en zelfstandige bestuursorganisaties iets te maken heeft met de aard van de verzelfstandigingsmotieven.

De te ontwikkelen criteria voor de overheidsstichting als organisatievorm voor openbaar bestuur dienen derhalve binnen de kaders van deze verzelfstandigingsmotieven te blijven.

3.4 Nadere duiding: *zelfstandige* bestuursrechtspersoon

3.4.1 *Zelfstandigheid wat betreft de concrete taakuitvoering*

Zoals vermeld dient het bestuur het niveau van de centrale overheid in beginsel onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid plaats te vinden. Dit in verband met het fundamentele belang van democratische legitimatie en politieke verantwoording. Dat betekent dat uitvoering door de minister, bijgestaan door hiërarchisch aan hem ondergeschikte ambtenaren van zijn ministerie, regel is. Verzelfstandiging leidend tot een

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

verlies aan ministeriële verantwoordelijkheid dient beperkt te blijven tot uitzonderingen. Als we spreken van zbo's, zelfstandige bestuursorganisaties en overheidsstichtingen hebben we het over zulke uitzonderingen; over aan de minister niet hiërarchisch ondergeschikte vormen van bestuur.

De vraag is op welke manier de zelfstandigheid van deze bestuursvormen inbreekt op de oorspronkelijke hiërarchische ondergeschiktheid. De in de ministeriële verantwoordelijkheid gelegen democratische legitimatie van het bestuur manifesteert zich bij hiërarchische ondergeschiktheid op drie manieren. De Duitse auteur Waechter heeft deze drie vormen van vereiste democratische legitimatie (legitimatieketens) op een rij gezet.⁶⁸

Fundamenteel is de organisatorisch-functionele legitimatie (*organisatorisch-funktionelle Legitimation*). Hiermee wordt bedoeld dat de organisatorische structuur die gestalte geeft aan de drie overheidsfuncties van wetgeving, bestuur en rechtspraak, democratisch gelegitimeerd dient te zijn. Dat geldt ook voor veranderingen in die structuur. Van de vereiste democratische legitimatie is in elk geval sprake als een organisatie-onderdeel of organisatorische verandering een wettelijke grondslag heeft. In dat verband wordt in Duitsland gesproken van het *Institutionelle Gesetzesvorbehalt*. Fundamenteel is – meer algemeen gesteld – dat belangrijke wijzigingen in de organisatiestructuur niet buiten de zeggenschap van de volksvertegenwoordiging om plaatsvinden.

Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de regeling van artikel 29 Comptabiliteitswet, waarin wordt bepaald dat het voornemen tot het (mede- of doen) oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat, gemeld dient te worden aan het parlement. In het volgende hoofdstuk komt de regeling van de Comptabiliteitswet uitgebreider aan bod. Met de op deze wijze gegarandeerde betrokkenheid van het parlement 'wordt bereikt dat het parlement vooraf een oordeel kan uitspreken over de juistheid van het voornemen van de regering om de activiteiten van de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon niet binnen de organisatie van de rijksdienst zelf of bij een bij wet op te richten rechtspersoon onder te brengen. Dat is met name uit een staatsrechtelijk oogpunt wenselijk in die gevallen waarin het activiteiten betreft, waarvan de centrale overheid het tot haar taak rekent daarop uit algemeen belang invloed uit te oefenen (...). Zij kan alsdan vooraf beoordelen of haar politieke functie ten aanzien van die activiteiten al dan niet wordt aangetast en zo ja of daartoe in voldoende mate nadere voorzieningen zijn getroffen met betrekking tot het toezicht op die privaatrechtelijke rechtspersonen.'⁶⁹

Uit de gewenste betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging kan worden afgeleid dat de zelfstandigheid van zelfstandige bestuursorganisaties niet beoogt in te breken

68 Waechter (1994), p. 33 e.v.

69 Zie TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 12-13 en TK 1984/85, 19 062, nr. 3, p. 10.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

op deze vorm van democratische legitimatie en de daarmee overeenstemmende ministeriële verantwoordelijkheid.

De tweede vorm van democratische legitimatie is de personele democratische legitimatie (*die personelle demokratische Legitimation*). Hiermee wordt bedoeld dat de personen die werkzaam zijn in de organisatie van het openbaar bestuur over democratische legitimatie dienen te beschikken. Dit kan zowel op directe als indirecte wijze gestalte krijgen. Van indirecte democratische legitimatie is sprake bij benoeming door de politiek verantwoordelijke minister. Verzelfstandiging doorbreekt in beginsel ook deze legitimatieketen niet. De bestuurders onderscheidenlijk de leden van de Raad van Toezicht worden in veel gevallen (in meerderheid) door de minister benoemd.⁷⁰

De zelfstandigheid grijpt wel aan op de derde vorm, te weten de zakelijk-inhoudelijke democratische legitimatie (*sachlich-inhaltliche Legitimation*). Deze vorm van legitimatie krijgt allereerst gestalte in de gebondenheid van het openbaar bestuur aan het recht. Daarnaast is er, gelet op het concrete aanwijzingsrecht van de minister, sprake van politieke verantwoordelijkheid van de minister voor de concrete taakuitvoering. Om deze tweede vorm van zakelijk-inhoudelijke legitimatie gaat het hier. De zelfstandigheid grijpt daar op aan en breekt daar op in: Een zelfstandige bestuursorganisatie is zelfstandig ten opzichte van de minister wat betreft de concrete taakuitvoering.

Terecht wordt dan ook de bevoegdheid om met betrekking tot een individueel geval rechtens te bepalen hoe een ander rechtssubject dient te handelen als het omslagpunt beschouwd tussen ondergeschiktheid en zelfstandigheid.⁷¹ Beschikt de minister niet over een dergelijke bevoegdheid of zeggenschap, dan is hij ook niet verantwoordelijk voor de taakuitvoering in een concreet geval. Algemeen wordt de aanwezigheid van een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister beschouwd als het ijkpunt om te bepalen of er sprake is van ondergeschiktheid of zelfstandigheid.⁷² Maar in principe zijn er ook andere bevoegdheden denkbaar die erop neerkomen dat de minister de concrete taakuitvoering naar zijn hand kan zetten (bijvoorbeeld de situatie dat elke bestuursbeslissing is onderworpen aan de goedkeuring van de minister).

3.4.2 Zeggenschap over de concrete taakuitvoering: drie situaties

Een bijzonder aanwijzingsrecht kan zich rechtens voordoen in een drietal situaties, namelijk bij hiërarchische ondergeschiktheid, bij mandaat en bij een aan de minister

70 Bij overheidsstichtingen is dit per definitie het geval. Bij publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties meestal, zie Ten Berge, Zijlstra (2000), p. 62-64.

71 Zijlstra (1997), p. 77.

72 Zie o.a. Zijlstra (1997), p. 77; Boxum (1997), p. 86 en 87. Vgl. ook de Duitse auteur Emde (1991, p. 357): 'Der Begriff (ministerialfreier Raum – KS) umfaßt nach gängigen Sprachgebrauch (...) all jene Verwaltungsorgane, die zumindest keinen ministeriellen Einzelweisungen unterliegen.'

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

(wettelijk) toegekende bijzondere aanwijzingsbevoegdheid.⁷³ In de gehanteerde volgorde komt de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid steeds meer op zichzelf te staan. Mandaat impliceert het recht van bijzondere aanwijzingen, terwijl mandaat op zijn beurt de voor de hand liggende taakverdelingsconstructie is in een situatie van hiërarchische ondergeschiktheid. Wanneer er louter sprake is van een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid voor de minister, en dus niet (ook) van mandaat of hiërarchische ondergeschiktheid, is er alleen nog de enkele bevoegdheid die de ondergeschiktheid op het punt, waarop de bevoegdheid betrekking heeft, realiseert en niet langer een bredere juridische ondergeschiktheidsverhouding waarin deze bevoegdheid ligt ingebed.

Een verschil tussen mandaat en het bijzondere aanwijzingsrecht sec is voorts dat een gemandateerde bevoegdheid nog steeds de bevoegdheid is van de minister als mandans, terwijl dat niet het geval is bij de bevoegdheid ten aanzien waarvan het bijzondere aanwijzingsrecht bestaat. De gemandateerde voert de bevoegdheid niet in eigen naam en onder eigen verantwoordelijkheid uit en is, ervan uitgaande dat gehandeld is binnen de grenzen van het mandaat, voor die uitvoering niet aansprakelijk. Daarentegen is de bevoegdheid of taak waarop de aanwijzingsbevoegdheid betrekking heeft niet die van de minister, maar die van de uitvoeringsorganisatie.

3.4.3 Nadere beschouwing over de verhouding tussen zeggenschap over de concrete taakuitvoering en ondergeschiktheid

In de drie geschetste situaties is er sprake van een recht van de minister om de concrete taakuitvoering te bepalen. Dit recht is weliswaar te beschouwen als het ijkpunt ter beantwoording van de vraag of er sprake is van ondergeschiktheid danwel zelfstandigheid, maar is niet de enige factor die de vraag naar de zelfstandigheid danwel ondergeschiktheid van de uitvoerende bestuursorganisatie uiteindelijk beslist. Het is met andere woorden de noodzakelijke, maar niet de voldoende voorwaarde. Een aantal bijkomende factoren is eveneens van belang.

In de eerste plaats maakt het uit of het mandaat c.q. de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid de eigenlijke taakuitvoering betreft danwel ziet op een neventaak. Van ondergeschiktheid van de uitvoerende organisatie is alleen sprake als het mandaat of de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid de eigenlijke taakuitvoering van de uitvoerende organisatie betreft. Betreft de concrete zeggenschap slechts een neventaak, dan is de organisatie alleen ondergeschikt voor de uitvoering van die neventaak, maar niet als zodanig.⁷⁴

In de tweede plaats is in de situatie van een bij wet toegekende bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van belang hoe de aanwijzingsbevoegdheid zelf geformuleerd is. Bij een ongeclausuleerde aanwijzingsbevoegdheid is er sprake van ondergeschiktheid aan het taakterrein waarop de aanwijzing betrekking heeft, bij een geclausuleerd con-

73 Vgl. Zijlstra (1997), p. 77-80.

74 Vgl. Zijlstra (1997), p. 82.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

creet instructierecht ligt dit genuanceerder.⁷⁵ Naarmate een instructierecht op een beperkter taakterrein betrekking heeft en meer geclausuleerd is kan met minder recht worden gezegd dat door een dergelijk recht de gehele taakuitvoering onzelfstandige en er in het geheel geen sprake meer is van een zelfstandige bestuursorganisatie. Wel kan terecht worden gesteld dat er, voorzover het instructierecht reikt, sprake is van onzelfstandigheid van de concrete taakuitvoering.

3.4.4 Niet bij zelfstandigheid passende juridische figuren

Hiervoor is aangegeven dat het recht tot het geven van bijzondere aanwijzingen beschouwd moet worden als het ijkpunt voor zelfstandigheid c.q. ondergeschiktheid. Het oogmerk een zelfstandige bestuursorganisatie op te richten gaat dan ook niet samen met de toekenning aan de minister van een bijzonder aanwijzingsrecht jegens die (zelfstandige) bestuursorganisatie. Het een sluit het ander uit. Hetzelfde geldt overigens voor bevoegdheden die feitelijk neerkomen op zo'n bijzonder aanwijzingsrecht van de minister. Te denken valt bijvoorbeeld aan de eerdergenoemde situatie dat elke beslissing van de zelfstandige bestuursorganisatie de goedkeuring van de minister behoeft.

Ook andere juridische constructies die een bijzonder aanwijzingsrecht van de minister jegens een zelfstandige bestuursorganisatie impliceren dienen te worden vermeden. Een voorbeeld betreft mandaatverlening aan een zelfstandige bestuursorganisatie. Bij mandaat verkrijgt de gemandateerde geen eigen bevoegdheid, de bevoegdheid die hij gaat uitoefenen blijft de bevoegdheid van de mandans. De mandans kan de mandataris aanwijzingen geven voor een individueel geval (art. 10:6 Awb) en ook nog steeds zelf de bevoegdheid uitoefenen. Mandaat is daarom bij uitstek geschikt in hiërarchische verhoudingen.⁷⁶

Een en ander betekent dat wanneer mandaat verleend wordt aan een niet-ondergeschikte, in ieder geval wat betreft de gemandateerde bevoegdheid een ondergeschiktheidsrelatie ontstaat.⁷⁷ Zo beschouwd is bevoegdheidsuitoefening in mandaat door een zelfstandige bestuursorganisatie een in zichzelf tegenstrijdige figuur. Dit geldt temeer nu de zelfstandigheid in het kader van functionele decentralisatie nadrukkelijk beoogd is. Daarom is mandaatverlening aan zelfstandige bestuursorganisaties een figuur die afgewezen moet worden (tenzij het mandaat een bevoegdheid van de zelfstandige bestuursorganisatie betreft die buiten het taken- en bevoegdhedenpakket valt waarvoor zelfstandige taakuitvoering werd beoogd).⁷⁸

Een tweede constructie die zich slecht verhoudt met de beoogde zelfstandige taakuitoefening door de zelfstandige bestuursorganisatie, is de benoeming van (ambtelijk-

75 Vgl. Zijlstra (1997), p. 79-80.

76 TK 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 167.

77 Zijlstra (1997), p. 79.

78 Vgl. Zijlstra (1997), p. 200.

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

hiërarchisch ondergeschikte) ambtenaren in het bestuur of in een ander besluitvormend orgaan van een zelfstandige bestuursorganisatie. Waar zelfstandigheid van de taakuitvoering beoogd wordt, dient deze uitvoering niet (mede) in handen gelegd te worden van ambtenaren die gehouden zijn de instructies van de minister op te volgen.

Niet alleen uit hoofde van de beoogde zelfstandigheid van de uitvoeringsorganisatie is deze constructie problematisch. Ook omdat het ambtenaar-bestuurslid door een dergelijke constructie in een lastige situatie gemanoeuvreed wordt, is dat zo. Als bestuurslid geeft hij (mede) leiding aan een organisatie die zelfstandig ten opzichte van de minister functioneert en ten aanzien waarvan de minister (dus) geen bijzonder aanwijzingsrecht heeft, terwijl hij als ambtenaar gevolg dient te geven aan eventuele aanwijzingen van de minister. Ook vanwege dergelijke potentiële rolconflicten dient de figuur te worden vermeden.

Het voorgaande heeft als uitgangspunt een plaats gekregen in de Aanwijzingen inzake zbo's. Het tweede lid van aanwijzing 124i bepaalt dat in het bestuur geen aan een minister ondergeschikte ambtenaren worden benoemd. In de toelichting is aangegeven dat deze bepaling is opgenomen om te voorkomen dat een minister via aan hem ondergeschikte ambtenaren invloed kan uitoefenen op de besluitvorming van het bestuur. Afgezien van de benoeming van ambtenaren dragen ook andere personele unies tussen zelfstandige bestuursorganisatie en het democratisch complex niet bij aan heldere verhoudingen in het openbaar bestuur. De zelfstandigheid is zelfs illusoir als de besluitvorming van de zelfstandige bestuursorganisatie beslissend bepaald kan worden door aan de minister ondergeschikte ambtenaren danwel door anderen die de belichaming vormen van genoemde personele unies.⁷⁹

3.4.5 Conclusie zelfstandigheid

Een zelfstandige bestuursorganisatie is zelfstandig ten opzichte van de minister voor wat betreft de concrete taakuitvoering. Dit houdt in dat een bestuursorganisatie als zelfstandig kan worden gekwalificeerd als de minister geen beslissende zeggenschap toekomt in individuele of concrete gevallen. IJkpunt voor die zeggenschap is de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister, ook wel bijzonder instructierecht genoemd.

Gelet op de bij functionele decentralisatie c.q. zelfstandige bestuursorganisaties beoogde zelfstandigheid ten opzichte van de minister dienen constructies betreffende de verhouding minister-zelfstandige bestuursorganisatie die leiden tot onzelfstandigheid, zoals mandaat, vermeden te worden.

79 Zie Zijlstra (1997), p. 208.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk heeft het begrip zelfstandige bestuursorganisatie centraal gestaan. Het begrip kadert de groep organisaties af waarbinnen de vraag naar de criteria en randvoorwaarden voor de overheidsstichting op zinvolle wijze gesteld kan worden. Achtereenvolgens is aandacht besteed aan het element organisatie, het element bestuur en het element van de zelfstandigheid.

Zelfstandige bestuursorganisaties zijn de resultante van functionele decentralisatie in de zin van organisatiedecentralisatie. Overheidsstichtingen vormen een subcategorie van de zelfstandige bestuursorganisaties. Daarnaast zijn andere (sub)categorieën te onderscheiden. Deze zijn qua reikwijdte afgezet tegen het begrip zelfstandige bestuursorganisatie en beoordeeld op hun relevantie als vergelijkingskader voor de ontwikkeling van criteria en randvoorwaarden voor de overheidsstichting. Gebleken is dat de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersoon (uitgezonderd de openbare lichamen van art. 133, 134 en 135 GW) het eigenlijke alternatief en vergelijkingskader vormt voor de stichtingsvorm. Aangegeven is dat dit betekent dat de stichting als *privaatrechtelijke* – en dus niet publiekrechtelijke – organisatievorm voor openbaar bestuur centraal komt te staan. Dit sluit goed aan bij het feit dat de stichtingsvorm onder juristen, in het kader van de vormgeving van zelfstandige vormen van overheidsbestuur, vooral vanwege de privaatrechtelijke kleur van de organisatievorm voorwerp van discussie is.

Zelfstandige bestuursorganisaties, waaronder overheidsstichtingen, kunnen in principe, omdat zij overheidsorganisaties zijn, volgens de staatstakentheorie zowel exclusief aan de overheid voorbehouden taken verrichten (exclusieve bestuurstaken) als niet-exclusief aan de overheid voorbehouden taken (concurrerende bestuurstaken). De theorie gaat niet in op de verdeling van de bestuurstaken over het openbaar bestuur, dat globaal gesproken bestaat uit een hoofdstructuur en aanvullende vormen van bestuur.

Het regeringsstandpunt over functionele decentralisatie en de aanwijzingen inzake zbo's beogen wel handvatten te bieden voor een dergelijke verdeling. Uitgangspunt daarbij is het primaat van het democratisch gelegitimeerde algemene bestuur. Functionele decentralisatie komt pas in aanmerking als territoriale decentralisatie en uitvoering onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid als opties afvallen. Functionele decentralisatie in de vorm van zbo's mag voorts alleen plaatsvinden als a) er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid, of b) er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen, of c) participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstak bijzonder aangewezen moet worden geacht.

Aangenomen mag worden dat deze gronden evenzeer gelden voor functionele decentralisatie in de vorm van zelfstandige bestuursorganisaties. Ten eerste omdat het

ZELFSTANDIGE BESTUURSORGANISATIES

kabinet zbo's (naast de – overigens soms door hem ook tot de zbo's gerekende – openbare lichamen) als hét product van functionele decentralisatie beschouwt, en zbo's en functionele decentralisatie in de optiek van het kabinet dus eigenlijk samen vallen. Dat betekent dat wat voor zbo's geldt dus ook geldt voor functionele decentralisatie en derhalve voor alle organisaties die onder de functionele decentralisatie worden geschaard, ook als deze anders gerangschikt worden dan in termen van zbo's. In de tweede plaats is niet gebleken dat het verschil tussen zbo's en zelfstandige bestuursorganisaties iets te maken heeft met de aard van de verzelfstandigingsmotieven.

De te ontwikkelen criteria voor de overheidsstichting als organisatievorm voor openbaar bestuur, dienen derhalve binnen de kaders van deze verzelfstandigingsmotieven te blijven.

Een zelfstandige bestuursorganisatie is zelfstandig ten opzichte van de minister voor wat betreft de concrete taakuitvoering. Dit houdt in dat een bestuursorganisatie als zelfstandig kan worden gekwalificeerd als de minister geen beslissende zeggenschap toekomt in individuele of concrete gevallen. IJkpunt voor die zeggenschap is de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister, ook wel bijzonder instructierecht genoemd.

Gelet op de bij functionele decentralisatie c.q. zelfstandige bestuursorganisaties beoogde zelfstandigheid ten opzichte van de minister, dienen constructies betreffende de verhouding minister-zelfstandige bestuursorganisatie die leiden tot onzelfstandigheid vermeden te worden.

Nu het begrip zelfstandige bestuursorganisatie in dit hoofdstuk is gepositioneerd en uitgewerkt, kan overgegaan worden tot behandeling van de vraag in welke gevallen de stichtingsvorm de juridisch aangewezen organisatievorm is voor zelfstandige bestuursorganisaties. Zoals aangegeven gaat het daarbij om de criteria voor de privaatrechtelijke overheidsstichting als alternatief voor publiekrechtelijke vormgeving. Ter ontwikkeling van deze criteria zal de overheidsstichting dan ook met name vergeleken worden met de publiekrechtelijke tegenhanger van de overheidsstichting, welke net als de overheidsstichting een subcategorie van de zelfstandige bestuursorganisaties vormt, te weten de publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersoon.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Schema Hoofdstuk 3 Zelfstandige bestuursorganisaties

| | overheid | | particulieren |
|---------------------|------------------------------------|--|---|
| | publiekrechtelijke organisatievorm | privaatrechtelijke rechtspersoons vorm | |
| openbaar gezag | organisatiecentralisatie | | gezagsdecentralisatie |
| | | 133-135 GW | |
| | 1 zb-org | 1 zb-org | |
| | 2 - | 2 zb-rp | |
| geen openbaar gezag | | ov | (concurrerende) bestuurstaak maatschappelijk middenveld |
| | 1 zb-org | 1 zb-org | |
| | 2 - | 2 zb-rp | |
| | 3 - | 3 - | |
| | | ov | particuliere taak |
| 1 - | | | |
| 2 - | | | |
| 3 - | | | |

↔ geen rp: rp

overheids-
rechtspersonen
krachtens privaatrecht
o.a. overheids-
stichtingen

zelfstandige bestuursrechtspersonen

zelfstandige bestuursorganisaties
organisatiecentralisatie

■ = voor criteria en randvoorwaarden van de overheidsstichting relevante deel van het functioneel bestuur

1. Zelfst.bestuursorganisatie (zb-org)

2. Zelfst.bestuursrechtspersoon (zb-rp)

3. Zelfst.bestuursorgaan (zbo)

Functioneel- = Organisatiecentralisatie + gezagsdecentralisatie

Ov = Overheidsvennootschap

133-135- = waterschappen, openbare lichamen voor beroep en bedrijf en andere openbare lichamen

Rp = Rechtspersoon(lijkheid)

HOOFDSTUK 4

Argumenten pro en contra de overheidsstichting als privaatrechtelijke organisatievorm

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt gezocht naar criteria voor de vormgeving van zelfstandige bestuursorganisaties als de overheidsstichting. Daarbij draait het met name om criteria die de stichtingsvorm als niet-publiekrechtelijke organisatievorm aangewezen maken.

Gestart wordt met een schets van het juridische kader voor de oprichting van een overheidsstichting op rijksniveau. Dat kader is beperkt: alleen de Comptabiliteitswet verbindt eisen aan de oprichting van overheidsstichtingen, namelijk voorzover er sprake is van het (doen of mede-) oprichten van stichtingen door de Staat (paragraaf 4.2).

In paragraaf 4.3 komen vervolgens de factoren en argumenten aan bod die door de literatuur worden opgeworpen of in de verzelfstandingspraktijk leidend tot overheidsstichtingen zijn ingebracht ter motivering of afwijzing van de keuze voor privaat- in plaats van publiekrechtelijke vormgeving.

Paragraaf 4.4 concludeert in de vorm van een opsomming en afweging wat de bespreking van de diverse factoren aan pro- en contra-argumenten voor privaatrechtelijke vormgeving in de vorm van een overheidsstichting heeft opgeleverd.

4.2 Het juridische kader voor de oprichting van overheidsstichtingen op rijksniveau

4.2.1 Oprichtingsvereisten ingevolge artikel 29 van de Comptabiliteitswet

Alhoewel gelet op het voorgaande voor de kwalificatie overheidsstichting (op het niveau van de centrale overheid) niet vereist is dat de stichting wordt opgericht door een minister, zal een minister toch vaak betrokken zijn bij de oprichting van een overheidsstichting. De minister mag een stichting krachtens artikel 29, eerste en tweede lid CW niet (doen of mede-) oprichten buiten medeweten van het parlement.

Geen verschil maakt het of het de oprichting van een particuliere stichting betreft, danwel de oprichting van een overheidsstichting. Regel is dat het voornemen tot oprichting gemeld wordt aan de beide Kamers der Staten-Generaal, waarna oprichting in beginsel zonder wettelijke machtiging kan geschieden. Als een van beide Kamers der Staten-Generaal echter van oordeel is dat de oprichting toch een voorafgaande wettelijke machtiging behoeft, vindt oprichting niet eerder plaats dan na die machtiging.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Het tweede lid regelt wanneer een machtigingswet alsnog vereist is. Behalve het oordeel van een van beide Kamers dat de voorgenomen oprichting een machtiging bij de wet behoeft, kan door een van beide Kamers of door ten minste twintig procent van de Eerste Kamer- danwel dertig Tweede Kamerleden (daaraan voorafgaand) om nadere inlichtingen worden gevraagd. De wens over de voorgenomen rechtshandeling nadere inlichtingen te ontvangen dient uiterlijk op de dertigste dag na ontvangst van de mededeling van de betrokken minister ter griffie van de Eerste en Tweede Kamer der Staten-Generaal te kennen worden gegeven. Het oordeel dat de voorgenomen rechtshandeling een voorafgaande machtiging behoeft, kan door een van beide Kamers worden uitgesproken uiterlijk op de veertiende dag na genoemde ontvangst van de mededeling, danwel binnen veertien dagen na het verstrekken van de gevraagde nadere inlichtingen.¹

Artikel 29, eerste en tweede lid CW² luidt als volgt:

‘1. Het oprichten of mede-oprichten, danwel het doen oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat zal niet eerder plaatsvinden dan 30 dagen nadat van het voornemen daartoe door Onze betrokken minister, in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, schriftelijk mededeling is gedaan aan beide Kamers van de Staten-Generaal.

2. Indien binnen de in het eerste lid genoemde termijn door of namens een der Kamers van de Staten-Generaal of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een der Kamers de wens te kennen wordt gegeven nadere inlichtingen te ontvangen over de voorgenomen rechtshandeling, zal deze niet eerder plaatsvinden dan nadat deze inlichtingen zijn verstrekt. Indien een van beide Kamers binnen 14 dagen na de mededeling bedoeld in het eerste lid, of na het verstrekken van de in dit lid bedoelde inlichtingen als haar oordeel uitsprekt dat de voorgenomen rechtshandeling een voorafgaande machtiging behoeft, zal de rechtshandeling eerst plaatsvinden na die machtiging.’

Overigens leidt het niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 29 CW, namelijk het verzuimen van de melding aan het parlement, niet tot aantasting van de geldigheid van de privaatrechtelijke rechtshandelingen voor het (mede- of doen) oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon. Artikel 31 CW bepaalt namelijk dat de geldigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen niet wordt aangetast indien de bij of

1 Vgl. de tekst die ter toelichting in de kantlijn van een kamerstuk wordt opgenomen, waarin een dergelijke mededeling door de betrokken minister aan de Kamers wordt gedaan. Zie bijvoorbeeld TK 1999/2000, 27 053, nr. 1 (Oprichting TechnoStartersPlatform) en TK 1998/99, 26 716, nr. 1 (Oprichting van het Nationaal Initiatief Duurzame Ontwikkeling (NIDO)). Een dergelijke toelichting vangt steeds aan met het bericht op welke dag de mededeling ter griffie van de Eerste en van de Tweede Kamer der Staten-Generaal is ontvangen.

2 De overige leden van artikel 29 CW verbinden voorwaarden aan (verschillende vormen van) deelneming van de Staat in een NV of BV en zijn voor het gebruik van de stichtingsvorm derhalve niet interessant.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

krachtens de CW gestelde regels niet worden nageleefd, tenzij het gaat om het niet naleven van de regels omtrent de bevoegdheid van de handelende personen, gesteld bij of krachtens het bepaalde in de artikelen 27 en 28. Als de minister verzuimt melding te doen aan het parlement heeft dit weliswaar betrekking op de bevoegdheid van een handelende persoon (namelijk de machtiging van de minister tot oprichting), maar aan de orde is hier artikel 29 en niet de artikelen 27 en 28. De geldigheid van oprichting van de stichting wordt dus door het meldingsverzuim niet aangetast.³

De ratio voor dit verschil ten opzichte van de artikelen 27 en 28 is gelegen in het feit dat artikel 29 ziet op de verhouding minister – parlement. Derden staan daarbuiten en mogen niet de dupe worden van gebreken in de oprichting. De artikelen 27 (het privaatrechtelijke beheer) en 28 (geldleningen) betreffen daarentegen direct de relatie Staat – derden, zodat een zekere onderzoeksplicht van de derde met betrekking tot de bevoegdheid van de wederpartij mag worden verondersteld. Bescherming van de derde tegen bevoegdheidsgebreken zich voordoend aan de zijde van de Staat, daaruit bestaande dat de geldigheid van rechtshandelingen door dergelijke bevoegdheidsgebreken niet kan worden aangetast, is in die situaties dan ook minder op zijn plaats.

De huidige regeling van artikel 29 CW,⁴ betekent een versoepeling ten opzichte van die van het oude artikel 40 Comptabiliteitswet 1976, waarin sprake was van de omgekeerde situatie: als regel gold de eis van wettelijke machtiging. Bij wijze van uitzondering kon oprichting plaatsvinden zonder die machtiging.

‘Van het eerste en tweede lid van artikel 40 CW 1976 luidde alleen het eerste lid anders, namelijk:

1. Voor oprichting of mede-oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat is machtiging bij de wet vereist. In spoedeisende gevallen kan oprichting of mede-oprichting, behoudens het bepaalde in het tweede lid, zonder machtiging bij de wet plaatsvinden, doch niet eerder dan 14 dagen nadat van het voornemen daartoe schriftelijk mededeling is gedaan aan beide Kamers van de Staten-Generaal.’

Met de wijziging is niet beoogd verandering te brengen in de staatsrechtelijke ratio van de regeling in de CW.⁵ Deze ratio houdt in dat met de regeling wordt ‘bereikt dat het parlement vooraf een oordeel kan uitspreken over de juistheid van het voornemen van de regering om de activiteiten van de betrokken privaatrechtelijke rechtspersoon

3 Zie Ackermans-Wijn (1998), p. 13. Vgl. ook Peters (1992), p. 980 over de gevolgen van het naleven van wat toen art. 40 CW (thans: art. 29 CW) was: ‘De effecten hiervan mogen niet worden overschat: artikel 44 Comptabiliteitswet geeft aan dat niet-naleving van de voorschriften niet terug slaat op de rechtshandeling.’

4 De verandering maakte deel uit van de op 18 augustus 1995 in werking getreden Zesde wijziging van de Comptabiliteitswet, Stb. 1995, 375.

5 TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 13.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

niet binnen de organisatie van de rijksdienst zelf of bij een bij wet op te richten rechtspersoon onder te brengen. Dat is met name uit een staatsrechtelijk oogpunt wenselijk in die gevallen waarin het activiteiten betreft, waarvan de centrale overheid het tot haar taak rekent daarop uit algemeen belang invloed uit te oefenen. De Staten-Generaal kunnen alsdan vooraf beoordelen of haar politieke functie ten aanzien van die activiteiten al dan niet wordt aangetast en zo ja, of daartoe in voldoende mate nadere voorzieningen zijn getroffen met betrekking tot het toezicht op die privaatrechtelijke rechtspersonen.⁶

Met de wijziging van artikel 29 is beoogd om – met behoud van de bestaande materiële bevoegdheden van de Staten-Generaal en van de overwegingen die daarvoor in de memorie van toelichting bij de wet van 8 december 1988 zijn gebezigd – de procedure voor de oprichting van een rechtspersoon krachtens privaatrecht te versoepelen, door de wettelijke machtiging te vervangen door een zogenaamde ‘voorhangprocedure’.⁷

De versoepeling is met name bedoeld voor de privaatrechtelijke verzelfstandiging van beleidsmatig niet-gevoelige en doorgaans kleinere uitvoerende onderdelen van de overheidsorganisatie.⁸ De verzelfstandigingspraktijk heeft geleerd dat het vereiste van machtiging bij wet in die gevallen als een te zware, veel tijd vergende procedure wordt ervaren. Deze ongewenste vertraging van het verzelfstandigingsproces werd door ministers soms omzeild door te kiezen voor een zogenaamde stroman-constructie, waarbij oprichting van de rechtspersoon niet plaatsvond door de Staat, maar door derden, bijvoorbeeld door ambtenaren als privé-persoon. De aanleiding tot dergelijke constructies wordt door de versoepelde regeling ondervangen. De mogelijkheid van een stroman-constructie als zodanig is bovendien expliciet uitgesloten doordat in tegenstelling tot de oude regeling ‘het doen oprichten’ ook onder de bepaling van artikel 29, eerste lid, CW valt.⁹

De versoepeling is niet zozeer bedoeld voor de grotere verzelfstandigingen. Volgens de memorie van toelichting zal bij dergelijke verzelfstandigingen, gelet op het belang daarbij van onder meer de Staat en de werknemers, veelal direct worden geopteerd voor een machtigingswetprocedure in plaats van een voorhangprocedure. De bepaling dat de minister al-

6 TK 1984/85, 19 062, nr. 3, p. 10 (toelichting op het oude artikel 40, zoals dit bij wet van 8 december 1988 is vastgesteld) en TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 12 (herhaling overwegingen in de toelichting op artikel 29, zoals dat is vastgesteld bij de zesde wijziging van de CW, Stb. 1995, 375).

7 TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 13.

8 TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 13.

9 TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 13-14. In TK 1996/97, 25 277, nr. 1 heeft de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer bekendgemaakt hoeveel rechtspersonen naar privaatrecht het Rijk in de periode 1980-medio 1995 heeft doen oprichten. Het betreft een schatting: tot onder het oude systeem dat gold tot 1 januari 1995 behoeften dergelijke oprichtingen door de betrokken ministers niet aan het parlement te worden gemeld. Zoals gezegd is dat onder de nieuwe systematiek wel het geval.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

leen *in overeenstemming met het gevoel* van de ministerraad schriftelijke mededeling van het oprichtingsvoornemen aan de beide Kamers der Staten-Generaal kan toezenden, opent de mogelijkheid dat de ministerraad in bepaalde gevallen een verzelfstandiging beleidsmatig zo belangrijk vindt, dat reeds bij voorbaat geopteerd wordt voor een wettelijke machtiging in plaats van voor de voorhangprocedure.¹⁰

De indruk die ontstaat, is dat onder het nieuwe systeem het (doen of mede-) oprichten van een rechtspersoon krachtens privaatrecht door de betrokken ministers consequent aan het parlement wordt gemeld en dat die melding maar in een zeer beperkt aantal gevallen resulteert in een machtigingswet. Dat laatste laat natuurlijk onverlet dat de regering sowieso kan besluiten tot een wettelijke regeling van de op te richten stichting.

Ter indicatie enige cijfers over het jaar 1999: dertien keer is in dat jaar melding gemaakt van de oprichting van een rechtspersoon krachtens privaatrecht zoals bedoeld in artikel 29, eerste lid CW.¹¹ Het ging daarbij om elf stichtingen en twee naamloze vennootschappen. Vier keer was op enigerlei wijze een verzoek om nadere inlichtingen aan de orde: driemaal werd om nadere inlichtingen gevraagd (tweemaal door een vaste kamercommissie¹² en eenmaal door vijftien afzonderlijke leden van de Eerste Kamer)¹³ en driemaal werd op een dergelijk verzoek antwoord van de regering ontvangen, waarbij het in een tweetal gevallen ging om corresponderende vragen en

10 Zie TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 13-14.

11 TK 1998/99, 26 475, nrs. 230 en 1 (oprichting Stichting Rijksacademie beeldende kunsten); TK 1998/99, 26 481, nrs. 231 en 1 (oprichting Stichting Leerstoel Criminalistiek); TK 1998/99, 26 522, nrs. 239 en 1 (oprichting NOB Holding NV); TK 1998/99, 26 535, nrs. 243 en 1 (oprichting MTS Amsterdam); TK 1998/99, 26 558, nrs. 246 en 1 (oprichting Stichting Kennisontwikkeling en kennisoverdracht Bodem (SKB)); TK 1998/99, 26 640, nrs. 278 en 1 (oprichting Stichting Netherlands Water Partnership); TK 1998/99, 26 241, nr. 31 (Enquête vliegcrash Bijlmermeer: oprichting noodfonds voor de slachtoffers van de Bijlmercrash); TK 1998/99, 26 688, nrs. 309 en 1 (oprichting Dr Ir G. Blom Stichting); TK 1998/99, 26 709, nrs. 319 en 1 (oprichting Stichting Forum voor Democratische Ontwikkeling); TK 1998/99, 26 716, nrs. 323 en 1 (oprichting van het Nationaal Initiatief Duurzame Ontwikkeling (NIDO)); TK 1999/2000, 26 864, nrs. 55 en 1 (Oprichting Stichting Connekt); TK 1999/2000, 26 944, nrs. 111 en 1 (oprichting Stichting Landelijk Platform Tegen Geweld op Straat); TK 1999/2000, 26 964, nrs. 133 en 1 (oprichting Stichting Incident Management Vrachtauto's).

12 TK 1998/99, 26 328, nrs. 112a en 2 (oprichting Weerbureau HWS BV): vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat en TK 1999/2000, 26 640, nrs. 54 en 2 (oprichting Stichting Netherlands Water Partnership): vaste commissie voor Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer.

13 EK 1998/99, 26 481, nr. 231a (oprichting Stichting Leerstoel Criminalistiek).

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

antwoorden.¹⁴ Ten slotte bereikte in 1999 slechts eenmaal een machtigingswet het Staatsblad.¹⁵

De meeste in dit onderzoek betrokken overheidsstichtingen (zie de als bijlage opgenomen lijst) dateren qua oprichting van vóór 1995 en zijn derhalve opgericht onder de oude systematiek van de Comptabiliteitswet 1976 toen een machtigingswet in beginsel was voorgeschreven. Bij deze overheidsstichtingen is soms sprake van een specifieke machtigingswet, in andere gevallen heeft de machtiging plaatsgevonden in een wet die behalve de machtiging nog een aantal andere zaken regelt. Een derde mogelijkheid die voorkomt is een wettelijke regeling van (de oprichting van) een stichting zonder dat daarbij verwezen wordt naar het machtigingsvereiste van de CW. Zo'n wettelijke regeling impliceert echter in feite de machtiging; door in te stemmen met het wetsvoorstel, stemt het parlement immers in met de (oprichting van de) stichting. Ten slotte is er in een enkel geval in het geheel geen sprake van een wettelijke machtiging of basis, bijvoorbeeld omdat het Rijk de stichting heeft doen oprichten en daarvoor geen machtigingswet vereist was. Wegens onvolledigheid van de lijst privaatrechtelijke rechtspersonen die het Rijk in de periode 1980-1995 heeft doen oprichten, zal deze reden voor meer stichtingen die een machtigingswet ontberen kunnen gelden. Een andere verklaring voor het ontbreken van een dergelijke wet kan zijn de in artikel 40 CW 1976 genoemde grond van de spoedeisendheid. In dit overzicht (zie enkele illustraties hieronder) zijn overheidsstichtingen opgericht vóór 1976 niet meegenomen.

Voorbeelden van een specifieke machtigingswet voor overheidsstichtingen:

- Wet van 28 september 1983, houdende machtiging tot mede-oprichting van de Stichting Informatie- en Coördinatie-orgaan Dienstverlening Oorlogsgetroffenen (Wet Stichting I.C.O.D.O.), Stb. 1983, 588.
- Wet van 24 juli 1993, houdende de verzelfstandiging van de rijksmuseumse diensten (Wet verzelfstandiging rijksmuseumse diensten), Stb. 1993, 398.
- Wet van 18 maart 1987, houdende machtiging tot oprichting van de Stichting Nederlands Interdisciplinair Demografisch Instituut, Stb. 1987, 130.
- Wet Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij, Stb. 1992, 282.

14 Aan de kamerstukken met de door de vaste kamercommissies gestelde vragen zijn de antwoorden van de regering toegevoegd. De vraag om nadere inlichtingen van de vijftien EK-leden is niet in nadere vragen gespecificeerd, ondergetekenden geven slechts de wens te kennen nadere inlichtingen te ontvangen over de voorgenomen oprichting van de Stichting Leerstoel Criminalistiek. De antwoorden van de regering zijn daaraan niet toegevoegd. De brief van de staatssecretaris van OC&W van 17 mei 1999 - TK 1998/99, 26 475, nrs. 230a en 2 (oprichting Stichting Rijksakademie beeldende kunsten) bevat onder meer het antwoord op de door een kamercommissie gevraagde nadere inlichtingen over de voorgenomen oprichting.

15 Wet van 26 maart 1999, houdende machtiging tot medewerking aan de oprichting van een Waarborgfonds voor de zorgsector, Stb. 1999, 203.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

- Wet van 21 november 1979, houdende machtiging tot oprichting van een Stichting door de Staat (Machtigingswet IRC), Stb. 1979, 777.

Voorbeelden van een wettelijke regeling met daarin onder andere een machtiging tot oprichting van de overheidsstichting: Wet van 11 maart 1993, houdende regels betreffende enkele aspecten van het specifiek cultuurbeleid (Wet op het specifiek cultuurbeleid); in artikel 9 van deze wet (Wsc) wordt de minister gemachtigd tot het (mede-)oprichten van fondsen. Voorbeelden van dergelijke fondsen zijn de Stichting Fonds voor de letteren en de Stichting Productiefonds voor de Nederlandse Films (zie ook artikel 11, tweede lid, Wsc).

- In artikel 57 Wet op de Ruimtelijke Ordening en artikel 20.14 Wet milieubeheer wordt de Minister van VROM gemachtigd tot oprichting van de stichting die nu bekend is als de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening.

Voorbeelden van een wettelijke regeling van (het bestaan c.q. de oprichting van) een overheidsstichting zonder expliciete wettelijke machtiging:

- De Mediawet verschaft verschillende overheidsstichtingen een basis, zoals de Nederlandse Programma Stichting, de Nederlandse Omroep Stichting, de Stichting Etherreclame, de Stichting Radio Nederland Wereldomroep en de (oprichting van de) Stichting stimuleringsfonds Nederlandse culturele omroepproducties.

- Artikel 3, eerste lid, Wet op de architectentitel bepaalt dat de Minister van VROM een Stichting bureau architectenregister opricht; hoofdstuk III van de wet bevat de (rest van de) regeling van dit bureau.

- Artikel 13a, eerste lid, Wet Voorraadvorming Aardolieproducten (Stb. 1986, 675) luidt dat de Minister van EZ er zorg voor draagt dat er een stichting is, genaamd Stichting Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieproducten. De bepalingen omtrent de regeling van deze stichting beslaan de artikelen 13a tot en met 13g van de wet.

- De Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 bepaalt in artikel 2, eerste lid, dat er een Verzekeringskamer is. Artikel 3 bepaalt vervolgens dat de Minister van Financiën en de Minister van SZW als Verzekeringskamer een rechtspersoon (met statuten, zie sub c) aanwijzen. Dit is de in Apeldoorn gevestigde Stichting Verzekeringskamer.

Voorbeelden van overheidsstichtingen waarvoor een wettelijke machtiging ontbreekt:

- Stichting Stuurgroep Experimenten Volkshuisvesting. Deze stichting staat op de lijst van privaatrechtelijke rechtspersonen die het Rijk in de periode 1980-1995, voorzover bekend, heeft doen oprichten (TK 1996/97, 25 277, nr. 1). Het doen oprichten door het Rijk viel tot 1 januari 1995 niet onder het machtigingsvereiste van de CW en behoefde niet aan het parlement te worden gemeld. Volgens genoemd kamerstuk is de stichting opgericht in 1988, maar de stichting wordt reeds genoemd in de rijksbegroting voor het jaar 1987.

- Stichting Nationaal Comité 4 en 5 mei. Dit comité is op 27 november 1987 bij Koninklijk Besluit ingesteld (KB van 27 november 1987, no. 27) als opvolger van het – uit particulier

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

initiatief voortgekomen – Comité Nationale Herdenking en het Comité Nationale Viering Bevrijding.

De CW voorziet dus in een procedure die het parlement in kennis stelt van het voornemen tot oprichting van de overheidsstichting en die moet worden doorlopen voorafgaand aan die oprichting. Aan de oprichting als zodanig verbindt zij echter geen inhoudelijke voorwaarden, in tegenstelling tot hetgeen voor decentraal niveau is bepaald in Gemeente- en Provinciewet omtrent de oprichting van (en deelneming in) privaatrechtelijke rechtspersonen.

Gemeente- en Provinciewet leggen een duidelijke voorkeur aan de dag voor de publiekrechtelijke organisatievorm, die gepaard gaat met en ondersteund wordt door de aanwezigheid van concreet in de wet geregelde publiekrechtelijke organisatievormen.

Een publiekrechtelijk alternatief wordt zowel voor de binnengemeentelijke en binnenprovinciale taakbehartiging geboden als voor de taakbehartiging tussen decentrale overheden. In beide gevallen zijn daarbij mogelijkheden geschapen voor samenwerking tussen bestuur en burger. Sinds 1964 kennen de GemW (art. 82) en ProvW (art. 80) bepalingen die het mogelijk maken functionele commissies in te stellen¹⁶, waarin ook particulieren zitting kunnen nemen.¹⁷ De Wet gemeenschappelijke regelingen biedt mogelijkheden voor samenwerking in een publiekrechtelijke vorm (openbaar lichaam, gemeenschappelijk orgaan) tussen decentrale overheden. Een gemeenschappelijke regeling kan ook tussen een gemeente, provincie of waterschap enerzijds en een privaatrechtelijke rechtspersoon anderzijds worden getroffen (art. 93 Wgr). Een dergelijke rechtspersoon kan ook deelnemen aan een regeling getroffen tussen openbare lichamen (art. 96). In beide gevallen dient het bestuur van de privaatrechtelijke rechtspersoon daartoe bij KB machtiging te verkrijgen.

Ingevolge artikel 155 GemW en 151 ProvW besluiten de gemeenteraad respectievelijk provinciale staten slechts tot het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke organisatievormen indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Goedkeuring door Gedeputeerde Staten respectievelijk de Minister (BZK) van een dergelijke beslissing is vereist.

Wat er onder deelneming in dit verband moet worden verstaan is niet geheel duidelijk.¹⁸ Van deelneming in een vennootschap of vereniging is sprake als via aandeelverwerving respectievelijk lidmaatschap beoogd wordt rechtstreeks een gemeentelijk belang te behartigen.¹⁹ De vraag of er ook sprake kan zijn van deelneming in een stichting is daarmee niet

16 Zie ten algemene over commissies als vorm van decentralisatie: Ten Berge (1978).

17 Over de samenstelling van de commissies bevatten GemW en ProvW in het algemeen geen voorschriften. Uitzonderingen daargelaten beschikken de Raad resp. Provinciale Staten over een discretionaire bevoegdheid. Ook 'buitenstaanders' kunnen in een commissie worden benoemd. (Zijlstra (1997), p. 324.)

18 Zoals eerder opgemerkt, beperkt het begrip deelneming in de leden 3 en volgende van artikel 29 CW zich expliciet tot de deelneming (van de Staat) in een NV of BV.

19 Zijlstra (1997), p. 342-343.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

beantwoord, maar feit is wel dat deelneming en stichting zich op het eerste gezicht, vanwege de niet-corporatieve structuur van de stichting, slecht tot elkaar lijken te verhouden.²⁰ Dat zou danwel betekenen dat de stroman-constructie, die op rijksniveau in de huidige Comptabiliteitswet is ondervangen, op decentraal niveau, waar de eisen op zichzelf strenger zijn, nog mogelijk is.

In de weinig omvangrijke jurisprudentie van de Kroon over het criterium van de *bijzondere aangewezenheid* legt de Kroon de bewijslast bij de gemeente. Deze dient aan te tonen waarom de stichtingsvorm aangewezen is. De Kroon beoordeelt slechts de argumenten die de gemeente naar voren brengt en onderzoekt niet zelf of een privaatrechtelijke rechtsvorm wellicht bijzonder aangewezen is.²¹ Uit de toetsing van de argumenten komt naar voren dat een decentrale overheid in elk geval steeds dient te motiveren waarom niet gekozen is voor een publiekrechtelijk alternatief, zelfs als het om een openbaar nutsbedrijf gaat waarvan de NV-vorm als organisatievorm in de wetgeving is erkend en in de praktijk veelvuldig wordt gebruikt.²² Daarbij volstaat niet de enkele zinsnede dat tegen de publiekrechtelijke vorm weerstanden bestaan.²³ Gedeputeerde Staten kunnen eveneens rechtmatig hun goedkeuring onthouden als het financiële toezicht op de beoogde stichting onvoldoende is geregeld.²⁴

Er is daarmee sprake van een stringente toepassing van artikel 234 (oud, nu 155) GemW door de Kroon.²⁵ Daarbij dient overigens wel bedacht te worden dat deze jurisprudentie een vertekend beeld geeft, in die zin dat lang niet alle casus bij de Kroon (en nu bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State) terechtkomen. Dat is alleen het geval als Gedeputeerde Staten hun goedkeuring aan het besluit tot oprichting of deelneming onthouden en de gemeente daartegen beroep aantekent.

Uitgangspunt van de wetgever is (geweest) dat taken waarmee het openbaar belang is gemoeid zoveel mogelijk publiekrechtelijk moeten worden behartigd. Als achtergrond van deze terughoudendheid inzake het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (oprichting en deelneming) wordt aangevoerd dat publiekrechtelijke rechtsvormen zijn onderworpen aan de regels van het publiekrecht, zoals bijvoorbeeld de regels vastgelegd in de Gemeentewet en de Wgr: 'Hierin zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Bij privaatrechtelijke rechtsvormen gelden deze

20 Vgl. Zijlstra (1997), p. 342-343: 'Het deelnemen in een stichting lijkt in eerste instantie op zichzelf al af te stuiten op het ledenverbod'.

21 Voldoende aannemelijk moet zijn gemaakt dat de privaatrechtelijke vorm bijzonder aangewezen is: zie o.a. KB 29 april 1971, Stb. 1971, 299; KB 1 maart 1974, AB 1974, 228 en KB 26 juli 1980, AB 1980, 501. Zie ook Van Loenen (1959), p. 234-3.

22 KB 3 november 1966, Gst. 1966, 5922, nr. 3.

23 KB 1 maart 1974, AB 1974, 228.

24 KB 27 juni 1977, AB 1977, 403.

25 Zie voor dit oordeel o.a. annotator V.d.N. bij KB 26 juli 1980, AB 1980, 501; Van Loenen (1959), p. 234-3; Van Wijk, Konijnenbelt (1999), p. 130.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

waarborgen niet. Daarom moet de privaatrechtelijke rechtsvorm wel bijzonder aangewezen worden geacht voor een bepaald openbaar belang wil deze in aanmerking kunnen komen.²⁶

Wanneer bij uitzondering voor een privaatrechtelijke vorm wordt gekozen moeten dergelijke aspecten dan ook goed geregeld worden. Is dit niet het geval dan dient goedkeuring, met een beroep op 'andere dringende redenen' (lid 2, sub b, van art. 155 GemW en art. 151 ProvW), aan het oprichtings- of deelnemingsbesluit te worden onthouden.²⁷ 'Met name zal bij de privaatrechtelijke rechtsvorm moeten worden getoetst of in voldoende mate is voldaan aan de eisen van democratische besluitvorming, openbaarheid en controle bij de toekenning van rechten en verplichtingen en bij het verdelen van taken en verantwoordelijkheden.'²⁸ Overigens geeft de memorie van antwoord bij de Provinciewet aan dat ook bij publiekrechtelijke rechtsvormen de wijze waarop gestalte wordt gegeven aan de gekozen rechtsvorm van veel invloed kan zijn op het al dan niet democratisch functioneren.²⁹

Ondanks de bepalingen in GemW en ProvW wordt er op decentraal niveau toch dikwijls van stichtingen en vennootschappen gebruikgemaakt.³⁰ Dit ligt niet alleen aan het feit dat in de praktijk de goedkeuring door Gedeputeerde Staten vaak wordt verleend³¹ of dat veel gevallen van oprichting of deelneming Gedeputeerde Staten danwel de Minister nooit bereiken vanwege het onduidelijke begrip 'deelneming' in de genoemde wettelijke bepalingen van GemW en ProvW.³² Het ligt ook aan de onduidelijkheid van het criterium van de bijzondere aangewezenheid zelf, een onduidelijkheid die in de hand gewerkt wordt door 'de vele vormen en het brede overheidsterrein waarop taakbehartiging op privaatrechtelijke wijze plaatsvindt, bijvoorbeeld op het terrein van de stadsvernieuwing, gezondheidszorg, onderwijs.'³³ Ten slotte geeft de wetgever zelf vaak aan tegen het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen geen bezwaar te hebben. Te denken valt aan de Elektriciteitswet, waarin de NV als rechtsvorm is aangewezen.³⁴ Ook kan gewezen worden op het veelvuldige gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen in het kader van de zogeheten publiek-

26 TK 1988/89, 19 836, nr. 9 (MvA Nieuwe bepalingen m.b.t. provincies/ProvW), p. 106. Vergelijk ook TK 1985/86, 19 403, nr. 3 (MvT Nieuwe bepalingen m.b.t. gemeenten/GemW), p. 138 (art. 156) en EK 1984/85, 16 538, nr. 11d (MvA Nieuwe bepalingen m.b.t. gemeenschappelijke regelingen/Wgr), p. 6. Zie ten slotte: T&C PGW 1994 (Zijlstra), aant. 1 bij art. 155 GemW; en Zijlstra (1997), p. 344.

27 T&C PGW 1994 (Zijlstra), aant. 2 bij art. 155 GemW.

28 Zie vorige noot en TK 1988/89, 19 836, nr. 9 (MvA Nieuwe bepalingen m.b.t. provincies/ProvW), p. 106.

29 TK 1988/89, 19 836, nr. 9, p. 106.

30 Zijlstra (1997), p. 347, nt. 99 wijst in dat verband o.a. terecht op de omvangrijke jurisprudentie van de CRvB m.b.t. art. 1 Ambtenarenwet inzake de vraag of een stichting als openbare dienst in de zin van dat artikel dient te worden aangemerkt. Daarin wordt een bevestiging gevonden van de stelling dat er veelvuldig van stichtingen gebruik wordt gemaakt.

31 Zijlstra (1997), p. 347.

32 Spanninga (1989), p. 104; Zijlstra (1997), p. 346/347.

33 TK 1989/90, 19 836, nr. 15 (Nota n.a.v. het Eindverslag inz. Nieuwe bepalingen m.b.t. provincies/Provinciewet), p. 34.

34 Zie hierover De Ru (1989), p. 302-303.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

private samenwerking gericht op stedelijke vernieuwing, waartegen het kabinet geen bezwaar heeft. Integendeel, uit een dergelijke bestuurspraktijk leidt het kabinet zelfs de 'bijzondere aangewezenheid' in de zin van GemW en ProvW af.³⁵

Voor overheidsstichtingen indirect relevant (namelijk alleen voorzover het de bedoeling is dat ze met openbaar gezag bekleed zouden worden), is ten slotte dat het gesloten systeem van Gemeente- en Provinciewet de overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden aan privaatrechtelijke organisaties uitsluit. Een dergelijke overdracht is slechts mogelijk als daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig is, derhalve alleen wanneer een bijzondere formele wet daarvoor een basis biedt. Dit betekent een duidelijk verschil met wat op rijksniveau mogelijk is.³⁶

Tussen centraal en decentraal niveau openbaart zich daarmee een duidelijk verschil. Op decentraal niveau verbinden de Gemeente- en Provinciewet inhoudelijke beperkingen aan het gebruik van de stichtingsvorm door de overheid, die de Comptabiliteitswet voor het (doen of mede-) oprichten van stichtingen door de Staat op centraal niveau niet bevat. Dit hangt uiteraard samen met het op rijksniveau ontbreken van een algemeen publiekrechtelijk alternatief als de commissie.

4.2.2 *Conclusie*

Aan de oprichting van een overheidsstichting op het niveau van de centrale overheid wordt juridisch weinig in de weg gelegd. Van inhoudelijke voorwaarden of beperkingen is geen sprake. Artikel 29, lid 1 en 2, CW verbindt wel een procedurele voorwaarde aan het (doen of mede-) oprichten van een stichting door de Staat. Het voornemen daartoe dient namelijk door de betrokken minister te worden gemeld aan het parlement, dat vervolgens een wettelijke machtiging kan verlangen. Vindt het parlement die machtiging wenselijk, dan dient het dat uit te spreken. Blijft een dergelijke uitspraak achterwege, dan mag de rechtshandeling tot oprichting van de stichting (niet eerder dan) dertig dagen nadat het voornemen aan het parlement is gemeld plaatsvinden.

4.3 **Argumenten pro en contra de overheidsstichting als privaatrechtelijke organisatievorm**

4.3.1 *Inleiding*

In Hoofdstuk 3 is aan de orde gekomen dat het bij de privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen hoofdzakelijk gaat om stichtingen en (naamloze

35 TK 1988/89, 20 800, VII, nr. 35, p. 9.

36 Zie hierover uitgebreid: Zijlstra (1997), p. 349-368.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

en besloten) vennootschappen. Aangegeven is dat de organisatievorm van de dikwijls ten behoeve van een / het algemeen belang werkzame stichting, in het algemeen beter aansluit bij het soort taken dat de overheid doorgaans verricht, dan de op een commerciële bedrijfsvoering toegesneden vennootschap. Dit heeft tot gevolg dat de vennootschap in dit boek voor de ontwikkeling van criteria voor de overheidsstichting in beginsel buiten beschouwing blijft.

Dit betekent vervolgens dat het bij de criteria voor de overheidsstichting niet zozeer om de criteria voor de stichting als een van de privaatrechtelijke organisatievormen gaat (waar alleen de stichting en vennootschap veelgebruikte vormen zijn en de vennootschap afvalt, blijft immers slechts de stichting over), maar om de criteria voor de overheidsstichting als niet-publiekrechtelijke organisatievorm. De stichting is in beeld als alternatief voor haar publiekrechtelijke tegenhanger, de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersoon.

Voor de methode van weergave van de argumenten pro/contra de overheidsstichting betekent dit dat gefocused is op de argumenten pro/contra *privaatrechtelijke* organisatiedecentralisatie en dat deze argumenten waar dat een toegevoegde waarde heeft, zijn toegespitst op en uitgediept voor de stichtingsvorm. Kenmerken van de stichting kunnen immers het argument pro of contra privaatrechtelijke vormgeving versterken danwel afzwakken. Een vergelijking van de stichtingskenmerken met die van de NV/BV kan daarbij behulpzaam zijn.

Per factor die hierna aan de orde komt als argument voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving door middel van een stichting, wordt begonnen met een weergave van het argument in de literatuur en met een blik op de praktijk om te kijken welke rol het argument daar speelt of heeft gespeeld. In deze weergave van de praktijk zijn alleen overheidsstichtingen en niet ook publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen betrokken: uitgaande van de regel van de publiekrechtelijke organisatievorm zal een motivering van de vormgeving in de regel slechts vooral aangetroffen worden bij organisaties met een niet-publiekrechtelijke, maar privaatrechtelijke vormgeving.

Niet voor elke overheidsstichting geldt overigens dat informatie over de organisatievorm motieven beschikbaar is. Niet steeds is sprake van een instellings- of machtigingswet, waarbij in de fase van de behandeling van het wetsvoorstel (bijvoorbeeld in de memorie van toelichting) aandacht is besteed aan het waarom van de voorgestelde organisatievorm.

Niet meegenomen zijn daarbij overigens overheidsstichtingen waarbij de motivering van de rechtsvormkeuze zich beperkt tot een motivering van de keuze voor rechtspersoonlijkheid *sec*, dus zonder motivering van de privaatrechtelijke kleur van die rechtspersoonlijkheid (zoals bijvoorbeeld bij de Stichting bureau architectenregister).

Na het onderdeel 'Inventarisatie' waarmee de behandeling van elk argument pro/contra privaatrecht steeds wordt begonnen, volgt steeds een 'Beoordeling' van het argument uitmondend, in de conclusie of het argument een indicatie voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving oplevert.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

4.3.2 *Herkenbaarheid en transparantie van het openbaar bestuur*

4.3.2.1 Inventarisatie

Aan het belang van een herkenbaar en transparant openbaar bestuur worden doorgaans argumenten tegen privaatrechtelijke vormgeving van zelfstandige bestuursorganisaties ontleend. Deze argumenten spelen in de literatuur veelvuldig een rol, zonder dat doorgaans nader aangegeven wordt wat met herkenbaarheid, transparantie en andere, soortgelijke begrippen wordt, bedoeld.

Gewezen wordt dan op het belang van de herkenbaarheid van de overheid of de herkenbaarheid van het overheidsoptreden, of op de ongewenstheid van 'overheid in vermomming'. Ditzelfde geldt wat betreft het belang van de doorzichtigheid van de overheidsorganisatie danwel de doorzichtigheid van het rechtssysteem of de rechtsverhoudingen.³⁷

Een goede indruk van de argumentatie op dit punt biedt het kabinetsstandpunt over functionele decentralisatie, waarin wordt gesteld: 'Een afzonderlijke overweging om bij de privaatrechtelijke vormgeving van bestuursorganen grote terughoudendheid te betrachten is dat een aldus vormgegeven zelfstandig bestuursorgaan de uiterlijke verschijningsvorm heeft van een "gewone" privaatrechtelijke organisatie. Dit komt de doorzichtigheid van de rechtsverhoudingen niet ten goede. In die gevallen kan het voor de burger onduidelijk zijn dat achter de betrokken organisatie een "overheidsorgaan" schuilgaat. Het is van belang dat het overheidsbestuur als zodanig kenbaar is voor de burger.'³⁸

In het kader van de ondoorzichtigheid die door privaatrechtelijke vormgeving wordt vergroot, wijzen sommige auteurs erop dat deze er voor een deel uit bestaat dat door privaatrechtelijke vormgeving publiek- en privaatrechtelijke normen onnodig door elkaar heen gaan lopen.³⁹

De transparantie-argumentatie is terug te vinden in aanwijzing 124b van de Aanwijzingen inzake zbo's. Een (nieuw) zbo dient in beginsel een publiekrechtelijke organisatievorm te hebben, omdat een heldere inrichting van het openbaar bestuur daarmee is gediend. In verband met die ratio lijkt de privaatrechtelijke organisatievorm in het bijzonder problematisch te worden geacht als het gaat om de uitoefening van openbaar gezag (zie daarover paragraaf 4.3.5).⁴⁰

37 Zie o.m.: De Goede (1956), p. 44; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), nr. 183; Schreuder (1994), p. 239 en 412; Van Rossum (1997), p. 92; Cie Sint *Verantwoord verzelfstandigen* (1995), p. 12.

38 TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 25.

39 Maeijer (1997), p. 12; Cie Scheltema *Steekhoudend ministerschap*, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 42.

40 Zie aanwijzing 124b, eerste, tweede en vijfde lid, van de Aanwijzingen inzake zbo's, plus de toelichting op het vijfde lid.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Gelet op het bovenstaande zal het geen verbazing wekken dat in de praktijk het argument van de herkenbaarheid en doorzichtigheid veelal buiten beschouwing blijft als het gaat om de motivering van de stichtingsvorm.

De privaatrechtelijke verzelfstandiging van de Verzekeringskamer vormt wat dat betreft een uitzondering. Het punt komt daar aan de orde naar aanleiding van vragen over de verenigbaarheid van de voorgestelde privaatrechtelijke organisatievorm met de, in de regeringsnota over functionele decentralisatie onder andere in verband met de doorzichtigheid van de rechtsverhoudingen uitgesproken, voorkeur voor de publiekrechtelijke vorm. De memorie van antwoord stelt in reactie daarop dat de beheersmatige verzelfstandiging van de Verzekeringskamer geen veranderingen met zich brengt ten aanzien van onderwerpen als rechtsbescherming tegen beslissingen van de Verzekeringskamer, openbaarheid van bestuur en democratische controle, zodat niet kan worden aangenomen dat de keuze van de privaatrechtelijke vorm de doorzichtigheid van de rechtsverhoudingen zou benadelen.⁴¹

4.3.2.2 Beoordeling argument herkenbaarheid/transparantie

4.3.2.2.1 Herkenbaarheid

Allereerst is het zaak helder te krijgen wat onder de begrippen herkenbaarheid en transparantie moet worden verstaan.

Hier wordt ervan uitgegaan dat herkenbaarheid de vraag betreft of een organisatie aan zijn organisatievorm herkenbaar is als overheid. Herkenbaarheid ziet daarmee op de indruk die de organisatievorm wekt omtrent de aard van de organisatie waaraan zij vorm geeft. Een publiekrechtelijke organisatievorm betekent steeds dat het om een overheidsorganisatie gaat, een privaatrechtelijke organisatievorm wekt de indruk van een particuliere organisatie. Uit een oogpunt van herkenbaarheid is privaatrechtelijke vormgeving van een overheidsorganisatie dan ook minder wenselijk.

Deze herkenbaarheid is van belang omdat de overheid zich principieel van de rest van de samenleving onderscheidt door het geweld- en dwangmonopolie dat zij bezit, en de op dat monopolie terug te voeren mogelijkheid om jegens burgers eenzijdig beslissingen te nemen. In verband daarmee is het in het algemeen en zeker ook voor burgers van belang dat de grens tussen overheid en niet-overheid zo duidelijk mogelijk gestalte krijgt.

De herkenbaarheid van publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties is echter ook niet optimaal. Vaak blijkt uit de naam van een zelfstandige bestuursorganisatie immers niet de vormgevingskleur. Er wordt kortweg gesproken van Staatsbosbeheer of College tarieven gezondheidszorg, zonder dat duidelijk is dat het hier om publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties gaat. Andersom is de

41 TK 1991/92, 22 316, nr. 6, p. 11-12.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

stichtingsvorm van organisaties als de Verzekeringskamer of de rijksmusea in het dagelijks verkeer ook niet direct duidelijk. Wel dient de naam van de stichting – die in de statuten moet worden vermeld – het woord ‘stichting’ als deel van de naam te bevatten (artikel 2:286, vierde lid, sub a BW). Grenserving tussén overheid en niet-overheid treedt dus niet alleen op bij het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen, maar is inherent aan het fenomeen van zelfstandige bestuursorganisaties als zodanig. Ten minste voor zolang publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties niet verplicht gesteld worden een naam te voeren waarin het overheidskarakter duidelijk naar voren komt.⁴²

Het verschil is echter dat als de kleur van de vormgeving wél bekend is, een publiekrechtelijke snit altijd duidt op overheid, terwijl een privaatrechtelijke snit eerder een particuliere dan een overheidsorganisatie doet vermoeden.

4.3.2.2 Transparantie

Transparantie is een begrip dat op een tweetal manieren wordt gebruikt. Met het begrip kan allereerst worden bedoeld op de helderheid van de inrichting van het openbaar bestuur. Het gaat dan om de organisatie- en bevoegdhedenstructuur. Dit wordt hier aangeduid als constitutionele transparantie. Daarnaast wordt het begrip gebruikt ter aanduiding van de doorzichtigheid van de bestuurlijke rechtsverhoudingen. Het gaat dan om de doorzichtigheid van de rechtsverhoudingen tussen zelfstandige bestuursorganisaties en de burger.⁴³ In het vervolg wordt in dat kader gesproken van de rechtsbeschermingstransparantie.

Bij beide vormen van transparantie kan de mate van transparantie onderzocht worden op het niveau van de individuele organisatie en op het niveau van het geheel van de organisaties samen (het openbaar bestuur c.q. de particuliere sector). Hier is gekeken naar het niveau van de afzonderlijke organisatie, waarbij ervan is uitgegaan dat naarmate de transparantie daarvan groter is, ook de transparantie op het niveau van de verschillende organisaties samen groter wordt.

42 Vgl. Zijlstra (1997), p. 142.

43 De rechtsverhouding tussen zelfstandige bestuursrechtspersoon en minister (een structuur van sturing, toezicht en verantwoording) blijft hier buiten beschouwing. Een dergelijke structuur dient namelijk zowel bij publiek- als bij privaatrechtelijke vormgeving apart te worden geregeld. De minister heeft alleen de bevoegdheden jegens de zelfstandige bestuursrechtspersoon die hem zijn toegekend. Op voorhand kan niet worden gezegd dat in het algemeen de rechtsverhouding bij de ene soort vormgeving helderder is dan bij de andere soort. Als argument voor een bepaald soort vormgeving is deze vorm van transparantie dan ook niet vaak aan de orde. Een uitzondering lijkt te zijn: Den Boer (1997), p. IV-9-14 en (1997), p. 165.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

4.3.2.2.3 Constitutionele transparantie

De constitutionele transparantie ziet op de correspondentie tussen een aantal elementaire bouwstenen van de organisatie. Die bouwstenen zijn de (publiek- danwel privaatrechtelijke) vormgeving of organisatievorm van de organisatie, de (publiek- danwel privaatrechtelijke) handelingsvorm waarmee de organisatie zijn taken verricht en het (particuliere danwel overheids-) karakter van de organisatie. In vergelijking met de hierboven genoemde herkenbaarheid neemt de constitutionele transparantie dus ook de factor van de handelingsvorm in ogenschouw.

Er is onderscheid is tussen situaties van (maximale) transparantie (de twee factoren stemmen overeen met de derde factor van de vormgevingskleur), minimale transparantie (de twee factoren stemmen daar beide niet mee overeen) en halve transparantie (een van de twee factoren stemt overeen met de vormgevingskleur). Hieronder is een en ander verder uitgewerkt, waarbij met het oog op de rechtsbeschermingstransparantie alvast voor elk van de zes situaties is aangegeven wat de toegankelijke rechter en het toepasselijke recht is.

De constitutionele transparantie is maximaal bij publiekrechtelijke organisaties die publiekrechtelijk handelen (beoordeling door bestuursrechter, bestuursrechtelijke normering) en bij privaatrechtelijke organisaties die privaatrechtelijk of feitelijk handelen (beoordeling door burgerlijke rechter, burgerrechtelijke normering). Maximaal, omdat zowel de aard van de organisatie (bestuursorganisatie resp. private organisatie) als de handelingsvorm corresponderen met de door de organisatievorm gewekte indruk. Daaruit volgt dat de constitutionele transparantie minimaal is bij privaatrechtelijk vormgegeven *bestuursorganisaties* die publiekrechtelijke rechtshandelingen verrichten. De door de organisatievorm gewekte indruk van een private organisatie wordt noch door de aard van de organisatie (bestuursorganisatie) noch door de handelingsvorm bevestigd; de bestuursrechter is de aangewezen rechter en er geldt een bestuursrechtelijke normering.

Ten slotte doet zich een drietal situaties van halve constitutionele transparantie voor. Ten eerste bij publiekrechtelijke organisaties die privaatrechtelijk handelen (burgerlijke rechter, behalve civiel recht ook publiekrechtelijke normen van toepassing), en ten tweede bij privaatrechtelijke organisaties die publiekrechtelijk handelen (bestuursrechter, bestuursrechtelijke normering). In deze twee situaties wijkt de handelingsvorm af, maar correspondeert het soort organisatie (overheid of particulier) wel met de organisatievorm. De derde vorm van halve transparantie is gegeven met privaatrechtelijk vormgegeven bestuursorganisaties die privaatrechtelijk handelen (civiele rechter, civielrechtelijke normering, publiekrechtelijke normering ontbreekt of is onzeker). Dat het hier om een bestuursorganisatie gaat, correspondeert niet met de door de privaatrechtelijke organisatievorm gewekte indruk, terwijl de handelingsvorm daarmee wel in overeenstemming is.

