

Verzelfstandiging bij gemeenten: ongeregeld en ondoorzichtig

S.E. Zijlstra

Mr. S.E. Zijlstra is onderzoeker bij het G.J. Wiarda Instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek van de Universiteit Utrecht. Adres: Boothstraat 6, 3512 BW Utrecht, tel. (030) 2537227

Samenvatting

Over gemeentelijke verzelfstandigingen is de laatste jaren veel geschreven, maar vanuit de juridische invalshoek zijn zij onderbelicht gebleven. Juist in dat opzicht blijken er allerlei haken en ogen aan het verzelfstandigingsbeleid van veel gemeentebesturen te zitten. Men verzelfstandigt niet waar dat wel kan of zelfs moet, en men grijpt steeds weer naar de privaatrechtelijke rechtsvorm (stichting, BV, NV, vereniging) terwijl dat in sommige gevallen in strijd is met de Gemeentewet en overigens ook vaak grote risico's meebrengt uit een oogpunt van politieke, bestuursrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Eisen van rechtmatigheid, effectiviteit en doelmatigheid vereisen een cultuurslag bij gemeenten: kies voor de commissie ex artikel 82!

1. Inleiding

1.1 Verzelfstandigen in Landgraaf – Op Tweede Pinksterdag 1993 werd in Landgraaf het Pinkpop-festival gehouden. Het festival wordt gehouden op de draf- en rensportbaan Landgraaf. Bij Pinkpop wordt ook een buitenmarkt gehouden; in de nabijheid van de draf- en rensportbaan is een terrein met kraampjes waar drank, etenswaren, souvenirs etc. worden verkocht.

In Landgraaf, evenals in andere gemeenten, geldt een verordening waarin is bepaald dat het verboden is zonder vergunning van Burgemeester en Wethouders (B en W) zaken op of aan de openbare weg verkopen. Degene die dus tijdens Pinkpop een standje op de buitenmarkt wil innemen, moet daarvoor een standplaatsvergunning van B en W hebben. Één van de gegadigden bij Pinkpop '93, een zekere J.H. Geschiere te Middelburg, vroeg bij

B en W een vergunning aan. Deze vergunning werd hem geweigerd, niet omdat hij niet aan de voorwaarden van de verordening voldeed, maar vanwege de manier waarop het gemeentebestuur van Landgraaf de vergunningverlening had georganiseerd. B en W hadden de vergunningverlening namelijk *verzelfstandigd*.

In oktober van het jaar, voorafgaand aan het festival, hadden B en W de 'beleidsnotitie Pinkpop' vastgesteld. Daarin stond dat de exploitatie en het beheer van de buitenmarkt tijdens Pinkpop 1993 'geen gemeentelijke taak is en derhalve uitbesteed moet worden. De exploitant van het festival (het Pinkpopbureau, een uitvoeringsorgaan van de Stichting Festivals Limburg) is, binnen de door de gemeente te stellen randvoorwaarden, belast met de volle verantwoordelijkheid voor de markt'.

Hoe hadden B en W van Landgraaf dat nu georganiseerd? Aan het Pinkpopbureau was één algemene standplaatsvergunning voor het hele festivalterrein verleend; dit bureau moest de (50 à 60) standplaatsen verder aan de gegadigden uitgeven. Toen dus Geschiere zich voor een standplaatsvergunning tot B en W wendde, werd hem, onder verwijzing naar het gekozen systeem, de vergunning geweigerd.

Nu kleeft er aan deze verzelfstandiging één probleem; zij is in strijd met de Gemeentewet. En dat konden B en W van Landgraaf heel goed weten, omdat dat vaste rechtspraak is (Zijlstra 1997, 349).

Het voorbeeld van Pinkpop 1993 is illustratief voor de juridische problemen die bestaan rond gemeentelijke verzelfstandigingen:

* ten eerste illustreert het dat verzelfstandiging kennelijk wordt beschouwd als een oplossing voor bestuurlijk-juridische problemen; het gemeentebestuur van Landgraaf denkt dat de zaak beter gaat lopen als

niet B en W maar het organiserende Pinkpopbureau de standplaatsen uitgeeft;

* daarnaast is van belang dat de Gemeentewet een figuur kent die in het leven is geroepen voor onder andere zulke situaties, namelijk de commissie ex artikel 82. Het gemeentebestuur van Landgraaf verzelfstandigt echter niet volgens de regels die de Gemeentewet daarvoor geeft, maar kiest voor een soort van 'privatisering' die naar vaste jurisprudentie in strijd is met de wet;

* ten derde illustreert het voorbeeld de onduidelijkheid over de vraag wat nu precies verzelfstandiging is. Er wordt in de 'Beleidsnotitie Pinkpop' gesteld dat de standplaatsen bij het festival *geen overheids-taak* meer zijn, maar dat laat zich toch moeilijk rijmen met het handhaven van een vergunningstelsel. Ook blijken B en W in een convenant met het Pinkpopbureau allerlei richtlijnen en criteria te hebben neergelegd voor de inrichting van de buitenmarkt. De gekozen constructie is eigenlijk vlees noch vis.

1.2 Verzelfstandigingen bij gemeenten: juridisch een onderbelicht gebied – Het veelvuldig gebruik van zelfstandige bestuursorganen en de daarmee gepaard gaande problemen hebben ertoe geleid dat de aandacht voor zelfstandige bestuursorganen in de juridische literatuur de laatste jaren exponentieel is toegenomen. Men richt zich daarbij hoofdzakelijk op zelfstandige bestuursorganen op het niveau van de centrale overheid; lagere overheden blijven op dit punt grotendeels buiten beeld. Dat zelfstandige bestuursorganen kunnen bestaan bij provincies en gemeenten wordt wel erkend (Goorden 1997, 30, 51; Den Boer 1997, 134), maar meestal wordt bij de term 'zelfstandige bestuursorganen' gedacht aan de centrale overheid.

