

Onderzoek naar de adviezen van de Raad van State inzake wetgevingskwaliteit

Onderzoek uitgevoerd door:

Universiteit Maastricht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Postbus 616, 6200 MD Maastricht
Tel. 043 – 388 33 28
Fax 043 – 388 49 07
E-Mail: luc.verhey@pubr.unimaas.nl

INHOUDSOPGAVE

Inhoudsopgave	i
Hoofdstuk 1 Inleiding.....	1
Prof.Mr. L.F.M. Verhey	
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	1
1.2 Onderzoeksvragen	1
1.3 Methode.....	2
1.4 Uitvoering.....	4
Hoofdstuk 2 Wetgevingsadvisering door de Raad van State: het algemene kader	5
Prof.Mr. L.F.M. Verhey	
2.1 Wettelijk kader	5
2.2 Het toetsingskader van de Raad van State.....	5
2.2.1 Algemene aspecten.....	5
2.2.2 Beleidsanalytische toetsing	7
2.2.2.1 De noodzaak van wetgeving (redengeving)	7
2.2.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid (effectiviteit)	7
2.2.2.3 Naleefbaarheid en handhaafbaarheid (uitvoering)	7
2.2.3 Juridische toetsing	8
2.2.3.1 Toetsing aan hoger recht.	8
2.2.3.2 Toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen	9
2.2.3.3 Inpassing in het rechtssysteem	9
2.2.4 Wetstechnische toetsing	9
2.2.5 Relatie tot het wetgevingskwaliteitsbeleid	10
2.3 Het wetgevingskwaliteitsbeleid van de regering.....	10
2.3.1 Inleiding	10
2.3.2 De kwaliteitscriteria	11
2.3.2.1 Rechtmatigheid.....	11
2.3.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid	13
2.3.2.3 Subsidiariteit en evenredigheid	15
2.3.2.4 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.....	17
2.3.2.5 Onderlinge afstemming	18
2.3.2.6 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	19
2.4 Slot	20

Hoofdstuk 3	Rechtmatigheid.....	21
Mr.E.M.J. Hardy		
3.1	Rechtmatigheid in de adviezen van de Raad van State	21
3.1.1	Inleiding	21
3.1.2	Verenigbaarheid met hoger recht: communautair recht	22
3.1.2.1	Overeenstemming met communautaire verdragsbepalingen.....	22
3.1.2.2	Overeenstemming met communautaire verordeningen.....	24
3.1.2.3	Overeenstemming met communautaire richtlijnen.....	25
3.1.2.3.1	Implementatie van Richtlijnen	25
3.1.2.3.2	Overeenstemming met bestaande Richtlijnen	27
3.1.2.3.3	Notificatie	30
3.1.2.4	Overeenstemming met jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG.....	30
3.1.2.5	Overeenstemming met overig communautair recht.....	31
3.1.2.5.1	Mededingingsaspecten	31
3.1.2.5.2	Vrij verkeer	31
3.1.2.5.3	Verenigbaarheid met resoluties van de EU	33
3.1.3	Verenigbaarheid met hoger recht: overig internationaal recht	33
3.1.3.1	Overeenstemming met het EVRM	34
3.1.3.1.1	Toetsing aan het EVRM in een bredere context.....	34
3.1.3.1.2	Toetsing aan artikel 5 EVRM.....	36
3.1.3.1.3	Toetsing aan artikel 6 EVRM.....	37
3.1.3.1.4	Toetsing aan artikel 8 EVRM.....	38
3.1.3.1.5	Overeenstemming met het Eerste Protocol bij het EVRM.....	40
3.1.3.2	Overeenstemming met overig internationaal recht.....	41
3.1.4	Verenigbaarheid met het Statuut voor het Koninkrijk en de Grondwet	43
3.1.4.1	Het Statuut voor het Koninkrijk	43
3.1.4.2	De Grondwet	43
3.1.4.2.1	Expliciete toetsing	43
3.1.4.2.2	Toetsing aan grondrechten	45
3.1.5	Verenigbaarheid met overige regelgeving.....	45
3.1.6	Verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen	47
3.1.6.1	Legaliteitsbeginsel.....	47
3.1.6.1.1	Het beginsel van wetmatigheid	47
3.1.6.1.2	Het fiscale legaliteitsbeginsel.....	48
3.1.6.1.3	Het specialiteitsbeginsel.....	49
3.1.6.2	Beginsel van evenredigheid.....	49
3.1.6.3	Gelijkheidsbeginsel	49
3.1.6.3.1	Reikwijdte van het beginsel	49
3.1.6.3.2	Horizontale werking.....	50
3.1.6.3.3	Discriminatoire regelgeving	50
3.1.6.4	Beginsel van rechtszekerheid	51
3.1.6.4.1	Rechtszekerheid met betrekking tot terminologie.....	51
3.1.6.4.2	Rechtszekerheid bij gebruik van schakelbepalingen.....	51
3.1.6.4.3	Rechtszekerheid bij handhaving.....	52
3.1.6.5	Beginsel van contractsvrijheid	53
3.1.7	Toetsing van juridische kwaliteit van regelgeving	54
3.1.7.1	Juiste niveau van regelgeving.....	54
3.1.7.1.1	Verschijningsvormen van een algemeen verbindend voorschrift.....	54
3.1.7.1.2	Regeling bij wet in formele zin	55
3.1.7.2	Toekenning van bestuursbevoegdheden.....	56

3.1.7.2.1	Aard van de bevoegdheidstoekenning.....	57
3.1.7.2.2	Niveau van attributie	57
3.1.7.2.3	Omvang van de bevoegdheidstoekenning.....	57
3.1.7.2.4	Bevoegdheidsoverschrijding	58
3.1.7.3	Normering van de bestuursbevoegdheid	59
3.1.7.4	Delegatie van regelgevende bevoegdheden.....	60
3.1.7.4.1	Vereiste van wettelijke grondslag	60
3.1.7.4.2	Wenselijkheid van delegatie.....	61
3.1.7.4.3	Begrenzing van delegatie	62
3.1.7.5	Overgangsrecht.....	62
3.1.7.5.1	Afstemming met ander overgangsrecht.....	62
3.1.7.5.2	Tijdsverloop	64
3.1.7.5.3	Terugwerkende kracht.....	65
3.1.7.6	Inwerkingtreding	67
3.1.7.7	Overig.....	67
3.1.8	Ten slotte	68
3.1.8.1	Relatie met Zicht op wetgeving.....	68
3.1.8.2	Toetsing aan het kwaliteitscriterium Rechtmatigheid: kwantitatief	69
3.1.8.2.1	Verenigbaarheid met hoger recht	69
3.1.8.2.2	Verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen	69
3.1.8.2.3	Toetsing van de juridische kwaliteit van regelgeving	69
3.1.8.3	Toetsing aan het kwaliteitscriterium Rechtmatigheid: beoordeling	70
3.1.8.4	Relatie met Aanwijzingen voor de regelgeving	70
3.1.8.5	Slotsom.....	70
3.2	Reactie van regering en parlement op de adviezen van de Raad van State.....	70
3.2.1	Verenigbaarheid met hoger recht: communautair recht	71
3.2.1.1	Overeenstemming met communautaire richtlijnen.....	71
3.2.1.2	Overeenstemming met overig communautair recht.....	73
3.2.2	Verenigbaarheid met hoger recht: overig internationaal recht	75
3.2.2.1	Overeenstemming met het EVRM	75
3.2.2.2	Overeenstemming met overig verdragenrecht.....	76
3.2.3	Verenigbaarheid met de Grondwet.....	80
3.2.3.1	Expliciete toetsing	80
3.2.3.2	Toetsing aan grondrechten	88
3.2.4	Verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen	91
3.2.4.1	Legaliteitsbeginsel.....	91
3.2.4.2	Specialiteitsbeginsel	91
3.2.4.3	Beginsel van rechtszekerheid	92
3.2.5	Toetsing van juridische kwaliteit van regelgeving.....	93
3.2.5.1	Juiste niveau van regelgeving.....	93
3.2.5.2	Toekenning van bestuursbevoegdheden.....	95
3.2.5.3	Normering van de bestuursbevoegdheid	96
3.2.5.4	Inwerkingtreding	97
3.2.6	Conclusie	98

Hoofdstuk 4	Doeltreffendheid en doelmatigheid	101
Prof.Mr. S. Klosse		
4.1	Doeltreffendheid en doelmatigheid in de adviezen van de raad van state.....	101
4.1.1	Doeltreffendheid.....	101
4.1.1.1	Toetsingskader	101
4.1.1.2	Twee hoofdcategorieën	101
4.1.1.3	Hiaten in de probleemanalyse	102
4.1.1.3.1	Analyse van de oorzaken van het onderliggende probleem (Ar 7, a).....	102
4.1.1.3.2	Analysekader te beperkt (Ar 7, a)	103
4.1.1.3.3	Onduidelijkheid over de achterliggende motieven/doelstellingen van de voorgenomen regeling (Ar 7, b).....	106
4.1.1.4	Relatie tussen de beoogde doelen en de voorgestelde middelen	109
4.1.1.4.1	Zijn de voorgestelde middelen toereikend?.....	109
4.1.1.4.2	Afbakeningsproblemen	115
4.1.1.4.3	Bestendigheid van de voorgestelde maatregel	116
4.1.1.4.4	Onduidelijkheden met betrekking tot het toepassingsbereik.....	117
4.1.1.4.5	Een te ruim toepassingsbereik.....	118
4.1.1.4.6	Een te beperkt toepassingsbereik (Aanbeveling tot regelgeving)	119
4.1.1.4.7	Belemmeringen van juridische, praktische of andere aard.....	122
4.1.2	Doelmatigheid	123
4.1.2.1	Toetsingskader	123
4.1.2.2	Twee hoofdcategorieën	124
4.1.2.3	Lasten voor burgers, bedrijfsleven en instellingen.....	124
4.1.2.3.1	Evenwichtige verdeling van baten en lasten?.....	124
4.1.2.3.2	Zijn de lasten wel zo beperkt mogelijk gehouden? (Ar 13)	126
4.1.2.4	Lasten voor de overheid	128
4.1.2.4.1	Uitvoeringslasten.....	129
4.1.2.4.2	Procedurele lasten.....	130
4.1.2.4.3	Handhavingslasten.....	131
4.1.2.5	Neveneffecten.....	132
4.1.3	Conclusie	136
4.1.3.1	Beoordeling van de eis van doeltreffendheid	136
4.1.3.1.1	Hiaten in de probleemanalyse	136
4.1.3.1.2	Twijfel over de probleemaanpak.....	136
4.1.3.1.3	Slotsom.....	137
4.1.3.2	Beoordeling van de eis van doelmatigheid.....	137
4.1.3.2.1	Neveneffecten.....	137
4.1.3.2.2	Afweging van baten en lasten	137
4.1.3.2.3	Slotsom.....	138
4.2	Reactie van regering en parlement op de adviezen van de Raad van State	138
4.2.1	Doeltreffendheid.....	138
4.2.1.1	Hiaten in de probleemanalyse	138
4.2.1.1.1	Wetsvoorstel Verbetering poortwachter.....	139
4.2.1.1.2	Wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's	141
4.2.1.1.3	Ontwerpbesluit tot wijziging van het Warenbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen.....	143
4.2.1.1.4	Ontwerp Luchthavenverkeersbesluit	145
4.2.1.2	Toereikendheid van de voorgestelde middelen	146
4.2.1.2.1	Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.....	146
4.2.1.2.2	Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering.....	148
4.2.1.2.3	Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst.....	151

4.2.1.2.4	Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij	152
4.2.1.2.5	Wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer.....	155
4.2.1.2.6	Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur	157
4.2.1.2.7	Wetsvoorstel Verbetering poortwachter.....	162
4.2.2	Doelmatigheid	163
4.2.2.1	Lasten voor burgers, bedrijven en instellingen.....	163
4.2.2.2	Lasten voor de overheid	165
4.2.2.2.1	Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur	166
4.2.2.2.2	Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering.....	166
4.2.2.2.3	Wetsvoorstel Markt en overheid	167
4.2.2.3	Neveneffecten.....	170
4.2.2.3.1	Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst.....	170
4.2.2.3.2	Luchthavenverkeersbesluit.....	171
4.2.2.3.3	Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering.....	172
4.2.2.3.4	Wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's	173
4.2.3	Slotsom.....	175

Hoofdstuk 5	Subsidiariteit en evenredigheid	179
-------------	---------------------------------------	-----

Mr. J.L.W. Broeksteeg

5.1	Subsidiariteit en evenredigheid in de adviezen van de Raad van State.....	179
5.1.1	Inleiding	179
5.1.1.1	Subsidiariteit.....	179
5.1.1.2	Evenredigheid.....	180
5.1.2	Subsidiariteit.....	181
5.1.2.1	Adequate normstelling uit de aard der zaak niet haalbaar	181
5.1.2.2	Wetgeving als ultimum remedium	181
5.1.2.3	Noodzakelijkheid regeling	182
5.1.2.4	Kan het beoogde doel op een andere wijze worden gerealiseerd?	184
5.1.2.4.1	Een andere manier of een andere wijze	184
5.1.2.4.2	Een minder vergaande oplossing.....	185
5.1.2.5	Huidige situatie is voldoende	187
5.1.2.5.1	Huidige regeling	187
5.1.2.5.2	Huidige praktijk.....	188
5.1.2.6	Nieuwe ontwikkelingen of discussie	189
5.1.2.6.1	Discussie.....	189
5.1.2.6.2	Ontwikkelingen	189
5.1.2.7	Autonomie lagere (rechts)gemeenschappen.....	190
5.1.2.7.1	Provincies en gemeenten	190
5.1.2.7.2	Overlaten aan lagere bestuursorganen – of toch niet?	194
5.1.2.7.3	Autonomie andere betrokkenen, belanghebbenden.....	195
5.1.2.8	Nadere motivering, grondige analyse of experiment ontbreekt	195
5.1.2.8.1	Nadere motivering.....	195
5.1.2.8.2	Grondige analyse.....	197
5.1.2.8.3	Experimenten en ervaring	198
5.1.3	Evenredigheid.....	200
5.1.3.1	Proportionaliteit.....	200
5.1.3.1.1	Proportionaliteit van de maatregel.....	200
5.1.3.1.2	Evenredig ten opzichte van de beoogde doelstelling.....	202
5.1.3.1.3	Noodzakelijk in een democratische samenleving.....	204

5.1.3.2	Groter bereik dan de bedoeling is.....	205
5.1.3.3	Onnodige beperkingen	205
5.1.3.4	Toekennen bevoegdheden	206
5.1.4	Conclusies	207
5.1.4.1	Subsidiariteit.....	208
5.1.4.2	Evenredigheid.....	209
5.1.4.3	Tot slot.....	209
5.2	Reactie van regering en parlement op adviezen van de Raad van State.....	209
5.2.1	Inleiding	209
5.2.2	Subsidiariteit.....	210
5.2.2.1	Inleiding	210
5.2.2.2	Wet markt en overheid	210
5.2.2.3	Wet elektronisch bestuurlijk verkeer.....	213
5.2.2.4	Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.....	216
5.2.2.5	Wet dualisering gemeentebestuur.....	218
5.2.2.6	Wet bestuur in stedelijke regio's	227
5.2.2.7	Regeling leerlinggebonden financiering.....	230
5.2.2.8	Wet ammoniak veehouderij.....	230
5.2.2.9	Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen	231
5.2.3	Evenredigheid.....	231
5.2.3.1	Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.....	232
5.2.3.2	Wet dualisering gemeentebestuur.....	232
5.2.3.3	Regeling leerlinggebonden financiering.....	232
5.2.3.4	Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen	234
5.2.3.5	Besluit houdende wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekhoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen	235
5.2.4	Conclusie	236
Hoofdstuk 6 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid		239
Mr.Dr. M.G.W.M. Peeters		
6.1	Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid in de adviezen van de Raad van State	239
6.1.1	Inleiding	239
6.1.2	Uitvoerbaarheid.....	240
6.1.2.1	Positionering en inhoud van het criterium.....	240
6.1.2.2	Taken en lasten	241
6.1.2.2.1	Taken en lasten voor de (semi-)publieke sector	241
6.1.2.2.1.1	Onzekerheid of het bestuurlijk apparaat is toegerust op de toebedeelde taak	241
6.1.2.2.1.2	Onzekerheid over de inhoud van de taak	243
6.1.2.2.1.3	Praktische belemmeringen, of benodigde praktische voorzieningen	244
6.1.2.2.2	Taken en lasten voor de particuliere sector	249
6.1.2.3	Andere aspecten in verband met uitvoerbaarheid	251
6.1.2.3.1	Overige aandachtspunten	251
6.1.2.3.2	Keuze voor een reguleringsmethode en uitvoerbaarheid	251
6.1.2.3.3	Overleg met betrokkenen	253

6.1.2.3.4	Relatie met bestaande praktijk	254
6.1.2.3.5	Uitvoeren van een evaluatie	255
6.1.3	Handhaafbaarheid.....	255
6.1.3.1	Opzet van deze paragraaf	255
6.1.3.2	De methode van handhaving	255
6.1.3.2.1	Keuze voor een van de wegen.....	255
6.1.3.2.2	Kritiek op de specifieke vormgeving van de handhavingsmethode	256
6.1.3.2.3	Toezicht.....	257
6.1.3.2.4	Administratieve afhankelijkheid van het strafrecht.....	257
6.1.3.2.5	Europees- en internationaalrechtelijk kader	258
6.1.3.2.6	De relatie tussen normstelling en van handhaving	259
6.1.3.3	Vermijden van conflictmomenten	261
6.1.3.4	Specifieke inhoud en formulering van wetbepalingen.....	262
6.1.4	Afronding	263
6.1.4.1	Inleiding	263
6.1.4.2	Uitvoerbaarheid.....	263
6.1.4.3	Handhaafbaarheid.....	265
6.2	reactie van regering en parlement op de adviezen van de Raad van State	266
6.2.1	Inleiding	266
6.2.2	Uitvoerbaarheid.....	267
6.2.2.1	Onzekerheid over de inhoud van de taak: Wet bestuur in stedelijke regio's.....	267
6.2.2.2	Onzekerheid over de inhoud van de taak: Wet elektronisch bestuurlijk verkeer	268
6.2.2.3	Praktische belemmeringen voor de (semi-)publieke sector: Wet dualisering gemeentebestuur	270
6.2.2.4	Praktische belemmeringen voor de (semi-)publieke sector: Regeling leerling-gebonden financiering	271
6.2.2.5	Praktische belemmeringen voor de (semi-)publieke sector: Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers	272
6.2.2.6	Praktische belemmeringen voor de private sector: Wet verbetering poortwachter	274
6.2.2.7	Keuze voor een reguleringsmethode en uitvoerbaarheid: Wet ammoniak en veehouderij	276
6.2.2.8	Overleg met betrokkenen: Wijziging Besluit uitoefening artseneijbereidkunst.....	276
6.2.2.9	Overleg met betrokkenen: Wet bestuur in stedelijke regio's	277
6.2.3	Handhaving	278
6.2.3.1	De specifieke vormgeving van de handhavingsmethode: Luchthavenverkeersbesluit Schiphol	278
6.2.3.2	Relatie tussen normstelling en handhaving, en het conflictopwekkende karakter van de regeling: Wet markt en overheid.....	279
6.2.3.2.1	Normstelling en handhaving	279
6.2.3.2.2	Conflictopwekkend karakter	280
6.2.4	Slotbeschouwing	282
6.2.4.1	Inleiding	282
6.2.4.2	Uitvoerbaarheid.....	282
6.2.4.3	Handhaafbaarheid.....	283
6.2.4.4	Het beeld inzake de criteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid	284
6.2.4.5	Enkele aandachtspunten	284

Hoofdstuk 7	Onderlinge afstemming	287
-------------	-----------------------------	-----

Mr. E.M.J. Hardy

7.1	Onderlinge afstemming in de adviezen van de Raad van State.....	287
7.1.1	Inleiding	287
7.1.2	De aanwijzingen voor de regelgeving	287
7.1.2.1	Aanwijzing 9: Effecten en lasten.....	287
7.1.2.2	Paragraaf 2.6 van de Aanwijzingen: Harmonisatie	288
7.1.3	Verscheidenheid in regelgeving met betrekking tot verwante onderwerpen.....	288
7.1.3.1	Afstemming met algemene wetten	289
7.1.3.1.1	Afstemming met de Algemene wet bestuursrecht.....	289
7.1.3.1.2	Afstemming met het Wetboek van Strafvordering.....	291
7.1.3.1.3	Afstemming met overige algemene wetgeving	291
7.1.3.2	Afstemming met algemene wetgeving op een deelterrein.....	292
7.1.3.2.1	Afstemming met de Wet milieubeheer.....	292
7.1.3.2.2	Afstemming met andere algemene wetgeving op een deelterrein	294
7.1.3.3	Afstemming in overige gevallen	296
7.1.4	Regelgeving met verschillend onderwerp, maar door effect op elkaar inwerkend	298
7.1.4.1	Verschillend onderwerp	298
7.1.4.2	Doorkruising van de werking van bestaande regelingen.....	298
7.1.4.3	Coördinatie	299
7.1.5	Conclusie	302
7.2	Reactie van regering en parlement op de adviezen van de Raad van State	302
7.2.1	Verscheidenheid in regelgeving met betrekking tot verwante onderwerpen.....	302
7.2.1.1	Afstemming met algemene wetten	303
7.2.1.1.1	Afstemming met de Algemene wet bestuursrecht.....	303
7.2.1.1.2	Afstemming met het Wetboek van Strafvordering.....	304
7.2.1.1.3	Afstemming met overige algemene wetgeving	305
7.2.1.2	Afstemming met algemene wetgeving op een deelterrein.....	307
7.2.1.2.1	Afstemming met de Wet milieubeheer.....	307
7.2.1.2.2	Afstemming met andere algemene wetgeving op een deelterrein	308
7.2.1.3	Afstemming in overige gevallen	310
7.2.2	Regelgeving met verschillend onderwerp, maar door effect op elkaar inwerkend	310
7.2.3	Conclusie	311

Hoofdstuk 8	Eenvoud – duidelijkheid – toegankelijkheid	313
-------------	--	-----

Mr. E.M.J. Hardy

8.1	Inleiding	313
8.2	Opheldering van terminologie.....	314
8.3	Duidelijkheid anderszins	317
8.4	Slotsom.....	321

Hoofdstuk 9	Conclusies	323
Prof.Mr. L.F.M. Verhey		
9.1	Inleiding	323
9.2	Algemene conclusies.....	324
9.2.1	Toetsing aan Zicht op wetgeving	324
9.2.2	Toetsing aan de Aanwijzingen voor de regelgeving	326
9.2.3	De wijze van advisering	327
9.2.4	Reactie van regering en Staten-Generaal	329
9.3	Analyse per criterium	330
9.3.1	Rechtmatigheid.....	330
9.3.2	Doeltreffendheid en doelmatigheid	332
9.3.3	Subsidiariteit en evenredigheid	334
9.3.4	Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.....	336
9.3.5	Onderlinge afstemming	338
9.3.6	Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid	339
9.3.7	Samenhang tussen criteria	339
9.4	Slotbeschouwingen.....	340
9.4.1	De eigen werkwijze van de Raad van State.....	340
9.4.2	Harmonisatie gewenst?.....	340
9.4.3	Een aanzet tot harmonisatie.....	342
BIJLAGE 1: Lijst van auteurs		347
BIJLAGE 2: Lijst leden van de begeleidingscommissie		349
BIJLAGE 3: Lijst van onderzochte adviezen.....		351
BIJLAGE 4: Lijst van nader onderzochte adviezen		359
BIJLAGE 5: Checklist beleidsanalytische toets raad van state.....		361
BIJLAGE 6: Lijst van geïnterviewde personen.....		363

HOOFDSTUK 1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

Begin 2003 heeft het ministerie van Justitie aan de Universiteit Maastricht opdracht gegeven onderzoek te doen naar de wetgevingsadvisering door de Raad van State. De achtergrond hiervan vormt de wens van de regering om de wetgevingstoetsing meer gericht in te zetten. De wetgevingstoetsing op het ministerie van Justitie vindt plaats aan de hand van kwaliteitseisen, zoals neergelegd in de nota 'Zicht op wetgeving' uit 1991¹ en in 2000 bevestigd in de Nota Wetgevingskwaliteitsbeleid.² Aannemelijk is dat deze eisen ook tot uitdrukking komen in de wetgevingsadvisering door de Raad van State. In welke mate dit daadwerkelijk het geval is, is echter nog geen voorwerp geweest van uitvoerig en gedegen onderzoek.³ Voor de verdere ontwikkeling van het wetgevingskwaliteitsbeleid is van belang om onderzoek te doen naar de vraag in hoeverre de geldende kwaliteitseisen een rol spelen in de wetgevingsadvisering door de Raad van State en op welke wijze door de regering en het parlement aan de wetgevingsadviezen gevolg wordt gegeven.

Doelstelling van het onderzoek is om aan de hand van bestudering en analyse van een aantal parlementaire stukken een antwoord te vinden op de vraag in hoeverre de Raad van State in de wetgevingsadvisering toetst aan de geldende wetgevingskwaliteitseisen, welke andere kwaliteitseisen in zijn advisering wellicht nog tot uitdrukking komen en hoe de regering en het parlement in het licht van het geldende wetgevingskwaliteitsbeleid met de adviezen van de Raad van State omgaat. Het onderzoek zou zo mogelijk moeten leiden tot aanbevelingen met betrekking tot de wijze waarop het geldende wetgevingskwaliteitsbeleid en de daarop gebaseerde richtlijnen kunnen worden aangevuld of verbeterd.

1.2 ONDERZOEKSVRAGEN

De startnotitie die ten behoeve van dit onderzoek door het ministerie van Justitie is opgesteld, neemt de nota 'Zicht op wetgeving' als uitgangspunt. In deze nota zijn zes kwaliteitseisen voor wetgeving geformuleerd. Het betreft:

- rechtmatigheid en gerichtheid op verwerkelijking van rechtsbeginselen;
- doeltreffendheid en doelmatigheid;
- subsidiariteit en evenredigheid;
- uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
- onderlinge afstemming met andere regelingen;
- eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Deze eisen zijn zeer divers van aard. Ze betreffen zowel de rechtsstatelijke en juridische kwaliteit van wetgeving alsook de doelmatigheid en effectiviteit daarvan. Zij hebben zowel betrekking op de vraag of regulerend optreden van de overheid op een bepaald terrein überhaupt wel noodzakelijk is, als op aandachtspunten die een rol dienen te spelen bij de nadere invulling en vormgeving van nieuwe of wijziging van bestaande wetgeving.

Deze eisen hebben nog steeds geldingskracht. Zoals eerder opgemerkt zijn zij in 2000 door de regering uitdrukkelijk bevestigd in de nota 'Wetgevingskwaliteit en wetgevingsvisitatie'. In de tussenliggende periode heeft op onderdelen een nadere invulling plaatsgevonden. In het bijzonder dient daarbij te worden gedacht aan de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin een aantal eisen nader wordt om-

1 Kamerstukken II 1990-1991, 22008, nrs. 1-2.

2 Kamerstukken II 2000-2001, 27475, nr. 2.

3 Wel als onderdeel van breder onderzoek naar de kwaliteit van wetgeving voortvloeiend uit het regeerakkoord 1998. Zie Ph. Eijlander, W. Voermans, Evaluatie regeerakkoord 1998 vanuit wetgevingsperspectief, Tilburg 2002. Zie voorts het rapport van de Algemene Rekenkamer, Wetgeving: organisatie, proces en produkt, Kamerstukken II 1993-1994, 23710, nrs. 1-2, p. 22-23 en bijlage 7.

schreven. Voorts dient gewezen te worden op rapporten en publicaties die zowel voor als na de nota ‘Zicht op wetgeving’ zijn verschenen, zoals onder meer in het kader van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) en de ministeriele commissie Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW).

Blijkens de door het ministerie uitgebrachte startnotitie zal het onderzoek op grond van een aantal nader te selecteren adviezen van de Raad van State, antwoord moeten geven op een aantal vragen. Deze hebben enerzijds betrekking op de advisering door de Raad van State, anderzijds op de reactie van de regering (en eventueel het parlement) daarop. Met deze twee componenten als uitgangspunt zijn de volgende onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Betreffende de advisering door de Raad van State

- a. Welke kwaliteitseisen uit ‘Zicht op wetgeving’ door de Raad van State worden gebruikt bij de advisering inzake wetsvoorstellen en ontwerp algemene maatregelen van bestuur? Geschiedt dit expliciet of impliciet?
- b. Welke Aanwijzingen voor de regelgeving komen hierbij in het bijzonder aan de orde? Geschiedt dit expliciet door middel van verwijzing of impliciet?
- c. Hanteert de Raad van State ook kwaliteitseisen die niet in ‘Zicht op wetgeving’ zijn opgenomen en zo ja, welke?
- d. In hoeverre is er een relatie tussen het dictum en een negatief oordeel van de Raad op grond van een of meer kwaliteitseisen?

2. Betreffende de reactie van de regering (en het parlement)

- a. In hoeverre worden de opmerkingen van de Raad van State door de regering overgenomen? In hoeverre leiden opmerkingen van de Raad tot wijzigingen van de wettekst en/of de memorie van toelichting?
- b. Welke redenen zijn er indien de opmerkingen van de Raad van State niet door de regering worden overgenomen? Hoe uitgebreid worden afwijkingen van adviezen van de Raad door de regering gemotiveerd?
- c. Is er een verschil in de reactie van de regering waar te nemen al naar gelang de aard van de toetsing die door de Raad van State is verricht (beleidstoetsing, juridische toetsing of wets-technische toetsing) dan wel de aard van de kwaliteitseis die door de Raad van State aan de orde is gesteld?
- d. Welke rol spelen opmerkingen van de Raad van State bij de behandeling van wetsvoorstellen in de Tweede en Eerste Kamer?

Deze vragen vormen het kader voor het te verrichten onderzoek.

1.3 METHODE

Het onderzoek is hoofdzakelijk empirisch van aard. Op grond van parlementaire stukken, aangevuld met informatie uit een beperkt aantal interviews, is getracht vast te stellen of en zo ja, op welke wijze de Raad van State in de wetgevingsadvisering toepassing geeft aan geldende wetgevingskwaliteitseisen en hoe de regering daarop vervolgens reageert. Met het doen van normatieve uitspraken omtrent de wijze van advisering of de reactie daarop is terughoudendheid betracht.

Het onderzoek bestaat uit verschillende fasen. Tijdens de eerste fase is het kader vastgesteld dat heeft gediend als leidraad voor het onderzoek. Op grond van onder meer de jaarverslagen van de Raad van State is een algemeen beeld geschetst van de wijze waarop de Raad wetgeving pleegt te toetsen. Voorts is een kort overzicht samengesteld van de zes kwaliteitseisen zoals deze geformuleerd zijn in de nota ‘Zicht op wetgeving’, en de wijze waarop zij sinds 1991 in diverse documenten nader zijn uitgewerkt. Daarbij gaat het in het bijzonder om de Aanwijzingen voor de regelgeving. Deze analyse

van zowel de jaarverslagen van de Raad als van de eisen uit Zicht op wetgeving⁴ heeft gediend als basis voor het onderzoek naar de parlementaire stukken.

In de tweede fase van het onderzoek zijn op basis van het hiervoor genoemde kader in totaal 78 adviezen⁵ van de Raad met betrekking tot voorstellen van wet en algemene maatregelen van bestuur geselecteerd. Het gaat om adviezen die in de jaren 2001 en 2002 zijn uitgebracht. Bij de selectie⁶ is gekeken naar een zekere spreiding over de diverse departementen. Ook is gestreefd naar een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen adviezen over voorstellen van wet enerzijds en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur anderzijds. Het onderzoek kan evenwel in kwantitatieve zin niet als representatief voor de wetgevingsadvisering worden beschouwd. Gestreefd is om inzicht te krijgen in de wijze waarop de Raad regelingen toetst en hoe deze wijze van toetsing zich verhoudt tot de eisen van Zicht op wetgeving en de Aanwijzingen voor de regelgeving. Daartoe zijn met name adviezen geselecteerd waarin een of meer kwaliteitsaspecten door de Raad aan de orde zijn gesteld. Blanco adviezen zijn niet in het onderzoek betrokken. Evenmin zijn adviezen over initiatiefwetsvoorstellen onderzocht. Deze wijze van selectie heeft tot gevolg dat relatief veel adviezen zijn onderzocht met een zwaar dictum.⁷

Zoals gezegd vormen de kwaliteitseisen uit Zicht op wetgeving het uitgangspunt van het onderzoek. Aan elk van de eisen is in dit onderzoeksrapport een afzonderlijk hoofdstuk gewijd.⁸ Gedurende het onderzoek bleek dat de Raad zijn adviezen zelden expliciet formuleert in de termen van Zicht op wetgeving en ook niet uitdrukkelijk naar de hierin vermelde eisen verwijst. Hierdoor zijn de adviezen van de Raad en de verschillende passages daaruit buitengewoon moeilijk in zodanige termen te kwalificeren. Daarenboven was al in eerder onderzoek naar voren gekomen dat de eisen uit Zicht op wetgeving een duidelijke onderlinge samenhang vertonen en soms zelfs sterk overlappen.⁹

Wij zijn ons er van bewust dat als gevolg van deze omstandigheden de rubricering van adviezen van de Raad volgens de criteria van Zicht op wetgeving zoals deze is toegepast in de hierna volgende hoofdstukken, in sommige gevallen arbitrair is. Bij elk advies is op grond van een analyse van de daarin opgenomen passages zorgvuldig bezien in hoeverre een of meer criteria van Zicht op wetgeving in het geding zijn en zo ja, bij welk criterium de betreffende passage primair moet worden ingedeeld. Om de hierin opgesloten keuze controleerbaar te maken zijn de relevante passages uit de adviezen van de Raad vaak in hun geheel geciteerd. In voorkomende gevallen is daar waar relevante samenhang met andere criteria bestaat, naar de desbetreffende hoofdstukken verwezen.

De derde en laatste fase van het onderzoek is gericht op de reactie van de regering op het advies en de parlementaire behandeling die daarop, na indiening van het voorstel,¹⁰ is gevolgd. In deze fase is op praktische overwegingen slechts een beperkt aantal regelingen betrokken.¹¹ Het betreft de volgende regelingen:

4 Zie hoofdstuk 2.

5 Zie bijlage 3.

6 De selectie is in overleg met de begeleidingscommissie als volgt uitgevoerd. In eerste instantie zijn alle uitgebrachte adviezen geïnventariseerd. In 2001 en 2002 zijn 452 adviezen uitgebracht, waarvan 287 in 2001 en 165 in 2002. Daarvan was 47,1% een advies over een wetsvoorstel en 43,8% een advies over een ontwerp-amvb. 5,1% betrof een advies omtrent een verdrag. Vervolgens zijn alle adviezen uitgesplitst naar ministerie. Op deze wijze kan worden vastgesteld het percentage adviezen per categorie (wet, amvb, verdrag), per jaar (2001, 2002) en per departement. Adviezen over onteigeningen en initiatiefwetsvoorstellen zijn buiten beschouwing gelaten. Vervolgens is per ministerie en per categorie van regelingen (wetsvoorstellen, ontwerp-amvb's, goedkeuringswetsvoorstellen verdragen) door middel van een steekproef in totaal 78 (49 uit 2001, 29 uit 2002) adviezen geselecteerd. De blanco-adviezen en de adviezen waarin de Raad geen opmerkingen van enige inhoudelijke betekenis heeft gemaakt (± 25), zijn ingewisseld voor een gelijk aantal adviezen waarin de Raad wél opmerkingen van substantiële aard heeft gemaakt. Deze adviezen zijn steeds gehaald uit dezelfde categorie (zie boven) als waaruit de ingewisselde adviezen afkomstig waren.

7 De 78 onderzochte adviezen hadden de volgende dicta:

13x dictum 2; 42x dictum 3; 13x dictum 4; 5x dictum 5; 5x dictum 6. Zie verder bijlage 3.

8 Zie hoofdstuk 3 tot en met 8.

9 S. Klosse, M.W.G.M. Peeters, S.J.P. Ubachs, Op zoek naar kwaliteit. Een onderzoek naar de toepassing en operationalisering van wetgevingskwaliteitseisen, Den Haag 2003, p. 262 e.v.

10 Uiteraard geldt dit laatste alleen voor adviezen betreffende voorstellen van wet.

11 Het betreft in totaal 13 van de 78 regelingen die in de eerste fase waren geselecteerd. Zie voor nadere gegevens bijlage 4.

- Wet dualisering gemeentebestuur;
- Wet bestuur in stedelijke regio's;
- Wet elektronisch bestuurlijk verkeer;
- Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers;
- Wet verbetering poortwachter;
- Wet markt en overheid;
- Wet ammoniak veehouderij;
- Regeling leerlinggebonden financiering;
- Besluit tot wijziging Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen;
- Besluit tot wijziging Besluit uitoefening artsenijbereidkunst;
- Besluit tot wijziging Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer;
- Besluit tot wijziging Staatstoezicht en enkele andere besluiten;
- Luchthavenverkeersbesluit.

Bij de selectie van de regelingen is gekeken naar spreiding van de verschillende kwaliteitscriteria. Alle eisen uit de nota Zicht op wetgeving komen in meerdere adviezen, soms in ruime mate, aan bod. Ook hier is geen sprake van representativiteit. Om er voor te zorgen dat voldoende materiaal voorhanden zou zijn, zijn alleen regelingen geselecteerd waaromtrent de Raad in substantiële mate heeft geadviseerd. Vervolgens is met name onderzocht in hoeverre de regering blijkens het nader rapport en de tekst van het uiteindelijke voorstel het advies van de Raad heeft overgenomen en in hoeverre op dit punt een verschil valt te onderkennen tussen de onderscheidene kwaliteitseisen. Ook is nader bezien in welke gevallen tijdens de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer expliciet naar advies van de Raad is verwezen.

Ter verificatie en verdieping van verworven inzichten is gedurende het onderzoek een beperkt aantal interviews gehouden met een aantal betrokkenen. Schriftelijke concepten van analyses zoals die in eerste instantie door de onderzoekers op grond van de stukken waren opgesteld, zijn ter beoordeling aan die personen voorgelegd.

In de eerste plaats is van gedachten gewisseld met vertegenwoordigers van de Raad van State zelf. Het gesprek had met name betrekking op de werkwijze van de Raad bij de wetgevingsadvisering en de wijze waarop de Raad in dat verband pleegt te toetsen. Daarnaast is gesproken met een beperkt aantal wetgevingsjuristen en beleidsambtenaren die bij de totstandkoming van enkele van de geselecteerde regelingen betrokken zijn geweest. Daarin stond met name de reactie van de regering centraal. De resultaten van de interviews zijn in de onderhavige rapportage verwerkt.¹²

1.4 UITVOERING

Het onderzoek is uitgevoerd vanaf 1 maart 2003 tot 1 maart 2004 door medewerkers van de capaciteitsgroep publiekrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht.¹³ De hoofdstukken 3, 7 en 8 zijn opgesteld door Mr. E.M.J. Hardy, hoofdstuk 4 door Prof.Mr. S. Klosse, hoofdstuk 5 door Mr. J.L.W. Broeksteeg, hoofdstuk 6 door Mr.Dr. M.G.W.M. Peeters en de hoofdstukken 1, 2 en 9 door Prof.Mr. L.F.M. Verhey. Laatstgenoemde was tevens belast met de algehele coördinatie en leiding van het onderzoek.

Het onderzoek is begeleid door een commissie onder leiding van Prof.Dr. Ph. Eijlander (Universiteit Tilburg). De commissie bestond voor het overige uit vertegenwoordigers van een aantal departementen en van de Raad van State.¹⁴ De onderzoekers hebben dankbaar gebruik gemaakt van de door de commissieleden gemaakte opmerkingen en zijn hen daarvoor zeer erkentelijk

12 Zie voor een lijst van geïnterviewden bijlage 6.

13 Zie bijlage 1.

14 Zie bijlage 2.

HOOFDSTUK 2 WETGEVINGSADVISERING DOOR DE RAAD VAN STATE: HET ALGEMENE KADER

2.1 WETTELIJK KADER

Artikel 73, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat de Raad van State wordt gehoord over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur, alsmede over voorstellen tot goedkeuring van verdragen door de Staten-Generaal. Het voorstel of het ontwerp wordt na goedkeuring door de ministerraad op voordracht van de verantwoordelijke bewindspersoon door de Koningin bij de Raad aanhangig gemaakt. Nadat de Raad het advies heeft uitgebracht stelt de regering een nader rapport op en volgt in geval van een wetsvoorstel meestal indiening bij de Tweede Kamer. Op dat moment worden het advies en het nader rapport openbaar. Zij maken deel uit van de stukken die de basis vormen voor de parlementaire behandeling.

De adviestaak van de Raad van State wordt op enkele punten uitgewerkt in de Wet op de Raad van State (Wet RvS). Uit de wet blijkt dat de regering de Raad ook om advies kan vragen over andere onderwerpen dan die in de Grondwet genoemd. Artikel 15, tweede lid, Wet RvS bepaalt dat buiten deze situaties de regering de Raad ook hoort in de gevallen waarin een wet dit voorschrijft, alsmede over alle zaken waaromtrent de regering een advies nodig oordeelt. Het derde lid betreft de advisering over ontwerp-vernietigingsbesluiten. Voorts kent de wet voorschriften omtrent onder meer de motivering¹ en de openbaarmaking² van adviezen, alsmede een aparte bepaling omtrent de advisering over initiatiefvoorstellen.³ In zeer specifieke gevallen kan op grond van de wet het horen van de Raad achterwege blijven.⁴ Deze blijven in het kader van dit onderzoek buiten beschouwing.

De Grondwet, noch de Wet op de Raad van State bevat bepalingen omtrent de advisering over wijzigingen van wetsvoorstellen die na het reguliere advies van de Raad in het wetsvoorstel worden aangebracht.⁵ Een wettelijke verplichting daartoe bestaat derhalve niet. Als het gaat om wijzigingen van regeringswege bepalen de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar 277) echter wel dat bij ‘ingrijpende’ wijzigingen de Raad van State moet worden gehoord. Daarbij geldt een onderscheid tussen wijzigingen die voor de indiening bij de Tweede Kamer, respectievelijk na de indiening tot stand zijn gebracht. In het tweede geval geven de aanwijzingen de ruimte om het horen van de Raad achterwege te laten indien ‘dringende redenen zich daartegen verzetten’. Omtrent door de Tweede Kamer ingediende amendementen zijn de aanwijzingen ten slotte aanmerkelijk terughoudender. De hoofdregel is daar juist dat geen advies aan de Raad zal worden gevraagd, tenzij de voor het wetsvoorstel verantwoordelijke bewindspersoon ‘daaraan met het oog op zijn oordeelsvorming over het amendement behoefte gevoelt’ (Ar 278).

2.2 HET TOETSINGSKADER VAN DE RAAD VAN STATE

2.2.1 Algemene aspecten

Op grond van welke criteria of gronden de Raad van State voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur toetst in het kader van zijn adviserende taak, is niet in wetgeving vastgelegd. Wel hanteert de Raad van State bij de advisering sinds 1998 een door hemzelf opgesteld toetsingskader.⁶ Daarin onderscheidt de Raad drie vormen van toetsing: de beleids- of beleids-analytische toetsing, de juridische toetsing en de wetstechnische toetsing.

1 Artikel 24.

2 Artikel 25a.

3 Artikel 15a.

4 Artikel 15b. Zie ook artikel 73, eerste lid, Grondwet.

5 Uitgebreider T.C. Borman, De wetgevingsadvisering door de Raad van State in Nederland, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 2000, p. 9 e.v.

6 Zie voor een nadere uitwerking Jaarverslag Raad van State 1998, p. 27 e.v.

Alvorens in te gaan op deze specifieke inhoud van deze drie vormen van toetsing, is van belang eerst kort in te gaan op de algemene taakopvatting van de Raad van State bij de toetsing van wetgeving. In algemene zin beoogt de Raad bij de beleids- of beleidsanalytische toetsing zich terughoudender op te stellen dan bij de juridische en wetstechnische toetsing. Dat hangt samen met het meer politiek-bestuurlijke karakter van de eerstgenoemde categorie: het gaat daarbij om primair politieke of beleidsmatige keuzes. Deze zijn in ons staatsbestel voorbehouden aan de organen die daartoe democratisch gelegitimeerd zijn: regering en parlement. De Raad is zich daar zeer van bewust, gelet op de navolgende passage uit het Jaarverslag 1998:

‘In de benadering van deze problemen is de Raad zich bewust van zijn plaats in het staatsbestel en van de beperkingen die daaraan inherent zijn. De Raad is adviseur; hij neemt geen initiatieven tot nieuwe wetgeving, noch beslist hij daarover. Hij is onafhankelijk en niet-partijpolitek gebonden, hetgeen terughoudendheid met betrekking tot beleidsmatige keuzes met zich brengt; dit is in beginsel een zaak van de regering of van de wetgever, Zijn deskundigheid, die in het bijzonder in het vlak van het bestuurlijke, het juridische en de wetgevingstechniek ligt, leidt tot een terughoudende opstelling. Voor de Raad gaat het erom dat het door regering en Staten-Generaal beoogde beleid vanuit het gezichtspunt van deugdelijkheid van wetgeving een zo hoog mogelijke kwaliteit heeft. Gezien deze opstelling zal de Raad verhoudingsgewijs zelden een voorstel volstrekt afwijzen om beleidsredenen, doch zal in geval van twijfel in de regel volstaan met te wijzen op zwakke plekken in inhoud en motivering, met te vragen om nadere toelichting en verantwoording of zo nodig daarbij te pleiten voor heroverweging van de keuzen’.⁷

Deze terughoudendheid heeft kritiek op de door de Raad verrichte beleidstoetsing niet geheel kunnen voorkomen. In het onderzoek van Eijlander en Voermans naar de in het Regeerakkoord 1998 aangekondigde wetgeving komt naar voren dat de voorspelbaarheid van de adviezen op beleidsmatig vlak door de departementen als beperkt wordt beschouwd. Niet duidelijk zou zijn op welke beleids- en opportunitiepunten de Raad van State zou toetsen.⁸

Dergelijke kritische geluiden hebben geleid tot intern beraad binnen de Raad van State over de ‘beleidstoets’. ‘Gebleden is’, aldus de Raad, ‘dat deze aanduiding hier en daar aanleiding gaf tot het misverstand dat de Raad beleid ten volle zou toetsen en zich zo op het terrein van de regering of de Staten-Generaal zou begeven.’⁹ Om dit in de toekomst te vermijden spreekt de Raad voortaan van ‘beleidsanalytische toets’. Deze wordt omschreven als ‘het systematisch kritisch analyseren van de ontwerpregeling, gezien als beleidsontwerp’. Van inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de in 1998 uitgezette lijn, lijkt echter geen sprake. Inmiddels heeft de Raad van State een uitgewerkte versie van de beleidsanalytische toets gepubliceerd in de vorm aan een checklist.¹⁰

Minder onduidelijkheid bestaat er ten aanzien van de taakopvatting van de Raad bij de juridische en wetstechnische toetsing. Deze worden bij uitstek gezien als een taak van de Raad en zijn dan ook onomstreden. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat ook bij de juridische toetsing beleidsmatige aspecten een rol kunnen spelen. Met name beleidsmatige verschillen van opvatting doorwerken in de interpretatie van rechtsnormen met een vaag karakter. Een voorbeeld daarvan betreft de vraag of een grondrechtsbeperking ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’ (vgl. artikelen 8-11, tweede lid EVRM).

Bij de wetstechnische toetsing wenst de Raad van State zich enigszins terughoudend op te stellen. Naar de mening van de Raad is de wetstechnische kwaliteit allereerst een taak van de ministeries

7 Jaarverslag 1998, p. 28.

8 Ph. Eijlander, W. Voermans, Evaluatie regeerakkoord 1998 vanuit wetgevingsperspectief, Centrum voor Wetgevingsvraagstukken, Schoordijk Instituut, Katholieke Universiteit Brabant 2002, p. 17 en 33. Zie eerder kritisch Ph. Eijlander, De Raad van State en de kwaliteit van wetgeving, Regelman 1999, p. 227 alsook T.C. Borman, a.w., p. 38.

9 Jaarverslag Raad van State 2002, p. 41.

10 Jaarverslag Raad van State 2003, p. 151-152 (bijlage 4). Zie tevens bijlage 5 van dit rapport.

zelf.¹¹ Borman plaatst bij deze terughoudendheid vraagtekens. Voorts stelt hij vast dat ‘van die voorgenomen beperking in de adviezen nog niet zoveel te merken is’¹²,

2.2.2 Beleidsanalytische toetsing

De beleidsanalytische toetsing¹³ heeft in de woorden van de Raad betrekking op de kwaliteit van het beleid dat wordt neergelegd in het voorstel waarover advies moet worden uitgebracht. Daarbij speelt vooral de toelichting op het voorstel een belangrijke rol. Deze toetsing valt globaal gezien in drie delen uiteen:

2.2.2.1 De noodzaak van wetgeving (redengeving)

In dit verband gaat de Raad na of de regering een zorgvuldig onderzoek heeft gedaan naar het probleem waarvoor het voorstel een oplossing beoogt te bieden. Deze toetsing kan leiden tot de vaststelling dat wetgeving overbodig is. Voorts wordt gekeken of wetgeving wel de goede oplossing is en in hoeverre in de afweging om te komen tot wetgeving, de mogelijkheid van alternatieven voor wetgeving worden onderzocht. Daarbij wordt met name gedacht aan zelfregulering. Ten slotte komt in dit onderdeel van de toetsing de vraag aan de orde of in het voorstel sprake is geweest van een redelijke afweging van de voor- en nadelen die aan het voorstel zijn verbonden. Het is immers niet uitgesloten dat van wetgeving zou moeten worden afgezien omdat de nadelen daarvan zwaarder wegen dan de voordelen.

In een latere fase hanteert de Raad in de weergave van dit onderdeel van het toetsingskader een iets andere terminologie. Onder de algemene noemer ‘Redengeving’ concentreert de Raad zich met name op de probleemdefinitie en -analyse die aan het voorstel ten grondslag ligt, alsmede de motivering van het voorstel.¹⁴

2.2.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid (effectiviteit)

Bij dit onderdeel gaat het volgens de Raad om toetsing van doelen en middelen. Getoetst zal worden of de regeling zal kunnen leiden tot de verwezenlijking van de doelstellingen die met de regeling worden beoogd (doeltreffendheid). Daarnaast gaat de Raad na of de lasten die het voorstel meebrengt, zo beperkt mogelijk zijn (doelmatigheid). Een deugdelijke afweging van deze aspecten zal met name uit de toelichting op het voorstel moeten blijken. Van belang is om op te merken dat de Raad in deze context ook kijkt naar de consistentie van wetgeving. De Raad meent dat consistentie ‘een belangrijke voorwaarde is voor de doeltreffendheid en doorzichtigheid van wetgeving en beleid’.¹⁵

In het Jaarverslag 2002 bespreekt de Raad van State de hier genoemde aspecten onder de kop ‘Effectiviteit’.¹⁶ Een inhoudelijke wijziging lijkt hiermee niet te zijn beoogd.

2.2.2.3 Naleefbaarheid en handhaafbaarheid (uitvoering)

Bij dit aspect maakt de Raad een driedeling: regelingen moeten naleefbaar, uitvoerbaar en handhaafbaar zijn.¹⁷ Het aspect van de naleefbaarheid richt zich op degenen tot wie de regeling is gericht. Is de regeling zodanig ingericht dat de betrokken particulieren en bedrijven redelijkerwijs in staat moeten worden geacht deze na te leven? De toelichting dient, aldus de Raad, in te gaan op problemen die worden verwacht op dit punt en op de wijze waarop daarop wordt geanticipeerd. Bij het tweede aspect, de uitvoerbaarheid, kijkt de Raad naar de gevolgen voor de organisaties of instanties aan wie de uitvoe-

11 Jaarverslag Raad van State 1998, p. 47.

12 T.C. Borman, a.w., p. 40.

13 Zie voor een specifieke uitwerking Jaarverslag Raad van State 2003, p. 151-152 (bijlage 4). Zie tevens bijlage 5 van dit rapport.

14 Jaarverslag 2002, p. 41 e.v.

15 Jaarverslag 1998, p. 32.

16 Jaarverslag 2002, p. 43.

17 Jaarverslag 2002, p. 48 e.v.

ring van de regeling wordt opgedragen. Op dit punt zal de toelichting inzicht moeten verschaffen in de aan de uitvoering verbonden problemen en lasten (en de verdeling daarvan).

In de derde plaats beziet de Raad in het kader van de handhaafbaarheid of de toelichting voldoende informatie bevat over de vraag welke problemen en welke lasten de handhaving van de voorgenomen regeling met zich brengt. Het gaat hier echter niet alleen om de toelichting, maar met name ook om de formulering van de regeling zelf. De Raad heeft zich herhaaldelijk uitgesproken tegen het gebruik van vage wettelijke normen, omdat zij zouden zorgen voor grote handhavingsproblemen.¹⁸

Aan de drie hier genoemde aspecten lijkt de Raad recentelijk nog een element aan zijn toetsingskader te hebben toegevoegd. De aan toetsing van die aspecten voorafgaande vraag is immers, aldus de Raad, ‘wie de desbetreffende taak zal gaan uitvoeren: welke taken moet de overheid aan zich trekken en aan welke overheidsinstellingen dienen zij te worden opgedragen, en welke taken dienen aan andere actoren te worden overgelaten, eventueel onder het stellen van regels voor de wijze waarop zij die taken behartigen’.¹⁹ Kortom, als het gaat om een deugdelijke uitvoering van de regeling in brede zin dient sprake te zijn van een heldere toedeling van verantwoordelijkheden.

De vier hier genoemde aspecten tezamen worden in het meeste recente jaarverslag samengevat onder het kopje ‘Uitvoering’.

2.2.3 Juridische toetsing

Bij de juridische toetsing gaat het om de rechtmatigheid van de voorgestelde regeling en de verhouding tussen de regeling en het rechtssysteem als geheel. Volgens de Raad gaat het om twee typen vragen:

- Is de regeling in overeenstemming met het geschreven en ongeschreven recht?
- In hoeverre past de regeling in het rechtssysteem als geheel?

Uiteindelijk leidt dit in het door de Raad gehanteerde toetsingskader tot een driedeling, die als volgt luidt:²⁰

2.2.3.1 Toetsing aan hoger recht.

Met ‘hoger recht’ wordt hier uitsluitend hoger geschreven recht bedoeld, dat wil zeggen:

- internationaal recht
- Europees recht
- het Statuut
- de Grondwet.

Toetsing aan het internationale recht houdt in de eerste plaats in de vraag hoe de regeling zich verhoudt tot voor Nederland bindende verdragen. Met name de mensenrechtenverdragen (in het bijzonder het EVRM) komen in de advisering, zo is de algemene indruk, vaak aan de orde.

Het belang van het Europese recht voor het Nederlandse recht is de laatste decennia sterk toegenomen. Het ligt om die reden voor de hand dat de Raad daar in de advisering ruime aandacht aan besteedt. In algemene zin gaat het daarbij om de verhouding van het voorstel tot primair en secundair EG-recht. Voorts lijkt de Raad regelmatig stil te staan bij de wijze waarop, inhoudelijk en procedureel, EG-richtlijnen worden geïmplementeerd.

Van oudsher speelt de Raad van State bij de toetsing aan de Grondwet, mede in het licht van artikel 120 Grondwet, een vooraanstaande rol. Toetsing aan het Statuut lijkt daarentegen minder gebruikelijk.

18 Jaarverslag 1998, p. 33.

19 Jaarverslag 2002, p. 47.

20 Jaarverslag 2002, p. 50 e.v.

2.2.3.2 Toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen

Deze categorie is zeer ruim: het gaat in de woorden van de Raad om ‘toetsing aan algemene eisen van rechtsstaat en democratie, beginselen van constitutioneel recht (zoals het primaat van de wetgever) en andere algemene rechtsbeginselen’.²¹ Blijkens de jaarverslagen kunnen onder deze noemer een reeks van algemene noties en beginselen aan de orde komen: het legaliteitsbeginsel, het primaat van de formele wetgever, het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van adequate rechtsbescherming en het evenredigheidsbeginsel. Laatstgenoemd toetsingspunt is onder meer van belang voor sanctionering van gedragingen.²²

In samenhang met het legaliteitsbeginsel schaaft de Raad van State ook meer wetstechnische getinte aangelegenheden onder deze categorie, zoals delegatie van bevoegdheden en het overgangsrecht.

2.2.3.3 Inpassing in het rechtssysteem

Onder deze noemer komen eveneens verschillende aspecten aan de orde.²³ In de eerste plaats wordt aandacht besteed van het voorstel tot algemene wetten, zoals de Algemene wet bestuursrecht. Eerder in dat verband werden ook de Provinciewet en de Gemeentewet genoemd. De Raad hanteert als uitgangspunt dat van deze algemene wetten ‘terwille van de doorzichtigheid van het wettelijke systeem en de rechtszekerheid’ in de regel niet bij bijzondere wet kan worden afgeweken.²⁴ Wordt een dergelijke afwijking voorgesteld dan toetst de Raad of die afwijking wel voldoende gerechtvaardigd en, in de gegeven situatie, passend is. Eerder schaarde de Raad de toetsing aan algemene wetten nog onder subcategorie a: de toetsing aan hoger recht. Omdat algemene wetten strikt genomen ten opzichte van bijzondere wetten niet als ‘hoger’ recht kunnen worden aangeduid, ligt de nieuwe categorisering van de Raad voor de hand.

Onder ‘inpassing van het rechtssysteem’ komt volgens de Raad verder aan de orde de vraag of de regeling nodig is in het licht van de bestaande wetgeving. Dit onderdeel lijkt op het eerste gezicht te overlappen met onderdelen van de beleidsanalytische toetsing. Voorts wordt gekeken naar de verhouding van het voorstel tot bestaande regels en de harmonie met soortgelijke regelingen. Onnodige en niet goed verklaarbare verschillen tussen regelingen, zoals bijvoorbeeld bij het gebruik van termijnen, dienen volgens de Raad te worden voorkomen.²⁵ Ten slotte wordt door de Raad nagegaan of de juridische kwalificaties van bepaalde elementen uit een voorstel juist zijn, gelet op de rechtsgevolgen die zijn beoogd, en ook anderszins voldoende duidelijk zijn.²⁶ Hier lijkt het in de praktijk met name te gaan om de vraag of een voornemen of een beslissing zoals die in het voorstel tot uitdrukking komen, als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb kan worden aangemerkt.

2.2.4 Wetstechnische toetsing

Naast de twee voorgaande toetsen onderzoekt de Raad van State in het kader van zijn advisering ook wetgevingstechnische aspecten van de ontwerpregeling. Het gaat daarbij met name om de structuur en de formulering van zowel voorstel als toelichting.²⁷ Bij de structuur gaat het om de opzet en de indeling van de regeling. Als het gaat om de formulering lijkt vooral te worden gelet op de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de regeling.

Anders dan bij de twee voorgaande toetsen²⁸ verwijst de Raad van State in de weergave van dit onderdeel van het toetsingskader uitdrukkelijk naar de Aanwijzingen voor de regelgeving. Met name de

21 Jaarverslag 2002, p. 50. Zie eerder Jaarverslag 1998, p. 39.

22 Jaarverslag 1998, p. 45.

23 Jaarverslag 2002, p. 50.

24 Jaarverslag 1998, p. 39.

25 Jaarverslag 1998, p. 46.

26 Jaarverslag 2002, p. 50.

27 Jaarverslag 2002, p. 60.

28 Met dien verstande dat bij een enkel onderdeel wel wordt verwezen naar de Aanwijzingen. Een voorbeeld is het overgangsrecht in het kader van de juridische toets. Zie voorts de recent gepubliceerde uitwerking van de beleidsanalytische toets (Jaarverslag 2003, p. 151-152) waarin op enkele plaatsen naar de aanwijzingen wordt verwezen.

hoofdstukken 3, 4 en 5 daaruit spelen volgens de Raad een belangrijke rol. Opmerkingen van wets-technische aard waarbij kan worden volstaan met een enkele verwijzing naar een van de Aanwijzingen, worden opgenomen in een redactionele bijlage bij het advies. Gebruikelijk is dat eenvoudige opmerkingen langs de ambtelijke weg worden doorgegeven.

2.2.5 Relatie tot het wetgevingskwaliteitsbeleid

De vraag die eerder is gesteld en die in het onderhavige onderzoek centraal staat, is in hoeverre het hiervoor weergegeven toetsingskader van de Raad van State overeenkomt met de toetsingscriteria die worden gehanteerd in het wetgevingskwaliteitsbeleid van de regering. De indruk is dat de Raad, buiten de wetstechnische toets, in het algemeen weinig refereert aan de kwaliteitseisen, zoals geformuleerd in de door de regering opgestelde nota ‘Zicht op wetgeving’ en de, mede daarop gebaseerde, Aanwijzingen voor de regelgeving. Dat laat echter onverlet dat beide toetsingskaders materieel veel gelijkenissen kunnen vertonen

In de literatuur is er wel voor gepleit om de Raad, daar waar mogelijk, vaker naar de Aanwijzingen voor de regelgeving te laten verwijzen. Op deze wijze zou volgens Borman inzichtelijker kunnen worden gemaakt op welke manier de Raad van State en de regering toetsen aan wetgevingskwaliteit en zou op de verschillende terreinen en onderdelen een ‘legisprudentie’ kunnen worden opgebouwd. Voorts meent Borman dat de Raad van State ook bij de rubricering van het toetsingskader zoveel mogelijk de opzet van de Aanwijzingen voor de regelgeving zou moeten volgen.²⁹ De Raad van State lijkt inderdaad zijn beleid in deze richting te willen aanpassen. In het Jaarverslag 2002 wordt aangekondigd dat in 2003 verder zal worden gewerkt aan systematisering van het te hanteren toetsingskader, ‘dat goed moet aansluiten bij de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar)’.³⁰

Een eerste globale kennisname van beide toetsingskaders bevestigt de indruk dat zij sterk overeenkomen. Een erg precieze vergelijking is echter nooit gemaakt. Voorts is nooit nauwkeurig onderzocht of in de praktijk de Raad, impliciet dan wel expliciet, toetst aan de kwaliteitscriteria uit ‘Zicht op wetgeving’.³¹ Om dat laatste in het onderhavige onderzoek mogelijk te maken, volgt thans een bespreking van de criteria uit ‘Zicht op wetgeving’ en van de wijze waarop deze in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn uitgewerkt.

2.3 HET WETGEVINGSKWALITEITSBELEID VAN DE REGERING³²

2.3.1 Inleiding

Vanaf 1990 is op Rijksniveau een algemeen wetgevingsbeleid ontwikkeld waarbij getracht is de algemene uitgangspunten en maatstaven waaraan wetgeving behoort te voldoen, nader te omschrijven. In de nota ‘Zicht op wetgeving’ zijn in dat verband zes kwaliteitseisen voor wetgeving geformuleerd.³³ Deze eisen zijn zeer divers van aard. Ze betreffen zowel de rechtsstatelijke en juridische kwaliteit van wetgeving alsook de doelmatigheid en effectiviteit daarvan. Zij hebben zowel betrekking op de vraag of regulerend optreden van de overheid op een bepaald terrein überhaupt wel noodzakelijk is, als op aandachtspunten die een rol dienen te spelen bij de nadere invulling en vormgeving van nieuwe of wijziging van bestaande wetgeving. De bedoeling was dat deze eisen een centrale rol zouden spelen in het algemeen wetgevingsbeleid bij de toetsing vooraf alsmede bij een eventuele *ex post* evaluatie van wetgeving.³⁴

29 T.C. Borman, a.w., p. 41.

30 Jaarverslag 2002, p. 41.

31 Zie echter wel het eerder genoemde rapport van de Algemene Rekenkamer, Wetgeving: organisatie, proces en produkt, Kamerstukken II 23710, nrs. 1-2. Dit rapport is hoofdzakelijk kwantitatief van aard.

32 Deze paragraaf is een bewerking van hoofdstuk 2 van S. Klosse, M.G.W.M. Peeters, S.J.P. Ubachs, L.F.M. Verhey (red.), *Op zoek naar kwaliteit. Een onderzoek naar de toepassing en operationalisering van wetgevingskwaliteitseisen*, Den Haag 2003, p. 5 e.v.

33 Kamerstukken II 1990-1991, 22008, nrs. 1-2 (hierna: *Zicht op wetgeving*), p. 23 e.v.

34 *Zicht op wetgeving*, p. 30, 31. Zie ook Ar 254. Daarin is vastgelegd dat bij de door de minister van Justitie te verrichten wetgevingstoetsing de criteria van ‘Zicht op wetgeving’ als leidraad dienen.

De zes eisen waaraan volgens de regering wetgeving behoorde te voldoen, zijn:

- rechtmatigheid en gerichtheid op verwerkelijking van rechtsbeginselen;
- doeltreffendheid en doelmatigheid;
- subsidiariteit en evenredigheid;
- uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
- onderlinge afstemming met andere regelingen;
- eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.

Deze eisen hebben nog steeds geldingskracht. In 2000 zijn zij door de regering uitdrukkelijk bevestigd in de nota ‘Wetgevingskwaliteit en wetgevingsvisitatie’. Ook thans is derhalve nog steeds doelstelling van regeringsbeleid dat regelgeving behoort te voldoen aan de kwaliteitscriteria zoals destijds in de nota ‘Zicht op wetgeving’ verwoord.³⁵

In de tussenliggende periode heeft op onderdelen een nadere invulling van de genoemde criteria plaatsgevonden. In het bijzonder dient daarbij te worden gedacht aan de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin een aantal eisen nader wordt omschreven.³⁶ Voorts dient gewezen te worden op rapporten en publicaties die zowel voor als na de nota ‘Zicht op wetgeving’ zijn verschenen, zoals onder meer in het kader van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) en de ministeriële commissie Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW).³⁷ Ondanks partiele concretisering zijn bepaalde eisen of onderdelen daarvan evenwel relatief abstract gebleven. In de praktijk wordt veelal in elk afzonderlijk concreet geval gezien op welke wijze de betreffende eisen dienen te worden ingevuld.

In de navolgende paragrafen zal in kort bestek per kwaliteitseis worden aangegeven in hoeverre concretisering heeft plaatsgevonden. Met name de Aanwijzingen voor de regelgeving bieden hiervoor aanknopingspunten. Hieronder is op niet-uitputtende wijze aangegeven welke Aanwijzingen bij de concrete toepassing van de afzonderlijke criteria een rol kunnen spelen.

2.3.2 De kwaliteitscriteria

2.3.2.1 *Rechtmatigheid*

In de eerste plaats dienen wetten *rechtmatig* te zijn, dat wil zeggen in overeenstemming te zijn met het recht. Met het oog op toetsing gaat het om een breed spectrum van ijkpunten waarbij in concreto wordt gezien in hoeverre voorgenomen wetgeving verenigbaar is met het internationale en communautaire recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Bij laatstgenoemd punt wees de regering in ‘Zicht op wetgeving’ – mede in het licht van het toen recente Harmonisatiewet-arrest³⁸ – in het bijzonder op het rechtszekerheidsbeginsel.³⁹ Voorts dient bij de rechtmatigheidstoetsing te worden gedacht aan andere juridische aspecten, zoals het juiste niveau van regelgeving, attributie en delegatie van bevoegdheden, inwerkingtreding en overgangsrecht.

De uitgangspunten van ‘Zicht op wetgeving’ zijn uitgewerkt in de Aanwijzingen in de regelgeving. In de toelichting op Aanwijzing 254 wordt aangegeven welke aanwijzingen in het bijzonder van belang zijn in het kader van de toetsing aan het rechtmatigheidsaspect. Het gaat daarbij om:

35 Kamerstukken II 2000-2001, 27475, nr. 2, p. 14.

36 Besluit van de Minister-President dd. 18 november 1993, Stcrt. 1993, 230. Nadien verschillende keren gewijzigd, laatstelijk op 29 mei 2002, Stcrt. 2002, 97. Zie voor de meest recente integrale publicatie: Aanwijzingen voor de regelgeving, Gereedschap voor de wetgevingspraktijk deel 4, Den Haag 2001.

37 Zie voorts het overzicht van checklists en toetsen, zoals opgenomen op de website van het ministerie van Justitie (www.justitie.nl). Deze hebben hoofdzakelijk betrekking op richtlijnen ter verbetering van de naleving en de implementatie van het EG-recht, alsmede de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (Tafel van Elf, Handleiding effectmeting uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid). Voorts zij gewezen op de zogenaamde actal-toets (toets i.v.m. terugdringing administratieve lasten).

38 HR 14 april 1989, AB 1989, 207.

39 Zicht op wetgeving, p. 24.

- *Aanwijzing 15.* Het betreft hier de eis dat indien een regeling voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen heeft, deze niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de doelstellingen die met de regeling zijn beoogd (evenredigheidsbeginsel).⁴⁰ Deze eis loopt parallel met artikel 3:4, tweede lid, Awb waarin deze eis is vastgelegd voor besluiten in algemene zin.
- *Aanwijzing 17.* Deze aanwijzing schrijft voor dat bestuursbevoegdheden in wetgeving zoveel mogelijk moeten worden genormeerd. Discretionaire bevoegdheden met vage toepassingscriteria worden in beginsel niet toegekend.
- *Aanwijzing 18.* De betreffende regeling dient in overeenstemming te zijn met hogere regels. Daarbij wordt bedoeld op internationale of communautaire regels, grondwettelijke voorschriften, rechtsbeginselen en – bij regelingen die worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling – regels die zijn neergelegd in formele wetgeving. Bij internationale regels valt blijkens de toelichting op Aanwijzing 18 vooral te denken aan de Europese regelgeving (met name EG-recht), het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). In de categorie rechtsbeginselen noemt de regering het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Ten aanzien van deze beginselen bestaat er een duidelijke samenhang met andere hogere regels. Hiervoor werd reeds gewezen op het evenredigheidsbeginsel als bedoeld in artikel 3:4, tweede lid, Awb (Aanwijzing 18), terwijl het gelijkheidsbeginsel ook is vastgelegd in bijvoorbeeld artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.
- *Paragraaf 2.2 Algemeen verbindende voorschriften (Aanwijzing 19-24).* Het gaat hier om de vraag welke regelingsvormen voor het vastleggen van algemeen verbindende voorschriften mogen worden gekozen, alsmede de elementen die in elk geval op het niveau van de formele wet moeten worden geregeld.
- *Paragraaf 2.3 Delegatie en mandaat van regelgevende bevoegdheid (Aanwijzing 25-34a).* Deze paragraaf bevat met name de voorwaarden waaronder regelgevende bevoegdheden mogen worden gedelegeerd en de daarbij te hanteren terminologie.
- *Paragraaf 4.6 Toekenning van bestuursbevoegdheden (Aanwijzing 125-130a).* Het betreft hier aanwijzingen betreffende de wijze waarop de toekenning, handhaving en intrekking van bestuursbevoegdheden in wetgeving moeten worden geregeld. De voorschriften zijn deels terminologisch van aard.
- *Paragraaf 4.14 Overgangsrecht (Aanwijzing 165-171).* Deze aanwijzingen hebben betrekking op de rechtsgevolgen van een regeling en het eventueel in de regeling op te nemen overgangsrecht. Ook hier bestaat samenhang met hogere regels als bedoeld in Aanwijzing 18. De mogelijkheid tot het verlenen van terugwerkende kracht wordt beperkt door internationale en nationale wettelijke bepalingen (artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR en artikel 16 Grondwet).
- *Paragraaf 4.15 Inwerkingtreding (Aanwijzing 172-180).* Deze aanwijzingen betreffende de aard en formulering van inwerkingtredingsbepalingen. Deze categorie aanwijzingen hangen deels samen met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (zie hierna par. 2.2.5). Aanwijzing 174 schrijft voor dat bij het bepalen van de termijn tussen de bekendmaking en de inwerkingtreding rekening wordt gehouden met de mogelijkheid voor uitvoeringsorganen en andere bij de regeling betrokkenen om zich tijdig op de regeling in te stellen.

40 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Varkensmesters).

Uit het voorgaande blijkt dat de kwaliteitseis van rechtmatigheid een grote variëteit kent van zeer uiteenlopende normen en regels. Ook bestaan er verschillen in de mate waarin deze zijn geoperationaliseerd. Enerzijds is er een groot aantal normen die in vergaande mate zijn uitgewerkt in concrete richtlijnen. Voorbeelden van deze categorie zijn de aanwijzingen met betrekking tot het overgangsrecht, de inwerkingtreding en delegatie en mandaat.

Anderzijds zijn vallen onder deze kwaliteitseis abstracte normen die in de praktijk moeilijker toepasbaar zijn. Met name valt te denken aan de in Aanwijzing 18 aangeduide ‘hogere regels’. Hoewel in algemene zin duidelijk is welke hogere regels van toepassing zijn en wat hun globale inhoud is, doet zich het probleem voor dat bij de voorbereiding van wetgeving soms moeilijk is te voorzien welke van deze hogere regels in concreto van belang zijn en hoe in het licht van het wetsvoorstel een bepaalde regel moet worden geïnterpreteerd. In de praktijk blijken in het bijzonder knelpunten te kunnen rijzen bij de toetsing aan het EG-recht en de mensenrechtenverdragen (met name EVRM⁴¹ en IVBPR). Het lag in dit licht bezien voor de hand dat de regering in ‘Zicht op wetgeving’ bij de toetsing prioriteit wenste te geven aan aspecten van het internationale en vooral het communautaire recht.⁴²

Hiervoor bleek al dat de Raad van State in het kader van de juridische toetsing de nodige aandacht besteedt aan veel van de bovengenoemde aspecten.⁴³ In het onderzoek zal bij de te selecteren adviezen preciezer dienen te worden nagegaan in hoeverre de Raad van State deze toetsing verricht en in hoeverre de Raad daarbij gebruikt maakt van of verwijst naar de daarop betrekking hebbende Aanwijzingen voor de regelgeving. Anders dan bij de wetgevingstoetsing zoals door de regering voorgestaan, zal daarbij niet specifiek de nadruk komen te liggen bij internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke aspecten. Gezien de brede juridische toetsing die de Raad van State pleegt te verrichten zal in algemene zin gekeken worden naar de wijze waarop rechtmatigheidsaspecten van welke aard dan ook, in de wetgevingsadvising door de Raad aan de orde komen.

2.3.2.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid

In de tweede plaats dienen wetten volgens ‘Zicht op wetgeving’ *doeltreffend* en *doelmatig* te zijn. Het betreft hier twee afzonderlijke, maar wel met elkaar samenhangende aspecten. Bij de doeltreffendheid (effectiviteit) staat de vraag centraal of de voorgenomen wet ook daadwerkelijk tot realisering van de daarmee beoogde doelstellingen zal leiden. Het laatste veronderstelt dat – zoals ook door de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt aangegeven (Ar 7, onderdeel b) – de doelstellingen die met de voorgenomen regelgeving worden nagestreefd, zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd. Daarbij dient ook de relatie tussen de beoogde doelen en de daarvoor beschikbare middelen zo goed mogelijk in kaart te worden gebracht. Op dit punt ligt een duidelijke samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid; naarmate de uitvoerbaarheid en de te verwachten mate van naleving groter is, zullen de doelstellingen van de betreffende regeling eerder worden bereikt.

Uiteraard dient de wetgever de vraag naar de doeltreffendheid niet geïsoleerd van de maatschappelijke context te bezien: zij dient ook oog te hebben voor andere effecten die de betreffende wet mogelijk kan hebben. Om die reden geldt in aanvulling op de eis van doeltreffendheid het verzoek van doelmatigheid (efficiëntie). Dit laatste houdt in dat er een niet te ongunstige verhouding dient te zijn tussen de baten en lasten die uit de werking van de wet zullen (kunnen) voortvloeien. Daarbij zal de wetgever in het bijzonder aandacht moeten hebben voor de neveneffecten die als gevolg van de nieuwe wetgeving kunnen optreden. Volgens de (toelichting op de) Aanwijzingen voor de regelgeving dienen eventuele effecten steeds in een breed verband te worden onderzocht (Ar 9). Denkbaar is bijvoorbeeld dat de voorgenomen wettelijke maatregel een negatieve invloed zal uitoefenen op de werking van reeds bestaande wettelijke regelingen. Ten slotte zal de wetgever in het kader van de onderhavige kwaliteitseis rekening moeten houden met mogelijke lasten voor de overheid enerzijds en burgers, bedrijven en instellingen anderzijds.

41 L.F.M. Verhey, Implementatie van het EVRM door de wetgever, NJCM-Bull. 1996, p. 103 e.v.

42 Zicht op wetgeving, p. 24, 25.

43 Zie par. 2.3, sub a en b.

Blijkens de toelichting op Aanwijzing 254 worden de eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid ingevuld door de Aanwijzingen 7, 9, 13 en 14. Aanwijzing 7 is een uitvloeisel van de algemene aanmaning tot terughoudendheid met regelgeving, zoals in Aanwijzing 6 is geformuleerd. Aanwijzing 6 schrijft voor dat tot het stand brengen van nieuwe regelingen eerst dan wordt besloten indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan. Met het oog daarop bevat Aanwijzing 7 een stappenschema dat idealiter zou moeten worden doorlopen. Het betreft vragen die in een vroegtijdig stadium van het wetgevingsproces beantwoording behoeven. Aanwijzing 9 vormt een vervolg hierop en heeft betrekking op de afweging van verschillende mogelijkheden van overheidsinterventie. Daarbij gaat het niet alleen om het doel dat met de regeling wordt beoogd, maar ook om de eventuele neveneffecten. Aanwijzing 13 en 14 vormen met het oog op die neveneffecten een nadere concretisering.

In de genoemde aanwijzingen of in de toelichting daarop worden met het oog op de wetgevingstoetsing enkele concrete aandachtspunten geformuleerd. Per afzonderlijke aanwijzing kan daarover het volgende worden opgemerkt:

- *Aanwijzing 7.* Belangrijke onderdelen van deze aanwijzing hangen primair samen met de kwaliteitseis van subsidiariteit.⁴⁴ In het kader van de eis van doeltreffendheid zijn met name onderdelen a en b van belang. Onderdeel a schrijft voor dat kennis wordt vergaard van de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het te regelen onderwerp. Onderdeel b richt zich op een zo concreet en nauwkeurig mogelijke vaststelling van de doelstellingen die met de voorgenomen regeling worden nagestreefd. Met name de mate waarin laatstgenoemd onderdeel wordt nageleefd, zou uit de toelichting bij de regeling moeten kunnen blijken.
- *Aanwijzing 9.* Deze aanwijzing bevat in feite het raamwerk voor de toetsing aan de eis van doeltreffendheid en doelmatigheid. Bij de afweging van verschillende mogelijkheden van overheidsinterventie, behoort de wetgever in ieder geval acht te slaan op de volgende aspecten:
 - a. de mate waarin verwacht mag worden dat een regeling het beoogde doel zal helpen te verwezenlijken.
 - b. de neveneffecten van een regeling.
 - c. de lasten van een regeling voor de overheid enerzijds en burgers, bedrijven en instellingen anderzijds.

Zoals gezegd vormen de Aanwijzingen 13 en 14 een uitwerking van Aanwijzing 9c.

- *Aanwijzing 13.* Deze aanwijzing schrijft voor dat bij de keuze voor een bepaalde regeling gestreefd wordt naar zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen. Blijkens de toelichting op de aanwijzingen kan bij lasten voor burgers gedacht worden aan administratieve verplichtingen, de noodzaak tot inschakeling van deskundigen, het vertragend effect van termijnen en nieuwe rechtstreekse financiële lasten die uit een regeling kunnen voortvloeien. Met het oog op lasten voor het bedrijfsleven⁴⁵ wordt in de toelichting een gedetailleerde opsomming gegeven van typen gevolgen die voorgenomen wetgeving kan hebben voor ondernemingen en non-profitinstellingen.
- *Aanwijzing 14.* Parallel aan Aanwijzing 13 bevat Aanwijzing 14 een inspanningsverplichting tot het zo beperkt mogelijk houden van de lasten voor de overheid. In de toelichting op de aanwijzing worden categorieën van lasten opgesomd, zoals lasten die rechtstreeks voortvloeien uit de uitvoering van de regeling (voorlichting, het behandelen van aanvragen, de inning van belastingen en heffingen etc.), lasten die voortvloeien uit in de regeling vervatte procedurele voorschriften (verslagleggings- en evaluatieverplichtingen, vormen van preventief toezicht etc.), handavingslasten en

⁴⁴ Zie hierna par. 3.2.3.

⁴⁵ Inmiddels is met het oog hierop de Commissie Administratieve Lasten (CAL) onder voorzitterschap van ir. J.J. Slechte ingesteld (Stcrt. 1998, nr. 232, p. 9). Zie de kabinetsreactie op het interim-rapport van de commissie: Kamerstukken II 1999-2000, 24 036, nr. 138. In verband hiermee is de eerder genoemde Actaltoets (zie noot 7) in het leven geroepen.

lasten die voortvloeien uit de rechtsbescherming. Onder de laatste categorie vallen ook eventuele lasten voor organen die met rechtspraak zijn belast.

Er bestaat tijdens de voorbereiding van wetgeving lang niet altijd behoefte om aan elk van de hier besproken deelvragen en -aspecten aandacht te besteden. Deze behoefte zal sterk afhangen van het concrete geval. Wel mag steeds van de wetgever worden verwacht dat zij in de voorfase een zorgvuldige analyse maakt van het maatschappelijk probleem dat aanleiding heeft gevormd voor nieuwe wetgeving, de maatschappelijke sector waarop de wetgeving betrekking heeft en de belangen die daarbij in het geding zijn. De toelichting bij elke regeling zou volgens ‘Zicht op wetgeving’ daaromtrent inzichtelijke beschouwingen moeten bevatten.⁴⁶

Ook voor de eisen en doeltreffendheid en doelmatigheid geldt, zoals hiervoor reeds bleek, dat de Raad van State hieraan in de advisering de nodige aandacht besteedt. Dit geschiedt in het kader van de beleidsanalytische toets.⁴⁷ In het onderzoek zal moeten worden vastgesteld in hoeverre de Raad van State in het kader van die toets uitdrukkelijk aandacht besteedt aan de hiervoor onderscheiden deelvragen en daarbij al dan niet verwijst naar de betreffende Aanwijzingen voor de regelgeving. Met name zal van belang zijn hoe de Raad van State de toelichting bij het wetsvoorstel op dit punt beoordeelt. In het bijzonder zal bij dit onderdeel, vanwege het sterk beleidsmatige karakter van de aspecten die aan de orde zijn, ook moeten blijken hoe indringend de Raad van State toetst.

2.3.2.3 Subsidiariteit en evenredigheid

In de derde plaats dient wetgeving in de terminologie van ‘Zicht op wetgeving’ te voldoen aan de beginselen van *subsidiariteit* en *evenredigheid*. Eerstgenoemd beginsel houdt in dat de overheid zich zoveel mogelijk moet beperken tot het stellen van minimeisen, het ondersteunen van maatschappelijke processen door het verzekeren van institutionele en materiële voorwaarden en het waken tegen ongewenste en ontoereikende resultaten. Een en ander brengt met zich dat de wetgever daar waar mogelijk ruimte moet laten voor het zelfregulerend vermogen van burgers en maatschappelijke organisaties. Ook het aspect van decentralisatie speelt in dit verband een rol. In algemene zin behelst het beginsel van de subsidiariteit een zorgvuldige analyse van mogelijke alternatieve instrumenten om het gestelde doel te bereiken teneinde zeker te stellen dat wetgeving in de gegeven situatie geëigend is.

Het beginsel van de evenredigheid hangt nauw samen met andere kwaliteitseisen, met name de rechtmatigheid en de eis van doelmatigheid (efficiëntie). Het houdt in dat de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een voorgenomen regeling niet onevenredig (disproportioneel) mogen zijn in verhouding tot de met die regeling te dienen doelen. Naast het doelmatigheidsaspect (evenredige verhouding baten–lasten) bevat het evenredigheidsbeginsel ook een belangrijke juridische component. In de jurisprudentie van de Hoge Raad komt tot uitdrukking dat wetgeving die resulteert in een onevenredige belasting van bepaalde groepen burgers zonder een dergelijk nadeel op adequate wijze te compenseren, in beginsel onrechtmatig is.⁴⁸

Volgens de toelichting bij Aanwijzing 254 komt de eis van subsidiariteit en evenredigheid in het bijzonder tot uiting in de Aanwijzingen 7, 8, 13, 15 en 16. Daarover kan in dit kader het volgende worden opgemerkt:

- *Aanwijzing 7.* Met het oog op de subsidiariteitseis bevat deze aanwijzing de volgende richtlijnen aan de wetgever:
 - Onderzoek of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van zelfregulering dan wel dat daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is (onderdeel c).
 - Onderzoek of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten dan wel of daartoe andere mogelijkheden bestaan (onderdeel d).
 - Een zorgvuldige afweging van de diverse hiervoor genoemde mogelijkheden (onderdeel e).

46 Zicht op wetgeving, p. 25.

47 Zie par. 2.2, sub a en b.

48 HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Varkensmesters).

In de toelichting wordt opgemerkt dat het van de aard van het betrokken geval zal afhangen of in deze aanwijzing bedoelde onderzoeken omvangrijk dienen te zijn of heel beperkt van aard. Derhalve zal het onderzoek naar alternatieven voor wetgeving niet steeds even indringend zijn geweest.⁴⁹ Voorts is van belang dat de te onderzoeken alternatieven zowel betrekking kunnen hebben op de opzet van de wettelijke regeling als zodanig als op specifieke onderdelen van de regeling.

- *Aanwijzing 8.* Deze aanwijzing bepaalt dat bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren. Het vormt een aanvulling op Aanwijzing 7c. Voor direct overheidsingrijpen door middel van wetgeving is slechts plaats – zo blijkt uit de toelichting – indien van het zelfregulerend vermogen niet voldoende resultaten zijn te verwachten, ook niet indien dit vermogen zou worden versterkt met ondersteunende overheidsmaatregelen.
- *Aanwijzing 13.* Deze aanwijzing – reeds hiervoor besproken⁵⁰ – maakt onderdeel uit van de evenredigheidseis en hangt in die zin zeer nauw samen met de eis van doelmatigheid. Zij blijft in dit kader buiten beschouwing.
- *Aanwijzing 15.* Hierin ligt het reeds besproken evenredigheidsbeginsel besloten. Parallel aan artikel 3:4, tweede lid, Awb wordt bepaald dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een regeling niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met die regeling te dienen doelen. Voor het bepalen van de omvang van de nadelige gevolgen als hier bedoeld, is met name Aanwijzing 13 van belang.
- *Aanwijzing 16.* Dit betreft het aspect van decentralisatie. Als uitgangspunt geldt dat taken en bevoegdheden op decentraal niveau worden gelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale organen kan worden behartigd.

De toetsing aan de eisen van subsidiariteit en evenredigheid lijkt in belangrijke mate te overlappen met onderdelen van de door de Raad van State verrichte beleidsanalytische toetsing.⁵¹ In het onderzoek zal aandacht worden besteed aan de vraag in hoeverre de Raad van State in het kader van de beleidsanalytische toets aandacht besteedt aan de eisen van subsidiariteit en evenredigheid in bovenbedoelde zin en in welke mate de Raad van State in die context gebruik heeft gemaakt van of heeft verwezen naar de hiervoor genoemde Aanwijzingen voor de regelgeving.

Voor wat betreft het subsidiariteitsbeginsel zal de beoordeling door de Raad van de memorie van toelichting centraal staan. Daaruit zou volgens ‘Zicht op wetgeving’ moeten blijken in hoeverre de wetgever alternatieve sturingsinstrumenten heeft overwogen. Gelet op de Aanwijzing voor de regelgeving (Ar 7) zal aan de hand van de geselecteerde adviezen meer in het bijzonder vastgesteld moeten worden in hoeverre de Raad in gaat op de vraag of de wetgever achtereenvolgens:

- onderzocht heeft of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van zelfregulering dan wel of voor het realiseren daarvan overheidsinterventie noodzakelijk is.
- indien overheidsinterventie noodzakelijk werd geacht, onderzocht heeft of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten.
- indien het laatste niet mogelijk bleek, onderzocht heeft welke andere mogelijkheden van overheidsinterventie bestaan dan wetgeving en in hoeverre deze de gekozen doelstellingen kunnen realiseren.
- onderzocht heeft in hoeverre taken en bevoegdheden op decentraal niveau kunnen worden neergelegd dan wel uitoefening van taken en bevoegdheden door organen van de rijksoverheid noodzakelijk is.

49 Kamerstukken II 2000-2001, 27475, nr. 2, p. 15. Hier constateert de regering dat indien de keuze voor wetgeving eenmaal is gemaakt, de ruimte voor alternatieve instrumenten beperkt is.

50 Zie par. 3.2.1.

51 Zie par. 2.2. Met name sub a dat betrekking heeft op de toetsing van de noodzaak van de regeling (redengeving).

- de diverse mogelijkheden zoals voornoemd, zorgvuldig tegen elkaar heeft afgewogen.

Van belang in dit verband is dat volgens de (toelichting op de) Aanwijzingen voor de regelgeving deze vragen niet steeds in even omvangrijke mate onderzoek behoeven, maar dat het wel noodzakelijk is dat de onderscheiden stappen in alle gevallen waarin nieuwe wetgeving wordt overwogen, worden gezet. Aldus zal in het onderzoek centraal moeten staan in hoeverre naar het oordeel van de Raad van State de regering aan de in deze zin omschreven onderzoeksverplichtingen heeft voldaan.

2.3.2.4 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Een vierde eis waaraan wetgeving volgens ‘Zicht op wetgeving’ dient te voldoen betreft de *uitvoerbaarheid* en *handhaafbaarheid*. Zoals eerder opgemerkt bestaat er een nauwe samenhang tussen deze eisen enerzijds en de eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid anderzijds. Wetten kunnen alleen aan hun doelstellingen beantwoorden indien er een voldoende mate van uitvoering en handhaving te realiseren valt. Wetten die niet of onvoldoende uitvoerbaar of handhaafbaar zijn, stuiten op grond van zowel beleidsmatige als rechtsstatelijke redenen op ernstige bezwaren. Omdat, zo is ook uit recente ervaringen gebleken, zich juist op dit terrein knelpunten voordoen, heeft toetsing aan deze kwaliteits-eis de laatste jaren veel aandacht gekregen. Overigens hangen uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ook onderling nauw met elkaar samen. Zij worden vaak in een adem genoemd en dienen ook steeds in hun onderlinge samenhang te worden beoordeeld.

Het aspect van de uitvoerbaarheid is hiervoor reeds in belangrijke mate aan bod gekomen in het kader van de eis van doelmatigheid en doeltreffendheid. Ook dit onderdeel toont op het eerste gezicht sterke gelijkenissen met (een specifiek onderdeel van) de beleidsanalytische toetsing.⁵² Uit het onderzoek zal moeten blijken in hoeverre de Raad van State in het kader van zijn beleidsanalytische toetsing ingaat op de vraag of de regering voldoende oog heeft gehad voor praktische belemmeringen die een deugdelijke uitvoering van de voorgenomen wetgeving in de weg kunnen staan. Uit de toelichting zou in beginsel moeten blijken welke actoren bij de uitvoeren van de regeling betrokken zijn, in hoeverre de wet zodanig is vormgegeven dat deze op een effectieve wijze door betrokkenen kan worden geïmplementeerd en welke kosten aan een zodanige implementatie zijn verbonden. Blijkens eerder genoemde regeringsnota's gaat het in dit verband met name ook om kosten die uitvoering van de wet zal meebrengen voor het bestuurlijke en justitiële apparaat. Onderzocht zal moeten worden in hoeverre de Raad van State in zijn adviezen rekening houdt met deze deelaspecten.

Bij de eis van handhaafbaarheid ligt de nadruk op deels dezelfde, deels andere aspecten. In de eerste plaats zal tijdens de voorbereiding van de regeling volgens de benadering van ‘Zicht op wetgeving’ de vraag aan bod moeten komen welke inspanningen nodig zijn voor effectieve handhaving. Deze zijn in belangrijke mate afhankelijk van de wijze waarop wettelijke bepalingen zijn geformuleerd. Bij de wijze van formulering is ook de noodzaak tot conflictbeperking een belangrijk ijkpunt. Naast de formulering van de materiële regels zal de wetgever in het kader van de handhaafbaarheid ook stil moeten staan bij de meest effectieve methode van handhaving. Strafrechtelijke handhaving geldt als *ultimum remedium*. Bij deze vorm van handhaving geldt bovendien dat bijzondere zorg nodig is voor de precieze bewoordingen van de aldus te sanctioneren bepalingen. In deze zin is er een duidelijke samenhang met het hiervoor besproken aspect van de formulering.

Uit de toelichting bij Aanwijzing 254 blijkt op welke wijze de eis van handhaafbaarheid nader kan worden ingevuld. De volgende aanwijzingen worden in dat verband genoemd:

- *Aanwijzing 11.* Deze aanwijzing geeft richtlijnen met betrekking tot de handhaafbaarheid. In de eerste plaats wordt bepaald dat niet tot het treffen van een regeling wordt besloten dan nadat is nagegaan of in voldoende mate handhaving te realiseren valt. Dit geldt in het bijzonder indien de regeling ge- of verboden bevat. In de toelichting bij de aanwijzing wordt echter aangegeven dat het handhavingsaspect ook in andere gevallen van betekenis kan zijn, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot voorschriften die aan een vergunning worden verbonden. Over de hand-

52 Zie par. 2.2, sub c

havingsmogelijkheden moet – zo stelt de toelichting – overleg hebben plaatsgevonden met de instanties die met de uitvoering en handhaving van de regeling zijn belast. Uit de toelichting bij Aanwijzing 11 blijkt voorts het verband tussen de handhaafbaarheid en de formulering van de wettelijke bepalingen. Uit de eis van handhaafbaarheid vloeit onder meer voort dat:

- een regel zo weinig mogelijk ruimte moet laten voor interpretatieverschillen;
- uitzonderingsbepalingen tot een minimum moeten worden beperkt;
- regels zo veel mogelijk gericht moeten zijn op zichtbare dan wel objectief constateerbare feiten.

Ten slotte bepaalt Aanwijzing 11 dat bij de voorbereiding van een regeling onderzocht behoort te worden of handhaving het beste langs bestuursrechtelijke, civielrechtelijke of strafrechtelijke dan wel op andere wijze kan plaatsvinden. Op dit punt bestaat samenhang met de eis van doelmatigheid. Bij de afweging tussen de verschillende handhavingsmogelijkheden dient aandacht te bestaan voor de lasten die uit de onderscheidene methoden van handhaving kunnen voortvloeien (zie Ar 9). Denkbaar is ook dat gekozen wordt voor een combinatie van handhavingsinstrumenten.

- *Aanwijzing 12.* Volgens deze aanwijzing dient een regeling zodanig te zijn ingericht dat zij zo weinig mogelijk conflicten oproept. Dit impliceert onder meer dat het aantal beslismomenten waartoe toepassing van de regeling aanleiding geeft, in verband met mogelijke instelling van bezwaar en beroep op grond van de Algemene wet bestuursrecht, tot een minimum wordt beperkt. Ter nadere concretisering worden in de toelichting op de aanwijzing vele voorbeelden gegeven van kenmerken van regelingen die als conflictopwekkend kunnen worden beschouwd. De noodzaak tot conflictbeperking betreft niet alleen een onderdeel van de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, maar houdt ook nauw verband met de eerder besproken doelmatigheidseis. Hoe meer conflicten een regeling oproept, hoe zwaarder de lasten die de regeling voor burgers, bedrijven en overheidsorganen met zich zullen brengen.
- *Aanwijzingen 13 en 14.* Deze aanwijzingen betreffen de lastendruk voor burgers, bedrijven en overheidsorganen. Zij zijn eerder besproken in het kader van de eis van doelmatigheid en blijven hier verder buiten beschouwing.
- *Paragraaf 4.9 (Aanwijzing 139-147).* Deze aanwijzingen vormen een uitwerking van Aanwijzing 11 als het gaat om de keuze van handhavingsmethoden. Zij zijn hoofdzakelijk terminologisch van aard.

Uit het onderzoek zal moeten blijken in hoeverre de Raad van State in het kader van zijn beleidsanalytische toetsing aan de in Aanwijzing 11 en 12 genoemde aspecten aandacht besteedt en in hoeverre ook hier de Raad zich al dan niet laat inspireren door de Aanwijzingen van de regelgeving. Mede gelet op de juridische toetsing die de Raad verricht, ligt het voor de hand de aandacht daarbij in het bijzonder te richten op de vraag in hoeverre naar het oordeel van de Raad:

- met het oog op effectieve handhaving expliciet aandacht is geschonken aan de wijze van formulering van diverse relevante bepalingen (met inbegrip van het aspect van conflictbeperking).
- een zichtbare afweging is gemaakt terzake van de methode van handhaving.

2.3.2.5 Onderlinge afstemming

Volgens de nota ‘Zicht op wetgeving’ geldt als vijfde kwaliteitscriterium dat de wetgever behoort te zorgen voor *onderlinge afstemming* van regels. Indien deze tekort schiet ontstaan er inconsistenties en fricties in de uitvoering en handhaving van de diverse regels. In zoverre is er een relatie met de hiervoor behandelde eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Blijkens ‘Zicht op wetgeving’⁵³ zijn er twee categorieën van gevallen te onderscheiden. Ten eerste kunnen regelingen een verschillend onderwerp hebben, maar door hun effecten sterk op elkaar inwerken. Dit zou er toe kunnen leiden dat de wetgever vanuit verschillende invalshoeken aan burgers of overheidsorganen tegenstrijdige eisen stelt. Dergelijke problemen kunnen worden voorkomen door een goede interdepartementale coördinatie tijdens de voorbereiding van de nieuwe regeling. Daarnaast zijn er de gevallen waarin ten aanzien van dezelfde of aanverwante onderwerpen een onnodige en ongewenste verscheidenheid in regelgeving bestaat. Een dergelijke verscheidenheid deed zich in het verleden met name voor in het bestuursrecht. Een van de doelstellingen van de Algemene wet bestuursrecht is geweest om dit probleem langs de weg van harmonisatie terug te brengen tot aanvaardbare proporties. Ook de functie van de Aanwijzingen voor de regelgeving dient uitdrukkelijk in het licht van de harmonisatiedoelstelling te worden gezien. Zij bevatten diverse modelbepalingen teneinde te voorkomen dat in verschillende wetten onnodige verschillen in formulering ontstaan.

In de toelichting bij Aanwijzing 254 wordt ter verduidelijking van dit kwaliteitscriterium verwezen naar de volgende aanwijzingen:

- *Aanwijzing 9.* Volgens deze aanwijzing dient de wetgever aandacht te hebben voor de neveneffecten van de voorgenomen regeling. Een neveneffect zou kunnen zijn dat de regeling een verstrend effect heeft op de werking van bestaande regelingen. In de toelichting bij de aanwijzing worden hiervan enkele voorbeelden gegeven.
- *Paragraaf 2.6 (Aanwijzing 47-51).* Deze aanwijzingen beogen deels de in Aanwijzing 9 bedoelde negatieve effecten op het functioneren van andere regelingen te voorkomen. Aanwijzing 47 bepaalt dat in gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld, zoveel mogelijk wordt gestreefd naar harmonisatie van regelgeving. Voorts wordt in Aanwijzing 49 voorgeschreven dat in bijzondere wetten alleen van algemene wetten mag worden afgeweken indien dit noodzakelijk is. Dergelijke afwijkingen dienen te worden gemotiveerd in de memorie van toelichting bij de bijzondere wet. In de toelichting bij Aanwijzing 49 wordt aangegeven welke wetten als algemene wetten in dit verband moeten worden beschouwd. Met name de Algemene wet bestuursrecht is hier van belang.⁵⁴ Daarnaast heeft deze Aanwijzing 49 ook betrekking op algemene wetten voor een deel terrein, zoals de Wet milieubeheer, de Organisatiewet sociale verzekeringen en de Coördinatiewet Sociale Verzekering.

De eis van afstemming loopt op het eerste gezicht parallel met een specifiek deelaspect van de door de Raad van State verrichte juridische toetsing. Een van de vragen die de Raad in dat verband onderzoekt is of het voorstel goed past in het geldende rechtssysteem.⁵⁵ In het onderzoek zal derhalve worden nagegaan op welke wijze de Raad van State aandacht heeft besteed aan de verhouding tussen de voorgenomen regeling en reeds bestaande wetgeving (met name de Algemene wet bestuursrecht) en in hoeverre de Raad in dat verband gebruik maakt van de hiervoor besproken Aanwijzingen voor de regelgeving.

2.3.2.6 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

Ten slotte dient wetgeving volgens ‘Zicht op wetgeving’ te voldoen aan eisen van *eenvoud, duidelijkheid* en *toegankelijkheid*. Het betreft hier algemene eisen betreffende structuur, vormgeving en formulering van wettelijke regels.

In de toelichting op Aanwijzing 254 wordt ter nadere uitwerking gewezen op de volgende aanwijzingen:

- *Aanwijzing 10.* In deze aanwijzing is in algemene zin geformuleerd dat gestreefd dient te worden naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen.

53 Zicht op wetgeving, p. 29.

54 Zie ook de Aanwijzingen 50 en 51.

55 Zie par. 2.3, sub c.

- *Hoofdstuk 3 (Aanwijzing 52-104a)*. Het betreft hier algemene terminologische punten die onder meer betrekking hebben op beknoptheid van bepalingen, duidelijk taalgebruik, en gebruik van standaardbegrippen en -bepalingen.
- *Paragraaf 4.1 tot en met 4.4 (Aanwijzing 105-123)*. Deze aanwijzingen hebben betrekking op het opschrift, de aanhef, de considerans en de toepassing van begripsbepalingen.

Algemeen bekend is dat de Raad van State met name ook aan deze aspecten vaak ruime aandacht besteedt.⁵⁶ Dit geschiedt in het kader van de wetstechnische toetsing waarbij de Raad, naar verluidt regelmatig naar de Aanwijzingen voor de regelgeving verwijst.⁵⁷ Derhalve zal bij deze eis worden gezien in welke mate dit laatste inderdaad het geval is en aan welke Aanwijzingen voor de regelgeving de Raad van State in het bijzonder toetst.

2.4 SLOT

Hierboven is ingegaan op de inhoud van de kwaliteitseisen van ‘Zicht op wetgeving’ en de wijze waarop daaraan op hoofdlijnen, met name via de Aanwijzingen voor de regelgeving, invulling wordt gegeven. Op basis van deze bespreking is vervolgens per kwaliteitseis in globale zin aangegeven welke vragen in dit onderzoek centraal staan. Zij vormen het uitgangspunt voor het onderzoek naar de geselecteerde adviezen.

Cruciale vraag in dat verband is in hoeverre het door de Raad zelf ontwikkelde toetsingskader, zoals hiervoor besproken, daarbij aansluit. Komen beide toetsingskaders materieel gezien op hetzelfde neer of er zijn er belangrijke verschillen te constateren? Er kan immers niet worden uitgesloten dat naast de zes kwaliteitseisen die in 1991 werden geformuleerd, ook nog andere eisen of criteria inzake kwaliteit van wetgeving, voortvloeiend uit bovenvermeld toetsingskader, een rol spelen in de advisering door de Raad van State. Ook het omgekeerde is denkbaar: het regeringsbeleid inzake wetgevingskwaliteit bevat eisen of criteria die in de advisering van de Raad van State geen of slechts een marginale rol spelen. Voorts is denkbaar dat regering en Raad van State bij bepaalde aspecten dezelfde uitgangspunten hanteren, maar in de praktijk substantieel verschillende invulling daaraan geven. In het onderzoek zal worden nagegaan of er inderdaad verschillen als hier bedoeld zich voordoen, zo ja, welke kwaliteitsaspecten het betreft en op welke manier de Raad van State en de regering daarmee plegen om te gaan.

Ten slotte zal het onderzoek wellicht ook nader inzicht kunnen bieden in de onderlinge verhouding tussen de kwaliteitseisen. Uit het voorgaande is gebleken dat sommige eisen een duidelijke samenhang met elkaar vertonen of elkaar zelfs deels overlappen. Daarnaast kunnen in bepaalde gevallen kwaliteitseisen met elkaar op gespannen voet staan. Dat zich dergelijke situaties regelmatig voordoen is onder meer gebleken uit het onderzoek dat wij in 2002 in opdracht van het ministerie van Justitie hebben verricht. Daarin komt onder meer naar voren dat het thema ‘kwaliteit van wetgeving’ niet kan worden gereduceerd tot een eendimensionale toetsing aan de zes eisen uit ‘Zicht op wetgeving’.⁵⁸ Nader onderzoek naar de wetgevingsadvisering door de Raad van State kan mogelijk meer inzicht bieden in de wijze waarop kwaliteitseisen met elkaar samenhangen en tevens indicaties opleveren omtrent de wijze waarop bij mogelijk tegengestelde kwaliteitseisen de in het geding zijnde aspecten tegen elkaar moeten worden afgewogen.

56 Dit wordt bevestigd door het eerder genoemde rapport van de Algemene Rekenkamer. Zie Kamerstukken II 1993-1994, 23710, nrs. 1-2, p. 23.

57 Zie par. 2.4.

58 S. Klosse, M.W.G.M. Peeters, S.J.P. Ubachs, L.F.M. Verhey (red.), *Op zoek naar kwaliteit. Een onderzoek naar de toepassing en operationalisering van wetgevingskwaliteitseisen*, Den Haag 2003, p. 262 e.v.

HOOFDSTUK 3 RECHTMATIGHEID

3.1 RECHTMATIGHEID IN DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

3.1.1 Inleiding

In 1991 formuleerde het toenmalige kabinet in de nota ‘Zicht op wetgeving’ zes kwaliteitseisen voor wetgeving.¹ Hiermee werd een toetsingskader geschapen dat het stramien zou vormen voor de wetgevingstoetsing die de sector Wetgevingskwaliteitsbeleid van het Ministerie van Justitie verricht vóór de ministerraadbehandeling.²

Rechtmatigheid is de eerste in de rij ‘eisen van goede wetgeving’ en wordt ook wel als de meest wezenlijke kwaliteitseis voor wetgeving beschouwd.³ Het is immers onbetwist dat wetten in overeenstemming met het recht dienen te zijn. *Rechtmatigheid* blijkt een waaier aan subeisen te herbergen, onder te verdelen in een drietal groepen.

In de eerste plaats mogen wetten niet in strijd komen met geschreven recht van een hogere orde. De sterke opkomst van het communautaire en het internationale recht veroorzaakt dat de nationale beleidsruimte steeds meer beperkt wordt. Wetten dienen overeen te stemmen met Europese regelgeving en met Nederland bindende bepalingen uit internationale verdragen, waarbij het EVRM en het IVBPR een toonaangevende rol vervullen. Ook dienen zij verenigbaar te zijn met het Statuut voor het Koninkrijk en met de Grondwet. Voor regelingen die worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling geldt bovendien dat zij niet strijdig mogen zijn met wetten in formele zin.

In de tweede plaats dienen wetten verenigbaar te zijn met algemene rechtsbeginselen. Belangrijk in dit verband zijn de algemene eisen van rechtsstaat en democratie, zoals het legaliteitsbeginsel. Andere rechtsbeginselen zijn de beginselen van evenredigheid,⁴ gelijkheid⁵ en rechtszekerheid.

Ten derde ziet *Rechtmatigheid* op de juridische kwaliteit van regelgeving, waartoe behoort: het juiste niveau van regelgeving, attributie en delegatie van bevoegdheden, het overgangsrecht en de inwerkingtreding.

De Aanwijzingen voor de Regelgeving illustreren dat een aantal aspecten van het criterium *Rechtmatigheid* inmiddels is uitgewerkt in concrete richtlijnen. De toelichting bij Aanwijzing 254 verwijst in dit verband naar de Aanwijzingen 15, 17 en 18, naar de paragrafen 2 en 3 uit hoofdstuk 2 en de paragrafen 6, 14 en 15 uit hoofdstuk 4.

Aanwijzing 15 ziet op *Evenredigheid*, een aspect dat op basis van ‘Zicht op wetgeving’ kan worden beschouwd als een zelfstandig kwaliteitscriterium en in die hoedanigheid nader zal worden uitgewerkt in hoofdstuk 5. Aanwijzing 17 geeft de verplichting bij de toekenning van bestuursbevoegdheden de uitoefening daarvan zoveel mogelijk te normeren. Aanwijzing 18 vormt de kern van het eerste onderdeel van het rechtmatigheidscriterium: de verplichting nieuwe regelgeving overeen te laten stemmen met hogere regels.

De paragrafen 2 en 3 uit hoofdstuk 2 van de Aanwijzingen zien op algemeen verbindende voorschriften en op delegatie en mandaat. De hierin neergelegde Aanwijzingen zullen vooral aan de orde komen bij de bespreking van het derde onderdeel van het rechtmatigheidscriterium: de juridische kwaliteit van regelgeving. Ook de paragrafen 6, 14 en 15 uit hoofdstuk 4 van de Aanwijzingen komen in beeld bij het derde aspect van *Rechtmatigheid*. Zij geven een richtsnoer voor de toekenning van bestuursbevoegdheden, het overgangsrecht en de inwerkingtreding van nieuwe regelgeving.

In dit onderzoek zal in algemene zin worden gekeken naar de wijze waarop de kwaliteitseis *Rechtmatigheid* in de wetgevingsadvisering van de Raad van State aan de orde komt. In 49 van de geselecteerde adviezen kwam deze kwaliteitseis aan bod, onder te verdelen in 26 adviezen bij voorstellen van

1 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 23 e.v. (Zow)

2 Vgl. 254 Ar.

3 Zow, a.w. p. 24.

4 Slechts gecodificeerd voor besluiten in de zin van de Awb, artikel 3:1 jo 3:4 lid 2 Awb.

5 Gecodificeerd in artikel 1 GW, artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR.

wet, één bij een nota van wijziging en 22 bij ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur. Indien de Raad in een advies verwees naar de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt daarvan melding gedaan.

In dit hoofdstuk zal de aan zicht op wetgeving ontleende indeling in drie groepen worden gevolgd: de paragrafen 3.1.2 tot en met 3.1.5 beschrijven de toetsing aan hoger recht, paragraaf 3.1.6 geeft een beeld van de toetsing aan algemene rechtsbeginselen en paragraaf 3.1.7 vormt het sluitstuk met een overzicht van de toetsing van de juridische kwaliteit van regelgeving.

3.1.2 Verenigbaarheid met hoger recht: communautair recht

Aanwijzing 18 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving geeft aan dat ‘bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt’. De toelichting bij deze aanwijzing vermeldt dat het hierbij kan gaan om internationale of communautaire regels, grondwettelijke voorschriften, rechtsbeginselen en – bij regelingen die worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling – regels die zijn neergelegd in een wet in formele zin.

3.1.2.1 Overeenstemming met communautaire verdragsbepalingen

Dat de Raad van State in zijn wetgevingsadvisering een groot gewicht toekent aan de toetsing van een wetsvoorstel aan communautaire verdragsbepalingen blijkt onder andere uit zijn advies terzake van het wetsvoorstel Verbod op de pelsdierhouderij.⁶ Het voorstel strekte ertoe het houden en doden van dieren met het oog op hun pels te verbieden op grond van ethische overwegingen. Het vormde het sluitstuk in het streven naar een dergelijk verbod voor alle pelsdieren. De Tweede Kamer had zich al eerder uitgesproken tegen voortzetting van de nertsenhoudery⁷ en inmiddels was ook de beëindiging van de mogelijkheid om vossen en chinchilla’s te houden in gang gezet.

De Raad toetste het wetsvoorstel allereerst op de verenigbaarheid met communautair recht en verklaarde in de inleiding bij zijn advies:

‘De Raad mist een uitdrukkelijke ethische verantwoording van het verbod met het oog op de verenigbaarheid daarvan met het Europees Unie-recht’.⁸

Hij ging vervolgens uitgebreid in op de verenigbaarheid van het voorstel met communautaire bepalingen:

‘In paragraaf 6 sub a van de memorie van toelichting wordt de vraag behandeld of het voorgestelde verbod is te beschouwen als een verboden in- of uitvoerbeperkende maatregel als bedoeld in de artikelen 28 en 29 van het EG-Verdrag. Daarbij wordt erop gewezen dat het verbod op zichzelf niet discriminatoir is. De noodzaak van het verbod is gelegen in de steeds sterker wordende overtuiging dat dieren in Nederland niet voor de productie van bont behoren te worden gebruikt. Ter bereiking van dit doel is, zo vervolgt de toelichting, het verbod proportioneel, omdat er geen andere maatregel mogelijk is die op minder verstreckende wijze hetzelfde effect zou kunnen bereiken. Daarom wordt geoordeeld dat de maatregel gerechtvaardigd wordt door de “rule of reason”, zoals die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) is vastgelegd.

Mocht een beroep op de “rule of reason” niet slagen, dan kan het verbod volgens de toelichting worden beschouwd als een invoerbelemmerende maatregel waarop artikel 28 van het EG-Verdrag van toepassing is en, voegt de Raad hieraan toe, een uitvoerbeperkende maatregel waarop artikel 29 van het EG-Verdrag van toepassing is. In dat geval kan, aldus de toelichting, het verbod echter nog worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 30 van het EG-Verdrag dat het stellen van

6 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A.

7 N.a.v. motie Swildens-Rozendaal c.s., Kamerstukken II 26 200 XIV, nr. 63.

8 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A, p. 1.

invoerbeperkende maatregelen (en uitvoerbeperkende maatregelen) toestaat wanneer dat ter bescherming van een aantal belangen noodzakelijk is, waaronder de openbare zedelijkheid. (...)

De Raad stelt voorop dat toetsing aan het “rule of reason”-beginsel in dit geval dient te geschieden in het licht van artikel 30 van het EG-Verdrag en dat daarbij een grondslag moet worden gevonden in een duidelijke en consistente motivering van het standpunt dat het houden en doden van pelsdieren vanwege hun pels in strijd is met de moraal. Met het oog daarop verwijst het college naar de beschouwingen over het gecompliceerde karakter van de maatschappelijke discussie over toetsing van de aanvaardbaarheid van het houden van dieren voor productiedoelen in het rapport van het Rathenau Instituut.⁹ Daaruit blijkt dat de opvattingen sterk uiteenlopen omtrent de beantwoording van de vraag in hoeverre bepaalde doelen en belangen van mensen van zo weinig gewicht of zo triviaal (kunnen) zijn dat zij worden “overruled” hetzij door welzijnsoverwegingen, hetzij door ethische bezwaren (van andere aard dan de bezwaren gerelateerd aan het welzijn van dieren).¹⁰

De Raad adviseerde de grondslagen voor het beroep op de ‘rule of reason’ en het beroep op de ‘openbare zedelijkheid’ als rechtvaardigingsgrond in onderling verband te hanteren en in het licht van het vorenstaande nader te verklaren.

Toetsing aan EG-verdragsbepalingen vond ook plaats in het advies van de Raad terzake van de voorgestelde Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie.¹¹ Het wetsvoorstel wilde bijdragen aan een duurzame en milieuhygiënisch verantwoorde elektriciteitsvoorziening door aan de netbeheerder van het landelijke hoogspanningsnet (TenneT) de taak te geven te bevorderen dat in Nederland geïnvesteerd wordt in productie-installaties voor duurzame elektriciteit en klimaatneutrale elektriciteit alsmede dat installaties voor warmtekrachtkoppeling op rendabele wijze kunnen worden geëxploiteerd.

Het voorstel was er mede op gericht het weglekken van subsidie naar het buitenland te voorkomen. Om op kostenefficiënte wijze de productie van groene stroom¹² te stimuleren werden de bestaande instrumenten ter bevordering van de productie van groene stroom vervangen en kwam de producentenvergoeding voor groene stroom te vervallen. In plaats van het nihiltarief voor groene stroom werd een gereduceerd REB-tarief op groene stroom geheven.¹³ Voorts werd TenneT verplicht aan producenten die op het Nederlandse net zijn aangesloten het bedrag te vergoeden dat de productie van groene stroom meer kost dan de productie van grijze stroom (de zogenoemde productiewaarde van groene stroom).

De Raad plaatste in zijn advies de voorgenomen regelingen in het licht van artikel 25 EG-Verdrag. Deze bepaling regelt het verbod van gelijke heffingen: in- en uitvoerrechten of heffingen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden. Volgens de Raad was de gekozen bekostigingssystematiek in strijd met artikel 25 EG-Verdrag.

In het voorstel was de basis neergelegd voor het tarief dat de financiering bood voor de bekostiging van de koop van productiewaarde van groene stroom. De heffing diende te worden voldaan terzake van de aansluiting op het net. Daarbij was het niet van belang of, en in welke mate, de aansluiting strekte tot het afnemen van in Nederland, dan wel in het buitenland geproduceerde stroom. De Raad merkte hierover op dat:

‘nu de aansluiting een noodzakelijke voorwaarde voor de afname van elektriciteit vormt, het tarief ter zake van de aansluiting niet los kan worden gezien van die afname. Het tarief is bovendien ook verschuldigd indien de aansluiting uitsluitend dient ter zake van in het buitenland geproduceerde elektriciteit, terwijl de opbrengst ten goede komt aan in Nederland geproduceerde groene stroom, die daardoor, in combinatie met het aansluittarief, goedkoper wordt. Zo bezien is de heffing wel degelijk van invloed op de uiteindelijke prijs die voor elektriciteit moet worden betaald.

9 Kamerstukken II 1999-2000, 26 800 XIV, nr. 110, p. 11.

10 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A, p. 2.

11 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665, A.

12 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665, A, p. 1: duurzame elektriciteit, klimaatneutrale elektriciteit en elektriciteit door middel van warmtekrachtkoppeling.

13 Het nihiltarief uit artikel 36i Wet belastingen op milieugrondslag werd vervangen door een regulerende energiebelasting (REB).

De heffing is weliswaar zonder onderscheid van toepassing in die zin dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de heffing terzake van in Nederland, dan wel in het buitenland geproduceerde stroom. Door de koppeling als gevolg van het bestemmen van de opbrengst over de koop van productiewaarden van in Nederland geproduceerde groene stroom, wordt over het geheel genomen de heffing via die begrotingssystematiek weer teruggesluisd naar in Nederland geproduceerde groene stroom. Voor in het buitenland geproduceerde groene stroom vindt deze terugsluis niet plaats.

De Raad concludeert dan ook, dat de heffing, in samenhang met de bekostigingssystematiek, moet worden gezien als een heffing van gelijke werking als bedoeld in artikel 25 van het EG-Verdrag'.¹⁴

De Raad adviseerde het voorstel aan te passen zodat deze strijdigheid met het Gemeenschapsrecht werd weggenomen. Daarbij verdiende het aanbeveling beter tot uitdrukking te brengen dat de toeslag het karakter van een (verbruiks)belasting heeft.