Er is echter wel een verschil tussen de eerste twee situaties van halve constitutionele transparantie en de laatste. In tegenstelling tot situatie drie is in de eerste twee gevallen de herkenbaarheid van de organisatie als particuliere of bestuursorganisatie niet in het geding.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Als het de bedoeling is dat een zelfstandige bestuursrechtspersoon publiekrechtelijk handelt, resulteert privaatrechtelijke vormgeving in de slechtst denkbare, want minimale, constitutionele transparantie. In die zin vloeit uit de constitutionele transparantie een argument tegen privaatrechtelijke vormgeving voort.

Publiekrechtelijke vormgeving garandeert echter ook niet steeds maximale constitutionele transparantie. Als een publiekrechtelijke organisatie privaatrechtelijk handelt, doet zich immers een situatie van halve transparantie voor. Die mate van transparantie is vergelijkbaar met die welke aan de orde is als openbaar gezag wordt toegekend aan een particulier(e organisatie), hetgeen in de literatuur met name juist om redenen van transparantie (een heldere inrichting van het openbaar bestuur is daarmee niet gediend)⁴⁴ wordt afgewezen.

Bij de *constitutionele transparantie* zouden voorts nog de (publiek- danwel privaatrechtelijke) regels die de organisatie- en bevoegdhedenstructuur van de organisatie bepalen kunnen worden meegenomen. Deze regels betreffen als het ware het *metaniveau*: de regels die de constitutie van de zelfstandige bestuursorganisatie bepalen.

Op zichzelf is het juist dat deze regels voor privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen uit een mix van privaatrecht en publiekrecht kunnen bestaan, terwijl publiekrechtelijke organisaties qua constitutie alleen door publiekrecht worden beheerst (instellingswet). De constitutie van privaatrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen wordt namelijk in elk geval geregeld door de regeling voor de betreffende rechtspersoon in het BW. Daarnaast gelden ook de algemene bepalingen van boek 2 BW. Ten slotte kunnen, indien aanwezig, ook wettelijke bepalingen van de instellings- en/of machtigingswet relevant zijn.

Vanwege deze (potentiële) mix van regels zou gesteld kunnen worden dat privaatrechtelijke vormgeving niet de voorkeur verdient, omdat minder helder is wat de toepasselijke constitutieregels zijn. Men dient echter te bedenken dat de samenloop van wettelijke bepalingen en de regeling in het BW op zichzelf niet ingewikkeld hoeft te zijn, terwijl het BW algemene bepalingen bevat die met name de interne verhoudingen in de rechtspersoon normeren en die voor rechtspersonen krachtens publiekrecht ontbreken. Dit ontbreken lijkt op het eerste gezicht misschien een bevestiging van het eenvoudiger regelcomplex bij publiekrechtelijke rechtspersonen, maar anderszijds kan de vraag gesteld worden welke normen danwel, aangenomen dat de instellingswet daaromtrent niets bepaalt, op de interne verhoudingen bij rechtspersonen krachtens publiekrecht van toepassing zijn. De algemene bepalingen van boek 2 BW naar analogie?

44 Zie bijv. aanwijzing 124, lid 5, van de Aanwijzingen inzake zbo's, waaraan (blijkens de toelichting) dit argument ten grondslag ligt.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

De algemene bepalingen van boek 2 regelen onder meer de volgende aspecten:

- artikel 6: rechtspositie van de rechtspersoon en van derden in verband met de voor de rechtspersoon verplichte openbaarmaking van gegevens;
- artikel 7: rechtsgevolgen van doeloverschrijding door de rechtspersoon;
- artikel 8: de werking van de redelijkheid en billijkheid binnen de organisatie;
- artikel 9: de plicht tot behoorlijke taakvervulling en de aansprakelijkheid van bestuurders;
- artikel 10: algemene boekhoudplicht van het bestuur van de rechtspersoon;
- artikel 12, 13, 24d: stemrechtbepalingen;
- artikel 14,15 en 16: nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van organen van rechtspersonen, de werking daarvan jegens een ieder en de bescherming van de wederpartij;
- artikel 19-24: bepalingen betreffende de ontbinding van een rechtspersoon;
- artikel 24a-24c: concernrechtelijke bepalingen.

Ten minste een aantal bepalingen hiervan lijkt ook van belang voor publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen, zoals die betreffende de algemene boekhoudplicht en het stemrecht.

4.3.2.2.4 Rechtsbeschermingstransparantie

Bepalend voor de rechtsbeschermingstransparantie zijn de factoren die de rechtspositie van de burger bepalen. Deze rechtspositie bestaat uit twee elementen. Van belang voor de burger is enerzijds of publiek- danwel privaatrechtelijke normen van toepassing zijn op het handelen van de zelfstandige bestuursorganisatie en anderzijds welke rechter hij kan adieren om tegen dat handelen op te komen. Op beide aspecten wordt nader ingegaan in Hoofdstuk 5.

Hier kan volstaan worden met de opmerking dat het blijkt dat de vormgeving van de handelende zelfstandige bestuursorganisatie niet van invloed is op de toegankelijke rechter. Of de civiele rechter danwel bestuursrechter geadieerd kan worden, wordt bepaald door de handelingsvorm. Zie hierover verder paragraaf 5.3.1 van Hoofdstuk 5.

Dat de privaatrechtelijke organisatievorm in beginsel geen nadeel met zich brengt qua rechtsbeschermingstransparantie, gaat niet op voor het op dat handelen toepasselijke recht. Bij handelen dat niet in het kader van het bekleed zijn met openbaar gezag plaatsvindt, doet zich een verschil in toepasselijk recht voor dat wordt veroorzaakt door het verschil in vormgeving van de organisatie. Bij privaatrechtelijke vormgeving openbaart zich een normeringsleemte waarvan bij publiekrechtelijke vormgeving geen sprake is.

Dit laatste punt is niet alleen negatief te waarderen vanuit een oogpunt van de gelding van publiekrechtelijke waarborgen, maar ook vanuit het oogpunt van rechtsbeschermingstransparantie. Waar bij het privaatrechtelijk en feitelijk handelen van publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties steeds een mix van privaat- en publiekrechtelijke regels van toepassing is, brengt privaatrechtelijke vormgeving mee dat binnen die (op zichzelf reeds weinig transparante) mix de toepasse-

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

lijkheid van de publiekrechtelijke regels aan helderheid inboet en dus aan transparantie verliest: een aantal regels van publiekrecht blijft namelijk van toepassing, van een aantal verdwijnt die toepasselijkheid en voor het overige is de toepasselijkheid onzeker. Zoals gezegd wordt op de toepasselijkheid van de verschillende publiekrechtelijke waarborgen uitgebreid ingegaan in het volgende hoofdstuk.

4.3.2.3 Conclusie

De conclusie kan zijn dat het herkenbaarheidsargument meebrengt dat publiekrechtelijke vormgeving verkieslijker is dan privaatrechtelijke vormgeving.

Eenzelfde conclusie is op grond van hetgeen geschreven is over constitutionele transparantie niet mogelijk. Deze vorm van transparantie kan zowel bij publiek- als privaatrechtelijke vormgeving meer of minder optimaal zijn.

Ten slotte dient vanuit het perspectief van de rechtsbeschermingstransparantie weer de voorkeur gegeven te worden aan publiekrechtelijke vormgeving, gelet op het aspect van de op de zelfstandige bestuursorganisatie toepasselijke publiekrechtelijke normering. De toegankelijke rechter als aspect van de rechtsbeschermingstransparantie levert in beginsel geen argument voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving op: niet de (publiek- of privaatrechtelijke) organisatievorm, maar de handelingsvorm, bepaalt welke rechter geadieerd kan worden.

4.3.3 *Zelfstandigheid en onafhankelijkheid ten opzichte van de minister*

4.3.3.1 Inventarisatie

Bij een aantal overheidsstichtingen is voor privaatrechtelijke in plaats van publiekrechtelijke vormgeving gekozen, omdat een privaatrechtelijke organisatievorm de onafhankelijkheid van de taakuitvoering ten opzichte van de minister beter zou waarborgen of in elk geval beter tot uitdrukking zou brengen.

De motivering van de keuze voor een privaatrechtelijke in plaats van een publiekrechtelijke vormgeving is ten aanzien van de in stichtingsvorm gegoten *fondsen van de Wet op het specifieke cultuurbeleid (Wsc)* uitvoerig gemotiveerd. De argumenten zijn vooral terug te vinden in de parlementaire behandeling van de Fondsenwet Scheppende Kunsten, de wet die aan de Wsc voorafging. Een publiekrechtelijke status zou bij betrokkenen de indruk kunnen wekken dat de werkelijke zeggenschap over de subsidietoekenning bij de rijksoverheid blijft. ‘Daarvan immers – zo zou de redenering kunnen zijn – zijn publiekrechtelijke rechtspersonen een verlengstuk.’⁴⁵ Onder de Wsc wordt de fondsenconstructie van de Fondsenwet gehandhaafd. Een dergelijke constructie wordt aan de orde geacht als het om beslissingen gaat waarbij directe

45 TK 1979/80, 15 997, nr. 3, p. 6.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

politieke sturing en verantwoording niet aan de orde zijn, aangezien het gaat om inhoudelijke beslissingen van artistieke, cultuurhistorische of anderszins culturele aard.⁴⁶

Ten aanzien van de *Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (STAB)* is het gelet op de inhoud van de adviesfunctie van belang dat deze onafhankelijk van de minister wordt uitgeoefend.⁴⁷ Gesteld wordt dat de privaatrechtelijke stichtingsvorm in vergelijking met een tot de rijksdienst behorende overheidsinstantie (zbo, rijksinstituut) meer waarborgen biedt voor een onafhankelijke positie van de adviseurs.⁴⁸ Zo wordt volgens de regering bereikt 'dat de instelling een zo groot mogelijke onafhankelijkheid bezit, terwijl de overheid via de wettelijke en statutaire bevoegdheden waar nodig kan ingrijpen'.⁴⁹

De vraag die daarmee aan de orde is, is of privaatrechtelijke in plaats van publiekrechtelijke vormgeving de onafhankelijkheid van de taakuitvoering daadwerkelijk beter waarborgt danwel deze onafhankelijkheid slechts duidelijker illustreert. Staat, ervan uitgaande dat de minister over gelijke bevoegdheden jegens de organisatie beschikt, een stichting als privaatrechtelijke organisatie qua taakuitvoering echt zelfstandiger ten opzichte van de minister dan het geval is bij een publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersoon?

De literatuur biedt enkele aanknopingspunten om te veronderstellen dat privaatrechtelijke organisatievormen de onafhankelijkheid van de taakuitvoering inderdaad beter garanderen dan publiekrechtelijke.

Het eerste is aangedragen door De Ru. Hij bepleit begrip en ruimte voor het gebruik van de privaatrechtelijke vorm. Met de privaatrechtelijke vorm kan volgens hem namelijk beter dan in het publiekrecht verzelfstandiging gegarandeerd worden, vooral wanneer het aangelegenheden betreft waarbij sprake moet zijn van beleid dat onafhankelijk is van de politieke waan van alledag.⁵⁰

Het volgens De Ru belangrijkste voordeel van privaatrechtelijke ten opzichte van publiekrechtelijke vormgeving hangt samen met het verschil tussen beide op het punt van de toerekening. Waar in beginsel in het privaatrecht de rechtspersoon geldt als eindpunt van toerekening, wordt het publiekrecht beheerst door het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid, hetgeen meebrengt dat daar in beginsel de minister eindpunt van toerekening is. Vanwege dit verschil ligt de bewijslast in beide stelsels verschillend als het gaat om het afweten van politieke detailbemoedienissen.⁵¹

46 TK 1991/92, 20 987, nr. 12, p. 6.

47 TK 1993/94, 23 770, nr. 3, p. 4.

48 TK 1994/95, 23 770, nr. 5, p. 2.

49 TK 1994/95, 23 770, nr. 5, p. 5.

50 De Ru (1997), p. 8. Volgens De Ru is dat 'aan de orde bij tal van instanties die toezicht moeten houden op min of meer gereguleerde markten'.

51 De Ru (1997), p. 8.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Alhoewel het volgens De Ru in de staatsrechtelijke theorie ook wat betreft publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen heet dat de minister slechts verantwoordelijk is voorzover hij bevoegd is, zal de minister met betrekking tot deze bestuursorganen de verleiding tot bemoeizucht en de politieke druk vanuit de Kamers minder goed kunnen weerstaan dan met betrekking tot privaatrechtelijke rechtspersonen het geval is. Privaatrechtelijke rechtspersoonsvormen werpen een natuurlijke drempel op tegen detailbemoeienis. Gebruikmaking van het privaatrecht schept duidelijkheid voor bewindspersonen, omdat zij detailbemoeienis (gevraagd door het parlement) met goede argumenten kunnen afhouden.⁵²

Het tweede aanknopingspunt hangt samen met de bestuursautonomie en het belang van de stichting.⁵³ Deze elementen zijn in paragraaf 2.2.2.1 van Hoofdstuk 2 aan de orde gekomen in verband met de vraag naar de geoorlooftheid van bindende, concrete instructies aan het bestuur van een stichting. Aangegeven is toen dat de meeste auteurs in verband met de norm van artikel 2:9 BW van mening zijn dat het niet zo kan zijn dat een stichtingsbestuur (steeds zonder meer) aan dergelijke instructies gebonden is. Mede vanwege het stichtingsbelang waarop het stichtingsbestuur zich dient te richten, kan de uitkomst van de afweging van belangen op basis van artikel 2:9 BW (verplichting van bestuurders tot behoorlijk bestuur) zijn, dat het bestuur of een bestuurder van mening is geen uitvoering te kunnen geven aan een gegeven instructie. Gelet daarop zou het zo kunnen zijn dat privaatrechtelijke rechtspersonen zelfstandiger staan ten opzichte van de minister dan publiekrechtelijke rechtspersonen waarvoor de norm van artikel 2:9 BW niet geldt.⁵⁴

4.3.3.2 Beoordeling: levert privaatrechtelijke vormgeving meer zelfstandigheid op ten opzichte van de minister dan publiekrechtelijke vormgeving?

Het argument van De Ru – dat aangeduid kan worden als het argument van de omgekeerde bewijslast – moet niet houdbaar worden geacht. Zelfstandige bestuursorganisaties voeren hun taken en bevoegdheden zelfstandig ten opzichte van de minister uit en zijn in dat opzicht dus zelf eindpunt van toerekening. De publiekrechtelijke danwel privaatrechtelijke vormgeving maakt wat dat betreft geen verschil. In beide gevallen is

52 De Ru (1997), p. 8. Zie ook (1995), p. 6: 'De beste drempel daartegen (tegen politieke detailbemoeienis - KS) is in de praktijk externe verzelfstandiging in privaatrechtelijke rechtspersonen.' Instemmend: Oranje (1998), p. 367.

53 Zie over dit argument: Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 251-255.

54 Soms is in de specifieke instellingswet van een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersoon wel een enigszins vergelijkbare bepaling opgenomen in die zin dat de Raad van Toezicht zich richt op het belang van de betreffende organisatie en/of dat de leden daarvan gehouden zijn tot een behoorlijke taakvervulling. Zie Ten Berge, Zijlstra (2000), p. 68-71.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

de minister slechts verantwoordelijk en derhalve eindpunt van toerekening voorzover hij bevoegdheden heeft jegens de zelfstandige bestuursorganisatie.

Ook is op voorhand niet aannemelijk dat het parlement zich bij privaatrechtelijke vormgeving van zelfstandige bestuursorganisaties terughoudender op zal stellen dan bij publiekrechtelijke vormgeving. Casus als die van de Nederlandse Spoorwegen NV (verhoging treintarieven) laten zien dat de politieke praktijk zich in dat kader niet veel gelegen laat liggen aan de kleur van de vormgeving. Wanneer een (vermeend) falen in de uitvoering van een zelfstandige bestuursrechtspersoon bekend wordt, zal de minister daar door het parlement op worden aangesproken, ongehinderd de eventueel privaatrechtelijke snit van de uitvoerende organisatie.

Het belang van de stichting levert (via de verplichting van elke bestuurder tot een behoorlijke taakvervulling ingevolge artikel 2:9 BW) wel enige grond op voor de stelling dat privaatrechtelijke rechtspersonen op zichzelf zelfstandiger ten opzichte van de minister staan dan publiekrechtelijke.

Artikel 2:9 BW luidt:

'Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.'

Zoals gezegd (zie Hoofdstuk 2) wordt voor rechtspersonen krachtens privaatrecht een eigen belang onderscheiden, dat de verplichting van artikel 2:9 BW voor bestuurders tot een behoorlijke taakvervulling (mede-)inkleurt. Met die verplichting hangt verder samen dat bestuurders zelfstandig kunnen beslissen of een bepaalde handelwijze, bijvoorbeeld het uitvoeren van een aanwijzing, dient te worden gevolgd (bestuursautonomie). Een dergelijk normcomplex ontbreekt voor rechtspersonen krachtens publiekrecht.

Dit verschil betekent echter niet dat het normcomplex voor rechtspersonen krachtens privaatrecht ook steeds toepassing kan vinden. Er is onderscheid te maken tussen de situatie van een wettelijke aanwijzingsbevoegdheid en die van een (enkel) statutaire aanwijzingsbevoegdheid.

Bij een aanwijzing, die gegeven wordt krachtens een op de wet gebaseerde aanwijzingsbevoegdheid, is er sprake van een besluit in de zin van de Awb. In tegenstelling tot een algemene aanwijzing zal dit bij een concrete aanwijzing een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit zijn. Gelet op deze mogelijkheid van bezwaar en beroep verkrijgt een concrete aanwijzing formele rechtskracht, als de overheidsstichting of publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisatie daartegen in rechte niets onderneemt. Ook de overheidsstichting is dan zonder meer aan de aanwijzing gebonden. Het publiekrecht gaat hier voor op het privaatrechtelijke systeem.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

De vormgevingskleur levert dus in dit geval geen verschil op voor de wijze waarop zelfstandige bestuursorganisaties aan de aanwijzing gebonden zijn: óf er wordt tijdig bezwaar en beroep aangetekend tegen de aanwijzing (publiekrechtelijke organisaties hebben bestuursrechtelijk gezien dus wel een 'eigen belang', zie artikel 1:2 Awb), óf dit wordt niet gedaan waardoor beiden na afloop van de bezwaar- en beroepstermijn aan de aanwijzing zijn gebonden (formele rechtskracht).

Tegen een op een wettelijk aanwijzingsrecht gebaseerde algemene aanwijzing (beleidsregel) staat ingevolge het systeem van de Awb (artikel 8:2) geen bezwaar en beroep open, zodat een eventuele formele rechtskracht van een dergelijk besluit niet aan de orde is. Tegen dergelijke algemene aanwijzingen kan wel opgekomen worden bij de burgerlijke rechter. Dat geldt ook voor (enkel) op de statuten gebaseerde algemene aanwijzingen jegens privaatrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen. Voor zowel publiek- als privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties staat dus de mogelijkheid open om tegen algemene aanwijzingen op te komen bij de burgerlijke rechter.

In tegenstelling tot publiekrechtelijke rechtspersonen zijn de mogelijkheden voor privaatrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen met de mogelijkheid om de burgerlijke rechter te adieren nog niet uitgeput. Voor privaatrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen geldt namelijk dat het bovengenoemde privaatrechtelijke normcomplex van toepassing is, althans voorzover het gaat om aanwijzingen waartegen niet de mogelijkheid van bezwaar en beroep openstaat. Dat betreft dus louter op de statuten gebaseerde concrete aanwijzingen en algemene aanwijzingen, ongeacht of zij (mede) op een wettelijke bevoegdheid teruggaan. De bestuurders van een privaatrechtelijke rechtspersoon als de overheidsstichting kunnen met een beroep op artikel 2:9 BW van mening zijn dat uitvoering van zo'n aanwijzing tot onbehoorlijke taakvervulling zou leiden en de aanwijzing naast zich neerleggen. In plaats van de overheidsstichting is dan de minister aan zet.

Gelet hierop kan het dus zo zijn dat overheidsstichtingen vergeleken met publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties beschikken over een zelfstandiger positie ten opzichte van de minister wat betreft het al dan niet opvolgen van ministeriële aanwijzingen. Waar een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie steeds initiatief tegen de aanwijzing zal moeten ontplooiën kan de overheidsstichting, als rechtspersoon krachtens privaatrecht, een aanwijzing waartegen geen bestuursrechtelijk bezwaar en beroep openstaat ook naast zich neerleggen met een beroep op artikel 2:9 BW.

Overigens kan het naast zich neerleggen van een instructie door bestuurders van een stichting juridisch aanleiding geven tot het volgende. Als de desbetreffende bestuurder(s) niet zelf al is (zijn) afgetreden en de minister besluit om het niet bij het niet-opvolgen van de aanwijzing te laten zitten, kan de minister de bestuurder(s) ontslaan als de statuten hem daartoe ten minste rechtspersonenrechtelijk de bevoegdheid bieden. Aangezien de minister

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

bij overheidsstichtingen doorgaans over de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders beschikt, zal dat bij deze stichtingen doorgaans een reële optie zijn.

Op zichzelf hoeft het ontslag daarmee arbeidsrechtelijk gezien niet rechtmatig te zijn. Dat ontslag rechtspersonenrechtelijk rechtmatig is (gelet op wat het BW en de statuten daarover bepalen) staat los van de arbeidsrechtelijke rechtmatigheid. Hoe laatstgenoemde beoordeling (is het ontslag niet kennelijk onredelijk?) uitvalt, hangt af van de aard van het gewenste beleid en de overige omstandigheden. In die afweging zal ook de rechtmatigheid van de aanwijzing betrokken worden. Indien de aanwijzing de bestuurder(s) had genoopt tot onbehoorlijk bestuur, kan het zo zijn dat het ontslagbesluit zelf in strijd was met de (interne, dat wil zeggen jegens de bestuurder) in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Herstel in functie moet voor de ontslagen stichtingsbestuurder overigens niet mogelijk worden geacht.⁵⁵

Afgezien van het processuele zelfstandigheidsvoordeel bij aanwijzingen waartegen geen bezwaar en beroep openstaat, moet de vraag gesteld worden of artikel 2:9 BW privaatrechtelijk zelfstandige bestuursrechtspersonen ook inhoudelijk een zelfstandiger positie biedt. Brengt artikel 2:9 BW, en dus de enkele keuze voor een privaatrechtelijke rechtsvorm, met zich dat in een gerechtelijke procedure voor privaatrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen eerder tot onrechtmatigheid van de aanwijzing zal worden geconcludeerd dan voor publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen het geval is?

Deze vraag is lastig te beantwoorden. In theorie is enerzijds een bevestigend antwoord niet ondenkbaar. De gerichtheid op het belang van de rechtspersoon waardoor de norm van behoorlijk bestuur mede wordt ingekleurd, brengt immers mee dat alle belangen die bij de rechtspersoon aan de orde zijn in het oordeel moeten worden betrokken. Of een dergelijk ruim afwegingsspectrum en dezelfde belangen zich op voorhand ook voordoen bij publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen is niet zonder meer gezegd. Anderzijds kan betwijfeld worden of er veelvuldig sprake zal zijn van botsende belangen die aanleiding zouden geven tot een beroep op artikel 2:9 BW. Indien bij privaatrechtelijke vormgeving nadrukkelijk gekozen wordt voor uitvoering met inachtneming van het algemeen belang en niet voor realisering van vermogenswinst kan worden voorkomen dat de spanning tussen het algemeen belang en het belang van de rechtspersoon zich voordoet.⁵⁶ De keuze voor de stichtingsvorm zal daarbij in het algemeen vaker dan de keuze voor de NV- of BV-vorm de keuze voor uitvoering met inachtneming van het algemeen belang impliceren.⁵⁷ Al met al kan op voorhand niet met zekerheid gezegd worden dat privaatrechtelijke vormgeving

55 Zie over deze rechterlijke (ontslag)procedure ten gevolge van het niet opvolgen van een aanwijzing door een stichtingsbestuurder: Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 352-353; Hendriks (1994), p. 149-161. Een belangrijk arrest in dit verband is HR 4 december 1992, NJ 1993, 271 (Meijers/Mast Holding BV).

56 Zie Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 251-254.

57 Vgl. Schreuder (1994), p. 48-63.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

als zodanig leidt tot een inhoudelijk zelfstandiger positie ten opzichte van de minister, maar ook niet dat dit niet zo is.

4.3.3.3 Conclusie

De conclusie luidt dat overheidsstichtingen als rechtspersonen krachtens privaatrecht in vergelijking met publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties processueel beschikken over een iets zelfstandiger positie ten opzichte van de minister, namelijk daar waar het gaat om de opvolging van aanwijzingen waartegen als zodanig geen bestuursrechtelijk bezwaar en beroep openstaat. Dergelijke aanwijzingen zijn er in twee soorten: ten eerste concrete aanwijzingen die niet gebaseerd zijn op een wettelijke, maar louter op een statutaire bevoegdheid (geen besluit, want er is geen sprake van een publiekrechtelijke rechtshandeling) en ten tweede algemene aanwijzingen (bij een wettelijke basis zijn dit wel besluiten, maar geen besluiten waartegen bezwaar en beroep is opengesteld).

Als argument pro privaatrechtelijke vormgeving dient dit processuele voordeel echter te worden genuanceerd. In de eerste plaats vanwege het feit dat een deel van de genoemde aanwijzingen (louter statutaire) concrete aanwijzingen zijn, die zich als zodanig slecht verdragen met het systeem van het BW (zie hierna 3.6) en de beoogde zelfstandigheid zoals die in het perspectief van functionele decentralisatie wordt nagestreefd. Bovendien is het de vraag of het processuele voordeel uiteindelijk ook samengaat met een materieel voordeel. Onzeker is namelijk of de onrechtmatigheid van een niet voor bezwaar en beroep vatbare aanwijzing bij toepasselijkheid van het normcomplex van artikel 2:9 BW eerder door de burgerlijke rechter (al dan niet in de hierboven beschreven ontslagprocedure) zal worden aangenomen. Zolang dit onzeker is en dus niet duidelijk is of het processuele voordeel uiteindelijk geruggesteund wordt door een inhoudelijk zelfstandigheidsvoordeel kan de validiteit van het zelfstandigheidsargument als argument pro privaatrechtelijke vormgeving niet worden vastgesteld.

4.3.4 *De eisen van publiekrecht*

Veel auteurs keren zich tegen privaatrechtelijke vormgeving omdat zij bevreesd zijn dat daarmee voorbijgegaan wordt aan de waarborgen en overige eisen van publiekrecht.⁵⁸ Gesteld wordt dat privaatrechtelijke organisaties niet (automatisch) voldoen

58 Doorgaans wordt daarbij bedoeld op publiekrechtelijke eisen die vervat liggen in het bestuurlijke organisatierecht en op de eisen van publiekrecht die waarborgen scheppen voor de burger in zijn relatie met de overheid. Als het niet-voldoen aan de garanties van het publiekrecht zou ook kunnen worden beschouwd de onduidelijkheid die de overheidsstichting met zich brengt voor de rechtspositie van de werknemers binnen de stichting. Zie Pach (1993), p. 647-649.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

aan de eisen van publiekrecht, zodat deze eisen via het gebruik van het rechtspersonenrecht kunnen worden ontlopen.⁵⁹

Een aantal andere auteurs is daarentegen van mening dat privaatrechtelijke vormgeving niet op bezwaren hoeft te stuiten, omdat de organisatie van de rechtspersoon krachtens privaatrecht voldoende mogelijkheden biedt om de rechtspersoon zo in te richten dat voldaan wordt aan de eisen van publiekrecht.⁶⁰

Wat betreft de publiekrechtelijke waarborgen ten behoeve van de burger (o.a. rechtsbescherming en klachtrecht) is er inderdaad sprake van een aantal minpunten, maar daarop wordt hier verder niet ingegaan. De waarborgen van het publiekrecht komen uitgebreid aan bod in Hoofdstuk 5, dat ingaat op de normering van de verhouding overheidsstichting-burger. Wanneer de conclusie zou luiden dat er een zekere ruimte moet zijn voor de stichtingsvorm als organisatievorm voor delen van het openbaar bestuur, dan moeten er tegen bedoelde minpunten voorzieningen worden getroffen (zie paragraaf 5.10 en Hoofdstuk 7).

De overige onder de eisen van publiekrecht te scharen normeringsaspecten (ministeriële bevoegdheden jegens de overheidsstichting) worden in Hoofdstuk 6 behandeld. Hoe voorzien kan worden in eventueel noodzakelijk geachte ministeriële bevoegdheden, komt aan bod in Hoofdstuk 7.

4.3.5 De uitoefening van openbaar gezag

In een aantal casus waarin gekozen is voor de organisatievorm van de overheidsstichting, wordt uitgesproken dat in beginsel een publiekrechtelijke organisatievorm aangewezen is als openbaar gezag onderdeel uitmaakt van de taken van de vorm te geven zelfstandige bestuursorganisatie.

Bij de verzelfstandiging van de rijksmusea is gekozen voor de stichtingsvorm en niet voor publiekrechtelijke vormgeving. Instelling van een publiekrechtelijk zbo komt volgens de memorie van toelichting in aanmerking als het gaat om bestuurstaken die de uitoefening van openbaar gezag vergen. Weliswaar is er sprake van de uitvoering van 'een overheids- en daarmee bestuurlijke taak', maar omdat dit niet 'de uitoefening van bevoegdheden in openbaar-bestuurlijke zin' met zich brengt, rechtvaardigt het niet het creëren van nieuwe bestuursorganen als rechtsvorm voor de te verzelfstandigen musea.⁶¹

Bij de Dienst Landbouwkundig Onderzoek (DLO) is, mede in verband met Aanwijzing 124b, onderdeel 5, van de Aanwijzingen inzake zbo's, de gezagstaak van DLO (bijvoor-

59 Zie bijv. Schreuder (1994), met name hoofdstuk vier; Goorden (1997), p. 54, 90-91 en 93; Nota functioneel bestuur TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 25. Zie verder over de publiekrechtelijke waarborgen als argument contra het gebruik van de privaatrechtelijke rechtspersoon: Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 258.

60 Zie o.a. Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male (1999), p. 131; Van den Ingh (1988), p. 129; Buyn (1997), p. 266; Van der Ploeg, De Ru, Schwarz (1983), p. 180 en 193.

61 TK 1991/92, 22 771, nr. 3, p. 5.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

beeld de uitgifte van certificaten) buiten de verzelfstandiging gehouden en dus niet ondergebracht in de stichting.⁶²

Ondanks de aanwezigheid van openbaar gezag is toch gekozen voor de *Stichting Ziektekostenverzekering Krijgsmacht*. Dit hangt volgens de meldingsbrief van de staatssecretaris aan het parlement samen met het feit dat de werkzaamheden overwegend beheersmatig en uitvoerend van aard zijn. Bovendien gaat het om een overgangssituatie: in de beoogde eindsituatie zal de stichting blijven bestaan, met dien verstande dat hij geen openbaar gezag meer uitoefent.⁶³

In de literatuur wordt openbaar gezag dikwijls ook als contra-indicatie van een privaatrechtelijke organisatievorm beschouwd.⁶⁴ De indruk die in dat verband overigens ontstaat, is dat men vaak niet de publiek- of privaatrechtelijke vormgeving van een zelfstandige bestuursorganisatie met openbaar gezag in gedachten heeft, maar de overdracht van openbaar gezag aan een particuliere (en dus privaatrechtelijke) organisatie.⁶⁵ In een enkel geval is men echter een andere mening toegedaan. Zo is Peters van mening dat de organisatievorm er bij openbaar gezag niet zoveel toe doet. Het bestuursrechtelijke systeem is namelijk volgens hem niet toegesneden op de organisatievorm maar op de inhoud van de activiteit, dat wil zeggen op de handelingsvorm. Dit brengt mee dat bij de uitoefening van openbaar gezag zowel een publiek- als een privaatrechtelijke organisatie onderworpen is aan de Awb.⁶⁶

De voorkeur voor de publiekrechtelijke organisatievorm bij openbaar gezag wordt doorgaans gestaafd met een tweetal argumenten. Allereerst wordt dikwijls gewezen op de waarborgen die het publiekrecht aan deze organisatievorm verbindt,⁶⁷ overigens meestal zonder dat wordt aangegeven welke waarborgen bij een privaatrechtelijke organisatievorm in het gedrang zouden zijn of komen. Daarnaast is men van mening dat het de herkenbaarheid van het openbaar bestuur voor de burger⁶⁸ en de helderheid van de inrichting van het openbaar bestuur⁶⁹ niet ten goede komt als ook privaatrechtelijke rechtspersonen typische overheidstaken uitoefenen.

62 TK 1996/97, 25 458, nrs. 326 en 1, p. 10.

63 TK 1994/95, 23 912, nrs. 9 en 1, p. 2 en 3.

64 Zie bijv.: Goorden (1997), p. 54; Nota functioneel bestuur TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 32; Handboek Privatisering (1990), p. 117, jo. p. 110 en 114. Het tweede en vijfde lid van aanwijzing 124b van de Aanwijzingen inzake zbo's geven ook uitdrukking aan deze terughoudende zienswijze.

65 Vgl. bijv.: De Ru (1992), p. 112; Ten Berge, De Ru (1991), p. 42; Den Boer (1997), p. 168 en 169; Bökkerink (1998), p. 296-297.

66 Peters (1997), p. 6-8.

67 Zie o.a. Ten Berge, Stroink (1988), p. 36; TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 32; Goorden (1997), p. 54; Bökkerink (1998), p. 296-297, 307.

68 Bökkerink (1998), p. 307; Maeijer (1997), p. 12.

69 Zie de toelichting bij aanwijzing 124b, vijfde lid, Aanwijzingen inzake zbo's.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Gelet op deze onderbouwing dient de behandeling van het openbaar gezagsargument, net als de behandeling van het argument van de publiekrechtelijke waarborgen, niet hier plaats te vinden. In Hoofdstuk 5 wordt zoals gezegd uitgebreid ingegaan op de op overheidsstichtingen van toepassing zijnde publiekrechtelijke waarborgen. Voorzover het feit of een overheidsstichting al dan niet bekleed is met openbaar gezag daarbij van belang is, komt dat daar ook aan de orde. Duidelijk zal worden dat aan de uitoefening van openbaar gezag door privaatrechtelijk vormgegeven organisaties wel enige problemen kleven in de sfeer van de waarborgen die samenhangen met de vormgevingskleur. Weliswaar volgen de waarborgen het openbaar gezag (Peters), maar niet altijd is duidelijk wanneer stichtingen publiekrechtelijk handelen (publieke taak-jurisprudentie) en welk feitelijk handelen rond openbaar gezag nog tot de uitoefening van openbaar gezag gerekend dient te worden (rechtsmiddelvermelding baat dan niet).

Voorzover het argument stoelt op de motivering dat toekenning van openbaar gezag aan privaatrechtelijke organisaties niet bijdraagt aan de herkenbaarheid en doorzichtigheid van het openbaar bestuur, is daaraan reeds aandacht besteed bij de behandeling van de herkenbaarheid en transparantie van het openbaar bestuur als argument tegen privaatrechtelijke vormgeving (zie paragraaf 4.3.2).

4.3.6 Grenzen van het privaatrecht

4.3.6.1 Inventarisatie

De meeste auteurs betogen dat de overheid, wanneer zij gebruikmaakt van privaatrechtelijke organisatievormen om daar delen van het openbaar bestuur in onder te brengen, gehouden is daarbij de grenzen die het privaatrecht (boek 2 BW) stelt in acht te nemen.⁷⁰ De vraag die dan dient te worden beantwoord is welke ministeriële bevoegdheden in het licht van de rechtspersonenrechtelijke grenzen al dan niet toelaatbaar zijn.

De meeste aandacht gaat daarbij uit naar het concrete instructierecht. Dit recht wordt doorgaans als onaanvaardbaar beschouwd, omdat men van oordeel is dat het op gespannen voet staat met het systeem van het BW, waarin de bestuursautonomie een belangrijk element vormt.⁷¹ Verder is de algemene zienswijze dat een goedkeurings-

70 Dat de grenzen van het rechtspersonenrecht in acht dienen te worden genomen is de rode draad in het proefschrift van Schreuder (1994). Zie voorts Maeijer (1997), p. 13-20; Van der Ploeg (1995), p. 154; Van der Burg (1988), p. 223.

71 Schreuder (1994), p. 218-220; Maeijer (1997), p. 19; Van der Ploeg (1995), p. 152-153; Van der Burg (1983), p. 396, 397 en 398, (1984), p. 130; Van den Ingh (1988), p. 126; Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 489 jo. p. 353; Buijn (1997), p. 252. Zie ook hoofdstuk 2. Anders: Schuit (1997), p. 5, welke van mening is dat het rechtspersonenrecht een totale ondergeschiktheid van de stichting toelaat en uit dien hoofde geen moeite heeft met (bijvoorbeeld) een specifieke instructiebevoegdheid.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

bevoegdheid ten aanzien van elk bestuursbesluit gelet op de bestuursautonomie onaanvaardbaar is.⁷² Voorts is niet toelaatbaar dat in de statuten het primaat van het overheidsbelang wordt neergelegd door in de doelomschrijving te bepalen dat de stichting zich (mede) richt naar het belang van de overheid. Zo'n bepaling zou tekort doen aan de eigen verantwoordelijkheid die het bestuur heeft voor de rechtmatigheid van haar beleid.⁷³ Incidenteel wordt ten slotte gewezen op het uitkeringsverbod dat grenzen zou kunnen stellen (bij een stichting kan slechts in beperkte mate sprake zijn van marktwerking)⁷⁴ alsmede op het ledenverbod.⁷⁵

Enkele auteurs zijn van mening dat privaatrechtelijke vormgeving (mede) vanwege de grenzen van het privaatrecht zoveel mogelijk dient te worden vermeden.⁷⁶ Andere auteurs zien in de rechtspersonenrechtelijke grenzen geen probleem; ze achten die grenzen daarentegen ruim genoeg om de gewenste en noodzakelijke sturings- en controlebevoegdheden van de minister aan te brengen.⁷⁷ De gewenste zelfstandigheid van de uitvoerende bestuursorganisatie wordt daarbij aangegrepen ter ondersteuning van laatstgenoemde mening. Vanwege de gewenste zelfstandigheid is terughoudendheid met het aanbrengen van ministeriële bevoegdheden op zijn plaats.⁷⁸ Gelet op die zelfstandigheid zullen diepgaande, van het rechtspersonenrecht afwijkende, ingrepen doorgaans niet nodig zijn.⁷⁹

4.3.6.2 Beoordeling

De vraag dient beantwoord te worden of de grenzen van het rechtspersonenrecht de mogelijkheid van privaatrechtelijke vormgeving van zelfstandige bestuursorganisaties beperken, in aanmerking genomen het feit dat de minister zich een aantal invloeds- en controlebevoegdheden zal willen voorbehouden jegens die zelfstandige bestuursorga-

72 Schreuder (1994), p. 220; Maeijer (1997), p. 19-20. Volgens Maeijer geldt hetzelfde voor constructies die op hetzelfde neerkomen, zoals de figuur van de overheidswaarnemer die de uitvoering van elk besluit van het bestuur zou kunnen doen opschorten totdat de minister zijn goedkeuring heeft gegeven (p. 20).

73 Van den Ingh (1988), p. 127. Zie ook: Nota functioneel bestuur, TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 29; Handboek Privatisering (1990), p. 118; Maeijer (1997), p. 19; Schreuder (1994), p. 54-55; Den Boer, Schipper-Spanninga (1997), p. IV-11-25.

74 Maeijer (1997), p. 8.

75 Van der Ploeg (1995), p. 152.

76 Zie bijv. Maeijer (1997), Schreuder (1994), Van der Ploeg (1995), Van der Burg (1981), p. 557, zie ook (1984), p. 130: 'De overheidsstichting moet zoveel mogelijk uit ons rechtsleven gebannen worden'.

77 Van Wijk, Konijnenbelt, Van Male (1999), p. 131; Buijn (1997), p. 266; Van den Ingh (1988), p. 129; Van der Ploeg, De Ru, Schwarz (1983), p. 180 en 193.

78 Van den Ingh (1988), p. 129.

79 Peters (1992), p. 982.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

nisatie. Daarbij zij opgemerkt dat eventueel gewenste, maar niet binnen de rechtspersonenrechtelijke grenzen van het BW passende, ministeriële bevoegdheden in afwijking van het BW altijd bij wet kunnen worden geregeld. Dergelijke wettelijke bevoegdheden zijn echter niet erg fraai. Als gekozen wordt voor de gebruikmaking van organisatievormen van het BW, dan dient in beginsel van het BW-regime uitgegaan te worden en het systeem dat het BW kent te worden gerespecteerd.

Hieronder wordt daarom ingegaan op de door de literatuur aangedragen problematische bevoegdheden en potentiële begrenzingen, uitgaande van de gedachte dat beoogd is dat de bevoegdheden passen in het systeem van het BW. Louter in de statuten neergelegde bevoegdheden dienen overigens sowieso in overeenstemming te zijn met het BW.

De aandacht richt zich zoals gezegd doorgaans vooral op het concrete instructierecht. In navolging van de meeste privaatrechtelijke auteurs wordt een dergelijk concreet instructierecht als strijdig met het systeem van boek 2 BW beschouwd (zie ook Hoofdstuk 2). Aan de zelfstandigheid van het bestuur, dat gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling en zich heeft te richten naar het belang van de rechtspersoon, komt binnen dat systeem een belangrijke plaats toe. Een concreet instructierecht zou niet alleen de gedachte achter functionele decentralisatie en verzelfstandiging doorkruisen, maar ook een doorbreking opleveren van deze systematiek. Wat betreft het concrete instructierecht kan het argument van de grenzen van het rechtspersonenrecht dus niet overtuigen.

Problematisch vanuit rechtspersonenrechtelijk perspectief zijn eveneens bevoegdheden die op een bijzondere instructiebevoegdheid neerkomen, dat wil zeggen bevoegdheden die de minister de zeggenschap geven over elke concrete taakuitvoeringsbeslissing.

Zoals gezien in Hoofdstuk 2 zal strijd met het ledenverbod bij een overheidsstichting zich niet snel voordoen. Het uitkeringsverbod vormt evenmin een reële belemmering nu bij overheidsstichtingen doorgaans geen sprake is van een winststreven en een commerciële exploitatie. De organisatievormen van de NV en de BV zijn dan meer geschikt.

Overigens zij wat het laatstgenoemde aspect betreft gewezen op de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS). Artikel 2:285, derde lid, BW (uitkeringsverbod) is ingevolge artikel 7 Wet SENS voor deze stichting buiten toepassing verklaard. De achtergrond van deze bij wet geregelde afwijking van het BW, is het mogelijk maken van winstafdracht aan de Staat. De buitentoepassing verklaring ziet derhalve niet op de uitkering van het prijzengeld. Het prijzengeld geldt als bedrijfskosten en wordt derhalve niet beschouwd als uitkering in de zin van dit artikellid. De gehele winst van de staatsloterij (opbrengst minus kosten) dient aan de Staat te worden afgedragen.

De conclusie luidt dat het rechtspersonenrecht niet snel grenzen zal stellen aan de mogelijkheid van realisatie van de wenselijk geachte ministeriële bevoegdheden. De

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

bevoegdheden die die grenzen overschrijden, zijn namelijk reeds ongewenst vanuit het perspectief van verzelfstandiging en functionele decentralisatie. De grenzen van het rechtspersonenrecht leveren dan ook geen valide argument op tegen privaatrechtelijke vormgeving.

4.3.7 *Betrokkenheid van particulieren in de vorm van inspanningen of gelden van derden*

4.3.7.1 Inventarisatie

Een in de literatuur regelmatig terugkerend motief voor privaatrechtelijke vormgeving, is dat bij een privaatrechtelijke organisatievorm de medewerking van (belanghebbende) particulieren gemakkelijker wordt verkregen dan bij publiekrechtelijke vormgeving het geval is.⁸⁰

De privaatrechtelijke stichtingsvorm is bij overheidsstichtingen zelf eigenlijk nooit expliciet het gevolg van het argument dat met deze organisatievorm de betrokkenheid en medewerking van particulieren gemakkelijker kan worden verkregen dan bij publiekrechtelijke vormgeving het geval zou zijn. Min of meer soortgelijke factoren spelen soms wel een rol, maar dan toch meer impliciet. Zo is bij de Stichting toezicht effectenverkeer mede voor de stichtingsvorm gekozen om aan te sluiten bij de traditie van zelfregulering,⁸¹ blijkt de Stichting ICODO te zijn bedoeld als samenwerkingsverband van particuliere organisaties⁸² en is bij DLO de stichtingsvorm mede gekozen om DLO dicht bij het veld te kunnen positioneren.⁸³ Als voordeel van de fondsconstructie bij de stichtingen van de Wet op het specifieke cultuurbeleid wordt ten slotte onder meer gewezen op de mogelijkheid om betrokkenen uit de sector bij het werk te betrekken.⁸⁴

Wel speelt een aantal malen een specifieke vorm van derden-betrokkenheid een rol in de keuze voor de stichtingsvorm: de stichtingsvorm is een geschikte organisatievorm als het van belang is dat de zelfstandige bestuursorganisatie aantrekkelijk is om gelden van derden te verkrijgen. Behalve met de rechtspersoonlijkheid en het imago van de stichtingsvorm, heeft die aantrekkelijkheid ook te maken met het feit dat de stichting een niet-publiekrechtelijke vorm is; minder dan een publiekrechtelijke

80 Zie o.a. Polak in 1960, zoals weergegeven door Peters (1992), p. 984; Van der Ploeg, De Ru, Schwarz (1983), p. 177; Van der Burg (1980), p. 183; Polak (1978), p. 378; De Vries (1983), p. 423.

81 Zie TK 1988/89, nr. 3, p. 1; nr. 6, p. 2.

82 Zie met name TK 1981/82, 17 259, nrs. 1-4, p. 9-13, 16.

83 TK 1996/97, 25 458, nr. 1, p. 4.

84 Dit argument speelde althans een rol bij de Fondsenwet scheppende kunsten, de voorloper van de Wsc, zie TK 1979/80, 15 997, nr. 3, p. 4-5.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

vorm wekt de stichtingsvorm de indruk dat gelden rechtstreeks in de staatskas verdwijnen.⁸⁵

De overheidsstichtingen bij welke de betrokkenheid van particulieren een rol speelt, vervullen doorgaans een ondersteunende koepelfunctie ten behoeve van particuliere organisaties (voorlichting, coördinatie, belangenbehartiging, toepassingsgericht onderzoek), of zijn in samenwerking met particuliere partijen bezig met het ontwikkelen en bevorderen van bepaalde activiteiten die door particulieren (zullen) worden verricht.

Voor voorbeelden van overheidsstichtingen met koepeltaken kan gewezen worden op de volgende stichtingen. Allereerst op de Stichting Landbouwvoorlichting, toen deze nog overheidsstichting was. Een ander voorbeeld biedt de Stichting ICODO. Alhoewel deze stichting qua inrichting nooit een echt samenwerkingsorgaan van particuliere organisaties is geworden, was dat wel de opzet en het dominerende perspectief bij de (vormgeving van) een nieuw op te richten organisatie. ICODO is ingesteld om de uitvoering door betrokken groeperingen te laten plaats vinden. In plaats van betrokken groeperingen zijn deskundigen nu met de uitvoering belast. Parallel daaraan ligt het accent niet zozeer op coördinatie, maar gaat het bij de hoofdtaken nu om deskundigheidsbevordering, wetenschappelijk onderzoek en voorlichting op het terrein van hulpverlening aan oorlogsgetroffenen van de Tweede Wereldoorlog, alsmede bemiddeling tussen oorlogsgetroffenen en hulpverleners.⁸⁶ DLO in stichtingsvorm zal zich richten op het vraaggestuurde strategische en toepassingsgerichte onderzoek (op het gebied van productie, verwerking, afzet en handel van agrarische producten en grondstoffen, visserij, natuur- en milieubeheer, openluchtrecreatie en van het beheer en de inrichting van het landelijk gebied). Daarbij zal DLO zich meer op het bedrijfsleven dienen te richten.⁸⁷ Een voorbeeld van een overheidsstichting die tot taak heeft activiteiten door particulieren te bevorderen is de Stichting tot bevordering van de uitvoer.

4.3.7.2 Beoordeling

Vanuit juridisch oogpunt is er weinig steun te vinden voor de voorkeur voor privaatrechtelijke vormgeving in verband met de gewenste inspanningen of financiële inbreng en giften van particulieren. Besturende of adviserende participatie in een zelf-

85 Zie TK 1991/92, 20 987, nr. 12, p. 7 (Wsc-fondsen). Vgl. ook TK 1978/79, 15 406, nr. 3, p. 10; nr. 5, p. 2-3 (IRC) en TK 1991/92, 22 771, nr. 3, p. 6 (rijksmusea).

86 Zie: Rapportage Doorlichting Zbo's (Uitgave Ministerie van Binnenlandse Zaken 1997), p. 367.

87 Zie TK 1996/97, 25 458, nrs. 326 en 1, p. 4.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

standige bestuursorganisatie is juridisch gezien bij publiekrechtelijke vormgeving niet minder goed mogelijk dan bij privaatrechtelijke vormgeving.⁸⁸

Datzelfde geldt voor de aantrekkelijkheid van de organisatie om gelden van derden te ontvangen. Dit houdt in dat derden alleen financieel bijdragen of gelden verstrekken als de zelfstandige bestuursorganisatie waaraan ze dat doen vermogensrechtelijk gezien zelfstandig is, is niet onlogisch. Of die rechtspersoonlijkheid van publiekrechtelijke danwel privaatrechtelijke origine is, maakt echter geen verschil.⁸⁹

Praktisch gezien maakt het echter wel verschil. Juist omdat een overheidsstichting als privaatrechtelijke organisatie minder dan een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie herkenbaar is als overheid, en de stichting een voor financiële bijdragen van particulieren gunstig imago heeft dat (niet alleen door de NV en BV maar ook) door publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen ontbeerd wordt, kan de keuze voor de privaatrechtelijke stichtingsvorm meer dan die voor een publiekrechtelijke organisatievorm voor de hand liggen, ten minste als het de bedoeling is dat de zelfstandige bestuursorganisatie genoemde gelden aantrekt. Een nadeel kan daarmee soms een voordeel zijn: de geringere herkenbaarheid als overheid die zich voordeet bij privaat- in plaats van publiekrechtelijke vormgeving, levert hier een (praktisch) argument voor de stichtingsvorm op.

4.3.8 *Beheersmatige flexibiliteit en slagvaardigheid voor de uitvoering van (neven)taken*

4.3.8.1 Inventarisatie

De privaatrechtelijke organisatievorm wordt in de literatuur geassocieerd met een bedrijfsmatig, effectief, efficiënt, slagvaardig en flexibel functioneren van de organisatie, dit dan afgezet tegen het functioneren van publiekrechtelijke organisaties. Dikwijls blijkt men daarbij als (impliciet) vergelijkingskader de uitvoering door een publiekrechtelijke *vermogensrechtelijk onzelfstandige* organisatie voor ogen te hebben en vergelijkt men dus met de situatie van vóór (privaatrechtelijke) verzelfstandiging.⁹⁰ Het nadeel hiervan is dat men de mogelijkheid dat gekozen kan worden voor een

88 Vgl. ook de decentrale casus van Ten Berge, Zijlstra, Timmermans, Buijn (2000), p. 256-257 (sprekend over de situatie dat particulieren meebesturen): 'Als men het gemeentelijk zwembad wil verzelfstandigen (er blijft een publieke taak, zij het "op afstand") is het vaak wenselijk hierbij particuliere sportverenigingen en eventueel (organisaties van) scholen of ouders te betrekken. Als hun inbreng beperkt blijft tot meebesturen, is voor een stichtingsvorm - die in de praktijk veelal gebruikt wordt - geen enkele aanleiding.'

89 Zie Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 256 en 257.

90 Vgl. Van der Burg (1980), p. 183; Bökkerink (1998), p. 293; en Polak zoals weergegeven door Peters (1992), p. 984.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

vorm van publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid buiten beschouwing laat, en daarmee het eigenlijke alternatief van privaatrechtelijke verzelfstandiging.

Hetzelfde ziet men terug in de verzelfstandigingscasus leidend tot de Stichting Ziektekostenverzekering Krijgsmacht en de Stichting Verzekeringskamer.

Bij de Stichting Ziektekostenverzekering Krijgsmacht bleef het alternatief van de publiekrechtelijke verzelfstandiging overigens niet geheel buiten beeld. Voor die vormgeving werd echter niet gekozen omdat dan, in tegenstelling tot een privaatrechtelijke organisatievorm, een instellingswet vereist zou zijn. Van belang in dit verband is echter de vergelijking met het oude uitvoeringsstelsel die werd gemaakt: De keuze voor de privaatrechtelijke organisatievorm past in het voornemen van de Staatssecretaris van Defensie om over te gaan op een flexibeler en meer marktconform stelsel van ziektekostenverzekeringen, dat zijn wettelijke grondslag krijgt in het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Beter dan in het oude stelsel (een stelsel van aanspraken op geneeskundige verzorging van rijkswege in natura, verstrekt door of vanwege de militair geneeskundige dienst) kan zo volgens hem worden ingespeeld op de ontwikkelingen in het stelsel van de gezondheidszorg.⁹¹

De Verzekeringskamer was voordat deze verzelfstandigd werd tot een overheidsstichting een publiekrechtelijk zbo zonder rechtspersoonlijkheid. Tot privaatrechtelijke verzelfstandiging werd besloten omdat meer beheersvrijheid noodzakelijk wordt geacht. De privaatrechtelijke vorm zou in tegenstelling tot de oude publiekrechtelijke situatie de mogelijkheid bieden tot het voeren van een flexibel en marktconform beheer, waarbij te denken is aan het financieel en boekhoudkundig beheer, en het arbeidsvoorwaarden- en personeelsbeleid. Voor een dergelijk beheer werden de publiekrechtelijke regels als te knellend ervaren. Dit uitte zich met name daarin dat de Verzekeringskamer oude stijl moeite had met het aantrekken en vervolgens behouden van goed gekwalificeerde en ervaren specialisten, als actuarissen en financieel-economisch deskundigen, omdat aan hen gelet op de in bepaalde opzichten aan de publieke sector inherent zijnde beperkingen, geen marktconforme arbeidsvoorwaarden zouden kunnen worden geboden. Aangenomen wordt dat met de door de privaatrechtelijke verzelfstandiging toegenomen flexibiliteit en slagvaardigheid beter zal kunnen worden voldaan aan de moderne eisen van efficiëntie en kwaliteit.⁹²

In afwijking van deze casus wordt in die van de Stichting International Reference Centre for Community Water Supply and Sanitation (IRC) en de rijksmusea, de vergroting van de flexibiliteit en slagvaardigheid niet zozeer verwacht van de privaatrechtelijke organisatievorm, als wel van de (daarmee verbonden) rechtspersoonlijkheid. Dat de uiteindelijke keuze valt op de organisatievorm van een rechtspersoon krachtens privaatrecht in plaats van een rechtspersoon krachtens publiekrecht, heeft te maken met andere factoren dan het cluster flexibiliteit/slagvaardigheid.

91 TK 1994/95, 23 912, nrs. 9 en 1, p. 1-3.

92 Zie TK 1991/92, 22 316, nr. 3, p. 3-6.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Zo meldt de memorie van toelichting bij de machtigingswet IRC 'dat met het oprichten van een Stichting IRC: (...) het IRC rechtspersoon wordt, waardoor zelfstandig en slagvaardig diverse administratieve en financiële zaken kunnen worden afgehandeld (...) [en] een meer aan de situatie van het IRC aangepast personeelsbeleid kan worden gevoerd (...)'.⁹³

In het traject voorafgaand aan de verzelfstandiging van de rijksmusea, was de vraag aan de orde of volstaan kon worden met interne verzelfstandiging of dat extern verzelfstandigd zou moeten worden. De conclusie van het OEVeR-rapport naar externe verzelfstandiging, welke overgenomen is door de minister, was dat alleen toekenning van een eigen rechtspersoonlijkheid aan de diensten voldoende armslag geeft bij het beheer van de museale collecties, en de minister verlost van detailbemoeyenis met het beheer van de rijksmuseale diensten.⁹⁴

Ook in de literatuur wordt soms de aan een privaatrechtelijke organisatievorm veelvuldig toegedichte flexibiliteit en slagvaardigheid gerelativeerd. Als argumenten pro privaatrechtelijke vormgeving zijn ze derhalve niet onomstreden.

Zo spreekt de Commissie Scheltema van twee oneigenlijke motieven voor privaatrechtelijke vormgeving. Vaak wordt voor het privaatrecht gekozen omdat een dergelijke rechtsvorm bedrijfsmatiger zou functioneren dan een publiekrechtelijke. Volgens de Commissie is de rechtsvorm echter slechts van marginale betekenis voor de efficiency waarmee een organisatie functioneert. Belangrijker daarvoor zijn de kwaliteit van het management en van het beheersstelsel van de organisatie. In de tweede plaats vormt het privaatrecht vaak een vluchtweg om te ontkomen aan voor de rijksdienst geldende voorschriften voor bijvoorbeeld het financiële en personeelsbeheer, waarbij te weinig rekening wordt gehouden met het feit dat de publiekrechtelijke organisatievorm een grote variëteit van beheersregels toelaat. Bovendien dienen, als het zo is dat de regels ontoereikend zijn voor een efficiënt functioneren, deze regels te worden aangepast en geen vluchtwegen te worden gecreëerd in de vorm van privaatrechtelijke verzelfstandiging.⁹⁵

4.3.8.2 Beoordeling

4.3.8.2.1 Een flexibele en slagvaardige bedrijfsvoering

Privaatrechtelijke vormgeving is niet noodzakelijk voor een flexibele en slagvaardige bedrijfsvoering. Diverse argumenten kunnen daarvoor worden aangedragen. Allereerst is *privaatrechtelijke* rechtspersoonlijkheid niet vereist om verstoken te blijven van de toepasselijkheid van de voor de departementale overheid geldende en als te star be-

93 TK 1978/79, 15 406, nr. 3, p. 10.

94 *Verselfstandiging rijksmusea c.a., Achtergronden en documenten* (1994), p. 20.

95 Cie Scheltema, *Steekhoudend ministerschap*, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 42.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

schouwde algemene regelingen omtrent het beheer (Comptabiliteitswet, het Algemeen Rijksambtenaren Reglement en verder uitvoeringsregelingen),⁹⁶ verstoken te blijven. Het hebben van rechtspersoonlijkheid als zodanig volstaat.

Dit blijkt ook uit de bovengenoemde verzelfstandigingscasus van de rijksmuseum en de Stichting IRC, waar de wens om te komen tot een bedrijfsmatiger beheer geen motief voor privaatrechtelijke vormgeving van de verzelfstandiging vormde, maar een motief voor de verzelfstandiging als zodanig. Ook verzelfstandigingscasus leidend tot *publiekrechtelijke* zelfstandige bestuursrechtspersonen laten zien dat het doel om bedrijfsmatiger en flexibeler te werken, het dominerende verzelfstandigingsperspectief kan zijn.

De verzelfstandiging van de directie Luchtverkeersbeveiliging (LVB) had tot doel voorwaarden te scheppen waarbinnen de LVB bedrijfsmatiger en flexibeler zou kunnen optreden. Gekozen is daarom voor een zelfstandig bestuursorgaan, met rechtspersoonlijkheid, dat een eigen financieel beheer kent en waarvan de arbeidsvoorwaarden, binnen het kader van het door de Minister van Binnenlandse Zaken gecoördineerde arbeidsvoorwaardenbeleid, door de organisatie zelf worden vastgesteld. Het toekennen van rechtspersoonlijkheid (die de verzelfstandigde organisatie in staat stelt op eigen titel deel te nemen aan het economische en rechtsverkeer) heeft tot gevolg dat de nieuwe organisatie in financieel opzicht, alsmede wat betreft de bedrijfsvoering, losstaat van de rijksoverheidsorganisatie. Daardoor zal het de LVB-organisatie mogelijk zijn zich in vergaande mate te oriënteren op de bedrijfsvoering en de financieringswijzen die in het particuliere bedrijfsleven gebruikelijk zijn.⁹⁷

Ook de publiekrechtelijke verzelfstandiging van de Rijksbrandweeracademie en de Stichting Brandweeropleiding in Nederland in het Nederlands instituut voor brandweer en rampenbestrijding (NIBRA), een publiekrechtelijke zbo met rechtspersoonlijkheid, is ingegeven door het streven naar een vergroting van de efficiency en flexibiliteit bij de uitvoering van de taken.⁹⁸

Bij zelfstandige rechtspersonen naar publiekrecht wordt het beheer geregeld in de wet krachtens welke zo'n rechtspersoon wordt ingesteld. De instellingswetten bevatten bepalingen over de opstelling en inrichting van de begroting, de wijze waarop de middelen worden beheerd en over verantwoording en controle. Tevens is veelal een regeling getroffen omtrent de rechtspositie en de arbeidsvoorwaarden van het personeel.⁹⁹ Het beheer kan daarbij net zo star of flexibel gestalte krijgen als gewenst.¹⁰⁰ De

96 Boxum (1997), p. 196.

97 Zie TK 1990/91, 21 993, nr. 3, p. 2 en 4 en nr. 6, p. 3.

98 Zie TK 1994/95, 24 029, nr. 3, p. 5.

99 Boxum (1997), p. 196-197.

100 Vgl. Boxum (1997), p. 73: 'De beheersregels van de Comptabiliteitswet alsmede het geheel aan arbeidsvoorwaardenregelingen van het Rijk zijn gericht op alle onderdelen van de Staat als rechtspersoon. Voor een zelfstandig bestuurslichaam met eigen rechtspersoonlijkheid geldt (naar de huidige stand van het recht) een eigen comptabel en personeel be-

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

flexibiliteit hoeft bij een zelfstandige rechtspersoon naar publiekrecht niet per se minder groot te zijn dan bij een privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisatie als de overheidsstichting, op welke in beginsel de beheersregels van het privaatrecht van toepassing zijn. Hoe dit uitvalt, is niet alleen afhankelijk van de instellingswet, maar ook van de overheidsinvloed en -controle die de minister zich (wettelijk en) statutair voorbehoudt op het beheer van de overheidsstichting.

Het streven naar rechtspersoonlijkheid (van welke kleur ook) om bedrijfsmatiger te kunnen functioneren, heeft overigens wel als onbeoogd en ongewenst bijeffect dat de taakuitoefening niet langer onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid plaatsvindt. Boxum spreekt in dit verband dan ook van een 'oneigenlijk motief' om een 'zelfstandig bestuurslichaam' in te stellen.¹⁰¹ Doel van de externe verzelfstandiging is niet de beperking van de bevoegdheden van de minister, maar het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid en daarmee de mogelijkheid tot een bedrijfsmatiger functioneren.

Met de flexibilisering van de beheersregels van de rijksdienst, waarbij met name de introductie van de figuur van de agentschap van belang is (art. 70 e.v. CW), is overigens ook de noodzaak van rechtspersoonlijkheid voor een flexibeler bedrijfsvoering in belangrijke mate weggevallen. Hierin ligt de tweede reden waarom de veronderstelling, dat een flexibel en slagvaardig beheer van een organisatie rechtspersoonlijkheid krachtens privaatrecht vereist, moet worden afgewezen.

De agentschap is een voorbeeld van interne verzelfstandiging, waarbij de ministeriële verantwoordelijkheid volledig in tact blijft, maar de mogelijkheid bestaat af te wijken van de normale comptabele beheersregels, zodat een flexibeler en bedrijfsmatiger beheer mogelijk wordt.

De bedrijfsmatige voordelen van de figuur van het agentschap zijn de volgende:

- agentschappen hebben de keuzemogelijkheid om een ander begrotingsstelsel te hanteren: in plaats van het verplichtingen-kasstelsel kan het baten-lastenstelsel worden toegepast;
- de begrotingsadministratie van agentschappen staat los van het departement;
- agentschappen hebben de mogelijkheid te reserveren voor apparaatsuitgaven, hetgeen een versoepeling betekent van het strenge systeem van budgettaire jaargrenzen; agentschappen kennen geen beperkingen ten aanzien van de eindejaarsmarge;
- het via afschrijvingen gegenereerde vermogen voor herinvesteringen en apart gezette reserveringen of via doelmatigheidswinst gegenereerde efficiencywinst, kunnen worden aangehouden op een eigen 'bankrekening' bij Financiën, op de tegoeden waarvan aan het agentschap een marktconforme rente wordt vergoed;

heersstelsel. Dit bijzondere stelsel kan overigens sterk lijken op dat van de Staat, maar kan daar ook sterk van afwijken.'

101 Boxum (1997), p. 200.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

- voor agentschappen is vrijheid gecreëerd met betrekking tot de gewenste huisvesting en de gewenste exploitatievoorzieningen. De verantwoordelijkheid voor de huisvesting ligt bij het agentschap, dat in de tariefstelling van de verrichte prestaties rekening zal moeten houden met de huisvestingskosten. Een agentschap zal veelal een marktconforme huur dienen te betalen voor de huisvesting die de Rijksgebouwendienst verzorgt. Daarnaast kunnen de opbrengsten van verkoop van roerende zaken die behoren tot het apparaat van een agentschap nu ten goede komen aan het betrokken agentschap zelf;

- zoals voor de gehele rijksdienst geldt vanaf 1994 worden de sturing en beheersing van het agentschap gericht op het integrale apparaatsbudget en hebben agentschappen de mogelijkheid verschuivingen aan te brengen tussen de budgetten voor personeel en materieel en aldus bijvoorbeeld meer of minder personeel in te zetten.

Voorwaarde voor de instelling van een agentschap is dat er sprake dient te zijn van meetbare producten of diensten, zodat werkelijke kosten en resultaten kunnen worden vergeleken met de begrote kosten en de bij de begroting gemaakte concrete afspraken over de te bereiken resultaten.¹⁰²

Een positief gevolg van de introductie van de agentschapsfiguur is voorts dat het streven naar een bedrijfsmatiger functioneren niet langer automatisch een verlies aan ministeriële verantwoordelijkheid betekent. Dit werd met het in het leven roepen van die figuur ook beoogd: 'Met de introductie van agentschappen wordt beoogd een beheersvorm te creëren voor die diensten waarvoor externe verzelfstandiging gelet op de gewenste ministeriële verantwoordelijkheid niet aan de orde is'.¹⁰³ In overeenstemming hiermee, in navolging van het rapport van de Commissie Sint,¹⁰⁴ en in reactie op het rapport van de Algemene Rekenkamer over zbo's en ministeriële verantwoordelijkheid,¹⁰⁵ heeft de regering besloten om wat dan genoemd wordt 'de rationalisatie van de rijksdienst' als een zelfstandige grond voor verzelfstandiging af te wijzen.¹⁰⁶

De conclusie tot nu toe is dat vergroting van de bedrijfsmatigheid, flexibiliteit en slagvaardigheid van de bedrijfsvoering geen valide argument vormt om te kiezen voor privaatrechtelijke, in plaats van publiekrechtelijke vormgeving.

4.3.8.2.2 Neventaken

Een hiermee samenhangende en meer toegespitste vraag is of privaatrechtelijke in vergelijking met publiekrechtelijke vormgeving niet meer ruimte biedt voor het (gaan)

102 Zie: TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 4-5; Cie Sint, *Verantwoord verzelfstandigen*, 1994, bijlage 2 (m.n. p. 26-27); en Boxum (1997), p. 198-201.

103 TK 1993/94, 23 796, nr. 3, p. 4 (en 3).

104 Cie Sint, *Verantwoord verzelfstandigen*, 1994, p. 10 en 21 (aanbeveling 6.3).

105 TK 1994/95, 24 130, nr. 3.

106 TK 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 5.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

verrichten van neventaken. Het gaat dan om de uitvoering van andere dan bij wet en/of statuten opgedragen taken, waarbij de zelfstandige bestuursrechtspersonen tegen betaling werkzaamheden voor derden verrichten en zo op de markt opereren.¹⁰⁷

Dergelijke neventaken zijn vaak aan de orde. Ook overheidsstichtingen verrichten soms commerciële nevenactiviteiten.¹⁰⁸ Boxum wijst erop dat het streven naar mogelijkheden voor het verrichten van andere dan de wettelijke taken in het begin van de jaren negentig zelfs een belangrijk argument vormde om departementale diensten als het Kadaster, de Informatie Beheer Groep en de Luchtverkeersbeveiligingsorganisatie om te zetten in (naar definitie van Boxum altijd publiekrechtelijke) zelfstandige bestuurslichamen met rechtspersoonlijkheid.¹⁰⁹ Het rapport van de Algemene Rekenkamer over zbo's en ministeriële verantwoordelijkheid heeft duidelijk gemaakt dat bij ongeveer een kwart van de onderzochte zbo's een bepaling aanwezig is over de verhouding tussen de publieke taak en de niet-publieke activiteiten, en dat deze bepaling het in de meeste gevallen expliciet toestaat om bepaalde nevenactiviteiten te ontplooien.¹¹⁰

Voor de beantwoording van genoemde vraag is allereerst de taak- en/of doelomschrijving in wet en/of statuten van belang. Daarin kan namelijk expliciet bepaald zijn dat het verrichten van (bepaalde) neventaken is verboden danwel toegestaan.

Een voorbeeld van een heel precies omschreven doelstelling van een overheidsstichting, die geen ruimte laat voor nevenactiviteiten, biedt de Stichting Ziektekostenverzekering Krijgsmacht. Artikel 2 (Doel) van de statuten luidt:

'De stichting heeft ten doel:

- a. het uitvoeren van de in de artikelen 90a en 90b van het Algemeen militair ambtenarenreglement bedoelde ziektekostenverzekering voor militairen;
- b. het uitvoeren van de in artikel 90a, vierde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement bedoelde aanspraak op vergoeding van door de militair in werkelijke dienst ten behoeve van zijn gezinsleden gemaakte kosten van geneeskundige verzorging;
- c. ten behoeve van een aantal categorieën militairen met leeftijdsontslag en hun gezinsleden alsmede nabestaanden van militairen op te treden als intermediair voor deelname aan een collectieve particuliere ziektekostenverzekering;
- d. voor eventueel andere categorieën van personen welke een relatie hebben of hebben gehad met het Ministerie van Defensie voorzien in de mogelijkheid een particuliere ziektekostenverzekering af te sluiten.

107 Vgl. Boxum (1997), p. 57.

108 Vgl. ook Den Boer, Schipper-Spanninga (1997), p. IV-11-39. Te denken is bijvoorbeeld alleen al aan rijksmusea die een eigen 'gift-shop' en een eigen restaurant exploiteren.