Dit is merkwaardig, omdat het op afstand zetten van overheidstaken ook in gemeenten populair is (zo worden taken in de sfeer van de woonruimteverdeling door de woningcorporaties uitgevoerd, wordt het bestuur van het openbaar onderwijs op afstand gezet en wordt het beheer van sportaccommodaties, zwembaden, campings etc. aan commissies of stichtingen toegekend). Men hoeft maar enige nummers van Binnenlands Bestuur, De Nederlandse Gemeente, Bestuurswetenschappen of Openbaar Bestuur door te nemen om een rijkdom aan varianten van verzelfstandiging te zien, al dan niet in de vorm van

zelfstandige bestuursorganen. Daarbij blijken onmiddellijk allerlei soorten juridische problemen te bestaan, problemen die ook naar voren komen uit de jurisprudentie. Evenals op het niveau van de centrale overheid worden vaak constructies gehanteerd waarbij bevoegdheids- en verantwoordelijkheidsrelaties onhelder en/of onrechtmatig worden geregeld.

In dit artikel¹ wordt besproken welke juridische mogelijkheden het gemeentebestuur heeft als het een bepaalde taak wil toekennen aan een zelfstandig bestuursorgaan. Onder een gemeentelijk zelfstandig bestuursorgaan versta ik een bestuursorgaan (in de zin van de Algemene wet bestuursrecht) dat 'op afstand is gezet van de politiek'; in juridische zin betekent dit laatste dat het orgaan niet behoort tot wat ik noem het gemeentelijk 'democratisch complex': de raad, B en W of de burgemeester, dan wel aan de raad, B en W of de burgemeester ondergeschikte organen. Een gemeentelijk zelfstandig bestuursorgaan behoort dus wel tot het openbaar bestuur, maar de zeggenschap van het democratisch complex over zijn taakuitoefening is beperkt.

Hieronder worden allereerst de motieven en randvoorwaarden voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen besproken (par. 2). Vervolgens komen aan de orde de juridische mogelijkheden voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen bij gemeenten (par. 3). Par. 4 beziet de praktijk van gemeentelijke verzelfstandiging. Par. 5 ten slotte bevat de conclusies.

2. Motieven en randvoorwaarden voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen

2.1 Algemene argumenten – Het gebruik van zelfstandige bestuursorganen kan op twee manieren in *algemene zin* een bijdrage leveren aan het goed functioneren van het openbaar bestuur.

Ten eerste heeft het gebruik van zelfstandige bestuursorganen het voordeel dat bekend staat als de 'emancipatie van de uitvoering'. Wanneer aan een minister een bevoegdheid wordt toegekend ten aanzien waarvan zijn met de uitvoering belaste ambtenaren de uitvoerbaarheid betwijfelen, dan zal het vaak zo zijn dat deze twijfel niet naar buiten kan komen. Signalen van deze ambtenaren sneuvelen hetzij 'in de lijn' (de ambtelijke top van het ministe-

rie wenst ze niet aan de minister door te geven 'omdat de minister dat niet wil horen'), dan wel bereiken de minister, die echter besluit dit voor zich te houden en geen maatregelen te nemen. Dit kan ertoe leiden dat beleid tot stand komt waarvan de uitvoerbaarheid op voorhand dubieus is. Het gebruik van zelfstandige bestuursorganen zou hiervoor een zekere remedie kunnen bieden. Wanneer beleid wordt voorbereid dat door een zelfstandig bestuursorgaan moet worden uitgevoerd, en het zelfstandig bestuursorgaan betwijfelt de uitvoerbaarheid, dan heeft de minister – anders dan ten aanzien van zijn ambtenaren – geen juridische mogelijkheden deze twijfel binnenskamers te houden. Het zelfstandig bestuursorgaan zal er uit eigenbelang wel de nodige ruchtbaarheid aan geven, omdat het anders later de schuld zal krijgen voor de slechte uitvoering. Op die manier zou dus de kwaliteit van het overheidsbeleid op het punt van uitvoerbaarheid kunnen verbeteren (Commissie-Scheltema 1993, 47).

Ten tweede biedt het gebruik van zelfstandige bestuursorganen de mogelijkheid om externe deskundigen bij de taakuitoefening door het bestuur te betrekken. Dit heeft het voordeel dat particuliere deskundigen bij de besluitvorming kunnen worden betrokken zonder dat deze in de 'reguliere' organisatie (departement, griffie, secretarie) behoeven te worden opgenomen, hetgeen een belangrijke doelmatigheidswinst kan opleveren. Voorts kan specifieke deskundigheid meer autoriteit verlenen aan de taakuitoefening door een zelfstandig bestuursorgaan dan bij taakuitoefening door een orgaan van het democratisch complex (Boxum, De Ridder en Scheltema 1989, 37).

2.2 Specifieke argumenten: een typologie – Naast deze twee algemene argumenten voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, zijn er voordelen die specifiek worden toegedacht aan het gebruik van bepaalde typen zelfstandige bestuursorganen.

Het eerste type heeft als motief *scheiding van beleid en uitvoering*; het beleid wordt dan gemaakt door het democratisch complex en het wordt uitgevoerd door een zelfstandig bestuursorgaan. Hierbij gaat het er voornamelijk om dat als het democratisch complex goed wil functioneren, het niet voortdurend met details bezig moet zijn, maar dat het er goed aan doet zich zoveel mogelijk tot de hoofdlijnen van het overheidsbeleid te beperken (Kuiper e.a. 1992, 123;

Frissen e.a. 1992, 6; Commissie-Scheltema 1993, 45, Hirst 1995, 355). Het gaat bij dit type om het toekennen aan een zelfstandig bestuursorgaan van de bevoegdheid tot het nemen van beschikkingen, vaak in een groot aantal individuele gevallen (de zogeheten 'beschikkingenfabriek', zoals de verlening van studiefinanciering door de Informatie Beheer Groep), maar ook tot het verrichten van routinematige feitelijke werkzaamheden die men niet kan of wil overlaten aan de markt (bijvoorbeeld het beheer van het gemeentelijk zwembad).

