

Vergaderjaar 2013–2014

33 912

Wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in verband met het aansluiten van zelfstandige bestuursorganen op de rijksinfrastructuur en enkele technische aanpassingen

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 25 februari 2013 en het nader rapport d.d. 27 maart 2014, aangeboden aan de Koning door de minister voor Wonen en Rijksdienst. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 14 januari 2013, no. 13.000024, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Wonen en Rijksdienst, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in verband met het aansluiten van zelfstandige bestuursorganen op de rijksinfrastructuur en enkele technische aanpassingen, met memorie van toelichting.

Het voorstel maakt mogelijk dat de Minister voor Wonen en Rijksdienst (hierna: de Minister voor W&R) in overeenstemming met de ministers die het aangaat, kan bepalen dat een zelfstandig bestuursorgaan (hierna: zbo) gebruik maakt van een bepaalde voorziening die in stand gehouden wordt door een ander bestuursorgaan van de Rijksoverheid. De aansluiting van zbo's bij centrale voorzieningen heeft tot doel dat de Rijksoverheid in haar geheel effectiever en efficiënter kan werken.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de doelstelling om de bedrijfsvoering van de centrale overheid effectiever en efficiënter te maken. Zij maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel echter opmerkingen over de noodzaak van het voorstel, de zelfstandige positie van zbo's, de diversiteit van de praktijk van zbo's, de afbakening van de voorgestelde bevoegdheid en de beoordeling van de voorgestelde verplichte aansluiting bij centrale voorzieningen uit Europeesrechtelijk perspectief. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader moet worden overwogen.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 1 januari 2013, no. 13.000024, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in verband met het aansluiten van zelfstandige bestuursorganen op de rijksinfrastructuur en enkele technische aanpassingen, met memorie van toelichting. Dit advies, gedateerd 25 februari 2013, no. W04.13.0003/I, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de noodzaak van het wetsvoorstel, de zelfstandige positie van zelfstandige bestuursorganen, de diversiteit van de praktijk van zelfstandige bestuursorganen, de afbakening van de voorgestelde bevoegdheid en de beoordeling van de voorgestelde verplichte aansluiting bij centrale voorzieningen uit Europeesrechtelijk perspectief. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader moet worden overwogen.

1. Voorgeschiedenis

Het voorstel behelst een wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: de Kaderwet). Deze wet kwam tot stand, nadat in de jaren negentig was geconstateerd dat er een wildgroei van zbo's plaats had gehad. Deze constatering hield verband met het grote aantal zbo's dat inmiddels was ingesteld, de verscheidenheid in vormgeving en inrichting van die zbo's en de ondoorzichtigheid van de sturing en verantwoordingsrelaties tussen verantwoordelijke minister(s) en de zbo's.

Met de Kaderwet werd in de eerste plaats beoogd enige ordening aan te brengen in de tot dan toe bestaande situatie, waarin voor ieder zelfstandig bestuursorgaan een geheel eigen organisatieregeling gold. Tevens had de Kaderwet ten doel een duidelijke regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid voor zelfstandige bestuursorganen tot stand te brengen. Ook beoogde de Kaderwet meer duidelijkheid te scheppen met betrekking tot de financiële controle op zelfstandige bestuursorganen. Daarnaast wilde de wetgever het publieke inzicht vergroten in zowel het vóórkomen als het functioneren van zelfstandige bestuursorganen.²

De Kaderwet zbo's regelt de positie van bestuursorganen van de centrale overheid die zijn belast met openbaar gezag en niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan de minister. De toedeling van een wettelijke taak of bevoegdheid aan een zbo vormt een uitzondering op de regel dat wettelijke taken en bevoegdheden worden uitgevoerd onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid. In de Kaderwet is daarom geregeld dat een zbo alleen kan worden ingesteld, indien er bijzondere redenen zijn om bepaalde wettelijke taken en bevoegdheden zelfstandig te laten uitvoeren. Instelling kan uitsluitend plaatsvinden indien:

- a. er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid;*
- b. er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen;*
- c. participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht.³*

In zijn advies over de Kaderwet zbo's werd destijds door de Raad van State de vraag aan de orde gesteld, in welke mate het – gelet op de grote diversiteit van zbo's – mogelijk en wenselijk was om algemene regels te

² Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 3, blz. 3–4.