3.1.2.2 Overeenstemming met communautaire verordeningen

De advisering bij de voorgestelde wijzigingen van de Sanctiewet 1977 vormt een illustratie van de aandacht van de Raad van State voor verenigbaarheid met communautaire regelgeving.¹⁵ Mede in aansluiting op een resolutie van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties werd in Europees verband een pakket maatregelen aangenomen, gericht op internationale terrorismebestrijding.¹⁶

Eén daarvan was de EG-verordening betreffende de bevrozing van tegoeden, andere financiële of economische activa en het stopzetten van financiële transacties.¹⁷ Met het oog op de implementatie van voornoemde internationale verplichtingen besloot het kabinet vervolgens tot enkele wijzigingen van de Sanctiewet 1977. De wijzigingen strekten ertoe het toepassingsbereik van de wet uit te breiden tot de bestrijding van terrorisme en de koppeling van het sanctiemechanisme met staten of gebieden los te laten. Voorts werd de werkingssfeer uitgebreid tot het financiële verkeer en het toezicht-mechanisme versterkt.

De Raad plaatste in zijn advies een aantal opmerkingen over de aansluiting van de Sanctiewet 1977 op de toepasselijke Europese regelingen:

‘Nu de toepasselijke VN-resoluties in EU-verband zijn geïmplementeerd in het hiervoor bedoelde pakket maatregelen – waarbij in het kader van de Sanctiewet 1977 in het bijzonder de (rechtstreeks toepasselijke) Verordening 2580/2001/EG van belang is – adviseert de Raad nauwer aan te knopen bij het Europese kader’.¹⁸

De Raad vroeg bijvoorbeeld aandacht voor de definities van ‘terroristische daden’ en ‘personen, groepen en entiteiten die betrokken zijn bij terroristische daden’. De begrippen waren al gedefinieerd in het kader van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB en vervolgens overgenomen in Verordening 2580/2001/EG.

‘De Raad adviseert deze definities ook te hanteren in het kader van (...) de Sanctiewet 1977, waar het gaat om de uitbreiding van de werkingssfeer van deze wet tot de bestrijding van terrorisme, bijvoorbeeld door verwijzing naar de verordening’.

Voornoemde Verordening regelt onderwerpen die ook worden bestreken door de Sanctiewet 1977 en het wetsvoorstel. Zo bepaalt de Verordening welke autoriteit in Nederland bevoegd is.¹⁹

14 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665, A, p. 4.

15 Kamerstukken II 2001-2002, 28 251, A.

16 Resolutie nr. 1373 (2001).

17 Verordening 2580/2001/EG van de Raad van de EU inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme (PbEG L 344).

18 Kamerstukken II 2001-2002, 28 251, A, p. 1.

19 Artikelen 3, 4 en 5 juncto bijlage: Financiën/WJB.

‘Daardoor zal het in de toelichting vermelde voornemen om bevoegdheden over te dragen aan de verschillende financiële toezichthouders²⁰ in het licht van de Verordening opnieuw moeten worden bezien. Ook kan worden gewezen op de artikelen 3, 4 en 8 van de Verordening, die regels geven over het verstrekken en het gebruik van relevante gegevens: het voorgestelde artikel 10h betreffende gegevensverstrekking aan andere Nederlandse of buitenlandse overheidsinstanties vertoont overlap met die regels’.²¹

De Raad adviseerde het voorstel aan te passen.

3.1.2.3 Overeenstemming met communautaire richtlijnen

3.1.2.3.1 Implementatie van Richtlijnen

Bij implementatie van Richtlijnen toetst de Raad grondig of de inhoud van de Richtlijn overeenkomt met de bewoordingen in de nieuwe wettekst. Dit uitgangspunt vormt een verwijzing naar 56 Ar:

- 1: ‘Voor de terminologie in nationale regelingen wordt in beginsel aangesloten bij die van verwante communautaire en internationale regelingen’.
- 2: ‘Hiervan kan worden afgeweken, indien:
 - a. de terminologie van de communautaire of internationale regelingen niet voldoende is gepreciseerd,
 - b. daardoor beter wordt aangesloten bij elders in nationale regelingen gehanteerde terminologie, of
 - c. dit beter Nederlands oplevert’.

In het wetsvoorstel met betrekking tot de aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aan de Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen stond de implementatieproblematiek centraal.²² De Richtlijn beoogt voor de consument een gemeenschappelijk minimumniveau van bescherming te scheppen dat geldt onafhankelijk van de plaats van aankoop binnen de Gemeenschap.²³ De Richtlijn geeft onder meer aan wanneer overeenstemming van door de consument gekochte zaken met de overeenkomst wordt vermoed en welke de rechten zijn van de consument bij non-conformiteit. In het wetsvoorstel werd een aantal artikelen van titel 7.1 (Koop en ruil) van Boek 7 BW aangepast.

De Raad kon zich volgens zijn advies verenigen met de strekking van het wetsvoorstel, maar plaatste een aantal kanttekeningen. Daarbij kreeg de afstemming van de tekst van het voorstel met de tekst van de Richtlijn ruime aandacht. Thans is bijvoorbeeld bepaald dat wanneer aan de koper een monster of model is getoond of verstrekt, de zaak daarmee moet overeenstemmen, tenzij het slechts bij wijze van aanduiding werd verstrekt zonder dat de zaak daaraan behoefde te beantwoorden, aldus artikel 7:17 lid 4 BW. Als gevolg van artikel 2 lid 2 sub a van de Richtlijn bestaat er een vermoeden van conformiteit wanneer de consumptiegoederen de eigenschappen bezitten van de goederen die de verkoper aan de consument als monster of model heeft getoond. Hierin wordt de uitzondering niet bepaald. In de toelichting bij het wetsvoorstel werd aangegeven dat de uitzondering van lid 4 zich zou verdragen met de Richtlijnbevestiging, omdat in het geval van de uitzondering geen sprake is van koop op monster of model. Naar het oordeel van de Raad stemde lid 4 echter niet met de Richtlijn overeen:

‘omdat in artikel 2 lid 2 sub a alleen over het tonen als monster of model wordt gesproken zonder dat in een uitzondering wordt voorzien. Uit het in de toelichting gehanteerde argument volgt voorts dat de in de wet opgenomen uitzondering daar ingevolge de Richtlijn niet meer thuishoort’.²⁴

De Raad adviseerde lid 4 aan te passen.

20 Nederlandsche Bank NV, Stichting Toezicht Effectenverkeer en Pensioen & Verzekeringskamer.

21 Kamerstukken II 2001-2002, 28 251, A, p. 2.

22 Kamerstukken II 2000-2001, 27 809.

23 Richtlijn 99/44/EG, PbEG L 171.

24 Kamerstukken II 2000-2001, 27 809, B, p. 3.

Ook met betrekking tot ontbinding van een overeenkomst waren er tekstuele verschillen tussen de Richtlijn en het wetsvoorstel. Artikel 3 lid 6 van de Richtlijn bepaalt dat ontbinding van de overeenkomst niet kan worden verlangd indien het gebrek aan overeenstemming ‘van geringe betekenis’ is. Artikel 6:265 BW spreekt echter van ‘bijzondere aard of geringe betekenis’. Volgens de toelichting kan het vereiste van bijzondere aard nog steeds gesteld worden omdat de bijzondere aard gezien kan worden als onderdeel van het ruimere begrip ‘geringe betekenis’, in die zin dat waar de bijzondere aard van de tekortkoming zich tegen ontbinding verzet, dit even goed kan worden afgewezen wegens de geringe betekenis daarvan.

‘Naar het oordeel van de Raad behoeft dit niet steeds hetzelfde te zijn en kan het zo zijn dat het gebrek aan overeenstemming op zich niet gering is, maar de bijzondere aard ervan zich tegen ontbinding verzet. De Raad is van oordeel dat op grond van de Richtlijn met betrekking tot de consumentenkoop alleen van “geringe betekenis” gesproken dient te worden en adviseert het wetsvoorstel op dit punt met de Richtlijn in overeenstemming te brengen’.²⁵

In het kader van de waarschuwplicht werd bovendien aan artikel 7:23 lid 1 BW toegevoegd dat bij een consumentenkoop de kennisgeving²⁶ binnen ‘bekwame tijd’ na de ontdekking moet geschieden, waarbij de kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is. Afhankelijk van de omstandigheden wordt de koper een langere termijn gegund, maar bij bijvoorbeeld bederfelijke levenswaar mag van de koper een kennisgeving op een eerder tijdstip worden verlangd, met inachtneming van redelijkheid en billijkheid. Artikel 5 lid 2 van de Richtlijn geeft echter geen vrijheid een kortere termijn te hanteren.

‘De Raad acht het noodzakelijk dat in de memorie van toelichting wordt uiteengezet waarom de Richtlijn geen beletsel vormt voor de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid ingevolge artikel 6:2 lid 2 BW’.²⁷

Deze opmerking toont dat onderdelen van het rechtmatigheidscriterium nauwelijks te scheiden zijn: de toetsing van afstemming tussen ontwerpwetgeving en communautair recht kan samenvallen met aandacht voor rechtsbeginselen, zoals in dit geval de norm van redelijkheid en billijkheid.

De Richtlijn betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen²⁸ zou geïmplementeerd worden middels een wetsvoorstel waarin was voorzien in de aanpassing van de Boeken 3 en 6 BW, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten.²⁹ Het voorstel beoogde ten eerste het gebruik van de elektronische handtekening (EHT) te vergemakkelijken en een bijdrage te leveren aan de wettelijke erkenning ervan. Een wettelijke regeling zou de juridische status van de EHT bevorderen. Daarnaast zou het een bijdrage leveren aan het verminderen van nationaal bepaalde verschillen op het gebied van de EHT en de EHT-dienstverleners, en aan het wegnemen van belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten langs elektronische weg.

De Raad onderschreef de strekking van het voorstel, maar plaatste ook hier een aantal kanttekeningen bij de wijze waarop de Richtlijn geïmplementeerd was. In het voorgestelde artikel 3:15a BW werd de gelijkstelling van de EHT met de handgeschreven handtekening geformuleerd. De Raad constateerde dat de BW-bepaling een beperkter toepassingsgebied beoogde dan de Richtlijn bood:

‘Volgens artikel 5 van de richtlijn en de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel heeft in de richtlijn opgenomen gelijkstelling van handtekeningen niet alleen betekenis voor bepalingen waarin de handtekening een vereiste is. Het kan immers ook gaan om situaties waarin een handtekening niet vereist is en eerst later bewijsrechtelijk van betekenis kan worden. Kennelijk is het net de bedeling dat deze bepaling zo beperkt wordt uitgelegd, maar de gebezigde redactie zou deze indruk wel kunnen wekken. Daarom adviseert de Raad de redactie zodanig te wijzigen dat bepaald wordt dat een

25 Kamerstukken II 2000-2001, 27 809, B, p. 4.

26 De koper dient de verkoper in kennis te stellen van het gebrek aan overeenstemming met de overeenkomst.

27 Kamerstukken II 2000-2001, 27 809, B, p. 5.

28 Richtlijn 1999/93/EG, PbEG L 13.

29 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743.

EHT dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening, indien aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan'.³⁰

In het advies bij het voorstel tot de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid besteedde de Raad eveneens aandacht aan de wijze van implementatie.³¹ Het wetsvoorstel strekte ertoe het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs alsmede het lidmaatschap van beroepsorganisaties te verbieden. Hiermee werd ten aanzien van deze discriminatiegrond uitvoering gegeven aan een Richtlijn van de Raad van de Europese Unie tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.³²

In zijn advies over een voorgelegde kabinetsnotitie van 11 juli 2001 inzake de implementatie van voornoemde Richtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn heeft de Raad van State implementatie van deze Richtlijnen via afzonderlijke wetgevingstrajecten en niet via de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) ontraden.³³ Deze koers hield ook in casu stand:

'In lijn met zijn advies van 31 augustus 2001 over de kabinetsnotitie meent de Raad ten aanzien van het onderhavige wetsvoorstel dat de beslissing om de kaderrichtlijn voor de grond leeftijd te implementeren via een afzonderlijke wet, en niet via de AWGB, moet worden heroverwogen. Indien niettemin wel wordt gekozen voor implementatie via een afzonderlijke wet, dient die keuze naar het oordeel van het college uitdrukkelijk te worden gemotiveerd'.³⁴

Het wetsvoorstel terzake van de Implementatiewet EG-kaderrichtlijn water ging uit van implementatie door middel van dynamische verwijzing.³⁵ In artikel 1a van de Wet op de waterhuishouding en artikel 1.1 lid 14 van de Wet milieubeheer werd geregeld dat wijzigingen van de Kaderrichtlijn voor de toepassing van de wettelijke bepalingen doorwerken per de datum waarop aan die wijzigingsbepalingen uitvoering moet zijn gegeven.

De Raad achtte deze benadering begrijpelijk waar het gaat om de bij de Kaderrichtlijn behorende bijlagen, die veelal een technisch karakter hebben en die regelmatig worden gewijzigd.

'Wel vraagt de Raad zich daarbij af of er voldoende rekening mee is gehouden dat (...) niet uitgesloten kan worden dat bij wijzigingen verschillende keuzes gemaakt zullen kunnen worden met betrekking tot gestelde normen. (...)

Verder adviseert de Raad om in deze bepalingen op te nemen dat, en op welke wijze, de doorwerking van wijzigingen kenbaar wordt gemaakt (zie ook aanwijzing 343, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving). De Raad is voorts van oordeel dat waar het gaat om wijzigingen van de artikelen zelf van de Kaderrichtlijn, de basisnormen, deze zich niet lenen voor implementatie door middel van dynamische verwijzing. Daarvoor dient een zorgvuldiger inpassing plaats te hebben, bovendien zal in veel gevallen wetswijziging noodzakelijk zijn'.³⁶

De Raad adviseerde de voorgestelde bepalingen te beperken tot wijzigingen in de bij de Kaderrichtlijn behorende bijlagen met een technisch karakter.

3.1.2.3.2 Overeenstemming met bestaande Richtlijnen

De Raad controleert ook of nieuwe regelgeving past in de context van bestaande communautaire richtlijnen. Het voorstel tot de Wet ammoniak en veehouderij werd uitgebreid tegen het licht van de IPPC-

30 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743, B, p. 2.

31 Kamerstukken II 2001-2002, 28 170, B, p. 2-3.

32 Richtlijn 2000/78/EG, PbEG 2000, L 303.

33 Advies Raad van State van 31 augustus 2001, no. W12.01.0337/IV; Anti-rassendiscriminatie-richtlijn: 2000/43/EG, PbEG 2000, L 180.

34 Kamerstukken II 2001-2002, 28 170, B, p.2.

35 Wijziging van de Wet op de waterhuishouding en de Wet milieubeheer ten behoeve van de implementatie van de Richtlijn tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid, Kamerstukken II 2002-2003, 28 808; Richtlijn 2000/60/EG, PbEG L 327.

36 Kamerstukken II 2002-2003, 28 808, B, p. 1-2.

richtlijn gehouden.³⁷ Het bevatte bijzondere regels voor de beoordeling van de gevolgen van ammoniakemissie van veehouderijen bij de verlening van milieuvergunningen. De nieuwe regeling zou in de plaats komen van de Interim-wet ammoniak en veehouderij (Iav). De Raad merkte op:

‘De Raad van State kan de behoefte aan een regeling begrijpen in het licht van het streven naar een transparante aanpak van de ammoniakproblematiek. De voorgestelde regeling vormt evenwel een drastische wijziging ten opzichte van de huidige Iav, waarvoor slechts beperkt een motivering wordt gegeven. Dit klemmt temeer daar de voorgestelde regeling mede bedrijven betreft waarvoor de bepalingen van (...) de IPPC-richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging gelden’.³⁸

Voorts:

‘De voorgestelde regeling heeft mede betrekking op installaties in de zin van de IPPC-richtlijn (...). De systematiek van het wetsvoorstel dient dan ook te worden gezien in het licht van deze EG-richtlijn. (...)’

In de memorie van toelichting werd ingegaan op de verhouding van het wetsvoorstel en de nog op te stellen huisvestings-amvb tot de IPPC-richtlijn. De Raad plaatste hierbij de volgende kanttekeningen:

‘In de uiteenzetting in de memorie van toelichting ligt besloten dat het voorliggende wetsvoorstel niet zonder de huisvestings-amvb in werking zal kunnen treden. (...) Voor IPPC-bedrijven buiten de zones die thans wel onder de Iav vallen, heeft het in werking treden van de voorliggende regeling zonder dat de huisvestings-amvb er is tot gevolg dat iedere beperking wegvalt, hoewel deze blijkens de toelichting en de richtlijn voor de bescherming van het milieu wel vereist is.

Nu ingevolge het bepaalde in deze wet (artikel 3, eerste lid) het deelaspect van de ammoniakemissie uitsluitend in het kader van het voorliggende wetsvoorstel en de nog vast te stellen huisvestings-amvb zal mogen worden geregeld, betekent dit dat de vraag of voldaan wordt aan de eisen van de IPPC-richtlijn afhangt van de te nemen algemene maatregel van bestuur. Uit het bepaalde in artikel 3 kan bovendien worden opgemaakt dat behalve in gevallen van directe ammoniakschade (artikel 3, tweede lid) het de bedoeling is dat de emissie uit dierenverblijven buiten de 500m-zones slechts mag worden getoetst aan de eisen van de stand der techniek, zoals die zullen worden opgenomen in de huisvestings-amvb (...). Er wordt voor deze gebieden dus zwaar ingezet op de bescherming door middel van algemene regels. (...) De oplossing zal volgens de toelichting moeten worden gezocht in bestemmingsplannen op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en, waar het voor verzuring gevoelige gebieden betreft die onder de Reconstructiewet concentratiegebieden vallen, in op grond van die wet vastgestelde reconstructieplannen. Het komt er aldus op neer dat de bescherming van het milieu met betrekking tot ammoniakemissie en in het bijzonder de bescherming van voor verzuring gevoelige gebieden, af zal hangen van de toepassing van ten minste drie regelingen. Uit de nauwe samenhang daartussen zal voldoende verzekerd moeten zijn dat de IPPC-richtlijn wordt uitgevoerd.

Gelet op de verantwoordelijkheid van de staat voor de uitvoering van de IPPC-richtlijn zal naar de mening van de Raad in de toelichting niet met een verwijzing naar dit instrumentarium kunnen worden volstaan. (...)

De IPPC-richtlijn gaat uit van een coördinatie van de milieuvergunningen zodat bij de behandeling van deelaspecten het integrale milieutoetsingskader in acht wordt genomen. Een en ander komt tot uitdrukking in artikel 7 van de Richtlijn. (...) Hiervoor is een wettelijke afstemming van procedures nodig, bijvoorbeeld met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren en met de Meststoffenwet. De Raad adviseert hierin zo nodig nader te voorzien.

37 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A; IPPC-richtlijn: Richtlijn 96/61/EG, PbEG L 257.

38 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 1-2.

In samenhang met het voorgaande onderdeel wijst de Raad op artikel 10 van de IPPC-richtlijn en de eisen die voortvloeien uit de zogenaamde Nitraat-richtlijn.³⁹ De Raad adviseert nader in te gaan op de vraag hoe wordt voorkomen dat vergunningverlening leidt tot overschrijding van de normen die uit die richtlijn voortvloeien.

In de toelichting wordt wat betreft de samenhang tussen de IPPC-richtlijn en de MER-richtlijn⁴⁰ uiteengezet dat het kabinet het wetsvoorstel in overeenstemming acht met inhoud en strekking van de MER-richtlijn. (...) Tussen de MER-richtlijn en de IPPC-richtlijn bestaat, zoals ook in de toelichting wordt opgemerkt, een samenhang. (...) De Raad wijst erop dat ingevolge artikel 8 van de MER-richtlijn in de vergunningsprocedure rekening moet worden gehouden met de resultaten van de verrichte milieueffectrapportage. Het voorgestelde stelsel ware daarom nader te bezien op zijn geschiktheid aan die verplichting uitvoering te geven'.⁴¹

Het implementeren van nieuwe Richtlijnen laat onverlet dat een lidstaat gehouden blijft aan oudere Richtlijnen met hetzelfde toepassingsgebied. Het ontwerpbesluit Luchtkwaliteit bepaalde dat het overheden vrijstaat om te bepalen hoever zij willen gaan met het bewerkstelligen van een goede luchtkwaliteit, zolang maar wordt voldaan aan de grenswaarden.⁴² Met het ontwerp was alle normstelling voor luchtkwaliteit en aanverwante regelgeving in één regeling ondergebracht. De voorgestelde regeling had echter mede betrekking op installaties in de zin van de al eerder genoemde IPPC-richtlijn. De Raad wees er ook in dit advies op:

‘dat de gekozen opzet voor de aanpak van de problematiek met betrekking tot de luchtkwaliteit en het besluit ook aan de IPPC-richtlijn zullen moeten worden getoetst’.⁴³

Zolang de nieuwe Richtlijn niet in werking is getreden blijft het voorgeschreven – lagere – gemiddelde uit de vorige Richtlijn als grenswaarde dienen, ook indien de nieuwe Richtlijn een hogere jaargemiddelde concentratie van zwevende deeltjes toestaat dan voorheen.⁴⁴

Ook in het volgende voorbeeld stond de context van een communautaire richtlijn centraal. Het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 vereiste enige aanpassing als gevolg van het Belastingplan 2002. Daartoe werd een ontwerpbesluit vastgesteld waarin de onderwijsvrijstelling voor muziekonderwijs werd uitgebreid met onderwijs in dans, drama en beeldende vorming. De Raad plaatste in zijn advies dit besluit tegen de achtergrond van de Zesde Richtlijn, betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten op het gebied van omzetbelasting:⁴⁵

‘De Zesde Richtlijn staat een dergelijke verruiming op zich toe. Artikel 13A, eerste lid, onderdeel n, van de Zesde Richtlijn stelt echter alleen bepaalde culturele diensten alsmede daarmee nauw samenhangende goederenleveringen vrij, indien zij worden verricht door publiekrechtelijke culturele of door andere culturele instellingen die door de betrokken lidstaat worden erkend. Deze voorwaarde voor vrijstelling die ook betrekking heeft op de vigerende onderwijsvrijstelling voor muziekonderwijs, is niet als zodanig vormgegeven in artikel 11, eerste lid, onderdeel f, van de Wet op de omzetbelasting 1968. Daardoor wordt spanning opgeroepen met de Zesde Richtlijn’.⁴⁶

De Raad adviseerde aan dit aspect aandacht te geven.

39 Richtlijn 91/676/EEG, PbEG L 375.

40 Richtlijn 85/337/EEG, PbEG L 175, gewijzigd bij Richtlijn 97/11/EG, PbEG L 73.

41 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 5-7.

42 Advies Raad van State van 17 april 2001, no. W08.01.0107/V, p. 1; implementatie van Richtlijn 1999/30/EG (PbEG L 163) inzake grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide, stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht, en Richtlijn 96/62/EG (PbEG L 296) inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit.

43 Advies Raad van State van 17 april 2001, no. W08.01.0107/V, p. 1.

44 Advies Raad van State van 17 april 2001, no. W08.01.0107/V, p. 2.

45 Advies Raad van State van 7 december 2001, no. W06.01.0624/IV; Zesde Richtlijn: 77/388/EEG.

46 Advies Raad van State van 7 december 2001, no. W06.01.0624/IV, p. 1.

3.1.2.3.3 Notificatie

De Raad toetst of overleg heeft plaatsgevonden indien een Richtlijn vereist dat de Commissie en de lidstaten op de hoogte gesteld worden van de achterliggende redenen voor een maatregel. Dit kwam aan de orde in de advisering terzake van het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit in-vitro-diagnostica.⁴⁷ Het ontwerpbesluit werd genomen in het kader van artikel 13 van de Richtlijn betreffende medische hulpmiddelen voor in-vitro-diagnostiek, dat bepaalt dat lidstaten overgangsmaatregelen kunnen nemen ter bescherming van de veiligheid en de volksgezondheid.⁴⁸ Vereist was dat de Commissie en de lidstaten op de hoogte werden gesteld van de redenen voor de maatregel.

‘Bij de Raad rijst de vraag of de Commissie en de lidstaten voor het van kracht worden van de ministeriële regeling op de hoogte zijn gesteld van de redenen daarvoor’.⁴⁹

Het college adviseerde in de nota van toelichting te vermelden waartoe een en ander destijds heeft geleid. Het raadde voorts aan het ontwerpbesluit op vorengenoemde manier te notificeren en in de nota van toelichting hierover verantwoording te doen.

De notificatieverplichtingen zijn overigens neergelegd in paragraaf 6.1A van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

3.1.2.4 Overeenstemming met jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG

Het advies terzake van het ontwerpbesluit tot wijziging van enige besluiten in het kader van de arbeidsvoorwaardenovereenkomst voor de sector Defensie⁵⁰ toont dat de Raad ook de verenigbaarheid van nationale regelgeving met EG-jurisprudentie controleert.

Met een wijziging van artikel 62 van het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie (BARD) werd – volgens de nota van toelichting – uitvoering gegeven aan het Brown-arrest van het Hof van Justitie van de EG.⁵¹ Kern van dit arrest was dat elke periode van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte tijdens het zwangerschaps/bevallingsverlof – ongeacht of de ziekte daarmee verband houdt – buiten beschouwing blijft bij de berekening van de termijn van twee jaar voor ontslag van de werkneemster (i.c.: de ambtenaar) wegens arbeidsongeschiktheid.

De Raad constateerde echter dat artikel 62 lid 5 BARD slechts ziet op de positie van de gewezen ambtenaar en niet op de vrouwelijke ambtenaar die gedurende de periode waarin zij werkzaam is afwezig is wegens ziekte- en/of zwangerschaps/bevallingsverlof. De voorgestelde wijziging van artikel 66 BARD daarentegen had wél betrekking op een vrouwelijke ambtenaar die in dergelijke omstandigheden verkeert, maar regelde alleen het zwangerschaps- en bevallingsverlof en de aanspraak op bezoldiging, respectievelijk de verrekening van de bezoldiging met een eventuele uitkering op basis van de Wet arbeid en zorg. De mogelijkheid tot ontslag van de ambtenaar die wegens ziekte gedurende een ononderbroken periode van twee jaar ongeschikt is tot het verrichten van arbeid – de essentie van het Brown-arrest – was geregeld in artikel 121 lid 3 sub a BARD. Die bepaling werd echter niet gewijzigd. Bovendien week de voorgestelde aanpak af van de wijze waarop de strekking van dat arrest in andere regelgeving was verwerkt.⁵²

‘De Raad adviseert voor de sector Defensie bij die regelgeving aan te sluiten en er daarbij in het bijzonder op toe te zien dat artikel 121 BARD aldus wordt gewijzigd dat het, voorzover het de berekening van de ontslagtermijn van twee jaar en de daarbij al dan niet mee te tellen perioden van ongeschiktheid betreft, aansluit op de hiervoor bedoelde regelgeving’.⁵³

47 Advies Raad van State van 30 november 2001, no. W13.01.0443/III.

48 Richtlijn 98/79/EG (PbEG L 331).

49 Advies Raad van State van 30 november 2001, no. W13.01.0443/III, p. 2.

50 Advies Raad van State van 1 oktober 2001, no. W07.01.0331/II.

51 Arrest van 30 juni 1998 van het Hof van Justitie van de EG, C-394/96, Brown vs. Rentokil Ltd.

52 Met name: artikel 7:670 lid 1 BW en artikel 11a lid 2 en 3 Wet RO.

53 Advies Raad van State van 1 oktober 2001, no. W07.01.0331/II, p. 2.

3.1.2.5 *Overeenstemming met overig communautair recht*

In deze paragraaf wordt ingegaan op een aantal adviezen waarin de Raad voorgenomen regelgeving wel aantoonbaar toetst aan communautair recht, maar daarbij geen specifieke verdragsbepalingen noemt. Gewezen kan worden op toetsing aan communautaire mededingingsregelgeving en aan regelingen inzake vrij verkeer.

Ook is gebleken dat de Raad aandacht schenkt aan verenigbaarheid van wetsvoorstellen met EU-resoluties, hoewel daar strikt genomen geen directe noodzaak voor bestaat. Een communautaire resolutie is een besluit sui generis; een besluit dat niet behoort tot de typen genoemd in artikel 249 EG-Verdrag. In het algemeen vormen resoluties – niet meer dan – een belangrijke kenbron van het communautaire beleid.

3.1.2.5.1 *Mededingingsaspecten*

Het gegeven dat nieuwe wetgeving rekening dient te houden met mededingingsregelgeving kwam aan de orde in de advisering terzake van de voorgestelde wijziging van het Besluit uitoefening artsennijbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekhoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen.⁵⁴

Van het vervallen van deze leverplicht werden verschillende voordelen verwacht voor de werking van de markt van geneesmiddelen. Die voordelen hadden betrekking op het openen van die markt voor nieuwe toetreders en op het bevorderen van gespecialiseerde apotheken. Daarbij was de gedachte, dat voor geneesmiddelen waarvan de omzet en de winsten door prijsconcurrentie sterk kunnen worden beïnvloed, het bevorderen van marktwerking voor nieuwe verstrekkers en consumenten aantrekkelijk zou zijn. In de nota van toelichting werd het voorstel dan ook geplaatst in het kader van bevordering van marktontwikkeling. De Raad constateerde in zijn advies, dat het kabinet hierover al eerder heeft opgemerkt

‘dat de nationale en Europeesrechtelijke mededingingsbepalingen meer van toepassing zullen zijn naarmate de actoren van de geneesmiddelenmarkt meer vrijheden krijgen ten aanzien van economische activiteiten. (...)’

Het voorgaande roept de vraag op welke gevolgen het voorstel aangaande mededingingsrecht heeft voor het aangaan van contractuele relaties, met inbegrip van het aanbieden en gunnen van contracten tussen enerzijds geneesmiddelenverstrekkers en anderzijds de ziektenkostenverzekeraars, ziekenfondsen en daarmee vergelijkbare contractpartijen. Daarnaast doet zich de vraag voor of het toetreden van ziekenfondsen tot de geneesmiddelenmarkt zonder het treffen van extra voorzieningen zich uit een oogpunt van machtsconcentratie verdraagt met de mededingingsbepalingen, waarover zonodig de Nederlandse mededingingsautoriteit een oordeel dient te geven’.⁵⁵

De Raad adviseerde op de hiervoor gestelde vragen in te gaan in de nota van toelichting.

3.1.2.5.2 *Vrij verkeer*

Een verwijzing naar het communautaire verbod om belemmeringen op te werpen terzake van het vrije verkeer is te lezen in het advies van de Raad bij het ontwerpbesluit tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering in verband met het wijzigen van de aanspraak op farmaceutische hulp.⁵⁶

Een fabrikant of importeur van geneesmiddelen – de registratiehouder – kan bij de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een aanvraag indienen om een geneesmiddel aan te wijzen waarvoor, na registratie, een vergoeding kan worden toegekend. Het gaat hierbij uitsluitend om geneesmiddelen die niet zijn in te delen in een groep van onderling vervangbare middelen maar wel een thera-

54 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III.

55 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 5.

56 Advies Raad van State van 1 maart 2002, no. W13.01.0596/III.

peutische meerwaarde hebben ten opzichte van bestaande geneesmiddelen. Het voorliggende ontwerpbesluit verplichtte de registratiehouder om bij de aanvraag tot toelating tot het geneesmiddelen-vergoedingssysteem (GVS) bepaalde gegevens op grond van een farmaco-economisch onderzoek aan te leveren. Dit onderzoek geeft inzicht in de verhouding tussen de kosten en de gezondheidseffecten van deze geneesmiddelen.

De Raad was hierover in beginsel sceptisch:

‘De in het ontwerpbesluit voorgestelde bepaling, welke inhoudt dat de aanvrager een farmaco-economisch onderzoeksrapport moet aanleveren bij de aanvraag, leidt tot een belemmering van het vrije verkeer. Hoewel de maatregel geldt voor zowel in Nederland als in het buitenland geproduceerde geneesmiddelen, is het gevolg van deze maatregel dat bepaalde geneesmiddelen – afhankelijk van het wel of niet zijn toegelaten tot het GVS – wel en andere niet in Nederland zullen worden verkocht.

Problematisch is in dit verband in het bijzonder dat van het voorgestelde als zodanig een conserverende werking uitgaat: geneesmiddelen die reeds zijn opgenomen in het GVS worden erdoor niet getroffen. Dergelijke informatieverstreking is immers slechts in het kader van de aanvraagprocedure aan de orde. Dit maakt het moeilijk voor nieuwe aanbieders van geneesmiddelen om tot de markt toe treden. De thans voorgestelde eis van een farmaco-economisch onderzoek verhoogt de drempel. De feitelijke verkoopbaarheid van geneesmiddelen die wel geregistreerd worden, maar niet in aanmerking komen voor opname in het GVS, dreigt op de – Nederlandse – geneesmiddelenmarkt illusoir te worden’.

De aanwezige scepsis verdween echter vervolgens:

‘Voor een belemmering van het vrije verkeer kan een rechtvaardiging bestaan. Die lijkt qua doelstelling in dit geval wel aanwezig. Het is in een (sociaal) verzekeringsstelsel redelijk om de rationaliteit van het opnemen van geneesmiddelen in het ziekenfondspakket onder ogen te zien. Dat daarbij keuzes moeten worden gemaakt is onvermijdelijk’.⁵⁷

Hierna ging de Raad uitgebreid in op de vraag – ervan uitgaande dat een rechtvaardiging bestond voor een dergelijke toets – of de voorgestelde methode proportioneel was; dat wil zeggen geschikt voor het te bereiken doel en op een wijze vormgegeven die het vrije verkeer zo min mogelijk zou belemmeren. Met deze vraag raakte de Raad een ander kwaliteitscriterium: *Evenredigheid*, hetgeen beschreven wordt in paragraaf 5.1.3.

Voor maatregelen die leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van goederen kan ook uit het oogpunt van volksgezondheid een rechtvaardigingsgrond bestaan. Indien in hetzelfde geval echter zowel de effectiviteit als de evenredigheid van de voorgestelde maatregel twijfel oproept, maakt dat de maatregel kwetsbaar in het licht van het gemeenschapsrecht.

Het ontwerp tot wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen beoogde maatregelen te treffen om de gevolgen van besmetting van pluimveevlees met salmonella en campylobacter tegen te gaan.⁵⁸ Geconstateerd werd dat de pluimveesector met behulp van het in 1997 opgestelde plan van aanpak er niet in was geslaagd de besmetting van pluimveevlees tot aanvaardbare proporties te reduceren. Omdat alternatieve methoden om de besmettingsgraad te verminderen, ontbraken, werden in het ontwerpbesluit – met het oog op de bescherming van de volksgezondheid – nieuwe maatregelen voorgesteld. Deze zouden leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van goederen.

De Raad bevestigde dat in beginsel voor het treffen van maatregelen uit een oogpunt van volksgezondheid een rechtvaardigingsgrond kan bestaan. Hij constateerde echter dat de maatregelen:

57 Advies Raad van State van 1 maart 2002, no. W13.01.0596/III, p. 2.

58 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III.

‘niet op de juiste wijze zijn toegesneden op het bereiken van dat (gerechtvaardigde, EH) doel. Daardoor voldoen de maatregelen niet aan eisen van evenredigheid en zijn zij kwetsbaar in het licht van gemeenschapsrecht’.⁵⁹

Voorts was het ontwerpbesluit – zoals blijkt uit de toelichting – onderworpen aan de notificatie-procedure.

‘Mede gezien de hiervoor uitgesproken zorg over de verenigbaarheid van het ontwerpbesluit met het gemeenschapsrecht, gaat de Raad ervan uit dat het ontwerpbesluit nogmaals aan hem voor advies zal worden voorgelegd, indien het oordeel van de Europese Commissie of van de lidstaten aanleiding geeft tot veranderingen van meer dan bijkomstige aard en dat de reacties van de Europese Commissie en de lidstaten aan de Raad zullen worden gezonden’.⁶⁰

3.1.2.5.3 Verenigbaarheid met resoluties van de EU

Resoluties zijn in het algemeen niet op een rechtsgevolg gericht, maar vormen het politieke kader voor concrete besluiten, zoals communautaire richtlijnen en verordeningen. Dat een Resolutie niet meer is dan een politieke wilsverklaring, is ook het standpunt van het Hof van Justitie van de EG.⁶¹ Niet-nakoming ervan door lidstaten kan dan ook geen schending van het EG-Verdrag opleveren.⁶² Wel kunnen zij een inspiratiebron zijn voor het Hof van Justitie, in het kader van zijn rechtsprekende taak als bedoeld in artikel 220 EG-Verdrag. Aannemelijk is dat de Raad het in dit licht wenselijk acht om voorgenomen nationale regelgeving te toetsten aan communautaire resoluties.

De verenigbaarheid van een wetsvoorstel met een EU-(ontwerp)resolutie kwam aan de orde in het advies van de Raad bij de Wijziging van het Wetboek van Strafvordering c.a. in verband met de aanpassing van de bevoegdheden met betrekking tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie.⁶³ Ten tijde van het wetsvoorstel had de Raad van de EU een ontwerpresolutie betreffende de nationale behoeften van de wetshandhaving op het gebied van publieke telecommunicatienetwerken en -diensten in behandeling. Deze was inmiddels aan de Staten-Generaal gemeld en besproken met de vaste commissies van de Tweede Kamer voor Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.⁶⁴ De Raad van State beval aan:

‘in de toelichting in te gaan op de verhouding van het wetsvoorstel met de genoemde ontwerpresolutie en het Nederlandse standpunt met betrekking tot die ontwerpresolutie. Daarbij verdient het aanbeveling, in het bijzonder aan te geven of de bewaartermijn van drie maanden, die in het wetsvoorstel is voorzien,⁶⁵ voldoende aansluit bij de strafforderingspraktijk in de andere lidstaten van de Europese Unie’.⁶⁶

3.1.3 Verenigbaarheid met hoger recht: overig internationaal recht

Elk voorstel wordt getoetst aan Nederland bindende mensenrechtenverdragen. Het EVRM en het IVBPR spelen daarbij de belangrijkste rol. Toetsing aan andere verdragen die voor Nederland gelden is wel de bedoeling, maar daarbij kan geen volledigheid worden gepretendeerd.⁶⁷

Een enkele maal somt de Raad in een advies letterlijk op waaraan werd getoetst. In zijn advies bij het wetsvoorstel betreffende de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers gaf hij aan:

59 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 1.

60 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 5.

61 Zaak 59/75, Manghera.

62 Zaken 90 en 91/63, Commissie / België en Luxemburg.

63 Kamerstukken II 2001-2001, 28 059, B.

64 Kamerstukken II 2000-2001, 23 490 nrs. 6h en 191, p. 5; Kamerstukken II 2000-2001, 23 490 nr. 183, p. 11-12.

65 In voorgesteld artikel 13.4 lid 2 Telecommunicatiewet.

66 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 8.

67 Aldus W. Konijnenbelt, *RegelMaat* 1999, p. 206.

‘De Raad van State (...) heeft het voorstel onder meer tegen het licht van de Grondwet gehouden, van mensenrechtenverdragen en Europese en andere “Prison Rules”. (...)’

De European Prison Rules en de Ecosoc Rules hebben het karakter van aanbevelingen. Dit neemt niet weg dat de betrokken standaarden moeten worden beschouwd als uitgangspunten waarvan alleen om dringende redenen mag worden afgeweken, op basis van een dragende motivering’.⁶⁸

3.1.3.1 Overeenstemming met het EVRM

3.1.3.1.1 Toetsing aan het EVRM in een bredere context

In een aantal gevallen maakt toetsing van een wetsvoorstel aan het EVRM deel uit van een ruimer toetsingskader. Het EVRM waarborgt immers tal van (mensen)rechten die ook in andere verdragen en wetten zijn neergelegd. De Raad van State toetst dan niet alleen aan een of meer toepasselijke EVRM-bepalingen, maar ook aan verwante verdragsbepalingen, de Grondwet of andere wetten in formele zin. Het advies terzake van het wetsvoorstel DNA-onderzoek bij veroordeelden toonde een dergelijke toetsing.

Middels een vraag in een aanbiedingsbrief werd expliciet gevraagd om een toetsing aan bepalingen uit het EVRM, de Grondwet en het Wetboek van Strafvordering. De aanbiedingsbrief maakte deel uit van het totstandkomingsproces van het voorstel van wet DNA-onderzoek bij veroordeelden.⁶⁹

Het afnemen van celmateriaal voor DNA-onderzoek was ten tijde van het wetsvoorstel mogelijk op grond van bepalingen in het Wetboek van Strafvordering (Sv) ten aanzien van verdachten in het belang van het tegen die verdachten ingestelde voorbereidende onderzoek. Het voorstel verruimde de mogelijkheid tot afname door deze ook toe te staan met betrekking tot veroordeelden wegens in het voorstel nader aangegeven gewelds- of zedenmisdrijven. Daarbij werd niet verwezen naar enig direct onderzoeksbelang. De vraag in de aanbiedingsbrief luidde hoe gedwongen en vrijwillig DNA-onderzoek bij ex-veroordeelden zich verhield tot de artikelen 7 en 8 EVRM, artikel 1 Gw en artikel 1 Sv.

De Raad startte met de toetsing aan artikel 1 Gw en betrok daarbij meteen artikel 14 EVRM. Beide artikelen bevatten het verbod van discriminatie; de vraag met betrekking tot artikel 1 Gw betreft uitsluitend de eerste zin van die bepaling, aangezien van discriminatie in de zin van de tweede zin geen sprake is. In het licht van de gestelde vraag ging het erom of het wetsvoorstel geen ongelijke behandeling van gelijke gevallen teweeg zou brengen. De Raad meende dat daarvan niet kon worden gesproken:

‘Er is namelijk een wezenlijk en relevant verschil met betrekking tot de opsporing en het voorkomen van strafbare feiten tussen personen die voor een gewelds- of zedenmisdrijf veroordeeld zijn en personen van wie dat niet gezegd kan worden’.⁷⁰

Dat verschil was volgens de Raad voldoende rechtvaardiging voor het opleggen van een verplichting aan de eerstbedoelde personen om mee te werken aan de afneming van celmateriaal.

Ten tweede kwam de verhouding met artikel 7 EVRM aan bod, waarin het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is neergelegd:

‘Naar het oordeel van de Raad is van strijd met artikel 7 EVRM geen sprake. De Raad sluit zich op dit punt aan bij de standpunten die door de door de regering geraadpleegde hoogleraren zijn ingenomen en die door de regering zijn overgenomen in paragraaf 6.2 van de memorie van toelichting.

De Raad is van oordeel dat het DNA-onderzoek niet als een straf, in de zin van artikel 7 EVRM kan worden aangemerkt.⁷¹ In de eerste plaats is de consequentie van een andere opvatting dat in wezen

68 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 1.

69 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685. De aanbiedingsbrief was gedateerd 27 februari 2002.

70 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 5.

geen enkel nieuw dwangmiddel dat strekt tot waarheidsvinding mag worden gehanteerd omdat de verdachte daardoor in een nadeliger positie komt te verkeren. Dat vindt geen steun in het recht. Uitgangspunt is immers dat nieuwe dwangmiddelen mogen worden toegepast in onderzoeken in lopende zaken, tenzij anders wordt bepaald. In de tweede plaats is een opsporingsmiddel bezwaarlijk aan te merken als straf.

Ten slotte wijst de Raad op jurisprudentie⁷² waarin het Europese Hof uitdrukkelijk stelt dat de ernst van de maatregel op zichzelf niet beslissend is'.⁷³

De Raad concludeerde dat DNA-onderzoek bij veroordeelden geen straf in de zin van artikel 7 EVRM oplevert.

Vervolgens beoordeelde de Raad de gestelde vraag in het licht van artikel 8 EVRM: de bepaling waarin het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven is vastgelegd.

‘Vooropgesteld zij dat geen rechtspraak van het EHRM voorhanden is op grond waarvan deze vraag eenduidig kan worden beantwoord. De belangrijkste vragen in dit verband zijn of de inmenging een legitiem doel heeft en of de inmenging “is necessary in a democratic society”. DNA-onderzoek bij veroordeelden heeft verschillende doelen, te weten het opsporen van strafbare feiten en het voorkomen daarvan. Beide doelen lijken te vallen onder de doelen waarvoor artikel 8 lid 2 EVRM een inmenging toelaat: het voorkomen van strafbare feiten en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen. (...)’

Aangenomen mag worden dat het opsporen van strafbare feiten eveneens valt onder het voorkomen van strafbare feiten. Er zijn verschillende arresten waarin het EHRM opsporingsbevoegdheden, zoals huiszoeking, heeft erkend als legitiem doel.⁷⁴ (...)’

Een en ander maakt DNA-onderzoek tot een uniek opsporingsmiddel, waarvoor geen geschikt alternatief voorhanden lijkt. (...)’

Resumerend meent de Raad dat de afname van DNA bij veroordeelden die hun straf hebben ondergaan een inmenging in de uitoefening van het privacyrecht betekent die wordt gerechtvaardigd door zwaarwegende belangen van opsporing en het voorkomen van ernstige misdrijven. Naar het oordeel van de Raad is bij het afnemen van DNA bij veroordeelden die hun straf hebben ondergaan aan de proportionaliteitseis voldaan zodat in dat opzicht geen strijd met artikel 8 EVRM bestaat’.

Ten slotte werd de vraag gelegd naast artikel 1 Sv.

‘Naar algemene opvatting kunnen nieuwe strafvorderlijke bevoegdheden, ook in lopende onderzoeken, worden toegepast, zolang de wetgever geen andere regeling treft. Van strijd met artikel 1 Sv zal dan ook geen sprake zijn’.⁷⁵

Toetsing aan een specifieke EVRM-bepaling

Het komt voor dat de Raad uitgebreid ingaat op één afzonderlijke verdragsbepaling. In een aantal van de geselecteerde adviezen speelden de artikelen 5, 6 en 8 EVRM een prominente rol.

71 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 5 (voetnoot): “In zijn advies meende R.A. Lawson namelijk dat ingeval DNA-materiaal wordt gebruikt voor het opsporen en vervolgen van strafbare feiten die de veroordeelde voor de inwerkingtreding van de onderhavige wet heeft gepleegd, de betrokkene in een nadeliger positie wordt gebracht. Lawson was van mening dat het EHRM het DNA-onderzoek dat wordt gebruikt voor de opsporing van oude feiten daarom zal aanmerken als straf in de zin van artikel 7 EVRM”.

72 EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606, m.nt. Kn (Welch), paragraaf 32.

73 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 5.

74 Bijvoorbeeld EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz).

75 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 6.

3.1.3.1.2 Toetsing aan artikel 5 EVRM

Artikel 5 EVRM geeft waarborgen voor het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid. Een toetsing aan deze Verdragsbepaling vond plaats in het advies van de Raad terzake van de voorgestelde Wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in het kader van aanpassing van de ontnemingswetgeving.⁷⁶ Het wetsvoorstel had tot doel enige in de praktijk gebleken knelpunten en onduidelijkheden weg te nemen. De belangrijkste wijzigingen betroffen de regeling van de vervangende hechtenis, de bepaling van de omvang van de betalingsplicht en de schikkings- en transactiebevoegdheid.

In de adviesaanvraag was de Raad verzocht in het bijzonder aandacht te besteden aan het vervallen van de resterende betalingsverplichting na het volledig ondergaan van de vervangende hechtenis. Op grond van het ten tijde van het voorstel geldende recht beveelt de rechter dat vervangende hechtenis (van ten hoogste zes jaar) zal worden toegepast indien de door hem opgelegde verplichting tot betaling van een bedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel niet wordt nageleefd. In het voorontwerp van het nu aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel was voorgesteld het vooraf opleggen van vervangende hechtenis te vervangen door de mogelijkheid in de executiefase lijfswang (van ten hoogste drie jaar) op te leggen. Anders dan in de huidige regeling zou de betalingsverplichting blijven bestaan na het uitzitten van de lijfswang. Met dit voorstel werd tegemoetgekomen aan de kritiek dat de rechterlijke betrokkenheid in de executiefase in de huidige regeling te beperkt was, waardoor onvoldoende maatwerk kon worden geleverd.

Dat voorstel stuitte echter op veel kritiek en in het onderhavige voorstel werd daarom een andere oplossing voorgesteld.⁷⁷ De bestaande regeling zou flexibeler worden gemaakt door de mogelijkheden van rechterlijke toetsing in de executiefase te verruimen. De beperking dat de rechter in die fase het opgelegde bedrag of de hechtenis slechts bij ‘nova’ mag verminderen, zou worden geschrapt.⁷⁸ Ook de bepaling dat de vervangende hechtenis niet wordt verminderd door het voldoen van slechts een deel van het verschuldigde bedrag zou komen te vervallen.⁷⁹ Als de vervangende hechtenis volledig is ondergaan, vervalt de resterende betalingsverplichting.

De Raad constateerde dat de hechtenis in die gevallen niet als pressiemiddel dient om te betalen, maar als ‘vervangende straf’.⁸⁰

‘Het achterliggende probleem lijkt te zijn dat de huidige regeling onvoldoende rekening houdt met de (ontwikkeling van de) mogelijkheid tot betaling door de veroordeelde; als in de executiefase blijkt dat de veroordeelde niet (meer) kan voldoen aan zijn betalingsverplichting, kan hij niettemin in hechtenis worden genomen. (...)’

Een dergelijke toepassing van de regeling staat echter op gespannen voet met artikel 5 van het EVRM. In dit artikel is bepaald in welke gevallen iemand zijn vrijheid kan worden ontnomen. De regeling van de vervangende hechtenis in het kader van de ontnemingswetgeving kan slechts worden beschouwd als een “arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court in order to secure the fulfillment of any obligation prescribed by law” als bedoeld in onderdeel b van artikel 5 lid 1 EVRM. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat vrijheidsbeneming op grond van het nationale recht in het licht van deze bepaling slechts is toegestaan wegens niet-naleving van een rechterlijk bevel. Indien en zolang de veroordeelde in betalingsonmacht verkeert, is vrijheidsbeneming op grond van onderdeel b gelet op het doel van de hechtenis niet mogelijk’.⁸¹

In de op dat moment geldende regeling van de vervangende hechtenis in het kader van de ontnemingswetgeving was de beperking dat bij betalingsonmacht niet vervangend mag worden gehecht, niet

76 Kamerstukken II 2001-2002, 28 079, A.

77 Zie paragraaf 4.3 van de memorie van toelichting.

78 Artikel 577b lid 2 Sv.

79 Artikel 24d lid 2 Sr.

80 Kamerstukken II 2001-2002, 28 079, A, p. 3.

81 Hof Amsterdam, 21 januari 1999, NJ 1999, 488.

opgenomen. Naar het oordeel van de Raad kwam het karakter van de vervangende hechtenis als pressiemiddel om te betalen onvoldoende uit de verf in het wetsvoorstel:

‘Indien de vervangende hechtenis moet dienen als pressiemiddel, ligt het niet voor de hand de betalingsverplichting voor betalingsonwilligen te laten ophouden nadat de hechtenis is ondergaan’.

Zoals hiervoor al werd opgemerkt was in het voorontwerp van wet (naar mag worden aangenomen in verband hiermee) bepaald dat de betalingsverplichting zou blijven bestaan na het uitzitten van de lijfswang. In het voorliggende wetsvoorstel was hiervan echter weer afgezien. De Raad adviseerde:

‘op dit punt terug te keren naar de oorspronkelijk beoogde wetswijziging en de hechtenis zo in te richten dat deze als – uiteraard proportioneel toe te passen – pressiemiddel kan fungeren. (...) De Raad geeft in overweging binnen de strafrechtelijke context van het wetsvoorstel en met inachtneming van het in artikel 5 EVRM gegeven kader de hechtenis als pressiemiddel ter nakoming van de opgelegde betalingsverplichting vorm te geven’.⁸²

Een uitgebreide toetsing aan de jurisprudentie van het EHRM op het gebied van artikel 5 EVRM vond plaats in het advies bij de Wijziging van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz).⁸³ De Wet Bopz voorziet in de mogelijkheid om psychiatrische patiënten die een gevaar opleveren voor zichzelf of voor anderen onder dwang op te nemen. Voor psychiatrische patiënten die geen gevaar opleveren werd in het wetsvoorstel het beginsel van zelfbinding geïntroduceerd.

De Raad van State ging in op de vraag of het voorstel zich verdraagt met de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 5 van het EVRM, en onderzocht hiertoe de relatie met het Winterwerp-arrest en de zaak Varbanov tegen Bulgarije.⁸⁴ In de laatste uitspraak werd bepaald dat vrijheidsbeneming van een psychiatrische patiënt alleen gerechtvaardigd kan zijn indien het advies van een medische expert ingewonnen wordt. Het wetsvoorstel schreef dit niet voor.

De Raad adviseerde te voorzien in het vereiste van een actuele medische verklaring en daarnaast te bepalen dat familieleden en andere bekenden van de betrokkene niet bevoegd zijn tot het afleveren van een dergelijke verklaring, zoals het Varbanov-arrest vereist.

3.1.3.1.3 Toetsing aan artikel 6 EVRM

De Raad verwees zijdelings naar artikel 6 EVRM in zijn advies bij het wetsvoorstel Verbetering poortwachter.⁸⁵ Het voorstel was gericht op verbetering van de procesgang in het eerste ziektejaar en gaf nieuwe regels voor de ziekmelding, de reïntegratie en de wachttijd van werknemers alsmede met betrekking tot de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever.

De Raad was zeer kritisch over het voorstel en concludeerde aan het einde van het algemene deel van zijn advies:

‘alles overziende, dat niet alleen een analyse van het probleem van het langdurig ziekteverzuim ontbreekt, maar dat er belemmeringen zijn die de kans op succes van de voorgestelde maatregelen in de weg kunnen staan, en dat de gevolgen van het wetsvoorstel onvoldoende zijn overzien. Om deze redenen meent hij dat het voorstel zoals het nu luidt niet moet worden ingediend’.⁸⁶

Hij adviseerde vervolgens bij de heroverweging van het wetsvoorstel ook aandacht te besteden aan een aantal andere punten, waarvan artikel 6 EVRM er één was. Voor de toepasselijkheid van de rechten uit dit artikel – enkele fundamentele waarborgen voor het rechtsgeding – is het van belang dat een geding ziet op de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen of op het bepalen van de gegrondheid

⁸² Kamerstukken II 2001-2002, 28 079, A, p. 4.

⁸³ Kamerstukken II 2001-2002, 28 283, A.

⁸⁴ Winterwerp: NJ 1980, 114, alsmede het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2001/02, 27 289, C, p. 2; Varbanov tegen Bulgarije: 5 oktober 2000, r.o. 47.

⁸⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A.

⁸⁶ Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 9.

van een ingestelde strafvervolgung. In het eerste geval staan ‘civil rights and obligations’ centraal, voor het tweede is vereist dat de strafvervolgung ziet op een ‘criminal charge’.

Uit de toelichting bij het wetsvoorstel kon worden opgemaakt dat – gezien de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep – gesteld kon worden dat een besluit van het Lisv tot verlenging van de loondoorbetalingsplicht geen ‘criminal charge’ is in de zin van artikel 6 EVRM. Een specifieke verwijzing naar jurisprudentie ontbrak echter. De Raad trok vervolgens zelf een vergelijking met een CRvB-uitspraak:

‘Voor zover wordt bedoeld op een uitspraak van de CRvB van 15 februari 1995⁸⁷ over de zogeheten malusregeling in de destijds bestaande Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, merkt de Raad het volgende op. (...) De CRvB was van oordeel dat de malus geen “criminal charge” is. De verlenging van de loondoorbetalingsplicht is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de malusregeling waarover de CRvB oordeelde, maar heeft toch ook een eigen karakter. (...)’

De omstandigheid dat de hoogte van de sanctie zal worden afgestemd op de aard en de ernst van het verzuim zou kunnen duiden op een punitieve sanctie. De gerichtheid van de maatregel op het bereiken van inspanningen die alsnog op reïntegratie zijn gericht, wijst daarentegen meer in de richting van een herstelsanctie’.⁸⁸

De Raad adviseerde het – klaarblijkelijk – beoogde reparatoire karakter van de verlenging duidelijk in de regeling tot uitdrukking te brengen en er een toereikende toelichting bij te geven.

3.1.3.1.4 Toetsing aan artikel 8 EVRM

In het advies bij het voorstel tot Wijziging van het Wetboek van Strafvordering c.a. ging de Raad in op de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM.⁸⁹ Het wetsvoorstel bracht een wijziging in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie. Bij vertrouwelijke communicatie wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen de ‘eigenlijke communicatie’ (een telefoongesprek of de inhoud van een brief) en de zogeheten ‘verkeersgegevens’ (gegevens over de gevoerde of nog te voeren communicatie). Het wetsvoorstel had alleen betrekking op telecommunicatie die plaatsvindt over de openbare telecommunicatienetwerken (telefoon, fax, internet en e-mailverkeer) en betrof het opvragen van gegevens met betrekking tot telecommunicatie ten behoeve van de strafvordering en ten behoeve van de activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Ten tijde van het wetsvoorstel konden alleen verkeersgegevens worden gevorderd van telecommunicatie waarvan het vermoeden bestond dat de verdachte eraan had deelgenomen.

Voorgesteld werd om dit vereiste te laten vervallen: de verkeersgegevens kunnen betrekking hebben op iedere andere gebruiker, mits het vorderen van die gegevens in het belang is van het strafvorderlijk onderzoek. In de toelichting was een beschouwing opgenomen over de verenigbaarheid van het voorstel met artikel 8 EVRM. De Raad merkte op:

‘In deze beschouwing wordt echter niet aannemelijk gemaakt waarom het schrappen van het verdachte-vereiste voorziet in een duidelijk gevoelde behoefte vanuit de praktijk, die een rechtvaardiging vormt om het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer op dit punt opzij te zetten’.⁹⁰

De Raad adviseerde de toelichting aan te vullen.

In hetzelfde wetsvoorstel werd naast de categorie ‘verkeersgegevens’ ook de categorie ‘gebruikersgegevens’ geïntroduceerd; een nieuwe categorie gegevens die ten behoeve van de strafvordering en

87 CRvB 15 februari 1995, RSV 1996/214, r.o. 4.2.

88 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10.

89 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B.

90 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 2.

door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen worden opgevraagd.⁹¹ Gebruikersgegevens zouden op grond van het voorstel kunnen worden gevorderd bij verdenking van een strafbaar feit, bij verdenking van georganiseerde misdrijven en bij zogeheten verkennend onderzoek. Ten tijde van het voorstel gebeurde dat op basis van artikel 11 lid 2 Wet persoonsregistraties. De toelichting bij het voorstel stelde dat deze regeling niet voldoende is toegesneden op de omstandigheden die bij de strafrechtelijke handhaving een rol spelen. De Raad volgde deze redenering, maar merkte op:

‘Gebruikersgegevens vallen onder de bescherming van artikel 10 GW en artikel 8 EVRM. Anders dan in de toelichting wordt gesteld kan niet worden volstaan met de constatering dat de bevoegdheid niet hoeft te worden getoetst aan deze twee bepalingen, nu de – ruimere – bevoegdheid om verkeersgegevens te vorderen aan die twee bepalingen is getoetst. De bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen wordt immers toegekend voor een veel groter aantal gevallen. Die toetsing vindt in feite ook plaats, nu het opsporingsbelang wordt afgewogen tegen het belang dat zorgvuldig wordt omgegaan met persoonsgegevens. Met die afweging kan de Raad instemmen, maar het is van belang dat wordt onderkend dat het hier in feite gaat om een toetsing aan het EVRM-vereiste dat de bevoegdheid noodzakelijk is in een democratische samenleving. De toelichting dient op dat punt te worden aangevuld’.⁹²

Ook de Registratiekamer had er al op gewezen dat het stellen van nadere waarborgen wenselijk was, aangezien de bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen een beperking vormde van de grondrechten uit artikel 10 Gw en artikel 8 EVRM.⁹³ De regering achtte dit niet nodig, omdat de bevoegdheid alleen selectief gebruikt zou worden voor het opvragen van gegevens die betrekking hebben op een vooraf gekozen persoon. De Raad merkte op dat:

‘deze constatering op zichzelf juist zou kunnen zijn, maar niet afdoet aan de opmerking van de Registratiekamer. De nu bestaande bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn onderworpen aan enkele waarborgen: processen-verbaal en andere gegevens moeten worden gevoegd bij de processtukken; aan betrokkene moet schriftelijk mededeling worden gedaan van de uitoefening van de bevoegdheden zodra het belang van het onderzoek dat toelaat; en op termijn moet in beginsel alles worden vernietigd. De regering acht het onwerkbaar om deze waarborgen toepasselijk te laten zijn op de bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen, gelet op het grote aantal verzoeken om deze gegevens per jaar. Dit argument kan ook worden omgedraaid: de noodzaak om te voldoen aan de genoemde waarborgen kan dwingen tot een nauwkeuriger afweging of het vorderen van de gegevens – zoals gezegd een beperking van grondrechten – echt noodzakelijk is. Het verdient dan ook overweging de consistentie van de argumentatie te verbeteren’.⁹⁴

Artikel 8 EVRM speelde eveneens een belangrijke rol in de advisering bij het wetsvoorstel DNA-onderzoek bij veroordeelden.⁹⁵ In paragraaf 3.1.1 van dit hoofdstuk werd al aandacht geschonken aan dit voorstel; op die plaats in het licht van toetsing aan het EVRM in een bredere context. In deze paragraaf wordt de toetsing van het voorstel aan artikel 8 EVRM nader beschreven.

Het wetsvoorstel voorzag in DNA-onderzoek bij personen die zijn veroordeeld wegens bepaalde gewelds- of zedenmisdrijven. Dit instrument beoogde twee doelen te dienen: het kon de opsporing van – oude en nieuwe – strafbare feiten vergemakkelijken en het kon de verdachte ervan weerhouden nieuwe feiten te begaan. Het voorstel zou onmiddellijke werking hebben, wat inhield dat het ook betrekking had op personen die ten tijde van de inwerkingtreding al zijn veroordeeld en hun vrijheidsstraf nog ondergaan.

De Raad stelde voorop dat de afname van DNA-materiaal bij veroordeelden en het verdere gebruik van het opgeslagen materiaal een inmenging vormen in de uitoefening van het recht op respect voor

91 Het gaat dan om naam, adres, postcode, woonplaats, nummer en soort dienst van een gebruiker van telecommunicatie. Nummer ziet op telefoon, e-mailadres en internetprotocoladres.

92 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 3-4.

93 Advies van 18 november 2000, kenmerk z2000-0478, p. 10.

94 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 5.

95 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A.

het privé-leven, zoals neergelegd in artikel 8 van het EVRM.⁹⁶ Artikel 8 lid 2 geeft aan voor welke doelen en onder welke voorwaarden inmenging in de uitoefening van dat recht is toegelaten. In het licht van het wetsvoorstel is de vraag van belang of met de inmenging één van de in lid 2 – limitatief – opgesomde doelen wordt nagestreefd en of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De toelichting bij het voorstel stelde dat de doelen van het DNA-onderzoek bij veroordeelden vielen onder de legitieme doelen zoals opgenomen in artikel 8 lid 2 EVRM.⁹⁷ Die stelling werd echter niet nader toegelicht. De Raad constateerde:

‘In het bijzonder dient, onder verwijzing naar relevante rechtspraak van het EHRM, te worden toegelicht dat de opsporing van reeds begane strafbare feiten en vervolging van verdachten van die feiten kunnen worden gebracht onder het doel het voorkomen van strafbare feiten’.⁹⁸

Een van de centrale punten van de toetsing aan artikel 8 EVRM is of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving. De Raad lichtte toe dat het daarbij gaat om een proportionaliteits-toets: er dient een afweging te worden gemaakt tussen het privacyrecht en het publieke belang dat met de inmenging wordt gediend, alsmede de rechten en vrijheden van anderen, waaronder bovenal de rechten van slachtoffers van misdrijven:

‘Essentieel is of voor de inmenging een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat (“pressing social need”) en of er een juiste afweging is gemaakt tussen het nagestreefde doel en de wijze waarop de inmenging plaatsvindt. In dat verband zijn geschikte, het desbetreffende grondrecht minder beperkende, alternatieven om de beoogde doeleinden te bereiken relevant. Op mogelijke alternatieven voor DNA-onderzoek bij veroordeelden wordt in de toelichting evenwel niet ingegaan, terwijl het in de toelichting genoemde maatschappelijke draagvlak op zichzelf niets zegt over de “pressing social need”.

De Raad combineerde de toets aan artikel 8 vervolgens met een toets aan artikel 14 EVRM. Uit dit artikel volgt dat een inmenging op het privacyrecht geen discriminatie mag opleveren.

‘Gesteld kan worden dat een gevolg van het DNA-onderzoek bij veroordeelden is dat een verdachte van een misdrijf wiens DNA in verband met een eerdere veroordeling is opgenomen in de DNA-databank, in een nadeliger positie komt dan de verdachte van datzelfde misdrijf wiens DNA niet is opgenomen in de databank. In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag hoe de inmenging in het privacyrecht van artikel 8 EVRM bij veroordeelden zich verhoudt tot het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM’.⁹⁹

De Raad adviseerde de toetsing door de wetgever aan artikel 8 EVRM nader te motiveren, in het bijzonder het standpunt dat DNA-onderzoek voor het opsporen van begane feiten valt onder de legitieme doelen van artikel 8 lid 2, en voorts aandacht te besteden aan de vraag hoe de inmenging op het privacyrecht als gevolg van afname van DNA bij veroordeelden zich verhoudt tot het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM.

3.1.3.1.5 Overeenstemming met het Eerste Protocol bij het EVRM

De verplichte overgang van materieel zoals voorgesteld in de Concessiewet personenvervoer per trein diende volgens de Raad verenigbaar te zijn met de bepalingen betreffende de bescherming van eigendom in het Eerste Protocol bij het EVRM. De oude concessiehouder zou op grond van de voorgestelde wijziging de eigendom verliezen over het materieel, wat beschouwd zou kunnen worden als een vorm

96 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 2.

97 In casu: het voorkomen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van anderen.

98 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 3.

99 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 3.

van onteigening. In het geval het materieel geleasd is van derden zou de overgang het onmogelijke gevolg kunnen hebben dat hij buiten zijn medewerking een andere contractspartner krijgt.

‘Te bezien ware tegen die achtergrond of de voorgestelde verplichte overgang niet vervangen kan worden door een regeling die meer recht doet aan de verschillende mogelijke situaties, bijvoorbeeld in het kader van het “conours” van een nieuwe concessie’.¹⁰⁰

3.1.3.2 *Overeenstemming met overig internationaal recht*

Het advies bij het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers illustreert dat de Raad van State ook naar de verenigbaarheid met andere verdragen kijkt.¹⁰¹ De toetsing aan artikel 10 IVBPR werd hierin gecombineerd met een toetsing aan de European Prison Rules, de Ecosoc Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen.

In zijn advies refereerde de Raad van State nadrukkelijk aan artikel 10 van het IVBPR. Dit artikel geeft waarborgen betreffende de bejegening bij vrijheidsberoving, de scheiding van verdachten en veroordeelden en ziet op heropvoeding en reclassering. Het wetsvoorstel was erop gericht op zeer korte termijn de knelpunten op te lossen die werden ondervonden bij de insluiting van bolletjesslikkers die op Schiphol binnenkomen. Het verklaarde de gehele Penitentiaire beginselenwet (Pbw) en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (Bjj) buiten toepassing voor de insluiting van drugskoeriers. In plaats daarvan werd een veel soberder regeling voorgesteld, met een regime dat de gedetineerden aanzienlijk minder rechten bood.

Het voorstel maakte geen onderscheid tussen verdachten en reeds veroordeelden; personen uit beide groepen konden onder het regime van de Tijdelijke regeling worden gebracht. De Raad wees in zijn advies op het volgende:

‘Artikel 10, tweede lid, onder a, van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt dat verdachten – uitzonderlijke omstandigheden voorbehouden – gescheiden moeten worden gehouden van veroordeelden. Ook al heeft Nederland daarbij een voorbehoud gemaakt, dat neemt niet weg dat de Raad het van groot belang acht het voorstel in overeenstemming te brengen met genoemde bepaling’.¹⁰²

Het resocialisatiebeginsel uit artikel 2 Pbw was niet in voorgestelde regeling opgenomen.¹⁰³ In de toelichting op artikel 7 werden de achterliggende redenen vermeld: een deel van de drugskoeriers zou na de detentie Nederland moeten verlaten en er was een tekort aan gebouwen en personeel. De Raad merkte hierover op:

‘Deze omstandigheden kunnen echter niet afdoen aan het uit artikel 10, derde lid, eerste volzin, van het BuPo-Verdrag voortvloeiende vereiste dat “het gevangenisstelsel dient te voorzien in een behandeling van gevangenen die in de eerste plaats is gericht op heropvoeding en reclassering”’.¹⁰⁴ Daarom acht de Raad het noodzakelijk het resocialisatiebeginsel op de een of andere wijze ook in het wetsvoorstel op te nemen. Zijn er in feite geen mogelijkheden voor resocialisatie, dan zal in ieder geval moeten worden verzekerd dat veroordeelden, mocht de regeling ook op hen van toepassing blijven, niet langer dan een in de wet te bepalen termijn doorbrengen in een aangewezen “voorziening”’.¹⁰⁵

100 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216, B, p. 2.

101 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A.

102 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

103 Artikel 2 lid 2 Pbw: Met handhaving van het karakter van de vrijheidsstraf of de vrijheidsbenemende maatregel wordt de tenuitvoerlegging hiervan zoveel mogelijk dienstbaar gemaakt aan de voorbereiding van de terugkeer van de betroukkene in de maatschappij.

104 Bij deze bepaling had Nederland geen voorbehoud gemaakt.

105 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 4.

Voor de invulling van het begrip ‘voorziening’ gaf het voorstel geen criterium; naar de letter van artikel 4 lid 1 zou de minister elke plaats kunnen aanwijzen als ‘voorziening’ voor de insluiting van de personen op wie de wet van toepassing is. De Raad adviseerde dan ook minimumeisen op te nemen waaraan een voorziening moet voldoen wil ze in gebruik kunnen worden genomen.

Omdat te verwachten was dat in aangewezen ‘voorzieningen’ niet alleen volwassenen, maar ook jeugdigen zouden moeten worden ondergebracht, verklaarde het wetsvoorstel behalve de Pbw ook de Bjj buiten toepassing. De detentie van jeugdige personen is echter ook verdragsrechtelijk geregeld, zo stelde de Raad:

‘Bij de detentie van jeugdige personen zal op een aantal punten in het bijzonder moeten worden gelet. Artikel 10, tweede en derde lid, van het Bupo-Verdrag schrijft voor dat jeugdige delinquenten gescheiden worden gehouden van volwassenen en dat zij worden behandeld in overeenstemming met hun leeftijd en wettelijke staat; de European Prison Rules¹⁰⁶ en de Ecosoc Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners¹⁰⁷ stellen vergelijkbare eisen. Artikel 37 van het Verdrag inzake de rechten van het kind eist dat een kind wordt behandeld op een wijze die rekening houdt met de behoeften van personen van jonge leeftijd; in het bijzonder dient ieder kind dat gedetineerd is, gescheiden te worden gehouden van volwassenen, tenzij dat niet in zijn belang zou zijn, en heeft het recht op contact met zijn familie, behoudens in buitengewone omstandigheden. (...)’

Om al deze redenen adviseert de Raad, te bepalen dat jongeren gescheiden van volwassenen zullen worden gehuisvest, en dat ook overigens wordt voorzien in de voor hen noodzakelijke voorzieningen’.¹⁰⁸

Met betrekking tot het begrip ‘voorzieningen’ vergeleek de Raad het voorgestelde artikel 7 opnieuw met artikel 10 lid 1 IVBPR:

‘Volgens artikel 7, eerste lid, zijn beslissingen die jegens een gedetineerde worden genomen “zoveel mogelijk” gericht op een humane bejegening. Artikel 10, eerste lid, van het Bupo-verdrag schrijft echter behandeling “met menselijkheid” (dat wil zeggen: humaan) dwingend voor, en artikel 37 van het Verdrag inzake de rechten van het kind herhaalt dit gebod speciaal ten aanzien van kinderen’.

De Raad adviseerde de tekst van artikel 7 aan te passen.

In verband met het buiten toepassing verklaren van de Bjj wees de Raad erop dat het Verdrag inzake de rechten van het kind (waarbij Nederland geen voorbehouden heeft gemaakt) bovendien verschillende eisen stelt aan de behandeling van jeugdige delinquenten:

‘Ook afgezien daarvan klemt hier in het bijzonder het uitgangspunt dat van de Bjj alleen dan in negatieve zin mag worden afgeweken als dat én volstrekt onvermijdelijk is én een nog steeds aanvaardbaar resultaat oplevert. Die balans maakt de toelichting niet op’.¹⁰⁹

De Raad meende dat dit alsnog zou moeten geschieden.

Voorts merkte de Raad op dat het wetsvoorstel niet voorzag in een adequate rechtsbescherming voor gedetineerden. Nu de Pbw buiten toepassing was verklaard ontstond er strijd met artikel 36 van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen:

‘De Pbw bepaalt in artikel 56 dat de gedetineerde bij binnenkomst in de inrichting op de hoogte wordt gesteld van zijn rechten en plichten. Betreft het een vreemdeling, dan dient hij bij binnenkomst te worden geïnformeerd over zijn recht de consulaire vertegenwoordiger van zijn land van zijn detentie op de hoogte te laten stellen. Deze laatste bepaling vloeit voort uit artikel 36 van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen. In het wetsvoorstel ontbreken deze rechten. De

106 In Rule 11.4.

107 In Rule 8d.

108 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 4.

109 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

gedetineerde kan zijn rechten niet adequaat uitoefenen als hij die niet kent. Op dit punt zal de Pbw moeten worden gevolgd'.¹¹⁰

3.1.4 Verenigbaarheid met het Statuut voor het Koninkrijk en de Grondwet

3.1.4.1 *Het Statuut voor het Koninkrijk*

In zijn advies bij het Twaalfde Protocol bij het EVRM refereerde de Raad nadrukkelijk aan artikel 43 van het Statuut voor het Koninkrijk.¹¹¹ De toelichtende nota bij het Protocol vermeldde dat de Nederlandse Antillen en Aruba zich nog over de wenselijkheid van medegelding beraadden. Niet-aansluiten bij het Protocol zou echter een discrepantie in rechtsbescherming betekenen tussen burgers in Nederland en burgers in de overige delen van het Koninkrijk:

‘Omdat het – mede gelet op artikel 43 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden – onwenselijk moet worden geacht dat er op het punt van het aangaan van internationale verplichtingen ter bescherming van de rechten van de mens discrepantie ontstaat tussen de delen van het Koninkrijk, verdient het aanbeveling de wenselijkheid van medegelding uit te spreken en nader in te gaan op de vooruitzichten van medegelding. Tevens zou, in het licht daarvan, het onderdeel “Gevolgen voor Nederland” dienen te worden uitgebreid met een beschouwing over het effect dat het Protocol voor de Nederlandse Antillen en Aruba zal hebben bij medegelding’.¹¹²

3.1.4.2 *De Grondwet*

De toetsing van een wetsvoorstel aan de Grondwet verdient bijzondere aandacht. Artikel 120 Gw verbiedt de rechter te treden in de grondwettigheid van wetten en verdragen, waardoor het de Staten-Generaal is die het laatste woord spreekt over verenigbaarheid van een wetsvoorstel met de Grondwet. Het advies van de Raad van State is daarbij van groot belang: de Raad pretendeert elk voorstel volledig te toetsen aan de Grondwet.¹¹³ Dit betekent dat als een advies zwijgt over de Grondwet, men er zonder meer van uit mag gaan dat de Raad het voorstel ermee in overeenstemming acht.

3.1.4.2.1 *Expliciete toetsing*

Een nadrukkelijke en uitgebreide toetsing aan de Grondwet vond plaats in het kader van de advisering terzake van het voorstel Wet dualisering gemeentebestuur.¹¹⁴ De Raad maakte in zijn advies eerst enkele opmerkingen over het verplichte dualistische stelsel – waarbij voornamelijk het kwaliteitscriterium *Subsidiariteit* betrokken werd – en toetste het voorstel vervolgens aan de Grondwet. Zijn eindoordeel luidde dat over het wetsvoorstel in deze vorm niet positief kon worden geadviseerd.

Opmerkelijk was dat niet alle staatsraden dit advies onderschreven. Gebruikmakend van zijn bevoegdheid ex artikel 24 lid 2 van de Wet op de Raad van State legde staatsraad Vis een afzonderlijk advies neer, waarin hij aangaf – anders dan de meerderheid van de Raad – geheel in te kunnen stemmen met de hoofdlijnen van het wetsvoorstel.¹¹⁵ Schreef Borman in 2000 nog dat na 1972 slechts drie keer een afzonderlijk advies werd uitgebracht; de voorliggende advisering voegt daar een nieuwe exponent aan toe.

In het verleden kwamen minderheidsadviezen vaker voor. Pas sinds de laatste decennia is sprake van ‘een algemeen aanvaarde gedragslijn’ om tot unanieme adviezen te komen, zeker waar het de wetgevingsadvisering betreft. Aardig detail is dat uitgerekend Vis in dat verband ooit opmerkte: ‘Alles is erop gericht om tot een gemeenschappelijk oordeel te komen’, sprekend over het bij staatsraden

110 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 8.

111 Staten-Generaal 2001-2002, 28 100 (R 1705), nr. 129a en A.

112 Staten-Generaal 2001-2002, 28 100 (R 1705), A 3.

113 Laatste maal verwoord in het Jaarverslag 1995 (p. 11 en 20), maar het is niet aannemelijk dat de Raad er inmiddels anders over denkt (Borman T.C., *Preadvies*, p. 39, Tjeenk Willink, Deventer, 2000).

114 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A.

115 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 38 (Bijlage 3).

levende ‘besef dat de regering niet gediend is met adviezen waarin tegengestelde opvattingen voorkomen’.¹¹⁶

Het wetsvoorstel betrof de wijziging van de Gemeentewet met het oog op de dualisering van de inrichting, de bevoegdheden en de werkwijze van het gemeentebestuur. In een dualistisch model wordt het wethouderschap losgekoppeld van het lidmaatschap van de gemeenteraad. De bevoegdheden van de raad worden ten aanzien van zijn verordenende en controlerende taak versterkt, maar zijn bestuurlijke bevoegdheden worden teruggedrongen in de richting van een veel meer controlerende functie. Bij het college worden vervolgens – voor zover de Grondwet toelaat – de bestuurlijke taken en bevoegdheden van het gemeentebestuur geconcentreerd. Verder stelde het voorstel de aanwezigheid van een rekenkamer verplicht.

De Raad startte zijn toetsing aan de Grondwet met de constatering dat de Grondwet geen uitgewerkt staatsstelsel bevat:

‘Ze is product van een lange ontwikkeling, waarbij onderwerpen zijn geregeld waarvan het op enig ogenblik in de geschiedenis van belang werd geacht er relatief duurzame bepalingen voor vast te leggen. Over de inrichting van de gemeentebesturen was de GW traditioneel tamelijk summier.(...)’

Eén van de bepalingen die de GW sinds lang kent is het huidige artikel 125 eerste lid: Aan het hoofd van de gemeente staat de gemeenteraad. In samenhang met artikel 129, dat de rechtstreekse verkiezing van de raadsleden inhoudt, is daarmee het democratische karakter van het gemeentebestuur vastgelegd. De uitwerking van de positie van de raad als hoofd van de gemeente geschiedt in de wetgeving. De belangrijkste grondwettelijke nadere bepaling is artikel 127, dat de verordenende bevoegdheid in beginsel bij de raad legt. Het voorliggende wetsvoorstel laat deze belangrijke, maar in omvang geringe taak bij de raad. Daarnaast zal de raad onder meer de bevoegdheid houden tot het benoemen en ontslaan van de wethouders, alsmede het budgetrecht. Daartegenover worden hem echter belangrijke bestuursbevoegdheden ontnomen en wordt de bestuurstaak in beginsel overgebracht naar het college. Het lot van de medebewindstaken is onzeker. Op deze wijze dreigt een uitholling van het grondwettelijke begrip “hoofd van de gemeente”.¹¹⁷

Daarnaast diende op het volgende te worden gewezen:

‘Het wetsvoorstel stelt, zoals ook uit de toelichting kan worden opgemaakt, een fundamentele verandering voor in de grondslagen van het gemeentebestuur, de inrichting daarvan en de taakverdeling daarin. Deze veranderingen zijn niet het resultaat van een geleidelijke ontwikkeling, waarbij wettelijk wordt vastgelegd wat bewezen is nuttig en nodig te zijn, maar vinden hun grondslag in opvattingen waarvan nog moet blijken hoe ze in de praktijk zullen uitwerken. De memorie van toelichting kondigt aan dat de beoogde veranderingen thans nog niet geheel en al kunnen worden doorgevoerd, omdat de GW op enkele concrete punten daaraan in de weg staat’.

De Raad noemde als voorbeelden de positie van de burgemeester en het aspect van de autonome bevoegdheden.

‘De met dit voorstel in te zetten veranderingen zijn echter in opzet zo fundamenteel dat daartoe naar het oordeel van de Raad niet behoort te worden overgegaan zonder voorafgaande grondwetswijziging die de wetgever in dit opzicht de vrije hand geeft. Grondwetswijziging is de methode die ons staatsrecht biedt om na te gaan of bepaalde staatkundige opvattingen zo ruim worden gedeeld dat er in juridische zin op mag worden gebouwd. Daarom adviseert de Raad om niet tot “verplichte dualisering” over te gaan zonder voorafgaande grondwetswijziging die deze verandering legitimeert’.¹¹⁸

116 Borman T.C., *Preadvies a.w.*, p. 67.

117 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 6.

118 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 6.

3.1.4.2.2 Toetsing aan grondrechten

Het komt voor dat de toetsing aan de Grondwet de eerste schakel is in de keten van toetsing aan grondrechten. In het advies bij het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers waren (onder meer) de grondrechten van gedetineerden voorwerp van toetsing.¹¹⁹ Het voorstel strekte ertoe om op zeer korte termijn knelpunten op te lossen die werden ondervonden bij de insluiting van bolletjesslikkers op Schiphol. Het ging in het bijzonder om de tekorten aan celruimte en aan personeel.

De Raad stelde voorop dat voor zover detentie leidt tot beperking van grondrechten van gedetineerden, die beperkingen nodig zullen moeten zijn in verband met de detentie of voor de oplossing van de twee problemen waarop de Tijdelijke wet is gericht, én in overeenstemming moeten zijn met de bepalingen van de Grondwet en mensenrechtenverdragen. Dit houdt in dat de beperkingen proportioneel moeten zijn.

‘Het voorstel beperkt die rechten op diverse punten veel verder dan de Pbw, zonder dat de noodzaak daartoe wordt aangetoond. De Raad wijst in het bijzonder op de volgende punten:

a. In artikel 26, dat de zorgplichten ten aanzien van gedetineerden bevat, ontbreekt een equivalent van artikel 44 lid 3 Pbw, waarin is bepaald dat bij de verstrekking van voeding zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met de godsdienst of levensovertuiging van gedetineerden. Niet handelen in overeenstemming met die norm leidt, naar de Raad voorkomt, tot strijd met artikel 6 lid 1 GW. (...)

b. De Tijdelijke regeling voorziet in de artikelen 21 en 22 in verdergaande inbreuken op het briefgeheim dan de regeling van de artikelen 36 en 37 Pbw doet. De noodzaak daarvan spreekt allerminst voor zich. De toelichting motiveert het verschil met de Pbw niet. Artikel 15 lid 4 GW brengt echter mee dat de noodzaak van beperkingen die voortvloeien uit de vrijheidsontneming, zal moeten worden aangetoond. (...)

c. (...)

d. De bezoekenregeling van artikel 23 van de Tijdelijke regeling is eveneens zuiniger dan die van artikel 38 Pbw. Deze afwijkingen van de Pbw dienen te worden getoetst aan artikel 10 GW (persoonlijke levenssfeer) en aan artikel 8 EVRM; dit betekent in elk geval dat de noodzaak en de proportionaliteit ervan dragend dienen te worden beargumenteerd. (...) Het achterwege laten van een mededeling dat het gesprek met een bezoeker is afgeluisterd of opgenomen dient te worden getoetst aan artikel 13 EVRM. Aan die bepaling zou kunnen worden voldaan door een – zo nodig geclausuleerd – recht op het ontvangen van bezoek toe te kennen, en een mededelingsplicht op te nemen’.¹²⁰

De Raad adviseerde het voorstel aan te passen en de toelichting aan te vullen.

Een enkele maal wordt in een advies expliciet een grondrecht genoemd, zoals ‘de vrijheid van onderwijs’. Indien een – zoals in het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering verplicht gesteld – regionaal samenwerkingsverband van scholen leidt tot fricties en beperkingen, dient de keuze voor deze organisatievorm te worden toegelicht. Dit kan onder omstandigheden op gespannen voet komen te staan met de vrijheid van onderwijs. Het bij wet overhevelen van onderwijsinhoudelijke taken van speciale scholen naar regionale commissies vormt bovendien een inbreuk op de vrijheid van inrichting van die scholen.¹²¹

3.1.5 Verenigbaarheid met overige regelgeving

Algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen dienen overeen te stemmen met formele wetgeving. In de nationale wetgevingshiërarchie zijn wetten in formele zin van hogere orde dan regelingen die worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling, wat bete-

119 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 4-5.

120 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

121 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 5.

kent dat ook op deze verhouding Aanwijzing 18 toepasselijk is. De toelichting bij deze Aanwijzing vermeldt bovendien dat met betrekking tot regels die zijn neergelegd in een wet, niet alleen dient te worden gelet op de wet waarop de betrokken amvb of ministeriële regeling berust, maar ook op andere wetten.

Het ontwerpbesluit tot aanpassing van enkele maatregelen van bestuur aan de Vreemdelingenwet 2000 was geheel gericht op aanpassing van onder verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie totstandgekomen amvb's aan de nieuwe Vreemdelingenwet.¹²² Ook in een aantal andere amvb's kwamen echter verwijzingen voor naar de (oude) Vreemdelingenwet.¹²³ Uit het nader rapport bij het advies van de Raad over het Vreemdelingenbesluit 2000 bleek dat de verschillende andere ministers was gevraagd zelf zorg te dragen voor de aanpassing van de onder hun zorg ressorterende maatregelen.¹²⁴ De Raad stelde:

'Aldus wordt afgeweken van de werkwijze bij de aanpassing van de formele wetgeving aan de Vreemdelingenwet 2000; de Invoeringswet Vreemdelingenwet 2000 bevatte wijzigingen van alle formele wetten waarin een verwijzing naar (de oude) Vreemdelingenwet voorkwam. De nu gekozen werkwijze brengt het risico mee dat de noodzakelijke aanpassingen niet voor de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 worden gerealiseerd'.¹²⁵

Hij adviseerde op korte termijn alsnog te voorzien in een gecoördineerde wijziging van alle algemene maatregelen van bestuur waarin wordt verwezen naar de (oude) Vreemdelingenwet. Het commentaar van de Raad betreffende mogelijke consequenties voor het overgangsrecht en voor het aspect van terugwerkende kracht wordt beschreven in paragraaf 3.1.7.5.3 van dit hoofdstuk.

Een amvb mag niet conflicteren met een wet in formele zin. Dit werd opnieuw geïllustreerd in het advies bij de voorgestelde wijziging van de Opiumwet.¹²⁶ Deze wet verbiedt handelingen met stoffen die staan vermeld op twee lijsten. Het verschil tussen deze lijsten bestaat onder andere in de wijze waarop stoffen onder de werking van de Opiumwet kunnen worden gebracht: via wetswijziging of door aanwijzing van de stof bij amvb, waardoor de desbetreffende stof onder de werking van artikel 2 lid 2 Opiumwet valt. De stoffen uit de laatste categorie worden niet bijgeschreven op de wettelijke lijst. Met betrekking tot de in artikel 3 Opiumwet bedoelde lijst werd bepaald dat die lijst bij amvb kan worden gewijzigd, ten aanzien van middelen die onder de werking van het Psychotrope Stoffen Verdrag zijn gebracht.

'Hier bestaan dus niet twee lijsten naast elkaar (een wettelijke lijst en een lijst die is vastgesteld bij amvb), maar wijzigt de amvb rechtstreeks de bij de wet behorende lijst. In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld om deze laatste wijzigingsprocedure in te voeren voor beide lijsten. Aldus wordt het over de hele linie mogelijk de wet, althans de bij de wet behorende lijsten, te wijzigen bij amvb en dus bij lagere regeling. De Raad wijst er in dit verband op dat aan deze procedure het bezwaar kleeft dat in de toekomst bij elke mutatie van de bedoelde lijsten bij lagere regeling van een hogere regeling wordt afgeweken. Een dergelijke situatie dient, mede gelet op 34 Ar, zoveel mogelijk te worden vermeden'.¹²⁷

De Raad adviseerde – als alternatief – de procedure inzake de verdelingsmaatstaven in de Financiële verhoudingsregelgeving.

122 Advies Raad van State van 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I.

123 Ten tijde van het advies gaf de Algemene Databank Wetgeving 36 amvb's waarin werd verwezen naar de Vreemdelingenwet.

124 Advies van 26 oktober 2000, Bijvoegsel Stcrt. 9 januari 2001, nr. 6.

125 Advies Raad van State van 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I, p. 1.

126 Kamerstukken II 2000-2001, 27 874, B, p. 2.

127 34 Ar: In een hogere regeling wordt in beginsel niet toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd.

3.1.6 Verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen

3.1.6.1 Legaliteitsbeginsel

De Raad van State toetst in zijn wetgevingsadvisering of de voorgestelde regelgeving in overeenstemming is met het legaliteitsbeginsel. De toetsing aan het ‘algemene’ beginsel van wetmatigheid gebeurt meestal impliciet, of valt samen met de controle van de geattribueerde of gedelegeerde bevoegdheidstoekenning. Daar waar een bevoegdheid ontbreekt of op het verkeerde ‘niveau’ is toebedeeld, ontstaat immers ook strijd met het legaliteitsbeginsel. Deze specifieke toepassing van het legaliteitsbeginsel zal worden beschreven in paragraaf 3.1.7.4 van dit hoofdstuk, getiteld: ‘Delegatie van regelgevende bevoegdheden’.

De voorliggende paragraaf echter heeft het legaliteitsvereiste in algemene zin tot onderwerp.

3.1.6.1.1 Het beginsel van wetmatigheid

Het ontwerpbesluit Bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie gaf uitvoering aan enkele artikelen uit de Telecommunicatiewet en voorzag onder meer in de mogelijkheid identificerende gegevens op het gebied van telecommunicatie te achterhalen.¹²⁸ In artikel 4 lid 1 van de ontwerpbesluiten werd voorgeschreven dat de opsporingsambtenaren zouden moeten voldoen aan de door de Minister van Justitie vastgestelde eisen betreffende de kennis van de juridische, operationele en technische aspecten van het gebruik van de apparatuur.

‘De Raad is van oordeel dat de bevoegdheid tot het stellen van eisen – het gaat immers om de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften – niet gelegen kan zijn in artikel 3.10, vierde lid, onder a, van de wet omdat in die bepaling slechts sprake is van een algemene maatregel van bestuur waarin eisen worden gesteld aan de te gebruiken apparatuur en waarin ambtenaren worden aangewezen’.¹²⁹

De Raad adviseerde de bevoegdheid tot het stellen van eisen te schrappen wegens het ontbreken van een daartoe strekkende wettelijke basis.

Ook voor het regelen van geschillenbeslechting is een voldoende wettelijke grondslag vereist. Het Tijdelijk besluit notariële tarieven onroerend goed-praktijk bevatte notariële tarieven voor de onroerend goed-praktijk in afwachting van definitieve besluitvorming over het vrijgeven van de in die praktijk gehanteerde tarieven.¹³⁰ Artikel 6 van het ontwerpbesluit bepaalde dat in alle gevallen waarin de regeling niet voorziet of waarin de toepassing van de regeling tot een verschil in interpretatie leidt, het bestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap (KNB) beslissingsbevoegd is. De Raad was echter van oordeel dat deze bepaling niet kon worden aanvaard:

‘Onduidelijk is namelijk wat daarvoor de wettelijke basis is en welk karakter aan de te nemen beslissing moet worden toegekend. In dit verband moet worden aangetekend dat een dergelijke bepaling onder de werking van de oude Wet op het notarisambt geen vragen zou hebben opgeroepen omdat deze toen nog in geschillenbeslechting door de KNB voorzag. In de huidige wet is dat niet meer het geval.(...)

Voorts is ook onduidelijk hoe een eventuele beslissing van de KNB zou moeten worden gekarakteriseerd. Van een algemeen verbindend voorschrift zal geen sprake zijn omdat de wet de KNB geen bevoegdheid heeft toegekend dergelijke voorschriften te maken. Van een beleidsregel kan ook niet gesproken worden omdat daarvoor naast de voorgestelde amvb geen ruimte is en van een beschikking in de zin van de Algemene wet bestuursrecht is geen sprake omdat de bevoegdheid

128 Advies Raad van State van 11 september 2001, no. W09.01.0232/V.

129 Advies Raad van State van 11 september 2001, no. W09.01.0232/V, p. 3.

130 Advies Raad van State 23 augustus 2002, no. W03.02.0334/I.

geschillen te beslechten in eerste instantie aan de Ringen¹³¹ en vervolgens aan de rechter is opgedragen’.¹³²

De Raad adviseerde dit artikel te schrappen.

Twijfels over de aanwezigheid van een voldoende wettelijke basis voor het instellen van gemeentelijke commissies uitte de Raad in zijn advies bij het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur.¹³³ De Gemeentewet voorzag ten tijde van het wetsvoorstel in een open stelsel van raadscommissies van advies en bijstand (artikelen 82 en volgende). Dit stelsel had in de gemeentelijke praktijk een hoge vlucht genomen. In het voorstel werd daarom gekozen voor een gesloten systeem, waarbij vijf soorten commissies werden onderscheiden.¹³⁴

Afgezien van deze vijf soorten commissies werd in de toelichting gewezen op de mogelijkheid een bezwaarschriftcommissie in te stellen. Deze optie werd niet in het wetsvoorstel geregeld; een dergelijke commissie kon niet worden gerangschikt onder één van de vijf genoemde commissies. De toelichting stelde echter dat bestuursorganen de mogelijkheid hebben op grond van artikel 7:13 Awb een adviescommissie in te stellen ten behoeve van de beslissing op het bezwaar. Tevens werd gesteld dat een dergelijke commissie niet hoeft te voldoen aan de vereisten van artikel 82b en overigens ook niet onder de omschrijving van adviescommissies in de zin van artikel 82b valt.

De Raad had twijfels over de aanwezigheid van een voldoende wettelijke grondslag en merkte hierover het volgende op:

‘Artikel 7:13 Awb biedt geen grondslag voor het instellen van een commissie. Het eerste lid van artikel 7:13 geeft voorschriften voor het geval een adviescommissie is ingesteld met in ieder geval een onafhankelijke voorzitter. Aan de andere wetgevers wordt overgelaten om te bepalen of, en zo ja, voor welke gevallen een adviescommissie wordt of kan worden ingeschakeld ter voorbereiding van een beslissing op een bezwaarschrift. In de huidige Gemeentewet is artikel 82 de basis voor het instellen van alle commissies, ook van de bezwaarschriftcommissies’.¹³⁵

De Raad adviseerde in het wetsvoorstel te voorzien in een grondslag voor het instellen van bezwaarschriftcommissies.

3.1.6.1.2 *Het fiscale legaliteitsbeginsel*

De vrijstelling voor beleggingen in durfkapitaal werd in het voorstel tot Wijziging van enkele belastingwetten uitgebreid met culturele beleggingen.¹³⁶ De Raad was van oordeel:

‘dat ook voor deze belastinguitgave ten minste de contouren in de Wet IB 2001 en niet in een algemene maatregel van bestuur moeten zijn opgenomen. Die gedragslijn is ook gevolgd ten aanzien van de vrijstelling voor groene beleggingen (artikel 5.14 Wet IB), sociaal-ethische beleggingen (artikel 5.15 Wet IB) en directe en indirecte beleggingen in durfkapitaal (artikelen 5.17 en 5.18 Wet IB)’.¹³⁷

De Raad adviseerde de essentialia van de culturele beleggingen in een afzonderlijke bepaling van de Wet IB 2001 vast te leggen en de delegatiebepalingen op dezelfde wijze als voor de hiervoor genoemde beleggingen uit te werken. Het fiscale legaliteitsbeginsel uit artikel 104 Gw lijkt hieraan ten grondslag te liggen.

131 Artikel 62 Wet op het notarisambt: De KNB heeft een bestuur, een ledenraad, een algemene ledenvergadering alsmede afdelingen in elk arrondissement, ringen genaamd.

132 Advies Raad van State 23 augustus 2002, no. W03.02.0334/I, p. 1-2.

133 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A.

134 Te weten de raadscommissies (artikel 82), bestuurscommissies (artikel 82a), adviescommissies (artikel 82b), deelraden (artikel 87) en de onderzoekscommissies (artikel 155a).

135 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 21.

136 Kamerstukken II 2000-2001, 27 746.

137 Kamerstukken II 2000-2001, 27 746, A, p. 4.

3.1.6.1.3 Het specialiteitsbeginsel

Het aan het legaliteitsbeginsel verwante specialiteitsbeginsel kwam aan de orde in de advisering over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer.¹³⁸ Het ontwerp regelde dat kosten verbonden aan het plaatsen van borden met daarop de prijzen van motorbrandstoffen kunnen worden doorberekend aan de exploitant van het tankstation ten behoeve van wie het bord is geplaatst. De grondslag hiervoor zou liggen in artikel 156 Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994). De Raad dacht hier anders over:

‘Volgens artikel 2 WVW 1994 kunnen krachtens die wet vast te stellen regels slechts strekken ter behartiging van de aldaar genoemde belangen. Het belang gelegen in de bevordering van concurrentie tussen de exploitanten van tankstations, komt niet voor in de opsomming van artikel 2. Hiermee staat vast dat geen regels omtrent het toepassen van verkeerstekens (artikel 14 WVW 1994) kunnen worden vastgesteld die op de behartiging van dat belang gericht zijn. Evenmin kunnen verkeerstekens worden aangewezen die dat belang behartigen (artikel 15 lid 1 WVW 1994). Om die reden is de Raad van oordeel dat de hiervoor bedoelde borden met daarop de prijzen van motorbrandstoffen niet kunnen worden aangemerkt als verkeerstekens. Artikel 156 WVW 1994 opent slechts de mogelijkheid de kosten verbonden aan de plaatsing van verkeerstekens door te berekenen; voor een regeling van de doorberekening van de kosten verbonden aan de plaatsing van niet als zodanig aan te merken borden biedt de WVW 1994 geen grondslag’.¹³⁹

De Raad gaf in overweging niet aldus te besluiten.

3.1.6.2 Beginsel van evenredigheid

In de toelichting bij Aanwijzing 254 wordt – in het kader van de elementen van wetgevingstoetsing – bij het element *Rechtmatigheid* onder andere verwezen naar 15 Ar:

‘De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een regeling mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de regeling te dienen doelen’.

Het element *Evenredigheid* staat daarnaast echter zelfstandig opgesomd als één van de eisen van goede wetgeving. Ook op basis van de nota ‘Zicht op wetgeving’ kan worden geconcludeerd dat *Evenredigheid* als een afzonderlijk kwaliteitscriterium kan worden beschouwd. In die hoedanigheid zal het dan ook worden behandeld in paragraaf 5.1.3.

3.1.6.3 Gelijkheidsbeginsel

3.1.6.3.1 Reikwijdte van het beginsel

Het gelijkheidsbeginsel als zodanig stond centraal in het advies van de Raad betreffende het Twaalfde Protocol bij het EVRM.¹⁴⁰ Het Protocol bevat een bepaling met daarin een algemeen verbod van discriminatie (artikel 1). Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. Het tweede lid breidt het verbod uit tot feitelijk overheidsoptreden.

De genoemde gronden zijn dezelfde als die welke in artikel 14 van het EVRM staan opgesomd. Artikel 14 EVRM bevat een verbod op discriminatie, maar biedt alleen bescherming tegen discriminatie in verband met één van de in het EVRM gegarandeerde rechten. Het Twaalfde Protocol zou het discriminatieverbod uitbreiden tot *alle* juridische en feitelijke handelingen van de overheid. In zijn advies

138 Advies Raad van State van 15 januari 2001, no. W09.00.0530/V.

139 Advies Raad van State van 15 januari 2001, no. W09.00.0530/V, p. 1.

140 Staten-Generaal, 2001-2002, 28 100 (R 1705), nr. 129a en A.

refereerde de Raad ook aan artikel 26 van het IVBPR; dit artikel bevat eveneens een algemeen discriminatieverbod, maar laat het gelijkheidsbeginsel daaraan voorafgaan.¹⁴¹

Deze formulering is letterlijk overgenomen in de Preambule bij het Protocol, maar is niet in een artikel van het Protocol neergelegd. De Raad ging in zijn advies uitgebreid in op de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod:

‘Het gelijkheidsbeginsel is het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld: een onderscheid op welke grond dan ook dat niet objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden, is niet toegestaan. Van discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt op bepaalde gronden. Onder deze gronden plegen menselijke eigenschappen van een specifiek, elementair karakter te worden genoemd, dat wil zeggen: eigenschappen waarvan in het geheel geen afstand kan worden gedaan, of eigenschappen waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de eigen persoonlijkheid te beschadigen.

Het Protocol bevat niet het algemene gelijkheidsbeginsel. In de toelichting wordt onderkend dat het gelijkheidsbeginsel alleen in de Preambule wordt genoemd, maar er wordt ook gesproken over het Protocol als een Verdrag waarin het gelijkheidsbeginsel is uitgewerkt. Het verdient aanbeveling om in de toelichting de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod duidelijker tot uitdrukking te brengen’.¹⁴²

3.1.6.3.2 Horizontale werking

De Raad merkte op dat het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR in zijn formulering ruimer is dan de voorgestelde tekst van het Twaalfde Protocol bij het EVRM. De IVBPR-bepaling garandeert eenieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie.

‘Deze formulering lijkt ruimte te bieden voor werking van het discriminatieverbod in de verhouding tussen burgers onderling. De Nederlandse rechter heeft inmiddels zowel artikel 1 GW als artikel 26 BUPO-Verdrag – en artikel 1 van de Grondwet – inderdaad ook toegepast in horizontale verhoudingen.’¹⁴³ Volgens het toelichtende rapport van de Raad van Europa biedt het Protocol in slechts zeer beperkte mate ruimte voor horizontale werking.¹⁴⁴ Het komt de Raad nuttig voor de toelichting aan te vullen met een beschouwing over de horizontale werking van het Protocol’.¹⁴⁵

3.1.6.3.3 Discriminatoire regelgeving

Het wetsvoorstel betreffende het Belastingplan 2002-I Arbeidsmarkt en inkomensbeleid gaf een nieuwe fiscale faciliteit met betrekking tot flexibele beloningsregelingen.¹⁴⁶ De toelichting motiveerde dit als ondersteuning van een moderner beloningsbeleid en het streven naar een verantwoorde loonontwikkeling. De Raad oordeelde dat deze motivering te licht was om de nieuwe faciliteit te rechtvaardigen:

‘Niet valt in te zien waarom de winstafhankelijke beloning onderworpen zou mogen worden aan een eindheffing van 15%, terwijl een winstonafhankelijke beloning belast wordt naar het progressieve tabeltarief. Deze faciliteit is niet bereikbaar voor de non-profitsector, waar geen winstafhankelijke beloningsvormen bestaan. Het voorstel is dan ook discriminatoir ten opzichte van de non-profitsector, aangezien anders dan de huidige winstdelingsregeling, die een alternatief vormt voor de spaarloonregeling, de nieuwe faciliteit “bovenop” de spaarloonregeling komt’.¹⁴⁷

141 Artikel 26 IVBPR: Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. (...)

142 Staten-Generaal, 2001-2002, 28 100 (R 1705), nr. 129a en A 2.

143 HR 13 december 1991, NJ 1992/621; HR 13 januari 1995, NJ 1995/430.

144 Voorlaatste tekstblok in toelichtende nota bij Staten-Generaal 2001-2002, 28 100 (R 1705).

145 Staten-Generaal 2001-2002, 28 100 (R 1705), nr. 129a en A 3.

146 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A.

147 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 10.

De Raad adviseerde het voorstel te heroverwegen.

3.1.6.4 *Beginsel van rechtszekerheid*

3.1.6.4.1 *Rechtszekerheid met betrekking tot terminologie*

Opmerkingen van de Raad over het beginsel van rechtszekerheid resulteren vaak in een verzoek tot verduidelijking van terminologie.¹⁴⁸ Vanwege de overlap met het zesde element van wetgevings-toetsing, het kwaliteitscriterium *Eenvoud – duidelijkheid – toegankelijkheid*, zal dit aspect uitgewerkt worden in het aan dat criterium gewijde hoofdstuk 8.

Verwant aan het vereiste van rechtszekerheid op het gebied van gebruikte terminologie is het vereiste van rechtszekerheid met betrekking tot gehanteerde afmetingen. In de advisering terzake van het voorstel tot de Wet ammoniak en veehouderij stond de Raad hier uitdrukkelijk bij stil.¹⁴⁹

Het wetsvoorstel bevatte bijzondere regels voor de beoordeling van de gevolgen van ammoniak-emissie van veehouderijen bij de verlening van milieuvergunningen. De nieuwe regeling kwam in plaats van de Interim-wet ammoniak en veehouderij (Iav), waarin het depositieaspect van ammoniak centraal stond. Deze verandering vloeiende voort uit de in het regeerakkoord vastgelegde afspraak om het depositiebeleid te vervangen door emissiebeleid.

De voorgestelde bepalingen waren in het bijzonder gericht op bescherming tegen de emissie in kwetsbare gebieden en in een zone van 500m daaromheen. Binnen dat gebied gold een emissieplafond, waarbij voor extensieve melkveebedrijven een afwijkend plafond was vastgesteld. Buiten dit gebied golden slechts de beperkingen die zouden voortvloeien uit de – nog vast te stellen – amvb inzake de huisvesting van dieren. Op andere milieubelastende activiteiten dan de emissie uit dierenverblijven zou de Wet milieubeheer van toepassing blijven. Dit gold voor directe ammoniakschade voor planten en gewassen en voor activiteiten waarbij ammoniak kan vrijkomen, bijvoorbeeld verwerking van mest en de opslag van mest buiten een dierenverblijf. De Raad wees in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel op het volgende:

‘Met de voorgestelde bepalingen wordt weliswaar beoogd rechtszekerheid te scheppen, toch schuilen er in de voorgestelde bepalingen onduidelijkheden. In dat verband kan op het volgende worden gewezen. (...)

Gelet op het feit dat de ligging van een veehouderij binnen of buiten de kwetsbare gebieden en de omliggende 500m ingrijpende gevolgen heeft voor de mogelijkheden van oprichting en/of uitbreiding, vereist de rechtszekerheid dat de grenzen van de bedoelde gebieden ondubbelzinnig vastliggen. Aangezien het enkele feit dat een gedeelte van een stal binnen het gebied of de zone ligt ingevolge de artikelen 4 en 6 tot gevolg heeft dat de hele veehouderij wordt beschouwd als gelegen binnen het gebied, vereist dit een tot op de meter nauwkeurige vaststelling. Vooralsnog is dit niet het geval bij de aanwijzing van de ecologische hoofdstructuur en van kwetsbare gebieden. De Raad wijst erop dat aanduidingen op kaarten thans veelal slechts indicatief van aard zijn en bestemd zijn om in gemeentelijke bestemmingsplannen nader te worden aangegeven. (...)

De Raad adviseert tegen deze achtergrond dat bevorderd wordt dat, alvorens de wet in werking treedt, er een inventaris wordt opgesteld van de betrokken gebieden, waarbij deze zodanig in kaart zijn gebracht dat de ligging van de grenzen van de betrokken gebieden ondubbelzinnig en op de meter nauwkeurig kan worden bepaald’.¹⁵⁰

3.1.6.4.2 *Rechtszekerheid bij gebruik van schakelbepalingen*

In zijn advies bij het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen onderzocht de Raad of het gebruik van een scha-

148 Advies Raad van State van 31 augustus 2001, no. W08.01.0226/V, p. 2.

149 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A.

150 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 3.

kelbepaling wel voldoende rechtszekerheid kon bieden.¹⁵¹ Het voorstel betrof een aanpassing van de Boeken 3 en 6 BW, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten.¹⁵² De regeling beoogde de elektronische handtekening (EHT) een juridische status te verschaffen, het gebruik ervan te vergemakkelijken en belemmeringen weg te nemen voor het vrije verkeer van diensten langs elektronische weg.

De Raad ging in zijn advies in op het gebruik van de EHT in de publieke sector. De Richtlijn gaat er in overweging 19 van uit dat de EHT niet alleen zal worden gebruikt in de ambtelijke diensten van de lidstaten en van de Gemeenschap, maar ook bij de communicatie tussen deze diensten, met burgers en met economische actoren. Hierbij kan gedacht worden aan belastingen, sociale zekerheid en justitie. Lidstaten kunnen voor het gebruik van de EHT in de openbare sector aanvullende eisen stellen, mits deze voldoen aan de in artikel 3 lid 7 van de Richtlijn genoemde voorwaarden. De Raad constateerde met betrekking tot het beginsel van rechtszekerheid:

‘In het voorgestelde artikel 3:15c BW is een schakelbepaling opgenomen inhoudende dat de bepalingen van afdeling 1A overeenkomstige toepassing vinden, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Inmiddels werken enkele publieke diensten, zoals de belastingdienst op grote schaal met een EHT en deze diensten hebben daarvoor regels ontwikkeld.

In de toelichting op artikel 3:15c BW wordt opgemerkt dat een wetsvoorstel in voorbereiding is waarin in de Awb wordt geregeld dat elektronische communicatie – voorzover het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat het rechtsverkeer tussen overheid en burger langs elektronische weg kan plaatsvinden – tussen overheidsorganen onderling en tussen overheidsorganen en burgers in beginsel mogelijk is. Voor het rechtsverkeer in de sfeer van het strafrecht zal volgens deze toelichting afzonderlijk worden bekeken of, en zo ja in welke gevallen, rechtsverkeer tussen overheid en burger langs elektronische weg zou kunnen plaatsvinden en of daarvoor aanvullende eisen nodig zijn.

Indien deze aanvullende wettelijke regels nog niet tot stand zijn gekomen nadat het wetsvoorstel van kracht is geworden, rijst de vraag wat de gevolgen zijn van de Richtlijn en het wetsvoorstel voor het gebruik in de publieke sectoren of de schakelbepaling van artikel 3:15c BW in dit opzicht wel voldoende rechtszekerheid biedt’.¹⁵³

De Raad adviseerde in de toelichting op deze vraag nader in te gaan en zo nodig in het wetsvoorstel een overgangsregeling aangaande dit gebruik op te nemen.

3.1.6.4.3 Rechtszekerheid bij handhaving

In het ontwerpbesluit Erkenning tussenpersonen, mestverwerkers en exporteurs Meststoffenwet was het beginsel van rechtszekerheid volgens de Raad opnieuw in het geding, zij het ditmaal in de context van handhaving van regelgeving.¹⁵⁴

Met dit ontwerpbesluit werd het in de te wijzigen Meststoffenwet¹⁵⁵ neergelegde stelsel van mestafzetovereenkomsten uitgewerkt voor de gevallen waarin de afzet van dierlijke mest afhankelijk is van afzet via een tussenpersoon, een mestverwerker of een exporteur. Dat geschiedt in de vorm van regels voor de erkenning van deze categorieën, met daaraan verbonden verplichtingen. Het ontwerpbesluit regelde tevens de erkenning en verplichtingen van mestproducenten die zelf de mest op hun bedrijf be- of verwerken en laten exporteren of onomkeerbaar omzetten in een ander product dat binnen of buiten Nederland wordt afgezet. De artikelen 5 tot en met 14 van het ontwerp gaven de voorwaarden waaraan naar het oordeel van de minister moest zijn voldaan wil iemand kunnen worden erkend als tussenpersoon, mestverwerker, exporteur of mestverwerkende mestproducent. Artikel 16 lid 1 gaf de verplich-

151 Richtlijn: 1999/93/EG, PbEG L 13; RvS-advies: Kamerstukken II 2000-2001, 27 743, B.

152 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743.

153 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743, B, p. 6-7.

154 Advies Raad van State 21 juni 2001, no. W11.01.0169/V.

155 Kamerstukken II 2000-2001, 27 276, nr. 223.

ting dat deze ondernemers steeds aan de daarin genoemde voorwaarden voor erkenning moeten voldoen.

Het ontwerpbesluit gaf twee mogelijkheden voor handhaving van die verplichting: de bestuursrechtelijke weg (artikel 27) of de strafrechtelijke weg (artikel 71). Daarover merkte de Raad het volgende op:

‘In de eerste plaats gaat het niet aan dat de inhoud van een strafrechtelijk te handhaven verplichting zou worden bepaald door voorwaarden die primair zijn bedoeld als beoordelingskader voor de minister bij het verlenen van een erkenning, en die zich voor een deel ook lenen voor verschillende interpretaties. (...)’

Deze voorwaarden maken de besluitvorming met betrekking tot de erkenning al gecompliceerd, maar zijn in die context aanvaardbaar te achten. Met enige moeite geldt datzelfde voor de fase van de bestuursrechtelijke handhaving door middel van herstelsancties. Anders ligt dat bij de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving van de aan deze beoordelingscriteria gekoppelde verplichting tot naleving. De rechtszekerheid is dan rechtstreeks in het geding. Voorwaarden als hiervoor genoemd zouden hooguit aan de orde kunnen komen in het kader van de handhaving van andere verplichtingen en voorwaarden, bij de niet-nakoming waarvan de afzet van dierlijke meststoffen of controleerbaarheid daarvan duidelijk in het geding is’.¹⁵⁶

De Raad adviseerde artikel 16 lid 1 in die zin te preciseren.

3.1.6.5 *Beginsel van contractsvrijheid*

Naast algemene beginselen van rechtsstaat en democratie betreft de Raad ook andere rechtsbeginselen in zijn wetgevingsadviezen, zoals het privaatrechtelijke uitgangspunt van contractsvrijheid. Dit beginsel kwam naar voren in de advisering bij het wetsvoorstel dat voorzag in de implementatie van de Richtlijn betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (EHT).¹⁵⁷

Het voorstel betrof een aanpassing van de Boeken 3 en 6 BW, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten.¹⁵⁸ Artikel 5 lid 2 van de Richtlijn draagt aan lidstaten op ervoor te zorgen dat aan de EHT geen rechtsgeldigheid kan worden ontzegd en dat zij niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures kan worden geweigerd louter op grond van in dat tweede lid omschreven feiten. De Raad constateerde het volgende:

‘Het valt op dat deze bepaling in artikel 3:15a lid 3 BW vrijwel ongewijzigd is overgenomen zonder dat deze bepaling is toegesneden op de situatie van de betrokkenen. De voorgestelde bepaling wekt de indruk dat partijen bij overeenkomst geen afwijkende regeling zouden kunnen treffen omtrent de aanvaarding en het veiligheidsniveau van de EHT. In de memorie van toelichting (paragraaf 2.3) wordt onder verwijzing naar rechtsoverweging 16 en artikel 1 van de Richtlijn echter benadrukt dat de Richtlijn niet treedt in de contractsvrijheid van (private) partijen. Met het oog hierop dient de bepaling regeland recht te bevatten. (...)’

De Raad beveelt aan lid 3 van artikel 3:15a BW zo te redigeren dat enerzijds duidelijk wordt dat contractspartijen vrij zijn overeen te komen om een niet-standaard-EHT als bewijsmiddel te erkennen en dat anderzijds in geval van het ontbreken van een zodanig contractueel beding de EHT met standaardspecificaties in ieder geval als minimumwaarborg voor de waardering als bewijsmiddel dient te worden aanvaard’.¹⁵⁹

156 Advies Raad van State van 21 juni 2001, no. W11.01.0169/V, p. 3-4.

157 Richtlijn 1999/93/EG, PbEG L 13.

158 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743.

159 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743, B, p. 5.

3.1.7 Toetsing van juridische kwaliteit van regelgeving

Deze paragraaf beschrijft het derde deelcriterium van de kwaliteitseis *Rechtmatigheid*. De als restcategorie te kwalificeren ‘Juridische kwaliteit van regelgeving’ omvat het juiste niveau van regelgeving, de toekenning en de normering van bestuursbevoegdheden, delegatie en mandaat, het overgangsrecht en de inwerkingtreding.

Afgezet tegen de eerste twee deelcriteria is deze categorie van een andere orde. Strijd met één van deze aspecten leidt juridisch beschouwd weliswaar tot ‘niet rechtmatig’, maar betekent niet zonder meer dat de voorgestelde regeling met ‘onrechtmatig’ moet worden bestempeld. Dit in tegenstelling tot de overige deelcriteria toetsing aan hogere regelgeving en toetsing aan algemene rechtsbeginselen, die vanuit deze invalshoek ook wel als onderdelen van de ‘harde rechtmatigheid’ worden beschouwd. Indien strijd met één van deze aspecten wordt geconstateerd, leidt dat eerder tot onrechtmatigheid van de voorgestelde regeling.

3.1.7.1 Juiste niveau van regelgeving

De vraag naar het juiste niveau van regelgeving kent twee elementen: welke verschijningsvormen kan een algemeen verbindend voorschrift aannemen en welke onderwerpen dienen in ieder geval bij wet in formele zin te worden geregeld. De Aanwijzingen 19 – 24 zijn hierop van toepassing.

3.1.7.1.1 Verschijningsvormen van een algemeen verbindend voorschrift

Aanwijzing 20 verwoordt dat algemeen verbindende voorschriften vanwege het Rijk niet op andere wijze mogen worden vastgesteld dan bij wet, amvb, ministeriële regeling of regeling van een zelfstandig bestuursorgaan met inachtneming van 124f Ar.

Het advies bij het ontwerpbesluit tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering geeft een voorbeeld van de aandacht van de Raad van State voor de verschijningsvormen van een algemeen verbindend voorschrift.¹⁶⁰ De Raad onderschreef de strekking van het ontwerpbesluit, maar maakte een aantal opmerkingen met betrekking tot het daarin verplicht gestelde farmaco-economisch onderzoek en de wettelijke grondslag. Hij was van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het ontwerpbesluit wenselijk was.

Een farmaco-economisch onderzoek geeft inzicht in de verhouding tussen de kosten en de gezondheidseffecten van geneesmiddelen die niet zijn in te delen in een groep van onderling vervangbare middelen, maar wel een therapeutische meerwaarde hebben ten opzichte van bestaande geneesmiddelen. Een dergelijk onderzoek dient te voldoen aan voorwaarden die bij ministeriële regeling worden gesteld. Die voorwaarden zijn de door het College voor zorgverzekeringen (CVZ) reeds vervaardigde richtlijnen.

De Raad achtte de CVZ-richtlijnen – nog – niet geschikt om toegepast te worden als algemeen verbindende voorschriften, omdat zij zijn geformuleerd als vage normen en zowel de aanvrager als de minister bij zijn beoordeling onvoldoende houvast bieden.

De keuze voor een bepaald niveau van regelgeving speelde eveneens een rol bij de advisering terzake van het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij.¹⁶¹ Het voorstel bevatte bijzondere regels voor de beoordeling van de gevolgen van ammoniakemissie van veehouderijen bij de verlening van milieuvergunningen. Het geldende depositiebeleid zou worden vervangen door een emissiebeleid; de voorgestelde bepalingen richtten zich vooral op bescherming tegen de emissie in kwetsbare gebieden en in een zone van 500m daaromheen. Zowel de aanwijzing van kwetsbare gebieden als de beleidsnorm werden bij wet vastgelegd, terwijl de meet- en rekenmethode bij ministeriële regeling werd vastgesteld. De Raad stelde:

160 Advies Raad van State van 1 maart 2002, no. W13.01.0596/III, p. 3.

161 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A.