Het tweede type zelfstandig bestuursorgaan heeft te maken met het feit dat de *aard van de bevoegdheid* zodanig kan zijn dat zij zich niet of slecht leent voor uitoefening door een orgaan van het democratisch complex. Een voorbeeld biedt de Kiesraad, die de uitslag van de Tweede- en Eerste-Kamerverkiezingen vaststelt; het zou niet goed zijn als dat door of in ondergeschiktheid aan een minister zou gebeuren, omdat de minister belanghebbende bij die uitslag is. In dezelfde sfeer liggen bevoegdheden die gaan om controle van het democratisch complex zelf (denk aan de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman etc.); het is vanzelfsprekend dat die niet aan een orgaan van dat democratisch complex moeten worden toegekend. Onder dit type vallen ook de Nederlandsche Bank en het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds ('de politiek' moet om het zo maar eens te zeggen niet de mogelijkheid hebben 'een greep in de kas te doen' om korte termijn politieke doelen te bereiken). Ten slotte moeten we bij dit type denken aan bevoegdheden die de concrete beoordeling inhouden van wat een godsdienst of een levensovertuiging is, een richting in het onderwijs, een mooi schilderij, een te bekronen letterkundig oeuvre, goed wetenschappelijk onderzoek, etc.

Het derde en laatste type zelfstandig bestuursorgaan is het zogeheten *participatietype*: daarbij is het oogmerk belanghebbenden bij het openbaar bestuur te betrekken door hun vertegenwoordigers in een zelfstandig bestuursorgaan te benoemen. Dat is dus meer dan alleen inspraak of advies, want hier krijgen de belanghebbenden ook werkelijk zeggenschap.

2.3 Randvoorwaarden – Ging het voorgaande over argumenten vóór het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, er zijn ook twee belangrijke randvoorwaarden die aan dat gebruik moeten worden gesteld.

Een eerste randvoorwaarde is wat in het moderne jargon heet 'het primaat van de politiek': in een democratische rechtsstaat moeten de belangrijkste bevoegdheden berusten bij het democratisch complex, omdat zijn organen direct of indirect democratisch gelegitimeerd zijn (Zijlstra 1997, 118).

Ten tweede geldt als belangrijke, algemene eis, dat de organisatie van de overheid voor de burger helder moet zijn; zelfstandige bestuursorganen moeten herkenbaar zijn als onderdeel van de overheid, en duidelijk moet zijn hoe de bevoegdheidsverdeling intern, maar ook ten opzichte van het democratisch complex, is geregeld (Zijlstra 1997, 139).

3. Juridische mogelijkheden voor het gebruik van zelfstandige bestuursorganen bij gemeenten

3.1 De commissie ex artikel 82 Gemeentewet – Bij het onderzoek naar de mogelijkheden die het geldende recht, met name de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht, het gemeentebestuur biedt om bestuursbevoegdheden te verzelfstandigen, dus op afstand van 'de politiek' te laten uitoefenen, gaat het om twee varianten: de commissie ex artikel 82 Gemeentewet en toekennen van gemeentelijke taken aan privaatrechtelijke rechtspersonen, te weten stichtingen, verenigingen en vennootschappen.

Wat dat laatste betreft, de Gemeentewet bevat een duidelijke uitspraak (artikel 155) ten nadele van het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm: volgens dat artikel besluit de raad slechts tot het oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen 'indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang.' Zo'n besluit staat onder preventief toezicht van gedeputeerde staten. Het toekennen van een gemeentelijke *bestuursbevoegdheid* aan een privaatrechtelijke rechtspersoon is (zie de bovengenoemde Pinkpopzaak) rechtstreeks in strijd met de Gemeentewet, en naar geldend recht dus alleen mogelijk als een andere wet, en dan nog wel een wet in formele zin, dat expliciet mogelijk maakt. Om die reden richt ik mij eerst op verzelfstandiging met gebruikmaking van de commissie ex artikel 82 Gemeentewet.

3.2 De commissie als zelfstandig bestuursorgaan – Het stelsel van bestuurscommissies zoals dat nu wordt geboden door artikel 82 e.v. Gemeentewet, is ingevoerd in 1964 (Ten Berge 1978, 6; Zijlstra 1997, 392). Die wetwijziging vloeyde ten eerste voort uit de behoefte aan 'een grotere mate van spreiding van de bestuursverantwoordelijkheid binnen de gemeenten [om te komen] tot versterking van de relatie tussen bestuurders en bestuurden en tot ruimere benutting op eenvoudige wijze van de in de burgerij aanwezige bestuurskracht'. Het tegengaan van het eind jaren '50 zeer populaire maar volgens de regering onwenselijke gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen in de gemeente, vormde een ander belangrijk motief; tegenover de privaatrechtelijke constructies, bezwaarlijk vanwege geringe mogelijkheden tot het uitoefenen van toezicht, de geringe mate van openbaarheid en het in het gedrang komen van verantwoording, werd nu een publiekrechtelijke vorm geboden. Voorts wilde men een middel scheppen om de overbelasting van burgemeester en wethouders in grote gemeenten tegen te gaan: in de memorie van toelichting werd gewezen op 'de overbelasting van de bestuursorganen, de veelheid van zaken en onderwerpen, die afkomen op de raden van de gemeenten, die ook tamelijk ingewikkeld kunnen zijn en die het des te noodzakelijker maken om datgene, wat met vrucht kan worden gedelegeerd, ook werkelijk te delegeren'. Het stelsel van commissies moest de raad de gelegenheid bieden zich meer op de grote lijnen toe te leggen.² De mogelijkheid deskundigen bij het openbaar bestuur te betrekken werd ook als voordeel van het gebruik van commissies gezien: onder andere vanwege dat argument behield het wetsvoorstel het lidmaatschap van commissies niet voor aan ingezetenen van de gemeente.