³ Artikel 3, eerste lid, Kaderwet.

stellen die voor alle zbo's zouden gelden.⁴ Deze vraag is onverminderd actueel. De Algemene Rekenkamer kwam in 2012 tot de conclusie dat de Kaderwet zbo's (vooralsnog) niet de ordening, harmonisatie en helderheid over de ministeriële verantwoordelijkheid lijkt te brengen die met de wet werd beoogd. Dit komt onder meer door het grote aantal zbo's dat van de Kaderwet is uitgezonderd én door de uitzonderingen die op verschillende artikelen uit de Kaderwet zijn gemaakt.⁵

1. Voorgeschiedenis

In het debat over zelfstandige bestuursorganen staan van oudsher twee tegengestelde behoeften centraal: de behoefte aan meer uniformiteit en de behoefte aan meer diversiteit en maatwerk. Het bereiken van een eenvormig ZBO-veld is nooit doelstelling van het kabinetsbeleid geweest. Dankzij de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen vindt er echter wel enige ordening van het veld plaats.

2. Noodzaak van het voorstel

Het voorstel houdt in dat de Minister voor W&R, in overeenstemming met de ministers wie het aangaat, kan bepalen dat een zelfstandig bestuursorgaan gebruik maakt van een voorziening die in stand wordt gehouden door een ander bestuursorgaan van de centrale overheid en die wordt ingezet ten behoeve van de uitvoering van de taak van een of meer bestuursorganen van de centrale overheid.⁶ Daarmee wordt beoogd zbo's te laten aansluiten bij de rijksbrede infrastructuur die thans in ontwikkeling is. Indien tot aansluiting wordt besloten, is het zbo niet meer verantwoordelijk voor het desbetreffende onderdeel of de desbetreffende onderdelen van de bedrijfsvoering.

De regering meent dat het met het oog op de door haar beoogde aansluiting bij de rijksinfrastructuur wenselijk is een algemene regeling in de Kaderwet zbo's op te nemen op grond waarvan de betrokken ministers een zbo tot een zodanige aansluiting kunnen verplichten. De toelichting stelt dat zonder deelname van zbo's bepaalde infrastructurele voorzieningen niet hetzelfde rendement in termen van effectiviteit en efficiëntie opbrengen als met deelname van zbo's. De regering heeft er niet voor gekozen om per geval en voor zover nodig een specifieke wet voor te stellen. Een dergelijke aanpak zou slecht passen bij de slagvaardigheid die zij wenst te betrachten bij het realiseren van de rijksbrede infrastructuur, zo vermeldt de toelichting.⁷

De Afdeling is van oordeel dat er goede redenen kunnen zijn voor aansluiting van een zbo bij een centrale voorziening, zoals beoogd. Deze aansluiting kan zowel voor de Staat als voor de zbo's, die geen onderdeel uitmaken van de rechtspersoon Staat, in bepaalde gevallen voordelen hebben. Uit de toelichting blijkt echter niet hoe groot die voordelen zijn. In het bijzonder wordt niet aangegeven in hoeverre door een andere werkwijze bij zbo's efficiencywinst valt te behalen en wat de omvang van die efficiencywinst naar verwachting zal zijn. De Afdeling stelt voorts vast dat eind 2011 de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties nog in een brief aan de Tweede Kamer heeft aangegeven geen generieke wetgeving voor te stellen, omdat zbo's veelal reeds uit eigen beweging

⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. A, blz. 1–2.

⁵ Algemene Rekenkamer, Kaderwet zbo's, Reikwijdte en implementatie (Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12 33 147, nr. 3, blz. 4).

⁶ Artikel I, onderdeel C (nieuw artikel 21a, eerste lid).

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 1,1 derde alinea.

zouden willen aansluiten.⁸ Ook de regering spreekt in de toelichting de verwachting uit dat zbo's veelal zelf graag willen meedoen. De vraag waarom de voorgestelde generieke regeling dan toch noodzakelijk is, wordt, naar het oordeel van de Afdeling, in de toelichting onvoldoende beantwoord.