109 Boxum (1997), p. 57.

110 TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 20.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Voor die gevallen waarin een expliciete doelbepaling op dit punt ontbreekt, wordt wel gesteld dat privaatrechtelijke rechtspersonen in het algemeen meer ruimte hebben om neventaken te verrichten dan publiekrechtelijke organisaties. Privaatrechtelijke rechtspersonen zouden een minder beperkt takenpakket hebben dan publiekrechtelijke organisaties, omdat privaatrechtelijke rechtspersonen in hoge mate vrij zouden zijn om alle gewenste activiteiten te ontplooiën, zolang bestuurders maar blijven binnen de grenzen van hun statutaire doelstelling. Waarbij dan overigens voor de stichting geldt dat het uitkeringsverbod van artikel 2:285, derde lid, BW (zie paragraaf 2.2.2.2) beperkend inwerkt op de mogelijke (ruimheid van de) doelstellingen van stichtingen, een aspect dat juist als het gaat om het verrichten van commerciële nevenactiviteiten relevant kan zijn.¹¹¹

Dit verschil zou verband houden met het autonomiebeginsel als leidend beginsel in het privaatrecht, inhoudend dat de drager van de privaatrechtelijke bevoegdheid in beginsel zelf mag bepalen met wie, wanneer en met welk doel hij zijn bevoegdheden gebruikt, terwijl voor de overheid juist het specialiteitsbeginsel geldt, inhoudend dat de overheid haar privaatrechtelijke bevoegdheden niet kan gebruiken om ieder soort belang te dienen. De overheid heeft de plicht vanuit en in het algemeen belang te handelen.¹¹²

Men kan zich afvragen tot hoeveel verschil in neventaak-ruimte de twee beginselen daadwerkelijk aanleiding geven. Wat daar ook van zij, mededingingsrechtelijk gezien lijkt deze discussie over de gevolgen van de vormgeving voor de mogelijkheid om neventaken te verrichten een enigszins gepasseerd station. In het (Europese en Nederlandse) mededingingsrecht is namelijk de publiek- danwel privaatrechtelijke vormgeving van een overheidsorganisatie, die – buiten de voorgeschreven taken om – marktactiviteiten is gaan verrichten, niet van belang voor de beoordeling van de goorloofbaarheid van die extra activiteiten. Voor de kwalificatie van een organisatorische (overheids)entiteit als onderneming,¹¹³ wordt dwars door de rechtsvorm en dus ook door de publiek- of privaatrechtelijke kleur daarvan heengekeken.¹¹⁴ Voor beide geldt dat ze geen misbruik van machtspositie mogen maken.

Ter illustratie hiervan kan gewezen worden op het rapport van de Commissie Cohen die aandacht heeft besteed aan een aantal casus waarin overheidsorganisaties markten betreden. Voor het onderscheid van bedoelde overheidsorganisaties speelt de vormgevingskleur evenmin een rol. Het rapport spreekt van OEM's: Organisaties met Exclusieve of bijzondere Marktrechten. Een OEM wordt in het rapport omschreven als een organisatie die op grond van een overheidsbesluit een beschermde exclusieve

111 Zie Schreuder (1994), p. 1-2-34.

112 Zie Schreuder (1994), p. 115-119.

113 Zie over het ondernemingsbegrip in het Europese en Nederlandse mededingingsrecht: M.B. Nijhof (2000), p. 60-68.

114 Zie hetgeen hierover is geschreven in Hoofdstuk 1, paragraaf 1.5.3.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

of bijzondere positie heeft en die in de publieke taakuitoefening, in het verlengde daarvan of als zuivere nevenactiviteit, markten betreedt.¹¹⁵

Dat het inderdaad niet de bedoeling lijkt te zijn dat privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie gemakkelijker neventaken kunnen gaan verrichten dan hun publiekrechtelijke varianten, kan ten slotte zowel uit de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst¹¹⁶ als uit de Aanwijzingen voor de zbo's worden afgeleid.

Aanwijzing 4 van de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst bepaalt dat marktactiviteiten slechts mogen worden verricht indien het verrichten van deze activiteiten is opgedragen bij of krachtens de wet of voortvloeit uit internationale verplichtingen. Genoemde aanwijzingen gelden weliswaar alleen voor ministeries en de daaraan gelieerde diensten en agentschappen, maar het kabinet heeft als hoop uitgesproken dat van deze regels een signaalwerking zal uitgaan naar lokale overheden en andere overheidsorganisaties, zoals zbo's en private organisaties waaraan een overheidstaak is opgedragen.¹¹⁷ Aangenomen dient te worden dat overheidsstichtingen tot de laatstgenoemde categorie behoren.

In aanwijzing 124g van de Aanwijzingen voor de zbo's is neergelegd dat zbo's in tegenstelling tot het algemene bestuur, een gesloten huishouding hebben, hetgeen inhoudt dat geen andere taken worden verricht dan de opgedragen taken.

Aanwijzing 124g en de toelichting daarop luiden als volgt:

'Bij of in bijzondere gevallen krachtens de wet wordt een nauwkeurige omschrijving van de taak van een zelfstandig bestuursorgaan opgenomen.

Toelichting: Zelfstandige bestuursorganen hebben een gesloten huishouding. Zij verrichten als bestuursorgaan geen taken, ongeacht of dit nu hoofd- of neventaken zijn, die niet bij of krachtens de wet aan hen zijn opgedragen en kunnen derhalve niet zelf bepalen of zij nieuwe bestuurstaken gaan verrichten. Op de markt werkzame private organisaties die met openbaar gezag zijn bekleed, kunnen dat uiteraard wel ten aanzien van hun andere (private) werkzaamheden. (...).'

Juist omdat door instelling van zbo's de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee de controlemogelijkheden van het parlement worden beperkt, wordt medebeslissing door de medewetgever als een staatsrechtelijk vereiste beschouwd. De wetgever beslist dan ook of aan een zbo bij of krachtens de wet bepaalde taken worden toebedeeld. Een zbo kan niet zelf beslissen tot taakuitbreiding.¹¹⁸

115 Eindrapport Werkgroep Markt en Overheid, 20 februari 1997, p. 22.

116 *Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door de rijksdienst*, Uitgave Ministerie EZ, 1998.

117 Zie vorige noot, p. 1.

118 Zie voor deze ratio TK 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 3-4 en Boxum (1997), p. 55.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Net als in het vorige hoofdstuk het geval was bij de voor de instelling van zbo's in de Aanwijzingen genoemde uitzonderingsgronden, valt ook hier niet in te zien waarom de betekenis van deze aanwijzing en de daaraan ten grondslag liggende overweging zich behalve tot zbo's niet mede tot de zelfstandige bestuursorganisaties (waaronder overheidsstichtingen) zou uitstrekken. In beide gevallen gaat het immers om, elkaar qua reikwijdte deels overlappende, categorieën van functioneel bestuur.

Gelet op het voorgaande kan de flexibiliteit tot het verrichten van neventaken dan ook niet als een valide argument voor privaatrechtelijke vormgeving worden beschouwd.

4.3.8.3 Conclusie

Zowel het argument dat privaatrechtelijke vormgeving een flexibeler en bedrijfsmatiger bedrijfsvoering mogelijk maakt, als het argument dat een privaatrechtelijke organisatievorm meer ruimte biedt voor het (gaan) verrichten van neventaken, vormt geen valide argument pro privaatrechtelijke vormgeving.

4.3.9 Oprichtingsfactoren

4.3.9.1 Inventarisatie

In de verzelfstandigingpraktijk leidend tot overheidsstichtingen, wordt een tweetal oprichtingsfactoren genoemd die in het voordeel zijn van de stichtingsvorm vergeleken met een publiekrechtelijke rechtspersoonsvorm.

Bij de Stichting Ziektekostenverzekering Krijgsmacht is gekozen voor een privaatrechtelijke organisatievorm, omdat daarvoor in tegenstelling tot een publiekrechtelijke vorm geen instellingswet vereist is.¹¹⁹ Dit verkort het oprichtingstraject aanzienlijk.

Een tweede element is dat voor rechtspersonen krachtens publiekrecht een met het BW vergelijkbare algemene regeling ontbreekt. Zo werd bij de totstandkoming van de Fondsenwet scheppende kunsten (de voorloper van de Wet op het specifieke cultuurbeleid) als motief om te kiezen voor de privaatrechtelijke stichtingsfiguur naar voren gebracht, dat bij de keuze voor een privaatrechtelijke rechtspersoon gebruikgemaakt kan worden van de bepalingen van boek 2 BW, terwijl bij een publiekrechtelijke status dergelijke voorschriften nog moeten worden ontworpen.¹²⁰

Het laatste element komt ook in de literatuur terug. Zo wordt in het Handboek Privatisering gesteld: 'De verschillen tussen publiek- en privaatrechtelijke organisatievormen zijn velerlei. Zij hangen in het algemeen samen met het feit dat voor een privaatrechtelijke rechtspersoon al een wettelijk kader bestaat en dat dit kader in principe op het

119 TK 1994/95, 23 912, nrs. 9 en 1, p. 2 en 3.

120 TK 1979/80, 15 997, nr. 3, p. 6.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

functioneren van die persoon in de private rechtssfeer is afgestemd, terwijl voor een rechtspersoon sui generis steeds weer opnieuw een wettelijk kader moet worden opgesteld dat aan de vereisten van het geval beantwoordt.¹²¹ Het Handboek stelt voorts: ‘In het geval van een rechtspersoon sui generis vloeit oprichting bij de wet voort uit de keuze voor een rechtspersoon sui generis als zodanig: artikel 1, tweede lid, BW Boek 2. De wettelijke regeling zal de interne en externe betrekkingen van de rechtspersoon zo volledig mogelijk moeten regelen. Zaken die anders in de statuten of in een huishoudelijk reglement zouden staan of die zouden voortvloeien uit het burgerlijk recht zijn nu niet vanzelfsprekend, maar dikwijls moet daarin apart, bijvoorbeeld door middel van delegatiebepalingen, worden voorzien. Dat brengt mee dat de wettelijke regeling vaak uitvoerig en gedetailleerd zal moeten zijn. Wijziging in de organisatie betekent dat bij of krachtens de wet vastgestelde regelingen wijziging behoeven, waar ten aanzien van privaatrechtelijke rechtspersonen veelal statutenwijziging vereist zou zijn. In het geval van een privaatrechtelijke rechtspersoon kan volstaan met een machtigingswet in de gevallen dat deze door artikel 40 Comptabiliteitswet (thans zelfs vervangen door de lichtere meldings- of voorhangprocedure van artikel 29 CW – KS). De organisatie kan verder worden geregeld in statuten en huishoudelijk reglement. Zij is daardoor, ook bij toekomstige wijzigingen van de organisatiestructuur, niet van de wetgever afhankelijk. Wel is het bij verzelfstandigingsoperaties gebruikelijk, dat dergelijke machtigingswetten tevens enige bepalingen bevatten om de verzelfstandiging te vergemakkelijken. Men denke hierbij aan voorzieningen ten behoeve van het personeel, met betrekking tot de overgang van (on)roerende zaken en dergelijke.’

Het argument dat een privaatrechtelijke rechtspersoon sneller in te stellen is dan een publiekrechtelijke, komt in de literatuur nogal eens om de hoek kijken bij de centrale overheid. Dat is ook logisch, omdat op dat niveau steeds de wetsprocedure nodig is voor verzelfstandiging in een publiekrechtelijke vorm, terwijl voor het oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon door de Staat in beginsel slechts een voorhangprocedure bij het parlement geldt (art. 29 CW).¹²²

4.3.9.2 Beoordeling

4.3.9.2.1 De snelheid van oprichting

Voor de oprichting van een overheidsstichting geldt in beginsel hetgeen het BW voorschrijft voor de oprichting van een stichting in het algemeen. De oprichters, bij een overheidsstichting zal daar veelal (een gevolmachtigde van) de rechtspersoon Staat toe behoren, kunnen naar de notaris gaan met de concept-statuten (die door de oprichters zelf kunnen worden opgesteld) en verklaren dat zij een stichting willen op-

121 Handboek Privatisering (1990), p. 111.

122 Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 255.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

richten. De notaris zal er dan voor zorgdragen dat de stichting wordt opgericht bij notariële akte, waarin zijn opgenomen de verklaring van de oprichters dat zij de stichting willen oprichten, en de verklaring van de oprichters dat zij voor de stichting (de daarna volgende) statuten vaststellen. Daarbij zal de notaris in elk geval moeten controleren of de statuten ten minste de onderdelen bevatten die het BW in artikel 2:286, vierde lid, bindend voorschrijft,¹²³ maar al met al hoeft deze oprichtingsprocedure weinig tijd te vergen.¹²⁴

Daarnaast geldt voor de oprichting van een overheidsstichting dat voldaan zal moeten worden aan de eisen die artikel 29 Comptabiliteitswet stelt aan het door het Staat (doen of mede-) oprichten van een privaatrechtelijke rechtspersoon als de stichting. Tot de zojuist genoemde rechtshandeling mag dan in elk geval niet eerder worden overgegaan dan dertig dagen nadat het voornemen daartoe is gemeld aan (wat hier beknoptheidshalve verder wordt genoemd) het parlement.¹²⁵ Het parlement moet dan afzien van een verzoek om nadere inlichtingen en om een machtigingswet.

Er zal in de regel een langere tijd dan dertig dagen tussen de melding en de daadwerkelijke oprichting gaan zitten als wél nadere inlichtingen worden verlangd. Het parlement heeft na de ontvangst van de melding immers dertig dagen de tijd om het verzoek om nadere inlichtingen kenbaar te maken. De minister zal vervolgens enige tijd nodig hebben om de gevraagde inlichtingen te verschaffen en vervolgens heeft het parlement na ontvangst van de inlichtingen nog veertien dagen de tijd om te vragen om een wettelijke machtiging.

Als het parlement binnen veertien dagen na ontvangst van de melding danwel binnen veertien dagen na ontvangst van de nadere inlichtingen, als zijn oordeel uitsprekt dat de voorgenomen oprichting een voorafgaande machtiging behoeft, zal oprichting niet eerder plaats kunnen vinden dan na totstandkoming van een machtigingswet, die een wet in formele zin is. De tijdwinst vergeleken met de instelling van een rechtspersoon krachtens publiekrecht, waarvan de rechtspersoonlijkheid eveneens haar grondslag moet vinden in een wet in formele zin,¹²⁶ is dan verdwenen.¹²⁷

123 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 36.

124 De inschrijving van de stichting zelf en van een aantal verplicht op te geven gegevens in het openbare Handelsregister, dient daarna nog te geschieden, maar deze handeling maakt geen deel uit van de rechtshandeling van de oprichting.

125 Zie voor de precieze beschrijving van het feit om (welk deel van) welke Kamer(s) het gaat paragraaf 4.2.1.

126 Zie T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), art. 2:1, aant. 3; en Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 229, nr. 177.

127 In elk geval qua oprichtingstechniek. De doorgaans beperktere omvang van een specifieke of 'zuivere' machtigingswet (zie 4.2.1) in vergelijking met die van een instellingswet van een publiekrechtelijke zelfstandige rechtspersoon, kan wel resulteren in een kortere duur van de periode van behandeling van het (machtigings)wetsontwerp.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Zo duurde de procedure tot behandeling van het wetsvoorstel houdende machtiging tot oprichting van het (reeds eerder in paragraaf 4.2.1) genoemde Waarborgfonds voor de zorgsector (een stichting, geen overheidsstichting) bijna 11 maanden: op 6 mei 1998 werd het wetsvoorstel ingediend, op 26 maart 1999 stond de wet in het Staatsblad (Stb. 1999, 203). De mededeling van de voorgenomen oprichting was door de Minister van VWS gedaan op 12 september 1997 (TK 1996/97, 25 627, nr. 1). Alvorens om voorafgaande machtiging te verzoeken had het parlement nog om nadere inlichtingen gevraagd die de minister op 17 november 1997 verstrekke (TK 1997/98, 25 627, nr. 7), waarop de Tweede Kamer op 20 november 1997 als zijn oordeel uitsprak dat de oprichting voorafgaande wettelijke machtiging behoeft (vergelijk Hand. TK 18 november 1997, p. 25-1911 en Hand. EK 25 november 1997, p. 8-361). Al met al besloeg de periode tussen de mededeling aan het parlement en de vaststelling van de machtigingwet daarmee dus iets meer dan anderhalf jaar.

De rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon krachtens publiekrecht moet zoals gezegd haar grondslag vinden in een formele wet. Dit wordt afgeleid uit artikel 2:1, tweede lid, BW en geldt dus ook voor de rechtspersoonlijkheid van publiekrechtelijk vorm te geven zelfstandige bestuursrechtspersonen.¹²⁸ Voor een goede vergelijking met de zojuist geschetste oprichting van een overheidsstichting, is het zaak stil te staan bij de twee verschillende, al eerder in paragraaf 2.2.1 van Hoofdstuk 2 genoemde toekenningstechnieken die in dat verband in de praktijk worden gehanteerd.

De eerste techniek was dat een bijzondere wet rechtspersoonlijkheid toekent aan een concrete, in die wet met name genoemde organisatie, die dan gewoonlijk ook bij die wet wordt ingesteld. De andere techniek betrof die van de categorale toekenning van rechtspersoonlijkheid. In een wet in formele zin is dan bepaald dat organisaties van een bepaalde in de wet omschreven soort rechtspersoonlijkheid hebben. Als zo'n organisatie door een bestuursorgaan wordt ingesteld is de rechtspersoonlijkheid van die organisatie daarmee gegeven.

De instelling van een rechtspersoon krachtens publiekrecht in het kader van functionele organisatiedecentralisatie op het niveau van de centrale overheid, geschiedt doorgaans volgens de eerstgenoemde techniek. Gelet op de voorbeelden (academische ziekenhuizen, Kamers van Koophandel en Fabrieken, openbare universiteiten en raden voor rechtsbijstand) wordt voor de tweede techniek gekozen als niet met één

128 De zelfstandigheid van de taakuitoefening van een publiekrechtelijke, zelfstandige bestuursorganisatie heeft daarmee altijd op een of andere wijze een wettelijke basis. Óf de organisatie kan zelfstandig publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen (de overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden dient op een wet te berusten) óf de organisatie kan vermogensrechtelijk zelfstandig opereren (de toekenning van rechtspersoonlijkheid krachtens publiekrecht dient een wettelijke grondslag te hebben). Afgezien daarvan is het de vraag 'of het *in het algemeen* nodig is dat een besluit tot oprichting van een bestuursonderdeel, althans een bestuursorgaan, op een wet moet berusten' (Boxum (1997), p. 52). Boxum meent van wel, zie zijn proefschrift (1997), p. 52-53.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

(landelijke) organisatie kan worden volstaan, maar meerdere functioneel gelijksoortige instellingen gewenst zijn met een zekere territoriale spreiding.

Denkbaar is echter dat de tweede methode ook zou worden gehanteerd als publiekrechtelijke tegenhanger van de machtigingstechniek die is gehanteerd bij de stichtingen (fondsen) in het kader van de Wet op het specifieke cultuurbeleid. In die wet wordt de minister gemachtigd privaatrechtelijke fondsen op te richten, zodat een afzonderlijke machtigingswet niet steeds vereist is; de wet bevat bovendien een aantal randvoorwaarden betreffende die fondsen. In onderscheid met de hiervoor genoemde categorale voorbeelden gaat het bij de fondsen om, weliswaar in het kader van het cultuurbeleid steeds subsidieverstrekkende, maar overigens functioneel van elkaar, verschillende en landelijk opererende stichtingen. Op soortgelijke wijze zou in een formele wet kunnen worden bepaald dat de landelijk werkzame organisaties van een in die wet nader bepaalde functioneel gedifferentieerde categorie, welke door de minister kunnen worden ingesteld, rechtspersoonlijkheid naar publiekrecht hebben.

De conclusie luidt dat voor de instelling en toekenning van rechtspersoonlijkheid bij een publiekrechtelijke bestuursrechtspersoon in het grootste deel van de gevallen gekozen wordt voor methode één, zodat steeds een afzonderlijk wet vereist is. Als de regering niet kiest voor publiekrechtelijke vormgeving, maar besluit tot het (doen of mede-) oprichten van een overheidsstichting en daarbij wenst af te zien van een instellingswet, bestaat echter ook de kans dat de procedure leidend tot een formele wet, namelijk tot een machtigingswet in het kader van artikel 29 CW, zal moeten worden doorlopen. De tijdswinst, die door de keuze voor privaatrechtelijke vormgeving op zichzelf geboekt kan worden, verdwijnt dan.

Zoals gezien wordt lang niet in alle gevallen waarin de Staat betrokken is bij de oprichting van een rechtspersoon krachtens privaatrecht, door het parlement om een dergelijke wet gevraagd. Hoe het feit dat het om een overheidsstichting in plaats van een 'gewone' stichting gaat daarop inwerkt, is niet duidelijk. Er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat het parlement geneigd is dan eerder een machtigingswet te verlangen. Aannemelijk is daarom dat, waar de regering afziet van een wettelijke basis voor een overheidsstichting en wil volstaan met oprichting via notariële akte, het parlement – dat het voornemen tot oprichting van de minister ontvangen heeft – in de meeste gevallen geen machtigingswet zal verlangen, zodat er doorgaans sprake zal zijn van een snelle oprichting in vergelijking met de instelling van een rechtspersoon krachtens publiekrecht. Een bijkomend tijdsvoordeel kan bovendien worden beschouwd dat na oprichting van een stichting de statuten per definitie gereed zijn, terwijl in veel gevallen na instelling van een publiekrechtelijk rechtspersoon het bestuursreglement nog zal moeten worden opgesteld en in veel gevallen ook door de minister goedgekeurd. Dat de oprichting van een overheidsstichting echter altijd sneller zal gaan dan de instelling van een publiekrechtelijke bestuursrechtspersoon, is iets

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

dat niet met zekerheid gesteld kan worden, omdat altijd de mogelijkheid aanwezig is dat het parlement toch een wettelijke machtiging verlangt.

4.3.9.2.2 Het voorhanden zijn van een regeling van de rechtspersoon

De tweede factor betreffende de oprichting waaraan een argument voor de stichtingsvorm wordt ontleend, ziet op de regelgeving die voor de stichting met het BW reeds is gegeven, maar voor rechtspersonen krachtens publiekrecht ontbreekt. In het BW is voor de verschillende rechtspersonen krachtens privaatrecht een regeling opgenomen met daarin verschillende voorschriften aangaande de oprichting en ontbinding van de rechtspersoon, de (samenstelling van de) verschillende organen van de rechtspersoon, hun taken en bevoegdheden en de rechtsverhouding tussen de verschillende organen. Daarnaast kent het BW in titel 1 van boek 2 diverse algemene bepalingen ter regulering van de interne verhoudingen in een rechtspersoon. Te denken valt onder andere aan de artikelen 2:8 BW (interne redelijkheid en billijkheid), 2:9 BW (plicht tot behoorlijke taakvervulling van de bestuurder tegenover de rechtspersoon en de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon) en 2:14-2:15 BW (nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten). Deze gelden ingevolge artikel 2:1, derde lid, BW alleen voor rechtspersonen krachtens privaatrecht en niet voor die krachtens publiekrecht.

Voor rechtspersonen krachtens publiekrecht ontbreekt een met het BW vergelijkbare algemene regeling die bepalingen bevat omtrent de structuur en de interne rechtsverhoudingen.¹²⁹ Er zijn geen alternatieve publiekrechtelijke rechtspersoonsvormen. Ook de Aanwijzingen inzake zbo's bevatten dergelijke bepalingen niet. De aanwijzingen bepalen vooral dat dergelijke onderwerpen in de instellingswet dienen te worden geregeld. Zo geven aanwijzing 124i en 124j aan dat bepalingen omtrent de inrichting en samenstelling van het bestuur, omtrent eventuele andere organen en omtrent de verhoudingen en bevoegdheden van die organen in de instellingswet dienen te worden geregeld. Ook hier is derhalve sprake van een factor die in het voordeel is van de overheidsstichting.

Het gebrek aan een algemene regeling bij rechtspersonen krachtens publiekrecht doet zich overigens niet voor wat betreft de normering van externe rechtshandelingen. Grosso modo vallen publiekrechtelijke rechtshandelingen immers onder de Awb en worden privaatrechtelijke rechtshandelingen beheerst door de normen van het BW.

Een teveel aan voorgegeven structuur van een rechtspersoon kan ook als nadeel worden beschouwd. Waar niets vastligt, bestaat volledige vrijheid de rechtspersoon naar

129 Vgl. Van den Ingh (1988), p. 124: 'Een nadeel van een publiekrechtelijke rechtspersoon ten opzichte van een privaatrechtelijke is ten slotte dat de regels waardoor deze rechtspersoon wordt beheerst in een afzonderlijke wet moeten worden vastgelegd'.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

eigen wensen vorm te geven. Dit gegeven werkt doorgaans echter niet uit in een negatieve beoordeling van de stichting (waarvoor titel 6 van boek 2 een regeling bevat) vergeleken met rechtspersonen krachtens publiekrecht (waarvoor zoals gezegd geen enkele structuur in een algemene regeling is voorgegeven), maar wordt doorgaans als een voordeel van de stichting beschouwd ten opzichte van andere rechtspersonen krachtens privaatrecht.¹³⁰ Zoals in Hoofdstuk 2 reeds is aangegeven, kent boek 2 BW jegens de stichting weinig dwingend recht en valt dan ook in praktisch alle omstandigheden op maat te snijden.

4.3.9.3 Conclusie

De conclusie luidt daarmee dat, gelet op de twee bovengenoemde oprichtingsfactoren (snelheid van oprichting, het bij de oprichting c.q. instelling gebruik kunnen maken van een algemene rechtspersonenrechtelijke regeling), privaatrechtelijke vormgeving door middel van een overheidsstichting voordelen biedt, vergeleken met de publiekrechtelijke vormgeving van een zelfstandige bestuursrechtspersoon.

4.3.9.4 Een wettelijke grondslag voor overheidsstichtingen?

De normatieve vraag die overigens nog resteert is of, gelet op het feit dat een overheidsstichting naar positief recht niet noodzakelijk een wettelijke basis heeft, een overheidsstichting als zodanig niet toch steeds een grondslag zou dienen te hebben in een formele wet. Het argument om de vraag bevestigend te beantwoorden zou zijn dat (privaatrechtelijke) verzelfstandiging een vermindering van de ministeriële verantwoordelijkheid betekent, en dus een vermindering van de democratische controle, die niet gerealiseerd mag kunnen worden buiten het parlement, dat in die controle voorziet, om. Zo schrijft Boxum: 'Bij zelfstandig bestuur is de controle van de volksvertegenwoordiging beperkt. De regering en de ministers behoren niet zelf te kunnen beslissen dat zij over de uitoefening van bepaalde centrale bestuurstaken geen verantwoording verschuldigd zijn aan de volksvertegenwoordiging. De volksvertegenwoordiging dient hierover te beslissen. Dit kan worden gewaarborgd door een wettelijke regeling van de vormgeving van zelfstandige onderdelen van het openbaar bestuur.'¹³¹

Precies dezelfde ratio ligt ten grondslag aan aanwijzing 124e, eerste lid, Aanwijzingen inzake zbo's waarin wordt bepaald dat een zbo bij of in bijzondere gevallen

130 Zie o.a. Van den Ingh (1988), p. 125; Schuit (1997), p. 4; Oranje (1994), p. 329; Klopper (1987), p. 38.

131 Boxum (1997), p. 9.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

krachtens¹³² de wet wordt ingesteld. De toelichting geeft namelijk als reden op dat '[i]nstelling bij wet aangewezen [is] in verband met de beperkte ministeriële verantwoordelijkheid voor een zbo. Omdat de mogelijkheden van parlementaire controle op de uitoefening van de desbetreffende taak niet volledig zijn, is het noodzakelijk dat de Staten-Generaal zich over het instellen van een zbo kunnen uitspreken.'

Via de eerder geformuleerde redenering, dat zelfstandige bestuursorganisaties normatief op één lijn gesteld kunnen worden met zbo's, kan vervolgens gesteld worden dat dus ook elke privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie een wettelijke basis dient te hebben. En niet alleen die vormen daarvan die, vanwege het bekleed zijn met openbaar gezag, als zbo worden aangemerkt en daarom onder de Aanwijzingen vallen.

Toch leidt onderschrijving van genoemde ratio (inperking van de controlemogelijkheden van het parlement mag niet plaatsvinden zonder dat het parlement daar zelf in gekend wordt), in afwijking van hetgeen aanwijzing 124e en de toelichting op die aanwijzing veronderstellen, niet noodzakelijk tot de conclusie dat steeds een wettelijke grondslag is vereist. Dezelfde ratio ligt immers ook ten grondslag aan de regeling van artikel 29 CW (zie paragraaf 4.2.1). Ingevolge die regeling kan het parlement na ontvangst van de melding van de minister van de voorgenomen oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon vragen om nadere inlichtingen en een wettelijke (machtigings)regeling, maar volstaat in eerste instantie de melding aan het parlement.

Van belang daarbij is natuurlijk wel, gelet op genoemde ratio, dat het parlement niet alleen op de hoogte gesteld wordt van de voorgenomen oprichting sec, maar ook inzicht heeft in de taak- en bevoegdheidsverdeling tussen de minister en de op te richten overheidsstichting. Deze verdeling is immers bepalend voor de controlemogelijkheden van (de minister en dus van) het parlement nadien. Daarom dienen de concept-statuten die nu in veel gevallen al als bijlage van de melding aan het parlement worden overgelegd, standaard aan de melding te worden toegevoegd (ook al kan het parlement daar, gelet op zijn recht op nadere inlichtingen, ook zelf om verzoeken).

Daar waar de wetgever met de wijziging van de regeling van de machtigingsprocedure in de CW heeft laten zien dat verschillende systemen verenigbaar moeten worden geacht met de genoemde staatsrechtelijke ratio, moet deze ratio niet aangegrepen worden als noodzakelijk argument voor een wettelijke basis van (privaatrechtelijke) bestuursorganisaties (zie paragraaf 4.1.2 van dit hoofdstuk). Dat zou bovendien miskennen, dat met de wijziging van de procedure een versoepeling van die procedure is beoogd. De conclusie kan daarom zijn dat niet op voorhand steeds een wettelijke grondslag is vereist, maar dat de regeling, zoals die nu in artikel 29 CW is

132 'in bijzondere gevallen krachtens': Blijkens de toelichting wordt hier bedoeld op een categorale wettelijke regeling die mogelijk is indien het gaat om een hele categorie gelijksoortige zbo's (bijvoorbeeld landelijk gespreide organen op een bepaald taakgebied). In een dergelijk geval worden de algemene kenmerken van deze organen bij wet geregeld, maar de afzonderlijke organen kunnen dan krachtens de wet worden ingesteld.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

neergelegd, volstaat. Wel is het wenselijk dat de minister steeds de concept-statuten, als bijlage van de melding van de voorgenomen oprichting, aan het parlement doet toekomen. Een bepaling van die strekking zou aan de huidige regeling van artikel 29 CW dienen te worden toegevoegd.

4.3.10 De mogelijkheden van het BW tot toezicht op het beleid van de stichting anders dan door de minister (enquêterecht, 2:297/2:298, jaarrekeningenrecht)

4.3.10.1 Inleiding

Typisch voor de stichtingsvorm is zijn niet-corporatieve structuur. Het BW schrijft slechts een bestuur voor. Deze basisstructuur verschaft het bestuur een grote mate van vrijheid om zelfstandig het beleid te bepalen. Bij een overheidsstichting is die autonomie beperkt. Behalve het bestuur is er (ten minste) de minister die bevoegdheden heeft op grond waarvan hij mede vorm geeft aan het beleid van de stichting.

Voor vormgeving door middel van een rechtspersoon krachtens publiekrecht is in het geheel niets voorgeschreven. Een dergelijke rechtspersoon zonder minimaal een bestuur is echter niet goed voorstelbaar. Daarmee lijkt de uitgangspositie qua beleidsautonomie op die van de stichting. Ook hier hangt het van de bevoegdheden af die de minister zich heeft voorbehouden, in hoeverre hij het beleid van de rechtspersoon krachtens publiekrecht mede kan bepalen.

Ter toelichting op die vergelijkbare uitgangspositie is in elk geval op zijn minst twijfelachtig of artikel 2:15 BW de minister qua toezicht op voorsprong zet bij de keuze van de stichtingsvorm in plaats van een publiekrechtelijke organisatievorm. Artikel 2:15 BW bepaalt dat de vernietigbaarheid van een besluit (in de zin van het BW) kan worden gevorderd bij de rechtbank wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen, wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 8 worden geëist, of wegens strijd met een reglement. Een dergelijke vordering komt onder meer toe aan 'iemand die een redelijk belang heeft bij naleving van de verplichting die niet is nagekomen'. Dat de minister als zodanig kan worden aangemerkt is niet direct aannemelijk, gelet op de zeer restrictieve uitleg van dit belanghebbende-begrip.

Een redelijk belang van de eisende partij is slechts dan aanwezig indien hij door niet-nakoming van de verplichting in een eigen belang is of dreigt te worden geschaad. Indien vernietiging wordt gevorderd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, zal het besluit (mede) tegenover de eisende partij onredelijk moeten zijn. Een redelijk belang kan ook ontbreken, omdat vernietiging van het besluit geen effect kan hebben, bijvoorbeeld omdat het besluit is uitgevoerd door een externe rechtshandeling en de geldigheid van de externe rechtshandeling in het algemeen niet van het besluit afhankelijk is.¹³³

133 Zie Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 145-148.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Afgezien van de vraag of hij een redelijk belang zou hebben, zou het toezichtsvoordeel dan alleen besluiten in de zin van het BW betreffen en daarmee van beperkte omvang zijn. Het besluit-begrip in het BW heeft namelijk een beperkte betekenis in die zin dat het slechts de 'interne rechtshandelingen' omvat: beslissingen gericht op het tot stand brengen of wijzigen van de rechtsbetrekkingen binnen de rechtspersoon.¹³⁴

Het BW biedt een drietal regelingen die buiten de minister om de bestuursmacht bij de stichting aan zekere banden legt. Niet de minister, maar anderen moeten daar krachtens die regelingen op toezien. Het gaat om de regeling van het enquêterecht (artikel 2:344-2:359 BW), de in elkaar grijpende inlichtingen- en ontslagregeling van de artikelen 2:297 en 2:298 BW en ten slotte om titel 9 van Boek 2 betreffende de jaarrekening en het jaarverslag. Bij de twee eerstgenoemde regelingen kan de rechter onder bepaalde voorwaarden inlichtingen doen inwinnen bij een stichting en voorzieningen jegens de stichting treffen. Deze regelingen komen hieronder allereerst aan bod en worden met elkaar vergeleken. Daarna volgt een weergave van het jaarrekeningsrecht voor wat betreft de in die regeling verplicht gestelde controle van de jaarrekening door een externe accountant.

4.3.10.2 Enquêterecht

De ondernemingskamer kan een enquête doen instellen naar het beleid en de gang van zaken bij stichtingen die de wettelijke plicht hebben tot het instellen van een ondernemingsraad (zie artikel 2:344, sub b, BW). Die wettelijke plicht volgt uit de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het ruime ondernemingsbegrip in deze wet omvat behalve de marktsector ook de overheidssector. Ook een overheidsstichting is aan te merken als 'een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht'.¹³⁵ De plicht tot het instellen van een ondernemingsraad ontstaat wanneer bij de onderneming, in dit geval de overheidsstichting, in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn.¹³⁶ Verschillende overheidsstichtingen zullen deze grens niet halen, maar dat geldt niet voor alle. Zo heeft de groei van de Stichting Toezicht Effectenverkeer de oprichting van een ondernemingsraad in 1999 noodzakelijk gemaakt. Ook de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak en grotere rijksmusea als het Rijksmuseum voor Oudheden hebben een ondernemingsraad.

De achtergrond van het enquêterecht is gelegen in de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Later (Stb. 1970, 411) kwam daar met de herziening van de regeling van het enquêterecht de bescherming van werknemersbelangen bij. Volgens

134 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 128-129. Zie ook paragraaf 2.2.3.

135 Artikel 1, eerste lid, sub c, WOR bevat de definitie van onderneming.

136 Zie artikel 2 WOR.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

de memorie van toelichting op het betreffende wetsontwerp vereist de hoge mate van vrijheid die in het stelsel van ondernemingsgewijze productie aan de ondernemer toekomt een hoge mate van verantwoordelijkheidsgevoel tegenover degenen die hun arbeidskracht of vermogen voor het productieproces ter beschikking stellen. De rechtsorde moet dan als waarborg de mogelijkheid verschaffen tot opening van zaken en tot correctie indien de twijfel gegrond blijkt.¹³⁷

De enquêteprocedure is als volgt. De P-G bij het gerechtshof te Amsterdam kan om redenen van openbaar belang een enquête bij een overheidsstichting vorderen, hetgeen inhoudt een onafhankelijk onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.¹³⁸ In het algemeen maakt hij van deze bevoegdheid zeer weinig gebruik;¹³⁹ maar zijn rol is dan ook aanvullend bedoeld: hij zal alleen optreden wanneer meer direct betrokkenen stilzitten en er een belang van openbare orde is gemoeid met het instellen van een vordering.¹⁴⁰

De ondernemingskamer kan ook van werknemerszijde verzocht worden tot het doen plaatsvinden van een enquête. De bevoegdheid tot het verzoek komt toe aan een werknemersvereniging (vakvereniging of -organisatie), waarvan leden in de onderneming van de rechtspersoon werkzaam zijn en die gedurende ten minste twee jaar volledig rechtsbevoegd is.¹⁴¹ Daarnaast zijn 'degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend' tot een dergelijk verzoek bevoegd.¹⁴² Volgens Schwarz/Van den Ingh is het denkbaar dat een subsidiegever een dergelijk recht bedingt.¹⁴³

De verzoekers en de procureur-generaal zijn alleen ontvankelijk als zij van tevoren hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken schriftelijk aan het bestuur kenbaar hebben gemaakt en er sindsdien voldoende tijd is verlopen om de rechtspersoon redelijkerwijze in de gelegenheid te stellen de bezwaren te onderzoeken en maatregelen te nemen. De vakorganisatie moet bovendien eerst de OR van de rechtspersoon de gelegenheid bieden schriftelijk te reageren op het voorgenomen enquêteverzoek. De P-G heeft die plicht niet, maar dient bij zijn vordering wel mee te delen of hij de OR die gelegenheid al dan niet heeft geboden.¹⁴⁴

137 Zie de weergave van de MvT bij Asser, Maeijer 2-III (1994), nr. 515 en bij Van Solinge (1992), p. 26.

138 Artikel 2:345, tweede lid, BW.

139 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 147; een voorbeeld waarbij de enquête werd gevorderd door de P-G, biedt de enquête bij Vie d'Or. Zie voor de toewijzing van de vordering door de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam, de uitspraak van het Hof zoals die is opgenomen in HR 15/1/1997, RvdW 1997, 19c.

140 Zie TK 1991/92, 22 400 (Wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête), nr. 3, p. 8.

141 Artikel 2:347 BW.

142 Artikel 2:346, sub c, BW.

143 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 147.

144 Artikel 2:349 BW.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

De ondernemingskamer wijst het verzoek toe als blijkt van 'gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen'.¹⁴⁵ Schwarz/Van den Ingh¹⁴⁶ geeft aan dat de rechtspraak als zodanig erkent ten eerste het niet naleven van wettelijke of statutaire bepalingen door de rechtspersoon, waarbij gedacht kan worden aan het langdurig achterwege laten van de voorgeschreven algemene vergadering. Een tweede gegronde reden dient zich aan bij een impasse in het bestuur van de rechtspersoon; het gaat met name om een patstelling in het bestuur en/of in de algemene vergadering waardoor noodzakelijke of verplichte besluiten niet meer worden genomen. In de derde plaats kan gebrekkige informatieverschaffing leiden tot toewijzing van het enquêteverzoek. Een dergelijke situatie kan zich voordoen wanneer stelselmatig niet wordt voldaan aan de plicht tot verstrekking van bepaalde gegevens aan OR of leden, of wanneer gegevens omtrent een zeer belangrijke transactie worden achtergehouden. Ten slotte kan in het niet gescheiden houden van belangen bij de rechtspersoon een reden gelegen zijn om het enquêteverzoek toe te wijzen. Doorgaans vindt toewijzing overigens plaats op basis van een combinatie van genoemde gronden.

Bij de toewijzing van het verzoek benoemt de ondernemingskamer een of meer onderzoekers, die de enquête moeten uitvoeren. De onderzoekers hebben vergaande bevoegdheden.¹⁴⁷ Zij kunnen de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers (computerbestanden) van de rechtspersoon raadplegen, zich de bezittingen van de rechtspersoon doen tonen en zich door (oud-)bestuurders, (oud-)commissarissen en (oud-)werknemers alle gewenste inlichtingen laten verschaffen. Ook kunnen zij de Ondernemingskamer verzoeken een of meer personen als getuige te horen. De onderzoekers leggen het verslag van de uitkomst van het onderzoek neer ter griffie van het gerechtshof te Amsterdam.¹⁴⁸ Van het verslag ontvangen de verzoekers, de rechtspersoon en de P-G een exemplaar. Aan anderen dan de rechtspersoon is het verboden uit het verslag mededelingen te doen, tenzij de ondernemingskamer hen daartoe heeft gemachtigd. Bovendien kan de ondernemingskamer bepalen dat het verslag geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor bepaalde door haar aan te wijzen andere personen of voor een ieder. Deze beslissing wordt in de Staatscourant bekendgemaakt.¹⁴⁹

Wanneer de oorspronkelijke verzoekers om het treffen van voorzieningen vragen, beoordeelt de ondernemingskamer op basis van het verslag of er sprake is van wanbeleid. Dit verzoek moet binnen twee maanden na de deponering van het verslag ter griffie gedaan worden. Ook anderen, voor wie het verslag ter inzage ligt, kunnen om voorzieningen vragen. Wanneer de ondernemingskamer wanbeleid constateert, kan zij de voorzieningen treffen die zij op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden

145 Artikel 2:350, eerste lid, BW.

146 (1996), p. 148.

147 Artikelen 2:351 t/m 2:352a BW. Zie ook Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 148.

148 Artikel 2:353, eerste lid, BW.

149 Artikel 2:353, tweede t/m vierde lid, BW.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

acht.¹⁵⁰ De ratio achter het afzonderlijke verzoek om voorzieningen is dat de wetgever heeft willen bereiken dat betrokkenen in de gelegenheid gesteld worden eerst de zaak zelf nog op te lossen.¹⁵¹

Wanbeleid wordt door de Ondernemingskamer omschreven als 'handelen in strijd met elementaire beginselen van een verantwoord ondernemerschap' en kan zowel op het bedrijfseconomische als op het sociale beleid in de onderneming betrekking hebben.¹⁵² De beoordeling hiervan gaat verder dan de pure beoordeling of het beleid in overeenstemming is met de normen van geschreven of ongeschreven recht. Het beleid moet getuigen van verantwoord ondernemerschap, althans overeenstemmen met de *elementaire* beginselen daarvan.¹⁵³ Deze omschrijving van de ondernemingskamer laat een zekere marge aan beleidsvrijheid voor de ondernemer. De kamer gaat niet zonder meer op de stoel van de ondernemer zitten.¹⁵⁴ De toevoeging *elementaire beginselen van* verantwoord ondernemerschap onderstreept het marginale karakter van de beoordeling.¹⁵⁵ Dit marginale karakter van de toetsing van het bedrijfseconomische en sociale beleid blijkt ook daaruit dat de specifieke doelstelling van de rechtspersoon meestal niet betrokken wordt in de toetsing: de beoordeling van het beleid en eventuele afwegingen tussen het bedrijfseconomisch en sociaal belang kunnen het zonder stellen.¹⁵⁶ Dit past bij het voor stichtingen geldende uitgangspunt dat het beleid van de bestuurders van een stichting ter vrije dispositie van die bestuurders behoort te blijven (zie over dit uitgangspunt meer in de volgende paragraaf).¹⁵⁷

Schwarz/Van den Ingh geeft aan dat wanbeleid niet altijd een structurele aangelegenheid hoeft te betreffen. Ook een enkele gedraging die voor de onderneming van de rechtspersoon zeer nadelige gevolgen heeft, kan wanbeleid opleveren. Als voorbeelden van wanbeleid noemen zij het voortijdig afbreken van overleg met bonden en OR (over een voorgenomen besluit tot sluiting van een belangrijk onderdeel van de onderneming); een impasse door interne conflicten binnen de rechtspersoon (zie de bij

150 Artikel 2:355, eerste lid, BW.

151 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 149.

152 Ondernemingskamer Hof Amsterdam 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (Batco); zie ook Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 149.

153 Maijer (1988), p. 148.

154 Zie Maeijer in zijn annotatie (punt 3) bij onder meer het Batco-arrest (NJ 1980, 73).

155 Maeijer (1988), p. 148.

156 Vgl. Maeijer (1988), p. 150-151 en 152-153, m.n. p. 153: 'Indien bij dergelijke organisaties (commerciële stichtingen en/of non-profitstichtingen die een arbeidsorganisatie in stand houden - KS) via het enquêterecht een algemene beleidscontrole op bestuurshandelingen wordt ingevoerd, behoeft de rechterlijke instantie die het beleid toetst uit een oogpunt van management (of uit bedrijfseconomisch oogpunt, op te vatten in ruime zin) of uit sociaal oogpunt, niet aanstonds de specifieke doelstelling van de organisatie bij deze toetsing te betrekken.'

157 HR 3 januari 1975, NJ 1975, 222 m.nt. G.J.S. (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen te Ede).

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

de gronden voor toewijzing van het enquêteverzoek genoemde patstelling); het niet gescheiden houden van belangen, zoals bijvoorbeeld een onroerend-goedtransactie waarbij een commissaris persoonlijk belanghebbende is, en het onvoldoende informeren van de leden of andere rechthebbenden op informatie over de desastreuze financiële positie van de onderneming.¹⁵⁸

De voorzieningen die de ondernemingskamer kan treffen zijn: schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, commissarissen, algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon; schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen; tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen; tijdelijke afwijking van de door de ondernemingskamer aangegeven statutaire bepalingen; tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, en ontbinding van de rechtspersoon.¹⁵⁹ De ondernemingskamer kan het treffen van voorzieningen aanhouden indien de rechtspersoon het op zich neemt om bepaalde maatregelen te treffen die een eind maken aan het wanbeleid, of de gevolgen daarvan zoveel mogelijk ongedaan maken of beperken.¹⁶⁰ De ondernemingskamer kan de voorlopige tenuitvoerlegging van een of meer van deze voorzieningen (met uitzondering van die tot ontbinding van de rechtspersoon) bevelen.¹⁶¹ Bij het indienen van het enquêteverzoek en ook daarna nog kunnen de verzoekers de ondernemingskamer daarom vragen.¹⁶²

Tegen beschikkingen van de ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure staat beroep in cassatie bij de Hoge Raad open voor de P-G, de verzoekers, degenen die als belanghebbende in de procedure zijn opgeroepen én verschenen, en voor de rechtspersoon zelf.¹⁶³

4.3.10.3 De regeling van de artikelen 2:297 en 2:298 BW

De toepasselijkheid van de regeling van het recht van enquête op (ondernemingsraadplichtige) stichtingen is van relatief jonge datum (inwerkingtreding 1 januari 1994)¹⁶⁴. De regeling van artikel 297-298 Boek 2 BW diende en dient (te denken valt alleen al aan stichtingen zonder ondernemingsraadverplichting en aan (groepen)¹⁶⁵ belangheb-

158 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 149.

159 Artikel 2:356 BW.

160 Artikel 2:355, vijfde lid, BW.

161 Artikel 2:358, eerste lid, BW.

162 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 148.

163 Zie de artikelen 2:359 BW en 426, eerste lid, Rv. Vergelijk ook Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 150.

164 Stb. 1993, 597.

165 Zie Cordewener (1992), p. 47. Het ontbreekt de stichting aan leden of aandeelhouders aan wie de wet onder zekere voorwaarden ook het recht tot het doen van een enquêteverzoek toekent (zie art. 2:346, sub a en b, WOR).

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

benden die geen enquêteverzoek kunnen doen)¹⁶⁶ ertoe te voorzien in enige vorm van toezicht op het stichtingsbestuur, nu het de stichting in het wettelijk normaal-type ontbreekt aan een toezichthoudend orgaan tegenover het bestuur.¹⁶⁷ De regeling is niet bedoeld als instrument dat voorziet in een structureel toezicht op het bestuur van stichtingen, maar als voorziening die men achter de hand moet hebben om optreden mogelijk te maken wanneer het fout gaat (wanbeheer of handelen in strijd met wet of statuten).¹⁶⁸

De tekst van de artikelen 2:297 en 2:298 BW luidt als volgt:

‘Art. 297

-1. Het openbaar ministerie bij de rechtbank is, bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, danwel het bestuur naar behoren wordt gevoerd, bevoegd aan het bestuur inlichtingen te verzoeken.

-2. Bij niet of niet-behoorlijke voldoening aan het verzoek kan de president van de rechtbank, desgevorderd, bevelen dat aan het openbaar ministerie de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de stichting voor raadpleging beschikbaar te stellen en de waarden der stichting worden getoond. Tegen de beschikking van de president staat geen hoger beroep of cassatie open.

Art. 298

-1. Een bestuurder die:

a. iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, danwel zich schuldig maakt aan wanbeheer, of

b. niet of niet behoorlijk voldoet aan een door de president der rechtbank, ingevolge het vorige artikel, gegeven bevel, kan door de rechtbank worden ontslagen. Dit kan geschieden op vordering van het openbaar ministerie of op verzoek van iedere belanghebbende.

-2. De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder schorsen.

-3. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting worden.’

166 De staatssecretaris ziet in de toepasselijkheid van de regeling van het recht van enquête op stichtingen geen aanleiding om de in vergelijking met het enquêterecht lichte regeling van 297-298 boek 2 BW buiten werking te stellen. Beide regelingen kunnen volgens hem naast elkaar blijven bestaan. Zie TK 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 12.

167 T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), p. 885 en 901; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 224; Asser, Van der Grinten, Maeijer (1997), nr. 489.

168 Zie Schouten (1987), p. 41/42, die dit neerschrijft als zijnde de opinie van verschillende ministers van Justitie en ter ondersteuning daarvan verwijst naar Kamerstukken 1985 en 1986, aanhangsel Handelingen nr. 691, vragen van het lid Van der Burg over bemoeienissen van het OM met stichtingen.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Omdat een stichting geen controlerend orgaan behoeft te hebben, is aan het OM een – beperkte – controlerende bevoegdheid tegenover het bestuur gegeven in artikel 2:297 BW.¹⁶⁹ Het OM bij de rechtbank kan, bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, danwel het bestuur naar behoren wordt gevoerd,¹⁷⁰ aan het stichtingsbestuur om inlichtingen verzoeken.¹⁷¹ Bij het niet of niet-behoorlijk voldoen aan het verzoek om inlichtingen kan de president van de rechtbank, op vordering van het OM, bevelen dat de boeken, bescheiden en andere gegevensbestanden van de stichting voor raadpleging beschikbaar worden gesteld en de waarden der stichting worden getoond. Bestuurders die ook aan dit rechterlijk bevel niet of niet-behoorlijk voldoen,¹⁷² kunnen op vordering van het OM door de rechtbank worden ontslagen (artikel 2:298, eerste lid, sub b, BW).

Artikel 2:298, eerste lid, BW somt daarnaast nog andere gronden op voor het ontslag van een bestuurder door de rechtbank. Die overige gronden van ontslag zijn het iets doen of nalaten in strijd met bepalingen van de wet of van de statuten, en het zich schuldig maken aan wanbeheer. In de uitspraak van 3 januari 1975 heeft de Hoge Raad aangegeven hoe deze ontslaggronden dienen te worden uitgelegd. Vooropstaat dat de wetgever volgens de Hoge Raad met de bepaling in zijn geheel (beide ontslaggronden samen) ‘niet heeft bedoeld het invoeren van een algemene controle op het beleid van de bestuurders van stichtingen, welk beleid naar het inzicht van de wetgever ter vrije dispositie van die bestuurders behoorde te blijven, doch slechts een controle op de rechtmatigheid van dat beleid op het oog heeft gehad’.¹⁷³

Strijd met de bepalingen van de wet (en aangenomen moet worden dat hetzelfde geldt bij handelingen in strijd met de statuten)¹⁷⁴ heeft de wetgever daarom in de woorden van de Hoge Raad ‘slechts als mogelijke grond voor ontslag willen aanvaarden, indien op het moment van het plegen van die handelingen redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid mogelijk was’. Het gaat er de Hoge Raad dus om dat kennelijk in strijd met wet of statuten gehandeld wordt. Niet helemaal duidelijk is daarbij op welke wetsbepalingen de wetsgeschiedenis en/of de Hoge

169 Ook artikel 2:298 is een bepaling die wil voorzien in problemen die kunnen ontstaan door de bijzondere organisatorische opbouw van de stichting, waarin een algemene vergadering ontbreekt. T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), p. 902.

170 Zie artikel 2:9 BW: eis van een behoorlijke taakvervulling door elke bestuurder van een rechtspersoon.

171 Deze mogelijkheid van het OM wordt in de praktijk weinig gebruikt. Dit geldt ook voor de bevoegdheden van het OM in het kader van artikel 2:298 BW. Zie Schouten (1987), p. 38 en 41.

172 Indien de inzage wordt gegeven is aan het bevel voldaan, ook al is de boekhouding op zichzelf niet deugdelijk, HR 22 december 1989, NJ 1990, 512 (Stichting Hulp voor Sahel).

173 HR 3 januari 1975, NJ 1975, 222 (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen).

174 Maeijer (1988), p. 148/149. Zie ook T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), p. 902 en Rechtspersonen (Stille), p. 298/2.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Raad het oog gehad hebben. Maar aangenomen moet worden dat *de bepalingen van de wet* wat dat betreft restrictief geïnterpreteerd dienen te worden en in elk geval niet zo opgerekt mogen worden dat daaronder ook strijd met artikel 2:9 BW (behoorlijke taakvervulling) verstaan wordt; via die band zou immers de uitdrukkelijk beoogde restrictie van een rechtmatigheidstoetsing weer (kunnen) worden ontgaan.¹⁷⁵

Vanwege de uitdrukkelijk beoogde beperking van de toetsing tot een rechtmatigheidstoetsing mag *wanbeheer* ook niet in de ruime betekenis van wanbestuur worden verstaan: 'zulks [zou] een doorkruising kunnen betekenen van de door de wetgever gewenste beperking van de rechterlijke controle tot een controle op de rechtmatigheid van het gedrag van de bestuurder'. En de Hoge Raad vervolgt 'dat op grond daarvan moet worden aangenomen dat de wetgever bij "wanbeheer" als ontslaggrond voor een bestuurder niet heeft gedacht aan bestuurlijk wanbeleid in het algemeen, maar aan tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de Stichting of van de zorg voor de verkrijging van de inkomsten waarover de Stichting kan beschikken'. Kortom, wanbeheer dient beperkt opgevat te worden als financieel wanbeheer.¹⁷⁶

Het ontslag door de rechtbank kan geschieden op vordering van het OM of op verzoek van iedere belanghebbende. Belanghebbende is degene die een rechtstreekse betrokkenheid bij de stichting heeft,¹⁷⁷ niet bedoeld is een *actio popularis* toe te kennen aan een ieder die zich voor de gang van zaken in de stichting interesseert.¹⁷⁸ Artikel 298, tweede lid, boek 2 BW verleent de rechtbank de bevoegdheid, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur te treffen en de bestuurder te

175 Zie Maeijer (1988), p. 149-150. Steun voor zijn interpretatie biedt de visie van Advocaat-Generaal Ten Kate, zoals neergelegd in zijn conclusie bij het genoemde arrest van 3 januari 1975: 'Van enige bedoeling een bestuurder ook op straffe van ontslag aansprakelijk te stellen ingeval hij door zijn doen of nalaten in het gewone rechtsverkeer met de andere rechtsgenoten in strijd met enige wetsbepaling komt, die de stichting niet in haar wezen betreft, blijkt niet. Het komt mij ook weinig aannemelijk voor omdat anders via dit criterium en bijv. art. 1401 BW toch weer de volledige beleidscontrole op straffe van ontslag van de bestuurders aan de orde zou kunnen komen, hetgeen (...) m.i. niet beoogd is.' Bedacht dient te worden dat de regeling van de stichting in die tijd nog niet in het BW was neergelegd, maar in de Wet op stichtingen, zodat de vraag naar de bedoelde wetsbepalingen in de eerste plaats de vraag betrof of 'wet' ruimer moest worden opgevat dan 'Wet op stichtingen'. Zie ook de zeer terughoudende interpretatie van annotator G.J.S. en vergelijk ook Asser, Van der Grinten (1991), nr. 490: 'In de vorige druk hebben wij verdedigd dat het tekort komen van een bestuurder in de vervulling van zijn taak (art. 9, oud art. 8) als strijd met de wet zou moeten worden aangemerkt. Deze visie willen wij niet langer verdedigen. Het enkele feit dat een bestuurder tekort schiet, wanprestatie tegenover de stichting pleegt, moet niet worden beschouwd als handelen in strijd met de wet.' Zie ook Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), nr. 490.

176 Zie T&C BW 1998 (Den Tonkelaar), p. 903; Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 225-226; Maeijer (1988), p. 148; Rechtspersonen (Stille), p. 298/2-298/3.

177 Rb. Arnhem 29 januari 1973, NJ 1973, 276.

178 Asser, Van der Grinten (1997), nr. 491.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

schorsen. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder van de stichting kan gedurende vijf jaren na zijn ontslag geen bestuurder van een stichting worden.¹⁷⁹

4.3.10.4 Vergelijking en evaluatie enquêterecht en 2:297/2:298 BW

In het verleden hebben veel auteurs te kennen gegeven de regeling van artikel 297-298 boek 2 BW als toezichtsregeling aangaande het bestuur van stichtingen onvoldoende te vinden. In toenemende mate ontstond behoefte aan controle of toezicht op dat bestuur.¹⁸⁰ In dat kader heeft een aantal auteurs onder meer de toepasselijkheid op stichtingen van de enquêteregeling bepleit en/of het wetsvoorstel tot het realiseren van een dergelijke toepasselijkheid als een extra vorm van toezicht verwelkomd.¹⁸¹ Het is daarom op zijn plaats beide soorten toezicht met elkaar te vergelijken.

De regeling van 297-298 boek 2 BW wordt door de staatssecretaris als lichter beschouwd.¹⁸² Als het gaat om de te treffen voorzieningen biedt deze regeling, die alleen kan leiden tot het ontslag van bestuurders, inderdaad minder mogelijkheden dan de regeling van het recht van enquête. De toetsing zelf kan niet gemakkelijk lichter of zwaarder genoemd worden dan die bij de enquête. De omvang van de toetsing lijkt bij 2:298 BW weliswaar beperkter – het beleid in z'n algemeenheid kan niet zoals bij het enquêterecht (marginaal) getoetst worden – en de voorgeschreven procedure lichter, maar de toets die bij de beoordeling van het beleid wordt aangelegd is een zwaardere, in die zin dat er niet snel tot wanbeheer (2:298 BW) zal kunnen worden geconcludeerd, gelet op de restrictieve uitleg die de Hoge Raad aan dit begrip geeft.¹⁸³

Ook het inlichtingenverzoek zoals vervat in artikel 2:297 BW kan niet zonder meer als lichter worden gekwalificeerd dan het enquêteverzoek. De grond waarop het OM ingevolge artikel 2:297 BW het bestuur om inlichtingen kan verzoeken, doet denken aan de grond waarop de ondernemingskamer ingevolge artikel 2:350, eerste lid, BW een enquête kan gelasten: namelijk wanneer er blijk is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.¹⁸⁴ Een verschil in procedureel opzicht is met name het feit dat in de regeling van 2:297 BW alleen het OM om inlichtingen kan vragen, hetgeen in de enquêterechtregeling ruimer is. Daarentegen is de kring van personen die om voorzieningen kan verzoeken in laatstgenoemde regeling minder ruim dan in de regeling van 2:298 BW dat het recht tot verzoek om ontslag van een of meer bestuurders door de rechtbank toekent aan iedere belanghebbende.

Vergelijking van de beide regelingen leert al met al dat de regeling van 297-298 boek 2 BW vooral bedoeld is als toezichtsregeling die de overheid achter de hand

179 Art. 2:298, lid 3, BW.

180 Zie voor een overzicht van de literatuur: Maeijer (1988), p. 147.

181 Zie bijv. Schouten (1987), p. 43; Maeijer (1988), p. 150-154; Cordewener (1992), p. 44.

182 TK 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 12.

183 Vgl. Van Solinge (1992), p. 32. Zie ook daarover Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 227.

184 Maeijer (1988), p. 148.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

dient te hebben voor het geval het bij een stichting, waarvoor kenmerkend is dat er behalve het bestuur geen (controleerend) orgaan behoeft te zijn, helemaal misloopt. Een achterdeur dus die de overheid (het OM) niet al te veel mogelijkheden biedt tot correctie. De regeling van het recht van enquête betekent in dat opzicht een aanvulling van het toezicht op het bestuur van stichtingen, die vooral bedoeld is om de belangen van aandeelhouders en werknemers te beschermen en daarom als instrument primair is bedoeld voor deze groepen, en pas in tweede instantie het OM een middel tot toezicht in handen beoogt te geven. In beide gevallen omvat het toezicht geen mogelijkheid tot beleidsmatige toetsing aan het specifieke stichtingsdoel.

Van het gebrek aan controle en toezicht dat zich typologisch bij een stichting kan voordoen, zal per definitie bij een overheidsstichting niet snel sprake zijn. Kenmerkend voor dergelijke stichtingen is immers de uit de statuten blijkende invloed van de overheid. De overheid kan zich daarnaast, gelet op de subsidierelatie die veelal tussen minister en overheidsstichting zal bestaan, ook als subsidiegever de nodige invloed voorbehouden. Vanuit die optiek heeft de minister de als achterdeur bedoelde toezichtsregeling van 297-298 boek 2 BW, de subsidiair voor de overheid bedoelde aanvullende toezichtsregeling van het enquêterecht niet direct nodig.

De toezichtsregelingen verschaffen belanghebbenden¹⁸⁵ en werknemersorganisaties echter wel extra mogelijkheden tot controle door de rechter. Deze extra *checks and balances* ontbreken bij publiekrechtelijke varianten van zelfstandig overheidsbestuur en betekenen een extra waarborg tegen kennelijk onrechtmatig handelen van en wanbeheer door het stichtingsbestuur, en tegen het niet overeenkomstig de elementaire beginselen van een verantwoord ondernemersschap functioneren van de stichting.

Bij het toepassen van de toezichtsregelingen dient als voorwaarde te gelden dat de gang van zaken wordt kortgesloten met de minister. De enquêteregeling voorziet al in iets dergelijks als de Nederlandsche Bank NV of de Verzekeringkamer toezichthouder zijn over de rechtspersoon jegens welke de enquête wordt verzocht of ingesteld. Zo bepaalt artikel 2:348 BW dat de griffier een afschrift van het enquêteverzoek dan wel de enquêtevordering doet toekomen aan de toezichthoudende instelling wanneer de rechtspersoon is onderworpen aan het toezicht van de Verzekeringkamer of van de Nederlandsche Bank NV. En artikel 2:355, vierde lid, BW bepaalt dat de ondernemingskamer na constatering van wanbeleid, geen beslissing op het verzoek om voorzieningen mag nemen zonder de betreffende toezichthouder in de gelegenheid te hebben gesteld over het verzoek te worden gehoord.

Al met al is er ten aanzien van overheidsstichtingen sprake van toezichtsmogelijkheden die ontbreken ten aanzien van publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen. Dat verschaft de stichtingsvorm een zeker voordeel ten opzichte van publiekrechtelijke varianten.

185 Vrijwel altijd zal de voor het vragen van inlichtingen vereiste ernstige twijfel bij het OM (art. 2:297-298 BW) rijzen door klachten van belanghebbenden. Zie Dijk, Van der Ploeg (1997), p. 225.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

4.3.10.5 Controle door een externe accountant ingevolge het jaarrekeningenrecht

Titel 9 van Boek 2 BW (jaarrekening en jaarverslag) is van toepassing op ondernemende verenigingen en stichtingen, indien de netto-omzet van deze ondernemingen de helft of meer bedraagt van *f* 12 miljoen.¹⁸⁶ Vrijgesteld van het jaarrekeningenrecht zijn derhalve de ondernemende stichtingen en verenigingen die een netto-omzet hebben van minder dan *f* 6 miljoen. Als voorbeelden van laatstgenoemde rechtspersonen wijst de memorie van toelichting op ‘de voetbalclub met een kantine en de studentenvereniging met een eet- en drinkgelegenheid’.¹⁸⁷

Voor stichtingen die niet onder de toepasselijkheid van titel 9, boek 2 BW vallen, bevat het BW alleen de algemene boekhoud- en bewaarplicht van artikel 2:10 BW: ‘Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend’ (lid 1). Die administratie dient ten minste de jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar door het bestuur van de rechtspersoon op te maken en op papier te stellen balans en staat van baten en lasten van de rechtspersoon te bevatten (lid 2). De in de eerste twee leden bedoelde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers dienen gedurende tien jaar te worden bewaard (lid 3).

Titel 9 van boek 2 BW stelt dwingende regels inzake de inrichting van de jaarrekening. De jaarrekening omvat de balans, de winst- en verliesrekening en de toelichting.¹⁸⁸ Als algemene doelstelling van de jaarrekening geldt dat deze volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, een zodanig inzicht moet geven dat daaruit een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede, voorzover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en liquiditeit van de rechtspersoon. De specifieke regels van titel 9 zijn gegeven ter bevordering van dit inzicht.¹⁸⁹

Voor de beantwoording van de vraag wanneer een stichting een onderneming voert, is door de wetgever aangesloten bij het ondernemingsbegrip van de Handelsregisterwet. Het gaat om instellingen die hun organisatie en activiteiten richten op het op commerciële wijze deelnemen aan het economische verkeer, en derhalve om ondernemingen welke in het algemeen gerekend worden tot het bedrijfsleven: ze opereren

186 Zie voor de precieze omschrijving de formulering van artikel 2:360, derde lid, BW.

187 TK 1994/95, 24 255, nr. 3, p. 5.

188 Artikel 2:361, eerste lid, BW.

189 Zie Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 164. Vgl. artikel 2:362, eerste lid, BW.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

op de markt en treden op in concurrentie met elkaar.¹⁹⁰ Blijkens de memorie van toelichting moeten bijvoorbeeld woningbouwcorporaties, ziekenhuizen en bejaardeninstellingen niet als ondernemingen worden aangemerkt (waarvan de financiële verantwoording overigens al moet voldoen aan bijzondere wetgeving).¹⁹¹ Alhoewel overheidsstichtingen doorgaans niet als onderneming zullen kunnen worden aangemerkt voor het geheel van hun taakuitvoering, kan dat op onderdelen wel het geval zijn. Te denken valt aan de exploitatie van een restaurant door een rijksmuseum. Voorzover de toepasselijkheid van het jaarrekeningenrecht afhankelijk wordt gesteld van de netto-omzet en het aantal gemiddeld werkzame werknemers betreffen deze criteria niet de hele rechtspersoon, maar *louter het ondernemingsdeel* daarvan.

In het volgende hoofdstuk wordt in verband met de regeling omtrent de openbaarheid van jaarrekening en jaarverslag die deze titel biedt, verder ingegaan op de eisen die de titel stelt aan de jaarrekening. Hier wordt daarop niet verder ingegaan, maar uiteengezet welke categorieën rechtspersonen de titel onderscheidt (grote, middelgrote en kleine) om duidelijk te maken voor welke daarvan externe accountantscontrole van de jaarrekening is voorgeschreven, danwel welke daarvan zijn vrijgesteld.¹⁹²

'Kleine rechtspersonen' (artikel 2:396 BW) voldoen aan twee van de drie volgende vereisten, te weten 1) de activa van het totaal bedragen maximaal *f* 6 miljoen, 2) de netto-omzet van het commerciële deel bedraagt niet meer dan *f* 12 miljoen en 3) over het boekjaar werken er gemiddeld minder dan 50 werknemers. Vrijwel het gehele Nederlandse midden- en kleinbedrijf valt onder artikel 2:396 BW. Voor deze kleine rechtspersonen gelden ruime vrijstellingen van het jaarrekeningenrecht. Een kleine rechtspersoon is niet verplicht opdracht te verlenen aan een externe accountant tot onderzoek van zijn jaarrekening.¹⁹³

'Middelgrote rechtspersonen' (artikel 2:397 BW) zijn rechtspersonen die voldoen aan twee of drie van de volgende vereisten: 1) de activa van het totaal bedragen maximaal *f* 24 miljoen, 2) de netto-omzet van het commerciële deel bedraagt niet meer dan *f* 48 miljoen en 3) over het boekjaar werken er gemiddeld minder dan 250 werknemers. Bij middelgrote rechtspersonen gaat het om grote, maar niet om de grootste ondernemingen of concerns. De vrijstellingen voor middelgrote rechtspersonen zijn zeer beperkt.¹⁹⁴ Middelgrote ondernemingen zijn niet vrijgesteld van de ver-

190 Zie TK 1994/95, 24 255 (Wijziging van Boek 2 van het BW ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden), nr. 3 (MvT), p. 2. Zie voorts Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 25 en 27.

191 TK 1994/95, 24 255, nr. 3, p. 4. Zie ook T&C BW 1998 (Koning), aant. 4 bij art. 2:360.

192 Vrijstellingen van het jaarrekeningenrecht, geldend voor kleine of middelgrote rechtspersonen, zijn niet van dwingend recht. Zie T&C BW 1998 (Koning), art. 2:396. BW, aant. 1.

193 Zie art. 2:396, zesde lid, BW jo. 2:393, eerste lid, BW.

194 T&C BW 1998 (Koning), art. 2:396 BW, aant. 1.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

plichting tot het laten uitvoeren van controle van de jaarrekening door een externe accountant.¹⁹⁵

De accountantscontrole is geregeld in artikel 2:393 BW. De tot deze controle verplichte (grote en middelgrote) rechtspersonen verlenen aan een registeraccountant of aan een accountant-administratieconsulent opdracht tot onderzoek van de jaarrekening (eerste lid). De opdracht kan eveneens worden verleend aan een organisatie waarin accountants samenwerken die mogen worden aangewezen. Iedere belanghebbende kan ingevolge het zevende lid nakoming van de in lid 1 omschreven verplichting vorderen. Overigens is overtreding van lid 1 een economisch delict (artikel 1, sub 4, WED).

Aangezien het niet zeer waarschijnlijk is dat overheidsstichtingen tot de middelgrote laat staan grote rechtspersonen behoren die tot het in artikel 2:393 BW voorgeschreven en door een externe accountant te verrichten onderzoek van de jaarrekening verplicht zijn, betekent deze regeling van het BW niet echt een pre voor de stichting als organisatievorm, vergeleken met een publiekrechtelijke organisatievorm waarvoor de jaarrekeningtitel van het BW in elk geval niet geldt.

Overigens gaat van de regelgeving van titel 9, boek 2 BW in het algemeen een grote invloed uit op de jaarrekening van organisaties die op zichzelf niet onder de werksfeer van genoemde titel vallen.¹⁹⁶ Dat geldt ook voor veel overheidsstichtingen. Afgezien van het feit dat de statuten steeds een bepaling bevatten over het überhaupt opstellen van een jaarrekening (zie ook Hoofdstuk 6), voorzien veel statuten van overheidsstichtingen in onderzoek en controle van de jaarrekening door een accountant. Daarbij is soms duidelijk inspiratie ontleend aan artikel 2:393 BW.

Voor de omschrijving van de accountant wordt daarbij doorgaans volstaan met de mededeling dat het gaat om een (door het bestuur aan te wijzen) accountant of register-accountant. Een enkele maal is er ook een preciezere omschrijving. Zo vindt controle van de jaarrekening bij de Stichting Radio Nederland Wereldomroep plaats door een register-accountant, een accountant die een vergunning heeft als bedoeld in artikel 70b, eerste lid, sub b Wet op de register-accountants, danwel door een organisatie waarin zodanige accountants samenwerken. Soms is de statutaire voorziening duidelijk verbonden met artikel 2:393 BW. Bij Grondmechanica Delft is sprake van een door de Raad van Toezicht – en zo die in gebreke blijft een door de directie – aangewezen deskundige als bedoeld in artikel 2:393 BW. En bij de Stichting advisering bestuursrechtspraak wijst de directie een register-accountant aan die een schriftelijke

195 In art. 2:397 ontbreekt een uitzonderingsbepaling zoals die wel is opgenomen in art. 2:396 BW. Zie ook T&C BW 1998 (Koning), art. 2:393, aant. 1.