Tegen het instellen van functionele commissies werden tijdens de parlementaire behandeling ook nadelen aangevoerd. Volgens de memorie van toelichting zou tegen de toekenning van meer dan adviserende bevoegdheden aan commissies 'in abstracto kunnen worden aangevoerd, dat zij de eenheid van beleid in gevaar zou kunnen brengen, tot onoverzichtelijkheid in het bestuur der gemeente zou kunnen leiden en een overwaardering van bepaalde belangen (met daarmee gepaard gaande verhoging van de gemeentelijke uitgaven) tot gevolg zou kunnen hebben. Deze bezwaren kunnen de gemeentebestuur

ren echter goeddeels ondervangen in de regeling die zij met betrekking tot de commissies moeten vaststellen. Daarbij valt voornamelijk te denken aan een doeltreffende regeling van het toezicht op de besluiten der commissies'. Ter bevordering van de coördinatie, de continuïteit en de eenheid in het bestuur tussen de raad en de verschillende bestuurscommissies werd bij amendement toegevoegd dat in commissies waaraan bevoegdheden van de raad of B en W zijn toegekend, ten minste één raadslid zitting moet hebben.

Het stelsel van commissies in de oude gemeentewet is, voor zover hier relevant, vrijwel zonder inhoudelijke wijziging overgenomen in de in 1992 herziene wet. De belangrijkste wijziging is het vervallen van de hiervoor genoemde verplichte benoeming van een raadslid.

3.3 De typologie nader bezien: een uniform stramien voor gemeentelijke functionele commissies – Afgaande op de parlementaire geschiedenis van de regeling van de commissie in de Gemeentewet, behoeft het geen verwondering te wekken dat de commissie in veel opzichten zeer geschikt is voor het verzelfstandigen van gemeentelijke taken. Laten we nog eens naar de eerdergenoemde drie typen zelfstandige bestuursorganen kijken.

De behoefte aan *scheiding van beleid en uitvoering* doet zich ook op gemeentelijk niveau voor, getuige de zogeheten 'kerntakendiscussies' die zich in veel gemeenten de laatste jaren voordoen (Kooistra en Blom 1995, A.21.2). Als de gedachte is dat de raad en B en W zich beperken tot het bepalen van het beleid, en de uitvoering 'op afstand wordt gezet', dan is de commissie daarvoor zeer geschikt. Allereerst valt te denken aan hetgeen tot inwerkingtreding van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht op basis van artikel 166 en 177 Gemeentewet aan ambtenaren pleegde te worden overgedragen (overdracht van bevoegdheden aan haven- en marktmeesters, het verlenen van ontheffing ten aanzien van sluitingstijden van cafés aan politieambtenaren, en bevoegdheden van ambtenaren van bouw- en woningtoezicht, het verlenen van standplaatsvergunningen, van parkeervergunningen, uitvoering van een subsidieverordening), maar ook de uitvoering van de Algemene Bijstandswet, taken van de dienst herhuisvesting, het Wsw-bedrijf etc. leent zich voor toekenning aan een

commissie. Bij dit type commissie moet de beleidsvorming bij de raad, B en W en de burgemeester berusten (algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels). Het is in de praktijk onvermijdelijk dat ook in de uitvoering beleid ontstaat: dit moet zoveel en zo spoedig mogelijk worden teruggekoppeld naar de raad, B en W of de burgemeester.

Ook voor bevoegdheden die zich *naar hun aard* niet of slecht lenen voor toekenning aan een orgaan van het democratisch complex (het tweede type) kunnen commissies worden gebruikt. We moeten dan denken aan – de inhoudelijke kant van – musea, bibliotheken en onderwijsinstellingen (aanschaf van kunstobjecten, organisatie tentoonstellingen, aanschaf boeken, keuze leermiddelen etc.), beoordeling van bouwvergunningen op het punt van de eisen van welstand, subsidies voor kunst, controle door een gemeentelijke ombudsman en een eventuele gemeentelijke rekenkamer. Dit type commissie dient geen beleidsruimte te hebben, maar omdat het hier gaat om het uitleggen van objectieve, maar veelal vage wettelijke termen, heeft het noodzakelijkerwijs wel een zekere beoordelingsruimte. De commissie moet zelf beleidsregels maken om haar beoordelingsruimte in te vullen.

Voor *participatie*, het betrekken van belanghebbenden bij het openbaar bestuur, leent de commissie zich in beginsel ook goed; participatie was in 1964 een belangrijke overweging van de wetgever om het stelsel van commissies in de gemeentewet op te nemen. Naar zijn aard worden bij het participatietype de commissieleden geheel of gedeeltelijk gerekruteerd uit kringen van belanghebbenden. Representativiteit van die leden dient te allen tijde gewaarborgd te zijn.

3.4 De Gemeentewet schiet op enkele punten tekort – Wanneer we het voorgaande leggen naast de mogelijkheden die de Gemeentewet biedt, dan blijkt dat die wet op enkele punten verbetering behoeft, wil de commissie in alle opzichten en in alle relevante gevallen voldoen aan de eisen.³

De knelpunten liggen ten eerste op het punt van de financiële zelfstandigheid. Het is onder omstandigheden wenselijk dat een commissie rechtspersoonlijkheid bezit, bijvoorbeeld om een doelmatiger beheer te kunnen voeren, omdat zij deels door derden wordt gefinancierd, of, meer in het algemeen,

om haar zelfstandigheid te benadrukken. De Gemeentewet maakt rechtspersoonlijkheid niet mogelijk. Hét argument daartegen is steeds geweest dat men geen vierde bestuurslaag wenst, en wil voorkomen dat commissies rechtsgedingen kunnen aanspannen tegen 'hun' gemeenten (Zijlstra 1994, 448). Wat dat laatste betreft geldt dat dergelijke gedingen in ieder geval in bestuursrechtelijke geschillen al mogelijk zijn. Ook hebben genoemde bezwaren de wetgever er niet van weerhouden in de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) aan gemeenten de mogelijkheid te bieden, een rechtspersoonlijkheid hebbend lichaam in te stellen. Omdat het hier om functioneel bestuur gaat is het argument van de vierde bestuurslaag niet erg sterk; dan hebben we in Nederland al veel meer dan vier bestuurslagen.

Ten tweede schiet de Gemeentewet tekort op het punt van het toezicht op commissies. Op commissies moet steeds een zekere mate van controle (hoeveel is afhankelijkheid van het type en haar bevoegdheden) door raad en B en W bestaan. Op dit moment vertoont de regeling inzake het preventief en repressief toezicht op besluiten van commissies belangrijke gebreken, en is een voorziening inzake taakverwaarlozing bij autonome bevoegdheden⁴ niet mogelijk.