Daarbij is van belang dat het voorstel onduidelijkheid laat bestaan over de vraag, welk motief aan gebruik van de voorgestelde bevoegdheid ten grondslag mag liggen. Het voorgestelde artikel 21a, tweede lid, bepaalt dat een besluit tot aansluiting bij een centrale voorziening slechts wordt genomen, als naar het oordeel van de bij het besluit betrokken ministers⁹ de doelmatigheid en de doeltreffendheid van de uitvoering van de taak van het zbo worden bevorderd. Uit de toelichting kan echter worden afgeleid dat ook andere belangen dan dat van het desbetreffende zbo in de afweging een rol zullen spelen.¹⁰ Deze lopen niet noodzakelijkerwijs parallel.¹¹ Hierdoor is onvoldoende duidelijk welk doel precies de regering met de voorgestelde regeling nastreeft.

De Afdeling adviseert in de toelichting de noodzaak van het voorstel dragend te motiveren.

2. Noodzaak van het voorstel

Naar aanleiding van het advies is aan het algemeen deel van de memorie van toelichting een paragraaf (4) toegevoegd, waarin het nut en de noodzaak van een generieke wettelijke regeling nader is toegelicht.

Zoals in het algemeen deel van de memorie van toelichting uiteengezet is, streeft de regering naar een krachtige, kleine en dienstverlenende Rijksoverheid en in verband daarmee naar de inrichting van een rijksbrede infrastructuur. Omdat zonder deelname van zelfstandige bestuursorganen bepaalde infrastructurele voorzieningen minder rendement opbrengen in termen van effectiviteit en efficiëntie, was het doel van het aanvankelijke wetsvoorstel zelfstandige bestuursorganen te kunnen verplichten deel te nemen aan een infrastructurele voorziening van de Rijksoverheid. Met het oog op de verwachting dat zelfstandige bestuursorganen veelal vrijwillig zullen willen deelnemen aan een gemeenschappelijke infrastructurele voorziening, is het wetsvoorstel naar aanleiding van het advies zodanig aangepast dat het niet alleen de bevoegdheid van de minister voor W&R regelt om zelfstandige bestuursorganen te verplichten deel te nemen, maar dat daarin ook vrijwillige aansluiting geregeld wordt. De memorie van toelichting (paragraaf 6) is in die zin aangepast. De bevoegdheid van de minister om een zelfstandig bestuursorgaan te verplichten deel te nemen is thans beperkt tot zelfstandige bestuursorganen met

⁸ Kamerstukken II 2011/12, 31 490, nr. 82. In deze brief gaf de minister aan hoe hij uitvoering zou geven aan de door de Tweede Kamer aangenomen motie Koopmans-Heijnen. Via deze motie verzocht de Kamer de regering te bevorderen dat de gehele rijksdienst gebruik maakt van de rijksbrede infrastructuur voor de ondersteunende bedrijfsvoering en alleen uitzonderingen op deze regel toe te laten na uitdrukkelijke en gemotiveerde toestemming van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en tevens te onderzoeken hoe zbo's op eenzelfde wijze behandeld kunnen gaan worden. (Kamerstukken II 2010/11, 31 490, nr. 58).

⁹ Derhalve is niet meer het oordeel van het zbo maar dat van de betrokken ministers doorslaggevend.

¹⁰ Zoals de belangen van de minister die de infrastructurele voorziening beheert of gaat beheren, het belang van de ministers onder wie de gebruikersorganisaties ressorteren en het belang van de minister voor de Rijksoverheid i.c. de minister voor W&R. Zie memorie van toelichting, paragraaf 3.

¹¹ Blijkens de toelichting geldt het belang van een effectieve en efficiënte taakuitvoering door het zbo «als een essentieel criterium» maar klaarblijkelijk niet als enige criterium. Zie memorie van toelichting, paragraaf 1, derde alinea.

zogenaamde regelgebonden uitvoering; hierop wordt in paragraaf 3 van dit nader rapport ingegaan.