196 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 164.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

verklaring van getrouwheid als bedoeld in artikel 2:393, eerste lid, BW afgeeft aan de directie.

4.3.11 Het toezicht van de Algemene Rekenkamer op grond van de CW

Artikel 59 regelt de controle van de Algemene Rekenkamer op andere rechtspersonen dan de Staat. Het eerste lid regelt jegens welke rechtspersonen de Rekenkamer bevoegdheden bezit.¹⁹⁷

In de eerste plaats is de Rekenkamer bevoegd ten aanzien van rechtspersonen waar de Staat een financiële binding mee heeft. Behalve de hier verder buiten beschouwing blijvende NV's of BV's waar de Staat in deelneemt (sub a en b),¹⁹⁸ gaat het om 'rechtspersonen, commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma waaraan de Staat of een derde voor rekening of risico van de Staat rechtstreeks of middellijk een subsidie, lening of garantie heeft verleend' (sub c).

De toekenning van bevoegdheden aan de Rekenkamer ten aanzien van rechtspersonen met een financiële binding is gebaseerd op het zogenaamde budgettaire beginsel. Wil het parlement zijn budgetrecht, dat een correlaat vormt van de functie van de Rekenkamer, in volle omvang kunnen uitoefenen, dan moet het beschikken over zo compleet mogelijke, onafhankelijke informatie over de recht- en doelmatigheid van de financiële stromen tussen de Staat en rechtspersonen buiten de Staat.¹⁹⁹

In de tweede plaats is de Rekenkamer bevoegd ten aanzien van de zogenaamde rechtspersonen met een wettelijke taak (de RWT's). Het criterium sub d omschrijft deze rechtspersonen als: 'rechtspersonen voorzover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen'. Dit criterium beoogt vooral publiekrechtelijke rechtspersonen onder het controlebereik van de AR te brengen, maar de betekenis is daartoe niet beperkt: 'De gekozen formulering omvat evenwel mede privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke, dat wil zeggen bij of krachtens de wet geregelde taak'.²⁰⁰

De achtergrond van de bevoegdheden ten aanzien van RWT's gaat terug op het zogenaamde publiekrechtelijke beginsel, volgens hetgeen de werkingssfeer van de Rekenkamer zich niet alleen uitstrekt tot de Staat, maar ook tot de rechtspersonen die tot de publieke sfeer van het Rijk behoren.²⁰¹

197 In de c-grond is ook sprake van commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma, die geen rechtspersoonlijkheid bezitten. In deze paragraaf wordt echter kortweg gesproken van 'rechtspersonen'.

198 Het betreft NV's en BV's waarvan de Staat het gehele of nagenoeg gehele geplaatste aandelenkapitaal houdt, danwel ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal houdt indien daarmee een belang van meer dan f 1 miljoen of meer is gemoeid.

199 Algemene Rekenkamer, Annotaties CW (Handar, map 4, 4-3-99), art. 59, p. 155.

200 TK 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 27.

201 Algemene Rekenkamer, Annotaties CW (Handar, map 4, 4-3-99), art. 59, p. 156.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Artikel 59 CW bevat in lid twee en volgende een opsomming van de bevoegdheden van de Algemene Rekenkamer ten aanzien van de onder haar controleberek vallende rechtspersonen. Ten aanzien van de rechtspersonen behorend tot de c-categorie heeft de Rekenkamer dezelfde bevoegdheden als ten aanzien van de d-categorie. De Rekenkamer is bevoegd kennis te nemen van jaarrekeningen en bescheiden bij de minister (lid 2), maar kan (vervolgens) ook rechtstreeks inlichtingen inwinnen en bescheiden vorderen bij de rechtspersoon (lid 3), en is voorts bevoegd tot het instellen van een onderzoek bij de rechtspersoon ter plaatse (lid 3).

Afgezien van de overeenkomst in bevoegdheden doet zich tussen de beide categorieën van rechtspersonen wel enig verschil voor wat betreft de reikwijdte van de inzet ervan. Bij rechtspersonen die een financiële binding kennen met de Staat volgen de onderzoeksbevoegdheden van de Rekenkamer de ministeriële verantwoordelijkheid. De keuzes van de regelgever en het bestuursorgaan (subsidietitel 4.2 van de Awb!) ten aanzien van de ministeriële toezicht- en controlebevoegdheden, bepalen de reikwijdte van de bevoegdheden van de Rekenkamer. Naarmate de ministeriële verantwoordelijkheid omvangrijker is (bijvoorbeeld omdat de financiële binding intensiever is), is ook de reikwijdte van de Rekenkamer-bevoegdheden groter.²⁰²

Bij de RWT's ontbreekt het aan een dergelijke koppeling tussen de ministeriële bevoegdheden jegens de rechtspersoon en de onderzoeksbevoegdheden van de Rekenkamer. In de navolgende passage uit het commentaar van de regering op de visie en standpunten die de Rekenkamer over uitbreiding van haar bevoegdheden heeft geformuleerd, is het verschil duidelijk verwoord: 'De reikwijdte van de controle van de Algemene Rekenkamer op RWT's is niet per definitie gebonden aan de omvang van de ministeriële bevoegdheden ten aanzien van die rechtspersonen. De controle van de Algemene Rekenkamer kan derhalve verder gaan dan de controle op het handelen van de minister. De Algemene Rekenkamer verricht ten behoeve van de Staten-Generaal de controle op deze rechtspersonen en onderzoekt daartoe het functioneren van deze rechtspersonen als zodanig. Dit onderscheidt RWT's van boven omschreven rechtspersonen met een financiële binding met het Rijk, waar de controle van de Algemene Rekenkamer een controle is op (het handelen van) de minister en niet op (het handelen van) de betrokken rechtspersoon.'²⁰³

Dit kan consequenties hebben voor de betreffende RWT: 'Op grond van het huidige artikel 59 van de Comptabiliteitswet kan de Algemene Rekenkamer de Staten-Generaal inlichten over de rechtmatigheid en doelmatigheid van het financiële beheer en over de organisatie en het functioneren van RWT's. De Staten-Generaal hebben

202 TK 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 12-13.

203 TK 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 13; zie ook TK 1997/98, 24 479, nr. 3 (Nota van de Algemene Rekenkamer, getiteld *Herbezinning reikwijdte taken en bevoegdheden Algemene Rekenkamer*), p. 2 ('Waar organen een deel van de verantwoordelijkheid van de minister hebben overgenomen is de Rekenkamer een controletaak gegeven.'), en TK 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 6 en 7.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

daardoor de mogelijkheid te beoordelen of de uitvoering van de aan de betrokken rechtspersonen opgedragen wettelijke taken voldoet aan de daaraan te stellen eisen en of terzake wellicht een wetswijziging geboden is.²⁰⁴

Het voorgaande maakt duidelijk dat het van belang is of een rechtspersoon behoort tot de rechtspersonen sub c danwel (ook) tot die sub d (artikel 59, eerste lid CW). Het d-regime is voor de rechtspersoon zwaarder dan het c-regime. Hieronder wordt nader ingegaan op de afbakening tussen beide categorieën en op de vraag waar de overheidssichting thuishoort.

Overheidssichtingen zullen doorgaans in elk geval voldoen aan de omschrijving van de in artikel 59, eerste lid, sub c CW bedoelde rechtspersonen, omdat zij in de meeste gevallen geheel of gedeeltelijk afhankelijk zijn van overheidssubsidie.

Bij de in artikel 59, eerste lid, sub c, CW bedoelde subsidies, leningen of garanties kan aan allerlei (meng)vormen van financiële steun aan bedrijven en instellingen worden gedacht. Genoemd worden onder andere: balanssteun, verliesparticipatie, bijzonder achtergestelde lening (bagl) en bagl-bewijs, achtergestelde leningen met rentebijbeschrijving die later in enigerlei vorm omgezet werden in eigen vermogen bij balanssaneringen en dergelijke, subsidiëring van exploitatielasten van culturele instellingen, investerings- en objectsubsidies.²⁰⁵

Zoals vermeld beoogt de d-grond van het eerste lid van artikel 59 CW vooral de publiekrechtelijke rechtspersonen onder het controlebereik van de Rekenkamer te brengen. In beginsel vallen deze er ook onder, uitgezonderd de door artikel 59, lid 16, zelf van toepasselijkheid uitgesloten rechtspersonen (lagere overheden; openbare lichamen ex artikel 8, eerste lid, Wgr, voorzover niet bij wet ingesteld; waterschappen; openbare lichamen voor beroep en bedrijf; en Kamers van Koophandel en Fabrieken) en uitgezonderd de eventuele rechtspersonen naar publiekrecht die niet uit een wettelijke heffing worden bekostigd, maar uit zelfstandig door de rechtspersoon bepaalde tarieven. De omvang van deze laatstgenoemde uitzonderingscategorie zal echter niet erg groot zijn,²⁰⁶ hetgeen de conclusie van Boxum rechtvaardigt dat de CW niet hoeft te worden gewijzigd omdat de Rekenkamer reeds bevoegd is controle uit te oefenen op alle zelfstandige bestuurslichamen.²⁰⁷

204 TK 1998/99, 24 479 en 24 500, nr. 5, p. 13.

205 Algemene Rekenkamer, Annotaties Comptabiliteitswet (Handar, map 4, 4-3-99), art. 59, p. 161.

206 Maar vgl. aanwijzing 124l, derde lid Aanwijzingen inzake zbo's: Indien een zbo haar tarieven en heffingen zelfstandig vaststelt, dient de wet in beginsel de bevoegdheid tot goedkeuring van die heffingen en tarieven toe te kennen aan de minister.

207 Zie Boxum (1997), p. 256-257. De in zijn studie centraal staande zelfstandige bestuurslichamen vormen een subcategorie van de zelfstandige bestuursorganen: het betreft de zbo's met rechtspersoonlijkheid naar publiekrecht. Vgl. ook zijn definitie op p. 50.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

Daarnaast kan de Rekenkamer op grond van artikel 59, eerste lid, sub d CW in een aantal gevallen ook privaatrechtelijke rechtspersonen aan haar controle onderwerpen. Waar bij rechtspersonen naar publiekrecht altijd sprake zal zijn van een bij of krachtens de wet geregelde taak (instellingswet), is dat voor rechtspersonen naar privaatrecht niet steeds het geval. De taak kan bij of krachtens een bijzondere (instellings)wet geregeld zijn, maar niet altijd zal (de taak van) een tot de overheid te rekenen rechtspersoon naar privaatrecht een basis vinden in een wettelijke regeling.

Dat blijft zo, zelfs als de Rekenkamer gelijk krijgt wat betreft haar standpunt dat een wettelijke bepaling die de Staat conform artikel 29 CW machtigt tot oprichting van een privaatrechtelijke rechtspersoon, leidt tot het aanwezig zijn van een wettelijke taak als bedoeld in artikel 59, eerste lid, sub d, CW. De huidige opzet van artikel 29 CW brengt immers mee dat de machtigingsprocedure in lang niet alle gevallen zal uitmonden in een *wettelijke* machtiging. Overigens lijken de ministers (waaronder de minister van Financiën) de zienswijze van de Rekenkamer niet zonder meer te delen.²⁰⁸ Het geschilpunt is tot op heden nog niet beslecht.²⁰⁹

Behalve het vereiste van een bij of krachtens de wet geregelde taak kent artikel 59, eerste lid, sub d, CW ook als eis dat de rechtspersoon wordt bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen. Dit criterium dient ruim te worden uitgelegd. Bedoeld zijn de wettelijke taken die uit *de publieke middelen* worden gefinancierd.²¹⁰ De memorie van toelichting geeft aan dat het bijvoorbeeld gaat om rijksbijdragen, collegegelden, ziekenfondspremies, premies sociale verzekeringen, tarieven academische ziekenhuizen en motorrijtuigenbelasting.²¹¹ Steun voor een ruime uitleg biedt ook de motie Van Amelsvoort c.s.,²¹² de motie die aan de wieg stond van het RWT-criterium.²¹³ De strekking van de motie was dat gelet op de toenemende verwevenheid tussen de overheid en de overige sectoren van het maatschappelijk leven, (de rekenkamercontrole niet beperkt kon blijven tot de Staat, maar dat) onderzocht diende te worden hoe krachtens een algemene regeling een onafhankelijke controle op *ontvangst en uitgaven van publieke aard* effectief kan worden gewaarborgd (curs. KS). Het is van belang in te zien dat niet de verstrekking van de publieke

208 Brief van de Algemene Rekenkamer van 12 maart 1998, p. 16; TK 1996/97, 25 277, nr. 3, p. 2-3. Zie ook Schreuder (1997), p. IV-12-46.

209 Zie het Algemene Rekenkamer-rapport *Verantwoording en toezicht bij rechtspersonen met een wettelijke taak*, TK 1999/2000, 26 982, nrs. 1-2, p. 39. De regering heeft inmiddels bij monde van de Minister van Financiën laten weten dat gewerkt wordt aan een concreet voorstel voor aanpassing van art. 59 CW, nu onder meer niet altijd duidelijk is wat verstaan moet worden onder RWT's, zie TK 1999/2000, 26 573, nr. 31 (Lijst van vragen en antwoorden, vastgesteld 19 juni 2000), p. 3.

210 Vgl. Boxum (1997), p. 256 (cursivering - KS).

211 TK 1984/85, 19 062, nrs. 1-3, p. 27.

212 TK 1975/76, 13 037, nr. 21.

213 Zie TK 1995/96, 24 479, nr. 1, p. 4-5 (historisch schets).

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

middelen bij of krachtens de wet geregeld dient te zijn, maar de heffing leidend tot de te verstrekken opbrengst.

Indien een rechtspersoon zowel onder de c- als d-categorie valt, mag worden aangenomen dat de d-grond als basis voor onderzoek voorrang krijgt. Dit lijkt ook het standpunt van de Rekenkamer zelf: 'Waar organen een deel van de verantwoordelijkheid van de minister hebben overgenomen is de Rekenkamer een controletaak gegeven. Waar organen geen verantwoordelijkheid hebben overgenomen, maar wel een financiële relatie met het Rijk hebben, is de Rekenkamer geen controletaak gegeven maar een onderzoeksbevoegdheid ter uitwerking van haar controletaak bij het Rijk.'²¹⁴

De conclusie luidt dat door de Rekenkamer jegens publiekrechtelijke rechtspersonen steeds als RWT's een onderzoek kan worden ingesteld (d-grond), maar dat overheidsstichtingen – die doorgaans geheel of gedeeltelijk bekostigd worden uit de publieke middelen – alleen als RWT gekwalificeerd kunnen worden indien hun taak bij of krachtens de wet geregeld is. Gelet op de wat verstrekkender reikwijdte van de controletaak ten aanzien van de RWT's in vergelijking met de c-categorie, moet worden gezegd dat de publiekrechtelijke organisatievorm op dit punt (vooralsnog)²¹⁵ in het voordeel is, al zal het verschil niet van grote praktische betekenis zijn.

4.4 Weging van de argumenten en conclusie: criteria voor/tegen de overheidsstichting

Paragraaf 4.3 overziend komt het volgende naar voren:

1 Het *herkenbaarheidsargument*, inhoudend dat privaatrechtelijke vormgeving ongewenst is omdat een dergelijke organisatievorm in tegenstelling tot publiekrechtelijke vormgeving geen overheidsorganisatie doet vermoeden, levert een argument contra privaatrechtelijke vormgeving en dus contra de stichtingsvorm op. Datzelfde geldt voor het argument van de *rechtsbeschermingstransparantie*. Dit argument raakt aan dat van de publiekrechtelijke waarborgen (zie 4.3.4 en hieronder punt 3) en wordt hier in beginsel niet behandeld omdat het als zodanig uitgebreid terugkomt in het volgende hoofdstuk. Als voorlopige conclusies zij echter vermeld dat privaatrechtelijke vormgeving (afgezien van een mogelijk probleem in verband met de publieke taakjurisprudentie, zie Hoofdstuk 5), voor de burger niet zozeer een nadeel oplevert wat betreft de toegankelijke rechter, als wel wat betreft de toepasselijke waarborgen van publiekrecht. Aan het perspectief van de *constitutionele transparantie*, inhoudend dat de handelingsvorm (dat wil zeggen het soort handelingen dat de organisatie verricht: publiekrechtelijk, privaatrechtelijk of feitelijk) en het (overheids- danwel particuliere)

214 Algemene Rekenkamer, *Nota Herbezinning reikwijdte taken en bevoegdheden Algemene Rekenkamer* (1997), TK 1997/98, 24 479, nr. 3, p. 2.

215 Volgens de Rekenkamer is [h]et van groot belang, dat de bevoegdheden goed op de wettelijke taken (van de Rekenkamer - KS) zijn toegesneden en dat zij qua reikwijdte en inhoud adequaat zijn om de beoogde taakuitoefening ook onder veranderende bestuurlijke omstandigheden mogelijk te maken'. TK 1997/98, 24 479, nr. 3, p. 1.

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

karakter van de organisatie zoveel mogelijk overeen dienen te stemmen met de (publiek- of privaatrechtelijke) organisatievorm, kan niet echt een argument voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving worden ontleend. Ook bij publiekrechtelijke vormgeving is deze vorm van transparantie vaak niet optimaal.

2 Daar waar het gaat om ministeriële aanwijzingen waartegen geen bezwaar en beroep openstaat (namelijk algemene en statutaire concrete aanwijzingen), moet de *processuele zelfstandigheid en onafhankelijkheid* van de overheidsstichting als rechtspersoon krachtens privaatrecht groter geacht worden dan die van publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen. Met een beroep op hun plicht tot behoorlijke taakvervulling, de daarop gebaseerde bestuursautonomie en de – deze norm van artikel 2:9 BW inkleurende – gerichtheid op het belang van de rechtspersoon, kunnen bestuurders van een privaatrechtelijke rechtspersoon een dergelijke aanwijzing namelijk naast zich neerleggen, waarna de minister aan zet is om (eventueel) actie te ondernemen. Een dergelijke mogelijkheid ontbreekt voor rechtspersonen krachtens publiekrecht, zodat deze aan dergelijke aanwijzingen gebonden moeten worden geacht, voorzover ze daar althans niet tegen opkomen bij de burgerlijke rechter. Door deze omkering van wie aan zet is beschikken overheidsstichtingen in beginsel over een iets zelfstandiger positie ten opzichte van de minister dan publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen. Maar deze conclusie dient genuanceerd te worden, in die zin dat een deel van de genoemde niet voor bezwaar en beroep vatbare aanwijzingen, namelijk de op een louter statutaire bevoegdheid gebaseerde concrete aanwijzingen, niet passen in het systeem van het BW en evenmin passen bij de beoogde zelfstandigheid in het kader van functionele decentralisatie. Een belangrijker nuancering is echter dat onzeker is of de norm van artikel 2:9 BW uiteindelijk inhoudelijk meer zelfstandigheid biedt. Onduidelijk is of een aanwijzing aan een privaatrechtelijke rechtspersoon vanwege artikel 2:9 BW eerder door de burgerlijke rechter als onrechtmatig zal worden bestempeld, dan het geval is bij dezelfde aanwijzing gegeven aan een publiekrechtelijke rechtspersoon waarvoor het artikel niet geldt. Zolang dit onzeker is en dus niet duidelijk is of het processuele voordeel uiteindelijk geruggesteund wordt door een inhoudelijk zelfstandigheidsvoordeel kan de validiteit van het zelfstandigheidsargument als argument pro privaatrechtelijke vormgeving niet worden vastgesteld.

3 Het argument van de *eisen van publiekrecht* valt in tweeën uiteen. Te onderscheiden zijn enerzijds de *publiekrechtelijke waarborgen* voor de burger (verhouding overheidsstichting-burger) en anderzijds de in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid gewenste *ministeriële bevoegdheden* jegens de overheidsstichting (verhouding minister-overheidsstichting). Het eerste aspect komt zoals reeds meermalen is opgemerkt uitgebreid aan de orde in Hoofdstuk 5, het tweede in Hoofdstuk 6. Volstaan kan worden met de constatering dat de publiekrechtelijke waarborgen een argument contra privaatrechtelijke vormgeving opleveren nu deze in tegenstelling tot publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties niet steeds van toepassing zijn op overheidsstichtingen. Omdat de ministeriële bevoegdheden zowel geregeld moeten

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

worden voor publiek- als privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties, kan eenzelfde conclusie echter niet getrokken worden voor de ministeriële bevoegdheden.

4 Het argument dat privaatrechtelijke vormgeving problematisch is wanneer de zelfstandige bestuursorganisatie is bekleed met *openbaar gezag*, wordt behandeld in het volgende hoofdstuk. Vanwege de onderbouwing gaat het in wezen niet om een zelfstandig argument, maar om een argument dat thuishoort bij het argument van de publiekrechtelijke waarborgen (zie 4.3.4 en hierboven punt 3) en het herkenbaarheids- en transparantieargument (zie 4.3.2 en hierboven punt 1).

5 Aan de *grenzen van het rechtspersonenrecht* kan geen argument contra privaatrechtelijke vormgeving worden ontleend. De wenselijk geachte ministeriële bevoegdheden vallen binnen het bereik van wat het rechtspersonenrecht toestaat. Bevoegdheden die genoemde grenzen overschrijden, zoals de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid, zijn reeds ongewenst gelet op het perspectief van verzelfstandiging en functionele decentralisatie.

6 De vereiste of gewenste (*financiële*) *betrokkenheid van derden* bij de (taakuitvoering door de) zelfstandige bestuursrechtspersoon, levert juridisch gezien geen argument voor privaatrechtelijke vormgeving op. In het voor het verkrijgen van financiële bijdragen gewenste eigen vermogen, kan ook door rechtspersoonlijkheid krachtens publiekrecht worden voorzien. Voorts is niet in te zien waarom voor bestuurlijke danwel adviserende participatie van (belanghebbende) derden een privaatrechtelijke organisatievorm noodzakelijk zou zijn. Een dergelijke participatie kan evenzeer gestalte krijgen bij een publiekrechtelijke organisatievorm. Wat betreft de gelden van derden is de privaatrechtelijke stichtingsvorm echter wel praktisch gezien in het voordeel. Een privaatrechtelijke organisatievorm doet namelijk minder snel een overheidsorganisatie vermoeden en de stichtingsvorm heeft voor de ontvangst van dergelijke gelden een gunstiger imago.

7 Niet gezegd kan worden dat privaatrechtelijke vormgeving leidt tot een *grotere beheersmatige flexibiliteit en slagvaardigheid* vergeleken met publiekrechtelijke vormgeving. Ook kan niet op voorhand worden aangenomen dat privaatrechtelijke vormgeving meer ruimte laat voor het oppakken en verrichten van *neventaken*. Hieraan kan dus geen argument pro privaatrechtelijke vormgeving worden ontleend.

8 Ervan uitgaande dat een wettelijke machtiging doorgaans achterwege blijft, verloopt de oprichting van een (overheids)stichting veel sneller dan de instelling van een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersoon. De stichtingsvorm biedt bovendien het voordeel van de al aanwezige wettelijke regeling die voor publiekrechtelijke vormen ontbreekt. Deze *oprichtingsfactoren* leveren daarmee een valide argument pro privaatrechtelijke vormgeving op.

9 De *verschillende vormen van toezicht van het BW* die op stichtingen van toepassing (kunnen) zijn, ontbreken ten aanzien van publiekrechtelijke organisatievormen. Het gaat om de regeling van het enquêterecht, de regeling van artikel 2:297-298 BW en de in de jaarrekeningtitel geregelde accountantscontrole. Hierin kan een argument voor

ARGUMENTEN PRO EN CONTRA DE OVERHEIDSSTICHTING ALS PRIVAATRECHTELIJKE ORGANISATIEVORM

privaatrechtelijke vormgeving worden gezien, mits daarbij de nuancering in aanmerking wordt genomen dat op de meeste overheidsstichtingen de regelingen van het enquêterecht en het jaarrekeningrecht niet van toepassing zullen zijn en dat overigens de regeling van artikel 2:297-298 BW niet bedoeld is als structurele toezichtsregeling, maar als voorziening die men achter de hand moet hebben om optreden mogelijk te maken als het fout gaat.

10 Ten slotte kan uit de wat verstrekkender reikwijdte van de controletaak van de *Algemene Rekenkamer* ten aanzien van de in artikel 59 sub d CW genoemde rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT's) in vergelijking met de sub c van dat artikel genoemde categorie (rechtspersonen met een financiële binding), een argument pro publiekrechtelijke vormgeving worden afgeleid. Overheidsstichtingen zullen namelijk doorgaans wel aan het c-criterium voldoen, maar, anders dan publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen, niet steeds kunnen worden aangemerkt als RWT.

De afweging van bovengenoemde factoren levert het volgende op.

Het ontbreken van een aantal publiekrechtelijke waarborgen (punt 3, zie hierover Hoofdstuk 5), een factor die terugkeert in het argument van de rechtsbeschermings transparantie (1), levert een argument tegen privaatrechtelijke vormgeving in de vorm van een overheidsstichting op. Een argument voor privaatrechtelijke vormgeving kan daarentegen ontleend worden aan de oprichtingsfactoren.

Een praktisch voordeel is ook de aantrekkelijkheid van de privaatrechtelijke stichtingsvorm voor het ontvangen van financiële bijdragen van particulieren.

Niet hard-juridisch, in de zin dat er geen directe juridische gevolgen aan gekoppeld zijn, maar wel principieel, is het argument van de herkenbaarheid als overheid. Dit argument is te duiden als een staatsrechtelijk argument.

De neiging bestaat ten slotte om aan de overige factoren weinig gewicht toe te kennen, ofwel omdat ze geen valide argument voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving opleveren, ofwel vanwege de, in dit hoofdstuk en hierboven weergegeven opsomming zelf, al aangegeven relatief geringe zwaarte van het betreffende argument.

Het feit dat een factor geen valide argument voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving oplevert, hoeft trouwens niet te betekenen dat het om een op zichzelf onbelangrijke factor gaat. Te denken valt met name aan de gewenste ministeriële bevoegdheden waarop in Hoofdstuk 6 wordt ingegaan. Omdat een regeling daarvan zowel voor publiek- als privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties ontbreekt, kan aan deze factor geen argument voor of tegen privaatrechtelijke vormgeving worden ontleend, maar dat in een dergelijke regeling voorzien wordt, is op zichzelf van groot gewicht.

Gelet op het nadeel van de stichtingsvorm wat betreft de waarborgen van publiekrecht, zou men van mening kunnen zijn dat de stichtingsvorm niet langer gebruikt zou dienen te worden. De voordelen die de stichtingsvorm in de oprichtings sfeer biedt (met name de oprichtingssnelheid), zouden immers ook voor publiekrechtelijke orga-

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

nisatievormen bereikt kunnen worden. Bijvoorbeeld door te regelen dat een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie bij amvb kan worden ingesteld.²¹⁶ Feit is echter dat zo'n regeling er nog niet is en dat een stichting nog andere voordelen biedt.

Mede vanwege de voordelen van de privaatrechtelijke stichtingsvorm wat betreft de oprichting (een voordeel dat niet beperkt is tot de oprichtingssnelheid) en de aantrekkelijkheid voor financiële bijdragen van particulieren, geldt de stichtingsvorm als een (onverminderd) populaire organisatievorm voor de vormgeving van zelfstandige bestuursorganisaties. Het is daarom zaak na te gaan hoe de nadelen van de stichtingsvorm (met name het nadeel van de publiekrechtelijke waarborgen) kunnen worden weggenomen.

In de volgende twee hoofdstukken wordt in kaart gebracht wat er voor overheidsstichtingen zou dienen te worden geregeld. In Hoofdstuk 5 komt aan bod in welke publiekrechtelijke waarborgen (vergeleken met de voor publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie geldende waarborgen) moet worden voorzien. Hoofdstuk 6 gaat na welke ministeriële bevoegdheden voor overheidsstichtingen gewenst zijn. Hoofdstuk 7, ten slotte, besteedt aandacht aan de vraag waar en op welke wijze dergelijke waarborgen en bevoegdheden het beste geregeld kunnen worden.

216 Zie Ten Berge, Zijlstra (2000), p. 89-90.

HOOFDSTUK 5

Normering verhouding overheidsstichting - burger

5.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is aan de orde gekomen welke factoren op welke manier een rol spelen bij de bepaling van de keuze voor privaatrechtelijke vormgeving door middel van een stichting als alternatief voor publiekrechtelijke vormgeving. Uitgaande van het gegeven dat zelfstandige bestuursrechtspersonen soms de vorm krijgen van overheidsstichtingen, wordt in dit hoofdstuk en het volgende aandacht besteed aan de normering van overheidsstichtingen. Daarbij staat in dit hoofdstuk de verhouding tussen overheidsstichting en burger centraal. Het volgende hoofdstuk staat stil bij de verhouding tussen minister en overheidsstichting.

Inzake de verhouding overheidsstichting-burger is het allereerst van belang te weten wat het toepasselijke recht (reeds) is. Een belangrijke vraag in dat kader is of een overheidsstichting gekwalificeerd kan worden als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Als dat het geval is, zijn verschillende normeringsonderdelen van de Awb van toepassing die niet gelden voor overheidsstichtingen die geen bestuursorgaan zijn. Het effect van toepasselijkheid van de Awb is overigens breder dan de Awb zelf. Dat is het geval waar andere regelgeving, zoals bijvoorbeeld de WNo, het bestuursorgaanbegrip van de Awb heeft overgenomen als uitgangspunt voor de werkingssfeer.

Verder wordt aandacht besteed aan de gebondenheid van overheidsstichtingen aan grondrechten en de niet in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb), aan de normering die het BW te bieden heeft wat betreft overheidsstichtingen en aan de vraag of de overheidsstichting door de burger kan worden aangesproken bij onrechtmatig handelen van de overheidsstichting.

Nadat het positieve recht in kaart is gebracht, wordt geanalyseerd in hoeverre wat betreft de normering van overheidsstichtingen sprake is van leemtes danwel van extra's in vergelijking met de publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen. Aangegeven wordt hoe eventuele lacunes in publiekrechtelijke normering zouden moeten of zouden kunnen worden opgeheven.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

5.2 Wanneer is een overheidsstichting met openbaar gezag bekleed en daarmee bestuursorgaan in de zin van de Awb?

Artikel 1:1, eerste lid Awb verstaat onder bestuursorgaan:

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

Overheidsstichtingen kunnen bestuursorgaan zijn als ze ingevolge de omschrijving sub b met openbaar gezag zijn bekleed. De vraag is wanneer daarvan sprake is. Achtereenvolgens wordt aangegeven hoe die vraag volgens de jurisprudentie is c.q. wordt beantwoord, en hoe daar vanuit het perspectief van de (parlementaire geschiedenis van de eerste tranche van de) Awb tegenaan gekeken dient te worden.

5.2.1 *Publiekrechtelijke bevoegdheid*

De bestuursrechter neemt allereerst openbaar gezag aan als (een orgaan van) de stichting bij of krachtens de wet beschikt over een bepaalde bevoegdheid. Dit is de hoofdregel. In beginsel is er zonder wettelijke grondslag geen openbaar gezag en kan er zonder een dergelijke grondslag geen sprake zijn van een publiekrechtelijke rechtshandeling. Ook subsidieverstrekking dient, sinds de inwerkingtreding van de derde tranche Awb, ingevolge artikel 4:23 Awb in beginsel op een wettelijk voorschrift te berusten.

Als voorbeelden van (organen van) stichtingen van welke de bestuursbevoegdheden een wettelijke grondslag hebben, kunnen de stichting Toezicht Effectenverkeer en de stichting Verzekeringskamer worden genoemd. Van de eerste stichting zijn de toezichthoudende taken en bevoegdheden geregeld in de Wet toezicht effectenverkeer en de Wet melding zeggenschap, van de tweede in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf en de Pensioen- en spaarfondsenwet.

In de praktijk is overigens niet altijd duidelijk aan welk onderdeel van de stichting de publiekrechtelijke bevoegdheid is opgedragen. Dit kan aanleiding geven tot verwarring over de vraag of de bevoegdheid binnen een privaatrechtelijke rechtspersoon wel door het juiste orgaan wordt uitgeoefend.¹ Het zou navolging verdienen indien uit de wet die de bevoegdheid toekent duidelijk blijkt aan welk onderdeel van de stichting (bestuursorgaan) de bevoegdheid is opgedragen. In de statuten kan dit vervolgens worden overgenomen. Beter ware de constructie te vermijden dat bij of krachtens de wet een bevoegdheid wordt opgedragen aan een stichting als zodanig, nu de meningen

1 Zie over de problematiek van de interne bevoegdheidsverdeling bij privaatrechtelijke rechtspersonen: Bense, Zijlstra (1994), p. 262; en Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 261.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

uiteenlopen over de vraag of in een dergelijk geval kan worden teruggevallen op de interne bevoegdheidsverdeling van BW en statuten.²

5.2.2 Publieke taak

5.2.2.1 Algemeen

Dat openbaar gezag voortkomt uit een bevoegdheid krachtens wettelijk voorschrift, is echter niet het hele verhaal. Door de Arob-rechter werd en door de Awb-rechter wordt het handelen van de overheid soms als publiekrechtelijk aangemerkt, ook zonder dat een specifieke wettelijke grondslag aanwijsbaar is.³ Het gaat daarbij niet alleen om subsidies van vóór de derde tranche Awb. Op basis van het 'publieke taak'-criterium merkt de bestuursrechter beslissingen, die niet op een specifieke bevoegdheidstoekennende publiekrechtelijke grondslag berusten, soms aan als beschikkingen.⁴ Het publiekrechtelijke karakter wordt dan aangenomen op grond van het feit dat de rechtshandeling wordt verricht in het kader van de uitvoering van een overheidstaak. Van belang daarbij zijn de gronden die de rechter doen concluderen tot de aanwezigheid van zo'n publieke taak of overheidstaak.

Het criterium van de publieke taak wordt op twee groepen rechtshandelingen toegepast.⁵ De eerste groep betreft bepaalde rechtshandelingen van *reguliere bestuursorganen*, dat wil zeggen bestuursorganen van bijvoorbeeld gemeenten en provincies. Het gaat om bestuursorganen die steeds én volledig bestuursorgaan zijn: de kwalificatie als bestuursorgaan hangt niet af van het soort taken en bevoegdheden dat wordt verricht, zoals het uitoefenen van openbaar gezag. Het gaat met andere woorden om rechtshandelingen van zogenoemde a-organen (bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, sub a Awb). Te denken valt vooral aan besluiten met betrekking tot de publieke bestemming van openbare wegen en wateren, die als besluiten genomen in het kader van de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, worden aange-

2 Zie Bökkerink (1998), p. 306, die meent dat teruggevallen kan worden op de interne bevoegdheidsverdeling zoals die volgt uit BW en statuten. Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000, p. 261) meent daarentegen dat niet deze privaatrechtelijke regels, maar de (aan het privaatrecht derogerende) publiekrechtelijke regels van attributie, delegatie en mandaat van toepassing zijn. Voor de 'doorgeleiding' van de aan de rechtspersoon toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid naar een orgaan van de rechtspersoon veronderstelt de Awb enige actie van het delegerende danwel mandaterende bestuursorgaan. De constructie loopt dan vervolgens vast, omdat de rechtspersoon (het 'bestuursorgaan') als zodanig in rechte niet kan handelen.

3 De Wet Arob sprak daarbij van 'administratief orgaan' in plaats van 'bestuursorgaan' zoals in de Awb het geval is.

4 Zie de annotatie van G.A. van der Veen onder ABRS 10 april 1995 (Long Lin), AB 1995, 498.

5 Vgl. Zijlstra (1995), p. 469-474 (470).

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

merkt als beschikkingen.⁶ Ondanks de kritiek op het criterium vanwege z'n vaagheid en gespannen verhouding met het legaliteitsbeginsel, wordt het door de bestuursrechter veel gehanteerd. Dit leidt soms tot verrassende uitspraken.⁷

Het 'publieke taak'-criterium wordt daarnaast (tweede groep) gehanteerd ter kwalificatie van rechtshandelingen van stichtingen. Wanneer stichtingen beslissingen nemen in het kader van de uitoefening van een publieke taak, worden zij soms als bestuursorgaan en hun beslissingen als publiekrechtelijke rechtshandelingen aangemerkt. Daarbij gaat het vooral om subsidie-stichtingen en stichtingen die andere geldelijke verstrekkingen uitkeren, maar de toepassing van het criterium wordt daar in de jurisprudentie niet toe beperkt.

Voorbeelden van stichtingen die aangemerkt werden als b-orgaan omdat de bestuursrechter via het 'publieke taak'-criterium concludeerde tot de aanwezigheid van openbaar gezag, bieden de uitspraken inzake de stichting Silicose Oud-Mijnwerkers en de stichting Fonds Watersnood 1995 Land- en Tuinbouw, stichtingen die beide vergoedingen uitkeren. Een ander voorbeeld betreft de stichting Thuiszorg IJmond; haar vaststelling van de eigen bijdrage voor het ontvangen van gezinsverzorging werd ook aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Ten slotte kan gewezen worden op de uitspraak betreffende de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen te Zoetermeer. In deze casus werd het al dan niet verstrekken van een hypotheekgarantie bestempeld als de uitoefening van openbaar gezag, zodat de stichting met betrekking tot die verstrekkingen als bestuursorgaan werd aangemerkt.⁸

Belangrijk in dit verband is de invulling van het 'publieke taak'-criterium: wanneer geven stichtingen uitvoering aan een overheidstaak, zodat de stichting als overheidsorgaan en haar handelen als publiekrechtelijk moeten worden gekwalificeerd? Globaal kunnen drie benaderingen worden onderscheiden.

6 Zie Ten Berge (1998), p. 145.

7 Zie bijv. Pres. Rb. 's-Gravenhage 8 december 95, JB 1996, 5. De president merkte hier, gebruikmakend van het 'publieke taak'-criterium, de beslissing van de minister tot beëindiging van legalisatie van de handtekening van verzoeker, als besluit in de zin van de Awb aan. Zie voor een vergelijkbare zaak: ABRS 18 februari 1999, AB 1999, 143. Overige (recente) voorbeelden van het gebruik van het 'publieke taak'-criterium ter beoordeling van het karakter van rechtshandelingen van de reguliere overheid, zijn o.a.: Rb. Roermond 18 april 1995, JB 1995, 135; Pres. Rb. Breda 26 april 1995, JB 1995, 168; ABRS 13 maart 1997, JB 1997, 88.

8 Zie voor de vindplaatsen resp.: ARRS 30 november 1995, JB 1995, 337 (Silicose); Rb. Roermond 20 december 1996, JB 1997, 55 (St. Fonds Watersnood 1995); Rb. Haarlem 31 december 1996, JB 1997, 38 (St. Thuiszorg IJmond); ABRS 12 november 1998, RAwb 1999, 38 (St. Waarborgfonds Eigen Woningen).

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

5.2.2.2 Publiekrechtelijke regeling van bestaan en taken stichting

De jurisprudentie laat zien dat het 'publieke taak'-criterium ten eerste slaagt als zowel het bestaan van een stichting als haar taken bij wet zijn geregeld. Zonder dat bij of krachtens de wet een specifieke bevoegdheid wordt toegekend aan de stichting, wordt dan aangenomen dat de stichting een overheidsorgaan is en de uitoefening van de betreffende wettelijke taak een publiekrechtelijk karakter heeft.

Zo concludeerde de ARRS inzake de Stichting Fonds voor beeldende kunsten, vormgeving en bouwkunst 'dat de bevoegdheid van verweerder (stichting – KS) om in het kader van de aan hem opgedragen bestuurstaak bindende beslissingen te nemen, is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift, te weten in eerste instantie de Fondsenwet scheppende kunsten'. Met name de considerans bij de wet staat deze conclusie volgens de ARRS toe. Deze geeft aan dat het gaat om de machtiging tot de oprichting van 'privaatrechtelijke rechtspersonen die ten doel hebben het tot stand komen en voor het gebruik gereedmaken van werken voor scheppende kunst te bevorderen door daartoe financiële uitkeringen te verstrekken'.⁹ De in het kader van de Fondsenwet scheppende kunsten (nu: Wet op het specifieke cultuurbeleid) opgerichte stichtingen zijn, dus aan te merken als b-organen die openbaar gezag uitoefenen.¹⁰

Al eerder kende de ARRS de stichting Nederlandse organisatie voor zuiver-wetenschappelijk onderzoek (ZWO) openbaar gezag toe. Voor (de taken van) deze stichting bood de Wet op het Zuiver-Wetenschappelijk Onderzoek de basis. Naar aanleiding van deze uitspraak voorspelde annotator I.C. van der Vlies al dat ook de fondsen voor de scheppende kunsten als administratief orgaan zouden worden aangemerkt.¹¹ Zowel bij de Stichting BKVB als ZWO ging het om subsidieverstrekking, respectievelijk aan kunstenaars en wetenschappelijk onderzoek.

Een andere overheidsgeld verstreckende stichting, de Stichting Fonds voor de Letteren, werd echter niet aangemerkt als administratief orgaan in de zin van de Wet Arob. De stichting was volgens de Afdeling geen administratief orgaan, omdat 'geen algemeen verbindend voorschrift is aan te wijzen, waaraan hij hetzij rechtstreeks hetzij indirect enig openbaar gezag kan ontleen'.¹²

9 ARRS 16 januari 1991, tB/S 1991, nr. 9, p. 3.

10 Het gaat om de volgende stichtingen: Fonds voor de Scheppende Toonkunst; Fonds voor het Bibliotheekwerk voor Blinden en Slechtzienden; Fonds voor de Podiumkunsten; Fonds voor de Letteren; Fonds voor de Beeldende Kunsten, Vormgeving en Bouwkunst; Nederlands Literair productie- en vertalingenfonds; Stimuleringsfonds voor Architectuur, en het Productiefonds voor Nederlandse Films.

11 ARRS 29 september 1983, AB 1984, 349.

12 ARRS 7 april 1978, tB/S I, p. 19-21 (20).

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

5.2.2.3 Belangrijke zeggenschap van de minister in de criteria volgens welke de concrete taakuitvoering van de stichting plaatsvindt

Een bijzondere band tussen minister en stichting die eveneens kan leiden tot de conclusie dat er sprake is van een publieke taak, doet zich voor als de minister belangrijke invloed heeft op de criteria volgens welke de stichting haar taken in concreto uitoefent.¹³ In de jurisprudentie is dit voor verschillende stichtingen getoetst.

De stichtingen waar het om gaat, houden zich voor een deel bezig met de verstrekking van gelden. Voorbeelden waarbij de invloed van de minister op de criteria voor de verstrekking van gelden van gewicht was voor de vaststelling dat er inderdaad sprake is van een publieke taak, betreffen de veelbesproken uitspraken inzake de stichting Silicose Oud-Mijnwerkers en de uitspraak van de rechtbank Roermond inzake de stichting Fonds Watersnood 1995 Land- en Tuinbouw.¹⁴

Als voorbeeld geldt ook de van oudere datum zijnde uitspraak van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak inzake de Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking (Stichting NCO).¹⁵ Omdat laatstgenoemde stichting op basis van door de minister vastgestelde subsidievoorwaarden, zelfstandig beslist over de keuze, de beoordeling en goedkeuring van projecten, en over de subsidiebedragen die op basis daarvan aan de verschillende organisaties worden verstrekt, is de voorzitter van oordeel dat de Stichting NCO uitvoering geeft aan een taak, welke de overheid aan zich heeft getrokken, en dat deze uitvoering met overheidsgelden wordt bekostigd. Daarom kan het bestreden besluit volgens de rechter worden aangemerkt als een besluit dat is genomen door een administratief orgaan in de zin van artikel 1 Wet Arob.¹⁶

In de Silicose-uitspraak leidde de Afdeling bestuursrechtspraak het openbaar gezagkarakter van het al dan niet toekennen van vergoedingen af uit de bijzondere band tussen de Stichting en de Staatssecretaris.

13 Vgl. het onderscheid dat Ten Berge maakt in zijn aantekening onder de Jazzstichting-uitspraak (ARRS 28 juli 1989, tB/S 1989, nr. 113, p. 4) tussen 'directe institutionele invloed en controle' en 'sturing vanuit de overheid (...) met behulp van algemeen verbindende voorschriften, vergunningstelsels of subsidievoorschriften, doch niet via institutionele lijnen'.

14 St. Silicose: Rb. Maastricht 21 april 1995, JB 1995, 116 en RAwb 1995, 71; ABRS 30 november 1995, JB 1995, 337, Gst. no. 7024, p. 43-48 en RAwb 1996, 44; St. Fonds Watersnood: Rb. Roermond 20 december 1996, JB 1997, 55.

15 St. NCO: Vz. ARRS 19 maart 1981, AB 1982, 411 en tB/S I, p. 68.

16 Vz. ARRS 19 maart 1981, AB 1982, 411. De Afdeling rechtspraak komt in een latere uitspraak met betrekking tot deze stichting tot dezelfde conclusie. De motivering is dan gedeeltelijk anders. In de motivering worden namelijk ook elementen van het in de volgende paragraaf besproken criterium betrokken, waardoor deze uitspraak een meer hybride karakter heeft. Zie ARRS 27 januari 1983, tB/S V, p. 1199-1207.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

Allereerst is de Afdeling namelijk van oordeel dat de Staatssecretaris de criteria voor uitkering, zoals die in een door het stichtingsbestuur vastgesteld reglement zijn neergelegd, tot de zijne heeft gemaakt voor de beoordeling of de vergoeding voor rekening van het Rijk komt. Dit blijkt daaruit dat de door de Stichting verstrekte vergoedingen rechtstreeks, op declaratie per individueel geval, door het Rijk aan de Stichting worden vergoed, waarbij door de Staatssecretaris steeds bezien wordt of de in het reglement neergelegde criteria juist zijn toegepast. Volgens de Afdeling is voorts niet gebleken dat de Stichting andere vergoedingen kan verstrekken dan de in het reglement bedoelde eenmalige uitkeringen, en beschikt de Stichting bovendien niet over andere middelen voor het verstrekken van vergoedingen dan door het Rijk ter beschikking gestelde middelen.

Van belang is verder dat de Afdeling van oordeel is dat de conclusie dat er sprake is van openbaar gezag, niet afdoet aan het feit dat de statuten van de Stichting niet voorzien in invloed van de Staatssecretaris op haar samenstelling en werkwijze. Of dergelijke invloed op zichzelf ook tot de conclusie openbaar gezag en overheidstaak of publieke taak kan leiden, is overigens een vraag die in de volgende paragraaf aan de orde komt. Omdat de taakuitvoering van de Stichting neerkomt op de uitoefening van een overheidstaak, die in het reglement nader is bepaald, draagt het besluit omtrent de toekenning van een vergoeding volgens de Afdeling het karakter van een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb.

Aangaande de Stichting Fonds Watersnood 1995 Land- en Tuinbouw is de rechter, in casu de Rechtbank Roermond, van oordeel dat de Stichting bij het beslissen over het toekennen van vergoedingen (ter afhandeling van de schade van boeren en tuinders als gevolg van de watersnood eind januari begin februari 1995) openbaar gezag uitoefent. Ook hier vanwege het feit dat de Minister de voorwaarden voor vergoeding (onder meer in de vorm van een door de minister opgestelde Bijdrageregeling) door de Stichting heeft vastgesteld. Bovendien acht de rechter van belang dat kan worden afgedwongen dat het beleid van de Stichting overeenkomt met de door de minister gestelde voorwaarden, nu de ter beschikking gestelde / 16,5 miljoen door de minister geheel of gedeeltelijk kan worden teruggevorderd, als de Stichting de door de minister gestelde voorwaarden niet of in onvoldoende mate naleeft.

Net als bij de Silicose-uitspraak vervolgt de rechter, na de vaststelling van openbaar gezag, zijn redenering als volgt: 'Nu de uitvoering van de Bijdrageregeling in het onderhavige geval neerkomt op de uitoefening van een overheidstaak, die in die Regeling nader is bepaald overeenkomstig de door de minister gestelde voorwaarden, draagt de beslissing omtrent toekenning van de vergoeding het karakter van een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3 van de Awb.'¹⁷

Een ander geval dan de verstrekking van gelden betrof de vaststelling van de eigen bijdrage door de stichting Thuiszorg IJmond in het kader van de financiering van de door haar te verlenen gezinszorg. Volgens de rechtbank Haarlem moet deze vaststel-

17 Rb. Roermond 20 december 1996, JB 1997, 55.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

ling op grond van het ‘publieke taak’-criterium worden gekwalificeerd als publiekrechtelijk. Het ‘publieke taak’-karakter werd daarbij onder andere afgeleid uit het feit dat het verlenen van gezinsverzorging en de vaststelling van de eigen bijdrage plaatsvinden volgens de regels van de (publiekrechtelijke) Ziekenfondsraad.¹⁸

Een soortgelijke redenering werd gehanteerd ten aanzien van de stichting Koninklijk Onderwijs Fonds voor de Scheepvaart (KOF). De president van de rechtbank concludeerde daar: ‘De president maakt echter de gevolgtrekking uit de tussen minister en verweerster ten aanzien van het zeilbewijs gemaakte afspraken en uit de instemming van de minister met de inhoud van het Examenreglement Schippersdiploma cum annexis – daarmee de daar genoemde criteria tot de hare makend – dat er een zodanige band bestaat tussen de minister en verweerster, dat verweerster bij het al dan niet verstrekken van zeilbewijzen openbaar gezag uitoefent in de zin van de Awb’.¹⁹

Gezien de nauwe betrokkenheid tussen de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen en de Minister van VROM, was de Afdeling bestuursrechtspraak in november 1998 van oordeel dat de Stichting bij het al dan niet verstrekken van een hypotheekgarantie openbaar gezag uitoefent in de zin van artikel 1:1, eerste lid, sub b Awb en mitsdien wat dergelijke besluiten aangaat als een bestuursorgaan moet worden aangemerkt.²⁰ Vervolgens stelde de rechter vast dat, nu het al dan niet verlenen van een hypotheekgarantie neerkomt op de uitoefening van een overheidstaak, het besluit betreffende de hypotheekgarantie het karakter draagt van een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb.

De betrokkenheid tussen de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen en de Minister leidde de rechter af uit de goedkeuringsbevoegdheid van de Minister ten aanzien van de door het bestuur vastgestelde standaardovereenkomst van borgtocht, de normen voor borgstelling alsmede de borgtochtvoorwaarden. Van belang achtte de rechter verder dat de wijze waarop de geldmiddelen worden belegd en statutenwijziging aan de goedkeuring van de Minister onderworpen zijn, dat de Minister enige invloed heeft op de samenstelling van het bestuur²¹ en ten slotte dat het Rijk of de gemeente kan beslissen dat er in het geheel geen nieuwe borgtochten meer worden verstrekt door de Stichting. De betrokkenheid en invloed van de Minister richten zich daarmee ook in deze casus vooral op de regels volgens welke de Stichting haar werkzaamheden verricht.

18 Rb. Haarlem 31 december 1996, JB 1997, 38.

19 Pres. Rb. Leeuwarden 11 april 1996, Awb-katern 1996, 101 en JB 1996, 163.

20 ABRS 12 november 1998, Rawb 1999, 38.

21 De Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen is geen overheidsstichting, dat wil zeggen de minister benoemt niet de meerderheid van de bestuursleden. Het bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van het ministerie, de Vereniging Nederlandse Gemeenten, de Nederlandse Vereniging van Banken en de Vereniging Eigen Huis (zie www.nhg.nl). Volgens art. 6, tweede lid, statuten benoemen de minister en de genoemde verenigingen elk één lid en benoemt de minister op voordracht van de aldus benoemde leden een vijfde lid dat wordt aangewezen als voorzitter.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

Het feit dat een stichting voor de uitvoering van haar taken (geheel) is aangewezen op bekostiging door de overheid, is op zichzelf onvoldoende om tot de uitvoering van een overheidstaak te concluderen. Financiering door de overheid wordt soms wel als een van de factoren in de overwegingen betrokken.²² Met betrekking tot de stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw (O&S), volstond de bestuursrechter namelijk met de zinsnede dat het gaat om 'de uitvoering van een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken, en (waarvan) de uitvoering door verweerder (minister van L&V) met overheidsmiddelen wordt bekostigd'. De formulering²³ suggereert dat de (overigens niet gemotiveerde)²⁴ kwalificatie 'overheidstaak', geen verband houdt met de bekostigingsrelatie.

- 5.2.2.4 Belangrijke zeggenschap van de minister over de stichting als zodanig: vormt het uit de jurisprudentie van artikel 1 Ambtenarenwet afkomstige criterium van de 'overwegende overheidsinvloed' een zelfstandig criterium voor publieke taak?

In Hoofdstuk 2 is de jurisprudentie van de CRvB aan de orde gekomen. Volgens deze rechtspraak dient een stichting tot de 'openbare dienst' in de zin van artikel 1 Ambtenarenwet te worden gerekend als er sprake is van *overwegende overheidsinvloed* op de stichting. Voor de criteria die de CRvB hanteert voor overwegende overheidsinvloed, wordt terugverwezen naar genoemd hoofdstuk. Het gevolg van de kwalificatie van een stichting als 'openbare dienst' is dat de stichting ambtenaren in dienst kan hebben en/of werknemers als zodanig kan aanstellen. Voorzover daarvan bij een stichting sprake is en het om rechtshandelingen inzake de verhouding werkgever en werknemer gaat, oefent de stichting openbaar gezag uit en is zij bestuursorgaan. De Awb-wetgever heeft deze jurisprudentie inzake de toepasselijkheid van het ambtenarenrecht bewust in stand willen laten.²⁵

22 Zie bijv. ARRS 28 juli 1989, tB/S 1989, nr. 113 (st. Jazz); Rb. Haarlem 31 december 1996, JB 1997, 38 (st. Thuiszorg); Rb. Roermond 20 december 1996, JB 1997, 55 (st. Fonds Watersnood); ABRS 30 november 1995, JB 1995, 337 (st. Silicose).

23 Zie voor eenzelfde formulering de hiervoor besproken uitspraak inzake de Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking, Vz. ARRS 19 maart 1981, AB 1982, 411.

24 Door Ten Berge is er echter in het kader van een aantekening onder een andere uitspraak op gewezen dat er bij de stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw sprake is van een belangrijke institutionele verstrengeling met het departement van (wat destijds nog heette) Landbouw en Visserij. Zie ARRS 28 juli 1989 (Stichting Jazz), tB/S 1989, nr. 113, p. 4. Wellicht dat dit gegeven impliciet in de overwegingen van de Afdeling heeft meegespeeld. In de volgende paragraaf wordt aandacht besteed aan een dergelijke verstrengeling als zelfstandig criterium.

25 Zie PG Awb I, p. 138, 143-144.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Ingevolge deze jurisprudentie worden dus, net als het geval is bij de publieke taak-jurisprudentie, rechtshandelingen als publiekrechtelijk aangemerkt, zonder dat dit op een wettelijke grondslag teruggaat. Deze jurisprudentie bij artikel 1 Ambtenarenwet wordt hier verder buiten beschouwing gelaten omdat in dit boek de overheidsstichting als organisatie van functioneel bestuur centraal staat, die bestuurstaken verricht voor burgers (zie ook Hoofdstuk 1).

Wel dient de vraag aan de orde te komen of dit ambtenarenrechtelijke criterium van de overwegende overheidsinvloed een zelfstandig criterium vormt voor de aanname van een publieke taak. Dat blijkt niet het geval te zijn.

In het verleden is het door de Afdeling Rechtspraak in een uitspraak betreffende de Stichting Jazz en Geïmproviseerde muziek in Nederland wel als min of meer zelfstandig criterium gehanteerd, maar leidde het niet tot de positieve conclusie dat er sprake was van een publieke taak en dus van een administratief orgaan en openbaar gezag. Het overheidstaak karakter van de werkzaamheden van de stichting (het uitkeren van gelden voor bepaalde muzikale activiteiten) kon, afgezien van het feit dat de stichting bij het doen van deze verstrekkingen niet gebonden is aan door de minister vastgestelde voorwaarden (zie het in de vorige paragraaf genoemde criterium), volgens de Afdeling Rechtspraak niet worden aangenomen wegens het ontbreken van voldoende institutionele banden tussen minister en stichting. De stichting is niet door de minister opgericht en de bestuursleden worden niet door de minister benoemd en ontslagen. Dat de minister beschikt over goedkeuringsbevoegdheden ten aanzien van het jaarlijkse beleidsplan en ten aanzien van belangrijke, tijdens het begrotingsjaar voorkomende beslissingen, maakt dit niet anders omdat dit 'normale aan de overheid ten dienst staande controlemiddelen ten behoeve van door haar uitgekeerde gemeenschapsgelden' zijn.²⁶

Onder de Awb is de onzelfstandigheid van het criterium expliciet uitgesproken in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak betreffende de weigering van Schiphol om aan een vliegclub afschriften te verstrekken van tariefgoedkeuringsbesluiten. Door de Afdeling werd nagegaan of Schiphol in deze handelde als bestuursorgaan. Daarbij stelde zij allereerst vast dat Schiphol niet kan worden aangemerkt als a- orgaan, nu Schiphol de rechtsvorm van een NV heeft en het feit dat aan de oprichting van een rechtspersoon krachtens privaatrecht een machtigingswet is voorafgegaan niet betekent dat deze rechtspersoon krachtens publiekrecht is ingesteld.

Vervolgens ging de Afdeling in op de vraag of Schiphol zou kunnen worden aangemerkt als b- orgaan. Daarbij oordeelde zij dat, gelet op de parlementaire geschiedenis van de (eerste tranche van de) Awb, aan het al dan niet bestaan van overwegende overheidsinvloed op de rechtspersoon voor die kwalificatie geen betekenis toekomt. Omdat er ten slotte volgens de Afdeling ook geen sprake was van een, in enig wettelijk voorschrift neergelegde, incidentele bestuursbevoegdheid, oordeelde de Afdeling

26 ARRS 28 juli 1989, tB/S 1989, nr. 113, p. 1-6 (3).

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

dat Schiphol niet kan worden aangemerkt als bestuursorgaan, zodat genoemde weigering van Schiphol om bepaalde afschriften te verstrekken geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb. Het criterium van de overwegende overheidsinvloed wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak dus niet als een zelfstandig criterium voor de aanwezigheid van een 'publieke taak' beschouwd.

5.2.3 Awb-perspectief

Het is de vraag of de in de publieke taak-jurisprudentie al dan niet gehanteerde criteria zoals hiervoor weergegeven in de paragrafen 5.2.2.2-5.2.2.4, overeenkomen met hetgeen de Awb-wetgever voor ogen stond in verband met de artikelen 1:1, eerste lid ('bestuursorgaan') en 1:3, eerste lid ('publiekrechtelijke rechtshandeling') Awb.

Bij de totstandkoming van de Awb heeft de regering de publieke taak-jurisprudentie in beginsel in stand willen laten. De memorie van toelichting meldt daarover: 'De publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten behoeft niet altijd op een uitdrukkelijke bepaling te berusten. Uit de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak kan worden afgeleid dat het voor de kwalificatie van een persoon of college als "administratief orgaan" op zichzelf voldoende is, dat de vervulling van een publieke taak indirect tot een grondwettelijke of wettelijke bevoegdheidstoedeling herleid kan worden.'²⁷ In dat verband verwijst de regering naar een tweetal, hiervoor in 5.2.2.3 aan de orde gekomen zijnde, uitspraken inzake de Stichting Fonds voor de Letteren²⁸ en de Stichting Nationale Commissie Voorlichting en Bewustwording Ontwikkelingssamenwerking.²⁹

Op grond van de parlementaire geschiedenis van de eerste Awb-tranche moet voorts geconcludeerd worden dat de wetgever niet heeft gewild dat overwegende overheidsinvloed een zelfstandig criterium voor openbaar gezag zou zijn anders dan in de in 5.2.2.4 vermelde ambtenarenrechtelijke zin. Na een tamelijk onheldere gedachtenwisseling tijdens de parlementaire behandeling over de betekenis van het criterium van de overwegende overheidsinvloed, concludeert regeringscommissaris Scheltema namelijk: 'Kortom, het criterium "overwegende overheidsinvloed", zoals dat is ontwikkeld door de Centrale raad van beroep, heeft alleen betekenis voor de bepaling van de vraag of er ambtenaren in dienst zijn. Zijn die er niet, dan is er ook geen sprake van een bestuursorgaan, ook niet wanneer de overheid overwegende invloed heeft.'³⁰ Zoals de Schiphol-uitspraak al heeft laten zien is deze zienswijze door de Awb-rechter overgenomen.

27 PG Awb I, p. 133.

28 ARRS 7 april 1978, tB/S I, p. 19-21.

29 Vz. ARRS 19 maart 1983, AB 1982, 411; tB/S I, p. 68.

30 PG Awb I, p. 144.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

5.2.4 Conclusie

Voor overheidsstichtingen betekent een en ander het volgende. In de eerste plaats wordt het bestuur van een overheidsstichting niet gekwalificeerd als a-orgaan, omdat een overheidsstichting geen rechtspersoon is die krachtens publiekrecht is ingesteld. Het feit dat er (eventueel) een machtigingswet vooraf is gegaan aan het oprichten van de stichting maakt dat niet anders.³¹

Of een overheidsstichting b-orgaan is, hangt af van het feit of de stichting met openbaar gezag is bekleed. Voor de conclusie tot aanwezigheid van openbaar gezag moet aan het feit dat de minister belangrijke zeggenschap heeft over de stichting op zichzelf geen betekenis worden toegekend. Dat kan worden afgeleid uit het feit dat het uit de ambtenarenjurisprudentie afkomstige criterium van de overwegende overheidsinvloed, door de Awb-wetgever is afgewezen als zelfstandig criterium voor openbaar gezag (anders dan in ambtenarenrechtelijke zin).

Van openbaar gezag is wel sprake als aan de overheidsstichting publiekrechtelijke bevoegdheden zijn geattribueerd of gedelegeerd. Openbaar gezag behoeft echter volgens de Awb-wetgever niet steeds herleidbaar te zijn tot een in een wettelijk voorschrift neergelegde bevoegdheid. Er kan ook sprake zijn van openbaar gezag als de rechtshandelingen van de stichting worden verricht in het kader van een publieke taak. In de jurisprudentie wordt zo'n taak soms aangenomen als er weliswaar niet van specifieke wettelijke bevoegdheden, maar wel van een wettelijke taak voor de betreffende stichting(en) sprake is. Een publieke taak wordt bovendien soms aangenomen als de minister een bepalende invloed heeft op de (beleids)regels volgens welke de concrete taakuitoefening door de stichting geschiedt.

Opgemerkt zij ten slotte, dat de toepassing van de publieke taak-criteria door de bestuursrechter, gelet op het niet geheel eenduidig zijn van de criteria, niet onprobleematisch is. Voor de burger betekent dat een bepaalde mate van rechtsonzekerheid.

5.3 De toepasselijkheid van de Awb

5.3.1 Toegang tot de bestuursrechter

Wat betreft de toegankelijke rechter openbaart zich geen verschil tussen publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties en overheidsstichtingen. Gaat het om een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid Awb, dan staat de weg naar de bestuursrechter open, terwijl de burgerlijke rechter geadieerd kan worden bij privaatrechtelijk of feitelijk handelen. Wel laat de publieke taak-jurisprudentie zien dat het soms lastig te bepalen is of een overheidsstichting al dan niet met openbaar gezag is bekleed.

31 Zie PG Awb I, p. 143 en ook ABRS 3 oktober 1996, JB 1996, 231.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

5.3.2 Normering van het bestuurshandelen

De Awb bevat diverse normen voor (het nemen van besluiten door) bestuursorganen. Hoofdstuk 2 bevat een aantal bepalingen inzake het verkeer tussen burgers en bestuursorganen, onder andere betreffende de mogelijkheid van burgers om zich in het verkeer met een bestuursorgaan door een gemachtigde te laten vertegenwoordigen, de doorzendplicht van bestuursorganen, de verplichting tot onpartijdigheid van het bestuursorgaan en regels over de te gebruiken taal in het bestuurlijke verkeer. De Hoofdstukken 3 en 4 bevatten normen waaraan bestuursorganen moeten voldoen bij het nemen van (bepaalde) besluiten. Hoofdstuk 3 bevat allereerst bepalingen over de in acht te nemen zorgvuldigheid, de afweging van belangen en de motivering; daarmee zijn verschillende abbb in de Awb gecodificeerd. Voorts gaat het om allerlei procedurele bepalingen, onder andere over advisering, voorbereidingsprocedures en de wijze van bekendmaking en mededeling van genomen besluiten. Hoofdstuk 4 ten slotte bevat bijzondere bepalingen voor het nemen van beschikkingen (onder andere betreffende de hoorplicht en de beslistermijnen) en de verstrekking van subsidies door bestuursorganen.

Het voorgaande maakt allereerst duidelijk dat de Awb-normering steeds alleen geldt voor bestuursorganen. Op niet-bestuursorganen is de normering niet van toepassing. Uitgaande van de aanwezigheid van een bestuursorgaan normeert de Awb vervolgens in de eerste plaats het nemen van besluiten. De normering is daartoe echter niet beperkt: ingevolge de schakelbepaling van 3:1, tweede lid Awb, zijn op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing, voorzover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

Mondelinge besluiten, feitelijke handelingen en rechtshandelingen naar burgerlijk recht van een bestuursorgaan dienen daarmee in het algemeen gesproken te voldoen aan de normering van de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van de Awb.³² In de praktijk is daarvan vooral afdeling 3.2 relevant. Overeenkomstige toepassing van de andere afdelingen zal zich niet snel voordoen. De regelingen in afdeling 3.4 en 3.5 inzake de openbare voorbereidingsprocedures zijn namelijk alleen van toepassing als een dergelijke procedure bij wettelijk voorschrift of bij besluit van het bestuursorgaan is voorgeschreven (zie de artikelen 3:10, eerste lid en 3:14 Awb). En de afdeling over advisering (afdeling 3.3) is slechts relevant als bij wettelijk voorschrift een persoon of college met de advisering aan het bestuursorgaan is belast. Afdeling 3.2 daarentegen is van toepassing onafhankelijk van een wettelijk voorschrift of bestuursorgaan-besluit, en bevat een aantal algemene beginselen van behoorlijk bestuur, beginselen waaraan de

32 Vgl. T&C Awb 1997 (Van Buuren), aant. 3 bij art. 3:1.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

burgerlijke rechter het privaatrechtelijk handelen van de overheid reeds gewoon was te toetsen.³³

Gelet op het voorgaande kan de volgende discrepantie worden geconstateerd: voorzover overheidsstichtingen (in het geheel of voor een deel) niet zijn bekleed met openbaar gezag en derhalve geen bestuursorgaan zijn, zijn zij in tegenstelling tot publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties niet gebonden aan de normering van 3.2 (tot en met 3.5) van de Awb.³⁴ Het verschil in vormgeving betekent hier dus een verschil in normering.

Voorzover een overheidsstichting wél met openbaar gezag is bekleed is de Awb wel van (overeenkomstige) toepassing en is het zaak helder te krijgen wat tot het openbaar gezag behoort. Wat betreft de publiekrechtelijke rechtshandelingen zal dat duidelijk zijn, maar afbakeningsproblemen zijn zeer wel denkbaar wat betreft het overige handelen. Het feit dat voor overheidsstichtingen de Awb-normering afhankelijk is gesteld van het bekleed zijn met openbaar gezag (omdat ze alleen in zoverre als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt), betekent dus dat niet zonder meer duidelijk is wanneer die Awb-normering geldt en wanneer niet. Van een dergelijke onduidelijkheid is bij publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties geen sprake, omdat de Awb deze steeds en volledig aanmerkt als bestuursorgaan (ongeacht het feit of ze al dan niet met openbaar gezag bekleed zijn).

De regeringscommissaris heeft overigens voor overheidsstichtingen de binding aan de Awb (voorzover ze niet bekleed zijn met openbaar gezag en voorzover het onzeker is of er sprake is van handelen in het kader van openbaar gezag) niet (helemaal) willen uitsluiten. Hij acht het 'denkbaar dat de rechter de overheidsinvloed op een privaatrechtelijke rechtspersoon zodanig groot beschouwt, dat hij haar handelen beoordeelt aan de hand van dezelfde maatstaven als voor (overige) bestuursorganen gelden'.³⁵

Een enkele auteur³⁶ betoogt dat deze Awb-normering voor overheidsstichtingen (structureel) kan worden verkregen via toepassing van artikel 3:14 BW, dat bepaalt dat '[e]n bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht³⁷ toekomt, niet [mag]

33 Zie bijv. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 273 (Amsterdam/Ikon), waarbij getoetst werd aan het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Zie ook HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert), waarbij het uitgangspunt dat de rechter het privaatrechtelijk overheids-handelen steeds zonder meer dient te toetsen aan de abbb, door de Hoge Raad (opnieuw) bevestigd werd.

34 Zie voor dezelfde constatering met betrekking tot openbaar onderwijs-stichtingen als categorie overheidsstichtingen: Vermeulen, Zoontjes (2000), p. 121.

35 PG-Awb I, p. 138-139.

36 Zie Den Boer, Schipper-Spanninga (1997), p. IV-11-32.

37 Art. 3:15 BW geeft daaraan uitbreiding door te bepalen dat (o.a.) 3:14 BW ook buiten het vermogensrecht toepassing vindt, voorzover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht', maar deze gedachtegang gaat uit van een onjuiste interpretatie van dit artikel.

De constructie via artikel 3:14 BW zou als merkwaardige consequentie hebben dat de beperking van de schakelbepaling in de Awb zelf (art. 3:1, tweede lid, verklaart alleen de afdelingen 3.2-3.5 Awb van toepassing) wegvalt, zodat bijvoorbeeld ook artikel 2:4 Awb (taakvervulling zonder vooringenomenheid en geen beïnvloeding van de besluitvorming door persoonlijke belangen) op het privaatrechtelijke handelen van overheidsstichtingen van toepassing geacht wordt. Het privaatrechtelijke handelen van overheidsstichtingen zou dan via de 3:14-constructie verdergaand door de Awb kunnen worden genormeerd dan dat van bestuursorganen – op grond van de Awb – zelf.

De betekenis van artikel 3:14 BW is een andere. Het artikel beoogt te garanderen dat het voor de rechtzoekende geen verschil maakt voor welke rechter hij staat qua rechtsnormen waaraan getoetst wordt.³⁸ De burgerlijke rechter dient aan dezelfde regels (en dus ook aan regels van publiekrecht) te kunnen toetsen als de bestuursrechter en vice versa. Artikel 3:14 beoogt in dat verband niet zelfstandig de binding van particulieren aan bepaalde regels van publiekrecht te realiseren,³⁹ maar geeft – andersom – uitdrukking aan het feit dat het publiekrecht beperkend kan inwerken op rechten en bevoegdheden (bijvoorbeeld eigendomsrechten) die iemand (een particulier) krachtens het privaatrecht toekomen en beoogt te garanderen dat ook de burgerlijke rechter aan die (inperkende) publiekrechtelijke regels kan toetsen. Het artikel realiseert de binding aan het publiekrecht dus niet, maar veronderstelt reeds de (inperkende) werking ervan voor een particulier wat betreft diens vermogensrecht(en)

38 De publiekrechtelijke tegenhanger wordt gevormd door art. 8:77, tweede lid, Awb, waarmee hetzelfde wordt beoogd: met de term 'algemeen rechtsbeginsel' als toetsingsgrond wil aangegeven zijn dat de administratieve rechter niet alleen wegens strijd met een abbb kan vernietigen, maar tevensdat wanneer hij strijd constateert met een algemeen rechtsbeginsel, dat ook buiten de sfeer van het bestuursrecht gelding heeft. Zie TK 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 155-156. Vgl. Schreuder (1994), p. 136, die hierover het volgende opmerkt: 'De wetgever wil hiermee duidelijk maken dat het voor de toepasselijke rechtsnormen niet uitmaakt of een administratieve of een burgerlijke rechter oordeelt: beide toetsen bestuursbeslissingen aan rechtsnormen, ongeacht of deze normen van privaatrechtelijke of publiekrechtelijke origine zijn'. Zie ook de noot van Scheltema onder het arrest Zeeland/Hoondert (HR 24 april 1992, NJ 1993, 232): 'Iedere rechter behoort op dezelfde wijze aan de rechtsregels te toetsen: het recht is voor de ene rechter niet anders dan voor de andere'.