‘daarmee dreigt de rechtszekerheid van regeling bij wet een reus met lemen voeten te worden; deze methode bepaalt immers de werkelijke werking van de regeling’.¹⁶²

Hij adviseerde om tegen deze achtergrond ten minste de uitgangspunten en hoofdlijnen van de meet- en rekenmethode bij algemene maatregel van bestuur vast te leggen.

Een ander voorbeeld geeft de voorgestelde wijziging van de Opiumwet. Hierin werd het gebruik van een ministeriële regeling mogelijk gemaakt, vooruitlopend op een wijziging van een amvb. De Raad merkte op:

‘dat het gebruik van een ministeriële regeling vooruitlopend op een wijziging van een algemene maatregel van bestuur de situatie in de hand werkt dat in voorkomende gevallen de wijziging van de algemene maatregel van bestuur nog slechts een formalisering is van het inmiddels al ingevoerde beleid. Het maakte de procedurele waarborgen waarmee de totstandkoming van een algemene maatregel van bestuur gepaard gaat, tot loze vorm’.¹⁶³

Hij adviseerde in die gevallen dat een ministeriële regeling gewenst of noodzakelijk is tegelijkertijd de totstandkoming van een algemene maatregel van bestuur te bevorderen.

3.1.7.1.2 *Regeling bij wet in formele zin*

In 22 Ar is neergelegd dat het primaat van de wetgever als richtsnoer dient te worden toegepast bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling moeten vinden en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de voorgestelde – Nota van Wijziging – Concessiewet personenvervoer per trein. Hierin kreeg de Minister de bevoegdheid in een concessie regelingen op te nemen betreffende de positie van de directie binnen een onderneming en de bevoegdheden terzake van de Raad van Commissarissen. De Raad van State was een andere mening toegedaan:

‘Naar de mening van de Raad is de voorgestelde regeling niet nodig indien slechts beoogd wordt om te voorkomen dat “falend” management overgaat bij overdracht van de concessie. In alle gevallen houdt de regeling een afwijking in van de wettelijke bepalingen inzake de positie van de directie binnen een onderneming en de bevoegdheden terzake van de Raad van Commissarissen. Dit kan niet aan de minister ter regeling in de concessie worden overgelaten, maar behoeft regeling in een wet’.¹⁶⁴

In zijn advies bij de wijziging van de Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding ging de Raad eveneens in op het niveau van regelgeving. Het wetsvoorstel beoogde de kwaliteit van de (voorbereiding op de) rampenbestrijding in het algemeen te bevorderen, door middel van territoriale afstemming van de desbetreffende diensten, het verbeteren van de planmatigheid van de rampenbestrijding en aanscherping van het provinciale toezicht. De toelichting stelde dat een eenduidig toetsingskader en kwaliteitscriteria onontbeerlijk zijn voor de desbetreffende plannen. De Raad plaatste de volgende opmerking:

‘Desondanks bevat het voorstel voor rampenplannen en rampbestrijdingsplannen geen materieel toetsingskader met kwaliteitscriteria. Een dergelijk stelsel is wel in ontwikkeling en de wet voorziet erin dat de criteria bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld’.¹⁶⁵ De Raad hecht eraan dat in de wet zelf materiële kwaliteitscriteria voor rampenplannen en rampbestrijdingsplannen worden opgenomen’.¹⁶⁶

In de voorgestelde Wijziging van het Wetboek van Strafvordering c.a. in verband met de aanpassing tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie werd de reikwijdte van de bevoegdheid tot het vorderen van telecommunicatiegegevens bepaald bij algemene maatregel van bestuur. In het

162 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 4.

163 Kamerstukken II 2000-2001, 27 874, B, p. 3.

164 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216, B, p. 4.

165 In artikel 3 lid 8 juncto 4 lid 6 Wet rampen en zware ongevallen.

166 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 2.

wetsvoorstel stond de wijze van verkrijging van zogeheten ‘verkeersgegevens’ centraal; deze gegevens betreffen de gevoerde of nog te voeren communicatie.

Het voorstel bracht enkele verruiming(en) aan in de regels voor het opvragen van verkeersgegevens en er werd – naast de verkeersgegevens – een nieuwe categorie gegevens geïntroduceerd die ten behoeve van de stafvordering en door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen worden opgevraagd: de zogenaamde ‘gebruikersgegevens’. Ten tijde van het wetsvoorstel konden verkeersgegevens worden gevorderd over alle telecommunicatieverkeer. Voorgesteld werd om dit te wijzigen in ‘gegevens over een gebruiker en het telecommunicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker’. Bij amvb werd limitatief aangewezen welke gegevens konden worden gevorderd. Volgens de toelichting werd aldus de reikwijdte van de bevoegdheid nauwkeuriger vastgelegd dan voorheen het geval was. De Raad deelde dit standpunt niet:

‘De voorgestelde wettelijke formulering – vooral het element “gegevens over een gebruiker” – is aanzienlijk ruimer en vager dan het nu geldende criterium. Het verdient dan ook overweging om deze gegevens zoveel mogelijk in de wet zelf op te sommen. (...) De delegatie kan dan worden beperkt tot het element “gegevens over het telecommunicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker”.¹⁶⁷

De Raad gaf in overweging het voorstel in die zin aan te passen.

Een enkele maal komt het voor dat de Raad adviseert een onderwerp – nog – *niet* te regelen bij wet in formele zin, bijvoorbeeld vanwege de reikwijdte van de materie. Het voorstel tot de Wet markt en overheid bevatte regels voor marktactiviteiten van overheidsorganisaties en ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken.¹⁶⁸ Het gaf invulling aan het voornemen in het regeerakkoord van 1998 om spelregels voor het marktoptreden van de overheid wettelijk te verankeren en deze regels afdwingbaar te maken voor belanghebbenden.

Voor marktactiviteiten van overheidsorganisaties zijn toetredingsregels van toepassing en gelden gedragsregels. De gedragsregels betreffen voorschriften ten aanzien van de administratie van marktactiviteiten en integrale kostendoorberekening, en gelden voor overheidsorganisaties en voor ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten. Voor laatstgenoemden gelden geen toetredingsregels.

Het wetsvoorstel introduceerde een Commissie markt en overheid om – in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de wet – de toepassing van de toetredingsregels te ondersteunen; voorts werd de handhaving van de gedragsregels opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit. De Raad was niet overtuigd van de noodzaak om de hier aan de orde zijnde problematiek te regelen via wetgeving in formele zin:

‘De Raad van State onderschrijft het streven naar een procedureel kader om de besluitvorming inzake marktactiviteiten door de overheid zichtbaar te maken en te structureren. Hij meent echter dat het wetsvoorstel onvoldoende houvast biedt. In de wet een algemeen aanvaarde, inhoudelijke norm formuleren voor marktoptreden door de overheid is naar de mening van de Raad een onmogelijke opgave. De visies op de taak van de overheid wisselen naar tijd en omstandigheden. Wellicht zal het op den duur wel mogelijk zijn wettelijke procedures vast te leggen om een behoorlijke afweging te waarborgen als de overheid marktactiviteiten overweegt en om bedrijven tegen te ver gaande marktactiviteiten van de overheid te beschermen. Het college meent dat vooralsnog echter moet worden volstaan met de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst’.¹⁶⁹

3.1.7.2 Toekenning van bestuursbevoegdheden

Paragraaf 4.6 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving geeft in dit verband een aantal concrete richtlijnen. Deze voorschriften zijn voor het grootste deel terminologisch van aard.

167 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 2-3.

168 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050.

169 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 1-2.

3.1.7.2.1 Aard van de bevoegdheidstoekenning

De Raad schenkt tevens aandacht aan de aard van de toe te kennen bevoegdheid; uit het volgende voorbeeld blijkt dat hij het toebedelen aan één orgaan van zowel toezicht- als adviestaken niet wenselijk acht.

In de voorgenomen Regeling leerlinggebonden financiering was een samenwerking in de vorm van regionale expertisecentra (REC) verplicht gesteld. Een REC is een samenwerkingsverband van scholen voor speciaal onderwijs in een bepaalde regio. Per REC werd een commissie voor indicatiestelling ingesteld, welke beslissingsbevoegd zou zijn ten aanzien van de toelating van leerlingen met een handicap tot regulier onderwijs met extra begeleiding. Het toezicht op deze commissies zou worden uitgeoefend door een landelijke commissie toezicht indicatiestelling. De landelijke commissie kon de commissies daartoe algemene aanwijzingen geven. Daarnaast had de landelijke commissie tot taak de commissies voor de indicatiestelling te adviseren met betrekking tot bezwaarschriften. De Raad constateerde dat:

‘het betekent dat de landelijke commissie toezicht uitoefent op werkzaamheden waaraan zij – zij het incidenteel – zelf heeft deelgenomen. De Raad heeft bezwaar tegen deze combinatie van taken. Een onafhankelijke uitoefening van de toezichtstaak wordt daardoor bemoeilijkt. Het verdient aanbeveling één van de twee taken elders onder te brengen of te schrappen’.¹⁷⁰

3.1.7.2.2 Niveau van attributie

In het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit staatstoezicht op de volksgezondheid werd de Keuringsdienst van Waren (KvW) vervangen door de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA). In besluiten waarin werd verwezen naar de KvW zou deze verwijzing veranderd worden in een verwijzing naar de VWA. Omdat ook de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees (RVV) – deels – zou opgaan in de VWA, werd ook in een aantal besluiten de RVV vervangen door de VWA. De VWA was echter nog niet ingesteld. De Raad merkte op dat:

‘met het ontwerpbesluit vooruit wordt gelopen op de definitieve instelling van de VWA’.

Hij was van oordeel dat in verband hiermee over het ontwerpbesluit niet positief kon worden geadviseerd:

‘Met het voorgestelde besluit wordt een aantal gevolgen geregeld van instelling van een VWA. Zo wordt deze autoriteit aangemerkt als onderdeel van het Staatstoezicht voor de volksgezondheid. (...) De VWA is echter nog niet definitief ingesteld. (...)’

De Raad is van oordeel dat de VWA niet eerder als onderdeel van het Staatstoezicht voor de volksgezondheid kan worden aangemerkt dan nadat de autoriteit is ingesteld. De Raad adviseert om eerst de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de VWA vast te stellen en de onderscheiden regelingen aan te passen’.¹⁷¹

3.1.7.2.3 Omvang van de bevoegdheidstoekenning

De Raad onderzoekt ook de omvang van de toegekende bevoegdheid. Het hoeft daarbij niet uitsluitend te gaan om de toekenning van regelgevende bevoegdheden; de Raad betreft in zijn advisering bijvoorbeeld ook het toekennen van opsporingsbevoegdheden.

In het wetsvoorstel betreffende de Wijziging van het Wetboek van Strafvordering c.a. in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens met betrekking tot telecom-

170 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 7.

171 Advies Raad van State van 21 juni 2002, no. W13.02.0153/III, p. 1.

municatie werd de bevoegdheid om gebruikersgegevens¹⁷² op te vragen toegekend aan alle opsporingsambtenaren; dat wil zeggen politieambtenaren, maar ook de ambtenaren van de bijzondere opsporingsdiensten, zoals de arbeidsinspectie, de economische controledienst en de ambtenaren van de rijksbelastingdienst.¹⁷³ De Raad merkte hierbij op dat de bevoegdheid in dat geval zou worden toegekend aan een zeer groot aantal personen:

‘Aannemelijk is dat zij veelal routinematig gebruikersgegevens zullen opvragen en wellicht zelfs rechtstreeks toegang zullen krijgen tot de databanken. Onder zulke omstandigheden zal het in de praktijk bijna onmogelijk worden om een geheim telefoonnummer ook echt geheim te houden. (...)’

Voorzover de bevoegdheid om gebruikersgegevens op te vragen wordt toegekend aan politieambtenaren acht de Raad het van belang dat het toezicht door het openbaar ministerie op de toepassing van deze bevoegdheid goed is geregeld. Het verdient aanbeveling in de toelichting aan te geven hoe dit is of zal worden geregeld’.

Het uitoefenen van een bevoegdheid kan onder meer bestaan uit het geven van een advies. Om de omvang van een bevoegdheidstoekenning te kunnen bepalen dient mede helder te zijn welk gewicht aan een dergelijk advies kan worden toegekend.

Het ontwerpbesluit Aanstellingskeuringen schreef voor dat de werkgever de Arbo-dienst om advies zou moeten vragen over de inhoud en de rechtmatigheid van een medische keuring. De Raad wees op onduidelijkheden ten aanzien van de status van het advies van de dienst:

‘In het bijzonder mist de Raad antwoord op de vraag wat de gevolgen zijn van een negatief advies. Onduidelijk is of dit mee zal brengen dat de keuringvrager van het aanvragen van keuringen zal moeten afzien, dan wel of de arts die de keuring moet uitvoeren daaraan zijn medewerking zal moeten weigeren, verder wat de gevolgen zijn wanneer de Arbo-dienst een positief advies heeft gegeven terwijl achteraf blijkt dat de keuring onrechtmatig is verricht’.¹⁷⁴

De Raad adviseerde in de nota van toelichting aan te geven welke gevolgen aan het oordeel van de Arbo-dienst zullen worden verbonden.

3.1.7.2.4 Bevoegdheidsoverschrijding

In het in 7.2.3 besproken advies betreffende de wijziging van het Wetboek van Strafvordering kwam ook het gevaar van bevoegdheidsoverschrijding aan de orde:

‘Ten aanzien van de bijzondere opsporingsdiensten wijst de Raad erop dat deze diensten in de eerste plaats toezichthoudende en adviserende taken hebben. Bij deze diensten is dan ook het gevaar reëel dat gegevens die op grond van deze – met de opsporing verband houdende – bevoegdheid zijn verkregen, worden gebruikt voor de toezichthoudende of adviserende taak. Dit gevaar is des te groter omdat de bijzondere opsporingsdiensten op grotere afstand van het openbaar ministerie staan dan de politie. De Raad adviseert dan ook, de bevoegdheid om gebruikersgegevens op te vragen niet zonder meer toe te kennen aan alle opsporingsambtenaren, maar alleen aan ambtenaren met algemene opsporingsbevoegdheid (artikel 141 Sr) en voorts aan door de Minister van Justitie bij ministeriële regeling aan te wijzen categorieën of eenheden buitengewone opsporingsambtenaren (artikel 142 Sr)’.¹⁷⁵

De gebruikersgegevens konden op grond van het wetsvoorstel worden gevorderd in het kader van een verkennend onderzoek. Dit onderzoek is, zo is bij de parlementaire behandeling benadrukt, een breed opgezet onderzoek, dat geen deel uitmaakt van het opsporingsonderzoek, maar daaraan voorafgaat.

172 Naam, adres, postcode, woonplaats, nummer (telefoon, e-mail en internetprotocoladres) en het soort dienst van een gebruiker van telecommunicatie.

173 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059.

174 Advies Raad van State van 3 augustus 2001, no. W12.01.0306/IV, p. 1.

175 Kamerstukken II 2001-2001, 28 059, B, p. 4.

Tijdens dit onderzoek mogen geen opsporingsbevoegdheden worden uitgeoefend. Het onderzoek bestaat er in belangrijke mate uit dat gegevens uit politieregisters worden vergeleken met gegevens uit open bronnen. Gebruikersgegevens zijn echter deels afkomstig uit gesloten bronnen. De Raad stelde hieromtrent:

‘(het feit) dat gebruikersgegevens kunnen worden gevorderd in het kader van een verkennend onderzoek betekent een systeembreuk. (...)’

Zowel de Registratiekamer als de Nederlandse Orde van Advocaten wijzen erop dat deze opsporingsbevoegdheid niet past bij de strekking van het verkennend onderzoek.¹⁷⁶ De regering geeft in reactie op deze adviezen aan, deze bevoegdheidstoekenning verantwoord te vinden, omdat gebruikersgegevens basaal zijn bij een onderzoek, en omdat gebruikersgegevens een beperkt karakter hebben. Deze argumentatie gaat eraan voorbij dat, nu voor het eerst opsporingsbevoegdheid aan het verkennend onderzoek wordt verbonden, het karakter van dat onderzoek definitief wordt gewijzigd. De Raad meent dan ook dat – bij handhaving van het voorstel – de motivering moet worden versterkt’.¹⁷⁷

3.1.7.3 Normering van de bestuursbevoegdheid

Aanwijzing 17 ziet erop toe dat bij de toekenning van bestuursbevoegdheden de uitoefening daarvan zoveel mogelijk wordt genormeerd. Met het oog daarop worden discretionaire bevoegdheden en bevoegdheden met vage toepassingscriteria alleen toegekend, indien daarvoor goede gronden zijn. Verwijzingen naar deze Aanwijzing komen regelmatig voor in de advisering van de Raad, maar meestal impliciet. Een illustratie hiervan is te vinden in het advies bij het wetsvoorstel Verbetering poortwachter:

‘Het verzoek om de wachttijd voor de WAO te verlengen, kan door het Lisv worden gehonoreerd. Het Lisv heeft dus een vrije beslissingsruimte. Zoals ook blijkt uit de toelichting op het artikel kan het Lisv eventueel kiezen voor een wachttijd die korter is dan partijen hebben verzocht. Het is niet duidelijk welke gronden het Lisv kan hanteren om het verzoek af te wijzen of een kortere wachttijd vast te stellen.(...)’

Het verdient aanbeveling in de wettekst de gronden op te nemen waarop het Lisv het verzoek kan afwijzen of een kortere wachttijd kan vaststellen’.¹⁷⁸

In het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit algemene rechtspositie politie c.a. werd aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de bevoegdheid toegekend een bepaalde termijn te verlengen.¹⁷⁹ Zoals bleek uit de toelichting was het ook de bedoeling dat de minister in dit verband criteria vaststelde op basis waarvan deze termijn kon worden verlengd. Dit bleek niet uit de tekst van de voorgestelde nieuwe artikelleden. De Raad adviseerde de betreffende bepalingen aan te passen.

De Raad toetst ook of bevoegdheden duidelijk omschreven zijn. In het ontwerp-Dierentuinenbesluit¹⁸⁰ werd vermeld dat na gehele of gedeeltelijke sluiting door de minister van een dierentuin op grond van artikel 14 de zorgplicht voor de dieren primair ligt bij de exploitant van de dierentuin zelf. Vervolgens werd erop gewezen dat de minister in navolging van artikel 6 van de te implementeren Richtlijn¹⁸¹ erop toeziet dat dieren op een passende wijze worden behandeld en worden ondergebracht. De Raad adviseerde de toelichting aan te vullen met de vermelding van de bevoegdheden die de minister terzake heeft.

176 Advies Registratiekamer van 18 november 2000, kenmerk z2000-0478, p. 12; Advies NOVA van 31 augustus 2000, kenmerk 3.1.2/7, p. 6-7.

177 Kamerstukken II 2001-2001, 28 059, B, p. 6.

178 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10.

179 Advies Raad van State van 17 april 2001, no. W04.01.0130/I, p. 1.

180 Advies Raad van State van 29 maart 2002, no. W11.01.0674/V, p. 4.

181 Richtlijn 1999/22/EG, PbEG L 94.

3.1.7.4 Delegatie van regelgevende bevoegdheden

De Raad onderzoekt of de voorwaarden waaronder delegatie heeft plaatsgevonden en de gehanteerde terminologie juist zijn. Paragraaf 2.3 Ar, ofwel de Aanwijzingen 25 tot en met 34a, toont dat ook deze vereisten inmiddels zijn neergelegd in concrete richtlijnen. Indien een wetsvoorstel of ontwerpbesluit voorziet in de mogelijkheid tot delegatie, zal de Raad bovendien altijd toetsen of de daarvoor vereiste wettelijke grondslag aanwezig is. Dit laatste aspect verwijst op zijn beurt weer naar het legaliteitsbeginsel.

Aan het legaliteitsvereiste als algemeen rechtsbeginsel werd al aandacht geschonken in paragraaf 3.1.6.1 van dit hoofdstuk; in deze paragraaf zal het beginsel in specifieke zin aan de orde komen, als zijnde een vereiste voor delegatie.

3.1.7.4.1 Vereiste van wettelijke grondslag

In het navolgende ontwerpbesluit was een delegatiebepaling opgenomen waarvoor de wettelijke grondslag – vooralsnog – ontbrak. Het ontwerpbesluit Naturalisatietoets¹⁸² gaf uitwerking aan één van de voorwaarden voor naturalisatie tot Nederlander, namelijk dat de verzoeker als ingeburgerd kan worden beschouwd. Het ontwerpbesluit was gebaseerd op artikel 8 lid 1 aanhef en sub d, in samenhang met artikel 23 van de Rijkswet op het Nederlanderschap. In artikel 6 van het ontwerpbesluit werd aan de Minister van Justitie van het Koninkrijk de bevoegdheid verleend om nadere regels te stellen ter uitvoering van dit besluit. Deze subdelegatie werd mogelijk gemaakt door het gewijzigde artikel 23 van de Rijkswet, dat nog niet in werking was getreden. Op basis van het geldende artikel 23 zou subdelegatie niet mogelijk zijn geweest.

‘Omdat de grondslag voor delegatie aan de minister thans nog ontbreekt, adviseert de Raad dit besluit niet in werking te laten treden voordat de wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap in werking is getreden’.¹⁸³

Voor de bepalingen uit Hoofdstuk VI van het ontwerpbesluit Begroting en verantwoording provincies en gemeenten werd uitgegaan van delegatie vanuit de Gemeentewet, maar die delegatie was nog niet tot stand gebracht.¹⁸⁴ Het ontwerpbesluit zou eerder in werking treden dan de nieuwe bepaling in de Gemeentewet, waarin in – de juiste – delegatie was voorzien. De regering was echter van mening dat ook de bestaande wettelijke bepalingen voldoende grondslag boden voor de nieuwe regels.

De Raad van State deelde dit standpunt niet. Hij had al eerder opgemerkt dat de gemeentebegroting geen autorisatie aan het college inhoudt om uitgaven te doen.¹⁸⁵ De Raad betoogde in dat advies dat de introductie van uitvoeringsdocumenten in de Gemeentewet alleen mogelijk zou zijn als in diezelfde wet wordt geregeld dat de begroting een autorisatiefunctie heeft. In het voorliggende advies voegde hij hier het volgende aan toe:

‘De uitvoeringsdocumenten worden in het wetsvoorstel omschreven als “door het college vast te stellen documenten op basis van de begroting en de jaarrekening”. Uit deze omschrijving blijkt dat de uitvoeringsdocumenten alleen al taalkundig niet te brengen zijn onder de begrippen begroting en jaarrekening. Ook uit de uitvoerige uiteenzetting in de toelichting blijkt dat het om een nieuw en ander soort documenten gaat. Dat betekent dat de delegatiegrondslag in de Gemeentewet zoals die nu luidt, ook om die reden onvoldoende is’.¹⁸⁶

De Raad concludeerde dat Hoofdstuk VI van het ontwerpbesluit pas zou kunnen worden vastgesteld als de Gemeentewet voorziet in een autorisatiefunctie van de gemeentebegroting en de grondslagbepa-

182 Advies Raad van State van 8 maart 2002, no. W03.02.0053/I/K.

183 Advies Raad van State van 8 maart 2002, no. W03.02.0053/I/K, p. 2.

184 Advies Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I.

185 In zijn advies van – eveneens – 4 december 2002, no. W04.02.0329/I.

186 Advies Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I, p. 3-4.

ling van hoofdstuk VI in werking is getreden. Zolang dat niet het geval was, diende het hoofdstuk achterwege te blijven.

Het komt ook voor dat naar het oordeel van de Raad een delegatiebepaling oneigenlijk wordt gebruikt. In het voorgestelde Tijdelijk besluit notariële tarieven onroerend goed-praktijk¹⁸⁷ waren de notariële tarieven opgenomen in afwachting van de definitieve besluitvorming over het vrijgeven van de in die praktijk gehanteerde tarieven. Artikel 4 uit het ontwerpbesluit kwam overeen met een ‘algemene dispensatie’, die het karakter heeft van een vrijstelling en – al – is opgenomen in de ministeriële regelingen notariële tarieven onroerend goed-praktijk 2000 en 2001. Laatstgenoemde regelingen vinden hun wettelijke basis in de overgangsregeling waarin artikel 127 lid 2 en 3 Wet op het notarisambt voorziet.

Het onderhavige Tijdelijke besluit – een amvb – vond zijn grondslag in artikel 54 lid 1 Wet op het notarisambt. Die bepaling voorziet uitsluitend in tarief- dan wel regelstelling bij algemene maatregel van bestuur ‘voor zover zulks kennelijk noodzakelijk is om de continuïteit van een toegankelijke notariële dienstverlening te waarborgen’.

De Raad zette nadrukkelijk vraagtekens bij de keuze van artikel 54 als basis voor het Tijdelijk besluit:

‘De Raad vermag niet in te zien dat enige dispensatieregeling, en zeker niet een regeling die uitsluitend ten voordele strekt van cliënten die een min of meer nauwe persoonlijke of zakelijke band hebben met de notaris die een akte tot levering van onroerend goed passeert, de continuïteit van een toegankelijke notariële dienstverlening als zodanig waarborgt. Bovendien valt niet in te zien wat de wettelijke grondslag is voor het onderscheid dat in artikel 4 wordt gemaakt tussen aktes ten behoeve van de categorieën a tot en met c en categorie d, waarbij slechts voor de laatste groep de beperking geldt tot bloed- of aanverwanten in de eerste graad en tot transacties in “de persoonlijke sfeer”.

De Raad was van oordeel dat de voorgestelde bepaling geschrapt diende te worden.¹⁸⁸

3.1.7.4.2 Wenselijkheid van delegatie

De Raad toetst eveneens de wenselijkheid van delegatie, waarbij in feite 26 Ar aan de orde komt.¹⁸⁹ In het ontwerp-Mijnbouwbesluit werd op ruime schaal gebruikgemaakt van de mogelijkheid om bij ministeriële regeling nadere regels te stellen. Dit, terwijl de aanvaardbaarheid van subdelegatie in een aantal gevallen niet evident was, zo constateerde de Raad in zijn advies bij dit ontwerpbesluit. In de toelichting bij de artikelen 80, 81 en 83 van het ontwerpbesluit werd gesteld dat het handhaven van de mogelijkheid om regels te kunnen vaststellen bij ministeriële regeling noodzakelijk was om slagvaardig te kunnen reageren op in de toekomst verwachte, regelmatig terugkerende aanpassingen van internationale verplichtingen. De Raad stelde:

‘Toegelicht dient te worden of het hier inderdaad uitsluitend gaat om het verwerken in de Nederlandse wetgeving van internationale regelingen die de Nederlandse wetgever, behoudens op ondergeschikte punten, geen ruimte laat voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard’.¹⁹⁰

Dit is een duidelijke verwijzing naar lid 2 van Aanwijzing 26.¹⁹¹

187 Advies Raad van State van 23 augustus 2002, no. W03.02.0334/I.

188 Advies Raad van State van 23 augustus 2002, no. W03.02.0334/I, p. 1.

189 26 Ar ziet op de toelaatbaarheid van delegatie aan een minister. Indien delegatie plaatsvindt, verdient het in het algemeen de voorkeur dat de bevoegdheid wordt toegekend bij amvb regels te stellen. Slechts in bepaalde gevallen is (sub)delegatie aan een minister geoorloofd. 26 Ar geeft aan welke dat zijn.

190 Advies Raad van State van 22 oktober 2002, no. W10.02.0387/II, p. 2.

191 26 lid 2 Ar: Delegatie aan een minister van de bevoegdheid tot het vaststellen van avv’s is ook toegestaan indien het gaat om het verwerken in de Nederlandse wetgeving van internationale regelingen die de Nederlandse wetgever, behoudens op ondergeschikte punten, geen ruimte laten voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard.

3.1.7.4.3 Begrenzing van delegatie

Het voornoemde ontwerpbesluit bevatte tevens bepalingen ter bescherming van het milieu: met het oog op onder meer de bescherming van het milieu en de veiligheid van scheepvaart en visserij was voor het aanleggen van een pijpleiding of kabel op zee een vergunningstelsel in het leven geroepen. Op grond van artikel 105 lid 3 konden bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld over de toepassing of aanvulling van de voor kabels geldende normen. Uit de toelichting bleek dat met ‘toepassing of aanvulling’ bedoeld werd de mogelijkheid om op termijn de – op dat moment geldende – doelvoorschriften te vervangen door de in ontwikkeling zijnde ISO-normering.

De Raad merkte op dat deze vervanging van het normencomplex via delegatie aan de minister op gespannen voet stond met het uitgangspunt (sub)delegatie van nauwkeurige begrenzing te voorzien. Dit is een verwijzing naar 25 Ar.¹⁹² Hij achtte heroverweging van deze bepaling dan ook wenselijk.

Artikel 133 van het ontwerp-Mijnbouwbesluit bood opnieuw een mogelijkheid tot delegatie: bij ministeriële regeling konden nadere regels gesteld worden betreffende de inrichting en de administratie van het Waarborgfonds mijnbouwschade, alsmede het daarop uit te oefenen toezicht. De Raad adviseerde te verduidelijken dat deze bepaling uitsluitend zou zien op het toezicht op de inrichting en de administratie van het fonds.

In de context van zijn opmerkingen bij de voorgestelde delegatiemogelijkheden adviseerde de Raad de voorgestelde bevoegdheden tot het stellen van nadere regels bij ministeriële regeling nader te bezien. De bevoegdheden die na deze heroverweging zouden overblijven dienden van een dragende motivering te zijn voorzien. Hierbij refereerde de Raad expliciet – weliswaar in een voetnoot – aan paragraaf 2.3 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

3.1.7.5 Overgangsrecht

3.1.7.5.1 Afstemming met ander overgangsrecht

Aan het overgangsrecht werd uitgebreid aandacht geschonken in de advisering terzake van het wetsvoorstel Verbod op de pelsdierhouderij.¹⁹³ De Raad vergeleek ten eerste de voorgestelde overgangsregeling met een ander stelsel van overgangsrecht, dat inmiddels was neergelegd in het Besluit aanwijzing voor productie te houden dieren. Hiermee wordt het samenvallen van – dit onderdeel van – het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid* met het criterium *Onderlinge afstemming* geïllustreerd.¹⁹⁴

Het voorstel strekte ertoe het houden en doden van dieren met het oog op hun pels te verbieden op grond van ethische overwegingen. In verband met de al geregelde beëindiging op termijn van het houden van vossen en chinchilla's op grond van specifieke welzijnsoverwegingen (in het Besluit aanwijzing voor productie te houden dieren) bevatte het wetsvoorstel twee verschillende overgangsregelingen: één voor de houder van vossen, chinchilla's of andere dieren, niet zijnde nertsen, en één voor de houder van nertsen. De Raad stelde vast dat het voorstel met betrekking tot de overdracht van nertsenhoudertijen slechts overgangsrecht bevatte voor gevallen waarin sprake was van bijzondere omstandigheden, zoals plotselinge arbeidsongeschiktheid van de overdragende houder (artikel 3 lid 4 jo. artikel 4 lid 4 en 5). Daarbij gold dat de minister een verklaring terzake van de bijzondere omstandigheden moest hebben afgegeven. Voor deze gevallen bleef de overgangsperiode van belang die voor de oorspronkelijke houder zou hebben gegolden, als er geen overdracht zou hebben plaatsgevonden.

‘Deze regeling wijkt af van het stelsel dat in artikel 3 van het Besluit aanwijzing voor productie te houden dieren is neergelegd, waarin reeds op grond van welzijnsoverwegingen een verbod op het houden van vossen en chinchilla's is neergelegd. Anders dan die overgangsregeling, houdt het wetsvoorstel onnodige beperkingen in voor economisch verantwoorde overdrachten binnen de

192 25 Ar: Elke delegatie van regelgevende bevoegdheid dient in de delegerende regeling zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd.

193 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A, p. 3-4.

194 *Onderlinge afstemming*; het vijfde kwaliteitscriterium uit “Zicht op wetgeving”. (zie Hoofdstuk 7).

gestelde overgangperiode. Daarom adviseert de Raad deze regeling ten principale nader te bezien'.¹⁹⁵

Vervolgens richtte de Raad zijn aandacht op de opzet van de overgangsregeling, waaraan naar zijn oordeel nog een aantal andere bezwaren kleefden. Tot het begrip 'bijzondere omstandigheden' mochten volgens de toelichting bij artikel 4 lid 5 omstandigheden gerekend worden als plotseling opkomende invaliditeit en noodzaak van verdeling van een gemeenschap waar de nertsenhouderij deel van uitmaakt. Hieronder viel niet het bereiken van een bepaalde leeftijd waarop de nertsenhouder zijn bedrijf wil beëindigen. In de toelichting werd doorslaggevend gevonden dat het bereiken van een bepaalde leeftijd meer voorzienbaar is dan voornoemde voorbeelden van bijzondere omstandigheden. De Raad vond van niet:

'Hierbij wordt onvoldoende gewicht gehecht aan het bereiken van een bepaalde oudere leeftijd als onontkoombare omstandigheid en aan de noodzaak van een ondernemer uit de verkoop van het bedrijf een aanvullende pensioenvoorziening te halen. Bovendien brengt deze regeling in samenhang met het gehanteerde begrip houderschap (toelichting op de artikelen 3 en 4) mee dat ondernemers ongelijk worden behandeld al naar gelang zij zelf eigenaar van de onderneming zijn dan wel deze uitoefenen via een naamloze of besloten vennootschap. In dat laatste geval is aandelenoverdracht zonder belemmering mogelijk bij het bereiken van de leeftijd waarop de ondernemer in feite met werken wil ophouden'.

De Raad stond ook stil bij de strekking van het begrip 'verklaring'; onder de voorgestelde overgangsregeling gold dat de minister een verklaring met betrekking tot de bijzondere omstandigheden moest hebben afgegeven:

'Letterlijk wordt in de overgangsregeling in de artikelen 3 lid 4 en 4 lid 4 en 6 gesproken van een "verklaring" van de minister dat bijzondere omstandigheden de overdragende houder van de nertsenhouderij noodzaken de nertsenhouderij te beëindigen en tot algehele overdracht van zijn rechten op de tot de nertsenhouderij behorende grond en activa over te gaan. In paragraaf 8 van de toelichting wordt evenwel opgemerkt dat er "toestemming" van de minister moet zijn voor de desbetreffende overdracht. Dat impliceert een verdergaande bevoegdheid, wat niet de bedoeling zal zijn.

Aan de andere kant zou uit de toelichting op de artikelen 3 en 4 kunnen worden opgemaakt dat zelfs een "verklaring" van de minister niet noodzakelijk is. Daarin wordt opgemerkt dat de betrokken bijzondere omstandigheid(heden) "ten genoegen" van de minister moet worden aangetoond. Een declaratoire beschikking, als vereist in artikel 4 lid 4, is naar de mening van het college uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming aangewezen'.¹⁹⁶

Met zijn keuze voor het beschikkingsmodel koos de Raad impliciet voor de toegang tot de bestuursrechter.

De afstemming van overgangsrecht was een belangrijk aandachtspunt in het advies bij de voorgestelde Wijziging van Boek 8 BW inzake een hogere preferentie van havengelden en vorderingen.¹⁹⁷ Voor vorderingen die al bestonden op het moment van inwerkingtreding van het wetsvoorstel, gold een overgangsregime. Artikel II van het voorstel verklaarde artikel 252 Overgangswet Nieuw-BW van overeenkomstige toepassing op de in het voorstel voorgestelde wijziging van Boek 8 BW.

De Raad wees erop dat ten aanzien van wijzigingen van de Boeken 3 tot en met 7 BW de systematiek geldt dat het – met die wijziging samenhangende – overgangsrecht wordt geregeld in de Overgangswet Nieuw-BW:

'De vraag rijst daarom of het niet wenselijk is deze systematiek, ondanks de afwijkende redactie van titel 9 van de Overgangswet, ook toe te passen ten aanzien van aanvullingen en wijzigingen van Boek

195 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A, p. 3.

196 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A, p. 4.

197 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B.

8 BW. Het voordeel daarvan is dat dan met betrekking tot de Boeken 3 tot en met 8 BW een uniforme systematiek wordt gevolgd. Daar komt bij dat de in dit wetsvoorstel gekozen werkwijze, het van overeenkomstige toepassing verklaren van een artikel uit de Overgangswet, leidt tot een verbrokkeld stelsel van overangsrecht'.¹⁹⁸

De Raad adviseerde de regeling van het overangsrecht nog eens te bezien en de gekozen systematiek nader toe te lichten.

Het kan voorkomen dat er sprake is van samenloop tussen overangsrecht dat geldt voor een specifieke groep en de voorgestelde nieuwe regeling.

In het voorstel tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie was geregeld dat zowel de figuur van vergunninghouder als de figuur van beschermde afnemer zou verdwijnen, ten behoeve van het stimuleren van volledige concurrentie op de kleinverbruikersmarkt.¹⁹⁹ De vergunninghouder zou echter – op grond van het voorgestelde overangsrecht – eerder verdwijnen dan de beschermde afnemer. Voor de vergunninghouder was voor de overangsperiode (tot en met 31 december 2003) de verplichting opgenomen een aanbod tot het leveren van elektriciteit te aanvaarden indien een beschermde afnemer dit aanbod zou doen én deze afnemer elektriciteit opwekt met een warmtekrachtkoppelingsinstallatie (WKK, ofwel groene stroom). In dat geval zou de afnemer van de vergunninghouder voor het leveren van groene elektriciteit een vergoeding ontvangen die gelijk was aan de vergoeding die de vergunninghouder in 2002 aan een dergelijke beschermde vergunninghouder verschuldigd was. De Raad merkte hierover het volgende op:

‘Merkwaardig genoeg blijkt deze situatie te kunnen samenvallen met de thans voorgestelde koopregeling waarbij het gaat om beschermde afnemers, die WKK-electriciteit voor eigen gebruik produceren, en daarnaast het restant van deze elektriciteit leveren aan een vergunninghouder (een leverancier van elektriciteit), die verplicht is deze elektriciteit te kopen. De beschermde afnemers zijn dus in deze situatie ook producenten van elektriciteit, die, net als andere producenten, gebruik kunnen maken van de faciliteiten van het wetsvoorstel. Dat samenloop van beide regelingen niet is uitgesloten, is ook onderkend, getuige de volgende passage in de memorie van toelichting: “Overigens kunnen in het jaar 2003 beschermde afnemers van WKK-electriciteit ook al gebruik maken van de koopregeling van dit wetsvoorstel...”.(...)

Het is met andere woorden aan de beschermde afnemer zelf om te beoordelen of het financieel aantrekkelijk is om in het jaar 2003 van twee walletjes te eten. Besluit hij daartoe dan kan de door hem (terug) te leveren WKK-electriciteit hem dus volgens het ene spoor van de voorgestelde koopregeling een vergoeding opleveren (...) en volgens het andere spoor, namelijk dat van de geldende terugleverregels, een vergoeding die gelijk is aan de vergoeding die in 2002 aan een dergelijke afnemer verschuldigd was. De vraag dient zich aan of de bedoelde samenloop in dit geval wel wenselijk is en het niet de voorkeur verdient daarvan af te zien en uitsluitend uit te gaan van een overangsrechtelijke voorziening die voor de beschermde afnemer gedurende het jaar 2003 voldoende zekerheid biedt dat hij er ten opzicht van de voorgaande jaren financieel niet op achteruit zal aan. De Raad opteert voor de laatste oplossing’.²⁰⁰

Verder adviseerde de Raad meer duidelijkheid te geven in de toelichting indien de samenloop zou worden gehandhaafd.

3.1.7.5.2 Tijdsverloop

Soms gaan aan een ontwerpbesluit lange onderhandelingen vooraf, waardoor de periode waarop het besluit betrekking heeft verstrijkt. Aanpassing van de overangsrechtelijke bepalingen is dan noodzakelijk. Het ontwerpbesluit tot wijziging van enige besluiten in het kader van de arbeidsvoorwaar-

198 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B, p. 5.

199 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665.

200 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665, A, p. 6-7.

denovereenkomst voor de sector Defensie zag op de periode 1 augustus 2000 tot en met 30 september 2001.²⁰¹

Het besluit gaf uitvoering aan een akkoord dat pas na langdurig onderhandelen tot stand kwam tussen de centrales van overheidspersoneel in de Sectorcommissie Defensie en de Staatssecretaris van Defensie. De Raad constateerde:

‘Ten gevolge van de langdurige onderhandelingen en de daarna volgende uitwerking is de periode waarop het akkoord betrekking heeft inmiddels bijna verstreken en zijn uitgebreide overgangsrechtelijke voorzieningen noodzakelijk’.

De Raad onderschreef de strekking van het ontwerpbesluit maar was van oordeel dat – in verband met het voorgaande – aanpassing van het ontwerpbesluit wenselijk was.²⁰²

3.1.7.5.3 Terugwerkende kracht

Aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving geeft aan dat aan belastende regelingen, behoudens in uitzonderlijke gevallen, geen terugwerkende kracht wordt toegekend. Bij belastende regelingen betekent terugwerkende kracht in beginsel een aantasting van de rechtszekerheid van de burger.

Een reden voor het toekennen van terugwerkende kracht kan zijn de noodzaak tot het plotseling laten gelden van een nieuwe regeling om te voorkomen dat burgers maatregelen treffen waardoor de regeling haar beoogde effect ontbeert of zelfs een tegenovergesteld effect sorteert. In dat geval kan de grensdatum van de terugwerkende kracht samenvallen met de datum waarop van betrokkenen redelijkerwijs kan worden gevergd dat zij – voorafgaande aan de inwerkingtreding – met de verandering in de regelgeving rekening hielden.

Voorts kan worden gedacht aan gevallen waarin de regelgeving een achterstand heeft opgelopen ten opzichte van in de praktijk noodzakelijk gebleken ontwikkelingen die legalisering achteraf behoeven. Legalisering dient dan wel op zo kort mogelijke termijn te geschieden, opdat de periode waarover de regeling terugwerkt, beperkt blijft.²⁰³

In het ontwerpbesluit tot aanpassing van enkele algemene maatregelen van bestuur aan de Vreemdelingenwet 2000 werden onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie totstandgekomen amvb's aangepast aan de nieuwe Vreemdelingenwet 2000.²⁰⁴ Ook in een aantal andere amvb's kwamen echter verwijzingen voor naar de (oude) Vreemdelingenwet.²⁰⁵ Uit het nader rapport bij het advies van de Raad betreffende het Vreemdelingenbesluit 2000 bleek dat de verschillende andere ministers was gevraagd zelf zorg te dragen voor de aanpassing van de onder hun zorg ressorterende maatregelen. Hiermee werd afgeweken van de werkwijze bij de aanpassing van de formele wetgeving aan de Vreemdelingenwet 2000; de Invoeringswet Vreemdelingenwet 2000 bevatte namelijk wijzigingen van alle formele wetten waarin een verwijzing naar de oude Vreemdelingenwet voorkwam. De Raad onderschreef de strekking van het ontwerpbesluit, maar maakte toch de volgende opmerking:

‘De nu gekozen werkwijze brengt het risico mee dat de noodzakelijke aanpassingen niet voor de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 worden gerealiseerd. Niet uitgesloten is dat een aantal van de wijzigingen die mogelijk eerst na de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 het Staatsblad bereiken, een belastend effect zullen hebben. Aan dergelijke wijzigingen dient in beginsel geen terugwerkende kracht te worden toegekend’.²⁰⁶

De Raad refereerde hierbij rechtstreeks aan de Aanwijzingen voor de regelgeving.²⁰⁷

201 Advies Raad van State van 1 oktober 2001, no. W07.01.0331/II.

202 Advies Raad van State van 1 oktober 2001, no. W07.01.0331/II, p. 1.

203 Toelichting bij 167 Ar.

204 Advies Raad van State van 26 oktober 2000, Bijvoegsel Stcrt. 9 januari 2001, nr. 6.

205 Zie hierover paragraaf 3.1.5.

206 Advies Raad van State van 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I.

207 De Raad verwees in voetnoot 5 naar 167 Ar. (no. W03.01.0069/I, p. 1).

Ruime aandacht voor het aspect van terugwerkende kracht had de Raad in zijn advies bij het voorstel tot Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 met betrekking tot het inwinnen van het advies van de Adviescommissie voor vreemdelingenzaken (ACV).²⁰⁸

Het voorstel bevatte twee wijzigingen: ten eerste zou de mogelijkheid om een groter aantal leden voor de ACV te benoemen dan de Kaderwet Adviescolleges toelaat, komen te vervallen. De tweede wijziging hield in dat, met terugwerkende kracht, het overgangsrecht werd gewijzigd in die zin dat voor een groot aantal ‘oude gevallen’ de verplichting om de ACV te horen kwam te vervallen. De Raad stelde in zijn advies bij het voorstel dat uit legislatief oogpunt de voorgestelde oplossing niet fraai was, maar desondanks in bijzondere situaties aanvaardbaar kon zijn:

‘Voorgesteld wordt terugwerkende kracht te verlenen aan de bepaling inzake het vervallen van de verplichting de ACV in bepaalde gevallen te horen. Bij het wijzigen van bestaande regels van overgangsrecht dient te allen tijde de grootst mogelijke terughoudendheid in acht te worden genomen.²⁰⁹ De reden die in het onderhavige geval wordt aangevoerd voor de toekenning van terugwerkende kracht, is de gebleken onmogelijkheid de noodzakelijke ambtelijke ondersteuning voor de ACV te werven. Dit geldt nog sterker, nu het aantal bezwaarschriften dat door de ACV onder vigeur van het thans geldende artikel 118 zou dienen te worden afgedaan, blijkens het advies van de ACV aanzienlijk groter is dan vermeld in de toelichting bij te voorstel.

In het advies van de ACV wordt voorts opgemerkt dat indien de expertise die verdwenen is met het vertrek van praktisch alle medewerkers van de oude ACV weer zou moeten worden opgebouwd, waarmee een lange periode zou zijn gemoeid. Bij handhaving van de overgangsbepaling zouden de belanghebbenden in dit opzicht in een nadeliger positie geraken dan bij realisering van de voorgestelde wijziging. Tegelijkertijd wordt in de toelichting erkend dat het niet horen van de ACV gevolgen heeft voor de rechtsbescherming.

Gelet op het vorenstaande meent de Raad dat de in het wetsvoorstel voorgestelde oplossing, die ook volgens het college uit een legislatief oogpunt niet fraai is, in deze bijzondere situatie aanvaardbaar is. Wel is hij van mening dat een uitzondering dient te worden gemaakt voor gevallen waarin op grond van een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak de ACV moet worden gehoord. Het niet horen van de ACV in die gevallen doet afbreuk aan het beginsel dat in een rechtsstaat rechterlijke uitspraken behoren te worden geëerbiedigd.²¹⁰

De Raad adviseerde het voorstel op dit punt te heroverwegen.

Met betrekking tot het ontwerp tot wijziging van het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren speelde het element van terugwerkende kracht eveneens een rol in het advies van de Raad.²¹¹

In het ontwerpbesluit werden rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding onder de werking van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) gebracht. De laatste jaren gold voor hen al een WAO-conforme regeling. De Raad onderschreef wederom de strekking van het ontwerpbesluit, maar maakte een opmerking over de ‘goede regel’ van het vermijden van terugwerkende kracht. Ditmaal geen rechtstreekse verwijzing naar de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar wel – middels een voetnoot – naar een eerder advies:

‘Artikel IV bepaalt dat vrijwel het gehele besluit – een aantal belastende bepalingen worden uitgezonderd – terugwerkende kracht heeft tot en met 1 januari 1998. Als reden wordt aangevoerd de invoering van de WAO voor rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding. Dit ontwerpbesluit is derhalve niet tijdig voorbereid. Dat is in strijd met de goede regel dat terugwerkende kracht dient te worden vermeden. Dit klemmt temeer nu het om de rechtspositie van

208 Kamerstukken II 2001-2002, 28 267, A.

209 De Raad verwees daarbij in een voetnoot naar zijn advies over de wijziging van de Algemene nabestaandenwet (Kamerstukken II 1997-1998, 25 900, A, p. 3).

210 Kamerstukken II 2001-2002, 28 267, A, p. 2.

211 Advies Raad van State 11 mei 2001, no. W03.01.0162/I.

individuele gaat.²¹² Een toelichting van de vertraging bij de voorbereiding van het ontwerpbesluit ontbreekt'.²¹³

De Raad adviseerde deze vertraging te motiveren.

3.1.7.6 Inwerkingtreding

In de advisering bij het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur verwees de Raad impliciet naar Aanwijzing 174. Deze Aanwijzing ziet op de verplichting om bij het bepalen van de termijn tussen de bekendmaking en de inwerkingtreding van een regeling rekening te houden met de mogelijkheid voor uitvoeringsorganen en andere bij de regeling betrokkenen om zich tijdig op de regeling in te stellen. In het wetsvoorstel werd gestreefd naar inwerkingtreding met ingang van de nieuwe zittingsperiode van de gemeenteraden, dat wil zeggen: op 7 maart 2002. Voor gemeenten waarin – als gevolg van een herindeling – niet op 6 maart 2002 raadsverkiezingen werden gehouden zou in een afwijkend tijdstip van inwerkingtreding worden voorzien, nader te bepalen bij Koninklijk Besluit. Gedacht werd aan inwerkingtreding met ingang van 1 januari 2003. De Raad plaatste hierbij de volgende kanttekening:

‘Dit afwijkende tijdstip van inwerkingtreding is niet praktisch voor gemeenten die zijn heringedeeld met ingang van 1 januari 2001 of 1 januari 2002. In deze gemeenten worden de eerstvolgende raadsverkiezingen gehouden in maart 2006. Inwerkingtreding met ingang van 1 januari 2003 zal voor deze gemeenten betekenen dat het dualistische stelsel ingaat in de loop van een raadsperiode. Dit kan niet bedoeld zijn. De toelichting dient te worden aangepast’.²¹⁴

De Raad controleert tevens of een voorgestelde wetswijziging deel uitmaakt van een referendabele wet. In zijn advies bij de Wijziging van de Wet op het primair onderwijs c.a. constateerde hij dat de inwerkingtredingsbepaling geen rekening hield met de Tijdelijke Referendumwet:

‘Nu het om een referendabele wet gaat, wordt geadviseerd om te voorzien in inwerkingtreding bij Koninklijk Besluit’.²¹⁵

Met betrekking tot de inwerkingtreding onderzoekt de Raad ook mogelijke verschillen tussen voorgestelde bepalingen. Zijn belangrijkste adviesopmerking bij het ontwerpbesluit Gelijke behandeling bij pensioenen luidde:

‘Ingevolge artikel 5 treedt het ontwerpbesluit in werking op het tijdstip waarop artikel I, onderdeel B, van de Wet houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten in werking treedt.²¹⁶ Op grond van artikel X van die wijzigingswet geldt voor dit onderdeel B een ander inwerkingtredingsregime dan voor artikel II van die wet dat artikel 12c van de Wet gelijke behandeling bevat en daarmee de grondslag biedt voor artikel 4 van het ontwerpbesluit. Het is de Raad van State opgevallen dat in de NvT rekening wordt gehouden met het zojuist aangeduide verschil,²¹⁷ maar dat dit verschil van inwerkingtreding niet is opgenomen in artikel 5 van het ontwerpbesluit. De Raad adviseert in artikel 5 het hiervoor bedoelde verschil tot uiting te brengen’.²¹⁸

3.1.7.7 Overig

Indien het kabinet in de aanloop naar een ontwerpbesluit een adviesorgaan in de arm neemt, dienen de reacties op dat advies ook duidelijk in de toelichting te worden vermeld. In de voorgenomen wijziging van het Besluit Infrastructuurfonds in verband met de ophoging van de doeluitkering en een andere

212 Hierbij verwees de Raad naar zijn advies van 31 januari 2001, no. W07.00.0598/II.

213 Advies Raad van State 11 mei 2001, no. W03.01.0162/I, p. 2.

214 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 33.

215 Kamerstukken II 2001-2002, 28 085, A, p. 5.

216 Wet van 21 december 2000, Stb. 625.

217 NvT, Staatsblad 2002, 101, p. 7 (paragraaf 4).

218 Advies Raad van State van 11 januari 2002, no. W12.01.0568/IV.

bekostigingswijze van infrastructuurprojecten was advies gevraagd aan de Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv), in verband met het gehanteerde verdeelmodel. In de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit werd weliswaar verwezen naar het advies van de Rfv, maar naar het oordeel van de Raad van State was dit te summier:

‘Daarover wordt slechts opgemerkt dat de Rfv er terecht op wijst dat aan de consistentie van het model in financiering, verantwoordelijkheden en bevoegdheden verder moet worden gewerkt. Hoewel de kern van het Rfv-advies luidt dat hij positief oordeelt over het kabinetsvoornemen om middelen voor verkeers- en vervoersmaatregelen te decentraliseren en tevens positief oordeelt over het voorgestelde verdeelmodel, is de Rfv op een aantal essentiële punten ook kritisch gestemd’.

‘De Raad beveelt aan in de nota van toelichting een integrale reactie op het advies van de Rfv op te nemen’.²¹⁹

Bovenstaand citaat lijkt een verwijzing naar 212 Ar, waarin is verwoord dat de toelichting een verantwoording van de regeling bevat. Deze Aanwijzing stelt dat daarbij, voor zover ter zake, in ieder geval aan de orde komen: de overwogen varianten en de uitvoerings- en handhavingsaspecten van de regeling, zoals de keuze van het handhavingstelsel. De toelichting bij de Aanwijzing voegt hieraan toe dat indien onzekerheid bestaat over precieze (financiële) omvang en effecten, het vermelden van bepaalde sleutelgegevens zeer illustratief kan werken.

De Raad doelde in zijn advies wellicht ook op 215 Ar. Deze Aanwijzing ziet op de verplichting om (financiële) informatie op te nemen in de toelichting, indien een wetsvoorstel financiële gevolgen voor het Rijk bevat. Ten aanzien van een ontwerpbesluit is de Aanwijzing echter minder dwingend:

‘Indien een algemene maatregel van bestuur (...) leidt tot financiële gevolgen voor het Rijk wordt daaraan zo nodig in de nota van toelichting (...) aandacht geschonken’.

3.1.8 Ten slotte

In de eerste fase van dit onderzoek werd in algemene zin gekeken naar de wijze waarop de Raad van State de kwaliteitseis *Rechtmatigheid* in zijn wetgevingsadvisering betreft. Het grote aantal citaten uit de adviezen toont de belangstelling van de Raad voor dit criterium: van de 78 geselecteerde adviezen werden er 49 belicht in dit hoofdstuk.

3.1.8.1 Relatie met Zicht op wetgeving

In de nota Zicht op wetgeving werd met betrekking tot de kwaliteitseis *Rechtmatigheid* een aantal aandachtspunten vastgelegd. Bij het totstandbrengen van nieuwe regelgeving en de daarbij te verrichten afweging zou sterker op de rechtmatigheid dienen te worden gelet, waarbij allereerst volledig recht zou worden gedaan aan het internationale en communautaire recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Daarnaast zouden in dit verband ook andere juridische aspecten meer aandacht krijgen: het juiste niveau van regelgeving, attributie en delegatie van bevoegdheden, inwerkingtreding en overgangsrecht. Samengevat luiden de elementen van *Rechtmatigheid* aldus: hoger recht, algemene rechtsbeginselen en andere juridische aspecten.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat deze aandachtspunten integraal aan de orde komen in de rechtmatigheidstoetsing van wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten door de Raad van State, overigens zonder te refereren aan Zicht op wetgeving.

Toetsing aan Europese en andere verdragsrechtelijke regelgeving gebeurt expliciet: de Raad benoemt de concrete verdragsbepalingen waaraan wordt getoetst. Toetsing aan de Grondwet daarentegen wordt niet steeds expliciet vernoemd, maar geschiedt desondanks altijd. Dit betekent dat indien een advies zwijgt over de Grondwet, men er vanuit mag gaan dat de Raad het voorstel ermee in overeen-

219 Advies Raad van State van 20 september 2002, no. W09.02.0273/V, p. 1-2.

stemming acht. De onderzochte adviezen gaven voorts diverse voorbeelden van toetsing aan algemene rechtsbeginselen. Ook had de Raad veel oog voor de juridische kwaliteit van regelgeving.

3.1.8.2 Toetsing aan het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid*: kwantitatief

3.1.8.2.1 Verenigbaarheid met hoger recht

De meeste aandacht van de Raad ging uit naar het eerste element van *Rechtmatigheid*: de verenigbaarheid met hoger recht. Uit de geselecteerde adviezen kwam 15 maal toetsing aan communautair recht naar voren, variërend van toetsing aan een concrete verdragsbepaling tot een onderzoek naar de verenigbaarheid met EU-resoluties. De toetsing aan het overige internationale recht nam beduidend minder ruimte in: zes adviezen werden belicht ten aanzien van de verenigbaarheid met het EVRM en één uit deze groep werd daarnaast getoetst op verenigbaarheid met overig verdragenrecht. Het betrof het advies inzake het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers; een voorstel dat in dit onderzoek op meer fronten prominent aanwezig was in de toetsing aan het kwaliteitsvereiste *Rechtmatigheid*.

Onder verenigbaarheid met hoger recht was ook te scharen de verenigbaarheid met het Statuut voor het Koninkrijk en met de Grondwet. Het Statuut was van belang in het advies bij het Twaalfde Protocol bij het EVRM en ter zake van de Grondwet hield de Raad een drietal wetsvoorstellen tegen het licht, waaronder de voorstellen tot de Wet dualisering gemeentebestuur en – opnieuw – de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.

Het laatste aspect van verenigbaarheid met hoger recht betrof de nationale wetgevingshiërarchie: het uitgangspunt dat algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen overeen dienen te stemmen met wetten in formele zin. De onderzochte adviezen leverden twee voorbeelden van toetsing aan dit kader.

3.1.8.2.2 Verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen

De verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen kwam aan de orde in 12 van de geselecteerde adviezen. De Raad ging in op het legaliteitsbeginsel, inclusief het hieraan gelieerde specialiteitsbeginsel en de fiscale variant van het legaliteitsbeginsel. Daarnaast was het gelijkheidsbeginsel tweemaal voorwerp van toetsing, gaf het rechtszekerheidsbeginsel in drie gevallen aanleiding tot nadere opmerkingen en kwam het privaatrechtelijke uitgangspunt van contractsvrijheid eenmaal aan bod.

Het onderzoek naar het subcriterium verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen toont in verschillende adviezen de moeilijk af te bakenen begrenzing met de overige criteria. Het beginsel van evenredigheid zou bijvoorbeeld op grond van – de toelichting bij – 254 Ar deel uitmaken van het criterium *Rechtmatigheid*. Voornoemde Aanwijzing verwijst immers naar 15 Ar, waarin het beginsel van evenredigheid wordt gedefinieerd. De nota Zicht op wetgeving geeft het beginsel echter de status van zelfstandig kwaliteitscriterium. In het licht van dit onderzoek werd gekozen voor de laatste invalshoek en wordt *Evenredigheid* behandeld – in samenhang met *Subsidiariteit* – in hoofdstuk 5.

Ook het rechtszekerheidsbeginsel illustreert dat de grenzen tussen de criteria niet altijd even gemakkelijk te onderscheiden zijn. Rechtszekerheid met betrekking tot de gehanteerde terminologie verwijst immers ook naar het criterium *Eenvoud – duidelijkheid – toegankelijkheid*, terwijl de toetsing van het beginsel ter zake van handhaving gemakkelijk te schuiven zou zijn onder de kwaliteitseis *Handhaafbaarheid*.

In een aantal gevallen werd bewust gekozen voor ‘doublures’, omdat de verschillende context van de citaten de verdubbeling rechtvaardigde.

3.1.8.2.3 Toetsing van de juridische kwaliteit van regelgeving

Het laatste element van *Rechtmatigheid* omvat de categorie ‘Juridische kwaliteit van regelgeving’, die ziet op het juiste niveau van regelgeving, de toekenning en de normering van bestuursbevoegdheden, delegatie en mandaat, het overgangsrecht en de inwerkingtreding.

Deze categorie heeft een andere status: in vergelijking met de twee andere subcriteria van *Rechtmatigheid* neemt hij een andere plaats in. Vermeende strijdigheid met één van zijn onderdelen zal juri-

disch beschouwd minder zwaar wegen en daarom minder snel leiden tot de conclusie dat een voorgestelde regeling onrechtmatig is.

De andere status van deze categorie betekent niet dat de Raad er minder aandacht aan schenkt: in 27 van de geselecteerde adviezen kwam één of meer van de aspecten van juridische kwaliteit aan de orde. Hierbij voerden het juiste niveau van regelgeving en het overgangsrecht de boventoon.

3.1.8.3 Toetsing aan het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid*: beoordeling

Uit de onderzochte adviezen komt naar voren dat de Raad van State, bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een wetsvoorstel of ontwerpbesluit, geneigd is een tweedeling te hanteren: de toetsing aan rechtmatigheid ‘in enge zin’ enerzijds en de vraag naar de juridische kwaliteit van een voorgestelde regeling anderzijds.

Bij de toetsing aan rechtmatigheid ‘in enge zin’ richt de Raad zijn aandacht op de vraag of een voorstel overeenstemt met hogere regelgeving en met algemene rechtsbeginselen. De onderzochte adviezen tonen dat de Raad in dit verband regelmatig vraagt om nadere verduidelijking, al dan niet in combinatie met het verzoek hierop in de memorie of nota van toelichting in te gaan. Ook leidt deze toetsing in een aanzienlijk aantal gevallen tot het advies de voorgestelde regeling aan te passen aan de beoogde hogere regeling.

Met betrekking tot de vraag naar de juridische kwaliteit van een voorstel geeft het onderzoek een iets ander beeld: de Raad verzoekt ook in deze context regelmatig om nadere verduidelijking of toelichting, maar geeft daarnaast vaker een concreet en inhoudelijk advies. Deze adviezen variëren van het schrappen van een voorgestelde bepaling omdat de benodigde wettelijke grondslag nog ontbreekt (ontwerpbesluit Naturalisatietoets) of het opmerken dat één der toebedeelde taken elders ondergebracht dient te worden (wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering), tot de mededeling dat een declaratoire beschikking in het voorliggende geval de oplossing zou bieden (wetsvoorstel Verbod op de pelsdierhouderij).

3.1.8.4 Relatie met Aanwijzingen voor de regelgeving

Met betrekking tot een eventuele relatie met de Aanwijzingen voor de Regelgeving kan het volgende worden opgemerkt. Voor de paragrafen 3.1.2 tot en met 3.1.5 van dit hoofdstuk geldt dat 18 Ar als leidraad kan worden beschouwd: *‘bij het ontwerpen van regelingen dient te worden onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt’*. Dat de Raad hieraan veel belang hecht wordt door de betreffende paragrafen ten volle geïllustreerd.

Ten aanzien van de toetsing aan rechtsbeginselen leken de Aanwijzingen geen rol van betekenis te spelen; de Raad verwees er niet expliciet naar.

Bij de toetsing van de juridische kwaliteit van regelgeving daarentegen kwamen de Aanwijzingen vaker in beeld: impliciet werd verwezen naar 17, 20, 22, 25, 26, 174, 212 en 215 Ar en expliciet werd paragraaf 2.3 en Aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving genoemd.

3.1.8.5 Slotsom

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de Raad van State met betrekking tot de geselecteerde adviezen nagenoeg alle – uit Zicht op wetgeving af te leiden – aspecten van het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid* belichtte. Veruit de meeste aandacht ging daarbij uit naar de verenigbaarheid met hoger recht, gevolgd door de toetsing van de juridische kwaliteit van regelgeving.

Met uitzondering van 18 Ar speelden de Aanwijzingen voor de regelgeving hierbij geen nadrukkelijke rol. Het grote aantal impliciete verwijzingen illustreert echter dat zij niet weg te denken zijn uit de wetgevingsadvisering door de Raad.

3.2 REACTIE VAN REGERING EN PARLEMENT OP DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

In de eerste fase van dit onderzoek stond de vraag centraal op welke wijze de Raad van State het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid* in zijn wetgevingsadvisering betreft.

Voor het vervolg van dit onderzoek werd het aantal in fase I gehanteerde adviezen verkleind. Beoogd wordt voor deze selectie na te gaan hoe de reactie op de adviezen luidde. In eerste instantie wordt daarbij gekeken naar de reactie van de regering in het nader rapport; indien de reactie daartoe aanleiding geeft zal vervolgens de parlementaire behandeling van voorgestelde regeling nader worden onderzocht.

Het voorliggende deel volgt de driedeling uit het eerste deel van dit hoofdstuk; in de paragrafen 3.2.1 tot en met 3.2.3 wordt aandacht besteed aan de verenigbaarheid met hoger recht (communautair en overig internationaal recht, Grondwet en hiërarchie anderszins), paragraaf 3.2.4 ziet op de verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen en paragraaf 3.2.5 beschrijft de toetsing van de juridische kwaliteit (juiste niveau van regelgeving, attributie en delegatie van bevoegdheden, overgangsrecht en inwerkingtreding).

3.2.1 Verenigbaarheid met hoger recht: communautair recht

3.2.1.1 Overeenstemming met communautaire richtlijnen

Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij

Het voorstel tot de Wet ammoniak en veehouderij werd door de Raad van State uitgebreid getoetst op verenigbaarheid met de IPPC-richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging.²²⁰ De voorgestelde regeling zou de plaats innemen van de Interim-wet ammoniak en veehouderij (Iav) en bevatte specifieke regels voor de beoordeling van de gevolgen van ammoniakemissie van veehouderijen bij de verlening van milieuvergunningen.

De Raad merkte allereerst op dat het voorstel drastisch afweek van de Iav en dat daarvoor slechts een beperkte motivering werd gegeven. Hij vond dat op gespannen voet staan met het feit dat de voorgestelde regeling mede bedrijven betrof waarvoor de IPPC-richtlijn geldt.

De regering reageerde als volgt op de opmerking van de Raad:

‘De Raad constateert terecht dat de voorgestelde regeling een drastische wijziging vormt ten opzichte van de Interim-wet ammoniak en veehouderij. Deze drastische wijziging is ook beoogd. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, was het beleid met betrekking tot de ammoniakemissie uit dierenverblijven tot nu toe hoofdzakelijk gericht op het bereiken van een stand-still-situatie, waarbij beoordeling van de door de veehouderij veroorzaakte depositie een doorslaggevende rol speelde. Conform de afspraken in het Regeerakkoord wordt middels onderhavig wetsvoorstel (...) een op beperking van de emissie gericht beleid ingezet.’²²¹ (...)

Veel meer dan tot nu toe nadruk leggen op het emissiespoor is ook in lijn met de IPPC-richtlijn, gelet op het daaruit voortvloeiende vereiste van toepassing van “best beschikbare technieken”. (...)

Ten slotte bestaat er inmiddels duidelijkheid over de verplichtingen die in internationaal verband voor Nederland met betrekking tot de ammoniakemissie op de middellange termijn zullen gelden, zodat het toekomstig beleid daarop kan worden afgestemd. (...)

Mede in het licht van de IPPC-richtlijn kan ook voor de langere termijn met zekerheid worden gesteld, dat de omslag van depositie- naar hoofdzakelijk emissiebeleid blijvend is’.²²²

Voorts had de Raad van State in zijn advies een vijftal kanttekeningen geplaatst bij de verhouding tussen het wetsvoorstel en de IPPC-richtlijn.

Ten eerste merkte de Raad op dat het wetsvoorstel onlosmakelijk zou zijn verbonden met de nog op te stellen Huisvestings-amvb. Hierin zouden – op basis van de Wm – emissie-eisen worden gesteld aan

220 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A; IPPC-richtlijn 96/61/EG, PbEG L 257.

221 De afspraak in het Regeerakkoord van 1998 luidde: ‘Het mest- en mineralenbeleid wordt langs de bestaande lijn voortgezet, het ammoniakbeleid zal uitsluitend worden gebaseerd op het emissiespoor. Belangrijke milieudoelstellingen kunnen hiermee in grote delen van het land worden gerealiseerd’.

222 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 2-3.

de huisvesting van dieren. Beide regelingen in onderling verband zouden een compleet kader geven voor de beoordeling van het aspect ammoniak bij het verlenen van een vergunning op grond van de Wm. Voor bedrijven buiten de in het voorstel vastgelegde zones die thans wel onder de Iav vallen, zou gelden, dat zij vrij van beperkingen zullen zijn zolang de Huisvestings-amvb niet in werking is getreden. Dit was volgens de Raad in strijd met de IPPC-richtlijn.

De regering antwoordde in het nader rapport dat ernaar gestreefd werd de amvb gelijktijdig met het wetsvoorstel in werking te laten treden. Zij stelde voorts dat het niet zo is dat de onderhavige wet niet zonder de amvb in werking zou kunnen treden. De door de Raad geschetste situatie zou worden ondervangen door artikel 3 lid 3 van het voorstel juncto artikel 8.11 lid 3 Wm, ofwel een individuele toepassing van het alara-beginsel: aan de vergunning moeten voorschriften worden verbonden die de grootst mogelijke bescherming bieden tegen de gevolgen voor het milieu, die een veehouderij kan veroorzaken, tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd.

‘Op deze wijze zal (...) naar verwachting een vergelijkbaar niveau van bescherming worden gerealiseerd als wanneer het Besluit (...) van kracht zou zijn. (...) De vrees van de Raad (...) is dan ook ongegrond’.²²³

Voor de bescherming van het milieu met betrekking tot ammoniakemissie zouden in bepaalde situaties ten minste drie regelingen van toepassing zijn. De Raad merkte op dat uit de nauwe samenhang daartussen voldoende verzekerd zal moeten zijn dat de IPPC-richtlijn wordt uitgevoerd. Gelet op de verantwoordelijkheid van de staat voor de uitvoering van de IPPC-richtlijn was de Raad van mening dat niet kon worden volstaan met een verwijzing naar dit instrumentarium in de toelichting.

De verantwoordelijke minister nam de opmerking ter harte:

‘Naar aanleiding van het advies van de Raad heb ik besloten om het wetsvoorstel aan te passen in die zin dat buiten de zones de verlening van een milieuvergunning voor een IPPC-inrichting ook kan worden geweigerd, indien deze tot een belangrijke verontreiniging zou leiden. Op deze wijze wordt een correcte uitvoering van de IPPC-richtlijn voldoende gewaarborgd (...)’.²²⁴

Ten derde wees de Raad op het gegeven dat de IPPC-richtlijn – in artikel 7 – uitgaat van een coördinatie van de milieuvergunningen, zodat bij de behandeling van deelaspecten het integrale milieutoetsingskader in acht wordt genomen. Hiervoor is een wettelijke afstemming van procedures nodig, bijvoorbeeld met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren en met de Meststoffenwet. De Raad adviseerde hierin te voorzien.

In het nader rapport antwoordde de minister dat hij geen aanleiding zag om te voorzien in een nadere afstemming van procedures tussen voornoemde wetten:

‘Ik ga er vanuit, dat met betrekking tot inrichtingen die onder de reikwijdte van de IPPC-richtlijn vallen, het stelsel van de Wet milieubeheer in samenhang met de regels die zijn gesteld op grond van de Meststoffenwet, de Wet bodembescherming en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren in overeenstemming is met de eisen van de IPPC-richtlijn. In dit verband kan voorts worden verwezen naar de memorie van toelichting bij de wijziging van de Meststoffenwet, waarin naar aanleiding van het advies van de Raad uitgebreid is ingegaan op de relatie tussen de mestwetgeving en de komende wetgeving op het gebied van ammoniak en stank in het licht van de eisen van de IPPC-richtlijn (...). Daarbij werd geconcludeerd dat er van ongewenste interferentie geen sprake is’.²²⁵

Vervolgens adviseerde de Raad nader in te gaan op de vraag hoe wordt voorkomen dat vergunningverlening leidt tot overschrijding van de normen die uit de Nitraat-richtlijn voortvloeien.

De minister lichtte toe:

223 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 7.

224 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 7.

225 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 8.

‘Aanwijsbare overschrijdingen van de Nitraatrichtlijn als gevolg van uitbreiding of vestiging van een individuele veehouderij zou in theorie aan de orde kunnen zijn, indien de ammoniakemissie uit de dierenverblijven dusdanig hoog is, dat de daardoor optredende depositie tot gevolg heeft, dat de normen in de directe nabijheid van de veehouderij worden overschreden. In een dergelijk geval zou – naast de maximale inzet op het emissiespoor – het stellen van aanvullende eisen aan de individuele veehouderij, gelet op de Nitraatrichtlijn voor de hand liggen. Ik ga er vanuit dat dergelijke gevallen zich niet voordoen’.²²⁶

De vijfde kanttekening betrof de toelichting bij het wetsvoorstel. Hierin stond – met betrekking tot de samenhang tussen de IPPC-richtlijn en de MER-richtlijn – dat het kabinet het wetsvoorstel in overeenstemming achtte met inhoud en strekking van de MER-richtlijn.²²⁷ De Raad wees erop dat als gevolg van artikel 8 van de MER-richtlijn in de vergunningsprocedure rekening moet worden gehouden met de resultaten van de verrichte milieueffectrapportage. Het voorgestelde stelsel zou volgens hem nader bezien moeten worden op zijn geschiktheid aan die verplichting uitvoering te geven.

Uit het nader rapport bleek dat naar aanleiding van de opmerking van de Raad het wetsvoorstel opnieuw is bezien in het licht van de MER-richtlijn. Dit leidde ertoe dat, in samenhang met de hierboven beschreven wijziging ten aanzien van veehouderijen die onder de IPPC-richtlijn vallen, het wetsvoorstel ook op dit punt is aangepast. Via een verwijzing naar artikel 7.35 Wm werd geregeld dat, indien een MER moet worden gemaakt, met de uitkomsten daarvan, ook voor het aspect ammoniakemissie uit de dierenverblijven rekening moet worden gehouden bij de beslissing over de aangevraagde vergunning.

‘Op deze wijze kan bij de milieueffectrapportage een integrale beschouwing van alle relevante milieueffecten plaatsvinden, hetgeen niet alleen op basis van de MER-richtlijn, maar ook op grond van de IPPC-richtlijn is vereist’.²²⁸

3.2.1.2 *Overeenstemming met overig communautair recht*

Uit het eerste deel van dit onderzoek is gebleken dat de Raad van State in een aantal gevallen voorgenomen regelgeving toetste aan communautair recht, zonder daarbij specifieke verdragsbepalingen te noemen. Een drietal ontwerpbesluiten werd getoetst aan mededingingsaspecten en aan belemmeringen inzake vrij verkeer.

Twee van deze adviezen zullen in dit deel aan nader onderzoek worden onderworpen: het advies bij het ontwerp tot wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst (BUA) en het advies bij het ontwerp tot wijziging van het Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen. De Raad gaf aan beide een zwaar dictum.

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst

Met de wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst zou de verplichting voor apotheekhoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen komen te vervallen. Door de betrokken maatregel werden meer mogelijkheden geschapen om binnen de geneesmiddelenvoorziening te differentiëren en te specialiseren. Dit zou voorwaarden creëren voor het realiseren van marktwerking. Óf dit laatste gerealiseerd zou worden, was sterk afhankelijk van het gedrag van betrokken actoren, aldus de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit.²²⁹

De Raad vroeg zich in zijn advies af of het toetreden van ziekenfondsen tot de geneesmiddelenmarkt zonder het treffen van extra voorzieningen zich uit een oogpunt van machtsconcentratie zou verdragen met de mededingingsbepalingen.²³⁰ Indien nodig zou de NMa hierover een oordeel dienen te geven. De nota van toelichting zou hierover duidelijkheid moeten verschaffen.

In het nader rapport beantwoordde de minister deze vraag als volgt:

226 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 8.

227 MER: Richtlijn 85/337/EEG, PbEG L 175, gewijzigd bij Richtlijn 97/11/EG, PbEG L 73.

228 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 8-9.

229 Nota van toelichting bij wijziging van het BUA, Stb. 2002/274, p. 2.

230 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 5.

‘(...) Er verdwijnt een wettelijke bepaling die als uitgangspunt kan worden ingebracht door de apotheekhoudende bij de contractonderhandelingen tussen hem en de zorgverzekeraar. Hierdoor ontstaat meer onderhandelingsruimte voor een zorgverzekeraar om slechts voor een beperkt assortiment te contracteren en meer ruimte voor tariefsonderhandelingen. (...)’

Het is inderdaad zo dat zorgverzekeraars in een regio een sterke positie kunnen hebben.(...) Gevolg hiervan is dat het voor een zorgaanbieder – waaronder de apotheker – van groot belang kan zijn een contract te hebben met de in zijn regio dominante zorgverzekeraar. Dergelijke zorgverzekeraars kunnen dan tegenover de zorgaanbieders een machtspositie hebben. Het mededingingsrecht verbiedt echter niet het hebben van een machtspositie, maar het misbruiken daarvan, alsmede het treffen van regels die dergelijk misbruik bevorderen. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat de betrokken maatregel misbruik van machtspositie door zorgverzekeraars in de hand werkt.

In de nota van toelichting is in de hierboven geschetste zin aandacht besteed aan de mededingingsaspecten’.²³¹

De nota van toelichting vermeldde vervolgens niets nieuws; bovenstaand citaat was er woordelijk in opgenomen.²³²

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen

Met het voorgenomen besluit werden maatregelen voorgesteld die er op neerkwamen dat pluimveevlees alleen nog voorverpakt mocht worden verkocht en bovendien moest zijn voorzien van een waarschuwingsetiket. Het doel was de gevolgen van besmetting van pluimveevlees met salmonella en campylobacter tegen te gaan.

Verwacht werd dat de voorgestelde maatregelen zouden leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van goederen; er zou immers bij invoer geselecteerd moeten worden om te bepalen op welke wijze de producten zouden kunnen worden aangeboden, waarna een deel van de producten zou dienen te worden verpakt en te worden voorzien van een etiket. Daaraan deed niet af dat de maatregel zonder onderscheid van toepassing was op zowel binnenlandse als ingevoerde producten.

De Raad van State oordeelde dat de voorgestelde maatregelen op zichzelf een gerechtvaardigd doel beoogden te dienen, maar dat zij niet op de juiste wijze waren toegesneden op het bereiken van dat doel.²³³ Daardoor voldeden de maatregelen niet aan eisen van evenredigheid en waren zij kwetsbaar in het licht van gemeenschapsrecht. De Raad wees in dit verband op de EEG-verordening tot vaststelling van handelsnormen voor vlees en pluimvee.²³⁴

In het nader rapport werd middels een uitgebreide argumentatie de opmerking van de Raad weerlegd:

‘Het ontwerpbesluit stelt geen eisen aan pluimveevlees bij het binnen Nederlands grondgebied brengen. (...) Aan de Nederlandse grens vinden ter zake dan ook geen controles plaats. Aldus is geen sprake van een kwantitatieve invoerbeperking of maatregel van gelijke werking, bedoeld in artikel 28 EG.

Desalniettemin is het mogelijk dat een Nederlandse importeur van pluimveevlees dat afkomstig is uit een andere lidstaat van de Europese Unie, van zijn leverancier verlangt dat besmet pluimveevlees reeds voor verzending naar Nederland wordt verpakt en geëtiketteerd overeenkomstig het ontwerpbesluit. De desbetreffende leverancier zal daartoe evenwel niet verplicht zijn op grond van het ontwerpbesluit, aangezien de verplichting tot verpakken en etiketteren pas zal gelden bij het verkopen of afleveren aan de consument in Nederland (in de winkel). In een dergelijk geval zou dus sprake kunnen zijn van een maatregel van gelijke werking als bedoeld in artikel 28 EG.

231 Nader rapport van 21 mei 2002, GMT/G 2248900, p. 4-5.

232 Nota van toelichting bij wijziging van het BUA, Stb. 2002/274, p. 4-5.

233 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 1.

234 EEG-verordening 1906/90.

Gezien het voorgaande is getoetst of het voorstel in strijd is met de artikelen 28 en 30 EG en de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Van betekenis is met name het arrest Cassis de Dijon (...).

Het ontwerpbesluit heeft als doel bescherming van de volksgezondheid. Bij het ontwerpbesluit wordt de verhandeling van pluimveevlees niet verboden, maar wordt slechts in het laatste deel van de verhandeling aan de consument (namelijk in de winkel) een verpakking met waarschuwing voorgeschreven. Een minder ingrijpende maatregel is niet voorhanden. Het voorstel is derhalve proportioneel en in lijn met de artikelen 28-30 EG en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

Deze opvatting wordt ondersteund door het gegeven dat het ontwerpbesluit in overeenstemming is met beschikking 2001/232/EG van de Europese Commissie van 13 maart 2001 (PbEG L 84) waarin wordt aangegeven welke wijzigingen van het oorspronkelijke voorstel noodzakelijk zijn om de instemming van de Europese Commissie te krijgen. Het Permanent Comité voor levensmiddelen heeft over deze beschikking 15 februari 2001 met gekwalificeerde meerderheid een positief advies uitgebracht. Hieruit blijkt dat de Europese Commissie niet van oordeel is dat het ontwerpbesluit in strijd is met het Gemeenschapsrecht'.²³⁵

3.2.2 Verenigbaarheid met hoger recht: overig internationaal recht

De Raad van State toetst elk voorstel aan Nederland bindende mensenrechtenverdragen, waarbij het EVRM en het IVBPR de belangrijkste kaders vormen.

3.2.2.1 Overeenstemming met het EVRM

Uit de eerste fase van dit onderzoek is gebleken dat de Raad in een aantal adviezen uitgebreid inging op één bepaling uit het EVRM. De artikelen 5, 6 en 8 kwamen daarbij het nadrukkelijkst in beeld. In de voor de tweede fase geselecteerde reeks kwam slechts één advies voor dat onder deze paragraaf valt: het wetsvoorstel Verbetering poortwachter.

Artikel 6 EVRM: Wetsvoorstel Verbetering poortwachter

Het voorstel was gericht op verbetering van de procesgang in het eerste ziektejaar; het gaf nieuwe regels voor de ziekmelding, de reïntegratie en de wachttijd van werknemers en voor de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever.

De Raad was zeer kritisch over het voorstel en concludeerde dat het voorstel zoals het nu luidde niet zou moeten worden ingediend. Hij adviseerde bij de heroverweging van het voorstel – naast een aantal andere punten – ook aandacht te schenken aan artikel 6 EVRM.

De memorie van toelichting bij het voorstel meldde met betrekking tot artikel 6 EVRM:²³⁶

‘Gezien de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep kan gesteld worden dat het besluit van het Lisv op grond van het negende lid (van het voorgestelde artikel 71a WAO, EH) in de termen van het EVRM geen “criminal charge” is, dat wil zeggen niet te beschouwen is als een strafvervolgung, maar wel een “civil obligation”, dat wil zeggen dient ter vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen’.²³⁷

De Raad merkte op dat een specifieke verwijzing naar jurisprudentie van de CRvB ontbrak en vulde zelf in:

‘Voor zover wordt bedoeld op een uitspraak van de CRvB van 15 februari 1995 over de zogeheten malusregeling (...)’.²³⁸

²³⁵ Nader rapport van 28 mei 2001, GZB/VVB 2180554, p. 3.

²³⁶ Volgens Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10 is e.e.a. terug te vinden in de Toelichting op artikel I, onderdeel J, laatste tekstblok. Deze verwijzing is niet correct.

²³⁷ Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 3, p. 26. (Artikel II onderdeel L, laatste tekstblok).

²³⁸ CRvB 15 februari 1995, RSV 1996/214, r.o. 4.2.

Hij adviseerde het – klaarblijkelijk – beoogde reparatoire karakter van de verlenging duidelijk in de regeling neer te leggen en er bovendien een toereikende toelichting bij te geven.²³⁹

De verantwoordelijke minister was het hiermee eens, zo bleek uit het nader rapport:

‘De aanbeveling van de Raad om in de toelichting meer inzicht te bieden in het reparatoire karakter van de verlengde doorbetalingsplicht is opgevolgd. De duur van de loondoorbetalingsverplichting wordt afgestemd op de aard en de ernst van het verzuim en hangt samen met het reparatoire karakter van de sanctie. Anders dan bij een punitieve sanctie kan de werkgever door het verrichten van adequate reïntegratieactiviteiten het verzuim herstellen en zo oplegging van de sanctie tegengaan dan wel de lengte ervan beperken. Bepalend is dus de mate waarin het verzuim voortduurt.

Voorts geldt dat hoe langer een werkgever zijn plichten met betrekking tot reïntegratie verzaakt, des te langer hij nodig zal hebben om dit verzuim te herstellen. Dat toch bij deze sanctie met de aard en de ernst van het verzuim rekening wordt gehouden heeft te maken met het feit dat schending van procedurele criteria ten aanzien van het reïntegratieverslag minder zwaar wordt aangerekend, dan het niet of onvoldoende verrichten van reïntegratieactiviteiten. Een dergelijk procedureel verzuim is makkelijker te herstellen.

Voorts is in de toelichting de verwijzing naar de jurisprudentie verduidelijkt’.²⁴⁰

Op welke wijze de verwijzing naar de jurisprudentie zou zijn verduidelijkt, is niet helder. De toelichting bevatte geen nadere informatie hieromtrent. Evenmin werd ingegaan op de door de Raad genoemde uitspraak van de CRvB.

Met betrekking tot het bieden van meer inzicht in het reparatoire karakter van de loondoorbetalingsverplichting meldde de toelichting:

‘(...) Ten tweede verandert de aard van de sanctie. De boetes worden vervangen door een verlenging van de loondoorbetalingsplicht van de werkgever, indien hij in gebreke blijft bij het voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het nieuwe poortwachtersmodel. Het Lisv heeft dit in zijn commentaar ook voorgesteld. Een voordeel van deze optie is dat het direct werkt. Dat heeft een belangrijke signaalwerking. (...)

Een tweede voordeel van een dergelijke constructie is dat de werkgever ook nog de kans heeft zijn verzuim “goed te maken”: hij kan immers aan de sanctie een eind maken door de zieke werknemer alsnog arbeid aan te bieden die deze nog wel kan verrichten, dan wel door het reïntegratieverslag aan te vullen’.²⁴¹

3.2.2.2 *Overeenstemming met overig verdragenrecht*

Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

Het advies bij het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers vormt een aardige illustratie van het gegeven dat de Raad ook toetst op de verenigbaarheid met andere mensenrechtenverdragen dan uitsluitend het EVRM of het IVBPR.

De Tijdelijke wet zou een geldingsduur hebben van één jaar en verklaarde zowel de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) als de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (Bjj) buiten toepassing voor de insluiting van drugskoeriers. Voor de duur van een jaar werd een veel soberder regeling voorgesteld, die de gedetineerden aanmerkelijk minder rechten bood.

In het onderhavige advies werd de toetsing aan artikel 10 IVBPR gecombineerd met die aan de European Prison Rules (EPR), de Ecosoc Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) en het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen.

239 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10.

240 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10.

241 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 3, p. 13.

De Raad van State plaatste tal van kanttekeningen met betrekking tot mogelijke onverenigbaarheid met bepalingen uit mensenrechtenverdragen. Ter illustratie – en in de context van de tweede fase van het onderzoek – wordt één van de kanttekeningen “gevolgd” en de gang ervan volledig beschreven.

Artikel 8 lid 2 van het voorstel bevatte de volgende bepaling:

‘Onveroordeelde en veroordeelde gedetineerden kunnen gemeenschappelijk worden ondergebracht’.

De Raad van State merkte hierbij op dat, gezien in het licht van artikel 10 IVBPR, verdachten gescheiden dienden te worden gehouden van veroordeelden. Het feit dat Nederland daarbij een voorbehoud had gemaakt, nam niet weg dat de Raad het van groot belang achtte het voorstel in overeenstemming te brengen met artikel 10 IVBPR.

De reactie in het nader rapport luidde echter:

‘Het gemaakte voorbehoud bij artikel 10, tweede lid, onder a van het IVBPR, inhoudende dat verdachten – uitzonderlijke omstandigheden daargelaten – gescheiden moeten worden gehouden van veroordeelden, laat toe dat in de gegeven bijzondere omstandigheden ervan wordt afgezien te bepalen dat verdachten en veroordeelden gescheiden worden gehouden. Daaraan wordt vastgehouden’.²⁴²

In de memorie van toelichting werd hieromtrent de volgende argumentatie gegeven:

‘Bepalingen betreffende de indeling van voorzieningen (vgl. hoofdstuk III Pbw) zijn achterwege gelaten. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen onveroordeelde en veroordeelden. Artikel 10, tweede lid, onder a, van het BuPo-Verdrag bepaalt dat onveroordeelde en veroordeelden zoveel mogelijk gescheiden moeten worden ondergebracht. Nederland heeft bij deze bepaling een voorbehoud gemaakt (artikel 2 van de goedkeuringswet van 24 november 1978, Stb. 624). Het EVRM schept geen verplichting om onveroordeelde gescheiden onder te brengen van veroordeelden, noch vloeit dit voort uit artikel 3 van dit verdrag. De EPR (artikel 11 lid 3) geven aan dat preventief gedetineerden in principe niet ondergebracht worden bij gedetineerden die reeds zijn veroordeeld, tenzij zij daarmee instemmen of wanneer dit geschiedt voor de deelname aan bepaalde activiteiten.

In Nederland worden doorgaans onveroordeelde en veroordeelden gescheiden ondergebracht. Een uitzondering geldt bijvoorbeeld ten aanzien van veroordeelden met een straf van minder dan drie maanden (artikel 9 lid 2 sub b Pbw). De huidige uitzonderlijke situatie ten aanzien van de drugskoeriers laat een strikte scheiding van beide groepen niet toe, reden waarom thans van het bij het BuPo-Verdrag gemaakte voorbehoud gebruik wordt gemaakt door in het tweede lid van artikel 8 te bepalen dat genoemde groepen gedetineerden ook samen kunnen worden geplaatst. Nu de wet van tijdelijke aard is acht de regering dit verantwoord’.²⁴³

Uit de parlementaire behandeling van het voorstel viel op te maken dat het bovenstaande stof bood voor discussie. PvdA-fractieleden verklaarden kritisch te staan ten opzichte van een aantal nieuwe voorstellen uit het wetsvoorstel. Deze zouden niet alleen de geest, maar ook de letter tarten van een aantal internationale verdragen en Europese standaarden.²⁴⁴ De leden van de D66-fractie constateerden:

‘Het voorstel geeft de mogelijkheid om mensen die in voorarrest zitten, te plaatsen met mensen die hun straf opgelegd hebben gekregen voor een drugsmisdrijf. Waarom wordt er niet naar gestreefd beide groepen uit elkaar te houden? Volgens artikel 10 van het BuPo-Verdrag is dat een internationaalrechtelijke verplichting. Nu niet is aangegeven dat de plaatsing van afgestraften in

242 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 4. Blijkens een interview met mw. M.F.M. de Groot en mw. M.J. Wijn (werkzaam bij resp. Directie wetgeving en Directie SRS van het Ministerie van Justitie), gehouden op 27 januari 2004, was het al dan niet “inzetten” van het voorbehoud een kwestie van interpretatie. De Raad van State was van oordeel dat op het voorbehoud slechts een beroep kon worden gedaan indien nodig; de regering was van mening dat het in dit geval nodig was en dus gebruik mocht worden gemaakt van het voorbehoud.

243 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 7.

244 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 1.

gevangenissen op grote plaatsproblemen stuit, dient de regering extra te onderbouwen, waarom deze groepen in strijd met internationale regels door elkaar worden geplaatst'.²⁴⁵

Bij de artikelsgewijze behandeling merkten zij op:

'Er dient benadrukt te worden dat de veiligheid van het personeel en de gedetineerden voorop dient te staan bij de plaatsing van gedetineerden in deze bijzondere voorzieningen. Hierboven hebben de leden van de fractie voor de PvdA reeds opgemerkt de samenplaatsing van verdachten en afgestraften onder deze omstandigheden ongewenst te vinden. (...) Gelet op het kleine aantal personeelsleden en de onprofessionele begeleiding is dit niet verantwoord. (...)

Kan de regering aangeven op welke punten de voorgestelde regeling afwijkt van de European prison rules?'²⁴⁶

In de nota naar aanleiding van het verslag beantwoordde de minister allereerst de laatste vraag:

'De leden van de fractie van D66 vragen om een overzicht op welke punten de regeling afwijkt van de EPR. Vanwege de omvang van deze regels is het op zeer korte termijn niet doenlijk om ten aanzien van de afzonderlijke bepalingen aan te geven in welke mate daaraan wordt voldaan. Het karakter van de regels staat daaraan ook enigszins in de weg. Veel van de regels vormen namelijk een referentiekader en geven inspanningsverplichtingen voor de overheid. Bij de selectie van de locaties alsmede de inzet van personeel en de invulling van de detentie is het mijn streven om de in Nederland gebruikelijke standaard zoveel mogelijk te benaderen. Het regime in de voorzieningen zal humaan zijn en voldoen aan veel van de eisen die een land als Nederland gewend is. (...)'²⁴⁷

Met betrekking tot de overige vragen luidde zijn antwoord:

'Artikel 8, tweede lid, biedt de mogelijkheid om onveroordeelden en veroordeelden samen te plaatsen. De leden van de fractie van de PvdA zijn hierop tegen. De leden van de fractie van D66 plaatsen vraagtekens en vragen om een nadere onderbouwing. Anders dan de leden van de fractie van de PvdA acht ik de huidige noodsituatie bij uitstek een reden om gebruik te maken van het voorbehoud dat ten aanzien van deze bepaling in het BuPo-Verdrag is gemaakt. Juist bij de onderhavige groep gedetineerden, waarbij doorgaans glashelder is dat zij schuldig zijn aan het feit waarvoor zij voorlopig zijn gehecht omdat de drugs in dan wel op hun lichaam zijn aangetroffen dan wel in hun bagage, is een absolute scheiding van onveroordeelden en veroordeelden niet vereist. Overigens doen zich ook bij de gevangenen capaciteitsproblemen voor die alleen nog maar zullen toenemen wanneer de groep drugskoeriers die thans wordt aangehouden, wordt veroordeeld zo antwoord ik op de vraag van de leden van de fractie van D66. Ik benadruk dat hier geen sprake is van strijdigheid met internationale regels. Nederland heeft zich immers niet aan deze regel gebonden'.²⁴⁸

Enige dagen later werd er een motie door kamerlid Dittrich c.s. voorgesteld:

'(...) constaterende, dat de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers het mogelijk maakt dat voorlopig gehechten en afgestraften gezamenlijk in verblijfsruimten kunnen worden vastgehouden;

overwegende, dat in het internationale recht de regel geldt dat deze groepen van elkaar gescheiden worden gehouden;

verzoekt de regering te bewerkstelligen dat de selectiefunctionaris en de directeur van de voorziening waar beide groepen worden geplaatst, zoveel mogelijk proberen beide groepen gescheiden van elkaar in verblijfsruimten te plaatsen, (...)'²⁴⁹

245 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 5.

246 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 11.

247 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 2.

248 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 7-8.

249 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 16. (Dittrich, Duijkers, De Wit, Halsema en Rouvoet)

De motie werd aangenomen. De minister verklaarde:

‘Tot op heden worden voorlopige gehechten en afgestraften daadwerkelijk zo veel mogelijk gescheiden geplaatst in de verblijfsruimten binnen de noodvoorzieningen. In hoeverre dat gedurende de gehele looptijd van de noodwet zal lukken, vormt een onderdeel van een breder onderzoek naar het functioneren van de noodwet, waartoe ik opdracht heb gegeven aan het WODC’.²⁵⁰

Ook tijdens de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer leidde de verenigbaarheid met artikel 10 lid 2 IVBPR tot tal van vragen. De CDA-fractieleden zetten vraagtekens bij het feit dat het ongescheiden opsluiten van verdachten en gestraften door de minister was gerechtvaardigd met verwijzing naar het Nederlandse voorbehoud bij de ratificatie van het IVBPR:

‘Is dit argument wel staande te houden in het licht van de formulering van dat voorbehoud? Brengt de tekst ervan niet met zich mee, dat Nederland een strikte toepassing van artikel 10, tweede lid, sub a wel als nastrevenswaardige norm onderschreef, maar die norm destijds nog niet als realiseerbaar zag? Wordt die lezing van het voorbehoud niet versterkt door de omstandigheid, dat bij ratificatie van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) een vergelijkbaar Nederlands voorbehoud achterwege is gebleven, waardoor het Nederlandse voorbehoud bij artikel 10, lid 2, sub b en lid 3 laatste volzin BuPo-Verdrag zijn betekenis heeft verloren? Is het – met andere woorden – niet zo, dat de minister hier zijn toevlucht neemt tot een obsoleet geworden voorbehoud, teneinde verdachten en gestraften samen te kunnen onderbrengen?’²⁵¹

Het regeringsantwoord in de nota naar aanleiding van het verslag luidde:

‘Anders dan deze leden leest de regering de tekst niet als een statisch gegeven ten tijde van het vaststellen van het voorbehoud. Ook in de huidige tijd zijn de denkbeelden omtrent de behandeling van gedetineerden aan verandering onderhevig, terwijl overigens op verschillende plaatsen in de Pbw is bepaald dat verdachten en veroordeelden (kunnen) worden samengeplaatst. (...)’

Bij minderjarigen worden structureel verdachten en veroordeelden samengeplaatst in de opvanginrichtingen (vgl. artikel 9 Bjj). (...)’

Hoe ziet de regering het voorgaande in het licht van het feit dat bij het IVRK het voorbehoud niet is gemaakt? Voor wat betreft het voorbehoud bij het BuPo-Verdrag over de scheiding van jeugdigen en volwassenen is er inderdaad bij gelegenheid van de inwerkingtreding van het IVRK een wijziging opgetreden. Alhoewel de regering in het wetsvoorstel voor de goedkeuring van het verdrag een vergelijkbaar voorbehoud had voorgesteld, is dit door aanvaarding van het amendement De Vries c.s. thans beperkt tot kinderen die de leeftijd van zestien jaar of ouder hebben en ten aanzien van wie het volwassenenstrafrecht kan worden toegepast’.²⁵²

Ook werd de verhouding tussen het wetsvoorstel en de European Prison Rules opnieuw onder de aandacht gebracht, ditmaal door de PvdA-fractieleden:

‘Op 7 februari 2002 heeft de minister geantwoord wegens tijdgebrek geen vergelijking van het wetsvoorstel met de EPR te kunnen verstrekken. Is die vergelijking inmiddels wel beschikbaar?’

De fractieleden van GroenLinks waren eveneens van oordeel dat zij onvoldoende in staat waren de aanvaardbaarheid van dit wetsvoorstel en zijn werking in de praktijk te beoordelen tegen de achtergrond van internationale inspanningsverplichtingen als de EPR, nu de regering vanwege tijdgebrek niet kon ingaan op de vraag naar de verhouding tussen dit wetsvoorstel en de EPR. Om die reden drongen zij er bij de regering op aan uitvoeriger en overtuigender aan te geven op welke onderdelen in haar visie in de Nederlandse situatie afwijking van deze regels noodzakelijk zou zijn. In de behande-

250 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 23.

251 Kamerstukken I 2001-2002, 28 201, nr. 235a, p. 2.

252 Kamerstukken I 2001-2002, 28 201, nr. 235b, p. 5; Kamerstukken II 1992/93, 22 855, nr. 16.

ling tot nu toe viel de regering ten aanzien van iedere afwijking terug op de standaardmotivering van personeelsgebrek, maar die motivering overtuigde deze fractieleden niet.²⁵³

Uiteindelijk kwam de regering over de streep: in de nota naar aanleiding van het verslag werd artikelsgewijs ingegaan op de verhouding tussen het wetsvoorstel en de EPR, maar niet nadat opgemerkt was:

‘Alvorens dit te doen hecht de regering eraan te benadrukken dat bij het opstellen van het wetsvoorstel de EPR wel degelijk zijn betrokken en van invloed zijn geweest op de inhoud van de wet. Vanwege de beperkte tijd die beschikbaar was zijn overwegingen hieromtrent niet uitvoerig in de memorie van toelichting opgenomen’.²⁵⁴

3.2.3 Verenigbaarheid met de Grondwet

3.2.3.1 *Expliciete toetsing*

Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

In zijn advies terzake van het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur toetste de Raad van State expliciet aan de Grondwet. Het voorstel betrof de wijziging van de Gemeentewet met het oog op de dualisering van de inrichting, de bevoegdheden en de werkwijze van het gemeentebestuur.

In het licht van de vraag naar verenigbaarheid met de Grondwet bleken twee punten van fundamenteel belang: het voorgestelde schrappen van artikel 148 Gemeentewet²⁵⁵ en – in het verlengde hiervan – de betekenis van artikel 125 Gw.

De Raad uitte allereerst twijfels over de beoogde rol van de gemeenteraad. Hij constateerde dat de raad belangrijke bestuursbevoegdheden zouden worden ontnomen en dat de bestuurstaak in beginsel zou overgaan naar het college. Het voorgestelde schrappen van artikel 148 Gemeentewet was hier debet aan. De Raad van State vreesde voor een uitholling van het grondwettelijke begrip ‘hoofd van de gemeente’, neergelegd in artikel 125 Gw.

Voorts stelde de Raad vast dat het voorstel fundamentele veranderingen in de grondslagen van het gemeentebestuur, de inrichting daarvan en de taakverdeling daarbinnen behelsde, zonder dat daaraan een geleidelijke ontwikkeling aan vooraf was gegaan. De voorgestelde veranderingen vonden hun grondslag in opvattingen waarvan nog zou moeten blijken hoe ze in de praktijk zouden uitwerken. De Raad wees hierbij op de memorie van toelichting waarin was aangekondigd dat de beoogde veranderingen nog niet geheel en al zouden kunnen worden doorgevoerd, omdat de Grondwet op enkele concrete punten daaraan in de weg stond. Hij noemde in dit verband de positie van de gekozen burgemeester en het aspect van de autonome bevoegdheden.

De Raad concludeerde dat naar zijn oordeel dergelijke veranderingen geen doorgang zouden behoren te vinden zonder voorafgaande grondwetswijziging:

‘Grondwetswijziging is de methode die ons staatsrecht biedt om na te gaan of bepaalde staatkundige opvattingen zo ruim worden gedeeld dat er in juridische zin op mag worden gebouwd. Daarom adviseert de Raad om niet tot “verplichte dualisering” over te gaan zonder voorafgaande grondwetswijziging die deze verandering legitimeert’.²⁵⁶

De regering diende in het nader rapport meteen van repliek:

‘De Raad meent niettemin dat de met dit voorstel in te zetten veranderingen zo fundamenteel zijn dat voorafgaande grondwetswijziging die de wetgever daartoe de vrije hand geeft, nodig is. De Raad stelt echter niet vast dat grondwettelijke bepalingen niet worden gerespecteerd. Toch meent de Raad dat

253 Kamerstukken I 2001-2002, 28 201, nr. 235a, p. 7.

254 Kamerstukken I 2001-2002, 28 201, nr. 235b, p. 11.

255 Waarin was vastgelegd de bevoegdheid van de raad om beleidsregels vast te stellen voor andere gemeentelijke bestuursorganen.

256 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 6.

een uitholling van het grondwettelijk begrip “hoofd van de gemeente” dreigt. (...) De Raad laat daarbij in het midden op welke belangrijke bestuursbevoegdheden hij het oog heeft. (...)

Nu de Raad niet expliciteert wat naar zijn oordeel het grondwettelijk begrip “hoofd van de gemeente” inhoudt, is bovendien niet geheel duidelijk waaruit de door de Raad gesignaleerde dreigende uitholling bestaat, noch hoe deze dreiging kan worden opgeheven’.

Voorts:

‘Enerzijds constateert de Raad dat de voorgestelde veranderingen niet het resultaat zijn van een geleidelijke ontwikkeling om welke reden zij niet op deze wijze mogen worden ingevoerd, anderzijds acht de Raad de veranderingen zo fundamenteel dat voorafgaande grondwetswijziging nodig is.

Moeilijk valt in te zien hoe veranderingen die zo fundamenteel zijn dat ze niet zonder voorafgaande grondwetswijziging mogen worden ingevoerd, het resultaat kunnen zijn van een geleidelijke ontwikkeling’.

Echter:

‘Deze kanttekeningen bij de opmerkingen van de Raad laten onverlet dat de Raad terecht signaleert dat de bestuurlijke rol van de raad in onderhavig wetsvoorstel wordt beperkt.

Allereerst moet daarbij worden opgemerkt dat de raad (...) in de praktijk in veel gevallen zijn gemeentewettelijke bestuursbevoegdheden en de hem krachtens medebewindswetgeving toekomende bestuursbevoegdheden aan het college delegeert. De feitelijke bevoegdheidsverdeling is in de bestuurspraktijk derhalve al in hoge mate in overeenstemming met het onderhavige voorstel, waarmee de waarschuwing van de Raad dat sprake is van een stap in het ongewisse enigszins moet worden gerelativeerd’.

Hierna ging de minister in op de uitholling van het begrip ‘hoofd van de gemeente’, hetgeen volgens de Raad met name te wijten zou zijn aan het voorgestelde schrappen van artikel 148 Gemeentewet:

‘...moeilijk valt in te zien dat van het schrappen van een bevoegdheid die in 1994 in de Gemeentewet is opgenomen een dergelijke verstrekkende werking kan uitgaan.

Tot slot wijs ik erop dat de Staatscommissie in een uitvoerige historische analyse tot de conclusie komt dat het begrip “hoofd van de gemeente” zo nauw verbonden is met de autonome bestuursbevoegdheid van de raad, dat de grondwetgever zich behoort uit te spreken over de verschuiving van de autonome bevoegdheid naar het college. Deze bevoegdheid wordt daarom door onderhavig wetsvoorstel, zoals ook door de Raad wordt opgemerkt, onverlet gelaten. (...)

Ook ik meen dat het begrip “hoofd van de gemeente” tot uitdrukking brengt dat de raad als rechtstreeks gekozen orgaan (...) de eindverantwoordelijkheid in het lokaal bestuur toekomt. (...) Dit leidt mij tot de conclusie dat de Gemeentewet, en dus ook de hier voorgestelde wijziging, erop beoordeeld dient te worden of de raad in staat wordt gesteld zijn eindverantwoordelijkheid in het lokaal bestuur waar te maken.

Uit het voorgaande moge blijken dat mijn overtuiging dat het onderhavige, in hoofdlijnen overeenkomstig het advies van de Staatscommissie opgestelde wetsvoorstel daaraan bijdraagt, door het advies van de Raad niet wordt aangetast. Gelet op het voorgaande volg ik het advies van de Raad om niet tot “verplichte dualisering” over te gaan zonder voorafgaande grondwetswijziging niet. Met staatsraad Vis ben ik van oordeel dat dit wetsvoorstel geen afbreuk doet aan het in artikel 125 van de Grondwet neergelegde “hoofdschap” van de gemeenteraad.²⁵⁷ Het schept juist voorwaarden die de

257 Afwijkend advies staatsraad Vis: Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 38.

raad in staat stellen vanuit een eenduidige rolopvatting zijn centrale positie in het lokaal bestuur inhoud te geven'.²⁵⁸

De minister meldde voorts dat hij naar aanleiding van het advies van de Raad een nieuwe paragraaf (1.2) bij de memorie van toelichting had gevoegd, waarin op de constitutionele aspecten van het wetsvoorstel werd ingegaan.

Bij de artikelsgewijze opmerkingen in het advies signaleerde de Raad opnieuw dat door schrapping van artikel 148 Gemeentewet het begrip 'hoofd van de gemeente' in belangrijke mate zou worden uitgehold.

In het nader rapport luidde de reactie van de regering:

'(...) Geconstateerd kan derhalve worden dat de Raad en ik van mening verschillen over de vraag of voor deze kaderstelling (de mogelijkheid om kaders te stellen voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden door het college, EH) een bijzonder instrument als artikel 148 nodig is. Ik meen van niet. Door de benutting van politiek-bestuurlijke wegen staan de raad naar mijn mening voldoende mogelijkheden tot beïnvloeding van het collegebeleid ter beschikking, ook op medebewindsterrein'.²⁵⁹

In het algemene deel van de memorie van toelichting werd op de volgende wijze aandacht geschonken aan voornoemd knelpunt:

'In het kader van de in dit wetsvoorstel geregelde dualisering is de vraag aan de orde of het grondwettelijk begrip "hoofd van de gemeente" implicaties heeft voor de inrichting van het lokaal bestuur en zo ja welke. De regering is van oordeel dat de Grondwet de wetgever niet verplicht het lokale bestuursmodel op een bepaalde wijze in te richten. Wel verplicht de Grondwet de wetgever het lokale bestuursstelsel zo in te richten dat de raad materieel invulling kan geven aan de centrale positie die hem door de grondwetgever in het lokale bestuursmodel is toebedacht. (...)'

Hierna volgde een uitgebreide, vanuit historisch perspectief opgebouwde schets van de positie van de raad. Afgerond werd met:

'Het onderhavige wetsvoorstel brengt binnen de ruimte die de Grondwet de wetgever laat, het lokale bestuursmodel meer in overeenstemming met de hiervoor geschetste ontwikkelingen en schept daarmee, in institutioneel opzicht althans, de voorwaarden die de raad in staat stellen aan zijn hoofdschap materieel invulling te geven'.²⁶⁰

Paragraaf 4.2 van de memorie van toelichting was geheel gewijd aan de versterking van de verordenende bevoegdheid van de raad. Hierin werd nogmaals bevestigd dat het stellen van beleidsregels in het verlengde van de bestuursbevoegdheid diende te worden gezien. In dualistische verhoudingen zou het daarom passender zijn dat uitsluitend het college beleidsregels betreffende de uitoefening van eigen bestuursbevoegdheden zou vaststellen. Schrappen van artikel 148 zou dan voor de hand liggen. Door middel van moties en aan het college ontlokte toezeggingen was het voor de raad in de praktijk bovendien heel goed mogelijk gebleken materiële kaders te stellen voor de bevoegdheidsuitoefening door het college. Deze kaderstelling speelde zich namelijk af in de door de vertrouwensregel beheerste politieke verhoudingen tussen raad en college.

'Deze materiële kaderstelling heeft een tweetal grote voordelen boven de formele kaderstelling op grond van het huidige artikel 148. In de eerste plaats is zij – zoals opgemerkt – in de praktijk effectief gebleken, terwijl de bevoegdheid op grond van artikel 148 een dode letter is gebleven; van deze bevoegdheid wordt namelijk geen gebruik gemaakt. In de tweede plaats leidt materiële kaderstelling

258 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 7-8.

259 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 25.

260 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 6-8.

niet tot verwarring over de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het college voor het door hem gevoerde bestuur’.²⁶¹

Uit het algemeen deel van het Verslag van de parlementaire behandeling was al op te maken dat het advies van de Raad van State aanleiding had gegeven tot tal van vragen.

De PvdA-fractieleden vonden het opmerkelijk dat de Raad een verdeeld advies had uitgebracht over het wetsvoorstel.²⁶² Zij deelden het negatieve meerderheidsbesluit van de Raad niet en konden zich op hoofdlijnen vinden in het wetsvoorstel. De voorgenomen dualisering van het gemeentebestuur vormde in hun ogen grotendeels een formalisering van een reeds lang gegroeide bestuurspraktijk. In die zin beschouwden zij de wijzigingen niet zo fundamenteel van aard. Bovendien stelde de Raad niet dat de Grondwet niet gerespecteerd werd. Ook deed het wetsvoorstel in de visie van de PvdA-fractie geen afbreuk aan het beginsel uit artikel 125 Gw.

Ook de leden van de VVD-fractie erkenden dat het voorstel veel stof had doen opwaaien. Zij vroegen – tegen de achtergrond van de discussie omtrent de grondwettigheid van het voorstel – de regering in te gaan op de vraag of de fundamentele (bestuurs)bevoegdheden niet explicieter in de Gw zouden moeten worden opgenomen.

Van de CDA-fractieleden kwam de vraag of het juist was dat de autonome taken van de raad, zoals bedoeld in de Gw bij de raad bleven berusten, ook na aanneming van dit wetsvoorstel? Zou er bij overheveling van andere – niet-autonome – taken naar het college geen strijd zijn met de Gw?

Mede gestimuleerd door het advies van de Raad van State wilden de D66-fractieleden aandacht vestigen op de vraag of de omslag van een gedeeltelijk monistisch gemeentelijk stelsel naar een meer dualistisch bestel binnen het kader van de bestaande Grondwet zou kunnen plaatsvinden. Zij waren met de regering van mening dat dit wel degelijk zou kunnen. Onder de huidige Grondwet had zich immers gedurende een fors aantal jaren een aanzienlijke ontwikkeling in meer dualistische richting voltrokken. Er was een duidelijke verschuiving zichtbaar van bevoegdheden van de raad naar het college. In de nieuwe Gemeentewet werd dit vervolgens enigszins rechtgetrokken door een verschuiving van macht ten gunste van de raad te introduceren. Toen werden vrijwel alle bevoegdheden in beginsel aan de raad toebedeeld, inclusief de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen. De fractieleden vonden het opvallend dat deze ontwikkelingen zich zowel in de ene als in de andere richting konden voltrekken. Niemand voerde toen grondwettelijke bezwaren aan.

‘Met enige verbazing namen de leden van de D66-fractie dan ook met de regering en met professor Elzinga kennis van de oproep van de grootst mogelijke meerderheid van de leden van de Raad van State om niet tot dualisering over te gaan, voordat de Grondwet is gewijzigd. Welke van de in het wetsvoorstel voorgestelde veranderingen zijn nu “zo fundamenteel”, dat zij zonder voorafgaande grondwetswijziging niet verantwoord te verwezenlijken zouden zijn?’²⁶³

De Raad van State maakte dat naar hun oordeel onvoldoende duidelijk. Tot een grondwetswijziging zou moeten worden overgegaan als één of meer grondwettelijke bepalingen zich tegen de voorgestelde wijziging van het bestuurlijke stelsel in meer dualistische richting zouden verzetten. De leden van de D66-fractie deelden met de regering de opvatting van staatsraad Vis dat dit niet het geval was.

Dezelfde fractieleden uitten nog andere twijfels:

‘Welke andere grondwettelijke redenen kunnen volgens de regering de Raad van State dan toch tot zijn oordeel hebben gebracht? Zijn er wellicht andere, niet in het advies naar voren gebrachte, redenen die de Raad tot zijn advies hebben gebracht? Kan de regering daarover nadere informatie verschaffen?’

En:

261 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 27-28.

262 Voor meer hierover zie Deel I van dit hoofdstuk, paragraaf 3.1.4.2.1.

263 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 9-10.

‘Uit het advies van de Raad van State valt op te maken dat de meerderheid van de Raad vreest dat door het overbrengen van belangrijke bestuursbevoegdheden van de gemeenteraad naar het college van B en W een uitholling van het grondwettelijk verankerde hoofdschap dreigt. (...) Zien de leden van de D66-fractie het goed dan worden de grondwettelijke bezwaren nu sterker aangedikt dan ooit in het verleden het geval was?’²⁶⁴

Ook de leden van de ChristenUnie-fractie verwezen naar het advies van de Raad van State. De door de regering gegeven argumenten ter ondersteuning van het niet delen van de mening van de Raad vonden zij *‘niet in alles even overtuigend’*. Naar de mening van genoemde leden zou het wellicht te ver voeren om te concluderen dat het wetsvoorstel afbreuk doet aan artikel 125 Gw, maar

‘niet ontkend kan echter worden dat er een zekere spanning is tussen dit grondwetsartikel en de voorstellen van de regering om een groot aantal bestuursbevoegdheden van de raad naar het college over te hevelen’.

Mede daarom vroegen zij de minister een nadere onderbouwing van de reactie van de regering – op de forse kritiek van de Raad – dat het wetsvoorstel juist voorwaarden zou scheppen voor de gemeenteraad om vanuit een eenduidige roloppvatting zijn centrale positie in het lokaal bestuur inhoud te geven.²⁶⁵

De SGP-fractieleden tenslotte deelden de opvatting van de Raad van State en zagen – geredeneerd vanuit de wetshistorische samenhang tussen het hoofdschap van de raad en het bestuurlijke primaat – wel degelijk een materiële uitholling van het begrip ‘hoofdschap’ als gevolg van dit wetsvoorstel. Zij verzochten de regering een volledig overzicht te verschaffen van de bestuursbevoegdheden die naar het college overgeheveld zouden worden, een nadere omschrijving te geven van inhoud en betekenis van de bij de raad blijvende onbepaalde autonome bestuursbevoegdheid en als laatste een zo volledig mogelijk overzicht te geven van de te wijzigen medebewindswetten, waardoor bestuursbevoegdheden definitief en rechtstreeks aan het college toebedeeld zouden worden. De gevraagde informatie zou van doorslaggevende aard zijn om te kunnen beoordelen of Grondwetswijziging achteraf een verantwoorde keuze zou zijn.²⁶⁶

De nota naar aanleiding van het verslag gaf een beeld van de antwoorden op de gemaakte opmerkingen. De minister trok in de paragraaf ‘Dualisering en Grondwet’ meteen een lijn naar het advies van de Raad van State:

‘In reactie op de vraag van de leden van de D66-fractie of er andere dan de grondwettelijke redenen zijn geweest die de Raad van State tot zijn oordeel hebben gebracht, kan ik slechts antwoorden dat ik ervan uitga dat er geen andere dan de bedoelde grondwettelijke redenen zijn geweest’.²⁶⁷

Met betrekking tot de bij meer fracties levende vraag of met het voorstel niet te zeer vooruit werd gelopen op – weliswaar op handen zijnde – modernisering van hoofdstuk 7 van de Grondwet antwoordde de minister dat hij met het oog daarop de Raad voor het openbaar bestuur advies had gevraagd over dit onderwerp. Vervolgens zou het volgende kabinet zijn standpunt hierover kunnen bepalen. De eigenlijke grondwetsherziening zou dan in de volgende kabinetsperiode een aanvang kunnen nemen.

Ook de door VVD-fractieleden gestelde vraag of fundamentele bevoegdheden niet explicieter in de Grondwet zouden moeten worden opgenomen werd min of meer doorgeschoven naar de volgende kabinetsperiode; hier werd volstaan met de opmerking dat de Grondwet tamelijk summier is in haar regeling van de inrichting van de gemeentebesturen en daarmee de gemeentewetgever de nodige ruimte heeft gelaten.

Voor de beantwoording van de door de leden van de CDA-fractie gestelde vragen over de autonome taken van de gemeenteraad verwees de minister opnieuw naar de voorgenomen modernisering van hoofdstuk 7 van de Grondwet en naar zijn vorige – aan de VVD-fractieleden geadresseerde – opmer-

264 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 11.

265 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 11-12.

266 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 12.

267 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 6.

king. Hij constateerde dat de gemeenteraad geen specifieke bevoegdheidsgrondslag nodig heeft om het bestaan van een eigen bestuursbevoegdheid te kunnen vaststellen.