Wat betreft de door de Afdeling gesignaleerde onduidelijkheid welke belangen een rol spelen in de afweging bij een besluit tot deelname aan een voorziening van een zelfstandig bestuursorgaan, merkt de regering op dat de deelname de doelmatigheid en doeltreffendheid van de uitvoering van de taak van het zelfstandig bestuursorgaan moet bevorderen. Als dit niet het geval is, is aansluiting van een zelfstandig bestuursorgaan bij de desbetreffende voorziening niet aan de orde, ook al zou dit uit een oogpunt van rendement van de voorziening zelf wel wenselijk zijn. De toelichting op artikel 21a is in deze zin aangevuld.

3. De zelfstandige positie van zbo's

Het wetsvoorstel maakt het mogelijk de vrijheid van zbo's om hun bedrijfsvoering naar eigen inzicht in te richten, in te perken. Naar het oordeel van de Afdeling kan een zodanige inperking aanzienlijke gevolgen hebben voor de vervulling van de kerntaken van een zbo en daarmee diens wettelijk gewaarborgde zelfstandigheid aantasten. De Afdeling is van oordeel dat de regering in het onderhavige voorstel met die gevolgen onvoldoende rekening houdt.

Gelet op de staatsrechtelijke positie van zbo's en de beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid die de instelling van een zbo met zich brengt, heeft de wetgever in het verleden steeds per afzonderlijk geval beslist om een bestuursorgaan in te stellen met een zelfstandige positie. In veel gevallen heeft deze zelfstandigheid ook betrekking op de eigen bedrijfsvoering.¹² In dat licht bezien dient de beslissing om (een deel van) de bij wet vastgelegde zelfstandigheid weer terug te nemen, niet licht te worden genomen. Dat betekent dat in het geval geen overeenstemming kan worden bereikt over vrijwillige aansluiting bij de rijksinfrastructuur, het standpunt van het zbo om niet te willen aansluiten, gelet op diens wettelijk gewaarborgde zelfstandige positie, zwaar moet wegen en het derhalve van groot gewicht is welke redenen het zbo daartoe aanvoert.¹³ Mogelijk sluit de centrale voorziening naar het oordeel van het desbetreffende zbo onvoldoende aan bij de bedrijfsvoering waarvoor het op grond van de wet verantwoordelijkheid draagt. Denkbaar is ook dat het zbo van opvatting is dat aansluiting bij de centrale voorziening voor dat individuele zbo minder efficiënt is dan een voorziening onder eigen beheer of een aan een derde uitbestede voorziening, waardoor het als gevolg van de verplichte aansluiting met extra kosten wordt geconfronteerd. In beide gevallen kan de voorgenomen maatregel, indien het zbo niet voor de extra kosten wordt gecompenseerd, negatieve gevolgen hebben voor de vervulling door het zbo van zijn wettelijke taak.

Naar het oordeel van de Afdeling zal van geval tot geval moeten worden afgewogen of de synergievoordelen die aansluiting van het betreffende zbo bij de centrale voorziening meebrengt, opwegen tegen de mogelijke nadelen daarvan. Gelet op de zelfstandige positie van zbo's ligt het in de rede dat eerst geprobeerd wordt daarover overeenstemming tussen alle betrokken partijen te bereiken. Aansluiting op vrijwillige basis is waarschijnlijk, indien de bedrijfsvoering van het zbo daarvan aantoonbaar

¹² Dat geldt in elk geval voor zbo's met rechtspersoonlijkheid, zij het dat uit de wet en uit de rechtspraak beperkingen van de autonomie kunnen voortvloeien. Zie J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, De publiekrechtelijke rechtspersoon in ontwikkeling, Preadvies NJV 2000, Tjeenk Willink Deventer 2000, blz. 45 e.v.

¹³ Uit de toelichting blijkt niet of de zbo's waarop het wetsvoorstel betrekking heeft, zijn geconsulteerd en zo ja, welke opvattingen in deze consultatie naar voren zijn gekomen.

profijt zal hebben.¹⁴ Naar het oordeel van de Afdeling kan pas in laatste instantie een wettelijke verplichting aan de orde komen.¹⁵ Daarbij geldt als randvoorwaarde dat een eventuele verplichting voor een zbo om zich bij een bepaalde centrale voorziening aan te sluiten, verenigbaar is met het oorspronkelijk door de wetgever beoogde instellingsmotief van het desbetreffende zbo¹⁶ en de daarmee samenhangende vereisten ten aanzien van de bedrijfsvoering. Voor zover dit leidt tot de conclusie dat een wettelijke verplichting aangewezen is, dient de beslissing daartoe, gelet op de wettelijke zelfstandigheid van het zbo, ook steeds door de formele wetgever te worden genomen en niet bij ministerieel besluit zoals thans is voorgesteld. Een eventuele verplichting zou in de instellingswet van het desbetreffende zbo kunnen worden opgenomen.