39 Zie ook Schreuder die ter interpretatie van art. 3:14 BW het arrest Schielandse Hooge Dijk bespreekt (waarin de Hoge Raad aangeeft dat een particulier een door de overheid gepleegde inbreuk op zijn eigendom heeft te dulden) en concludeert tot de volgende uitleg van het arrest en art. 3:14 BW: 'Een privaatrechtelijke eigenaar dient een inbreuk op zijn eigendomsrecht door de overheid te dulden, ongeacht of deze inbreuk is gegrond op geschreven of ongeschreven publiekrecht. Het gaat (...) dus om beperkingen die het publiekrecht aan privaatrechtelijke rechten van privaatrechtelijke (rechts)personen kan opleggen, en niet om de vraag of privaatrechtelijke (rechts)personen zich bij hun bevoegdheidsuitoefening moeten houden aan publiekrechtelijke normen.' Zie Schreuder (1994), p. 145.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

en stelt veilig dat de burgerlijke rechter aan die regels van publiekrecht kan toetsen, biedt daarvoor althans aan de burgerlijke rechter een kapstok.⁴⁰

Samenvattend: overheidsstichtingen kunnen, voorzover zij niet met openbaar gezag bekleed zijn, niet als bestuursorgaan worden gekwalificeerd. In zoverre is ook de Awb, dat wil zeggen afdeling 3.2 (tot en met 3.5) daarvan, niet van toepassing. Voorzover een overheidsstichting wel is bekleed met openbaar gezag en het niet duidelijk is of een bepaalde handeling in het kader van openbaar gezag plaatsvindt, is de Awb-normering onzeker. Een dergelijk ontbreken of onzeker zijn van de Awb-normering doet zich bij publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties niet voor. In zoverre openbaart het verschil in vormgeving een verschil in normering. De constructie via artikel 3:14 BW kan geen soelaas bieden om de Awb-normering veilig te stellen en dit normeringsverschil op te heffen.

5.4 Aan de gelding van de Awb gekoppeld toepasselijk recht

5.4.1 Openbaarheid van bestuur

Het toepassingsbereik van de huidige Wob is neergelegd in artikel 1a Wob. Behalve op ministers, bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen, en publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie en bestuursorganen die onder de verantwoordelijkheid van deze organen werkzaam zijn, is de wet van toepassing op ‘andere bestuursorganen, voorzover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd’.⁴¹ Het begrip bestuursorgaan heeft daarbij dezelfde betekenis als het in de Awb heeft. Het is de aangehaalde zinsnede die zbo’s derhalve onder het toepassingsbereik van de Wob brengt. De zinsnede brengt voorts mee dat overheidsstichtingen, voorzover niet bekleed met openbaar gezag, ingevolge artikel 1a Wob niet gebonden zijn aan de Wob.

De reikwijdte van de Wob is echter niet tot (de genoemde) bestuursorganen beperkt, tenminste niet als het gaat om de passieve openbaarheid, die onder het kopje ‘informatie op verzoek’ is geregeld in Hoofdstuk III Wob. Artikel 3 Wob bepaalt met betrekking tot de werkingssfeer van de verplichting tot passieve openbaarheid namelijk dat ‘een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid [kan] richten tot een bestuursorgaan *of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf*’ (curs. KS). Voor het slagen van dit criterium is voldoende dat er sprake is van *overwegende overheidsinvloed* van een bestuursorgaan op de instelling, de dienst of het bedrijf.⁴²

Gelet hierop is de formulering van het criterium als ‘werkzaam onder verantwoordelijkheid van’ daarom niet zo gelukkig gekozen. Gesuggereerd wordt door de huidi-

40 Zie Schreuder (1994), p. 144-145. Vgl. ook Vermeulen, Zoontjes (2000), p. 121.

41 Zie art. 1a, eerste lid, sub d, Wob (Stb. 1998, 356).

42 Zie de opmerkingen hierover op p. 12-13 van de MvT van het voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb, dat onder meer bepalingen bevat omtrent de openbaarheid van bestuur (integratie Wob in Awb), paragraaf II.5.2.4.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

ge formulering dat er, net als het geval is bij artikel 1a, eerste lid, sub c, Wob, sprake moet zijn van ambtelijk-hiërarchische ondergeschiktheid of dat de instelling, dienst of het bedrijf zich anderszins moet richten naar de algemene en bijzondere aanwijzingen van het verantwoordelijke bestuursorgaan.⁴³

In het voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb, waarin de Wob wordt geïntegreerd in de Awb, is daarom gekozen voor een formulering met 'overwegende invloed'.⁴⁴ Bovendien is het criterium daar naar voren geplaatst en opgenomen in het artikel dat de algemene werkingssfeer bepaalt van de regeling inzake de openbaarheid van bestuur (artikel 2.3.1.3). Deze verplaatsing heeft tot doel de systematiek van toepasselijkheid van de Wob doorzichtiger te maken. De werkingssfeer wordt in het voorontwerp in één artikel geregeld in plaats van twee. Het gevolg zal zijn dat ten aanzien van overheidsstichtingen zowel de actieve als passieve openbaarheidsverplichting bestaat.⁴⁵

Indien het voorontwerp in de toekomst kracht van wet krijgt, betekent dit dat er qua openbaarheidsverplichting geen verschil meer is tussen overheidsstichtingen en publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties. Voor laatstgenoemde organisaties bestaat immers eveneens zowel de passieve als de actieve openbaarheidsverplichting, omdat zij steeds en volledig als bestuursorgaan dienen te worden aangemerkt. Vooralsnog rust op overheidsstichtingen echter alleen de passieve openbaarheidsverplichting en geldt de actieve openbaarheidsverplichting alleen voor overheidsstichtingen voorzover zij zijn bekleed met openbaar gezag.

Niettegenstaande deze overeenkomst qua openbaarheidsverplichting die er in de toekomst eventueel zal zijn tussen overheidsstichtingen en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties, zal er een verschil tussen beide categorieën blijven bestaan op het punt van de bevoegdheid tot informatieverstrekking. Dit betreft zowel de passieve als actieve openbaarheid.

Volgens de huidige regeling in de Wob mogen *alleen bestuursorganen* beslissen op een verzoek om informatie (passieve openbaarheid). In het voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb is dat eveneens het geval. Ingevolge artikel 2.3.2.2., tweede lid, van het voorontwerp moet het bestuursorgaan, dat de overwegende invloed heeft op de overheidsstichting, de beslissing op het tot de overheidsstichting gerichte informatieverzoek nemen.⁴⁶

Het voorontwerp bepaalt voorts met betrekking tot de actieve openbaarheid dat (slechts) *het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat* uit eigen beweging informatie verschaft. Niet geregeld is welk bestuursorgaan deze informatie verschaft ter

43 Zie TK 1999/2000, 19 859, nr. 3, p. 23/24 en Den Boer, Schipper-Spanninga (1997), p. IV-11-34 – IV-11-35.

44 Zie de MvT bij het voorontwerp van de vierde tranche Awb, paragraaf II.5.2.4, p. 12-13.

45 MvT voorontwerp vierde tranche Awb, paragraaf II.5.2.4, p. 13.

46 Zie hierover meer in paragraaf 6.4.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

effectuering van de actieve openbaarheidsverplichting die rust op instellingen, diensten of bedrijven waarop een bestuursorgaan overwegende invloed heeft. Zoals vermeld geldt voor dergelijke organisaties onder de huidige Wob niet de verplichting tot actieve openbaarheid.

Dit betekent een belangrijk verschil tussen overheidsstichtingen en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties. Waar laatstgenoemden steeds en volledig bestuursorgaan zijn, en dus zelf bevoegd zijn om te beslissen op een verzoek om informatie of uit eigen beweging informatie te verschaffen, geldt dat voor overheidsstichtingen slechts voorzover ze met openbaar gezag bekleed en derhalve bestuursorgaan zijn.

5.4.2 Klachtrecht

Hoofdstuk 9 van de Awb bevat een regeling over de behandeling van klachten door bestuursorganen. Het gaat om een *interne* klachtprocedure: het bestuursorgaan waartegen de klacht is ingediend is (als eindverantwoordelijke, gelet op afdeling 9.3)⁴⁷ ook belast met de klachtafdoening. De regeling bevat de minimumeisen voor klachtbehandeling en geldt voor alle bestuursorganen.⁴⁸ Uit het uitgangspunt dat bestuursorganen eerst zelf klachten over het eigen handelen dienen te behandelen vloeit de voorrang van deze voorgeschreven interne klachtprocedure voort ten opzichte van procedures van onafhankelijke externe klachtbehandeling, zoals die van de Nationale ombudsman.⁴⁹ Van de interne klachtprocedure zal een zeefwerking uitgaan die de toeloop naar externe klachtinstanties doet verminderen.⁵⁰

Omdat de interne klachtbehandelingsregeling een onderdeel vormt van de Awb bindt zij alleen bestuursorganen. Op publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties is zij derhalve altijd van toepassing, maar dat geldt niet voor de privaatrechtelijk vormgegeven variant. De Awb is niet van toepassing op zulke privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties (zoals overheidsstichtingen) voorzover zij niet bekleed zijn met openbaar gezag. Klachten kunnen bij overheidsstichtingen dus slechts gericht zijn tegen gedragingen voorzover verricht in de uitoefening van openbaar gezag, terwijl zich een dergelijke beperking bij publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties niet voordoet.

De Wet Nationale ombudsman voorziet in een *externe* klachtprocedure tegen gedragingen van de rijksoverheid, van de Commissaris der Koningin en de burgemeester voorzover het gaat om hun wettelijke taken ten aanzien van de politie en van zbo's. Voorafgaand aan de klachtbehandeling door de ombudsman dient, zoals uit het voor-

47 TK 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 6-7.

48 TK 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 4.

49 TK 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 6, 7 en 10.

50 TK 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 6 en 11.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

gaande al kon worden afgeleid, eerst de interne klachtprocedure van de Awb gevolgd te worden.⁵¹

Net als bij de Wob is ook het toepassingsbereik van de WNo gekoppeld aan het bestuursorgaan-begrip van de Awb. In de WNo ontbreekt echter een bepaling als artikel 3 van de Wob, die organisaties onder overwegende overheidsinvloed ook onder (een deel van) de werkingssfeer van de wet brengt. Ingevolge artikel 1a, eerste lid, sub e WNo is de WNo van toepassing op 'andere bestuursorganen, voorzover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd'. Op grond van deze bepaling vallen zbo's onder de reikwijdte van de wet, voorzover ze daarvan niet zijn uitgezonderd bij amvb. Dit brengt mee dat publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties steeds, en privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties alleen voorzover ze met openbaar gezag zijn bekleed, onder de WNo vallen.

Ten aanzien van zowel het interne klachtrecht als het klachtrecht ingevolge de WNo is er dus een verschil in toepasselijkheid voor wat betreft zelfstandige bestuursorganisaties, dat louter voortkomt uit een verschil in vormgevingskleur. Voorzover overheidsstichtingen bekleed zijn met openbaar gezag doet zich hier bovendien hetzelfde afbakeningsprobleem voor als al eerder werd gesignaleerd in verband met de Awb-normering. Omdat klachten alleen feitelijke gedragingen van bestuursorganen kunnen betreffen, kan een klacht tegen een overheidsstichting alleen een feitelijke gedraging betreffen die plaatsvindt in het kader van het bekleed zijn met openbaar gezag. De onzekerheid ten gevolge van het feit dat niet altijd duidelijk is of de feitelijke handeling al dan niet is verricht in het kader van de openbaar gezagstaak, doet zich evenmin voor bij publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties. Als een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie feitelijk handelt, gaat het immers per definitie om feitelijk handelen door een bestuursorgaan.

5.4.3 Archiefwet

De Archiefwet geldt voor 'overheidsorganen'. Artikel 1 sub b van de wet geeft aan wat daaronder dient te worden verstaan. De formulering komt overeen met de definitie van bestuursorgaan in artikel 1, lid 1, Awb. Dit was volgens de memorie van toelichting ook uitdrukkelijk de bedoeling.⁵² Daarmee vallen overheidsstichtingen, indien en voorzover zij niet bekleed zijn met openbaar gezag, buiten de reikwijdte van de Archiefwet. Voorzover zij wel bekleed zijn met openbaar gezag, doet zich weer het probleem voor dat vastgesteld moet worden wat exact de reikwijdte is van de open-

51 TK 1997/98, 25 837, nr. 3, p. 10. Dit uitgangspunt is ook neergelegd in de WNo zelf. Art. 12, tweede lid, WNo: alvorens een verzoek aan de Nationale ombudsman te doen tot het instellen van een onderzoek naar de wijze waarop een bestuursorgaan zich heeft gedragen, dient de verzoeker een klacht in bij het betrokken bestuursorgaan zelf.

52 TK 1994/95, 24 058, nr. 3, p. 4.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

baar gezagstaak om vast te stellen tot hoever de gelding van de Archiefwet zich uitstrekt. Publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties (al dan niet bekleed met openbaar gezag) vallen wel steeds volledig onder het geldingsbereik van deze wet.

5.5 Grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

5.5.1 Grondrechten

De overheid is gehouden jegens burgers de grondrechten in acht te nemen. Dit is in beginsel niet anders als de overheid niet publiekrechtelijk⁵³ maar privaatrechtelijk is vormgegeven. Het kan niet zo zijn dat de overheid zich aan de gebondenheid aan grondrechten kan onttrekken door de enkele keuze voor een privaatrechtelijke organisatievorm als de (overheids)stichting.⁵⁴

Het lijkt erop dat de rechter steeds meer genegen is de gebondenheid van privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen aan grondrechten *als zijnde overheidsorganisaties* aan te nemen. Overigens betreft de jurisprudentie alleen NV's, maar naar mag worden aangenomen strekt de betekenis ervan zich ook uit tot stichtingen. Een dergelijke stap, dat wil zeggen de aanneming van verticale werking, durfde de president van de rechtbank Den Haag in een uitspraak van 9 juni 1987 nog niet aan. Ten aanzien van het Nederlands Congresgebouw NV (NCG) constateert de president op basis van statuten en aandelenbezit 'dat de overheid zeer grote invloed kan uitoefenen' en overweegt vervolgens:

'Kan men hier nog spreken van een "horizontale" verhouding tussen NZAW en Congresgebouw? Wil men dat volhouden dan zal men toch in ieder geval een horizontale werking van het grondrecht moeten aannemen. Aldus wordt dan ook beslist.'⁵⁵

Ging het in deze uitspraak om artikel 9 Grondwet (is de weigering van het Congresgebouw aan NZAW zaalruimte te verhuren daarmee in strijd?), in een later geding tussen dezelfde partijen dat opnieuw ziet op de weigering van zaalruimteverhuur door het Congresgebouw, oordeelt de rechter de weigering in strijd met artikel 1 van de Grondwet. De toetsing aan artikel 1 wordt daarbij direct gerelateerd aan de invloed die de overheid via de Raad van Commissarissen en als aandeelhouder op het NCG kan uitoefenen:

53 De publiekrechtelijk vormgegeven delen van de overheid dienen steeds, dat wil zeggen bij al hun activiteiten, de grondrechten in acht te nemen. Zie Verhey (1992), p. 96-97, 100; Graat (1998), p. 101 en Kortmann (1997), p. 747.

54 Graat (1998), p. 101. Vgl. ook Verhey (1992), p. 100.

55 Pres.Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1987, AB 1987, 580; de gemeente Den Haag heeft 30% van de aandelen in handen en bezet vier van de acht plaatsen in de Raad van Commissarissen. Van de vier overige zetels zijn er twee voor de Staat.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

'[D]e omstandigheid dat de meerderheid van de aandelen van NCG in handen is van de Staat en de gemeente 's-Gravenhage, en de ruime mate waarin in de statuten van NCG van de in artikel 2:158, lid 12, voorziene mogelijkheid gebruik is gemaakt (zes van de acht commissarissen zijn "overheidscommissarissen") [brengen] mee, dat het in artikel 1 van de Grondwet opgenomen discriminatieverbod ten aanzien van NCG werking heeft.'⁵⁶

In deze uitspraak lijkt het er sterk op dat de werking van artikel 1 Grondwet ten aanzien van het NCG gebaseerd wordt op het feit dat het NCG in feite een overheidsinstantie is, maar het verband wordt niet expliciet gelegd.⁵⁷

Ook in een andere uitspraak van de Hoge Raad betreffende de PTT NV (een volle dochter van KPN NV waarvan de Staat toen nog meerderheidsaandeelhouder was) stond het gelijkheidsbeginsel als grondrecht (art. 1 Grondwet, art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR) centraal.⁵⁸

Het ging hier om de vraag of de PTT zich schuldig maakte aan schending van het gelijkheidsbeginsel door alleen van een bepaalde categorie asielzoekers (de zogenaamde ROA-gerechtigden) een waarborgsom voor de telefoonaansluiting te verlangen. De Hoge Raad vernietigde hier het arrest van het hof, dat had geoordeeld dat er geen sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel, en kwam niet toe aan een inhoudelijke toetsing. De zaak werd verwezen naar een ander gerechtshof waarbij de Hoge Raad aantekende dat door dit hof ook beoordeeld moet worden of het gelijkheidsbeginsel inderdaad niet geschonden is.

Ook hier ontbreekt echter de expliciete link met het overheidskarakter van de PTT NV. En een expliciet verband werd ten slotte evenmin gelegd in het arrest van de Hoge Raad betreffende de Stichting Zaanwerk.⁵⁹

De vraag die daar aan de orde was luidde of de stichting met de door haar, in het kader van de haar opgedragen uitvoering van de Rijksbijdrageregeling Banenpools, uitbetaalde 'gehuwdentoeslag' een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen gehuwde danwel samenwonende werknemers en alleenstaande werknemers. In cassatie ging de Hoge Raad er daarbij vanuit dat Zaanwerk een door de gemeente Zaanstad ter uitvoering van genoemde Rijksbijdrageregeling opgerichte stichting is (de annotator spreekt van een privaatrechtelijk aanhangsel van de gemeente). Vervolgens toetste de Hoge Raad in deze zaak wel aan het

56 Hof 's-Gravenhage 1 oktober 1992, NJCM-Bulletin 18-3 (1993), p. 299-302.

57 Zie ook annotator A.W. Heringa in zijn noot onder de uitspraak. Burkens, Kummeling, Vermeulen, Widdershoven (1997) zijn stelliger in hun interpretatie van de uitspraak (p. 135): de rechter oordeelde de weigering strijdig met art. 1 GW 'nu het Congresgebouw gezien de overwegende invloed daarin van de Staat en de gemeente Den Haag als overheidsinstantie aangemerkt diende te worden'.

58 HR 3 september 1993, NJ 1993, 194.

59 HR 7 november 1997, NJ 1998, 220.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

gelijkheidsbeginsel als grondrecht (art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR), zonder deze toetsing expliciet te relateren aan de hoedanigheid van de stichting.

De uitspraken zijn daarmee onvoldoende stellig en wellicht ook te incidenteel om met een gerust hart te kunnen aannemen dat grondrechten door privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursrechtspersonen, waaronder overheidsstichtingen, in acht moeten worden genomen (in de zin van verticale werking).

Een oplossing, leidend tot de garantie van de gebondenheid aan grondrechten van privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties, zou gelegen kunnen zijn in de zienswijze van de president rechtbank (eerst aangehaalde uitspraak), om bij overheidsachtige organisaties in elk geval horizontale werking aan te nemen.⁶⁰

Een dergelijke oplossing werkt in casu echter versluitend en komt de doorzichtigheid van de rechtsverhoudingen niet ten goede. Er wordt geen recht gedaan aan het eigenlijke overheidskarakter van de privaatrechtelijke organisaties en ze worden op één lijn gesteld met maatschappelijke organisaties, hetgeen de (soms sowieso al als problematisch ervaren)⁶¹ afbakening tussen overheid en maatschappelijk middenveld niet verheldert. Bovendien dienen de grondrechten altijd en ten volle te gelden voor overheidsorganisaties. De aan horizontale werking eigen zijnde onzekerheid of en in welke omvang de rechter zal toetsen biedt in dat opzicht niet dezelfde beschermende garantie als het geval is bij verticale gelding.

5.5.2 *Ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

Het openbaar bestuur is gehouden jegens burgers ook de niet in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) in acht te nemen. Wat betreft de werkingssfeer is daarmee sprake van een evidente parallel tussen grondrechten en abbb.⁶² Voor een deel overlappen grondrechten en abbb elkaar ook inhoudelijk. Zo zou de uitkomst van het Amsterdam/IKON-arrest⁶³ geen andere zijn geweest als IKON zich op het in artikel 1 Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel zou hebben beroepen in plaats van op het gelijkheidsbeginsel als abbb. Een verschil is dat grondrechten beginselen zijn die voor de overheid in het algemeen gelden, terwijl abbb beginselen zijn die meer specifiek de bestuurshandelingen van de overheid normeren.⁶⁴

60 Vgl. ook Kroes in haar annotatie onder Pres.Rb. 's-Gravenhage 7 mei 1993, NJCM-Bulletin 18-6 (1993), p. 689: 'Het aannemen van horizontale werking ligt des te meer voor de hand nu er nog nauwe banden tussen de NS en de overheid bestaan en de NS optreden als monopolist voor het treinverkeer.'

61 Zie bijv. Stroink in zijn noot onder Rb. Maastricht 21 april 1995 (Stichting Silicose), JB 1995, 116.

62 Vgl. Burkens, Kummeling, Vermeulen, Widdershoven (1997), p. 101, noot 44.

63 HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727.

64 Vgl. Schreuder (1994), p. 128.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur normeren in elk geval de publiekrechtelijk handelende overheid. Als beroepsgrond waren ze bijvoorbeeld opgenomen in de Wet AROB (art. 8, eerste lid). De Awb bevat geen rijtje beroepsgronden, maar artikel 8:77, tweede lid, bepaalt wel dat de uitspraak van de rechtbank bij gegrondverklaring van het beroep vermeldt welke geschreven of ongeschreven rechtsregel, of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Voltooing eerste fase herziening rechterlijke organisatie, wil met de term algemeen rechtsbeginsel aangegeven zijn 'dat de administratieve rechter niet alleen wegens strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan vernietigen, maar tevens wanneer hij strijd constateert met een algemeen rechtsbeginsel dat ook buiten de sfeer van het bestuursrecht gelding heeft'.⁶⁵ Daaruit blijkt dat de abbb van toepassing zijn op hetgeen de administratieve rechter kan toetsen, namelijk (de voor beroep vatbare) besluiten. Daarnaast zijn de abbb ook van toepassing op de overige handelingen van de overheid. Aangenomen wordt heden ten dage dat de overheid ook als zij privaatrechtelijk en feitelijk handelt aan de abbb gebonden is.⁶⁶

Net als bij de grondrechten is echter ook hier niet duidelijk of de gebondenheid aan de abbb ook aangenomen wordt voor de delen van de overheid die privaatrechtelijk zijn vormgegeven, althans voorzover ze geen bestuursorgaan zijn in de zin van de Awb. Jurisprudentie die deze gebondenheid bevestigt ontbreekt. Wel wordt het handelen van privaatrechtelijke organisaties in de rechtspraak een enkele keer getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, maar dan zonder dat duidelijk wordt of aan dit beginsel getoetst wordt vanwege het overheidskarakter van de privaatrechtelijke rechtspersoon, en ook zonder dat expliciet wordt aangegeven of het gaat om het gelijkheidsbeginsel als abbb.

Het betreft een tweetal uitspraken van de Hoge Raad die Schreuder noemt in haar proefschrift als voorbeelden van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel van het privaatrechtelijke handelen van privaatrechtelijke organisaties met een publiekrechtelijke taak. Daarbij gaat het niet om privaatrechtelijke overheidsrechtspersonen. De uitspraken hebben namelijk betrekking op een woningbouwvereniging en een drietal milieustichtingen.⁶⁷

Bij de woningbouwvereniging lijkt de rechter voor de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel belang te hechten aan het feit dat het een toegelaten instelling in de zin van artikel 59 (nu: 70) Woningwet is, sprekend van een 'verhuurder als de onderhavige' (zie ook annotator PAS in zijn noot onder dit arrest). In de regelgeving wordt echter het particuliere karakter

⁶⁵ Zie TK 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 155-156.

⁶⁶ Van Wijk, Konijnenbelt (1999), p. 739; Van der Veen (1997), p. 385-392. Ook de parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk (art. 3:14 BW) biedt daarvoor steun: de overheid is aan de abbb gebonden bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden. Zie MvT, PG InvW Boek 3, p. 1053-1054.

⁶⁷ Zie Schreuder (1994), p. 148-149; het gaat respectievelijk om: HR 10 juni 1988, NJ 1988, 873 en HR 18 december 1992, M en R 1993, 24.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

van dergelijke instellingen benadrukt, onder meer via artikel 7 Besluit beheer sociale huursector (uitvoeringsamvb van de Woningwet). Op grond van dit artikel wordt namelijk de genoemde toelating geweigerd als het betreffende College van B&W het recht heeft een of meerdere personen in het bestuur of de Raad van Toezicht te benoemen.

Bij de drie milieustichtingen werd niet direct aan het gelijkheidsbeginsel getoetst, maar werd de vraag of er sprake is van misbruik van procesbevoegdheid – atypisch⁶⁸ – ingevuld met behulp van het gelijkheidsbeginsel.

Andere uitspraken waarin het handelen van privaatrechtelijke organisaties werd getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, betreffen vooral ‘gelijke beloningszaken’ en richten zich in dat kader met name op het gelijkheidsbeginsel als het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond. Het gelijkheidsbeginsel komt in dit soort zaken dus niet zozeer in beeld als *abb* (noch als grondrecht)⁶⁹.

5.5.3 Conclusie

De conclusie is dat naar positief recht bepaald niet met zekerheid gesteld kan worden dat privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties net als hun publiekrechtelijke variant aan de *abb* gebonden zijn. Daarbij levert de rechtspraak voor binding aan de *abb* zelfs minder aanknopingspunten op dan voor de gebondenheid aan grondrechten. Artikel 3:14 BW kan in deze opnieuw niet als basis voor een dergelijke gebondenheid dienen, omdat dit artikel zoals gezien de gelding van het publiekrecht voor (het betreffende deel van) de overheid veronderstelt.⁷⁰

5.6 Openbaarheid ingevolge het BW: het handelsregister (art. 2:289, 2:293 en 2:6 BW) en de regeling betreffende de jaarrekening en het jaarverslag (titel 9, boek 2 BW)

5.6.1 Openbaarheid via het handelsregister (art. 2:289, 2:293 en 2:6 BW)

Het BW verplicht het stichtingsbestuur tot openbaarmaking, althans inschrijving in het openbare handelsregister, van een aantal zaken. De algemeen voor rechtspersonen krachtens privaatrecht geldende bepaling van artikel 2:6 BW, houdt in dat derden in beginsel als juist kunnen aannemen wat in dat register is ingeschreven. Tegenover

68 Schreuder (1994), p. 149, noot 134.

69 Zie de noot van PAS onder HR 8 april 1994, NJ 1994, 704.

70 Vgl. Van Ommen (1996), p. 323: ‘Artikel 3:14 BW spreekt (...) niet over de overheid maar over: “Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt” (curs. FvO). De burger is echter in zijn handelen niet aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden. (Twijfelgevallen: de overheid in privaatrechtelijke gedaante bijvoorbeeld als BV of NV, laat ik terzijde.)’

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

derden kan door de stichting in beginsel geen beroep worden gedaan op het feit dat er een verandering heeft plaatsgevonden, als die verandering niet of niet juist in het register is ingeschreven.

Titel 6, boek 2 BW (Stichtingen) bevat op een viertal punten een regeling omtrent inschrijving in het handelsregister:

I Artikel 2:289, eerste en tweede lid, BW bepaalt wat de bestuurders van een stichting *verplicht* zijn te doen inschrijven in het openbare register. Dat betreft allereerst ‘de stichting, benevens de naam, de voornamen en de woonplaats of laatste woonplaats van de oprichter of oprichters’ (lid 1). Het gaat hier om de zogenoemde eerste inschrijving en nederlegging. Zolang deze niet is geschied, is iedere bestuurder voor een rechtshandeling, waardoor hij de stichting verbindt, naast de stichting hoofdelijk aansprakelijk (art. 2:289, vierde lid, BW).

II Daarnaast dienen bestuurders er zorg voor te dragen dat steeds worden ingeschreven a) de naam, de voornamen en de woonplaats van alle bestuurders, b) de naam, de voornamen en de woonplaats van alle bestuurders aan wie door de statuten vertegenwoordigingsbevoegdheid is toegekend, alsmede vermelding of zij bevoegd zijn de stichting afzonderlijk, gezamenlijk of tezamen met een of meer anderen te vertegenwoordigen, en c) de naam, de voornamen en de woonplaats van anderen dan bestuurders, aan wie de statuten bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekennen, alsmede de bepalingen omtrent die bevoegdheid (art. 2:289, tweede lid, BW).

III Het derde lid van artikel 2:289 BW bepaalt dat bestuurders daarnaast ter inschrijving in het register *kunnen* opgeven de naam, de voornamen en de woonplaats van gevolmachtigden van de stichting met de inhoud van de hun verstrekte volmacht.

IV Artikel 2:293 bepaalt ten slotte dat de bestuurders van de stichting verplicht zijn een authentiek afschrift van een statutenwijziging en de gewijzigde statuten neer te leggen ten kantore van het openbare register.

Artikel 2:6 BW handelt over de consequenties voor derden en voor de rechtspersoon, in casu de stichting, van (niet of onjuiste) inschrijving in het register. Het artikel strekt in het bijzonder tot bescherming van derden, maar heeft ook een beschermend effect voor de rechtspersoon. Wat betreft laatstgenoemd element: de rechtspersoon kan zich ingevolge het vierde lid tegenover zijn wederpartij beroepen op hetgeen (op juiste wijze) is openbaar gemaakt.

Een rechtspersoon kan echter jegens een onkundige wederpartij geen beroep doen op een wijziging van de statuten zolang de statutenwijziging en de gewijzigde statuten niet op de voorgeschreven wijze zijn bekendgemaakt (eerste lid). Een rechtspersoon kan in het algemeen tegenover een onkundige wederpartij ook geen beroep doen op overschrijding van de vertegenwoordigingsmacht, indien de beperking of uitsluiting van die vertegenwoordigingsbevoegdheid ten tijde van de rechtshandeling niet op de voorgeschreven wijze was openbaar gemaakt (tweede lid). De rechtspersoon kan tegen een wederpartij die daarvan onkundig was, niet de onjuistheid of onvolledigheid

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

van de in het register opgenomen gegevens inroepen (lid 3), waarbij wat betreft de onkundigheid van de wederpartij geldt dat juiste en volledige inschrijving elders of openbaarmaking van de statuten op zichzelf niet voldoende bewijs is voor het niet-onkundig zijn van de wederpartij (lid 3).

Concluderend betekent het voorgaande dat rechtens de doorslag geeft dat wat in de registers is ingeschreven. Een rechtspersoon kan zich tegenover een onkundige wederpartij niet beroepen op het (nog) niet of op onjuiste wijze ingeschrevene, maar andersom kan de wederpartij zich niet beroepen op onbekendheid met een feit dat wel (volgens voorgeschreven wijze) is ingeschreven.

Daarmee bevat het BW behalve een regeling betreffende de openbaarheid van (onder andere) statutenwijzigingen en wijzigingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid, ook een regeling over de juridische doorwerking daarvan richting rechtspersoon en derden.

Voor publiekrechtelijke rechtspersonen ontbreekt iets dergelijks. Doorgaans beschikken deze rechtspersonen over een bestuursreglement dat interne zaken regelt ter uitwerking van het in de instellingswet bepaalde.⁷¹ Voorzover het bestuursreglement daarmee vergelijkbaar is met de statuten van een stichting, kan worden vastgesteld dat niets geregeld is omtrent de eventuele openbaarheid van een dergelijk document (bijvoorbeeld in de Bekendmakingswet en het daarop gebaseerde Besluit uitgifte Staatsblad en Staatscourant). Voorzover met statutaire bepalingen vergelijkbare bepalingen zijn neergelegd in de instellingsregeling zelf, zijn deze als onderdeel van een wettelijke regeling wel openbaar.

Dit hoeft niet te betekenen dat een bestuursreglement ook in het geheel niet openbaar gemaakt wordt. Zo heeft het College Bouw Ziekenhuisvoorzieningen zijn bestuursreglement gepubliceerd in de Staatscourant⁷² ingevolge de bepaling van het reglement zelf (art. 21, derde lid) dat het College het reglement zal doen publiceren in de Staatscourant. Ook van de andere uitvoeringsorganen volksgezondheid zijn de bestuursreglementen in de Staatscourant gepubliceerd.

Ten aanzien van publiekrechtelijke bestuursrechtspersonen ontbreekt voorts een algemene regeling betreffende de openbaarmaking van de namen van bestuurders, van degenen die bevoegd zijn de rechtspersoon te vertegenwoordigen en van bepalingen omtrent die vertegenwoordigingsbevoegdheid.

71 Vgl. ook aanwijzing 124k van de op hen van toepassing zijnde Aanwijzingen inzake de zbo's, die bepaalt dat een zbo een bestuursreglement vaststelt voor de regeling van de interne aangelegenheden (o.a. betreffende de vergaderwijze van bestuur en andere organen, en de wijze waarop het bestuur besluiten neemt).

72 Stc. 20 april 2000, nr. 79, p. 25.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

Ook hier betekent dit niet dat openbaarmaking dan ook steeds achterwege blijft. Zo heeft de Minister van VWS het besluit tot benoeming van de leden van het College tarieven gezondheidszorg in de Staatscourant gepubliceerd.⁷³ Het besluit bevat de namen en woonplaatsen van de negen benoemde bestuurders. Publicatie geschiedde op basis van de mededeling in dit besluit zelf dat het besluit in de Staatscourant zal worden geplaatst.

Ten slotte ontbreekt een algemene regeling over de wijze waarop wijzigingen van het bestuursreglement en wijzigingen van bestuurders en de vertegenwoordigingsbevoegdheid door de publiekrechtelijke rechtspersoon kunnen worden tegengeworpen aan derden. Alhoewel het niet onaannemelijk is te veronderstellen dat de rechter in dergelijke kwesties de (onverplichte) publicatie in de Staatscourant van bedoelde gegevens tot uitgangspunt zal nemen – op soortgelijke wijze als de in het openbare register opgenomen gegevens bij rechtspersonen krachtens privaatrecht –, is het toch van belang dit verschil met hetgeen in het BW geregeld is voor rechtspersonen krachtens privaatrecht vast te stellen.

5.6.2 Openbaarheid ingevolge de titel over de jaarrekening en het jaarverslag (titel 9, boek 2 BW)

In het vorige hoofdstuk is genoemd de regeling terzake van de jaarrekening en het jaarverslag (titel 9, boek 2 BW). De jaarrekening omvat zoals gezegd de belans, de winst- en verliesrekening plus de toelichting(en) daarop.⁷⁴ Artikel 2:391 BW is de enige bepaling die is gewijd aan het jaarverslag. Genoemd worden de minimumeisen waar het jaarverslag aan dient te voldoen. Daarnaast kent de titel nog de zogenaamde ‘overige gegevens’, welke staan opgesomd in artikel 2:392 BW en die ingevolge het eerste lid door het bestuur aan de jaarrekening en het jaarverslag worden toegevoegd. Daarmee is dan een volledig jaarrapport verkregen.⁷⁵

De overige gegevens betreffen bij stichtingen (zie art. 2:392, vijfde lid, BW) de accountantsverklaring bedoeld in artikel 393 lid 5 of een mededeling waarom deze ontbreekt (sub a), een lijst van namen van degenen aan wie een bijzonder statutair recht inzake de zeggenschap in de rechtspersoon toekomt, met een omschrijving van de aard van dat recht (sub e), een opgave van het aantal winstbewijzen en soortgelijke rechten met vermelding van de bevoegdheden die zij geven (sub f), een opgave van de gebeurtenissen na de balansdatum met belangrijke financiële gevolgen voor de rechtspersoon en de in zijn geconsolideerde jaarrekening betrokken maatschappijen tezamen, onder mededeling van de omvang van die gevolgen (sub g), en opgave van het bestaan van nevenvestigingen en van de landen waar ne-

73 Stc. 1999, nr. 233, p. 11.

74 Art. 2:361, eerste lid, BW. Zie ook Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 166.

75 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 166.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

venvestigingen zijn, alsmede van hun handelsnaam indien deze afwijkt van de rechtspersoon.

De artikelen 2:394 en 2:395 BW bevatten vervolgens een regeling van de openbaarmaking van de in de titel genoemde stukken (jaarrekening, jaarverslag en overige gegevens).

Ingevolge artikel 2:394, eerste lid, BW dient de jaarrekening openbaar gemaakt te worden door neerlegging ervan in origineel of in afschrift ten kantore van het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Hoofdregel is dat het jaarverslag en de overige gegevens niet bij het handelsregister hoeven te liggen, als men er ten eigen kantore inzage en tegen kostprijs of minder afschriften van geeft. Slechts de nauw bij de jaarrekening of winstbestemming aansluitende overige gegevens, zoals deze zijn opgesomd in het vierde lid van artikel 2:394 BW, moeten steeds bij het handelsregister liggen.⁷⁶

Voor kleine rechtspersonen gelden vrijstellingen. Zij behoeven slechts een verkorte balans met toelichting neer te leggen (art. 2:396, zevende en derde lid, BW), en ze behoeven het jaarverslag en de overige gegevens niet te publiceren (art. 2:396, zevende lid, BW).⁷⁷

Voor middelgrote rechtspersonen gelden minder vrijstellingen. De balans met toelichting die zij verplicht zijn neer te leggen ten kantore van het handelsregister mag enigszins beknopt (art. 2:397, vijfde lid, BW) en de resultatenrekening iets gesnoeid (art. 2:397, derde lid, BW) zijn. Ze zijn verplicht tot het neerleggen van bijna alle overige gegevens.⁷⁸

De meeste overheidsstichtingen zullen niet onderworpen zijn aan het jaarrekeningenrechtregime, omdat zij doorgaans geen commerciële taken uitvoeren (zie paragraaf 4.3.10.5). Indien dat echter wel het geval is, is het de vraag of de omvang van het ondernemingsdeel voldoende zal zijn voor toepasselijkheid van titel 9 van boek 2 BW. De indruk bestaat dat dat vaak niet het geval zal zijn. De grens van / 6 miljoen netto-omzet ligt vrij hoog. Voorzover een overheidsstichting wel onder de regeling valt, zal dit vrijwel altijd de regeling zijn zoals die geldt voor kleine rechtspersonen. Het handelen van overheidsstichtingen kan derhalve met meer waarborgen van openbaarheid omgeven zijn dan dat van rechtspersonen naar publiekrecht, waarvoor een soortgelijke regeling ontbreekt, maar vaak zal dit niet voorkomen.

Voor publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties is niets geregeld omtrent de openbaarmaking van jaarrekening en jaarverslag. Ook de, overigens niet als positief recht te beschouwen, Aanwijzingen inzake zbo's, bevatten geen aan-

76 Zie T&C BW 1998 (Koning), art. 2:394, aant. 1 en 3.

77 Zie T&C BW 1998 (Koning), art. 2:394, aant. 1 en 3.

78 Zie T&C BW 1998 (Koning), art. 2:394, aant. 1 en 3.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

wijzing betreffende de openbaarheid van beide stukken. Bepaald wordt alleen dat zbo's een financieel verslag en jaarverslag opmaken. Daarbij is het financieel verslag (124p) vergelijkbaar met de jaarrekening; het omvat (zie de toelichting op het eerste lid van de aanwijzing) ten minste een overzicht van inkomsten en uitgaven (exploitatie-rekening), een balans, alsmede een toelichting op beide stukken. De toelichting bepaalt verder dat voor de inhoud van deze stukken aansluiting kan worden gezocht bij de bepalingen van de afdelingen 1 tot en met 6 van titel 9 BW.

5.7 Zeggenschap van cliënten of gebruikers

De discussie over de vraag of de rechtspositie van burgers, in hun hoedanigheid van gebruikers of cliënten van publieke goederen en diensten, dient te worden versterkt, staat wat de zelfstandige bestuursorganisaties betreft nog in de kinderschoenen.

In sommige gevallen wordt voorzien in een vorm van betrokkenheid van burgers bij het bestuur van zelfstandige bestuursorganen. Voorbeelden bieden de adviesraad bij Staatsbosbeheer en de gebruikersraad bij het Kadaster. Dit betreffen echter keuzes in concrete gevallen, een algemene regeling ontbreekt. De consequentie is dat er naar positief recht in algemene regelingen derhalve op dit punt ook geen verschil bestaat tussen publiek- en privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties.

Den Boer constateert dat de overheid veel aandacht en energie heeft gestoken in het democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde of uit premies bekostigde private organisaties, uiteindelijk resulterend in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WMCZ) en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ). In het licht van het publiekrechtelijke karakter van zelfstandige bestuursorganen vindt hij het opmerkelijk dat vergelijkbare aandacht voor democratische burgerparticipatie vrijwel heeft ontbroken bij de opkomst van zbo's.⁷⁹

Vaak is overigens van een inbreng van gebruikers bij overheidsstichtingen reeds sprake. In de inbreng kan op verschillende manieren voorzien zijn. Bij overheidsstichtingen komt men in de praktijk de volgende constructies tegen:

1 Gebruikers(organisaties) hebben het recht in geval van vacatures in het bestuur of de Raad van toezicht personen voor te dragen voor benoeming; de aldus (voorgedragen en) benoemde bestuurders of leden van de raad van toezicht hebben zitting in de betreffende organen als belanghebbenden.

Zie bijvoorbeeld de bestuurssamenstelling bij de Stichting Ziektekosten Krijgsmacht (SZK), waar vier van de negen bestuursleden op voordracht van de centrales en vier leden zonder voordracht door de Minister worden benoemd; de onafhankelijke voorzitter wordt – ge-

79 Den Boer (1997), p. 184-185.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

hoord het bestuur – door de Minister in functie benoemd (zie art. 4 statuten SZK). Zie ook het bestuur van de Stichting bureau architectenregister (Sba), waarvan de (door de Minister benoemde) leden in meerderheid afkomstig dienen te zijn uit de kringen van architecten, stedenbouwkundigen, tuin- en landschapsarchitecten en interieurarchitecten. De betreffende beroepsverenigingen dragen daartoe de leden voor (zie art. 4 statuten Sba). De zeven bestuursleden van het Nederlands Literair Productie- en Vertalingenfonds (LF, Wsc-stichting) worden door de Minister benoemd, waarvan drie leden (waaronder de voorzitter) zonder voordracht en vier leden op voordracht: een lid op voordracht van de Maatschappij der Nederlandse Letterkunde, een op die van de Vereniging van Letterkundigen/Vakbond van Schrijvers, een op voordracht van de Groep Algemene Uitgevers van het Nederlands Uitgeversverbond en een op voordracht van de Raad voor de Nederlandse Taal en Letteren van de Nederlandse Taalunie. De leden stemmen zonder last (zie art. 4, leden 1, 2 en 11 statuten LF). De maatschappelijke organisaties die een voordrachtsbevoegdheid hebben, zijn overigens natuurlijk niet noodzakelijkerwijs gebruikersorganisaties, vergelijk de Stichting Registratie Gezelschapsdieren Nederland (SRGN) waar niet de gezelschapsdierenbezitters een voordrachtsbevoegdheid hebben, maar de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde, de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren, de Raad van Beheer op Kynologisch gebied, de Vereniging Landelijke Organisatie DIBEVO en de Bond tot Bescherming van Honden (zie art. 4 statuten SRGN).

2 Benoeming van (een minderheid van) de bestuursleden of leden van de Raad van toezicht door gebruikers(organisaties); de aldus benoemde bestuurders of leden van de raad van toezicht hebben zitting in de betreffende organen als belanghebbenden.

Zo worden bijvoorbeeld twee van de zeven bestuurders van de Stichting Stimuleringsfonds Nederlandse Culturele Omroepproducties door de Minister benoemd uit de kring van de omroep op voordracht van de NOS, terwijl het de zendgemachtigden (omroepverenigingen, NOS, NPS, educatieve omroepinstellingen en kerkgenootschappen die zendtijd hebben verkregen voor landelijke omroep en sinds kort ook de wereldomroep) zijn die in aanmerking komen voor subsidies van het stimuleringsfonds (zie art. 6 jo. art. 3 en 5, eerste lid, statuten Stimuleringsfonds). Een ander voorbeeld betreft de Stichting Buisleidingenstraat Zuidwest Nederland. Drie van de maximaal acht leden van de Raad van Beheer worden als zodanig aangewezen door degenen die van de stichting het recht hebben verkregen om in (gedeelten van) de door de stichting beheerde leidingenstraat buisleidingen aan te leggen, in stand te houden en te gebruiken (zie art. 5, eerste lid, sub e, statuten SBzwN). De Stichting Reprerecht kent een commissarissenmodel. De leden van de Raad van toezicht worden door de Minister benoemd, het algemeen bestuur bestaat – afgezien van de voorzitter die niet mag kunnen worden aangemerkt als auteur of uitgever – uit vertegenwoordigers van auteurs en uitgevers (en eventuele andere belanghebbenden), die als bestuurslid worden aangewezen door representatieve organisaties van auteurs respectievelijk uitgevers (zie art. 5, leden 1 en 2, en art. 11 statuten Stichting Reprerecht). Ook de NOS is ingericht volgens het commissarissenmodel. Haar Raad van toezicht bestaat in meerderheid uit door de omroepverenigingen

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

en andere zendtijd verkregen hebbende organisaties (educatieve omroepinstellingen en kerken) benoemde personen, terwijl daarentegen het lidmaatschap van de Raad van bestuur en het lidmaatschap van, of een dienstbetrekking bij een instelling die zendtijd heeft verkregen, onverenigbaar zijn (zie art. 12 en 5.4 statuten NOS).

3 Een adviesraad samengesteld uit representanten van gebruikers(organisaties).

De Stichting tot bevordering van de uitvoer (SBU) heeft een Raad van Advies die bij voorkeur bestaat uit representanten uit het Nederlandse bedrijfsleven (zie art. 10 statuten SBU). Vergelijk ook de Stichting Fonds Beeldende Kunsten, Vormgeving en Bouwkunst (BKVB), die een Fondsraad kent bestaande – afgezien van de onafhankelijke voorzitter – uit door het bestuur op voordracht van beroepsverenigingen van beeldende kunstenaars, van vormgevers en van architecten benoemde leden. Een beroepsvereniging kan een voordrachtsrecht verkrijgen wanneer zij landelijk opereert en over een representatief aantal leden beschikt (zie art. 9 statuten BKVB). De Programmaraad van de Nederlandse Programma Stichting (NPS) is, behalve de door de Minister benoemde voorzitter, samengesteld uit leden die worden benoemd door – daartoe door de Minister aangewezen – maatschappelijke en culturele organisaties (zie art. 14 statuten NPS). De Stichting International Reference Centre for Community Water Supply and Sanitation (IRC) heeft een Raad van Advies bestaande uit vertegenwoordigers van organisaties in binnen- en buitenland en individuele personen die bemoeienis hebben met of betrokken zijn bij de onderwerpen die tot het werkterrein van de stichting behoren (zie art. 11, eerste lid, statuten IRC). Bijzonder is dat overheidsorganisaties, namelijk gemeenten en waterschappen, bij de Stichting Buisleidingstraat zuid-west Nederland (SBzwN) als belanghebbenden de samenstelling van de Raad van Advies bepalen. De gezamenlijke besturen van de gemeenten hebben het recht tot bindende voordracht voor de ene helft van de leden van de Raad van advies en de gezamenlijke besturen van de waterschappen komt eenzelfde recht toe voor de andere helft (zie art. 6 statuten SBzwN).

In de eerste twee gevallen is de inbreng van de gebruikers niet beperkt tot advisering. Een door gebruikers voorgedragen of benoemd persoon heeft als bestuurlid of lid van de raad van toezicht beslissingsbevoegdheid. Hij oefent deze functie uit als belangbehartiger, hetgeen overigens begrenst wordt door het belang van de stichting. De derde constructie laat zich nog het best vergelijken met de cliëntenraad van de WMCZ: het gaat om een apart orgaan, samengesteld uit representanten van de gebruikers(organisaties), met adviserende bevoegdheden.

Een constructie die daarnaast nog voorkomt, is dat gebruikers(organisaties) het recht hebben tot voordracht of benoeming van bestuursleden of leden van de raad van toezicht, waarbij de aldus (voorgedragen en) benoemde leden echter op persoonlijke

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

titel (als deskundigen) zitting hebben in de betreffende organen.⁸⁰ Deze constructie kan niet worden aangemerkt als een voorbeeld van gebruikersbelangenbehartiging: het bestuurslid of lid van de raad van toezicht is wel voorgedragen of benoemd door de gebruikers(organisatie) maar oefent zijn functie niet uit als representant daarvan.

5.8 Aansprakelijkheid

Externe verzelfstandiging betekent geen vermindering van de overheidsaansprakelijkheid maar een interne verschuiving ervan: een deel van de aansprakelijkheid verschuift van de Staat naar de door de overheid opgerichte zelfstandige bestuursrechtspersonen, om het even of de vormgeving daarvan publiek- of privaatrechtelijk is.

Dit niettegenstaande de in de literatuur wel genoemde mogelijkheden om behalve of in plaats van de zelfstandige bestuursrechtspersoon de Staat aansprakelijk te kunnen stellen. Deze drie opties (die dus geen van alle steun vinden in het positieve recht) betreffen: de quasi-doorbraak van aansprakelijkheid, de doorbraak van aansprakelijkheid in het bestuursrecht op basis van artikel 8:73 Awb en de rechtstreekse doorbraak in het privaatrecht.

De eerste mogelijkheid, de quasi-doorbraak van aansprakelijkheid, is een leerstuk dat in de rechtspraak is ontwikkeld met betrekking tot kapitaalvennootschappen in concernrechtelijke verhoudingen.⁸¹ Quasi-doorbraak wordt ook wel aangeduid als indirecte of oneigenlijke doorbraak.

Het houdt – beknopt samengevat – een uitzondering in op de regel dat de rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject uitsluitend zelf aansprakelijk is voor zijn eigen schulden. Onder bijzondere omstandigheden kan er aanleiding bestaan om met een rechtspersoon verbonden andere (rechts)personen aansprakelijk te houden op grond van artikel 6:162 BW voor schulden van de eerstbedoelde rechtspersoon.⁸² Daarbij beperkt de jurisprudentie zich niet tot kapitaalvennootschappen: ook in de verhouding tussen een publiekrechtelijke lichaam en een stichting waarmee het een grote mate van verwevenheid heeft, heeft het leerstuk toepassing gevonden.⁸³

De quasi-doorbraak van aansprakelijkheid betekent dat een verkeerd aanwenden van de invloed van de overheid op de stichting, er onder omstandigheden toe kan leiden dat bij onrechtmatig handelen van de stichting de overheid op grond van artikel 6:162 BW ook zelf voor de schulden van de stichting aansprakelijk is. Het betreft dan

80 Zie bijv. de SEV: art. 4, tweede lid, bepaalt dat de bestuursleden – die door de Minister op aanbeveling van het bestuur worden benoemd (sub c) – afkomstig dienen te zijn uit de diverse maatschappelijke geledingen die betrokken zijn bij woningbouw en volkshuisvesting, zowel aan vraag- als aanbodzijde (sub b), maar zitting hebben op persoonlijke titel (sub d).

81 Ackermans-Wijn (1992), p. 189; De Kluiver (1998), p. 92.

82 Asser, Maeijer 2-III (1994), p. 888 (nr. 622).

83 HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (Keulen BV/BLG).

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

een eigen aansprakelijkheid van de overheid en niet een aansprakelijkheid die 'doorbreekt' naar de overheid (vandaar 'quasi'- of 'oneigenlijke' doorbraak).⁸⁴

Het enkele feit van beheersing of zeggenschap impliceert nog niet de aansprakelijkheid van de moederrechtspersoon. Er zal sprake moeten zijn van een additioneel onrechtmatig handelen of nalaten.⁸⁵ Gelet op de rechtspraak kan gedacht worden aan het door de moeder in stand houden van een dochter die zich als een bodemloze put ontpopt, het wekken van een onjuiste schijn van kredietwaardigheid van de dochtervennootschap en het doen van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen.⁸⁶ Door de sterke zeggenschap van de moederrechtspersoon over de dochterrechtspersoon, wist of behoorde de moeder te weten c.q. te voorzien dat de schuldeisers door dergelijke handelingen in hun verhaalsmogelijkheden op de dochter zouden worden benadeeld.⁸⁷

Niet elke vorm van overheidsinvloed is daarbij sterk genoeg om de eventuele aansprakelijkheid van de moeder, in casu de Staat, op te kunnen baseren. De bevoegdheid tot benoeming van de bestuurders, controle van de jaarrekening of goedkeuring van beleidsplannen is in dat opzicht onvoldoende.⁸⁸ Vereist is dat de minister zijn wil oplegt of kan opleggen aan de stichting. Aan die eis is voldaan wanneer de minister beschikt over een concrete instructiebevoegdheid jegens de stichting (of daaraan gelijkstaande bevoegdheid⁸⁹).⁹⁰ Wanneer een dergelijke bevoegdheid echter ontbreekt, en dat behoort bij externe verzelfstandiging per definitie het geval te zijn, zal aansprakelijkheid van de Staat niet snel voor de hand liggen.⁹¹ De quasi-doorbraak van aansprakelijkheid van de rechtspersoon zal bij overheidsstichtingen dus niet snel tot aansprakelijkheid van de Staat leiden.

De tweede mogelijkheid betreft de opening die artikel 8:73, eerste lid, Awb volgens De Kluiver zou bieden voor echte doorbraak bij schadevergoeding in het bestuursrecht. Dit artikellid maakt de bestuursrechter bevoegd om bij gegrondverklaring van het beroep onder omstandigheden tot schadevergoeding te veroordelen. De exacte

84 Ackermans-Wijn (1992), p. 184.

85 De Kluiver (1998), p. 94; Van Rossum (1997), p. 97.

86 Zie voor een uitgebreid overzicht: Asser, Maeijer 2-III (1994), nrs. 622-625; een beknopter overzicht is te vinden bij: Ackermans-Wijn (1992), p. 189; Van Rossum (1997), p. 97, en De Kluiver (1998), p. 92-95.

87 Dit is een wezenlijk element van wat Maeijer in zijn noot onder het Osby-arrest (HR 25 september 1981, NJ 1982, 443) de Erbaleer noemt.

88 Van Rossum (1997), p. 97; vgl. ook Ackermans-Wijn (1992), p. 185 en 186-187.

89 Ackermans-Wijn (1992) noemt bijv. nog de constructie dat de minister een waarnemer in het bestuur benoemt, de vergaderingen van het bestuur bij kan wonen, en de bevoegdheid heeft besluiten van het bestuur te schorsen en ter goedkeuring aan de minister voor te leggen (p. 187).

90 De instructie mag het bestuur van de rechtspersoon dan geen beleidsvrijheid laten. Zie Ackermans-Wijn (1992), p. 186-187; Van Rossum (1997), p. 97.

91 Maeijer (1997), p. 21; De Kluiver (1998), p. 94.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

tekst luidt: 'Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt'. De rechtbank dient dus de rechtspersoon aan te wijzen die zij veroordeelt tot de schade. Niet een bestuursorgaan als publiekrechtelijk rechtssubject kan schadevergoeding betalen; dat dient een in vermogensrechtelijke zin zelfstandig rechtssubject te zijn, dat wil zeggen een (natuurlijke of) rechtspersoon.

Volgens De Kluiver laat de gekozen formulering de rechter een grote mate van vrijheid om te bepalen welke rechtspersoon dat dan zou moeten zijn, nu hier volgens hem verder in het proces van wetgeving nauwelijks iets specifiek over is gezegd. Het behoeft volgens hem dan ook niet noodzakelijk de rechtspersoon te zijn waartoe het bestuursorgaan behoort: 'De rechtspersoonlijkheid doet immers niet er aan af dat het handelen in hoedanigheid van "bestuursorgaan" in de zin van artikel 1:1 Awb, voortstaat. Bij het bepalen van de rechtspersoon die de schadevergoeding voor zijn rekening dient te nemen, kan de rechter zich dan laten leiden door zijn wetenschap omtrent de werkelijke verhoudingen tussen het bestuursorgaan/rechtspersoon en het achterliggende overheidslichaam, en de invloed die dit kan uitoefenen, alsmede het gerechtvaardigd vertrouwen van de justitiabele daaromtrent. Ten slotte ligt het voor de hand rekening te houden met de solvabiliteit van de betrokken rechtspersonen.'⁹²

Steun voor zijn interpretatie van de rechterlijke keuzevrijheid vindt De Kluiver bij Van der Putten, die het niet ondenkbaar acht dat de rechter in een concreet geval een andere rechtspersoon dan die waartoe het bestuursorgaan behoort tot schadevergoeding veroordeelt. Van der Putten baseert zich daarbij op het verschil tussen de formulering 'door de rechter aangewezen rechtspersoon' (8:73) en 'de desbetreffende rechtspersoon' (8:41, derde lid). Hij geeft aan dat uit de memorie van toelichting blijkt dat met de laatste formulering slechts de rechtspersoon bedoeld is waartoe het bestuursorgaan behoort.⁹³

Wanneer in artikel 8:73, eerste lid, Awb inderdaad een keuzevrijheid voor de rechter besloten zou liggen om de rechtspersoon te bepalen die tot schadevergoeding veroordeeld wordt, zou dit de basis bieden voor een belangrijke doorbraak van aansprakelijkheid van overheidsstichtingen naar de Staat, namelijk voorzover overheidsstichtingen met openbaar gezag bekleed zijn en derhalve als bestuursorgaan kunnen worden aangemerkt. Maar de parlementaire behandeling rechtvaardigt een dergelijke interpretatie niet.

Inderdaad kan uit de memorie van toelichting worden afgeleid dat in artikel 8:41 (8.2.6.8) met de formulering 'de desbetreffende rechtspersoon' bedoeld wordt 'de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort'.⁹⁴ In de nota naar aanleiding van het eindverslag wordt echter dezelfde uitleg gegeven bij de tekst van de artikelen

92 De Kluiver (1998), p. 88-89.

93 Van der Putten (1995), p. 53.

94 PG Awb II, p. 429.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

8.2.6.7 en 8.3.2 (8:73 en 8:82), terwijl daar voor de andere formulering is gekozen (8:73; lid 1: ‘de aangewezen rechtspersoon’) of voor beide formuleringen in één artikel (8:82; lid drie: ‘de desbetreffende rechtspersoon’, lid vier: ‘de aangewezen rechtspersoon’). Dit toont aan dat met het verschil in formulering geen verschil in betekenis is beoogd, maar dat beide formuleringen doelen op de rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt.⁹⁵

Artikel 8:73 opent dan ook niet de mogelijkheid voor een publiekrechtelijke doorbraak van aansprakelijkheid naar andere rechtspersonen dan die waartoe het bestuursorgaan (dat het onrechtmatige besluit nam) behoort. Dat is zeker het geval nu de (Awb-)wetgever heeft aangegeven met artikel 8:73 geen wijziging te beoogen van het geldende, materiële schadevergoedingsrecht.⁹⁶

De derde mogelijkheid betreft de echte doorbraak van aansprakelijkheid in het privaatrecht. Ook deze mogelijkheid biedt weinig perspectief. In de Nederlandse rechtspraak (van de civiele rechter, de mogelijkheid dat de bestuursrechter tot schadevergoeding kan veroordelen bestaat nog niet lang) wordt rechtstreekse doorbraak van aansprakelijkheid niet of nauwelijks aanvaard.⁹⁷ De ten aanzien van concernverhoudingen gevormde jurisprudentie maakt duidelijk dat een nauwe verwevenheid van moeder- en dochtervennootschappen op zichzelf geen rechtvaardiging vormt voor het ter zijde stellen van de rechtspersoonlijkheid van de dochter.⁹⁸ Vereenzelviging van de ene met de andere (achterliggende) rechtspersoon in aansprakelijkheidskwesaties vindt dus geen steun in het positieve recht. Ook aangaande gemeenten die medebewindstaken uitvoeren, neemt de Hoge Raad niet aan dat een dergelijke gemeente handelt als orgaan van de Staat, maar houdt zij daarentegen de gemeente als rechtspersoon zelf aansprakelijk bij onrechtmatige daad.⁹⁹

95 Het stukje uit de nota n.a.v. het eindverslag waar het omgaat, luidt als volgt (PG Awb II, p. 478 / TK 1992/93, 22 495, nr. 10, p. 44):

‘*Artikelen 8.2.6.7 en 8.3.2* De rechtspersoon waarvan het bestuursorgaan deel uitmaakt, is de drager van de privaatrechtelijke rechten en verplichtingen. Het bestuursorgaan is dat niet; het heeft uitsluitend publiekrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen. Voorzover derhalve rechtstreeks financiële gevolgen uit een uitspraak van de rechter voortvloeien, moet een voorziening worden getroffen om te kunnen vaststellen op welke rechtspersoon de verplichting rust aan de uit de rechtspraak voortvloeiende vermogensrechtelijke verplichtingen te voldoen. Anders dan de leden van de CDA-fractie veronderstellen, worden de begrippen “bestuursorgaan” en “rechtspersoon” derhalve niet door elkaar gebruikt, maar komt de rechtspersoon daar naar voren waar vermogensrechtelijke consequenties voor het bestuur aan de orde zijn.’

96 PG Awb II, p. 474.

97 Asser, *Maeijer 2-III* (1994), nr. 621.

98 Zie De Kluiver (1998), p. 97 en de daar genoemde jurisprudentie.

99 HR 16 juni 1950, NJ 1950, 653 en HR 28 november 1952, NJ 1953, 800.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Gelet op deze jurisprudentie, waarin de rechter (Hoge Raad) zeer terughoudend is in het ter zijde stellen van de rechtspersoonlijkheid en tot nu toe alleen de mogelijkheid van indirecte doorbraak aanvaardt,¹⁰⁰ zou aanvaarding van directe doorbraak door de bestuursrechter (zie mogelijkheid twee) de zaak behoorlijk op zijn kop zetten.

De overheid kan door externe verzelfstandiging haar aansprakelijkheid als zodanig dus niet ontlopen. Wel kan de rechtspersoon Staat door externe verzelfstandiging de omvang van het bedrag waarop zij kan worden aangesproken, verminderen. Deze reikt bij verzelfstandigde rechtspersonen niet verder dan hun vermogen groot is, terwijl de solvabiliteit van de Staat onbegrensd is.

5.9 Conclusie: het toepasselijke recht bij overheidsstichtingen vergeleken met dat bij publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties

Concluderend kan over het toepasselijke recht op overheidsstichtingen in vergelijking met publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties, het volgende worden vastgesteld.

Overheidsstichtingen vallen alleen onder de Awb, indien en voorzover ze zijn bekleed met openbaar gezag. Bij het ontbreken van openbaar gezag kan een overheidsstichting niet worden gekwalificeerd als bestuursorgaan zodat deze verstoken blijft van toepasselijkheid van de Awb, en van de regelgeving die voor de reikwijdte van haar werkingssfeer het bestuursorgaanbegrip van de Awb volgt. Publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties zijn daarentegen steeds en volledig bestuursorgaan (dus ongeacht het feit of ze bekleed zijn met openbaar gezag of niet) en daarmee steeds en volledig aan de Awb-normering gebonden.

De vaststelling dat er sprake is van een (rechts)handeling in het kader van openbaar gezag is bovendien niet onproblematisch, hetgeen een extra verschil met publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties oplevert waarvoor het openbaar gezagscriterium niet geldt. Allereerst laat de publieke taak-jurisprudentie namelijk zien dat niet altijd duidelijk is of een overheidsstichting is bekleed met openbaar gezag. Indien openbaar gezag deel uitmaakt van het takenpakket van de overheidsstichting, dient zich in de tweede plaats als afbakeningsprobleem aan dat niet altijd zonder meer duidelijk is welke handelingen tot het openbaar gezagsdeel gerekend dienen te worden en welke tot de uitvoering van de overige taken.

Een overheidsstichting is dus niet als zodanig automatisch aan de normering van de Awb, in het bijzonder de daarin gecodificeerde abbb, gebonden. Ook het interne klachtrecht waarin de Awb voorziet, is daarmee niet zonder meer op overheidsstichtingen van toepassing. Datzelfde geldt voor de WNo, een regeling van externe klacht-

100 De Hoge Raad heeft de mogelijkheid van een rechtstreekse doorbraak, op welke manier ook gemotiveerd, tot dusverre nog nooit aanvaard. Zie Asser, *Maeijer 2-III* (1994), nr. 621.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

recht die voor haar reikwijdte het bestuursorgaanbegrip van de Awb tot uitgangspunt heeft genomen. Om dezelfde reden is ook de Archiefwet niet zonder meer op overheidsstichtingen van toepassing.

Weliswaar neemt de Wob, die binnenkort zal worden geïncorporeerd in de Awb, voor zijn reikwijdte ook het bestuursorgaanbegrip van de Awb tot uitgangspunt, maar toegevoegd is in die regeling een bepaling die instellingen, diensten of bedrijven onder overwegende overheidsinvloed ook onder de werkingssfeer brengt. Die bepaling betekent momenteel alleen een uitbreiding van de werkingssfeer van de regeling voor wat betreft de 'informatie op verzoek' (passieve openbaarheid). Na integratie in de Awb geldt de uitbreiding van de werkingssfeer echter voor de gehele openbaarheidsregeling. Dit betekent dat er qua openbaarheidsverplichting (actief en passief) geen normeringsverschil meer zal zijn tussen overheidsstichtingen en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties. Er is echter wel een verschil op het punt van de bevoegdheid tot informatieverstrekking, dat naar het zich nu laat aanzien ook na integratie van de Wob in de Awb zal blijven bestaan. Alleen bestuursorganen zijn bevoegd te beslissen op een verzoek om informatie of informatie uit eigen beweging te verschaffen. Dit betekent dat publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties steeds en overheidsstichtingen slechts voorzover zij bekleed zijn met openbaar gezag, informatie kunnen verstrekken. Onder de Wob kunnen overheidsstichtingen dus niet zonder meer zelf beslissen op een tot hen gericht verzoek om informatie, en zij zullen – aangenomen dat het voorontwerp vierde tranche Awb kracht van wet krijgt – in de toekomst evenmin zonder meer bevoegd zijn om uit eigen beweging informatie te verschaffen.

De grondrechten en de (ongeschreven) abbb zijn in beginsel bedoeld ter normering van de gehele overheid. Niet zeker is echter of de rechter privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties, waaronder overheidsstichtingen, aan deze waarborgen van publiekrecht gebonden acht. Met name als het gaat om de abbb is nog nauwelijks jurisprudentie voorhanden. Waar de gelding van grondrechten en abbb voor publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties zeker is, is dat derhalve voor hun privaatrechtelijke varianten nog niet het geval.

Andersom kan op overheidsstichtingen ook recht van toepassing zijn dat niet geldt voor publiekrechtelijke varianten. Te denken valt allereerst aan de bepalingen van titel 9 van boek 2 BW omtrent de openbaarheid van jaarrekening en jaarverslag. Daarnaast zij gewezen op de – juridische doorwerking jegens de rechtspersoon zelf en jegens derden van de – openbaarmaking van wijzigingen in de personen van de bestuurders, wijzigingen in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de stichting en statutenwijzigingen (zie art. 2:6 BW jo. 2:289 en 2:293 BW). Het ontbreekt aan een algemene regeling die de openbaarmaking van dergelijke gegevens bij publiekrechtelijke bestuursrechtspersonen verplicht stelt, ten minste wanneer deze gegevens niet in een wettelijke regeling maar in het bestuursreglement zijn opgenomen. Voorzover het wel om openbare, want in een wettelijke regeling opgenomen, gegevens gaat, ontbreekt

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

het voorts aan een regeling betreffende de juridische doorwerking daarvan jegens derden en jegens de rechtspersoon zelf.

Wat betreft de zeggenschap van gebruikers of cliënten en de aansprakelijkheid doen zich geen verschillen voor tussen publiek- en privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties. In het eerste geval ontbreekt het aan een algemene regeling. In het tweede geval zijn zowel bij publiek- als privaatrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen de rechtspersonen zelf jegens burgers aansprakelijk voor hun handelingen en niet (mede of in plaats van deze rechtspersonen) de Staat.

5.10 Bespreking geconstateerde verschillen in toepasselijk recht

5.10.1 *Uitgangspunt: privaatrechtelijke vormgeving mag niet leiden tot minder publiekrechtelijke waarborgen*

Reeds in Hoofdstuk 1 is het uitgangspunt voor de normering van de overheidsstichting aangeroerd en geformuleerd dat privaatrechtelijke vormgeving niet mag leiden tot minder waarborgen voor de burger in de sfeer van diens rechtsbescherming tegen de overheid. Dit gegeven het feit dat publiekrechtelijke vormgeving van het openbaar bestuur regel dient te zijn en gegeven de waarborgen waarover de burger bij publiekrechtelijke vormgeving, dus normaliter, zou beschikken. Dat voor de overheid ook de privaatrechtelijke organisatievorm kan worden gekozen, mag voor de rechtspositie van de burger geen nadeel betekenen.

Dat aan de keuze voor het privaatrecht op zichzelf een aantal van het publiekrecht afwijkende rechtsgevolgen eigen zijn, is niet verwonderlijk. Het is inherent aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en dus aan de keuze voor het privaatrecht. Met die constatering kan hier echter niet worden volstaan. Het kan niet de bedoeling zijn dat de overheid via privaatrechtelijke vormgeving de waarborgen van publiekrecht kan ontlopen.

Men zou dit uitgangspunt als organisatierechtelijke tweewegenleer c.q. doorkruisingsleer kunnen betitelen, daargelaten de vraag of er wel sprake is van een duidelijke publiekrechtelijke regeling die door het gebruik van de privaatrechtelijke organisatievorm wordt doorkruist.¹⁰¹ Gelet op dit uitgangspunt dient te worden voorzien in een regeling die de publiekrechtelijke waarborgen die aan publiekrechtelijke vormgeving wél, maar aan privaatrechtelijke vormgeving niet automatisch verbonden zijn, ook voor de overheidsstichting realiseert.