‘Daarin komt tot uitdrukking dat het op grond van de huidige Gemeentewet de raad is, die bepaalt of de gemeente nog niet door hoger gezag geregelde taken aan zich trekt. De autonome bestuursbevoegdheid geeft dus uitdrukking aan het vrije initiatiefrecht van de gemeente (open huishouding) en heeft daarmee een onbepaald karakter. Het onderhavige wetsvoorstel laat de autonome bestuursbevoegdheid van de raad ongemoeid’.²⁶⁸

In antwoord op de opmerkingen van de SGP-fractieleden onderstreepte de minister opnieuw dat de wijzigingen in dualistische richting die thans worden voorgesteld de autonome bestuursbevoegdheid van de raad onverlet laat:

‘(...) deze bevoegdheid (berust) grondwettelijk bij de raad, hoewel de Grondwet dit sinds 1983 in artikel 124, eerste lid, niet meer uitdrukkelijk bepaalt. Dit vloeit derhalve niet voort uit de overweging dat de autonome bestuursbevoegdheid van de raad onlosmakelijk verbonden zou zijn met zijn hoofdschap. Weliswaar bestaat er grondwethistorisch gezien een samenloop tussen het hoofdschap en het monistische bestuursmodel dat vanaf 1851 vorm heeft gekregen, het hoofdschap kan ook in een gematigd dualistisch model ten volle gelding worden gebracht. De Staatscommissie heeft dat verwoord in het door haar geïntroduceerde begrip eindverantwoordelijkheid van de raad’.²⁶⁹

Vervolgens schetste de minister het gevraagde overzicht van de bestuursbevoegdheden die naar het college overgeheveld zouden worden. Het antwoord op de tweede en derde SGP-vraag moest hij schuldig blijven: vanwege het grote aantal medebewindswetten was het in het bestek van de onderhavige nota ondoenlijk het gevraagde overzicht te verschaffen en het was eveneens onmogelijk de gevraagde concrete omschrijving van de autonome bestuursbevoegdheid te geven, aangezien deze uit haar aard onbepaald is. In dit verband gaf hij enkele praktijkvoorbeelden.

De vraag van de ChristenUnie-fractieleden werd beantwoord door wederom te benadrukken dat de minister geen spanningsveld signaleerde tussen het wetsvoorstel en artikel 125 lid 1 Gw:

‘Het onderhavige wetsvoorstel strekt ertoe een zodanige bevoegdheidsverdeling tot stand te brengen dat de raad waar mogelijk ontlast wordt van een directe bemoeienis met de uitoefening van bestuursbevoegdheden. Dat maakt het voor de raad mogelijk om zich op gepaste afstand van het college te richten op een herkenbare vervulling van zijn functie als lokale volksvertegenwoordiging’.²⁷⁰

In Hoofdstuk 4 van het Verslag van de parlementaire behandeling stonden voorts enkele specifieke vragen geformuleerd met betrekking tot de discussie rondom artikel 148 Gemeentewet.²⁷¹

De leden van de PvdA-fractie vroegen de regering vanuit juridisch perspectief nader te onderbouwen waarom zij meende dat het stellen van beleidsregels niet in het verlengde zou liggen van de verordenende bevoegdheid van de raad en dus is afgeweken van de adviezen van de Raad van State op dit punt. Ook stonden zij stil bij de opmerking van de regering dat ‘slechts spaarzaam gebruik is gemaakt van artikel 148. Blijkbaar bestaat er vanuit de praktijk geen behoefte aan dit middel’. Blijkt hieruit dat de regering – ter bepaling van de waarde van een wettelijk vastgestelde bevoegdheid – het aantal malen turft dat er in de praktijk gebruik van wordt gemaakt?

Vanuit de CDA-fractieleden kwam de vraag of met het schrappen van artikel 148 niet te zeer werd vooruitgelopen op de grondwetswijziging die nog zou moeten plaatsvinden. Waarom zou de raad wel de gedragscode voor leden van de raad én het college mogen vaststellen, maar geen nadere beleidsregels voor de laatste groep?

De minister beantwoordde deze vragen in een afzonderlijke paragraaf.²⁷²

268 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 6-7.

269 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 8-9.

270 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 10.

271 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 21-22.

272 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 24-26.

Met betrekking tot de opmerking van de PvdA-fractieleden antwoordde hij dat het stellen van beleidsregels ten aanzien van eigen bestuursbevoegdheden in het verlengde ligt van deze bestuursbevoegdheden, en niet in het verlengde van het beschikken over verordenende bevoegdheden. Daarbij verwees hij naar artikel 4:81 Awb. Van belang vond hij dat de raad ook bij schrapping van artikel 148 de bevoegdheid heeft om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot een hem toekomende bevoegdheid die hij aan het college heeft gedelegeerd (vgl. ook artikel 10:16 Awb). Hij herinnerde aan zijn uitspraak in het nader rapport, waarin hij stelde:

‘Meer principieel ben ik ook van mening dat het vaststellen van beleidsregels voor bevoegdheden van het college en de burgemeester overgelaten dient te worden aan deze organen. Ik acht het in een duaal stelsel niet passend indien afgeweken wordt van het bestuursrechtelijke uitgangspunt dat beleidsregels in beginsel vastgesteld worden door het bestuursorgaan dat de desbetreffende bevoegdheden uitoefent’.²⁷³

Met betrekking tot de vraag of het aantal malen dat gebruik is gemaakt van een wettelijk vastgelegde bevoegdheid bepalend is voor de waarde ervan reageerde de minister dat hierop geen algemeen antwoord kon worden gegeven. De regering hanteerde in elk geval geen algemene ondergrens voor het verwijderen van een bevoegdheid uit de wet. Hieraan voegde hij toe dat het argument dat van artikel 148 weinig gebruik werd gemaakt niet van doorslaggevende aard was geweest voor het schrappen.

‘Zoals gesteld acht ik het ook vanuit inhoudelijk-systematisch en bestuursrechtelijk oogpunt onjuist dat de raad beleidsregels vaststelt met betrekking tot bestuursbevoegdheden van het college’.²⁷⁴

De vraag van de leden van de CDA-fractie of met het schrappen van artikel 148 niet te zeer werd vooruitgelopen op de grondwetswijziging die nog moet plaatsvinden, beantwoordde hij ontkennend:

‘In het verlengde van de vertrouwensregel heeft de raad immers de beschikking over politiek-bestuurlijke instrumenten waarmee hij een context kan stellen voor het door het college te voeren bestuur, ook indien het bevoegdheden betreft die rechtstreeks aan het college zijn geattribueerd. (Expliciete voorbeelden werden overigens niet genoemd, EH) (...) Bovendien werd het ontbreken van een met artikel 148 vergelijkbare bepaling voor de inwerkingtreding van de nieuwe Gemeentewet in 1994, destijds ook niet als ongrondwettig beschouwd’.²⁷⁵

Ook uit het verslag van het wetgevingsoverleg van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake het voorliggende wetsvoorstel was op te maken dat het advies van de Raad van State een prominente rol had gespeeld in de gevoerde discussie.

Met betrekking tot de vermeende ongrondwettigheid van het voorstel benadrukte de minister opnieuw:

‘(...) de Raad van State (heeft) niet gezegd dat het wetsvoorstel in strijd is met de Grondwet. (...) Er is geen expliciete strijd met de Grondwet en bovendien kan gesproken worden van een inmiddels gewortelde realiteit die niet in strijd is met grondwettelijke bepalingen. (...) Het is niet onmogelijk dat anderen vinden dat de mooiere weg (ofwel grondwetswijziging, EH) moet worden gekozen. Dat maak ik onder andere op uit het advies van de Raad van State, maar ik meen niet dat ons staatsrecht zegt dat het wetsvoorstel niet past in ons grondwettig bestel.

Helaas is er geen patent op kennis hieromtrent (over de vraag wanneer er sprake is van strijd met de Gw, EH), want het hangt uiteindelijk toch af van het oordeel van parlement en regering. Wij kennen geen constitutioneel hof dat wetsvoorstellen aan de Grondwet mag toetsen (...) en daarom moeten wij zelf tot een oordeel komen. (...) Het beste oordeel waartoe de regering komt – daarin gelukkig

273 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 24; verwijzing naar 27 751, A, p. 25-26.

274 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 26.

275 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 25-26.

gesteund door veel leden uit de commissie²⁷⁶ die toch heel kritisch zijn – is dat dit kan in het licht van onze Grondwet’.²⁷⁷

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer waren het onder andere leden van de SGP- en CU-fractie die refereerden aan het advies van de Raad van State.

Zij stelden de vraag of het thans voorliggende wetsvoorstel naar de opvatting van de regering meer of juist minder bezwaar oproep in het licht van het hoofdbezwaar van de Raad van State: de dreigende uitholling van het in artikel 125 lid 1 Gw neergelegde begrip ‘hoofd van de gemeente’.

De minister wees in de memorie van antwoord op het achttiental amendementen dat bij de behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer was aangenomen. Hij merkte op dat geen van de amendementen de strekking had de positie en bevoegdheden van de raad ten opzichte van het college te verzwakken; integendeel zelfs, door een aantal ervan werd de positie van de raad juist versterkt. Hierna gaf hij een uiteenzetting van de punten waarop van versterking kon worden gesproken.²⁷⁸

Ter zake van de grondwettelijke aspecten van het voorstel werden in de Eerste Kamer door de CDA-fractieleden kanttekeningen geplaatst:

‘Nadere argumentatie van de zijde van de regering zou op prijs gesteld worden, nu deze het argument van de Raad van State, dat de opgelegde uniformiteit door de wetgever in strijd komt met de Grondwet wel wat summier onderbouwd terzijde schuift’.

Voorts:

‘De leden van de CDA-fractie achtten de vraag naar de constitutionnalité van een wetsvoorstel wel dermate belangrijk dat zij een afdoende desnoods uitgebreide argumentatie voor de stelling dat de Raad van State fout zit uiteraard van het grootste belang vinden. Deze leden waren er nog niet van overtuigd dat datgene wat zij tot nu toe hieromtrent hadden vernomen uit de schriftelijke voorbereiding en de mondelinge debatten, tot die vaststelling dwingt’.²⁷⁹

De minister gaf de volgende reactie:

‘Allereerst merk ik op dat in het nader rapport de constitutionele benadering van de Raad van State niet als ongeloofwaardig is gekenschetst, net zomin overigens als de Raad van State in zijn advies het wetsvoorstel ongrondwettig noemt maar spreekt van een dreigende uitholling van het grondwettelijke begrip hoofd van de gemeente. Wat het nader rapport betreft, daarin is gesteld dat de benadering van de Raad wellicht begrijpelijk is vanuit het oogpunt van de door hem bepleite geleidelijkheid, maar vanuit zijn constitutionele benadering “minder voor de hand ligt”. (...)

De bedoelde passage in het nader rapport geeft (...) uitdrukking aan de gedachte dat een bepaald bestuursmodel in overeenstemming met de Grondwet is te achten of niet, ongeacht de omstandigheid dat de wetgever het bestuursmodel voorschrijft dan wel de resultante is van de keuzevrijheid die de wetgever de raad laat’.²⁸⁰

Vervolgens ging hij opnieuw uitvoerig in op de grondwettelijke aspecten van het wetsvoorstel. Het weergegeven hiervan valt buiten het bestek van dit onderzoek; de geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar het verslag van deze argumentatie.²⁸¹

Met betrekking tot het voorgenomen schrappen van artikel 148 Gemeentewet ten slotte, zette de minister nogmaals uiteen dat

276 Staatscommissie dualisme en lokale democratie (Commissie Elzinga).

277 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 72, p. 40-41.

278 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 19-20.

279 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10a, p. 8-11.

280 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 14.

281 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 13-18.

‘dit betekent dat de raad ten aanzien van een wettelijke bevoegdheid van het college geen richtlijnen of beleidsregels kan stellen die dezelfde statuut of gelding hebben als die bedoeld in artikel 148 Gemeentewet. Dit kan dus ook niet in de vorm van een notitie van de raad’.

Op basis van artikel 4:81 Awb zou de raad enkel nog beleidsregels kunnen vaststellen ten aanzien van bevoegdheden die hij aan het college heeft gedelegeerd.

‘De mogelijkheid voor de raad om (...) beleidsregels vast te stellen, zal in het nieuwe stelsel derhalve beperkt zijn’.²⁸²

Voor het overige kwam de vermeende strijd met artikel 125 Gw en de daaraan gekoppelde schrapping van artikel 148 Gemeentewet niet meer expliciet voor in de Kamerstukken. Bovenstaande gedachteswisselingen geven desalniettemin een aardig beeld van de aandacht van de Raad van State voor het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid*, alsmede van het gewicht dat daaraan gehecht wordt door alle bij de wetgeving betrokken actoren.

3.2.3.2 Toetsing aan grondrechten

Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

Toetsing aan de Grondwet kan de eerste schakel zijn in de keten van toetsing aan grondrechten. In het reeds in paragraaf 3.2.2.2 van dit hoofdstuk behandelde advies bij het wetsvoorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers toetste de Raad van State aan verschillende bepalingen uit Hoofdstuk 1 van de Grondwet.

De Raad merkte op dat indien detentie leidt tot een beperking van grondrechten van gedetineerden, die beperking – onder meer – in overeenstemming moet zijn met bepalingen in de Grondwet.

In het onderhavige advies wees hij ten eerste op een mogelijke frictie met artikel 6 lid 1 Gw, aangezien in het voorstel niet was bepaald dat bij de verstrekking van voeding zoveel mogelijk rekening zou worden gehouden met de godsdienst of levensovertuiging van gedetineerden.²⁸³

In het nader rapport valt te lezen dat de regering deze opmerking ter harte nam: artikel 26 van het voorstel werd aangevuld met een bepaling dat, indien mogelijk, bij de verstrekking van voeding rekening wordt gehouden met de godsdienst of levensovertuiging van gedetineerden.

De memorie van toelichting bij artikel 26 verwoordde het als volgt:

‘Ten opzichte van de vergelijkbare bepaling in de Pbw (art. 44) is vervallen (...) de zorgplicht voor de directeur om rekening te houden met de godsdienst of levensovertuiging voor het de voedingverstrekking betreft. (...) Ten aanzien van de voedselverstrekking zal indien dit mogelijk is getracht worden tegemoet te komen aan vereisten die door het geloof worden gesteld. In ieder geval zal een broodmaaltijd mogelijk zijn wanneer bij een warme maaltijd bijvoorbeeld varkensvlees wordt verstrekt’.²⁸⁴

Tijdens de parlementaire behandeling bleek artikel 26 toch aanleiding te geven tot vragen:

‘Merkwaardig is dat er wel een andere voorziening als een broodmaaltijd kan worden aangeboden, maar bijvoorbeeld geen rund- of geitenvlees ter vervanging van varkensvlees’, en: ‘In overweging wordt gegeven om de zinsnede “indien mogelijk” te wijzigen in “zoveel mogelijk”’.²⁸⁵

De minister antwoordde:

‘Ik heb in deze bepaling bewust gesproken van “indien mogelijk”, opdat deze verstrekking niet tot onevenredige inspanningen op dit punt hoeft te leiden. (...) Gelet op het beperkt beschikbare

282 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 41.

283 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

284 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 10.

285 Kamerstukken 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 12.

personeel zullen er evenwel afwegingen moeten worden gemaakt en kan dit een aspect zijn waar minder prioriteit aan wordt gegeven. (...) ²⁸⁶

Dit komt niet in strijd met artikel 6 van de Grondwet. Deze bepaling geeft het recht op vrijheid van godsdienst en daaraan wordt niet getornd. Aan de inspanningsverplichting voor de Staat ten aanzien van gedetineerden die uit dit artikel mogelijk voortvloeit omdat de gedetineerde zelf niet volledig in staat is om invulling te geven aan bepaalde geloofseisen, wordt met de voorgestelde regeling voldaan'. ²⁸⁷

Het tweede punt waarbij de Raad van State een kanttekening plaatste was het gegeven dat in de artikelen 21 en 22 verdergaande inbreuken op het briefgeheim werden voorgesteld dan de Pbw deed. De toelichting motiveerde dit verschil niet, terwijl artikel 15 lid 4 Gw dat wel vereist. ²⁸⁸

De regering was van oordeel dat het verschil tussen de inbreuken zoals geregeld in de Pbw en in het voorstel niet erg groot was. ²⁸⁹

Ook in de memorie van toelichting was opgenomen dat de bepalingen inzake het recht op briefwisseling nagenoeg gelijklopend waren aan de artikelen uit de Pbw:

‘Artikel 8, tweede lid, van het EVRM noopt tot een wettelijke regeling van beperkingen die aan correspondentie worden gesteld. Gelet op de terzake gevormde jurisprudentie dient de regeling niet te veel beperkingen op te werpen. Daarom is ervoor gekozen de dienaangaande bepalingen van de Pbw over te nemen, met dien verstande dat het controleren van post van de geprivilegieerde personen op verboden voorwerpen “zoveel mogelijk” in aanwezigheid van de gedetineerde plaatsvindt’. ²⁹⁰

Bij de parlementaire behandeling van het voorstel kwam voornoemde kanttekening niet meer ter tafel.

De derde en laatste opmerking van de Raad in dit verband betrof de bezoekenregeling zoals neergelegd in artikel 23 van het wetsvoorstel. Die was eveneens zuiniger dan haar equivalent in artikel 38 Pbw. Voornoemde afwijking van de Pbw diende in ieder geval te stroken met artikel 10 Gw. De Raad adviseerde het voorstel aan te passen en de toelichting aan te vullen. ²⁹¹

De regering meldde in het nader rapport dat in de toelichting was gemotiveerd waarom de voorgestelde bezoekenregeling zuiniger was dan die in de Pbw. Voorts was in artikel 23 opgenomen dat de gedetineerde bij binnenkomst op de hoogte wordt gesteld van de bevoegdheid van de directeur om toezicht uit te oefenen tijdens het bezoek. ²⁹²

In de memorie van toelichting stond het als volgt verwoord:

‘In afwijking van de bepalingen in de Pbw (art. 38 en 39) is aangegeven dat het (bezoek-, EH)recht geldt, voor zover de bouwkundige en personele situatie dit toelaat’.

De memorie ging vervolgens niet in op artikel 10 Gw, maar wel op 8 EVRM:

‘Het mogen ontvangen van bezoek vloeit voort uit het in artikel 8, eerste lid, van het EVRM neergelegde recht op “family life”. Beperking van dit recht is evenwel mogelijk, doch dient aan de in artikel 8, tweede lid, EVRM gestelde vereisten te voldoen. De huidige noodsituatie ten aanzien van de drugskoeriers, bezien in samenhang met de beperkte mogelijkheden die qua capaciteit (niet in de laatste plaats van het personeel) gerealiseerd kunnen worden, geven voldoende legitimatie voor de

286 Uit het op 27 januari 2004 gehouden interview met mw. M.F.M. de Groot en mw. M.J. Wijn (werkzaam bij resp. Directie wetgeving en Directie SRS van het Ministerie van Justitie) werd duidelijk dat de “humane bejegening” die de Raad in zijn advies voor ogen had voor meer dan een uitleg vatbaar was. In het wetsvoorstel werd in een aantal bepalingen bewust gekozen voor de terminologie “zoveel mogelijk” in plaats van “indien mogelijk”. Dit leidde niet tot de vrees dat daarmee de grenzen van grondwettelijke of verdragsbepalingen overschreden zouden worden. In vergelijking met de situatie van gedetineerden in andere Europese landen bood de voorgestelde regeling voldoende waarborgen.

287 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 9.

288 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

289 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 6.

290 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 9.

291 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

292 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 6.

hier voorgestelde beperking die ook nodig is in het belang van de openbare veiligheid en de aanpak van strafbare feiten. Het Europese Hof erkent overigens een andere – meer beperkte – invulling van het recht op “family life” wanneer er sprake is van detentie. Overigens zullen de beperkingen die door de omvang van het beschikbare personeel worden bepaald ten aanzien van de mogelijkheid van bezoek vervallen wanneer in de loop van de komende tijd meer personeel beschikbaar komt. Op deze wijze zullen de beperkingen die vanwege deze reden bestaan tot het minimum beperkt worden’.²⁹³

Het voorgaande leidde bij de parlementaire behandeling tot vragen van – onder meer – de fractieleden van GroenLinks: Op welke wijze werd gegarandeerd dat gedetineerden in staat worden gesteld bezoek te ontvangen of te telefoneren? Moest de beperking dat deze rechten alleen kunnen worden uitgeoefend voor zover de bouwkundige en personele omstandigheden dit toelaten niet worden gevolgd door een minimumnorm voor gedetineerden?²⁹⁴

De minister antwoordde hierop dat het niet goed mogelijk was een minimumnorm te stellen,

‘juist omdat ik nog niet precies weet welke mate van bezoek gerealiseerd kan worden. (...) Wanneer zich op dit punt onvoorziene problemen zullen gaan voordoen kan de beklagcommissie door de vorming van jurisprudentie aangeven welk minimum naar haar mening realiseerbaar is. Alsdan kan ook optimaal rekening worden gehouden met de specifieke situatie van de voorziening’.²⁹⁵

Kamerlid Halsema diende vervolgens een amendement in:

‘In artikel 23, eerste lid, vervalt: “voor zover de bouwkundige en personele omstandigheden dit toelaten”’;

waarbij de toelichting vermeldde:

‘Minimumwaarborgen ten aanzien van vrijheidsbeneming van overheidswege zijn in onze Grondwet en in verschillende mensenrechtenverdragen neergelegd. Rechten van gedetineerden mogen niet verder worden beperkt dan strikt noodzakelijk is voor het doel van de vrijheidsbeneming dan wel de orde of veiligheid in de inrichting. Bouwkundige beperkingen dan wel personele omstandigheden rechtvaardigen dergelijke beperkingen niet’.²⁹⁶

De motie werd niet aanvaard.

Tijdens de behandeling van het voorstel in de Eerste Kamer kreeg de vraag naar mogelijke frictie met artikel 10 Gw geen aandacht.

Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering

In het advies bij het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering verwees de Raad van State naar ‘de vrijheid van onderwijs’, zonder daarbij een nadere toelichting te geven.

De voorgestelde regeling stelde een regionaal samenwerkingsverband van scholen verplicht, hetgeen – blijkens ervaring, opgedaan in andere sectoren – kon leiden tot onnodige fricties en ondoelmattige beperkingen voor scholen. Omdat dit onder omstandigheden op gespannen voet kon komen te staan met de vrijheid van onderwijs vond de Raad dat de keuze voor een regionale organisatie zou moeten worden toegelicht.²⁹⁷

Het voorstel van de Raad om in de toelichting nader in te gaan op de keuze voor een regionale organisatie werd overgenomen. Met betrekking tot mogelijke gevolgen voor de vrijheid van onderwijs zag de regering geen probleem: daar de scholen zelf verantwoordelijk bleven voor de organisatie en het verzorgen van het onderwijs was de vrijheid van onderwijs niet in het geding.²⁹⁸

De memorie van toelichting vermeldde in verband met de keuze voor regionale organisaties:

293 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 9-10.

294 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 11-12.

295 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 8.

296 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 12.

297 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 5.

298 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 5.

‘Regionalisering maakt het mogelijk om tot een betere en evenwichtige spreiding te komen waardoor leerlingen dit onderwijs dichterbij huis kunnen volgen. (...) De regionalisering is van onderop tot stand gekomen, de scholen hebben zelf samenwerkingspartners in de regio gezocht. Door de regionalisering op deze wijze tot stand te laten komen, is getracht een aantal nadelige gevolgen van regionalisering die van bovenaf wordt opgelegd te voorkomen’.²⁹⁹

De vrijheid van onderwijs bleek geen terugkerend punt van discussie te zijn bij de verdere behandeling van het onderhavige wetsvoorstel.

3.2.4 Verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen

3.2.4.1 Legaliteitsbeginsel

Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

Het voorstel tot de Wet dualisering gemeentebestuur kende een gesloten systeem voor het instellen van commissies. Het gaf de mogelijkheid tot het instellen van vijf verschillende commissies, gebaseerd op 3 verschillende bepalingen. Naast deze vijf commissies werd in de toelichting gewezen op de mogelijkheid tot het instellen van een bezwaarschriftcommissie, op grond van artikel 7:13 Awb.

De Raad van State merkte in zijn advies bij het wetsvoorstel op dat artikel 7:13 Awb geen grondslag bood voor het instellen van een commissie.³⁰⁰ Onder de op dat moment geldende Gemeentewet was artikel 82 de basis voor het instellen van commissies, dus ook voor bezwaarschriftcommissies. De genoemde Awb-bepaling gaf slechts voorschriften voor het geval een adviescommissie was ingesteld met een onafhankelijke voorzitter. De Raad adviseerde in het wetsvoorstel te voorzien in een grondslag voor bezwaarschriftcommissies.

De regering deelde dit standpunt niet: een wettelijke grondslag zou alleen vereist zijn in het geval aan een commissie de bevoegdheid zou worden overgedragen om te beslissen op bezwaarschriften. Voor het instellen van een commissie die *adviseert* over ingediende bezwaren was geen wettelijke grondslag vereist. De Raad had er echter terecht op gewezen dat artikel 7:13 Awb een onvoldoende wettelijke basis bood voor het instellen van een bezwaarschriftcommissie:

‘In de memorie van toelichting was per abuis vermeld dat bestuursorganen de mogelijkheid hebben om op grond van artikel 7:13 een commissie in te stellen, die adviseert in het kader van de bezwaarschriftprocedure. Bedoeld artikel stelt echter uitsluitend regels voor adviescommissies die qua samenstelling aan bepaalde vereisten voldoen. Naar aanleiding van deze opmerking van de Raad is de memorie van toelichting op dit punt dan ook aangepast’.³⁰¹

De bedoelde passage uit de memorie van toelichting luidde:

‘Evenals onder de huidige Gemeentewet heeft het gemeentebestuur niet de bevoegdheid om de beslissing op een bezwaarschrift over te dragen aan een commissie. Daarvoor zou een expliciete grondslag nodig zijn, welke ontbreekt’.³⁰²

3.2.4.2 Specialiteitsbeginsel

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer

In de voorgestelde regeling was neergelegd dat kosten, verbonden aan het plaatsen van borden met daarop de prijzen van motorbrandstoffen, zouden kunnen worden doorberekend aan de exploitant van het tankstation ten behoeve van wie het bord was geplaatst. Artikel 156 WWV 1994 zou de hiervoor

299 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 3, p. 3.

300 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 21.

301 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 22.

302 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 104. Hierbij werd in een voetnoot verwezen naar ABRS 6 januari 1997, AB 1997/86.

benodigde wettelijke basis bieden. Met het plaatsen van de borden werd beoogd de concurrentie tussen de exploitanten van tankstations te bevorderen.

De Raad van State wees impliciet op het specialiteitsbeginsel: regels vastgesteld op basis van de WVV 1994 kunnen slechts strekken ter behartiging van de in artikel 2 van die wet genoemde belangen. Bevordering van concurrentie kwam in die opsomming niet voor:

‘Hiermee staat vast dat geen regels omtrent het toepassen van verkeersregels kunnen worden vastgesteld die op de behartiging van dat belang gericht zijn. Evenmin kunnen verkeerstekens worden aangewezen die dat belang behartigen’.

Artikel 156 opende slechts de mogelijkheid om de kosten, verbonden aan het plaatsen van verkeerstekens, door te berekenen. Borden met prijzen van motorbrandstoffen zijn nu eenmaal *‘niet als zodanig aan te merken borden’*.³⁰³

In het nader rapport merkte de minister op:

‘Bij het vormgeven van het ontwerpbesluit is impliciet uitgegaan van het feit dat de informatie voor de weggebruiker past binnen de belangen die in artikel 2 WVV 1994 worden genoemd, omdat het nuttige informatie voor de weggebruiker is. Het belang van concurrentiebevordering is wel expliciet genoemd in de toelichting, maar is in relatie tot de belangen genoemd in artikel 2 WVV 1994, beschouwd als een nevenbelang’.

Het advies van de Raad leek doorslaggevend:

‘Daartoe gemachtigd door de ministerraad moge ik U in overweging geven het hierbij gevoegde ontwerpbesluit overeenkomstig het advies van de Raad van State niet te bekrachtigen en goed te vinden dat het onderhavige nader rapport tezamen met het advies van de Raad van State en het ontwerpbesluit en de daarbij horende nota van toelichting zoals deze aan de Raad van State zijn voorgelegd, openbaar wordt gemaakt’.³⁰⁴

3.2.4.3 *Beginsel van rechtszekerheid*

Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij

Rechtszekerheid met betrekking tot gehanteerde afmetingen was één van de aandachtspunten van de Raad in zijn advies bij het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij. De voorgestelde bepalingen waren in het bijzonder gericht op bescherming tegen ammoniakemissie in kwetsbare gebieden en in een zone van 500m daaromheen. Binnen het gebied zou een emissieplafond gelden. Aangezien het binnen een zone vallen ingrijpende gevolgen zou kunnen hebben voor de mogelijkheden van oprichting en uitbreiding, was de Raad van mening dat – vanuit het oogpunt van rechtszekerheid – *‘de ligging van de grenzen van de betrokken gebieden ondubbelzinnig en op de meter nauwkeurig kan worden bepaald’*.³⁰⁵

Uit het nader rapport bleek dat de regering de opmerking van de Raad onderschreef. In overeenstemming met zijn advies zou worden bevorderd dat een inventaris van de betrokken gebieden werd opgesteld, waarbij de begrenzing met voldoende nauwkeurigheid zou worden weergegeven. In dat verband zou tevens worden bezien op welke wijze in een adequate bekendmaking zou kunnen worden voorzien ten behoeve van belanghebbenden.³⁰⁶

De memorie van toelichting verwoordde het als volgt:

‘Uit het oogpunt van rechtszekerheid is het van belang dat voor belanghebbenden voldoende kenbaar is welke gebieden als kwetsbaar zijn aangemerkt. We zullen bevorderen dat provincies en gemeenten de begrenzing van de ecologische hoofdstructuur (EHS) en van de kwetsbare gebieden, voorafgaand

303 Advies Raad van State van 15 januari 2001, no. W09.00.0530/V, p. 1.

304 Nader rapport van 10 september 2001, CDJZ/WBI/2001-543.

305 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 3.

306 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 4.

aan de inwerkingtreding van de wet op voor eenieder te raadplegen kaarten van voldoende nauwkeurigheid zullen aangeven’.³⁰⁷

Tijdens de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer gaf het aspect van rechtszekerheid opnieuw aanleiding tot vragen. Leden van de CU-fractie verwezen naar de opmerking van de Raad van State en gaven aan niet overtuigd te zijn door het antwoord van de regering daarop. Zij vroegen de regering nogmaals uiteen te zetten hoe de duidelijkheid over de begrenzing zou worden bevorderd.³⁰⁸

De gevraagde uiteenzetting volgde in de nota naar aanleiding van het verslag. Wederom werd gewezen op het door de Raad aangekaarte probleem van rechtszekerheid met betrekking tot de aangewezen kwetsbare gebieden:

‘Voor de voor verzuring gevoelige gebieden zelf lijkt dit minder problematisch dan voor de vaststelling van de EHS. In het kader van het ammoniakreductiebeleid beschikken in elk geval de gemeenten binnen de concentratiegebieden over bruikbare kaarten van de voor verzuring gevoelige gebieden (...). Het nauwkeurig en kenbaar vastleggen van de EHS blijkt echter een probleem’.

In het kader van het wetsvoorstel werd ervan uitgegaan dat de vaststelling van de EHS door de provincies in 2001 grotendeels zou zijn afgerond. Die verwachting bleek niet te kloppen.

‘Tegen deze achtergrond lijkt het ons thans gewenst om ook in de wet zelf waarborgen ten aanzien van de duidelijkheid en kenbaarheid van de EHS (...) op te nemen. Daartoe zal artikel 2 bij nota van wijziging worden aangepast en aangevuld’.³⁰⁹

De Nota van wijziging vermeldde dat met betrekking tot de definiëring van de EHS artikel 1 als volgt zou worden gewijzigd:

‘ecologische hoofdstructuur, als bedoeld in het Natuurbeleidsplan (...), zoals deze is begrensd door het provinciale bestuur, of, voorzover deze begrenzing nog niet heeft plaatsgevonden, zoals deze is aangegeven in een plan als bedoeld in artikel 2a, eerste lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening’.³¹⁰

3.2.5 Toetsing van juridische kwaliteit van regelgeving

In deze paragraaf komt de toetsing aan het derde aspect van het criterium *Rechtmatigheid* aan de orde: de vraag naar de juridische kwaliteit van de voorgestelde regeling. Deze toetsing omvat het juiste niveau van regelgeving, de toekenning en de normering van bestuursbevoegdheden, delegatie en mandaat, het overgangsrecht en de inwerkingtreding. Uit de voor het tweede deel van dit onderzoek geselecteerde adviezen gaven 6 adviezen stof tot nader onderzoek, te verdelen over 4 deelaspecten van *Rechtmatigheid*.

3.2.5.1 Juiste niveau van regelgeving

De vraag naar het juiste niveau van regelgeving kent twee subvragen: de mogelijke verschijningsvormen van een algemeen verbindend voorschrift (20 Ar) en de keuze welke elementen in de wet zelf geregeld dienen te worden (22 Ar).

Met betrekking tot de eerste vraag zal het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij als voorbeeld dienen; de vraag naar regeling bij wet in formele zin kwam aan de orde in het wetsvoorstel Markt en overheid.

307 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 3, p. 13-14.

308 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 4, p. 5.

309 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 5, p. 15-16.

310 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 6.

Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij

In de voorgestelde regeling werd zowel de aanwijzing van kwetsbare gebieden als de beleidsnorm bij wet vastgelegd, terwijl de te hanteren meet- en rekenmethode bij ministeriële regeling werd vastgesteld.³¹¹

De Raad adviseerde ten minste de uitgangspunten en hoofdlijnen van de meet- en rekenmethode bij algemene maatregel van bestuur vast te leggen, aangezien deze immers de werkelijke werking van de regeling zou bepalen.³¹²

De regering volgde dit advies: het nader rapport vermeldde dat naar aanleiding van het advies van de Raad in artikel 1 lid 2 van het voorstel de hoofdlijn van de berekening was aangegeven.³¹³ In de memorie van toelichting werd vervolgens een passage gewijd aan de wijze waarop de emissie uit dierenverblijven zou worden berekend. De bepaling was op haar beurt weer ontleend aan de Uitvoeringsregeling ammoniak en veehouderij.³¹⁴

Wetsvoorstel Markt en overheid

De vraag naar de noodzaak om een onderwerp te regelen bij wet in formele zin kwam – in spiegelbeeld – aan de orde bij de advisering terzake van het voorstel tot de Wet markt en overheid. De Raad bepleitte namelijk een deel van de beoogde problematiek *niet* te regelen bij wet in formele zin, omdat de tijd hiervoor nog niet rijp was. Hij was van oordeel dat het formuleren van een algemeen aanvaarde inhoudelijke norm voor marktoptreden door de overheid een onmogelijke opgave was. Zijn advies luidde voorlopig te volstaan met de Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst. Dat instrument was naar zijn aard geschikter en bood bovendien meer flexibiliteit voor de aanpak van de onderhavige problematiek.³¹⁵

De regering zag het anders:

‘Het (in het voorstel neergelegde, EH) stelsel van toetredings- en gedragsregels achten wij, hoewel de reikwijdte van de hier aan de orde zijnde materie zeer ruim is, voldoende transparant. Wij menen dan ook dat vastlegging van de aan de orde zijnde problematiek in een wet in formele zin, zeer wel mogelijk is. (...)’

Wij achten, anders dan de Raad van State, het instrument Aanwijzingen niet geschikt. (...) Door middel van aanwijzingen kan uitsluitend het marktoptreden van de rijksoverheid aan regels worden gebonden. Juist ook op regionaal en lokaal niveau kunnen ondernemers te maken krijgen met overheden die marktactiviteiten ontwikkelen en daarbij voordelen genieten die de ondernemers niet hebben. Aanwijzingen kunnen deze problematiek per definitie niet oplossen’.³¹⁶

In de memorie van toelichting werd de keuze voor een wet in formele zin nogmaals beargumenteerd:

‘Ook de Mededingingswet is, ondanks het verbod op misbruik van economische machtspositie dat daarin is opgenomen, niet toereikend om de markt en overheid-problematiek aan te pakken. De werkgroep Markt en Overheid achtte het mede daarom in haar eindrapport wenselijk een normenstelsel te creëren waarop de gedupeerde zich zonodig kan beroepen.

Alleen een algemene wettelijke regeling biedt de mogelijkheid om voor alle sectoren in de economie een gelijk speelveld te creëren en de gewenste rechtsgelijkheid te waarborgen. Met een zodanige wettelijke regeling kan bovendien uitvoering worden gegeven aan het regeerakkoord en kunnen

311 Artikel 1 lid 1 wetsvoorstel: (...) *emissiefactor*: bij of krachtens ministeriële regeling vastgestelde ammoniakemissie per dierplaats (...); *maximale emissiewaarde*: ammoniakemissie per dierplaats, die ingevolge een voorschrift gesteld krachtens (...) Wm bij een diercategorie ten hoogste mag plaatsvinden.

312 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 4.

313 Artikel 1 lid 2 wetsvoorstel: Voor de berekening van de ammoniakemissie van een veehouderij wordt het aantal dierplaatsen dat in de veehouderij aanwezig mag zijn, vermenigvuldigd met de emissiefactoren.

314 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 3, p. 29.

315 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 1-2.

316 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 5.

aanbevelingen uit het eindrapport van de werkgroep Markt en Overheid en die uit het advies van de SER worden opgevolgd’.³¹⁷

Uit het verslag van de parlementaire behandeling bleek dat de vraag naar de vormgeving van de regeling (wet in formele zin of niet) opging in de vraag naar de effectiviteit en de noodzaak van de regeling. Hiermee werd het criterium *Rechtmatigheid* verlaten en kwam een tweetal andere kwaliteitscriteria in beeld: *doeltreffendheid* en *subsidiariteit*.

De voorliggende draad zal worden opgepakt in de aan die criteria gewijde hoofdstukken, in respectievelijk paragraaf 4.1.1.4.2 en paragraaf 5.1.2.4.2.

3.2.5.2 Toekenning van bestuursbevoegdheden

Uit de adviezen van de Raad van State blijkt dat in verband met de toekenning van bestuursbevoegdheden niet alleen wordt gelet op de aard van de bevoegdheidstoekenning, maar ook op het niveau van attributie, de omvang van de bevoegdheidstoekenning en de eventuele bevoegdheidsoverschrijding. De voor de tweede fase van dit onderzoek geselecteerde adviezen geven een illustratie van de aandacht voor zowel de aard van de bevoegdheidstoekenning als voor het niveau van attributie.

Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering

Het wetsvoorstel voorzag in de inrichting van een Landelijke commissie indicatiestelling, die belast zou worden met twee taken: het adviseren van regionale commissies voor de indicatiestelling met betrekking tot bezwaarschriften én het uitoefenen van toezicht op die commissies, waartoe zij algemene aanwijzingen kon geven. De Raad vond het echter bedenkelijk beide taken bij één orgaan onder te brengen.³¹⁸

De regering nam de kritiek ter harte:

‘Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is de adviestaak met betrekking tot bezwaarschriften voor de landelijke commissie toezicht komen te vervallen. In plaats daarvan is een bepaling opgenomen dat de REC’s (Regionale expertise centra, EH) (...) gezamenlijk een commissie inrichten die adviseert over bezwaarschriften’.³¹⁹

In de memorie van toelichting werd voorts uiteengezet dat er in het voorstel voor was gekozen de Landelijke commissie indicatiestelling een zelfstandig bestuursorgaan te laten zijn, omdat er behoefte was aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid over het al dan niet noodzakelijk zijn van het aanpassen van de indicatiecriteria. Een ministeriële commissie zou in het onderwijsveld twijfels oproepen over de onafhankelijkheid.³²⁰

Ontwerp tot wijziging van het Besluit staatstoezicht op de volksgezondheid c.a.

Het niveau van attributie kwam aan de orde in het advies bij het ontwerpbesluit Staatstoezicht op de volksgezondheid. De Raad was van oordeel dat met de voorgestelde regeling vooruit werd gelopen op de definitieve instelling van de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA) en dat in verband hiermee niet positief over het besluit kon worden geadviseerd. De VWA zou in de plaats gaan treden van de Keuringsdienst van Waren (KvW) en van – een deel van – de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees (RVV), maar was ten tijde van het ontwerpbesluit nog niet definitief ingesteld.

‘Bij Besluit van 18 juni 2001 is een Voorlopige Nederlandse Voedselautoriteit ingesteld, die ressorteert onder de Ministers van LNV en van VWS. Gelet op de thans beoogde verschuiving van taken en verantwoordelijkheden tussen de Ministeries van VWS en van LNV is een koninklijk besluit waarin dit wordt vastgelegd een vereiste’.

317 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 3, p. 11.

318 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 7.

319 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 8.

320 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 3, p. 18.

De Raad meende dat de VWA niet eerder als onderdeel van het staatstoezicht op de volksgezondheid kon worden aangemerkt dan nadat de autoriteit zou zijn ingesteld. Hij adviseerde eerst de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de VWA vast te stellen en de onderscheiden regelingen aan te passen.³²¹

Het nader rapport toonde dat de minister daar anders over dacht:

‘De opvatting van de Raad dat (...) een KB (...) een vereiste is, deel ik niet op grond van de navolgende overwegingen:

De VWA zal een ambtelijke dienst vormen (...). De KvW blijft bestaan als onderdeel van de VWA. De VWA ressorteert onder de Minister van VWS. (...) ... deze dienst zal (...) niet onder de Ministers van VWS en LNV gezamenlijk vallen, en een speciaal instellingsbesluit (is) derhalve niet vereist. (...)

De instelling van de VWA als zodanig heeft overigens geen gevolgen op het gebied van overdracht van ministeriële taken en verantwoordelijkheden van LNV naar VWS. Wel zullen uitvoerende taken (...) in de toekomst plaatsvinden onder de verantwoordelijkheid van de VWA. Ook deze wijziging in de toedeling van uitvoerende taken is echter niet van dien aard dat daarvoor een KB vereist is. (...)

De opmerkingen van de RvS hebben aanleiding gegeven om de NvT bij het besluit aan te passen, teneinde één en ander te verhelderen’.³²²

De nota van toelichting expliciteerde vervolgens dat uitgangspunt was geweest om met gebruikmaking van het bestaande instrumentarium zo snel mogelijk te komen tot een organisatievorm, waar onder éénhoofdig gezag kon worden gewerkt aan herstel van het vertrouwen van consumenten in de voedselveiligheid. De onderdelen KvW en RVV zouden, aangestuurd door het éénhoofdig gezag van een hoofdinspecteur, tevens directeur-generaal, hun feitelijke werkzaamheden continueren en intensiveren. Een en ander zou nader worden uitgewerkt in een interne mandaatregeling, alsmede in een aantal ministeriële organisatiebesluiten van de ministers van VWS en LNV.³²³

3.2.5.3 Normering van de bestuursbevoegdheid

Dat bij de toekenning van bestuursbevoegdheden de uitoefening daarvan zoveel mogelijk dient te worden genormeerd, is af te leiden uit 17 Ar. De Raad verwijst in zijn adviezen regelmatig naar dit uitgangspunt, zij het doorgaans impliciet.

Wetsvoorstel Verbetering poortwachter

In zijn advies bij het wetsvoorstel Verbetering poortwachter constateerde de Raad dat het Lisv vrije beslissingsruimte had ten aanzien van een eventuele verlenging van de wachttijd voor de WAO. Die ruimte was echter niet genormeerd. De Raad beval dan ook aan in de wettekst de gronden op te nemen waarop het Lisv een verzoek tot verlenging zou kunnen afwijzen of een kortere wachttijd zou kunnen vaststellen.³²⁴

In het nader rapport antwoordde de regering:

‘Naar aanleiding van de aanbeveling van de Raad is in artikel 19 WAO en de daarbij behorende toelichting verduidelijkt dat het Lisv het verzoek om verlenging van de wachttijd voor de WAO slechts marginaal toetst. Hierbij is het uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het Lisv gaat onderzoeken of de werkgever in staat is zijn loondoorbetalingsverplichting na te komen. Naar de mening van het kabinet is dit een civielrechtelijke kwestie’.³²⁵

321 Advies Raad van State van 21 juni 2002, no. W13.02.0153/III, p. 1.

322 Nader rapport van 28 juni 2002, DWJZ/SWW-2294548, p. 2.

323 Nota van toelichting bij Wijziging van het Besluit staatstoezicht op de volksgezondheid c.a.

324 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10.

325 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 10.

In de memorie van toelichting stond het als volgt verwoord:

‘In deze bepaling (artikel 19 lid 7 WAO, EH) is geregeld dat de werkgever en de werknemer tezamen het Lisv kunnen verzoeken de wachttijd voor de WAO voor ten hoogste 52 weken te verlengen. Het uitgangspunt is dat het Lisv aan dit verzoek tegemoet komt, tenzij er zwaarwegende omstandigheden zijn die zich daartegen verzetten. De toetsing door het Lisv is een marginale; het is niet de bedoeling dat het Lisv in dit kader onderzoekt of de werkgever in staat is zijn loondoorbetalingsverplichting na te komen. Dit is een civielrechtelijke kwestie’.³²⁶

3.2.5.4 Inwerkingtreding

Aanwijzing 174 wijst op het uitgangspunt dat bij het bepalen van de termijn tussen de bekendmaking en de inwerkingtreding van een regeling rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheid voor betrokkenen om zich tijdig op de regeling in te stellen. Het advies bij het voorstel tot de Wet dualisering gemeentebestuur toonde dat de Raad niet voorbij gaat aan dit uitgangspunt.

Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

In de voorgestelde regeling was een datum voor inwerkingtreding voorzien die samenviel met de aanvang van de nieuwe zittingsperiode van de gemeenteraden, te weten 7 maart 2002. Voor gemeenten die ten gevolge van een herindeling op een eerder moment raadsverkiezingen hadden gehouden zou een afwijkend tijdstip voor inwerkingtreding worden bepaald, nader te bepalen bij KB. Gedacht werd aan 1 januari 2003.

De Raad van State vond dat geen handige oplossing voor deze gemeenten: inwerkingtreding op die datum zou betekenen dat het dualistische stelsel zou ingaan in de loop van een raadsperiode. Dit kon niet bedoeld zijn. Hij adviseerde de toelichting aan te passen.³²⁷

De regering was bereid tot aanvulling van de memorie van toelichting, maar wees een latere datum van inwerkingtreding van de hand:

‘Anders dan de Raad veronderstelt, ligt het in het voornemen om voor gemeenten waar (...) als gevolg van herindelingen geen reguliere verkiezingen plaatsvinden de Wet dualisering gemeentebestuur met ingang van 1 januari 2003 in werking te laten treden. In artikel XII, tweede lid, is er wel in voorzien dat voor de desbetreffende gemeenten de verschillende artikelen of onderdelen op verschillende data in werking kunnen treden. In ieder geval is het mijn intentie dat de kern van dit wetsvoorstel, te weten de ontvlechting van het raadslidmaatschap en het wethouderschap en de concentratie van bestuursbevoegdheden bij het college, per 1 januari 2003, derhalve in de loop van de raadsperiode, gestalte moet krijgen.

In concreto komt de ontvlechting erop neer dat het lidmaatschap van de raad van de wethouders van deze gemeenten op grond van artikel X 1 van de Kieswet automatisch ophoudt. Vervolgens zal de voorzitter van het gemeentelijk centraal stembureau overeenkomstig hoofdstuk W van de Kieswet in de opengevallen plaatsen in de raad moeten voorzien. (...)

Ik deel het standpunt van de Raad dat een tussentijdse datum van inwerkingtreding niet praktisch is voor bedoelde gemeenten. Ik acht het echter ongewenst indien meer dan 3 jaar gewacht moet worden totdat de Wet dualisering gemeentebestuur op deze gemeenten van toepassing wordt. De (praktische) bezwaren van inwerkingtreding tijdens de zittingstermijn zijn mijns inziens ook overkomelijk. Een goede voorbereiding door de desbetreffende gemeentebesturen is echter essentieel. Ervan uitgaande dat het wetsvoorstel tijdig voor de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2002 wordt aanvaard, meen ik dat zij voor deze voorbereiding voldoende tijd beschikbaar hebben.

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is de memorie van toelichting aangevuld op dit punt’.³²⁸

326 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 3, p. 20.

327 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 33.

Dat gebeurde inderdaad, in de paragraaf ‘Afwijkend tijdstip voor inwerkingtreding voor herindelingsgemeenten’ werd uitgebreid ingegaan op de verschillende scenario’s die gevolgd zouden kunnen worden.³²⁹

Uit het verslag van de parlementaire behandeling bleek dat de inwerkingtreding toch aanleiding gaf tot het stellen van vragen.

Leden van de CDA-fractie wilden weten waarop de keuze van 1 januari 2003 was gebaseerd. Was ook overwogen om de wet pas bij de nieuwe verkiezingen in 2006 in de heringedeelde gemeenten te laten ingaan? VVD-fractieleden vroegen de regering nader te motiveren waarom ervoor was gekozen om gemeenten die onlangs te maken kregen of binnenkort te maken zouden krijgen met herindeling te confronteren met wethouders van buiten de raad?³³⁰ Vanuit de PvdA-fractie kwam de vraag om een overzicht van die artikelen en/of onderdelen die op een later tijdstip dan 7 maart 2002 in werking zouden treden.³³¹

Het antwoord van de minister luidde:

‘(...) Aan de keuze voor de datum van 1 januari 2003 (...) ligt vooral het argument ten grondslag dat het gewenst is als ook voor die gemeenten (...) de dualisering snel zijn beslag krijgt. Ik acht het onwenselijk indien gemeenten nog tot maart 2006 moeten wachten voordat de wet Dualisering gemeentebestuur op hen van toepassing wordt. Ik realiseer mij dat hieraan mogelijk praktische bezwaren voor de gemeenten zijn verbonden. Deze mogelijke praktische bezwaren wegen mijns inziens echter niet op tegen het nadeel de wet meer dan 3 jaar later in werking te laten treden’.³³²

Hierna volgde een herhaling van de in het nader rapport geschetste gang van zaken per 1 januari 2003 voor de heringedeelde gemeenten. Voorts wees de minister op de mogelijkheid – voor gemeenten die per 1 januari 2001 of 2002 waren heringedeeld – om invoering van het nieuwe stelsel met ingang van 7 maart 2002 te verlangen. Die gemeenten zouden dan niet worden opgenomen in het Koninklijk besluit waarin voor de andere bedoelde herindelingsgemeenten inwerkingtreding per 1 januari 2003 wordt geregeld.

Het door de PvdA-fractieleden gevraagde overzicht maakte deel uit van hoofdstuk 11 van de nota naar aanleiding van het verslag.³³³

De behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer wierp geen nieuw licht op de opmerking van de Raad, behalve het verzoek aan de minister van leden van de VVD-fractie om te inventariseren welke voorkeur voor inwerkingtreding de heringedeelde (of te herindelen) gemeenten hadden. De minister kon antwoorden dat 6 gemeenten een voorkeur hadden geuit.³³⁴

3.2.6 Conclusie

In het tweede deel van dit hoofdstuk werd ten aanzien van acht wetsvoorstellen en vijf ontwerpbesluiten onderzocht hoe de regering omging met de adviezen van de Raad van State terzake van het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid*. In eerste instantie werd daarbij gekeken naar de reactie van de regering in het nader rapport; in een aantal gevallen bleek het – voor het verkrijgen van een volledig beeld – noodzakelijk de parlementaire behandeling bij het onderzoek te betrekken.

Uit het eerste deel van dit onderzoek kon reeds worden afgeleid dat de Raad veel belangstelling had voor de verenigbaarheid met hoger recht. De vraag naar de juridische kwaliteit van een regeling en naar de verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen was evenzeer van belang, maar niet in de mate van het eerste deelcriterium.

De reacties van de regering op de kanttekeningen van de Raad inzake *Rechtmatigheid* waren nogal uiteenlopend. Twee uitersten werden aangetroffen: de situatie waarin zonder dralen de gevraagde wij-

328 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 33.

329 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 85.

330 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 55-56.

331 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 65.

332 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 80-81.

333 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 82.

334 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 10b, p. 70.

ziging werd gerealiseerd en het geval waarin met klare taal werd verduidelijkt dat de regering *niet* voornemens was de geadviseerde opmerking ter harte te nemen.

Tussenvormen – waarbij te denken valt aan het volgen van het advies middels een aanvulling in de toelichting, het niet volgen van het advies maar na Kamervragen deze opvatting bijstellen, óf het niet volgen van het advies en ondanks Kamervragen volharden in het ingenomen standpunt – kwamen in de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten slechts een enkele keer voor.

Met betrekking tot de verenigbaarheid met hoger recht werd driemaal een voorbeeld aangetroffen waarin een voorgestelde bepaling meteen werd bijgesteld overeenkomstig het advies van de Raad. In het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij werden twee bepalingen aangepast met het oog op hun verenigbaarheid met communautair recht. Een opmerking van de Raad inzake verenigbaarheid met de Grondwet leidde in het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers tot aanvulling van een bepaling.

Geplaatste kanttekeningen met betrekking tot verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen leidden in de drie onderzochte regelingen meteen tot aanpassing. In het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur werd een omissie uit de toelichting verwijderd; bij het ontwerpbesluit Administratieve bepalingen inzake het wegverkeer legde de regering zich neer bij het negatieve dictum van de Raad en in het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij werd de rechtszekerheid gediend door het opstellen van een inventarislijst van bij de regeling betrokken gebieden.

Ook de toetsing van het derde aspect van *Rechtmatigheid* – de juridische kwaliteit van regelgeving – bleek in de helft van de voorkomende gevallen te leiden tot het opvolgen van het advies van de Raad. In het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij werd in verband met het juiste niveau van regelgeving een bepaling aangepast, in het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering werd met betrekking tot toegekende bestuursbevoegdheden een wijziging aangebracht en in het wetsvoorstel Verbetering poortwachter werd in een bepaling de normering van een bestuursbevoegdheid verduidelijkt.

Het *niet* volgen van een advies van de Raad kwam eveneens voor in de onderzochte regelingen. De Raad wees driemaal op een mogelijke onverenigbaarheid met communautair recht. Ter zake van het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij vond de minister het niet nodig te voorzien in een nadere afstemming van nationaalrechtelijke procedures tegen de achtergrond van de IPPC-richtlijn. Evenmin deelde hij de opvatting van de Raad dat het strijdig was met de IPPC-richtlijn om het wetsvoorstel in werking te laten treden zonder dat de – hieraan gelieerde – Huisvestings-amvb van kracht was.

Met betrekking tot het ontwerpbesluit Bereiding en behandeling levensmiddelen wees de Raad op mogelijke strijd met enige bepalingen uit het EG-verdrag. De regering diende in het nader rapport echter uitvoerig van repliek en concludeerde dat zij niet van oordeel was dat het ontwerpbesluit strijdig was met gemeenschapsrecht.

Verenigbaarheid met overig verdragenrecht kwam aan de orde in het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. Van het grote aantal kanttekeningen van de Raad bij dit voorstel werd er één nader onderzocht. De Raad achtte het van groot belang het wetsvoorstel in overeenstemming te brengen met artikel 10 IVBPR; ook hier luidde het antwoord van de regering dat zij – gegeven de bijzondere omstandigheden – vasthield aan de voorgestelde regeling.

Het onderhavige voorstel deed eveneens vragen opwerpen met betrekking tot verenigbaarheid met grondrechten. De door de Raad gesignaleerde frictie met artikel 15 lid 4 Gw werd door de regering genegeerd en onder verwijzing naar artikel 8 lid 2 EVRM betoogde zij dat de voorgestelde inbreuk op het briefgeheim toelaatbaar was. De in het voorstel opgenomen beperking van de bezoeksregeling gaf zelfs aanleiding tot Kamervragen en tot de indiening van een amendement. De motie werd echter niet aanvaard en ook hier bleef de regering bij haar standpunt.

Bij het onderzoek van de toetsing van de juridische kwaliteit van regelgeving kwamen twee voorbeelden aan de orde van het niet volgen van het advies van de Raad. In het wetsvoorstel Markt en overheid was gekozen voor het regelen van de materie bij wet in formele zin. De Raad bepleitte dit te regelen via de – reeds bestaande – Aanwijzingen. De regering achtte de tijd echter wel rijp voor regeling bij formele wet. Bij het ontwerpbesluit Staatstoezicht op de volksgezondheid was de regering van mening dat een – door de Raad geadviseerd – KB waarin de onderscheiden bestuursbevoegdheden zouden zijn geregeld, niet nodig was voor de inwerkingtreding van het besluit.

Een aardig voorbeeld van de tussenvorm waarin de regering het advies van de Raad niet volgt en ondanks Kamervragen bij haar standpunt blijft, is te vinden in de parlementaire behandeling bij het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur. De kanttekening van de Raad betrof de voorgestelde schrapping van artikel 148 Gemeentewet. De Raad vreesde voor een uitholling van het grondwettelijke begrip “hoofd van de gemeente”, neergelegd in artikel 125 Gw. Zowel in de Tweede als in de Eerste Kamer werd gerefereerd aan het advies van de Raad. De minister volhardde echter in zijn standpunt.

Samenvattend kan geconstateerd worden dat opmerkingen van de Raad ter zake van aspecten van het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid* niet zonder meer leidden tot aanpassing van voorgestelde bepalingen of van de toelichting. Uit voorliggend onderzoek kwam naar voren dat de regering de opmerkingen van de Raad in een aantal gevallen terzijde schuift; in het bijzonder waar het gaat om verdragsbepalingen die nog enige interpretatieruimte bevatten.

HOOFDSTUK 4 DOELTREFFENDHEID EN DOELMATIGHEID

4.1 DOELTREFFENDHEID EN DOELMATIGHEID IN DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

4.1.1 Doeltreffendheid

4.1.1.1 Toetsingskader

Doel van dit onderdeel is inzicht te geven in de manier waarop de Raad van State de eis van doeltreffendheid in zijn adviezen betreft. Volgens de nota Zicht op Wetgeving brengt deze eis mee dat de wetgever in ieder geval moet stil staan bij de vraag of de voorgestelde regeling daadwerkelijk zal bijdragen aan de realisering van de daarmee beoogde doelstelling(en). Dit veronderstelt dat de doelstellingen die met de voorgenomen regelingen worden nagestreefd zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd, dat de relatie tussen de beoogde doelen en de daarvoor beschikbare middelen zo goed mogelijk in kaart wordt gebracht en dat een zorgvuldige analyse wordt gemaakt van het maatschappelijke probleem dat de voorgestelde regeling beoogt op te lossen. De toelichting bij de voorgenomen regeling zal hierover duidelijkheid moeten geven. Hieronder zal worden aangegeven hoe de Raad van State de toelichting bij de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten op deze punten heeft beoordeeld. In hoeverre heeft de wetgever daarin, volgens de Raad, gevolg gegeven aan hetgeen in de nota Zicht op Wetgeving is bepaald en hoe komt dit in de adviezen van de Raad tot uiting? Welke conclusie kan hieruit worden getrokken over de manier waarop de Raad van State de kwaliteitseis van doeltreffendheid toetst?

4.1.1.2 Twee hoofdcategorieën

Uit de onderzochte adviezen van de Raad van State blijkt dat de eis van doeltreffendheid niet in alle adviezen aan de orde komt. In 34 van de 78 onderzochte adviezen (waarvan 27 over wetsvoorstellen en 7 over ontwerpbesluiten) wordt daaraan al dan niet expliciet gerefereerd. Steeds speelt daarbij twijfel of de voorgenomen regeling wel aan de daarmee nagestreefte doelstellingen zal beantwoorden. Maar die twijfel berust niet steeds op dezelfde grond. Aan de geuite twijfel blijken verschillende redenen ten grondslag te kunnen liggen. Uit het onderzoek blijkt dat daarbij twee hoofdcategorieën kunnen worden onderscheiden.

De eerste categorie wordt gevormd door twijfels die worden ingegeven door hiaten in de probleemanalyse. Deze hiaten kunnen in de eerste plaats betrekking hebben op de onderliggende gedachte van de voorgenomen regeling: klopt het uitgangspunt wel? Is het achterliggende probleem wel goed geanalyseerd? Mogelijk is ook dat de onderliggende gedachte niet voldoende uit de verf komt, waardoor de motieven achter de voorgenomen regeling of de daaraan ten grondslag liggende doelstellingen niet duidelijk zijn. Uit de onderzochte adviezen van de Raad van State blijkt dat dit, behalve tot twijfel aan de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling, ook kan leiden tot twijfel aan de noodzaak van de voorgestelde maatregel. In dat geval is er samenhang tussen de eis van doeltreffendheid en de eis van subsidiariteit. Adviezen waarin van een dergelijke samenhang sprake is, zullen in dit hoofdstuk alleen aan de orde komen voorzover hiaten in de probleemanalyse, naar het oordeel van de Raad, de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling kunnen ondermijnen.

Bij de tweede categorie gaat het primair om twijfels die voortvloeien uit een doel-middelen toets. Deze toets kan uitmonden in twijfel of het voorgestelde middel wel het meest geschikte middel is om de beoogde doelstelling(en) te bereiken. In sommige adviezen spitst die twijfel zich rechtstreeks toe op het gekozen middel: wordt het gesignaleerde probleem daarmee wel adequaat opgelost? In andere adviezen wordt die twijfel nader gespecificeerd. Zo kan de vraag rijzen of wetgeving, gelet op de aard van de materie waarop de voorgenomen regeling zich richt, wel het meest geëigende middel is om de beoogde doelen te bereiken. Is de materie waar het om gaat daarvoor wel voldoende uitgekristalliseerd? Of: is de tijd wel rijp voor een wettelijke maatregel? Onduidelijkheden over de reikwijdte van het gekozen middel of praktische of juridische belemmeringen die aan het gekozen middel zijn verbonden, blijken eveneens een struikelblok te kunnen vormen. Al deze omstandigheden kunnen aan de verwezenlijking van de beoogde doelen in de weg staan en daarom worden opgevat als een nadere

specificatie van de eis van doeltreffendheid. Dit neemt niet weg dat er, gezien de aard van deze omstandigheden, eveneens samenhang kan zijn met de eis van subsidiariteit of de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Daar waar het accent op deze kwaliteitseisen ligt, zullen adviezen waarin een dergelijke samenhang zich voordoet, worden behandeld in de hoofdstukken waarin deze kwaliteitseisen centraal staan. In dit hoofdstuk komen deze adviezen alleen aan bod voor zover de geconstateerde problemen de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling duidelijk in gevaar brengen.

4.1.1.3 Hiaten in de probleemanalyse

Met het oog op de doeltreffendheid van een voorgenomen nieuwe regeling vereisen de kwaliteitseisen voor wetgeving onder meer dat de toelichting bij een wetsvoorstel of een ontwerpbesluit blijk geeft van een zorgvuldige analyse van het maatschappelijk probleem dat aanleiding geeft tot nieuwe wetgeving. Ar 7, onderdeel a, specificeert dat nader door te eisen dat er kennis wordt vergaard over relevante feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het te regelen onderwerp. Daarnaast vereist Ar 7, onderdeel b, dat de doelstellingen die met de voorgestelde regeling worden nagestreefd zo concreet en nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd. Uit de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten blijkt dat aan deze eisen, naar het oordeel van de Raad van State, niet altijd wordt voldaan. Zoals hieronder zal blijken heeft dat meestal te maken met hiaten in de analyse van het probleem waarvoor de voorgestelde regeling een oplossing beoogt te geven. Deze hiaten laten zich uitsplitsen in verschillende categorieën, die ieder voor zich zijn terug te voeren op een bepaalde mate van onzorgvuldigheid bij de uitvoering van de probleemanalyse.

4.1.1.3.1 Analyse van de oorzaken van het onderliggende probleem (Ar 7, a)

De eerste categorie die in dit kader kan worden onderscheiden, wordt gevormd door hiaten in de analyse van de oorzaken van het onderliggende probleem. Een duidelijk voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 2000-2001, 27 678). Doel van dat wetsvoorstel is de toegang tot de WAO beter te bewaken door de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het realiseren van een snelle en doeltreffende reïntegratie aan te scherpen en uit te breiden. De Raad merkt naar aanleiding van dit wetsvoorstel op dat in de toelichting een duidelijke analyse van de oorzaken van de onderliggende problemen ontbreekt. Volgens de Raad is het hierdoor maar de vraag of de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen wel zullen beantwoorden aan hun doel (vermindering van de instroom in de WAO).

‘... Er is in de afgelopen jaren een aantal onderzoeken verricht waarin de problemen rond langdurig ziekteverzuim –of deelaspecten daarvan– werden onderzocht. Van deze onderzoeken wordt geen melding gemaakt. In de toelichting wordt alleen kort verwezen naar rapportages van het College van Toezicht Sociale Verzekeringen. De WAO-problematiek, zo is de laatste jaren gebleken, is weerbarstig. Het is, ondanks een reeks van maatregelen, nog steeds niet gelukt om de groei van het langdurig ziekteverzuim en de instroom in de WAO van personen voor wie deze wet niet is bedoeld, tegen te gaan. De maatregelen die nu worden voorgesteld zijn beperkte veranderingen van de nu al geldende maatregelen, die onvoldoende effectief zijn gebleken. (...) Dat roept de vraag op of de voorgestelde maatregelen de effectiviteit van het stelsel wel zullen vergroten. Een meer diepgaande analyse van de problematiek acht de Raad dan ook noodzakelijk alvorens tot wijzigingen in het systeem wordt overgegaan’.¹

De Raad stelt hiermee expliciet de effectiviteit en, daarmee, de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregelen aan de orde.

Ook in het wetsvoorstel Zelfwerkzaamheid aan de buitenzijde van Gehuurde Woonruimte en Onderhuur van een gedeelte van de gehuurde woonruimte (Kamerstukken II 2002-2003, 28 721) constateerde de Raad een hiaat in de analyse van de oorzaken van het probleem waarvoor dit wetsvoorstel een oplossing beoogt aan te dragen. Doel van dit wetsvoorstel is twee wijzigingen aan te brengen in

¹ Kamerstukken II 2000-2001, 27678A, p. 3.

het voorstel van wet tot vaststelling van de nieuwe huurtitel in het BW (Kamerstukken II 2000-2001, 26 089, nr. 267). In dit verband wordt onder meer voorgesteld om de slotzin van artikel 244 BW (die de verhuurder belet om de onderhuur van kamers contractueel uit te sluiten) te schrappen. Doel van deze bepaling is te bevorderen dat er voldoende huurkamers op de markt beschikbaar zijn. Volgens de toelichting vormt deze bepaling echter een ernstig beletsel voor de bestrijding van onderhuur die buiten medeweten van de hoofdverhuurder of buiten de toewijzingsregels met betrekking tot de verdeling van beschikbare woonruimte om, tot stand is gekomen. Aan deze ongewenste toestand zou niet op andere wijze tegemoet gekomen kunnen worden dan door schrapping van de tweede volzin van artikel 244. De Raad van State betwijfelt dit en merkt daarbij op dat

‘het in de toelichting gesignaleerde probleem veeleer betrekking lijkt te hebben op problemen die zich voordoen bij de onderverhuur van woningen in hun geheel dan op de onderverhuur van kamers. De motivering sluit naar de mening van het college dan ook niet aan bij het wetsvoorstel’.²

De Raad adviseert het wetsvoorstel op dit onderdeel van een dragende motivering te voorzien. Uit dit advies kan worden opgemaakt dat de Raad er zonder dragende motivering niet van overtuigd is dat het gewenste resultaat (bevordering van de beschikbaarheid van huurkamers) op de voorgestelde manier kan worden bereikt. Impliciet wordt daarmee de doeltreffendheid van één van de voorgestelde wijzigingen in twijfel getrokken. De voornaamste reden hiervoor is dat die wijziging, naar het oordeel van de Raad, betrekking op een ander probleem dan het probleem dat het wetsvoorstel beoogt aan te pakken.

In het advies van de Raad van State over een wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de Wet op het Primair Onderwijs (Kamerstukken II 2001-2002, 28 493) signaleerde de Raad eveneens hiaten in de analyse van de oorzaken van het probleem dat het wetsvoorstel beoogt op te lossen. Doel van dit wetsvoorstel is te komen tot vermindering van de wachtlijsten voor toelating van leerlingen met een beschikking van de Permanente Commissie Leerlingenzorg (PCL) tot een speciale school voor basis-onderwijs. Daartoe wordt voorgesteld om de plaatsingstermijn per leerling te maximaliseren. Volgens de Raad is het maar de vraag of de bestaande wachtlijsten op deze manier wel zullen worden verminderd. Daarmee worden namelijk niet alle factoren die aan het ontstaan van wachtlijsten bijdragen, bestreken. De Raad merkt in dit verband op dat

‘de voorgestelde maatregel berust op de gedachte dat sommige scholen voor speciaal onderwijs ten onrechte een maximale groepsgrootte hanteren dan wel leerlingen slechts één of enkele keren per jaar toelaten en zo de wachtlijsten kunstmatig in stand houden. Uit het deskundigenrapport van de Expertgroep Plaatsingsbeleid en drie voortgangsrapportages komt echter een enigszins ander beeld naar voren. Als belangrijke oorzaken voor het ontstaan van wachtlijsten worden daarin, naast problemen van inhoudelijke aard, budgettaire problemen, huisvestingsproblemen en personeelsproblemen genoemd. (...) Met ongewenst strategisch gedrag van scholen heeft dat niets van doen’.³

Met de voorgestelde methode kan volgens de Raad wellicht strategische ongewenst gedrag en bestuurlijke onkunde worden bestreden, maar die methode biedt geen adequaat antwoord op de andere oorzaken van het ontstaan van wachtlijsten, zoals het gebrek aan huisvesting en personeel. Met dit wetsvoorstel wordt dit probleem niet opgelost.⁴ In deze constatering van de Raad ligt een verwijzing naar de eis van doeltreffendheid besloten. Mede op basis hiervan wordt aanbevolen het wetsvoorstel nader te overwegen.

4.1.1.3.2 Analyse kader te beperkt (Ar 7, a)

Hiaten in de analyse van het probleem waarvoor een wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden, kunnen zich ook op een andere manier manifesteren. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het wetsvoorstel Kwadeitsbevordering Rampenbestrijding (Kamerstukken II 2002-2003, 28 644). Doel van dit wetsvoorstel

2 Kamerstukken II 2002-2003, 28 721A, p. 2/3.

3 Kamerstukken II 2001-2002, 28 493A, p. 2.

4 Kamerstukken II 2001-2002, 28 493A, p. 2.

is de kwaliteit van de rampenbestrijding te bevorderen. De toelichting bij het wetsvoorstel geeft weliswaar aan dat rampenbestrijding betrekking heeft op vier aspecten (namelijk op het voorkomen en beperken van risico's, de voorbereiding op de bestrijding van rampen, de daadwerkelijke bestrijding zelf en de nazorg), maar het wetsvoorstel zelf concentreert zich volgens de Raad maar op één aspect, namelijk op het verbeteren van de voorbereiding op de bestrijding van rampen. De Raad vindt dit een te mager kader voor de bevordering van de kwaliteit van de rampenbestrijding.

'Bij de probleemanalyse die aan het voorstel ten grondslag ligt is uitgegaan van enkele recente rampen (in het bijzonder de nieuwjaarsbrand te Volendam en de vuurwerkramp in Enschede). De Raad acht dit kader te beperkt. Het voorstel gaat voorbij aan een aantal aspecten dat van belang is voor de (voorbereiding van de) rampenbestrijding'.⁵

De Raad beveelt tegen deze achtergrond aan om aandacht te besteden aan de drie andere schakels, te weten de voorkoming en beperking van risico's, de bevordering van de daadwerkelijke rampenbestrijding en de maatregelen ten behoeve van de nazorg. Dit advies raakt de eis van doeltreffendheid. Impliciet geeft de Raad immers aan dat verbreding van het kader noodzakelijk is om de beoogde doelstelling (bevordering van de kwaliteit van de rampenbestrijding) te kunnen realiseren.

In zijn advies over het ontwerpbesluit dat strekt tot wijziging van het Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen van 5 juni 2001 (Stb. 2001, 272) constateerde de Raad een soortgelijk probleem. Doel van dit besluit is maatregelen te treffen om de gevolgen van besmetting van pluimveevlees met salmonella en campylobacter tegen te gaan. De Raad vindt dit op zich een gerechtvaardigd doel, maar merkt daarbij op dat de voorgestelde maatregelen zich beperken tot besmetting van bepaalde categorieën pluimveevlees met salmonella en campylobacter. Dit, terwijl ook andere dierlijke productiesectoren, zoals de varkens- en rundvleessector, een belangrijke bron van voedselinfecties kunnen zijn en daarom uitnodigen tot het nemen van maatregelen.

'De vraag komt dan ook op waarom niet in een bredere context wordt gezocht naar methodes om voedselinfecties te voorkomen of te bestrijden'.⁶

De Raad is van mening dat in de toelichting gegeven motivering voor de gemaakte keuze niet toereikend is. Weliswaar wordt in de toelichting aangegeven dat de voorgestelde maatregelen moeten worden gezien als een tussenstap in de volledige terugdringing van besmetting van pluimveevlees, maar volgens de Raad kunnen die maatregelen niet als zodanig worden opgevat. Zij zien namelijk niet op het tegengaan van besmetting, maar geven slechts een regeling om met de gevolgen van besmetting om te gaan. Daarmee wordt voorbijgegaan aan het advies Voedselinfecties van de Gezondheidsraad om een grondige analyse te maken van de problematiek. Bovendien maakt dat advies melding van een aantal maatregelen om besmetting tegen te gaan. Anders dan de toelichting doet voorkomen, blijkt hieruit (en ook uit buitenlandse voorbeelden) dat er wel degelijk methoden zijn om besmetting te voorkomen. De Raad meent dat hieraan aandacht moet worden besteed, alvorens maatregelen in te voeren die het besmettingsrisico niet verminderen maar slechts de gevolgen daarvan proberen te bestrijden. Tegen deze achtergrond adviseert de Raad het ontwerpbesluit te heroverwegen.⁷ De eis van doeltreffendheid lijkt daarbij een belangrijke rol te hebben gespeeld.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad hiaten in de probleemanalyse soms ook impliciet toeschrijft aan een te beperkt analysekader. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het advies van de Raad over het wetsvoorstel Concessiewet personenvervoer per trein (Kamerstukken II 2001-2002, 27 216). Daarin wordt onder meer voorgesteld om de rechtstreekse relatie tussen de vervoersconcessie en het verlenen van de infrastructuurcapaciteit te doorbreken. Dit heeft onder andere tot gevolg dat de concessie geen recht geeft op capaciteit of toegang tot het spoornet. In zijn advies vraagt de Raad van State zich af of deze consequentie wel voldoende doordacht is.

5 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644A, p. 2.

6 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 3. Op dit punt is er samenhang met de eis van subsidiariteit. Zie hiervoor nader par. 5.1.2.8.2.

7 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 3.

‘Indien de concessie geen recht geeft op capaciteit of de toegang tot het spoornet, rijst de vraag waar concessie dan wel recht op geeft en wat de betekenis van overgang van een (gedeeltelijke) concessie. Indien een deel van de concessie overgaat, maar de toegang tot het spoor en de toewijzing van de capaciteit achterblijven bij de oude concessiehouder, dan heeft die overgang weinig zin. Ook valt daarmee de “bodem” weg onder de verplichte overgang van personeel en materieel. Een nieuwe concessiehouder wordt dan immers geconfronteerd met de mogelijkheid dat hij wel personeel en materieel moet overnemen, maar niet de capaciteit krijgt om deze te gebruiken. Indien een gedeeltelijk opvolgende concessiehouder niet over de nodige capaciteit beschikt op het moment waarop (...) het personeel en het materieel van rechtswege overgaat, zal de overgang veeleer het karakter krijgen van een sterfhuisconstructie voor overtollig personeel en materieel dan een mogelijkheid om de dienstverlening te verbeteren’.⁸

De Raad is met het oog hierop van mening dat, bij gedeeltelijke intrekking van een concessie met overgang naar een nieuwe concessiehouder, tevens de overgang van de daarbij behorende capaciteit moet worden geregeld. Net als in het zojuist genoemde voorbeeld, laat de Raad met deze opmerking zien dat het wetsvoorstel op het hier aan de orde zijnde punt niet goed is doordacht en daardoor onvoldoende is toegesneden op verwezenlijking van het doel dat met het wetsvoorstel wordt beoogd (verbetering van de dienstverlening). De Raad lijkt hier primair te refereren aan de eis van doeltreffendheid.

Een soortgelijk probleem constateerde de Raad in zijn advies over het wetsontwerp Aanpassing Ontnemingswetgeving (Kamerstukken II 2001-2002, 28 079). Doel van dit wetsvoorstel is een aantal in de praktijk gebleken knelpunten en onduidelijkheden weg te nemen. Daartoe wordt onder meer voorgesteld om de bestaande regeling voor vervangende hechtenis te wijzigen. Doel van die wijziging is deze regeling flexibeler te maken door de mogelijkheden van rechterlijke toetsing in de executiefase te verruimen en zo meer maatwerk te kunnen leveren.⁹ De Raad vraagt zich af of het onderliggende probleem daarmee wel voldoende wordt ondervangen.

‘Het achterliggende probleem lijkt te zijn dat de huidige regeling onvoldoende rekening houdt met de (ontwikkeling van de) mogelijkheid tot betaling door de veroordeelde; als in de executiefase blijkt dat de veroordeelde niet (meer) kan voldoen aan zijn betalingsverplichting, kan hij niettemin in hechtenis worden genomen. De hechtenis fungeert in die gevallen niet als pressiemiddel om te betalen (...) maar als vervangende straf’.¹⁰

De Raad betwijfelt of deze oplossing wel de meest geschikte is en adviseert tegen deze achtergrond de hechtenis zo in te richten dat deze wel als (proportioneel toe te passen) pressiemiddel kan fungeren. Impliciet geeft de Raad hiermee aan dat de wetgever is uitgegaan van een te beperkt analysekader. Net als in het hierboven genoemde voorbeeld, leidt dat, naar het oordeel van de Raad, tot een oplossing waarvan kan worden betwijfeld of het onderliggende probleem daarmee wel voldoende wordt ondervangen. In deze twijfel klinkt de eis van doeltreffendheid door.

In het ontwerp Luchthavenverkeerbesluit Schiphol van 26 november 2002 (Stb. 2002, 592) stelde de Raad van State eveneens het gebruikte analysekader ter discussie. Doel van dit ontwerpbesluit is te komen tot beheersing van de milieubelasting die het gevolg is van het luchthavenverkeer van de luchthaven Schiphol. Daartoe wordt onder meer een nieuw stelsel voorgesteld ter waarborging van de geluidsbelasting gedurende de etmaalperiode. Deze waarborg berust op een aantal berekeningen die moeten garanderen dat ook in het nieuwe stelsel niet meer dan 10.000 woningen een hogere geluidsbelasting dan de gestelde grenswaarden zullen ondervinden. Bij deze berekeningen is noodzakelijkerwijs uitgegaan van een simulatiemodel en, daarmee, van een bepaald scenario dat uitgaat van een bepaalde verdeling van het luchtvaartverkeer gedurende een gebruiksjaar. Volgens de Raad is het echter maar de vraag of de gekozen handhavingspunten bij een afwijkende verdeling van het luchtverkeer nog een

8 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216B, p. 6/7.

9 Meer concreet wordt voorgesteld de beperking dat de rechter het opgelegde bedrag of de hechtenis in de executiefase slechts bij ‘nova’ mag verminderen, geschrapt en komt ook de bepaling dat de vervangende hechtenis niet wordt verminderd door het voldoen van slechts een deel van het verschuldigde bedrag (artikel 24d, tweede lid Wetboek van Strafvordering), te vervallen. Als de vervangende hechtenis volledig is ondergaan, vervalt, volgens het wetsvoorstel, de resterende betalingsverplichting.

10 Kamerstukken II 2001-2002, 228 079A, p. 4.

voldoende waarborg kunnen bieden voor de gelijkwaardigheid van de mate van geluidsbelasting. Die vraag komt met name op naar aanleiding van een passage in de nota van toelichting waarin melding wordt gemaakt van een onderzoek waaruit zou blijken dat bij een simulatie met een fors andere verdeling van het verkeer dan is aangenomen, toch geen noemenswaardige grote verschillen optreden. De Raad merkt in dit verband op dat

‘uit de nota van toelichting niet blijkt uit welk onderzoek het gaat en hoe het is uitgevoerd. Aangezien het hier een essentieel onderdeel betreft dat betrekking heeft op de toetsing van de gekozen systeem van handhavingspunten, dient in de toelichting meer informatie te worden verschaft over dit onderzoek en de resultaten daarvan. Daarbij ware ook aan te geven waarom uit het onderzoek kan worden afgeleid dat er bij een fors andere verdeling van het verkeer toch geen noemenswaardige grote verschillen kunnen optreden’.¹¹

De Raad adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen. De Raad uit hiermee duidelijk twijfel over het gekozen analysekader. Biedt dat kader wel voldoende waarborgen voor de verwezenlijking van het doel van het voorgestelde nieuwe stelsel? Kloppen de uitgangspunten waarop dat stelsel is gebaseerd eigenlijk wel? In deze vragen ligt twijfel aan de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling besloten. Hieraan wordt echter niet expliciet gerefereerd.

4.1.1.3.3 Onduidelijkheid over de achterliggende motieven/doelstellingen van de voorgenomen regeling (Ar 7, b)

Twijfel of de voorgestelde regeling wel aan zijn doelstelling zal beantwoorden kan ook worden ingegeven door onduidelijkheid over de motieven die de aanleiding hebben gevormd voor een wetsvoorstel of een ontwerpbesluit. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het ontwerpbesluit Subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden (Besluit van 4 mei 2001, Stb. 2001, 282). Doel van dit besluit is subsidiëring mogelijk te maken van de ontwikkeling van het niet-fysieke aspect van de stadseconomie in grote steden. Op grond van artikel 5 van de Wet Stedelijke Vernieuwing (WSV) kan de minister van VROM al subsidies toekennen aan een gemeente ter tegemoetkoming in de kosten voor de ontwikkeling van de fysieke stadseconomie. De voorgenomen regeling beoogt de subsidiemogelijkheid uit te breiden tot de niet-fysieke stadseconomie. Door gebrek aan duidelijkheid over de achterliggende motieven is het voor de Raad echter niet klip en klaar waarom gemeenten geld zouden moeten ontvangen voor de ontwikkeling van hun niet-fysieke stadseconomie.

De Raad merkt in dit verband op dat

‘in de toelichting een duidelijk betoog ontbreekt dat inzicht geeft in de motieven die hebben geleid tot de regeling’.¹²

Met deze opmerking stelt de Raad impliciet de eis van doeltreffendheid aan de orde. Daarnaast lijkt ook Ar 7 onderdeel b hier in het geding. Als de achterliggende motieven niet duidelijk zijn, dreigt immers in de lucht te blijven hangen welke doelstellingen met de voorgenomen maatregel worden nagestreefd. De vraag of daarmee het beoogde resultaat wel kan worden behaald, laat zich daardoor moeilijk beantwoorden. In het advies wordt hieraan echter niet expliciet gerefereerd.

Een duidelijke motivering van de achterliggende motieven ontbrak naar het oordeel van de Raad ook in de toelichting bij het wetsvoorstel DNA-onderzoek bij veroordeelden (Kamerstukken II 2002-2003, 28 685). Doel van dit wetsvoorstel is de mogelijkheden om celmateriaal af te nemen voor DNA-onderzoek te verruimen. Volgens Sv is dit alleen mogelijk ten aanzien van verdachten in het belang van het tegen hen ingestelde voorbereidende onderzoek. Het wetsvoorstel breidt deze mogelijkheid uit tot veroordeelden wegens in het wetsvoorstel nader omschreven gewelds- of zedenmisdrijven. Daarbij wordt niet verwezen naar enig concreet onderzoeksbelang. Doel is veeleer aan de hand van de resulta-

11 Advies Raad van State van 12 september 2002, No. W09.02.0303/V, p. 2. Op dit punt is er samenhang met de eis van handhaafbaarheid. Zie daarvoor nader par. 6.1.3.2.2.

12 Advies Raad van State van 26 februari 2001, No. W10.00.0574/II, p. 209.

ten van het DNA-onderzoek te kunnen nagaan of de onderzochte persoon betrokken geweest kan zijn bij eerder begane misdrijven en om de opsporing van dergelijke dader in de toekomst te kunnen vergemakkelijken. De Raad merkt in dit verband op dat

‘de achterliggende gedachte kennelijk is dat bij deze misdrijven een aanzienlijke kans op recidive bestaat. In de memorie van toelichting zijn echter gegevens voorhanden die deze gedachte ondersteunen’.¹³

Geadviseerd wordt daarin alsnog te voorzien. De Raad lijkt hiermee impliciet te refereren aan de eis van doeltreffendheid en Ar 7, onderdeel b. Aan de orde gesteld wordt immers, dat zonder duidelijke motivering van de achterliggende motieven van de voorgestelde uitbreiding van DNA-onderzoek, moeilijk is vast te stellen of de veronderstelling waarop die uitbreiding berust (namelijk een aanzienlijke kans op recidive) wel klopt. Zolang hierover onduidelijkheid bestaat, kan eigenlijk niet goed worden beoordeeld in hoeverre de opsporing van oude en nieuwe strafbare feiten daarmee zal worden vergemakkelijkt en, daarmee, of de voorgestelde wijziging wel zal beantwoorden aan het daarmee beoogde doel. In het advies blijft dit aspect echter impliciet.

Onduidelijkheid over de achterliggende motieven constateerde de Raad ook in zijn advies over het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit in-vitro-diagnostica van 30 november 2001 (Stb. 2002, 127). In lijn met een reeds bestaande ministeriële regeling beoogt dit ontwerpbesluit de verkoop van hoog-risico-diagnostica te reguleren. Daartoe wordt onder meer voorgesteld om artsen en apothekers toe te staan om HIV-testen voor thuisgebruik af te leveren. In wezen wordt daarmee gekozen voor continuering van het bestaande systeem. Volgens de Raad maakt de Nota van Toelichting echter niet duidelijk waarom hiervoor wordt gekozen. Deze vraag komt met name op doordat in de toelichting eveneens wordt gewezen op de voorzichtige benadering die op dit gebied in andere landen wordt gehanteerd.

De Raad meent dat

‘zonder duidelijkheid over de achtergronden van de gemaakte keuze niet kan worden bepaald of continuering van de bestaande regeling nu in de rede ligt of niet. Geadviseerd wordt hierop in de toelichting nader in te gaan’.¹⁴

De Raad refereert hiermee impliciet aan de eis van doeltreffendheid. Eveneens impliciet lijkt de Raad hier ook te refereren aan Ar 7, onderdeel b, op grond waarvan de achterliggende doelstellingen van een bepaalde maatregel zo concreet en nauwkeurig mogelijk moeten worden aangegeven.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad soms ook explicieter naar laatstgenoemd punt verwijst. Dit gebeurde bijvoorbeeld in zijn advies over het wetsvoorstel dat beoogt de bestedingsruimte voor scholen in het primair en voortgezet onderwijs te verruimen (Kamerstukken II 2002-2003, 28 762). Daartoe wordt onder meer voorgesteld om, bij wijze van experiment, over te gaan tot een lumpsumfinanciering in het primair onderwijs. Volgens de Raad is

‘de toelichting echter niet duidelijk over de doelstelling(en) van dit experiment’.¹⁵

De Raad verwijst daarbij naar de in 1997 door de Commissie Harmonisatie van Wetgeving geïntroduceerde definitie van het begrip experiment. Volgens die definitie gaat het daarbij om een proefondervindelijke vaststelling of een bepaald instrument kan bijdragen aan het oplossen van een bepaald maatschappelijk probleem. In het licht van deze definitie beveelt de Raad aan

‘in de toelichting duidelijker naar voren te brengen welke doelstellingen het experiment van de lumpsumfinanciering heeft’.¹⁶

13 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685A, p. 1/2.

14 Advies Raad van State van 30 november 2001, no. W13.01.0443/III, p. 1.

15 Kamerstukken II 2002-2003, 28 762A, p. 2.

16 Kamerstukken II 2002-2003, 28 762A, p. 2.

De Raad lijkt hierbij aan te knopen bij Ar 7, onderdeel b, op grond waarvan de doelstelling die met de voorgestelde maatregel wordt nagestreefd zo concreet en nauwkeurig mogelijk moet worden omschreven. Impliciet wordt daarmee ook de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel aan de orde gesteld. De Raad refereert hieraan ook meer expliciet door op te merken dat uit de toelichting niet blijkt of de resultaten van dit experiment met de oude wijze van financiering zullen worden vergeleken. Volgens de Raad is dit echter van belang voor het meten van de effectiviteit van de voorgestelde financieringsvorm. Met het oog hierop verdient het volgens de Raad aanbeveling om in de toelichting nader in te gaan op de vraag of en zo ja hoe een dergelijke vergelijking zal plaatsvinden.¹⁷ De Raad merkt verder op dat in de tekst noch in de toelichting wordt aangegeven welke gegevens de minister nodig heeft om voor alle scholen een invoeringsstrategie voor (een variant van) lumpsumfinanciering te ontwikkelen. Volgens de Raad is het echter wel noodzakelijk dat deze gegevens vooraf bekend zijn, omdat anders

‘de deelnemers aan het experiment deze gegevens niet bijhouden en dan ook niet kunnen leveren’.¹⁸

Tegen deze achtergrond wordt aanbevolen in de toelichting duidelijkheid te verschaffen over de gegevens die de deelnemende schoolbesturen moeten bijhouden en over de wijze waarop zij daarover moeten rapporteren. Nu het experiment tevens dient om ervaring op te doen met de latere wijze van invoering van (een variant van) lumpsumfinanciering, klinkt hierin de eis van doeltreffendheid door.

In zijn advies over het wetsvoorstel tot strekt tot wijziging van de WVV 1994 (Kamerstukken II 2000-2001, 27 840) lijkt de Raad op het eerste gezicht te verwijzen naar Ar 7, onderdeel b. Dat blijkt echter niet met zoveel woorden uit het advies. Expliciet wordt namelijk verwezen naar Ar 131a. De verwijzing naar deze aanwijzing heeft betrekking op onduidelijkheid ten aanzien van het toepassingsbereik van één van de in het wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen. Meer in het bijzonder gaat het hierbij om artikel 24a lid 1, onder b van de Wet rij-onderricht motorrijtuigen 1993. Deze wet bepaalt onder meer dat degene die rij-onderricht geeft in het bezit moet zijn van een door het instituut afgegeven certificaat (artikel 7). De voorgestelde wijziging beoogt het mogelijk te maken dat het instituut ontheffing kan verlenen als toepassing van artikel 7 zal leiden tot onbillijkheden van overwegende aard. De Raad merkt hierover op dat niet duidelijk is in welke gevallen deze bepaling kan worden toegepast.

‘Mede gelet op aanwijzing 131a van de Aanwijzingen voor de regelgeving verdient het daarom aanbeveling om in dit artikel alsnog het doel of de strekking ervan zo concreet mogelijk te omschrijven’.¹⁹

Behalve aan de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, raakt deze aanbeveling impliciet ook de eis van doeltreffendheid en Ar 7, onderdeel b. Aanbevolen wordt immers het doel of de strekking van de voorgestelde wijziging zo concreet mogelijk aan te geven. Om te kunnen beoordelen of die wijziging wel aan zijn doelstelling zal kunnen beantwoorden, is dat een belangrijke voorwaarde.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat onduidelijkheden over de achterliggende motieven van een wetsvoorstel ook kunnen samenhangen met het feit dat de wetgever op bepaalde punten geen duidelijke keuze maakt. Dit speelde in het wetsontwerp Wet bestuur in stedelijke regio's (Kamerstukken II 2001-2002, 28 095). Daarin wordt voor de in de Kaderwet Bestuur in Verandering aangewezen stedelijke regio's een eigensoortige bestuursvorm voorgesteld. Anders dan in de Kaderwet, ontbreekt daarbij een perspectief op groei naar een eindmodel. Deze verandering van perspectief wordt niet nader toegelicht of geanalyseerd. De Raad van State vindt dat een gemis en schetst tegen deze achtergrond twee opties die zich voor een nadere analyse hadden geleend. De eerste optie heeft haar wortels in de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR) en is eigenlijk een voortzetting van de Kaderwet. De tweede optie neemt daarentegen juist afstand van de WGR en schept een eigen bestuursvorm.²⁰ De

17 Kamerstukken II 2002-2003, 28 762A, p. 2.

18 Kamerstukken II 2002-2003, 28 762 A, p. 3.

19 Kamerstukken II 2000-2001, 27 840A, p. 1.

20 Zie hiervoor nader Kamerstukken II 2001-2002, 28 095A, p. 3.

Raad wijst daarmee niet alleen op een hiaat in de probleemanalyse, maar geeft ook aan waar de schoen wringt.

‘Het komt de Raad voor dat het wetsvoorstel blijft aarzelen tussen deze twee opties en in die zin geen duidelijke keuze doet. (...) De Raad is van oordeel dat van de wetgever mag worden verwacht dat hij een duidelijke keuze doet en de consequenties van die keuze onder ogen ziet en aanvaardt. (...) Wanneer de wetgever (...) besluit om niet te kiezen voor een stap die wezenlijk verder gaat dan de huidige situatie en het huidige takenpakket (...) ligt het in de rede om het regionaal bestuur op basis van de Kaderwet gewoon te verlengen, in plaats van, zoals nu gebeurt, een andere vorm te creëren die op de keper beschouwd niet meer is dan een voortzetting van de Kaderwet en in die zin niet nuttig en nodig is. (...) Wanneer de wetgever ervoor kiest om wel een volgende stap te zetten, zoals hiervoor aangeduid als de tweede optie, zal die stap het achterlaten betekenen van de grondslag van de Kaderwet en de WGR. Dát vereist dan echter een wettelijke regeling waarin die volgende fase van ontwikkeling beter tot uitdrukking komt dan in het voorliggende wetsvoorstel’.²¹

De Raad zet vervolgens uiteen waaraan daarbij naar zijn oordeel aandacht zou moeten worden besteed. Eén en ander leidt tot het advies het wetsvoorstel niet in zijn huidige vorm in te dienen, maar in het licht van de door de Raad gemaakte opmerkingen te heroverwegen. Behalve de noodzaak van het wetsvoorstel trekt de Raad met dit advies in wezen ook de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling in twijfel. De Raad refereert echter niet expliciet aan deze eis. Het volgt min of meer uit het feit dat het wetsvoorstel, naar het oordeel van de Raad, niet voldoende doordacht is en daardoor allerlei vragen oproept c.q. onbeantwoord laat.

4.1.1.4 Relatie tussen de beoogde doelen en de voorgestelde middelen

Het onderzoek toont aan dat de middelen waarmee de doelstellingen van de voorgestelde regeling moeten worden bereikt, eveneens een belangrijke voedingsbodem kunnen zijn voor twijfels over de vraag of een voorgestelde maatregel wel daadwerkelijk zal leiden tot realisatie van de daarmee beoogde doelstelling(en). Zijn de voorgestelde maatregelen daarvoor eigenlijk wel geschikt? Uit het onderzoek blijkt dat de Raad van State daarvan niet altijd overtuigd is. In sommige adviezen richt de Raad zijn pijlen hierbij rechtstreeks op het middel zelf: kan daarmee het gewenste resultaat wel worden verwezenlijkt? Wordt het onderliggende probleem daarmee wel doeltreffend aangepakt? In andere adviezen is eerder de reikwijdte van het voorgestelde middel in het geding: is het toepassingsbereik niet te ruim of te beperkt? Ook op dit punt zijn dus verschillende categorieën te onderscheiden, die hieronder nader zullen worden toegelicht.

4.1.1.4.1 Zijn de voorgestelde middelen toereikend?

Twijfel over de vraag of het voorgestelde middel wel een geschikt middel is om de beoogde doelstellingen te bereiken, komt in diverse adviezen naar voren. Bijvoorbeeld in het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel Onderbrenging van overtredingen van bestemmingsplanvoorschriften en daarmee samenhangende overtredingen onder de werkingssfeer van de Wet economische delicten (Kamerstukken II 2002-2003, 28 734). Doel van dit wetsvoorstel is te komen tot een effectievere aanpak van overtredingen van bestemmingsplanvoorschriften en daarmee samenhangende overtredingen. Het vizier is daarbij met name gericht op het tegengaan van permanente bewoning van recreatiewoningen. Bestuursrechtelijke sancties zouden hier tekortschieten. Onder meer hierom acht de regering het wenselijk om over te gaan op een strafrechtelijke aanpak van eerdergenoemde overtredingen. Naar het oordeel van de Raad van State is het echter maar de vraag of een strafrechtelijke aanpak wel toereikend is.

21 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095A, p. 4/5. Op dit punt is er samenhang met de eis van subsidiariteit. Zie hierover nader par. 5.1.2.8.3.

‘De Raad meent dat er vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de in de toelichting gesuggereerde bijdrage die de voorgestelde wetwijziging zal kunnen leveren aan het geconstateerde handhavingstekort in het kader van de ruimtelijke ordening (...)’.²²

In dit licht wordt geadviseerd de voorgestelde aanpak te heroverwegen. Bewijsrechtelijke problemen spelen hierbij een belangrijke rol. Zo wijst de Raad erop dat de bestuursrechtelijke aanpak in de praktijk vaak stuk loopt op het leveren van overtuigend bewijs dat recreatiewoningen inderdaad permanent worden bewoond. Volgens de Raad blijft dit probleem bij een strafrechtelijke aanpak bestaan. Onder verwijzing naar een rapport van de VNG, geeft de Raad daarbij ook een aantal knelpunten aan. Opgemerkt wordt dat

‘een strafrechtelijke aanpak, ook wanneer rekening gehouden zou worden met de daarvoor beschikbare opsporingsmogelijkheden, weinig zin heeft zolang deze knelpunten niet worden opgelost’.²³

Tegen deze achtergrond wordt geadviseerd om, bij handhaving van het wetsvoorstel, in de toelichting nader op deze problematiek in te gaan. De Raad stelt hiermee niet alleen de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling ter discussie, maar ook de uitvoerbaarheid en handhaafbaar daarvan. Op dit punt is er dus samenhang met deze kwaliteitseis.

Twijfel aan de doeltreffendheid van een voorgestelde maatregel kwam ook aan de orde in het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel Wijziging elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie (Kamerstukken II 2002-2003, 28 665). Dit wetsvoorstel voorziet in een aantal maatregelen om de vraag naar groene stroom te vergroten. De Raad betwijfelt echter of dat doel wel op de voorgestelde manier kan worden bereikt. Het wetsvoorstel voorziet daartoe onder meer in een rechtstreekse subsidie in de vorm van de aankoop van productiewaarde aan in Nederland gevestigde producenten van groene stroom. De Raad merkt hierover op dat

‘art. 87 van het EG-Verdrag meebrengt dat de subsidie niet hoger kan zijn dan de extra kosten die met de productie van groene stroom zijn gemoeid. De stimulans die van deze subsidie uitgaat is daardoor beperkt’.²⁴

De Raad voegt hieraan toe dat de stimulans aan de vraagzijde door verdwijning van het nihiltarief niet zal verbeteren. Mede door de voorgestelde heffingssystematiek kan het wetsvoorstel het gebruik van grijze stroom zelfs stimuleren ten koste van groene stroom. Met het oog hierop adviseert de Raad beter toe te lichten

‘op welke manier de voorgestelde maatregel, ondanks het verdwijnen van het nihiltarief voor groene stroom, kan bijdragen aan het verbeteren van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie en een grotere vraag naar groene stroom’.²⁵

Tevens wordt geadviseerd om

‘de systematiek van de heffing beter af te stemmen op het met het voorstel nagestreefde doel’.²⁶

De doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel wordt daarmee op twee punten rechtstreeks in twijfel getrokken.

In zijn advies over het ontwerpbesluit dat strekt tot wijziging van het Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen van 5 juni 2001 (Stb. 2001, 272) betwijfelde de Raad eveneens of de

22 Kamerstukken II 2002-2003, 28 734A, p. 2.

23 Kamerstukken II 2002-2003, 28 734A, p. 3.

24 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665A, p. 2.

25 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665A, p. 2.

26 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665A, p. 3.

voorgestelde maatregelen wel voldoende zijn toegesneden op het bereiken van de met dit besluit beoogde doel, te weten bestrijding van de gevolgen van besmetting van pluimveevlees met salmonella en campylobacter. De Raad wijst er in dit verband op dat het ontwerpbesluit hoofdzakelijk verpakkings- en etiketteringvoorschriften bevat. De besmetting met salmonellabacteriën kan echter op verschillende manieren en op verschillende momenten in de ‘keten’ plaatsvinden. Aan het ontbreken van een etiket zal daarom niet de conclusie kunnen worden verbonden dat het vlees niet besmet zal zijn. Evenmin kan uit het aanwezig zijn van een etiket de omgekeerde conclusie worden verbonden. Hooguit kan de conclusie getrokken worden dat bij verpakt en geëtiketteerd vlees de kans op besmetting groter zal zijn. De Raad merkt tegen deze achtergrond op dat

‘in het licht van het voorafgaande kan worden betwijfeld of deze maatregelen in deze vorm effectief kunnen zijn’.²⁷

Dit is één van de redenen om te komen tot een heroverwegingsadvies. De eis van doeltreffendheid is hierbij, blijkens het voorafgaande, een doorslaggevende factor geweest.

Twijfel aan de geschiktheid van het voorgestelde middel deed zich ook voor in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering (Kamerstukken II 2000-2001, 27 728). Doel van deze regeling is te bevorderen dat leerlingen met een handicap, die nu zijn aangewezen op speciale scholen, onderwijs kunnen volgen op reguliere scholen. Om dit doel te realiseren wordt voorgesteld om de ouders van gehandicapte leerlingen, die volgens de commissie Indicatiestelling in aanmerking komen voor toelating tot een reguliere school, recht te geven op een leerlinggebonden budget. Dit budget wordt uitbetaald aan de reguliere school die daarmee speciale ondersteuning en begeleiding kan ‘inkopen’ bij een speciale school. Beoogd wordt zo de keuzemogelijkheden voor ouders te vergroten. De Raad onderschrijft dit doel, maar betwijfelt wel of dit doel wel zonder meer realiseerbaar is in het onderwijs en daadwerkelijk zal resulteren in meer keuzemogelijkheden voor ouders. Volgens de Raad blijft de keuzevrijheid voor ouders ook met dit budget beperkt. De Raad wijst er daarbij op dat voor leerlingen die voor toelating in aanmerking komen naar verwachting striktere criteria zullen gelden dan voor toelating tot speciaal onderwijs. Daarnaast wordt de keuzevrijheid van ouders ook beperkt door de aard en de zwaarte van de handicap en de feitelijke mogelijkheden van de reguliere school. Bovendien beslist het bevoegd gezag over toelating en wordt het budget niet uitbetaald aan de ouders die daarvoor onderwijs ‘kopen’, maar, na toelating, aan de reguliere school.

‘De voorgestelde regeling neemt kortom bepaalde financiële belemmeringen voor de opvang van gehandicapte kinderen in het reguliere onderwijs weg maar of daarmee een reële keuzevrijheid van ouders zal worden gerealiseerd, kan worden betwijfeld’.²⁸

De Raad refereert hier expliciet aan de eis van doeltreffendheid.

Soortgelijke twijfel aan de geschiktheid van het gekozen middel uitte de Raad in het advies over het ontwerpbesluit dat strekt tot wijziging van de het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst (Stb. 2002, 274). Daarin wordt voorgesteld de plicht van apothekers om geneesmiddelen te leveren die in principe niet in hun assortiment zitten, te laten vervallen. Doel hiervan is om de markt voor geneesmiddelen te openen voor nieuwe afnemers en gespecialiseerde apotheken (bevordering van marktwerking). De Raad is er niet van overtuigd dat dit doel op deze manier zal worden gerealiseerd. Marktwerking berust volgens de Raad op concurrentie waarbij wordt verondersteld dat apothekers zullen concurreren op prijs, service en assortiment. Het merendeel van de consumenten bestaat echter uit ziekenfondspatiënten die, als gevolg van door ziekenfondsen vastgestelde vergoedingstarieven voor geneesmiddelen, geen directe prijsprikkel ondervinden die hen zou kunnen stimuleren om voortaan naar een andere apotheek te gaan. Prijsconcurrentie kan wel een rol gaan spelen in de onderhandelingen tussen ziekenfondsen en apothekers over de hoogte van de tarieven. Volgens de Raad betekent dat echter nog niet dat er voor patiënten veel ruimte zal zijn om een keuze te maken voor een andere apotheek of voor het maken van een afweging tussen prijs, assortiment en service.

27 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 3.

28 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728A, p. 2.

‘Gelet op het voorafgaande zijn er volgens de Raad onvoldoende mogelijkheden voor marktwerking. De Raad adviseert in dit licht om de haalbaarheid van de beoogde marktwerking te bezien in het licht van het huidige stelsel van ziektekostenverzekeringen (...), en om aan de hand van die beschouwingen het voorstel te heroverwegen’.²⁹

Ook bij dit advies lijkt de eis van doeltreffendheid rechtstreeks als leidraad te hebben gediend.

Bij de toereikendheid van het voorgestelde middel plaatste de Raad eveneens kanttekeningen in zijn advies over het wetsvoorstel Elektronische handtekeningen (Kamerstukken II 2001-2002, 27 743). Daarmee wordt uitvoering gegeven aan een EG-richtlijn en onder meer beoogd het gebruik van de elektronische handtekening te vergemakkelijken. De Raad onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel maar maakt wel een aantal opmerkingen bij de manier waarop de EG-richtlijn in het wetsvoorstel wordt geïmplementeerd. Ten aanzien van de controle op de toekenning van een elektronische handtekening wijst de Raad er bijvoorbeeld op dat daarvoor een toereikende identiteitscontrole noodzakelijk is. In de toelichting wordt echter niet aangegeven of en zo ja hoe hierin zal worden voorzien. De Raad adviseert hierop in de toelichting nader in te gaan en het wetsvoorstel zo nodig aan te vullen.

‘Aangezien de deugdelijkheid van de voorgestelde certificering van handtekeningen in belangrijke mate afhangt van de kwaliteit van de toekenningscontrole, die met daarop gerichte voorschriften kan worden bevorderd, dient in de toelichting te worden vermeld of, en zo ja, hoe zal worden voorzien in de bedoelde toekenningscontrole’.³⁰

In dit advies klinkt twijfel door over de toereikendheid van de voorgestelde certificering. Zonder een degelijke toekenningscontrole komt de kwaliteit daarvan op losse schroeven te staan en is het diensten-gevolge maar de vraag of de voorgestelde regeling wel aan zijn doelstelling zal kunnen beantwoorden. Door expliciet aandacht te vragen voor het belang van de toekenningscontrole, lijkt de Raad de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling aan de orde te willen stellen. Hieraan wordt echter niet expliciet gerefereerd.

Twijfel over de toereikendheid van het voorgestelde middel deed zich voor in het advies van de Raad van State over een wetsvoorstel dat beoogt aan de lijst van de in artikel 211 van boek 8 BW opgesomde vorderingen met een zeer hoge preferentie, vorderingen toe te voegen terzake van havengelden en terzake van maatregelen die noodzakelijk zijn om de veiligheid in de haven of van derden te waarborgen (Kamerstukken II 2001-2002, 28 273). De Raad wijst in dit verband meer in het bijzonder op artikel 3 van de Wet houdende enige bepalingen van internationaal privaatrecht met betrekking tot het zeerecht en het binnenvaartrecht (IPR-wet boek 8 BW). Volgens de Raad brengt dat artikel mee dat, wanneer bij een gerechtelijke uitwinning de opbrengst tussen schuldeisers moet worden verdeeld, de vraag of en zo ja tot welke omvang een daarbij geldend gemaakte vordering bestaat, moet worden beantwoord naar het recht dat die vordering beheerst. Of een zodanige vordering bevoorrecht is, welke omvang en rangorde het voorrecht heeft en wat de gevolgen van het voorrecht zijn, wordt beslist naar het recht van de staat waar het schip ten tijde van de aanvang van het faillissement of de uitwinning te boek stond. De Raad wijst er op dat bij het bepalen van de rangorde van vorderingen slechts aan die vordering voorrang wordt toegekend boven door hypotheek gedekte vorderingen, die ook naar Nederlands recht een zodanige voorrang genieten. Naar het oordeel van de Raad betekent dit

‘dat aan de in het wetsvoorstel bedoelde vorderingen alleen in die gevallen de voorgestelde hoge rangorde kan worden toegekend als ook het recht van de staat waarin het geëxecuteerde schip te boek staat aan die vorderingen een zelfde voorrang toekent. In de Memorie van Toelichting wordt deze beperking in de mogelijke toepassing van het voorgestelde voorrecht wel erkend, maar daarbij wordt opgemerkt dat naar de ervaring van de Nationale Havenraad de meeste problemen met beslagschepen zich hebben voorgedaan met schepen die de vlag voeren van een staat die een zelfde rangregeling kent als de voorgestelde. Echter, uit het advies van de Nederlandse Vereniging voor Zee en

29 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 1/2.

30 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743B, p. 4.

Vervoersrecht kan veeleer worden afgeleid dat de dubbele toets van art. 3 IPR-wet boek 8 BW aan de effectiviteit van het wetsvoorstel afbreuk doet'.³¹

De Raad gebruikt hier het advies van deze vereniging om zijn twijfel aan de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel te onderbouwen.

In zijn advies over het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur (Kamerstukken II 2000-2001, 27 751) betwistte de Raad eveneens of een beoogd doel wel op de voorgestelde manier zal kunnen worden bereikt. Concreet ging het hier om het doel het burgemeestersambt te versterken door aan de burgemeester enkele nieuwe bevoegdheden toe te kennen. Die bevoegdheden hebben volgens de Raad echter voornamelijk symbolische betekenis en, voor zover dat niet het geval is, rijzen er andere problemen.³² De Raad heeft hierbij met name de voorgestelde nieuwe taak van de burgemeester op het oog met betrekking tot de voorbereiding en uitvoering van raadsbesluiten. Of deze taak het burgemeestersambt wel zal versterken, valt volgens de Raad nog maar te bezien.

'Dit heeft ook te maken de moeilijke positie waarin de burgemeester zich bevindt. Hij is zowel voorzitter van de raad (en dus van het controlerend orgaan) als van het college (en dus van het gecontroleerde orgaan). Daarnaast heeft hij nog eigen taken en bevoegdheden, in het bijzonder op het terrein van de openbare orde. Als gevolg hiervan kan de burgemeester nooit de rol vervullen van belangenbehartiger van de raad ten opzichte van het dagelijks bestuur'.³³

Dit alles voert tot de conclusie dat

'de positie van de burgemeester naar het oordeel van de Raad niet wezenlijk versterkt zal worden door de (...) genoemde voorstellen'.³⁴

Tegen deze achtergrond adviseert de Raad de onderdelen van het wetsvoorstel die hierop betrekking hebben, te schrappen. Twijfel over de doeltreffendheid van de voorgestelde manieren om de positie van de burgemeester te versterken, blijkt hierbij een doorslaggevende factor te zijn geweest.

Twijfel aan de geschiktheid van het voorgestelde middel sprak ook uit het advies van de Raad over het wetsontwerp dat strekt tot wijziging van de Wet Arbeid Vreemdelingen (Kamerstukken II 2001-2002, 28 442). Doel van dit wetsvoorstel is een nieuwe facultatieve weigeringsgrond te introduceren voor de afgifte van tewerkstellingsvergunningen. Achter dit doel schuilt de behoefte om voorrang te kunnen geven aan arbeidsaanbod uit Midden en Oost Europa. De Raad onderkent deze behoefte, maar plaatst vraagtekens bij de gekozen manier om dit arbeidsaanbod te onderscheiden. Het wetsvoorstel stelt namelijk voor daarvoor convenanten te gebruiken die in beginsel worden afgesloten tussen de Centrale Organisatie van Werk en Inkomen (CWI) en de sociale partners. Werving van arbeidsaanbod buiten een convenant om geeft de minister de bevoegdheid om een tewerkstellingsvergunning te weigeren. De Raad wijst erop dat

'deze aanpak betekent dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid volledig afhankelijk is van de sociale partners voor de effectivering van zijn wens om voorrang te geven aan arbeidsaanbod uit Midden en Oost Europese landen en, in verband daarmee, voor het verkrijgen in een concreet geval van de beoogde nieuwe weigeringsgrond. Immers, de besluitvorming over het al dan niet totstandkomen van een convenant ligt bij de sociale partners. (...) De omstandigheid dat de CWI partij moet zijn bij elk te sluiten convenant kan aan die afhankelijkheid niet afdoen. Eén en ander klemmt temeer nu sprake is van een figuur, het convenant, waarvan het rechtskarakter in het wetsvoorstel niet nader is bepaald, terwijl er wel een publiekrechtelijk rechtsgevolg aan is verbonden'.³⁵

31 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273B, p. 3/4.

32 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751A, p. 15. De Raad geeft in dit verband ook voorbeelden van taken met een symbolische betekenis.

33 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751A, p. 15.

34 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751A, p. 15.

35 Kamerstukken II 2001-2002, 28 442B, p. 2.

De Raad uit tegen deze achtergrond zijn voorkeur voor een andere aanpak. Geadviseerd wordt hierop in de toelichting in te gaan en het wetsvoorstel eventueel te heroverwegen. De vraag of het gekozen middel wel het meest geschikte middel is om het beoogde doel te bereiken, blijkt hierbij een belangrijke drijfveer te zijn geweest. Nu allerlei onduidelijkheden die de convenant-figuur oproept daarbij een rol spelen, lijkt de Raad in dit advies echter, behalve bij de eis van de doeltreffendheid, ook bij de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid aan te knopen.

In sommige adviezen wordt de vraag of het beoogde doel wel op de voorgestelde manier kan worden bereikt expliciet herleid tot de vraag of de voorgestelde oplossing wel de meeste geschikte oplossing is voor een bepaald probleem. Deze vraag kwam bijvoorbeeld expliciet op in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Wijziging van enkele belastingwetten ((herstel van enige onjuistheden) Kamerstukken II 2000-2001, 27 746). Het ging hier om een Veegwet binnen het kader van de Belastingherziening 2001. Eén van de omissies die daarin moet worden hersteld heeft betrekking op het keuzerecht voor toepassing van de regels van de Wet IB 2001 op binnenlandse belastingplichtigen. De Wet IB 2001 geeft dit keuzerecht aan niet-inwoners. Echter als de term ‘in Nederland wonen’ letterlijk zou worden opgevat, zou dit keuzerecht, tegen de bedoeling in, geen recht geven op de heffingskorting. De Veegwet beoogt dit probleem op te lossen door eerdergenoemde term te vervangen door ‘binnenlands belastingplichtig zijn’. Naar het oordeel van de Raad biedt deze wijziging echter

‘geen oplossing voor het gesignaleerde probleem. Zoals in de toelichting op het voorstel van wet IB 2001 is gesteld, blijven de niet-inwoners buitenlands belastingplichtig en worden zij door de keuze geen binnenlandse belastingplichtigen. Het recht op heffingskorting voor de niet-inwoners die kiezen voor toepassing van de regels voor binnenlandse belastingplichtigen kan worden verzekerd door art. 2.7 Wet IB 2001 ook voor deze gevallen uit te schrijven’.³⁶

De Raad adviseert hieraan aandacht te geven. Dit advies valt terug te voeren op de eis van doeltreffendheid. De Raad signaleert immers dat de voorgestelde oplossing, met het oog op de strekking van de Wet IB 2001, het gesignaleerde probleem niet oplost en daardoor min of meer gedoemd is het beoogde doel voorbij te schieten. Met het oog hierop wordt een andere oplossing gesuggereerd die naar het oordeel van de Raad wel doeltreffend kan zijn.

De vraag of de voorgestelde oplossing wel de meest geschikte oplossing is voor een bepaald probleem speelde ook in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugscoeriers (Kamerstukken II 2001-2002, 28 201). Doel van dit wetsvoorstel is, bij wijze van tijdelijke noodmaatregel, een oplossing te bieden voor het grote capaciteitstekort in de huizen van bewaring (in de vorm van een tekort aan celruimte en bewakings- en verzorgingspersoneel) als gevolg van de intensivering van de opsporing van drugscoeriers. De Raad acht deze oplossing op zich gerechtvaardigd, maar plaatst wel kanttekeningen bij de vorm waarin deze oplossing is gegoten. De tijdelijke noodmaatregel creëert namelijk een ‘eigen’ rechtsregime dat afwijkt van het gebruikelijke regime dat op de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) en de Beginselenwet Justitiële Jeugdinrichtingen (Bjj) berust. De Raad wijst erop dat een andere aanpak ook denkbaar was geweest en noemt daarbij een wet die sommige bepalingen van de Pbw en de Bjj buiten toepassing zou hebben verklaard.

‘Het nadeel van de thans gekozen opzet is dat het uitzonderlijke van het tijdelijke regime daardoor minder goed uit de verf komt en dat geen systematische verantwoording plaats heeft van de verschillen tussen het gewone regime en dat van het onderhavige wetsvoorstel’.³⁷

Om dit laatste te ondervangen adviseert de Raad in de Memorie van Toelichting alsnog een stelselmatische vergelijking van de Pbw en de Tijdelijke Regeling op te nemen en daarbij de voorgestelde afwijkingen van de Pbw

36 Kamerstukken II 2000-2001, 27 746A, p. 2.

37 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201A, p. 2.

‘dragend te motiveren op grond van de te verwachten bijdrage aan de oplossing van de twee problemen waarop de Tijdelijke regeling is gericht: het tekort aan celruimte en aan penitentiair personeel’.³⁸

Uit dit advies spreekt niet alleen twijfel of de voorgestelde oplossing juridisch gezien wel de meest geschikte is, maar ook aan de bijdrage die daarmee kan worden geleverd aan de oplossing van de problemen waarvoor de voorgestelde maatregel in het leven wordt geroepen. In dat laatste klinkt de eis van doeltreffendheid door.

4.1.1.4.2 Afbakeningsproblemen

Uit de onderzochte wetsvoorstellen en besluiten blijkt dat de twijfel over de doeltreffendheid van een maatregel ook kan voortvloeien uit de vraag of wetgeving wel het meest geëigende middel is om een bepaald probleem op te lossen. Uit de onderzochte adviezen blijkt dat er dan vaak een sterke samenhang is met de eis van subsidiariteit. Het wetsvoorstel Markt en overheid (Kamerstukken II 2001-2002, 28050) illustreert aardig hoe een dergelijke samenhang eruit kan zien. Met dit wetsvoorstel wordt beoogd invulling te geven aan het (in het regeerakkoord van 1998 geuite) voornemen om toetreding- en gedragsregels op te stellen voor het marktoptreden van de overheid en deze afdwingbaar te maken voor belanghebbenden. Volgens de Raad is het echter een onmogelijke opgave om in de wet een algemeen aanvaarde, inhoudelijke norm te formuleren voor marktoptreden door de overheid. Doorslaggevend daarvoor is dat

‘ (...) het bij overheidsactiviteiten waaraan marktaspecten zijn verbonden, gaat om een zeer breed spectrum van activiteiten. (...) Ook de SER wijst in zijn advies op de moeilijkheid om een goede object afbakening te vinden.³⁹ (...) Dit alles maakt dat het niet eenvoudig is om een eenduidig generiek toepasbaar (rechts)kader te vormen voor zeer uiteenlopende situaties en activiteiten. (...) De Raad is van oordeel dat het wetsvoorstel op dit punt tekortschiet en ook wel tekort moet schieten’.⁴⁰

Hoewel dat niet met zoveel woorden wordt gezegd, volgt hieruit dat het wetsvoorstel op de daarin voorgestelde manier eigenlijk niet aan zijn doelstelling kan beantwoorden. De Raad lijkt hiermee impliciet aan de eis van doeltreffendheid te refereren. Dat lijkt eveneens te spreken uit de voorkeur die de Raad in zijn advies uitspreekt voor een ander middel.