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, het voorstel te heroverwegen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

3. De zelfstandige positie van zelfstandige bestuursorganen

Het regelen van een eventuele verplichting in de instellingswet van het zelfstandig bestuursorgaan heeft als nadeel dat een wetgevingsproces veel tijd in beslag neemt, hetgeen niet past bij de slagvaardigheid die de regering wenst bij het realiseren van de rijksbrede infrastructuur. Een generieke regeling in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen verdient daarom de voorkeur.

Naar aanleiding van het advies is het wetsvoorstel evenwel op tweeërlei wijze aangepast. Ten eerste is het voorstel, zoals hiervoor (paragraaf 2) reeds is vermeld, in die zin gewijzigd dat het thans ook vrijwillige aansluiting regelt. Ten tweede is het voorstel, voor zover het ziet op verplichte deelname aan een infrastructurele voorziening, beperkt tot zelfstandige bestuursorganen met regelgebonden uitvoering. Bij regelgebonden uitvoeringstaken hebben zelfstandige bestuursorganen relatief weinig discretionaire ruimte bij het nemen van hun besluiten; het risico van oneigenlijk verlies aan zelfstandigheid als gevolg van verplichte deelname aan infrastructurele voorzieningen is daarom vrijwel nihil. Ook de memorie van toelichting is op dit punt aangepast.

4. Diversiteit van de praktijk

In de praktijk bestaan, gelet op de verschillende motieven op grond waarvan zbo's zijn ingesteld, diverse categorieën zbo's. Naar het oordeel van de Afdeling is de voorgestelde algemene regeling in onvoldoende mate op die praktijk toegesneden. De Afdeling wijst op het volgende.

a. Voor zbo's die zijn ingesteld omdat er behoefte is aan «onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid»,¹⁷ geldt dat – mede op basis van EU-wetgeving – strenge eisen van toepassing kunnen zijn met betrekking tot hun (onafhankelijke) taakuitoefening. Voor de regulerende instantie inzake elektriciteit¹⁸ geldt bijvoorbeeld dat de

¹⁴ Indien nodig kan de bevoegde minister via het wettelijk begrotingstoezicht op grond van hoofdstuk 4 van de Kaderwet zbo's met het oog op een efficiënte bedrijfsvoering bepaalde prikkels toedienen.

¹⁵ Dit is in lijn met het standpunt van het vorige kabinet (Kamerstukken II 2011/12, 31 490, nr. 82). Uit de toelichting blijkt niet in hoeverre sindsdien gevallen zich hebben voorgedaan waarin zbo's hebben geweigerd zich aan te sluiten en welke argumenten daarbij mogelijk een rol hebben gespeeld.

¹⁶ Zo ook de regering, Memorie van toelichting, paragraaf 1, derde alinea.

¹⁷ Artikel 3, eerste lid, onder a van de Kaderwet zbo's.

¹⁸ In Nederland de Energiekamer van de NMa.

lidstaten ervoor zorg moeten dragen dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan, afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzingen ontvangt, zodat zij over autonomie beschikt bij de uitvoering van de toegewezen begroting, en de adequate personele en financiële middelen heeft om haar taken uit te voeren.¹⁹ Dergelijke eisen kunnen een drempel vormen voor toepassing van de voorgestelde bevoegdheid. Ook de toelichting erkent dat er nu of in de toekomst EU-regelgeving in het geding kan zijn die verhindert dat de minister voor W&R gebruik maakt van de in dit wetsvoorstel beschreven bevoegdheden ten aanzien van een bepaald zbo. Indien daarvan sprake is, zal volgens de toelichting niet worden bepaald dat het betreffende zbo gebruik dient te maken van infrastructurele voorzieningen van het rijk. Dit wordt van geval tot geval bezien.²⁰ De voorgestelde wettekst houdt echter met deze EU-regelgeving geen rekening; de genoemde categorie wordt in het voorstel niet van de toepassing van de voorgestelde bevoegdheid uitgezonderd. Uit de toelichting blijkt niet ten aanzien van welke zbo's op grond van welke EU-regels de desbetreffende bevoegdheid niet kan worden toegepast.²¹