Ten derde is het werken met een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur met ieder eigen bevoegdheden, juridisch niet mogelijk; dit geldt trouwens ook voor deelraden, waar dus de bestaande praktijk met een dagelijks bestuur met eigen bevoegdheden in strijd is met de Gemeentewet (Zijlstra 1997, 318).

4. Gemeentelijke verzelfstandiging in de praktijk: mistig en bij vlagen onwettig

4.1 Het (spaarzame) gebruik van commissies in de praktijk – De commissie ex artikel 82 is dus wettelijk het geëigende vehikel voor verzelfstandiging van gemeentelijke taken, en is daar in het algemeen ook zeer geschikt voor. Hoewel sommige gemeenten in bepaalde gevallen inderdaad gebruik maken van commissies bij verzelfstandiging, is dat echter geen gemeengoed. De wethouder sociale zaken is in veel gemeenten verantwoordelijk voor talloze bijstandsbeschikkingen; in een vergelijkbare situatie bevindt zich de wethouder verkeer (parkeervergunningen), marktzaken (standplaatsvergunningen) enzovoort. Gemeentemusea plegen hun tentoonstellin-

gen te organiseren onder verantwoordelijkheid van de wethouder, die daarbij geheel moet varen op, maar zich niet kan verschuilen achter, de beslissingen dan wel adviezen van de directeur van het museum. Om die reden ook is het weinig zinvol dat de welstandscommissie (artikel 48 Woningwet) een adviescommissie is; het had meer voor de hand gelegen de commissie de bevoegdheid toe te kennen, zelfstandig te beoordelen of het bouwwerk voldoet aan eisen van welstand. Eenzelfde bezwaar kan men hebben tegen de adviescommissie monumentenzorg op basis van artikel 15, eerste lid, Monumentenwet, die B en W adviseert bij beslissingen inzake vergunningen tot afbreken, verstoren, verplaatsen of in enig opzicht wijzigen van een beschermd monument, herstellen of gebruiken of laten gebruiken van een beschermd monument op een wijze, waardoor het wordt ontsierd of in gevaar gebracht (artikel 11 Monumentenwet). Daadwerkelijk gebruik van commissies voor participatie is in de praktijk eveneens schaars (Lubach 1996, 6).

Wordt de commissie dan wel gebruikt, dan worden vaak nog onheldere en innerlijk tegenstrijdige constructies gebruikt. Zo is het uit een oogpunt van heldere bevoegdheidsverdeling en doelmatige verzelfstandiging onwenselijk om wethouders, de burgemeester dan wel (andere) raadsleden in de commissie te benoemen; dit geldt ook voor aan die organen ondergeschikte ambtenaren (Zijlstra 1997, 410). De praktijk is echter anders (Roerig 1989, 89).

4.2 'Vlucht' in privaatrechtelijke vormen: onhelder, onnodig en vaak onrechtmatig – Bij verzelfstandiging van gemeentelijke taken wordt in de praktijk vrijwel standaard gegrepen naar de privaatrechtelijke rechtsvorm (stichting, BV, NV, vereniging). Publiek-private samenwerking vindt veelal plaats in de privaatrechtelijke vorm. Maar ook voor verzelfstandiging van diensten van het gemeentelijk apparaat, waartoe na een kerntakendiscussie wordt besloten, is dat het geval (Sylvester 1995, 14 en 1997, 59). De jurisprudentie inzake artikel 155 Gemeentewet en zijn voorganger maar ook die op artikel 1 Ambtenarenwet (1929) ('openbare dienst') is illustratief voor de omvang van het gebruik van privaatrechtelijke vormen door gemeenten. Het grote aantal stichtingen waarbij de gemeenten zijn betrokken, doet vermoeden, dat de bezinning bij de gemeenten op de

betekenis van artikel 155 niet altijd even intensief plaatsvindt. Hetzelfde kan gezegd worden voor het toezicht van gedeputeerde staten (Ten Berge 1978, 166; Goorden 1997, 53, SGB0 1997, 40).

Deze 'vlucht in het privaatrecht' is merkwaardig en zeer ongelukkig. De wetgever heeft uitdrukkelijk en herhaaldelijk een voorkeur voor de publiekrechtelijke rechtsvorm heeft uitgesproken (artikel 155 Gemeentewet, de Wet gemeenschappelijke regelingen). Nu is het momenteel in het openbaar bestuur niet ongebruikelijk om uitspraken van de wetgever als uitspraak op zichzelf nog wel interessant te vinden, maar daadwerkelijke toepassing en handhaving daarvan weg te wuiven als ondoelmatige 'juridisering' waar het bestuur en de burger niet mee gebaat zijn. De voorkeur van de wetgever is in dit geval echter geen willekeurige: aan het gebruik van privaatrechtelijke vormen in het openbaar bestuur zijn grote nadelen verbonden, ook (juist!) uit een oogpunt van doelmatigheid en waarborgen voor de burger.

De visie van de wetgever, dat de privaatrechtelijke rechtsvorm uitzondering moet zijn in het gemeentelijk en provinciaal bestuur, heeft als achtergrond dat publiekrechtelijke rechtsvormen onderworpen zijn aan de regels van het publiekrecht, zoals bijvoorbeeld de regels, vastgelegd in de Gemeentewet, de Provinciewet en de Wet gemeenschappelijke regelingen; hierin zijn bepaalde waarborgen opgenomen voor het gebruik van bevoegdheden, besluitvormingsstructuren, beïnvloedingsmogelijkheden, repressief toezicht, democratische controle en openbaarheid. Bij privaatrechtelijke rechtsvormen gelden deze waarborgen niet (Zijlstra 1994, 409).