‘Het thans bestaande instrument van de Aanwijzingen is naar zijn aard geschikter en biedt bovendien meer flexibiliteit voor de aanpak van de onderhavige problematiek’.⁴¹

De Raad refereert hier primair aan de eis van subsidiariteit. Toch is er ook op dit punt wel verwevenheid met de eis van doeltreffendheid. De Raad stelt immers een andere aanpak voor omdat de voorgestelde aanpak in de ogen van de Raad niet voldoet.

Soortgelijke problemen speelden in het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij (Kamerstukken II 2000-2001, 27 836). Om de gevolgen van ammoniakemissie van veehouderijen bij de verlening van milieuvergunningen te kunnen beoordelen, wordt daarin voorgesteld in de wet kwetsbare gebieden aan te wijzen en daarvoor emissieplafonds vast te stellen. Volgens de toelichting is het doel hiervan optimale duidelijkheid te verschaffen, maar volgens de Raad is het maar de vraag of dat op deze manier kan:

‘Dergelijke duidelijkheid, die inhoudt dat nog slechts door wetswijziging het beleid of de reikwijdte daarvan kunnen worden veranderd, veronderstelt zekerheid over de effecten van ammoniak op het milieu’.⁴²

38 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201A, p. 2.

39 Kamerstukken II 2001-2002, 28050A, p. 2.

40 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050A, p. 7.

41 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050A, p. 2. Op dit punt is er samenhang met andere kwaliteitseisen. Zie daarvoor nader par. 3.1.7.1.2 en par. 5.1.2.4.2.

Gezien de ontwikkelingen die zich de laatste jaren hebben voorgedaan vraagt de Raad zich af waar die zekerheid op berust.

‘In de Memorie van Toelichting wordt vooral ingegaan op de breedte van de zone rond kwetsbare gebieden, maar niet op de vraag waarom de kwetsbare gebieden eens en voor altijd kunnen worden aangewezen’.⁴³

Opnieuw is hier primair de eis van subsidiariteit in het geding. Hoofdvraag is immers of de onderhavige materie, gelet op de onzekerheden waarmee die is omgeven, zich wel leent voor vastlegging in een wettelijk kader. Toch raakt deze vraag ook aspecten van de eis van doeltreffendheid. Zolang er afbakeningsproblemen zijn kan immers worden betwijfeld of de voorgestelde regeling wel aan zijn doelstelling kan beantwoorden. Dit lijkt ook te gelden voor de opmerking van de Raad dat aanwijzing van een gebied als kwetsbaar gebied ingrijpende gevolgen kan hebben voor betrokkenen. De rechtszekerheid vereist daarom dat de grenzen van deze gebieden ondubbelzinnig en op de meter nauwkeurig vastliggen. Dat nu is moeilijk te realiseren.

‘(...) aanduidingen op kaarten zijn thans veelal indicatief van aard en bestemd om in gemeentelijke bestemmingsplannen nader aan te geven. Ook ontstaat door mogelijke wijziging in de toekomst van de ecologische hoofdstructuur verdere onzekerheid; alsdan zal immers moeten worden nagetrokken welke gebieden op het moment van inwerkingtreding waren aangewezen en welke niet’.⁴⁴

De Raad adviseert tegen deze achtergrond te bevorderen om, voordat de wet in werking treedt, een inventaris te maken van de betrokken gebieden, waarbij deze zodanig in kaart worden gebracht dat de ligging van de grenzen van betrokken gebieden ondubbelzinnig en op de meter nauwkeurig kan worden bepaald. Hoewel dat niet expliciet wordt gezegd, lijkt hier, behalve de rechtszekerheid, ook de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel in het geding. Immers, als de kwetsbare gebieden niet duidelijk kunnen worden afgebakend, komt op losse schroeven te staan of de voorgestelde regeling wel haar doelstelling (het verschaffen van optimale duidelijkheid) zal kunnen beantwoorden.

4.1.1.4.3 Bestendigheid van de voorgestelde maatregel

Behalve met afbakeningsproblemen, kan twijfel aan de doeltreffendheid van een bepaalde maatregel ook samenhangen met het invoeringstijdstip. Dit aspect kwam naar voren in het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer (Kamerstukken II 2001-2002, 28 483). Doel daarvan is om in de Awb regels op te nemen voor elektronisch verkeer tussen burgers en bestuursorganen en tussen bestuursorganen onderling. De Raad van State onderkent het belang van een wettelijke regeling van het elektronisch bestuurlijk verkeer. Niettemin wijst de Raad erop dat het hier gaat om zaken die nog volop in ontwikkeling zijn. Mede in het belang van een consistente benadering door de wetgever verdienen zij daarom verdere doordenking.

‘Het voorafgaande overziend meent de Raad dat de tijd nog niet rijp is voor een algemene regeling in de Awb. Hij adviseert daarom een regeling als beoogd (...) op te nemen in een experimenteerwet (...). Op basis van de opgedane ervaringen zal dan kunnen worden bezien of de tijd rijp is voor codificatie; is dat het geval, dan zal met voldoende mate van zekerheid een algemene regeling in de Awb kunnen worden gegeven, waarbij ook voldoende inzicht bestaat in de vraag wat geregeld moet worden bij wet, wat aan de praktijk kan worden overgelaten en wat in uitvoeringsregelingen kan of moet worden geregeld’.⁴⁵

De Raad refereert op dit punt aan de eis van doeltreffendheid. Uit de kanttekeningen van de Raad blijkt immers ook twijfel over de bestendigheid van de voorgestelde maatregel en, daarmee, over mate

42 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836A, p. 2.

43 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836A, p. 2.

44 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836A, p. 3.

45 Kamerstukken II 2001-2002, 28 438A, p. 12. Op dit punt is er samenhang met par. 5.1.2.8.3 en met par. 6.1.2.2.1.2.

waarin de voorliggende regeling aan zijn doel zal kunnen beantwoorden. Ter bevordering van de bestendigheid prefereert de Raad om eerst een regeling voor het elektronisch berichtenverkeer in de praktijk te beproeven. De eis van doeltreffendheid lijkt eveneens besloten te liggen in de opmerking van de Raad dat

‘een experiment als hier voorgestaan vanzelfsprekend moet voldoen aan de vereisten die moeten verzekeren dat daaruit voldoende lering kan worden getrokken’.⁴⁶

Ook dat kan de doeltreffendheid van de uiteindelijke regeling immers ten goede komen. Hieraan wordt echter niet expliciet gerefereerd.

Uit de onderzochte adviezen van de Raad van State kan worden opgemaakt dat deze manier van redeneren die de bestendigheid van een voorgenomen regeling raakt, vaker voorkomt. Op grond van een soortgelijke redenering adviseerde de Raad bijvoorbeeld het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur (Kamerstukken II 2000-2001, 27 751) niet in te dienen. In de kern komt dit wetsvoorstel neer op verplichte invoering van een dualistisch systeem voor alle gemeenten. De Raad merkt hierover op dat een dergelijk stelsel nog nergens in enige gemeente is beproefd.

‘Het is heel wel mogelijk dat een verdergaande dualisering goed kan zijn voor de gemeentelijk democratie, althans in sommige gemeenten. Maar zelfs dat is op dit moment zonder de nodige ervaring niet zeker’.

Volgens de Raad is het daarom

‘niet verantwoord thans reeds een dualistisch stelsel in te voeren dat verplicht is voor alle gemeenten. Veeleer ligt het in de rede eerst de weg te volgen die aanvankelijk werd beoogd in een wetsvoorstel waarover de Raad op 13 april 1999 heeft geadviseerd. (...) Nadat daarmee de nodige ervaringen zijn opgedaan kan vervolgens over enige tijd de balans worden opgemaakt en kan een verantwoorde beslissing worden genomen over het al dan niet verplicht voorschrijven van een dualistisch stelsel, al dan niet voor alle gemeenten. Wat nu wordt voorgesteld is een stap in het ongewisse, een ingrijpende verandering waarvan de effecten onbekend zijn, waarvan niet is aangetoond dat de problemen overal van dien aard zijn dat juist deze remedie aangewezen zou kunnen zijn en die ten slotte niet nodig is, aangezien een voorzichtiger, meer geleidelijke benadering tot de mogelijkheden behoort’.⁴⁷

De Raad stelt hiermee zowel aspecten van doeltreffendheid en aspecten van subsidiariteit aan de orde. Het opdoen van ervaring is hierbij de verbindende schakel. Zonder dat is immers niet alleen dubieus of de voorgestelde maatregel wel nodig is maar ook of het wel de juiste remedie is voor het probleem dat men daarmee beoogt op te lossen.

4.1.1.4.4 Onduidelijkheden met betrekking tot het toepassingsbereik

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat onduidelijkheid over de reikwijdte of het toepassingsbereik van een bepaalde maatregel eveneens twijfel kan zaaien over de doeltreffendheid daarvan. Dit kan bijvoorbeeld worden veroorzaakt doordat niet helder is aangegeven wat onder bepaalde begrippen moet worden verstaan. De Raad wijst hierop in diverse adviezen. Bijvoorbeeld in zijn advies bij het ontwerpbesluit Subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden van 4 mei 2001 (Stb. 2001, 282) ten aanzien van het begrip ‘niet-fysieke stadseconomie’; in zijn advies over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 2000-2001, 27 678) ten aanzien van het begrip ‘reïntegratie’ en in het ontwerpbesluit Bevordering innovatie ontwikkeling stedelijke vernieuwing van 31 augustus 2001 (Stb. 2001, 471) ten aanzien van de criteria voor subsidieverlening voor stedelijke vernieuwing. In deze adviezen vloeit twijfel over de doeltreffendheid min of meer voort uit onduidelijkheid over de sleutelbegrippen waarin het in de voorgestelde regelingen draait. Het accent in deze adviezen ligt echter primair op aspecten die de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid raken. Als de sleutelbegrippen

⁴⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 28 483A, p. 12.

⁴⁷ Kamerstukken II 2000-2001, 27 751A, p. 3. Zie hierover nader ook par. 5.1.2.8.3.

onduidelijk zijn, zal de regeling moeilijk uitvoerbaar en handhaafbaar zijn en daardoor ook niet snel aan de daarmee beoogde doelstelling beantwoorden. Nu dit laatste een gevolg is van uitvoerings- of handhavingsproblemen, zal de inhoud van de adviezen waarin dit speelt, aan de orde komen in het hoofdstuk waarin de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid centraal staat. In dit hoofdstuk spitst de aandacht zich toe op adviezen waarin de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling, naar het oordeel van de Raad, direct wordt beïnvloed doordat de reikwijdte of het toepassingsbereik van de voorgenomen maatregel te ruim of juist te beperkt is.

4.1.1.4.5 Een te ruim toepassingsbereik

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat een te ruim toepassingsbereik voor de Raad van State een reden kan zijn om de doeltreffendheid van een voorgenomen regeling in twijfel te trekken. De Raad wees hierop onder meer in zijn advies over het ontwerpbesluit Naturalisatietoets van 8 maart 2002 (Stb. 2002, 197). Doel van dit ontwerpbesluit is criteria vast te leggen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of iemand zelfstandig kan functioneren in de Nederlandse of de Antilliaanse/Arubaanse samenleving. Op grond van artikel 4 van het ontwerpbesluit kan iemand die om naturalisatie verzoekt echter worden ontheven van de verplichting om één of meer toetsingsonderdelen af te leggen, als kan worden aangetoond dat hij daartoe door een belemmering van lichamelijke of psychische aard (zoals doofheid, (woord)blindheid of een geestelijke beperking), of door ongeletterdheid niet in staat is. Volgens de Raad wordt het toepassingsbereik van deze ontheffingsregeling, met name door de laatste ontheffingsgrond, te ruim. Voldoende taalbeheersing is namelijk essentieel voor inburgering.

‘Het ligt voor de hand dat iemand die de Nederlandse taal niet beheerst als nieuwkomer niet goed kan functioneren in de Nederlandse dan wel de Nederlands-Antilliaanse of Arubaanse maatschappij. Hoewel extra inspanning nodig zal zijn voor beheersing van de taal op het gewenste niveau, acht de Raad daarmee niet voldoende reden voor ontheffing aanwezig’.⁴⁸

Geadviseerd wordt daarom de ruime ontheffingsgrond in artikel 4 te beperken tot lichamelijke of psychische beperkingen. Met dit advies stelt de Raad de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling aan de orde. Het advies heeft immers rechtstreeks betrekking op de realiseerbaarheid van het doel van de voorgenomen naturalisatietoets (namelijk de vaststelling of iemand zelfstandig kan functioneren in de Nederlandse of Antilliaanse/Arubaanse maatschappij).

Ook in zijn advies over het wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de Mediawet stelde de Raad een te ruim toepassingsbereik aan de orde. Doel van deze wijziging is lokale omroepen recht te geven op extra kabelruimte voor het doorgeven van bepaalde programma's. Aan dit recht is een doorgifte plicht verbonden. Daar waar het gaat om het doorgeven van programma's die niet behoren tot de hoofdtaak van een lokale omroep, acht de regering een doorgifte plicht echter alleen gerechtvaardigd als het gaat om programma's die van algemeen nut zijn voor de desbetreffende gemeente. De Raad wijst erop dat dit, in samenhang met artikel 51 f, eerste lid aanhef en onderdeel a van de Mediawet, betekent dat deze programma's voor 50% dienen te bestaan uit onderdelen van informatieve, culturele en educatieve aard, die in het bijzonder betrekking hebben op de gemeente waarvoor het programma bestemd is. Aan de overige 50% van het uitgezonden materiaal wordt geen andere eis gesteld dan dat het gericht is op 'specifieke bevolkings- en leeftijdsgroepen waaronder minderheden.

‘De Raad adviseert toe te lichten waarom niet is gekozen voor een strengere eis, waarbij het volledige of vrijwel het volledige programma van het open kanaal van informatieve, culturele of educatieve aard moet zijn. De benodigde kabelruimte kan dan gehalveerd worden’.⁴⁹

Ook met dit advies lijkt de Raad aan de eis van doeltreffendheid te refereren. Voorgesteld wordt immers het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling te beperken om zo de doeltreffendheid van die regeling te vergroten.

48 Advies Raad van State van 8 maart 2002, No. W03.02.0053/I/K, p. 1.

49 Kamerstukken II 2002-2003, 28 639 B, p. 3.

4.1.1.4.6 Een te beperkt toepassingsbereik (Aanbeveling tot regelgeving)

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling soms ook te beperkt vindt. Met het oog op de doeltreffendheid van die regeling wordt daaraan soms het advies verbonden om tot nadere regelgeving over te gaan. Een aardig voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 2000-2001, 27 678). In de toelichting bij dit wetsvoorstel wordt onder meer uiteengezet dat een zieke werknemer zich actief moet opstellen ten behoeve van zijn herstel en zijn reïntegratie. De Raad merkt hierbij op dat het wetsvoorstel de werkgever wel het recht geeft om de loonbetaling op te schorten als de werknemer zich niet houdt aan door of namens de werkgever gegeven ‘redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die zijn gericht op de reïntegratie’, maar dat niet wordt voorzien in het recht van de werkgever om de werknemer dergelijke voorschriften te geven. Naar het oordeel van de Raad

‘verdient het aanbeveling om dit recht van de werkgever op te nemen in titel 10, afdeling 7 van boek 7 BW’.⁵⁰

Met dit advies is de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling gediend. Aan de eis van doeltreffendheid wordt echter niet expliciet gerefereerd.

Een aanbeveling tot nadere regelgeving deed de Raad ook in zijn advies over het wetsvoorstel Kwaliteitsbevordering rampenbestrijding (Kamerstukken II 2002-2003, 28 644). Doel van dit wetsvoorstel is de kwaliteit van de rampenbestrijding te bevorderen. De Raad is er echter niet van overtuigd dat dit doel op de in het wetsvoorstel voorgestelde manier kan worden bereikt. De Raad wijst in dit verband onder meer op het belang van een eenduidig toetsingskader en heldere kwaliteitscriteria. In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt dit belang weliswaar onderschreven, maar

‘desondanks bevat het voorstel (...) geen materieel toetsingskader met kwaliteitscriteria. Een dergelijk stelsel is wel in ontwikkeling en de wet voorziet erin dat de criteria bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. De Raad hecht er echter aan dat in de wet zelf materiële kwaliteitscriteria voor rampen(bestrijdings)plannen worden opgenomen’.⁵¹

Geadviseerd wordt het wetsvoorstel op dit punt aan te passen. Met dit pleidooi voor heldere toetsingscriteria stelt de Raad de eis van doeltreffendheid aan de orde. Zonder heldere toepassingscriteria is het immers maar de vraag of de voorgestelde regeling wel aan zijn doelstelling (bevordering van de kwaliteit van de rampenbestrijding) kan voldoen. Ook hier blijft de verwijzing naar de eis van doeltreffendheid echter impliciet.

Een advies van soortgelijke strekking is te vinden bij het ontwerp van het Mijnbouwbesluit (advies van 22 oktober 2002, No. W10.02.0387/II). Daarin worden nadere regels gegeven voor het verrichten van verkenningsonderzoek en voor het winnen en opslaan van bepaalde delfstoffen en wordt tevens uitwerking gegeven aan de verplichting metingen te doen ten aanzien van bodembeweging en aan de verplichting tot het ontwerpen, plaatsen, gebruiken of buiten gebruik stellen dan wel het verwijderen van mijnbouwwerken. Over een voorgenomen plaatsing of verwijdering van een mijnbouwinstallatie kunnen onafhankelijke deskundigen een oordeel geven (artikel 56 en 60 van het ontwerpbesluit). In de toelichting wordt daarbij opgemerkt dat, als in de praktijk voldoende ervaring is opgedaan met het werken met verklaringen van onafhankelijk deskundigen, zal worden gezien of een erkenningsregeling voor deze deskundigen in het Mijnbouwbesluit kan worden vastgesteld. De Raad vindt een dergelijk uitstel echter onwenselijk en adviseert daarom

‘in de tekst van het besluit een basis te creëren voor een eventuele erkenningsregeling’.

Ook met dit advies wordt de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling gediend, hoewel niet expliciet aan de eis van doeltreffendheid wordt gerefereerd.

50 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678 A, p. 11.

51 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644A, p. 2.

Op een lacune in de voorgestelde regeling wees de Raad eveneens in zijn advies over een wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de Sanctiewet 1977 (Kamerstukken II 2001-2002, 28 251). Doel daarvan is het toepassingsbereik van deze wet uit te breiden tot de bestrijding van terrorisme. Daartoe wordt voorgesteld de koppeling van het sanctiemechanisme met staten of gebieden los te laten, het financieel verkeer onder de werkingssfeer van de wet te brengen en het toezichtmechanisme te versterken. Naar het oordeel van de Raad bieden de voorgestelde wijzigingen op zich een geschikt kader voor de terrorismebestrijding. Ten aanzien van de voorgestelde uitbreiding van de Sanctiewet tot het financiële verkeer acht de Raad het toepassingsbereik echter te beperkt. Opgemerkt wordt in dit verband dat het voorgestelde toezichtmechanisme zich alleen richt op geregistreerde financiële instellingen.

‘Als gevolg hiervan vallen niet geregistreerde financiële instellingen formeel buiten het bereik van dit stelsel en daarmee ook buiten het bereik van eventueel te treffen maatregelen. De Raad adviseert dit aspect nog eens te bezien en hiervoor zo nodig een voorziening te treffen’.⁵²

Ook hier wordt een voorstel tot nadere regelgeving in overweging geven met het doel de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel te vergroten. Opnieuw wordt echter niet expliciet naar de eis van doeltreffendheid verwezen.

Een aanbeveling om indien nodig alsnog een voorziening te treffen, deed de Raad ook in zijn advies over het ontwerpbesluit Luchtkwaliteit van 11 juni 2001 (Stb. 2001, 269). Dit besluit bevat regels ter implementatie van een EG-richtlijn van 22 april 1999, die kan worden beschouwd als de eerste dochter-richtlijn van de EG-kaderrichtlijn voor de beoordeling van luchtkwaliteit (richtlijn 96/62/EG). Doel van het ontwerpbesluit is om alle normstellingen over luchtkwaliteit en aanverwante regelingen in één regeling onder te brengen. Met het ontwerpbesluit wordt het Besluit luchtkwaliteit benzeen ingetrokken. De Raad merkt hierover op dat het ontwerpbesluit, anders dan het Besluit Luchtkwaliteit Benzeen, geen afzonderlijke regeling voor tankstations bevat. In de toelichting wordt aan dit aspect voorbij gegaan. Tegen deze achtergrond wordt geadviseerd om

‘de toelichting op dit punt aan te vullen en indien nodig alsnog een dergelijke regeling te treffen’.⁵³

Impliciet kan hierin een verwijzing naar de eis van doeltreffendheid worden gelezen.

Een advies om bepaalde zaken alsnog in de voorgestelde regeling en de daarbij behorende toelichting op te nemen, deed de Raad naar aanleiding van het wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties en de Wet Identificatie bij financiële dienstverlening 1993. Vooruitlopend op nieuwe aanvullende Europese regelgeving, wordt daarin beoogd de ontstane en te verwachte groei van het witwassen van met criminele activiteiten verkregen geld in te dammen. De bestaande regelgeving op het gebied van melding en registratie van ongebruikelijke financiële transacties wordt daartoe aangescherpt. Dit gebeurt onder meer door aan artikel 1 van de Wet Ongebruikelijke Transacties (WOT) en artikel 1 van de Wet Identificatie bij Financiële Dienstverlening (Wif) een aantal subonderdelen toe te voegen waarin voorbeelden worden genoemd van diensten die worden gebruikt voor witwaspraktijken en die in het wetsvoorstel onder het wettelijke controlestelsel worden gebracht. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om bij amvb andere diensten of zaken aan te wijzen, bijvoorbeeld als te zijner tijd mocht blijken dat nieuwe vormen van zaken of diensten worden gebruikt voor het witwassen van geld. De Raad van State merkt hierbij op dat uit de toelichting niet duidelijk wordt waarom sommige van die zaken of diensten niet nu al in de voorgestelde opsomming zijn opgenomen. Het College denkt daarbij bijvoorbeeld aan munten, postzegels, loten van loterijen met hoge uitkeringen en wellicht ook onroerende zaken waarvan de aankoop geheel of gedeeltelijk met contant geld wordt gefinancierd, en aan diensten van juridische dienstverleners.

52 Kamerstukken II 2001-2002, 28 251A, p. 3.

53 Advies Raad van State van 17 april 2001, No. W08.01.0107/V, p. 2.

‘Ter vermijding van willekeur beveelt de Raad aan zoveel mogelijk zaken of diensten waarvan nu al bekend is dat die voor het witwassen van veel contant geld worden gebruikt, toe te voegen aan de opgesomde reeks en de toelichting daaraan aan te passen’.⁵⁴

Met dit advies stelt de Raad de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling aan de orde. Dat gebeurt echter impliciet.

In het advies van de Raad over het ontwerp Vuurwerkbesluit van 22 januari 2002 (Stb. 2002, 33) leidt een, naar het oordeel van de Raad, te beperkt toepassingsbereik primair tot een advies tot aanvulling van de toelichting. Doel van het ontwerp Vuurwerkbesluit is om de regeling voor consumentenvuurwerk en de regeling voor professioneel vuurwerk in één nieuwe regeling onder te brengen. Tegen de achtergrond van de vuurwerkcramp Enschede wordt tegelijkertijd beoogd de bestaande regelgeving op dit gebied aan te scherpen. Daartoe worden onder meer enkele kwetsbare objecten aangewezen in verband met in acht te nemen veiligheidsafstanden. Het gaat daarbij met name om objecten in de omgeving waarvan zich grote aantallen mensen kunnen bevinden, zoals rijkswegen en spoorwegen (artikel 1.1.1 onder k). In de nota van toelichting wordt aangegeven dat, uit een oogpunt van uitvoerbaarheid, ervan is afgezien om ook provinciale wegen als kwetsbaar object aan te merken. De Raad vindt dit evenwel niet evident.

‘Uitgaande van de aantallen mensen die zich op deze wegen kunnen bevinden, is het niet erg consequent om provinciale wegen niet aan te wijzen. In ieder geval behoeft de nota van toelichting op dit punt aanvulling’.⁵⁵

Met dit advies stelt de Raad het toepassingsbereik van de voorgestelde maatregel aan de orde. Dat toepassingsbereik is, naar het oordeel van de Raad, te beperkt om het daarmee beoogde doel (vergroting van de veiligheid in situaties waarin de veiligheid van grote aantallen mensen in het geding kan zijn) te bereiken. Hierin klinkt de eis van doeltreffendheid door.

Op een te beperkt toepassingsbereik van een voorgestelde maatregel wees de Raad ook in zijn advies over het wetsvoorstel Aanpassing ontnemingswetgeving (Kamerstukken II 2001-2002, 28 079). In dat wetsvoorstel wordt onder meer voorgesteld om aan artikel 36 e, vierde lid WvS een bepaling toe te voegen op grond waarvan de rechter bij het te betalen bedrag rekening kan houden met de huidige en redelijkerwijs te verwachten draagkracht van de verdachte of de veroordeelde. Volgens de memorie van toelichting zou de rechter *uitsluitend* gebruik kunnen maken van deze bevoegdheid wanneer op voorhand al vaststaat dat betrokkene een eventueel op te leggen bedrag in de toekomst niet zal kunnen betalen. De Raad wijst er echter op dat de Hoge Raad bij herhaling heeft aangegeven dat de draagkracht van de verdachte geen verplichte maatstaf vormt ter bepaling van de grootte van het aan de staat te betalen bedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Wel kan bij de vaststelling van het bedrag rekening worden gehouden met de te verwachten mogelijkheden dat betrokkene tot betaling zal kunnen overgaan. Het begrip ‘draagkracht’ zoals dat bekend is uit het recht met betrekking tot de straftoemeting kan daarom niet zonder meer worden overgeplant in de context van een ontnemingsmaatregel. Tussen beide situaties bestaat namelijk een wezenlijk verschil. Bij het opleggen van straffen, waaronder vermogenssancties, kan met de draagkracht rekening worden gehouden om te voorkomen dat strafsancities de één veel zwaarder zouden treffen dan de ander, al naar gelang de financiële positie van betrokkenen. Naar het oordeel van de Raad verdient het daarom aanbeveling om de term ‘draagkracht’ te beperken tot de straftoemeting.

‘Hoewel de persoonlijke financiële positie van invloed kan zijn op de moeite die het kost om aan een ontnemingsmaatregel te voldoen, moet in het oog worden gehouden dat deze maatregel als doel heeft aan de betrokkene het voordeel te ontnemen dat hij door criminele activiteiten heeft verkregen. Bij een juiste toepassing van de maatregel doet zich alleen dan een probleem voor als betrokkene zichzelf in de positie heeft gebracht waarin hij de criminele revenuen niet meer kan afstaan, hetzij doordat deze zijn verteerd, hetzij doordat hij ze aan anderen heeft afgestaan. Een eventueel tekort aan draagkracht kan in deze context altijd aan betrokkene worden aangerekend. Naar het oordeel van de

54 Kamerstukken II 2001-2002, 28 018A, p. 2.

55 Advies Raad van State van 13 december 2002, No. W08.01.0495/V, p. 3.

Raad moeten eventuele vragen over de draagkracht dus worden opgevat als betrekking hebbende op betalingsonmacht. (...) De Raad acht het, gezien het karakter van de ontnemingsmaatregel, ongewenst te tornen aan het uitgangspunt van het huidige art. 36 e waarin het “wederrechtelijk verkregen voordeel” in zijn reële economische betekenis wordt opgevat”.⁵⁶

Tegen deze achtergrond wordt geadviseerd om de voorgestelde aanvulling van artikel 36 e, vierde lid WvS nader te bezien en daarbij te overwegen om de rechter de bevoegdheid te geven om ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie (en niet slechts op een gemotiveerd verzoek van de verdachte of de veroordeelde) rekening te houden met de werkelijke financiële mogelijkheden van betrokkene. Dit advies houdt een verruiming van de voorgestelde maatregel in. Dit onder meer, opdat beter recht wordt gedaan aan het doel van de ontnemingsmaatregel. De Raad lijkt daarmee aan de eis van doeltreffendheid te refereren.

4.1.1.4.7 Belemmeringen van juridische, praktische of andere aard

Belemmeringen van praktische, juridische of andere aard blijken de Raad van State eveneens te kunnen brengen tot een oordeel waaruit twijfel over de doeltreffendheid van een voorgenomen maatregel spreekt. Adviezen waarin aan dit soort belemmeringen wordt gerefereerd hebben meestal primair betrekking op de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. In dit hoofdstuk komen adviezen waarin belemmeringen van praktische, juridische of andere aard spelen daarom alleen aan de orde als de Raad daarbij expliciet aspecten betreft die de eis van doeltreffendheid raken. Meestal hangt dit samen met het gekozen uitgangspunt van de voorgestelde regeling. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 2000-2001, 27 678). De Raad merkt hierin op dat

‘het uitgangspunt (...) lijkt (...) te zijn dat werkgevers en werknemers zich op het ogenblik onvoldoende inspannen om reïntegratie van zieke werknemers zo snel mogelijk ter hand te nemen. De Raad meent dat, zelfs wanneer dit tot uitgangspunt wordt genomen, zulks onvoldoende wordt genuanceerd, omdat praktische, juridische of andere belemmeringen een oplossing van de problemen in de weg kunnen staan’.⁵⁷

De Raad wijst in dit verband meer in het bijzonder op belemmeringen die kunnen voortvloeien uit bewijsproblemen dan wel uit de inpassing van de voorgestelde regeling in de bestaande regelgeving of uit het feit dat het, in verband met de bescherming van de privacy van de zieke werknemer, voor de werkgever niet altijd eenvoudig zal zijn om te beschikken over de (medische) gegevens die nodig zijn om de werknemer te reïntegreren.⁵⁸ Door deze belemmeringen expliciet te verbinden aan het succes van de voorgenomen regeling stelt de Raad de doeltreffendheid van het wetsvoorstel in vraag.

In het ontwerpbesluit Bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie van 18 december 2001 (Stb. 2002, 31) plaatste de Raad eveneens vraagtekens bij de doeltreffendheid van het daarin voorgestelde. Ook hier worden die vraagtekens ingegeven door belemmeringen die samenhangen met uit het gekozen uitgangspunt van de voorgestelde regeling. Het ontwerpbesluit voorziet onder meer in de mogelijkheid om identificerende gegevens over het gebruik van telecommunicatie te achterhalen. Uitgangspunt daarbij is dat dit soort gegevens primair via een door de aanbieder uit te voeren bestandsanalyse moeten worden verkregen. Pas als dat niet kan, mag worden overgegaan tot de inzet van actieve scan-apparatuur. Volgens de Raad zal dit uitgangspunt echter veelal door praktische belemmeringen niet kunnen worden gerealiseerd.

‘De nota van toelichting schenkt geen aandacht aan de, naar verwachting, vele gevallen waarin (voorafgaande) toepassing van een bestandsanalyse (...) niet zinvol dan wel onvoldoende effectief is en onmiddellijk moet worden overgegaan op inzet van actieve scan-apparatuur. (...) Te verwachten valt (namelijk) dat zich in de meerderheid van de gevallen de situatie zal voordoen dat sprake is van

56 Kamerstukken II 2001-2002, 28 079 A, p. 7.

57 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678A, p. 4. Zie hierover nader ook par. 6.1.2.2.2.

58 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678A, p. 4/5.

een verdachte telecomgebruiker van wie zowel de identiteit als de door hem gebruikte vorm van telecommunicatie (prepaid of abonnement) onbekend zijn, zodat het onmiddellijk gebruik van actieve scan-apparatuur aangewezen is'.⁵⁹

De Raad adviseert om vooraf een inschatting te maken van het aantal gevallen waarin het uitgangspunt (eerst bestandsanalyse en pas daarna toepassing van scan-apparatuur) niet kan worden gerealiseerd. Alleen op die manier kan volgens de Raad namelijk blijken of een logisch uitgangspunt is gekozen dat aansluit op de praktijk. In deze opmerking ligt twijfel aan de doeltreffendheid van het gekozen uitgangspunt besloten.

Twijfel aan de doeltreffendheid van een gekozen uitgangspunt als gevolg van praktische belemmeringen sprak de Raad ook uit in zijn advies over het Besluit Accountantscontrole Gemeenten van 21 september 2001 (No. W04.01.0350/I). In dat besluit wordt onder meer voorgesteld om bij de accountantscontrole goedkeuringstoleranties te hanteren die worden gerelateerd aan de totale lasten van de gemeente (de zogenaamde omvangsbasis). De Raad vraagt zich echter af of het niet beter is om goedkeuringstoleranties per onderdeel te hanteren.

‘(...) het hanteren van een omvangsbasis gebaseerd op de totale lasten van een gemeente is in een aantal gevallen een te grof criterium, aangezien dat tot gevolg kan hebben dat ruime overschrijdingen van de goedkeuringstoleranties op relatief kleine posten onvoldoende zichtbaar worden door het relatief kleine gewicht dat zij op het geheel in de schaal leggen (...)’.⁶⁰

De Raad vraagt zich verder af hoe goedkeuringstoleranties worden vastgesteld in geval van diensten die deel uitmaken van een gemeenschappelijke regeling. Met name wanneer daarbij gemeenten zijn betrokken die zeer verschillend van omvang zijn of wanneer op verschillende manieren gebruik is gemaakt van de mogelijkheid van aanscherping bedoeld in het zevende lid van het ontwerpbesluit, kan de voorgestelde aanpak volgens de Raad problemen meebrengen. De Raad stelt in dit verband de vraag of

‘het dan niet beter zou zijn de goedkeuringstoleranties verplicht te bepalen op basis van uitsluitend de lasten van de gemeenschappelijke regeling’.⁶¹

De Raad geeft hier op twee punten aan een andere aanpak te prefereren en wijst ter motivering daarvan op mogelijke problemen die de voorgestelde aanpak kan meebrengen. Geadviseerd wordt hierop nader in te gaan. Impliciet zet de Raad daarmee vraagtekens bij de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling.

4.1.2 Doelmatigheid

4.1.2.1 Toetsingskader

Anders dan bij de eis van doeltreffendheid gaat het bij de eis van doelmatigheid primair om de mogelijke lasten die de voorgenomen regeling kan meebrengen voor de overheid enerzijds en burgers, bedrijven en instellingen anderzijds. Volgens de Nota Zicht op Wetgeving mag van de wetgever worden verwacht dat deze aspecten in de beschouwing worden betrokken. De toelichting moet in ieder geval blijk geven van een zorgvuldige analyse van de gevolgen van een nieuwe regeling voor de maatschappelijke sector waarop die regeling betrekking heeft en van de belangen die daarbij in het geding zijn. Kan het gestelde doel ook op een eenvoudiger manier worden bereikt, dat wil zeggen met minder omslag (kosten) voor de overheid respectievelijk voor burgers, bedrijven en instellingen? Hieronder zal worden aangegeven hoe de Raad van State de toelichting bij de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten op deze punten heeft beoordeeld.

59 Advies Raad van State van 11 september 2001, no. W09.01.0232/V, p. 2.

60 Advies Raad van State van 21 september 2001, No. W04.01.0350/I, p. 1/2.

61 Advies Raad van State van 21 september 2001, No. W04.01.0350/I, p. 2.

4.1.2.2 *Twee hoofdcategorieën*

Uit de onderzochte adviezen van de Raad van State blijkt dat de eis van doelmatigheid daarin niet altijd een rol speelt. De Raad refereerde in circa 25 van de 78 onderzochte adviezen aan aspecten deze eis. Meer concreet was dit in circa 21 van de onderzochte adviezen over wetsvoorstellen en in circa 4 adviezen over ontwerpbesluiten het geval. Uit het onderzoek blijkt dat deze adviezen zich ook op dit terrein in twee hoofdcategorieën laten onderscheiden.

De eerste categorie wordt gevormd door adviezen waarin de vinger wordt gelegd op mogelijke lasten die de regeling meebrengt voor burgers, bedrijven of instellingen resp. voor de overheid. Kenmerkend voor deze categorie is dat de Raad zich voornamelijk afvraagt of de lasten wel voldoende opwegen tegen de baten van de voorgestelde regeling. Zijn de lasten wel gerechtvaardigd met het oog op het doel van de voorgestelde regeling? Drukken de lasten niet te zwaar op bepaalde maatschappelijk groepen resp. op het bestuurlijk apparaat of de rechterlijke macht? Zoals hieronder zal blijken, is er, als deze punten zich voordoen, vaak samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Daar waar de Raad het accent in zijn advies op deze kwaliteitseis legt, zullen de daarop betrekking hebben adviezen worden behandeld in het hoofdstuk waarin deze kwaliteitseis centraal staat. Dit hoofdstuk spitst zich toe op adviezen waarin de Raad in het kader van de lastenverdeling vooral aandacht vraagt voor de doelmatigheidsaspecten daarvan.

Daarnaast zijn er ook adviezen waarin de Raad expliciet aandacht vraagt voor de mogelijke neven-effecten die de voorgestelde regeling kan hebben. Zijn de consequenties daarvan wel goed doordacht? Wordt de uiteindelijke doelstelling daarmee niet ondergraven? Als deze punten aan de orde worden gesteld is er, zo blijkt uit de onderzochte adviezen, meestal een sterke samenhang met de eis van doeltreffendheid. Op zich was er daarom wat voor te zeggen geweest om adviezen waarin deze samenhang aan de orde is, onder de eis van doeltreffendheid onder te brengen. Hiervan is echter afgezien omdat neveneffecten in de nota Zicht op Wetgeving zijn gerubriceerd als een aspect van de eis van doelmatigheid. Nu het uiteindelijke doel van dit onderzoek is na te gaan hoe de Raad van State de in de nota Zicht op Wetgeving geformuleerde kwaliteitseisen in zijn adviezen betreft, is er voor gekozen de rubricering die in deze nota is aangebracht, aan te houden.

4.1.2.3 *Lasten voor burgers, bedrijfsleven en instellingen*

Een belangrijk aspect van de eis van doelmatigheid is dat de wetgever rekening moet houden met de mogelijke lasten die de voorgestelde regeling meebrengt voor burgers, bedrijfsleven en instellingen. Uit de onderzochte adviezen blijkt dat dit aspect, naar het oordeel van de Raad, niet altijd voldoende aandacht krijgt. In sommige adviezen wijst de Raad er in dit verband op dat de voorgestelde regeling met name belastend is voor bepaalde groepen. De baten van de voorgestelde regeling wegen dan niet altijd op tegen de lasten, zodat er sprake is van een zekere onevenwichtigheid in de lastenverdeling. Volgens de Raad is deze onevenwichtigheid niet altijd te rechtvaardigen ten opzichte van de met een bepaalde maatregel beoogde doelstelling. In andere adviezen stelt de Raad veeleer lasten van procedurele aard aan de kaak. In dat geval lijkt de Raad zich dus meer te laten inspireren door Ar 13, waaruit een inspanningsplicht voortvloeit om dit soort lasten zo beperkt mogelijk te houden. Volgens Ar 13 zal daarbij in het bijzonder moeten worden gelet op lasten die kunnen voortvloeien uit administratieve verplichtingen, de noodzaak tot inschakeling van deskundigen, het vertragend effect van termijnen of nieuwe rechtstreekse financiële verplichtingen. Ook op dit punt blijkt de Raad zich soms af te vragen of deze lasten niet te zwaar zijn ten opzichte van het met de voorgestelde regeling nagestreefde doel.

4.1.2.3.1 *Evenwichtige verdeling van baten en lasten?*

Van onevenwichtigheid in de verdeling van de baten en de lasten die een bepaalde maatregel meebrengt, was naar het oordeel van de Raad onder meer sprake in het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 2000-2001, 27 678). Dit wetsvoorstel scherpt vooral de plichten aan om bij ziekte tot een snelle reïntegratie te komen. De Raad merkt hierover op dat die plichten met name belastend kunnen zijn voor kleine werkgevers. Grote werkgevers zullen in het algemeen meer mogelijkheden hebben om zieke werknemers te reïntegreren dan kleine werkgevers.

‘Bij werknemers die na een langdurige ziekte zijn hersteld, is het probleem veelal dat hun arbeidsplaats inmiddels is ingenomen. Grote werkgevers zullen vaak elders in de onderneming een baan kunnen vinden voor de herstelde werknemer; kleine werkgevers missen die mogelijkheid veelal en hebben eerder behoefte aan hulp bij het vinden van werk buiten het bedrijf, eventueel met inschakeling van een uvi. Zonder hulp zal de reïntegratie buiten het bedrijf niet altijd eenvoudig zijn. Uit niets blijkt dat daarmee rekening is gehouden’.⁶²

De eis van doelmatigheid klinkt hierin door. De Raad wijst hier immers op het feit dat het voor kleine werkgevers veel moeilijker is om aan de doelstelling van de regeling te beantwoorden dan voor grote werkgevers. Daarmee stelt de Raad een zekere onevenwichtigheid in de lastenverdeling tussen werkgevers aan de orde, die de doelmatigheid van de voorgestelde regeling in gevaar kan brengen. Door erop te wijzen dat kleine werkgevers vaak een uvi zullen moeten inschakelen om reïntegratie te realiseren, lijkt de Raad eveneens te verwijzen naar Ar 13.

In zijn advies over het wetsvoorstel Belastingplan 1992-I arbeidsmarkt en inkomensbeleid (Kamerstukken II 1991-1992, 28013) constateerde de Raad eveneens een zekere onevenwichtigheid in de verdeling van de lasten tussen werkgevers. Het ging hier meer in het bijzonder om het voorstel om de lastenverlichting, die werkgevers in principe kunnen krijgen via een aantal arbeidsmarktmaatregelen, te neutraliseren door daar een verhoogde WAO-premie tegenover te stellen. De reden hiervoor is dat de regering ten aanzien van de lastenverlichting voor werkgevers de prioriteit legt bij een verlaging van de vennootschapsbelasting. De Raad vindt dit

‘oneigenlijk, mede omdat lastenverlichting uit hoofde van arbeidsmarktmaatregelen en vennootschapsbelastingverlaging en de verhoging van de WAO-premie niet steeds in dezelfde mate dezelfde werkgevers en rechtspersonen treft’.⁶³

Tegen deze achtergrond adviseert de Raad op deze aspecten nader in te gaan in de toelichting. De eis van doelmatigheid lijkt hierbij een rol te hebben gespeeld. In de kern komt het bezwaar van de Raad tegen deze maatregel immers erop neer dat deze maatregel leidt tot een ongelijke verdeling van de baten en de lasten tussen werkgevers. Door dit als ‘oneigenlijk’ te bestempelen, werpt de Raad de vraag op of deze ongelijke verdeling wel te rechtvaardigen is.

Onevenwichtigheid in de lastenverdeling lijkt zich ook te kunnen toespitsen op de verdeling van de lasten tussen werkgevers en werknemers. Dit kan worden opgemaakt uit één van de passages in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 1999-2000, 27 678). In die passage vraagt de Raad zich af of de voorgestelde regeling wel leidt tot een evenwichtige lastenverdeling tussen werkgevers en werknemers. Dit heeft vooral te maken met het voornemen om werknemers niet in aanmerking te laten komen voor een WAO-uitkering als er geen reïntegratieverslag wordt ingediend. De Raad merkt daarbij op dat deze maatregel belastend kan zijn voor werknemers in situaties waarin het niet indienen van een reïntegratieverslag niet aan de werknemer zelf te wijten is.

‘Als de werkgever gedurende het eerste jaar geen aantekening bijhoudt, heeft de werknemer geen mogelijkheid iets te ondernemen (...). Het opstellen van een correct en volledig reïntegratieverslag wordt dan moeilijk. Ook als werkgever en werknemer het niet eens worden over de inhoud van het verslag, zodat de werknemer geen reïntegratieverslag kan indienen, wordt zijn WAO-aanvraag niet in behandeling genomen. Voor deze situaties geeft het wetsvoorstel geen oplossing’.⁶⁴

Ook hier lijkt de Raad te refereren aan de eis van doelmatigheid en wel in die zin dat de lasten van de voorgestelde maatregel verhoudingsgewijs zwaarder zijn voor werknemers dan voor werkgevers zonder dat het wetsvoorstel daarvoor een rechtvaardigingsgrond geeft.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat ongelijke verdeling van de baten en de lasten zich ook bij andere groepen kan voordoen. De Raad wees hierop bijvoorbeeld ook in zijn advies over het wetsont-

62 Kamerstukken II 1991-1992, 28 678A, p. 7.

63 Kamerstukken II 1991-1992, 29 013A, p. 5.

64 Kamerstukken II 1999-2000, 27 678A, p. 8.

werp dat, in antwoord op een motie van kamerlid Ross-van Dorp c.s., voorstelt de leerplichtige leeftijd te verlagen naar vier jaar (Kamerstukken II 2001-2002, 28 085). De Raad merkt in dit verband op dat zeer veel ouders hun vierjarige kinderen al op vrijwillige basis laten inschrijven bij een basisschool. Dit brengt de Raad tot het oordeel dat

‘de voorgestelde maatregel erop gericht is het gedrag van vermoedelijk een kleine groep te veranderen, terwijl wellicht een grote groep gevolgen van de voorgestelde wijziging zal ondervinden. (...) De groep kinderen die op vierjarige leeftijd nog niet of niet volledig deelneemt aan basisschoolonderwijs, bestaat uit kinderen die ziek zijn, kinderen die naar het oordeel van de ouders nog niet schoolrijp zijn dan wel van wie de ouders om andere redenen van oordeel zijn dat schoolbezoek niet opportuun is. Het oordeel van de ouders kan in sommige gevallen onjuist zijn doch de ouders hebben thans wel de vrijheid en verantwoordelijkheid om dat oordeel zelf te vormen. (...) De vraag rijst of die vrijheidsbeperking gerechtvaardigd kan worden door verbetering van de leerprestaties van het kind. Onder genoemde omstandigheden is een draagkrachtige motivering van de voorgestelde maatregel noodzakelijk, wil de maatregel aanvaardbaar zijn. De memorie van toelichting schiet op dit punt ernstig tekort’.⁶⁵

De Raad legt hier een neveneffect van de voorgestelde maatregel bloot, namelijk vrijheidsbeperking, en verbindt daaraan de vraag of gevolgen daarvan wel te rechtvaardigen zijn ten opzichte van het met deze maatregel beoogde doel (betere leerprestaties), nu vermoedelijk een grote groep daarvan last zal ondervinden. De Raad lijkt hiermee de doelmatigheid van de voorgestelde maatregel ter discussie te stellen.

4.1.2.3.2 *Zijn de lasten wel zo beperkt mogelijk gehouden? (Ar 13)*

Het punt of de lasten die uit de voorgestelde regeling voortvloeien wel binnen aanvaardbare grenzen blijven, kwam onder andere aan de orde in het advies van Raad over het wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de Mediawet. Zoals hierboven al werd aangegeven is het doel van deze wijziging lokale omroepen recht te geven op extra ruimte op de kabel voor het doorgeven van bepaalde programma's. In zijn advies wijst de Raad erop dat het Commissariaat voor de Media in zijn reactie op het wetsvoorstel heeft aangegeven dat het zich afvraagt of het aantal programma's dat verplicht moet worden doorgegeven zo niet aan de hoge kant komt te liggen. De Raad merkt verder op dat hij uit het standpunt van de regering hierover opmaakt dat ook de regering verplichte doorgifte van programma's van toegangsomroepen niet wenselijk vindt: een neveneffect van de voorgestelde regeling kan zijn dat de verplichte doorgifte van dergelijke programma's nog verder toeneemt. De Raad trekt hieruit de conclusie dat

‘het ongewenste neveneffect van een mogelijk toenemend aantal verplicht door te geven programma's van toegangsomroepen niet in verhouding staat tot het probleem dat de regering beoogt op te lossen’.⁶⁶

Deze constatering raakt de eis van doelmatigheid en wel in die zin dat de lasten van de voorgestelde maatregel, afgezet tegen de te verwachten baten daarvan, naar het oordeel van de Raad, te zwaar wegen. De Raad lijkt hiermee ook te refereren aan Ar 13 op grond waarvan de wetgever ernaar dient te streven een nieuwe regeling zo in te richten dat de lasten daarvan zo beperkt mogelijk blijven.

Dit punt kwam eveneens boven drijven in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (Kamerstukken II 2000-2002, 27 678), dat onder meer door verlenging van de loonbetalingsplicht beoogt de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de reïntegratie van zieke werknemers aan te scherpen. De Raad merkt daarbij op dat er ook werknemers zijn van wie de ziekte niet aan het werk is gerelateerd, bijvoorbeeld in geval van een sportblessure. De Raad vraagt zich af of de voorgestelde maatregel in die situatie niet wat te ver doorschiet.

⁶⁵ Kamerstukken II 2001-2002, 28 085A, p. 2.

⁶⁶ Kamerstukken II 2002-2003, 28 639B, p. 3.

‘Nu in dit wetsvoorstel de loonbetalingsplicht van de werkgever wordt verlengd, roept dat de vraag op of deze verplichting evenwichtig blijft bij ziekten die niet aan het werk zijn gerelateerd’.⁶⁷

Behalve de vraag of de baten en de lasten van voorgestelde regeling door verlenging van de loonbetalingsplicht niet in een al te ongunstige verhouding tot elkaar komen te staan, lijkt de Raad met deze opmerking ook de vraag aan de orde te willen stellen of de lasten hier wel binnen proporties blijven (Ar 13). Valt de extra financiële belasting die hieruit voortvloeit voor werkgevers eigenlijk wel te rechtvaardigen? Beide aspecten zijn terug te voeren op de eis van doelmatigheid.

De vraag of een bepaalde maatregel niet te belastend zal uitwerken, doemde ook op in het advies van de Raad over het wetsontwerp Concessiewet Personenvervoer per Trein (Kamerstukken II 1999-2000, 27 216). Om de betrokkenheid van consumentenorganisaties bij de besluitvorming over de uitvoering van het personenvervoer per terrein te vergroten, wordt daarin voorgesteld om de concessiehouder te verplichten om steeds te motiveren waarom een advies van die organisaties niet wordt overgenomen en daarover met die organisaties in overleg te treden. De Raad merkt hierover op dat dit voorstel veronderstelt dat de betrokkenheid van consumentenorganisaties zal uitmonden in een eensluidend advies. De Raad betwijfelt dit. De voorgestelde regeling kan immers meebrengen dat er diverse consumentenorganisaties zijn van wie het advies zal moeten worden ingewonnen en waarmee zal moeten worden overlegd. De Raad concludeert hieruit dat het

‘niet uitgesloten is dat de concessiehouder wordt geconfronteerd met uiteenlopende adviezen waaraan niet tegelijkertijd kan worden voldaan. In die situatie dreigt de voorgestelde regeling een langgerekt proces te worden. Aangezien de ervaring heeft geleerd dat de concessiehouder ook met uiteenlopende personeelsorganisaties moet onderhandelen over dezelfde materie, dreigt een situatie waarin het resultaat van overleg met een organisatie weer aan alle anderen zal moeten worden voorgelegd en daar tot andere wijzigingen kan leiden, waarna het proces weer opnieuw begint’.⁶⁸

Tegen deze achtergrond wordt geadviseerd in de toelichting in te gaan op de implicaties van de voorgestelde verplichtingen in situaties waarin met meerdere organisaties tegelijk moet worden overlegd. Met dit advies lijkt de Raad de doelmatigheid van de voorgestelde verplichtingen ter discussie te willen stellen en tegelijkertijd te refereren aan Ar 13 (noodzaak tot inschakeling van, in dit geval, consumentenorganisaties). De vraag of die verplichtingen wel in een redelijke verhouding staan tot het doel dat daarmee wordt nagestreefd, lijkt daarbij als leidraad te hebben gediend.

Uit de onderzochte adviezen komt naar voren dat ook de mogelijke toename van administratieve lasten en andere kosten een reden kan zijn voor de Raad om een bepaalde maatregel ter discussie te stellen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het ontwerpbesluit dat strekt tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering van 1 maart 2002. In dat ontwerpbesluit wordt onder meer de mogelijkheid geopend om de richtlijnen waaraan een farmaco-economisch onderzoek moet voldoen in een ministeriële regeling vast te leggen. Een dergelijk onderzoek geeft inzicht in de verhouding tussen de kosten en de gezondheidseffecten van geneesmiddelen die niet zijn in te delen in een groep van onderling vervangbare middelen, maar wel een therapeutische meerwaarde hebben ten opzichte van bestaande geneesmiddelen. De kosten daarvan komen ten laste van de fabrikant. Naar het oordeel van de Raad ligt het voor de hand dat de fabrikant deze kosten zal willen doorberekenen in de prijs. Met het oog hierop merkt de Raad op dat hij

‘in de nota van toelichting een uiteenzetting mist over de toename van administratieve lasten en andere kosten voor fabrikanten die gebruik maken van een farmaco-economisch onderzoek, alsmede over de gevolgen van het ontwerpbesluit voor de prijs van geneesmiddelen’.⁶⁹

Met deze constatering vraagt de Raad aandacht voor de mogelijke gevolgen van de voorgestelde maatregel. Is de voorgestelde maatregel niet te belastend voor fabrikanten resp. wordt de prijs van genees-

67 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678A, p. 7.

68 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216B, p. 6.

69 Advies Raad van State van 1 maart 2002, no. W13.01.0596/III, p. 1/2.

middelen daarmee niet te hoog? De Raad plaatst aldus vraagtekens bij de doelmatigheid van de voorgestelde regeling en lijkt zich daarmee tevens af te vragen of wel aan Ar 13 wordt voldaan.

Een soortgelijke kwestie stelde de Raad aan de orde in zijn advies bij het ontwerpbesluit Kostenvergoeding rechten betrokkenen Wet beperking persoonsgegevens (Wbp). Doel van dit ontwerpbesluit is een regeling vast te leggen voor de vergoeding van kosten die zijn verbonden aan de uitoefening van het recht op inzage en het recht op verzet krachtens de Wet Bescherming Persoonsgegevens (artikel 39). Op grond daarvan kan alleen bij een omvang van een afschrift tussen de 20 en 50 bladzijden of meer dan 150 bladzijden nog worden afgeweken van het standaardtarief van fl. 0,50 per bladzijde. Volgens de Raad staat

‘de gekozen tariefstructuur echter op gespannen voet met de strekking van at. 39 Wbp. De redactie van deze bepaling is het resultaat van een amendement dat de uitdrukkelijke bedoeling had de financiële drempel voor het vragen van afschriften te verlagen’.⁷⁰

Geadviseerd wordt daarom de tariefstructuur beter te laten aansluiten op de bedoeling van de wetgever. Een opmerking van soortgelijke strekking wordt gemaakt bij de in artikel 4 van het ontwerp besluit geregelde maximale vergoeding in geval het een verstrekking op een andere gegevensdrager betreft of een moeilijk toegankelijke gegevensdrager. Deze is in het geheel niet genormeerd. De Raad merkt in dit verband op dat

‘het opmerkelijk is dat het voorgestelde maximum het tienvoudige bedraagt van het in art. 39 genoemde bedrag en dat het de verstrekker vrijstaat elk willekeurig bedrag tot fl. 100,- te kiezen, terwijl hij veelal zelf bepaalt welke gegevensdrager wordt gebruikt en in welke gevallen sprake is van een moeilijk toegankelijke gegevensverwerking’.⁷¹

De Raad adviseert tegen deze achtergrond deze bepaling strikter te normeren en tevens beter te laten aansluiten op de bedoeling van de wetgever. Ook hier vraagt de Raad nadrukkelijk aandacht voor de mogelijke financiële gevolgen van de voorgestelde bepalingen. Door daarbij expliciet aan de bedoeling van de wetgever te refereren, stelt de Raad duidelijk de eis van doelmatigheid aan de orde. Impliciet lijkt de Raad zich in dit advies ook door Ar 13 te laten leiden.

4.1.2.4 Lasten voor de overheid

Uit de eis van doelmatigheid volgt dat de wetgever niet alleen oog moet hebben voor de lasten die een voorgenomen maatregel mogelijksterwijs meebrengt voor burger, bedrijfsleven en instellingen; de wetgever moet ook rekening houden met mogelijke lasten die daaruit kunnen voortvloeien voor de overheid. Ar 14 specificeert dat nader door aan te geven waaraan in dit verband kan worden gedacht. In dit kader worden in de eerste plaats lasten genoemd die samenhangen met de uitvoering van de voorgestelde regeling (voorlichting, het behandelen van aanvragen of de inning van belastingen of heffingen). Daarnaast moet echter ook worden gelet op lasten die voortvloeien uit procedurele voorschriften (verslaglegging en evaluatieverplichtingen of vormen van preventief toezicht) of uit de handhaving van de voorgestelde regeling. Ar 14 vereist dat bij dit laatste aspect eveneens aandacht wordt besteed aan de belasting die de voorgenomen maatregel mogelijksterwijs meebrengt voor organen die met de rechtspraak zijn belast. Uit de toelichting bij een wetsontwerp of ontwerpbesluit zal onder meer moeten blijken hoe dit soort lasten zich verhoudt tot het met een voorgenomen maatregel nagestreefde doel. In een aantal van de onderzochte adviezen plaatst de Raad van State kanttekeningen bij de manier waarop dit is gebeurd resp. bij de afwegingen die de wetgever daarbij heeft gemaakt. Van elke categorie die Ar 14 noemt, zijn daarvan voorbeelden te geven die hieronder zullen worden belicht.

70 Advies Raad van State van 27 maart 2001, No. W03.01.0049/I, p. 1.

71 Advies Raad van State van 27 maart 2001, No. W03.01.0049/I, p. 1.

4.1.2.4.1 Uitvoeringslasten

De adviezen waarin uitvoeringslasten aan de orde worden gesteld, hebben vooral betrekking op lasten die voortvloeien uit het te verwachten aantal aanvragen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het wetsontwerp Vorderen Gegevens Telecommunicatie (Kamerstukken II 2001-2002, 28 059). Daarin wordt onder andere een aanpassing voorgesteld van de bevoegdheid om gegevens over telecommunicatie op te vragen ten behoeve van de strafvordering en de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Daarbij wordt een nieuwe categorie gegevens geïntroduceerd die kunnen worden opgevraagd, de zogenaamde gebruikersgegevens. Omdat de bevoegdheid om dit soort gegevens te vorderen een beperking inhoudt van de grondrechten die zijn omschreven in artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM, heeft de Registratiekamer voorgesteld daaraan nadere waarborgen te stellen. De regering achtte het echter, gelet op het grote aantal verzoeken per jaar, onwerkbaar om de waarborgen waaraan de nu bestaande bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn onderworpen van toepassing te laten zijn op de bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen. Volgens de Raad kan deze redenering echter ook worden omgedraaid:

‘de noodzaak om te voldoen aan de genoemde waarborgen kan dwingen tot een nauwkeurige afweging of het vorderen van de gegevens, zoals gezegd een beperking van de grondrechten, echt noodzakelijk is. Het verdient dan ook overweging de consistentie van de argumentatie te verbeteren’.⁷²

De raad stelt hier, behalve de rechtmatigheid, ook de doelmatigheid van de voorgestelde regeling aan de orde. De Raad lijkt zich daarbij te laten inspireren door Ar 14, op grond waarvan de wetgever eraan moet streven om de uitvoeringslasten voor de overheid zo beperkt mogelijk te houden. De aanleiding hiervoor ligt niet zozeer in het feit dat de wetgever dit aspect over het hoofd heeft gezien, maar eerder in het feit dat de Raad vindt dat er op de gekozen methode om de uitvoeringslasten beperkt te houden het één en ander valt af te dingen. De Raad stelt daarmee de afweging die de wetgever op dit punt heeft gemaakt ter discussie en wijst er daarbij op dat, gelet op de grondrechten die hier in het geding zijn, van de wetgever een andere benadering had mogen verwacht.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad dit aspect ook op een andere manier ter discussie kan stellen. Het gaat dan niet zozeer om de gekozen methode om de uitvoeringslasten te beperken, maar om de inschatting die de wetgever van die lasten heeft gemaakt. Het advies van de Raad over het wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Kamerstukken II 2001-2002, 28 267) geeft hiervan een voorbeeld. In dat wetsvoorstel wordt onder andere voorgesteld om de mogelijkheid om voor de Adviescommissie Vreemdelingenzaken (ACV) een groter aantal leden te benoemen dan de Kaderwet Adviescolleges voorschrijft, te laten vervallen. Volgens de toelichting is een grotere ACV niet meer nodig omdat de taak van dit adviescollege is beperkt. In individuele gevallen adviseert zij immers nog slechts in die gevallen waarin dit op grond van het internationale recht verplicht is. De ACV betwist deze inschatting in haar advies. Volgens de ACV zal zij, door beperking van het aantal leden, haar taak om individuele adviesaanvragen af te handelen niet naar behoren kunnen vervullen. Het gaat hierbij namelijk niet om 15 gevallen, zoals destijds verwacht, maar om 80 à 100 gevallen. Ook de Raad is er niet van overtuigd dat het hier om slechts een beperkt aantal zaken zou gaan. De Raad wijst in dit verband op zijn advies om af te stappen van het in dit wetsvoorstel opgenomen voorstel om de ACV niet te horen als een rechterlijke uitspraak onherroepelijk is geworden (punt 1 van het hier aan de orde zijnde advies). Volgens de Raad zal het aantal door de ACV te behandelen zaken daardoor toenemen.

De Raad adviseert met het oog hierop dit punt opnieuw te bezien. Overwegingen van doelmatigheid, ontleend aan Ar 14, lijken hierbij de doorslag te hebben geven. Uit het advies valt immers af te leiden dat de Raad beperking van het aantal leden niet doelmatig acht, nu dat tot overbelasting van de ACV zou kunnen leiden en daardoor het gevaar dreigt dat de ACV haar adviestaak niet meer naar behoren zou kunnen vervullen. De mogelijkheid om het aantal leden te kunnen uitbreiden is hier dus

72 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059B, p. 5.

een manier om de belasting voor deze commissie in de hand te kunnen houden.⁷³ Door zich op dit standpunt te stellen, stelt de Raad impliciet dat de door de wetgever voorgestane keuze niet te rechtvaardigen is met het oog op het daarmee beoogde doel.

4.1.2.4.2 Procedurele lasten

Aan het punt van mogelijk procedurele lasten die uit een voorgenomen regeling kunnen voortvloeien refereerde de Raad in zijn advies over het wetsontwerp Dualisering gemeentebestuur (Kamerstukken II 2000-2001, 27 751). Het ging hierbij men name om lasten die samenhangen met voorschriften in de toezichtsfeer. Zo worden gemeenteraden in dit wetsontwerp onder meer verplicht om een gemeentelijke rekenkamer in te stellen. Deze rekenkamer heeft onder andere de taak de doelmatigheid, de doeltreffendheid en de rechtmatigheid van het financieel beheer, de organisatie en van het beleid van het gemeentebestuur te onderzoeken en de accountantscontrole op zich te nemen. De Raad onderkent dat doeltreffendheid volgens de Comptabiliteitswet een onderdeel is van doelmatigheid, maar meent dat de eerste taak van dit orgaan is onderzoek te doen naar de financiële aspecten van het gevoerde beleid; daar zal volgens de Raad ook zijn deskundigheid liggen.

Tegen deze achtergrond adviseert de Raad de rekenkamer niet van rechtswege te belasten met onderzoek naar de doeltreffendheid van het beleid, maar het aan de raad over te laten deze taak desgewenst aan een door hem ingestelde rekenkamer op te dragen.⁷⁴ Achter dit advies lijken aspecten van doelmatigheid schuil te gaan. De raad stelt met dit advies immers beperkingen aan de taken die de gemeentelijke rekenkamer volgens het wetsvoorstel zou moeten uitoefenen en heeft daarmee ook oog voor de mogelijke belasting die hieruit kan voortvloeien. Dit, mede omdat het hier taken betreft die, naar het oordeel van de Raad, niet direct tot de deskundigheid van de rekenkamer behoren en onderzoek naar de doeltreffendheid van het gemeentelijk beleid volgens de Raad bovendien primair tot het terrein van de politieke controletaak van de gemeenteraad behoort. Naar het oordeel van de Raad stelt dit grenzen aan de rechtvaardiging van het voorstel.

Procedurele aspecten kwamen ook aan de orde in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Regeling leergebonden financiering (Kamerstukken II 2000-2001, 27 728). De Raad legde hier de vinger op het feit dat voor het openen van een nevenvestiging of het toelaten van leerlingen die eigenlijk zijn toegelaten tot een andere onderwijssoort dan de onderwijssoort die aan de desbetreffende school wordt verzorgd, een zware procedure moet worden gevolgd. Zo moet het Regionaal Expertise Centrum (REC) overeenstemming bereiken met alle schoolbesturen van het REC en alle aangrenzende REC's en, als het gaat om een nevenvestiging, ook met de gemeente waarin die zal worden gevestigd. Over een voorstel dat deze procedure heeft overleefd, wordt tot slot door de minister beslist. De Raad vraagt zich af of deze regeling, gezien de belasting die dat meebrengt (het kan hierdoor bijvoorbeeld anderhalf jaar duren voordat de bekostiging aanvangt) wel te rechtvaardigen is.

‘Het is redelijk dat de meeste schoolbesturen de gelegenheid hebben om hun oordeel te geven, maar de besluitvorming wordt nu afhankelijk gemaakt van de instemming van een te groot aantal instanties’.⁷⁵

De Raad adviseert met het oog hierop de bepaling waarin deze regeling is verankerd, te herzien. Lasten die voortvloeien uit procedurele voorschriften geven hierbij de doorslag. Instemming is goed, maar in dit geval moet een te groot aantal instanties hierbij worden betrokken. De Raad lijkt hiermee aan te geven dat de procedurele lasten hier niet in verhouding staan tot het daarmee beoogde doel en, daarmee, dat op dit punt niet is voldaan aan de eis van Ar 14 om deze lasten zo beperkt mogelijk te houden.

In zijn advies over het ontwerpbesluit Begroting en verantwoording provincies en gemeenten van 17 januari 2003 (Stb. 2002, 27) richtte de Raad zijn pijlen op de daarin voorgestelde informatieplicht over het gemeentelijke grondbeleid. De Raad merkt hierover op dat het om een uitgebreide informa-

73 Kamerstukken II 2001-2002, 28 267A, p. 2.

74 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751A, p. 19.

75 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728A, p. 9.

tieplicht gaat. De bepaling waarin die plicht is neergelegd verlangt namelijk onder meer een visie op het grondbeleid in relatie tot de realisatie van de doelstellingen van de programma's, een actuele prognose van de te verwachten resultaten van de totale grondexploitatie en de beleidsuitgangspunten omtrent de reserves voor grondzaken in relatie tot de risico's van grondzaken. In de verantwoording na afloop van het begrotingsjaar moet eveneens informatie over al deze punten worden verstrekt. De Raad meent dat

‘de verlangde informatie onevenredig is ten opzichte van de beoogde doelstelling. Niet duidelijk is waarom zo uitgebreide informatie op dit specifieke punt is vereist, naast hetgeen al bekend is op grond van de beleidsbegroting, de financiële begroting en de daarmee samenhangende stukken’.⁷⁶

Geadviseerd wordt dit nader toe te lichten. De raad stelt hiermee de doelmatigheid van deze uitgebreide informatieplicht aan de orde. Staat die wel in verhouding tot het daarmee beoogde doel? De Raad trekt dit in twijfel en lijkt daarmee tevens aan Ar 14 te refereren.

4.1.2.4.3 Handhavingslasten

De verwijzing naar handhavingslasten komt in diverse adviezen voor. Impliciet is dat het geval in veel adviezen waarin ook wordt gewezen op onduidelijkheid in het toepassingsbereik. Onduidelijkheid over het toepassingsbereik kan een bron zijn van conflicten en daardoor een potentiële belasting vormen voor de rechterlijke macht. In adviezen waarin dit punt aan de orde is, is meestal ook sprake van een duidelijke samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De vraag of de mogelijkheden tot conflictbeperking wel voldoende zijn onderzocht, maakt daarvan immers onderdeel uit. Voorbeelden van deze categorie zijn daarom ook te vinden in het hoofdstuk waarin de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid centraal staat. De twee voorbeelden die hieronder worden genoemd spitsten zich toe op adviezen waarin de Raad het punt van de handhavingslasten vanuit een doelmatigheidsperspectief benadert.

Een voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het wetsontwerp Concessiewet Personenvervoer per Trein (Kamerstukken II 1999-2000, 27 216). Daarin werd expliciet gerefereerd aan de mogelijke belasting die de voorgestelde regeling kan meebrengen voor de rechterlijke macht. Dit, tegen de achtergrond van het voorstel om, ter vergroting van de betrokkenheid van consumentenorganisaties bij de besluitvorming over de uitvoering van het personenvervoer, de concessiehouder te verplichten om steeds te motiveren waarom een advies van die organisaties niet wordt overgenomen en daarover met die organisaties in overleg te treden. De Raad betwijfelt of dit voorstel wel werkbaar is in de praktijk. Vermoed wordt dat dit tot een ellenlang besluitvormingsproces gaat leiden. In dit licht merkt de Raad op dat dit uiteindelijk een beroep op de rechterlijke macht in de hand kan werken.

‘Zou de leiding ter voorkoming van dit soort situaties slechts zeer weinig wijzigen in eenmaal voorgelegde voorstellen, dan dreigen alle partijen naar de rechter te lopen omdat er geen reële inhoud aan het overleg is gegeven’.⁷⁷

Mede hierom beveelt de Raad aan om in de toelichting in te gaan op de implicaties die de voorgestelde overlegregeling kan hebben. De Raad benadert deze implicaties hier vanuit een doelmatigheidsperspectief. Betwijfeld wordt of die implicaties, waaronder een daarvan te verwachten beroep op de rechterlijke macht, wel te rechtvaardigen zijn met het oog op het doel dat daarmee wordt nagestreefd (vergroting van de betrokkenheid van consumentenorganisaties bij de besluitvorming). De Raad trekt dit in twijfel en wijst daarbij op een aantal neveneffecten van de voorgestelde manier om dat doel te bereiken (ellenlange procedures en mogelijke belasting van het rechterlijk apparaat). De Raad lijkt aldus rechtstreeks te refereren aan de eis van doelmatigheid en Ar 14.

Ook in zijn advies over het wetsvoorstel Markt en overheid (Kamerstukken II 2001-2002, 28 050) lijkt de Raad hieraan te refereren. Doel van dit wetsvoorstel is toetredings- en gedragsregels op te stel-

⁷⁶ Advies Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I, p. 4.

⁷⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 27 216B, p. 6.

len voor het marktoptreden van de overheid en deze afdwingbaar te maken voor belanghebbenden. Volgens de Raad is het echter een onmogelijke opgave om in de wet een inhoudelijke norm te formuleren voor het marktoptreden van de overheid. De kernbegrippen die daarbij een rol spelen, zoals het begrip marktactiviteit, hebben daarvoor, volgens de Raad, onvoldoende onderscheidend vermogen.

‘Ten einde zoveel mogelijk recht te doen aan de strekking van het wetsvoorstel, het voorkomen van oneerlijke concurrentie, is het van belang dat rekenschap wordt gegeven van de verschillende vormen waarin de overheid aan de markt kan deelnemen en dat de overheid niet zelden zelf de enige dan wel de belangrijkste klant is. Een evenwichtig stelsel zou met zich brengen dat de reikwijdte ervan zoveel mogelijk overeenkomt met de verschillende vormen. Daarbij zou de wetgever zich evenwel rekenschap moeten geven van alle mogelijke concurrentieaspecten, ook die welke zich onverwachts kunnen aandienen. (...) Eén en ander zou direct zijn weerslag vinden in samenhangende bestuurlijke lasten en lasten voor het rechterlijk apparaat’.⁷⁸

De Raad komt tot de conclusie dat het wetsvoorstel op dit punt tekortschiet. Behalve aan de doeltreffendheid van het wetsvoorstel, refereert de Raad, door de verwijzing naar de belasting dat voorstel zou meebrengen voor de overheid, hier eveneens aan aspecten van doelmatigheid. De onderliggende vraag is hier immers of die belasting wel gerechtvaardigd is, nu het wetsvoorstel in wezen een onmogelijk doel nastreeft. Uit het advies blijkt dat de Raad geneigd is deze vraag ontkennend te beantwoorden.

‘Het creëren van een adequate afbakening die minder onduidelijkheden en conflicten met zich brengt zal bepaald niet eenvoudig zijn. Een scherpe afbakening is echter wel nodig om het stelsel te kunnen laten functioneren’.⁷⁹

4.1.2.5 Neveneffecten

Om te verzekeren dat een voorgenomen nieuwe regeling doelmatig is, vereisen de kwaliteitseisen voor wetgeving onder meer dat de mogelijke (neven)effecten daarvan in een breed verband worden onderzocht. Uit de toelichting bij een wetsvoorstel of een ontwerpbesluit moet blijken dat de wetgever aan dit aspect voldoende aandacht heeft gegeven. Uit de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten blijkt echter dat hierop, naar het oordeel van de Raad van State, soms wel het één en ander af te dingen valt. Zoals hieronder zal blijken heeft dat meestal te maken met het feit dat de wetgever, naar het oordeel van de Raad, de consequenties van de voorgestelde regeling niet voldoende heeft doordacht of overzien.

Het wetsvoorstel Instroomcijfers WAO (Kamerstukken II 2001-2002, 28 159) geeft een aardig voorbeeld van een regeling die naar het oordeel van de Raad niet goed is doordacht en daardoor een andere uitwerking kan hebben dan door de wetgever wordt beoogd. Doel van dit wetsvoorstel is de instroom in de WAO te beperken door de instroomcijfers van grote werkgevers openbaar te maken. De wetgever verwacht dat hiervan een preventieve en motiverende invloed zal uitgaan, omdat werkgevers en werknemers op deze manier inzicht krijgen in de eigen WAO-prestaties ten opzichte van andere bedrijven en die gegevens ook kunnen gebruiken als basis voor hun eigen instroombeperkende maatregelen. Volgens de Raad kan dit echter ook anders uitpakken. Dit valt, naar het oordeel van de Raad, voor een belangrijk deel terug te voeren op het gekozen uitgangspunt van deze regeling. Opgemerkt wordt daarover dat het wetsvoorstel de indruk wekt dat werkgevers instroom in de WAO kunnen voorkomen en daaraan ook debet zijn. Dit, terwijl beperking van de instroom in de WAO een gedeelde verantwoordelijkheid is van de overheid en beide sociale partners en werkgevers bovendien in tal van gevallen onvoldoende invloed op die instroom kunnen uitoefenen, ook al zouden zij dat willen. Door hieraan voorbij te gaan kan openbaarmaking van de instroomcijfers gemakkelijk verkeerd worden opgevat. Volgens de Raad kan dit allerlei ongewenste effecten hebben.

⁷⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 050A, p. 11.

⁷⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 050A, p. 11. Op dit punt is er samenhang met de eis van handhaafbaarheid. Zie hiervoor nader par. 6.1.3.3.

‘Gelet op deze gedeelde verantwoordelijkheid voert het te ver om de verantwoordelijkheid door de voorgestelde openbaarmaking per saldo eenzijdig op de werkgevers af te wentelen. Dit werkt een disproportionele werking van de maatregel, onbegrip en gebrek aan samenwerking in de hand’.⁸⁰

Openbaarmaking van de instroomcijfers kan volgens de Raad bovendien het effect hebben van een strafmaatregel die aanmerkelijke schade kan toebrengen aan de betrokken onderneming.

‘(...) Indien via de massamedia daaraan onder een groot publiek bekendheid wordt gegeven, kan zelfs de continuïteit van de onderneming op het spel komen te staan. De voorgestelde maatregel heeft dan ingrijpende gevolgen en kan zelfs averechts werken doordat zij werkloosheid zou kunnen veroorzaken’.⁸¹

Door deze neveneffecten bloot te leggen stelt de Raad de doelmatigheid van de voorgestelde maatregel aan de orde. De effecten waarop de Raad wijst kunnen echter ook de doeltreffendheid van deze maatregel ondergraven. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat beide aspecten bij dit advies een rol hebben gespeeld. Mede in het licht hiervan adviseert de Raad het wetsvoorstel te heroverwegen.

In zijn advies over het wetsontwerp Regeling leerlinggebonden financiering (Kamerstukken II 2000-2001, 27 728) kaartte de Raad eveneens neveneffecten aan. Ook in dit advies wijst de Raad erop dat die effecten kunnen leiden tot een andere uitkomst dan de wetgever met de voorgestelde regeling beoogt. Oogmerk deze regeling is om via een leerlinggebonden budget te bewerkstelligen dat ouders van gehandicapte kinderen een reële keuzemogelijkheid krijgen tussen regulier en speciaal onderwijs. De Raad merkt echter op dat deze regeling ook hele andere gevolgen kan hebben.

‘Het speciaal onderwijs dreigt minder efficiënt te worden en met een proportioneel verlaagde bekostiging te moeten werken indien leerlingen met een handicap in merkbare aantallen naar het reguliere onderwijs overstappen. Het rendement van de concentratie van aandacht en inzet van gespecialiseerd personeel neemt af, als die mede moet worden ingezet voor de begeleiding van gehandicapte leerlingen in het regulier onderwijs. Het regulier onderwijs moet leerlingen opvangen die een ander soort aanpak nodig hebben dan de andere leerlingen. Ook bij de beste ambulante begeleiding zal dit een extra beroep betekenen op de aandacht en vaardigheden van leraren. De kosten daarvan zullen of disproportioneel zijn of tekortschieten. De reguliere scholen zullen bovendien niet verzekerd zijn van continuïteit omdat de instroom van gehandicapte kinderen waarschijnlijk per jaar zal wisselen (...). (...) De regeling raakt hierdoor de kwaliteit van het onderwijs; van het speciaal onderwijs door afnemend rendement en versnippering van de inspanning en van het regulier onderwijs doordat het wordt belast met taken en lasten waar het niet op berekend is’.⁸²

De Raad adviseert mede in dit licht om de voorgestelde maatregel te heroverwegen. Overwegingen die betrekking hebben op de eis van doelmatigheid hebben hierbij, zo blijkt uit het voorafgaande, het nodige gewicht in de schaal gelegd. Op de achtergrond lijkt de eis van doeltreffendheid daaraan echter ook een steentje bij te dragen.

Op onbedoelde effecten wees de Raad ook in zijn advies over het ontwerp Luchthavenverkeersbesluit van 26 november 2002 (Stb. 2002, 592), dat op beheersing van de milieubelasting van het luchthavenverkeer van de luchthaven Schiphol is gericht. In het ontwerpbesluit worden daartoe onder andere grenswaarden voor het totale geluidsvolume vastgelegd. Daarbij wordt ruimte ingebouwd voor een zekere overschrijding van de grenswaarden in geval van uitzonderlijke meteorologische omstandigheden. Aan de manier waarop daaraan is vorm gegeven kleeft volgens de Raad echter het gevaar dat er ruimte ontstaat om deze uitzonderingsmogelijkheid ook aan te wenden voor een ander doel dan waarvoor die uitzonderingsmogelijkheid is bedoeld.

80 Kamerstukken II 2001-2002, 28 159A, p. 2. Op dit punt is er samenhang met de eis van subsidiariteit. Zie hierover nader par. 5.1.3.1.1.

81 Kamerstukken II 2001-2002, 28 159A, p. 2. Ook hier is er samenhang met de eis van subsidiariteit. Zie hierover nader par. 5.1.3.1.1.

82 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728A, p. 2.

‘Deze verruiming van de grenswaarde is (...) niet gekoppeld aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van een aangetoonde substantiële meteorologisch uitzonderlijke situatie gedurende het betreffende gebruiksjaar. Weliswaar moet de grenswaarde van het totale geluidsvolume daartoe de ruimte bieden, maar het gevaar bestaat dat de aldus geboden ruimte ook zal worden gebruikt voor het opvangen van volumegroei’.⁸³

Geadviseerd wordt daarom in de desbetreffende artikelen tot uitdrukking te brengen dat het gebruik van de verhoogde grenswaarden uitsluitend is toegestaan in geval van uitzonderlijke meteorologische omstandigheden. Door op dit onbedoelde effect te wijzen, stelt de Raad een aspect van de eis van doelmatigheid aan de orde. Nu dit aspect eveneens gevolgen heeft voor de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling, lijken bij dit advies dus opnieuw beide kwaliteitseisen een rol te hebben gespeeld.

Aan aspecten van doelmatigheid refereerde de Raad eveneens in zijn advies over het ontwerpbesluit van 27 mei 2002, dat strekt tot wijziging van het Besluit artsennijbereidheidskunst (Stb. 2002, 274). Beoogd wordt daarmee marktwerking te bevorderen door nieuwe toetreders tot de geneesmiddelenmarkt niet te bezwaren met de leverplicht voor geneesmiddelen. Verwacht wordt dat nieuwe toetreders daardoor minder afhankelijk zullen worden van de aanvullende hulp van reeds gevestigde apothekers en dat dit, op zijn beurt, gunstige effecten zal hebben op mogelijkheden tot differentiatie, specialisatie en concurrentie en, daarmee, op de prijsvorming. Volgens de Raad gaan deze positieve effecten echter niet altijd op.

‘Een prijsverlaging is immers niet vanzelfsprekend voor geneesmiddelen die voornamelijk afkomstig zijn van één of enkele internationale concerns die de aanbodzijde van de markt beheersen. In het Kabinetsstandpunt Geneesmiddelenbeleid en in de daarin besproken rapporten is reeds onderkend dat op sommige deelmarkten sprake blijft van een sterke marktmacht van producenten van geneesmiddelen. Een opvallend voordelig prijseffect lijkt ook niet te zijn verbonden aan recepten die verschillende geneesmiddelen vermelden die, na specialisatie, voortaan door verschillende apotheken moeten worden uitgevoerd. (...) Eerder nemen de kosten van administratie, registratie en uitvoering daardoor toe. Tot op heden krijgt de apotheek immers per recept een nominaal bedrag voor de administratiekosten. Bovendien kunnen apothekers die het volledige assortiment blijven houden te maken krijgen met relatief hoge kosten voor het verkrijgen van vaardigheden en aanhouden van geneesmiddelen die bij weinig optredende ziekten nodig zijn’.⁸⁴

Daarnaast wijst de Raad erop, dat aan het vervallen van leverplicht en de daaraan verbonden specialisatie een aantal gevaren zijn verbonden voor patiënten.

‘De beschikbaarheid van incurante geneesmiddelen is niet meer gegarandeerd, de verschillende benodigde medicijnen dienen mogelijk te worden betrokken bij verschillende apotheken en de controle op het gebruik van combinaties van medicijnen wordt bemoeilijkt’.⁸⁵

Mede in dit licht beveelt de Raad aan om de voor- en nadelen van prijsvorming van geneesmiddelen nog eens op zijn merites te bezien en tevens te verduidelijken hoe belangrijke nadelige effecten daarvan, zoals hierboven aangegeven, zullen worden ondervangen.⁸⁶ In dit advies klinkt de eis van doelmatigheid door. Indirect raakt dit advies echter ook de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel. Als de nadelige effecten niet adequaat kunnen worden ondervangen, komt immers ook dat aspect op de tocht te staan.

Een ander voorbeeld dat past in deze categorie is te vinden in het advies van de Raad over het wetsvoorstel Belastingplan 2002-I arbeidsmarkt en inkomensbeleid (Kamerstukken II 2001-2002, 28 013). Eén van de wijzigingen die daarin wordt voorgesteld betreft de vervanging van de ‘koopkracht-reparatie 1996’ door een nieuwe regeling die uitgaat van compenserende verhogingen van de algemene heffingskorting en aanvullende kinderkortingen. Doel daarvan is te bewerkstelligen dat de koopkracht-

83 Advies Raad van State van 12 september 2002, No. W09.02.0303/V, p. 3/4.

84 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 3/4.

85 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 2/3.

86 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 3/4.

reparatie alsnog voor de hele doelgroep gaat gelden, iets dat bij de ‘koopkrachtreparatie 1996’ niet het geval was. De Raad onderschrijft dit doel, maar plaatst wel vraagtekens bij de voorgestelde compensatieregeling.

‘De in het voorstel gekozen methode leidt tot belastingdrukverschuivingen, waarbij soms geen compensatie en soms overcompensatie plaatsvindt die boven een bepaalde inkomensgrens structureel is’.⁸⁷

De Raad adviseert deze wijze van compensatie te heroverwegen. Nu mogelijke nadelige effecten van de voorgestelde compensatieregeling de drijfveer hierachter vormen (soms heeft de regeling bijvoorbeeld tot gevolg dat er te weinig compensatie wordt gegeven), lijken overwegingen van doelmatigheid daarbij de doorslag te hebben gegeven. Opnieuw fluiten aspecten van doeltreffendheid hierbij op de achtergrond een deuntje mee (doelstelling is immers een regeling te maken die de koopkracht voor de hele doelgroep repareert).

Dit zelfde lijkt ook te gelden voor het advies van de Raad over een andere wijziging die in dit wetsvoorstel wordt voorgesteld. Het gaat hierbij om het voorstel om een pseudoheffingskorting in te voeren voor chronisch zieken. Naar het oordeel van de Raad dient dit voorstel niet te worden gevolgd.

‘De invoering van een pseudoheffingskorting doorbreekt het stelsel van de IB 2001. Ziektekosten worden voor zover zij bijzonder zijn, volledig gelaten buiten het inkomen dat bepalend is voor de inkomstenbelastingheffing. Er is geen reden deze kosten te premiëren door een extra aftrekpost, nog los van het feit dat de hoogte van de premiëring willekeurig is door het in aanmerking nemen van de toevallige omvang van de meerkosten boven de drempel. Daarbij komt dat deze premiëring ook ten goede zou komen aan de groep belastingplichtigen voor wie de standaardaftrekposten hoger zijn dan de drempel. Deze belastingplichtigen komen zo voor de aftrek voor chronisch zieken in aanmerking terwijl ze niet chronisch ziek zijn. (...) De Raad is van oordeel dat aan het uitgangspunt dat ziektekosten eerst als bijzondere uitgaven in aanmerking worden genomen na overschrijding van het drempelbedrag thans niet moet worden getornd’.⁸⁸

Tegen deze achtergrond wordt geadviseerd eerst de discussie over de omzetting van aftrekposten in een heffingskorting in volle omvang te voeren, en niet op een deelterrein een pseudoheffingskorting in te voeren. Overwegingen van doelmatigheid lijken ook bij dit advies een doorslaggevende factor te zijn geweest. Een aanwijzing hiervoor is te vinden in de constatering van de Raad dat voorgestelde heffingskorting als neveneffect kan hebben dat groepen, waarvoor de regeling niet bedoeld is, daarvan kunnen profiteren. Indirect raakt dit advies aldus ook aspecten van de eis van doeltreffendheid.

In zijn advies over het wetsontwerp Bestuur in Stedelijke Regio's (Kamerstukken II 2001-2002, 28 095) legde de Raad de vinger op het feit dat bepaalde consequenties, naar het oordeel van de Raad, door de wetgever aan de orde hadden moeten worden gesteld. Het gaat hierbij met name om de consequenties die het wetsvoorstel heeft voor een aantal provincies. Voor de sinds 1994 bestaande de zeven stedelijke regio's wordt daarin een eigensoortige bestuursvorm voorgesteld. Volgens de Raad heeft het bestaan van deze regio's nu al belangrijke gevolgen voor de zes provincies die het aangaat. De toelichting bij het wetsvoorstel geeft blijk van voornemens die met name op het terrein van wonen, verkeer en vervoer tot gevolg zullen hebben dat het ROL (Regionaal Openbaar Lichaam) verder zal doordringen in wat bij de huidige attributie van taken en bevoegdheden nog het domein van de provincies is.

‘De Raad meent dat de consequenties voor de desbetreffende provincies van het feit dat er blijvend een aantal sterke ROL's in de belangrijkste stedelijke regio's bestaat, in de toelichting op het wetsvoorstel ten onrechte geen aandacht krijgen’.⁸⁹

De Raad stelt hiermee nadrukkelijk de gevolgen van de voorgestelde regeling voor de provincies aan de orde en refereert daarmee aan de eis van doelmatigheid.

87 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013A, p. 6.

88 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013A, p. 7.

89 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095A, p. 6.

4.1.3 Conclusie

4.1.3.1 Beoordeling van de eis van doeltreffendheid

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad van State in beginsel twee maatstaven gebruikt om wetsvoorstellen of ontwerpbesluiten te beoordelen op het punt van hun doeltreffendheid. De eerste heeft betrekking op de manier waarop het probleem dat aanleiding vormt voor het wetsvoorstel of ontwerpbesluit zorgvuldig is geanalyseerd. Bij de tweede staat de manier waarop wordt voorgesteld dit probleem aan te pakken centraal.

4.1.3.1.1 Hiaten in de probleemanalyse

Uit de onderzochte adviezen komt naar voren dat de Raad geneigd is een oordeel te geven over de probleemanalyse als, naar het oordeel van de Raad, een duidelijke analyse van de oorzaken van het onderliggende probleem ontbreekt, de wetgever een te beperkt analysekader heeft gehanteerd of de achterliggende motieven of doelstellingen niet voldoende uit de verf komen. Hoewel deze onvolkomenheden in al deze gevallen een reden kunnen zijn om de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling in twijfel te trekken, wordt dit verband niet altijd expliciet gelegd. In de meeste van de onderzochte adviezen volstaat de Raad met het aankaarten van een hiaat in de probleemanalyse en adviseert op grond daarvan in de toelichting bij het wetsvoorstel of ontwerpbesluit dit punt nader te overwegen, nader te verduidelijken of van een dragende motivering te voorzien. Slechts in enkele gevallen wordt aan een geconstateerd hiaat in de probleemanalyse expliciet een oordeel verbonden over de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel. Hieruit volgt dat de Raad de eis van doeltreffendheid op het punt van hiaten in de probleemanalyse veelal impliciet aan de orde pleegt te stellen.

4.1.3.1.2 Twijfel over de probleemaanpak

Wat de aanpak van een gesignaleerd probleem betreft, kan op basis van de onderzochte adviezen worden gesteld dat de Raad van State geneigd is op dit punt explicieter te zijn in zijn oordeel. Dit blijkt met name het geval te zijn als de Raad betwijfelt of het voorgestelde middel of instrumentarium wel het meest geschikte middel of instrumentarium is om het beoogde probleem op te lossen. Wordt dat probleem daarmee wel adequaat aangepakt? Bij twijfel hieromtrent is de Raad geneigd zich rechtstreeks over de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling uit te spreken. In dit soort situaties wordt dus veelal direct aan de eis van doeltreffendheid gerefereerd. Uit de onderzochte adviezen blijkt dat dit kan leiden tot een heroverwegingsadvies dan wel tot het advies om de onderdelen van het wetsvoorstel waarop dit oordeel betrekking heeft, te schrappen. Soms gaat de Raad ook minder ver en wordt geadviseerd in de toelichting nader op dit punt in te gaan.

De onderzochte adviezen geven aan dat de Raad zich, bij het vellen van een oordeel over de vraag of de nagestreefde doelstelling wel op de voorgestelde manier kan worden bereikt, soms ook minder expliciet uitspreekt over de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling. Daar waar de vraag speelt of wetgeving wel het meest geëigende middel is om een bepaald probleem aan te pakken, blijkt de Raad de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel bijvoorbeeld veelal impliciet aan de orde te stellen. Twijfel aan de doeltreffendheid volgt dan min of meer indirect uit een oordeel over de subsidiariteitsvraag. Er kunnen bijvoorbeeld afbakeningsproblemen spelen die de Raad, behalve aan de opportuniteit om met een wettelijke maatregel te komen, ook kunnen doen twifelen aan de vraag of de voorgestelde regeling, op de voorgestelde manier, wel aan zijn doelstelling zal kunnen beantwoorden. Echter, meestal wordt dit aspect niet expliciet in de beschouwing betrokken. Het volgt eerder uit de subsidiariteitsvraag of blijkt impliciet doordat de Raad een alternatieve aanpak voorstelt waarmee de beoogde doelstelling, naar het oordeel van de Raad, met meer kans op succes kan worden gerealiseerd.

Ook wanneer onduidelijkheid over het toepassingsbereik of de reikwijdte van de voorgestelde maatregel de aanleiding vormt voor twijfel of het beoogde doel wel kan worden bereikt, blijft het oordeel over de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel veelal impliciet. Meestal is de focus op de geconstateerde onduidelijkheid gericht en verwijst de Raad niet expliciet naar de implicaties daarvan voor de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel. Vaak is hier samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Uit de onderzochte adviezen blijkt echter dat ook aan deze eis

niet altijd expliciet wordt gerefereerd. Van samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid is eveneens vaak sprake in gevallen waarin er naar het oordeel van de Raad belemmeringen zijn van juridische, praktische of andere aard die aan het succes van de voorgestelde maatregel in de weg kunnen staan. Daar waar deze link expliciet wordt gelegd, wordt een direct verband gelegd met de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling. Uit de onderzochte adviezen blijkt dat dit soms leidt tot een heroverwegingsadvies en soms tot een advies om in de toelichting nader op de geconstateerde problemen in te gaan.

4.1.3.1.3 Slotsom

Wordt de manier waarop de Raad van State de eis van doeltreffendheid in de onderzochte adviezen heeft betrokken, beschouwd in het licht van hetgeen hierover in de nota Zicht op Wetgeving is bepaald, dan kan worden vastgesteld dat de drie aspecten die volgens deze nota voor toetsing in aanmerking komen, doorgaans ook aan bod komen in de adviezen van de Raad, zij het dat de Raad daarbij niet altijd expliciet aan de eis van doeltreffendheid refereert. Met name in gevallen waarin de Raad problemen constateert in de probleemanalyse of de formulering van de doelstellingen die met de voorgenomen regeling worden nagestreefd, dan wel in gevallen waarin de Raad problemen signaleert die primair betrekking hebben op een andere kwaliteitseis, laat de Raad zich meestal niet expliciet uit over de doeltreffendheid van de voorgenomen maatregel. Waar het oordeel van de Raad zich toespitst op de relatie tussen de beoogde doelen en de daarvoor beschikbare middelen, is de Raad daarentegen wel geneigd om rechtstreeks aan de eis van doeltreffendheid te refereren. Dit voert tot de slotsom dat de Raad van State het in de nota Zicht op Wetgeving aangerekte toetsingskader op dit punt veelal expliciet volgt. Op andere punten die de eis van doeltreffendheid raken, blijft dat echter vaak impliciet.

4.1.3.2 Beoordeling van de eis van doelmatigheid

Uit de onderzochte adviezen komt naar voren dat de Raad van State, bij de beoordeling van de doelmatigheid van een wetsvoorstel of ontwerpbesluit, geneigd is aandacht te schenken aan twee aspecten, namelijk de mogelijke neveneffecten van een voorgestelde regeling en de mogelijke belasting die de regeling kan meebrengen voor burgers, bedrijfsleven of instellingen resp. voor de overheid. Conform Ar 9 worden deze twee aspecten veelal vanuit een breed maatschappelijk kader benaderd.

4.1.3.2.1 Neveneffecten

Op basis van de onderzochte adviezen lijkt het gerechtvaardigd te stellen dat de Raad met name geneigd is mogelijke neveneffecten van een bepaalde regeling aan de orde te stellen als de toelichting bij een wetsvoorstel of ontwerpbesluit de Raad aanleiding geeft te veronderstellen dat de consequenties van de daarin voorgestelde maatregelen onvoldoende zijn doordacht of de effecten daarvan niet goed zijn voorzien. Door dit bloot te leggen, stelt de Raad eigenlijk de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling ter discussie. Meestal hebben de geconstateerde neveneffecten namelijk tot gevolg dat de doelstellingen die met de voorgestelde regeling worden nagestreefd, worden ondergraven. Het woord ‘doelmatigheid’ wordt in die situaties doorgaans ook niet expliciet genoemd. In de hierboven gegeven voorbeelden worden dit soort situaties toch veelal onder die noemer gebracht, omdat de nota Zicht op Wetgeving neveneffecten als een aspect van de eis van doelmatigheid kwalificeert. Zoals gezegd, blijft dit aspect in de adviezen van de Raad van State vaak impliciet. De aandacht wordt veelal op de neveneffecten zelf geconcentreerd. Dit blijkt soms te kunnen leiden tot een heroverwegingsadvies en soms tot het advies om in de toelichting aan te geven hoe de genoemde effecten zullen worden ondervangen, waarbij de Raad soms een concrete suggestie doet.

4.1.3.2.2 Afweging van baten en lasten

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad ook oog heeft voor de vraag of de lasten die uit de voorgestelde regeling voortvloeien voor burgers, bedrijfsleven en instellingen enerzijds en de overheid anderzijds wel voldoende opwegen tegen de te verwachten baten van die regeling. Wat burgers, bedrijven en instellingen betreft, blijkt de aandacht van de Raad zich op dit punt vooral toe te spitsen op

de vraag of de lasten die de regeling meebrengt niet te zwaar drukken op bepaalde groepen. Valt een eventuele ongelijkheid in de lastenverdeling wel te rechtvaardigen met het oog op de doelstelling die met de voorgenomen regeling wordt nagestreefd? Door deze vraag op te werpen stelt de Raad een aspect van de eis van doelmatigheid aan de orde en lijkt de Raad eveneens te willen toetsen of wel wordt voldaan aan de eisen die Ar 13 in dit verband stelt. In de onderzochte adviezen wordt echter meestal niet expliciet naar de eis van doelmatigheid of Ar13 verwezen.

De onderzochte adviezen geven aan dat de Raad, bij de beoordeling van de vraag of de lasten voor de overheid wel binnen aanvaardbare grenzen zijn gebleven, conform Ar 14, veelal een onderscheid maakt tussen uitvoeringslasten, procedurele lasten en handhavingslasten. Uit de onderzochte adviezen komt ook naar voren dat de Raad zich, bij het vormen van een oordeel over de zwaarte van deze lasten, soms laat leiden door de vraag of die lasten wel in een redelijke verhouding staan tot het doel dat met de voorgestelde maatregel wordt beoogd. Met name als dit, naar het oordeel van de Raad, niet het geval is, mondt dit meestal uit in het advies om dit punt opnieuw te bezien of ten minste nader toe te lichten. Hoewel een dergelijk advies de eis van doelmatigheid rechtstreeks raakt, wordt in de onderzochte adviezen meestal niet expliciet aan deze eis gerefereerd. Dat geldt overigens ook voor Ar 14. Uit de manier waarop de verschillende soorten lasten voor de overheid worden onderscheiden, lijkt te kunnen worden opgemaakt dat de Raad Ar 14 als leidraad gebruikt, maar uit de onderzochte adviezen blijkt dat niet met zoveel woorden.

4.1.3.2.3 Slotsom

Wordt de manier waarop de Raad van State de eis van doelmatigheid in de onderzochte adviezen heeft betrokken, bezien in het licht van hetgeen in de nota Zicht op Wetgeving is bepaald, dan kan worden vastgesteld dat de aspecten die volgens deze nota zouden moeten worden beoordeeld, doorgaans ook in de onderzochte adviezen zijn terug te vinden. Meestal wordt in die adviezen echter niet expliciet een verband gelegd met de eis van doelmatigheid of Ar 14. Noch de eis van doelmatigheid, noch Ar 14 worden daarin in het algemeen direct genoemd. Op basis hiervan lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de Raad van State het in de nota Zicht op Wetgeving aangereikte toetsingskader op het punt van de eis van doelmatigheid impliciet volgt.

4.2 REACTIE VAN REGERING EN PARLEMENT OP DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

Behalve in de manier waarop de Raad van State de kwaliteitseisen voor wetgeving in zijn adviezen betreft, beoogt dit onderzoek ook inzicht te geven in de reactie op deze adviezen in het proces dat daarop volgt. In hoeverre gaat de regering, in het nader rapport, in op de gegeven adviezen en in hoeverre wordt daaraan tijdens de parlementaire behandeling gerefereerd? Welke conclusies kunnen daaruit worden getrokken over de rol en de interpretatie van de kwaliteitseisen voor wetgeving in het wetgevingsproces? Om deze vragen te kunnen beantwoorden zal in dit onderdeel een aantal van de hiervoor besproken wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten tegen het licht worden gehouden. De focus is daarbij op de kwaliteitseis van doeltreffendheid en doelmatigheid gericht. Hoe gaan regering en parlement om met de adviezen van de Raad op deze twee punten?

4.2.1 Doeltreffendheid

4.2.1.1 Hiaten in de probleemanalyse

Uit het voorafgaande is gebleken dat twijfel over de doeltreffendheid van een wetsvoorstel of ontwerpbesluit in de eerste plaats kan voortvloeien uit de omstandigheid dat het probleem, waarvoor de voorgenomen regeling een oplossing beoogt te geven, naar het oordeel van de Raad, niet voldoende is doorgrond. De Raad wees hierop in diverse adviezen. Vier van deze adviezen zijn voorwerp van nader onderzoek, te weten het wetsvoorstel Verbetering poortwachter, het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's, het ontwerpbesluit wijziging Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen en het ontwerp Luchthavenverkeersbesluit. Hoe hebben regering en parlement gereageerd op de hiaten in de probleemanalyse die de Raad van State in deze wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten constateerde?

4.2.1.1.1 Wetsvoorstel Verbetering poortwachter

Over het wetsvoorstel Verbetering poortwachter bracht de Raad van State een negatief advies uit. Het ontbreken van een duidelijke analyse van het onderliggende probleem was hierbij een belangrijke factor. Volgens de Raad was het mede hierom zeer de vraag of dat wetsvoorstel wel aan zijn doelstelling (vermindering van de instroom in de WAO) zal beantwoorden. Voor de Raad was dit één van de redenen om te adviseren het wetsvoorstel niet in deze vorm in te dienen.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering hier anders over denkt. In dit verband wordt erop gewezen dat het probleem dat het wetsvoorstel beoogt aan te pakken een onderdeel is van de totale WAO-problematiek. Diepgaande analyses daarvan zijn al gegeven in het Plan van Aanpak WAO (Kamerstukken II 22 187, nr. 71) en in de Voortgangsrapportage Arbeidsongeschiktheidsregelingen (Kamerstukken II 22 187, nr. 104). Daarin wordt ook aangegeven hoe het kabinet deze problematiek wil aanpakken en welke bijdrage het wetsvoorstel Verbetering poortwachter daaraan kan leveren. Een totaal-analyse van de hele problematiek hoort daarom, volgens de regering, niet thuis in dit wetsvoorstel. Opgemerkt wordt daarbij dat

‘één en ander vanzelfsprekend niet wegneemt dat het advies van de Raad voor het kabinet een signaal is dat het wetsvoorstel op dit punt verheldering behoeft. In de memorie van toelichting zullen de achtergronden van het wetsvoorstel derhalve duidelijker worden belicht’.⁹⁰

Het advies van de Raad leidt op dit punt dus tot verduidelijking van de achterliggende problematiek in de toelichting.⁹¹ Het advies van de Raad heeft hiernaast tot gevolg dat in het nader rapport al kort wordt ingegaan op het kernprobleem dat dit wetsvoorstel beoogt op te lossen. Ook de manier waarop het wetsvoorstel dat probleem wil ondervangen wordt daarbij nader belicht. Anders dan de Raad van State is de regering ervan overtuigd dat het onderliggende probleem met de in het wetsvoorstel voorgestelde middelen doeltreffend zal worden aangepakt.

‘Een goed uitgevoerd nieuw poortwachtermodel zal de toeloop tot de WAO-claimbeoordeling beperken en daarmee een bijdrage leveren aan het beter beheersbaar maken van de WAO-problematiek’.⁹²

De parlementaire behandeling laat zien dat de kou daarmee nog niet uit de lucht is. Zo zijn verschillende fracties van mening dat de door de Raad van State gevraagde diepgaande analyse die de voorgestelde wijzigingen moet dragen, nog steeds ontbreekt. De in het nader rapport en de memorie van toelichting ondernomen pogingen om dit hiaat te herstellen worden te beperkt gevonden.⁹³ Een aantal fracties is er daarom nog steeds niet van overtuigd dat met de voorgestelde wijzigingen het beoogde resultaat kan worden behaald. De effectiviteit van het wetsvoorstel wordt met andere woorden nog steeds in twijfel getrokken. In dit verband wordt erop gewezen dat het wetsvoorstel geen adequate oplossing biedt voor een aantal bestaande problemen. Gevreesd wordt bijvoorbeeld dat de voorgestelde regeling veel bureaucratische rompslomp blijft meebrengen. Daarnaast wordt betwijfeld of de Arbo-diensten en het UWV wel voldoende zijn toegerust op een toereikende uitvoering van de aan hen toevertrouwde taken. Behalve op het reorganisatieproces dat het UWV momenteel doormaakt, wordt in dit verband bijvoorbeeld gewezen op het gevaar van onvoldoende expertise en op het feit dat werkgevers tot nu toe niet erg geneigd zijn geweest om veel in arbo-dienstverlening te investeren. Waarom zouden zij dat nu ineens wel doen? Zou het UWV met het oog hierop toch niet een actievere rol moeten krijgen in het eerste ziektejaar? Opgemerkt wordt ook dat sancties tot nu toe niet echt een gedragsveranderend effect hebben gehad. Welke garanties biedt het nieuwe systeem dat dit wel het geval zijn?⁹⁴ De regering wordt verzocht op deze kwesties nader in te gaan.

90 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 3.

91 Zie daarvoor Kamerstukken II 2000-2001, 27678, nr. 3, p. 1-3.

92 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 4.

93 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 4, p. 4-7.

94 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 4, p. 3, 4, 10-12, 14, 17-19.

In antwoord hierop zet de regering nogmaals uiteen welke problemen in haar ogen om een oplossing vragen en hoe het wetsvoorstel daarin voorziet.⁹⁵ Deze uiteenzetting borduurt echter voort op de probleemanalyse die in het nader rapport en de memorie van toelichting is gemaakt en blijft daardoor beperkt in opzet. De diepgaande analyse van het totale probleem waar diverse fracties, onder verwijzing naar het advies van de Raad van State, om hadden gevraagd, wordt dus niet gegeven. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer wordt de regering opnieuw verzocht om dieper op deze kwestie in te gaan. Ook in die wordt de gevraagde totaalanalyse echter niet gegeven.⁹⁶ Een duidelijke reden hiervoor wordt niet aangegeven. Kennelijk gaat de regering ervan uit dat de door haar gemaakte analyse voldoende basis biedt voor een effectiever functionerend reïntegratiesysteem. Dit lijkt bijvoorbeeld te mogen worden afgeleid uit de opmerking van de regering dat zij de geuite zorgen over de effectiviteit van het wetsvoorstel begrijpt, maar niettemin van oordeel is dat dit voorstel

‘een effectievere aanpak van het ziekteverzuim in het eerste ziektejaar mogelijk maakt zonderodeloze bureaucratie te genereren’.⁹⁷

Ter onderbouwing van deze stelling over de te verwachten doeltreffendheid van de voorgestelde regeling worden verschillende argumenten aangevoerd. Veel wordt bijvoorbeeld verwacht van de inmiddels opgestelde ministeriële Regeling Procesgang Eerste Ziektejaar. Die regeling maakt duidelijk welke reïntegratie inspanningen minimaal van de bij reïntegratie betrokken partijen wordt verwacht. Deze duidelijkheid ontbrak vooralsnog. Aangenomen wordt verder dat betrokkenen deze regeling ‘*eerder als een handige richtlijn dan als een knellend voorschrift zullen ervaren*’.⁹⁸ Afwijking van de regeling is bijvoorbeeld altijd mogelijk en bovendien is de regeling opgesteld in samenspraak met een stuurgroep waarin alle uitvoerende organisaties vertegenwoordigd zijn. Deze stuurgroep heeft geïnventariseerd welke informatie voor welke taak nodig is. Dit sterkt het kabinet in het vertrouwen dat alleen die informatie hoeft te worden verstrekt die noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de regeling. Naar het oordeel van de regering biedt dit voldoende garanties om te voorkomen dat er nieuwe papierwinkel ontstaat en dat

‘de bestaande, tot bureaucratische papierwisseling verworven praktijk, zal worden omgevormd tot een zinvolle samenwerking tussen alle betrokken partijen om tot een vroegtijdige reïntegratie te komen’.⁹⁹

De voorgestelde verlenging van de loonbetalingsplicht als onvoldoende inspanningen worden gepleegd, zal daaraan, volgens de regering, ook het nodige bijdragen. Anders dan het bestaande sanctiesysteem, is dit, volgens de regering, een krachtig instrument om werkgevers en werknemers tot betere reïntegratie inspanningen te stimuleren.¹⁰⁰ Verwacht wordt dat dit instrument werkgevers ook zal aanmoedigen om meer in de arbo-dienstverlening te investeren. Doen zij dat niet dan dreigen zij immers met verlenging van de loonbetalingsplicht te worden geconfronteerd.

Daarnaast worden Arbo-diensten door de voorgestelde regeling zelf ook aangezet om hun expertise uit te breiden. Via arbo-convenanten draagt ook de overheid daaraan een steentje bij.¹⁰¹ De regering is niet bang dat de effectiviteit van dit systeem zal worden ondergraven doordat er onvoldoende duidelijkheid is over de precieze verantwoordelijkheidsverdeling tussen het publieke en het private domein. Onderkend wordt dat er tussen deze twee domeinen altijd een zeker spanningsveld zal bestaan. Aangenomen wordt echter dat het nieuwe systeem voldoende duidelijk maakt dat de verantwoordelijkheid voor reïntegratie primair bij werkgevers en werknemers ligt. Zij zijn het die daar in eerste instantie werk van moeten maken. Volgens de regering zou het daarom vertroebelend en dus contraproductief werken wanneer het UWV tijdens het eerste ziektejaar een actievere taak zou worden toebedeeld.

95 Kamerstukken II 2001-2002, 27 678, nr. 5, p. 3 en 4.

96 Zie daarvoor nader: Kamerstukken I 2001-2002, 27 678 nr. 37, p. 4-5 en 7 en 9.

97 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 2.

98 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 2.

99 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 2, 22 en 24.

100 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 2.

101 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 5, 13 en 26 en Kamerstukken I 2001-2002, 27 678, nr. 37a, p. 4, 8 en 9.

‘Met het wetsvoorstel wil de regering een volstrekt helder en eenduidig signaal afgeven dat dit niet de bedoeling is’.¹⁰²

De slotsom luidt dan ook dat de regering van mening is dat

‘het met dit wetsvoorstel geschapen kader goede garanties biedt voor een intensiever en effectiever beleid gericht op voorkoming en beperking van ziekte en arbeidsongeschiktheid’.¹⁰³

Met dit oordeel over de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling wordt de discussie over dit punt zonder verdere aanpassingen afgesloten.

4.2.1.1.2 Wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's

In zijn advies over het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's kaart de Raad van State eveneens een hiaat in de probleemanalyse aan. In de kern ligt dat hiaat hier in het feit dat het wetsvoorstel een koerswijziging inhoudt die niet nader wordt geanalyseerd. Bovendien blijft het voorstel aarzelen tussen twee opties, namelijk verlenging van de bestaande regeling die haar wortels heeft in de Kaderwet Bestuur in Verandering en de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR) of kiezen voor een andere bestuursvorm die daarvan juist afstand neemt. Volgens de Raad maakt het wetsvoorstel geen duidelijke keuze tussen deze twee opties, terwijl dat wel had mogen worden verwacht. Geadviseerd wordt mede hierom om het wetsvoorstel niet aldus in te dienen.

De regering deelt dit standpunt niet, zo blijkt uit het nader rapport. Volgens de regering wordt namelijk wel een duidelijke keuze gemaakt.

‘Niet duidelijk is daarom waarom de Raad stelt dat het wetsvoorstel blijft aarzelen tussen de twee genoemde opties’.¹⁰⁴

Het wetsvoorstel kiest immers in wezen voor voortzetting van de bestaande bestuursvorm. Zo er al van een wijziging kan worden gesproken, gaat die wijziging zeker niet in de richting van een bestuursvorm die het karakter van ‘hulpstructuur’ overstijgt, zoals de Raad in zijn advies lijkt te suggereren. Eerder wordt het ‘hulpstructuur’ karakter scherper geaccentueerd. Dit had door wijziging van de Kaderwet vorm kunnen krijgen, maar dat daarvan is afgezien omdat het oorspronkelijke perspectief, dat de Kaderwet bij zijn totstandkoming kende, niet meer het perspectief is dat thans nog gelding heeft. Gekozen wordt daarom voor een nieuwe wettelijke regeling. De keuze voor een nieuwe wet weerspiegelt, volgens de regering,

‘het politieke gegeven dat een fase in de discussie over de oplossing van de regionale problematiek in de grootstedelijke gebieden is afgesloten’.¹⁰⁵

Voor het zetten van een verdergaande stap in de ontwikkelingsfase (optie 2) is eveneens afgezien, omdat daarvoor naar verwachting nu niet voldoende draagvlak zou bestaan. Een dergelijk voorstel zou eerder contraproductief kunnen werken doordat het relatieve rust waarin de bestuurlijke samenwerking zich de afgelopen jaren heeft kunnen ontwikkelen, zou kunnen verstoren.

‘Dit wetsvoorstel strekt ertoe de bestuursvorm zoals die thans gestalte heeft gekregen voort te zetten, maar op een nieuwe wettelijke basis, om daarmee tot uiting te brengen dat deze voortzetting niet langer in het perspectief staat van de bij de totstandkoming van de Kaderwet beoogde structurele wijziging van de bestuurlijke organisatie’.¹⁰⁶

102 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 10-12.

103 Tot deze conclusie komt de regering in de memorie van antwoord in de Eerste Kamer: Kamerstukken I 2001-2002, 27678, nr. 37a, p. 1.

104 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 5.

105 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 5.

106 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 4.

Met deze argumentatie geeft de verantwoordelijke minister te kennen dat er in zijn ogen wel degelijk een duidelijke keuze is gemaakt, zij dat dit een andere keuze is dan de Raad van State voor ogen staat. Volgens de verantwoordelijke minister sluit de gemaakte keuze echter beter aan bij een inmiddels veranderd perspectief en biedt die keuze ook een effectievere oplossing voor de hier aan de orde zijnde problematiek dan de door de Raad van State voorgestelde opties. De eerste optie gaat immers uit van een verouderd perspectief en de tweede kan niet op voldoende draagvlak rekenen en dreigt bovendien het ontwikkelingsproces dat gaande is op het terrein van de bestuurlijke samenwerking in de grootstedelijke regio's, te verstoren. De minister geeft hiermee niet alleen een motivering voor de gemaakte keuze, maar zet tegelijkertijd ook de doeltreffendheid van die keuze af tegen de doeltreffendheid van de door de Raad gesuggereerde oplossingen.

Voor de meeste Kamerleden is deze argumentatie echter weinig overtuigend. Onder verwijzing naar het advies van de Raad van State wordt de regering van verschillende kanten verweten op twee gedachten te hinken dan wel geen visie te hebben op de inrichting van het binnenlands bestuur.¹⁰⁷ Daarnaast wordt kritiek geuit op het standpunt van de regering dat bij aanvaarding van het onderhavige wetsvoorstel een einde zou komen aan de discussie over de indeling van bestuurlijk Nederland en de positionering van de verschillende bestuurslagen ten opzichte van elkaar. In dit verband wordt eveneens opgemerkt dat het wetsvoorstel de indruk wekt de noodzakelijke structuurdiscussie over het middenbestuur te willen omzeilen.¹⁰⁸ Op dit punt wordt door diverse fracties aangeknoopt bij het advies van de Raad voor het Openbaar Bestuur die de regionale bestuursvorm ziet als een ontwikkelingsproces waarvan de definitieve vorm nog niet vaststaat. Dat proces moet nu niet worden 'gestold' door invoering van een nieuwe, structurele wettelijke regeling. In het verlengde van dit advies, uit de Raad van State in zijn advies een zekere voorkeur voor verlenging van de Kaderwet. Van verschillende kanten wordt de regering tegen deze achtergrond verzocht nader te motiveren waarom niet is gekozen voor verlenging van de Kaderwet.¹⁰⁹

Deze toch niet mis te verstane kritiek brengt de regering evenwel niet op andere gedachten. Benaadrukt wordt nogmaals dat het wetsvoorstel de verworvenheden van de samenwerking op basis van de Kaderwet wil behouden. Daarvoor is een nieuwe wettelijke basis nodig, omdat de Kaderwet het karakter heeft van een tijdelijke proceswet en omdat het beoogde resultaat van die wet niet is gerealiseerd en thans ook niet meer gewenst is. De voorgestelde nieuwe regeling markeert weliswaar dat een bepaalde fase in het denken over de bestuursvorm in de grootstedelijke gebieden wordt afgesloten, maar dat impliceert volgens de regering niet dat een verdere discussie daarover wordt beëindigd. Eerder laten de ontwikkelingen op dit terrein zien dat de discussie over de indeling van het binnenlands bestuur permanent van karakter is. Er blijft dus ruimte voor een verdere gedachtewisseling evenals ruimte om zaken in de toekomst nader te regelen.¹¹⁰ Dit laat evenwel onverlet dat er stappen moeten worden gezet op dit terrein. Het voorliggende wetsvoorstel dient daarbij als vertrekpunt. Toegegeven wordt dat het veranderingsproces daarmee in zekere zin wordt 'gestold', maar, volgens de regering (die in dit verband liever spreekt van stabilisering), wordt daarmee ook verzekerd dat de ingestelde openbare lichamen hun bestuurlijke activiteiten kunnen blijven verrichten. Dit, zonder dat op de samenwerking in de desbetreffende regio's opnieuw een hypotheek wordt gelegd door het voeren van structuurdiscussies die de aandacht slechts afleiden van de problemen die in de regio's krachtadig en met gezamenlijke inspanningen moeten worden aangepakt.

'Het kabinet kiest derhalve voor een pragmatische aanpak die waarborgt dat het proces van bestuurlijke samenwerking in de stedelijke regio's ongestoord voortgang kan vinden'.¹¹¹

Hier komt de eis van doeltreffendheid weer om de hoek kijken. Dit blijkt ook uit de opmerking dat

107 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 3, 10 en 12.

108 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 4, 6 en 7.

109 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 4, 6-14, 23 en 24.

110 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 2 en 8.

111 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 9. Op dit punt is er samenhang met de eis van subsidiariteit. Zie hierover nader par. 5.2.2.6.

‘één van de lessen die het verleden ons leert is dat het niet verstandig is te veel zaken tegelijkertijd op de schop te nemen’

en dat

‘een koppeling aan een algemene discussie over de rol en de plaats van het middenbestuur in dat opzicht risico’s meebrengt. Een toekomstige discussie dient zich naar mijn oordeel zoveel mogelijk te beperken tot het vraagstuk dat hier aan de orde is, namelijk de vraag welke bestuursvorm voor het bestuur in de grootstedelijke gebieden uiteindelijk het meest passend is’.¹¹²

De eis van doeltreffendheid klinkt eveneens door in de argumenten die worden aangevoerd om de Kaderwet niet te verlengen. Benadrukt wordt in dit verband dat er bij verlenging sprake blijft van een ingebouwde onzekerheid over de toekomst van de samenwerking op regionaal niveau.