b. Aan de instelling van zbo's waarbij sprake is van «strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen»,²² ligt de redenering ten grondslag dat de desbetreffende uitvoeringsorganisaties zich buiten de beheersregimes van de rijksdienst professioneel en bedrijfsmatig doelmatiger kunnen ontwikkelen, ongehinderd door departementale beheersregels en de ambtelijke cultuur binnen het ministerie.²³ Thans vindt een beweging in tegenovergestelde richting plaats; de regering voert effectiviteits- en efficiëntieoverwegingen aan om zbo's te verplichten de bedrijfsvoering of een deel daarvan te laten verrichten door een ander bestuursorgaan van de centrale overheid. Toepassing van de voorgestelde bevoegdheid op een uitvoeringsorganisatie uit de hiervoor bedoelde categorie kan daarmee gemakkelijk op gespannen voet komen te staan met het destijds geldende motief om een zbo in te stellen.²⁴ Nu er naar de huidige inzichten niet voldoende bedrijfseconomische argumenten meer zijn tot het verzelfstandigen van bestuursorganen, mede omdat een meer zelfstandig beheer ook kan worden gerealiseerd door een dienstonderdeel of een baten-lastendienst van het ministerie,²⁵ en bovendien de regering voornemens is voor bepaalde bestuursorganen nader te bezien of de zbo-vorm de meest geëigende is,²⁶ rijst de vraag of niet in plaats van de thans voorgestelde bevoegdheid de zelfstandige status van de desbetreffende uitvoeringsorganisaties moet worden beëindigd en deze organi-

¹⁹ Artikel 35 e.v. van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG. Daarbij merkt de Afdeling op dat toepassing van de bevoegdheid ook gevolgen kan hebben voor de wijze waarop de regulerende instantie (zbo) samenwerkt met de regulerende instanties in andere lidstaten (zie art. 38 van de richtlijn) en dat belangrijke wijzigingen betreffende de regels aangaande de regulerende instantie overeenkomstig artikel 49 van de richtlijn ook aan de Commissie moeten worden meegedeeld.

²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1.

²¹ Ter illustratie en zonder volledig te willen zijn, verwijst de Afdeling naar artikel 28 van Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, artikel 3 van Richtlijn 2009/140/EG tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, artikel 39 van Richtlijn 2009/73/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG en artikel 30 van Richtlijn 2001/14/EG inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur.

²² Artikel 3, eerste lid, onder b van de Kaderwet zbo's.

²³ Zbo's binnen kaders, Bijlage bij Kamerstuk, 27 426, nr. H, blz. 17–18.

²⁴ Deze constatering hangt nauw samen met hetgeen hiervoor onder punt 3 is opgemerkt.

²⁵ Zbo's binnen kaders, Bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 27 426, nr. H, blz. 18.

²⁶ Regeerakkoord «Bruggen slaan», blz. 42.

saties in hun geheel in de departementale hiërarchie moeten worden opgenomen.

c. In de toelichting wordt vermeld dat vanwege de beperkte reikwijdte van de Kaderwet de voorgestelde bevoegdheid op bepaalde zbo's niet van toepassing zal zijn. De regering acht dat mogelijk bezwaarlijk. Indien dat inderdaad bezwaarlijk zou blijken voor de gewenste ontwikkeling van de rijksbrede infrastructuur, zou ten aanzien van deze zbo's later alsnog een specifieke voorziening kunnen worden getroffen in de desbetreffende instellingswetten, aldus de toelichting.²⁷ Als gevolg hiervan ontstaat mogelijk een gedifferentieerd regime van enerzijds ministeriële besluiten op grond van de Kaderwet zbo's en anderzijds verplichtingen in een aantal bijzondere instellingswetten.