Een ander belangrijk nadeel van het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm door de overheid is de onduidelijkheid die bestaat rond het eigen belang van de privaatrechtelijke rechtspersoon. In de rechtswetenschap is men het fundamenteel oneens over de vraag in hoeverre een rechtspersoon een eigen belang heeft bij gebruik door de overheid, en hoe een eventueel eigen belang zich verhoudt tot de belangen die de overheid en haar vertegenwoordigers in de rechtspersoon moeten behartigen: het probleem van de 'twee petten' (Schreuder 1994, 50; Maeijer 1997, 19). Dit levert risico's op in de sfeer van politieke verantwoordelijkheid en bestuursrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid, risico's waar het gemeentebestuur zelf het slachtoffer van kan worden.

Een meer principieel aspect van de keuze tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke vormgeving is dat van de (her)kenbaarheid en doorzichtigheid van de bestuurlijke organisatie. Het gebruik van de privaatrechtelijke rechtsvorm in het openbaar bestuur brengt mee dat voor de burger onduidelijkheid bestaat over de vraag of de betrokken instelling tot de overheid behoort, en wat de verhouding is tot andere overheidsorganen. In een democratische rechtsstaat behoort daarover zo min mogelijk onduidelijkheid te bestaan.

4.3 De vlucht in het privaatrecht: een verklaring –

Voor een deugdelijk antwoord op de vraag waarom gemeentebesturen bij verzelfstandiging de commissie negeren en schijnbaar blindelings voor privaatrechtelijke vormen kiezen, bestaat te weinig empirisch materiaal. Mijn vermoeden (deels gebaseerd op eigen ervaring met verzelfstandigingsprojecten bij de centrale overheid, deels op gesprekken die ik met een aantal gemeenteambtenaren heb gevoerd) is, dat het hier in hoge mate gaat om een kwestie van bestuurscultuur. De publiekrechtelijke organisatievorm bij verzelfstandiging wordt geassocieerd met ambtelijk, bureaucratisch en star, terwijl de privaatrechtelijke vorm staat voor taakgericht, slagvaardig en flexibel (SGB0 1997, 24). Ook lijkt men vaak uit te gaan van de veronderstelling dat een zelfstandig bestuursorgaan in de publiekrechtelijke organisatievorm geen 'echte' verzelfstandiging is. Dit is echter niet juist: de mate van zelfstandigheid is afhankelijk van de bevoegdheden die het democratisch complex ten opzichte van het zelfstandig bestuursorgaan heeft, en niet van de vraag of het orgaan publiekrechtelijk of privaatrechtelijk is vormgegeven.

Ten slotte is – met name bij gemeenten, in mindere mate bij de centrale overheid – de gedachte dat een verzelfstandigd orgaan ook financieel geheel zelfstandig moet zijn, en dat dit alleen te bewerkstelligen valt met een privaatrechtelijke rechtsvorm. Omdat ik hierboven aangaf dat financiële zelfstandigheid bij commissies bij de huidige stand van de wetgeving niet mogelijk is, moet ik hier afzonderlijk aandacht aan besteden. Allereerst moeten we ons afvragen wat eigenlijk onder financiële 'zelfstandigheid' moet worden verstaan. Vaak wordt in dat kader retoriek als 'marktconform' en 'productgericht' werken gehan-

teerd. Het marktconform uitoefenen van een overheidstaak is echter een contradictio in terminis. Marktconform veronderstelt concurrentie, en een overheidstaak die onder concurrentie met private partijen kan worden uitgeoefend, dient te worden afgestoten. Productgericht heeft niet te maken met financiële zelfstandigheid maar met een wijze van boekhoudkundige toerekening van kosten, die bij een gemeentelijke commissie net zo goed mogelijk is als bij een privaatrechtelijke rechtspersoon. Financiële zelfstandigheid komt dan neer op de vraag of de middelen naar eigen inzicht kunnen worden uitgegeven of gereserveerd. Het antwoord op die vraag hangt af van de bron van inkomsten van het zelfstandig bestuursorgaan. Wordt het orgaan (al dan niet via een subsidierelatie) geheel of grotendeels bekostigd uit de gemeentelijke begroting (bijvoorbeeld een 'gemeentelijke' stichting die welzijnssubsidies verdeelt of de vuilnisophaal), dan kan men niet van financiële zelfstandigheid spreken; beslist het orgaan om een reservering te plegen die de gemeenteraad als begrotingswetgever niet bevalt,⁵ dan is een korting voor het volgende begrotingsjaar het te verwachten resultaat. Ontleent het zelfstandig bestuursorgaan zijn middelen voor een belangrijk deel aan vergoedingen voor leveringen aan derden (bijvoorbeeld de gas- en lichtrekening van het gemeentelijk energiebedrijf) dan is financiële zelfstandigheid (rechtspersoonlijkheid) onder omstandigheden wel geïndiceerd. In de praktijk komt het echter nog al eens voor dat dergelijke instellingen nu juist op het punt van reserveren/investeren de toestemming van de raad of B en W nodig hebben, zodat in dat geval van het argument van de financiële zelfstandigheid weer weinig overblijft. Ten slotte moet worden opgemerkt dat de financiële zelfstandigheid niet moet worden verward met de bevoegdheid privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten (koop, huur etc.). Een commissie kan krachtens delegatie respectievelijk volmacht bevoegd worden gemaakt namens de gemeente privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten; daarvoor is financiële zelfstandigheid (rechtspersoonlijkheid) niet nodig (Zijlstra 1997, 416).⁶

Ook wat de financiële zelfstandigheid betreft is de voorkeur voor de privaatrechtelijke rechtsvorm in de praktijk dus vaak meer een kwestie van bestuurscultuur dan van objectieve argumenten.

4.4 De commissie: een bruikbaar alternatief – De vlucht in het privaatrecht is des te merkwaardiger, nu de Gemeentewet het alternatief biedt die het gemeentebestuur ruime mogelijkheden biedt om taken en bevoegdheden 'op afstand' te zetten, namelijk de commissie.