‘Dat is geen aanlokkelijk perspectief omdat dit de samenwerking in de stedelijke regio’s bemoeilijkt in plaats van bevordert op een moment dat de opgaven om een investering in de samenwerking vragen. (...) Met de voorgestelde nieuwe grondslag is het zwaard van Damocles boven de regionale samenwerking verwijderd, waardoor de zeven samenwerkingsgebieden zich als stedelijke regio’s weer volledig kunnen concentreren op de taken waarvoor zij zijn ingesteld’.¹¹³

Uit deze opstelling volgt dat het kabinet waarborging van de continuïteit van de bestaande structuren als haar primaire verantwoordelijkheid ziet. Om die reden is niet indienen of intrekking van het wetsvoorstel voor de regering geen reële optie. Dat zou de door de regering herhaaldelijk benadrukte noodzaak om de gegroeide samenwerkingsverbanden te continueren namelijk ondergraven. Dat de regering hier zo aan hecht heeft veel te maken met haar opvatting dat de voorgestelde regeling de zekerheid biedt die nodig is

‘voor een voortvarende en effectieve uitvoering van de maatschappelijke opgaven uit de grote ruimtelijke rijksnota’s die tevens in het regeerakkoord zijn aangekondigd’.

Het is mede hierom dat de regering geen aanleiding ziet om het advies van de Raad op dit punt te volgen en de voorgestelde regeling dienovereenkomstig aan te passen.

4.2.1.1.3 Ontwerpbesluit tot wijziging van het Warenbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen

Over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Warenbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen adviseerde de Raad van State eveneens negatief. Doordat dit ontwerpbesluit, volgens de Raad, stoelt op een te beperkt analysekader wordt een aantal problemen daardoor onvoldoende onderzocht. Te betwijfelen valt daarom of het ontwerpbesluit wel aan zijn doelstelling (bestrijding van de schadelijke risico’s van besmetting met salmonella en campylobacter) zal beantwoorden. Het ontwerpbesluit ziet namelijk niet op het tegengaan van besmetting met salmonella en campylobacter, maar geeft slechts een regeling om met de gevolgen van een dergelijke besmetting om te gaan. Dit, terwijl uit het advies Voedselinfecties van de Gezondheidsraad en uit buitenlandse voorbeelden blijkt dat er wel degelijk methodes zijn om besmetting met salmonella en campylobacter te vermijden. Bovendien beperken de voorgestelde maatregelen zich tot besmetting van pluimveevlees, terwijl andere dierlijke productiesectoren, zoals de varkens- en rundvleessector, ook een belangrijke bron van voedselinfecties vormen. Verder bevat het ontwerpbesluit voornamelijk verpakkings- en etiketteringsvoorschriften, terwijl besmetting met de bacteriën waarop het ontwerpbesluit betrekking heeft op verschillende manieren en op verschillende momenten in de ‘keten’ plaats kan vinden. Een sluitende bescherming tegen besmetting kan hierdoor in feite alleen worden gegarandeerd als ieder product op het moment van verkoop zou worden gecontroleerd op de aanwezigheid van salmonella en campylobac-

112 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 9/10.

113 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 11.

ter. Dat is echter ondoenlijk, zodat genoeg moet worden genomen met een steekproefsgewijze controle. Ook daaraan zitten echter nadelen. Zo brengt een dergelijke controle mee dat aan het al dan niet aanwezig zijn van een waarschuwingsetiket niet de conclusie kan worden verbonden dat het vlees wel of niet besmet is. Hooguit kan uit de aanwezigheid van zo'n etiket worden geconcludeerd dat het vlees bacteriën kan bevatten en dat het daarom raadzaam is het product voor consumptie door en door te verhitten. Door deze combinatie van factoren is het volgens de Raad maar de vraag of de voorgestelde regeling in deze vorm wel effectief kan zijn. Geadviseerd wordt daarom het ontwerpbesluit te heroverwegen.

Uit het nader rapport blijkt dat de nota van toelichting, mede naar aanleiding van dit advies, op een aantal punten is aangepast. Zo is, naar aanleiding van het door de Raad van State geconstateerde hiaat in de probleemanalyse, aan de nota van toelichting een passage gevoegd waarin aandacht wordt besteed aan bestaande initiatieven om besmetting met salmonella en campylobacter te voorkomen.¹¹⁴ Verder is in de nota van toelichting verduidelijkt dat het ontwerpbesluit niet beoogt in te gaan op alle aspecten van het advies Voedselinfecties van de Gezondheidsraad. Expliciet is nu vermeld dat het kabinet het standpunt op dit advies in de loop van 2001 aan de Tweede Kamer kenbaar zal maken. Ook zal dan een totaalpakket aan beleidsmaatregelen gericht op het voorkómen van voedselinfecties worden gepresenteerd. Volgens de verantwoordelijke minister maakt dit meteen duidelijk dat het ontwerpbesluit is bedoeld als

‘een tijdelijke maatregel die dient ter overbrugging van een periode waarin een totaalpakket aan beleidsmaatregelen om voedselinfecties te voorkomen, wordt uitgewerkt’.¹¹⁵

Aangegeven wordt dat daarbij meer in het bijzonder wordt gedacht aan maatregelen die op een verdere reductie van besmettingspercentages zijn gericht. Uitgangspunt daarbij is

‘een ketenbrede aanpak (van grondstof tot en met detailhandel) waarbij in de diverse schakels van de keten voldaan dient te zijn aan door de overheid gestelde normen’.¹¹⁶

Naar het oordeel van de verantwoordelijke minister is het eerste kritiekpunt van de Raad hiermee voldoende weerlegd.

Naar aanleiding van het tweede kritiekpunt, de beperking tot de pluimveevleessector, merkt de verantwoordelijke minister op dat het gelet op het overbruggingskarakter van de voorgestelde regeling

‘niet noodzakelijk noch gewenst is (...) om nu ook voor andere producten van dierlijke oorsprong, zoals varkensvlees, te voorzien in een verplichte waarschuwing op de verpakking’.¹¹⁷

Ter onderbouwing hiervan wordt erop gewezen dat het besmettingsgevaar vooral bij pluimveevlees relatief hoog is. En verplichte waarschuwing op het etiket kan daarom met name bij dit vlees het aantal ziektegevallen aanzienlijk verminderen. Bij andere producten van dierlijke oorsprong, zoals varkensvlees, is het besmettingsgevaar kleiner en zal een soortgelijke waarschuwing aanzienlijk minder gezondheidswinst opleveren.¹¹⁸ In dit argument klinkt de eis van doeltreffendheid door. De voorgestelde beperking tot de pluimveevleessector wordt verder gemotiveerd door te wijzen op het overbruggingskarakter van de regeling. Er ligt een bredere aanpak in het verschiet die eraan zal bijdragen dat de consument in de toekomst alleen veilige levensmiddelen aangeboden zal krijgen. Een waarschuwing op het etiket voor schadelijke bacteriën is dan niet langer noodzakelijk. Ook dit aspect moet de voorgenomen beperking van een verplichte waarschuwing op het etiket tot pluimveevlees rechtvaardigen.

114 In dit verband wordt bijvoorbeeld gewezen op het Actieplan 2000+ waarmee de Productschappen Vee, Vlees en Eieren willen bereiken dat het aantal besmette koppels eind 2001 is teruggedrongen met tien procent. Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 1. Zie ook nota van toelichting, Stb. 2001, 272, p. 3.

115 Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 1. Zie ook nota van toelichting, Stb. 2001, 272, p. 4.

116 Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 2.

117 Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 2.

118 Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 2.

Ten aanzien van de toereikendheid van de etiketterings- en verpakkingsvoorschriften, wordt opgemerkt dat het bezwaar van de Raad tegen deze voorschriften ook is geuit door de Europese Commissie en diverse lidstaten tijdens de notificatieprocedure. Naar aanleiding hiervan is besloten het toepassingsbereik van het ontwerpbesluit aan te passen.

‘Hieraan is tegemoet gekomen door de reikwijdte van het ontwerpbesluit uit te breiden tot al het pluimveevlees’.¹¹⁹

Als gevolg hiervan wordt onbesmet pluimveevlees niet langer uitgezonderd van de verpakkings- en etiketteringsvoorschriften. Om te voorkomen dat daarmee de prikkel om onbesmet pluimveevlees te produceren verloren gaat, wordt in de nota van toelichting bovendien nadrukkelijk verwezen naar het feit dat daarvan te zijner tijd, krachtens artikel 16, tweede lid van de Warenwet, ontheffing kan worden verleend als degene die pluimveevlees verkoopt of aflevert kan garanderen dat het vlees (nagenoeg) vrij is van campylobacter of salmonella. Volgens de regering blijft het hierdoor voor handelaren in pluimveevlees

‘een wenkend perspectief om onbesmet pluimveevlees zonder waarschuwing te verkopen’.¹²⁰

Deze passage in het nader rapport maakt echter nog niet meteen duidelijk of en zo ja in hoeverre het door de Raad van State en anderen geuite bezwaar tegen het waarschuwingsetiket, met deze maatregel wordt ondervangen. Dat wordt pas duidelijk als de nota van toelichting hierop wordt nageslagen. Daarin wordt uitgelegd dat de uitbreiding van de reikwijdte van het ontwerpbesluit tot al het pluimveevlees beoogt te voorkomen dat de consument, bij niet van een waarschuwing voorzien pluimveevlees, de ook daarbij vereiste voorzichtigheid uit het oog verliest. Ook dat pluimveevlees kan namelijk besmet zijn met bacteriën. Bovendien is de tekst van de aan te brengen waarschuwing aangepast en wel in die zin dat er in de voorschreven waarschuwing niet meer vanuit wordt gegaan dat de waar ziekmakende bacteriën bevat. In het algemeen wordt erop gewezen dat schadelijke bacteriën geen kans moeten krijgen.¹²¹ Met deze toelichting wordt de bedoeling van de voorgestelde aanpassing van de reikwijdte van het wetsvoorstel verduidelijkt.

4.2.1.1.4 Ontwerp Luchthavenverkeersbesluit

Als gevolg van een hiaat in de probleemanalyse uitte de Raad van State eveneens twijfel over de doeltreffendheid van het ontwerp Luchthavenverkeersbesluit. Het hiaat zit vooral in het feit dat er, naar het oordeel van de Raad, is uitgegaan van een te beperkt analysekader. Op basis van dit analysekader is gekozen voor een bepaald model dat moet waarborgen dat de overgang van het bestaande systeem naar het voorgestelde nieuwe systeem een gelijkwaardige geluidsbelasting meebrengt. De kritiek van de Raad spitst zich met name toe op de vraag of niet wat al te gemakkelijk is aangenomen dat het gekozen model daarvoor voldoende garanties biedt. Die aanname is namelijk gebaseerd op een in de nota van toelichting aangehaald, maar niet nader toegelicht rapport waaruit zou blijken dat bij een simulatie met een fors andere verdeling van het verkeer dan is aangenomen er toch geen noemenswaardige grote verschillen in geluidsbelasting zou optreden. Geadviseerd wordt de nota van toelichting op dit punt aan te vullen.

Dit advies wordt opgevolgd, zo blijkt uit het nader rapport. Opgemerkt wordt dat het advies ertoe heeft geleid dat ‘in paragraaf 6.2 (vierde blok) en in hoofdstuk 8 van de nota van toelichting bij het Luchthavenverkeersbesluit Schiphol een passage is opgenomen over de beschermende werking door de handhavingspunten van de geluidsbelasting per etmaal’.¹²² In deze passage wordt aangegeven dat uit onderzoek naar de beschermende werking van het PKB-stelsel en het nieuwe stelsel (Rapport

119 Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 3 en nota van toelichting, Stb. 2001, 272, p. 5 en 6.

120 Zie: Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 21 80 554, p. 3.

121 Nota van toelichting, Stb. 2001, 272, p. 6.

122 Nader rapport van 21 november 2002, nr. HDJZ/LUV/2002-2735, p. 1.

NLR-CR 2001-373, onderzoeksbijlage 6 bij het MER) blijkt dat bij een simulatie met een fors andere verdeling van het luchthavenverkeer dan is aangenomen in het scenario dat diende als grondslag voor de bepaling van de grenswaarden, de geluidsbelasting slechts in één geval hoger was dan de grenswaarde. Opgemerkt wordt daarbij dat, gelet op dit onderzoek, ‘overschrijding als onwaarschijnlijk, maar niet als geheel onmogelijk moet worden gekwalificeerd’.¹²³ De minister van Verkeer en Waterstaat heeft op grond van deze constatering aan de Tweede Kamer toegezegd dat de geluidsbelasting in risicogebieden, vanaf de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel, voorwerp zal zijn van monitoring en dat het (handhaving)stelsel hierdoor vanaf 2005 ook tot het buitengebied zal worden uitgebreid. Uit deze passage blijkt dat het advies van de Raad voor de regering aanleiding is geweest om de toelichting te verduidelijken. Mogelijke twijfel aan de doeltreffendheid van de gekozen methode om een gelijkwaardige geluidsbelasting per etmaal te waarborgen, wordt daarmee weggenomen. Aanpassing van de regeling zelf heeft niet plaatsgevonden.

4.2.1.2 Toereikendheid van de voorgestelde middelen

Uit de onderzochte adviezen is gebleken dat de Raad van State mogelijke twijfel over de doeltreffendheid van een voorgenomen regeling niet alleen aan hiaten in de probleemanalyse ontleent. Daarnaast blijkt ook twijfel over de vraag of het voorgestelde middel of instrumentarium wel het meest geschikte middel of instrument is om een bepaald probleem op te lossen, een veelvoorkomende bron van twijfel te zijn. Zeven adviezen waarin hiervan sprake was, zullen hieronder nader worden onderzocht. Concreet gaat het hierbij om het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers, het wetsontwerp Regeling leerlinggebonden financiering, het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst, het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij, het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer, het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur en het wetsvoorstel Verbetering poortwachter. Hoe hebben regering en parlement gereageerd op het advies van de Raad van State over de toereikendheid van de voorgestelde middelen in deze wetsontwerpen en ontwerpbesluiten?

4.2.1.2.1 Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

In zijn advies over het wetsvoorstel tot invoering van de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers kwam de Raad van State tot de conclusie dat dit wetsvoorstel op diverse punten nadere overweging behoeft. Eén van de redenen hiervoor was dat de Raad er niet van overtuigd was dat het probleem waarvoor dit wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden (namelijk het tekort aan celruimte en penitentiair personeel) op de in het wetsvoorstel voorgestelde manier zal worden opgelost. Tegen deze achtergrond wordt onder meer geadviseerd om in de memorie van toelichting dragend te motiveren welke bijdrage de voorgestelde oplossing (die afwijkt van het bestaande, op de Penitentiaire beginse-lenwet (Pbw) en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (Bjj) gebaseerde systeem) zal leveren aan de oplossing van de geconstateerde tekorten aan celruimte en personeel.

In het nader rapport wordt deze handschoen maar gedeeltelijk opgepakt. Aangegeven wordt dat bij de memorie van toelichting een overzicht is gevoegd van de afwijkingen ten opzichte van de Pbw. Opgemerkt wordt ook dat

‘in de memorie van toelichting, mede in het licht van de overige opmerkingen van de Raad, nader is ingegaan op de afwijkingen van de Pbw.¹²⁴ Van de Bjj wordt afgeweken als jeugdigen geplaatst worden in de noodvoorziening. In de toelichting is nader aangegeven wanneer het onvermijdelijk is dat dit gebeurt’.¹²⁵

123 Nota van toelichting bij het Luchthavenverkeersbesluit, p. 13, Stb. 2002, 592, p. 21. Op dit punt is er samenhang met de eis van handhaafbaarheid. Zie daarvoor nader hoofdstuk VI, deel 2, onder het kopje ‘handhaving’.

124 Dit overzicht is inderdaad opgenomen in een bijlage bij de memorie van toelichting. Het overzicht geeft inzicht in de bepalingen van de Pbw die niet zijn opgenomen in de tijdelijke wet met de bedoeling dat hierover ‘maximale duidelijkheid’ bestaat. Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 13.

125 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

Over de bijdrage die hiermee wordt geleverd aan de oplossing van het geconstateerde cel- en personeelstekort zwijgt het nader rapport. De expliciete vraag van de Raad om juist hierop een antwoord te geven, blijft in dat rapport dus onbeantwoord. Ook in de memorie van toelichting wordt op deze vraag geen concreet antwoord gegeven. Weliswaar wordt op verschillende plaatsen in de memorie van toelichting aangegeven op welke punten van de Pbw wordt afgeweken¹²⁶ en wordt eveneens vermeld dat hiervoor in het algemeen twee redenen bestaan, namelijk het tekort aan celruimte en beschikbaar personeel, maar welke bijdrage die afwijkingen nu precies leveren aan de oplossing van dit capaciteitsprobleem blijft in het midden. Volstaan wordt met de opmerking dat deze afwijkingen een bijdrage beogen te leveren aan de oplossing van dit probleem.¹²⁷

Tijdens de parlementaire behandeling wordt de regering van verschillende kanten opnieuw aangesproken op dit punt. Zo wordt expliciet gevraagd hoe de regering de gerezen capaciteitsproblemen denkt aan te pakken. Hoe denkt de regering bijvoorbeeld binnen de looptijd van de wet meer gekwalificeerd en geschoold penitentiair personeel aan te trekken? Zal worden voorzien in een grotere capaciteit in de gewone huizen van bewaring en zo ja, hoe wordt dat dan georganiseerd? Welke garanties zijn er dat de bestaande problemen binnen een jaar zijn opgelost? Ligt de aard van deze problemen niet in de capaciteitsplanning en de deugdelijkheid daarvan? Zijn er wel voldoende financiële middelen beschikbaar om de voorgenomen maatregelen te realiseren? Welke maatregelen zijn er op dit punt getroffen en welke toezeggingen heeft de minister van Financiën op dit punt gedaan?¹²⁸ Behalve op deze punten van meer praktische aard wordt de regering ook meer in zijn algemeenheid verzocht nader in te gaan op de te verwachten doeltreffendheid van de voorgestelde noodmaatregel. Zal dit voorstel, gelet op de situatie in de Nederlandse Antillen, niet het effect hebben van 'dweilen met de kraan open?'¹²⁹

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer wordt eigenlijk alleen nader ingegaan op de vraag hoe in het personeelsprobleem zal worden voorzien. Daarover wordt onder meer opgemerkt dat

'het personeel zal worden betrokken van particuliere beveiligingsdiensten. Er is reeds gestart met de opleiding van dit personeel. Zij zullen (...) een weliswaar verkorte doch volledige basis beroepsopleiding volgen. (...) Voorts wordt ook ervaren personeel aangetrokken om de nog onervaren personeelsleden bij te staan'.¹³⁰

Daarmee wordt echter slechts één aspect van de geuite twijfel aan de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling belicht. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer komen echter ook andere aspecten aan bod.

Ten eerste wordt de door de Raad van State opgeworpen vraag over de bijdrage die het wetsvoorstel beoogt te leveren aan de oplossing van het tekort aan celruimte en personeel in die fase beantwoord. Gesteld wordt dat het

'met de bestaande problemen rondom de capaciteit en de personeelsbezetting niet mogelijk is om de grote hoeveelheden drugssmokkelaars in te sluiten volgens de reguliere wetgeving en in de reguliere inrichtingen. Het voorstel voor de Tijdelijke Wet stelt de reguliere normen in neerwaartse richting bij en levert op die wijze dus een bijdrage aan het niet verder toenemen van de problematiek. Het doel van de regering op langere termijn is om enerzijds de toestroom van drugskoeriers in te dammen. De acties die hiertoe zouden moeten leiden zijn opgenomen in het Plan van Aanpak Drugsmokkel

126 Zie daarvoor nader bijv. Kamerstukken II 2002-2002, 28 201, nr. 3, p. 8 en 9.

127 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 2.

128 Zie voor deze vragen Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 2 en 4-6.

129 Deze opmerking is te vinden in het verslag van de vast commissie voor Justitie: Kamerstukken I 2001-2002, 28 201, nr. 235a, p. 3.

130 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 3. Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer worden hierover nadere vragen gesteld. Wat houdt de volledige verkorte basisopleiding bijvoorbeeld in? Verder is inmiddels duidelijk geworden dat deze groep wordt aangevuld met ervaren teamleiders uit Engeland. Dit alles zal plaatsvinden onder het management van ervaren Nederlandse gevangenisdirecteuren. Ook hierover worden nadere vragen gesteld. Deze constructie houdt namelijk samenloop in met de justitiële inrichtingen en wel op het meest kwetsbare onderdeel: management: Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 235a, p. 5.

Schiphol. Anderzijds wordt de komende tijd benut om de reguliere capaciteit alsmede het daarbij behorende personeel op orde te krijgen, opdat na één jaar de aldan nog binnenkomende drugskoeriers in het normale gevangeniswezen kunnen worden ondergebracht'.¹³¹

Op zich is dit klare taal die, conform de vereisten die de Nota Zicht op Wetgeving aan de kwaliteit van wetgeving stelt, nadere informatie geeft over de doelstellingen die de regering met die wetsvoorstel voor ogen staan. Het advies van de Raad van State heeft hierbij in zoverre een rol gespeeld dat een daarin gestelde expliciete vraag over doeltreffendheid van de voorgestelde noodmaatregel door de kamerleden is opgepakt. Dit leidt uiteindelijk tot het zojuist aangegeven antwoord.

Over de effectiviteit van de voorgestelde maatregel zegt dat antwoord echter nog weinig. Uit de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer blijkt dat dit ook een heikel punt is. Zo wordt desgevraagd bijvoorbeeld aangegeven dat geen garanties kunnen worden gegeven dat de bestaande capaciteitsproblemen binnen een jaar zullen worden opgelost.

'Het Plan van Aanpak Drugsmokkel Schiphol geeft een breed pakket van maatregelen dat erop gericht is de toestroom van drugskoeriers terug te dringen. Onderdeel van het plan van aanpak is dat de capaciteit van het gevangeniswezen structureel wordt uitgebreid. Beide maatregelen zouden naar de verwachting van de regering ertoe moeten leiden dat de problematiek afneemt en, voor zover nog aanwezig, binnen het reguliere systeem kan worden opgevangen. Ook hier kan de regering geen garanties geven. Zij kan slechts inspelen op de ontwikkelingen die zich voor een groot deel buiten de rechtsmacht van Nederland voordoen. De regering zal de effecten van het plan van aanpak nauwgezet volgen en eventueel daarin wijzigingen aanbrengen mocht zulks nodig zijn'.¹³²

Uit deze passages volgt dat de te verwachten effectiviteit van deze noodmaatregel voornamelijk op inschattingen en verwachtingen van de regering berust. Of die zullen uitkomen, hangt voor een belangrijk deel af van het welslagen van het plan van aanpak. Opgemerkt wordt dat de regering 50 miljoen euro beschikbaar heeft gesteld voor de financiële dekking van dit plan. Daaruit zullen de extra kosten voor versterking van het Schiphol-team, het Openbaar Ministerie, de zittende magistratuur, de uitbreiding van de noodcapaciteit en de keteneffecten worden gefinancierd. Aangekondigd wordt dat een nadere bepaling van de omvang en de verdeling van de gelden bij de voorjaarsnota zal geschieden. Ook de financiering voor de uitbreiding van de reguliere celcapaciteit in het gevangeniswezen zal nog nader worden gezien.¹³³ Hoewel de minister over het totaal van de benodigde middelen evenmin uitsluit kan geven,¹³⁴ bestaat er niettemin vertrouwen in de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de opmerking dat

'het hier geen symptoombestrijding betreft, maar een alomvattende aanpak die beoogt uiteindelijk de achterliggende structuren van de georganiseerde misdaad bloot te leggen en aan te pakken. (...) Het gaat er hierbij om zo spoedig mogelijk zichtbare maatregelen te treffen die niet alleen snel te realiseren zijn maar ook een groot ontmoedigend effect zullen hebben op de drugskoeriers en de organisaties die achter deze transporten zitten. Het pakket van maatregelen dat is afgesproken, en met de uitvoering waarvan reeds een begin is gemaakt, zal naar mijn overtuiging leiden tot verminderd aanbod van koeriers en tot een vergrote mate van beheersbaarheid van de problematiek'.¹³⁵

Uiteindelijk wordt de minister op dit punt het voordeel van de twijfel gegeven. De discussie over de te verwachten doeltreffendheid wordt daarmee afgesloten.

4.2.1.2.2 Wetsvoorstel *Regeling leerlinggebonden financiering*

Twijfel of het voorgestelde middel (een leerlinggebonden budget) wel een geschikt middel is voor de verwezenlijking van het beoogde doel (vergroting van de keuzevrijheid van ouders om kinderen met

131 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 135b, p. 15/16.

132 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 135b, p. 8.

133 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 135a, p. 6/7.

134 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 235b, p. 10.

135 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 235b, p. 8 resp. p. 7.

een handicap reguliere onderwijs te laten volgen), was één van de redenen voor de Raad van State om te adviseren het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering te heroverwegen. Afgezien van de vraag of het beoogde doel überhaupt wel realiseerbaar is in het onderwijs, blijft de reële keuzemogelijkheid voor ouders, naar het oordeel van de Raad, namelijk ook met een budget nog zeer beperkt. Zo is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat voor toelating van kinderen met een handicap tot reguliere scholen striktere criteria zullen gelden dan voor toelating van die leerlingen tot een speciale school. Verder schept de voorgestelde regeling geen toelatingsrecht en kan ook het feit dat het voorgestelde budget niet wordt uitbetaald aan de ouders, maar, na toelating aan de reguliere school, de keuzevrijheid van ouders behoorlijk beperken. Met het oog hierop wordt geadviseerd het wetsvoorstel pas in te dienen nadat met dit aspect rekening is gehouden.

De regering ziet in dit advies echter geen aanleiding om de voorgestelde regeling te herzien, zo blijkt uit het nader rapport. Doorslaggevend daarvoor is onder meer dat de opvatting van de Raad over de toelatingscriteria naar het oordeel van de regering niet juist is. In dit verband wordt erop gewezen dat het gaat om ‘één set’ criteria per onderwijssoort. Voldoet de leerling aan de criteria voor een bepaalde onderwijssoort dan geeft dat de leerling recht om hetzij te worden toegelaten tot een school van die soort, hetzij recht op een leerlinggebonden budget als de leerling naar een reguliere school gaat. De regering beoogt hiermee aan te geven dat de voorgestelde regeling een geclausuleerd recht op toelating tot een reguliere school schept. Opgemerkt wordt dat niet is gekozen voor een algemeen toelatingsrecht tot reguliere scholen, omdat een dergelijk ongeclausuleerd toelatingsrecht ook niet voor niet gehandicapte leerlingen bestaat en bovendien te ver zou voeren.

‘Waar een reguliere school door objectieve omstandigheden een goed onderwijsaanbod niet kan realiseren, zou het niet verantwoord zijn om plaatsing van een gehandicapte leerling wettelijk afdwingbaar te maken’.

Volgens de regering is dat ook niet nodig.

‘Als gevolg van de structureel betere bekostiging en de betere begeleiding zullen veel meer reguliere scholen een goed onderwijsaanbod kunnen realiseren, waardoor de keuzevrijheid van ouders de facto wordt vergroot in vergelijking met de huidige situatie’.¹³⁶

De keuzevrijheid van de ouders wordt, naar het oordeel van de regering, ook niet echt beperkt doordat het leerlinggebonden budget niet aan de ouders, maar aan de reguliere school wordt uitbetaald. Volgens de regering moet daarbij namelijk worden bedacht dat

‘de besteding daarvan via de weg van het handelingsplan wel degelijk plaatsvindt in overeenstemming met de ouders, met dien verstande dat daarbij wel rekening moet worden gehouden met de herbestedingsverplichting’.¹³⁷

Op de vraag of en zo ja hoe deze herbestedingsplicht zich verhoudt tot de keuzevrijheid van de ouders, wordt verder niet ingegaan. Dit, terwijl die plicht betrekking heeft op de verplichting van de reguliere school om met het beschikbaar gekomen budget speciale ondersteuning en begeleiding ‘in te kopen’ bij een speciale school. Nu de manier waarop daarin wordt voorzien medebepalend zal zijn voor de keuze van de ouders om hun kind op een reguliere school te plaatsen, wordt met deze opmerking het bezwaar van de Raad van State tegen deze regeling dus per saldo niet weerlegd. Deze constructie draagt immers niet echt bij aan vergroting van de daarmee beoogde keuzevrijheid van ouders en, daarmee, aan de verwezenlijking van het doel van de voorgestelde regeling. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat de kritiek van de Raad van State over de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling door de regering niet wordt opgepakt.

Uit de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer blijkt dat dit voor een aantal kamerfracties weinig bevredigend is. In aansluiting op het advies van de Raad van State wordt de regering

¹³⁶ Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 5.

¹³⁷ Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 3.

dan ook van verschillende kanten verzocht om nader in te gaan op de door de Raad opgeworpen vraag in hoeverre het wetsvoorstel nu daadwerkelijk bedraagt aan vergroting van de keuzevrijheid van ouders om een gehandicapt kind op een reguliere school te plaatsen.¹³⁸ In het verlengde hiervan wordt de regering ook verzocht dieper in te gaan op de door de Raad aan de orde gestelde kwestie over de toelatingscriteria.¹³⁹ Verder wordt de regering gevraagd haar opmerking over de herbestedingsplicht nader te verduidelijken.¹⁴⁰

In de nota naar aanleiding van het verslag gaat de regering uitvoerig in op het punt van de keuzevrijheid. Zo wordt nogmaals uiteen gezet dat de keuzevrijheid van ouders niet wordt beperkt doordat er, zoals de Raad van State vreest, strengere toelatingscriteria zouden worden gesteld aan plaatsing van kinderen met een handicap op een reguliere school.

‘Uitgangspunt is niet dat de nieuwe criteria strenger zijn, maar dat zij een goede waarborg bieden dat kinderen die dat nodig hebben (...) met een leerlinggebonden budget aan het reguliere onderwijs kunnen deelnemen’.¹⁴¹

In de nota naar aanleiding van het nader verslag wordt, naar aanleiding van een expliciete vraag of de nieuwe criteria echt niet strenger zijn, nog eens bevestigd dat

‘er geen sprake van is dat de criteria strenger zijn (...)’.

Zonder dat daar expliciet om is gevraagd wordt daaraan meteen een oordeel over de werkbaarheid van de criteria toegevoegd.

‘Er zijn twee praktijkproeven uitgevoerd, beide geflankeerd door onderzoek, om op basis van de praktijk tot de juiste criteria te komen’.¹⁴²

Ongevraagd laat de regering zich aldus ook uit over de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling op dit punt.

Opgemerkt wordt verder dat de keuzevrijheid ook niet wordt beperkt door de aard en de ernst van de handicap. ‘Bepalend voor een beslissing van een reguliere school over het al dan niet toelaten van een leerling met een handicap blijkt in de praktijk de combinatie van school en leerlingfactoren, i.c. de draagkracht van de school. Een reguliere school zal op serieuze wijze een verzoek om toelating van een leerling met een leerlinggebonden budget moeten beoordelen. Het nadenken in het algemeen over de opvang van een gehandicapte leerling binnen de school is al eerder gebeurd, immers in het schoolplan en de schoolgids moet hierover iets zijn opgenomen. Bij een concreet verzoek om toelating van een gehandicapte leerling zal de school de beslissing moeten nemen gegeven de specifieke omstandigheden van die individuele leerling’.¹⁴³ Onderstreept wordt hierbij dat reguliere scholen niet lichtvaardig kunnen besluiten om een leerling met een leerlinggebonden budget niet toe te laten. Van belang daarbij is dat de reguliere school dan kan beschikken over extra middelen en een beroep kan doen op ondersteuning vanuit een speciale school. Dit brengt mee dat het bevoegd gezag van een school in geval van een weigering dient aan te tonen dat de school, ondanks de extra middelen en de extra ondersteuning vanuit het speciale onderwijs, niet in staat is om een op de behoefte van de leerling afgestemd kwalitatief goed onderwijs aanbod te leveren. In dat geval kan de desbetreffende leerling worden geweigerd en kan de keuzevrijheid dientengevolge worden beperkt. Daaraan wordt echter toegevoegd dat de regering ervan overtuigd is dat ‘de begeleiding van ouders door het regionale expertisecentrum (REC) bij de keuze van een reguliere school en het overleg tussen de ouders en de reguliere school zal voorkomen dat ouders een school kiezen die onvoldoende in staat is om hun kind goed on-

138 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 3, 6 en 15.

139 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 13-16, 22, 23, 31, 32 en 34.

140 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 16, p. 3, 17 en 22.

141 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 22.

142 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 55, p. 15.

143 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 25.

derwijs te leveren'.¹⁴⁴ Met deze opmerking wordt de mogelijke beperking van de keuzevrijheid gerelativeerd. Hieruit volgt dat de regering blijft bij zijn standpunt dat de voorgestelde regeling wel degelijk voldoende waarborgen biedt om aan zijn doelstelling te beantwoorden.

Dat blijkt ook uit de reacties van de regering op de gemaakte opmerkingen over de herbestedingsplicht. Ook die plicht perkt die vrijheid naar het oordeel van de regering niet in. In dit verband wordt nog eens herhaald dat de ouders een rol spelen bij de totstandkoming van het handelingsplan. Ter verduidelijking van de relatie tussen dit plan en de keuzevrijheid van ouders wordt daaraan dit keer toegevoegd dat in dat plan ook de begeleiding door de school voor speciaal onderwijs wordt geregeld. Volgens de regering betekent dit dat de herbestedingsplicht de vrijheid van ouders en de reguliere school om het budget af te stemmen op de individuele behoefte van de leerling per saldo niet beperkt. Verder wordt erop gewezen dat

‘het voorliggende wetsvoorstel in de bijgevoegde nota van wijziging op het punt van de ambulante begeleiding is aangescherpt. Bepaald is nu dat deze dient aan te sluiten op de wensen van ouders en scholen’.¹⁴⁵

Eén en voert de regering tot de overtuiging dat

‘met het wetsvoorstel een basis wordt gelegd om de problemen die zich in het huidige stelsel voordoen, daadwerkelijk tot een oplossing te brengen’.¹⁴⁶

4.2.1.2.3 Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst

Twijfel aan de geschiktheid van het gekozen middel uitte de Raad eveneens in zijn advies over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst. Door apothekers niet langer te verplichten om geneesmiddelen te leveren die niet in hun assortiment zitten, beoogt dit ontwerpbesluit de markt voor geneesmiddelen te openen voor nieuwe aanbieders. In het licht van het huidige stelsel van ziektekostenverzekeringen is het volgens de Raad van State echter maar de vraag of er wel voldoende mogelijkheden zijn voor marktwerking op de geneesmiddelenmarkt. Dat stelsel biedt de patiënt namelijk niet de ruimte om voor een andere apotheek te kiezen dan wel afwegingen te maken tussen prijs, kwaliteit van het assortiment en service. Geadviseerd wordt om het ontwerpbesluit daarom in dit licht opnieuw te overwegen.

In het nader rapport merkt de verantwoordelijke minister naar aanleiding hiervan op dat het doel van het schrappen van de leverplicht voor apothekers, anders dan de Raad veronderstelt, niet primair ligt in het creëren van meer concurrentiemogelijkheden voor de patiënt in de sfeer van prijs, kwaliteit van het assortiment en service. De bedoeling is veeleer de regie op het punt van de farmaceutische zorg te verleggen van de apotheker naar de zorgverzekeraars. Vooral ziekenfondsen krijgen zo de gelegenheid om contracten af te sluiten met apothekers die gespecialiseerd zijn of nog niet vol gesorteerd. In de kern gaat het dus om een dereguleringsmaatregel die aan de ene kant apothekers de mogelijkheid geeft om hun assortiment te differentiëren en zich te specialiseren. Nieuwe apothekers kunnen hierdoor worden gestimuleerd om zich te vestigen. Aan de andere kant krijgen zorgverzekeraars daardoor meer ruimte om naar behoefte afspraken op maat te maken over het te leveren assortiment.¹⁴⁷

Met dit betoog wordt de doelstelling van de voorgestelde maatregel verduidelijkt. Het advies van de Raad van State heeft daaraan het nodige bijgedragen. Per saldo is het effect hiervan dat tegemoet gekomen wordt aan Ar 7, op grond waarvan de doelstelling die met de voorgestelde maatregel wordt nagestreefd, zo concreet en nauwkeurig mogelijk moet worden omschreven. In die zin levert het advies van de Raad in dit geval een bijdrage aan vergroting van de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling. Dit evenwel zonder bijstelling van de nota van toelichting of de wettekst.

144 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 4.

145 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 3. Dit is tot uiting gebracht in artikel 41a lid 1 van het wetsvoorstel.

146 Kamerstukken II 2000-2001, nr. 10, p. 3.

147 Nader rapport van 21 mei 2002, kenmerk GMT/ G 22 48 900, p. 1 en 2.

4.2.1.2.4 Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij

In zijn advies over het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij trok de Raad van State de doeltreffendheid van de voorgestelde maatregel eveneens in twijfel. In dit geval lagen daaraan vooral afbakeningsproblemen ten grondslag. Om de gevolgen van ammoniakemissie bij de verlening van milieuvergunningen te kunnen beoordelen, wordt voorgesteld om emissieplafonds vast te stellen voor in het wetsvoorstel nader aangegeven kwetsbare gebieden. Volgens de memorie van toelichting, is de bedoeling hiervan om op dit punt optimale duidelijkheid te verschaffen. Naar het oordeel van de Raad is het vastleggen van kwetsbare gebieden in een wettelijke regeling echter geen geschikt middel om dit doel te bereiken. Dat veronderstelt namelijk zekerheid over de effecten van ammoniak op het milieu evenals ondubbelzinnige duidelijkheid over de vraag waar de grenzen van deze gebieden moet worden getrokken. Over beide punten valt echter weinig met zekerheid te zeggen. Geadviseerd wordt daarom hierop in de toelichting nader in te gaan. Geadviseerd wordt verder om te bevorderen dat, voordat de wet in werking treedt, een inventaris wordt opgesteld van de betrokken gebieden, waarbij deze zodanig in kaart zijn gebracht dat de ligging van de grenzen van de betrokken gebieden ondubbelzinnig en op de meter nauwkeurig kan worden bepaald.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering de zorg van de Raad van State over de doeltreffendheid van het wetsvoorstel niet deelt. Anders dan de Raad, is de regering van mening dat de gevolgen van ammoniakemissie in voldoende mate wetenschappelijk zijn aangetoond. Volgens de regering vormt die wetenschappelijke onderbouwing dan ook

‘een voldoende hechte basis voor het ammoniakbeleid en daarmee ook voor de voorgestelde regeling. Er is geen reden om te veronderstellen dat de wetenschappelijke inzichten binnen afzienbare tijd zodanig zullen wijzigen dat het beleidskader zou moeten veranderen. Mede in het licht van de IPPC-richtlijn kan ook voor de langere termijn met zekerheid worden gesteld dat de omslag van depositie naar hoofdzakelijk emissiebeleid blijvend is. Ook de noodzaak van een zekere mate van aanvullend beleid zal, mede in het licht van de IPPC-richtlijn, blijven bestaan. Nu in ieder geval tot 2010 helderheid bestaat over de verplichtingen die in internationaal kader ten aanzien van de ammoniakemissie voor Nederland zullen gelden, behoeft er bovendien niet voor te worden gevreesd dat in verband met die verplichtingen het beleid op korte termijn zal moeten worden aangepast. Gegeven het bovenstaande liggen de hoofdlijnen van het beleid voor de komende periode in grote mate vast’.¹⁴⁸

Op dit punt verschillen de Raad van State en de regering dus van mening over de te verwachten doeltreffendheid van de voorgenomen regeling. De regering ziet in het advies van de Raad op dit punt geen reden om zijn standpunt bij te stellen en houdt derhalve voet bij stuk.

Het tweede door de Raad van State geuite punt van zorg heeft meer effect. Op dat punt wordt het advies van de Raad namelijk wel gevolgd. Dit blijkt uit de opmerking dat

‘overeenkomstig het advies van de Raad zal worden bevorderd dat er een inventaris wordt gemaakt van de betrokken gebieden, waarbij de begrenzing van de ecologische hoofdstructuur (verder te noemen EHS) en de kwetsbare gebieden op kaarten met voldoende nauwkeurigheid wordt weergegeven. In dat verband zal tevens worden gezien op welke wijze ten behoeve van belanghebbenden in een adequate bekendmaking kan worden voorzien’.¹⁴⁹

Deze toezegging komt de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling ten goede. De regeling wordt daardoor immers verduidelijkt. Dat blijkt ook uit de opmerking dat

‘mede naar aanleiding van het advies van de Raad aan artikel 2 van het wetsvoorstel een tweede lid is toegevoegd. Daarin wordt bepaald dat, zolang de ecologische hoofdstructuur nog niet is vastgesteld,

148 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 3. Op dit punt is er samenhang met de eis van subsidiariteit. Zie daarvoor nader par. 5.2.2.8.

149 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 4.

alle gebieden die krachtens de Interimwet waren aangewezen omdat ze gevoelig zijn voor verzuring, ook onder de nieuwe wet beschermd worden'.¹⁵⁰

De zaak is daarmee nog niet afgedaan, zo blijkt uit de verdere parlementaire behandeling. Zo wordt de regering verzocht nader in te gaan op de kritiek van de Raad van State. Kan de regering aangeven waarom zij, anders dan de Raad van State, meent dat de in het wetsvoorstel aangegeven kwetsbare gebieden met voldoende zekerheid kunnen worden aangewezen?¹⁵¹ Garandeert de voorgestelde regeling wel voldoende dat de grenzen van de ecologische hoofdstructuur op 1 januari 2002 ondubbelzinnig vastliggen zodat iedere burger die grenzen op die datum kan kennen?¹⁵²

Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat de regering deze vragen maar gedeeltelijk bevestigend kan beantwoorden. Opgemerkt wordt dat de Raad van State

‘terecht wijst op het probleem van rechtszekerheid en kenbaarheid met betrekking tot de aangewezen kwetsbare gebieden. Voor de voor verzuring gevoelige gebieden lijkt dit echter minder problematisch dan voor de vaststelling van de ecologische hoofdstructuur. In het kader van het ammoniakreductiebeleid beschikken in elk geval de gemeenten binnen de concentratiegebieden over bruikbare kaarten van de voor verzuring gevoelige gebieden van de Interimwet’.¹⁵³

Hieraan wordt toegevoegd dat

‘door de verwijzing in artikel 2 van het wetsvoorstel wordt bereikt dat alle gebieden die in de Uitvoeringsregeling Ammoniak en Veehouderij op 31 december 2001 zijn aangewezen als voor verzuring gevoelig, bij inwerkingtreding van deze wet ook als kwetsbaar gebied zullen worden aangemerkt. In zoverre volgt de aanwijzing van deze gebieden rechtstreeks uit de wet’.¹⁵⁴

De regering lijkt hiermee te kennen te willen geven dat de rechtszekerheid en de kenbaarheid voor deze gebieden voldoende gewaarborgd is. Voor gebieden die deel uitmaken van de ecologische hoofdstructuur ligt het echter anders. Die gebieden worden namelijk door het provinciaal bestuur vastgesteld. Dit bestuur bepaalt ook welke van de onder de Interimwet aangewezen gebieden als kwetsbaar onder de nieuwe wet zullen worden aangemerkt. Dat levert in zoverre problemen op dat

‘er in het kader van dit wetsvoorstel van werd uitgegaan dat de vaststelling van de ecologische hoofdstructuur door de provincies in 2001 grotendeels zou zijn afgerond. (...) Om die reden is het (nog) niet mogelijk een eenduidig antwoord te geven op de vraag hoeveel van de ecologische hoofdstructuur uit kwetsbare gebieden bestaat en hoeveel van de voor verzuring gevoelige gebieden buiten de ecologische hoofdstructuur ligt. Wij verwachten echter dat het overgrote deel van de gebieden die onder de vigerende Interimwet als voor verzuring gevoelig zijn aangemerkt ook deel zal gaan uitmaken van de provinciale ecologische hoofdstructuur’.¹⁵⁵

Een probleem is hiernaast dat

‘juist de kerngebieden, die bestaan uit bestaande natuur- en bosgebieden, veelal niet concreet en nauwkeurig zijn begrensd.(...) De meeste provincies zijn momenteel bezig met een inventarisatie van de ecologische hoofdstructuur gegevens en met het bezien hoe zij op korte termijn kunnen komen tot kaarten waarop de begrenzing van de ecologische hoofdstructuur is afgebeeld. Naar verwachting zullen de meeste provincies deze actie echter niet op 1 januari hebben afgerond. Tegen deze achtergrond lijkt het ons thans gewenst om ook in de wet zelf waarborgen ten aanzien van de

150 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 4.

151 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 4, p. 7.

152 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 4, p. 6 en 31.

153 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 5, p. 15.

154 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 5, p. 15.

155 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 5, p. 16 en p. 12.

duidelijkheid en de kenbaarheid van de ecologische hoofdstructuur in het kader van de gebiedsaanwijzing van dit wetsvoorstel op te nemen'.¹⁵⁶

Naar aanleiding van de ook door een aantal kamerfracties geuite twijfel of wetgeving daarvoor, juist gezien de bestaande onduidelijkheid, wel het meest geschikte middel is, wordt opgemerkt dat

‘in het antwoord aan de Raad van State al uitgebreid is uiteengezet dat het beleidskader voor ammoniak thans voldoende hecht is om in een wet te worden verankerd. Wat betreft de aanwijzing van de kwetsbare gebieden: (...) op dat punt wordt het huidige beleid gecontinueerd. Nieuw in het wetsvoorstel is dat de bescherming wordt beperkt tot de gebieden die binnen de ecologische hoofdstructuur liggen. Dat is een uitvloeisel van de bestuurlijke afspraken met de reconstructieprovincies en de VNG. Daarmee is niet gezegd dat de kwetsbare gebieden voor eens en altijd zijn aangewezen. Wel impliceert het vastleggen van dit beleid in de wet dat bij wijziging daarvan ook de wet zal moeten worden aangepast. Het lijkt ons, gezien de mogelijke gevolgen van zo'n beleidswijziging voor de veehouderij en de natuur ook juist dat het parlement aan een dergelijke beleidswijziging zijn instemming geeft'.¹⁵⁷

Uit dit betoog volgt dat de regering blijft bij haar standpunt dat wetgeving, ondanks bestaande onzekerheden, wel het meest geschikte middel is om de hier aan de orde zijnde materie te regelen.

De motivering daarvan blijft echter de nodige twijfel zaaien. Zo wordt bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer, in lijn met het advies van de Raad van State, de wetenschappelijke onderbouwing van het wetsvoorstel opnieuw aan de orde gesteld. Daarbij wordt verwezen naar een aantal wetenschappelijke rapporten waaruit allerlei onzekerheden blijkt over de emissie en depositie van de ammoniak. De regering wordt onder andere gevraagd nader aan te geven hoe de stelling dat er voldoende wetenschappelijke basis bestaat voor de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen, zich tot de inhoud van die rapporten verhoudt.¹⁵⁸ In antwoord hierop wijst de regering erop dat er sinds het verschijnen van deze rapporten vele onderzoeken zijn gedaan naar de emissie, verspreiding, depositie en de gevolgen van ammoniak. Recent zijn de laatste wetenschappelijke inzichten in kaart gebracht. Naar het oordeel van de regering bieden deze inzichten

‘voldoende basis voor de in het wetsvoorstel voorgestelde maatregelen. Overigens merken wij nog op dat wat betreft de effecten van ammoniak depositie de wetenschappelijke onderbouwing ook in Europees verband als voldoende wordt beschouwd om te besluiten tot het vastleggen van afrekenbare landelijke emissieplafonds voor ammoniak, om zo de belasting voor de natuur die onder andere het gevolg is van ammoniakdepositie te beperken'.¹⁵⁹

Wederom houdt de regering dus voet bij stuk. Ter ondersteuning van dit standpunt wordt erop gewezen dat het wetsvoorstel, ‘als gevolg van de behandeling in de Tweede Kamer alsnog zodanig is aangepast dat daarmee tevens wordt tegemoet gekomen aan de kritiek van de Raad van State. Dat geldt met name voor de aanpassing die de regering bij de eerste nota van wijziging in het wetsvoorstel heeft aangebracht'.¹⁶⁰ Zoals hierboven al werd aangegeven is door deze nota van wijziging aan artikel 2 van het wetsvoorstel een nieuw tweede lid toegevoegd waarmee het vooralsnog ontbreken van een concrete begrenzing van de ecologische hoofdstructuur moet worden ondervangen. Aan de kritiek op de wetenschappelijke onderbouwing van het wetsvoorstel komt deze oplossing echter niet tegemoet. Kennelijk vindt de regering dat ook niet nodig, nu zij zelf, anders dan de Raad van State en verschillende kamerfracties, niet van mening is dat er aan die onderbouwing iets schort. Uiteindelijk wordt hiermee genoegen genomen. Het advies van de Raad van State heeft aan dit punt dus per saldo niets kunnen veranderen. Wel heeft de regering in dit advies en de parlementaire behandeling, aanleiding gezien om het wetsvoorstel, door wijziging van artikel 2, aan te passen. Het wetsvoorstel heeft hierdoor aan dui-

156 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 5, p. 16.

157 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, nr. 5, p. 16.

158 Kamerstukken I 2001-2002, 27 836, nr. 143a, p. 1, 2 en 4.

159 Kamerstukken I 2001-2002, 27 836, nr. 143b, p. 6.

160 Kamerstukken I 2001-2002, 27 836, nr. 143b, p. 17.

delijkheid gewonnen op het punt van de gebieden die als kwetsbaar gebied moeten worden aange-merkt.

4.2.1.2.5 Wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer

Twijfel over de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling, uitte de Raad van State ook in zijn advies over het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer. In dit geval komt deze twijfel voort uit het voornemen om een algemene regeling te treffen voor zaken die, naar het oordeel van de Raad, nog volop in ontwikkeling zijn. In het belang van een consistente benadering door de wetgever verdient de voorgestelde regeling daarom, volgens de Raad, verdere doordenking. Tegen deze achtergrond adviseert de Raad om de voorgestelde regeling in een experimenteerwet op te nemen zodat deze eerst op experimentele basis in de praktijk kan worden beproefd. Op basis van de opgedane ervaringen kan dan in een later stadium worden gezien of opname van een algemene regeling voor het elektronisch berichtenverkeer in de Awb op zijn plaats is. Mede in dit licht wordt voorgesteld het wetsvoorstel niet in te dienen dan nadat onder meer met dit punt rekening is gehouden.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering dit advies niet ter harte neemt. Anders dan de Raad, is de regering van mening dat het, in het licht van de voorgeschiedenis en de groeiende maatschappelijke behoefte aan een wettelijke regeling voor het elektronisch berichtenverkeer, juist van consistentie getuigt om niet eerst met een experimenteerwet te komen. Ter onderbouwing hiervan wordt erop gewezen dat de vraag of niet beter eerst met een experimenteerwet kan worden gewerkt al in de Tweede Kamer aan de orde is geweest bij de mondelinge behandeling van de nota Wetgeving Elektronische Snelweg.

‘Vanuit de Kamer werd echter uitdrukkelijk verzocht hiervan af te zien en meteen een definitieve wettelijke regeling tot stand te brengen. De minister van Justitie deelde dit standpunt en heeft toen toegezegd een meer definitieve regeling tot stand te brengen’.¹⁶¹

De regering wijst er verder op dat op veel maatschappelijke terreinen behoefte is aan een wettelijke regeling.

‘Men vraagt om houvast voor de hoofdlijnen’.¹⁶²

Van belang is hiernaast dat verschillende departementen dit wetsvoorstel al gebruiken als algemeen model bij de voorbereiding van nieuwe bijzondere bestuurswetgeving en dat verschillende adviesinstanties, waaronder de Raad voor het Openbaar Bestuur, de komst van een wettelijke regeling over dit onderwerp hebben toegejuicht.

Afgezien van deze argumenten die beogen te onderstrepen dat de benadering van de wetgever op dit punt wel degelijk consistent is, worden ook argumenten aangevoerd die de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling op een ander punt raakt. Opgemerkt wordt namelijk ook dat het gevaar van experimenteren is dat verschillende overheidsinstanties op verschillende niveaus daardoor worden gedwongen om zelf het wiel uit te vinden. Hierdoor kunnen onderling grote verschillen gaan ontstaan. Dat komt de uniformiteit niet ten goede. Bovendien kan dit tot gevolg hebben dat, wanneer er later toch een definitieve wet tot stand komt, uiteenlopende praktijken ten dele weer zullen moeten worden beëindigd omdat zij niet stroken met de dan geldende wettelijke kaders.

‘Dat is niet efficiënt en lijkt dan ook de omgekeerde volgorde. Het ligt daarom veel meer in de rede om nu reeds randvoorwaarden in een wettelijk kader vast te leggen zodat van begin af aan op hoofdlijnen eenheid ontstaat voor het bestuurlijk elektronisch verkeer’.¹⁶³

161 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 12. Op dit punt is er samenhang met de eis van uitvoerbaarheid. Zie daarvoor nader paragraaf 6.2.2.2.

162 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 12.

163 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 13.

Uit dit betoog kan worden opgemaakt, dat de regering, anders dan de Raad van State, van oordeel is dat de voorgestelde regeling wel een geschikt en doeltreffend middel is voor de verwezenlijking van het beoogde doel: het creëren van houvast op hoofdlijnen over het bestuurlijk elektronisch verkeer.

Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat de kamerfracties verdeeld zijn over dit onderwerp. Sommige fracties delen de mening van de regering dat er niet eerst moet worden geëxperimenteerd. Om rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid te voorkomen moet er een algemeen kader komen waarin de nodige waarborgen voor het bestuurlijk elektronisch verkeer zijn vastgelegd. Het gebruik van deze vorm van communicatie tussen overheid en burger moet niet aan de wisselwerking van de praktijk en de jurisprudentie worden overgelaten.¹⁶⁴ Refererend aan het advies van de Raad van State betwijfelen andere kamerfracties of de voorgestelde codificatie in een algemene regeling wel een geschikt middel is om de rechtszekerheid te waarborgen. Zo blijft daarin bijvoorbeeld onduidelijk in welke gevallen elektronisch verkeer gelijk wordt gesteld aan schriftelijk verkeer. Opgemerkt wordt dat het kennelijk de bedoeling is dat die duidelijkheid zich in de praktijk ontwikkelt. Maar is dat niet in tegenspraak met het voornemen om meteen tot codificatie over te gaan? Tegen deze achtergrond wordt de regering verzocht om een nadere beschouwing te geven over het verschil in rechtszekerheid die kan ontstaan door onzekerheden die voortvloeien uit een experimenteerfase, zoals door de Raad van State wordt voorgestaan, en de rechtsonzekerheid die kan voortkomen uit onzekerheden die in de voorgestelde codificatie liggen besloten.¹⁶⁵

In de nota naar aanleiding van het verslag gaat de regering inderdaad in op dit verzoek. Het belang van een algemene wettelijke regeling wordt daarbij nogmaals benadrukt. Als niet tijdig een algemene voorziening wordt getroffen die randvoorwaarden stelt aan het bestuurlijk elektronisch verkeer, zal de bestuurspraktijk vrijwel zonder enig kader aan de slag moeten gaan en zelf op verschillende terreinen en op verschillende manieren het wiel moeten gaan uitvinden.

‘Een experimenteerfase leidt dan ook tot onzekerheden bij de burgers die met onnodige verschillen in de bestuurspraktijk zullen worden geconfronteerd. Zonder algemene wettelijke voorzieningen staan de waarborgen van betrokkenen niet vast’.¹⁶⁶

Volgens de regering zal slechts bij hoge uitzondering onduidelijk zijn wanneer elektronisch verkeer gelijk gesteld kan worden aan conventioneel verkeer.

‘Voor de vraag wanneer elektronisch verkeer gelijk gesteld kan worden aan papieren verkeer, geeft dit wetsvoorstel een duidelijke maatstaf: de elektronische weg dient functioneel equivalent te zijn. Dit betekent dat met de elektronische weg in beginsel minstens dezelfde functies moeten kunnen worden gerealiseerd als met de conventionele weg. In de praktijk zal dit in veruit de meeste gevallen geen probleem zijn. Dat de toepassing van deze maatstaf in bijzondere gevallen op het eerste gezicht niet tot een eenduidig antwoord zal leiden, doet aan de duidelijkheid en het belang van deze maatstaf op zichzelf niet af’.¹⁶⁷

Verder wordt nogmaals onderstreept dat het wetsvoorstel een algemeen kader biedt dat, waar differentiatie nodig is, in bijzondere regels kan worden uitgewerkt.

‘Wij zijn van mening dat deze algemene kaders ook bij eventuele experimenten zouden moeten gelden. De nadere uitwerking door bestuursorganen dient binnen de kaders van deze wet te geschieden. Met een dergelijke regeling is het de moeite waard op het vlak van wetgeving een zekere voorsprong te nemen en is aan een experimenteerwet geen behoefte meer’.¹⁶⁸

Opnieuw blijkt uit deze passages dat de regering van mening is dat de voorgestelde regeling een geschikt en doeltreffend middel is om het beoogde doel (meer houvast bieden bij het gebruik van elek-

164 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 1 en 3.

165 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 2 en 3.

166 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 2.

167 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 2. Zie hierover ook par. 5.2.2.3.

168 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 3.

tronisch verkeer tussen burger en overheid) te realiseren. De door de Raad van State geuite twijfel hierover wordt door de regering niet gedeeld. Het advies van de Raad van State om, mede vanuit het oogpunt van doeltreffendheid, voor een andere aanpak te kiezen wordt dan ook niet overgenomen.

4.2.1.2.6 Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

In zijn advies over het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur liet de Raad zich eveneens kritisch uit over de doeltreffendheid van de daarin voorgestelde verplichte invoering van een dualistisch systeem voor alle gemeenten. Naar het oordeel van de Raad is dat een stap in het ongewisse waarvan de effectiviteit kan worden betwijfeld. In dit verband wijst de Raad er in het bijzonder op dat de verplichte invoering van een dergelijke systeem een ingrijpende wijziging behelst waarvan de effecten onbekend zijn en waarvan bovendien niet is aangetoond dat dit de juiste remedie is voor de problemen die men daarmee denkt op te lossen. Het voorgestelde stelsel is immers nog nergens naar behoren beproefd. Voor de Raad is dit een belangrijke reden om te adviseren het wetsvoorstel niet in deze vorm in te dienen. De Raad stelt hiernaast de manier waarop het wetsvoorstel het burgemeestersambt wil versterken aan de orde. Aan de burgemeester worden daartoe nieuwe bevoegdheden toegekend, maar deze hebben, naar het oordeel van de Raad, voornamelijk een symbolische betekenis en, voor zover dat niet het geval is, zijn zij problematisch door de moeilijke positie waarin de burgemeester zich bevindt. Hij is namelijk zowel voorzitter van de gemeenteraad als van het college. De positie van de burgemeester zal, volgens de Raad, niet wezenlijk worden versterkt op de in het wetsvoorstel voorgestelde manier. Voor de Raad is dit een reden om te adviseren de onderdelen over de positie van de burgemeester te schrappen.

De regering deelt de mening van de Raad over deze twee punten niet. In het nader rapport wordt dit ten eerste onderbouwd door erop te wijzen dat het wetsvoorstel overeenkomt met het advies van de Staatscommissie Dualisme en Lokale Democratie en eveneens aansluit op ontwikkelingen die al gaande zijn naar aanleiding van de met dit advies gegeven Vernieuwingsimpuls. Volgens de regering beginnen de activiteiten die in het kader van die impuls zijn ondernomen inmiddels hun vruchten af te werpen. Behalve op het rapport van de commissie ‘Bleker’ over de mogelijkheden tot vernieuwing van de bestaande provinciaal politiek-bestuurlijke structuur, wordt in dit verband bijvoorbeeld gewezen op de vele initiatieven van gemeenten in de sfeer van de vernieuwingsimpuls. Vooruitlopend op wetgeving, overwegen verschillende gemeenten bijvoorbeeld al om het huidige commissiestelsel drastisch te herzien en de wethouder al vast meer op afstand van de fractie te zetten. Veel gemeenten experimenteren hiernaast al met een raadslid als voorzitter van de raadscommissie.¹⁶⁹

Met dit betoog lijkt de regering te willen aangeven dat het wetsvoorstel, anders dan de Raad meent, geen stap in het ongewisse is en bovendien wel degelijk voorziet in een oplossing voor problemen die op het terrein van de lokale democratie spelen. Dat wordt echter niet expliciet gezegd. Op de vraag van de Raad van State of het wetsvoorstel wel de juiste remedie is voor die problemen wordt in het nader rapport dus niet rechtstreeks gereageerd. Tijdens de parlementaire behandeling wordt de regering opnieuw aangesproken op dit punt. Refererend aan het advies van de Raad van State stellen twee fracties zich op het standpunt dat er geen enkele aanwijzing is dat invoering van een dualistisch lokaal bestuur een oplossing voor de geconstateerde problemen zou bieden. De Raad van State noemde het wetsvoorstel niet voor niets een stap in het ongewisse, zo wordt gesteld. Gesteund door de kritiek van de Raad van State vragen deze fracties de regering om hierop expliciet te reageren.¹⁷⁰ Daarnaast wordt ook gevraagd om dieper in te gaan op het door de Raad van State in het verlengde hiervan aangevoerde punt dat de haalbaarheid van de hele operatie onder druk komt te staan doordat de dualistische bestuursstructuur de experimenteerfase nog niet zou zijn ontgroeid. Met het oog hierop wordt de regering verzocht te rapporteren over de ervaringen die tot nu toe met de vernieuwingsimpuls zijn opgedaan. Het gaat hier immers om een ingrijpende stelselherziening die met de nodige zorgvuldigheid moet worden voorbereid.¹⁷¹

169 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 5.

170 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 7 en 8.

171 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 15 en 16.

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt, in antwoord hierop, opnieuw aangeknoopt bij de bevindingen van de Staatscommissie om de voorgestelde regeling te rechtvaardigen.

‘De conclusie van de Staatscommissie was dat er geen verdere mogelijkheden meer zijn om binnen het huidige overwegend monistische formele stelsel bevredigende oplossingen te vinden voor de door haar gesignaleerde hoofdproblemen van de lokale democratie. Deze visie van de Staatscommissie wordt door de regering gedeeld’.¹⁷²

Hieraan wordt toegevoegd dat de door de Staatscommissie voorgestelde oplossingen naar verwachting ook zullen leiden tot een oplossing van die problemen. Nu het hierbij, naast een tanende belangstelling van de burger voor de lokale politiek en een gebrek aan herkenbaarheid van het gemeentebestuur, vooral gaat om onduidelijkheid over de rolverdeling tussen de gemeentelijke bestuursorganen, wordt daarbij veel verwacht van de verduidelijking van die rolverdeling, waarin het wetsvoorstel voorziet.

‘Door middel van dualisering van het gemeentebestuur, waaraan dit wetsvoorstel een belangrijke bijdrage levert, worden de rollen van de verschillende actoren in de gemeentepolitiek verduidelijkt. Deze rolverdeling leidt tot een grotere transparantie, hetgeen een essentiële voorwaarde is voor de publieke verantwoording en de publieke controle’.¹⁷³

De regering geeft aldus een oordeel over de te verwachten doeltreffendheid van de voorgenomen regeling. Daarbij wordt echter wel een paar slagen om de arm gehouden. Zo wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat

‘de Staatscommissie aannemelijk heeft gemaakt dat de door haar voorgestelde wijzigingen waarschijnlijk het beoogde positieve effect zullen hebben. Absolute zekerheid kon daarbij uiteraard niet worden geboden. (...) Uiteraard zal de aanpassing aan het nieuwe systeem de nodige tijd en inspanning vergen. Ik heb (niettemin) goede hoop dat het aanpassingsproces succesvol zal zijn’.¹⁷⁴

‘Voor mijn reactie op de kritiek van de Raad van State verwijs ik de leden naar het nader rapport. Daarin wordt ingegaan op de ontwikkeling in de richting van een meer dualistisch bestel, zoals die de afgelopen jaren al heeft plaatsgevonden’.¹⁷⁵

Aan de vraag om nadere duidelijkheid te verschaffen over al eerder opgedane ervaringen wordt echter niet geheel en al voorbijgegaan. Daarover wordt namelijk het volgende gezegd:

‘In de voortgangsrapportage van 2001 is een beeld geschetst van de stand van zaken in de Vernieuwingsimpuls en op het gebied van de dualisering. Ik beoordeel de voortgang van het vernieuwingsproces in gemeenten als positief. Op dit moment is het nog te vroeg om een oordeel te vellen over de experimenten die in de gemeenten hebben plaatsgevonden. De eerste fase van het project is immers nog niet afgerond’.¹⁷⁶

Dit antwoord blijkt echter weinig bevredigend te zijn. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer komen verschillende fracties dan ook opnieuw terug op dit punt. In lijn met het advies van de Raad van State, maar zonder dat daaraan expliciet wordt gerefereerd, wordt dit verband onder meer gesteld dat er nog veel onzekerheden blijven bestaan over de werkelijke effecten van de invoering van een dualistische bestuursstructuur bij alle gemeenten. De regering wordt tegen achtergrond nogmaals gevraagd om duidelijk aan te geven welke bijdrage het wetsvoorstel nu precies levert aan de oplossing van de geconstateerde problemen. Verder wordt nogmaals de vraag opgeworpen of een gefaseerde invoering van deze complexe operatie niet verstandiger is. Ook wordt de regering nogmaals verzocht een overzicht te geven van de opgedane ervaringen met een dualistische bestuurs-

172 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 3.

173 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 4.

174 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 3 en 4.

175 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 15.

176 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 15.

structuur. Kan de regering daarbij tevens aangeven in welk type gemeente deze nieuwe bestuursvorm is aangeslagen en in welke type gemeente niet?¹⁷⁷

In de Memorie van Antwoord wordt op deze vragen uitvoeriger ingegaan dan in de daaraan voorafgaande stukken. Dit neemt overigens niet weg dat de regering bij het standpunt blijft dat de voorgestelde regeling een effectieve bijdrage kan leveren aan de noodzakelijk geachte modernisering van de gemeentepolitiek.

‘Hoewel het inderdaad juist is dat ook nu al, onder het vigerende overwegend monistische stelsel, veel aan bestuurlijke vernieuwing wordt gedaan, wijs ik er met nadruk op dat een aantal belangrijke en noodzakelijke moderniseringën niet tot stand komt binnen de huidige monistische structuur. (...) Het nu voorliggende wetsvoorstel schept de institutionele randvoorwaarden voor een blijvende cultuurverandering in alle gemeenten. (...) Als gevolg van dit wetsvoorstel zal het gemeentebestuur inzichtelijker en transparanter worden. (...) De voorgestelde wijzigingen van de structuur van het gemeentebestuur zal leiden tot eerder genoemde cultuuromslag, waardoor vervolgens de rollen van zowel de raad als het college aan duidelijkheid zullen winnen’.¹⁷⁸

Verwacht wordt dat deze rolverduidelijking tot gevolg zal hebben dat

‘het politieke profiel van elk van de gemeentelijke bestuursorganen afzonderlijk, en daardoor ook van het gemeentebestuur als geheel, scherper zal worden’.¹⁷⁹

Verwacht wordt ook dat deze

‘verduidelijking van de rollen van het college en de raad zal leiden tot een grotere herkenbaarheid van deze organen bij de burgers. (...) Door de duidelijker rollen van raad en college zal ook de gemeentelijke politiek als geheel aan herkenbaarheid winnen’.¹⁸⁰

Uit deze uitlatingen blijkt, dat de regering, anders dan de Raad van State en enkele kamerfracties, van oordeel is dat de voorgestelde regeling een geschikt en doeltreffend middel is om bestaande problemen op te lossen. Om die reden betoont de regering zich ook geen voorstander van een gefaseerde invoering waarbij eerst in bepaalde gemeenten ervaring wordt opgedaan met een dualistische bestuursstructuur. Hierover wordt opgemerkt dat

‘onder auspiciën van de Staatscommissie uitvoerig onderzoek is verricht naar het feitelijk functioneren van gemeenten en over de waarschijnlijke gevolgen van bepaalde dualiserende maatregelen op dat feitelijk functioneren. Mede op basis van deze onderzoeksresultaten heeft de Staatscommissie zorgvuldige afwegingen gemaakt; afwegingen die uitvoering zijn uitgewerkt in haar rapport. De bedoelde afwegingen zijn over het algemeen soms met enkele nuanceringen door de regering gevolgd en hebben geleid tot dit wetsvoorstel. Ik wijs er verder op dat ook in het kader van de Vernieuwingsimpuls de afgelopen maanden veel praktische ervaring is opgedaan met dualiserende maatregelen. Ik zie dan ook geen aanleiding om de thans gevolgde wetgevingsstrategie ter discussie te stellen’.¹⁸¹

Impliciet geeft de regering hiermee te kennen dat invoering van een dualistische bestuursstructuur in ieder geval door de regering niet als een stap in het ongewisse wordt gezien.

Uiteindelijk wordt ook het gevraagde overzicht van de ervaringen die al met die structuur zijn opgedaan, gegeven. Tevens wordt ingegaan op de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of de beoogde vernieuwing in de richting van dualisme wel of niet aanslaat. Opgemerkt wordt hierbij dat

177 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10a, p. 3, 4 en 7.

178 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 3.

179 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 6.

180 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 8.

181 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 4.

‘wat duidelijk naar voren komt, is dat niet de grootte of de regio waarin de gemeente ligt bepalend zijn, maar dat het met name de cultuur van een bepaalde gemeente is die doorslaggevend is voor het slagen van de vernieuwing’.¹⁸²

Nadat daarvoor ook een aantal bepalende elementen zijn genoemd wordt de discussie over dit punt gesloten.

Ten aanzien van de kritiek van de Raad van State over de manier waarop het wetsvoorstel de positie van de burgemeester wil versterken, houdt de regering eveneens voet bij stuk. In het nader rapport wordt hierover het volgende opgemerkt:

‘Het voorstel van de Raad om (...) onderdelen van het wetsvoorstel die ten doel hebben om de positie van de burgemeester te versterken, te schrappen, heb ik niet overgenomen. De versterking van de positie van de burgemeester vormt een belangrijk onderdeel van onderhavig voorstel dat hier, anders dan de Raad meent, niet los van kan worden gezien. De versterking van deze positie betreft in de eerste plaats een versterking van zijn procesrol om als voorzitter van het college de eenheid van het collegebeleid in het oog te houden. In een stelsel waarin bestuursbevoegdheden worden geconcentreerd bij het college is behoud en vooral versterking van het beginsel van collegiaal bestuur van grote waarde. De burgemeester is de eerst aangewezen persoon om de eenheid van het beleid van het college te handhaven en te bevorderen. Ik acht het dan ook van belang dat deze procesrol expliciet in de Gemeentewet wordt verankerd’.¹⁸³

Aan de kern van de kritiek van de Raad dat dit vooral symbolische betekenis heeft omdat deze taak ook zonder wettelijke regeling al tot de natuurlijke bevoegdheden van de voorzitter van het college behoort, wordt daarmee in wezen voorbij gegaan.

Dat geldt ook voor het symbolische karakter van andere nieuwe taken, zoals de taak om toe te zien op een zorgvuldige afhandeling van bezwaarschriften. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de volgende opmerking in het nader rapport:

‘Ik deel niet de mening van de Raad dat het toebedelen aan de burgemeester van de taak om toe te zien op een zorgvuldige behandeling van bezwaarschriften vooral symbolisch is. In dit verband merk ik op dat deze taak aan de burgemeester wordt toegekend in zijn hoedanigheid als zelfstandig orgaan van de gemeente en niet in die van voorzitter van het college’.

(...)

‘Het toezicht op een zorgvuldige behandeling van bezwaarschriften houdt geen inhoudelijke bemoeienis met de beslissing op het bezwaarschrift in. Het gaat hier louter om een procesmatige rol’.¹⁸⁴

Met deze opmerking wordt de kritiek van de Raad van State in wezen bevestigd. Het gros van de besluiten over bezwaarschriften zal immers worden genomen door het college. Zou de burgemeester op dit terrein een meer inhoudelijke taak worden toebedeeld dan zou dat niet goed stroken met het uitgangspunt van de bezwaarschriftprocedure dat het betrokken bestuursorgaan zelf tot een nieuwe beoordeling komt van een eerder genomen besluit.¹⁸⁵ Als voorzitter van het college is de burgemeester hierbij immers al betrokken.

In de verdere parlementaire behandeling wordt op dit punt echter niet nader ingegaan. Wel wordt meer in het algemeen betwijfeld of het wetsvoorstel wel daadwerkelijk bijdraagt aan versterking van de positie van de burgemeester. Zo worden vraagtekens geplaatst bij de dubbele rol die de burgemeester ook in het wetsvoorstel blijft houden en wordt eveneens opgemerkt dat de nieuwe bevoegdheden de burgemeester misschien wel een gezichtsbepalende functie geven, maar wel één met weinig échte bevoegdheden. Ondanks de nieuwe bevoegdheden blijft de burgemeester een hybride figuur. Het

182 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 13.

183 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 16.

184 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 16.

185 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 15.

wetsvoorstel geeft hem weliswaar een meer eigenstandige positie, maar in feite blijft de burgemeester met handen en voeten gebonden.¹⁸⁶ Hoewel deze kritiek aansluit bij de kritiek die de Raad van State in zijn advies bij dit wetsvoorstel heeft geuit, wordt hiernaar niet expliciet verwezen.

De regering is weinig onder de indruk van deze kritiek, zo blijkt uit de nota naar aanleiding van het verslag. Vastgehouden wordt aan de overtuiging dat de nieuwe bevoegdheden de positie van de burgemeester niet zullen verzwakken, maar eerder zullen versterken. Daartoe worden in wezen dezelfde argumenten aangevoerd:

‘De vrees voor verzwakking van de positie van de burgemeester deel ik niet. (...) De bedoelde nieuwe bevoegdheden passen prima in zijn rol van primus inter pares binnen het college. Deze bevoegdheden strekken er namelijk toe om het collegiaal bestuur te waarborgen. Het betreft overigens procesgericht bevoegdheden die niet als instrumenten voor verdergaande interventie kunnen worden beschouwd’.¹⁸⁷

Nu dit antwoord, zoals al eerder opgemerkt, in wezen aan de kern van de geuite kritiek voorbij gaat, is het niet echt verbazend dat de regering bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Eerste Kamer opnieuw wordt verzocht om nader in te gaan op dit punt. Wordt het, mede in het licht van de geuite twijfel of de positie van de burgemeester wel met de juiste instrumenten wordt versterkt, niet tijd om een samenhangende visie te formuleren over de toekomstige taken en bevoegdheden van de burgemeester?¹⁸⁸

De regering beantwoordt deze vraag ontkennend.

‘In het kabinetsstandpunt over het rapport van de Staatscommissie is toegezegd dat de ontwikkeling van de burgemeestersfunctie in binnen en buitenland aandachtig zal worden gevolgd. In het kader van deze toezegging vindt thans wetenschappelijk onderzoek plaats naar de ontwikkeling van de burgemeestersfunctie in een aantal met Nederland vergelijkbare Europese landen. De resultaten van dit onderzoek zal ik begin volgend jaar aan de Staten-Generaal doen toekomen. Ik zie geen aanleiding om daarnaast een visie te formuleren over de toekomstige taken en bevoegdheden van de burgemeester’.¹⁸⁹

Hoewel hierin op zich ook een reden zou kunnen worden gezien om definitieve beslissingen over deze kwestie nog even aan te houden, wordt nogmaals benadrukt dat het

‘de overtuiging van de regering is dat de nieuwe bevoegdheden de positie van de burgemeester zullen versterken’.¹⁹⁰

Dit keer wordt dit echter nader gemotiveerd door erop te wijzen dat de nieuwe bevoegdheden de burgemeester meer instrumenten geven om zijn dubbelrol ten aanzien van het voorzitterschap van raad en college te vervullen. Hieraan wordt toegevoegd dat van een goede burgemeester mag worden verwacht dat de verantwoordelijkheden die aan die dubbelrol zijn verbonden, weet te scheiden.

‘Scheiding van uiteenlopende verantwoordelijkheden en het vermogen om snel te wisselen van rol en gedrag zijn vaardigheden die in het opleidingsprogramma voor zittende burgemeesters nu al aandacht krijgen. In de toekomst wordt die nadruk nog eens versterkt via het voornemen om competentiegerichte trainingen aan te bieden’.¹⁹¹

Bovendien dragen de nieuwe bevoegdheden er, naar het oordeel van de regering, aan bij dat de positie van de burgemeester zowel binnen het college als in relatie tot de burger in inhoudelijk zin wordt ver-

186 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 42, 43 en 44.

187 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 60 en 61.

188 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10a, p. 26, 27 en 29.

189 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 55.

190 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 54.

191 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 54.

sterkt.¹⁹² Met deze opmerkingen wordt de discussie over dit punt afgesloten. Het advies van de Raad van State heeft dus in dit geval weinig effect gehad. Het heeft weliswaar gediend als inspiratiebron voor diverse kamerfracties, maar per saldo de regering niet op andere gedachten gebracht ten aanzien van de doeltreffendheid van dit onderdeel van het wetsvoorstel. Aanpassing van de regeling op dit punt heeft dan ook niet plaatsgevonden.

4.2.1.2.7 Wetsvoorstel Verbetering poortwachter

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat twijfel over de doeltreffendheid van een voorgenomen regeling ook kan voortvloeien uit het feit dat de reikwijdte of het toepassingsbereik van die regeling, naar het oordeel van de Raad van State, niet duidelijk genoeg is. Soms wordt geadviseerd om dit op te lossen door tot nadere regelgeving over te gaan. Dit deed zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van het wetsvoorstel Verbetering poortwachter. Onduidelijkheid over een aantal kernbegrippen van dit wetsvoorstel, zoals het begrip reïntegratie en het begrip passende arbeid, creëert volgens de Raad onduidelijkheid over de vraag waartoe werkgever en werknemer in dat kader nu precies verplicht zijn en dat kan, naar het oordeel van de Raad, aan het succes van het wetsvoorstel in de weg staan. Met het oog op de doeltreffendheid van de voorgenomen regeling beveelt de Raad daarom aan om hierover een nadere regeling op te nemen in het BW.

De regering legt deze aanbeveling naast zich neer, zo blijkt uit het nader rapport.

‘Het is op zich juist dat het wetsvoorstel niet volledig aangeeft wat de concrete verplichtingen zijn, doch de Raad verliest daarbij uit het oog dat in het wetsvoorstel wordt aangegeven dat deze bij ministeriële regeling nader omschreven zullen worden. De wet zelf is daarvoor geen goede plaats. Omdat de individuele situatie altijd meespeelt kunnen over de vraag aan welke voorwaarden adequate reïntegratie inspanningen moeten voldoen op het niveau van de wet geen zinvolle uitspraken worden gedaan’.¹⁹³

Anders dan de Raad stelt de regering zich hiermee op het standpunt dat wetgeving geen geschikt en doeltreffend middel is om nadere duidelijkheid te verschaffen. Anders dan de Raad vreest de regering niet dat het ontbreken van een wettelijke basis waarin de rechten en plichten worden vastgelegd, het succes van de voorgestelde regeling zal ondermijnen. Er wordt namelijk een alternatief aangereikt in de vorm van een ministeriële regeling waarin wordt omschreven wat minimaal van werkgever en werknemer wordt verwacht in de sfeer van de reïntegratiebevordering. Mocht dat onvoldoende zijn, dan kan altijd nog worden gezien of er in de praktijk behoefte is aan nuancering door middel van nadere regelgeving.¹⁹⁴

Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat de kous hiermee nog niet af is. Aanknopen bij het advies van de Raad van State wordt van verschillende kanten geopperd om de rechten en plichten van werkgever en werknemer in de sfeer van de reïntegratiebevordering en het aanbieden en aanvaarden van passende arbeid wel helder te definiëren in het BW.¹⁹⁵ De regering houdt echter voet bij stuk. Benadrukt wordt nogmaals dat reïntegratie maatwerk is en dat daarom van richtlijnen die randvoorwaarden geven over wat partijen in dit kader minimaal moeten doen, betere resultaten worden verwacht dan van absolute voorschriften. Aangegeven wordt verder dat de regels over het aanbieden en aanvaarden van passende arbeid zijn neergelegd in de jurisprudentie die is gevormd op basis van algemeen geformuleerde wettelijke bepalingen. Het ontbreekt dus niet aan regelgeving, maar eerder aan expertise bij de uitvoeringsinstellingen om daaraan adequaat uitvoering te geven. Het wetsvoorstel geeft een impuls om hierin verbetering te brengen. Behalve via de al genoemde ministeriële regeling, gebeurt dat door een rapportageplicht over de gepleegde inspanningen en de daaraan verbou-

192 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 54.

193 Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A, p. 6.

194 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 5-7. Op dit punt is er samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en haalbaarheid. Zie daarvoor nader paragraaf 6.2.2.6.

195 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 4, p. 2, 10, 11, 18 en 26- 27.

den sanctionering als onvoldoende inspanningen zijn gepleegd. Volgens de regering is dit voldoende om het succes van de voorgestelde regeling te waarborgen.¹⁹⁶

Dit standpunt stemt de Tweede Kamer echter niet tot tevredenheid. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat er verschillende amendementen worden ingediend die allen tot doel hebben te komen tot een nadere regeling in het BW van de rechten en plichten van werkgever en werknemer op het vlak van de reïntegratiebevordering en tot een nadere definiëring van het begrip passende arbeid in het BW.¹⁹⁷ Uiteindelijk leiden deze interventies vanuit de Tweede Kamer ook tot nadere regelgeving van deze punten in artikel 7: 658a en 7: 660a BW. Dit, tegen de zin van de regering, die blijft vasthouden aan haar standpunt dat nadere regelgeving in wezen niet nodig is. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de opmerking dat

‘de regering bij de behandeling van de onderhavige wetsvoorstel met de betrekking tot de amendementen (...) al heeft aangegeven, dat hetgeen de indieners van deze amendementen wilden bereiken, deels ook al voortvloeide uit de huidige bepalingen in het BW en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Zo geldt ook thans al dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden is een zieke werknemer passende arbeid aan te bieden en andere inspanningen te verrichten die redelijkerwijs van hem verlangd kunnen worden om de terugkeer naar het werk mogelijk te maken. Voor de werknemer geldt dat hij aangeboden passende arbeid moet aanvaarden en ook overigens zijn medewerking moet verlenen aan de inspanningen die de werkgever zich getroost om reïntegratie mogelijk te maken. Wat de definitie van het begrip passende arbeid betreft, zij opgemerkt dat deze omschrijving naar het oordeel van de regering wel meer duidelijkheid biedt, maar op zichzelf weinig toevoegt aan de verplichtingen zoals die uit de jurisprudentie reeds voortvloeien’.¹⁹⁸

Met dit betoog laat de regering zich impliciet uit over de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling. In feite wordt hiermee immers nog eens onderstreept dat die regeling, in de ogen van de regering, ook zonder nadere regelgeving al voldoende waarborgen omvatte om doeltreffend te kunnen zijn.

4.2.2 Doelmatigheid

4.2.2.1 Lasten voor burgers, bedrijven en instellingen

De vraag of de lasten die uit de voorgestelde regeling voortvloeien voor burgers, bedrijfsleven en instellingen wel te rechtvaardigen zijn met het oog op het doel van de voorgestelde regeling, is een belangrijk aspect van de beoordeling van de doelmatigheid van die regeling door de Raad van State. In de voor nader onderzoek geselecteerde adviezen vraagt de Raad met name in het wetsvoorstel Verbetering poortwachter aandacht voor dit aspect. Volgens de Raad kan dit wetsvoorstel namelijk gemakkelijk leiden tot een zekere onevenwichtigheid in de lastenverdeling tussen grote en kleine werkgevers enerzijds en tussen werkgever en zieke werknemers anderzijds.

Wat de eerste categorie betreft, is deze onevenwichtigheid, naar het oordeel van de Raad vooral terug te voeren op het feit dat grote werkgevers in het algemeen meer mogelijkheden zullen hebben om werknemers te reïntegreren in hun bedrijf dan kleine werkgevers. Die zullen immers meestal aangewezen zijn op mogelijkheden buiten het eigen bedrijf en daarbij de hulp van derden moeten inschakelen. Wat de tweede categorie betreft, wordt de door de Raad geconstateerde onevenwichtigheid in de lastenverdeling veroorzaakt door een aantal specifieke bepalingen in het wetsvoorstel. De Raad wijst in dit verband op het voorstel om, als er iets schort aan het reïntegratieverslag, de WAO-uitkering niet in behandeling te nemen, ook als dit schorten te wijten is aan een omstandigheid aan de kant van de werkgever waarop de werknemer geen invloed heeft. Werkgevers kunnen aan de andere kant evenzeer worden geconfronteerd met een sanctie in situaties waarop zij geen invloed kunnen uitoefenen. Als de werknemer bijvoorbeeld arbeidsongeschikt raakt door een sportblessure kan de loonbetalingsplicht onder omstandigheden niettemin worden verlengd. Met het oog hierop vraagt de Raad zich af of het voorstel om de loonbetalingsplicht te verlengen wel evenwichtig blijft bij arbeidsongeschiktheid die

196 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 23 en 38.

197 Zie daarvoor Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 7, nr. 10, nr. 13 en nr. 14.

198 Kamerstukken I 2001-2002, 27 678, nr. 37a, p. 17.

niets met het werk te maken heeft. Nu uit niets blijkt dat de wetgever met deze aspecten heeft rekening gehouden, adviseert de Raad, mede hierom, om het wetsvoorstel niet in deze vorm in te dienen.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering de zorg van de Raad op deze punten niet deelt. Wat het eerste kritiekpunt betreft wordt ter ondersteuning hiervan aangevoerd dat

‘het kabinet vanzelfsprekend onderkent dat in een deel van de gevallen terugkeer tot het oude werk of de oude werkgever niet mogelijk zal zijn. Het is dan echter zaak de terugkeer naar arbeid bij een andere werkgever krachtig ter hand te nemen en (voorzover de beperkingen en mogelijkheden van de werknemer dat toelaten) een bemiddelingstraject te starten. (...) De wet verlangt niet dat kleine werkgevers dit zelf doen. Onder de huidige wetgeving is de bemiddeling naar ander werk een taak van de uvi. Na SUWI zal de werkgever zich bij zijn reïntegratietaak moeten laten bijstaan door een reïntegratiebedrijf. Op deze wijze kan elke werkgever, groot of klein, zijn reïntegratietaak met behulp van een professionele organisatie gestalte geven’.¹⁹⁹

Op dit punt wordt bij de verder behandeling van het wetsontwerp niet meer ingegaan. Dit, terwijl de kritiek van de Raad van State met deze argumentatie in wezen niet wordt weerlegd. Het punt is namelijk dat kleine werkgevers, anders dan grote werkgevers, veelal een professionele organisatie zullen moeten inschakelen om aan de reïntegratieverplichtingen te kunnen voldoen. Nu daaraan kosten zijn verbonden brengt dit voor kleine werkgevers een extra belasting mee die niet in gelijke mate ook op grote werkgevers drukt. Of en zo ja dit onderscheid tussen grote en kleine werkgevers in het licht van de doelstelling die met het wetsontwerp wordt beoogd wel te rechtvaardigen is, wordt niet nader toegelicht. Aan de door de Raad van State geuite zorg op dit punt wordt dus voorbij gegaan.

Over het tweede punt van zorg die de Raad van State in zijn advies uitte, wordt opgemerkt dat in situaties waarin er iets schort aan het reïntegratieverslag door omstandigheden waarop de werknemer geen invloed kan uitoefenen, de werknemer een onvolledige WAO-aanvraag mag indienen. Anders dan de Raad veronderstelt, wordt de WAO-aanvraag dan wel in behandeling genomen en is er van onevenwichtigheid in de lastenverdeling dus geen sprake.

‘Uitgangspunt is dat een werknemer niet de dupe mag worden van een werkgever die zijn verplichtingen in het kader van dit wetsvoorstel niet nakomt. Slechts als werkgever én werknemer zonder deugdelijke grond allebei hun verplichtingen met betrekking tot het reïntegratieverslag niet nakomen of niet volledig zijn nagekomen, wordt ingevolge dit wetsvoorstel de WAO-aanvraag niet in behandeling genomen’.²⁰⁰

Met deze opmerking lijkt de verantwoordelijke staatssecretaris te suggereren dat de zorg van de Raad van State op dit punt voortkomt uit een onjuiste interpretatie van het wetsvoorstel. De zaak is daarmee afgedaan. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wordt hierop niet meer teruggekomen.

Op het derde door de Raad van State naar voren gebrachte punt wordt min of meer op dezelfde manier gereageerd. Opgemerkt wordt dat

‘de vraag of het verzuim al dan niet aan het werk gerelateerd is in het Nederlandse sociale verzekeringsstelsel niet relevant is. Kern is dat ook als de werkgever niets te verwijten valt met betrekking tot het intreden van de ziekte van de werknemer, hij nog steeds de meest aangewezen persoon is om de reïntegratie van betrokkene te bevorderen. Uit onderzoek is immers gebleken dat de meeste werkhervattingen bij de eigen werkgever plaatsvinden’.²⁰¹

Met deze opmerking lijkt de verantwoordelijke staatssecretaris zich op het standpunt te stellen dat, voor zover het niet maken van een onderscheid tussen arbeidsgebonden en niet arbeidsgebonden arbeidsongeschiktheid tot onevenwichtigheid in de lastenverdeling leidt, dit voortvloeit uit de wetsyste-

199 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 7 en 8.

200 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 9.

201 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 7 en 8.

matiek en om die reden te rechtvaardigen is. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel worden hiervoor geen nadere vragen gesteld. Ook dit punt is daarmee afgedaan.

In de sfeer van de lastenverdeling, en daarmee van de doelmatigheid van de voorgestelde regeling, worden overigens wel andere vragen gesteld, die niet in het advies van de Raad van State zijn aangekaart. Zo wordt de regering van verschillende kanten verzocht om de geraamde lasten die de voorgestelde regeling naar verwachting voor werkgevers zal meebrengen, nader te onderbouwen. Volgens een aantal kamerfracties zijn in die raming namelijk ten onrechte een aantal kostenposten buiten beschouwing gelaten en ontbreekt bovendien een cijfermatige onderbouwing van de stelling dat eventuele extra kosten zullen worden gecompenseerd door een toenemende efficiëntie, kennis en slagvaardigheid van de Arbo-diensten bij de begeleiding van langdurig zieken.²⁰² In de nota naar aanleiding van het verslag wordt hierover opgemerkt dat

‘het niet voor de hand ligt om de eventuele extra kosten die nu gaan ontstaan mee te nemen in de berekening van het wetsvoorstel. Evenmin worden immers de baten die bij werkgevers neerslaan, zoals minder loonbetaling bij ziekte en minder PEMBA-premie, opgevoerd’.²⁰³

Kennelijk zijn de kamerfracties tevreden met deze argumentatie. In de verdere behandeling van het wetsvoorstel komt dit punt namelijk niet terug. Ten aanzien van het verzoek om cijfermatige onderbouwing van de stelling dat eventuele extra kosten worden gecompenseerd door toegenomen efficiëntie bij de Arbo-diensten, wordt volstaan met de opmerking dat deze stelling met een goed voorbeeld kan worden onderbouwd. Vervolgens wordt aangegeven dat

‘de Stichting BZG-wegvervoer een naar veler mening uitstekend contract heeft met arbodiensten, waarbij voor een prijs die ligt in de orde van grootte van de gemiddelde uitgaven in Nederland per werknemer per jaar, uitgebreide reïntegratie diensten in het pakket zijn opgenomen. Het kan blijkbaar goed zonder verhoging van de gemiddelde kosten’.²⁰⁴

Hoewel kan worden betwijfeld of met dit voorbeeld wel de cijfermatige onderbouwing wordt gegeven waar om werd gevraagd, komt ook dit punt niet terug in de verdere parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Ook deze kous is daarmee af.²⁰⁵

4.2.2.2 Lasten voor de overheid

De eis van doelmatigheid brengt mee dat de wetgever niet alleen oog moet hebben voor de lasten die de voorgestelde regeling mogelijkwerijs meebrengt voor burger, bedrijfsleven en instellingen, maar ook voor de lasten die uit die regeling kunnen voortvloeien voor de overheid. Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de Raad van State er niet altijd van overtuigd is dat aan deze eis is voldaan. Drie van de adviezen waarin met name aan dit aspect werd gerefereerd zijn voorwerp van nader onderzoek, namelijk het wetsvoorstel Dualisering gementebestuur, het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering en het wetsvoorstel Markt en overheid. Hoe hebben regering en parlement gereageerd bij de kanttekeningen die de Raad van State in zijn adviezen bij deze wetsvoorstellen heeft gemaakt over de manier waarop de wetgever rekening heeft gehouden met de daaruit voortvloeiende lasten voor de overheid?

202 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 4, p. 34 en 36.

203 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 51.

204 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 5, p. 51.

205 Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel werd overigens ook de onderbouwing van andere lasten aan de orde gesteld, zoals de geraamde uitvoeringslasten en de geraamde belasting voor de rechterlijke macht. Ook die lasten zouden volgens verschillende kamerfracties veel hoger zijn dan in het wetsvoorstel wordt voorgesteld: Zie daarvoor nader: Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, nr. 4, p. 33-35 en nr. 5, p. 46, 48 en 50-52. Nu dit punt niet expliciet aan de orde is gesteld in het advies van de Raad van State blijft dit punt hier verder buiten beschouwing.

4.2.2.2.1 Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

In zijn advies bij het wetsontwerp Dualisering gemeentebestuur vroeg de Raad van State expliciet aandacht voor de afweging die de wetgever heeft gemaakt met betrekking tot het takenpakket dat de verplicht in te voeren gemeentelijke rekenkamer moet gaan uitvoeren. Zijn de lasten die voortvloeien uit dit takenpakket wel te rechtvaardigen met het oog op het doel dat met daarmee wordt beoogd? Naar het oordeel van de Raad van State is dit niet geval. Volgens de Raad zou deze rekenkamer zich primair bezig moeten houden met de financiële aspecten van het gevoerde beleid en niet, zoals wordt voorgesteld, van rechtswege moeten worden belast met een onderzoek naar de doeltreffendheid van gevoerde beleid. Uitvoering van die taak kan namelijk niet direct tot de deskundigheid van deze rekenkamer worden gerekend en bovendien behoort het onderzoek naar de doeltreffendheid van het gemeentelijk beleid, naar het oordeel van de Raad, bij uitstek tot de politieke controletaak van de gemeenteraad. Zou de rekenkamer van rechtswege worden belast met een onderzoek naar de doeltreffendheid van het gevoerde beleid, dan kan dit gevolg hebben dat de rekenkamer de positie van de gemeenteraad op dit punt gaat overnemen. Geadviseerd wordt daarom om vast te houden aan de huidige praktijk waarin het aan de gemeenteraad is om, als onderdeel van zijn controletaak, de doeltreffendheid van het beleid zelf te onderzoeken op basis van door het college van burgemeesters en wethouders verstrekte gegevens. Indien gewenst kan de gemeenteraad daarbij gebruik maken van de rekenkamer of van een andere commissie, bijvoorbeeld om over bepaalde kwesties nader onderzoek naar de feiten in te stellen.

Dit advies wordt niet opgevolgd, zo blijkt uit het nader rapport. Ter onderbouwing hiervan wijst de verantwoordelijke minister erop dat hij

‘anders dan de Raad niet bang is dat het feit dat de rekenkamer tot taak krijgt onder meer doeltreffendheidsonderzoek te doen, kan betekenen dat de rekenkamer de rol van de raad op dit punt feitelijk gaat overnemen. De raad houdt hier een eigen verantwoordelijkheid. Dat doet echter aan de wenselijkheid van een onafhankelijk onderzoek naar de doeltreffendheid niet af. Met de rekenkamer van Rotterdam zijn op dit punt inmiddels ook goede ervaringen opgedaan. De rekenkamer kan zodoende de raad juist ondersteunen’.²⁰⁶

Uit deze argumentatie blijkt dat de Raad van State en de regering op dit punt verschillen van mening. Daar waar de Raad vanuit een doelmatigheidsoogpunt adviseert om de voorgestelde regeling anders te redigeren, houdt de verantwoordelijke minister juist aan de voorgestelde regeling vast. Dit, op grond van de verwachting dat het door de Raad gesignaleerde gevaar ten aanzien van de doelmatigheid van de voorgestelde regeling zich niet zal voordoen. De ervaring leert immers dat het bestuurlijk apparaat van de voorgestelde regeling eerder profijt dan een extra belasting zal ondervinden.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wordt dit punt niet nader aan de orde gesteld. Wel worden er meer in het algemeen vragen gesteld over de wenselijkheid van de invoering van een verplichte gemeentelijke rekenkamer.²⁰⁷ Dat is echter een ander punt dan het punt waarvoor de Raad van State in het kader van de doelmatigheid van de voorgenomen regeling aandacht vroeg. Om die reden blijven de passages over de wenselijkheid van de instelling van een verplichte gemeentelijke rekenkamer hier verder buiten beschouwing.

4.2.2.2.2 Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering

In zijn advies bij het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering vroeg de Raad van State zich af of de procedurele lasten die voortvloeien uit de manier waarop dit wetsvoorstel gestalte beoogt te geven aan de doelstelling om speciaal onderwijs evenwichtig te spreiden over het hele land, wel te rechtvaardigen zijn. Om deze doelstelling te realiseren kunnen speciale scholen nevenvestigingen oprichten en leerlingen opnemen die eigenlijk tot een andere onderwijssoort zijn toegelaten. Volgens de

206 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 19.

207 Zie daarvoor nader Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 4, p. 44-46, nr. 5, p. 61-63, nr. 10a, p. 29 en 30 en nr. 10b, p. 60.

Raad wordt de besluitvorming hierover echter afhankelijk gemaakt van de instemming van een te groot aantal instanties. Zo moet het Regionale Expertise Centrum (REC) daarover overeenstemming bereiken met alle schoolbesturen van het REC en met alle aangrenzende REC's. Gaat het om een nevenvestiging, dan moet bovendien overeenstemming worden bereikt met de gemeente waarin die nevenvestiging zal worden gevestigd. Vanuit een oogpunt van doelmatigheid dient deze procedure, naar het oordeel van de Raad, te worden herzien.

In het nader rapport stelt de verantwoordelijke staatssecretaris zich echter op het standpunt dat het niet wenselijk is om de procedure te vereenvoudigen.

‘Voor deze zorgvuldige procedure is gekozen om te waarborgen dat alle in het geding zijnde belangen goed kunnen worden afgewogen en om te voorkomen dat er fricties tussen scholen en de REC's gaan ontstaan’.²⁰⁸

Met deze opmerking geeft de verantwoordelijke staatssecretaris aan dat bij de keuze van de gekozen procedure een afweging is gemaakt en dat bij die afweging het belang van een zorgvuldige procedure zwaarder heeft gewogen dan het belang van een lichtere procedure die met minder waarborgen is omkleed. De staatssecretaris geeft daarmee te kennen dat de voorgestelde procedure wel degelijk in verhouding staat tot het daarmee nagestreefde doel en vanuit het oogpunt van doelmatigheid dus te rechtvaardigen is. De mening die de Raad hierover heeft geventileerd wordt derhalve niet gedeeld. Een rol hierbij speelt ook dat

‘de totale periode tussen het indienen van een verzoek tot opnemning van een nevenvestiging in het plan en de uiteindelijke ingangsdatum van de bekostiging weliswaar anderhalf jaar bestrijkt, maar dat de goedkeuringsbeslissing van de minister dan al minimaal acht maanden bekend is’.²⁰⁹

Ook door deze regeling wordt de eventuele belasting die uit de voorgestelde regeling voortvloeit voor het overheidsapparaat, naar het oordeel van de staatssecretaris, gerelativeerd.

Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat deze redenering voor een aantal kamerfracties niet echt overtuigend is. Het door de Raad van State aan de orde gestelde punt dat wel erg veel partijen moeten instemmen met de oprichting van een nevenvestiging, komt daarom dan ook terug. Dit, evenwel zonder expliciet te refereren aan het advies van de Raad van State hieromtrent. Dit heeft wellicht te maken met het feit dat het de fracties die hun stem op dit punt laten horen, dat niet zozeer doen met het doel de voorgestelde procedure te vereenvoudigen, maar eerder omdat ze vrezen dat het openen van nevenvestigingen hierdoor niet goed van de grond zal komen. Dat blijkt ook uit het feit dat de opmerkingen die in dit kader worden gemaakt, worden gekoppeld aan de gekozen bekostigingsmethode. Gevreesd wordt dat, door de normering die daarbij wordt gebruikt, onvoldoende middelen beschikbaar zullen komen, zodat het stichten van een nevenvestiging in feite een wassen neus is.²¹⁰ Daarmee stellen deze fracties echter eerder een aspect van doeltreffendheid dan een aspect van doelmatigheid aan de orde. Nu het advies van de Raad van State hiervoor geen aanleiding of inspiratie geeft, blijft dit punt hier verder buiten beschouwing.

4.2.2.3 Wetsvoorstel Markt en overheid

Behalve op procedurele lasten en uitvoeringslasten heeft het doelmatigheidsaspect ook betrekking op de vraag of de handhavingslasten die de voorgestelde regeling meebrengt wel te rechtvaardigen zijn met het oog op het doel dat daarmee wordt nagestreefd. Voor dit aspect vroeg de Raad van State uitdrukkelijk aandacht in zijn advies bij het wetsvoorstel Markt en overheid. Dit hing nauw samen met de opvatting van de Raad dat het vrijwel onmogelijk is om in een wettelijke regeling een inhoudelijke norm te formuleren voor het marktoptreden van de overheid. Een evenwichtig stelsel zou meebrengen dat het wetsvoorstel zich zou uitstrekken tot vrijwel alle activiteiten die de overheid kan uit- of aanbe-

208 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 9.

209 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 9.

210 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 28 en 46.

steden. Dat zou echter niet alleen meebrengen dat de wetgever zich rekenschap moet geven van alle mogelijke concurrentie aspecten, maar ook direct zijn weerslag vinden in de belasting voor het bestuurlijk en rechterlijk apparaat. Mede om die reden wordt in het wetsvoorstel een beperktere werkingssfeer voorgesteld. Maar dat brengt volgens de Raad weer mee dat maar een deel van de problematiek wordt bestreken en dat de normstelling van het stelsel gemakkelijk kan worden ontlopen door een andere vorm te kiezen. Het creëren van een adequate afbakening die minder onduidelijkheden meebrengt en minder conflictgevoelig is, is volgens de Raad niet eenvoudig. Dat is echter wel nodig, wil de voorgestelde regeling naar behoren kunnen functioneren. Tegen deze achtergrond komt de Raad tot de conclusie dat wetsvoorstel beter niet kan worden ingediend.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering hier anders over denkt. Zo is de regering het bijvoorbeeld niet eens met de opvatting van de Raad dat het wetsvoorstel maar een deel van de problematiek bestrijkt en dat de normstelling van het voorgestelde systeem gemakkelijk kan worden ontlopen door een andere vorm te kiezen.

‘Integendeel, het wetsvoorstel heeft betrekking op alle situaties waarin de overheid de markt betreedt en dit tevens leidt tot ongelijke concurrentieverhoudingen. Dit betekent echter niet dat het wetsvoorstel betrekking moet hebben op elk handelen van de overheid dat economische gevolgen heeft. (...) Voor een antwoord op de vraag of sprake is van concurrentie zal onder meer beoordeeld moeten worden of de activiteiten van een overheidsinstantie verricht zullen worden op dezelfde markt als die waarop private ondernemingen werkzaam zijn. In het merendeel van de gevallen zal zonder meer duidelijk zijn dat er sprake is van een marktactiviteit. In gevallen waarin twijfel bestaat, kan de voorgestelde Commissie Markt en Overheid goede diensten bewijzen. Niet uitgesloten is dat de rechter uiteindelijk een geschil zal moeten beslechten. Maar dat hoeft niet echt belastend te zijn. De bevoegde rechter heeft ook nu al te maken met de begrippen concurrentie en markt, onder meer bij de toepassing van de Mededingingswet. Al met al zijn wij het dan ook niet eens met het oordeel van de Raad van State dat de werkingssfeer van het wetsvoorstel te beperkt zou zijn en maar een deel van de aan de orde zijnde problematiek zou bestrijken. Integendeel, wij menen dat met het voorgestelde begrip marktactiviteit een afbakening wordt gegeven die in overeenstemming is met het doel van het wetsvoorstel, zowel op nationaal niveau als op lokaal niveau’.²¹¹

Ondanks deze ferme taal, wordt de regering tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van verschillende kanten verzocht om nader in te gaan op het advies van de Raad van State en, in het verlengde hiervan, de kernbegrippen van het wetsvoorstel te verduidelijken. De meeste fracties scharen zich hierbij achter het oordeel van de Raad van State dat het buitengewoon lastig is om te bepalen wanneer er nu precies sprake is van oneerlijke concurrentie als de overheid de markt betreedt en dat het daarom niet eenvoudig is om een generiek en eenduidig kader te ontwerpen om de marktactiviteiten van de overheid te reguleren. Sommige fracties merken in dit verband op dat zij het niet eens zijn met de stelling van de regering dat het voorgestelde begrip marktactiviteit in de praktijk niet tot problemen zal leiden. Zij wijzen daarbij op het feit dat dit begrip in het wetsvoorstel anders wordt gehanteerd dan in de Mededingingswet. Anders dan de regering stelt, zal dit in de praktijk vermoedelijk juist wel leiden tot allerlei vragen over de reikwijdte van de voorgestelde begrippen en dus uiteindelijk tot een extra belasting van de rechterlijke macht.²¹²

De regering laat zich door deze toch niet mis te verstane kritiek echter niet uit het veld slaan. Opgemerkt wordt bijvoorbeeld dat de regering naar aanleiding van de vragen van de kamerfracties heeft overwogen om het begrip marktactiviteit te wijzigen.

‘Wij menen echter dat een verduidelijking van de definitie, uitgaande van de thans voorgestelde reikwijdte van het wetsvoorstel, niet goed mogelijk is’.²¹³

Ter onderbouwing van deze stelling worden verschillende opties aangegeven, zoals aansluiting zoeken bij bestaande Europese begrippen, zoals het begrip onderneming of het begrip economische activiteit,

211 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 11 en 12.

212 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 3, 8, 9, 10-12, 15, 16 en 18.

213 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 23.

of het laten vervallen van het concurrentie aspect. Beide opties worden echter verworpen, met name omdat de reikwijdte van het wetsvoorstel daardoor teveel zou worden uitgebreid.

‘Bovendien menen wij dat de definitie van marktactiviteiten voldoende duidelijk is om in de praktijk te kunnen functioneren. Om deze reden hebben wij ervoor gekozen de definitie ongewijzigd te handhaven’.²¹⁴

Anders dan de Raad van State en de meeste kamerfracties vreest de regering niet dat deze keuze zal leiden tot een extra belasting van de rechterlijke macht.

‘Wij zijn ons er zeer van bewust dat de nieuwe regels en de nieuwe begrippen kunnen leiden tot veel vragen bij overheidsorganisaties over de toepassing van het wetsvoorstel in de praktijk. Het feit dat het wetsvoorstel van toepassing is op zeer verschillende situaties noodzaakt tot het opnemen van algemene begrippen. Dat deze begrippen niet ogenblikkelijk leiden tot een helder beeld van de reikwijdte, begrijpen wij. Dat betekent ons inziens echter niet dat het wetsvoorstel in de praktijk moeilijk uitvoerbaar zou zijn en tot onduidelijkheid leidt. Om de toepassing van het wetsvoorstel in de praktijk te vereenvoudigen zullen wij bij de invoering van het wetsvoorstel uitgebreid aandacht besteden aan voorlichting over de inhoud van het wetsvoorstel en de gevolgen van het wetsvoorstel voor de verschillende overheidsinstanties. De overgangstermijn van vijf jaar voor bestaande marktactiviteiten draagt daaraan ook bij. Daarnaast kunnen overheidsorganisaties zich met vragen over de uitvoering van de toetredingsregels wenden tot de Commissie Markt en Overheid’.²¹⁵

Behalve dit voorlichtingsaspect, de genoemde overgangstermijn en het feit dat de Commissie Markt en Overheid als vraagbaak kan dienen, is er, volgens de regering, nog een andere factor die de duidelijkheid over het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling kan vergroten en, daardoor kan bijdragen aan vermindering van het beroep op de rechterlijke macht. In dit verband wordt erop gewezen dat het de bedoeling is dat de Commissie Markt en Overheid, behalve als vraagbaak, ook als kenniscentrum gaat functioneren

‘Bij de functie als kenniscentrum denken wij vooral aan expertise die de Commissie kan opbouwen over de uitleg van bepaalde begrippen, bijvoorbeeld het begrip marktactiviteit, en de voorschriften uit het wetsvoorstel. Door ervaringen van diverse overheidsinstanties te verzamelen kunnen bovendien leereffecten worden gerealiseerd. (...) Dit kan overheidsinstanties helpen om weloverwogen en goed gemotiveerde besluiten te nemen. (...) Een procedure van een belanghebbende zal dan al snel weinig kans van slagen hebben’.²¹⁶

Opgemerkt wordt verder dat

‘het wetsvoorstel ons inziens niet bijzonder conflictopwekkend is’.²¹⁷

Al deze argumenten tezamen voeren ten slotte tot de conclusie dat

‘wij dan ook niet verwachten dat de belasting voor de bestuursrechter en de civiele rechter als gevolg van dit wetsvoorstel in zeer belangrijke mate zal toenemen. (...) Mocht in de praktijk blijken dat de werklast wel aanzienlijk toeneemt dan zullen wij ons beraden op te nemen stappen’.²¹⁸

Hiermee wordt de discussie over dit punt afgesloten. Het advies van de Raad van State heeft in dit geval dus niet echt zoden aan de dijk gezet. Weliswaar zijn naar aanleiding hiervan van verschillende kanten vragen gesteld tijdens de parlementaire behandeling, maar die hebben de regering niet op een andere standpunt dan wel tot heroverweging van de voorgestelde regeling kunnen brengen

214 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 23.

215 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 23 en 27.

216 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 36 en 39. Op dit punt is er samenhang met de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Zie daarvoor nader paragraaf 6.2.3.2.

217 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 42.

218 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 42 en 43.

4.2.2.3 Neveneffecten

Uit de onderzochte adviezen naar voren gekomen dat de vraag of de (neven)effecten van een voorgenomen regeling wel voldoende zijn onderzocht, eveneens een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van een wetsvoorstel of ontwerpbesluit. Volgens de Nota Zicht op Wetgeving moet ook dit aspect als een doelmatigheidsaspect worden gezien. In diverse adviezen werd dit aspect door de Raad aan de orde gesteld. Vier hiervan zijn voorwerp van nader onderzoek, namelijk het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst, het Luchthavenverkeersbesluit, het wetsontwerp Regeling leerlinggebonden financiering en het wetsontwerp Bestuur in stedelijke regio's. Deze wetsontwerpen en ontwerpbesluiten zullen hieronder nader worden bekeken aan de hand van de vraag hoe regering en parlement hebben gereageerd op het advies van de Raad van State naar aanleiding van daarin geconstateerde niet voorziene, of niet goed doordachte (neven)effecten.

4.2.2.3.1 Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst

Over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst adviseerde de Raad van State niet onverdeeld positief. Eén van de redenen daarvoor was dat de Raad betwijfelde of de daarin voorgestelde afschaffing van de leverplicht voor geneesmiddelen wel het daarvan verwachte positieve effect zal hebben. Verwacht wordt namelijk dat dit meer mogelijkheden zal geven tot differentiatie en specialisatie en dat dit, via een toenemende concurrentie, een gunstig prijseffect zal hebben. Volgens de Raad hangt dit echter ook van andere factoren af. Met name voor geneesmiddelen zijn juist die andere factoren niet bepaald gunstig. Dit, enerzijds omdat er ook zonder leverplicht op sommige markten sprake zal blijven van een sterke marktmacht van producenten van geneesmiddelen en anderzijds omdat de kosten van administratie, registratie en uitvoering daardoor waarschijnlijk zullen toenemen. De mogelijke positieve prijseffecten die de regering van het wetsvoorstel verwacht, kunnen hierdoor gemakkelijk weer ongedaan gemaakt worden. Verhoging van de administratieve en uitvoeringskosten wordt immers in het algemeen doorberekend in de bedragen die door de ziektekostenverzekeraars aan de apothekers moeten worden vergoed en, daarmee, uiteindelijk in de prijs. Geadviseerd wordt tegen deze achtergrond om de voor- en nadelen in de prijsvorming van de geneesmiddelen nog eens op zijn merites te bezien en tevens te verduidelijken hoe belangrijke nadelige effecten kunnen worden ondervangen.

In het nader rapport gaat de verantwoordelijke minister gedeeltelijk in op dit advies. Aangegeven wordt ten eerste dat de onderhavige maatregel als zodanig niet is gericht op de prijsvorming van geneesmiddelen. Het is een maatregel van deregulerende aard die apothekers meer ruimte beoogt te geven op het gebied van hun beroepsuitoefening. Ook zorgverzekeraars krijgen daardoor meer ruimte om hun verplichtingen jegens hun verzekerden na te komen.²¹⁹ Hiernaast wordt aangegeven dat voor de prijsvorming van geneesmiddelen andere middelen zijn voorzien, zoals de voorgenomen aanpassing van de WTG-beleidsregel. Als gevolg van die aanpassing zullen apothekers de inkoopkosten van geneesmiddelen niet langer aan de patiënt mogen doorberekenen.²²⁰ Daarnaast wordt erop gewezen dat specialisatie weliswaar de kosten van de exploitatie van de apotheek kan verminderen, maar dat dit geen effect heeft op de prijs van het geneesmiddel. Wel kan dit gevolgen hebben voor de tarieven voor de dienstverlening van de apotheker. Specialisatie kan hiernaast ook andere kostenvoordelen hebben, zoals voordelen die voortvloeien uit de schaalgrootte, of uit een toename van de kwaliteit van eigen bereidingen, met name als die bereidingen op grote schaal worden verricht.²²¹

Met dit betoog komt de regering op zich tegemoet aan het advies van de Raad om nader in te gaan op het punt van de prijsvorming van geneesmiddelen en op de vraag hoe eventuele nadelige effecten kunnen worden ondervangen. Daarbij wordt echter vooral aangegeven wat, in de ogen van de regering, de mogelijke kostenvoordelen van specialisatie zijn en dat een eventueel nadelig effect in de vorm van doorberekening van kosten in de prijsvorming, door een andere maatregel wordt opgevangen. In feite wordt daarmee maar één kritiekpunt van de Raad aan de orde gesteld. Over het andere

219 Nader rapport van 21 mei 2001, nr. GMT/G 22 48 900, p. 3.

220 Nader rapport van 21 mei 2001, nr. GMT/G 22 48 900, p. 3.

221 Nader rapport van 21 mei 2001, nr. GMT/G 22 48 900, p. 3.

kritiekpunt, namelijk dat specialisatie kan worden bemoeilijkt doordat er, ondanks afschaffing van de leverplicht, op sommige markten sprake zal blijven van een sterke marktmacht van producenten van geneesmiddelen, zwijgt het nader rapport. Dit, terwijl deze factor de genoemde kostenvoordelen behoorlijk kan ondermijnen. Zonder specialisatie is het immers maar de vraag of die voordelen wel zullen optreden. Per saldo weerlegt het betoog van de regering de kritiek van de Raad op dit ontwerpbesluit dus maar ten dele. Aan de kern van die kritiek, namelijk dat kan worden betwijfeld of de voorgestelde regeling per saldo wel het beoogde positieve effect zal hebben, wordt immers voorbij gegaan. De regering ziet hierin in ieder geval geen aanleiding om de nota van toelichting of de wettekst aan te passen.

4.2.2.3.2 Luchthavenverkeersbesluit

Behalve onvoorziene (neven)effecten, kunnen ook onbedoelde (neven)effecten voor de Raad van State een reden zijn om de doelmatigheid van een voorgenomen regeling in twijfel te trekken. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het advies van de Raad over het Luchthavenverkeersbesluit. De Raad wees in dit advies met name op het gevaar dat de in dit ontwerpbesluit ingebouwde ruimte tot overschrijding van de vastgestelde grenswaarde voor de geluidsbelasting, ook kan worden gebruikt voor andere situaties dan de situaties die het ontwerpbesluit voor ogen staan, zoals bijvoorbeeld voor het opvangen van de volumegroei. Geadviseerd wordt daarom om in het desbetreffende artikel tot uiting te brengen dat het gebruik van de verhoogde grenswaarde uitsluitend is toegestaan in geval van uitzonderlijke meteorologische omstandigheden.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering dit advies gedeeltelijk ter harte neemt. Van toevoeging van de door de Raad voorgestelde zinsnede wordt afgezien. De voornaamste reden hiervoor is dat de verantwoordelijke minister niet overtuigd is van de meerwaarde hiervan. Ten eerste is in de oorspronkelijke grenswaarden al een onzekerheid verdisconteerd voor variaties in meteorologische omstandigheden. Er wordt namelijk gewerkt met een meteo-toeslag. In het algemeen zal deze toeslag voldoende groot zijn om variaties in de meteorologische omstandigheden op te vangen. Daarnaast is het zo dat bij herberekening van de grenswaarden naar aanleiding van een overschrijding gebruik wordt gemaakt van de actuele meteorologische gegevens van het gebruiksjaar. In die situaties wordt geen meteo-toeslag toegepast. Het gebruik van actuele meteo-gegevens leidt tot een andere verdeling van het luchtvaartverkeer over start- en landingsbanen en de daarbij horende vliegroutes. Indien de nieuwe waarde hoger is dan de oorspronkelijke waarden, kan er niet anders dan sprake zijn van bijzondere weersomstandigheden. Eventuele verschillen tussen de berekende en de oorspronkelijke grenswaarden zijn immers een direct gevolg van verschillen tussen de gehanteerde meteorologische omstandigheden. Het verkeersscenario is, behoudens de verdeling daarvan over de start- en landingsbanen, namelijk identiek aan het scenario waarop de grenswaarden zijn gebaseerd. Als de nieuwe waarde hoger is dan de oorspronkelijke waarde, hebben de actuele weersomstandigheden dus geleid tot een hoger gebruik van bepaalde banen dan waarmee in de meteo-toeslag is rekening gehouden. Opgemerkt wordt dat par. 6.2.3 van de nota van toelichting

‘naar aanleiding van het advies van de Raad in bovenstaande zin is verduidelijkt’.²²²

Het advies van de Raad heeft in dit geval dus per saldo wel meer helderheid, maar geen aanpassing van de regeling in de door de Raad voorgestelde richting gebracht. Uit het voorafgaande betoog blijkt, dat dit naar het oordeel van de regering niet nodig werd geacht. De voorgestelde regeling is volgens de verantwoordelijke minister namelijk duidelijk genoeg. De vrees van de Raad dat die regeling ruimte zou laten voor gebruik voor een ander doel dan met de regeling wordt beoogd, wordt dus niet door de regering gedeeld. Wel leidt dit advies tot een nadere verduidelijking van de voorgestelde regeling.

²²² Nader rapport van 21 november 2002, nr. HJDZ/LUV/2002-2735, p. 2. Zie ook nota van toelichting, Stb. 2002, 592, p. 26.