Gelet op het voorgaande verwacht de Afdeling dat toepassing van de voorgestelde bevoegdheid met betrekking tot een aantal zbo's niet mogelijk zal zijn. Bij andere zbo's daarentegen ligt beëindiging van de zelfstandige positie van de betreffende organisaties meer in de rede dan toepassing van die bevoegdheid. Daarnaast is niet onwaarschijnlijk dat ook met betrekking tot zbo's die niet onder de Kaderwet vallen, de wens zal bestaan dat zij zich bij een centrale voorziening aansluiten. Daarom is de verwachting gerechtvaardigd dat de diversiteit van de bestaande praktijk van zbo's zal nopen tot aanzienlijke – deels in afzonderlijke wetgeving neergelegde – variaties en uitzonderingen die afbreuk zouden kunnen doen aan het karakter van een algemene regeling in de Kaderwet zbo's.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

4. Diversiteit van de praktijk

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, is het wetsvoorstel naar aanleiding van het advies in die zin aangepast, dat slechts zelfstandige bestuursorganen met regelgebonden uitvoering kunnen worden verplicht tot deelname aan een infrastructurele voorziening. De toelichting is overeenkomstig het advies aangevuld.

5. Afbakening

De tekst van het voorstel kent geen definitie of afbakening van het begrip «voorziening». Volgens de toelichting gaat het om «infrastructurele voorzieningen voor de bedrijfsvoering». Onder «bedrijfsvoering» wordt, aldus de toelichting, verstaan het sturen en beheersen van bedrijfsprocessen binnen de Rijksoverheid om de beleidsdoelstellingen te kunnen realiseren. Het betreft sturing en beheersing van zowel de primaire processen als de processen die hiervoor faciliterend zijn.²⁸ Volgens de toelichting moet in het kader van het voorstel worden gedacht aan voorzieningen waarmee substantiële materiële of organisatorische ontwikkel- en beheerskosten zijn gemoeid, bijvoorbeeld een «shared service»-organisatie in de PIOFACH-sfeer.²⁹ Ook wordt in de toelichting als voorbeeld verwezen naar het stelsel van basisregistraties (Gemeentelijke Basisadministratie persoonsgegevens, Handelsregister enz.). Een nadere omschrijving van het soort voorzieningen waarom het kan gaan, is niet in de wettekst opgenomen.

²⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 1, voorlaatste alinea.

²⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1

²⁹ PIOFACH is, aldus de toelichting, een acroniem voor personeel, informatie, organisatie, financiën, administratie, communicatie, huisvesting. De term wordt gebruikt als verzamelnaam voor ondersteunende processen.

Uit hetgeen de Afdeling hiervoor heeft opgemerkt, blijkt dat toepassing van de voorgestelde bevoegdheid op gespannen voet kan komen te staan met het instellingsmotief van de betrokken zbo's en de daarbij horende randvoorwaarden voor hun taakvervulling. In welke mate dit het geval zal zijn, is mede afhankelijk van de vraag van welke centrale voorzieningen de zbo's uiteindelijk gebruik zullen moeten maken. Naar het oordeel van de Afdeling blijkt dit in onvoldoende mate uit het voorliggende wetsvoorstel. Voorts kan het ontbreken van een scherpe afbakening van het begrip voorziening, naar het oordeel van de Afdeling, tot gevolg hebben dat de verantwoordelijkheden van de desbetreffende zbo's enerzijds en de betrokken ministers anderzijds niet meer duidelijk te onderscheiden zijn. Als de bedrijfsvoering of delen daarvan niet meer onder beheer staan van het zbo, maar onder beheer van een ander tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan zijn geplaatst, kan de vraag rijzen wie verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de taakuitoefening door het zbo en wie ter verantwoording kan worden geroepen als blijkt dat die kwaliteit tekortschiet. Die vraag is moeilijker te beantwoorden naarmate de reikwijdte van de voorgestelde bevoegdheid in de wet vager is omschreven.

Onverminderd hetgeen de Afdeling over de voorgestelde bevoegdheid heeft opgemerkt, meent de Afdeling dat het gebruik hiervan onder omstandigheden minder problematisch kan zijn als het begrip «voorziening» in het voorstel scherper is afgebakend. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij andere wetgeving waarin een afbakening is gezocht tussen de wettelijke taakuitoefening en de onderliggende bedrijfsvoering.³⁰

5. Afbakening

Naar aanleiding van het advies is in artikel 21a, eerste lid, een omschrijving opgenomen van het begrip «voorziening». Daarnaast is de memorie van toelichting (paragraaf 2) aangevuld met een nadere uiteenzetting over dit begrip.