Wanneer we commissies en privaatrechtelijke vormen vergelijken, blijken de commissies er op vrijwel alle punten gunstig uit te springen. Voorop staat dat gebruik van privaatrechtelijke vormen problemen oplevert vanuit een oogpunt van wetmatigheid van bestuur. De mogelijkheden van toedeling van taken en bevoegdheden aan privaatrechtelijke rechtspersonen zijn aanmerkelijk beperkter dan bij commissies. Aan commissies kan naar believen vorm worden gegeven; ook op dat punt kan de commissie de vergelijking met glans doorstaan. Problematisch liggen de zaken alleen op het punt van de financiën; naar de huidige stand van de wetgeving is financiële zelfstandigheid niet mogelijk. Voor gevallen waarin daartoe rechtspersoonlijkheid wenselijk zou zijn, zou de wet deze mogelijkheid (geclausuleerd, en onder goedkeuring van de minister van Binnenlandse Zaken) moeten bieden. Wat controle betreft bestaan met betrekking tot commissies niet alleen ruime mogelijkheden, dit is ook veel helderder (bij verordening) te regelen dan bij private rechtspersonen, waar dit veelal via de organen of het benoemingsbeleid van bestuurders moet geschieden, en het probleem van het 'eigen belang' van de rechtspersoon een rol kan spelen.

De commissie biedt aldus een uitstekend alternatief voor het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen door gemeenten, zeker als de wetgever op enkele punten (rechtspersoonlijkheid, toezicht) faciliterend zou optreden. De uitkomst van 'kerntakendiscussies', waarbij het gemeentebestuur beleid en uitvoering wil scheiden maar de uitvoering toch op afstand wil blijven sturen, zou veel vaker het gebruik van een commissie kunnen en moeten zijn.

5. Conclusie: behoefte aan een cultuuromslag

5.1 Een taak voor de gemeentebesturen – Het is zaak dat gemeenten hun reeds uitgevoerde verzelfstandigingen heroverwegen, en hun voorgenomen verzelfstandigingen primair bezien vanuit de volgende overwegingen. Ten eerste is op gemeentelijk niveau het

toekennen, in welke vorm ook, van openbaar gezag aan private instellingen buiten een – zeer zeldzame⁷ – bijzondere formeelwettelijke grondslag, in strijd met de Gemeentewet en mitsdien onrechtmatig. Deze notie wordt door de bestuursrechter consequent gehandhaafd.

Ten tweede moet de retoriek van ‘kerntakendiscussies’ kritisch worden geanalyseerd. Wanneer het gemeentebestuur bepaalde taken inderdaad niet meer als een overheidstaak wenst te zien, dan moet die taak ook daadwerkelijk buiten de overheid worden geplaatst (uitbesteed of afgestoten). Het privatiseren van een taak om vervolgens overwegende overheidsinvloed op de taakuitoefening te organiseren dient geen enkel doel maar draagt alleen bij aan ondoorzichtige verhoudingen in het openbaar bestuur. Dit geldt a fortiori voor het ‘uitbesteden’ van openbaar gezag zoals standplaatsverdeling onder handhaving van een vergunningstelsel dat, zoals gezegd, tevens in strijd is met de Gemeentewet.

Ten derde kan de commissie voor veel taken waarvoor geen afzonderlijk vermogen noodzakelijk is, zonder meer worden gebruikt.

Het commissiebestel zoals de huidige Gemeentewet dat kent, schiet tekort waar het betreft de mogelijkheden tot financiële zelfstandigheid voor zelfstandige bestuursorganen. Dit kan echter geen excuus zijn om maar steeds privaatrechtelijke rechtspersonen in het leven te roepen. De instrumenten van controle die dan vereist zijn en dus in de statuten worden neergelegd, vaak in combinatie met personele unies tussen raad of aan B en W of de burgemeester ondergeschikte ambtenaren en het bestuur van de rechtspersoon, leiden tot onduidelijkheden en risico's rond politieke, bestuursrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid.

5.2 Een taak voor de wetgever – De knelpunten die rond het gebruik van commissies bestaan (zie boven, paragraaf 3) kunnen en moeten door de wetgever worden weggenomen. De Gemeentewet moet het – geclausuleerd – mogelijk maken dat aan commissies rechtspersoonlijkheid wordt toegekend; een daartoe strekkend besluit van de raad moet onder preventief toezicht van de minister van Binnenlandse Zaken staan. De wetgever moet ook faciliterend optreden in de sfeer van controle op de taakuitoefening (mogelijk maken van repressief toezicht van de raad op beslui-

ten van commissies alsmede van een regeling inzake taakverwaarlozing bij autonome bevoegdheden) en subdelegatie aan een eventueel dagelijks bestuur.

Zijn deze knelpunten eenmaal weggenomen, dan is er voor het gemeentebestuur geen legitieme aanleiding meer privaatrechtelijke rechtspersonen op te richten of daarin deel te nemen, anders dan bij wijze van belegging. Artikel 155 Gemeentewet, dat het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen – geclausuleerd – mogelijk maakt (zij het onder preventief toezicht van gedeputeerde staten, maar dat stelt in de praktijk weinig voor), moet in die zin worden gewijzigd, dat oprichting van privaatrechtelijke rechtspersonen niet is toegestaan; deelneming moet evenmin worden toegestaan, behoudens bij wijze van belegging, die onder preventief toezicht van gedeputeerde staten moet blijven. Om te voorkomen dat ‘deelneming bij wijze van belegging’ door g.s. te ruim wordt uitgelegd, moet worden voorzien in een mededelingsplicht aan de minister van Binnenlandse Zaken. Deze kan dan goedkeuringen die ten onrechte zijn verleend, voordragen voor schorsing of vernietiging.

5.3 Een taak voor de toezichthouders en de rechter – Mocht het beperken van de mogelijkheid tot het oprichten van of deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door middel van wijziging van artikel 155 Gemeentewet politiek onhaalbaar blijken, dan moet van toezichthouders en rechter worden geëist dat zij de wettelijke voorkeur voor de publiekrechtelijke organisatievorm met kracht handhaven. Dat geldt dan in de eerste plaats gedeputeerde staten bij de uitoefening van het preventief toezicht in het kader van artikel 155 Gemeentewet, en in de tweede plaats de rechter bij de beoordeling van geschillen waarbij (quasi-)bestuursorganen in privaatrechtelijke vorm zijn betrokken (Zijlstra 1995, 469).