4.2.2.3.3 Wetsvoorstel *Regeling leerlinggebonden financiering*

Op mogelijke (neven)effecten die kunnen leiden tot een andere uitkomst dan door de wetgever wordt beoogd, wees de Raad van State ook in zijn advies over het wetsvoorstel *Regeling leerlinggebonden financiering*. Volgens de Raad kan die regeling gemakkelijk tot gevolg hebben dat de kwaliteit van zowel het speciaal als het regulier onderwijs wordt ondermijnd. In dit verband wordt erop gewezen dat het speciaal onderwijs minder efficiënt dreigt te worden door afnemend rendement en versnippering van de inspanning, terwijl het regulier onderwijs dreigt te worden belast met taken en lasten waarvoor het niet is berekend. Het gekozen bekostigingsmodel is hierbij een belangrijke factor. Hieraan kleef volgens de Raad het gevaar dat de kosten met name voor het regulier onderwijs disproportioneel zullen zijn. Mede in dit licht wordt geadviseerd het wetsvoorstel te heroverwegen.

Naar aanleiding van dit advies, wijst de verantwoordelijke staatssecretaris er in het nader rapport ten eerste op dat uit evaluatieonderzoek is gebleken dat reguliere scholen de plaatsing van gehandicapte kinderen helemaal niet ervaren als een belasting waarop zij niet zijn berekend. Ook is het, volgens de staatssecretaris niet zo dat, zoals de Raad in zijn advies stelt, de lasten van deze regeling voor het regulier onderwijs disproportioneel zullen zijn. Eerder is onzekerheid over de extra facilitering in de huidige praktijk een probleem gebleken. Dit komt doordat de huidige regeling een gunst-regeling is waarbij jaarlijks moet worden afgewacht of de facilitering in de vorm van aanvullende formatie zal worden gecontinueerd. In het voorliggende wetsvoorstel wordt deze faciliteringsregeling omgezet in een wettelijke toedelingssystematiek waardoor voor scholen zekerheid gaat ontstaan over het recht op leerlinggebonden financiering bij plaatsing van een gehandicapt kind. Bovendien biedt het wetsvoorstel een kader waarbinnen de kwaliteit van de ambulante begeleiding wordt verbeterd. Thans wordt die begeleiding gegeven door één speciale school. In het wetsvoorstel wordt die begeleiding echter gecoördineerd binnen de Regionale Expertisecentra (REC's). De ambulante begeleiding krijgt hierdoor een kwalitatief bredere fundering en betere spreidingsmogelijkheden, zodat de efficiëntie zal toenemen. Ook het door de Raad genoemde gevaar van versnippering doet zich, volgens de staatssecretaris, niet voor. Eerder biedt de vorming van de REC's juist de mogelijkheid om expertise te versterken en het rendement van speciaal onderwijs te vergroten. Betere begeleiding geeft reguliere scholen tegelijkertijd meer mogelijkheden om kinderen met een handicap op te vangen. Al deze factoren tezamen voert tot de conclusie dat

‘alles overziende, het advies van de Raad mij op het punt van de kwaliteit van het onderwijs geen aanleiding geeft om de voorgestelde regeling op hoofdlijnen te herzien’.²²³

Dit antwoord stelt de meeste kamerfracties echter niet gerust, zo blijkt uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Aanknopen bij het advies van de Raad van State wordt de regering verzocht om nader informatie over de verhouding tussen de kwaliteit van het onderwijs en de gekozen bekostigingsstructuur. Is het budget voor extra formatie en ambulante begeleiding wel toereikend? Ook wordt naar aanleiding van de door de Raad van State geuite vrees dat het onderwijs minder efficiënt dreigt te worden, gevraagd of er kwantitatief of kwalitatief onderzoek beschikbaar is dat inzicht geeft in de ervaringen van docenten, ouders en leerlingen over de opname van gehandicapte kinderen in het regulier onderwijs en de over de mate waarin dit succesvol is.²²⁴

In de nota naar aanleiding van het verslag toont de regering begrip voor deze vragen. Niettemin wordt de vraag of het beschikbare budget wel toereikend is om de kosten van extra formatie en ambulante begeleiding op te vangen, niet expliciet beantwoord. Benadrukt wordt veeleer dat

‘goede begeleiding van gehandicapte leerlingen in het regulier onderwijs één van de kernpunten is van het wetsvoorstel. Om dit te realiseren zal bij amvb het her te besteden deel van het leerlinggebonden budget per onderwijssoort worden vastgesteld. De scholen voor speciaal onderwijs hebben hiermee een garantie dat het huidige inkomensniveau zoveel mogelijk blijft gehandhaafd. Zij krijgen daarmee de mogelijkheid om zich voor te bereiden op een situatie waarin meer vraag zal zijn

223 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 5. Zie voor de genoemde argumenten ook p. 3 en 4.

224 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 3, 4, 6, 7 en 15.

naar responsieve ambulante begeleiding, zodat de school en de ouders meer vrijheid krijgen in de besteding van het leerlinggebonden budget'.²²⁵

De vraag of het budget toereikend zal zijn om aan die vraag te voldoen, wordt hiermee echter niet beantwoord. Wel wordt meer expliciet ingegaan op de vraag of er onderzoek bestaat naar de ervaringen met opname van gehandicapte kinderen in een reguliere school. In dit kader wordt verwezen naar een door het ITS verricht onderzoek.²²⁶ Aangegeven wordt dat de conclusies van dit onderzoek overwegend positief waren. Evenzeer zou uit dit onderzoek blijken dat de beschikbare middelen en voorzieningen niet allesbepalend zijn voor de bereidheid van scholen om gehandicapten leerlingen op te vangen.²²⁷ Of deze opmerking bedoeld is als een rechtvaardiging voor het niet rechtstreeks beantwoorden van de vraag of de toereikendheid van de beschikbare middelen, is een vraag die onbeantwoord blijft.

Voor de kamerfracties blijft de onduidelijkheid over dit punt onbevredigend. De regering wordt hierop dan ook opnieuw aangesproken. In de nota naar aanleiding van het nader verslag wordt naar aanleiding van deze nieuwe vragen benadrukt dat het her te besteden deel van het leerlinggebonden budget is bedoeld voor ambulante begeleiding. Verder worden in dit verslag ook nadere opmerkingen gemaakt over de beschikbare formatieruimte om in die begeleiding te voorzien evenals over het budget dat daarvoor beschikbaar is. Van belang is hiernaast dat in dat verslag wordt toegezegd dat er in aanvullende bekostiging zal worden voorzien als mocht blijken dat het budget te krap is.²²⁸ Verder wordt benadrukt dat fors zal worden geïnvesteerd in voorlichting, ondersteuning en deskundigheidsbevordering en dat de regeling hiernaast zelf voorziet in een structurele voorziening op het terrein van de materiële formatiebekostiging en ondersteuning vanuit speciale scholen. Dit alles brengt de verantwoordelijke staatssecretaris tot de conclusie dat

‘naar mijn mening hiermee voldoende voorwaarden zijn geschapen voor een verantwoorde invoering’.²²⁹

4.2.2.3.4 Wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's

Ook in zijn advies over het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's vroeg de Raad van State aandacht voor bepaalde consequenties die naar het oordeel van de Raad ten onrechte onderbelicht zijn gebleven. Het gaat in dit advies meer in het bijzonder om de consequenties van de voorgestelde regeling voor de provincies. Dit, in samenhang met het feit dat er, conform het wetsvoorstel, blijvend een aantal sterke Regionale Openbare Lichamen (ROL's) aanwezig zullen zijn en de wetgever meer ruimte wil geven voor de verdere ontwikkeling van deze vorm van regionaal bestuur. Geadviseerd wordt aan dit punt expliciet aandacht te besteden.

In het nader rapport wordt aan dit advies tegemoet gekomen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de opmerking dat de verantwoordelijke minister

‘de opvatting van de Raad dat een bezinning op de rol van de provincies gewenst is, kan onderschrijven’.²³⁰

De zorg van de Raad dat voorkomen moet worden dat een te grote dichtheid in de middenlaag van het binnenlands bestuur ontstaat, wordt eveneens gedeeld.

‘Met het oog daarop is bij de uitwerking van de taken en bevoegdheden die de wet aan het regionaal openbaar lichaam toekent, gepoogd tot een zo helder mogelijke afbakening van

225 Kamerstukken II 2000-2001, 27 278, nr. 7, p. 10.

226 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 9 en 10.

227 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 4 en 10.

228 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 10, p. 4 en nr. 55, p. 3. Naar aanleiding hiervan wordt artikel X, formatieggarantie, toegevoegd: Kamerstukken I 2001-2002, 27 728, nr. 199, p. 26.

229 Kamerstukken II 2000-2001, 27 278, nr. 10, p. 6.

230 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 7.

verantwoordelijkheden te komen. Naar aanleiding van het advies van de Raad is in paragraaf 4.2 van de memorie van toelichting een passage toegevoegd waarin, met verwijzing naar het recent gepubliceerde voorontwerp voor een Wet op de Ruimtelijke Ordening, wordt aangeduid op welke wijze het kabinet de verantwoordelijkheden van de stedelijke regio's, mede in relatie tot de provincie, in de toekomst wil regelen'.²³¹

Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel blijkt echter dat deze nadere toelichting voor de meeste kamerfracties niet volstaat. Van verschillende kanten wordt, in aansluiting op het advies van de Raad van State, de zorg geuit dat de positie van de provincie als middenbestuur als gevolg van de ROL's dreigt te worden gemarginaliseerd. Opgemerkt wordt dat dit niet in overeenstemming is met afspraken die in het regeerakkoord zijn gemaakt. Daaruit volgt namelijk dat de rol van de provincie, juist met het oog op de gewenste versteviging van het regionale bestuur, versterking behoeft, zo nodig door middel van een wettelijke voorziening.²³² De regering wordt verzocht zich nader uit te spreken over dit punt.

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt in antwoord hierop aangegeven dat de vraag hoe de taakopdracht aan het regionaal openbaar lichaam zich verhoudt tot de wettelijke taken die de provincie vervult, met name relevant is voor zover het gaat om taken die de wet rechtstreeks aan het openbaar lichaam opdraagt. De regering gaat niet expliciet in op de verhouding tussen de taken en bevoegdheden op dit punt, maar verwijst naar de memorie van toelichting.

'In de memorie van toelichting is aangegeven hoe deze verdeling, afhankelijk van de aard van het specifieke beleidsterrein (van puur lokaal tot in overwegende mate regionaal) is vormgegeven. In aanvulling daarop wordt hierop in hoofdstuk 4 van deze nota nader ingegaan'.²³³

Daarmee lijkt de verantwoordelijke minister dit punt als afgedaan te beschouwen. Toch is dat maar ten dele het geval. Vervolgens spreekt de verantwoordelijke minister zich namelijk wel degelijk nader uit over de rolverdeling tussen de provincie en de regionale openbare lichamen. In dit verband wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat er

'naar mijn mening hier sprake is van een weloverwogen keuze, waarbij de positie van de provincie ten volle wordt gerespecteerd. De provincie behoudt een belangrijke rol bij de taakuitoefening in een stedelijke regio. De stedelijke regio's hebben dus zeker geen aan de provincie gelijkwaardige positie, hetgeen ook pregnant naar voren komt in de bevoegdheid van het provinciaal bestuur om bij taakverwaarlozing door het regionaal openbaar lichaam in te grijpen op grond van art. 19 van het wetsvoorstel. Samenvattend meen ik dan ook dat zonder meer kan worden gesteld dat de (intergemeentelijke) regionale openbare lichamen niet meer zijn dan een wettelijk geregelde hulpstructuur, dat van een vierde bestuurslaag geen sprake is en dat het provinciaal bestuur een belangrijke rol toekomt met het oog op de uitoefening van aan het openbaar lichaam opgedragen taken'.²³⁴

Op zich is al dit klare taal, die recht doet aan de behoefte van de Raad van State en de meeste kamerfracties aan nadere verduidelijking van de consequenties die versterking van de regionale bestuursvorm voor de provincies heeft. De verantwoordelijke minister neemt daarbij uitdrukkelijk afstand van de suggestie dat de positie van de provincie door versterking van de regionale openbare lichamen zou worden gemarginaliseerd.

'De veronderstelling als zou er de afgelopen jaren geen versterking van de provinciale rol als middenbestuur hebben plaatsgevonden, onderschrijf ik geenszins. Substantiële taken en bevoegdheden op terreinen als verkeer en vervoer, jeugdzorg en landelijk gebied zijn naar de provincies gedecentraliseerd. (...) Geconcludeerd kan worden dat de provincies op velerlei terreinen de mogelijkheden hebben om, naast de min of meer traditionele taken, zoals het houden van toezicht

231 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 7.

232 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 6-8, 10-12, 16, 18, 19, 22 en 23.

233 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 7.

234 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 7.

en het maken van ruimtelijke plannen, sturend, regisserend en vaak ook uitvoerend op te treden. (...) De hier en daar gehoorde opmerkingen als zouden provincies niet serieus genomen worden op rijksniveau, is mijns inziens uit de lucht gegrepen'.²³⁵

Met deze conclusie wordt de discussie over dit punt afgerond. De consequenties van het wetsvoorstel voor provincies zijn als gevolg van deze discussie nader toegelicht. Het advies van de Raad van State heeft hieraan in zoverre bijgedragen dat daarin uitdrukkelijk aandacht is gevraagd voor dit punt. De meeste kamerfracties hebben zich hierachter geschaard. Dit heeft de verantwoordelijke minister er uiteindelijk toegebracht zich duidelijker over dit punt uit te spreken.

4.2.3 Slotsom

Uit het voorafgaande komt naar voren dat de adviezen van de Raad van State, voor zover deze verband hielden met de doeltreffendheid of de doelmatigheid van de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten, maar in een beperkt aantal gevallen volledig door de regering zijn opgevolgd. Uit het onderzoek blijkt dat dit met name is gebeurd in gevallen waarin de Raad adviseerde de memorie of de nota van toelichting aan te vullen. Zo werd de nota van toelichting van het Luchthavenverkeersbesluit, conform het advies van de Raad, op twee punten verduidelijkt, namelijk op het punt van de voorgestelde methode om een gelijkwaardige geluidsbelasting te waarborgen (een punt van doeltreffendheid) en op het punt van de overschrijding van de voorgestelde grenswaarden in geval van uitzonderlijke meteorologische omstandigheden (een punt van doelmatigheid). Ook aan de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's werd op instigatie van de Raad van State een passage toegevoegd waarin expliciet aandacht wordt besteed aan de consequenties van de voorgestelde regeling voor de provincies (een doelmatigheidspunt).

Soms gaat de regering een stapje verder en wordt het advies van de Raad niet alleen ter harte genomen, maar wordt ook de wettekst aangepast. Dit deed zich voor bij het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij. De Raad adviseerde hier te bevorderen dat er, voordat de wet in werking treedt, een inventaris wordt opgesteld. Dit, opdat de grenzen van de in het wetsvoorstel aangeduide kwetsbare gebieden ondubbelzinnig en op de meter nauwkeurig kunnen worden bepaald (een punt van doeltreffendheid). De regering neemt dat advies ter harte en beoogt hiernaast verdere duidelijkheid te verschaffen door, bij nota van wijziging, aan artikel 2 van het wetsvoorstel een tweede lid toe te voegen. Doel hiervan is de nodige rechtszekerheid te bieden ten aanzien van de kwalificatie van een gebied als een kwetsbaar gebied zolang de ecologische hoofdstructuur nog niet vaststaat. Hoewel tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in beide Kamers wordt betwijfeld of dat doel wel op de voorgestelde manier kan worden bereikt, blijft de regering vasthouden aan het standpunt dat met deze wijziging tegemoet wordt gekomen aan de kritiek van de Raad van State op dit punt. De regering ziet in de kritiek van de kamerleden met andere woorden geen aanleiding om tot nadere wijzigingen over te gaan.

Uit het onderzoek blijkt eveneens dat de toelichting, naar aanleiding van het advies van de Raad, soms wel wordt aangepast, maar niet in de door de Raad voorgestelde richting. Dit was bijvoorbeeld het geval bij het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. De Raad adviseerde hier in de toelichting dragend te motiveren welke bijdrage de voorgestelde afwijking van de Pbw en de Bjj zal leveren aan de oplossing van de geconstateerde problemen (een punt van doeltreffendheid). Naar aanleiding hiervan wordt in de toelichting wel aangegeven op welke punten van de genoemde wetten wordt afgeweken en waarom, maar niet welke bijdrage daarmee nu precies wordt geleverd aan de oplossing van de gesignaleerde problemen. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer wordt die vraag wel beantwoord, maar dit leidt niet tot een verdere aanpassing van de toelichting. Een ander voorbeeld van deze categorie is te vinden in het wetsvoorstel Verbetering poortwachter. De Raad trok de doeltreffendheid van dit wetsvoorstel in twijfel omdat een grondige analyse van de daar onderliggende problemen naar het oordeel van de Raad ontbrak. Geadviseerd werd mede hierom het wetsvoorstel niet in de voorgestelde vorm in te dienen. De regering vatte deze kritiek op als een signaal dat het wetsvoorstel op dit punt verheldering behoeft en gaf daaraan gevolg door in de

235 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 16 en 17.

memorie van toelichting nader aan te geven welk probleem het wetsvoorstel beoogt op te lossen en hoe het wetsvoorstel daarin voorziet. Uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel blijkt evenwel dat diverse kamerfracties van mening zijn dat de door de Raad van State gevraagde diepgaande analyse van de onderliggende problematiek nog steeds ontbreekt en dat de door de regering ondernomen poging om dit hiaat te herstellen dus niet is geslaagd. Hoewel hierop in beide Kamers, onder verwijzing naar het advies van de Raad, wordt gewezen, leidt dit niet tot een nadere aanpassingen in de door de Raad voorgestane richting.

Wat, behalve uit dit wetsvoorstel, ook uit andere onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten naar voren komt, is dat de regering in een relatief groot aantal gevallen waarin de Raad adviseerde een wetsvoorstel of ontwerpbesluit te heroverwegen, niet snel geneigd is zo'n voorstel of besluit fundamenteel te herzien. Dit neemt niet weg dat het advies van de Raad van State, veelal via interventies van kamerfracties in beide Kamers, in een aantal gevallen wel tot gevolg heeft gehad dat de toelichting werd verduidelijkt dan wel dat de wettekst uiteindelijk werd aangepast. Dit deed zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van het ontwerpbesluit tot wijziging van het Warenbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen. De Raad betwijfelde of deze regeling in de voorgestelde vorm wel effectief zou kunnen zijn. Niet alleen is het gehanteerde analysekader, naar het oordeel van de Raad, te beperkt, zodat niet alle problemen daarmee zullen worden ondervangen, maar ook staat de keuze voor een waarschuwingsetiket daaraan volgens de Raad in weg (punten van doeltreffendheid). De regering zag in deze kritiek geen reden om van het ontwerpbesluit af te zien, maar paste naar aanleiding daarvan wel de nota van toelichting aan. Als gevolg daarvan won niet alleen het analysekader, maar ook het overbruggingskarakter van de voorgestelde regeling aan duidelijkheid. In dit geval zag de regering echter ook aanleiding om de tekst van het ontwerpbesluit aan te passen en wel in die zin dat de reikwijdte van het ontwerpbesluit werd uitgebreid. Op zich wordt daarmee tegemoet gekomen aan de kritiek van de Raad op het waarschuwingsetiket. Dat het bezwaar van de Raad tegen het gebruik van zo'n etiket ook tijdens de notificatieprocedure is geuit door de Europese Commissie en diverse lidstaten heeft hierbij echter ook een rol gespeeld, zo blijkt uit het nader rapport.

Ook herhaalde, kritische kamervragen, waarin teruggekomen wordt op het advies van de Raad van State, blijken te kunnen uitmonden in aanpassing van de wettekst. Dit gebeurde bijvoorbeeld bij het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering. Twijfel aan de doeltreffendheid van deze financieringsvorm inspireerde de Raad tot een heroverwegingsadvies. De regering zag daarvoor geen reden, maar paste uiteindelijk na terugkerende vragen toch de wettekst op twee punten aan. Dit, om te waarborgen dat de besteding van het voor ambulante begeleiding bestemde deel van het leerlinggebonden budget geschiedt in overeenstemming met de wensen van de ouders (een punt van doeltreffendheid) en om te garanderen dat er voldoende budgetruimte is om in de beschikbare formatie te voorzien (een doelmatigheidspunt). Daarmee werden twee door de Raad van State geuite punten van zorg met betrekking tot deze regeling in ieder geval voor een deel ondervangen. Soms is ook een amendement de reden dat de regering zich genoodzaakt ziet de wettekst te veranderen. Dit speelde bijvoorbeeld bij de Wet verbetering poortwachter. Het advies van de Raad van State, om de rechten en plichten die dit wetsvoorstel op werkgevers en werknemers legt te verankeren in het BW, had de regering aanvaankelijk als overbodig naast zich neer gelegd. Via een amendement moest echter uiteindelijk toch tot nadere regelgeving worden overgegaan. Dat dit tegen de zin van de regering gebeurde, blijkt uit het feit dat de regering ook na aanneming van het amendement bleef volharden in het standpunt dat de regeling ook zonder nadere regelgeving voldoende waarborgen omvatte om doeltreffend te kunnen zijn.

De onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten geven aan dat het soms ook niet zover komt. In een aantal gevallen waarin de Raad van State adviseerde de voorgestelde regeling te heroverwegen, bleef zowel de wettekst als de toelichting per saldo onaangetaast in stand. Meestal ging dat niet zonder slag of stoot, zo blijkt uit het onderzoek. Veelal werd, aanknappend bij het advies van de Raad, forse kritiek geuit in beide Kamers. In de meeste gevallen heeft dit wel tot gevolg gehad dat het standpunt van de regering over bepaalde punten nog eens werd verduidelijkt, maar niet dat de voorgestelde regeling of de toelichting bij die regeling werd aangepast. Ondanks alle kritiek, hield de regering vast aan een door haar voorgestane koers. Dikwijls werd ter rechtvaardiging daarvan aangevoerd dat de door de kamerleden, in het kielzog van de Raad, geuite bezwaren tegen (onderdelen van) de voorgestelde regeling niet door de regering werden gedeeld. Dergelijke verschillen van mening waren bijvoorbeeld aan de orde bij het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's en het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer (beiden ten aanzien van de vorm waarin dit wetsvoorstel was gegoten), het wetsvoorstel Dua-

lisering gemeentebestuur (ook ten aanzien van de vorm en ten aanzien van de positie van de burgemeester), het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering (ten aanzien van de keuzevrijheid voor ouders en de mogelijke neveneffecten van die regeling), het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij (ten aanzien van de wetenschappelijke onderbouwing van dit wetsvoorstel), het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsennijbereidkunst (ten aanzien van de beoogde marktwerking en de mogelijke neveneffecten), het wetsvoorstel Verbetering poortwachter (ten aanzien van de mogelijke lasten voor het bedrijfsleven) en het wetsvoorstel Markt en overheid (ten aanzien van de mogelijke lasten voor de rechterlijke macht).

Uit dit overzicht blijkt dat aan de adviezen van de Raad van State in de onderzochte gevallen relatief vaak wordt gerefereerd. Door de regering worden deze adviezen weliswaar niet altijd opgevolgd, maar daarop wordt, in het nader rapport of naar aanleiding van op de adviezen van de Raad gebaseerde interventies uit beide Kamers, doorgaans wel gemotiveerd gereageerd. Afhankelijk van de omstandigheden, leidt dat soms tot een nadere motivering van een bepaalde kwestie in de toelichting bij een wetsvoorstel of ontwerpbesluit en soms tot wijziging van de wettekst. Soms blijft de regering ook bij het oorspronkelijke standpunt en volgt dus geen aanpassing van de toelichting of de wettekst. Gelet op de uiteenlopende onderwerpen die de onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten bestrijken, kunnen hieruit geen algemene conclusies worden getrokken. De reacties van regering en parlement blijven casuïstisch. Wel kan in zijn algemeenheid worden vastgesteld dat regering en parlement zich bij hun reacties niet, althans niet expliciet, laten leiden door de kwaliteitseisen die in de Nota Zicht op Wetgeving zijn geformuleerd en evenmin geneigd zijn hun betogen te baseren op de Aanwijzingen voor de regelgeving.

HOOFDSTUK 5 SUBSIDIARITEIT EN EVENREDIGHEID

5.1 SUBSIDIARITEIT EN EVENREDIGHEID IN DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

5.1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan de kwaliteitscriteria subsidiariteit en evenredigheid centraal. In de nota Zicht op wetgeving formuleerde de regering het belang van deze criteria aldus:

‘Een fundamentele eis bij alle overheidsoptreden is, dat de overheid niet nodeloos vergaand in de samenleving ingrijpt. Deze eis vloeit zowel uit het beginsel van subsidiariteit als uit het evenredigheidsbeginsel (of: het vereiste van proportionaliteit) voort’.¹

De betekenis van deze criteria ligt, aldus de regering, niet alleen in de beoordeling van de vraag óf overheidsingrijpen in de vorm van wetgeving gerechtvaardigd is, maar ook in de nadere inhoud van wetgeving.²

In dit hoofdstuk zal worden nagegaan hoe de Raad van State de kwaliteitscriteria subsidiariteit en evenredigheid hanteert en hoe dat in zijn adviezen tot uiting komt: op welke wijze toets de Raad aan subsidiariteit en evenredigheid?

Het kwaliteitscriterium subsidiariteit is ‘gevonden’ in 38 van de 75 onderzochte adviezen, evenredigheid in 24 adviezen.

5.1.1.1 *Subsidiariteit*

In het geval van subsidiariteit gaat het om de noodzaak van wetgeving en daarbij staan vragen centraal in hoeverre de voorgestelde wetgeving wellicht niet beter door een decentrale overheid of een maatschappelijke organisatie kan worden behartigd.

‘De centrale overheid dient zich zoveel mogelijk te beperken tot het scheppen van de noodzakelijke randvoorwaarden, het stellen van minimum-eisen, het ondersteunen van maatschappelijke processen door het verzekeren van institutionele en materiële voorwaarden en het waken tegen ongewenste en ontoereikende resultaten’.³

Sturing door de overheid kent wel zijn principiële en praktische grenzen. De gedachte dat de wetgever door middel van regelgeving het gedrag van burgers binnen maatschappelijke verbanden kan beïnvloeden en sturen, zou op een overschatting van de mogelijkheden van de overheid in de samenleving berusten. Het gaat erom, aldus de regering in Zicht op wetgeving, een evenwicht te vinden tussen overheidsregulering en zelfregulering door burgers en maatschappelijke organisaties binnen het door de overheid gestelde kader.

‘Grotere effectiviteit van de wet kan het gevolg zijn, met als niet onbelangrijk bijkomend voordeel vermindering van de belasting van de wetgever, het bestuur en wellicht ook van de rechter. De wetgever moet daarom waar mogelijk steeds op creatieve wijze ruimte laten voor het zelfregulerende vermogen van burgers en maatschappelijke organisaties’.⁴

Het kwaliteitscriterium subsidiariteit is vastgelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving. In het bijzonder gaat het dan om de aanwijzingen 7 en 8. In aanwijzing 7 is neergelegd dat voorafgaand aan regelgeving a) onderzoek moet plaatsvinden naar de relevante feiten en omstandigheden, b) doelstel-

1 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 26.

2 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 26.

3 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 26.

4 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 27.

lingen dienen te worden geformuleerd, c) onderzocht moet worden of de doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector en of op basis daarvan overheidsinterventie noodzakelijk is, d) onderzocht moet worden of de doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van reeds bestaande instrumenten en e) ten slotte dienen de diverse mogelijkheden tegen elkaar af worden gewogen. Vooral in de punten c) en d) komt het subsidiariteitscriterium tot uiting: is regelgeving noodzakelijk en kan worden volstaan met reeds bestaande instrumenten? Aanwijzing 8 sluit aan bij onderdeel c) van aanwijzing 7: bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren. Direct overheidsingrijpen is slechts op zijn plaats indien van het zelfregulerende vermogen van de maatschappij onvoldoende resultaten zijn te verwachten. Ten slotte is in dit verband aanwijzing 16 van belang. Daarin is neergelegd dat taken en bevoegdheden op een zo 'laag' mogelijk niveau worden behartigd. Zij worden op decentraal niveau neergelegd, tenzij het onderwerp van zorg niet op doelmatige en doeltreffende wijze door decentrale organen kan worden behartigd.

5.1.1.2 Evenredigheid

Het voorgaande citaat heeft, aldus de regering niet alleen betrekking op het kwaliteitscriterium subsidiariteit, maar ook uit het evenredigheidsbeginsel.⁵ De toets naar evenredigheid is de vraag of het beoogde doel in relatie staat tot het probleem. Daarbij spelen lasten en neveneffecten een grote rol. Het evenredigheidsbeginsel ziet op de verplichting steeds zorg te dragen voor een redelijke verhouding tussen de baten en lasten die uit de voorgestelde regeling kunnen voortvloeien.⁶ Met andere woorden: de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een voorgenomen regeling mogen niet onevenredig (disproportioneel) zijn in verhouding tot de met die regeling te dienen doelen. Reeds hieruit wordt duidelijk dat evenredigheid een belangrijke band heeft met doelmatigheid en doeltreffendheid. Bij deze criteria staan ook de gevolgen van de voorgenomen regeling centraal. Daarnaast kan een overlap met het rechtmatigheidscriterium worden geconstateerd: wetgeving die bepaalde groepen burgers onevenredig belast, zonder dat nadeel op een adequate wijze te compenseren, is in beginsel onrechtmatig.⁷ Daarnaast kan de overlap met rechtmatigheid worden geïllustreerd met een verwijzing naar artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Het kwaliteitscriterium evenredigheid is neergelegd in aanwijzingen 9, 13 en 15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. In aanwijzing 9 is neergelegd dat bij de afweging van verschillende mogelijkheden tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken, in ieder geval gelet wordt op a) de mate waarin mag worden verwacht dat een regeling het beoogde doel zal helpen te verwezenlijken; b) de neveneffecten van de regeling; c) de lasten van een regeling voor de overheid enerzijds en burgers, bedrijven en instellingen anderzijds. Daar waar de onderdelen a) en b) betrekking hebben op respectievelijk doeltreffendheid en doelmatigheid, heeft c) (onder meer) betrekking op de proportionaliteit van regelgeving. Ook hieruit blijkt de grote samenhang met andere kwaliteitscriteria. Aanwijzing 13 werkt onder deel c) van aanwijzing 9 nader uit: bij de keuze voor een bepaalde regeling wordt gestreefd naar zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen, voor zover niet uitdrukkelijk het opleggen van lasten wordt beoogd.⁸ In aanwijzing 15 is het evenredigheidbeginsel neergelegd in dezelfde bewoordingen als in artikel 3:4, tweede lid, Awb: De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

5 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 27.

6 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 27.

7 Zie o.m. HR 18 januari 1991, AB 1991, 241 (Varkensmesters).

8 Aanwijzing 14 heeft hiermee samenhang en bepaalt: Bij de keuze voor een bepaalde regeling wordt eveneens gestreefd naar zo beperkt mogelijke lasten voor de overheid.

5.1.2 Subsidiariteit

5.1.2.1 Adequate normstelling uit de aard der zaak niet haalbaar

In een eerste categorie adviezen stelt de Raad van State dat adequate wetgeving uit de aard der zaak niet haalbaar is. De wetgever zou in zulke gevallen ofwel andere doelstellingen moeten aannemen ofwel afzien van regelgeving.

Een voorbeeld kan worden gevonden in het wetsvoorstel Markt en overheid. Het voorstel maakt naar het oordeel van de Raad geen keuze met betrekking tot de in dit wetsvoorstel cruciale vraag of het wenselijk is dat de overheid zich op de markt begeeft. De Raad stelt in dat verband:

‘Om een stelsel te creëren dat daadwerkelijk richtinggevend is met betrekking tot deze materie, zou eerst een standpunt ingenomen moeten worden over de vraag welke criteria gehanteerd dienen te worden om te bepalen wat een publieke taak is en in welke gevallen de uitvoering daarvan door de overheid zelf en/of door de markt moet geschieden. De wet bepaalt daarover terecht niets; de verantwoordelijkheid van de overheid zoals die bijvoorbeeld in de klassieke en sociale grondrechten is verwoord is zeer ruim en zal steeds opnieuw afhankelijk van de visie op de overheid en de maatschappelijke noden haar invulling (...) krijgen’⁹

De Raad van State stelt daarnaast:

‘Tegelijkertijd moet worden onderkend dat het, zoals gezegd, niet haalbaar is om in dezen tot een eenduidige en generiek toepasbare normstelling te komen. (...) Dit alles maakt dat het niet eenvoudig is om een eenduidig generiek toepasbaar (rechts)kader te vormen voor zeer uiteenlopende situaties en activiteiten’.¹⁰

De Raad concludeert dat het wetsvoorstel tekortschiet en ook wel tekort moet schieten. Naar zijn oordeel is uit de aard der zaak adequate wetgeving niet haalbaar. Uit een oogpunt van subsidiariteit zou in zulke gevallen niet naar wetgeving gestreefd dienen te worden.¹¹

5.1.2.2 Wetgeving als ultimum remedium

Een ander principieel punt waar de Raad van State aandacht op vestigt in het kader van de subsidiariteit is de notie dat wetgeving ultimum remedium is, dan wel dient te zijn. In dit onderzoek is één advies gevonden waarin de Raad zulks expliciet aan de orde stelde, namelijk in het advies omtrent het voorstel ‘Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen’. Het wetsvoorstel, dat uitvoering geeft aan de motie Ross-Van Dorp c.s. en onderkent het grote belang van vroegtijdig schoolbezoek van met name kinderen uit risico-groepen. Het voorstel verlaagt daartoe de leerplichtige leeftijd. In het advies stelt de Raad dat uit de toelichting onvoldoende duidelijk wordt dat er een probleem is, wat de omvang daarvan is en waarom wetgeving het middel is om het probleem op te lossen. Daarnaast, zo stelt de Raad, heeft het kabinet aangekondigd een evaluatie te publiceren van de huidige maatregelen die vroege schooldeelneming bevorderen.

‘Het is niet duidelijk waarom deze evaluatie en de resultaten van de hiervóór bedoelde activiteiten niet worden afgewacht: dwingende wetgeving blijve ultimum remedium’.¹²

9 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 6.

10 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 7.

11 Het gaat hier evenwel tevens om de doeltreffendheid van de regeling. Daarom zij verwezen naar paragraaf 4.1.1.4.2 voor een uitgebreidere behandeling.

12 Kamerstukken II 2001-2002, 28 085, A, p. 2.

5.1.2.3 Noodzakelijkheid regeling

De Raad besteedt in zijn adviezen meerdere malen aandacht aan de noodzakelijkheid van regelgeving. Hij geeft dan veelal aan dat de noodzakelijkheid nader beargumenteerd zou moeten worden.

Het Besluit subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden regelt de verdeling van de middelen die kunnen worden ingezet voor de zachte, niet-fysieke economie van gemeenten die ten behoeve hiervan een meerjarig ontwikkelingsprogramma uitvoeren. Uit het besluit noch uit de toelichting wordt echter duidelijk, zo stelt de Raad, wat onder niet-fysieke economie moet worden verstaan.

‘Als gevolg hiervan is niet duidelijk wat de noodzaak voor de voorgestelde regeling is of waarom de gemeenten geld moeten ontvangen voor hun niet-fysieke stadseconomie’.¹³

De Raad adviseert de toelichting met een dergelijke motivering aan te vullen.

De noodzakelijkheid van het ‘Besluit houdende regels voor het toezicht op de rechtspersoon, bedoeld in artikel 16l, eerste lid, van de Auteurswet 1912’ stond, aldus de Raad van State, ook niet vast. Het besluit komt grotendeels overeen met een eerder besluit van de minister van 19 februari 1986. Voorts, zo stelt de Raad, is bij de Staten-Generaal het wetsvoorstel toezicht collectieve beheersorganisaties auteursrechten en naburige rechten aanhangig. Dit wetsvoorstel dient ter vervanging van vijf toezichtsregelingen die zijn neergelegd in een aantal besluiten. Bij nota van wijziging wordt artikel 16l Auteurswet-1912 aangepast aan dit wetsvoorstel.

‘Niet is duidelijk waarom het noodzakelijk is vooruitlopend op de inwerkingtreding van de nieuwe wet het toezicht in een nieuw besluit te regelen, vooral ook omdat de inhoud daarvan daartoe geen aanleiding geeft. De Raad adviseert in de nota van toelichting een uitleg te geven omtrent de noodzaak van het ontwerpbesluit’.¹⁴

De Raad verwijst hierbij derhalve expliciet naar de noodzakelijkheid van de regeling en stelt hiermee het kwaliteitscriterium subsidiariteit centraal.

De Raad verwijst ook expliciet naar de noodzaak van de regeling in het advies inzake ‘Wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot een hogere preferentie van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip die noodzakelijk waren ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden’. In het advies begint de Raad van State met de volgende overweging:

‘Voor het (her)invoeren van een bijzondere preferentie welke in rang gaat boven hypotheek en andere preferentie vorderingen dient naar de mening van de Raad een bijzondere noodzaak te bestaan’.¹⁵

Het wetsvoorstel strekt ertoe om aan de lijst van de in artikel 211 Boek 8 BW opgesomde vorderingen met een zeer hoge preferentie, toe te voegen vorderingen ter zake van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip, noodzakelijk ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden. Met het wetsvoorstel wordt in het bijzonder beoogd de Nederlandse zeehavens, scheepsagenten en cargadoors die havengelden hebben voorgesloten en gesubrogeerd zijn in de rechten van de haven een betere positie te verschaffen in geval van uitwinning van het schip. Preferentie gaat ten koste van vorderingen van een lagere rangorde. Dit geldt in het bijzonder t.a.v. hypothecaire vorderingen die in het zeerecht sowieso een achtergestelde positie hebben. Naar de mening van de Raad komt echter niet het beeld naar voren dat sprake is van een dringend probleem. De Vereniging van Rotterdamse Cargadoors schrijft dat het nimmer een probleem van betekenis is geweest.

‘Naar de mening van het college dient de noodzaak tot invoering van een superpreferentie als voorgesteld in het wetsvoorstel te worden heroverwogen en, indien tot handhaving van het wetsvoorstel wordt besloten, dient het van een draagkrachtiger motivering te worden voorzien’.¹⁶

13 Advies Raad van State van 26 februari 2001, no. W10.00.0574/II.

14 Advies Raad van State van 27 september 2002, no. W03.02.0297/I.

15 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B, p. 1.

De Raad vraagt zich in zijn adviezen ook af in hoeverre een regeling ‘nodig’ is. De Raad gebruikt dan andere bewoordingen om de noodzakelijkheid van een regeling te toetsen. Dat doet hij onder meer in zijn advies bij het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. Dit voorstel strekt ertoe om op zeer korte termijn knelpunten op te lossen die worden ondervonden bij de insluiting van bolletjesslikkers op Schiphol. Deze regeling zou (oorspronkelijk) voor één jaar gaan gelden. Onder meer als gevolg van intensivering van de opsporing, worden veel meer drugskoeriers onderschept dan tot voor kort het geval was. Dat leidt tot capaciteitstekorten in huizen van bewaring, ook ten aanzien van personeel.

‘Afhankelijk van de prioriteit die aan de bestrijding van dit onderdeel van de handel in drugs wordt gegeven kan een tijdelijke noodmaatregel op zichzelf aanvaardbaar worden geacht. In hoeverre de voorziene afwijkingen van het gebruikelijke, op de Pbw (Penitentiaire beginselenwet, HB) en Bij (Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, HB) berustende regime daarvoor nodig en aanvaardbaar zijn, zal hierna worden besproken’.¹⁷

De Raad acht een beperkte tijdsduur, de tijdelijkheid van deze wet een goede zaak. Hij maakt wel bezwaar tegen de makkelijke verlengingsmogelijkheid. Niet alleen moet worden gezien of verlenging noodzakelijk is, ook moet worden onderzocht of sommige beperkingen kunnen worden opgeheven. Blijkt verlenging nodig, dan kan een nieuwe wet worden ingediend.¹⁸ De Raad bespreekt in dit advies derhalve in hoeverre de regeling ‘nodig en aanvaardbaar’ is, met het oog op reeds bestaande regelingen. In § 5.1.2.4.2 zal dit advies daarom nogmaals aan de orde worden gesteld: kan met minder vergaande middelen hetzelfde resultaat worden bereikt? In hoeverre voldoen de bestaande regelingen? Kan worden volstaan met een aanpassing van die regelingen?

De Raad gebruikt de term ‘nodig’ ook in het advies over het wetsvoorstel Elektronische handtekeningen. Dit wetsvoorstel strekt tot uitvoering van een EG-richtlijn, betreffende een gemeenschappelijk kader voor het gebruik van elektronische handtekeningen. Het gebruik daarvan zou moeten worden vergemakkelijkt en daarnaast wordt er een bijdrage geleverd aan de wettelijke erkenning van de elektronische handtekening (hierna: EHT), ter bevordering van de rechtszekerheid omtrent de juridische status van de EHT. Ook worden de nationale verschillen rondom de EHT verminderd en worden belemmeringen voor het vrije verkeer langs elektronische weg weggenomen. Het is echter, aldus de raad, onduidelijk waarom t.a.v. de EHT, anders dan t.a.v. de gewone handtekening, een onderscheid wordt gemaakt tussen het handelen op eigen naam en het handelen als vertegenwoordiger. De geschreven handtekening wordt altijd door een bepaalde persoon op een stuk geplaatst, waarbij het een andere kwestie is of die persoon handelt op eigen naam of in naam van een ander. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de sleutels voor een EHT uniek zijn voor een persoon en in die zin is er dus geen verschil met een geschreven handtekening. In de redactie van het artikel ligt echter de suggestie besloten dat deze sleutels voor een EHT bij meerdere personen zouden kunnen berusten.

‘Indien deze veronderstelling juist is, rijst de vraag waarom deze toevoeging nodig is als de richtlijn en het wetsvoorstel niet beogen bijzondere regels te geven omtrent vertegenwoordiging’.¹⁹

De Raad stelt hier derhalve de noodzakelijkheid van een gedeelte van de regeling ter discussie.

Ten slotte kan de noodzakelijkheid van een gedeelte van de voorliggende regeling in twijfel worden getrokken, bijvoorbeeld indien dat gedeelte strikt genomen geen onderdeel hoeft te zijn van de betreffende regeling. Een duidelijk voorbeeld hiervan kan, hoewel de woorden ‘noodzakelijkheid’ of ‘nodig’ niet worden gebezigd, worden gevonden in het voorstel Wet dualisering gemeentebestuur. Dit wetsvoorstel regelt, naast de ‘ontvlechting’ van het college en de raad, tevens de positie van de burgemeester. De Raad:

16 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B, p. 2.

17 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 2.

18 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

19 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743, B, p. 6.

‘Het wetsvoorstel wil het burgemeestersambt versterken als tegenwicht tegen de inhoudelijke devaluatie van de laatste decennia. Dit is een doel dat op zichzelf geen verband houdt met de dualisering van het gemeentebestuur’.²⁰

Met andere woorden: omdat de positie van de burgemeester geen direct verband houdt met de dualisering als zodanig, gaat het aan het doel van het wetsvoorstel voorbij. Om dualisering te realiseren, is een versterking van het burgemeestersambt niet strikt noodzakelijk. De Raad toetst derhalve of alle onderdelen van de regeling noodzakelijk zijn in verband met de doelstelling van de betreffende regeling.

5.1.2.4 Kan het beoogde doel op een andere wijze worden gerealiseerd?

Een belangrijk onderdeel van de toetsing aan subsidiariteit, betreft de vraag of het beoogde doel op een andere manier of een andere wijze kan worden bereikt. Daaronder kan ook de vraag worden begrepen of het beoogde doel wellicht op minder vergaande wijze kan worden gerealiseerd. Kan bijvoorbeeld worden volstaan met huidige regelgeving?

5.1.2.4.1 Een andere manier of een andere wijze

De vraag of het te realiseren doel ook op een andere manier kan worden bereikt wordt door de Raad van State relatief vaak gesteld. Hij stelt deze vraag bijvoorbeeld expliciet in zijn advies bij het ‘Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen’. Daarin zijn maatregelen voorgesteld om de gevolgen van besmetting van pluimveevlees met salmonella en campylobacter tegen te gaan. Ook andere dierlijke productiesectoren kunnen echter een belangrijke bron vormen van voedselinfecties bij de mens en uitnodigen tot het nemen van maatregelen (bijvoorbeeld in de varkens- en rundvleessector).

‘De vraag komt dan ook op waarom niet in een bredere context wordt gezocht naar methoden om voedselinfecties te voorkomen of te bestrijden. De focus op uitsluitend bepaalde categorieën pluimveevlees vindt in de gegeven motivering onvoldoende rechtvaardiging’.²¹

De regering had in de Memorie van Toelichting dienen te motiveren welke andere mogelijkheden er op dit vlak voorhanden waren en waarom juist voor deze oplossing is gekozen. Daarbij kunnen criteria als doelmatigheid en doeltreffendheid van de verschillende mogelijkheden en methoden tevens een rol spelen.

Ook in het reeds eerder, onder § 5.1.2.2 aangehaalde advies bij de ‘Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen’ geeft de Raad aan dat naar mogelijke alternatieve maatregelen moet worden gekeken. De Raad stelt vast dat een verlaging van de leerplichtige leeftijd een maatregel is, die de vrijheid van alle ouders bij de opvoeding en educatie van hun kinderen verregaand beperkt. Maatregelen die het onderwijs aan jonge kinderen vervroegen, zouden leerachterstanden van sommige kinderen kunnen verkorten. Echter, zo stelt de Raad, achterstanden hebben diverse oorzaken, die onder meer kunnen liggen in de thuissituatie en de aard, de gezondheid en het ontwikkelingspatroon van het individuele kind.

‘Aan deze achtergronden en daarmee aan mogelijke alternatieve maatregelen om leerachterstanden te voorkomen en verminderen is in de toelichting geen aandacht geschonken, terwijl ze voor de afweging of de voorgestelde maatregel noodzakelijk en evenredig is wel van groot belang zijn’.²²

De Raad geeft zelf het verband met het criterium evenredigheid aan. In § 5.1.3.1.2 wordt hier nader op ingegaan.

20 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 15.

21 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III.

22 Kamerstukken II 2001-2002, 28 085, A, p. 2.

In enkele gevallen geeft de Raad van State aan wat het alternatief voor de betreffende regeling zou kunnen zijn. In het ook reeds eerder (in § 5.1.2.3) aangehaald advies bij het wetsvoorstel ‘Wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot een hogere preferentie van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip die noodzakelijk waren ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden’ stelt de Raad de vraag of in plaats van de regeling wellicht toetreding tot een op hetzelfde onderwerp betrekking hebbend verdrag evenzeer de oplossing voor het gesignaleerde probleem is. In het betreffende wetsvoorstel worden aan de lijst van de in artikel 211 Boek 8 BW opgesomde vorderingen met een zeer hoge preferentie, vorderingen toegevoegd ter zake van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip, noodzakelijk ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden. Echter, ook in het internationaal verdrag inzake scheepsvoorrechten en hypotheek worden havengelden in rang boven hypotheek geplaatst. Dat *‘doet de vraag rijzen of het niet de voorkeur verdient dat Nederland tot dit verdrag toetreedt.’*²³ Nadere nationale regelgeving zou dan niet noodzakelijk zijn.

Ook in zijn advies bij het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Wet Arbeid Vreemdelingen in verband met de werving van arbeidsaanbod uit landen buiten de Europese Economische Ruimte op een bij convenant overeengekomen wijze’ geeft de Raad van State een concreet alternatief. De Raad stelt vast dat de in het voorstel voorgestelde aanpak met convenanten betekent dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid volledig afhankelijk is van de sociale partners voor de doeleinden van de wet. Dat klemmt omdat sprake is van een rechtsfiguur, waarvan het rechtskarakter in het wetsvoorstel niet nader is bepaald en waaraan wel een publiekrechtelijke rechtsgevolg is verbonden.

‘De Raad heeft zich in dit verband afgevraagd waarom, ter vermijding van deze afhankelijkheid, niet allereerst is overwogen in de WAV, in aanvulling op artikel 9 onder a, te voorzien in de mogelijkheid tot aanwijzing van één of meer categorieën van aanbod van arbeid van buiten de EER waaraan voorrang boven elk overig aanbod van buiten dat gebied, of (anderszins) enige vorm van bijzondere behandeling toekomt. Dat zou kunnen gebeuren door de mogelijkheid te openen dergelijk aanbod, zoals dat uit de MOE-landen (Midden- en Oost-Europese landen, HB), aan te wijzen bij algemene maatregel van bestuur’.²⁴

Met andere woorden: de Raad vraagt zich af of het beoogde doel niet op een andere manier kan worden bereikt, bijvoorbeeld door middel van een algemene maatregel van bestuur.

5.1.2.4.2 Een minder vergaande oplossing

De Raad van State stelt met enige regelmaat dat het met het wetsvoorstel beoogde doel tevens met een minder vergaande oplossing kan worden bereikt. Soms verwijst de Raad dan naar de mogelijkheid tot ‘lagere’ regeling.

Zo stelt hij in het advies bij de Wet markt en overheid²⁵ ten aanzien van een specifieke bepaling dat de betreffende bepaling een instructienorm geeft aan de bijzondere wetgever en tevens kan worden gezien als een intentieverklaring van de formele wetgever.

‘In zoverre rijst dan de vraag waarom deze bepaling in een formele wet wordt opgenomen en niet met het instrument van de aanwijzing zou kunnen worden volstaan’.²⁶

Deze opmerking van de Raad kan worden gerangschikt bij het kwaliteitscriterium subsidiariteit, omdat de Raad ervan uitgaat dat indien met lagere regelgeving kan worden volstaan, hogere regelgeving, zoals een wet in formele zin, niet langer noodzakelijk is.

Daarnaast besteedt de Raad aandacht aan de verhouding tussen algemene en bijzondere rechtsregels. In hoeverre is bijzondere regeling daadwerkelijk nodig? Kan niet worden volstaan met een afwijking van de algemene regels? De hiervoor in § 5.1.2.3 reeds aangehaalde ‘Tijdelijke wet noodcapa-

23 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B, p. 3.

24 Kamerstukken II 2001-2002, 28 442, B, p. 2.

25 Hiervoor, bij § 5.1.2.1, is dit advies ook behandeld.

26 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 19.

citeit drugskoeriers' geeft bijvoorbeeld een compleet rechtsregime, waarmee de Penitentiaire beginselenwet en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen niet van toepassing worden verklaard. De Raad gaf aan dat in plaats van een geheel nieuwe regeling te scheppen, ook van deze reeds bestaande regelingen op punten kan worden afgeweken:

'Een andere aanpak zou ook denkbaar zijn geweest: een wet die sommige bepalingen van die wetten buiten toepassing zou hebben verklaard'.²⁷

Het nadeel van de gekozen opzet is, aldus de Raad, dat het uitzonderlijke en tijdelijke regime minder goed tot uiting komt en dat er geen systematische verantwoording plaats heeft tussen de verschillen van de Tijdelijke wet en de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (Bjj). De Raad adviseert in de Memorie van Toelichting zulk een vergelijking te maken en de afwijkingen van de Tijdelijke wet te motiveren met het oog op de problemen die moeten worden ondervangen, namelijk celtekort en personeelstekort.

Het wetsvoorstel maakt, zo stelt de Raad verder, geen onderscheid tussen verdachten en veroordeelden. De aangehouden drugskoeriers hebben de positie van verdachte. Veroordeelden worden volgens de Penitentiaire beginselenwet ondergebracht in gevangenissen en verdachten in huizen van bewaring. Van een probleem met de huisvesting van veroordeelde drugskoeriers is niet gebleken. Ook hier dient, zo stelt de Raad, de noodzaak van afwijking van de gewone regels, de Pbw en de Bjj derhalve, te worden aangetoond.²⁸

Ook wijst de Raad van State op procedures die in regelingen zijn opgenomen, maar die in zijn ogen te zwaar zijn. Zo werd in de Regeling leerlinggebonden financiering een bepaling opgenomen die erin voorziet dat scholen een nevenvestiging kunnen openen of leerlingen kunnen toelaten die toelaatbaar zijn verklaard voor een andere onderwijssoort dan die welke aan de school wordt verzorgd. Daarvoor dient naar het oordeel van de Raad

'een nogal zware procedure te worden gevolgd. (...) Het is redelijk dat de meest betrokken schoolbesturen de gelegenheid hebben hun oordeel te geven, maar de besluitvorming wordt nu afhankelijk gemaakt van de instemming van een te groot aantal instanties. De bepaling dient te worden herzien'.²⁹

Volstaan kan worden, aldus de Raad, met een 'lichtere' regeling.³⁰

In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel 'Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet tot aanvulling van de bepalingen inzake de verkiezing van de Tweede Kamer en de Eerste kamer, de provinciale staten en de gemeenteraden in verband met de tijdelijke vervanging van hun leden wegens zwangerschap, bevalling en ziekte' geeft de Raad van State aan wat de minder vergaande oplossing zou kunnen zijn. In het wetsvoorstel wordt voorgesteld een lid van genoemde organen tijdelijk te vervangen. De Raad van State oordeelt dat niet overtuigend gemotiveerd wordt waarom is afgezien van stemoverdracht bij afwezigheid van volksvertegenwoordigers wegens zwangerschap, bevalling of ziekte. Er wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat het lidmaatschap niet kan en mag worden gereduceerd tot de bevoegdheid om een stem uit te brengen. Daarnaast worden door de regering enkele andere argumenten aangevoerd waarom stemoverdracht niet wordt geprefereerd (er kan zich bijvoorbeeld een probleem voordoen bij eenmansfracties). De Raad acht de afweging niet overtuigend, ook gezien de praktijk van vele gemeenteraden en provinciale staten, waar werkzaamheden in commissieverband door andere fractieleden of niet-fractieleden worden waargenomen. Ook een eenmansfractie zou zulk een collegiale oplossing kunnen vinden.

'De Raad adviseert nogmaals tijdelijke stemoverdracht als alternatief voor de nu voorgestelde tijdelijke vervanging te heroverwegen of de keuze beter te onderbouwen. Daarbij dient te worden

27 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 2.

28 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

29 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 9.

30 Het betreft hier ook de eis van doelmatigheid. Zie § 4.1.2.5.2.

ingegaan op de combinatie van stemoverdracht met de informele oplossingen die in de praktijk (kunnen) worden gevonden’.³¹

De Raad oordeelt derhalve dat tijdelijke vervanging een te ‘zwaar’ middel is en (uit een oogpunt van subsidiariteit) minder vergaande alternatieven, zoals de tijdelijke stemoverdracht dan wel andere oplossingen uit de praktijk, heroverwogen dienen te worden. In het kader van uitvoerbaarheid wordt aan dit onderwerp ook aandacht besteed, die daarvoor § 6.1.2.2.1.3.

Ten slotte kan worden gewezen op de door de Raad uitgevoerde toetsing aan het EVRM. In deze toetsing wordt expliciet onderzocht of er minder vergaande oplossingen zijn dan die in het voorstel worden voorgesteld:

‘In dat verband zijn geschikte, het desbetreffende grondrecht minder beperkende, alternatieven om de beoogde doeleinde te bereiken relevant. Op mogelijke alternatieven voor DNA-onderzoek bij veroordeelden wordt in de toelichting evenwel niet ingegaan, terwijl het in de toelichting genoemde maatschappelijk draagvlak op zichzelf niets zegt over de “pressing social need”’.³²

Duidelijk moge zijn dat op dit punt een duidelijke samenhang bestaat met het rechtmatigheidscriterium. Het betreffende advies van de Raad is reeds in het hoofdstuk omtrent rechtmatigheid (§ 3.1.3.1.4) uitgebreid aan bod gekomen. Omdat in casu primair aan rechtmatigheid wordt getoetst, wordt gemakshalve naar dat hoofdstuk verwezen.

5.1.2.5 Huidige situatie is voldoende

Indien de Raad van State toets aan het subsidiariteitscriterium, gaat hij ook na of de huidige situatie reeds voldoende is. Een nadere wettelijke regeling zou dan niet noodzakelijk zijn. Bij deze toets van de Raad kan een onderscheid worden gemaakt tussen de huidige regeling die voldoende zou zijn en de huidige praktijk die een nadere regeling overbodig zou maken.

5.1.2.5.1 Huidige regeling

In zijn advies op het wetsvoorstel Markt en overheid stelt de Raad dat de nieuw voorgestelde regeling onvoldoende meerwaarde heeft boven de reeds bestaande regelingen:

‘Verder wijst de Raad – in aansluiting op het advies van de SER (paragraaf 7.2) – op het belang van een grondige analyse van de mogelijkheden om met de bestaande regelgeving de beoogde doelen te bereiken. De Europese regels inzake mededinging (kartelrecht, misbruik machtspositie, overheidsbedrijven en staatssteun) en aanbesteding geven reeds een vrij volledig kader voor de concurrentieaspecten van het overheidsoptreden. In de Nederlandse verhoudingen is vooral de Mededingingswet, die is geënt op het Europese mededingingsrecht, van belang. Het valt evenwel op dat in de Nederlandse verhoudingen het kader beperkter is. In het bijzonder ontbreken op nationaal niveau regels inzake staatssteun. De vraag komt op of het niet eenvoudiger zou zijn zo nodig de regels van de Mededingingswet aan te vullen, in plaats van een geheel afzonderlijk van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht functionerend systeem in te voeren. De Raad concludeert dan ook dat het wetsvoorstel zowel procedureel als inhoudelijk onvoldoende meerwaarde heeft ten opzichte van het reeds bestaande instrumentarium’.³³

Op dit punt kan een grote samenhang worden geconstateerd met het kwaliteitscriterium doeltreffendheid. Een afzonderlijke wet is niet noodzakelijk, heeft zelfs inhoudelijk onvoldoende meerwaarde, omdat kan worden volstaan met (een aanvulling op) het huidige mededingingsrecht.

31 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 2-3.

32 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 3.

33 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 3. Dit advies is ook reeds bij § 5.1.2.1 en bij § 5.1.2.4.2 behandeld.

In hetzelfde advies wordt gesteld dat met betrekking tot overheidsactiviteiten reeds verschillende rechtskaders bestaan die betrekking hebben op het voorkomen en tegengaan van concurrentieverhoudingen op de markt. Dan kan worden gedacht een nationale en Europese mededingingsregels.

‘De toelichting stelt niet dat het reeds bestaande instrumentarium ontoereikend is dan wel niet goed zou functioneren. Ook wordt niet duidelijk waarom aanvulling van het reeds bestaande instrumentarium – in het bijzonder de Aanwijzingen – , indien dit al ontoereikend zou zijn, geen begaanbare weg is en een en ander per se via een wet geregeld zou moeten worden’.³⁴

Aansluiting bij reeds bestaande wetgeving, zo stelt de Raad wederom, ligt meer in de rede.

Ook in het advies bij het voorstel Wijziging van de Mediawet stelt de Raad ten aanzien van een bepaald onderdeel van het voorstel, dat met de reeds bestaande regelgeving kan worden volstaan. In het voorstel is onder meer een wijziging van de Concessiewet opgenomen. Daarin wordt toegevoegd dat er een doorgifteplicht geldt voor zogenoemde toegangsomroepen. Het moet gaan om programma’s verzorgd door een lokale omroep, niet zijnde programma’s die behoren tot de hoofdtaak van de omroep en de programma’s moeten gericht zijn op ‘specifieke bevolkings- en leeftijdsgroepen waaronder minderheden’. De doorgifteplicht wordt beperkt tot ten hoogste twee televisie- en vijf radiokanalen.

‘De Raad kan de regering volgen in haar standpunt dat het niet past in het systeem van de Concessiewet om aan een neventaak van een lokale omroep een verplichte doorgifte via kabel te verbinden. De Raad constateert echter dat met artikel 82i ook verplichte doorgifte van een in het kader van een neventaak samengesteld programma wordt geregeld. Als de regering over haar bezwaren tegen een dergelijke afwijking van het systeem van de Concessiewet heenstapt is niet in te zien waarom niet wordt gekozen voor het handhaven van artikel 66 van de Mediawet. Er is dan geen noodzaak om artikel 82i te wijzigen’.³⁵

5.1.2.5.2 Huidige praktijk

De Raad kan tevens constateren dat de huidige praktijk voldoet en de voorgestelde regeling daarbij onvoldoende aansluit. Dan kan beter de voorkeur worden gegeven ofwel aan de huidige situatie ofwel aan codificatie van de huidige situatie.

Dit kwam tot uiting in het advies bij het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer. Dat voorstel strekt ertoe in de Awb regels op te nemen voor verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen en tussen bestuursorganen onderling. Het geeft aan wanneer verkeer langs elektronische weg is toegestaan, aan welke voorwaarden dat verkeer moet voldoen wil het even betrouwbaar zijn als conventioneel-schriftelijk verkeer en in welke gevallen verkeer langs elektronische weg gelijkgesteld kan worden aan andere vormen van berichtenverkeer. Thans is het echter gebruik dat geschriften via diverse methoden, bijvoorbeeld per fax, bij bestuursorganen en administratieve rechters worden ingeleverd. Het verdient volgens de Raad aanbeveling om, in elk geval ten aanzien van het faxverkeer, geschriften in elektronische vorm in te mogen dienen, voorzover de betrokken instantie niet te kennen heeft gegeven berichten niet in die vorm te kunnen aanvaarden.

‘De bestaande faxpraktijk verdient eerder een wettelijke grondslag en regeling dan dat ze als het ware wordt uitgebannen’.³⁶

De Raad stelt verder dat de voorgestelde bepalingen een eind zouden kunnen maken van de gebruikte mogelijkheid dat per fax beroep wordt ingesteld of ingetrokken bij de administratieve gerechten.

‘De Raad acht het niet wenselijk dat deze zinvol gebleken praktijk wordt geblokkeerd’.³⁷

34 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 8.

35 Kamerstukken II 2002-2003, 28 639, B, p. 2.

36 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 4.

37 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 4. Zie hiervoor ook § 6.1.2.3.4.

De Raad acht derhalve regelgeving onwenselijk. De overwegingen van de Raad hebben ook betrekking op doelmatigheid: de reeds bestaande praktijk voldeed goed.

5.1.2.6 Nieuwe ontwikkelingen of discussie

In enkele adviezen stelt de Raad van State dat met de voorgestelde regelgeving beter gewacht kan worden tot nieuwe ontwikkelingen of discussies ten aanzien van het te regelen onderwerp zijn uitgekristalliseerd.

5.1.2.6.1 Discussie

In de eerste plaats geeft de Raad aan dat ten aanzien van het te regelen onderwerp een fundamentele discussie zou dienen plaats te vinden. Dat is bijvoorbeeld het geval in het wetsvoorstel Belastingplan 2002-I arbeidsmarkt en inkomensbeleid. Daarin is een voorstel opgenomen van de Werkgroep Inkomenspositie Gehandicapten en Chronisch Zieken om vermenigvuldigingsfactoren voor buitengewone uitgaven voor bepaalde inkomensgroepen in te voeren. De Raad wil dit voorstel niet volgen. Zijns inziens is het voorstel enkel ingegeven vanuit de gedachte het effect van een heffingskorting te bereiken voor de gevallen dat meerdere jaren achtereen sprake is van aftrek van buitengewone uitgaven. Deze pseudoheffingskorting doorbreekt het stelsel van de Wet IB 2001.

‘De Raad adviseert eerst de discussie over de omzetting van aftrekposten in een heffingskorting in volle omvang te voeren en niet op een deelterrein een pseudoheffingskorting in te voeren’.³⁸

Voor een regeling van dit onderwerp is het thans nog te vroeg.

De Raad stelt echter niet altijd dat een actuele discussie een beletsel is voor regelgeving. Wel stelt de Raad dan voorwaarden aan de regelgeving. Dat doet de Raad bijvoorbeeld in het voorstel-Wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol. Dit voorstel regelt de luchthavenexploitatievergunning en het sector-specifieke toezicht met betrekking tot de tarieven en voorwaarden voor het gebruik van NV Luchthaven Schiphol (NVLS) door gebruikers. Samen met de Wet luchtvaart inzake de inrichting en het gebruik van de luchthaven Schiphol vormt dit wetsvoorstel de laatste wetgevende stap voorafgaand aan een mogelijke beursgang van NVLS. De Raad achtte het niet opportuun in te gaan op de vraag of Schiphol daadwerkelijk een beursgang zou moeten maken.

‘Hoewel het de Raad bekend is dat sinds de verschijning van zijn advies inzake de tweede nota van wijziging de politieke en maatschappelijke discussie over privatisering van de NVLS in omvang en intensiteit is toegenomen, onthoudt het college zich ook thans van inhoudelijk commentaar omtrent de wenselijkheid van de beoogde beursgang. Wel acht de Raad het gezien die discussie thans wenselijk dat die voorgenomen stap wordt getoetst aan objectieve criteria en de resultaten van die toetsing op te nemen in de memorie van toelichting’.³⁹

De Raad wil derhalve geen advies uitbrengen inzake een beursgang van Schiphol.

5.1.2.6.2 Ontwikkelingen

Naast een actuele discussie kan het ook voorkomen dat nieuwe ontwikkelingen regelgeving van een bepaald onderwerp belemmert. Zo was in de Wet ammoniak en veehouderij een drastische koerswijziging ten opzichte van eerder beleid vervat. De Raad van State is van mening dat de regering slechts een beperkte motivering daarvoor geeft. Indien deze wijziging bij wet wordt gegeven, zo stelt de Raad, dient zekerheid te bestaan omtrent de effecten van ammoniak in het milieu. Het afgelopen decennium is echter het beleid op dit punt gewijzigd en hebben zich enkele ingrijpende ontwikkelingen voorgedaan, zoals varkenspest, BSE en MKZ.

38 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 8.

39 Kamerstukken II 2001-2002, 28 074, A, p. 1-2.

‘In het licht van al deze ontwikkelingen rijst de vraag waar de zekerheid op berust dat het beleid nu in de wet kan worden verankerd. (...) De Raad meent dat in de toelichting nader moet worden ingegaan op de opportuniteit om thans met een wettelijke regeling te komen alsmede op de vraag op basis van welke inzichten met zekerheid kan worden aangenomen dat zich in de voorzienbare toekomst geen zodanige ontwikkelingen van inzicht of anderszins meer zullen voordoen dat het beleidskader nu vrij hecht in de wet kan worden verankerd’.⁴⁰

De Raad van State vraagt zich af in hoeverre een regeling op dit moment wenselijk is. Secundair lijkt hier doeltreffendheid in het geding: in hoeverre is een regeling effectief indien zich ontwikkelingen van inzicht kunnen voordoen?

5.1.2.7 Autonomie lagere (rechts)gemeenschappen

Onder toetsing aan het subsidiariteitscriterium wordt ook verstaan toetsing aan de vraag in hoeverre de materie die in het voorliggende voorstel wordt geregeld, ook kan worden behartigd door lagere rechts-gemeenschappen, zoals provincies en gemeenten, dan wel door lagere bestuursorganen of belanghebbenden bij de regeling, zoals consumenten.

5.1.2.7.1 Provincies en gemeenten

In zijn advies bij de Wet dualisering gemeentebestuur⁴¹ toets de Raad van State veelvuldig en uitgebreid aan de eis van subsidiariteit. Dit voorstel strekt ertoe het gemeentebestuur niet langer monistisch, maar voortaan dualistisch in te richten. Daartoe wordt het wethouderschap losgekoppeld van het raads-lidmaatschap. De bestuurlijke bevoegdheden worden, voor zover mogelijk, bij het college geconcentreerd; de gemeenteraad wordt versterkt in zijn verordenende en controlerende taak. De Raad van State is kritisch over het verplichte karakter van de dualisering. Moeilijk kan, zo stelt de Raad, worden gesproken van ‘het’ dualisme. De Raad gaat uitgebreid in op het monistische gemeentelijke bestuursmodel en schetst daarin ook dualistische trekken. Hij concludeert 1) dat de huidige wet slechts een beperkt aantal monistische elementen kent en 2) dat de praktijk in de verschillende gemeenten uiteenloopt. Daarin vertoont het stelsel ook dualistische trekken.

‘Die constatering is van belang voor de vraag of er reden is over te stappen op een stelsel van verplicht dualisme, (...)’.⁴²

Binnen dat kader gaat de Raad in op het karakter van de Gemeentewet. De Gemeentewet-1994 is, aldus de Raad, net als die van 1851, sober. Er wordt niet meer geregeld dan strikt noodzakelijk. Dat strookt met artikel 124 Grondwet: zoveel mogelijk moet worden overgelaten aan de gemeentebesturen zelf. De Raad stelt echter:

‘Het nu voorliggende wetsvoorstel dreigt naar de andere kant door te slaan’.

Voorbeelden daarvan zijn het uitgewerkte gesloten commissiestelsel, de verplichte rekenkamer, de regeling van de onderzoekscommissie en de wettelijke regeling van reeds bestaande bevoegdheden van de raad ten opzichte van het college.

‘De Raad meent dat de regeling van veel hiervan niet nodig is en daarom achterwege behoort te blijven. Hij adviseert daarom tot een aanzienlijke versoering van het wetsvoorstel’.⁴³

De (subsidiariteits)gedachte die hieraan ten grondslag ligt, is dat gemeenten (of: de gemeenteraad) zelf deze zaken kunnen regelen en behartigen.

40 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 2.

41 Dit advies is hiervoor ook reeds behandeld. Zie § 5.1.2.3.

42 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 3.

43 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 12-13.

Eén van de punten die voor versobering in aanmerking komen, is het recht op ambtelijke bijstand, dat in het wetsvoorstel aan de gemeenteraad wordt toegekend. De Raad moet daarvoor een verordening vaststellen en in de wet is opgesomd wat in die verordening dient te worden geregeld.

‘De Raad is van mening dat het aan de raad kan worden overgelaten te bepalen van welk van deze onderwerpen hij regeling in de verordening nodig acht. Hij adviseert de opsomming te schrappen’.⁴⁴

Een ander punt is de bevoegdheid die aan de burgemeester wordt toegekend om onderwerpen toe te voegen aan de agenda van het college en ten aanzien van reeds geagendeerde onderwerpen eigen voorstellen aan het college kan voorleggen.

‘Uit de toelichting op het artikel spreekt al een zekere aarzeling over het praktische nut van deze bepalingen. Daar komt bij dat het hier bevoegdheden betreft die naar hun aard reeds behoren bij het voorzitterschap van het college. De materie leent zich beter voor opneming in het reglement van orde van het college’.⁴⁵

Vervolgens wijst de Raad van de State op de regeling van de lokale rekenkamer. De gemeenteraad wordt in het wetsvoorstel verplicht een gemeentelijke rekenkamer in te stellen. Er bestaat een mogelijkheid om daarvoor een gemeenschappelijke regeling aan te gaan.

‘De Raad meent dat een rekenkamer in sommige gemeenten een nuttige functie kan vervullen. Dit kan echter van gemeente tot gemeente verschillen. Vooral voor de kleinere gemeenten lijkt de constructie veel te zwaar’.

De gemeenteraad kan die controle desgewenst ook zelf uitvoeren, bijvoorbeeld door een raadscommissie of een onderzoekscommissie.

‘Het college is van oordeel dat het bij het open karakter van de Gemeentewet past om de structuur en werkwijze van het gemeentebestuur niet dwingend en tot in detail te regelen, maar de uitwerking aan de gemeentelijke praktijk over te laten’.⁴⁶

De Raad van State adviseert de regeling facultatief te maken, zeker nu er nog geen ervaring mee is opgedaan.⁴⁷ De rekenkamer, zo vervolgt de Raad, krijgt onder meer als taak de doelmatigheid van het gemeentebestuur te onderzoeken. Daaronder dient ook doeltreffendheid te worden verstaan. Dat is echter een taak die bij uitstek tot het terrein van de politieke controletaak van de raad behoort. De rekenkamer zou die taak van de raad kunnen overnemen. Het is beter vast te houden aan de huidige praktijk, waarbij de raad eventueel en desgewenst gebruik kan maken van een rekenkamer of een commissie.

‘De Raad adviseert de rekenkamer niet van rechtswege te belasten met onderzoek naar de doeltreffendheid van het beleid, maar het aan de raad over te laten deze taak desgewenst aan een door hem ingestelde rekenkamer op te dragen’.⁴⁸

De Raad van State stelt hier telkens de autonomie van de gemeente, in het bijzonder van de gemeenteraad, voorop. Het is, in deze visie, aan de raad als democratisch gelegitimeerd orgaan om te bepalen hoe de gemeente bestuurlijk wordt georganiseerd.

De Raad gaat in zijn advies bij het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur tevens in op het in het wetsvoorstel neergelegde commissiestelsel. De Gemeentewet kent een open commissiestelsel; het voorliggende wetsvoorstel kent een gesloten systeem. Dit zou, volgens de memorie van toelichting, een verbetering in het stelsel betekenen en voortvloeien uit het feit dat elk orgaan zijn commissies kan

44 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 16.

45 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 17. Deze opmerking van de Raad past ook in § 5.1.2.4.2.

46 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 18.

47 Deze opmerking van de Raad past ook in § 5.1.2.8.3.

48 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 19.

instellen. Dat laatste argument overtuigt de Raad niet. De raad en het college zijn altijd bevoegd commissies in te stellen.

‘Een uitgewerkte regeling is daarvoor niet nodig’.

Of de overgang van een open naar een gesloten systeem een verbetering is, kan, aldus de Raad, worden betwijfeld. Het is onduidelijk of er behoefte aan bestaat.

‘Het huidige open systeem past bovendien ook beter bij het al eerder gesignaleerde open en flexibele karakter van de Gemeentewet’.⁴⁹

Ook maakt de Raad opmerkingen over deelraden. Deelraden bestaan reeds in de Gemeentewet. Nieuw is in het wetsvoorstel dat naast een deelraad een dagelijks bestuur moet staan. De bestaande Gemeentewet biedt die mogelijkheid facultatief. De samenstelling van het dagelijks bestuur wordt overgelaten aan de raad, maar de verhouding deelraad-dagelijks bestuur moet dualistisch zijn.

‘De Raad meent dat deelgemeenteraden niet zonder meer op één lijn kunnen worden gesteld met gemeenteraden. Hij is er niet van overtuigd dat het belang van dualisering, al aangenomen dat het voor de “gewone” gemeentebesturen geldt, onverkort van toepassing is op de deelraden. Hij beveelt aan de gemeenteraden vrij te laten in het bepalen of deelgemeentebesturen al of niet dualistisch zullen worden opgezet’.⁵⁰

Ook hier staat de autonomie van de gemeente als lagere rechtsgemeenschap, in het bijzonder van de raad, centraal.

Vervolgens maakt de Raad van State enkele opmerkingen over het voorgestelde gemeentelijke enquêterecht. Het past, aldus de Raad, beter bij de Gemeentewet

‘om een aantal onderwerpen niet in detail te regelen, maar veel aan de gemeentelijke praktijk en de plaatselijke verordeningen over te laten’.

De Raad wijst

‘erop dat het beter is regeling van onderwerpen die niet per se in de Gemeentewet geregeld behoeven te worden, achterwege te laten. Hij meent dan ook dat de regeling voor het enquêterecht heroverweging behoeft’.⁵¹

Ook wijst de Raad erop dat hij twijfels heeft over de noodzaak van het wettelijk regelen van het enquêterecht. De raad heeft nu immers ook al de bevoegdheid om onderzoekscommissies in te stellen.

Ten slotte wijst de Raad op het voorgestelde artikel 212. Daarin worden eisen gesteld aan de gemeenteverordening inzake financiën. Dat is een ontwikkeling waarover de Raad eerder negatief oordeelde.

‘Daarbij wees de Raad erop dat deze zaken sinds jaar en dag tot de autonomie van de gemeenten behoren’.⁵²

Niet alleen in het advies bij de Wet dualisering gemeentebestuur, maar ook in andere adviezen wordt in het kader van de subsidiariteitsvraag indringend getoetst aan de autonomie van lagere rechtsgemeenschappen. In het advies bij het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio’s bijvoorbeeld, stelt de Raad dat het hier voorliggende voorstel, waarin gemeenten in stedelijke regio’s worden verplicht tot bovenlokale samenwerking op een aantal beleidsterreinen, niet de enige mogelijkheid is. De Raad

49 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 21.

50 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 22.

51 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 27.

52 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 32. De Raad doelde op het advies van 17 maart 2000, Kamerstukken II 1999-2000, 26 906, B.

geeft ook enkele andere mogelijkheden voor een bestuursvorm voor stedelijke regio's. In de eerste plaats een regeling die is gebaseerd op de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR), zoals de Kaderwet bestuur in verandering dat was en die voorziet in de instelling van ROL's (Regionale Openbare Lichamen). Het thans geldende drielagenmodel blijft dan intact. In de tweede plaats een regeling waarin de ROL niet langer een hulpstructuur is, maar een eigen plaats heeft in de hoofdstructuur van het binnenlands bestuur. Taken en bevoegdheden worden dan voor een belangrijk deel door de formele wetgever aan de ROL toegekend. De ROL kan echter zo zwaar en breed zijn opgezet, dat zich dan de vraag naar de democratische legitimatie voordoet. Het betreft hier een duurzame regeling die diep ingrijpt in de taken en bevoegdheden van provincies. Deze opties kunnen opeenvolgend zijn.⁵³ Echter:

'Het komt de Raad voor dat het wetsvoorstel blijft aarzelen tussen de hiervoor genoemde twee opties, en in die zin geen duidelijke keuze doet'.⁵⁴

Zo wordt de ROL aangeduid als een hulpstructuur en spreekt de toelichting over samenwerking tussen gemeenten. De toelichting spreekt tevens over niet-vrijblijvende bovenlokale samenwerking. In het wetsvoorstel overstijgt de ROL, gezien het minimumtakenpakket, de idee van hulpstructuur en is vergelijkbaar met de provincie. In het voorstel blijven de consequenties voor provincies buiten beschouwing, alsmede de democratische legitimatie. De Raad stelt vervolgens dat van de wetgever mag worden verwacht dat die een keuze maakt en de gevolgen daarvan onder ogen ziet. De eerste optie is eigenlijk een voortzetting van de Kaderwet, de tweede optie neemt afstand van de WGR en schept een eigen bestuursvorm. De Raad ziet de vormgeving van bestuur voor stedelijke regio's als een ontwikkelingsproces.

'Voor die ontwikkeling vormen de verworvenheden van zeven jaar Kaderwet thans het vertrekpunt. Wanneer de wetgever, mede gehoord de opvattingen van de zeven regio's die het aangaat, besluit om niet te kiezen voor een stap die wezenlijk verdergaat dan de huidige situatie, en dan in het huidige takenpakket (dat wordt aangeduid als "minimumpakket"), ligt het in de rede om het regionaal bestuur op basis van de Kaderwet gewoon te verlengen, in plaats van, zoals nu gebeurt met het wetsvoorstel, een andere vorm te creëren die op de keper beschouwd niet meer is dan voortzetting van de Kaderwet, en in die zin niet nuttig en nodig is'.⁵⁵

Opmerkelijk is dat de Raad van State hierbij in een voetnoot uitdrukkelijk verwijst naar aanwijzing 6, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving: 'Tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen wordt alleen besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan.'

Wanneer, zo gaat de Raad verder, de wetgever voor de tweede optie zou kiezen, wordt daarmee (de grondslag van) de WGR en de Kaderwet achtergelaten. Dat vereist een wettelijke regeling die die situatie beter tot uitdrukking laat komen dan in het wetsvoorstel het geval is. Dat zal meer tijd vragen dan de eerste optie.

'Daarom ligt ook in dat geval (tijdelijke) verlenging van het thans bestaande regionaal bestuur op basis van de Kaderwet voor de hand, in afwachting van de totstandkoming van de genoemde nieuwe en passende wettelijke regeling'.⁵⁶

De Raad benadrukt deze gedachte in zijn advies later nogmaals.⁵⁷

Ten slotte kan een voorbeeld worden gevonden in het advies bij het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten. Dit besluit vervangt het Besluit comptabiliteitsvoorschriften uit 1995. Volgens het nieuwe besluit moet de raad jaarlijks een beleidsbegroting en een financiële begroting vaststellen. Van de beleidsbegroting is het programmaplan een belangrijk onderdeel: het bevat de te realiseren programma's (een samenhangend geheel van activiteiten) en de dekking daarvan. Na

53 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 3.

54 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 4.

55 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 4-5.

56 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 5.

57 Zie: Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 5-8.

afloop van een begrotingsjaar stelt de raad vervolgens een programmaverantwoording vast: zijn de doelen bereikt en hoe zijn die gefinancierd? Het programmaplan is een uitvloeisel van het gedualiseerde gemeentelijke bestuursmodel. Daarbij spelen onder meer de volgende gedachten: de raad dient te sturen op hoofdlijnen en de kwaliteit van de controle door de raad dient te worden bevorderd. Het besluit geeft daarom in artikel 8 aan wat het programmaplan dient te bevatten.

De Raad is echter van mening dat de financiële huishouding van de gemeente tot de zelfwerkzaamheid van de gemeente (de gemeentelijke autonomie) behoort.

‘[B]ij elke inbreuk op die zelfwerkzaamheid door hoger gezag rust de volle bewijslast voor de gerechtvaardigdheid van deze inbreuk op dat hoger gezag. De Raad is niet overtuigd van de gerechtvaardigdheid van de nu voorgestelde bepaling’.⁵⁸

Aan het gemeentebestuur moet worden overgelaten om te bepalen aan welke eisen de begrotingsstukken moeten voldoen en de Raad adviseert de betreffende bepaling (artikel 8) te schrappen.

Later in hetzelfde advies, waar het gaat om de ‘uitvoeringsinformatie’ (documenten waarmee de begroting en de jaarstukken worden uitgewerkt), stelt de Raad opnieuw dat hij van oordeel is

‘dat de financiële huishouding van de gemeente kan worden gerekend tot de zelfwerkzaamheid van de gemeente. De Raad is niet overtuigd van de gerechtvaardigdheid van de nu voorgestelde bepaling. Hij meent daarom dat het aan het gemeentebestuur moet worden overgelaten om te bepalen of het college documenten opstelt waarin de begroting wordt uitgewerkt en zo ja, aan welke eisen die documenten moeten voldoen’.⁵⁹

De Raad adviseert Hoofdstuk VI van het ontwerpbesluit te schrappen. Net zoals in zijn advies bij de Wet dualisering gemeentebestuur, stelt de Raad zich ook hier op het standpunt, dat het aan de gemeente, in casu aan het gemeentebestuur, kan worden overgelaten hoe de gemeente organisatorisch wordt ingericht. De autonomie van lagere rechtsgemeenschappen staat dan centraal.

5.1.2.7.2 Overlaten aan lagere bestuursorganen – of toch niet?

Niet alleen kunnen bepaalde zaken aan lagere rechtsgemeenschappen worden overgelaten, ook kan soms een bepaalde materie beter aan lagere bestuursorganen worden overgelaten dan dat deze materie via wet of amvb wordt geregeld. Zo werd in het (hiervoor onder § 5.1.2.5.2 reeds behandelde) voorstel-Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, dat er toe strekt om in de Awb regels op te nemen voor verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen en tussen bestuursorganen onderling, een bepaling opgenomen die inhoudt dat een bestuursorgaan een bericht alleen maar mag verzenden op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier, gelet op de aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. Een bestuursorgaan kan ook op grond daarvan een bericht weigeren. Met betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid wordt, volgens de toelichting, aangesloten bij open normen die uitdrukking geven aan een gedifferentieerd stelsel van nadere beginselen; bij concretisering kan rekening worden gehouden bij de beginselen van correct IT-gebruik: authenticiteit, integriteit, onweerlegbaarheid, transparantie, beschikbaarheid, flexibiliteit, vertrouwelijkheid. Dit uitgangspunt is volgens de Raad terecht. De mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid dient even groot te zijn als bij conventioneel verkeer.

‘Het uitgangspunt dat “de mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid even groot dient te zijn als in het conventionele verkeer” is terecht. De uitwerking van het beginsel van voldoende betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid wordt echter overgelaten aan bijzondere regelingen, gedragscodes of protocollen. Daarbij is denkbaar dat bestuursorganen technische eisen kunnen stellen

58 Advies van de Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I.

59 Advies van de Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I.

aan het elektronisch verkeer zoals het gebruik van bepaalde software. Dit betekent dat elk bestuursorgaan daaraan verschillende invulling kan geven'.⁶⁰

De Raad acht het nog onduidelijk of (uitwerking van) het beginsel van voldoende betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid door bestuursorganen voldoende gewaarborgd kan worden.

5.1.2.7.3 Autonomie andere betrokkenen, belanghebbenden

Ten slotte wijst de Raad in enkele adviezen op de autonomie van degenen die belang (kunnen) hebben bij het wetsvoorstel, zoals consumenten. Zo wordt, aldus de Raad, in het wetsvoorstel 'Wijziging van de artikelen 215 en 244 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (zelfwerkzaamheid aan de buitenzijde van gehuurde woonruimte en onderhuur van een gedeelte van de gehuurde woonruimte)' onvoldoende aandacht besteed aan consumenten, verenigd in de Woonbond. Daarnaast kan, aldus de Raad, aandacht worden besteed aan andere verhuurders dan woningcorporaties.⁶¹

Indien het om onderwijs gaat, dient rekening te worden gehouden met de positie van ouders. In zijn advies bij het voorstel 'Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen',⁶² die uitvoering geeft aan de motie Ross-Van Dorp c.s., wijst de Raad op deze positie. Het wetsvoorstel onderkent, zo stelt de Raad, het grote belang van vroegtijdig schoolbezoek van met name kinderen uit risico-groepen en verlaagt daartoe de leerplichtige leeftijd. De Raad:

'De verlaging van de leerplichtige leeftijd is een maatregel die de vrijheid van alle ouders om te bepalen of en in welke mate de basisschool betrokken wordt bij de opvoeding of educatie van hun vierjarige kinderen verregaand beperkt. (...) Het oordeel van de ouders kan in sommige gevallen onjuist worden geacht, doch de ouders hebben thans wel de vrijheid en verantwoordelijkheid dat oordeel zelf te vormen'.⁶³

De Raad vestigt hier de aandacht op de autonomie van belanghebbenden, in casu ouders. De Raad stelt ten slotte dat een beperking van de vrijheid en verantwoordelijkheid van de ouders als gevolg van de voorliggende maatregel een sterkere motivering behoeft.

5.1.2.8 Nadere motivering, grondige analyse of experiment ontbreekt

5.1.2.8.1 Nadere motivering

De Raad van State stelt in zijn adviezen met enige regelmaat dat de noodzaak van wetgeving nader gemotiveerd dient te worden, omdat deze noodzaak niet bij voorbaat vaststaat. Veelal betreft het dan niet de gehele regeling, maar een gedeelte daarvan.

De Raad stelt zulks onder meer in het advies bij de 'Wijziging besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen'. In de oorspronkelijke regeling was een eindtermijn opgenomen. Indien deze termijn gehandhaafd zou worden, zouden problemen kunnen ontstaan bij de uitvoering van onderhoudswerkzaamheden. In de nieuwe regeling is geen eindtermijn opgenomen. Oorspronkelijk zou het derhalve om een tijdelijke activiteit gaan, in de nieuwe regeling kan deze voor onbepaalde tijd worden voortgezet.

'Het verdient aanbeveling om duidelijker te motiveren waarom er nu, anders dan in 1999, voor is gekozen om geen nieuwe eindtermijn op te nemen. Dit temeer omdat op deze manier een activiteit waaraan duidelijke milieubezwaren kleven – het gaat om middelzwaar verontreinigd materiaal – en

60 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 7.

61 Kamerstukken II 2002-2003, 28 721, A, p. 2.

62 Dit advies is ook reeds in § 5.1.2.2 en in § 5.1.2.4.1 behandeld.

63 Kamerstukken II 2001-2002, 28 085, A, p. 1-2.

die daarom oorspronkelijk zou worden beëindigd, in beginsel voor onbepaalde tijd kan worden voortgezet'.⁶⁴

Ook in het Besluit tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 wordt geadviseerd nader te motiveren. Voorgesteld wordt de vrijstelling voor sportaccommodaties zonder winstoogmerk te laten vervallen en het verlaagde tarief voor alle sportaccommodaties te laten gelden. Voor instellingen die thans gebruikmaken van de vrijstelling blijft deze gelden, totdat de instellingen ervoor kiezen te worden belast tegen het lagere tarief. Deze keuzevrijheid dient in de toelichting, aldus de Raad, nader te worden toegelicht.⁶⁵

In het advies bij de Concessiewet personenvervoer per trein wordt een aantal keren aangedrongen op een nadere motivering in de toelichting. De wet betreft het versterken van de positie van consumentenorganisaties, het vergemakkelijken van de overgang van productiemiddelen bij de overgang van concessie en de mogelijkheid om het management van die overgang uit te zonderen.

‘De voorgestelde regeling resulteert in een fundamentele wijziging van de notie van concurrentie. Het karakter van wat genoemd wordt: de concurrentie op het spoor, wordt daardoor beperkt tot een concurrentie van management teams. Onderneming – personeel en materieel – en concessie worden voor het overige aan elkaar geklonken. Uit de toelichting blijkt niet op welke visie op concurrentie dit berust en op welke wijze de consequenties hiervan worden opgevangen’.⁶⁶

Daarnaast dient volgens de Raad van State in de toelichting aan te worden gegeven waarom de mogelijkheid om personeel af te laten vloeien bij de overgang van concessie, is beperkt tot het management en

‘waarom eenzelfde mogelijkheid niet wordt voorgesteld voor andere disfunctionerende personeelsleden van de andere concessiehouder’.⁶⁷

Ook merkt de Raad in hetzelfde advies op dat in de toelichting een motivering ontbreekt voor de noodzaak van versterking van de formele positie van consumentenorganisaties. De meerwaarde en betekenis van de voorgestelde aanvulling is thans moeilijk te beoordelen, aldus de Raad.⁶⁸

Fundamenteler is de kritiek van de Raad in het advies bij het voorstel van wet DNA-onderzoek bij veroordeelden voorziet in de mogelijkheid van DNA-onderzoek bij personen die zijn veroordeeld voor gewelds- of zedenmisdrijven.⁶⁹ De opsporing van oude en nieuwe misdrijven zou hierdoor kunnen worden vergemakkelijkt en er gaat een preventieve werking vanuit. De Raad stelt dat in de Memorie van Toelichting onvoldoende wordt ingegaan op de vraag waarom het wetsvoorstel gewelds- en zedenmisdrijven als object heeft.

‘De achterliggende gedachte is kennelijk dat bij deze misdrijven een aanzienlijke kans op recidive bestaat. In de memorie van toelichting zijn geen gegevens voorhanden die deze gedachte ondersteunen’.⁷⁰

Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat indien deze gegevens niet voorhanden zijn, een wettelijke niet of minder noodzakelijk zou zijn. Daarmee kan een parallel worden getrokken met het kwaliteitscriterium doeltreffendheid.⁷¹

64 Advies van de Raad van State van 8 november 2002, no. W08.02.0381/V.

65 Advies van de Raad van State van 7 december 2001, no. W06.01.0624/IV.

66 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216, B, p. 4.

67 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216, B, p. 4.

68 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216, B, p. 5-6.

69 Zie ook § 5.1.2.4.2.

70 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 1-2.

71 Zie daarom ook § 4.1.1.3.3.

5.1.2.8.2 Grondige analyse

In het hiervoor reeds aangehaalde advies bij de Wet dualisering gemeentebestuur stelt de Raad van State dat een duidelijk overzicht van de bestaande problemen, de oorzaken en de oplossingen en een vergelijking met alternatieven ontbreken in de toelichting. De Raad leidt vervolgens zelf uit de onderliggende stukken (het rapport van de Staatscommissie dualisme en lokale democratie en het kabinetsstandpunt daarover) een paar problemen af.

In de eerste plaats zou de positie van politieke partijen onder druk staan. Dat hangt samen met een groot aantal maatschappelijke factoren, waar de wetgever, aldus de Raad, moeilijk invloed van betekenis op zou kunnen uitoefenen.

‘Er is dan ook geen reden van de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen te verwachten dat die kunnen leiden tot een wezenlijke versterking van de positie van politieke partijen in verband met de gemeentepolitiek’.⁷²

De Raad maakt vervolgens een aantal opmerkingen over het primaat van het vertegenwoordigende stelsel en de betekenis van interactief bestuur en inspraak in verband met het nemen van verantwoordelijkheid voor het algemeen belang.

In de tweede plaats zou er een discrepantie bestaan tussen de formele monistische gemeentelijke structuur en de dualistische gemeentelijke praktijk. Eerder in het advies heeft de Raad reeds opgemerkt dat zulks deels schijn is. De Raad vraagt zich af hoe reëel dat probleem is.

In de derde plaats zou het lokaal bestuur gebrekkig herkenbaar zijn als gevolg van een onduidelijke rolverdeling tussen de gemeentelijke organen. Het is echter, aldus de Raad van State, de vraag of deze gevolgtrekking te maken valt. Vooral de positie van de gemeenteraad als kadersteller, zoals in het wetsvoorstel voorgesteld, wordt dan aangehaald. Het is onduidelijk waarop die kaderstellende functie in de toekomst betrekking zal hebben. Autonome bevoegdheden komen in de toekomst (na grondwetswijziging) primair bij het college te liggen. De raad is niet langer bevoegd beleidsregels te stellen. Ook ten aanzien van medebewindsbevoegdheden wordt de positie van de raad uitgekleeft en meer controlerend dan kaderstellend. Volgens de Raad is de gebrekkige herkenbaarheid van het lokale bestuur veel meer gelegen in de verwevenheid van taken van rijks-, provinciaal en lokaal bestuur als gevolg van de wijze van toekenning van medebewindsbevoegdheden.

In de vierde plaats zou het collegialiteitsbeginsel binnen het college onder druk staan. De Raad wijst er op dat die collegialiteit erg wisselend is, niet alleen tussen gemeenten, maar ook binnen gemeenten qua perioden. Dat heeft te maken met profileringsdrang van gemeenten en met de organisatiestructuur van de gemeenten, het zogenoemde dienstenmodel. Daarmee hangt ook samen of wethouders hun fractielidmaatschap laten doorklinken in of laten prevaleren boven het collegielidmaatschap. Het wetsvoorstel neemt echter niet de spanning tussen affiniteit met de eigen raadsfractie en het college weg.

‘Per saldo beveelt de Raad aan, in de memorie van toelichting een volwaardige schets te geven van de problemen die samenhangen met de structuur van de gemeentebesturen, oorzaken en gevolgen daarvan te bespreken en aan te geven in hoeverre het wetsvoorstel reële oplossingen voor deze problemen biedt. Daarbij kan rekening worden gehouden met de hiervoor gemaakte opmerkingen. Die schets moet bij voorkeur worden afgesloten met een compleet overzicht van de voorgestelde veranderingen; dat overzicht wordt thans node gemist’.⁷³

De Raad trekt hiermee de noodzaak van het wetsvoorstel in twijfel. Zijn overwegingen hebben ook betrekking op doeltreffendheid: kan de beoogde wet de in de Memorie van Toelichting gesignaleerde problemen opheffen?

In het ‘Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen’ wordt, aldus de Raad, voorbijgegaan aan het advies van de Gezondheidsraad om een gron-

⁷² Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 9.

⁷³ Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 10-11.

dige analyse te maken van de problematiek van besmetting van pluimvee met salmonella en campylobacter.⁷⁴

5.1.2.8.3 Experimenten en ervaring

In zijn advies bij de Wet dualisering gemeentebestuur stelt de Raad dat met het voorgestelde bestuursmodel op gemeentelijk niveau geen ervaring is opgedaan en dat reeds hierdoor het wetsvoorstel beter niet kan worden ingediend:

‘Bedacht moet worden dat een stelsel zoals voorgesteld nergens in enige gemeente is beproefd’.⁷⁵

In veel gemeenten wordt de facto al dualistisch gewerkt, maar waarschijnlijk zal het college de raad, raadscommissies of raadsfracties blijven consulteren. Kenmerkend hiervoor is dat het wetsvoorstel uitgaat van programcolleges.

‘Het is heel wel mogelijk dat een verdergaande dualisering goed kan zijn voor de gemeentelijke democratie, althans in sommige gemeenten. Maar zelfs dat is op dit moment, zonder de nodige ervaring, nog niet zeker. Daarom is het niet verantwoord thans reeds een dualistisch stelsel in te voeren dat (a) verplicht is (b) voor alle gemeenten’.⁷⁶

Het ligt veel meer voor de hand gemeenten te laten kiezen uit twee stelsels: het huidige en één waarbij wethouders geen raadslid zijn. Nadat de nodige ervaringen zijn opgedaan, kan de balans worden opgemaakt en kan worden beslist over een eventuele verplichte invoering. De Raad concludeert:

‘Wat nu wordt voorgesteld is een stap in het ongewisse, een ingrijpende verandering, waarvan de effecten onbekend zijn, waarvan niet is aangetoond dat de problemen overal van dien aard zijn dat juist deze remedie aangewezen zou kunnen zijn, en die, ten slotte, niet nodig is, aangezien een voorzichtiger, meer geleidelijke benadering tot de mogelijkheden behoort. Reeds hierom kan het wetsvoorstel maar beter niet in deze vorm worden ingediend’.⁷⁷

Het ‘risico’ dat invoering van dit wetsvoorstel met zich mee brengt, is, aldus de Raad, groot. Beter kan het voorstel gefaseerd worden ingediend.

Niet alleen in de advisering bij de Wet dualisering gemeentebestuur, maar ook in andere adviezen wordt aangedrongen op nadere experimenten met de betreffende materie. Ook in zijn advies bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, hiervoor reeds aangehaald in § 5.1.2.5.2 en § 5.1.2.7.2 komt de Raad van State tot de slotsom dat beter eerst geëxperimenteerd kan worden met bestuurlijk verkeer tussen burgers en bestuursorganen en bestuursorganen onderling:

‘Het voorgaande overziend meent de Raad dat de tijd nog niet rijp is voor een algemene regeling in de Awb. Hij adviseert daarom een regeling als beoogd (...) op te nemen in een experimenteerwet, die zowel bestuursorganen en administratieve rechters als de burgers die het betreft de mogelijkheid biedt te handelen overeenkomstig de betrokken bepalingen. Op basis van de opgedane ervaringen zal dan kunnen worden bezien of de tijd rijp is voor codificatie; is dat het geval, dan zal met voldoende mate van zekerheid een algemene regeling in de Awb kunnen worden gegeven, waarbij ook voldoende inzicht bestaat in de vraag wat geregeld moet worden in de wet, wat aan de praktijk kan worden overgelaten, en wat in uitvoeringsregelingen kan of moet worden geregeld. (...) Na een dergelijke voorbereiding kan de aanvulling van de Awb het karakter hebben dat bij de Awb past: codificering van algemene regels van bestuursrecht die zodanig beproefd zijn dat erop mag worden vertrouwd dat ze bestendig recht geven’.⁷⁸

74 Advies van de Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III. Zie ook § 5.1.2.4.1 en § 4.1.1.3.2.

75 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 3.

76 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 3.

77 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 3.

78 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 11-12.

De Raad stelt expliciet dat de tijd nog niet rijp is voor een algemene regeling in de Awb. Dat doet de Raad met de overweging dat nog onduidelijk is wat geregeld moet worden en wat bijvoorbeeld aan de praktijk kan worden overgelaten. Primair is hier subsidiariteit aan de orde; secundair gaat het dan ook om doelmatigheid en doeltreffendheid.⁷⁹

Daarnaast kan worden gewezen op het advies bij het Besluit houdende wijziging van het besluit in-vitro-diagnostica. Met het besluit wordt beoogd de verkoop van hoog (risico) diagnostica te reguleren in de lijn van een reeds bestaande ministeriële regeling. De Raad maakt in de eerste plaats een opmerking over de voorzichtige benadering van deze materie door andere landen, waaronder lidstaten van de Europese Unie, de Verenigde Staten en Canada, en de minder voorzichtige benadering in het ontwerp-besluit, waarin thuisgebruik is toegestaan.

‘Evenmin blijkt welke ervaringen gedurende de fase dat de ministeriële regeling van kracht was zijn opgedaan met de controle op aflevering voor thuisgebruik. Zonder duidelijkheid over één en ander – zo meent de Raad – kan men niet bepalen of continuering van de huidige regels wenselijk is’.⁸⁰

In een enkel geval oordeelt de Raad dat de opgedane ervaringen over het algemeen positief zijn en dat zulks een reden kan zijn voor de (nieuwe) wettelijke grondslag. Dat was het geval in het advies bij het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio’s.⁸¹ Het wetsvoorstel continueert voor de gemeenten in de daartoe aangewezen stedelijke regio’s de verplichte bovenlokale samenwerking op een aantal beleids-terreinen en waarborgt de noodzakelijke taakuitoefening in die regio’s. Het wetsvoorstel is de rechts-opvolger van de Kaderwet bestuur in verandering. In 1994 wees de Kaderwet bestuur in verandering zeven stedelijke regio’s aan, waarin een nieuwe vorm van regionaal bestuur tot stand moest worden gebracht. Die regio’s omvatten een kwart van de gemeenten in ons land en 40% van alle inwoners. De Raad acht de zeven regio’s uit sociaal-economisch, ruimtelijk en sociaal-cultureel oogpunt van bijzonder belang voor ons land. Destijds wilde de wetgever voorzien in een op dat belang toegesneden bestuursvorm. De regio’s kregen een eigen regionaal bestuur met taken en bevoegdheden. Zij hebben een eigen plek gekregen in het binnenlands bestuur. De ervaringen zijn over het algemeen positief.

‘Dit gegeven en de hiervoor kort aangeduide betekenis van de stedelijke regio’s rechtvaardigen voortzetting van een eigen bestuursvorm voor deze regio’s’.⁸²

De Raad stelt verder:

‘De Raad is van oordeel dat er na zeven jaar ervaring met de Kaderwet alle reden is om voor de belangrijkste stedelijke regio’s te blijven voorzien in een op die regio’s toegesneden specifieke bestuursvorm. Met dit als uitgangspunt, zal hij hierna het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio’s beoordelen’.⁸³

Het gaat hier niet alleen om subsidiariteit, maar tevens om doeltreffendheid.⁸⁴

De Raad stelt verderop in het advies, mede naar aanleiding van hetgeen hiervoor in § 5.1.2.7.1 is opgemerkt, dat in een periode van verlenging de bestuurlijke ervaring in de stedelijke regio’s zich verder zou kunnen verdiepen, zodat er een steviger uitgangssituatie ontstaat voor een volgende fase. Tussen de stedelijke regio’s bestaan nu nog grote verschillen. Bij verlenging van de Kaderwet kan worden overwogen de Kaderwet aan te passen op die onderdelen waarop men vernieuwing gewenst acht.⁸⁵ De Raad lijkt, vanuit de gedachte van autonomie van lagere rechtsgemeenschappen (en daar-

79 Zie daarom ook § 4.1.1.4.3.

80 Advies van de Raad van State van 30 november 2001, no. W13.01.0443/III.

81 Hiervoor reeds ook in §2.7.1 behandeld.

82 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 2.

83 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 2.

84 Zie Hoofdstuk 4 §1.3.3.

85 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 5 Zie ook p. 7-8.

mee vanuit een gedachte van subsidiariteit) wel telkens uit te gaan op een specifiek op de regio's toegesneden bestuursvorm.⁸⁶

5.1.3 Evenredigheid

Indien de Raad van State toetst aan het kwaliteitscriterium evenredigheid, dan toetst hij veelal expliciet aan 'proportionaliteit', waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen de proportionaliteit van de maatregel en de proportionaliteit ten opzichte van de beoogde doelstelling. Duidelijk zal worden dat het kwaliteitscriterium evenredigheid nauw samenhangt met de criteria doeltreffendheid en doelmatigheid. Daarnaast kan evenredigheid overlappen met de toets naar de rechtmatigheid, in het bijzonder indien het een toetsing aan artikelen uit het EVRM betreft.

5.1.3.1 Proportionaliteit

5.1.3.1.1 Proportionaliteit van de maatregel

De Raad toetst in enkele van de onderzochte adviezen expliciet aan proportionaliteit en bekijkt in zijn adviezen dan onder meer of de voorgestelde maatregelen voldoende proportioneel zijn. De Raad noemt dan vaak expliciet proportionaliteit of disproportionaliteit in zijn adviezen.

Een duidelijk voorbeeld is het advies bij de Wet instroomcijfers WAO. Het wetsvoorstel is er op gericht om de uitstroom van het aantal werknemers naar de WAO per 'grote' werkgever jaarlijks openbaar te maken. Daarvan wordt een preventieve en motiverende invloed verwacht en kan de uitstroom naar de WAO worden beperkt. In het advies stelt de Raad van State dat het wetsvoorstel de indruk wekt dat werkgevers instroom in de WAO kunnen voorkomen en daar ook debet aan zijn. Openbaarmaking van de cijfers kan, ook door het publiek, verkeerd worden opgevat. Bovendien wettelt de regeling de verantwoordelijkheid voor de instroom in de WAO eenzijdig op de werkgevers af.

'In het algemeen geldt dat het gebruikmaken van de WAO een gedeelde verantwoordelijkheid is van de overheid en van beide sociale partners. Gelet op deze gedeelde verantwoordelijkheid voert het te ver om de verantwoordelijkheid door de voorgestelde openbaarmaking per saldo eenzijdig op de werkgevers af te wentelen. Dit werkt een disproportionele werking van de maatregel, onbegrip en gebrek aan samenwerking in de hand'.⁸⁷

In hetzelfde advies stelt de Raad verder dat het openbaar maken van uitstroomgegevens aanmerkelijke schade kan toebrengen aan de werkgever, wat belangrijk verder kan gaan dan concurrentiebenadeling. Indien daaraan via de massamedia bekendheid wordt gegeven, kan zelfs de continuïteit van de onderneming op het spel komen te staan.

'De voorgestelde maatregel heeft dan ingrijpende gevolgen en kan zelfs averechts werken doordat zij werkloosheid zou veroorzaken'.⁸⁸

In deze passage toetst de Raad minder expliciet aan evenredigheid, maar hij spreekt van 'ingrijpende gevolgen'.

Een ander voorbeeld van expliciete toetsing aan de proportionaliteit van de maatregel kan worden gevonden in het advies bij het wetsvoorstel 'Wijziging van de wet wederzijdse bijstand bij de invordering van enkele EEG-heffingen, de omzetbelasting en de accijnzen'. Dit voorstel dient ter implementatie van een richtlijn, waardoor de Wet wederzijdse bijstand wordt uitgebreid tot de directe belastingen. De Raad van State stelt dat bepalingen in de Nederlandse belastingwetgeving die ertoe strekken invordering langs andere weg dan in het wetsvoorstel voorliggende, opnieuw tegen het licht dienen te worden gehouden. De Raad noemt hierbij als voorbeelden de zekerheidsstelling bij het onderbrengen van

⁸⁶ Zie ook § 5.1.2.7.1.

⁸⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 28 159, A, p. 2. Zie ook § 4.1.2.3.

⁸⁸ Kamerstukken II 2001-2002, 28 159, A, p. 2. Duidelijk mag zijn dat op dit punt ook sprake is van toetsing aan doelmatigheid.

pensioen- of lijfrenteverplichtingen bij een buitenlands pensioenlichaam of buitenlandse verzekeraar en de eis tot zekerheidsstelling van aanmerkelijk-belang-claims bij emigratie. De regering stelde dat de totstandkoming van dergelijke internationale regelingen veelal een lange adem vergt en dat zulks soms noopt tot tussentijdse nationale maatregelen om een coherente heffing te bewerkstelligen.

‘In het licht van deze opmerking in het nader rapport adviseert de Raad opnieuw de aspecten van zekerheidsstelling voor conserverende aanslagen te bezien. De rechtvaardiging voor het stellen van eisen als zekerheidsstelling – en daarmee de proportionaliteit van de maatregel – komt in een ander daglicht te staan, indien invorderingsbijstand verzekerd is’.⁸⁹

Hier wordt door de Raad een sterk verband gelegd tussen subsidiariteit en evenredigheid. Immers, zo stelt hij, de proportionaliteit van de maatregel dient de maatregel te rechtvaardigen.

De Regeling leerlinggebonden financiering heeft als doel de emancipatie en integratie van mensen met een handicap. De Raad besteedt ook in het advies bij deze regeling aandacht aan de eis van proportionaliteit.⁹⁰ Hij onderschrijft dit doel, maar twijfelt of dit ook zonder meer in het onderwijs realiseerbaar is. De regeling neemt

‘bepaalde financiële belemmeringen voor de opvang van gehandicapte leerlingen in het regulier onderwijs weg, maar of daarmee een reële keuzevrijheid van de ouders zal worden gerealiseerd, kan worden betwijfeld’.

Daarnaast heeft het voorstel gevolgen voor het speciaal onderwijs, dat minder efficiënt dreigt te worden en met een lagere bekostiging moet dienen te werken, indien leerlingen overstappen naar het regulier onderwijs. Voor laatstgenoemde betekent het een extra beroep op vaardigheden en aandacht van leraren. Het wordt belast met taken en lasten waarop het niet berekend is.

‘De kosten daarvan zullen disproportioneel zijn of tekortschieten’.⁹¹

Het wetsvoorstel bevat enkele (financiële) risico’s voor scholen, waarvoor geen vangnetvoorziening is opgenomen.

Expliciete aandacht aan proportionaliteit wordt ten slotte ook gegeven in het advies bij het ‘Besluit tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering in verband met het wijzigen van de aanspraak op farmaceutische hulp en enkele andere wijzigingen’. Hierin is de verplichting opgenomen dat de aanvrager (om een geneesmiddel te laten registreren) een farmaco-economisch onderzoek moet aanleveren bij de aanvraag. Dit leidt echter, aldus de Raad, tot een belemmering van het vrije verkeer en maakt het moeilijk voor nieuwe aanbieders van geneesmiddelen om tot de markt toe te treden. Daarnaast gaat er een conserverende werking vanuit: geneesmiddelen die reeds zijn geregistreerd, worden niet door deze verplichting getroffen.

‘De Raad adviseert om in de toelichting in te gaan op de proportionaliteit van de voorgestelde werkwijze en het vrije verkeer van geneesmiddelen’.⁹²

De Raad besteedt in andere bewoordingen aandacht aan proportionaliteit in zijn advies bij het ‘Besluit houdende wijziging van het Besluit uitoefening artsennijbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekhoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen’. Dan spreekt hij van (on)evenredigheid. Met het betreffende besluit vervalt de zorgplicht van de apotheker en de apotheekhoudende arts om in hun apotheek voldoende geneesmiddelen aanwezig te hebben. Geneesmiddelen die niet meer in het assortiment zitten behoeven niet langer te worden verstrekt. Dat heeft voordelen voor nieuwe toetreders op de geneesmiddelenmarkt en het bevordert gespecialiseerde apotheken. De Raad van State ziet echter nadelen. De beschikbaarheid van

89 Kamerstukken II 2001-2002, 28 468, A, p. 3.

90 Zie ook § 5.1.2.4.2.

91 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 2. Zie ook § 4.1.2.3.

92 Advies van de Raad van State van 1 maart 2002, W13.01.0596, III.

incourante geneesmiddelen is niet meer gegarandeerd, verschillende benodigde medicijnen dienen wellicht te worden betrokken van verschillende apotheken, de controle op het gebruik van combinaties van medicijnen wordt bemoeilijkt.

‘Het voorgaande maakt duidelijk dat de in de toelichting bedoelde voordelen van marktwerking, waaronder specialisatie, betrekkelijk van aard zijn terwijl de daaraan verbonden nadelen voor patiënten in de aangegeven gevallen onevenredig groot kunnen zijn’.⁹³

De Raad verwijst in een voetnoot naar de aanwijzingen 13 en 15 en adviseert te inventariseren wat de concrete voor- en nadelen zijn voor verschillende groepen van consumenten en aan de hand daarvan het ontwerpbesluit te heroverwegen.

5.1.3.1.2 Evenredig ten opzichte van de beoogde doelstelling

Naast de ‘proportionaliteit van de maatregel’ toetst de Raad ook aan de proportionaliteit of evenredigheid ‘ten opzichte van de beoogde doelstelling’. Dan staat niet de maatregel zelf, maar staan vooral ook neveneffecten van de maatregel centraal. Dit betekent dat een overlap kan ontstaan met de kwaliteitseis doelmatigheid. Enkele voorbeelden zullen nu volgen, waarbij opvalt dat de Raad hier vaak ‘evenredig’ gebruikt, terwijl in de vorige paragraaf vaak ‘proportioneel’ werd gebruikt.

In een enkel geval, zoals bij het reeds eerder behandelde ‘Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen’ stelt de Raad van State reeds in de aanhef van het advies dat hij

‘met betrekking tot het ontwerpbesluit van oordeel [is] – zoals hierna aan de orde komt – dat de voorgestelde maatregelen op zichzelf een gerechtvaardigd doel beogen te dienen, maar dat zij niet op de juiste wijze zijn toegesneden op het bereiken van dat doel. Daardoor voldoen de maatregelen niet aan eisen van evenredigheid en zijn zij kwetsbaar in het licht van het gemeenschapsrecht’.⁹⁴

De Raad toetst hier expliciet aan evenredigheid. Omdat hier ook aspecten van rechtmatigheid spelen, wordt voor een uitgebreidere behandeling verwezen naar § 3.1.2.5.2.

In hetzelfde ontwerpbesluit stelt de Raad van State dat de voorgestelde maatregelen leiden tot een belemmering van het vrije verkeer van goederen. In beginsel kan voor het treffen van maatregelen uit het oogpunt van volksgezondheid een rechtvaardigingsgrond bestaan.

‘Zoals in het voorgaande punt aan de orde is gesteld, heeft de Raad ernstige twijfels bij de geschiktheid van de maatregelen voor de te bereiken doelstellingen en dat zij niet voldoen aan de eisen van evenredigheid’.

De Raad, die ook hier de evenredigheid expliciet aan de orde stelt, verwijst daarbij naar een EEG-verordening.⁹⁵

De Raad toetst vaker expliciet aan de evenredigheid van de maatregel tot het te stellen doel. Dat doet de Raad bijvoorbeeld in zijn advies bij het voorstel ‘Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen’.⁹⁶ Deze wet geeft uitvoering van de motie Ross-Van Dorp c.s. en onderkent het grote belang van vroegtijdig schoolbezoek van met name kinderen uit risico-groepen en verlaagt daartoe de leerplichtige leeftijd. De Raad:

93 Advies van de Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III.

94 Advies van de Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III.

95 Advies van de Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III.

96 Dit advies is ook reeds aangehaald in § 5.1.2.2, § 5.1.2.4.1 en § 5.1.2.7.3.

‘De voorgestelde maatregel is erop gericht het gedrag van een vermoedelijk kleine groep te veranderen, terwijl wellicht een grote groep gevolgen van de voorgestelde wijziging zal ondervinden’.⁹⁷

In hetzelfde advies gaat de Raad in op de neveneffecten van de wetgeving:

‘Het is niet duidelijk of beperking van de oordeelsvrijheid van ouders van wie de kinderen niet tot risicogroepen behoren, is betrokken bij de afweging of het voorgestelde middel evenredig is in verhouding tot het met de regeling te dienen doel’.⁹⁸

Een ander expliciet voorbeeld: in artikel 16 van het ontwerpbesluit Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten wordt uitgebreide informatie verlangd over het gemeentelijke grondbeleid. In het Besluit comptabiliteitsvoorschriften 1995, het thans geldende artikel, is een soortgelijke bepaling niet opgenomen. De Raad stelt in het advies

‘De Raad meent dat de verlangde informatie onevenredig is ten opzichte van de beoogde doelstelling. Niet is duidelijk waarom zo uitgebreide informatie op dit specifieke punt wordt vereist, naast hetgeen al bekend is op grond van de beleidsbegroting en de financiële begroting en de daarmee samenhangende stukken’.⁹⁹

De Raad adviseert artikel 16 nader toe te lichten.

De Raad gebruikt ook zinsneden zoals ‘in verhouding staan tot’. In het voorstel Wijziging van de Mediawet is ook een wijziging van de Concessiewet opgenomen. Daarin wordt toegevoegd dat er een doorgifteplicht geldt voor zogenoemde toegangsomroepen. Het moet gaan om programma’s verzorgd door een lokale omroep, niet zijnde programma’s die behoren tot de hoofdtaak van de omroep en de programma’s moeten gericht zijn op ‘specifieke bevolkings- en leeftijdsgroepen waaronder minderheden’. De doorgifteplicht wordt beperkt tot ten hoogste twee televisie- en vijf radiokanalen. De Raad:

‘Met de voorgestelde regeling krijgen in het gehele land de lokale omroepen recht op extra ruimte op de kabel voor doorgifte van programma’s. Dit recht is niet meer afhankelijk van voorafgaande toestemming van het Commissariaat’.

Het Commissariaat van de Media heeft hierop bezorgd gereageerd; de regering deelt de bezorgdheid niet.

‘Gelet op het standpunt van de regering over de verplichte doorgifte meent de Raad dat het ongewenste neveneffect van een mogelijk toenemend aantal verplicht door te geven programma’s van toegangsomroepen niet in verhouding staat tot het probleem dat de regering beoogt op te lossen’.¹⁰⁰

Primair staat hier evenredigheid centraal, maar een duidelijke relatie tot doelmatigheid is ook zichtbaar. Het gaat in casu immers tevens om ongewenste neveneffecten.

Ten slotte maakt de Raad gewag van disproportionaliteit. De Concessiewet personenvervoer per trein bevat een bijzondere regeling (artikel 32b) om overgang van topmanagement van de oude naar de nieuwe concessiehouder te voorkomen, althans te ontmoedigen.

‘De in artikel 32b voorgestelde voorziening is disproportioneel ten opzichte van het daarmee beoogde doel. Het voorstel komt er op neer dat om te voorkomen dat “falend management” eventueel na verloop van tijd over zou gaan bij overgang van de concessie, vanaf het begin van de concessie

97 Kamerstukken II 2001-2002, 28 085, A, p. 1.

98 Kamerstukken II 2001-2002, 28 085, A, p. 2 Duidelijk zal zijn dat hier eveneens het kwaliteitscriterium doelmatigheid in het geding is.

99 Advies van de Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I. Zie ook: § 5.1.2.7.1.

100 Kamerstukken II 2002-2003, 28 639, B, p. 3 Hier speelt ook ‘doelmatigheid’ een rol. Zie met betrekking tot dit advies ook: § 5.1.2.5.1.

bepaald zou kunnen worden dat het management nooit op basis van arbeidsovereenkomst mag werken. Een dergelijke regeling vormt een drastische beperking van de contractsvrijheid en grijpt diep in de rechtspositie van betrokkenen'.¹⁰¹

Ook hier staat naast evenredigheid doelmatigheid centraal: de maatregel bereikt niet alleen zijn doel, maar ook vormt de maatregel een drastische beperking van de contractsvrijheid en grijpt hij diep in in de rechtspositie van betrokkenen.

5.1.3.1.3 Noodzakelijk in een democratische samenleving

Bij een onderzoek naar de verenigbaarheid van een maatregel met het EVRM toetst de Raad van State aan de noodzakelijkheid van de betreffende maatregel in een democratische samenleving. Dat is immers ook de toetsing die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitvoert. Deze proportionaliteitstoets heeft, zo mag duidelijk zijn, een grote samenhang met de toets aan rechtmatigheid.