In Duitsland vormt de gedachte dat het gebruik van privaatrecht niet mag leiden tot het ontgaan van normen van publiekrecht een belangrijk uitgangspunt. In paragraaf 1.5.2 van Hoofdstuk 1 is daar reeds op gewezen. Het uitgangspunt betreft niet alleen het gebruik van privaatrechtelijke handelingsvormen maar ook dat van privaatrechtelijke organisatievor-

101 Vgl. Ackermans-Wijn (1998), p. 1-18.

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

men. 'Die öffentliche Hand kann sich (...) durch eine organisatorische Flucht in das Privatrecht nicht der verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Bindungen und Schranken entziehen. Die Normen des Privatrechts werden durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert.'¹⁰² Het uitgangspunt wordt in Duitsland aangeduid als de leer van het *Verwaltungsprivatrecht*.

Zoals vermeld betreft dit gesignaleerde normeringsverschil enerzijds de Awb, de daarin opgenomen interne klachtregeling en de via het bestuursorgaanbegrip van de Awb aan de Awb gerelateerde regelgeving (WNo en Archiefwet, ten dele de WOB), en anderzijds de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Dat het privaatrecht ook enige extra normering oplevert vergeleken met publiekrechtelijke vormgeving is een element dat een rol kan spelen in de vormgevingskeuze, maar deze extra privaatrechtelijke normering vormt op zichzelf geen legitieme reden om de ontbrekende publiekrechtelijke normering (dan maar) door de vingers te zien. Deze niet-publiekrechtelijke normering wordt hier verder dan ook niet besproken, net als de niet-publiekrechtelijke normering die voor publiek- en privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties gelijkelijk (niet) geldt. Concluderend: Voorzover het argument tegen privaatrechtelijke vormgeving opgaat, dat bij privaatrechtelijke vormgeving minder publiekrechtelijke waarborgen automatisch gelden, dienen de randvoorwaarden er zo uit te zien dat deze het gesignaleerde normeringstekort ondervangen. In paragraaf 5.10.2 wordt daarvoor, als voorschot op Hoofdstuk 7, alvast een voorstel gedaan.

5.10.2 Voorstel: uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip van de Awb met overheidsstichtingen

Gesignaleerd is een publiekrechtelijk normeringstekort voor overheidsstichtingen, in vergelijking met publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties. Een centrale rol in de oorzaken van dat tekort wordt gespeeld door 'het bekleed zijn met openbaar gezag' als bestuursorgaan-criterium voor de overheidsstichting. Geconstateerd is dat dit criterium als zodanig niet alleen minder waarborgen oplevert voor overheidsstichtingen in vergelijking met publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties, maar ook dat de kwalificatie van openbaar gezag (zie publieke taak-jurisprudentie) en de reikwijdte van het openbaar gezag, niet altijd gemakkelijk en helder zijn vast te stellen.

Bij het openbaar gezag-criterium ter kwalificatie van een overheidsstichting als bestuursorgaan, kunnen vraagtekens gezet worden. Bij een overheidsstichting gaat het

102 Wolff, Bachof, Stober (1987), p. 442. Dit is de heersende leer. Vgl. bijv. ook Püttner (1985), p. 83-84; Maurer (1997), p. 40-41; Stober (1986), p. 329; Von Danwitz (1995), p. 603. Zie ook BGHZ 91, 84 (96): niet alleen voor handelings-, maar ook voor organisatievormen; BGHZ 52, 325 ff.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

om privaatrechtelijk vormgegeven overheid. Dat wil zeggen dat een overheidsstichting als zodanig, dat wil zeggen ongeacht de taken die zij verricht, en dus voor het geheel, overheid is. Wat dat betreft is er geen verschil met publiekrechtelijk vormgegeven organisaties. Dat een overheidsstichting slechts bestuursorgaan kan zijn voorzover zij openbaar gezag verricht, doet aan dit gegeven geen recht en leidt tot een niet goed te verklaren verschil met publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganisaties. Dit afgezien van de problemen die op zichzelf reeds aan het openbaar gezagscriterium verbonden zijn (kwalificatie en reikwijdte), welke het problematische karakter van het criterium en het problematische verschil met publiekrechtelijke organisaties nog onderstrepen en vergroten.

Uit een oogpunt van consequente regelgeving zou het daarom meer voor de hand liggen om het begrip bestuursorgaan te wijzigen, en wel zo dat elke zelfstandige bestuursorganisatie, hoe ook vormgegeven, voor het gehele handelen als bestuursorgaan wordt aangemerkt. In de literatuur is dit vaker bepleit.¹⁰³

Artikel 1:1, eerste lid Awb zou dan zoals hieronder vermeld moeten gaan luiden, waarbij zij opgemerkt dat de definitie van bestuursorgaan alleen is uitgebreid met de categorie van de overheidsstichtingen.

1. Onder bestuursorgaan wordt verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld;
- b. een orgaan van een stichting, als van die stichting de bestuursleden, onderscheidenlijk de leden van de Raad van Toezicht, in meerderheid door een onder a genoemd orgaan worden benoemd, of
- c. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Als nadeel van deze oplossing (uitbreiding van het bestuursorgaan-begrip) zou kunnen worden beschouwd, dat de uitbreiding suggereert dat het bestuursorgaanbegrip van de Awb een principieel begrip is dat de gehele overheid zou dienen te coveren, terwijl het bestuursorgaan wellicht veeleer moet worden opgevat als een juridisch-technisch begrip, dat vanuit het perspectief van de rechtsbescherming is geformuleerd.

103 Ten Berge (1991), p. 122; Bense, Zijlstra (1994), p. 266, die in verband met de conclusie dat onder overwegende overheidsinvloed staande privaatrechtelijke organisaties geen bestuursorgaan zijn, opmerken: 'Wij achten deze beperking niet aanvaardbaar. Een privaatrechtelijke organisatie die niet met openbaar gezag is bekleed, maar die wel door de overheid wordt beheerst, dient tot de overheid te worden gerekend. (...) Niet voor niets werd deze figuur in de memorie van toelichting aanvankelijk zonder terughoudendheid tot het begrip bestuursorgaan gerekend.' Zie ook Vermeulen, Zoontjes (2000), die ten aanzien van stichtingen die een openbare school instandhouden (een specifieke categorie overheidsstichtingen) van mening zijn dat zeker gesteld dient te worden dat (de organen van) deze stichtingen a-organen betreffen (dat wil zeggen bestuursorganen in de zin van art. 1, eerste lid, sub a, Awb).

NORMERING VERHOUDING OVERHEIDSSTICHTING - BURGER

Alhoewel deze opmerking, gelet op het feit dat ook met openbaar gezag beklede *particuliere* organisaties onder het bestuursorgaanbegrip zijn gebracht, voor juist kan worden gehouden, blijft het vanuit dat perspectief dan onverklaarbaar waarom publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen zonder openbaar gezag wél en privaatrechtelijke varianten niet onder de Awb vallen.

Een verklaring die zich in dat verband beroept op het perspectief van de publiekrechtelijke normering van bestuursorganen, naast dat van de rechtsbescherming, kan wat dat betreft niet baten. Weliswaar kenmerkt de Awb zich door beide perspectieven, maar dan is het ook van tweeën één: gelet op het aspect van de normering wordt óf het begrip bestuursorgaan uitgebreid, zodat de Awb-normering ook op overheidsstichtingen van toepassing is, óf het aspect van de normering wordt uit de Awb gehaald en in een andere *Verwaltungsverfahrensgesetz*-achtige wet¹⁰⁴ ondergebracht die principieel wel op de gehele overheid van toepassing is.¹⁰⁵ In een dergelijke wet zou dan tevens de toepasselijkheid van grondrechten en abbb geregeld en veiliggesteld kunnen worden. Deze laatste oplossingsvariant zou dan logischerwijze een verenging van het begrip bestuursorgaan in de Awb met zich mee brengen: de Awb zou dan alleen van toepassing behoeven te zijn op met openbaar gezag beklede publiek- en privaatrechtelijke organisaties.

Uitbreiding van het bestuursorgaan-begrip lijkt echter vooralsnog een eenvoudiger oplossing. Als overheidsstichtingen steeds en volledig als bestuursorganen worden aangemerkt, zal de rechter bovendien genegen zijn overheidsstichtingen gebonden te achten aan de ontbrekende, niet aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb gerelateerde, waarborgen van publiekrecht, te weten de grondrechten en de abbb.

5.11 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht wat het op overheidsstichtingen toepasselijke recht is en wat in dat opzicht de verschillen zijn met publiekrechtelijke zelfstandige bestuursrechtspersonen. Daarbij stond centraal het recht dat de verhouding tussen overheidsstichting en burger normeert.

Gebleden is dat op overheidsstichtingen als zodanig de Awb (inclusief het interne klachtrecht) en de aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb gerelateerde regelgeving (WNo, Archiefwet) niet van toepassing zijn. Genoemde regelgeving is slechts van toepassing voorzover een overheidsstichting is bekleed met openbaar gezag, maar dus niet op overheidsstichtingen als zodanig, dat wil zeggen op overheidsstichtingen als (privaatrechtelijk vormgegeven) overheid. Dit in tegenstelling tot hetgeen bij publiek-

104 In Duitsland is de rechtsbescherming (*Verwaltungsprozeßrecht*) en de normering van het handelen van het overheidsbestuur (*Verwaltungsverfahren*) zowel op het niveau van de bond als op dat van de deelstaten in afzonderlijke wetten geregeld.

105 Behalve op de gehele overheid zou deze wet overigens ook van toepassing dienen te zijn op particuliere organisaties voorzover deze door de Awb als bestuursorgaan worden aangemerkt.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

rechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties het geval is. Bovendien kleven aan het openbaar gezagscriterium nadelen in de sfeer van de kwalificatie (publieke taak-jurisprudentie) en reikwijdte (welke handelingen behoren tot de openbaar gezagstaak) die zich bij publiekrechtelijke vormgeving niet voordoen. Bovendien zijn overheidsstichtingen niet op dezelfde wijze als publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties gebonden aan de Wob. Gebleken is ten slotte dat de toetsing door de rechter van het handelen van overheidsstichtingen aan grondrechten en abbb onzeker is.

Dit publiekrechtelijke normeringstekort dient te worden weggenomen. Het mag niet zo zijn dat privaatrechtelijke vormgeving leidt tot minder waarborgen voor de burger en dat de overheid via privaatrechtelijke vormgeving de waarborgen van publiekrecht kan ontlopen. Dat de privaatrechtelijke vormgeving ook een stukje extra (privaatrechtelijke) normering oplevert, is een factor die van belang is bij de keuze tussen publiek- danwel privaatrechtelijke vormgeving, maar kan – als eenmaal is gekozen voor privaatrechtelijke vormgeving – niet dienen als compensatie voor het tekort aan publiekrechtelijke waarborgen. Gezocht zal derhalve moeten worden naar een manier om dit tekort op te heffen.

Alhoewel daarop in het laatste hoofdstuk wordt teruggekomen, is in dit hoofdstuk reeds een oplossing aangedragen die recht doet aan het feit dat een overheidsstichting als zodanig overheidsorganisatie is, onafhankelijk van de taken die zij verricht. Deze oplossing houdt in dat het bestuursorgaan-begrip van artikel 1, eerste lid, Awb wordt uitgebreid met de categorie overheidsstichtingen, op zo'n wijze dat overheidsstichtingen steeds en volledig als bestuursorgaan worden aangemerkt. Aanvaarding van deze oplossing brengt mee dat het geconstateerde normeringstekort niet langer bestaat: de Awb (en de daaraan gerelateerde regelgeving) zou van toepassing zijn en de rechter zou vanwege het feit dat de Awb ze als bestuursorgaan aanmerkt, overheidsstichtingen gebonden achten aan de grondrechten en de abbb.

HOOFDSTUK 6

Normering verhouding minister - overheidsstichting vanuit het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid

6.1 Inleiding

Toezicht is te omschrijven als ‘het verzamelen van informatie over de vraag of een behandeling of zaak voldoet aan de daaraan gestelde eisen, het zich daarna vormen van een oordeel daarover en het eventueel naar aanleiding daarvan interveniëren’.¹ Uit de definitie volgt dat toezicht zowel het recht op informatie omvat als bevoegdheden tot sturing.²

Er zijn diverse dimensies van toezicht te onderscheiden. Het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid vraagt eveneens om controle en toezicht. In het navolgende zal worden nagegaan welk ministeriële bevoegdheden wenselijk zijn. In tegenstelling tot het voorgaande hoofdstuk doet er zich wat deze bevoegdheden betreft tussen overheidsstichtingen en publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties geen verschil voor qua uitgangspositie. Voor beide ontbreekt het namelijk (vooralsnog) wat betreft de in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid wenselijk te achten ministeriële bevoegdheden aan een algemene regeling, zodat ze voor elke (publiek- of privaatrechtelijke) zelfstandige bestuursorganisatie afzonderlijk moeten worden geregeld.

Nagegaan wordt welke ministeriële bevoegdheden jegens overheidsstichtingen ten minste wenselijk zijn. Daarbij is er soms reden voor enige differentiatie, gegeven het in paragraaf 3.3.4 weergegeven drietal zbo-typen dat onderscheiden wordt. Uitgaande van de volgorde ‘onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid’ (type II), ‘participatie’ (type III) en ‘massale, geprogrammeerde uitvoering’ (type I), geldt in z’n algemeenheid als principe dat de behoefte aan toezicht toeneemt (en de afstand tot de minister derhalve kleiner dient te zijn).

Bij de ontwikkeling van de wenselijke ministeriële bevoegdheden is diverse malen gekeken hoe bepaalde bevoegdheden bij bestaande overheidsstichtingen geregeld zijn.

1 Cie Holtslag, *De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund* (1998), p. 16, dat aansluit bij de definitie van de Algemene Rekenkamer (Toezicht op uitvoering publieke taken, TK 1997/98, 25 956, nrs. 1-2, p. 8).

2 Vgl. ook Algemene Rekenkamer, *Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid*, TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 7.

6.2 Motieven voor toezicht in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid

Het begrip ministeriële verantwoordelijkheid houdt in dat de minister jegens het parlement een verantwoordingsplicht heeft voor wat betreft het gebruik van de hem toekomende bevoegdheden.³ Voor zelfstandige bestuursorganisaties als overheidsstichtingen is de minister in beperktere mate verantwoording verschuldigd dan voor de aan hem ondergeschikte diensten en ambtenaren, omdat hij ten aanzien van eerstgenoemde organisaties over minder bevoegdheden beschikt dan ten aanzien van de aan hem ondergeschikte ambtenaren en diensten van zijn ministerie die volledig onder zijn verantwoordelijkheid vallen.

Een ruimere definitie van ministeriële verantwoordelijkheid houdt er rekening mee dat de minister te allen tijde bevoegd is beleidswijzigingen te entameren en wetgeving te initiëren die verandering kunnen brengen in de constructie van taakuitvoering door een zelfstandige bestuursorganisatie.⁴ Het parlement kan de minister ook aanspreken op het al dan niet ontwikkelen van nieuw beleid en wetgeving. Zo gezien betekent taakuitvoering door zelfstandige bestuursorganisaties ten opzichte van de uitvoering door aan de minister ondergeschikte diensten en ambtenaren, slechts een verandering in de inrichting van de ministeriële verantwoordelijkheid.⁵

Deze ruime definitie van ministeriële verantwoordelijkheid blijft hier echter verder buiten beschouwing. De algemene bevoegdheid komt de minister altijd toe en is niet specifiek voor welke taakuitvoeringsconstructie dan ook. Veranderingen van of in een uitvoeringssysteem kunnen altijd wenselijk zijn, bijvoorbeeld vanwege onvrede met de bestaande omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid (in enge zin). In de

3 Vgl. Zijlstra (1997), p. 102, 105-110; Cie Holtslag, De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund, (1998), p. 18; Lubberdink (1982), p. 12-15 (m.n. 12, 13).

4 De bevoegdheid komt grondwettelijk toe aan de regering, dus aan koning en ministers (zie art. 42 lid 1 Grondwet). Over de interne verhoudingen binnen de regering spreekt de Grondwet niet. Vaststaat dat de koning ten minste het recht heeft geraadpleegd te worden, aan te moedigen en te waarschuwen. Deel uitmakend van de regering hebben de ministers echter wel degelijk de mogelijkheid een individueel beleid te voeren op het terrein van hun portefeuille, waarbij dient te worden opgemerkt dat de collectieve belevingsvormende rol van de ministerraad ten koste van het individuele ministeriële beleid aan het toenemen is. Aan deze tendens is beoogd uitdrukking te geven in art. 45 lid 3 Grondwet: 'De ministerraad beadvieslaagt en besluit over het algemeen regeringsbeleid en bevordert de eenheid van dat beleid'. Zie het commentaar op de art. 42 en 45 Grondwet in Kortmann (1987). Vergelijk ook de art. 2 t/m 7 Reglement voor de ministerraad, waaruit kan worden afgeleid dat ministers zelfstandig beleid kunnen voeren, voorzover het niet een kwestie van algemeen regeringsbeleid (art. 4 en 5) betreft. In het laatste geval moet de aangelegenheid namelijk in de ministerraad worden gebracht.

5 Vgl. Zijlstra (1997), p. 106-108; De Cie Sint (1995) huldigt in haar rapport een ruime opvatting van ministeriële verantwoordelijkheid, zie de pagina's 7-8, 13, 14, 19 en 21.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

praktijk zal echter een keuze gemaakt dienen te worden voor een bepaalde uitvoeringsconstructie, een keuze die veronderstelt dat men het daar in beginsel mee wil doen en dat men streeft naar een zo goed mogelijke inrichting ervan. Wanneer die keuze valt op uitvoering door een zelfstandige bestuursorganisatie is het zaak na te denken over een zo goed mogelijke inrichting van die constructie, onder meer wat de bevoegdheden van de minister betreft. De keuze veronderstelt dat de minister en het parlement het met die bevoegdheden in beginsel kunnen en willen doen. Het is in het belang van een goede taakbehartiging dat de mogelijkheid om terug te komen op bepaalde elementen in een gekozen taakuitvoeringsconstructie niet tot leidend beginsel gemaakt worden in de verhouding tussen parlement en minister. Iets anders is dat het wenselijk kan zijn dat de constructie zelf voorziet in de mogelijkheid tot heroverweging van (bepaalde elementen van) het gekozen systeem (evaluatiebepaling).

Om vast te stellen wat de in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid gewenste bevoegdheden tot sturing, controle en toezicht moeten zijn, is het van belang na te gaan voor welke aspecten van zelfstandige bestuursorganisaties de minister (nog) verantwoordelijkheid zou dienen te dragen. Deze vraagstelling richt zich derhalve op de ministeriële verantwoordelijkheid als norm (wat dient de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid te zijn?). De bevoegdheden nodig ter realisering van die norm bepalen wat de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid uiteindelijk is (ministeriële verantwoordelijkheid als resultaat).⁶

Het antwoord op de vraag naar de gewenste omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid is qua maximum duidelijk: de verantwoordelijkheid van de minister mag zich niet uitstrekken tot beslissingen in individuele gevallen. Dit betekent dat de bevoegdheid om aanwijzingen te geven in individuele gevallen, en daaraan gelijkstaande bevoegdheden, de minister niet mogen toekomen.

Hoe groot de ministeriële verantwoordelijkheid minimaal dient te zijn, dus welke bevoegdheden de minister ten aanzien van een zbo ten minste dient te hebben om te kunnen spreken van een adequate democratische controle, is echter minder duidelijk. In veel gevallen gaat men voorbij aan de motieven voor bepaalde bevoegdheden van de minister en wordt volstaan met de visie dat de minister al dan niet over bepaalde bevoegdheden dient te beschikken en dat het pakket bevoegdheden per type zelfstandig bestuursorgaan kan variëren. Toch kan men uit de literatuur wel een bepaald beeld vormen dat aangeeft waarom (bepaalde vormen van) controle door de minister wenselijk is. Daarmee wordt het concept van de ministeriële verantwoordelijkheid als het ware geoperationaliseerd voor zbo's (en voor zelfstandige bestuursorganisaties die, zoals aangegeven in Hoofdstuk 3, normatief met zbo's op één lijn kunnen worden gesteld).

⁶ Zie voor het onderscheid tussen de ministeriële verantwoordelijkheid als norm en als resultaat Zijlstra (1999), p. 5-6.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

De Commissie Scheltema spreekt in zijn rapport *Steekhoudend Ministerschap over functies van controle*.⁷ Met deze functies geeft de commissie aan waarom bepaalde controle van ministerszijde op zelfstandige bestuursorganen wenselijk is en dus ook waarom verantwoordelijkheid van de minister op bepaalde punten niet mag ontbreken. In plaats van functies kan dus ook gesproken worden van motieven van controle. Globaal kunnen in de literatuur de volgende controlefuncties of -motieven inzake zbo's worden aangetroffen:

1. De minister moet in staat zijn de hoofdlijnen van het beleid van het terrein waarop het zbo actief is vast te stellen. Deze verantwoordelijkheid voor de beleidshoofdlijnen impliceert dat de minister de middelen dient te hebben om een samenhangend beleid te voeren en dus de mogelijkheid om het beleid van zbo's in overeenstemming te brengen met het algemene regeringsbeleid.⁸
2. De minister dient in staat te zijn de uitvoering door een zbo in grote lijnen te kunnen sturen. Dit hangt samen met het belang van de continuïteit van de taakbehandling en dus van de organisatie, en met het feit dat de minister de omvang van de collectieve middelen die naar de zbo's vloeien dient te kunnen beheersen. Sturing van de uitvoering op hoofdlijnen impliceert dat de minister moet kunnen nagaan of het zbo de taken goed uitvoert en dat hij die taakuitvoering zondig kan (bij)sturen. Het gaat erom dat een zbo overeenkomstig de gestelde regels handelt en op een doelmatige wijze de gestelde beleidsdoelen tracht te bereiken. Daartoe behoort ook de doelmatige inzet van de beschikbare financiële middelen.⁹

6.3 Gewenste bevoegdheden in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid. Inventarisatie en indeling

Teneinde een beeld te krijgen van de bevoegdheden van de minister die in het algemeen wenselijk worden geacht en van het soort beslissingen waarop die bevoegdheden gericht dienen te zijn, worden hieronder vier publicaties op een rij gezet die daar in de loop der tijd op zijn ingegaan.

7 TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 49.

8 Zie Lubberdink (1982), p. 163 en 166-167; Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 48; Algemene Rekenkamer, TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 4, 7 en 53 ('De algemene verantwoordelijkheid van de minister voor het beleidsterrein waarop zelfstandige bestuursorganen actief zijn'); Kabinetsstandpunt over het AR-rapport, TK 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 3 ('Het publieke deelbelang van een zelfstandig bestuursorgaan dient te zijn ingebed binnen de kaders van het democratisch gelegitimeerde algemeen bestuur.').

9 Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 48, 49-51; Algemene Rekenkamer, TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 4, 7, 53 ('De algemene verantwoordelijkheid van de minister voor het begrotingsgeld dat met de taakuitoefening van deze organen is gemoeid') en p. 29-30.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

Het regeringsstandpunt over functioneel bestuur benadrukt het belang van duidelijkheid over de mate waarin en de wijze waarop aan de minister bevoegdheden (preventief/repressief toezicht; algemene aanwijzingen) worden verleend om het beleid van een zbo te beïnvloeden.¹⁰ Over concrete bevoegdheden¹¹ stelt het rapport dat de beïnvloeding in ieder geval niet zo ver zou mogen gaan dat de minister de bevoegdheid heeft tot het geven van aanwijzingen in concrete gevallen. Het zbo dient jaarlijks aan de minister verslag uit te brengen over het gevoerde beleid en financieel beheer. Instrument van toezicht kan ook zijn een regelmatig plaatsvindende evaluatie van het functioneren van het zbo. De instellingswet dient te regelen op welke wijze het orgaan wordt bekostigd en op welke wijze financiële verantwoording wordt afgelegd en controle plaatsvindt. Voorzover de competentie van de Algemene Rekenkamer zich niet tot een bepaald zbo uitstrekt, dient te worden overwogen in de instellingswet te bepalen dat de Algemene Rekenkamer bevoegd zal zijn het orgaan te controleren. Indien het orgaan ten aanzien van de diensten die het verricht een monopolie-positie inneemt en het orgaan bevoegd is daarvoor tarieven vast te stellen, verdient het aanbeveling de vaststelling van deze tarieven te binden aan de goedkeuring van de minister. In de instellingsregeling dient voorts aandacht te worden besteed aan de informatierelatie tussen het zbo en de minister, waarbij algemene informatieprincipes geformuleerd worden ter waarborging van de zelfstandigheid van het orgaan. De Nationale Ombudsman dient in beginsel bevoegd te zijn het handelen van zbo's te toetsen. Overwogen dient te worden of en in welke mate aan het orgaan een (beperkte) beleidsruimte bij de uitoefening van zijn taak dient te worden gegeven en of het noodzakelijk is het orgaan, voorzover het organisatorische of zeer technische kwesties van weinig belang betreft, regelgevende bevoegdheid toe te kennen. Bestuursleden worden door de Kroon of minister benoemd.

De Commissie Sint besteedt in haar rapport *Verantwoord verzelfstandigen*¹² ook aandacht aan de noodzakelijke sturingsrelaties. In dat kader worden vele onderwerpen aangestipt.¹³ Een activiteitenplan, jaarafspraken en meerjarenafspraken zijn van belang voor de bedrijfsvoering. Met het oog op de financiële relaties zijn afspraken van belang over de beschikbare financiële middelen en de daarvoor te realiseren output. Terughoudendheid is geboden als het gaat om het verrichten van neventaken. De tariefvaststelling bij zbo's verdient aandacht, met name de beheersing van de tariefhoogte en de toe te stane marges en bandbreedtes. Gewezen wordt op het belang van

10 TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 26.

11 Zie voor de weergave van concrete bevoegdheden de pagina's 25-29 en 33-35. De weergave van het rapport is op dit punt niet beperkt tot de relatie minister-zbo, maar meegenomen is ook wat gezegd wordt over Algemene Rekenkamer en Nationale Ombudsman omdat zij misschien een rol kunnen spelen als alternatieve toezichthouders.

12 Het rapport verscheen januari 1995.

13 Zie voor de onderstaande weergave de pagina's 16-20.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

instrumenten als uitvoeringscontracten, jaarverslagen, accountantsverklaringen en voortgangsrapportages voor beleidsmatige sturing. Eventueel kan voorzien worden in een bestuurs-organisatorische voorziening als de instelling van een Raad van Toezicht. Daarnaast dient ook financiële verantwoording te worden afgelegd.

Het aantal concrete toezichtsbevoegdheden dat het rapport noemt, is beperkt. (Extern) verzelfstandigde diensten dienen niet de bevoegdheid te krijgen zelf belastingen of heffingen in te stellen of zelf leningen aan te gaan (anders dan in de vorm van een tijdelijk deficit op een rekening-courant). De minister moet de informatie kunnen opvragen die hij nodig heeft voor de beoordeling van de uitvoering van de opgedragen taken. In elk geval moet voorzien zijn in de periodieke evaluatie van de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van de verzelfstandigde eenheid. In het kader van de financiële verantwoording past een (goedkeurende) accountantsverklaring. Verder moet per geval de wenselijkheid van liquidatiebepalingen en bepalingen omtrent het al dan niet vervreemden van om niet overgedragen vermogensbestanddelen enzovoort beoordeeld worden.

In haar onderzoeksrapport over zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid heeft de Algemene Rekenkamer als uitgangspunt aangenomen dat ministers ten minste over de volgende toezichtsbevoegdheden dienen te beschikken:¹⁴

- a) de minister dient het recht te hebben de inlichtingen te verkrijgen die hij nodig heeft om verantwoording af te kunnen leggen aan de Staten-Generaal;
- b) de minister dient periodiek bepaalde verantwoordingsstukken te ontvangen (jaarverslag, prestatiegegevens, jaarrekening, accountantsverklaring, evaluatierapport);
- c) de minister dient de mogelijkheid te hebben om invloed uit te kunnen oefenen op de prestaties in relatie tot de daarmee gemoeide uitgaven (het vaststellen of goedkeuren van begroting of jaarplan en jaarrekening en van tarieven of heffingen);
- d) de minister dient de bevoegdheid te hebben om aanwijzingen te geven of nadere regels te stellen ten aanzien van de uitvoering van de publieke taak (incidentele instructiebevoegdheid, taakverwaarlozingsbepaling, bevoegdheid tot het stellen van algemene regels);
- e) er dienen specifieke voorzieningen voor toezicht te zijn in het geval dat het zelfstandig bestuursorgaan Europese regelgeving uitvoert (inlichtingenrecht, aanwijzingsbevoegdheid, financiële aansprakelijkheidsregeling).

Aanwijzing 1241, tweede lid, van de Aanwijzingen inzake zbo's bepaalt dat aan een minister danwel de Kroon in de verhouding tot een zbo voldoende bevoegdheden worden toegekend teneinde de ministeriële verantwoordelijkheid te effectueren. In het vervolg van de aanwijzing worden als aan de minister toe te kennen bevoegdheden opgesomd:

¹⁴ TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 26(-32).

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

- de bevoegdheid tot goedkeuring van tarieven en heffingen voor het verrichten van de bestuurstaak, indien deze door een zbo worden vastgesteld (lid 3);
- de bevoegdheid tot goedkeuring van het bestuursreglement en tot instemming met de begroting en de meerjarenraming (lid 4).

Afhankelijk van de aard van de taak van het zbo worden aan de minister bovendien de volgende bevoegdheden toegekend (lid 5):

- het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften inzake in de wet limitatief opgesomde onderwerpen;
- het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels ten aanzien van de uitvoering van de taak;
- de bevoegdheid tot goedkeuring, schorsing of vernietiging van daarbij aan te geven besluiten, of de bevoegdheid tot instemming met andere.

De bevoegdheid om bijzondere aanwijzingen te geven wordt nadrukkelijk niet aan de minister toegekend (lid 6). En ten slotte bepaalt het zevende lid dat de minister een wijziging van de wettelijke regeling bevordert, zodra blijkt dat een minister over ontoereikende bevoegdheden beschikt om de ministeriële verantwoordelijkheid te effectueren.

Niet in de context van aanwijzing 124l, maar wel daarbuiten in een aantal andere aanwijzingen vervat, zijn:

- het instemmingsrecht van de minister wanneer een zbo (bij uitzondering) de bevoegdheid heeft tot het vaststellen van avv's over andere dan organisatorische of technische onderwerpen (toelichting 124f);
- een taakverwaarlozingsregeling (124m);
- een bepaling in de instellingswet die regelt voor welke privaatrechtelijke rechtshandelingen de voorafgaande goedkeuring van de minister vereist is (124o);
- een in de instellingswet op te nemen bepaling die het financieel toezicht op het zbo regelt (124o);
- de verplichting tot het uitbrengen van een financieel verslag aan de minister dat vergezeld gaat van een accountantsverklaring (124p);
- de in de instellingswet op te nemen bepaling dat de minister regels kan stellen over de inrichting van de begroting, het financieel verslag en de aandachtspunten voor de accountantscontrole (124p);
- de mogelijkheid om de regeling van aanwijzing 124o en 124p buiten beschouwing te laten en titel 4.2 Awb van toepassing te verklaren bij zbo's waarvan de bekostiging niet uitsluitend door heffingen of tarieven plaatsvindt (124n);
- het eventueel stellen van regels inzake de wijze waarop klachten met betrekking tot gedragingen van een zbo worden afgehandeld (124q);
- de verplichting tot het jaarlijks uitbrengen van een verslag aan de minister, waarbij overwogen wordt om bij of krachtens instellingswet te bepalen aan welke eisen dat jaarverslag dient te voldoen (124s);

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

- het recht van de minister op de door hem gevraagde en de voor de uitoefening van zijn taak benodigde inlichtingen (124t).

Ten slotte kan toezicht plaatsvinden via benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders. Denkbaar is bovendien dat voorzien wordt in interne vormen van toezicht, bijvoorbeeld via een Raad van Toezicht. In de Aanwijzingen inzake zbo's wordt aan de inrichting van het bestuur en aan eventuele andere organen aandacht besteed in aanwijzing 124i en 124j.

Deze inventarisatie van te realiseren ministeriële controle- en toezichtsrechten maakt het mogelijk tot een indeling van bevoegdheden en beslissingen te komen, aan de hand waarvan in de rest van dit hoofdstuk aan de orde kan komen over welke bevoegdheden de minister dient te beschikken en hoe die bevoegdheden dienen te worden geregeld.

De onderwerpen waarover ten behoeve van de minister iets moet worden geregeld zijn in hoofdzaak de volgende:

- a) inlichtingen en informatie van de stichting;
- b) organen van de stichting;
- c) externe beslissingen ter uitoefening van de taak;
- d) reglementen, beleidsregels en avv's;
- e) interne financiële beslissingen: periodieke stukken;
- f) personele beslissingen;
- g) interne organisatorische beslissingen: statutenwijziging, ontbinding, fusie;
- h) taakverwaarlozingsregeling (o.a. intrekken aanwijzing als rechtspersoon);
- i) evaluatiebepaling.

6.4 Het algemene recht op inlichtingen

Een zelfstandige bestuursorganisatie als een overheidsstichting is alleen gehouden informatie te verstrekken aan de minister als de minister nadrukkelijk een recht op informatie is toegekend. Dit vloeit voort uit de verkregen zelfstandigheid: de organisatie kan zijn eigen gang gaan, voorzover de minister niet expliciet bevoegdheden jegens de organisatie zijn toegekend waar de organisatie rekening mee heeft te houden.¹⁵

De literatuur is unaniem van mening dat de minister jegens zbo's c.q. zelfstandige bestuurslichamen (Boxum) steeds dient te beschikken over een algemeen recht op inlichtingen.¹⁶ De informatieplicht dient ertoe de minister (en via hem het parlement)

¹⁵ Vgl. Boxum (1997), p. 112-113.

¹⁶ Zie Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 50; Algemene Rekenkamer, TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 26; Kabinetsstandpunt n.a.v. AR-rapport, TK 1994/95, 24 130, nr. 5, p. 9; Boxum (1997), p. 114-116; Zijlstra (1997), p. 222-223.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

de gegevens te verstrekken om te beoordelen of het zbo voor zijn taak berekend is (belang van democratische controle)¹⁷ en om te beslissen over de aanwending van de ter beschikking gestelde beleidsinstrumenten.¹⁸

Ook de Aanwijzingen inzake zbo's bepalen dat een zbo aan een minister desgevraagd de voor de uitoefening van zijn taak benodigde inlichtingen dient te verstrekken (124t). Daarnaast kent de aanwijzing een algemeen inzagerecht aan de minister toe: de minister kan inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden, voorzover dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is.

Naar geldend recht kan de minister ook via de Wob aan de door hem gewenste informatie, neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, komen. Deze constructie is minder fraai en verdient geen aanbeveling omdat de Wob uitdrukkelijk als handvat voor burgers is bedoeld en niet als instrument van het ene bestuursorgaan jegens het andere.¹⁹

Een belangrijk nadeel van deze constructie uit een oogpunt van verzelfstandiging is voorts het volgende. Volgens de Wob kunnen alleen bestuursorganen beslissen op een verzoek om informatie (zie paragraaf 5.4.1). Weliswaar rust op overheidsstichtingen nu reeds de passieve openbaarheidsverplichting, en straks na integratie van de Wob in de Awb ook de actieve, maar het besluit op het tot de overheidsstichting gerichte informatieverzoek kan slechts worden genomen door een bestuursorgaan. De huidige Wob voorziet niet in een bepaling die aangeeft welk bestuursorgaan die beslissing op een tot een overheidsstichting gericht informatieverzoek moet nemen. Dat is echter wel het geval in het voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb (met daarin ondermeer de integratie van de Wob in de Awb). De oplossing waarin het voorontwerp voorziet (art. 2.3.2.2, tweede lid) is dat het bestuursorgaan dat de overwegende invloed heeft op de overheidsstichting de beslissing op het tot de overheidsstichting gerichte informatieverzoek neemt. Ervan uitgaande dat de overheidsstichting in kwestie geen bestuursorgaan is, zou dit als vreemde consequentie hebben dat de minister op zijn eigen informatieverzoek dient te beslissen. Een dergelijke consequentie is overigens ook niet uit te sluiten voor overheidsstichtingen die bekleed zijn met openbaar gezag en in zoverre bestuursorgaan. Het is immers allereerst de vraag of het informatieverzoek betrekking heeft op de taak van openbaar gezag en, zo dit het geval is, is het vervolgens de vraag of de beslissing op het informatieverzoek wel tot dat openbaar gezag gerekend kan worden.

17 Boxum (1997), p. 114. Vgl. ook de formulering van de Algemene Rekenkamer: 'de minister dient het recht te hebben de inlichtingen te verkrijgen die hij nodig heeft om verantwoording af te kunnen leggen aan de Staten-Generaal', TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 26.

18 Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 50.

19 Zie het voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb, dat onder meer bepalingen bevat omtrent de openbaarheid van bestuur (integratie Wob in Awb), MvT, paragraaf II.2.1: 'De Wob geeft regels die bestuursorganen jegens burgers in acht dienen te nemen op het vlak van de openbaarheid.' (curs. KS)

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Voorzover een en ander erop neerkomt dat de minister beslist op zijn eigen informatieverzoek, is dat niet passend bij de zelfstandige positie die voor de overheidsstichting is beoogd.

Gelet hierop dient voorzien te worden in een *wettelijk* algemeen inlichtingenrecht van de minister, dat als *lex specialis* de openbaarheidsregeling van de Wob (straks: Awb) opzij zet. Een verzoek om informatie gebaseerd op een louter statutair algemeen inlichtingenrecht van de minister is onvoldoende; een dergelijk verzoek zou namelijk, vanwege het feit dat een informatieverzoek zonder expliciet beroep op de Wob toch als Wob-verzoek dient te worden aangemerkt, als Wob-verzoek dienen te worden behandeld. Beter nog zou het echter zijn als de reikwijdte van de openbaarheidsregeling van de Wob/Awb zou worden aangepast in die zin dat de minister als bestuursorgaan geen informatieverzoek kan doen.

In de praktijk blijkt overigens vaak wettelijk noch statutair voorzien te zijn in een algemeen recht op inlichtingen van de minister. Een constructie die een aantal keren voorkomt²⁰ en die qua resultaat vergelijkbaar is met een algemeen inlichtingenrecht, is die van een ambtelijk waarnemer in het stichtingsbestuur. De minister heeft dan de bevoegdheid om als zijn vertegenwoordiger een waarnemer in het bestuur aan te wijzen. Zo'n waarnemer heeft het recht de bestuursvergaderingen bij te wonen, de bestuursstukken te ontvangen en is uit dien hoofde op de hoogte van het reilen en zeilen binnen de stichting. De waarnemer kan de minister vervolgens alle gewenste informatie verschaffen.

Bij de stichtingen met een commissarissenmodel is doorgaans wel voorzien in een algemeen inlichtingenrecht voor de Raad van Toezicht ten opzichte van het bestuur. Zoals hieronder (volgende paragraaf) nader aan de orde zal komen, dient als regel te gelden dat de bevoegdheden van de minister niet kunnen worden vervangen door een bepaalde interne bevoegdheidsverdeling in een overheidsstichting. Een algemeen inlichtingenrecht van de Raad van Toezicht als substituuut van een dergelijk recht voor de minister moet dan ook van de hand worden gewezen.

Dit neemt niet weg dat de minister bevoegd is een ander orgaan als algemeen toezichthouder aan te wijzen waaraan (o.a.) het algemene recht op inlichtingen kan worden toegekend. Het is dan zaak dat de verhouding tussen de minister en die toezichthouder goed wordt geregeld, een verhouding die hier verder buiten beschouwing blijft. Een voorbeeld biedt de Wereldomroep. Ten aanzien van de Wereldomroep beschikt de minister niet, maar het toezichthoudende Commissariaat voor de Media

20 Bij het NIDI en de Ster is de minister bevoegd een waarnemer aan te wijzen. Bij de SEV bevordert een ambtelijk adviseur het overleg tussen ministerie en stichting. De adviseur heeft het recht de vergaderingen van het bestuur bij te wonen en heeft daarin een adviserende stem. Bij het ECN is de minister een keuzemogelijkheid gelaten: hij kan één persoon rechtstreeks (d.w.z. zonder voordracht) bij de Raad van Toezicht benoemen danwel daarin één persoon als waarnemer met adviserende stem benoemen.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

wél, over het recht om alle inlichtingen te ontvangen die het Commissariaat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak behoeft.

Behalve het algemene recht op inlichtingen acht de literatuur doorgaans ook een of meer specifieke informatierechten van belang. Het gaat dan met name om het recht op kennisneming van het jaarverslag dat de minister steeds zou moeten hebben. Hierop wordt later ingegaan bij de paragraaf over de periodieke stukken (6.7.2).

6.5 Organen van de stichting

6.5.1 Twee organisatiemodellen

Een stichting dient een bestuur te hebben. Het BW schrijft behalve het bestuur geen stichtingsorganen voor. Dat neemt niet weg dat een stichting ook andere organen dan het bestuur kan hebben. Stichtingen met een commissarissenmodel kennen naast het bestuur een Raad van Toezicht (zie paragraaf 2.3.2). Verder kan er een bestuur zijn en een dagelijks bestuur. Sommige stichtingen hebben een Raad van Advies of kunnen diverse commissies instellen.

Indien, gelet op het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid, de aandacht beperkt wordt tot de organen die zeggenschap hebben binnen de stichting, zijn er twee organisatiemodellen te onderscheiden. Er zijn stichtingen met een bestuursmodel die alleen een bestuur en (dus) geen Raad van Toezicht hebben en er zijn stichtingen met een commissarissenmodel die zowel over een bestuur als een Raad van Toezicht beschikken.

Bij de overheidsstichtingen met een commissarissenmodel worden vaak alle leden van de Raad van Toezicht, op voordracht van de Raad, door de minister(s) benoemd en benoemt de Raad van Toezicht op zijn beurt de leden van het bestuur (de directie). Bij stichtingen met een Raad van Toezicht is er doorgaans naast het (algemeen) bestuur niet ook nog een dagelijks bestuur.

Bij een bestuursmodel benoemt de minister benoemt in veel gevallen alle leden van het bestuur. Behalve het bestuur kennen deze stichtingen vrijwel steeds een directeur,²¹ die belast is met de dagelijkse gang van zaken van de stichting en leiding geeft aan het secretariaat of bureau. De directeur wordt bijna altijd benoemd door het bestuur, maar dat wil niet zeggen dat deze bevoegdheid het bestuur steeds zonder meer toekomt. Soms dient het bestuur het gevoel van de minister te polsen (Mondriaanstichting) en in een aantal gevallen behoeft het bestuursbesluit de goedkeuring van de minister (Fonds voor de Architectuur, de Wereldomroep en het NIDI).

21 Een uitzondering is bijv. de Stichting tot Bevordering van de Uitvoer. Deze kent geen directeur of directie, wel een Raad van Advies.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Een enkele keer benoemt de minister en niet het bestuur de directeur, zoals bijvoorbeeld bij het ILRI.

Enkele stichtingen kennen ten slotte behalve een directeur, een dagelijks bestuur dat gevormd wordt door een aantal leden van het bestuur (Fonds voor de Architectuur en de Stuurgroep Experimenten Volkshuisvesting).²² Bij het ILRI is de secretaris van het bestuur tevens de directeur, die leiding geeft aan de werkzaamheden van de stichting.²³ Verder kan het bestuur van het ILRI uit zijn midden een dagelijks bestuur benoemen waaraan het een gedeelte van zijn taak kan opdragen. De voorzitter van het bestuur is tevens voorzitter van het dagelijks bestuur.

6.5.2 *Vormt de Raad van Toezicht een substituut van de minister?*

Als algemeen uitgangspunt geldt dat de bevoegdheden van de minister niet afhankelijk zijn van de interne verhoudingen binnen een stichting.²⁴ Dit betekent dat de aanwezigheid van een Raad van Toezicht de in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid gewenste toezichthoudende rol van de minister niet kan vervangen. In tegenstelling tot de Raad van Toezicht heeft de minister namelijk een verantwoordingsrelatie met het parlement. Andere argumenten hangen samen met de bij de verhouding tussen bestuur en raad van toezicht horende toezichtsrol van de raad van toezicht en met een verschil in toezichtscriteria.

De wijze waarop een minister inhoud dient te geven aan zijn toezichthoudende taak, is een andere dan die van de raad van toezicht. De verhouding tussen bestuur en Raad van Toezicht is zo dat de leiding en de beleidsbepaling berusten bij het bestuur, terwijl de Raad van toezicht het bestuur controleert en ondersteunt – het bestuur met raad en daad terzijde staat -, maar geen initiërende rol speelt. De minister moet echter wel een beleidsvormende en initiërende rol kunnen vervullen en het toezicht moet daarvoor de mogelijkheden aanreiken. Het toezicht van de minister is dan ook instrumenteler van inslag dan dat van de Raad van Toezicht, omdat de bevoegdheden die de minister heeft, middelen zijn om het politieke beleid te verwezenlijken. De raad kan daarom als toezichthouder geen adequate vervanger vormen van de minister. Het in plaats van aan de minister aan de Raad van Toezicht toekennen van bepaalde toezichtsbevoegdheden, is dan ook niet aan te bevelen: het leidt niet tot het gewenste toezicht omdat het toezicht niet dezelfde functie heeft. Gebeurt dat toch, dan bestaat het gevaar dat de Raad van Toezicht als een soort buffer tussen de minister en het stichtingsbestuur in komt te staan.²⁵

22 Het dagelijks bestuur van het Fonds voor de Architectuur wordt gevormd door de voorzitter, secretaris en penningmeester van het fondsbestuur, het presidium van de SEV door de voorzitter, vice-voorzitter, secretaris en penningmeester van het bestuur.

23 Art. 5, vierde lid, statuten ILRI.

24 Vgl. Boxum (1997), p. 140.

25 Zie ook Boxum (1997), p. 136-142.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

Een ander argument is dat de Raad van Toezicht zijn toezicht heeft uit te oefenen in het belang van de stichting.²⁶ Als criterium valt het niet (noodzakelijkerwijs) samen met de toezichtscriteria en -belangen die de minister hanteert. Voorzover het doel van de overheidsstichting te beschouwen is als deel van het algemeen belang, is dat beperkter van omvang dan het algemeen belang dat de minister dient te behartigen. De minister is verantwoordelijk voor de inbedding van het door een overheidsstichting behartigde deelbelang binnen de kaders van het algemeen bestuur. Eenzelfde uitkomst bij beide vormen van toezicht kan daarmee niet worden gegarandeerd.

Dit verschil verdwijnt niet als de Raad van Toezicht bestaat uit door de minister benoemde leden. Net als de overheidscommissarissen bij de structuurvennootschap, dienen zij zich te richten op het belang van de rechtspersoon en dienen zij hun taak naar eigen inzicht, zelfstandig en op onafhankelijke wijze te kunnen uitvoeren.²⁷

Ter illustratie enige informatie afkomstig uit de parlementaire behandeling rond de verzelfstandiging van de rijksmusea in stichtingen met een commissarissenmodel: 'Dat de minister de leden van de Raad van Toezicht benoemt, wil niet zeggen dat de raad het toezicht uitoefent namens de minister. Heel expliciet is in artikel 8 van de model-statuten bepaald dat de raad bij de vervulling van zijn taak zich heeft te richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden instellingen. Om deze bepaling nog eens extra nadruk te geven is bovendien gesteld dat ambtenaren, waarvoor de minister politieke verantwoordelijkheid draagt, niet in de raad worden benoemd.'²⁸ Zie ook artikel 6, eerste lid, statuten STAB: 'De Raad van Toezicht heeft tot taak het toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting. Hij staat het bestuur met raad en daad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de leden van de Raad van Toezicht zich naar het belang van de stichting.' Artikel 10, lid 1, statuten ECN bepaalt: 'De Raad van Toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het door de Directie gevoerde bestuur. Hij staat de Directie met raad terzijde. Bij de vervulling van zijn taak richt de Raad van Toezicht zich naar het belang en het doel van de Stichting'. Zie ten slotte artikel 9, lid 1, statuten WL/GD: '(...) Bij de vervulling van zijn taak richt de Raad van Toezicht zich naar het belang van de stichting en de met haar verbonden instellingen'.

Ten slotte is een praktisch voordeel van het uitgangspunt dat de Raad van Toezicht qua toezicht geen substituut van de minister kan zijn, dat de omvang van het toezicht van de minister en de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee

26 Bij publiekrechtelijk vormgegeven zelfstandige bestuursorganen is dit overigens vaak niet anders. De instellingswet bevat dikwijls een bepaling die voorschrijft dat de Raad van Toezicht zich bij de vervulling van haar taak richt op het belang van de betreffende organisatie. Zie Boxum (1997), p. 136-137; de voorbeelden die hij noemt zijn het Kadaster en de Luchtverkeersbeveiligingsorganisatie.

27 Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II (1997), p. 237 (nr. 183).

28 Zie Verzelfstandiging Rijksmusea c.a. Achtergronden en documenten. (1994), p. 24.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

dus in het algemeen de relatie tussen minister en overheidsstichting aan duidelijkheid wint. Deze omvang is namelijk niet afhankelijk van de 'toevallige' verdeling van de toezichtsbevoegdheden tussen minister en Raad van Toezicht, en daarmee niet van de eveneens 'toevallige' bevoegdheidsverdeling tussen bestuur en Raad van Toezicht.

6.5.3 *Wanneer is een Raad van Toezicht aangewezen?*

In 6.5.1 zagen we dat bij stichtingen met een commissarissenmodel sprake is van verdeling van de bevoegdheden tussen het bestuur (een- of meerhoofdige directie) en de Raad van Toezicht. Een zekere interne verdeling van bevoegdheden is echter niet voorbehouden aan stichtingen met een commissarissenmodel. Bij de stichtingen met een bestuursmodel is doorgaans evenzeer sprake van zo'n bevoegdheidsverdeling. Vrijwel steeds is er naast het bestuur een directeur, die belast is met de dagelijkse gang van zaken en leiding geeft aan het bureau. Een verdere bevoegdheidsverdeling door middel van de vorming van een dagelijks bestuur komt nauwelijks voor. De directeur maakt doorgaans geen deel uit van het bestuur. Dit gegeven brengt mee dat een Raad van Toezicht dus niet per se noodzakelijk is om te komen tot een vorm van interne verdeling van macht waarvan zowel preventieve als corrigerende werking zal uitgaan.²⁹

Van een pleidooi voor een Raad van Toezicht bij een (overheids)stichting moet (dan ook) onderscheiden worden de wens van een vorm van interne machtsverdeling als zodanig. Een dergelijke machtsverdeling heeft immers niet noodzakelijk via een Raad van Toezicht te worden gerealiseerd. Het voorzien in een constructie van een algemeen en een dagelijks bestuur of van een bestuur en een directeur, volstaat dan op zichzelf ook. Te wijzen is in dit verband op de visie van Boxum dat er met name behoefte kan zijn aan een interne verdeling van macht indien het zelfstandig bestuurslichaam (maar het criterium gaat net zo goed op voor de stichting) een dienst van grote omvang heeft, en de taken gekenmerkt worden door massaproductie.³⁰ Te wijzen is voorts op de toelichting bij aanwijzing 124j van de Aanwijzingen inzake zbo's, die stelt dat het vooral bij complexe taken en grotere organisaties raadzaam kan zijn de bevoegdheden over meer organen te verdelen. Als voorbeeld van een dergelijke verdeling over meer organen wordt genoemd de constructie van een dagelijks bestuur met daarnaast een toezichthoudend orgaan.

Ook het argument dat met de inrichting verschillende doelstellingen tegelijkertijd moeten worden bereikt, is een argument voor een complexere inrichting in het algemeen en niet voor een constructie met een Raad van Toezicht in het bijzonder. Zo kan het bijvoorbeeld wenselijk zijn dat belangengroeperingen bij de beleidsbepaling worden betrokken, terwijl tegelijkertijd onafhankelijkheid bij het verlenen van beschikkingen moet zijn gewaarborgd. Een specifiek argument voor een stichting ingericht volgens het commissarissenmodel is dit

²⁹ Vgl. Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 51.

³⁰ Boxum (1997), p. 130.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

echter niet. Het laat zich ook heel goed denken dat belangengroeperingen vertegenwoordigd zijn in een Raad van Advies.

Er is echter wel een verschil tussen de twee organisatiemodellen: het commissarissenmodel voorziet in een orgaan dat toezicht houdt op het bestuur, terwijl dat bij het bestuursmodel niet het geval is. Het is dit element van toezicht op het bestuur dat door een aantal auteurs wordt aangegrepen om (in het algemeen) te pleiten voor een Raad van Toezicht bij de stichting.³¹

Daar waar de wet bij elke andere rechtspersoon naar privaatrecht voorziet in een het bestuur controlerend orgaan, is dat bij de stichting niet het geval. Van der Burg beschouwt het (in de wettelijke regeling van de stichting in het BW) ontbreken van een orgaan dat toezicht houdt op het bestuur, als een onevenwichtigheid en bepleit een verplicht toezichthoudend orgaan bij stichtingen.³² In zijn visie betekent een Raad van Toezicht een belangrijke waarborg tegen het domweg voortbestaan van (oude) stichtingen zonder bestuur, stichtingen met een achterhaalde doelstelling en inactieve stichtingen (slapende bestuurders). Daarnaast wijst hij op het gevaar van machtsmisbruik door het bestuur. Een Raad van Toezicht is wenselijk als tegenwicht van het (bij de stichting anders alleenmachtige) bestuur.

Maeijer wijst echter op de grote verscheidenheid in stichtingen qua aard, grootte, reikwijdte en complexiteit. Hij vindt dat een Raad van Toezicht niet zomaar voor alle stichtingen kan worden voorgeschreven, met name niet omdat er nog onvoldoende (rechts)sociologisch onderzoek is gedaan naar het bestuur van stichtingen met een bestuursmodel. Onder omstandigheden kan hij zich echter voorstellen dat zo'n raad zeer aanbevelenswaardig is, bijvoorbeeld wanneer het gaat over in stand gehouden organisaties die een professioneel management hebben en waarbij het bestuur *de facto* slechts een toezichthoudende taak vervult, terwijl de directie in wezen fungeert als 'bestuur'.³³

Voor de voorzichtigheid van Maeijer valt veel te zeggen, ook de wetgever heeft tot nu toe een toezichthoudend orgaan niet wettelijk verplicht willen stellen. Bij kleine stichtingen kan een Raad van Toezicht een topzware voorziening zijn. Bovendien is een Raad van Toezicht bij overheidsstichtingen minder geïndiceerd, in die zin dat zo'n stichting nooit geheel verstoken zal zijn van toezicht vanwege het toezicht door de minister. Bovendien staat een bestuursmodel op zichzelf veel variatie in inrichting toe. Er is zoals vermeld (zie paragraaf 6.5.1) binnen een bestuursmodel heel goed een interne verdeling van macht en bevoegdheden te realiseren, die weliswaar niet resulteert in toezicht op het bestuur, maar wel de kans verkleint op machtsmisbruik door

31 Zie voor een literatuuroverzicht Maeijer (1988), p. 147.

32 Zie Van der Burg (1986), p. 775.

33 Maeijer (1988), p. 155-156.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

het bestuur of op een anderszins niet functionerend bestuur, en daarmee ook de noodzaak tot toezicht op het (anders alleenmachtige) bestuur.

In een tweetal gevallen kan er echter wel aanleiding zijn tot het instellen van een Raad van Toezicht. Het eerste is ontleend aan Maeijer en zojuist al genoemd: een Raad van Toezicht dient te worden aanbevolen als er sprake is van een professioneel management, dat in wezen fungeert als 'bestuur', en van een bestuur dat de facto slechts een toezichthoudende taak vervult. Naar zijn mening kan dan beter gekozen worden voor een constructie die aansluit bij de feitelijke verhoudingen, namelijk die van een bestuur (het professionele management) met een raad van toezicht (het oude bestuur).³⁴ Datzelfde bepleit Schwarz/Van den Ingh onder verwijzing naar de casus van de rijksmusea: 'Als men voor zo'n systeem kiest (namelijk het systeem dat de directie statutair alle bevoegdheden heeft die gewoonlijk toekomen aan het bestuur, terwijl het bestuur een louter toezichthoudende functie vervult – KS), is het (...) beter, om verwarring te voorkomen, het beestje bij de juiste naam te noemen en het toezichthoudende orgaan niet met de benaming "bestuur" te betitelen. Het is deze vorm die de wetgever koos voor de verzelfstandigde rijksmusea.'³⁵

De verwijzing van Schwarz/Van den Ingh naar de rijksmusea is in zoverre niet terecht, dat de argumentatie voor het commissarissenmodel daar net een slag anders lag. Dit leidt naar de tweede situatie waarin een Raad van Toezicht aangewezen kan zijn. Het argument houdt in dat een Raad van Toezicht-constructie beter dan een algemeen bestuur-constructie het zelfstandige functioneren van de met de dagelijkse gang van zaken belaste directie/directeur waarborgt. De eindverantwoordelijkheid (inclusief de eventuele hoofdelijke aansprakelijkheid) van het bestuur leidt er namelijk toe dat een algemeen bestuur meer dan een Raad van Toezicht de neiging zal hebben op de stoel van de directie te gaan zitten. Bij de rijksmusea is daarom gekozen voor de constructie van een eenhoofdige directie (algemeen directeur) en een Raad van Toezicht, in plaats van de combinatie directeur en algemeen bestuur. Het zelfstandige, leidinggevende functioneren van de daartoe professioneel aangestelde directeur kan zo beter worden gewaarborgd.

34 Zie Maeijer (1988), p. 155. Vgl. in gelijke zin ten aanzien van zelfstandige bestuurslichamen ook Boxum (1997), p. 128-129: 'Bij veel zelfstandige bestuurslichamen berust de dagelijkse leiding over het apparaat bij een ambtelijke functionaris die ondergeschikt is aan het bestuur. Vaak heeft dit bestuur een grote omvang. Het vervullen van de bestuurstaak is veelal een nevenfunctie. De vergaderfrequentie is vaak laag. Dergelijke factoren zouden kunnen impliceren dat het aan het lichaam verbonden personeel (althans de ambtelijke leiding) een grote mate van feitelijke zelfstandigheid heeft. Een manier om feitelijke en juridische verhoudingen meer met elkaar in overeenstemming te brengen is (...) om de (ambtelijke) leiding tot het bestuur te maken (een full time bestuur) en een raad van toezicht aan te stellen die het bestuur controleert.'

35 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 118.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

Vergelijk pagina 23 van *Verzelfstandiging rijksmusea c.a. Achtergronden en documenten*. (1994): 'Aan de stichtingsvorm kleeft volgens sommigen het bezwaar dat het bestuur, meestal bestaande uit buitenstaanders, eindverantwoordelijkheid draagt, ook voor de interne gang van zaken. Het komt in stichtingenland wel voor dat het bestuur op de stoel van de directeur gaat zitten. In professionele organisaties als musea is dit niet gewenst. De deskundigheid die nodig is voor het leiden van een dergelijke organisatie is immers aanwezig bij de directie. (...) Bij het verdere onderzoek bleek een oplossing voor dit probleem beschikbaar. In de gezondheidszorg, met name bij ziekenhuizen, wordt veelal gebruik gemaakt van de stichtingsvorm volgens het commissarissenmodel. In dit model wordt de stichting bestuurd door de directie (die formeel 'het bestuur' vormt) en er is een Raad van Toezicht die een toezichthoudende en ondersteunende rol speelt, vergelijkbaar met de Raad van Commissarissen bij de NV. In de model-statuten is dit tot uitdrukking gebracht door niet van bestuur, maar van directie en Raad van Toezicht te spreken.'

Samen genomen kan geconcludeerd worden dat de constructie met een Raad van Toezicht op z'n plaats lijkt wanneer het zelfstandige, leidinggevende functioneren van de professionele directieleden juridisch tot uitdrukking gebracht danwel juridisch verzekerd dient te worden.

De constructie met een Raad van Toezicht, zoals die er doorgaans uitziet (de minister benoemt de leden van de Raad van Toezicht en niet (ook) de leden van het bestuur (de directie)) draagt bovendien bij aan de zelfstandigheid van de taakuitvoering. Indien er zich problemen in een stichting voordoen, waarbij het bestuur of posities van bestuursleden in het geding zijn, kan dit bij een Raad van Toezicht-structuur niet leiden tot een directe inmenging van de minister in de dagelijkse gang van zaken. Bij een bestuursmodel, waarbij de bestuursleden worden benoemd door de minister, is die kans wel reëel.³⁶

Als argument tegen een commissarissenmodel wordt soms de zienswijze in stelling gebracht dat een Raad van Toezicht de verhouding tussen stichting en minister kan compliceren en fungeert als een drempel of obstakel voor ministerieel toezicht.³⁷ Dit argument lijkt op het eerste gezicht terecht, gelet op de praktijk waar aan de Raad van Toezicht vaak exclusief bevoegdheden zijn toegekend die bij een gewone stichting aan de minister toekomen. Bij nader inzien is die praktijk echter een gevolg van een onjuiste of onheldere visie op de functie van de Raad van Toezicht. Bij een inrichting die uitgaat van de stellingname dat het toezicht van de minister niet afhankelijk mag zijn van de interne verhoudingen binnen de stichting, hoeven de gevreesde complicaties in het geheel niet op te treden.

36 Om deze reden is bij de rijksmusea afgezien van de constructie dat niet alleen de leden van de Raad van Toezicht, maar ook de directeur, wordt benoemd door de minister. Zie *Verzelfstandiging rijksmusea c.a. Achtergronden en documenten*. (1994), p. 24.

37 Vgl. Boxum (1997), p. 130.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

6.5.4 *Benoeming van de leden van het bestuur en de Raad van Toezicht*

Bij de geselecteerde overheidsstichtingen benoemt de minister steeds alle bestuursleden, of – bij de stichtingen met een commissarissenmodel – alle leden van de Raad van Toezicht. In deze paragraaf moet onderscheidenlijk voor bestuursleden leden van de Raad van Toezicht gelezen worden wanneer er sprake is van een commissarissenmodel in plaats van een bestuursmodel.

De ministeriële verantwoordelijkheid richt zich bij zelfstandige bestuursorganisaties, zoals overheidsstichtingen, in beginsel niet zozeer op de dagelijkse gang van zaken binnen de overheidsstichting, maar strekt zich meer uit tot de cirkel daaromheen, namelijk tot de handelingen die de dagelijkse gang van zaken mogelijk maken of sturen. De benoeming van personen die de organisatie in staat stellen te functioneren behoort tot die wijdere cirkel en vormt daarin de basishandeling. Vanwege het cruciale karakter van de bevoegdheid, is eerder (namelijk in Hoofdstuk 2) bepleit dat aan de hand van deze bevoegdheid kan worden bepaald of een rechtspersoon naar privaatrecht een overheidsrechtspersoon is.

Behalve dat de bevoegdheid tot benoeming van de bestuurders dus een kwalificerende rol speelt, dient ook de vraag gesteld te worden naar de functie van deze bevoegdheid vanuit het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid.

Volgens Boxum dient de bevoegdheid om te bepalen welke personen zeggenschap krijgen over de uitoefening van bestuurstaken van de centrale overheid, te berusten bij de democratisch gelegitimeerde organen, zoals regering of minister.³⁸ Dit is in z'n algemeenheid – dat wil zeggen wanneer het gebruik van privaatrechtelijke organisatievormen erbij wordt betrokken – echter minder vanzelfsprekend dan het lijkt. Bestuurstaken worden soms ook buiten het overheidsbestuur als organisatie uitgeoefend, de minister heeft dan geen zeggenschap over de keuze van de bestuurders (bijvoorbeeld openbaar gezagsuitoefening door particuliere organisaties zoals Apk-keuringen). Maar dit neemt niet weg dat in zijn algemeenheid wordt aangenomen dat het democratiebeginsel vergt dat bestuurders van (zelfstandige) delen van de overheidsorganisatie benoemd worden door democratisch gelegitimeerde organen.³⁹

Toch is het zaak hier een goed onderscheid te maken. Zoals gezien in paragraaf 3.4.1 zijn er drie ketens van democratische legitimatie en aspecten van ministeriële verantwoordelijkheid te onderscheiden. De personele democratische legitimatie is in beginsel een andere dan de zakelijk-inhoudelijke legitimatie die de taakuitvoering betreft. Het gaat hier niet om de personele democratische legitimatie als zodanig (die legitimatie is er per definitie bij overheidsrechtspersonen krachtens privaatrecht), maar

38 Boxum (1997), p. 164.

39 Vgl. Zijlstra (1997), p. 207: 'Dat benoeming van de bestuurders dient te geschieden door een orgaan van het 'democratisch complex' volgt uit het democratiebeginsel; dit lijdt slechts uitzondering indien bestuurders op een andere wijze democratisch gelegitimeerd zijn'. Zie ook p. 45 en 55.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

om de vraag of de benoeming van bestuurders door de minister gewenst is vanuit het perspectief van de gewenste ministeriële verantwoordelijkheid voor de taakuitvoering.

Het verlies aan ministeriële verantwoordelijkheid bij het gebruik van zelfstandige bestuursorganisaties richt zich op de taakuitvoering. De minister draagt geen verantwoordelijkheid meer voor beslissingen in bijzondere gevallen. Het verlies aan ministeriële verantwoordelijkheid betekent dan ook een verlies aan democratische legitimatie in zakelijk-inhoudelijke zin. Tot deze vorm van democratische legitimatie behoort ook de eis van een wettelijke grondslag voor overheidsbesluiten. De democratische legitimatie die ingevolge het democratiebeginsel ten aanzien van de organisatie van het openbaar bestuur vereist is, is echter niet tot deze vorm beperkt. Democratische legitimatie is ook vereist in institutionele zin (belangrijke wijzigingen in de organisatiestructuur van het openbaar bestuur mogen niet plaatsvinden buiten de zeggenschap van de volksvertegenwoordiging om) en in personele zin (personen binnen de organisatie van het openbaar bestuur dienen direct of indirect democratisch gelegitimeerd te zijn).⁴⁰

De benoemingsbevoegdheid dient vanuit het perspectief van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de taakuitvoering als een belangrijke bevoegdheid te worden beschouwd. Ten minste de meerderheid van de leden dient dan ook door de minister te kunnen worden benoemd. De minister heeft zelf de laatste stem inzake de benoeming en kan zo garanderen dat de (voorgedragen) leden voldoen aan de criteria die daarvoor zijn opgesteld en die de minister, gelet op zijn verantwoordelijkheid voor de hoofdlijnen van het beleid en de grote lijnen van de uitvoering, van belang acht.

Dit houdt ook in dat waar het zittende bestuur of andere organisaties een voordrachtsrecht hebben, de minister de mogelijkheid dient te hebben van de voordracht af te wijken. In de praktijk komt een voordrachtsrecht vaak voor, doorgaans echter zonder dat daarbij is vermeld in hoeverre van de voordracht kan worden afgeweken. Aangenomen mag worden dat de formulering 'op voordracht' minder ruimte voor afwijking toestaat dan de formulering 'na voordracht'. In een drietal gevallen is er een afwijkende formulering. Bij de Wereldroep en de Stuurgroep Experimenten Volkshuisvesting is sprake van een recht van *aanbeveling* van het (zittend) bestuur. Dit woord impliceert de mogelijkheid van afwijking door de minister. Daarentegen bepalen de statuten van het ILRI enerzijds dat de minister alle bestuursleden benoemt, maar hebben zij het anderzijds – in de opsomming van wie hoeveel leden bevoegd is voor te dragen – over het bestuur dat twee leden 'benoemt'. De suggestie die van deze onduidelijke bepaling uitgaat, is dat de minister in elk geval weinig afwijkingsruimte gelaten wordt.

40 Vgl. op dit punt de Duitse auteur Waechter (1994), p. 33 e.v.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Om te waarborgen dat de door hem benoemde leden volgens de opgestelde regels blijven handelen en hun taak doelmatig uitvoeren, is het ook van belang dat de minister de bevoegdheid heeft tot schorsing en ontslag. Datzelfde geldt voor de bevoegdheid tot herbenoeming wanneer leden voor bepaalde tijd worden benoemd en de mogelijkheid van herbenoeming wenselijk wordt geacht.

De functiecriteria voor benoeming, schorsing en ontslag van bestuursleden dienen in objectieve, strikt aan de taakuitoefening gebonden gronden te zijn geformuleerd. Met name de bevoegdheid tot ontslag mag niet gaan fungeren als een stok achter de deur, ertoe leidend dat de minister in elk concreet geval zijn zienswijze kan afdwingen.

Dergelijke functie- en met name ontslagcriteria ontbreken in de Aanwijzingen voor de zbo's. Wel is in aanwijzing 124i, tweede lid, bepaald dat in het bestuur geen aan een minister ondergeschikte ambtenaren worden benoemd. Dit blijkt uit de toelichting om te voorkomen dat een minister via aan hem ondergeschikte ambtenaren invloed kan uitoefenen op de besluitvorming in het bestuur.

Ook in de statuten van overheidsstichtingen is zelden voorzien in ontslaggronden. Vaak is slechts bepaald dat de minister bestuurders danwel leden van de Raad van Toezicht kan ontslaan. Soms is bepaald geen beperkende ontslaggrond opgenomen als geregeld is dat de minister een bestuurder te allen tijde kan ontslaan.⁴¹ De rijksmuseum vormen een betrekkelijke uitzondering: de modelstatuten bepalen dat de minister de leden van de Raad van Toezicht kan schorsen of ontslaan bij gebleken ongeschiktheid van de betrokkene of in geval van disfunctioneren van de Raad van Toezicht.⁴²

6.5.5 De samenstelling van het bestuur c.q. de Raad van Toezicht

Allereerst geldt zoals reeds eerder is verwoord, de eis dat aan de minister hiërarchisch ondergeschikten geen deel uitmaken van het stichtingsbestuur of van de Raad van Toezicht. Dat geldt eveneens voor personen die op andere wijze een personele unie vormen met een orgaan van het 'democratisch complex'.

Het bestuur of de Raad van Toezicht kan in principe bestaan uit deskundigen of vertegenwoordigers van maatschappelijke groeperingen (belanghebbenden). De vraag is actueel of deelneming van belanghebbenden in besturen van zelfstandige bestuursorganisaties sowieso wel wenselijk geacht moet worden. Daarbij wordt in wezen het

41 Zie art. 4, lid 4, statuten SEV. De minister moet het bestuur danwel eerst hebben gehoord.

42 Art. 7, derde lid modelstatuten. Ook bij Grondmechanica Delft en het Waterloopkundig Laboratorium is sprake van ontslaggronden: de minister en de Raad van Toezicht kunnen gezamenlijk een lid van de Raad van Toezicht ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan zijn handhaving als lid van de Raad van Toezicht niet van de stichting kan worden verlangd. Het lid van de Raad van Toezicht dat benoemd is uit de ambtenaren van een ministerie kan door de minister te allen tijde worden ontslagen. Zie art. 8, lid 1 statuten.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

participatietype als een van de drie zbo-typen ter discussie gesteld (zie paragraaf 3.3.4).

In de praktijk vertaalt een en ander zich op dit moment vooral in een terugdringing van het aantal belanghebbenden in (stichtings)besturen. Een dergelijke verschuiving heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan bij de fondsen van de Wet op het specifieke cultuurbeleid. Anderen wijzen er daarentegen op dat participatie van belanghebbenden nooit geheel gemist zal kunnen worden⁴³ of zijn – met inachtneming van bepaalde randvoorwaarden – overtuigd van de legitimiteit van bestuur door belanghebbenden.⁴⁴

6.6 Het externe handelen van de rechtspersoon ter uitvoering van de taak (externe beslissingen)

Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen het externe en het interne handelen van de rechtspersoon. Het externe handelen is tot de wederpartij van de rechtspersoon gericht en betreft de eigenlijke taakuitoefening, het interne handelen speelt zich af binnen de rechtspersoon en betreft het interne functioneren.⁴⁵

Het BW kent, zoals vermeld, het begrip 'besluiten'. Bedoeld zijn dan de interne rechtshandelingen in een concreet geval (zie paragraaf 2.2.3). Dit begrip wordt hier verder vermeden. Gesproken wordt steeds van interne beslissingen (tot intern handelen) en externe beslissingen (tot extern handelen).