5.4 Kortom: hier ligt een taak – Het voorgaande vereist een inspanning van alle betrokkenen; in modern jargon gegoten zou hier wellicht van een ‘cultuuromslag’ moeten worden gesproken. Die inspanning is echter dringend nodig; vanwege het rechtmatiger, effectiever en doelmatiger functioneren van het gemeentebestuur en, ook al spreekt dat menig ‘modern’ bestuurder wellicht niet geweldig aan, vanwege de eisen van onze democratische rechtsstaat.

Noten

1. Het artikel is een samenvatting van de conclusies van mijn Rotterdamse dissertatie *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (VUGA, Den Haag 1997).

2. Interessant is de verwijzing van de regering naar bevoegdheden op grond van de Lager-onderwijswet 1920. Omdat daarvoor 'zo enorm veel tamelijk automatische besluitvorming voor nodig is', is het 'een uitstekende zaak om het in de commissie te laten gebeuren'.

3. Ik heb in een bijlage bij mijn proefschrift een aanzet voor een wijziging van de Gemeentewet in deze zin gedaan.

4. Artikel 123 Gemeentewet voorziet in een taakverwaarlozingsregeling voor medebewindsbevoegdheden die door commissies worden uitgeoefend; de wet biedt geen grondslag voor ingrijpen bij verwaarlozing door de commissie van aan haar overgedragen autonome bevoegdheden. Aangenomen moet worden dat artikel 82 (de raad regelt het toezicht op de commissies) evenmin een grondslag biedt voor een regeling door de raad terzake (Zijlstra 1997, 335).

5. Als al niet in het kader van de subsidievoorwaarden (want bij bekostiging van een privaatrechtelijke rechtspersoon gaat het veelal om subsidie in de zin van titel 4.2 Algemene wet bestuursrecht) restricties aan reservering zijn verbonden (vgl. artikel 4:41 Awb).

6. Het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (met name kapitaalvennootschappen) wordt onder meer gemotiveerd met de behoefte financiële middelen op de kapitaalmarkt te kunnen verwerven (Van Rossum 1997, 85). Doordat de commissie krachtens delegatie respectievelijk volmacht bevoegd kan worden gemaakt namens de gemeente privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten, kan zij (zo haar bevoegdheden en inrichting daartoe aanleiding geven) in dat kader ook de bevoegdheid krijgen zich voor haar middelen op de kapitaalmarkt te begeven.

7. Bijvoorbeeld de Wet van 14 november 1996, Stb. 580, die de privaatrechtelijke vormgeving van gemeentelijk openbaar onderwijs mogelijk maakt. Zie voor kritiek daarop Zijlstra 1997, 448.

Referenties

- Berge, J.B.J.M. ten, 1978, *Decentraliseren met commissies*. Den Haag.
- Boer, M.M. den, 1997, 'Zelfstandige bestuursorganen uit de zelfkant van de democratie?' In: *Zbos, verzelfstandiging en privatisering*. Preadvis Vereniging voor Administratief Recht. VAR-reeks nr. 118, Alphen a/d Rijn.
- Boxum, J.L., J. de Ridder en M. Scheltema, 1989, *Zelfstandige bestuursorganen in soorten*. Deventer.

- Commissie-Scheltema (Externe commissie Ministeriële verantwoordelijkheid), 1992/93, *Steekhoudend ministerschap: Betekenis en toepassing van de ministeriële verantwoordelijkheid*. Kamerstukken II 1992/93, 21 427 nrs. 40 en 41.
- Frissen, P.H.A., e.a., 1992, *Verzelfstandiging in het openbaar bestuur: Een bestuurskundige verkenning van verzelfstandiging, verbindingen en informatisering*. Den Haag.
- Goorden, C.P.J., 1997, 'Verzelfstandiging: Naar een doorzichtig en geregeld bestuur.' In: *Zbos, verzelfstandiging en privatisering*. Preadvis Vereniging voor Administratief Recht. VAR-reeks nr. 118, Alphen a/d Rijn.
- Hirst, Paul, 1995, 'Quangos and democratic government'. *Parliamentary Affairs*, 2: 355
- Kooistra, D. en G. Blom, 1995, 'Kerntaken: Opmaat voor vernieuwing'. In: J.P. Balkenende e.a. (red.), *Handboek gemeenteraadsleden* (losbl.). Alphen a/d Rijn, p. A.21.2.
- Kuiper, G.M., e.a., 1992, *Verzelfstandiging: Publiek of privaat?*. Deventer.
- Lubach, D.A., 1996, 'Samenwerking tussen bestuur en burger: Op basis van privaat- of publiekrecht?' *Tijdschrift Privatisering*, 9: 6.
- Maeijer, J.M.M., 1997, *Privatisering: Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg*. Deventer.
- Roerig, A.H., 1989, 'Mandatering aan ambtenaren in vijf middelgrote gemeenten'. In: H.R. Heikema van der Kloet e.a. (red.), *Wie beslist? Mandatering bij provincies en gemeenten*. Deventer.
- Rossum, A.A. van, 1997, 'Het gebruik van privaatrechtelijke rechtspersonen (n.v. of b.v.) in het kader van privatisering.' *RM Themis*, 3: 85
- Schreuder, C.A., 1994, *Publiekrechtelijke taken, private rechtspersonen*. Deventer.
- SGBO, 1997, *Samenwerking tussen decentrale overheden*. Den Haag
- Sylvester, J.J., 1995, 'Privatiseren in Nederland: Bij grote gemeenten gaat het meer om extern verzelfstandigen'. *Beleidsanalyse*, 1: 14
- Sylvester, J.J., 1997, 'Externe verzelfstandiging en privatisering beoordeeld'. *Bestuurskunde*, 2: 59
- Zijlstra, S.E., 1994, 'Artikel 155'. In: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *Tekst en commentaar Provinciewet, Gemeentewet, Waterschapswet*. Deventer.
- Zijlstra, S.E., 1995, 'Stichtingen met een publieke taak als bestuursorgaan: De overheidsorganisatie in de mist'. *De Gemeentestem*, 7016: 469.
- Zijlstra, S.E., 1997, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: Een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, meer in het bijzonder op gemeentelijk niveau*. Den Haag.