6. EU-recht

De regering gaat in de toelichting in op de aanbestedings- en mededingingsrechtelijke aspecten van het voorstel.³¹ Zij concludeert dat, nu het gebruik door zbo's van een infrastructurele voorziening niet op basis van een overeenkomst onder bezwarende titel plaatsvindt, er geen sprake is van een overheidsopdracht die krachtens Europese regels aanbesteed zou moeten worden. Voorts merkt zij op dat de inrichting van de nationale overheid waar het onderhavige voorstel betrekking op heeft, strikt genomen buiten de reikwijdte van het Europees recht valt.

De Afdeling is van oordeel dat dit standpunt in het licht van het EU-recht, in het bijzonder de relevante jurisprudentie van het EU Hof van Justitie, een nadere onderbouwing behoeft.³² De regering lijkt de centrale voorzieningen in de hoedanigheid van een rijksinfrastructuur publiekrechtelijk vorm te willen geven; de voorzieningen zijn alleen bestemd voor de rijksoverheid, worden in het geheel gecontroleerd door organen van de

³⁰ De Afdeling verwijst bijvoorbeeld naar de artikelen 23 en 91 van de Wet op de rechterlijke organisatie waar weliswaar in een andere context gezocht is nadere duiding te geven aan verschillende aspecten van bedrijfsvoering. Ook kan inspiratie worden gezocht bij verschillende mandaatbesluiten die de competentieverdeling binnen departementen regelen.

³¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.1, onderdeel a.

³² De Afdeling verwijst bijvoorbeeld naar de arresten van het HvJ inzake C-84/03 (Commissie /Spanje), C-532/03 (Commissie/Ierland) en C-480/06 (Commissie/Duitsland).

rijksoverheid en vormen aldus een dienstonderdeel van die overheid. Denkbaar is echter dat bepaalde activiteiten, zoals op het gebied van personeel, informatievoorziening of financiën, ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht. In de huidige situatie zijn zbo's met rechtspersoonlijkheid in beginsel ook vrij om zodanige activiteiten uit te besteden aan particuliere derden. In dat licht bezien is niet ondenkbaar dat deze activiteiten kunnen worden gekwalificeerd als economische activiteiten in de zin van het EU-recht, waardoor de aansluiting van de zbo's bij de centrale voorzieningen ook in overeenstemming moet zijn met de daarop toepasselijke EU-regels.³³

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, de toelichting aan te vullen.

6. EU-recht

Naar aanleiding van het advies is in paragraaf 5 van de memorie van toelichting ingegaan op de consequenties van de EU-regels met betrekking tot het vrije verkeer van diensten. Benadrukt is dat in concrete situaties de beoogde aansluiting getoetst zal worden aan deze regels.

7. Overig

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de redactie van artikel 21a aan te scherpen met het oog op het feit dat het wetsvoorstel alleen materiële betekenis heeft voor zelfstandige bestuursorganen met eigen rechtspersoonlijkheid. De betrokken vakminister heeft immers ook zonder dit wetsvoorstel voldoende beïnvloedingsmogelijkheden ten aanzien van de bedrijfsvoering van zelfstandige bestuursorganen binnen de rechtspersoon Staat.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,
P. van Dijk*

De Minister voor Wonen en Rijksdienst,
S.A. Blok

³³ Zie bijvoorbeeld HvJ 25 juli 1991, C-353/89 (Commissie/Nederland). Het arrest had betrekking op verplichte winkelneming ten voordele van de NOB en de schending van de bepalingen van het vrij verkeer van diensten. Vergelijk in dit kader ook paragraaf 10 van het advies van de Raad van State W03.09.0470/II van 2 maart 2010, Stcrt. 2012, nr. 22542. Het betrof het voorstel voor de Wet versterking samenwerking en gemeenschappelijk functioneren politie. Aan de orde was de verplichting van de regiokorpsen alle bedrijfsvoeringstaken te laten uitvoeren door een nieuw Politiedienstencentrum.