De externe beslissingen betreffen de eigenlijke taakuitoefening. Bij de fondsen van de Wet op het specifieke cultuurbeleid moet dan bijvoorbeeld gedacht worden aan de beslissing op een subsidieverzoek, bij de musea aan beslissingen inzake het beheer van de collectie. Het externe handelen kan bestaan uit beschikkingen, (beslissingen tot) het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen en (beslissingen tot) feitelijk handelen.

De vraag die hier behandeld wordt, is welke bevoegdheden tot toezicht (goedkeuring, schorsing en vernietiging) de minister ten aanzien van externe beslissingen dient te hebben. De bevoegdheden met betrekking tot een aantal interne beslissingen komen later aan de orde (paragraaf 6.7).

In de praktijk beschikt de minister vrijwel nooit over een algemene toezichtsbevoegdheid jegens overheidsstichtingen, in die zin dat hij bevoegd is tot goedkeuring, schorsing of vernietiging van de besluiten van de stichting. Bij de STAB beschikt de Raad van Toezicht wel over een algemene schorsingsbevoegdheid ten aanzien van besluiten van de directie.⁴⁶

43 Boxum (1997), p. 158.

44 Zijlstra (1997), p. 131-136, 183-191.

45 Vgl. het onderscheid dat Zijlstra maakt tussen 'externe' en 'interne besluiten', Zijlstra (1997), p. 221.

46 Art. 19 statuten STAB.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Aangaande de specifieke toezichtsbevoegdheden (toezicht op bepaalde beslissingen) gaat de aandacht allereerst uit naar de categorie beschikkingen. Bij de met openbaar gezag beklede fondsen van de Wet op het specifieke cultuurbeleid is ten aanzien van de subsidiebeschikkingen niet voorzien in toezichtsbevoegdheden voor de minister. Via de jaarverslagen van deze fondsen dient de minister wel geïnformeerd te worden over wie voor welk bedrag subsidie heeft ontvangen.⁴⁷

Ook de toezichtsbepalingen aangaande beslissingen inzake privaatrechtelijk handelen zijn niet legio. Daarbij kan onderscheiden worden tussen de beslissingen in het kader van artikel 2:291, tweede lid BW en andere beslissingen inzake privaatrechtelijk handelen. Het bestuur van een stichting is tot het aangaan van de overeenkomsten van artikel 2:291, lid 2 BW slechts bevoegd als de statuten daartoe de mogelijkheid openen. Daarentegen is het bestuur in beginsel – dat wil zeggen voorzover de statuten daaraan geen beperkingen stellen – zonder meer bevoegd tot het verrichten van andere privaatrechtelijke handelingen (zie art. 2:291, lid 1 BW). De reikwijdte van deze bestuursbevoegdheid bepaalt ook de reikwijdte van de bevoegdheid van het bestuur c.q. bestuurders tot vertegenwoordiging van de stichting naar buiten toe (lid 2).

Artikel 291 BW:

- 1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting.
- 2. Slechts indien dit uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en tot het aangaan van overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt. De statuten kunnen deze bevoegdheid aan beperkingen en voorwaarden binden. De uitsluiting, beperkingen en voorwaarden gelden mede voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de stichting ter zake van deze handelingen, tenzij de statuten anders bepalen.'

Veel voorkomend is de situatie dat de minister niet beschikt over toezichtsbevoegdheden ten aanzien van privaatrechtelijke handelingen, daaronder begrepen de overeenkomsten van artikel 2:291, tweede lid, BW. In deze gevallen hebben de statuten het bestuur bevoegd verklaard tot het aangaan van (een deel van) deze overeenkomsten. Voorbeelden biedt een aantal fondsen in het kader van de Wet op het specifieke cultuurbeleid,⁴⁸ de SEV, de Wereldomroep, de STER, ICODO en de SBU. Het gaat hier steeds om stichtingen met een bestuursmodel. Deze situatie biedt stichtingen maximale vrijheid: de minister heeft geen toezichtsbevoegdheden en het bestuur is (ook

47 Zie art. 6, lid 5, statuten Stimuleringsfonds voor de Architectuur, art. 9, lid 3, statuten Mondriaanstichting en art. 7, lid 3, statuten Fonds voor de Scheppende Toonkunst.

48 Bij andere Wsc-fondsen is ook niet voorzien in een toezichtsbevoegdheid van de minister, maar is de mogelijkheid tot het aangaan van de overeenkomsten van art. 2:291, tweede lid, BW niet geopend in de statuten.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

nog) bevoegd verklaard tot het aangaan van (een aantal van) de overeenkomsten genoemd in artikel 2:291, tweede lid, BW.

De statuten van stichtingen met een commissarissenmodel bevatten dikwijls een opsomming van een aantal directiebesluiten inzake privaatrechtelijke rechtshandelingen die goedkeuring behoeven.⁴⁹ Enkele bestuursmodel-stichtingen (bijv. NIDI en ILRI) kennen een dergelijke opsomming in de statuten overigens ook. De overeenkomsten van artikel 2:291, lid 2, BW maken soms deel uit van zo'n opsomming, maar dat is niet altijd het geval (in elk geval niet, als het bestuur tot die handelingen niet bevoegd is verklaard). Ook komt het voor dat de goedkeuringseis uitsluitend gesteld wordt ten aanzien van (een deel van) de rechtshandelingen van artikel 2:291, lid 2, BW (NIDI).

Ter indicatie van het soort beslissingen dat goedkeuring behoeft, wordt hier de opsomming van artikel 9, derde lid, statuten ILRI weergegeven. Dit lid luidt:

‘Alvorens van kracht te zijn behoeven de goedkeuring van de Minister, besluiten:

- tot kopen, vervreemden en bezwaren van onroerende zaken;
- tot huren, verhuren, pachten en verpachten van onroerende zaken;
- tot vestigen en beëindigen van zakelijke rechten;
- tot overdracht van octrooi- en auteursrechten en tot verlening van licenties;
- tot aanvaarden schenkingen en legaten, waaraan voorwaarden zijn verbonden;
- tot aangaan van geldleningen, dadingen en borgtochten;
- tot het doen van schenkingen.’

Opvallend is dus dat de minister bij overheidsstichtingen met een bestuursmodel veel vaker niet, dan wel lijkt te beschikken over goedkeuringsbevoegdheden ten aanzien van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Bij stichtingen met een commissarissenmodel ontbreekt het daarentegen nooit aan toezichtsbevoegdheden. Dat wil echter niet zeggen dat deze ook steeds zijn toegekend aan de minister. De bevoegdheden zijn dikwijls alleen toegekend aan de Raad van Toezicht en niet (ook) aan de minister. Dat de minister wel en de Raad van Toezicht niet over een bepaalde goedkeuringsbevoegdheid beschikt, is iets dat minder vaak voorkomt: als de minister een goedkeuringsbevoegdheid heeft, dan beschikt vrijwel altijd ook de Raad van Toezicht over die bevoegdheid. Dat de minister (alleen of naast de Raad van Toezicht) over bepaalde

⁴⁹ Een uitzondering op deze regel vormt ECN. Art. 10, lid 4, van de statuten bepaalt wel dat de Raad van Toezicht bij reglement andere besluiten (dan de reeds opgesomde interne beslissingen) kan aanwijzen waarvoor de directie voorafgaande goedkeuring van de Raad van Toezicht behoeft.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

goedkeuringsbevoegdheden beschikt komt voor bij de STAB⁵⁰ en bij Grondmechanica Delft en het Waterloopkundig Laboratorium.⁵¹

Al met al beschikt de minister dus (slechts) in een gering aantal gevallen over toezichtsbevoegdheden bij overheidsstichtingen wat betreft directiebesluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen. Een specifiek informatierecht met betrekking tot dit soort besluiten is in het algemeen niet opgenomen. Dit neemt niet weg dat de minister – via een voorbehouden algemeen inlichtingenrecht of andere specifieke informatierechten (begroting, jaarrekening) – zich doorgaans wel op de hoogte kan stellen van dergelijke beslissingen.

Met het beeld van de praktijk zoals dat hierboven is geschetst kan worden ingestemd, wat betreft het veelal ontbreken van (preventief) toezicht van de minister op beschikkingen en beslissingen tot privaatrechtelijk handelen. Een goedkeuringsrecht met betrekking tot (bepaalde) externe besluiten die de eigenlijke taakuitoefening van de overheidsstichting betreffen, brengt mee dat de minister structureel een beslissende stem heeft in individuele gevallen. Een dergelijke bevoegdheid verdraagt zich slecht met zelfstandigheid.⁵² Wanneer voor een bepaalde categorie besluiten zelfstandigheid niet wenselijk is, verdient het de voorkeur deze bevoegdheid niet toe te kennen aan de overheidsstichting maar aan de minister te laten.⁵³ Als zelfstandigheid wel wenselijk is, dienen de besluiten niet onderworpen te zijn aan de goedkeuring van de minister.

In enkele gevallen is aan de minister wel een goedkeuringsrecht toegekend. Goedkeuring is dan doorgaans voorgeschreven voor externe beslissingen inzake privaatrechtelijk handelen, die ingrijpende gevolgen hebben voor de financiële en/of organisatorische positie van de overheidsstichting. Te denken valt aan het verstrekken van krediet, het aangaan van geldleningen en het deelnemen in danwel oprichten van andere rechtspersonen naar privaatrecht. Een dergelijk goedkeuringsrecht ligt ten

50 De STAB is het niet toegestaan zonder voorafgaande toestemming van de minister kredietovereenkomsten en geldleningen aan te gaan danwel garantiestellingen te doen; registergoederen te verwerven, te vervreemden of te bezwaren, te huren of te verhuren, indien zij zijn verworven door middel van de subsidie, danwel de lasten daarvoor worden bekostigd uit de subsidie. Zie art. 13 Besluit subsidiëring STAB. Art. 14, achtste lid statuten STAB bepaalt voorts dat de directie bevoegd is om na verkregen goedkeuring van de Raad van Toezicht en de minister, bevoegd is tot het aangaan van de overeenkomsten als bedoeld in art. 2:291, lid 2, BW.

51 Art. 15, tweede lid, statuten GD: 'De directie is niet bevoegd ten aanzien van het aan de stichting toebehorend onroerend goed enige rechtshandeling te verrichten strekkende tot vervreemden, bezwaren of verlenen van gebruiksrechten aan derden tenzij de Minister van Verkeer en Waterstaat daartoe schriftelijk toestemming heeft gegeven. De Minister kan aan deze toestemming voorwaarden verbinden.'

52 Vgl. Zijlstra (1997), p. 221.

53 Vgl. wat Zijlstra zegt i.v.m. de (onwenselijke) bevoegdheid van de minister tot het geven van bijzondere aanwijzingen: (1997), p. 220.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

aanzien van besluiten die van groot financieel gewicht zijn, dat wil zeggen bij uitgaven die boven een bepaald bedrag uitgaan, voor de hand. Het goedkeuringsrecht van de minister ten aanzien van de begroting (zie paragraaf 6.7) zou anders gemakkelijk ondergraven kunnen worden. Een categorale goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van de meer taak-inhoudelijke beslissingen is echter niet gewenst, voor die beslissingen volstaat repressief toezicht.

De bevoegdheid tot repressief toezicht (schorsing en/of vernietiging) behelst ook de mogelijkheid te beslissen in individuele gevallen, maar het oordeel van de minister is voor de inwerkingtreding van de betrokken besluiten niet sowieso vereist. Gelet op zijn verantwoordelijkheid voor de hoofdlijnen van het beleid en de grote lijnen van de uitvoering, kan het nuttig zijn dat de minister althans de mogelijkheid heeft bepaalde besluiten van de overheidsstichting terug te draaien. Een dergelijke beslissing dient echter niet zonder voorafgaand overleg met de overheidsstichting genomen te kunnen worden en dient gemotiveerd te worden. Met name waar bijzondere deskundigheid is vereist zou in het kader van die motivering contra-expertise aangewezen kunnen zijn, bijvoorbeeld bij de stichtingen van de Wet op het specifieke cultuurbeleid.

Terughoudendheid met het gebruik van deze bevoegdheid door de minister, dient net zoals dat bij bestuurlijk toezicht in het algemeen het geval is, het leidend beginsel te zijn. Deze terughoudendheid is dan niet, zoals ten aanzien van het territoriaal gedecentraliseerde bestuur, gebaseerd op de eigen democratische legitimatie, maar vloeit voort uit de verkozen zelfstandigheid van de taakuitvoering. Wanneer de minister structureel ieder besluit van de overheidsstichting wenst te onderwerpen aan een onderzoek op zijn vernietigbaarheid, verdraagt zich dat niet met de idee van zelfstandigheid en kan beter gekozen worden voor een andere uitvoeringsvariant.⁵⁴

Met name bij overheidsstichtingen die kunnen worden gerekend tot het 'zbo'-type dat te herleiden is tot de wens van onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid (zie paragraaf 3.3.4), dient de bevoegdheid tot (schorsing en/of) vernietiging nauw geclausuleerd te zijn.⁵⁵

Wanneer gekozen is voor een commissarissenmodel mag dat model geen reden vormen tot het achterwege laten van een vernietigingsbevoegdheid van de minister. Toezicht door een Raad van Toezicht kan hoogstens nopen tot enige extra terughoudendheid van de minister inzake het gebruik van die bevoegdheid.

54 Vgl. Zijlstra (1997), p. 221.

55 Vgl. wat Zijlstra bepleit voor het zbo-type 'aard van de bevoegdheid' in (1997), p. 236-237.

6.7 Interne beslissingen

6.7.1 Periodieke stukken

De periodieke stukken waarover vrijwel steeds bepalingen voorkomen in de statuten van overheidsstichtingen zijn het jaarverslag, de jaarrekening en de begroting. Het jaarverslag biedt inzicht in het algemene reilen en zeilen van de stichting gedurende het afgelopen boekjaar, de jaarrekening en begroting zijn vooral van belang om inzicht te verkrijgen in het financiële doen en laten van de stichting. Achtereenvolgens komen deze drie stukken aan de orde en wordt gekeken of, en, zo ja, welke bevoegdheden de minister aangaande deze stukken dient te hebben. Daarbij speelt het type zelfstandige bestuursorganisatie geen rol; het gaat om bevoegdheden die de minister in het algemeen jegens deze organisaties, waaronder overheidsstichtingen, dient te hebben.⁵⁶

Jaarverslag

De minister dient over de nodige informatie te beschikken betreffende de taakuitvoering door de overheidsstichting. Dit geldt ongeacht het type overheidsstichting.⁵⁷ Het gaat om de terugkoppeling van de uitvoering naar het beleid. Aan de hand van de informatie zal eventueel bijstelling van het beleid moeten plaatsvinden. Behalve het algemene inlichtingenrecht van de minister, wordt ook het jaarverslag als een geschikt instrument beschouwd om de minister van de nodige informatie te voorzien. Een overheidsstichting dient daarom verplicht te zijn verslag te doen over de taakuitoefening.⁵⁸ Gelet op de informatieve functie van het jaarverslag voor de minister, verdient het voorts de voorkeur om toezending aan de minister verplicht te stellen en dus niet te volstaan met de plicht tot openbaarmaking of algemeen verkrijgbaarstelling sec.

Doorgaans ontbreekt in de statuten een omschrijving van de inhoudelijke eisen waaraan het jaarverslag dient te voldoen en ontbreekt ook een ministeriële bevoegdheid om eisen te stellen betreffende de inrichting van het jaarverslag. Doorgaans omschrijven de statuten het jaarverslag als een verslag van de werkzaamheden van de stichting over het afgelopen (kalender- of boek-)jaar, maar ze spreken ook vaak kortweg van jaarverslag. De statuten van de Wsc-stichtingen vormen in die zin een uitzondering dat ze bepalen dat het jaarverslag ten minste dient weer te geven wie welk bedrag aan subsidie van de stichting heeft ontvangen. Gezien het feit dat titel 9 van boek 2 BW doorgaans niet van toepassing zal zijn op

56 Vgl. ook Zijlstra (1997), die de bevoegdheden van de minister betreffende het jaarverslag en het financiële toezicht ook niet als type-gebonden beschouwd en er daarom in paragraaf 2 van hoofdstuk 7 op ingaat. Zie Zijlstra (1997), p. 195 en 222-223.

57 Vgl. ook Zijlstra, die de plicht tot het doen van verslag ook niet gerelateerd ziet aan het zbo-type. Zie (1997), p. 195 jo. 223.

58 Vgl. Zijlstra (1997), p. 223; Boxum (1997), p. 113, 116-118; Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 50; Algemene Rekenkamer, TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 27.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

overheidsstichtingen, hoeft het jaarverslag niet te voldoen aan de definitie van artikel 2:391 BW.

Aanwijzing 124s, eerste lid omschrijft het jaarverslag als een verslag van de werkzaamheden, het gevoerde beleid in het algemeen, en de doelmatigheid en doeltreffendheid van zijn werkzaamheden en werkwijze in het bijzonder in het afgelopen kalenderjaar. Deze omschrijving heeft ook de voorkeur van Boxum en verdient navolging, omdat een op die manier ingericht jaarverslag een werkelijk relevante bron van informatie vormt voor de minister: niet alleen wordt beschreven welke werkzaamheden door de stichting zijn verricht, maar tevens wordt de koppeling gemaakt met de beleidsdoelstellingen.⁵⁹

In de praktijk ontbreekt bij een behoorlijk aantal stichtingen een bepaling over een jaarverslag (zie bijv. ICODO, SEV, SBU, NIDI, STER, STAB, GD). Sommige overheidsstichtingen dienen het jaarverslag aan de minister toe te zenden. Dat is het geval bij het ILRI en de Wereldomroep. Bij het ILRI dient toezending te geschieden na vaststelling door het bestuur van het door de directeur opgestelde jaarverslag. De statuten van de Wsc-fondsen bevatten geen bepaling die toezending aan de minister verplicht stelt, geregeld is alleen dat het jaarverslag door de stichting openbaar moet worden gemaakt. Bij de overheidsstichtingen met een commissarissenmodel ontbreekt in de statuten een bepaling over de toezending of openbaarmaking van het jaarverslag. Bij het ECN is inzake het jaarverslag enkel bepaald dat de Raad van Toezicht het recht toekomt om het door de directie voorgelegde jaarverslag goed te keuren. De modelstatuten van de rijksmusea bepalen niets anders dan dat het jaarverslag door de directie wordt opgesteld.

Financiële controle: begroting en jaarrekening

De ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganisaties, waaronder overheidsstichtingen, dient in te houden dat de minister de mogelijkheid heeft tot beheersing van de omvang van de collectieve middelen die naar die organisaties toevloeien, alsmede de mogelijkheid te controleren of de beschikbare financiële middelen doelmatig worden ingezet. De minister dient kortom over de bevoegdheden te beschikken die hem in staat stellen controle uit te oefenen op de inkomsten en uitgaven van een overheidsstichting.

Dit betekent dat de minister ten minste het recht toekomt om geïnformeerd te worden over de inkomsten en uitgaven van de overheidsstichting. Concreet houdt dit in dat de stichting de minister op de hoogte dient te stellen van eventuele tarieven en heffingen (zo zij daaruit (mede)bekostigd wordt en bevoegd is die vast te stellen) en dat zij de minister de begroting en de jaarrekening dient toe te zenden.

⁵⁹ Zie Boxum (1997), p. 117.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

In het kader van de financiële verantwoording bevatten veel statuten een bepaling over de 'jaarrekening'. Andere statuten spreken van de balans, staat van baten en lasten met bijbehorende toelichting. Het gaat dan echter om hetzelfde. Een jaarrekening bestaat namelijk uit een balans, een winst- en verliesrekening met de toelichting.

De balans verschaft informatie over de grootte en samenstelling van het vermogen (activa en passiva). De winst- en verliesrekening wordt ook wel resultatenrekening of staat van baten en lasten genoemd en verschaft inzicht in de grootte en samenstelling (herkomst) van de winst, die positief of negatief kan zijn (opstelling van alle inkomsten en uitgaven gedurende een bepaald boekjaar).⁶⁰ De aanwijzingen voor de zbo's gebruiken niet het begrip jaarrekening als het gaat om de financiële verslaglegging, maar spreken van het financieel verslag (aanwijzing 124p). Maar ook hier gaat het wezenlijk om hetzelfde. De toelichting geeft namelijk aan dat het financieel verslag ten minste omvat een overzicht van inkomsten en uitgaven (exploitatie-rekening), een balans, alsmede een toelichting op beide stukken. Verder bepaalt de toelichting dat voor de inhoud van deze stukken aansluiting kan worden gezocht bij de bepalingen van de afdelingen 1 tot en met 6 van titel 9 van Boek 2 BW. Dit is de titel over de jaarrekening en het jaarverslag.

In tegenstelling tot de jaarrekening die na afloop van het boekjaar wordt opgesteld, biedt de vaststelling van tarieven en heffingen, en de vaststelling van de begroting aan de minister, de mogelijkheid invloed uit te oefenen op de prestaties en de met die prestaties gemoeide uitgaven. De minister dient daarom ten aanzien van die vaststellingen niet alleen over een informatierecht te beschikken, maar ook over een beslissende laatste stem in de vorm van een goedkeuringsrecht (of eventueel een initiatiefrecht bij tarieven en heffingen).⁶¹ Voor zbo's bepaalt aanwijzing 124l, vierde lid van de aanwijzingen inzake zbo's op soortgelijke wijze dat de minister de bevoegdheid moet zijn toegekend tot instemming met de begroting. Ten aanzien van het goedkeuringsrecht inzake de begroting, dient als kanttekening te gelden dat de minister dit recht niet mag gebruiken om zijn wil in bijzondere gevallen door te drukken.

Een goedkeuringsrecht ten aanzien van de jaarrekening biedt aan de minister niet de mogelijkheid via invloed of sturing verder vorm te geven aan zijn verantwoorde-

60 Schwarz, Van den Ingh (1996), p. 164-166. De staat van baten en lasten is eigenlijk een eenvoudige soort resultatenrekening, zie T&C BW 1998 (Koning), p. 972-973.

61 Zie ook het rapport van de Algemene Rekenkamer, TK 1994/95, 24 130, nr. 3, p. 29-30. Zijlstra gaat summier in op de bevoegdheden aangaande de begroting, en geeft aan te denken aan eventueel preventief toezicht van het 'democratisch complex' daarop: (1997), p. 222. Wanneer andere documenten belangrijker zijn wat betreft de raming van inkomsten en uitgaven (bijv. een meerjarenplan) of wanneer de ministeriële keuze over het beslag gelegd wordt op de collectieve middelen langs andere weg kan worden bereikt (via bijv. bekostigingsvoorwaarden), is een goedkeuringsrecht van de minister betreffende de begroting niet nodig. Hoe ook geregeld, de minister dient in elk geval wel invloed te hebben op de omvang en verdeling van de collectieve middelen die de overheidssichting voor haar taakuitoefening aangewezen acht. Vgl. Boxum (1997), p. 207-211.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

lijkheid voor het financiële beleid, omdat het de financiële verslaglegging betreft over het voorbijgegangene jaar en dus gedane zaken. De jaarrekening heeft met andere woorden niet zoals de begroting een allocatiefunctie, maar louter een beheers-technische functie in de zin dat de jaarrekening laat zien of het beheer, voor de ordelijkheid en doelmatigheid waarvan de begroting de grondslag vormt, in goede orde en op doelmatige wijze heeft plaatsgevonden.⁶² Desalniettemin dient de minister uit een oogpunt van financieel toezicht het recht te hebben tot goedkeuring van de jaarrekening. Dat biedt een handvat om af te dwingen dat de gegevens op de door de minister gewenste wijze worden gepresenteerd. Dat is van belang voor de financiële terugkoppeling van de taakuitvoering naar het beleid, onder meer ook wat de (bijstelling van de) bekostigingsvoorwaarden betreft.⁶³

In verband met de informatieve functie van de jaarrekening, is het van groot belang dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft van de financiële ontwikkelingen gedurende het voorbijgegangene boekjaar. Controle van de jaarrekening door een accountant van buiten de overheidsstichting is daarom aangewezen. Deze legt zijn bevindingen omtrent de getrouwheid en de rechtmatigheid ervan neer in een verklaring.⁶⁴

Verder is het in het algemeen van belang dat de minister de mogelijkheid heeft regels te stellen omtrent de inrichting van de financiële stukken (interne regels, zie paragraaf 6.9). Een voorbeeld biedt de bepaling van aanwijzing 124p, lid 2: 'Onze Minister kan regels stellen over de inrichting van de begroting, het financieel verslag en aandachtspunten voor de accountantscontrole.'

De praktijk van overheidsstichtingen beantwoordt in redelijke mate aan deze eisen aangaande de ministeriële bevoegdheden inzake de begroting, eventuele tarieven en de jaarrekening. Bij stichtingen met een commissarissenmodel neemt de Raad van Toezicht wel weer vaak als het ware de plaats in van de minister.

Een enkele keer ontbreekt een statutaire bepaling over de begroting (SBU, ICO-DO). Voorzover de statuten wel een bepaling over de begroting bevatten, behoeft deze bij de stichtingen met een bestuursmodel in de meeste gevallen de goedkeuring

62 Zie over de beheerstechnische functie van de begroting en de financiële verslaglegging en daarnaast de allocatiefunctie van de begroting Boxum (1997), p. 207.

63 De aanwijzingen inzake de zbo's voorzien niet in een ministerieel goedkeuringsrecht wat betreft het financieel verslag. Wel dient het financieel verslag vergezeld van de accountantsverklaring algemeen verkrijgbaar te worden gesteld (aanwijzing 124p, lid 2). Anders ook Boxum die meent dat niet in algemene zin kan worden bepaald dat de minister bevoegd is goedkeuring te verlenen aan (de begroting en) het financieel verslag, maar van mening is dat in het algemeen dient te worden verlangd dat (de vastgestelde begroting en) het financieel verslag aan de minister worden aangeboden. Zie Boxum (1997), p. 210.

64 Vgl. voor zbo's: aanwijzing 124p, eerste lid, en voor zelfstandige bestuurslichamen: Boxum (1997), p. 211.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

van de minister (SEV, Stimuleringsfonds voor de Architectuur, Fonds voor de Schepende Toonkunst, NIDI, STER), maar een aantal keren heeft de minister (ILRI, Mondriaanstichting) of het Commissariaat van de Media, als door de minister aangewezen toezichthouder (Wereldomroep), ‘slechts’ een ontvangstrech. De statuten van de overheidsstichtingen met een commissarissenmodel vereisen doorgaans slechts goedkeuring van de Raad van Toezicht. Alleen bij de STAB behoeft de begroting ook de goedkeuring van de minister. Bij het ILRI is voorts bepaald dat de begroting dient te worden ingericht volgens de richtlijnen en voorwaarden gesteld door de geldverstrekende instanties (waaronder de Staat).

Goedkeuring door de minister van de door het bestuur opgestelde jaarrekening is in ongeveer de helft van de gevallen niet vereist bij overheidsstichtingen met een bestuursmodel (SBU, ICODO, Wsc-fondsen, Wereldomroep)⁶⁵. In een bepaling inhoudend dat de stichting verplicht is de jaarrekening aan de minister toe te zenden, is voorzien bij de Wsc-fondsen; het Commissariaat voor de Media dient jaarlijks de jaarrekening te ontvangen van de Wereldomroep. Goedkeuring van de jaarrekening door de minister is wel voorgeschreven bij de SEV, het ILRI, het NIDI en de STER. Bij de stichtingen met commissarissenmodel heeft de minister alleen bij Grondmechanica Delft en het Waterloopkundig Laboratorium (identieke statuten) het recht van goedkeuring van de jaarrekening. In de overige gevallen heeft alleen de Raad van Toezicht het recht van goedkeuring. Bij de STAB is wel voorzien in de bevoegdheid van de minister de jaarrekening van de stichting te ontvangen.

De jaarrekening van het ILRI dient te worden ingericht volgens de richtlijnen en voorwaarden zoals gesteld door de geldverstrekende instanties. Bij het Stimuleringsfonds voor de Architectuur en de Mondriaanstichting (twee Wsc-fondsen) bepalen de statuten dat de jaarrekening ingericht wordt overeenkomstig het daaromtrent bepaalde in de subsidievoorwaarden, gesteld door de minister.

In onderzoek en controle van de jaarrekening door een accountant voorzien bijna alle statuten. De omschrijving van de bevoegde accountant is doorgaans beperkt tot de mededeling dat het gaat om een (door het bestuur aangewezen) accountant of registeraccountant. Bij Grondmechanica Delft is sprake van een door de Raad van Toezicht – en zo die in gebreke blijft een door de directie – aangewezen deskundige als bedoeld in artikel 2:393 BW. Ook de statuten van de STAB ontlenen inspiratie aan titel 9 van Boek 2 BW over de jaarrekening en het jaarverslag: de directie van de STAB wijst een register-accountant aan die een schriftelijke verklaring van getrouwheid als bedoeld in artikel 393, eerste lid Boek 2 BW afgeeft aan de directie over de jaarrekening van de stichting. Controle van de jaarrekening vindt bij de Wereldomroep ten slotte plaats door een registeraccountant, een accountant die een vergunning heeft als bedoeld in artikel 70b, eerste lid, sub b Wet op de registeraccountants, danwel door een organisatie waarin zodanige accountants samenwerken.

65 Wat betreft de Wereldomroep: goedkeuring van het Commissariaat voor de Media is evenmin vereist.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

Wat betreft de bevoegdheden van de minister aangaande de vaststelling van tarieven bij overheidsstichtingen: bij het NIDI hoeft het bestuur voor het door hem te voeren beleid inzake tarieven voor dienstverlening de goedkeuring van de minister. De tarieven die de STER hanteert, worden vastgesteld door het bestuur zelf; de minister kan echter binnen een maand na ontvangst van het besluit, het besluit geheel of ten dele vernietigen. Bij het vernietigingsbesluit kan de minister zelf de tarieven vaststellen, danwel bepalen dat het bestuur opnieuw ter zake een besluit neemt met inachtneming van het besluit van de minister.⁶⁶

6.7.2 *Personele beslissingen*

In de statuten is in veel gevallen iets bepaald over de medewerkers van het bureau van de stichting. Het kan gaan over de arbeidsvoorwaarden, de eisen waaraan de personeelsleden moeten voldoen, de taakomschrijving van het bureau, de bevoegdheidsverdeling tussen bureau en bestuur, het rechtspositiereglement et cetera. Veelal worden deze vastgesteld door het bestuur, soms is goedkeuring van de Raad van Toezicht vereist. Interne regels zoals vervat in een rechtspositiereglement, niet zijnde een uitwerking van de statuten, behoeven doorgaans de goedkeuring van de minister.

Voorzover niet in een (rechtspositie)reglement vervat, zou er iets voor te zeggen zijn als voor interne beslissingen het personeel betreffende, welke grote gevolgen hebben voor de omvang en continuïteit van de organisatie (en dus ook voor de financiële situatie) van de overheidsstichting, de voorafgaande goedkeuring van de minister vereist zou zijn. Beslissingen die grote gevolgen kunnen hebben voor de continuïteit van de taakbeartiging, de omvang van de benodigde collectieve middelen en de financiële situatie van de overheidsstichting, zouden niet buiten de invloed van de minister om plaats moeten kunnen vinden. Het gaat dan om beslissingen van het bestuur die in de statuten van de rijksmusea (art. 6, derde lid, sub g, k en n, modelstatuten) en GD/WL (art. 15, vierde lid, sub f, statuten) afhankelijk zijn gesteld van goedkeuring van de Raad van Toezicht, namelijk collectieve ontslagen van een behoorlijk aantal werknemers, een ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers en tegelijkertijd of binnen een kort tijdsbestek de beëindiging van de dienstbetrekking van een aanmerkelijk aantal werknemers.

6.7.3 *Interne organisatorische beslissingen: statutenwijziging, fusie, ontbinding*

De minister dient ook ten aanzien van beslissingen inzake de organisatie van de overheidsstichting die rechtstreeks de continuïteit van de (taakuitvoering door de) stichting raken, te beschikken over een beslissende stem. Te denken valt aan beslissingen inzake statutenwijziging, fusie en ontbinding. Een beslissende stem inzake statutenwijzi-

⁶⁶ Zie art. 27 Mediawet.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

ging is daarnaast van belang om te voorkomen dat de overheidsstichting op eigen houtje overgaat tot doelwijziging of wijziging van de sturingsbevoegdheden van de minister.

In de praktijk is niet steeds voorzien in invloed van de minister wat betreft de beslissing tot fusie. Voorzover er iets is bepaald, is het besluit tot fusie steeds onderworpen aan de goedkeuring van de minister (en de Raad van Toezicht indien aanwezig).⁶⁷

Daarentegen is aan de minister doorgaans wel een beslissende stem toegekend inzake statutenwijziging en ontbinding. Doorgaans is aan die beslissende stem vormgegeven door een goedkeuringsrecht van de minister ten aanzien van bestuursbeslissingen tot ontbinding of statutenwijziging. Soms echter heeft de minister een initiatiefrecht met betrekking tot beide besluiten. Dit initiatiefrecht kan hem alleen toekomen, het bestuur heeft dan niet zelf (ook) het recht tot statutenwijziging of ontbinding te besluiten. Het gaat dan om een uitsluitende bevoegdheid van de minister. De minister heeft zo'n bevoegdheid betreffende de beslissing tot ontbinding bij de STER en de Wereldomroep. Bij het ILRI echter is naast de minister ook het bestuur bevoegd te besluiten tot statutenwijziging en ontbinding. De minister beschikt dan niet over een uitsluitende maar over een concurrerende bevoegdheid. Wanneer niet de minister, maar het bestuur dan tot zo'n besluit overgaat, is voor inwerkingtreding ervan weer de goedkeuring van de minister vereist. Van een concurrerende ontbindingsbevoegdheid is sprake bij de Wsc-fondsen en het NIDI. Een concurrerende bevoegdheid van de minister inzake statutenwijziging doet zich voor bij de Wereldomroep.

Bij stichtingen met een commissarissenmodel komt de minister ook meestal de beslissende stem toe in de vorm van een goedkeuringsrecht. Bij de Stab is niet het bestuur maar de Raad van Toezicht bevoegd te besluiten tot statutenwijziging en ontbinding, bij andere stichtingen met een Raad van Toezicht is het bestuur daartoe bevoegd, maar heeft een dergelijk besluit voor inwerkingtreding doorgaans de goedkeuring van de Raad van Toezicht (en van de minister).

6.8 Externe regels

Regels die de externe beslissingen van de rechtspersoon (de taakuitoefening in concreto) normeren, worden hier aangeduid als externe regels. Daarentegen normeren interne regels de interne beslissingen.

Externe regels kunnen de vorm hebben van een algemeen verbindend voorschrift of van een beleidsregel. Een begrip dat ook aangetroffen wordt is dat van de algemene aanwijzing. Indien een dergelijke aanwijzing betrekking heeft op externe beslissingen, brengt het (gesloten) systeem van de Awb mee dat zo'n aanwijzing juridisch als avv

⁶⁷ Zie art. 12 statuten ICODO (stichting met bestuursstructuur), art. 15, lid 1, statuten ECN en art. 15, lid 5, statuten GD/WL (ECN, GD en WL zijn stichtingen met een commissarissenmodel).

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

of als beleidsregel⁶⁸ zal moeten worden gekwalificeerd. Om verwarring te voorkomen zou het aanbeveling verdienen het begrip algemene aanwijzing niet langer te hanteren. Ook in de aanwijzingen voor de zbo's wordt niet gesproken van algemene aanwijzingen, nu ze in het systeem van de Awb geen zelfstandige categorie vormen naast de in de tekst onderscheiden algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels.⁶⁹

Verzelfstandiging impliceert de beëindiging van de bemoeienis van de minister met de taakuitvoering in bijzondere gevallen en komt dus voort uit een problematisering van de uitvoering, preciezer gezegd, een problematisering van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de uitvoering.⁷⁰ Dit betekent dat, alhoewel de grens tussen beleid en uitvoering niet altijd scherp getrokken kan worden, als uitgangspunt moet worden aangehouden dat het beleid in beginsel geen zaak van de zelfstandige bestuursorganisatie is. De beleidsvorming dient zoveel mogelijk plaats te vinden door organen van het democratisch complex, en wel, zoals dat in het algemeen geldt, zoveel mogelijk door algemeen vertegenwoordigende organen van het democratisch complex.⁷¹ In de tweede plaats dient de beleidsvorming die inherent is aan de taakuitvoering door de zelfstandige bestuursorganisatie, zoveel mogelijk terug te worden gekoppeld naar de minister.

Dit betekent dat de minister in beginsel het laatste woord dient te hebben wat betreft de normering van de wijze waarop zelfstandige bestuursorganisaties met hun bevoegdheden omgaan. Dat geldt ook voor overheidsstichtingen. De minister dient zelf bevoegd te zijn tot het opstellen van beleidsregels, danwel een goedkeuringsbevoegdheid te hebben ten aanzien van de door de overheidsstichting opgestelde beleidsregels. Bij overheidsstichtingen voor welke het vanwege de aard van de taak onwenselijk is dat de minister kan bepalen hoe in het algemeen van de bevoegdheden gebruikgemaakt dient te worden (type onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid), passen echter geen door de minister vervaardigde beleidsregels.⁷²

Het verdient aanbeveling om geen externe (beleids)regels in de statuten neer te leggen. Statuten als document van vooral interne regels is niet bij uitstek de plaats zijn voor dergelijke regels (zie de volgende paragraaf). Bovendien gelden voor de beleids-

68 Als het niet gaat om een algemene aanwijzing betreffende een door de minister aan de overheidsstichting gedelegeerde bevoegdheid, kan de minister, als niet de bevoegdheid zelf uitoefenend bestuursorgaan, slechts beleidsregels vaststellen voorzover dat bij wettelijk voorschrift is bepaald. Zie art. 4:81 Awb.

69 Zie de toelichting op het zesde lid van aanwijzing 124l.

70 Zie Zijlstra (1997), p. 130-131.

71 Zijlstra (1997), p. 220-221, 232 en 236.

72 Vgl. Zijlstra's stellingname inzake beleidsregels bij het zbo-type 'aard van de bevoegdheid' (1997), p. 236.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

regels dan ook de vormvoorschriften verbonden aan statuten. Alhoewel het BW weinig zegt over reglementen, moeten reglementen in de zin van het BW die een uitwerking bevatten van een of meerdere statutaire bepalingen, evenmin als de ideale plek voor beleidsregels worden beschouwd. Beter is het beleidsregels onder te brengen in een afzonderlijke regeling, waarvoor dan de benaming reglement beter kan worden vermeden. Dit om verwarring met reglementen in de zin van het BW te voorkomen (zie paragraaf 2.2.3).

Omdat een overheidsstichting, voorzover er niets bepaald is, bevoegd is tot het vaststellen van (nieuwe) beleidsregels, verdient het aanbeveling te voorzien in een bepaling, die regelt welke beleidsregels niet buiten het initiatief of goedkeuring van de minister om door de overheidsstichting kunnen worden vastgesteld.

6.9 Interne regels

Interne regels normeren de interne beslissingen. Voor rechtspersonen krachtens privaatrecht vormen de statuten bij uitstek de bron van deze regels. Waar besluiten in de rechtspersonenrechtelijke zin normaal zien op de interne rechtshandeling voor een concreet, voorliggend geval, treft men daarentegen in de statuten voorschriften aan die zien op een onbepaald aantal situaties. De verhouding tussen besluiten en statuten is geregeld in de artikelen 2:14 en 2:15 BW, bepalingen die onderdeel vormen van de algemene bepalingen voor (het interne verkeer bij) rechtspersonen. Reglementen geven een uitwerking van statutaire procedure-regels.

Vergelijkbaar met statuten (en reglementen) die kenmerkend zijn voor rechtspersonen naar privaatrecht, schrijven de aanwijzingen inzake zbo's een 'bestuursreglement' voor, zie met name aanwijzing 124k. Het bestuursreglement bevat interne regels: de voorbeelden die de toelichting van aanwijzing 124k opsomt, hebben steeds betrekking op de werkwijze van de organen (namelijk hoe het bestuur vergadert, hoe het besluiten neemt en hoe de eventuele andere organen vergaderen).

Interne regels kunnen ook opgenomen zijn in een avv indien (de taken en bevoegdheden van) de overheidsstichting een wettelijke basis hebben. Ook hier is het beter de algemene aanwijzing als begrip (en bron van interne regels) te vermijden, maar dergelijke regels uitsluitend neer te leggen in juridisch bekende bronnen van interne regels, zoals statuten, reglementen (en bij of krachtens de wet gestelde regels).

Een algemene aanwijzing kan ook interne regels bevatten. Een voorbeeld van een algemene aanwijzingsbevoegdheid die de minister het recht geeft interne regels te stellen, is de bevoegdheid van de minister om nadere voorschriften te geven met betrekking tot de inrichting van de begroting en de jaarrekening (art. 3, lid 3 Besluit subsidiëring STAB). De bevoegdheid van de minister om een wijziging voor te schrijven van het reglement waarin in ieder geval vastgelegd zijn de werkwijze, de procedures en de criteria die het bestuur bij het beslissen op aanvragen voor financiële bijdragen hanteert, alsmede de voorschriften die aan

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

een toekenning van een financiële bijdrage verbonden worden (art. 10, lid 4 Wet op het specifieke cultuurbeleid), behelst niet alleen de bevoegdheid tot het geven van interne regels, maar ook tot het geven van externe regels (subsidiecriteria).

Interne regels zijn in beginsel een zaak van de minister. Zij zijn essentieel voor de sturing en het toezicht van de minister op de overheidsstichting. De minister dient inzake het opstellen en wijzigen van die regels, welke het organisatorische, financiële en personele functioneren reguleren en welke de interne beslissingen (inhoudelijk) normeren, tenminste een beslissende laatste stem te hebben. Het mag bijvoorbeeld niet zo zijn dat de overheidsstichting deze regels zelfstandig kan wijzigen en zo de bevoegdheden van de minister ter zake kan opheffen. Zoals reeds vastgesteld, dient de minister inzake statutenwijziging dus een beslissende stem te hebben.

Ervan uitgaande dat de statuten niet buiten de minister om kunnen worden gewijzigd, is in zijn algemeenheid een beslissende stem van de minister voor (de wijziging van) reglementen niet steeds vereist. Zolang deze zo worden ingericht dat ze alleen een nadere uitwerking bevatten van de statutair (en wettelijk) vastgelegde interne regels, kan de vaststelling van reglementen aan overheidsstichtingen zelf worden overgelaten. Te denken valt met name aan huishoudelijke reglementen die de interne besluitvorming (vergaderfrequentie, besluitvormings- en stemprocedure, en werkwijze bestuur) verder regelen. De minister dient echter wel een beslissende laatste stem te hebben inzake reglementen die onderwerpen regelen die niet in de statuten zijn vervat en grote financiële, personele en/of organisatorische consequenties hebben, zoals bijvoorbeeld rechtspositieregelingen.

In de praktijk blijken besturen van overheidsstichtingen hun huishoudelijke reglementen veelal zelfstandig te kunnen vaststellen. Bij het NIDI, de STER en de Wsc-fondsen is dat echter niet het geval, maar de fondsreglementen bevatten dan ook behalve interne regels ook beleidsregels. Bij de stichtingen met een commissarissenmodel behoeven de in de statuten genoemde (huishoudelijke en andere) reglementen, voorzover ze door de directie worden opgesteld, doorgaans de goedkeuring van de Raad van Toezicht; daarnaast is de Raad van Toezicht soms bevoegd zelfstandig reglementen vast te stellen.

Sommige overheidsstichtingen met bestuursmodel zijn daarnaast expliciet bevoegd verklaard tot het zelfstandig vaststellen van 'andere' of 'overige' reglementen (ICODO, SBU). Voor de SBU is daaraan toegevoegd dat die reglementen onderwerpen regelen die niet in de statuten zijn vervat. Deze toevoeging ontbreekt bij ICODO, waarvoor weer wel specifiek wordt bepaald dat het salaris- en overige arbeidsvoorwaardenregelingen zelfstandig kan vaststellen.

Andere stichtingen behoeven wel goedkeuring voor andere dan huishoudelijke reglementen: bij de SEV stelt de minister de vergoeding van bestuursleden vast, bij de Wereldomroep heeft de minister een goedkeuringsbevoegdheid wat betreft de

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

(onkosten)vergoedingen en bij het NIDI behoeven regelingen betreffende personeelsaspecten (formatie, functie-indeling, bekwaam- en geschiktheidseisen, bezoldiging, overige arbeidsvoorwaarden en salarissen) steeds de goedkeuring van de minister.

Net als voor externe (beleids)regels het geval is, verdient het aanbeveling om te voorzien in een bepaling, die regelt waarover buiten het initiatief of goedkeuring van de minister geen interne regels (reglementen) mogen worden vastgesteld.

6.10 Taakverwaarlozingsregeling

Een taakverwaarlozingsregeling is een regeling die de minister een handvat biedt om (snel) in te grijpen als een zelfstandige bestuursorganisatie, zoals een overheidsstichting, haar taken ernstig verwaarloost. Het voorzien in een dergelijke regeling wordt doorgaans in de literatuur bepleit.⁷³ Ook de Aanwijzingen inzake zbo's schrijven ten aanzien van zbo's voor dat in de wet in beginsel een taakverwaarlozingsregeling wordt opgenomen (aanwijzing 124m). Gelet op zijn verantwoordelijkheid voor de taakbehoortiging op hoofdlijnen, dient de minister inderdaad in te kunnen grijpen als een overheidsstichting haar taken ernstig verzaakt. Ook voor overheidsstichtingen is een taakverwaarlozingsregeling daarom aan te bevelen.

Een taakverwaarlozingsregeling kan op verschillende manieren vorm krijgen. Om te bereiken dat de stichting zo spoedig mogelijk stopt met de taakverwaarlozende (non-)activiteiten, gaat het meestal om een regeling die voorziet in de mogelijkheid voor de minister om de taakbehoortiging door de stichting überhaupt stop te zetten. Dat kan op verschillende manieren: intrekking van de taak, intrekking van de aanwijzing als organisatie die de taak mag verrichten, danwel ontbinding van de organisatie die de taak behoortigt. Welke vorm gekozen wordt, hangt af van de concrete situatie: zijn er wel publiekrechtelijke bevoegdheden aan de stichting geattribueerd of gedelegeerd die kunnen worden ingetrokken, of is de stichting wel aangewezen of anderszins gemachtigd tot de specifieke taakbehoortiging?

Het verdient echter de voorkeur dat waar mogelijk (eerst) gekozen wordt voor een minder zware taakverwaarlozingsregelingsvorm, namelijk voor een vorm die de mogelijkheid tot taakbehoortiging door de stichting openlaat en de oplossing zoekt in wijzigingen van de stichting als uitvoerende organisatie. Te denken valt aan de be-

73 Boxum (1997), p. 109-112; Zijlstra (1997, p. 241) beveelt het opnemen van een taakverwaarlozingsregeling aan, behalve als het gaat om een zbo van het participatietype dat uitsluitend bevoegdheden bezit jegens justitiabelen die in het zbo adequaat gerepresenteerd zijn en hun financiën uitsluitend ontleen aan heffingen, opgelegd aan deze justitiabelen. Zie ook Cie Scheltema, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41, p. 51: 'Indien een zelfstandig bestuursorgaan niet op zijn taak berekend is, zou ingrijpen in de (leiding van de) organisatie mogelijk moeten zijn'.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

voegdheid van de minister om in beslissingen van het stichtingsbestuur te voorzien⁷⁴ of tot ontslag van de bestuurders c.q. leden van de Raad van Toezicht.⁷⁵ In dat geval verdient het aanbeveling, teneinde een willekeuring gebruik van de ontslagbevoegdheid te voorkomen (verkapte bijzondere instructiebevoegdheid), taakverwaarlozing expliciet als ontslaggrond op te nemen.

Een voorbeeld van het laatstgenoemde biedt artikel 24, eerste lid statuten GD/WL: 'Indien de stichting naar het oordeel van de Minister van Verkeer en Waterstaat hetzij niet (meer) waarborgt de continuïteit en kwaliteit van de in artikel 3 van de statuten omschreven activiteiten van de stichting, hetzij niet (meer) voldoet aan een zo goed mogelijk renderende doch ten minste kostendekkende exploitatie is de Minister van Verkeer en Waterstaat in afwijking van het te dier zake in deze statuten bepaalde bevoegd de leden van de Raad van Toezicht te ontslaan en hun opvolgers te benoemen en behoeft een directie voor de besluiten genoemd in artikel 15 lid 4 en artikel 15 lid 7 (directiebesluiten die normaliter de goedkeuring van de Raad van Toezicht behoeven – KS) de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de Minister'.

Ook het initiatiefrecht van de minister tot ontbinding van de stichting kan zich lenen voor een taakverwaarlozingsregeling. Een dergelijke bevoegdheid heeft de minister onder andere bij de Wsc-fondsen.

De toelichting op aanwijzing 124m geeft aan dat bij een taakverwaarlozingsregeling gedacht kan worden aan het bij ministeriële regeling treffen van de nodige voorzieningen, maar ook aan een zware voorziening als intrekking van de aanwijzing van een rechtspersoon die is aangewezen om een bepaalde taak te verrichten. Wanneer de taakbehartiging de uitoefening van openbaar gezag inhoudt, valt te denken aan intrekking door de minister van de wettelijk geattribueerde of bij of krachtens de wet gedelegeerde bevoegdheden.⁷⁶ Ook de bepaling dat de beschikking tot verlening of tot vaststelling van de subsidie geheel of gedeeltelijk kan worden ingetrokken, indien blijkt dat de stichting onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt of anderszins niet heeft voldaan aan de regels gesteld bij of krachtens het subsidiebesluit (zie art. 3, vierde lid Besluit subsidiëring STAB), kan als taakverwaarlozingsregeling worden opgevat. Overigens is in de praktijk bijna nooit voorzien in een taakverwaarlozingsregeling (uitgezonderd genoemde stichtingen).

74 Vgl. art. 124, eerste lid, GemW: bij taakverwaarlozing door het College van Burgemeester en Wethouders of de burgemeester in aangelegenheden van medebewind voorzien Gedeputeerde Staten onderscheidenlijk de Commissaris van de Koning daarin.

75 Zie Boxum (1997), p. 109.

76 Vgl. Zijlstra (1997), p. 223.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

6.11 Evaluatiebepaling

Een wettelijke evaluatiebepaling houdt in dat de minister verplicht is de Staten-Generaal periodiek, bijvoorbeeld eenmaal per vier of vijf jaar, een verslag toe te zenden over de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van een overheidsstichting (vgl. de formulering van aanwijzing 124ij van de aanwijzingen inzake zbo's). Alhoewel een evaluatiebepaling dus in beginsel een verplichting van de minister ten opzichte van de Staten-Generaal inhoudt, wordt via zo'n bepaling gerealiseerd dat de taakuitvoering van de overheidsstichting regelmatig door de minister wordt doorgelicht. Een dergelijke exercitie is niet alleen nuttig in het kader van de verantwoordelijkheid van de minister voor de taakbeartiging van de overheidsstichting op hoofdlijnen, maar ook voor de terugkoppeling van de taakuitvoering naar het beleid. Een evaluatiebepaling bij overheidsstichtingen verdient daarom aanbeveling.⁷⁷

6.12 Conclusie: gewenste ministeriële bevoegdheden

De voorgaande paragrafen overziend, dient de minister te beschikken over de volgende bevoegdheden jegens overheidsstichtingen, waarbij de aan de definitie van overheidsstichting inherent zijnde bevoegdheid van de minister om de bestuursleden onderscheidenlijk de leden van de Raad van Toezicht in meerderheid te benoemen niet opnieuw is vermeld:

- a) algemeen inlichtingenrecht;
- b) ontslagbevoegdheid ten aanzien van de door de minister benoemde bestuursleden onderscheidenlijk de door hem benoemde leden van de Raad van Toezicht;
- c) vernietigingsbevoegdheid met betrekking tot concrete, externe beslissingen;
- d) goedkeuringsrecht ten aanzien van externe besluiten die van groot financieel gewicht zijn en een bepaald minimumbedrag te boven gaan en die in de begroting niet expliciet zijn vermeld;
- e) beslissende stem met betrekking tot beleidsregels;
- f) beslissende stem met betrekking tot bepaalde interne regels (namelijk voorzover deze geen uitwerking geven aan statutair geregelde onderwerpen en (wel) grote financiële, personele en/of organisatorische consequenties hebben);
- g) bepaling van algemene (externe en interne) regels die de overheidsstichting niet buiten de minister om mag vaststellen;
- h) recht op toezending van het jaarverslag;
- i) goedkeuringsrecht begroting en jaarrekening;
- j) goedkeuringsrecht tarieven/heffingen;
- k) bevoegdheid tot het stellen van interne regels met betrekking tot de inrichting van begroting en jaarrekening;

⁷⁷ Vgl. ook Boxum (1997), p. 258-259 en het Regeringsstandpunt inzake functioneel bestuur, TK 1990/91, 21 042, nr. 4, p. 34.

NORMERING VERHOUDING MINISTER - OVERHEIDSSTICHTING VANUIT
HET PERSPECTIEF VAN DE MINISTERIËLE VERANTWOORDELIJKHEID

- l) goedkeuringsbevoegdheid wat betreft ingrijpende personele beslissingen;
- m) laatste woord inzake statutenwijziging, ontbinding en fusie;
- n) bevoegdheid in te grijpen bij ernstige taakverwaarlozing;
- o) bevoegdheid onderzoek te verrichten in het kader van de periodieke evaluatie van het functioneren van de overheidsstichting.

Dit vastgesteld hebbend, komt in het volgende hoofdstuk de vraag aan de orde hoe en waar deze bevoegdheden van de minister het beste kunnen worden geregeld.

HOOFDSTUK 7

Naar een wettelijke regeling van de overheidsstichting

7.1 Opzet en samenvatting van het onderzoek. Herhaling van de voor overheidsstichtingen te regelen publiekrechtelijke waarborgen en ministeriële bevoegdheden

Een overheidsstichting is in Hoofdstuk 2 gedefinieerd als een stichting waarvan de leden van het bestuur en/of van de Raad van Toezicht in meerderheid door een of meerdere ministers (en/of staatssecretarissen) worden benoemd. De achtergrond van dit criterium is dat het moet gaan om een invloedsbevoegdheid van de minister die cruciaal is voor het überhaupt kunnen functioneren van de stichting als organisatie. Anders gezegd, de kwalificatie overheidsstichting is alleen gerechtvaardigd als het om een bevoegdheid van de minister jegens de stichting gaat die het initiatief of de sleutel tot het functioneren van de stichting in handen legt van de minister. Gekozen is voor het criterium van benoeming van de bestuursmeerderheid, nu voor een stichting alleen het bestuur als orgaan is voorgeschreven en een organisatie zonder personeel element niet kan handelen.

Wanneer een stichting is ingericht conform het commissarissenmodel (organisatiestructuur met een Raad van Toezicht), geldt voorts als criterium voor de kwalificatie overheidsstichting dat de minister de bevoegdheid heeft om de meerderheid van de leden van de Raad van Toezicht te benoemen. Dit gelet op het feit dat een dergelijke stichting vanwege de onderlinge afhankelijkheid van bestuur en Raad van Toezicht in hun zeggenschapuitoefening (het bestuur kan niet als zodanig functioneren als de Raad van Toezicht niet meewerkt en andersom), ook zonder Raad van Toezicht als personeel element niet kan functioneren. Een overheidsstichting is kortom een stichting waarvan de meerderheid van de leden van het bestuur onderscheidenlijk de Raad van Toezicht door de minister wordt benoemd.

De kwalificatie overheidsstichting is daarmee niet afhankelijk gesteld van de (al dan niet typische overheids)taken die een stichting verricht. Gegeven het feit dat ook aan particuliere organisaties (typische) overheidstaken kunnen worden opgedragen, kan de – op zichzelf problematische, want moeilijk definieerbare – aard van de taak niet bepalend zijn voor de kwalificatie van een organisatie als overheidsorganisatie en dus ook niet voor de kwalificatie van een stichting als overheidsstichting. Dit niettegenstaande de Awb die particuliere organisaties, voorzover ze bekleed zijn met openbaar gezag, uit een oogpunt van rechtsbescherming als bestuursorgaan aanmerkt.

Particuliere, met openbaar gezag beklede stichtingen zijn zo in beginsel in dit boek buiten beschouwing gebleven. Op deze stichtingen zijn echter, voorzover ze bekleed

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

zijn met openbaar gezag, de normen van publiekrecht (reeds) van toepassing. Normen waaraan overheidsstichtingen, zoals in Hoofdstuk 5 is verwoord, als zodanig ook zouden moeten voldoen, maar waarvan de toepasselijkheid op overheidsstichtingen – althans voorzover ze niet bekleed zijn met openbaar gezag – (nog) geen realiteit is.

In Hoofdstuk 3 is het begrip zelfstandige bestuursorganisatie geïntroduceerd ter aanduiding van de organisaties van functioneel bestuur die (bij externe verzelfstandiging) publiek- danwel privaatrechtelijk vormgegeven moeten worden. Voorzover het feit dat de aan de figuur van de overheidsstichting inherente rechtspersoonlijkheid relevant is, is het begrip toegespitst op de rechtspersonen binnen de categorie zelfstandige bestuursorganisaties. Deze subcategorie is aangeduid als die van de zelfstandige bestuursrechtspersonen.

De categorie van de zelfstandige bestuursorganisaties omvat in de eerste plaats alle publiekrechtelijk vormgegeven organisaties van functioneel bestuur; met een publiekrechtelijke organisatievorm is een overheidsorganisatie immers steeds gegeven. In de tweede plaats behoren tot de genoemde categorie alle privaatrechtelijke organisaties ten aanzien waarvan de minister beschikt over een sleutelbevoegdheid wat betreft zijn invloedsmogelijkheden jegens de organisatie. Die sleutelbevoegdheid bestaat, zoals gezien, bij een stichting uit de bevoegdheid tot het benoemen van het merendeel van de bestuurders en/of het merendeel van de leden van de Raad van Toezicht.

Op het punt van de privaatrechtelijke organisaties verschilt het begrip zelfstandige bestuursorganisatie derhalve van dat van de zelfstandige bestuursorganen. Het verschil tussen beide begrippen bestaat uit de particuliere privaatrechtelijke organisaties met openbaar gezag (geen zelfstandige bestuursorganisatie, wel zbo) en de privaatrechtelijke overheidsorganisaties zonder openbaar gezag (wel zelfstandige bestuursorganisatie, geen zbo).

Met de figuur van de overheidsstichting wordt aan een zelfstandige bestuursorganisatie een privaatrechtelijk jasje gegeven, waar een publiekrechtelijke organisatievorm voor (zelfstandige) overheidsorganisaties regel is. In Hoofdstuk 4 is ingegaan op de argumenten voor en tegen de keuze van de stichtingsvorm als privaatrechtelijke organisatievorm voor zelfstandige bestuursorganisaties. Daarvoor is niet alleen literatuuronderzoek verricht, maar ook is gekeken naar verzelfstandigingscasus leidend tot overheidsstichtingen.

De argumenten die aan de orde zijn gesteld en beoordeeld, zijn achtereenvolgens:

- 1) het belang van een herkenbare en transparante overheid;
- 2) het argument dat privaatrechtelijke vormgeving tot een zelfstandiger positie ten opzichte van de minister leidt dan bij publiekrechtelijke vormgeving het geval is;
- 3) het argument van de eisen van publiekrecht, inhoudend enerzijds dat privaatrechtelijke vormgeving niet mag leiden tot minder publiekrechtelijke waarborgen voor de burger in vergelijking tot de waarborgen die hij heeft bij publiekrechtelijke vormgeving en anderzijds dat de minister over voldoende bevoegdheden jegens de overheids-

NAAR EEN WETTELIJKE REGELING VAN DE OVERHEIDSSTICHTING

stichting dient te beschikken in het kader van de gewenste ministeriële verantwoordelijkheid;

4) het argument dat privaatrechtelijke vormgeving niet aan de orde dient te zijn als (het de bedoeling is dat) de zelfstandige bestuursorganisatie openbaar gezag uitoefent;

5) het argument dat de grenzen van het rechtspersonenrecht bij privaatrechtelijke vormgeving niet mogen worden overschreden;

6) de betekenis voor de vormgeving van de vereiste of gewenste (financiële) betrokkenheid van derden bij de (taakuitvoering door de) zelfstandige bestuursrechtspersoon;

7) de gestelde grotere beheersmatige flexibiliteit en slagvaardigheid bij privaatrechtelijke vormgeving in verhouding tot publiekrechtelijke vormgeving;

8) het argument van de oprichtingsfactoren, inhoudend ten eerste dat een stichting doorgaans sneller opgericht is dan een publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisatie is ingesteld en ten tweede dat bij de keuze voor een stichting reeds een wettelijke regeling voorhanden is die bij publiekrechtelijke vormgeving ontbreekt;

9) het argument dat het BW voorziet in verschillende vormen van toezicht die in tegenstelling tot privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties op publiekrechtelijke organisaties niet van toepassing (kunnen) zijn;

10) het argument van de reikwijdte van de controletaak van de Algemene Rekenkamer op basis van artikel 59 CW.

Hier wordt niet meer ingegaan op de argumenten als zodanig. Daarvoor zij verwezen naar Hoofdstuk 4, waarin een afweging en reductie van de argumenten hebben plaatsgevonden. Hier wordt het resultaat van de afweging in beschouwing genomen.

Gebleken is dat de juridische voordelen van de privaatrechtelijke stichtingsvorm vergeleken met een publiekrechtelijke organisatievorm met name in de oprichtings sfeer liggen. Bij een privaatrechtelijke rechtspersoonsvorm kan terug gegrepen worden op de al bestaande regeling van de stichting in het BW en de in boek 2 BW voorts opgenomen algemene bepalingen inzake rechtspersonen. Voor rechtspersonen krachtens publiekrecht is iets dergelijks niet voor handen. Bovendien zal de oprichting van een stichting doorgaans sneller verlopen dan de instelling van een rechtspersoon krachtens publiekrecht waarvoor steeds een wettelijke regeling vereist is. Weliswaar zijn wat dit tweede oprichtingsaspect betreft oplossingen denkbaar,¹ leidend tot de mogelijkheid van een snellere instelling van rechtspersonen krachtens publiekrecht, maar thans is van die mogelijkheid nog geen sprake.

De stichtingsvorm is voorts, in vergelijking met publiekrechtelijke vormen, praktisch gezien aantrekkelijker als het de bedoeling is dat de zelfstandige bestuursorganisatie financiële bijdragen van derden ontvangt. Dit hangt samen met het feit dat een stichting in tegenstelling tot een publiekrechtelijke organisatievorm, niet de indruk

1 Zie Ten Berge, Zijlstra (2000), p. 89-90 die de mogelijkheid voorstellen van instelling van een publiekrechtelijke rechtspersoon bij algemene maatregel van bestuur.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

wekt van overheid. Waar dat vanuit een oogpunt van herkenbaarheid en transparantie een nadeel is, werkt dat hier in het voordeel van de stichtingsvorm.

Vooralsnog kleeft aan het gebruik van de overheidsstichting echter ook een belangrijk juridisch nadeel. Dat nadeel betreft de toepasselijke publiekrechtelijke waarborgen bij overheidsstichtingen. In Hoofdstuk 5 is daar uitgebreid bij stilgestaan. Het probleem doet zich met name gelden voorzover overheidsstichtingen niet bekleed zijn met openbaar gezag. De gelding van een aantal publiekrechtelijke waarborgen is dan, in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij niet met openbaar gezag beklede rechtspersonen krachtens publiekrecht, niet gegarandeerd.

Het gaat om:

- a) de normering die de Awb bevat voor bestuursorganen en die ingevolge de schakelbepaling van artikel 3:1, tweede lid, Awb van overeenkomstige toepassing is op andere handelingen van *bestuursorganen* dan besluiten;
- b) de regeling van het interne klachtrecht in de Awb;
- c) de regelgeving waarvan voor de werkingssfeer het bestuursorgaanbegrip van de Awb tot uitgangspunt is genomen (de WNo en Archiefwet, ten dele de Wob);
- d) de (onzekere) gelding van de grondrechten en de ongeschreven abbb.

Het normeringstekort bestaat niet, althans in mindere mate, indien een overheidsstichting wel met openbaar gezag is bekleed. De kwalificatie bestuursorgaan in de zin van de Awb, die verbonden is aan het met openbaar gezag bekleed zijn, stelt de gelding van de zojuist genoemde normering veilig. De leemte doet zich echter wel weer voor, voorzover het het niet-openbaar gezagsdeel van zo'n overheidsstichting betreft.

Afbakeningsproblemen worden in dit verband veroorzaakt door de vragen wat tot het openbaar gezag gerekend dient te worden (publieke taak-jurisprudentie) en wat aan feitelijke handelingen tot het openbaar gezag gerekend moet worden. Waar die vragen ten aanzien van rechtspersonen krachtens publiekrecht niet relevant zijn, een dergelijke rechtspersoon is steeds volledig aan genoemde normering gebonden, is dat bij rechtspersonen krachtens privaatrecht wel het geval nu juist (de zekerheid van) de toepasselijkheid afhankelijk is van het met openbaar gezag bekleed zijn, en niet van het zijn van overheidsorganisatie als zodanig.

Behalve dat dit nadeel betreffende de publiekrechtelijke waarborgen is geconstateerd in Hoofdstuk 4 en uitgewerkt in Hoofdstuk 5, is in Hoofdstuk 4 betoogd dat het zaak is dat deze normeringsleemte, verbonden aan de figuur van de overheidsstichting, wordt opgeheven. Aangegeven is dat weliswaar ook zou kunnen worden gekozen voor opheffing van de bij publiekrechtelijke vormgeving aanwezige nadelen in de oprichtingssfeer, bijvoorbeeld door het mogelijk te maken om publiekrechtelijke zelfstandige bestuursorganisaties bij amvb in plaats van bij wet in te stellen, maar dat deze regeling vooralsnog geen feit is. Omdat de stichtingsvorm niet alleen voordelen biedt in de oprichtingssfeer, maar ook (nog steeds) een onverminderd populaire orga-

NAAR EEN WETTELIJKE REGELING VAN DE OVERHEIDSSSTICHTING

nisatievorm is, verdient het aanbeveling de overheidsstichting goed te regelen en de juridische nadelen die nu nog aan het gebruik van deze figuur kleven weg te nemen.

Afgezien van dit te regelen aspect, heeft Hoofdstuk 6 opgeleverd dat, gelet op een bepaalde gewenste ministeriële verantwoordelijkheid, ook dient te worden voorzien in een aantal ministeriële bevoegdheden jegens de overheidsstichting. Het gaat om de volgende bevoegdheden:

- a) algemeen inlichtingenrecht;
- b) ontslagbevoegdheid ten aanzien van de door de minister benoemde bestuursleden onderscheidenlijk de door hem benoemde leden van de Raad van Toezicht;
- c) vernietigingsbevoegdheid met betrekking tot concrete, externe beslissingen;
- d) goedkeuringsrecht ten aanzien van externe besluiten die van groot financieel gewicht zijn en een bepaald minimumbedrag te boven gaan en die in de begroting niet expliciet zijn vermeld;
- e) beslissende stem met betrekking tot beleidsregels;
- f) beslissende stem met betrekking tot bepaalde interne regels (namelijk voorzover deze geen uitwerking geven aan statutair geregelde onderwerpen en (wel) grote financiële, personele en/of organisatorische consequenties hebben);
- g) bepaling van algemene (externe en interne) regels die de overheidsstichting niet buiten de minister om mag vaststellen;
- h) recht op toezending van het jaarverslag;
- i) goedkeuringsrecht begroting en jaarrekening;
- j) goedkeuringsrecht tarieven/heffingen;
- k) bevoegdheid tot het stellen van interne regels met betrekking tot de inrichting van begroting en jaarrekening;
- l) goedkeuringsbevoegdheid wat betreft ingrijpende personele beslissingen;
- m) laatste woord inzake statutenwijziging, ontbinding en fusie;
- n) bevoegdheid in te grijpen bij ernstige taakverwaarlozing;
- o) bevoegdheid onderzoek te verrichten in het kader van de periodieke evaluatie van het functioneren van de overheidsstichting.

Er zijn kortom twee aspecten van de overheidsstichting die moeten worden geregeld: de leemte in publiekrechtelijke normering moet worden opgeheven en er dient voorzien te worden in verschillende bevoegdheden van de minister jegens de overheidsstichting. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de vraag op welke wijze zo'n regeling het beste vorm kan krijgen.

7.2 Waarom een wettelijke regeling van de overheidsstichting?

Behalve een wettelijke regeling zijn ook andere normeringstechnieken denkbaar. Indien de overheidsstichting gesubsidieerd wordt door de minister is het mogelijk dat

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

via subsidieverplichtingen het een en ander geregeld wordt. Een andere mogelijkheid is dat er een convenant tussen de minister en de overheidsstichting wordt gesloten. Ten slotte kan worden gedacht aan normering via de statuten van de overheidsstichting. Aan dergelijke normeringstechnieken kleeft echter een aantal belangrijke nadelen.

In de *eerste* plaats kenmerken deze technieken zich door hun incidentele karakter in plaats van het algemeen regulerende karakter van een wettelijke regeling van de overheidsstichting. Bij regeling via statuten, convenant en/of subsidievoorwaarden kan op zichzelf ook in de gebondenheid aan de Awb en de aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb gerelateerde normerende regelgeving worden voorzien, maar nadelig is dat dan per overheidsstichting moet worden voorzien in de noodzakelijke normering, waar een wettelijke regeling deze normering in één keer voor alle overheidsstichtingen kan vastleggen. Door een wettelijke regeling is de toepasselijkheid van die normering dan ook beter gegarandeerd, omdat ze niet afhangt van de specifieke regeling in een afzonderlijk geval.

In dit verband kan gewezen worden op de algemene functies van wetgeving die worden onderscheiden: wetgeving is goed voor de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, rechtseenheid, consistentie, kenbaarheid en brengt het democratiebeginsel tot uiting.² Boxum noemt als voordelen van een algemene wettelijke regeling (voor zelfstandige bestuurslichamen, maar de argumentatie is evenzeer bruikbaar voor overheidsstichtingen): ‘Algemene wettelijke bepalingen voor zelfstandige onderdelen van het centrale openbaar bestuur moeten bevorderen dat de belangrijkste kenmerken van de organisatiestructuur door de wetgever worden vastgelegd, dat het organisatierecht voor deze instanties een heldere systematiek kent, dat de minister over adequate bevoegdheden beschikt, en dat gewaarborgd is dat de bestuurders van zelfstandige bestuursinstanties door controlerende instanties ter verantwoording kunnen worden geroepen’.³

In de *tweede* plaats vereisen bepaalde bevoegdheden van de minister (de in Hoofdstuk 6 noodzakelijk geachte goedkeuringsbevoegdheden!) soms een wettelijke grondslag. Dit vloeit voort uit de regeling van het bestuurlijk toezicht in de Awb (titel 10.2). Een wettelijke grondslag is alleen vereist voor goedkeurings- en vernietigingsbevoegdheden ten aanzien van *besluiten* in de zin van artikel 1:3 Awb.

Zo kan een besluit van een bestuursorgaan (ingevolge art. 10:32, eerste lid en 10:26 Awb) slechts aan de goedkeuring van een ander bestuursorgaan worden onderworpen, in bij of krachtens de wet geregelde gevallen. Artikel 10:34 Awb bepaalt dat de bevoegdheid tot vernietiging slechts kan worden verleend bij wet. Daar waar voor een aantal bevoegdheden dus toch al een wettelijke regeling vereist is, is er om redenen van duidelijkheid en efficiency iets voor te zeggen om alles wettelijk te regelen.

² Vgl. Van Ommeren (1996), p. 377.

³ Boxum (1997), p. 15.

NAAR EEN WETTELIJKE REGELING VAN DE OVERHEIDSSTICHTING

Tot de 'besluiten van bestuursorganen' die slechts aan goedkeuring en/of vernietiging kunnen worden onderworpen als daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig is, rekent de Awb tenminste bepaalde beslissingen van bestuursorganen tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling.⁴ Daarmee is de toevoeging 'van bestuursorganen' (zie art. 10:25 Awb) er, in tegenstelling tot hetgeen wordt beweerd,⁵ niet slechts voor de leesbaarheid. Een beslissing tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling, niet genomen door een bestuursorgaan (want bijvoorbeeld genomen door een overheidsstichting niet bekleed zijnde met openbaar gezag) is immers in elk geval géén besluit in de zin van de Awb, waar een soortgelijke beslissing van een rechtspersoon krachtens publiekrecht dat wel altijd is. Voor de goedkeuring of vernietiging van zo'n beslissing van een rechtspersoon krachtens privaatrecht, niet bekleed zijnde met openbaar gezag, is ingevolge de Awb (dan ook) geen wettelijke basis vereist.

De regeling van het bestuurlijk toezicht in de Awb brengt dus mee dat voor goedkeurings- en vernietigingsbevoegdheden van de minister ten aanzien van besluiten in de zin van de Awb een wettelijke grondslag is vereist. Ten aanzien van privaatrechtelijke rechtshandelingen en feitelijke handelingen van een bestuursorgaan geldt deze eis niet.

In de *derde* plaats kan bij statuten of overeenkomst niet in alle leemtes betreffende de normering ten behoeve van de burger worden voorzien. Zo kunnen ze wel voorzien in de toepasselijkheid van de Awb-normering (inclusief de regeling van het interne klachtrecht), de toepasselijkheid van de Archiefwet, de grondrechten en de ongeschreven abbb, maar niet in de bevoegdheid van de Nationale ombudsman.⁶ Een dergelijke bevoegdheid kan niet anders dan bij (bijzondere) wet geregeld worden.

In de *vierde* plaats gaat er van regeling bij statuten, subsidieverplichting of convenant niet dezelfde werking voor derden uit als het geval is bij wettelijke regeling. Als langs een van die niet-wettelijke wegen in de publiekrechtelijke waarborgen voor de burger (dat wil zeggen in de van overeenkomstige toepassing-verklaring van de Awb-normering, het interne klachtrecht van de Awb, de Archiefwet, de grondrechten en de ongeschreven abbb) wordt voorzien, biedt een dergelijke regeling op zichzelf al minder waarborg dan wanneer hun toepasselijkheid rechtstreeks uit de (algemeen verbindende) wet volgt.⁷ Statuten hebben in beginsel slechts interne werking, subsidieverplichtingen werken in beginsel alleen in de relatie subsidiegever-subsidieontvanger en

4 Op grond van art. 8:3 Awb is het onduidelijk of een beslissing tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling steeds moet worden aangemerkt als besluit in de zin van art. 1:3 van de Awb.

5 I.t.t. wat de memorie van toelichting meent: TK 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 185.

6 Vgl. Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 259.

7 Zie in verband met de statuten als reguleringsstechniek: Ten Berge, Zijlstra, Timmerman, Buijn (2000), p. 259.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

een convenant⁸ geldt alleen tussen de partijen die het convenant hebben gesloten. Een wettelijke regeling biedt de burger dan ook de meeste waarborgen.

Het *vijfde* argument heeft betrekking op de subsidieverplichtingen als normerings-techniek. Bij de keuze voor taakuitvoering door een zelfstandige bestuursorganisatie kan voor subsidiëring worden gekozen als financieringswijze, maar de subsidierelatie geeft niet de eigenlijke, althans meest fundamentele relatie tussen de stichting en de minister aan. De financiering veronderstelt immers reeds het bestaan van de zelfstandige bestuursorganisatie en een in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid gewenste verhouding van die organisatie tot de minister. Dit wordt geïllustreerd als gekeken wordt naar de gevolgen van het niet-in acht nemen van de subsidieverplichtingen door de overheidsstichting. De sanctie op niet-navolging van deze verplichtingen kan (hooguit) leiden tot intrekking van de subsidie, maar een dergelijke sanctie is niet in het belang van de burger (en vaak ook niet conform de bedoelingen van de minister die wenst dat een bepaalde taak wordt uitgevoerd).

Een nadeel van regeling via de subsidierelatie is overigens ook dat de verplichtingen alleen de gesubsidieerde activiteiten betreffen. Bevoegdheden die de minister via het stellen van een subsidieverplichting bijvoorbeeld krijgt ten aanzien van de begroting en de jaarrekening, strekken zich dus in beginsel niet uit tot het deel van de taakuitvoering waarvoor geen subsidie wordt verstrekt.

In afwijking van het bovenstaande geven de Aanwijzingen inzake zbo's soms de voorkeur aan het van toepassing verklaren van titel 4.2 boven regeling bij instellingswet (zie aanwijzing 124n, lid 2 betreffende de aanwijzingen 124o en p die bij toepassing van titel 4.2 buiten beschouwing kunnen blijven). Het gaat hier om bepalingen met betrekking tot essentiële periodieke stukken als begroting en financieel verslag. Duidelijk moge zijn dat deze mogelijkheid die door de Aanwijzingen wordt geboden geen aanbeveling verdient. Van de mogelijkheid om ministeriële bevoegdheden als subsidieverplichtingen vorm te geven, dient in principe te worden afgezien. Een uitzondering is alleen toegestaan voor aanvullende bevoegdheden die subsidie-specifiek zijn (bijvoorbeeld bevoegdheden die direct gekoppeld zijn aan een bepaalde fase in het proces van subsidiëring en niet voortvloeien uit algemener gestelde ministeriële bevoegdheden waarin bij instellingswet reeds voorzien is, zoals de bevoegdheid van de minister zekerheidsstelling voor verleende voorschotten te vragen).

Gelet op het voorgaande heeft een wettelijke regeling de voorkeur. Met name vanwege het algemene karakter daarvan, maar ook gelet op het feit dat voor bepaalde be-

8 De juridische kwalificatie van een convenant is overigens niet ondubbelzinnig: het kan om een overeenkomst ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening in de zin van art. 4:36, eerste lid, Awb gaan, om een overeenkomst in privaatrechtelijke zin of om een partij- en juridisch niet bindende afspraak.

NAAR EEN WETTELIJKE REGELING VAN DE OVERHEIDSSSTICHTING

voegdheden en waarborgen een wettelijke basis vereist is en aan de niet-wettelijke reguleringstechnieken een aantal nadelen verbonden is.

De voorkeur voor een *wettelijke* regeling betekent overigens niet dat de statuten op geen enkele wijze kunnen bijdragen aan de normering van de overheidsstichting. Het BW gaat ervan uit dat in bepaalde gevallen alleen statutair van de regeling in het BW kan worden afgeweken. Zo moeten de statuten ingevolge art. 2:286, derde lid, BW inhouden naam, doel, wijze van benoeming en ontslag van de bestuurders, zetel en bestemming van het vereffeningsoverschot. Wanneer de tekst van de wettelijke bepalingen ruimte laat om af te wijken van het BW (zie art. 2:25 BW) dient de afwijkende regeling in de statuten te worden neergelegd. De statuten kunnen de bestuurstaak van het bestuur beperken (art. 2:291, eerste lid, BW); bepaalde overeenkomsten kan het stichtingsbestuur alleen sluiten als de statuten daartoe de mogelijkheid openen (art. 2:291, tweede lid, BW); aanvullend op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het stichtingsbestuur als geheel kunnen de statuten deze bevoegdheid ook toekennen aan een of meer bestuurders of andere personen (art. 2:292 BW); en de statuten kunnen niet gewijzigd worden als zij daartoe niet zelf de mogelijkheid openen (art. 2:293 BW). Met deze techniek van het BW, dat afwijking van het BW, voorzover door het BW toegestaan, statutair dient te geschieden, dient gerekend te worden voorzover het geen bevoegdheden betreft die dermate van belang zijn dat zij algemeen voorgeschreven dienen te worden (zie hierna paragraaf 7.3.2.2).

In de volgende paragraaf wordt verder ingegaan op de inhoud van de voorgestelde wettelijke regeling op de overheidsstichting en in samenhang daarmee op de door het BW bedoelde en voorgeschreven inhoud van de statuten.

7.3 De inhoud van de algemene wettelijke regeling van de overheidsstichting

7.3.1 Uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip met de figuur van de overheidsstichting

In verband met het geconstateerde normeringstekort wat betreft de publiekrechtelijke waarborgen, is in Hoofdstuk 5 een uitbreiding van het bestuursorgaanbegrip bepleit, in die zin dat overheidsstichtingen, ongeacht de aard van de taken en bevoegdheden die ze vervullen, steeds volledig (dienen te) worden aangemerkt als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Achtergrond van dit voorstel is dat het merkwaardig is dat een zelfstandige bestuursorganisatie bij publiekrechtelijke vormgeving voor het gehele handelen als bestuursorgaan wordt aangemerkt, terwijl dat bij privaatrechtelijke vormgeving niet het geval is. De kwalificatie van een overheidsstichting als bestuursorgaan (ongeacht de taken die worden vervuld) brengt mee dat het gehele normeringstekort, zoals zich dat nu voordoet ten aanzien van de publiekrechtelijke waarborgen voor de burger, wordt weggenomen.

Voorgesteld is de volgende tekst van artikel 1:1, eerste lid, Awb:

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

1. Onder bestuursorgaan wordt verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld,
- b. een orgaan van een stichting, als van die stichting de bestuursleden, onderscheidenlijk de leden van de Raad van Toezicht, in meerderheid door een onder a. genoemd orgaan worden benoemd, of
- c. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Een dergelijke aanpassing van het bestuursorgaanbegrip biedt echter nog geen oplossing voor de gewenste ministeriële bevoegdheden, waarvan een algemene regeling eveneens wenselijk is. Daarom dient er in elk geval (ook) een wettelijke regeling van de overheidsstichting te komen, waarin dergelijke bevoegdheden kunnen worden neergelegd.

7.3.2 Een wettelijke regeling van de overheidsstichting

7.3.2.1 Algemeen

Als uitbreiding van het bestuursorgaan-begrip met de categorie van de overheidsstichtingen *niet* plaatsvindt, dient in de ontbrekende publiekrechtelijke waarborgen te worden voorzien via een algemene wettelijke regeling van de overheidsstichting. Deze wettelijke regeling dient er met het oog op de ministeriële bevoegdheden (zie hierna 7.3.2.2) trouwens toch al te komen, en kan ofwel in het BW worden neergelegd ofwel als aparte wet gestalte krijgen. Gelet op het uitgangspunt dat bij wet zo min mogelijk afgeweken wordt van en derhalve zoveel mogelijk aangesloten wordt bij het BW, ligt regeling in het BW wellicht het meest voor de hand.

7.3.2.2 Publiekrechtelijke waarborgen voor de burger

Voor de volledigheid wordt nogmaals opgesomd waaruit het tekort aan publiekrechtelijke waarborgen bij overheidsstichtingen bestaat:

- a) de normering van de Awb betreffende andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten (afdeling 3.2-3.5);
- b) de regeling van het interne klachtrecht in de Awb;
- c) de regelgeving waarvan voor de werkingssfeer het bestuursorgaanbegrip van de Awb tot uitgangspunt is genomen (de WNo en Archiefwet, ten dele de WOB);
- d) de gelding van de grondrechten en de ongeschreven abbb.

Uit regeltechnisch oogpunt verdient het aanbeveling te bepalen dat een overheidsstichting van rechtswege gelijkgesteld wordt met een bestuursorgaan in de zin van artikel 1, eerste lid, *sub a* Awb. Deze techniek heeft als voordeel dat zij wat betreft de publiekrechtelijke waarborgen materieel hetzelfde behelst als zou worden bereikt bij

NAAR EEN WETTELIJKE REGELING VAN DE OVERHEIDSSICHTING

uitbreiding van het bestuursorgaan-begrip in de Awb. Bovendien heeft deze techniek de charme van eenvoud en duidelijkheid.

Deze voordelen ontbreken aan de techniek waarbij de te regelen publiekrechtelijke waarborgen stuk voor stuk worden opgesomd en van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Dat een dergelijke techniek op zichzelf voor ongeschreven beginselen als de *abbb* wel mogelijk zou zijn, bewijst artikel 8:77, tweede lid, Awb, waarin wordt bepaald dat de rechter vermeldt welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld; op basis van die bepaling wordt namelijk aangenomen dat de bestuursrechter niet alleen op basis van een *abbb* kan vernietigen, maar tevens wanneer hij strijd constateert met een algemeen rechtsbeginsel dat ook buiten de sfeer van het bestuursrecht gelding heeft.⁹ Als extra nadeel van deze opsommingstechniek geldt bovendien dat hij meer onderhoud vergt: bij wijziging c.q. uitbreiding van de aan het bestuursorgaanbegrip van de Awb gerelateerde publiekrechtelijke waarborgen zal ook de wettelijke regeling van de overheidsstichting moeten worden aangepast.

7.3.2.3 Ministeriële bevoegdheden in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid

Verder dient aandacht besteed te worden aan de in het kader van zijn verantwoordelijkheid gewenste bevoegdheden van de minister, welke in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk zijn opgesomd.

De vraag waar het om gaat, is welke van deze bevoegdheden in de wet neergelegd dienen te worden en voor welke bevoegdheden statutaire regeling aanbeveling verdient. Een paar criteria zijn daarbij behulpzaam:

1) Uitgangspunt dient te zijn dat, gelet op de keuze van de stichting als rechtspersoon van boek 2 BW, de wettelijke bepalingen omtrent de overheidsstichting de bestaande materiële regeling van de stichting in het BW respecteren.

2) Zoals gezien in de vorige paragraaf dienen sommige bevoegdheden van de minister een grondslag in de wet te hebben. Te denken valt aan de bevoegdheden in het kader van het bestuurlijk toezicht, zoals hiervoor aan de orde is gekomen.

Het gaat om de bevoegdheden tot goedkeuring, (schorsing) en vernietiging van externe beslissingen, genomen door overheidsstichtingen in het kader van hun bekleed zijn met openbaar gezag. Deze bevoegdheden van de minister moeten dus in elk geval *ook* wettelijk geregeld worden.

Indien overigens een overheidsstichting steeds als bestuursorgaan zou worden aangemerkt, geldt het vereiste van een wettelijke grondslag steeds, dat wil zeggen voor alle goedkeurings- en vernietigingsbevoegdheden die de minister jegens over-

⁹ Zie T&C Awb 1997 (Polak), aant. 2 bij art. 8:77.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

heidsstichtingen heeft, ongeacht of en in hoeverre deze met openbaar gezag bekleed zijn.

3) De regeling van stichtingsspecifieke bevoegdheden van de minister dient gelet op het bijzondere karakter niet bij algemene wettelijke regeling te geschieden, maar in de, per (overheids)stichting verschillende, statuten. Het algemene karakter van de wettelijke regeling brengt daarentegen mee dat de in het algemeen wenselijk geachte ministeriële bevoegdheden in beginsel in de wettelijke regeling van de overheidsstichting worden neergelegd. Voorzover stichtingsspecifieke uitwerking gewenst is, kan deze uitwerking weer in de (stichtingsspecifieke) statuten plaatsvinden.

Op grond van het voorgaande kan ten aanzien van de in Hoofdstuk 6 opgesomde, in het algemeen noodzakelijk geachte bevoegdheden van de minister, worden opgemerkt dat deze in de wettelijke regeling moeten worden neergelegd. Nadere, dat wil zeggen op de concrete overheidsstichting toegespitste, uitwerking kan dan in de statuten plaatsvinden.

7.3.3 Het gebruik van de stichtingsvorm in de periode tot aan de komst van de voorgestelde wettelijke regeling

De vraag die resteert, is of van de stichtingsvorm – als organisatievorm voor delen van de centrale overheid – gebruik kan worden gemaakt, zolang de voorgestelde algemene wettelijke regeling van de overheidsstichting nog geen feit is. Het antwoord luidt dat dit gebruik terughoudend dient te zijn, maar niet geheel uitgesloten moet worden geacht. De genoemde voordelen van de stichtingsvorm, waarbij met name het aspect van de oprichtingssnelheid van gewicht kan zijn, kunnen maken dat deze organisatievorm onder omstandigheden toch aangewezen is. Per geval dient dan te worden voorzien in de gewenste publiekrechtelijke waarborgen en ministeriële bevoegdheden. In dat verband kan gebruik worden gemaakt van de reguleringstechnieken (statuten, subsidieverplichtingen of convenant) waarnaar, zoals vermeld, als structurele oplossing niet de voorkeur uitgaat.

Zusammenfassung

Die öffentliche Verwaltung scheut sich traditionell nicht, um Teilen ihrer Organisation eine privatrechtliche Organisationsform zu geben. Durch die Verselbständigung von Verwaltungsorganen in den vergangenen Jahren hat das Interesse am Verwaltungsorganisationsrecht und an der Gestaltung und Normierung der selbständigen Verwaltungsorganisationen wieder zugenommen. Ein heißes Eisen ist dabei die Frage ob rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisationen eine privatrechtliche Form annehmen sollen. Verwaltungsstiftungen, in anderen Worten: die der öffentlichen Verwaltung zugeordneten Stiftungen des Privatrechts, sind hierfür ein Beispiel.

In dieser Studie steht die Verwaltungsstiftung auf der Reichsebene zentral. Zwei Fragen werden beantwortet. Zunächst geht es um die Frage, welche Aspekte für und gegen Verwaltungsstiftungen in privatrechtlicher Form auf der Reichsebene sprechen. Angesichts der Existenz von Verwaltungsstiftungen auf Reichsniveau wird zweitens der Art und Weise der Normierung dieser Stiftungen die Aufmerksamkeit gewidmet.

Der Begriff Verwaltungsstiftung wird in Kapitel zwei definiert als eine Stiftung, in der die Mehrheit der Vorstandsmitglieder und/oder des Aufsichtsrats durch einen oder mehrere Minister (und/oder Staatssekretäre) benannt wird.

Dieses Kriterium wurde gewählt, da es um eine für das Funktionieren der Stiftung wesentliche Einflussmöglichkeit des Ministers gehen muss. Mit anderen Worten, für die Qualifikation als Verwaltungsstiftung muss es um eine Kompetenz gehen, die die Initiative oder den Schlüssel zum Funktionieren in die Hände des Ministers legt. Das Kriterium Benennung der Vorstandsmehrheit wurde gewählt, da für eine Stiftung lediglich der Vorstand als Organ vorgeschrieben ist und eine Organisation ohne personelles Element nicht handeln kann.

Falls eine Stiftung einen Aufsichtsrat hat, gilt als (alternatives) Kriterium für die Qualifikation als Verwaltungsstiftung, dass der Minister die Kompetenz hat, die Mehrheit des Aufsichtsrats zu benennen. Eine solche Stiftung kann wegen der gegenseitigen Abhängigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat in der Beschlussfassung (der Vorstand kann nicht als solcher funktionieren wenn der Aufsichtsrat nicht mitarbeitet und umgekehrt) ohne Aufsichtsrat als personelles Element nicht funktionieren. Zusammenfassend gesagt ist eine Verwaltungsstiftung eine Stiftung, bei der die Mehrheit der Vorstandsmitglieder und/oder des Aufsichtsrates durch den Minister benannt wird.

Die Qualifikation Verwaltungsstiftung ist damit nicht abhängig von den (mehr oder weniger typischen Verwaltungs-) Aufgaben die eine Stiftung verrichtet. Da auch einer privaten Organisation (typische) Verwaltungsaufgaben zugeteilt werden können, kann die an sich schon problematische, da schwierig definierbare – Art der Aufgabe nicht bestimmend sein für die Qualifikation einer Organisation als Verwaltungsorganisation und damit auch nicht für die Qualifikation einer Stiftung als Verwal-

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

tungsstiftung. Dies ist nicht unvereinbar mit dem Allgemeinen Verwaltungsgesetz (Awb), welches private Organisationen, insofern sie mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind, im Hinblick auf den Rechtsschutz als Verwaltungsorgane ansieht.

In Kapitel drei wird der Begriff rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation eingeführt, um Organisationen der funktionalen Verwaltung (im Gegensatz zur territorialen Verwaltung) anzudeuten, welche (bei externer Verselbständigung) eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Form bekommen müssen. In dem Maße, in dem der, für die Figur der Verwaltungsstiftung inhärente, Aspekt der Rechtsfähigkeit relevant ist, wird der Begriff auf die Rechtspersonen innerhalb der Kategorie rechtlich verselbständigten Verwaltungsorganisationen zugespitzt. Diese Subkategorie wird als selbständige Verwaltungsrechtsperson angedeutet.

Die Kategorie der rechtlich verselbständigten Verwaltungsorganisationen umfaßt zunächst alle öffentlich-rechtlich gestalteten Organisationen der funktionalen Verwaltung; eine öffentlich-rechtliche Organisationsform ist ausreichende Bedingung für die Kategorie Verwaltungsorganisationen. Zweitens gehören zu dieser Kategorie alle privatrechtlichen Organisationen bei denen der Minister über Schlüsselkompetenzen verfügt. Diese Schlüsselkompetenz besteht, wie besprochen, bei einer Stiftung aus der Kompetenz, die Mehrheit des Vorstands und/oder die Mehrheit des Aufsichtsrates zu benennen.

Im Hinblick auf privatrechtliche Organisationen unterscheidet der Begriff rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation sich darum von dem Begriff rechtlich verselbständigt Verwaltungorgan. Differenziert werden muss zwischen der privaten, privatrechtlichen Organisation mit Hoheitsgewalt (keine rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation, aber dennoch rechtlich verselbständigt Verwaltungorgan) und der privatrechtlichen Verwaltungsorganisation ohne Hoheitsgewalt (wohl rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation, aber keinen rechtlich verselbständigt Verwaltungorgan).

Mit der Figur der Verwaltungsstiftung wird einer rechtlich verselbständigten Verwaltungsorganisation eine privatrechtliche Gestalt gegeben, während eine öffentlich-rechtliche Organisationsform für eine (selbständige) Verwaltungsorganisation die Regel ist. In Kapitel 4 wird auf die Argumente eingegangen, die für und gegen die Wahl der Stiftungsform als privatrechtliche Organisationsform für rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisationen sprechen. Neben einer Studie der Literatur wurde auch nach konkreten Fällen geschaut, in denen es zu einer Verselbständigung in Verwaltungsstiftungen gekommen ist.

Folgende Argumente werden genannt und beurteilt: 1) das Interesse an einer sichtbaren und transparenten öffentlichen Verwaltung;
2) das Argument, dass eine privatrechtliche Formgebung eine selbständigere Position gegenüber dem Minister zur Folge hat als eine öffentlich-rechtliche Formgebung;

ZUSAMMENFASUNG

- 3) das Argument der Anforderungen des öffentlichen Rechts. Diese Anforderungen beinhalten einerseits, dass eine privatrechtliche Gestaltung nicht zu weniger öffentlich-rechtlichen Garantien für den Bürger im Vergleich zum öffentlichen Recht führen darf und andererseits, dass der Minister über ausreichende Kompetenzen gegenüber der Verwaltungsstiftung verfügen muss, dies aufgrund der gewünschten ministeriellen Verantwortlichkeit;
- 4) das Argument, dass privatrechtliche Gestaltung nicht in Frage kommt wenn es die Absicht ist, dass die rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation Hoheitsgewalt ausübt;
- 5) das Argument, dass die Grenzen des Rechtspersonenrechts bei privatrechtlicher Gestaltung nicht überschritten werden dürfen;
- 6) die Folgen für die Gestaltung der notwendigen oder gewünschten (finanziellen) Teilnahme von Dritten bei der Aufgabenausübung durch selbständige Verwaltungsrechtspersonen;
- 7) die behauptete größere Flexibilität und Effektivität bei privatrechtlicher Gestaltung im Vergleich zur öffentlich-rechtlichen Gestaltung;
- 8) das Argument der Gründungsfaktoren, welches erstens anführt, dass eine Stiftung immer schneller gegründet werden kann als eine öffentlich-rechtliche verselbständigte Verwaltungsorganisation, und zweitens, dass bei der Wahl für eine Stiftung bereits ein Gesetz vorhanden ist – im Unterschied zur öffentlich-rechtlichen Gestaltung;
- 9) das Argument, dass das Bürgerliche Gesetzbuch (BW) verschiedene Aufsichtsformen bietet, welche anders als bei privatrechtlichen verselbständigten Verwaltungsorganisationen auf öffentlich-rechtliche Organisationen nicht angewendet werden (können);
- 10) das Argument der Reichweite der Kontrollaufgabe des Rechnungshofes (Allgemeine Rechenkammer) auf Basis von Artikel 59 Haushaltsgesetz (CW).

Es zeigt sich, dass die juristischen Vorteile der privatrechtlichen Stiftungsform im Vergleich zu einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform vor allem im Bereich der Gründungsphase liegen. Bei der Form der privatrechtlichen Person kann zurückgegriffen werden auf bereits bestehende Stiftungsregelungen im BW und die im zweiten Buch des BW bereits aufgenommenen allgemeinen Bestimmungen über Rechtspersonen. Für Rechtspersonen des öffentlichen Rechts ist etwas vergleichbares nicht vorhanden. Außerdem ist die Einrichtung einer Stiftung immer schneller möglich als die Schaffung einer Rechtsperson des öffentlichen Rechts, wozu stets ein Gesetz notwendig ist. Es sind zwar Lösungen für diesen zweiten Gründungsaspekt denkbar, die zu einer schnelleren Schaffung von Rechtspersonen des öffentlichen Rechts führen würden, aber noch wird diese Möglichkeit nicht in Betracht gezogen.

Die Stiftungsform ist außerdem im Vergleich zur öffentlich-rechtlichen Form aus praktischen Gründen attraktiver, wenn es darum geht, dass die rechtlich verselbständigte Verwaltungsorganisation finanzielle Beiträge von Dritten empfängt. Eine Stiftung weckt im Gegensatz zu einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform nicht

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

den Eindruck zur öffentlichen Verwaltung zu gehören. Dieser Aspekt, der aus Sichtbarkeitsgründen ein Nachteil ist, bedeutet hier einen Vorteil der Stiftungsform.

Bis auf weiteres ist mit dem Gebrauch der Verwaltungsstiftung allerdings auch ein wichtiger juristischer Nachteil verbunden. Der Nachteil betrifft die Anwendungsmöglichkeiten öffentlich-rechtlicher Garantien auf Verwaltungsstiftungen. In Kapitel fünf wird darauf ausführlich eingegangen. Das Problem tritt vor allem auf bei Verwaltungsstiftungen ohne Hoheitsgewalt. Die Gültigkeit einer Reihe öffentlich-rechtlicher Garantien ist dann, anders als bei Rechtspersonen des öffentlichen Rechts ohne Hoheitsgewalt, nicht garantiert.

Es handelt sich dabei um:

- a) die Normen, die das Awb enthält für Verwaltungsorgane und die B als Folge der Verweisungsbestimmung des Artikel 3:1, zweiter Absatz, Awb – auch auf andere Handlungen von Verwaltungsorganen als Beschlüsse anzuwenden sind;
- b) die Regelung des internen Beschwerderechts im Awb;
- c) die Gesetze, für deren Wirkungsbereich der Verwaltungsorganbegriff des Awb als Ausgangspunkt genommen wird (das WNo und das Archivgesetz, zum Teil das Wob);
- d) die (unsichere) Gültigkeit der Grundrechte und der ungeschriebenen allgemeinen Grundsätze einer ordnungsgemäßen Verwaltung (abbb).

Das Normierungsdefizit besteht nicht, zumindest in einem minderen Maße, wenn eine Verwaltungsstiftung mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist. Die Qualifikation Verwaltungsorgan im Sinne des Awb, die verbunden ist mit dem Bekleiden von Hoheitsgewalt, sichert die Gültigkeit der genannten Normen. Die Lücke erscheint jedoch wohl bezüglich des nicht-hoheitlichen Teils einer solchen Verwaltungsstiftung.

Abgrenzungsprobleme werden in diesem Zusammenhang durch die Frage verursacht, was zur Hoheitsgewalt gerechnet werden muss und was als faktische Handlungen zur Hoheitsgewalt gerechnet werden muss. Während die Fragen für Rechtspersonen des öffentlichen Rechts nicht relevant sind, eine solche Rechtsperson ist immer vollständig an die genannte Normierung gebunden, ist dies bei Rechtspersonen des Privatrechts wohl der Fall, da gerade die (Sicherheit der) Anwendbarkeit abhängig ist von dem Besitzen von Hoheitsgewalt und nicht vom Charakter als Verwaltungsorgan als solchem.

Abgesehen davon, dass dieser Nachteil im Bezug auf die öffentlich-rechtlichen Garantien in Kapitel vier konstatiert wird und in Kapitel fünf ausgearbeitet wird, wird auch argumentiert, dass diese Normierungslücke im Zusammenhang mit der Figur der Verwaltungsstiftung aufgehoben werden muss. Zwar könnte man in Betracht ziehen, auch die Nachteile bei öffentlich-rechtlicher Gestaltung in der Gründungsphase aufzuheben, zum Beispiel durch die Schaffung der Möglichkeit, dass verselbständigte Verwaltungsorganisationen des öffentlichen Rechts per Rechtsverordnung (amvb)

ZUSAMMENFASSUNG

und nicht per Gesetz geschaffen werden können, aber diese Regelung ist bisher noch keine Realität. Da die Form der Stiftung nicht nur Vorteile in der Schaffungsphase bietet, sondern auch (immer noch) eine populäre Organisationsform ist, wird empfohlen die Verwaltungsstiftung gut zu regeln und die juristischen Nachteile, die immer noch an dieser Figur kleben, aufzuheben.

Abgesehen von diesem Regulierungsaspekt, hat die Analyse in Kapitel sechs auch zu dem Ergebnis geführt, dass, in Anbetracht einer gewissen ministeriellen Verantwortlichkeit, auch eine Reihe ministerieller Kompetenzen gegenüber der Verwaltungsstiftung vorgesehen werden muß. Es geht um die folgenden Kompetenzen:

- a) allgemeines Informationsrecht;
- b) die Kompetenz, die von dem Minister ernannten Vorstandsmitglieder und/oder die durch ihn benannten Aufsichtsratsmitglieder zu entlassen;
- c) die Kompetenz, konkrete externe Beschlüsse nichtig zu erklären;
- d) die Kompetenz externe Beschlüsse zu genehmigen, die von großer finanzieller Bedeutung sind, einen bestimmten Minimumbetrag überschreiten und die im Haushalt nicht explizit aufgeführt werden;
- e) die entscheidende Stimme bei der Erstellung von Verwaltungsvorschriften (Beleidsregeln);
- f) die entscheidende Stimme bei bestimmten internen Regeln (nämlich insofern diese keine Auswirkung haben auf die satzungsmäßigen Aspekte, aber große finanzielle, personelle und/oder organisatorische Konsequenzen haben);
- g) Bestimmung von allgemeinen (externen oder internen) Regeln, die die Verwaltungsstiftung nicht unter Umgehung des Ministers verabschieden darf;
- h) das Recht, einen Jahresbericht zugesendet zu bekommen;
- i) das Recht der Zustimmung zum Haushalt und zum Jahreswirtschaftsbericht;
- j) das Zustimmungsrecht für Tarife/Gebühren;
- k) die Kompetenz, interne Regeln aufzustellen hinsichtlich der Organisation des Haushalts und des Jahreswirtschaftsberichts;
- l) Zustimmungsrecht hinsichtlich einschneidender personalpolitischer Entscheidungen;
- m) das letzte Wort bei Satzungsänderungen, Auflösung und Fusionen;
- n) die Eingriffskompetenz bei schwerwiegender Verwahrlosung der Aufgabenerfüllung;
- o) die Kompetenz, Nachforschungen anzustellen im Rahmen der periodischen Evaluation des Funktionierens der Verwaltungsstiftung.

Es gibt also zwei Aspekte der Verwaltungsstiftung, die geregelt werden müssen: die öffentlich-rechtliche Normierungslücke muss ausgefüllt werden und der Minister muss mit einer Reihe von Kompetenzen gegenüber der Verwaltungsstiftung ausgestattet werden.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Kapitel sieben befasst sich mit der Frage, auf welche Weise eine solche Regelung am besten Gestalt annehmen kann. Es wird gefolgert, dass ein Gesetz vorzuziehen ist; vor allem wegen dessen allgemeinen Charakters, aber auch angesichts der Tatsache, dass für bestimmte Kompetenzen und Garantien eine gesetzliche Grundlage notwendig ist und an nicht-gesetzliche Regulierungsmethoden eine Reihe Nachteile verbunden sind. Daneben wird in Kapitel sieben auch auf den Inhalt eines solchen Verwaltungsstiftungsgesetzes eingegangen.

Zunächst wird im Zusammenhang mit dem konstatierten Defizit an öffentlich-rechtlichen Garantien für eine Erweiterung des Verwaltungsorganbegriffes plädiert. Verwaltungsstiftungen sollen, ungeachtet ihrer Aufgaben und Kompetenzen, immer vollständig als Verwaltungsorgan im Sinne des Awb behandelt werden. Hintergrund dieses Vorschlages ist die Tatsache, dass es merkwürdig ist, dass eine rechtlich selbstständige Verwaltungsorganisation in öffentlich-rechtlicher Form für das gesamte Handeln als Verwaltungsorgan behandelt wird, während dies bei privatrechtlichem Charakter nicht der Fall ist. Die Qualifikation der Verwaltungsstiftung als Verwaltungsorgan (ungeachtet der auszuübenden Aufgaben) impliziert, dass das gesamte bestehende Normierungsdefizit hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Garantien, behoben wird.

Die folgende Formulierung des Artikel 1:1, Erster Absatz, Awb wird vorgeschlagen:

1. Ein Verwaltungsorgan ist:
 - a. ein Organ einer Rechtsperson, die Kraft öffentlichen Rechts geschaffen ist, oder
 - b. ein Organ einer Stiftung, falls die Vorstandsmitglieder der Stiftung und/oder – falls die Stiftung einen Aufsichtsrat hat – die Mitglieder des Aufsichtsrates, in ihrer Mehrheit durch ein unter a. genannten Organ benannt wird, oder
 - c. eine andere Person oder Kollegium das mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist.

Eine derartige Anpassung des Verwaltungsorganbegriffes bietet allerdings noch keine Lösung für die notwendigen ministeriellen Kompetenzen, für die eine allgemeine Regelung ebenfalls wünschenswert ist. Darum ist auf jeden Fall (auch) ein Verwaltungsstiftungsgesetz nötig, in dem derartige Kompetenzen festgelegt werden. Falls die Erweiterung des Verwaltungsorganbegriffes mit der Kategorie Verwaltungsstiftung nicht stattfindet, muss außerdem das Verwaltungsstiftungsgesetz die fehlenden öffentlich-rechtlichen Garantien berücksichtigen. In Anbetracht des Ausgangspunktes, dass per Gesetz sowenig wie möglich abgewichen wird von, und darum soviel wie möglich angeschlossen wird bei, dem BW, ist eine Regelung im BW vielleicht am naheliegendsten.

Aus regelungstechnischer Perspektive ist dann vorzuschlagen, dass eine Verwaltungsstiftung rechtlich gleich gestellt wird mit einem Verwaltungsorgan im Sinne von Artikel 1, Erster Absatz, *sub a*, Awb. Diese Methode hat den Vorteil, dass sie materiell im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Garantien dasselbe beinhaltet wie eine

ZUSAMMENFASUNG

Erweiterung des Verwaltungsorganbegriffes im Awb. Außerdem hat dieser Ansatz den Charme der Einfachheit und Deutlichkeit.

Die in Kapitel 6 genannten, im Zusammenhang mit der ministeriellen Verantwortlichkeit im allgemeinen als notwendig erachteten Kompetenzen des Ministers sollten ebenfalls in das allgemeine Verwaltungsstiftungsgesetz Eingang finden. Die genauere, dass heisst auf die konkrete Verwaltungsstiftung zuzespitzte, Ausarbeitung kann in der Satzung geregelt werden.

Solange das vorgeschlagene allgemeine Gesetz noch keine Realität ist, sollte zurückhaltend von der Figur der Verwaltungsstiftung Gebrauch gemacht werden, jedoch sollte der Gebrauch nicht völlig ausgeschlossen werden. Die genannten Vorteile der Stiftungsform, wobei vor allem der Aspekt der schnellen Schaffung wichtig ist, könne dazu führen, dass diese Organisationsform unter Umständen doch ratsam ist. Fallweise müssen dann die gewünschten öffentlich-rechtlichen Garantien und ministeriellen Kompetenzen geschaffen werden. Dabei kann man auf andere nicht-gesetzliche Regulierungsmethoden zurückgreifen (zum Beispiel Satzung, Subventionspflichten oder Vereinbarungen). Als strukturelle Lösung ist dies aber nicht vorzuziehen.

Lijst van in het onderzoek betrokken overheidsstichtingen

Bestuursmodel (geen Raad van Toezicht)

- Stichting Administratie Indonesische Pensioenen (SAIP) te Heerlen
- Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken (SAOZ) te Rotterdam
- Stichting tot Bevordering van de Uitvoer (SBU) te 's-Gravenhage
- Stichting Borgstellingsfonds voor de Landbouw (SBL) te 's-Gravenhage
- Stichting Buisleidingenstraat zuid-west Nederland (SBzWN) te Roosendaal
- Stichting bureau architectenregister (Sba) te 's-Gravenhage
- Stichting Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieproducten (COVA) te Rotterdam
- Stichting Ether Reclame (STER) te Hilversum
- Stichting Informatie- en CoördinatieOrgaan Dienstverlening Oorlogsgetroffenen (ICODO) te Utrecht
- Stichting International Institute for Land Reclamation and Improvement (ILRI) te Wageningen
- Stichting International Reference Centre for Community Water Supply and Sanitation (IRC) te 's-Gravenhage
- Stichting Nationaal Comité 4 en 5 mei (SNC) te Amsterdam
- Stichting Nederland Wereldtentoonstellingen (SNW) te 's-Gravenhage
- Stichting Nederlands Interdisciplinair Demografisch Instituut (NIDI) te 's-Gravenhage
- Stichting Het Nederlands Muntmuseum (Muntmuseum) te Utrecht
- Nederlandse Programma Stichting (NPS) te Hilversum
- Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw (O&S Landbouw) te 's-Gravenhage
- Stichting Praktijkonderzoek voor de Rundveehouderij, Schapenhouderij en Paardenhouderij (SPRSP) te Lelystad
- Stichting Praktijkonderzoek voor de Varkenshouderij (SPV) te Rosmalen
- Stichting Radio Nederland Wereldomroep (Wereldomroep) te Hilversum
- Stichting Registratie Gezelschapsdieren Nederland (SRGN) te Apeldoorn
- Stichting Stimuleringsfonds Nederlandse Culturele Omroepproducties (SNCO) te Amsterdam
- Stichting Stuurgroep Experimenten Volkshuisvesting (SEV) te Rotterdam
- Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE) te Amsterdam
- Stichting uitvoering medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (Stichting MOOZ) te Utrecht
- Stichting uitvoering omslagregeling WTZ (SUO-WTZ) te Utrecht
- Stichtingen ihkv Wet op het specifieke cultuurbeleid (Wsc-fondsen of -stichtingen)
Tot de fondsen, opgericht op grond van artikel 9 Wsc, behoren:
 1. Stichting Fonds voor de Letteren te Amsterdam
 2. Stichting Fonds voor de Scheppende Toonkunst te Amsterdam te Amsterdam

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

3. Stichting Fonds voor de Beeldende Kunsten, Vormgeving en Bouwkunst (BKVB) te Amsterdam
 4. Stichting Nederlands Fonds voor de Film (Filmfonds) te Amsterdam
 5. Stichting Nederlands Literair Productie- en Vertalingenfonds (LF) te Amsterdam
 6. Mondriaanstichting te Amsterdam
 7. Stichting Stimuleringsfonds voor Architectuur te Rotterdam
 8. Stichting Fonds voor de podiumkunsten te 's-Gravenhage
- Stichting Ziektekostenverzekering Krijgsmacht (SZK) te 's-Gravenhage

Commissarissenmodel (wel een Raad van Toezicht)

- Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (STAB) te 's-Gravenhage
- Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) te Rijswijk
- Stichting Dienst Landbouwkundig Onderzoek (DLO) te Wageningen
- Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland (ECN) te Petten
- Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland (Holland Casino) te Hoofddorp
- Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (SENS) te 's-Gravenhage
- Stichting Grondmechanica Delft (GD) te Delft
- Nederlandse Omroep Stichting (NOS) te Hilversum
- Stichting Participatiefonds Gemeentelijke Vervoerbedrijven te 's-Gravenhage
- Stichting Reprorecht te Amstelveen
- Rijksmusea (rijksmusea)

De Wet verzelfstandiging rijksmuseale diensten heeft betrekking op de volgende rijksmusea:

1. Museum Boerhaave te Leiden
2. Het Catharijneconvent te Utrecht
3. Rijksdienst Kastelenbeheer te 's-Gravenhage (waarvan deel uitmaken: De Gevangenschap te 's-Gravenhage, Het Muiderslot te Muiden, Slot Loevestein te Brakel, Kasteel Radboud te Medemblik, Ruïne van Brederode te Santpoort, Ruïne van de Jacobaburch te Oostvoorne, Ruïne van Strijen te Oosterhout, Ruïne van Teylingen te Voorhout)
4. Kröller-Müller te Otterloo
5. Het Mauritshuis te 's-Gravenhage
6. Meermanno-Westreenianum (Museum van het Boek) te 's-Gravenhage
7. Hendrik Willem Mesdag te 's-Gravenhage
8. Nationaal Natuurhistorisch Museum te Leiden
9. Rijkmuseum van Oudheden te Leiden
10. Paleis Het Loo te Apeldoorn
11. Het Koninklijk Penningkabinet te Leiden
12. Het Rijksmuseum te Amsterdam
13. Het Scheepvaartmuseum te Amsterdam

LIJST MET OVERHEIDSSTICHTINGEN

14. Rijksmuseum Twenthe te Enschede
 15. Vincent van Gogh te Amsterdam
 16. Rijksmuseum voor Volkenkunde te Leiden
 17. Het Zuiderzeemuseum te Enkhuizen
 18. Centraal Laboratorium voor onderzoek van voorwerpen van kunst en wetenschap te Amsterdam
 19. Opleiding Restauratoren te Amsterdam
 20. Rijksbureau voor Kunsthistorische Documentatie te 's-Gravenhage
 21. Rijksdienst Beeldende Kunst te 's-Gravenhage
- Stichting Verzekeringkamer (VK) te Apeldoorn
 - Stichting Waterloopkundig Laboratorium (WL) te Delft

Jurisprudentieregister

Europese Gemeenschappen

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89, Jur. 1990, p. I-3313 (Foster/British Gas). *15*

Nederland

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State

ABRS 10 april 1995, AB 1995, 498, m.nt. G.A. van der Veen (Long Lin). *143*

ABRS 30 november 1995, AB 1996, 136, m.nt. S.E. Zijlstra; JB 1995, 337, m.nt. F.A.M. Stroink; RAwb 1996 1996, 44, m.a. J.B.J.M. ten Berge; Gst. no. 7024, p. 43-48 (Stichting Silicose). *29, 144, 146, 149*

ABRS 3 oktober 1996, JB 1996, 231 (Schiphol). *152*

ABRS 13 maart 1997, JB 1997, 88. *144*

ABRS 12 november 1998, RAwb 1999, 38 (Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen). *144, 148*

ABRS 18 februari 1999, AB 1999, 143. *144*

Afdeling Rechtspraak Raad van State

ARRS 7 april 1978, tB/S I, p. 19-21 (Stichting fonds voor de letteren). *145, 151*

ARRS 27 januari 1983, tB/S V, p. 1199-1207 (Stichting NCO). *146*

ARRS 29 september 1983, AB 1984, 349 (Stichting ZWO). *145*

ARRS 28 juli 1989, tB/S 1989, nr. 113 (Jazzstichting). *146, 149*

ARRS 16 januari 1991, tB/S 1991, nr. 9, p. 3, m.nt. tB; AB 1991, 662 m.nt. ICvdV (Stichting fonds voor de beeldende kunsten, vormgeving en bouwkunst). *145*

Gerechtshof

Hof Amsterdam 21 juni 1979 (ondernemingskamer), NJ 1980, 71 (Batco), m.nt. J.M.M. Maeijer, NJ 1980, 73. *122*

Hof 's-Gravenhage 1 oktober 1992, NJCM-Bulletin 1993, p. 299-302, m.nt. A.W. Heringa (Ned. Congresgebouw NV). *161*

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Hoge Raad

- HR 16 juni 1950, NJ 1950, 653. *175*
HR 28 november 1952, NJ 1953, 800. *175*
HR 3 januari 1975, NJ 1975, 222, m.nt. G.J.S. (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen). *122, 125, 126*
HR 25 september 1981, NJ 1982, 443, m.nt. J.M.M. Maeijer (Osby). *173*
HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (Keulen BV/BLG). *172*
HR 27 maart 1987, NJ 1987, 273 (Amsterdam/Ikon). *154, 162*
HR 10 juni 1988, NJ 1988, 873 (woningbouwvereniging). *163*
HR 22 december 1989, NJ 1990, 512 (Stichting Hulp voor Sahel). *125*
HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert). *154, 155*
HR 4 december 1992, NJ 193, 271; RvdW 1993, 4 (Meijers/Mast Holding BV). *92*
HR 18 december 1992, M en R 1993, 24 (drietal milieustichtingen). *163*
HR 3 september 1993, NJ 1993, 194 (PTT NV). *161*
HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, m.nt. PAS. *164*
HR 15 januari 1997, RvdW 1997, 19c. *120*
HR 7 november 1997, NJ 1998, 220 (Stichting Zaanwerk). *161*

Kroon

- KB 3 november 1966, Gst. 1966, 5922, nr. 3. *77*
KB 29 april 1971, Stb. 1971, 299. *77*
KB 1 maart 1974, AB 1974, 228. *77*
KB 27 juni 1977, AB 1977, 403. *77*
KB 26 juli 1980, AB 1980, 501. *77*

President Rechtbank

- Pres. Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1987, AB 1987, 580 (Ned. Congresgebouw NV). *160*
Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 mei 1993, NJCM-Bulletin 1993, p. 685-693, m.nt. M. Kroes (NS). *162*
Pres. Rb. Breda 26 april 1995, JB 1995, 168. *144*
Pres. Rb. 's-Gravenhage 8 december 1995, JB 1996, 5. *144*
Pres. Rb. Leeuwarden 11 april 1996, Awb-katern 1996, 101; JB 1996, 163 (Stichting KOF). *148*

Rechtbank

- Rb. Arnhem 29 januari 1973, NJ 1973, 276. *177*
Rb. Roermond 18 april 1995, JB 1995, 135. *144*
Rb. Maastricht 21 april 1995, JB 1995, 116, m.nt. F.A.M. Stroink; RAwb 1995, 71 (Stichting Silicose). *146, 162*

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rb. Roermond 20 december 1996, JB 1997, 55 (Stichting Fonds Watersnood 1995 Land- en Tuinbouw). *144, 146, 147, 149*

Rb. Haarlem 31 december 1996, JB 1997, 38 (Stichting Thuiszorg IJmond). *144, 148*

Voorzitter Afdeling Rechtspraak Raad van State

Vz. ARRS 19 maart 1981, AB 1982, 411; tB/S I, p. 68 (Stichting NCO). *146, 149, 151*

Duitsland

Bundesgerichtshof in Zivilsachen

BGHZ 52, 325. *11, 179*

BGHZ 91, 84. *11, 179*

Literatuurlijst

- Ackermans-Wijn, J.C.E., Privatisering en de tweewegenleer, in: Y. Buruma e.a. (red.), *Recht door de eeuw*, Deventer 1998.
- Ackermans-Wijn, J.C.E., Doorbraak en quasi-doorbraak van aansprakelijkheid bij de overheid, *S&V* 1992, p. 183-191.
- Algemene Rekenkamer, Zelfstandige bestuursorganen en ministeriële verantwoordelijkheid, *TK* 1994/95, 24 130, nr. 3.
- Angeren, J.A.M. van, Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?, *RM Themis* 1996, p. 367-375.
- Arnim, H.H. von, *Rechtsfragen der Privatisierung*, Wiesbaden 1995.
- Asser, Van der Grinten, Maeijer 2-II, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, De rechtspersoon, Deventer 1997.
- Asser, Maeijer 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, De naamloze en besloten vennootschap, Zwolle 1994.
- Beek, T.J., E. van Diepen, De status van werknemers/ambtenaren bij overheidsstichtingen, *S&V* 1999, p. 22-28.
- Bense, M., S.E. Zijlstra, Het begrip bestuursorgaan, *NTB* 1994, p. 253-270.
- Berge, J.B.J.M. ten, Decentraliseren met commissies, Den Haag 1978.
- Berge, J.B.J.M. ten, F.A.M. Stroink, Functionele decentralisatie uit de schaduw, *Preadvies Raad voor het Binnenlands Bestuur*, Den Haag 1988.
- Berge, J.B.J.M. ten, Taalverwarring rond functionele decentralisatie, *Bestuurswetenschappen* 1989, p. 335-346.
- Berge, J.B.J.M. ten, Functioneel bestuur in de Awb: onscherp en net niet ver genoeg, *NTB* 1991, p. 121-122.
- Berge, J.B.J.M. ten, H.J. de Ru, Overheid en privaatrechtelijke organisatievorming, *Preadvies Raad voor het Binnenlands Bestuur*, Den Haag 1991.
- Berge, J.B.J.M. ten, Schakelbepaling in privatiseringswetgeving, *NTB* 1995, p. 9.
- Berge, J.B.J.M. ten, Besturen door de overheid, Deventer 1998.
- Berge, J.B.J.M. ten, Bescherming tegen de overheid, Deventer 1999.
- Berge, J.B.J.M. ten, S.E. Zijlstra, De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling, *Preadvies NJV*, Deventer 2000.
- Berge, J.B.J.M. ten, S.E. Zijlstra, L. Timmerman, F.K. Buijn, Privaatrechtelijke rechtspersonen met publieke taken, *Preadvies NJV*, Deventer 2000.
- Bökkerink, M.R., De uitoefening van publiekrechtelijke taken door privaatrechtelijke rechtspersonen, in: S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (red.), *Overheid en Onderneming*, Deventer 1998.
- Boer, M.M. den, Instrumenteel afwegingskader bij organisatie, in: A.F. Gaastra, S.E. Zijlstra (red.), *Handboek Bestuurlijk organisatierecht*, Hoofdstuk II-4, Den Haag 1997.

DE OVERHEIDSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

- Boer, M.M. den, J. Schipper-Spanninga, Overheidsstichtingen, in: A.F. Gaastra, S.E. Zijlstra (red.), Handboek Bestuurlijk organisatierecht, Hoofdstuk IV-11, Den Haag 1997.
- Boer, M.M. den, Zelfstandige bestuursorganen, in: A.F. Gaastra, S.E. Zijlstra (red.), Handboek Bestuurlijk organisatierecht, Hoofdstuk IV-9, Den Haag 1997.
- Boer, M.M. den, Zelfstandige bestuursorganen uit de zelfkant van de democratie?, Preadvies VAR (VAR-reeks 118), Alphen aan den Rijn 1997.
- Boneschansker, E., H. de Groot, Instrumenten bij sturen op afstand, Den Haag 1992.
- Boxum, J.L., Algemene wetgeving voor zelfstandige bestuurslichamen, Deventer 1997.
- Boxum, J.L., J. de Ridder, M. Scheltema, Zelfstandige bestuursorganen in soorten, Deventer 1989.
- Bundesverband Deutscher Stiftungen e.V. (Hrsg.), Verzeichnis der Deutschen Stiftungen 1994, Darmstadt 1994.
- Burg, V.A.M. van der, De statutaire kenmerken van een overheidsstichting, TvO 1977, p. 452-455.
- Burg, V.A.M. van der, Enkele inleidende beschouwingen over moeder- en dochterverhoudingen in het stichtingsrecht, WPNR 1978, p. 645-648.
- Burg, V.A.M. van der, Het orgaanbegrip bij stichtingen, TVVS 1978, p. 206-209.
- Burg, V.A.M. van der, De Comptabiliteitswet 1976 en de overheidsstichting, TvO 1979, p. 298-299.
- Burg, V.A.M. van der, Enkele beschouwingen over de overheidsstichting, TVVS 1980, p. 181-183.
- Burg, V.A.M. van der, Regels voor de oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen, TvO 1980, p. 221-222.
- Burg, V.A.M. van der, Verantwoordingsplicht inzake overheidsstichtingen, TvO 1981, p. 555-557.
- Burg, V.A.M. van der, De statutaire aanwijzingsbevoegdheid ten opzichte van het bestuur van een rechtspersoon, WPNR 1983, nr. 5656, p. 395-398.
- Burg, V.A.M. van der, Aspecten van besluitvorming in het bestuur van een overheidsstichting, TvO 1984, p. 129-130.
- Burg, V.A.M. van der, De waarnemer in het stichtingsrecht, Een nieuwe ontwikkeling bij de overheidsstichting, WPNR 1985, nr. 5732, p. 218-220.
- Burg, V.A.M. van der, De norm voor het bestuur van een overheidsstichting is het belang van de stichting, TVVS 1986, p. 11-13.
- Burg, V.A.M. van der, Stichtingen: naar een verplicht toezichthoudend orgaan?, WPNR 1986, nr. 5810, p. 775-778.
- Burg, V.A.M. van der, Juridische aspecten van privatisering, TvO 1987, p. 50-52.
- Burg, V.A.M. van der, Het leerstuk van de tegenstrijdige belangen in het verenigings- en stichtingsrecht, TVVS 1987, p. 243-244.
- Burg, V.A.M. van der, Overheid en steunstichting, TVVS 1987, p. 143-146.
- Burg, V.A.M. van der, Het goedkeuringsrecht van een bestuursbesluit door een derde is geen beleidsinstrument in geval van een overheidsstichting, TVVS 1988, p. 222-223.

LITERATUURLIJST

- Burg, V.A.M. van der, Vertegenwoordigers van subsidiegever in stichtingsbestuur?, TvO 1990, p. 159-160.
- Burg, V.A.M. van der, Een proeve van harmonisatie van de organisatiestructuur van overheidsstichtingen, S&V 1992, p. 3-6.
- Burg, V.A.M. van der, Een Stichting: bevoegd gezag van een openbare school, S&V 1994, p. 33-35.
- Burg, V.A.M. van der, Boekbespreking C.A. Schreuder, Publiekrechtelijke taken, privaatrechtelijke rechtspersonen, S&V 1995, p. 79-81.
- Burkens, M.C., H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen, R.J.G.M. Widdershoven, Beginselen van de democratische rechtsstaat, Deventer 1997.
- Buijn, F.K., Privaatrechtelijke instrumenten bij privatisering, Preadvies VAR (VAR-reeks 118), Alphen aan den Rijn 1997.
- Buijn, F.K., Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm, Preadvies NJV, Deventer 2000.
- Bij, J. van der, De gesubsidieerde muze en het maatschappelijk middenveld: het Fonds voor beeldende kunsten, vormgeving en bouwkunst, in: M.C.P. van Eijk, T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru, J.W. Sap, A. Soeteman (red.), Gesloten of open overlegstelsel, Den Haag 1993.
- Commissie Bundeling Ervaringen bij Privatisering, Handboek Privatisering, 's-Gravenhage 1990.
- Commissie Cohen, Eindrapport Werkgroep Markt en Overheid, Den Haag 20 februari 1997.
- Commissie Holtslag, De ministeriële verantwoordelijkheid ondersteund, Den Haag 1998.
- Commissie Scheltema, Steekhoudend ministerschap, Betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid, TK 1992/93, 21 427, nrs. 40 en 41.
- Commissie Sint, Verantwoord verzelfstandigen, Den Haag 1995.
- Cordewener, M.H.R.N.Y., Uitbreiding enquêterecht, S&V 1992, p. 44-47.
- Danwitz, Th. von, Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht, AöR 1995, p. 595-630.
- Dewald, S., Die privatrechtliche Stiftung als Instrument zur Wahrnehmung öffentlicher Zwecke, Frankfurt am Main 1990.
- Duijnstee, J.A.T.J.M., Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht, Deventer 1978.
- Dijk, P.L., T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer 1997.
- Ehlers, D., Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984.
- Eikema Hommes, H. van, Inleiding tot de wijsbegeerte van Herman Dooyeweerd, Den Haag 1982.
- Emde, E.Th., Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Berlin 1991.
- Erbguth, W., Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte?, DÖV 1993, p. 798-809.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

- Goede, B. de, Het gebruikmaken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen, Preadvies VAR, Haarlem 1956.
- Goorden, C.P.J., Verzelfstandiging: naar een doorzichtig en geregeld bestuur, Preadvies VAR (VAR-reeks 118), Alphen aan den Rijn 1997.
- Goorden, C.P.J., Zbo's: doorzichtiger en beter geregeld, NTB 1998, p. 86-93.
- Graat, P.A.M.J., Maatschappelijk bestuur, Deventer 1998.
- Haan, P. de, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deel 1, Deventer 1996.
- Heimburg, S. von, Verwaltungsaufgaben und Private, Berlijn 1982.
- Hendriks, R.W.F., De stichting in concernverband, Zwolle 1994.
- Herzog, R., Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatsfähigkeit, in: J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988.
- Hirsch Ballin, E.M.H., In Ernst, Oriëntaties voor beleid, 1994.
- Honée, H.J.M.N., Voordracht, in: L. Timmerman, H.J.M.N. Honée, Ondernemingsrechtelijke contracten, Deventer 1995, p. 19-25.
- Houwen, L.G.H.J., Groepsvorming in het stichtingenrecht, S&V 1994, p. 138-146.
- Ingh, F.J.P. van den, Stichting en privatisering, gezien vanuit het rechtspersonenrecht, S&V 1988, p. 123-129.
- Ingh, F.J.P. van den, E. Bos, P.C.J. Oerlemans, De stichting als ondernemingsvorm, Deventer 1993.
- Isensee, J., Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988.
- Jans, J.H., R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen 1999.
- Jellinek, W., Allgemeine Staatslehre, Berlin 1922.
- Jurgens, G.T.J.M., Een nieuwe StAB op weg naar privatisering van deskundigenadviesing in milieu- en ruimtelijke ordeningszaken?, TP 1999, nr. 3, p. 4-6.
- Klopper, J.Ph.W. de, Het hanteren van rechtspersoonlijkheid als instrument van overheidsbeleid bij privatisering, in: H.J. de Ru (red.), Privatisering in de praktijk, Zwolle 1987.
- Kluiver, H.J. de, Overheidsstichting en overheidsaansprakelijkheid, in: S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (red.), Overheid en Onderneming, Deventer 1998.
- Koeman, N.S.J., De Stichting Adviesing Bestuursrechtspraak: de privatisering van de deskundige in het bestuursprocesrecht, TP 1997, nr. 10, p. 4-6.
- Kortmann, C.A.J.M., De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer 1987.
- Kortmann, C.A.J.M., Grondrechten voor de overheid?, AA 1997, p. 746-748.
- Kortmann, C.A.J.M., Zbo's: Zeer Bijzondere Opvattingen, Gst. 1997, p. 617-620.

LITERATUURLIJST

- Krebs, W., Verwaltungsorganisation, in: J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988.
- Kuiper, G.M., J. de Ridder, Toezicht op zelfstandige bestuursorganen, in: M. Herweijer, K.F. Schuiling, H.B. Winter (red.), In Wederkerigheid, Deventer 1997.
- Kuiper, G.M., J.J. van Vliet, J.L. Boxum, C.A. Schreuder, J. de Ridder, M. Scheltema, Verzelfstandiging: publiek of privaat?, Deventer 1992.
- Kummeling, H.R.B.M., Advisering in het publiekrecht, Den Haag 1988.
- Kummeling, H.R.B.M., Relatieve geheimhoudingsplichten, Deventer 1997.
- Lecheler, H., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, BayVBl. 1994, p. 555-560.
- Leerdam, J. van, Staatsbosbeheer op afstand: eerste zbo-nieuwe stijl?, Openbaar bestuur 1997, p. 15-22.
- Loenen, J.W.A.C. van, bewerkt door H.Ph.J.A.M. Hennekens en C.J.N. Verstedden, De Gemeentewet en haar toepassing, Alphen aan den Rijn 1959 (losbladig).
- Lubberdink, H.G., De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur, Deventer 1982.
- Maeijer, J.M.M., Toezicht op het stichtingsbestuur, in: Tot Vermaak van Slagter, Deventer 1988, p. 147-157.
- Maeijer, J.M.M., Privatisering, Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg, Deventer 1997.
- Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1997.
- Ministerie van WVC, Verzelfstandiging rijksmusea c.a., Den Haag 1994.
- Munneke, H.F., J.B.J.M. ten Berge, F.A.M. Stroink, P. Haighton, P. den Hoed, Organen en Rechtspersonen rondom de centrale overheid, 's-Gravenhage 1983.
- Nota Functioneel bestuur, waarom en hoe?, Regeringsstandpunt functionele decentralisatie, Kamerstukken TK 1990/91, 21 042, nr. 4.
- Nus, J.G.L. van, Overheidstoezicht op afstand, Antwerpen-Apeldoorn 1995.
- Nijhof, M.B., De overheid als onderneming, NTB 2000, p. 60-68.
- Ommeren, F.J. van, De verplichting verankerd, Deventer 1996.
- Oranje, F.J., De overheidsstichting als onderdeel van 'het overheidsconcern', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Financiering en aansprakelijkheid, Zwolle 1994, p. 323-338.
- Oranje, F.J., Past een zelfstandig bestuursorgaan de privaatrechtelijke jas?, in: S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (red.), Overheid en Onderneming, Deventer 1998.
- Ossenbühl, F., Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, p. 513-524.
- Overes, C.H.C., Verzelfstandiging van het openbaar onderwijs: publiek of privaat?, S&V 1997, p. 107-112.
- Overes, C.H.C., Privatisering van het onderwijs, TP 1998, nr. 9, p. 5-7.

DE OVERHEIDSSSTICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

- Pach, M.A., Weg met de overheidsstichting, SMA 1993, p. 647-649.
- Peters, J.A.F., Piercing the private veil, WPNR 1992, nr. 6074, p. 978-984.
- Peters, J.A.F., Bestuursorgaan in de Awb, JB 1995, 297, p. 1067-1076.
- Peters, J.A.F., Publiekrechtelijke rechtspersonen, Deventer 1997.
- Peters, J.A.F., Voorkeuren in vormgeving van (zelfstandige) bestuursorganen, TP 1997, nr. 5, p. 6-8.
- Peters, J.A.F., Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen en privatisering, in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk, B. Wachter (red.), Handelsrecht tussen koophandel en Nieuw BW, Deventer 1998.
- Piron, C.G.J., De akte tot statutenwijziging van een overheidsstichting, WPNR 1980, nr. 5539, p. 793-796.
- Ploeg, T.J. van der, H.J. de Ru, C.A. Schwarz, Bedrijfsmatige structuren bij de overheid, Bestuurswetenschappen 1983, p. 175-194.
- Ploeg, T.J. van der, Privaatrechtelijke bedenkingen tegen de overheidsstichting, TVVS 1995, p. 151-154.
- Polak, J.M., De Wet op Stichtingen, Tekst en Commentaar, IJmuiden 1956.
- Polak, J.M., De stichting - enkele inleidende opmerkingen, WPNR 1978, nr. 5439, p. 377-379.
- Polak, J.M., Zbo's, verzelfstandiging en privatisering (verslag VAR-vergadering 25 april 1997), NJB 1997, p. 985-987.
- Püttner, G., Privatisierung, Landes- und Kommunalverwaltung 1994, p. 193-196.
- Püttner, G., Die öffentlichen Unternehmen, Stuttgart-München-Hannover 1985.
- Putten, A.F. van der, Financiële en bestuurlijke aspecten van overheidsaansprakelijkheid, in: J.B.J.M. ten Berge, H.M. van de Kar, P.C.E. van Wijmen, M. Boogmans (eindred.), Den Haag 1995.
- Raad voor het Binnenlands Bestuur, Openbaar bestuur en aansprakelijkheid, Den Haag 1995.
- Raaijmakers, M.J.G.C., Juridische fusie en omzetting van verenigingen en stichtingen (I), TVVS 1986, p. 181-187.
- Roest, J., Verzelfstandiging rijksmuseale diensten, S&V 1994, p. 86-91.
- Rossum, A.A. van, Het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (n.v. of b.v.) in het kader van privatisering, RM Themis 1997, p. 83-99.
- Ru, H.J. de, Privatisering, ontwikkelingen en perspectieven, in: H.J. de Ru (red.), Privatisering in de praktijk, p. 1-31, Zwolle 1987.
- Ru, H.J. de, Staat, markt en recht, Zwolle 1987.
- Ru, H.J. de, Taakverdeling en privaatrecht, in: J.B.J.M. ten Berge, A. van der Jagt, J.J.H. Pop, Toekomsttrends en binnenlands bestuur, Den Haag 1989.
- Ru, H.J. de, De lange weg naar privatisering in Nederland, TVVS 1992, p. 111-116.
- Ru, H.J. de, Privaatrechtelijke rechtspersonen tot nut van 't algemeen, TP 1997, nr. 4, p. 7-9.
- Scheltema, M., Verantwoord verzelfstandigen!, Opmerkingen over het rapport van de commissie-Sint, TP 1995, nr. 3, p. 1-3.

LITERATUURLIJST

- Schoch, F., Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, p. 377-383.
- Schoch, F., Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, p. 962-977.
- Schouten, M.A.P., Toezicht op het bestuur van stichtingen; rechtsvergelijkend getoetst, NJB 1987, p. 37-44.
- Schreuder, C.A., Geen normale n.v./b.v., TVVS 1993, p. 189-194.
- Schreuder, C.A., Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen, Deventer 1994.
- Schreuder, C.A., Stichtingen als verzelfstandigingsvariant, S&V 1995, p. 69-72.
- Schreuder, C.A., Openbare lichamen en bestuursorganen, in: A.F. Gaastra, S.E. Zijlstra (red.), Handboek Bestuurlijk organisatierecht, Hoofdstuk I-2, Den Haag 1997.
- Schreuder, C.A., Overheids-N.V.'s en B.V.'s, in: A.F. Gaastra, S.E. Zijlstra (red.), Handboek Bestuurlijk organisatierecht, Hoofdstuk IV-12, Den Haag 1997.
- Schreuder, C.A., Bevoegdheden jegens private rechtspersonen: een introductie, TP 1999, nr. 4, p. 10-13.
- Schroten, K., Terugdringing van de wildgroei, NTB 1996, p. 66-69.
- Schroten, K., Juridische vragen omtrent het gebruik van stichtingen bij privatisering in het Nederlandse en Duitse recht, in: G.H. Addink, A.M. Hol, R. Knegt (red.), Privatisering: effectiviteit en legitimiteit, Deventer 1998.
- Schuit, S.R., Het democratisch gehalte van de stichting, TP 1997, nr. 3, p. 4-5.
- Schulte, M., Staat und Stiftung, Heidelberg 1989.
- Schwarz, C.A., F.J.P. van den Ingh (red.), Almanak voor de stichting en de vereniging, Deventer 1996.
- Seifart, W., A.F. von Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, München 1999.
- Seifert, K.H., D. Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1995.
- Simon, H.J., Recensie van C.A. Schreuder: Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen, NJB 1995, p. 600-603.
- Solinge, A.G. van, Uitbreiding van het enquêterecht, NV 1992, p. 26-32.
- Spanninga, J., Samenwerking van gemeenten: stichting versus gemeenschappelijke regeling, S&V 1989, p. 103-109.
- Steijn, H.H. van, Rechtshandhaving en PBO, Antwerpen/Groningen 1999.
- Stille, A.L.G.A., Titel 6 Stichtingen, in: Rechtspersonen, losbladig commentaar op Boek 2 BW, Deventer.
- Stober, R., Wirtschaftsverwaltungsrecht I, Allgemeiner Teil und Wirtschaftsverfassungsrecht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1986.
- Stroink, F.A.M., J.G.L. van Nus, Bestuursrechtelijke consequenties van privatisering, S&V 1994, p. 66-70.
- Thomsen, R., Probleme "staatsnaher" Stiftungen unter besonderer Berücksichtigung ihrer Autonomie, Hamburg 1992.
- Twehues, M., Rechtsfragen kommunaler Stiftungen, Köln 1996.
- Veen, G.A. van der, Openbare zaken, Deventer 1997.

DE OVERHEIDSSICHTING OP HET NIVEAU VAN DE CENTRALE OVERHEID

Ven, A.T.L.M. van de Ven, Verzelfstandiging en bestuurlijke decentralisatie, S&V 1994, p. 61-65.

Verhey, L.F.M., Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle 1992.

Vermeulen, B.P., P.J.J. Zoontjes, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, Preadvies VAR (VAR-reeks 124), Den Haag 2000.

Visser, J. de, Rembrandt in private handen: een goede keus?, TP 1997, nr. 9, p. 6-9.

Vries, H.S. de, Gemeentelijke stichtingen of gemeentelijke bestuurscommissies?, TvO 1983, p. 422-423.

Waaijer, B.C.M., Statuten en statutenwijziging, Deventer 1993.

Waechter, K., Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen im parlamentarischen Regierungssystem, Berlijn 1994.

Wijk, H.D. van, W. Konijnenbelt, R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 1999.

Wolff, H.J., O. Bachof, R. Stober, Verwaltungsrecht II, Besonderes Organisations- und Dienstrecht, München 1987.

WRR, Het borgen van publiek belang, Den Haag 2000.

Zutphen, A.H. van, De rechtspositie van de rijksambtenaar: aanstelling en ontslag, Den Haag 1991.

Zijlstra, S.E., Stichtingen met een publieke taak als bestuursorgaan, Gst. 1995, p. 469-474.

Zijlstra, S.E., Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat, Den Haag 1997.

Zijlstra, S.E., Hoofdstructuur van de bestuurlijke organisatie, in: A.F. Gaastra, S.E. Zijlstra (red.), Handboek Bestuurlijk organisatierecht, Hoofdstuk IV-5, Den Haag 1997.

Zijlstra, S.E., Zbo's tussen staatsrecht en bestuursrecht, in: D.J. Elzinga, H.M. de Jong (red.), Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Deventer 1999.

Curriculum Vitae

Karin Schroten werd geboren op 17 juli 1970 te Langerak (Z.-H.). Zij ontving in 1988 aan de Gereformeerde Scholengemeenschap Amersfoort het diploma ongedeeld VWO. Na in 1989 de propedeuses politicologie en bestuurskunde te hebben behaald, vervolgde zij haar opleiding aan de Rijksuniversiteit Leiden met de studie Nederlands recht. In juni 1994 nam zij (met genoegen) de doctoraalbul Nederlands recht in ontvangst. Vanaf september 1994 was zij als onderzoeker in opleiding verbonden aan NWO en als zodanig werkzaam bij het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. Sinds 1 juli 1999 werkt zij als jurist bij het College tarieven gezondheidszorg te Utrecht.