In zijn hiervoor reeds onder § 5.1.2.4.2 aangehaalde advies bij het wetsvoorstel DNA-onderzoek bij veroordeelden toetst de Raad expliciet aan de van belang zijnde artikelen uit het EVRM. Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van DNA-onderzoek bij personen die veroordeeld zijn voor gewelds- of zedenmisdrijven, hetgeen de opsporing van oude en nieuwe strafbare feiten vergemakkelijkt. Afname van DNA bij veroordeelden en het gebruik daarvan vormen een inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Lid 2 van dat artikel geeft aan wanneer inmenging in de uitoefening van dat recht is toegelaten. In de toelichting wordt gesteld dat het gaat om één van de doelen uit lid 2. Dat wordt, zo stelt de Raad, niet nader toegelicht. In het bijzonder dient te worden toegelicht of het hier gaat om de voorkoming van strafbare feiten.

‘Centraal punt van de toetsing aan artikel 8 EVRM is of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving. Daarbij gaat het om een proportionaliteitstoets: er dient een afweging te worden gemaakt tussen het privacyrecht en het publieke belang dat met de inmenging wordt gediend, alsmede de rechten en vrijheden van anderen, waaronder de slachtoffers van misdrijven’.¹⁰²

Zijn er in dat verband minder beperkende alternatieven om de beoogde doeleinde te bereiken? Op mogelijke alternatieven wordt in de toelichting niet ingegaan; het maatschappelijk draagvlak zegt niet over de pressing social need. Duidelijk mag zijn dat hier evenredigheid, subsidiariteit en rechtmatigheid nauw samenhangen. Toetsing door de Raad aan artikel 8 EVRM wordt uitgebreider behandeld in het hoofdstuk rechtmatigheid, § 3.1.3.1.4.

In hetzelfde advies gaat de Raad van State na of er sprake is van strijdigheid met artikel 7 EVRM en gaat hij nog verder in op de verhouding tot artikel 8 EVRM. Van strijdigheid met artikel 7 is, volgens de Raad, geen sprake. Een opsporingsmethode is geen straf in de zin van dat artikel. Daarvoor zij verwezen naar § 3.1.3.1.1 van het hoofdstuk omtrent rechtmatigheid.

Een minder expliciete toetsing aan de noodzakelijkheid in een democratische samenleving vindt plaats in het advies bij de ‘Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie’. Bij vertrouwelijke communicatie wordt traditioneel onderscheid gemaakt tussen de eigenlijke communicatie (telefoongesprek, inhoud brief) en de zogeheten verkeersgegevens (gegevens over gevoerde of nog te voeren communicatie). Er wordt in dit wetsvoorstel een nieuwe categorie gegevens geïntroduceerd: gebruikersgegevens. Gebruikersgegevens kunnen, in het voorstel, onder omstandigheden worden gevorderd. Dat gebeurt thans onder artikel 11 Wet persoonsregistraties. Gebruikersgegevens vallen echter onder de bescherming van artikel 10 Gw. en artikel 8 EVRM. In de toelichting wordt gesteld dat het niet noodzakelijk is de bevoegdheid tot het vorderen van gebruikersgegevens te toetsen aan deze artikelen, nu de ruimere bevoegdheid verkeersgegevens te vorderen reeds aan die bepalingen is getoetst. De Raad is het daar niet mee eens.

101 Kamerstukken II 1999-2000, 27 216, B, p. 3.

102 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 3.

‘De bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen wordt immers toegekend voor een veel groter aantal gevallen. Die toetsing vindt in feite ook plaats, nu het opsporingsbelang wordt afgewogen tegen het belang dat zorgvuldig wordt omgegaan met persoonsgegevens. Met die afweging kan de Raad instemmen, maar het is van belang dat wordt onderkend dat het hier in feite gaat om een toetsing aan het EVRM-vereiste dat de bevoegdheid noodzakelijk is in een democratische samenleving’.¹⁰³

Ook ten aanzien van dit advies geldt, dat tevens (en vooral) rechtmatigheid in het geding is en dat wordt verwezen naar het hoofdstuk rechtmatigheid, § 3.1.3.1.4.

5.1.3.2 *Groter bereik dan de bedoeling is*

Het reeds eerder aangehaalde wetsvoorstel ‘Wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot een hogere preferentie van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip die noodzakelijk waren ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden’¹⁰⁴ strekt ertoe om aan de lijst van de in artikel 211 Boek 8 BW opgesomde vorderingen met een zeer hoge preferentie, toe te voegen vorderingen ter zake van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip, noodzakelijk ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden. Met het wetsvoorstel wordt in het bijzonder beoogd de Nederlandse zeehavens, scheepsagenten en cargadoors die havengelden hebben voorgeschoten en gesubrogeerd zijn in de rechten van de haven een betere positie te verschaffen in geval van uitwinning van het schip. Echter:

‘De voorgestelde regeling beperkt het voorrecht niet tot vorderingen van Nederlandse havenbedrijven of tot vorderingen die ontstaan zijn tijdens de lopende reis van het schip. Het is niet ondenkbaar dat bijvoorbeeld ook vorderingen die betrekking hebben op een vorige reis of buitenlandse havengelden onbetaald zijn gebleven. Ook aan die vorderingen zou dan een hoog voorrecht worden verbonden. De voorgestelde regeling zou dan een groter bereik hebben dan mogelijk de bedoeling is’.¹⁰⁵

Daarnaast, zo stelt de Raad verder, strekt de regeling zich ook uit tot vorderingen ter zake van maatregelen met betrekking tot een schip die noodzakelijk waren ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden. Dat is, aldus de Raad ruim omschreven. Ook wordt in de Memorie van Toelichting niet duidelijk welke maatregelen bedoeld worden. Moet bijvoorbeeld, bij langdurig verblijf van een schip in een haven, de gehele bemanning aan boord blijven? Vallen de kosten van levensonderhoud onder de regeling?¹⁰⁶ De Raad stelt derhalve de evenredigheid van de regeling aan de orde. Met betrekking tot deze punten bestaat tevens een grote overlap met het kwaliteitscriterium doelmatigheid, nu het onder meer gaat om de neveneffecten van de beoogde regeling.

5.1.3.3 *Onnodige beperkingen*

De Raad van State stelt ook in enkele adviezen dat de betreffende regeling ‘onnodige beperkingen’ oplegt aan belanghebbenden. Dan is ook evenredigheid in het geding, nu de voorgestelde regeling belanghebbenden onevenredig (want onnodig) beperkt. Een voorbeeld is het advies bij het wetsvoorstel Verbod op de pelsdierhouderij. Het wetsvoorstel bevat overgangsrecht, dat er toe strekt dat nertsenhouders ophouden met het houden van nertsen. Deze overgangsregeling wijkt af van het stelsel zoals dat is neergelegd in het Besluit aanwijzing voor productie gehouden dieren.

‘Anders dan die overgangsregeling, houdt het wetsvoorstel onnodige beperkingen in voor economisch verantwoorde overdrachten binnen de gestelde overgangperiode’.¹⁰⁷

103 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 4.

104 Zie ook § 5.1.2.3 en § 5.1.2.4.1.

105 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B, p. 4.

106 Kamerstukken II 2001-2002, 28 273, B, p. 4.

107 Kamerstukken II 2001-2002, 28 048, A, p. 3.

De Raad adviseert daarom de overgangsregeling te herzien.

Hiervoor, bij subsidiariteit, is reeds aangehaald dat de Raad van State bij de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers een beperkte tijdsduur van de wet een goede zaak achtte.¹⁰⁸ Hij maakt wel bezwaar tegen de makkelijke verlengingsmogelijkheid. Niet alleen moet worden gezien of verlenging noodzakelijk is, ook – en in dit verband interessant – moet worden onderzocht of sommige beperkingen kunnen worden opgeheven.¹⁰⁹ In hetzelfde advies stelt de Raad, dat indien detentie leidt tot beperkingen van grondrechten, deze beperkingen nodig dienen te zijn in verband met de oplossing van de problemen waarop de Tijdelijke wet is gericht. Die beperkingen moeten proportioneel zijn.

‘Het voorstel beperkt die rechten op diverse punten veel verder dan de Pbw, zonder dat de noodzaak daartoe wordt aangetoond’.¹¹⁰

De Raad werkt zulks in diverse punten uit. Zo wordt bij de verstrekking van voedsel geen rekening gehouden met de godsdienst of levensovertuiging van gedetineerden. Het recht op geestelijke verzorging komt te vervallen. De Tijdelijke wet grijpt dieper in op het briefgeheim dan de Penitentiaire beginselenwet en ook de mogelijkheid om een telefoongesprek te voeren en bezoek te ontvangen is minder dan in de laatstgenoemde wet. Van deze punten is de noodzaak niet aangetoond, terwijl ze de rechten van gedetineerden vergaand zouden beperken en in dit zin een onevenredige uitwerking hebben ten aanzien van gedetineerden.

5.1.3.4 Toekennen bevoegdheden

In het kader van de toets aan evenredigheid, gaat de Raad ook na in hoeverre de in de maatregel toegekende bevoegdheden proportioneel zijn. Hiervoor is reeds het voorstel ‘vorderen gegevens telecommunicatie’ aangehaald.¹¹¹ Het voorstel betreft het opvragen van telecommunicatiegegevens ten behoeve van de strafvordering en ten behoeve van activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De bevoegdheid gebruikersgegevens op te vragen wordt toegekend aan alle opsporingsambtenaren. Dat is, aldus de Raad van State, een zeer groot aantal personen. Zij zullen waarschijnlijk routinematig gebruikersgegevens opvragen en wellicht toegang krijgen tot databanken.

‘Onder zulke omstandigheden zal het in de praktijk bijna onmogelijk worden om een geheim telefoonnummer ook echt geheim te houden’.

De Raad acht het van belang dat het toezicht van het openbaar ministerie op de toepassing van de bevoegdheid goed is geregeld. Bijzondere opsporingsdiensten hebben tevens vaak toezichthoudende en adviserende functies.

‘Bij deze diensten is dan ook het gevaar reëel dat gegevens die op grond van deze – met opsporing verband houdende – bevoegdheid zijn verkregen, wordt gebruikt voor de toezichthoudende of adviserende taak. Dit gevaar is des te groter de bijzondere opsporingsdiensten op grotere afstand van het openbaar ministerie staan dan de politie. De Raad adviseert dan ook, de bevoegdheid om gebruikersgegevens op te vragen niet zonder meer toe te kennen aan alle opsporingsambtenaren, maar alleen aan ambtenaren met algemene opsporingsbevoegdheid (artikel 141 WvSv) en voorts aan door de Minister van Justitie bij ministeriële regeling aan te wijzen categorieën of eenheden buitengewone opsporingsambtenaren (artikel 142 WvSv)’.¹¹²

Hier zal uitgebreider op in worden gegaan in het hoofdstuk over rechtmatigheid, § 3.1.7.2.4.

In datzelfde advies plaats de Raad nog soortgelijke opmerkingen. De Registratiekamer wenst, in verband met artikel 10 Gw en 8 EVRM, nadere waarborgen voor de bevoegdheid gebruikersgegevens

108 Zie ook § 5.1.2.3 en § 5.1.2.4.2.

109 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

110 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

111 Zie § 5.1.3.1.3.

112 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 4.

op te vragen. De regering acht dat niet nodig, omdat de bevoegdheid alleen selectief wordt gebruikt voor het opvragen van gegevens met betrekking tot een vooraf gekozen persoon. Dat doet, aldus de Raad, niet af aan de opmerking van de Registratiekamer. De bestaande opsporingsbevoegdheid is, zo stelt de Raad, onderworpen aan enkele waarborgen.

‘De regering acht het onwerkbaar om deze waarborgen toepasselijk te laten zijn op de bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen, gelet op het grote aantal verzoeken om deze gegevens per jaar. Dit argument kan ook worden omgedraaid: de noodzaak te voldoen aan de genoemde waarborgen kan dwingen tot een nauwkeuriger afweging of het vorderen van de gegevens – zoals gezegd een beperking van grondrechten – echt noodzakelijk is’.¹¹³

Het verdient, zo concludeert de Raad, overweging de consistentie van de argumentatie te verbeteren. Even verderop in het advies stelt de Raad:

‘Dat gebruikersgegevens kunnen worden gevorderd in het kader van een verkennend onderzoek betekent een systeembreuk’.

Het verkennend onderzoek gaat vooraf aan en maakt geen deel uit van opsporingsonderzoek. Er mogen geen opsporingsbevoegdheden worden uitgeoefend. Vaak worden politiegegevens vergeleken met open, voor een ieder toegankelijke bronnen. Gebruikersgegevens komen echter, zo stelt de Raad, voor een deel uit gesloten bronnen. Dat pas niet bij de strekking van het verkennend onderzoek. De regering geeft aan de bevoegdheidstoekenning verantwoord te vinden; de gegevens zijn basaal en hebben een beperkt karakter.

‘Deze argumentatie gaat eraan voorbij dat, nu voor het eerst opsporingsbevoegdheid aan het verkennend onderzoek wordt verbonden, het karakter van dat onderzoek definitief wordt gewijzigd’.¹¹⁴

Ten aanzien van dit advies stelt de Raad telkenmale dat de voorgestelde maatregel, in zijn visie, onevenredig is, omdat aan een te groot aantal personen de bevoegdheid gebruikersgegevens op te vragen, is toegekend.

In zijn advies bij het reeds veelvuldig aangehaalde wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur¹¹⁵ gaat de Raad ten aanzien van de verplicht in te stellen lokale rekenkamer in op de door deze rekenkamer te onderzoeken documenten. In het eerste lid van artikel 181c is voorgesteld dat de rekenkamer alle documenten kan onderzoeken die berusten bij het gemeentebestuur. Dat zijn alle bevoegde organen. Lid 2 stelt echter dat alleen inlichtingen kunnen worden gegeven door het college en niet door de burgemeester of de raad. Ook artikel 181d geldt alleen voor het college. De Raad adviseert in te gaan op de verhouding tussen deze artikelen en merkt op dat de bevoegdheid van de rekenkamer om documenten te onderzoeken kan worden beperkt tot de documenten die de rekenkamer nodig acht.¹¹⁶ Ook hier stelt de Raad dat de bevoegdheidstoedeling kan worden beperkt. Een onevenredige bevoegdheidstoedeling kan overigens ook in strijd komen met het kwaliteitscriterium rechtmatigheid.

5.1.4 Conclusies

Aan de hand van het voorgaande kunnen enige conclusies worden getrokken. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat het in ‘Zicht op wetgeving’ genoemde kwaliteitscriterium subsidiariteit door de Raad van State niet expliciet wordt genoemd. Met het in hetzelfde beleidsplan genoemde criterium evenredigheid is dat wel het geval. Vaak haalt de Raad dit criterium expliciet aan, al dan niet als ‘proportionaliteit’. De Raad van State toetst expliciet aan het criterium evenredigheid in zijn adviezen bij het Besluit uitoefening artsennijbereidkunst, het Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit

113 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 5.

114 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 6.

115 Zie: § 5.1.2.3, § 5.1.2.7.1 en § 5.1.2.8.2.

116 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 19.

Bereiding en behandeling van levensmiddelen, de Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen en het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten. De Raad toetst expliciet aan proportionaliteit in zijn adviezen bij de Wet instroomcijfers WAO, de Wijziging van de Wet wederzijdse bijstand bij de invordering van enkele EEG-heffingen, de omzetbelasting en de accijnzen, de Regeling leerlinggebonden financiering, het Besluit tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering en de Concessiewet personenvervoer per trein.

Expliciete verwijzingen naar de Aanwijzingen voor de regelgeving vinden slechts zeer zelden plaats. In een enkel geval (Wet bestuur in stedelijke regio's) werd in de tekst van het advies verwezen naar Aanwijzing 6, eerste lid. In een ander geval (Besluit uitoefening artsennijbereidkunst) werd in een voetnoot verwezen naar de Aanwijzingen 13 en 15.

5.1.4.1 Subsidiariteit

Opvallend is dat wat betreft subsidiariteit een aantal hoofdcategorieën kunnen worden gevormd. In de eerste plaats is dat de opmerking van de Raad dat wetgeving uit de aard der zaak niet haalbaar is dan wel ultimum remedium dient te zijn. De Raad stelde zulks bijvoorbeeld in zijn advies bij de Wet markt en overheid, waar de zeer principiële vraag centraal stond in hoeverre en op welke wijze de overheid zich in de marktsector dient te begeven. In zijn advies bij het Wetsvoorstel Wijziging op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen' stelde de Raad expliciet dat wetgeving ultimum remedium dient te zijn.

In de tweede plaats kan de Raad van State de noodzakelijkheid van wetgeving in twijfel trekken. Daarvan zijn zes voorbeelden gegeven. De Raad stelt de noodzakelijkheid van wetgeving vaak expliciet aan de orde, zoals bijvoorbeeld in het advies bij het Besluit subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden en het Besluit houdende regels voor het toezicht op de rechtspersoon. Ook gebruikt de Raad dan vaak het woord 'nodig'.

Meer specifiek stelt de Raad in enkele adviezen dat het beoogde doel ook op een andere of minder vergaande wijze kan worden gerealiseerd of dat de huidige regeling of de huidige praktijk voldoende is. Dan zou regelgeving immers, vanuit een oogpunt van subsidiariteit, niet strikt noodzakelijk zijn. Een minder vergaande oplossing was onder meer mogelijk geweest, aldus de Raad, in het Wetsvoorstel Markt en Overheid, waar met de figuur van aanwijzingen had kunnen volstaan. In zijn advies bij de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers stelt de Raad dat de regering, in plaats van een geheel nieuw wetsvoorstel te initiëren, ook sommige bepalingen van de Penitentiaire beginselenwet en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen buiten toepassing had kunnen laten. Daarnaast stelt de Raad enkele keren dat alternatieven voor de voorgenomen regelgeving onvoldoende in de toelichting bij het betreffende wetsvoorstel of de betreffende amvb aan de orde worden gesteld en dat nader beargumenteerd dient te worden waarom niet voor die alternatieven is gekozen. In geval van het Wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer stelde de Raad dat beter bij de bestaande praktijk had kunnen worden aangesloten.

Ook dienen, aldus de Raad, de op dat moment levende discussies dan wel voortgaande ontwikkelingen omtrent de materie van de regeling mee te worden gewogen bij de vraag of de betreffende regeling thans ingediend zou moeten worden c.q. rechtskracht zou moeten krijgen. Voorbeelden daarvan zijn de adviezen over het Belastingplan 2002-I Arbeidsmarkt en inkomensbeleid, de Wijziging van de Wet Luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol en de Wet ammoniak en veehouderij.

Tevens vestigt de Raad regelmatig de aandacht op de autonomie van lagere rechtsgemeenschappen dan wel maatschappelijke organisaties. Indien de Raad de aandacht vestigt op de autonomie van lagere rechtsgemeenschappen, zoals gemeenten, doet hij zulks echter alleen in adviezen bij voorstellen van wet of ontwerpbesluiten die gemeenten zelf betreffen, zoals de Wet dualisering gemeentebestuur, de Wet bestuur in stedelijke regio's en het Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten. De Raad toetst dan indringend aan het subsidiariteitscriterium en stelt de autonomie van de lagere rechtsgemeenschappen, in het bijzonder van democratisch gelegitimeerde organen zoals de gemeenteraad, centraal. De raad stelt bijvoorbeeld in zijn advies over de Wet dualisering gemeentebestuur enkele malen, dat bepaalde onderwerpen aan de raad kunnen worden overgelaten en dat zulks niet in de

Gemeentewet behoeft te worden geregeld. De zelfwerkzaamheid van de gemeente staat dan centraal. Naast de autonomie van lagere rechtsgemeenschappen, stelt de Raad van State ook aan de orde of bepaalde zaken aan lagere bestuursorganen kan worden overgelaten (Wetsvoorstel elektronisch bestuurlijk verkeer), dan wel aan belanghebbenden (Wijziging Boek 7 BW, zelfwerkzaamheid woonruimte).

Ten slotte geeft de Raad van State met regelmaat aan dat een nadere motivering, een grondiger analyse wenselijk zou zijn. Ook geeft de Raad aan, dat met bepaalde voorgenomen regelgeving geen ervaring is opgedaan en dat zijns inziens beter eerst geëxperimenteerd zou kunnen worden, alvorens tot wetgeving over te gaan. De Raad stelt dat bijvoorbeeld in zijn adviezen bij de Wet dualisering gemeentebestuur, de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer en de Wet bestuur in stedelijke regio's.

5.1.4.2 Evenredigheid

Wat betreft evenredigheid bestaat een minder divers beeld. In de meeste adviezen waarin de Raad ingaat op evenredigheid, stelt hij ook expliciet dat aan proportionaliteit dan wel evenredigheid wordt getoetst, waarbij wordt getoetst op de door de regelgever beoogde doelstelling. De Raad van State maakt zulks in zijn adviezen expliciet duidelijk. In paragraaf 5.1.4. is aangegeven bij welke adviezen dat het geval is. Daarnaast komt een proportionaliteitstoets voor in verband met toetsing aan artikelen uit het EVRM: is een bepaalde maatregel noodzakelijk in een democratische samenleving?

Ten slotte kunnen bij evenredigheid onderdelen van de betreffende regeling onevenredig of disproportioneel zijn, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheidstoedeling (Wetsvoorstel vorderen gegevens telecommunicatie, Wetsvoorstel dualisering gemeentebestuur). Ook kunnen bepalingen van regelingen een groter bereik hebben dan de bedoeling was (Wijziging Boek 8 BW, preferentie havengelden). Vooral ten aanzien van dit kwaliteitscriterium is een grote overlap geconstateerd met andere criteria, bijvoorbeeld rechtmatigheid, doelmatigheid en doeltreffendheid.

5.1.4.3 Tot slot

Indien, tot slot, wordt teruggegrepen naar de beleidsnota 'Zicht op wetgeving', dan valt op dat in deze nota wordt gesteld dat het beginsel van subsidiariteit inhoudt dat waar mogelijk verantwoordelijkheden bij decentrale overheden en maatschappelijke organisaties moeten worden gelaten of gelegd.¹¹⁷ De regering stelt verder in deze nota dat de overheid waar mogelijk steeds op creatieve wijze ruimte moet laten voor het zelfregulerend vermogen van burgers en maatschappelijke organisaties.¹¹⁸

In dit hoofdstuk is deze betekenis van subsidiariteit aan bod gekomen. In enkele van de onderzochte adviezen heeft de Raad van State uitdrukkelijk de autonomie van decentrale overheden, van maatschappelijke organisaties (Woonbond) of van burgers (ouders van leerplichtige kinderen) aan de orde gesteld. Deze adviezen vormden echter niet het gros van de adviezen omtrent subsidiariteit. Veel meer stelt de Raad de noodzakelijkheid van regelgeving aan de orde, stelt hij bijvoorbeeld dat met lichtere middelen hetzelfde doel kan worden bereikt of stelt hij dat de reeds bestaande praktijk voldoet. Met andere woorden: de Raad van State lijkt het subsidiariteitscriterium, zoals neergelegd in de nota 'Zicht op wetgeving' ruimer uit te leggen, dan in deze nota is verwoord.

5.2 REACTIE VAN REGERING EN PARLEMENT OP ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

5.2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk sluit aan bij het eerdere hoofdstuk inzake subsidiariteit en evenredigheid. In het eerdere hoofdstuk is onderzocht op welke wijze de Raad van State toetst aan deze kwaliteitscriteria. Hier staat centraal op welke wijze de regering en eventueel Tweede en Eerste Kamer het advies van de Raad ter harte nemen. Heeft de regering bijvoorbeeld het wetsvoorstel aangepast alvorens het naar de Kamer te sturen? Heeft zij de opmerkingen van de Raad overgenomen? En indien dat niet het geval is, welke

¹¹⁷ Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 26.

¹¹⁸ Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 27.

argumenten betreft de regering dan bij haar oordeel? Blijkt uit het nader rapport naar aanleiding van het advies van de Raad van State dat de regering een andere opvatting heeft van de criteria subsidiariteit en evenredigheid? Betrekken de Kamers der Staten-Generaal het advies van de Raad bij hun parlementaire behandeling?

5.2.2 Subsidiariteit

5.2.2.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk hebben we geconstateerd, dat de Raad van State veelvuldig toetst aan subsidiariteit. Daarbij let de Raad bijvoorbeeld op de noodzaak van de voorgenomen regelgeving, op de vraag of er alternatieven aanwezig zijn, of kan worden volstaan met ‘lagere’ regelgeving en of bepaalde zaken aan lagere of decentrale bestuursorganen kan worden overgelaten. In de voor deze fase van het onderzoek geselecteerde voorstellen komt toetsing aan subsidiariteit niet alleen in het advies van de Raad, maar ook in de parlementaire behandeling van het betreffende voorstel, veelvuldig voor.

5.2.2.2 Wet markt en overheid

De Raad was, zo hebben we in het vorige hoofdstuk gezien, kritisch ten aanzien van het voorstel van Wet markt en overheid. Hij achtte het niet haalbaar om met een generiek toepasbare normstelling te komen. Eerst zou een standpunt moeten worden ingenomen over de vraag welke criteria gehanteerd dienen te worden om te bepalen wat een publieke taak is en in welke gevallen de uitvoering daarvan door de overheid zelf dan wel door de markt zou moeten geschieden. De Raad onderkende evenwel dat hierover moeilijk iets gezegd kan worden.

De regering is het in het nader rapport met deze laatste opmerking van de Raad van State eens. Zij stelt niet te beogen een alomvattende visie te geven op de rol van de overheid in verhouding tot de markt.

‘Gezien de economische en bestuurlijke effecten (...) achten wij het evenwel noodzakelijk dat er een zorgvuldige belangenafweging plaatsvindt voordat overheidsorganisaties marktactiviteiten gaat verrichten’.¹¹⁹

De regering geeft vervolgens aan op welke wijze in het wetsvoorstel die belangenafweging plaatsvindt.

Ten aanzien van de opmerking omtrent de onmogelijkheid van generieke normstelling stelt de regering in haar nader rapport dat zij met de Raad van mening is

‘dat het niet haalbaar is door middel van een eenduidige en generiek toepasbare normstelling de vraag te beantwoorden wat de aangewezen weg is voor de behartiging van het openbaar belang. Dit geldt des te meer indien een dergelijke normstelling van toepassing zou zijn op de zeer uiteenlopende situaties en activiteiten waar de Raad van State op wijst. Wij benadrukken daarom dat wij met dit wetsvoorstel geen kader willen bieden voor alle overheidsactiviteiten waaraan marktaspecten zijn verbonden. Bewust is de reikwijdte van het wetsvoorstel beperkt gehouden tot marktactiviteiten, zoals gedefinieerd in artikel 1 van het wetsvoorstel’.¹²⁰

Deze beperking zou derhalve, in de ogen van de regering, de onhaalbaarheid van een eenduidig en generiek toepasbare bepaling ondervangen.

De regering lijkt een andere opvatting over het doel van het wetsvoorstel voor ogen te hebben dan de Raad.¹²¹

119 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 7.

120 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 7-8.

121 Zie ook § 4.2.2.2.3.

‘Het gaat er in het wetsvoorstel niet om regels te stellen voor elk handelen van de overheid dat op enigerlei wijze economische gevolgen heeft. Het wetsvoorstel beoogt te bevorderen dat overheidsorganisaties zorgvuldig besluiten over het verrichten van marktactiviteiten, waardoor duidelijk wordt op welke wijze de overheid het openbaar belang behartigt. (...) Zoals eerder is uiteengezet, is het niet de bedoeling van het wetsvoorstel het handelen van de overheid volledig te normeren. Wel worden randvoorwaarden gesteld voor het optreden van de overheid op de markt en wordt een procedureel kader geschapen’.¹²²

Wederom benadrukt de regering het beperkte karakter van het wetsvoorstel. Daarin zou het verschil van mening met de Raad van State (kunnen) liggen.¹²³

Diverse Tweede-Kamerfracties stellen in het Verslag vragen aan de regering. De fracties van PvdA, CDA, D66, ChristenUnie en SGP plaatsen kanttekeningen bij de noodzaak van wetgeving.¹²⁴ De CDA-fractie sluit zich expliciet aan bij het advies van de Raad van State, indien het gaat om de onhaalbaarheid van alomvattende algemene regelgeving.¹²⁵ Daarnaast wordt de regering gevraagd om nog eens in te gaan op de argumentatie van de Raad van State dat het niet eenvoudig is een eenduidig generiek kader te ontwerpen om de marktactiviteiten van overheidsorganisaties te regelen.¹²⁶ De PvdA-fractie merkt op:

‘De Raad van State merkt op dat het zijns inziens onmogelijk is een algemeen aanvaarde, inhoudelijke norm te formuleren voor marktoptreden door de overheid en heeft geadviseerd het wetsvoorstel niet in te dienen. Dit is de zwaarst mogelijke negatieve formulering die dit hoog college in haar advies aan een wetsvoorstel kan verbinden’.¹²⁷

Deze vragen worden veelal beantwoord met een verwijzing naar het nader rapport.¹²⁸ In verband met de vele vragen die leven bij de verschillende fracties in de Tweede Kamer, gaat de regering in op de voorgeschiedenis en de hoofdlijnen van het wetsvoorstel.¹²⁹ Ook gaat de regering nogmaals expliciet in op de aanleiding en de noodzaak van de regelgeving, op de subsidiariteit daarvan derhalve.¹³⁰ Ook schetst zij mogelijke alternatieven.¹³¹ Daarbij gebruikt de regering een argumentatie die in grote lijnen overeenkomt met die in het Nader rapport en de Memorie van Toelichting.

De Raad stelde in zijn advies bij het wetsvoorstel Markt en overheid ten aanzien van een specifieke bepaling (artikel 7) dat deze bepaling een instructienorm geeft aan de bijzondere wetgever en tevens kan worden gezien als een intentieverklaring van de formele wetgever. De Raad stelt dan de vraag waarom niet met het instrument van de aanwijzing zou kunnen worden volstaan in plaats van met een wet in formele zin.¹³²

De regering erkent dat er sprake is van een instructienorm. De regering acht het echter van belang het instrument van wet in formele zin uitdrukkelijk te noemen.

‘Wij beogen met het wetsvoorstel voor alle overheidsorganisaties een uniforme regeling te treffen waarin de normen voor het verrichten van marktactiviteiten zijn opgenomen. Het opnemen van deze norm in aanwijzingen, zoals de Raad adviseert, zou afbreuk doen aan het streven naar uniformiteit’.

122 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 8.

123 Uit een interview met dhr.mr J.J.H. Middeldorp, beleidsjurist bij de afdeling Marktwerving van het ministerie van Economische Zaken en met mw.mr M. Bootsman, wetgevingsjurist bij de directie wetgeving van hetzelfde ministerie (beiden sprekend op persoonlijke titel), gehouden op 26 januari 2004 kwam ook naar voren dat de Raad van State een tweeslachtige houding lijkt te hebben aangenomen. De noodzaak tot regelgeving werd weliswaar onderkend, maar tegelijkertijd werd het onmogelijk geacht de materie te regelen.

124 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 4-6.

125 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 12.

126 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 18.

127 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 33.

128 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 30.

129 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 1-3.

130 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 6-11.

131 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 3-6.

132 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 19.

De regering beroept zich vervolgens op artikel 49 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is neergelegd dat bij bijzondere wet alleen van een algemene wet wordt afgeweken indien dit noodzakelijk is. Dat vergt, aldus de regering, een motivering.

‘Gelet op het belang van één uniforme regeling voor besluiten over het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties, achten wij het niet wenselijk, zoals de Raad adviseert, te volstaan met het instrument van aanwijzingen voor wetten die regels stellen over het verrichten van marktactiviteiten’.¹³³

Het betreft hier een toets aan subsidiariteit, nu de vraag wordt gesteld of kan worden volstaan met een lichtere vorm van normering.

De leden van de CDA-Tweede-Kamerfractie verwijzen vervolgens in het Verslag naar het advies van de Raad van State. Zij stellen dat zij uit de evaluatie van de aanwijzingen

‘mogen afleiden dat deze aanwijzingen een (voldoende inhoudelijk) normstellend kader bevatten dat een goede leidraad geeft voor de beoordeling van overheidsoptreden op de markt’.¹³⁴

De betreffende fractieleden vragen of de regering andere vormen van regulering van overheidsoptreden heeft overwogen en waarom zij niet voor deze alternatieven heeft gekozen.

De regering wijst in antwoord hierop op de beperkte reikwijdte van de aanwijzingen.

‘Gezien de beperkingen van het instrument aanwijzingen ligt een wettelijke regeling voor de hand’.¹³⁵

Er zouden ook met aanwijzingen nog wettelijke regels noodzakelijk zijn.

In zijn advies bij het wetsvoorstel Markt en overheid stelde de Raad dat de voorgestelde wet onvoldoende meerwaarde heeft boven reeds bestaande regelingen, waaronder in het bijzonder de Mededingingswet, zeker in combinatie met het Europese mededingingsrecht. Deze regelgeving zou een vrij volledig kader kunnen geven voor concurrentieaspecten van overheidsoptreden. Nieuwe regelgeving zou dan minder noodzakelijk zijn.

De regering neemt het standpunt van de Raad niet over.

‘Een aanvulling van de Mededingingswet is echter niet toereikend om de beoogde doelstellingen van dit wetsvoorstel te realiseren. De Mededingingswet heeft betrekking op gedragingen van ondernemers op de markt en biedt daarmee geen kader om bestuurlijke verplichtingen (toetredingsregels) op te leggen aan bestuursorganen, bijvoorbeeld bij de oprichting van een overheidsbedrijf. Een aanvulling zou derhalve alleen betrekking kunnen hebben op marktgedrag van overheidsorganisaties, met andere woorden op gedragsregels’.¹³⁶

De regering werkt dit uit door te stellen dat ook de SER en een werkgroep die zich over deze materie heeft gebogen, hebben gesteld dat gedragsregels alleen onvoldoende zijn om oneerlijke concurrentie door overheidsorganisaties tegen te gaan. Daarnaast, zo stelt zij, volstaan gedragsregels niet indien moet worden gekomen tot heldere besluitvorming over het verrichten van marktactiviteiten door overheidsorganisaties.

De regering gaat daarnaast expliciet in op de combinatie met het Europese mededingingsrecht. De regering deelt ook hier de mening van de Raad niet.

‘De genoemde Europese regels hebben in het algemeen betrekking op situaties met interstatelijke effecten en zijn primair gericht op effecten op de interne markt. Dit geldt eveneens voor de Europese regels met betrekking tot steunmaatregelen. Deze regels zijn niet geschikt om concurrentie-

133 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 19-20.

134 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 11.

135 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 4.

136 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 5.

verstoringen op nationale of regionale markten aan te pakken. Bovendien zal, indien een overheidsorganisatie zich op de markt begeeft, lang niet altijd sprake zijn van steun'.¹³⁷

De regels voor staatssteun hebben, aldus de regering, betrekking op een andere problematiek dan die waarvoor het wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden.

'Samenvattend komen wij tot de conclusie dat het wetsvoorstel, in aanvulling op zowel de Mededingingswet als de regels op het gebied van staatssteun en aanbestedingen, noodzakelijk is om de eerder genoemde doelstellingen te verwezenlijken'.¹³⁸

De vraag naar de noodzakelijkheid van regelgeving is (in casu) een toets naar subsidiariteit.

In de Memorie van Toelichting gaat de regering in op de relatie van dit wetsvoorstel tot de Mededingingswet. Daarin stelt de regering expliciet:

'Ook door aanvulling van de Mededingingswet kunnen de beoogde doelstellingen van dit wetsvoorstel niet worden gerealiseerd'.¹³⁹

Daarbij worden (op sommige punten vrij letterlijk) de argumenten gebruikt die ook in het nader rapport worden vermeld. Het betreft derhalve voornamelijk het object van regelgeving, op grond waarvan de regering tot een andere opvatting komt dan de Raad van State. Het object van regelgeving past niet binnen de mededingingsregelgeving, waardoor, aldus de regering, nadere wetgeving noodzakelijk is.

Desalniettemin vragen diverse fracties in het Verslag waarom het marktoptreden van de overheden en overheidsorganisaties niet door aanscherping van de Mededingingswet genormeerd wordt.¹⁴⁰

Het opnemen van toetredingsregels past, aldus de regering, slecht bij de doelstelling van de Mededingingswet. Hetzelfde geldt voor gedragsregels voor overheidsorganisaties in verband met belangenverstrengeling. Een 'nieuwe' wettelijke regeling is, zo stelt de regering, noodzakelijk.¹⁴¹

5.2.2.3 *Wet elektronisch bestuurlijk verkeer*

In zijn advies bij het voorstel van wet 'elektronisch bestuurlijk verkeer' stelt de Raad van State dat beter bij de reeds bestaande (fax)praktijk kan worden aangesloten en dat vanuit dat oogpunt adviseert hij het wetsvoorstel aan te passen aan die praktijk.

De regering stelt vervolgens in het Nader rapport:

'Het is een misverstand te menen dat het de bedoeling zou zijn het faxverkeer als het ware uit te bannen. Integendeel, met dit wetsvoorstel wordt beoogd om ook de praktijk van het faxverkeer van een wettelijke grondslag te voorzien'.

De regering merkt op dat de Raad er terecht vanuit is gegaan dat verzending per fax een elektronische verzending is. Daarnaast relativeert de regering het door de Raad van State gemaakte onderscheid tussen een 'ja, tenzij'-model en een 'nee, tenzij'-model, waarbij de Raad bezwaren heeft tegen het tweede model, waarin in beginsel geen elektronische verzending plaatsvindt, tenzij door belanghebbenden wordt aangegeven dat zij zulks op prijs stellen.

'Wij zouden het verschil tussen het – in de woorden van de Raad – "ja, tenzij-model" en het "nee, tenzij-model" willen relativeren'.

De regering stelt verder:

137 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 5-6.

138 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 6.

139 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 3, p. 30.

140 Bijvoorbeeld: Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 2 en p. 13. Met betrekking tot Europese regelgeving en met een expliciete verwijzing naar het advies van de Raad: p. 14.

141 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 4.

‘Dit wetsvoorstel brengt dan ook ten aanzien van het faxverkeer geen veranderingen met zich. Wel biedt het wetsvoorstel een legitimatie voor de thans voorkomende praktijk dat door bestuursorganen nadere eisen worden gesteld voor het naar hen zenden van stukken per fax’.¹⁴²

De regering relateert derhalve de opmerkingen van de Raad. Het verschil van mening is in haar visie, niet zo groot.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel waren enkele bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht aangevuld, waardoor beroep per fax (of het intrekken daarvan per fax) zou worden uitgesloten. De Raad stelde in zijn advies dat hij het niet wenselijk acht deze bestaande praktijk uit te bannen.

De regering neemt het advies van de Raad over:

‘Overeenkomstig het advies van de Raad van State hebben wij afgezien van de toevoegingen aan de artikelen 6:4, derde lid, en 6:21, eerste lid. Dit brengt met zich dat niet wordt uitgesloten dat langs elektronische weg beroep bij de bestuursrechter wordt ingesteld of ingetrokken. Wij delen de opvatting van de Raad dat de praktijk van het faxverkeer met de rechter niet mag worden belemmerd’.¹⁴³

Tegelijkertijd stelt de regering dat zij de tijd nog niet rijp acht om, zoals de Raad adviseerde, de nieuwe afdeling 2.3 van de Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren op elektronisch verkeer met de bestuursrechter. Daarvoor is, aldus de regering, nader onderzoek noodzakelijk.

In hetzelfde advies uitte de Raad zijn zorg over de vaststelling van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van elektronisch verkeer door bestuursorganen. De Raad zag zulks liever in deze wet neergelegd.

De regering deelt deze zorg, maar geeft bestuursorganen de vrijheid op dit punt te handelen.

‘Wij delen de zorg van de Raad over de mogelijk verschillende bestuurlijke invullingen van de open normen. Rechtens is inderdaad niet uitgesloten dat bestuursorganen deze normen op een verschillende manier uitwerken. Wij achten een verschillende uitwerking van de normen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid alleen zinvol voor zover de omstandigheden daartoe nopen. In het bijzonder waar het betreft de toegang tot de nieuwe technieken is het niet wenselijk als burgers per bestuursorgaan met nodeloze verschillen worden geconfronteerd. Anders dan de Raad achten wij deze problematiek echter geen reden om te wachten met wetgeving voor elektronisch bestuurlijk verkeer. Ook zonder wetgeving op dit terrein zullen bestuursorganen immers hun elektronisch verkeer willen beveiligen. Ook in die situatie is het heel goed denkbaar dat bestuursorganen hun eigen weg bewandelen met het gevaar dat er nodeloze verschillen ontstaan. Om die reden achten wij het van belang reeds nu, waar dat mogelijk is, een eenvormige aanpak door bestuursorganen te stimuleren. De Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid voert een actief beleid op dit punt, waarvan de public-key-infrastructuur een belangrijk onderdeel uitmaakt’.¹⁴⁴

De regering verwijst enerzijds verder naar paragraaf 8.1 van de memorie van toelichting. De regering laat (in het kader van subsidiariteit) vrijheid aan lagere bestuursorganen, doch anderzijds tracht zij een eenduidige aanpak van deze problematiek door middel van wetgeving te stimuleren.

De Raad van State kwam in het advies bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer tot de conclusie dat wetgeving thans nog prematuur is. De Raad adviseerde een experimenteerwet. Op basis van de daarmee opgedane ervaringen zou moeten worden gezien of de tijd rijp is voor codificatie.

De regering stelt in het nader rapport dat de vraag of eerst met een experimenteerwet zou moeten worden gewerkt, in de Tweede Kamer aan de orde is geweest bij de mondelinge behandeling van de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg.

142 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 5.

143 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 5.

144 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 11.

‘In die nota werd aanvankelijk voorgesteld de Awb aan te vullen met een experimenteerbepaling. Vanuit de Kamer werd echter uitdrukkelijk verzocht hiervan af te zien en meteen een definitieve wettelijke regeling tot stand te brengen’.¹⁴⁵

De minister van Justitie deelde dat standpunt. Daarnaast, zo stelt de regering, bestaat er op veel maatschappelijke terreinen ook thans reeds behoefte aan een wettelijke regeling.

‘Naar onze stellige indruk is de behoefte aan een wettelijke regeling sedert het verschijnen van de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg alleen maar toegenomen. Men vraagt om houvast voor de hoofdlijnen. Verschillende departementen gebruiken dit wetsvoorstel reeds als algemeen model om bij de voorbereiding van nieuwe bijzondere bestuurswetgeving op aan te sluiten’.¹⁴⁶

De regering noemt daarbij een voorbeeld, alsmede een onderzoek van de TU Delft, waarin ook wordt aangesloten bij het wetsvoorstel. Ook stelt de regering dat bestuursorganen thans al publiekrechtelijke rechtshandelingen langs elektronische weg verrichten, zoals bijvoorbeeld vergunningverlening of verklaringen van geen bezwaar voor de oprichting van vennootschappen.

‘In het wetsvoorstel is rekening gehouden met het feit dat de behoefte aan elektronisch bestuurlijk verkeer zich niet overal tegelijkertijd en in de zelfde mate voordoet. Het wetsvoorstel gaat uit van een facultatief systeem. Elektronisch verkeer wordt niet verplicht. Het is aan betrokkenen – bestuur én burger – om te beoordelen of op een bepaald terrein of in een concreet geval elektronisch bestuurlijk verkeer wenselijk is en de tijd daarvoor rijp is. Het wetsvoorstel biedt deze ruimte’.¹⁴⁷

De regering gaat daarnaast nog in op de wenselijkheid van experimenteren.

‘Het gevaar van experimenteren is dat verschillende overheidsinstanties op verschillende niveau’s noodgedwongen zelf het wiel gaan uitvinden en onderling grote verschillen ontstaan, waardoor de nodige uniformiteit ver te zoeken is. Wanneer dan – op enig later moment – toch een definitieve wet tot stand wordt gebracht, zullen de uiteenlopende praktijken ten dele weer beëindigd moeten worden voor zover zij niet stroken met de dan geldende wettelijke kaders. Dat is niet efficiënt en lijkt dan ook de omgekeerde volgorde. Het ligt ook daarom veel meer in de rede nu reeds de randvoorwaarden in een wettelijk kader vast te leggen; zodat van begin af aan op hoofdlijnen eenheid ontstaat voor het bestuurlijk elektronisch verkeer’.¹⁴⁸

De regering stelt vervolgens dat zulks past in de doelstellingen van de Awb, waartoe harmonisatie behoort. Ten slotte stelt zij dat de Awb voorschrijft dat deze regeling dient te worden geëvalueerd, zodat in geval van onvoorziene problemen de wet tijdig wordt aangepast.

De regering beroept zich derhalve in de eerste plaats op druk vanuit de Tweede Kamer om regelgeving op dit punt en in de tweede plaats op maatschappelijke druk, vanuit burgers en het bedrijfsleven.

Niettemin wordt in het Verslag door de VVD-Tweede-Kamerfractie gesteld:

‘De regering kiest ervoor om direct tot codificatie over te gaan en niet eerst gedurende enige tijd te experimenteren zoals de Raad van State voorstelt. De leden van de VVD-fractie stellen echter dat het onduidelijk blijft in welke gevallen elektronisch verkeer gelijk wordt gesteld aan schriftelijk verkeer. Deze leden constateren dat de regering kennelijk wil dat die duidelijkheid zich in de praktijk ontwikkelt. De leden vragen of dat niet in tegenspraak is met de keuze van de regering om direct tot codificatie over te gaan. Kan de regering aangeven welke gevaren voor de rechtszekerheid kunnen optreden?’¹⁴⁹

145 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 12.

146 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 12.

147 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 13.

148 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 13.

149 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 2.

Ook de SGP-fractie ondersteunt de opvatting van de Raad van State dat het wenselijk is eerst op experimentele basis voldoende praktijkervaring op te doen, alvorens tot wetgeving over te gaan. Zij verzoeken de regering nadrukkelijk de urgentie van het wetsvoorstel te motiveren.¹⁵⁰

De regering gaat in haar Nota naar aanleiding van het Verslag in op deze vragen. Zij stelt dat een experimenteerfase leidt tot rechtsonzekerheid bij burgers die zich geconfronteerd zien met verschillende bestuurspraktijken.

‘Zonder algemene wettelijke voorzieningen staan de waarborgen van de betrokkenen niet vast’.

De regering voorziet voornamelijk problemen bij hen, die niet van de elektronische snelweg gebruik willen maken.¹⁵¹ Daarnaast gaat de regering in op de urgentie van het wetsvoorstel.

‘De urgentie is gelegen in de behoefte van de praktijk aan houvast op hoofdlijnen. Vanwege het gemak en de relatief geringe inspanningen is er – weliswaar niet bij een ieder maar wel bij velen, zowel in het bedrijfsleven als bij de burger – grote behoefte om in de communicatie met de overheid gebruik te kunnen maken van de mogelijkheden die de elektronische wereld biedt. Het optreden van de overheid dient zoveel mogelijk gelijke tred te houden met de wereld om haar heen. Het gaat niet aan dat de overheid achter blijft’.¹⁵²

Wederom beroept de regering zich op de noodzaak van regelgeving, beargumenteerd vanuit (onder meer) de behoefte van burger en bedrijfsleven.

5.2.2.4 Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

De Raad van State plaatste in zijn advies enkele opmerkingen over de noodzakelijkheid van een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers boven (een aanpassing van) de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (Bjj). Daarnaast stelde de Raad dat de Tijdelijke wet te makkelijk kan worden verlengd. In geval van verlenging van de Tijdelijke wet zou, aldus de Raad van State, tevens moeten worden bekeken of enkele beperkingen voor gedetineerden, zouden kunnen worden opgeheven.

De regering gaat niet uitgebreid in op de eerste opmerking van de Raad betreffende de noodzaak van een afzonderlijk wetsvoorstel.¹⁵³ Op advies van de Raad heeft de regering bij de memorie van toelichting een overzicht gevoegd van de afwijkingen van de Tijdelijke wet ten opzichte van de Pbw. Daarnaast wordt in de memorie van toelichting nader ingegaan op afwijkingen van de Pbw. Van de regels van de Bjj wordt sowieso afgeweken als jeugdigen in een noodvoorziening worden geplaatst. In de toelichting is aangegeven wanneer het onvermijdelijk is dat dat gebeurt. Ten aanzien van de tweede opmerking van de Raad (de verlenging van het wetsvoorstel) stelt de regering:

‘Het advies van de Raad om de geldingsduur van de wet te beperken tot een jaar en de mogelijkheid te schrappen om bij koninklijk besluit de werking van de wet te verlenging met nog een jaar is opgevolgd’.¹⁵⁴

150 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 3.

151 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 5, p. 1-2.

152 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 5, p. 2.

153 Uit een interview met mw. M.F.M. de Groot, werkzaam bij de directie wetgeving van het ministerie van Justitie en met mw. M.J. Wijn, werkzaam bij de directie SRS van hetzelfde ministerie, gehouden op 27 januari 2004, kwam naar voren dat de subsidiariteitsvraag niet relevant bleek. De vraag naar de noodzaak van de tijdelijke wet was een gepasseerd station, mede gezien de politieke achtergrond van deze wet. De geïnterviewden stelden in zijn algemeenheid dat op het moment dat er interne overeenstemming is over een wetsvoorstel, het advies van de Raad omtrent de noodzaak van een wet reeds minder relevant is. Vaak is dan door diverse organen al advies over het wetsvoorstel uitgebracht en overeenstemming met deze organen bereikt. Het adviesmoment van de Raad komt dan in feite te laat; het proces van wetgeving is dan reeds te ver gevorderd.

154 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 3.

De regering gaat verder niet in op het opheffen van mogelijke beperkingen in geval van verlenging van de wet.

Het wetsvoorstel maakt, aldus de Raad van State, geen onderscheid tussen verdachten en veroordeelden. Hij stelt dat veroordeelden op grond van de Pbw worden ondergebracht in gevangenissen en huizen van bewaring. Er is echter niet gebleken dat er zich capaciteitsproblemen in gevangenissen voordoen ten aanzien van veroordeelden; het probleem met het onderbrengen van drugskoeriers doet zich veel meer voor bij verdachten. De Raad vroeg zich af waarom hier van de Pbw is afgeweken.

De regering stelt dat de Raad terecht opmerkt dat zich op dat moment problemen voordeden met betrekking tot verdachten van drugsmokkel.

‘Maar ook de insluiting van grote aantallen drugskoeriers die na de inwerkingtreding van deze wet zijn veroordeeld, zal tot grote capaciteitsproblemen leiden’.¹⁵⁵

De regering stelt wel uitdrukkelijk – en op dit punt heeft zij de memorie van toelichting verduidelijkt – dat het moet gaan om veroordeelden die ook reeds als verdachte onder het regime van de Tijdelijke wet in een noodvoorziening hebben verbleven en niet om drugsmokkelaars die vóór de inwerkingtreding zijn veroordeeld. Het capaciteitsprobleem dat de regering signaleert en waarvan de Raad van State betwijfelt of het zich zal openbaren, zal zich volgens de regering derhalve in de toekomst wel degelijk voordoen. Daarom zal, aldus de regering, – en op dit punt is het criterium subsidiariteit van belang – ook regelgeving ten aanzien van veroordeelden noodzakelijk zijn.

De regering besteedt daarnaast expliciet aandacht aan het advies van de Raad van State in de Memorie van Toelichting. Het gaat dan om de rechtvaardiging van het wetsvoorstel. Na een motivering daarvan stelt de regering:

‘Ook de Raad van State geeft aan dat, vanwege de grote capaciteitstekorten in de huizen van bewaring die niet alleen de huisvesting van verdachten doch ook de beschikbaarheid van bewakings- en verzorgingspersoneel betreffen, een tijdelijke noodmaatregel kunnen rechtvaardigen, afhankelijk van de prioriteit die aan de bestrijding van dit onderdeel van de handel (in drugs, HB) wordt gegeven’.¹⁵⁶

Daarnaast geeft de regering aan op advies van de Raad een overzicht in de Memorie van Toelichting te hebben opgenomen, waarin de verschillen tussen het voorliggende wetsvoorstel en de Pbw uiteen zijn gezet.¹⁵⁷ Expliciet stelt de regering dat aan het advies van de Raad om gelegenheid tot lichaambeweging te bieden, geen gevolg is gegeven.¹⁵⁸

‘Hiervoor is gekwalificeerd personeel noodzakelijk alsmede materiaal dat bij de lichamelijke oefeningen gebruikt kan worden. Het zonder deskundig toezicht sporten kan tot ernstige blessures leiden hetgeen voorkomen moet worden. Wel zal het mogelijk zijn om zelf eenvoudige oefeningen te doen tijdens het luchten’.¹⁵⁹

De vraag doet zich derhalve voor of het noodzakelijk is een dergelijke regeling in het wetsvoorstel op te nemen.

In het Verslag van de Tweede Kamer wordt door de D66-fractie bezwaar tegen gemaakt dat de regels van toepassing zijn op zowel volwassenen als (strafrechtelijk) minderjarigen. Daarbij wordt verwezen naar het advies van de Raad.¹⁶⁰ Daarnaast wordt gevraagd of de regering het advies van de Raad opvolgt om gedetineerden de mogelijkheid te bieden te sporten.¹⁶¹ De leden van de fractie van de

155 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 4.

156 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 1.

157 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 2. Zie voor het overzicht p. 13.

158 Op dit punt geldt tevens het criterium uitvoerbaarheid.

159 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 11.

160 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 5.

161 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 13. De regering herhaalt vervolgens in de Nota naar aanleiding van het Verslag de argumenten, die zij in de Memorie van Toelichting reeds heeft gegeven. Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 10.

ChristenUnie blijven in hun Verslag dicht bij het advies van de Raad van State. Zij betreuren het dat de regering pas na het advies van de Raad enkele beperkingen van grondrechten hebben aangepast. Daarnaast verwijst de fractie naar de Pbw en de Bjj en constateert zij dat de regering voorbij is gegaan aan de opmerking van de Raad van State dat in plaats van de gekozen opzet, ook bepalingen van de Pbw en de Bjj buiten toepassing kunnen worden verklaard. De leden vragen of de regering alsnog wil aangeven

‘waarom niet is gekozen voor een dergelijke opzet, die minder vergaand en ingrijpend is en in het licht van de beperking van grondrechten eenvoudiger te verantwoorden?’¹⁶²

De regering antwoordt uitgebreid.

‘Omwille van de duidelijkheid en de leesbaarheid heb ik er voor gekozen om een geheel zelfstandige wet op te stellen, die overigens wel gebaseerd is op de Pbw. Hiermee komt eens te meer tot uitdrukking dat het een noodmaatregel is. Wanneer specifieke bepalingen in de Pbw resp. Bjj buiten werking zouden worden gesteld, zou na de periode van één jaar de verleiding wellicht groot zijn om bepaalde uitzonderingen langer te laten voortduren. Daar ben ik op tegen. Wanneer de standaard van detentie zoals die thans voortvloeit uit de Pbw resp. Bjj neerwaarts moet worden bijgesteld dient dit via een normale wetswijziging met de daarbij behorende advisering en discussie plaats te vinden’.¹⁶³

Uit het citaat wordt duidelijk waarom is gekozen voor (het zwaardere middel van) een afzonderlijk wetsvoorstel en niet voor het buiten werking stellen van bepalingen van de Pbw en de Bjj. Een afzonderlijke regeling is, aldus de regering, noodzakelijk.

Het advies van de Raad van State heeft geresulteerd in enkele amendementen van Tweede-Kamerleden, waaronder een amendement met de strekking de mogelijkheid tot verlenging van het wetsvoorstel te herintroduceren.

‘Het oorspronkelijke voorstel bevatte de bepaling dat de wet via koninklijk besluit met maximaal een jaar verlengd kon worden. De Raad van State had bezwaar tegen de mogelijkheid de wet vrij gemakkelijk met een jaar te verlengen. De regering heeft de bepaling daarop geheel geschrapt. Met dit amendement wordt beoogd de mogelijkheid van verlenging met een jaar te herintroduceren, echter met de beperking dat het voornemen hiertoe aan de Kamer bekend moet worden gemaakt’.¹⁶⁴

Het amendement is met 64 tegen 66 stemmen verworpen.¹⁶⁵

5.2.2.5 Wet dualisering gemeentebestuur

Ten aanzien van de Wet dualisering gemeentebestuur maakte de Raad van State veel opmerkingen omtrent de subsidiariteit van de voorgenomen wetgeving. Ten eerste stelde de Raad, dat een duidelijk overzicht van de bestaande problemen, de oorzaken en de oplossingen en een vergelijking met alternatieven ontbreekt in de toelichting. De Raad leidde zelf een paar problemen af uit de toelichting op de regeling, alsmede uit het rapport van de Staatscommissie Dualisme en lokale democratie. In de eerste plaats zou de positie van politieke partijen onder druk staan. Het is echter niet te verwachten, aldus de Raad, dat dit wetsvoorstel bijdraagt aan een wezenlijke versterking van de positie van politieke partijen. In de tweede plaats zou er, volgens de regering, een discrepantie bestaan tussen de formele monistische structuur en de dualistische gemeentelijke praktijk. Daarop wordt hierna ingegaan. In de derde plaats zou het lokaal bestuur gebrekkig herkenbaar zijn als gevolg van een onduidelijke rolverdeling tussen de gemeentelijke organen. De Raad wenste deze gevolgtrekking echter niet te maken. In de vierde plaats zou het collegialiteitsbeginsel onder druk staan. De Raad nuanceert deze reden door te stellen dat zulks per gemeente en per college verschilt. De Raad adviseerde in de memorie van toelich-

162 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 7.

163 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 3.

164 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 7.

165 Handelingen II 2001-2002, 7 februari 2002, p. 48-3499.

ting een volwaardige schets te geven van de problemen die samenhangen met de structuur van gemeentebesturen, en aldus de noodzaak van het wetsvoorstel beter te onderbouwen.

De regering antwoordt:

‘Ik onderschrijf niet de algemene stelling van de Raad dat in de memorie van toelichting een duidelijke schets van de door het wetsvoorstel (mede) op te lossen problemen ontbreekt. Hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting bevat een dergelijke schets’.¹⁶⁶

Die schets is vooral gebaseerd op de bevindingen van de Staatscommissie Dualisme en democratie. Daarnaast verwijst de regering naar het kabinetsstandpunt op het rapport van de Staatscommissie.

‘De Raad merkt ook op dat het verband tussen probleemanalyse en –oplossing niet duidelijk wordt gelegd. In paragraaf 1.1. en hoofdstuk 3 van de memorie van toelichting wordt hierop echter wel ingegaan, zowel in algemene als in meer specifieke zin. In de verdere hoofdstukken van de toelichting wordt bovendien op tal van plaatsen ten aanzien van de daar aan de orde zijnde onderdelen van het wetsvoorstel de door de Raad bedoelde koppeling gelegd. Ik acht het daarom niet nodig de memorie van toelichting aan te vullen in de door de Raad gewenste zin’.¹⁶⁷

Wel heeft de regering de suggestie van de Raad om een compleet overzicht van alle veranderingen in de memorie van toelichting op te nemen, gevolgd. Duidelijk is wel, dat de regering en de Raad van mening verschillen over de vraag of en in hoeverre in de Memorie van Toelichting een schets van op te lossen problemen is opgenomen.

Daarnaast gaat de regering in op de opmerkingen van de Raad ten aanzien van de door hem gesignaleerde problemen. De regering merkt op dat de Raad terecht vaststelt dat de problemen van politieke partijen samenhangen met een groot aantal maatschappelijke factoren, waarop de wetgever waarschijnlijk geen invloed van betekenis kan uitoefenen. In hoofdstuk 2 van de memorie van toelichting is dan ook een nuancering van het standpunt van de Staatscommissie daaromtrent opgenomen.

‘De bedoelde nuancering neemt echter niet weg dat de door het wetsvoorstel beoogde vergroting van de herkenbaarheid van de gemeentepolitiek ook door het scheppen van institutionele verhoudingen die daaraan bijdragen een zeker positief effect kan hebben op de positie van politieke partijen op lokaal niveau’.¹⁶⁸

Het tweede punt dat de Raad noemde, wordt elders in het nader rapport besproken.¹⁶⁹ Ten aanzien van het derde punt, de onduidelijke rolverdeling, verwijst de regering wederom naar het rapport van de Staatscommissie:

‘Ik wijs erop dat de Staatscommissie in zijn rapport (met name in hoofdstuk 5) uitvoerig op dit verband is ingegaan en het bestaan ervan overtuigend heeft aangetoond. Ik verwijs ook naar mijn beschouwing over dit onderwerp onder de punten 1 en 2’.¹⁷⁰

Ook hier stelt de regering dat het door de Raad gevraagde reeds in de Memorie van Toelichting was opgenomen.

De regering wijst tevens op andere factoren dan door de Raad genoemde, die verband houden met de gebrekkige herkenbaarheid van het lokale openbare bestuur:

‘De opmerking van de Raad dat de gebrekkige herkenbaarheid van het lokale bestuur ook verband houdt met de verwevenheid van taken van de drie bestuurlijke niveau’s, is juist, doch is in relatie tot het onderhavige wetsvoorstel minder relevant. Verder wijs ik er op dat de door hem gesignaleerde verwevenheid het onvermijdelijke gevolg is van de grote complexiteit van de Nederlandse

166 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 11.

167 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 11.

168 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 11.

169 Zie hier op de volgende pagina over ‘monisme’ en ‘dualisme’.

170 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 11-12.

samenleving en sommige van haar problemen, alsmede van de in brede kring levende opvattingen over de ambities die van de verschillende overheden mogen worden verwacht bij het oplossen van die problemen'.¹⁷¹

Telkens beargumenteert de regering de wenselijkheid van het voorliggende wetsvoorstel.¹⁷² Het gaat derhalve steeds om een toets aan het subsidiariteitscriterium.

Een ander punt dat de Raad bij het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur naar voren bracht, is dat met het voorgestelde bestuursmodel op gemeentelijk niveau geen ervaring is opgedaan en dat het wetsvoorstel reeds hierdoor beter niet kan worden ingediend. Het voorstel is een stap in het ongewisse, een ingrijpende verandering, waarvan de effecten onbekend zijn.

De regering gaat hier niet expliciet op in. Wel verwijst zij naar de Vernieuwingsimpuls Dualisme en lokale democratie, die zij samen met de VNG heeft opgezet, teneinde een cultuurverandering bij gemeenten te bevorderen. De regering constateert een grote bereidheid van gemeenten om zich voor deze cultuurverandering in te zetten. Sommige gemeenten blijken al te experimenteren met een raads-lid als voorzitter van een raadscommissie.¹⁷³

De leden van diverse fracties in de Tweede Kamer vragen in het Verslag naar een reactie op de opmerking van de Raad van State, die het wetsvoorstel als een 'stap in het ongewisse' betitelde.¹⁷⁴ De leden van de GroenLinks-fractie stellen met de Raad dat het dualisme de experimenteerfase nog niet is ontgroeid:

'er is naar hun oordeel te weinig gedaan om de raden en de staten voor te bereiden op de veranderingen die met ingang van 2002 en 2003 hun beslag zouden moeten krijgen. De haalbaarheid van de hele dualiseringsoperatie komt daarmee ook behoorlijk onder druk te staan: het argument dat de cultuuromslag langzaam zal gaan en dat de voorgestelde structurele veranderingen een voorwaarde zijn om de cultuuromslag mogelijk te maken gaan naar het oordeel van deze leden niet op'.

Deze leden vragen vervolgens wat de reactie van de regering is op de kritiek van de Raad van State hieromtrent.¹⁷⁵ Daarnaast wordt door een fractie gesteld, dat weliswaar in veel gemeenten een zekere mate van dualisme aan de dag wordt gelegd, maar dat het voorgestelde stelsel als zodanig nergens beproefd is.¹⁷⁶

De regering gaat in op deze vragen. Zij stelt dat in de Voortgangsrapportage van april 2001 een beeld is geschetst van de stand van zaken in de Vernieuwingsimpuls en op het gebied van de dualisering.

'Ik beoordeel de vooruitgang van het vernieuwingsproces in gemeenten als positief. Op dit moment is het te vroeg een oordeel te vellen over de experimenten die in de gemeenten hebben plaatsgevonden'.

Deze experimenten zijn, aldus de regering, nog niet zijn afgerond.

'Voor mijn reactie op de kritiek van de Raad van State op het wetsvoorstel in het algemeen verwijs ik de leden naar het nader rapport'.¹⁷⁷

171 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 12.

172 Tijdens een interview met drs. M.H. Klijnsma en mw.mr.drs. A.G. van Dijk, beide werkzaam bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en betrokken bij de totstandkoming van deze wet, was het wetsvoorstel de resultante van een politieke wens van de in de coalitie participerende partijen. Hierdoor was de vraag naar de noodzaak van deze wet niet langer aan de orde en kon aan het subsidiariteitscriterium makkelijker worden voorbijgegaan.

173 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 5.

174 Zoals bijvoorbeeld de SP-fractie: Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 8.

175 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 15. Op dit punt bestaat ook een overlap met het criterium uitvoerbaarheid. Zie daarvoor (onder meer) § 6.2.2.3.

176 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 16.

177 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 15.

De vraag naar de ‘stap in het ongewisse’ wordt echter nergens uitdrukkelijk beantwoord. Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel gaat een Tweede-Kamerlid hierop in. Daarbij wordt verwezen naar het advies van de Raad van State.¹⁷⁸ Een expliciet antwoord van de minister blijft evenwel uit.

De Raad merkte ten aanzien van het voorstel Wet dualisering gemeentebestuur ook op dat een versterking van de positie van de burgemeester op zichzelf geen verband houdt met de dualisering van het gemeentebestuur. De Raad adviseerde daarom enkele onderdelen van het wetsvoorstel te schrappen. Deze onderdelen zijn niet noodzakelijk om het doel van het wetsvoorstel te kunnen realiseren.

‘Het voorstel van de Raad om ook andere onderdelen van het wetsvoorstel die ten doel hebben om de positie van de burgemeester te versterken te schrappen, heb ik niet overgenomen. De versterking van de positie van de burgemeester vormt een belangrijk onderdeel van onderhavig voorstel dat hier, anders dan de Raad meent, niet los van kan worden gezien’.¹⁷⁹

De regering stelt verder dat de versterking van de positie van de burgemeester samenhangt met zijn procesrol om als voorzitter van het college de eenheid van het collegebeleid in het oog te houden.

‘In een stelsel waarin bestuursbevoegdheden worden geconcentreerd bij het college, is behoud en vooral versterking van het beginsel van collegiaal bestuur van grote waarde’.¹⁸⁰

De regering motiveert vervolgens nader waarom deze procesrol expliciet in de Gemeentewet dient te worden verankerd. Daarnaast, zo stelt de regering, wordt de positie van de burgemeester ten opzichte van burgers versterkt. Om deze redenen volgt de regering het advies van de Raad van State niet op. Zij acht regelgeving op dit punt wel noodzakelijk.

In het advies van de Raad van State bij de Wet dualisering gemeentebestuur wordt vooral de nadruk gelegd op de gemeentelijke autonomie. In de eerste plaats was de Raad kritisch over het verplichte karakter van het dualisme. Moeilijk kan, zo stelde de Raad, worden gesproken van ‘het’ dualisme. Daarnaast stelde de Raad dat de toenmalige gemeentewet slechts een beperkt aantal monistische trekken kende en dat de bestuurlijke praktijk in verschillende gemeenten uiteenloopt. De Raad acht het niet verantwoord een dualistisch stelsel (a) verplicht (b) voor alle gemeenten in te voeren.

De regering:

‘De Raad wijst er terecht op dat het niet juist is te spreken van “het” monisme en “het” dualisme. Monisme en dualisme in staatsrechtelijke zin zijn te beschouwen als een continuüm waartussen zich een grote hoeveelheid mengvormen bevindt, die zowel monistische als dualistische elementen in zich dragen’.¹⁸¹

De Staatscommissie Dualisme en lokale democratie heeft enkele vormen laten zien, zo stelt de regering.

‘Eveneens kan de conclusie van de Raad worden onderschreven dat het huidige wettelijke stelsel niet alleen monistische trekken vertoont, maar ook dualistische en dat het zowel de ruimte biedt voor een tamelijk monistische bestuurspraktijk als voor een meer dualistische wijze van opereren’.

Hier ligt, zo stelt de regering, ook het probleem. Bij de vorige wijziging van de Gemeentewet is vastgesteld dat deze wet een tamelijk gecompliceerd bestuursmodel bevat dat zowel monistische als dualistische trekken vertoont.

178 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 72, p. 31.

179 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 15.

180 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 16.

181 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 3.

‘Ik ben met de Staatscommissie van mening dat deze institutionele complexiteit, hoewel begrijpelijk als resultante van een historische ontwikkeling, bedreigend is voor de vitaliteit van de lokale democratie’.¹⁸²

De regering stelt verder dat de memorie van toelichting een beschrijving en analyse geeft van de ontwikkeling die heeft geleid tot een steeds verdere vervlechting van de posities en bevoegdheden van de raad en het college. De kern van de analyse is dat er een steeds grotere discrepantie is ontstaan tussen de formele kenmerken van het gemeentewettelijke model en de bestuurlijke werkelijkheid. Van een formele ondergeschiktheidsrelatie tussen raad en college is al lang geen sprake meer. De regering verwijst bij deze analyse rechtstreeks naar het rapport van de Staatscommissie-Elzinga en citeert daar ook uit.¹⁸³

‘Het valt te betreuren dat de Raad zich over deze probleemstellende analyse van de Staatscommissie noch over de beschouwing in het algemeen deel van de memorie van toelichting heeft uitgesproken. Het is namelijk deze analyse die vanuit institutioneel oogpunt een belangrijke verklaring vormt voor de geringe herkenbaarheid van het lokaal bestuur als forum van politieke besluitvorming’.¹⁸⁴

De regering herhaalt vervolgens enkele van de argumenten uit de analyse en stelt vervolgens:

‘Ik deel dan ook het standpunt van Staatsraad Vis (die een minderheidsadvies heeft uitgebracht, HB) dat het verschil tussen de formele regels van het huidige monistische bestuursstelsel en het feitelijk bestuurlijk gedrag, een in bestuurlijk en democratisch opzicht ongewenste situatie schept, die verholpen kan worden door introductie van een stelsel dat meer beantwoordt aan feitelijk gedrag en kennelijke behoefte. Dit wetsvoorstel strekt daartoe’.¹⁸⁵

Wederom worden vervolgens enkele argumenten uit de analyse aangehaald. De regering stelt daarbij dat men op gemeentelijk niveau zelf invulling moet geven aan het nieuwe stelsel. De regering constateert een grote bereidheid van lokale overheden voor de door dit wetsvoorstel bedoelde cultuurverandering.¹⁸⁶

In de Eerste Kamer wordt nader aandacht besteed aan de vraag of dualisme steeds verplicht moet worden gesteld. Aan de minister wordt door de leden van de PvdA-fractie gevraagd waarom hij een gedifferentieerd regime (bijvoorbeeld naar de grootte van een gemeente) niet vindt passen binnen onze bestuurlijke tradities.

‘Is dit niet eigenlijk een cirkelredenering op het moment dat met de invoering van de dualisering juist een cultuuromslag plaatsvindt en nieuwe bestuurlijke tradities worden gevestigd?’

Daarnaast vragen deze leden naar het verschil van mening tussen minister en Raad van State over de feitelijke situatie:

‘gaat het om het codificeren van al sluipenderwijs ingevoerde vernieuwingen of om een wijziging van de gehele bestuurlijke cultuur?’

De leden van de betreffende fractie

‘zouden graag beschikken over een overzicht van de vormen van dualisering die in anticipatie op de wetswijziging in de praktijk reeds zijn ontstaan, zo mogelijk ook over de ervaringen die inmiddels zijn opgedaan met deze vormen van dualisering, en zij zou ook graag willen weten in welke (typen

182 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 4.

183 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 4-6.

184 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 5.

185 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 5.

186 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 5.

van) gemeenten de cultuuromslag naar dualisering kennelijk al is aangeslagen en in welke gemeenten dat niet het geval is'.¹⁸⁷

De regering stelt in de Memorie van Antwoord dat invoering van een dualistisch stelsel ook in kleine gemeenten zinvol en haalbaar is.

‘Binnen het formele dualistische stelsel is, net als in het huidige gemeentewettelijke systeem, voldoende ruimte voor een gedifferentieerde invulling aanwezig om tegemoet te komen aan eventuele specifieke wensen en behoeften van gemeenten van uiteenlopende omvang’.

De regering noemt daarbij enkele voorbeelden.

‘Het door middel van dit wetsvoorstel gecreëerde bestuurlijke regime gaat echter ten aanzien van de wezenskenmerken van het gemeentebestuur wel uit van een uniform stelsel. Dat wil zeggen dat niet is gekozen voor de door de leden (...) bepleite veel verdergaande differentiatie van het formele stelsel. Deze keuze is niet alleen ingegeven door respect voor een anderhalf eeuw oude traditie, zoals deze leden veronderstellen, maar ook en vooral door het inzicht dat het enerzijds de in het voorgaande aangeduide minder verre gaande differentiatie voldoende is om te voorzien in de verschillen tussen gemeenten en anderzijds omdat is gebleken dat ook in kleinere gemeenten dualisering gewenst is. De met de dualisering beoogde omslag kan alleen plaatsvinden als ook de formele structuur fundamenteel wordt vernieuwd’.¹⁸⁸

Het is vervolgens het Eerste-Kamerlid Platvoet (GroenLinks) dat deze kwestie tijdens de plenaire behandeling nogmaals aansnijdt.

‘Wij zijn het dan ook geheel eens met de conclusies van de Raad van State dat het huidige wettelijke stelsel niet alleen monistische trekken vertoont, maar ook dualistische, en dat het zowel ruimte biedt voor een tamelijk monistische bestuurspraktijk als voor een vrij vergaande dualistische wijze van opereren. Belangrijk is vooral dat er een niet wettelijk af te dwingen cultuuromslag moet plaatsvinden om de landelijke en de gemeentelijke politiek te revitaliseren’.¹⁸⁹

Ook de fractie van D66 in de Eerste Kamer besteedt aandacht aan dit aspect.¹⁹⁰ De minister gaat in zijn betoog niet specifiek op deze opmerkingen in.

De Raad van State constateerde daarnaast dat eerdere gemeentewetten niet meer regelden dan stikt noodzakelijk en dat het voorliggende wetsvoorstel naar de andere kant dreigt door te slaan naar de andere kant. Het betreft hier dan bij uitstek een toetsing aan subsidiariteit: niet meer regelen dan noodzakelijk is en op een zo ‘laag’ mogelijk niveau tot regelgeving overgaan (bijvoorbeeld in gemeentelijke verordeningen of reglementen van orde). De Raad noemde daarbij als voorbeeld de regelingen omtrent het commissiestelsel, de verplichte rekenkamer, de onderzoekscommissie en de bevoegdheden van de raad ten opzichte van het college en adviseerde tot een aanzienlijke versobering van het wetsvoorstel.

De regering kan zich niet in deze kritiek vinden.

‘Het advies van de Raad om het wetsvoorstel aanzienlijk te versoberen heb ik niet gevolgd’.¹⁹¹

De regering noemt de door de Raad genoemde punten en zal later ingaan op de vraag waarom de betreffende punten expliciet in de wet opgenomen dienen te worden. Daarnaast gaat de regering expliciet

187 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10a, p. 3.

188 Kamerstukken I 2001-2002, 27 751, nr. 10b, p. 5.

189 Handelingen I 2001-2002, 26 februari 2002, p. 20-1027.

190 Handelingen I 2001-2002, 26 februari 2002, p. 20-1037.

191 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 13. Uit een interview met drs. M.H. Klijsma en mw.mr.drs. A.G. van Dijk, beide werkzaam bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en betrokken bij de totstandkoming van deze wet, werd duidelijk dat het wetsvoorstel wellicht ‘soberder’ had gekund, maar dat ook hieraan politieke keuzes ten grondslag lagen. Reeds dit kan verklaren dat veel adviezen van de Raad, die hierop betrekking hadden, niet zijn gevolgd.

in op de bevoegdheden van de raad ten opzichte van het college en legt de regering uit waarom zij heeft overwogen deze bevoegdheden neer te leggen in de wet. Wel neemt de regering de suggestie van de Raad over om het aan de gemeenteraad over te laten om te bepalen welke onderwerpen bij verordening geregeld worden met betrekking tot de ambtelijke bijstand.¹⁹²

De Raad van State heeft in zijn advies meerdere keren opgemerkt dat sommige onderwerpen zich beter leenden voor regeling in bijvoorbeeld een gemeentelijke verordening of een reglement van orde. Dat deed de Raad bijvoorbeeld bij de agenderingsbevoegdheid van de burgemeester ten aanzien van de agenda van het college.

Volgens de regering is deze bevoegdheid van de burgemeester een uitvloeisel van de algemene zorgplicht van de burgemeester om de eenheid van het collegebeleid te bevorderen.

‘Door de expliciete neerlegging van bedoelde bevoegdheden wordt de agendering en behandeling van portefeuille-overstijgende onderwerpen bevorderd. Het belang van het collegiaal functioneren wordt hierdoor onderstreept’.¹⁹³

Gezien het belang daarvan zou een wettelijke regeling te prefereren zijn boven een regeling in een gemeentelijke verordening of een reglement van orde.

Ook maakte de Raad opmerkingen over de regeling met betrekking tot de lokale rekenkamer. De Raad had kritiek op het verplichte karakter daarvan en stelde dat het beter aan de gemeenteraad overgelaten kan worden of de rekenkamer belast zou moeten worden met onderzoek naar doeltreffendheid. Dan zou de rekenkamer, zo stelt de Raad, controletaken verrichten die tevens tot die van de gemeenteraad behoren. Daarnaast adviseerde de Raad om aan te sluiten bij de bepalingen van de Comptabiliteitswet en de lokale rekenkamer ook rechtmatigheidsonderzoek te laten verrichten.

De regering stelt echter dat bewust is gekozen voor een summiere regeling en dat gemeenteraden bij verordening aanvullende bevoegdheden kunnen geven aan de rekenkamer, bijvoorbeeld via een subsidieverordening.

‘Anders dan de Raad ben ik niet bang dat het feit dat de rekenkamer tot taak krijgt onder meer doeltreffendheidsonderzoek te doen, kan betekenen dat de rekenkamer de rol van de raad op dit punt feitelijk overneemt. De raad houdt hier een eigen verantwoordelijkheid. Dat doet echter aan de wenselijkheid van een onafhankelijk onderzoek naar de doeltreffendheid niet af’.¹⁹⁴

De regering verwijst dan naar positieve ervaringen die in Rotterdam zijn opgedaan.

De regering houdt vast aan haar standpunt omtrent de verplichte rekenkamer in de Memorie van Toelichting. Zij stelt van mening te verschillen met de Raad van State en de Staatscommissie. Er zijn, aldus de regering, vier inhoudelijke redenen voor een verplichte rekenkamer. De lokale rekenkamer versterkt de positie van de raad bij de uitoefening van zijn controlerende functie. De aandacht voor het belang van doelmatigheid en doeltreffendheid groeit. Een verbetering van de rechtmatigheids- en doelmatigheidstoets is gewenst. De rapportages van de rekenkamer vormen een goed aanknopingspunt voor het afleggen van rekenschap aan burgers.¹⁹⁵ Ook hier poogt de regering de noodzakelijkheid van de voorgestelde regeling aan te tonen.

Ook ging de Raad in op het commissiestelsel, zoals dat in het wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur werd voorgesteld. De oude Gemeentewet kende een open systeem; het wetsvoorstel een gesloten systeem. De Raad stelde dat het college en de gemeenteraad altijd bevoegd zijn een commissie in te stellen. De Raad trekt het nut van een uitgewerkte regeling in twijfel. Het is, aldus de Raad, ook onduidelijk of er behoefte aan bestaat. Een open regeling past daarnaast veel beter bij het open en flexibele karakter van de Gemeentewet, aldus de Raad.

192 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 13.

193 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 16.

194 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 19.

195 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 66.

De regering erkent dat raad en college in een dualistisch stelsel altijd bevoegd zijn om commissies in te stellen en betoogt dat zij geenszins heeft beoogd de mogelijkheid van de instelling van gemeentelijke commissies te beperken.

‘Een gesloten stelsels van commissies is derhalve niet beoogd. De voorgestelde wijzigingen in hoofdstuk V hebben in de eerste plaats ten doel om de ontvlechting van raad en college ook in het commissiestelsel tot uitdrukking te brengen. Daarnaast is met de wijzigingen beoogd de regeling van de commissies systematisch te verbeteren en de terminologie in overeenstemming te brengen met de in de gemeentelijke praktijk gebruikelijke. De suggestie van de Raad om de bestaande artikelen 82 en volgende in grote lijnen te handhaven, heb ik dan ook niet overgenomen. Om misverstanden over het open karakter van het commissiestelsel te voorkomen, heb ik naar aanleiding van het advies van de Raad in een nieuw artikel 82b echter tot uitdrukking gebracht dat het de raad, het college en de burgemeester vrij staat ook andere commissies in te stellen dan commissies die geregeld zijn in de artikelen 82 en 82a’.¹⁹⁶

Enkele Tweede-Kamerfracties maken hierover een opmerking in het Verslag. De SGP-fractie bijvoorbeeld stelt het met de Raad van State eens te zijn, dat het commissiestelsel, zoals de regering voorstelt, tamelijk uitgebreid is.

‘In feite heeft de regering elk soort commissie in een wetsartikel geregeld. Deze leden vragen naar nut en noodzaak daarvan, zeker aangezien het huidige commissiestelsel een veel opener karakter heeft. Zou niet aan het lokaal bestuur overgelaten kunnen worden om zelf “naar dualistische snit” de commissies vorm te geven?’¹⁹⁷

De regering benadrukt in de Nota naar aanleiding van het Verslag dat het niet de bedoeling is het commissiestelsel meer gesloten te maken. In beginsel zijn dezelfde soorten commissies mogelijk als onder het huidige stelsel, aldus de regering. Zij acht het echter ongewenst om aan de gemeenten over te laten om zelf commissies naar dualistische snit vorm te geven.

‘Ik acht van belang dat de ontvlechting van het raadslidmaatschap en het wethouderschap ook in de voorgestelde wetgeving inzake het commissiestelsel tot uitdrukking komt. Voorkomen moet worden dat via de achterdeur van het commissiestelsel monistische elementen in de gemeentelijke bestuurlijke organisatie worden geïntroduceerd’.¹⁹⁸

Regelgeving is, naar de mening van de regering, hier derhalve noodzakelijk, omdat daarmee de dualisering van het gemeentebestuur dient te worden gerealiseerd.

Daarnaast maakte de Raad in zijn advies een aantal opmerkingen over deelraden. In het wetsvoorstel is opgenomen dat naast een deelraad een dagelijks bestuur dient te staan. Ook deelraden dienen derhalve dualistisch te worden georganiseerd. De Raad van State stelde dat deelgemeenteraden niet zonder meer op één lijn kunnen worden gesteld met gemeenteraden en hij is niet overtuigd van het belang van dualisme voor deelgemeentebesturen. De Raad beveelt aan dat gemeenteraden de keus maken of zij deelgemeentebesturen dualistisch willen opzetten.

Ook hier heeft de regering het advies niet overgenomen.

‘Het advies van de Raad om gemeenteraden vrij te laten in het bepalen of deelgemeenteraden al dan niet dualistisch worden opgezet, heb ik niet gevolgd. Van een deelraad zal immers slechts sprake zijn, indien de behartiging van een aanzienlijk deel van de belangen van deze deelgemeente aan deze deelraad wordt overgedragen. In artikel 87 van het wetsvoorstel is dit na ommekomst van het advies van de Raad ook aldus geformuleerd’.¹⁹⁹

De regering stelt dat een deelgemeentebestuur een aanzienlijk pakket aan bevoegdheden heeft.

196 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 21.

197 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 5, p. 49.

198 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 6, p. 68.

199 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 22.

‘Mede gezien het grote pakket van bevoegdheden van deelgemeentebesturen, is ook op dit niveau de scheiding van bestuur en controle van groot belang. Ik zie dan ook geen aanleiding om voor dergelijke besturen de instelling van een (dualistisch) dagelijks bestuur facultatief te stellen. De Raad voert ook geen doorslaggevende argumenten aan voor een dergelijk facultatief systeem. In gemeenten waar deelgemeentebesturen zijn of worden ingesteld, zou een dergelijk systeem in feite er op neer kunnen komen dat er per saldo geen dualistisch gemeentebestuur ontstaat’.²⁰⁰

De Raad en de regering verschillen hier van mening over de noodzakelijkheid van de regeling. Waar de raad dit onderwerp wil overlaten aan de deelgemeenteraden, is de regering van mening dat het belang van deze raden dermate groot is, dat ook zij verplicht dienen te worden gedualiseerd.

Tevens wees de Raad in zijn advies op de regeling van het onderzoeksrecht van de raad. Het past, aldus de Raad, beter bij de Gemeentewet om onderwerpen niet tot in detail te regelen, maar veel aan de gemeentelijke praktijk over te laten. Onderwerpen die niet per se wettelijk geregeld hoeven te worden, kunnen beter achterwege worden gelaten. De Raad had twijfels over een wettelijke regeling inzake het onderzoeksrecht. De gemeenteraad had immers reeds de bevoegdheid om onderzoekscommissies in te stellen.

De regering stelt dat zij het wenselijk acht een regeling inzake het onderzoeksrecht in de Gemeentewet neer te leggen.

‘Anders dan de Raad ben ik van mening dat het wenselijk is de gemeenteraad het recht toe te kennen onderzoek in te stellen naar het beleid van het college en de burgemeester waarbij een nauwkeurig omschreven categorie van direct bij dat collegebeleid betrokken personen verplicht is medewerking te verlenen. De raad wordt hiermee een krachtig controle-instrument in handen gegeven. (...) Het instrument past naadloos in de gekozen lijn om bestuursbevoegdheden aan het college over te dragen onder versterking van de mogelijkheden van controle door de raad op het college en de burgemeester’.²⁰¹

Over de opmerking van de Raad dat onderwerpen niet tot in detail geregeld behoeven te worden, zegt de regering het volgende:

‘Ik onderschrijf van harte de opvatting van de Raad dat het bij het open karakter van de Gemeentewet past om een aantal onderwerpen niet in detail te regelen, maar veel aan de gemeentelijke praktijk en de plaatselijke verordeningen over te laten. De invoering van een dwangmiddel als het horen onder ede, dat het onderzoeksrecht de scherpte geeft die in mijn ogen wenselijk is, vergt echter een wettelijke grondslag’.²⁰²

De regering stelt dat in verband daarmee een aantal zaken nader dient te worden geregeld. De regering heeft er wel

‘bewust voor gekozen de regeling zo sober mogelijk te houden, zonder dat er afbreuk wordt gedaan aan de noodzakelijke bescherming van degenen die verplicht kunnen worden aan het onderzoek mee te werken. Bij nader inzien is er voor gekozen in artikel 155a nadrukkelijk te bepalen dat deze uitwerking in de vorm van een speciale verordening vorm moet krijgen. De raad kan zich daarbij laten inspireren door de Wet op de parlementaire enquête’.²⁰³

Een regeling is naar het oordeel van de regering derhalve noodzakelijk, maar deze regeling is, naar haar mening, zo sober mogelijk gehouden.

De Raad stelde ten slotte vraagtekens bij het voorgestelde artikel 212, waarin eisen werden gesteld aan de gemeenteverordening inzake financiën. Dat behoort, aldus de Raad, tot de autonomie van de gemeente.

200 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 22.

201 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 29.

202 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 29.

203 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 29.

De regering stelt in antwoord daarop dat de bepalingen ten aanzien van de inhoud van de verordening dienen om de kaderstellende rol van de raad te versterken.

‘Het financieel beheer wordt ten onrechte vaak gezien als een exclusieve taak van het ambtelijk management en de wethouder financiën. De uitgangspunten die aan het financieel beheer ten grondslag liggen zijn echter van groot beleidsmatig en politiek belang. In een gedualiseerd gemeentelijk bestel dient de raad vooral die beleidsmatige uitgangspunten in de verordening vast te stellen. De wettelijke bepaling ten aanzien van de verordening krijgt hiermee een ander karakter dan voorheen’.²⁰⁴

Wel heeft de regering de afzonderlijke onderdelen nog eens kritisch tegen het licht gehouden. Een aantal onderdelen is geschrapt. Daarnaast wordt een aantal onderdelen in andere regelingen neergelegd, zoals amvb's ten aanzien van comptabiliteitsvoorschriften. Ook is naar aanleiding van het advies van de Raad de formulering van het artikel veranderd.

‘Hierdoor wordt de nadruk gelegd op de inhoudelijke verplichting, en vermeden dat gemeenten met niet strikt noodzakelijke vormvoorschriften worden geconfronteerd’.²⁰⁵

Hierdoor wordt, wederom in het kader van subsidiariteit, meer aan de gemeentelijke huishouding overgelaten.

5.2.2.6 Wet bestuur in stedelijke regio's

In het advies bij de Wet bestuur in stedelijke regio's stelde de Raad dat de in dit voorstel gekozen optie niet de enige mogelijkheid is. De Raad gaf vervolgens enkele andere mogelijkheden aan, bijvoorbeeld een regeling op basis van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR), zoals de Kaderwet bestuur in verandering dat was, of bijvoorbeeld de instelling van ROL's, Regionale Openbare Lichamen. Deze laatste optie, waarmee de thans geldende drielagenstructuur zou verdwijnen, zou echter een diep ingrijpen in de taken en bevoegdheden van provincies betekenen en zou eigenlijk een eigen democratische legitimatie vergen. Deze opties, zo stelde de Raad, kunnen ook opeenvolgend zijn: de laatste optie zou dan eerst in beeld komen als ervaringen zijn opgedaan met de eerste.

De regering stelt dat zij hetgeen de Raad nu adviseert, eerder heeft verdedigd, maar toen op weerstand bij de Tweede Kamer stuitte.

‘Het advies van de Raad is van betekenis omdat de Raad door het uitdrukkelijk noemen van beide mogelijkheden zijn positie markeert in de discussie die tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel voor de Kaderwet bestuur in verandering is ontstaan over de grondwettigheid van de regionale gebiedsautoriteit. Het toenmalige kabinet heeft destijds met overtuiging en kracht van argumenten de grondwettigheid van de regionale gebiedsautoriteit verdedigd. De Tweede Kamer heeft echter, om elke twijfel over de grondwettigheid van het wetsvoorstel weg te nemen, bij amendement de regionale gebiedsautoriteit geschrapt’.

De regering zet uiteen dat zij niet heeft overwogen om de stappen te zetten die de Raad noemt, omdat daarvoor onvoldoende draagvlak zou kunnen worden verkregen. Een dergelijk voorstel zou dan zelfs contraproductief kunnen werken.

‘Voorop heeft gestaan de wens om de positieve kracht van de relatieve rust waarin de bestuurlijke samenwerking in de grootstedelijke regio's de afgelopen jaren praktisch gestalte heeft gekregen niet te verstoren. Dit wetsvoorstel strekt ertoe de bestuursvorm zoals die thans gestalte heeft gekregen onder de werking van de Kaderwet, voort te zetten, maar op een nieuwe wettelijke basis, om daarmee

204 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 32.

205 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 32.

tot uiting te brengen dat deze voortzetting niet langer in het perspectief staat van de bij de totstandkoming van de Kaderwet beoogde structurele wijziging van de bestuurlijke organisatie'.²⁰⁶

De regering stelt derhalve rekening te houden met de wensen van de Tweede Kamer, alsmede met het belang van lagere bestuurslichamen, die gebaat zijn met relatieve rust.²⁰⁷ De door de Raad genoemde alternatieven werden daarom afgewezen.

De Raad stelde vervolgens dat het lijkt dat het wetsvoorstel aarzelt tussen de hiervoor genoemde twee opties en geen duidelijke keuze maakt. De Raad droeg daar enkele argumenten voor aan en stelde dat de wetgever een duidelijke keuze diende te maken. Indien voor de eerste optie was gekozen, dan zou verlenging van de Kaderwet voor de hand liggen; indien voor de tweede optie zou zijn gekozen, zou de wettelijke regeling de nieuwe situatie beter tot uitdrukking moeten brengen.

De regering reageert aldus:

‘Niet duidelijk is waarom de Raad stelt dat het wetsvoorstel “blijft aarzelen” tussen de hiervoor genoemde twee opties, tenzij de Raad van oordeel is dat ook onder de werking van de huidige Kaderwet reeds sprake zou zijn van een dergelijk aarzelen’.

Dat kan, zo stelt de regering, te maken hebben met het hybride karakter van de huidige regionale openbare lichamen. Dat blijft ook in dit wetsvoorstel aanwezig.

‘Overigens zij in dit verband opgemerkt dat de Raad niet eenduidig is in zijn karakterisering van de in het wetsvoorstel opgenomen bestuursvorm. De Raad stelt namelijk eerst dat “het ROL met het wetsvoorstel een gewicht (zal) krijgen dat het idee van “hulpstructuur” duidelijk ontstijgt” om even later op te merken dat het wetsvoorstel een vorm creëert “die op de keper beschouwd niet meer is dan een voortzetting van de Kaderwet”’.

De regering stelt dat de tweede omschrijving van het wetsvoorstel de meest juiste is, omdat beoogd wordt continuïteit te verzekeren van de bestuursvorm zoals die nu bestaat.

‘Als er al van wijziging kan worden gesproken, dan gaat deze zeker niet in de richting van een ontstijgen van het karakter van hulpstructuur, maar juist in de richting van het scherper accentueren van dat hulpstructuurkarakter. (...) Het voorliggende wetsvoorstel had, anders gezegd, ook vormgegeven kunnen worden als een wijziging van de Kaderwet, zoals door de Raad aanbevolen, maar dat zou materieel tot hetzelfde resultaat hebben geleid’.²⁰⁸

De regering roept dan wederom in herinnering dat het eindperspectief thans een andere is dan bij de totstandkoming van de Kaderwet en dat de discussie over de oplossing van regionale problematiek in grootstedelijke gebieden is afgesloten.

De Raad en de regering verschillen derhalve van mening over de noodzakelijkheid van de voorliggende wetgeving. Waar de Raad aanstuurt op een wijziging van de Kaderwet bestuur in verandering, wenst de regering een nieuwe wet met eenzelfde materiële inhoud als een wijziging van de Kaderwet.

Vanuit de Tweede Kamer wordt hierop, door de fractie van D66, ingehaakt.

‘Kan de regering nader beargumenteren waarom zij van mening is dat in het wetsvoorstel de regionale openbare lichamen slechts een hulpstructuur vormen? In hoeverre leidt het wetsvoorstel tot versnippering van het regionaal bestuur, doordat de stedelijke regio’s een vergelijkbare positie krijgen als de provinciale besturen?’²⁰⁹

De leden deze fractie gaan daarnaast uitgebreid in op het standpunt van de regering om niet te kiezen voor verlenging van de Kaderwet. Zij achten de argumentatie van de regering ‘erg zwak’ en zij stellen

206 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 4.

207 Zie ook § 4.2.1.1.2.

208 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 5.

209 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 5. Zie ook: Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 15 en p. 18.

dat de Raad van State terecht heeft aangegeven dat de regering geen visie geeft op de bestuurlijke organisatie.²¹⁰

Daarnaast vraagt de VVD-fractie in de Tweede Kamer zich af of er niet gewoon sprake is van het creëren van een vierde bestuurslaag en of deze creatie niet in strijd is met eerdere uitspraken van de minister.

‘Naar hun oordeel is dit wetsvoorstel een verlenging van de huidige Kaderwet waarvan de geldigheid conform het regeerakkoord definitief eindigt in 2003’.²¹¹

Deze fractieleden vragen zich af waarom van het regeerakkoord wordt afgeweken.

Verder wordt er door de SP-fractie gesteld, dat er, zoals de Raad ook stelde, dit moment onvoldoende zicht wordt geboden op een eventuele ontwikkeling van een middenbestuur.

‘Tijdens de totstandkoming van de Kaderwet lag het geboden perspectief in het tot stand brengen van stadsprovincies. Inmiddels is deze ontwikkeling vastgelopen en zal de discussie gevoerd moeten worden over een andere structuur van de bestuurlijke organisatie’.²¹²

Ook wordt er door de CDA-fractie met de Raad gesteld, dat het wetsvoorstel hinkt op twee gedachten en vraagt de regering uiteen te zetten hoe zij de verdere ontwikkelingen ziet als gevolg van de invoering van deze wet.²¹³ Ten slotte wordt door de SGP-fractie een samenhangende visie op het middenbestuur gemist.

‘Waar een dergelijke visie mist, dreigt per saldo het provinciale middenbestuur te verzwakken en te versnipperen’.²¹⁴

Deze fractie stelt tevens vragen met betrekking tot de werkingsduur van de regeling en de door de Raad van State bepleite tijdelijke verlenging van de Kaderwet.²¹⁵

De regering gaat uitgebreid in op de vragen van de diverse fracties omtrent een visie op het middenbestuur en de plaats van stedelijke regio's in het binnenlands bestuur. Daarbij gaat de regering ook in op de zogenoemde hulpstructuur.

‘Het regionaal openbaar lichaam is en blijft een volledig aan de zeggenschap van de (deelnemende) gemeenten onderworpen hulpstructuur. Het advies van de Raad van State, waarin de Raad beide mogelijkheden naast elkaar zet, laat overigens zien dat (ook) de Raad van State beide bestuursvormen zonder meer bruikbaar acht in het ontwikkelingsproces van vormgeving van het bestuur voor stedelijke regio's’.²¹⁶

De regering verwijst, ter verdediging van haar standpunt, vaker naar het advies van de Raad. In de eerste plaats indien zij stelt dat er consensus bestaat over een eigensoortige bestuursvorm voor grootstedelijke gebieden.²¹⁷ In de tweede plaats verwijst de regering naar het advies van de Raad waar het gaat om het ontwikkelingsproces en een bijzonder openbaar lichaam met een bepaald takenpakket als een eventueel ‘eindpunt’ daarvan.

‘Ook de Raad van State wijst op deze mogelijkheid en ziet deze als een mogelijke (maar verdergaande) stap in een ontwikkelingsproces, dus niet als eindpunt. Een dergelijk openbaar lichaam

210 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 11.

211 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 9.

212 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 8.

213 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 10.

214 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 15.

215 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 24.

216 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 5.

217 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 9.

zal het primaat van het lokaal en provinciaal bestuur dienen te respecteren en kan derhalve slechts een beperkt takenpakket vervullen’.²¹⁸

De regering verwijst derhalve expliciet naar het primaat van het decentrale bestuur.

5.2.2.7 Regeling leerlinggebonden financiering

In het wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering was een procedure opgenomen, die naar het oordeel van de Raad van State te zwaar is. Het ging in casu om een bepaling die erin voorziet dat scholen een nevenvestiging kunnen openen of leerlingen kunnen toelaten die toelaatbaar zijn verklaard voor een andere onderwijssoort dan die welke aan de school wordt verzorgd. De besluitvorming, zo oordeelde de Raad, wordt in het wetsvoorstel afhankelijk gemaakt van een te groot aantal instanties.

In het nader rapport wijst de regering op een belangrijke doelstelling van de wet. Deze doelstelling is dat er over het land een evenwichtige spreiding van (voortgezet) onderwijs tot stand komt. Daarvoor is het mogelijk gemaakt om nevenvestigingen te openen en ‘verbreed’ toe te laten en heeft de regering een procedure ontworpen.

‘Voor deze zorgvuldige procedure is gekozen om te waarborgen dat alle in het geding zijnde belangen goed afgewogen worden en om te voorkomen dat er fricties tussen scholen en REC’s (Regionale Expertise Centrum, HB) ontstaan, met name in de grensgebieden, waar de Raad van State in punt 2 op wijst. Het wordt dan ook niet wenselijk geacht de procedure te vereenvoudigen’.²¹⁹

Op dit punt verschillen Raad en regering van mening over de subsidiariteit van de betreffende regeling.²²⁰

5.2.2.8 Wet ammoniak veehouderij

In de Wet ammoniak veehouderij was een drastische koerswijziging ten opzichte van eerder beleid vervat. De Raad van State was van oordeel dat de regering slechts een beperkte motivering daarvoor geeft en stelt de vraag naar de opportuniteit van de betreffende regeling op dit moment. De Raad stelde dat nader in diende te worden gegaan op de vraag op grond waarvan kan worden aangenomen, dat zich in de voorzienbare toekomst geen ontwikkelingen van inzicht of anderszins voordoen. De Raad vraagt derhalve of het beleidskader thans reeds vrij hecht in de wet kan worden verankerd.

De regering geeft toe dat de voorgestelde regeling een drastische wijziging vormt ten opzichte van een eerdere interim-wet. In het regeerakkoord zijn afspraken gemaakt dat niet langer een stand-still-situatie wordt nagestreefd, maar dat op beperking van de emissie gericht beleid is ingezet.²²¹

‘Wat betreft de vraag van de Raad of het beleidskader nu vrij hecht in de wet kan worden verankerd merk ik op, dat de gevolgen van de ammoniakemissie zoals die beschreven zijn in paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting, naar mijn mening in voldoende mate wetenschappelijk zijn aangetoond. Die wetenschappelijke onderbouwing vormt een voldoende hechte basis voor het ammoniakbeleid en daarmee ook voor de voorgestelde regeling. Er is geen reden om te veronderstellen, dat de wetenschappelijke inzichten binnen afzienbare tijd zodanig zouden wijzigen, dat het beleidskader zou moeten veranderen’.

De regering stelt dat gezien de IPPC-richtlijn ook voor langere termijn met zekerheid kan worden gesteld dat de omslag in het wetsvoorstel blijvend is. In ieder geval tot 2010 bestaat helderheid over de verplichtingen die in internationaal kader ten aanzien van beperking van de ammoniakemissie voor Nederland zullen gelden.

218 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 10.

219 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 9.

220 Zie ook § 4.2.1.2.5.

221 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 2.

‘Gegeven het bovenstaande liggen de hoofdlijnen van het beleid voor de komende periode in grote mate vast’.²²²

De regering motiveert derhalve de wenselijkheid van de regelgeving nader. Daarmee wordt impliciet een toets aan subsidiariteit uitgevoerd.

In het Verslag van de Tweede Kamer wordt door de fractieleden van de ChristenUnie gesteld, dat er aan wordt gehecht om op het commentaar van de Raad van State te wijzen, die moeite heeft met het drastische karakter van de voorgestelde regeling in relatie tot de gegeven motivering voor de wijziging, serieus te nemen.²²³ De regering gaat daar in de nota naar aanleiding van het verslag echter niet expliciet op in. Ook in de verdere parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wordt geen (expliciete) aandacht besteed aan dit onderwerp.

5.2.2.9 Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen

In zijn advies bij het ‘Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen’ stelde de Raad dat voorbij was gegaan aan het advies van de Gezondheidsraad om een grondige analyse te maken van de problematiek van besmetting van pluimvee met *Salmonella* en *Campylobacter*.²²⁴

De regering geeft aan in de nota van toelichting te hebben verduidelijkt dat het ontwerpbesluit niet beoogt in te gaan op alle aspecten van het advies van de Gezondheidsraad. Wel zal de regering in de loop van 2001 aan de Tweede Kamer het standpunt op het advies duidelijk maken. Daarin wordt een totaalpakket van beleidsmaatregelen gepresenteerd inzake het voorkómen van voedselinfecties.²²⁵

Daarnaast stelde de Raad van State de vraag of het te realiseren doel ook op een andere manier kan worden bereikt. Het besluit richt zich voornamelijk op pluimveevlees. Waarom is niet in een breder verband gezocht naar methoden om voedselinfecties te voorkomen of te bestrijden? In de toelichting hadden alternatieven aan de orde kunnen komen en had de regering kunnen motiveren waarom voor deze oplossing is gekozen, aldus de Raad.

De regering motiveert in haar nader rapport de keuze door te stellen dat met de genomen maatregelen

‘op korte termijn een relatief grotere gezondheidswinst te behalen valt dan voor andere producten van dierlijke oorsprong. Pluimveevlees, besmet met *Salmonella* of *Campylobacter*, is immers verantwoordelijk voor een relatief groot aantal ziektegevallen bij de mens’.²²⁶

De regering stelt tevens dat andere producten van dierlijke oorsprong, zoals varkensvlees, in aanzienlijk mindere mate besmet zijn met bacteriën. Een verplichte gezondheidswaarschuwing op de verpakking van andere producten van dierlijke oorsprong is niet noodzakelijk noch gewenst, aldus de regering.²²⁷

5.2.3 Evenredigheid

In de adviezen van de Raad van State over de in deze fase geselecteerde wetsvoorstellen komt het wetgevingskwaliteitscriterium evenredigheid slechts in geringe mate voor. Indien de Raad toetst aan evenredigheid, onderzoekt hij, kort gezegd, of de voorgestelde regeling proportioneel is in verhouding tot de doelen van deze regeling.

222 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 3.

223 Kamerstukken II 2001-2002, 27 836, nr. 4, p. 3.

224 Het kwaliteitscriterium doeltreffendheid is hier tevens in het geding. Zie daarvoor § 4.2.1.1.3.

225 Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 2180554, p. 1.

226 Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 2180554, p. 2.

227 In de nota van toelichting is deze motivering niet terug te vinden. Zie: Stb. 2001, 272, p. 3-6.

5.2.3.1 Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

In zijn advies bij de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers ging de Raad van State in op de grondrechten van gedetineerden. Het voorstel beperkt die rechten veel verder dan de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen (Bjj), zonder dat, aldus de Raad, de noodzaak daarvan wordt aangetoond. Het gaat dan bijvoorbeeld om de voedselverstrekking (waarbij geen rekening wordt gehouden met geloof of levensovertuiging), om het briefgeheim, om de mogelijkheid telefoongesprekken te voeren et cetera.

De regering gaat niet in het algemeen in op de beperking van grondrechten van gedetineerden, maar beargumenteert wel telkens de beperking van de door de Raad genoemde grondrechten (en daarmee de proportionaliteit daarvan).²²⁸ Zo neemt de regering naar aanleiding van het advies van de Raad in de wet een bepaling op dat, indien mogelijk, bij de verstrekking van voedsel rekening wordt gehouden met godsdienst en levensovertuiging van gedetineerden.²²⁹

De regering stelt verder dat het recht op geestelijke bijstand wegens personeelstekort is komen te vervallen. Dat is in de memorie van toelichting gemotiveerd. In de praktijk, zo stelt zij, kan een gedetineerde altijd vragen om geestelijke bijstand. Het ligt aan de praktijk of dat gerealiseerd kan worden. Conform het advies van de Raad is de bepaling in de Tijdelijke wet omtrent het briefgeheim – waarvan de regering overigens van oordeel is dat het verschil met de Pbw niet erg groot is – aangevuld. Gedetineerden worden bij binnenkomst op de hoogte gesteld van de bevoegdheid van de directeur om toezicht uit te oefenen op de inhoud van brieven of andere poststukken. De bepaling omtrent het voeren van telefoongesprekken is aangepast. De bepaling luidt nu meer conform de betreffende bepaling in de Pbw. Voor zover daarvan wordt afgeweken, ligt dat aan beperkingen van bouwkundige en personele aard. In de memorie van toelichting wordt nader gemotiveerd waarom de bezoeksregeling in deze wet beperkter is dan in de Pbw. Zoals de Raad adviseerde, is in de wet opgenomen dat de gedetineerde bij binnenkomst op de hoogte wordt gesteld van de bevoegdheid van de directeur om toezicht uit te oefenen tijdens bezoek.²³⁰

5.2.3.2 Wet dualisering gemeentebestuur

In zijn advies bij de Wet dualisering gemeentebestuur adviseerde de Raad van State in te gaan op de verhouding tussen enkele artikelen inzake de lokale rekenkamer. Hij merkte op dat de bevoegdheid van de rekenkamer om documenten te onderzoeken kan worden beperkt tot de documenten die de rekenkamer nodig acht. De regeling was derhalve op dit punt niet evenredig tot het doel daarvan. De regering neemt het advies van de Raad over.²³¹

5.2.3.3 Regeling leerlinggebonden financiering

Deze wet heeft mede als doel de emancipatie en integratie van mensen met een handicap. De Raad onderschreef in zijn advies dit doel, maar betwijfelde of dat dit ook zonder meer in het onderwijs realiseerbaar is. Het voorstel heeft (financiële) gevolgen voor het speciaal onderwijs, indien leerlingen overstappen naar het regulier onderwijs, alsmede voor het regulier onderwijs, waar onderwijzers worden belast met taken en lasten waarop het onderwijs niet is berekend. De Raad concludeerde dat de kosten disproportioneel zijn of tekort zullen schieten.²³²

De staatssecretaris van Onderwijs trekt dat in twijfel:

228 Op dit punt bestaat een grote overlap met het kwaliteitscriterium rechtmatigheid. Het wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers komt dan ook in § 3.2 op diverse punten terug.

229 Blijkens een interview met mw. M.F.M. de Groot, werkzaam bij de directie wetgeving van het ministerie van Justitie en met mw. M.J. Wijn, werkzaam bij de directie SRS van hetzelfde ministerie, gehouden op 27 januari 2004, is in het wetsvoorstel vooral uitgegaan van de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel. Bepaalde rechten die gedetineerden op grond van de Pbw genieten, waren, aldus hen, voor deze tijdelijke wet moeilijk uitvoerbaar. Dat verklaart de beperking van een aantal grondrechten. Daarvoor zie hoofdstuk 6.

230 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 6.

231 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 19.

232 Op dit punt is tevens het criterium doeltreffendheid in het geding. Zie § 4.2.1.2.2.

‘Het advies van de Raad op dit punt houdt naar mijn mening onvoldoende rekening met de mogelijkheden die in de praktijk zijn gebleken om kinderen met een handicap op te vangen in het reguliere onderwijs’.

Zij motiveert dit aan de hand van (evaluatie-)onderzoek. Uit dat onderzoek blijkt dat basisscholen de plaatsing van een gehandicapte leerling niet ervaren als een belasting waarop zij niet berekend zijn.

‘Ook is het niet zo dat, zoals de Raad in zijn advies stelt, de kosten voor de basisscholen disproportioneel of onvoldoende zullen zijn. De omvang van de aanvullende formatie blijkt geen belemmering te zijn voor integratie van de gehandicapte kinderen. Wat in de huidige praktijk een probleem vormt, is de onzekerheid bij de basisscholen over de extra facilitering die zij ontvangen. De huidige regeling voor aanvullende formatie is een “gunst”regeling, waarbij jaarlijks moet worden afgewacht of de facilitering gecontinueerd wordt. In het voorliggende wetsvoorstel wordt deze facilitering omgezet in een wettelijke toedelingssystematiek, waardoor voor scholen zekerheid ontstaat over het recht op leerlinggebonden financiering bij de plaatsing van een gehandicapte leerling. Hierdoor zal bij reguliere scholen de terughoudendheid om tot plaatsing over te gaan vanwege onzekerheid over de meerjarige formatieve mogelijkheden, verminderen. De zekerheid die de voorgestelde regeling in de sfeer van de extra bekostiging biedt, versterkt de mogelijkheden voor ouders om te kiezen voor regulier onderwijs’.²³³

De staatssecretaris tracht derhalve met argumenten het oordeel van de Raad van State te ontkrachten.

In het verslag van de Tweede Kamer wordt, onder een apart kopje ‘Advies Raad van State en Nader rapport’ uitgebreid aandacht besteed aan het advies van de Raad van State en het nader rapport. Er worden vele vragen gesteld, onder meer over de keuzevrijheid van ouders, over de toerusting van scholen om kinderen met een handicap te begeleiden, alsmede over de financiële ondersteuning.²³⁴ Daarnaast wordt het advies van de Raad van State geciteerd, waar de Raad spreekt over disproportionaliteit van de kosten. De leden van de D66-fractie vragen welke lessen er zijn geleerd van de problemen met het lopende WSNS-traject als het gaat over behoud van expertise en over ambulante begeleiding op de reguliere scholen. De leden van deze fractie willen tevens weten in welke mate het plaatsen van een gehandicapte leerling op een reguliere school een succes is.²³⁵ Ten slotte worden door de SGP-fractie, met een verwijzing naar het advies van de Raad, vragen gesteld over de keuzevrijheid van ouders van gehandicapte kinderen om te kiezen voor regulier dan wel speciaal onderwijs. Reguliere scholen moeten een prikkel hebben om zich maximaal in te spannen alvorens zij gehandicapte kinderen af te wijzen.

‘Als zo’n prikkel onvoldoende aanwezig is, vrezen de genoemde leden met de Raad van State dat er van vergroting van de keuzevrijheid van ouders niet veel terecht zal komen’.²³⁶

In de nota naar aanleiding van het verslag geeft de regering uitgebreid antwoord op de vragen naar aanleiding van het advies van de Raad van State en het nader rapport. Daarbij wordt evenwel niet verwezen naar het advies of het nader rapport.²³⁷

In het nader verslag van de Tweede Kamer wordt opnieuw expliciet verwezen naar het advies van de Raad in verband met de vraag of het regulier onderwijs voldoende berekend is op de taken en de lasten die het integreren van gehandicapte leerlingen met zich mee brengt.²³⁸ De VVD-fractie betoogt in het wetgevingsoverleg dat de fractie, gezien het soms meer dan kritische advies van de Raad van State, de inbreng van de Raad bewust een prominente plek in haar verslag heeft gegeven.²³⁹

In de Eerste Kamer worden door de CDA-fractie vragen gesteld aan de staatssecretaris om

233 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 3-4.

234 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 3-5.

235 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 5-6.

236 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 16.

237 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 7, p. 2-10.

238 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 9, p. 3-4.

239 Kamerstukken II 2001-2002, 27 728, nr. 29, p. 9.

‘nog eens overtuigend uiteen te zetten, gelet op zowel de uitwerking in de praktijk als gelet op het advies van de Raad van State, dat hier metterdaad sprake zal zijn van grotere keuzevrijheid voor de ouders’.²⁴⁰

De regering doet zulks in de memorie van antwoord en gaat daarbij uitdrukkelijk uit van de positie van ouders

‘In de huidige praktijk zijn ouders van gehandicapte kinderen voor de toelating van hun kind tot de reguliere school afhankelijk van de gunst van de reguliere school, zonder dat er een beroep op een wettelijke regeling gedaan kan worden. (...) Ouders moeten nu zelf uitzoeken welke reguliere scholen bereid zijn om hun gehandicapte kind toe te laten en zij kunnen geen wettelijke aanspraak maken op begeleiding en ondersteuning bij het zoeken naar een geschikte reguliere school’.²⁴¹

Het antwoord blijkt niet overtuigend, zo blijkt bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel en de CDA-Eerste-Kamerleden weten zich daarin gesteund door de Raad van State.²⁴² Daarnaast wordt bij de plenaire behandeling eveneens op het advies van de Raad van State gewezen, namelijk waar het advies inging op de grotere belasting van reguliere scholen:

‘Ook de Raad van State wijst op de grote belasting van reguliere scholen. De Raad raadt zelfs aan om de wet alleen al hierom te heroverwegen. Het is onbegrijpelijk dat dit in de Tweede Kamer niet verder aan de orde is gekomen. Scholen krijgen al genoeg voor hun kiezen. De VVD-fractie vindt de belasting van het regulier onderwijs een zeer moeilijk te aanvaarden punt’.²⁴³

Ten slotte wordt door de SP ten aanzien van hetzelfde punt uit het advies van de Raad van State geciteerd en worden er enkele vragen gesteld over de belasting voor reguliere scholen.²⁴⁴ In het antwoord van de minister noch in de tweede termijn, wordt (expliciete) aandacht besteed aan de (al dan niet proportionele) belasting voor reguliere scholen.

5.2.3.4 Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen

De Raad van State stelde reeds in de aanhef van zijn advies bij het ‘Besluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen’, dat de beoogde maatregelen op zichzelf een gerechtvaardigd doel beogen te dienen, maar dat zij niet op de juiste wijze zijn toegesneden op het bereiken van dat doel. De Raad herhaalt dat later in zijn advies.

De regering stelt dat het doel van het besluit de bescherming van de volksgezondheid is. Zij benadrukt dat de verhandeling van pluimveevlees niet verboden is, maar dat slechts in het laatste deel van de verhandeling aan de consument (namelijk in de winkel) een verpakking met waarschuwing wordt voorgeschreven.

‘Een minder ingrijpende maatregel ter zake is niet voorhanden. Het voorstel is derhalve proportioneel en in lijn met de artikelen 28-30 EG en de daarop gebaseerde jurisprudentie’.²⁴⁵

De regering ondersteunt dit met het noemen van enkele beschikkingen van de Europese Commissie. De regering stelt derhalve dat de maatregel niet zeer vergaand is; het betreft slechts het laatste deel van de verhandeling aan de consument) en dat een minder vergaande maatregel niet voorhanden is. De maatregel zou daarmee, ondanks de opmerkingen van de Raad, proportioneel zijn.

240 Kamerstukken I 2001-2002, 27 728, nr. 199a, p. 1.

241 Kamerstukken I 2001-2002, 27 728, nr. 199b, p. 1-2.

242 Handelingen I, 19 november 2002, p. 7-173.

243 Handelingen I, 19 november 2002, p. 7-175.

244 Handelingen I, 19 november 2002, p. 7-182.

245 Nader rapport van 28 mei 2001, kenmerk GZB/VVB 2180554, p. 3.

5.2.3.5 Besluit houdende wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekehoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen

De Raad van State besteedde aandacht aan de onevenredige nadelen voor patiënten in zijn advies bij het ‘Besluit houdende wijziging van het Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekehoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen’. De beschikbaarheid van incurante geneesmiddelen kan niet meer worden gegarandeerd, verschillende medicijnen dienen wellicht te moeten worden betrokken van verschillende apotheken en de controle op het gebruik van combinaties van medicijnen wordt bemoeilijkt.

De regering gaat uitgebreid in op de rol van de zorgverzekeraar, jegens wie de verzekerde aanspraak heeft op een geneesmiddel, courant of incurant. De voorraadfunctie wordt voortaan vervuld door de volledige gesorteerde farmaceutische groothandel. Daarnaast is er een bezorgdienst die door de apotheker wordt georganiseerd.

‘Anders dan de Raad vreest, kan de afschaffing van de leverplicht van de apotheekehoudende niet leiden tot een slechtere beschikbaarheid van incurante geneesmiddelen voor de patiënt. De zorgverzekeraar blijft immers gehouden de beschikbaarheid van die geneesmiddelen te waarborgen’.²⁴⁶

Dat patiënten meerdere apotheken moeten bezoeken om de voorgeschreven geneesmiddelen bij elkaar te krijgen, zoals de Raad vreesde,

‘zal zich naar verwachting in beperkte mate voordoen, namelijk in die gevallen waarin er door een arts meerdere geneesmiddelen voor uiteenlopende ziekten tegelijk worden voorgeschreven en de patiënt zich in eerste instantie tot een gespecialiseerde apotheek wendt’.²⁴⁷

Normaliter zal een apotheek de gevraagde geneesmiddelen kunnen leveren, aldus de regering. De apotheek kan zich ook wenden tot de groothandel. Daarnaast stelt de regering:

‘Anders dan de Raad van State verwacht ik overigens van de situatie waarin de patiënt met een recept verschillende apotheken moet bezoeken om alle benodigde geneesmiddelen te verzamelen, geen ingrijpende effecten voor de bewaking van het geneesmiddelengebruik van patiënten. Op de arts rust de verplichting om bij een patiënt met meerdere kwalen na te gaan of de voorgeschreven of reeds gebruikte geneesmiddelen door deze patiënt tot een optimaal farmacotherapeutisch resultaat leiden’.²⁴⁸

De regering geeft toe, dat indien geneesmiddelen bij meerdere apothekers worden afgeleverd, er in beginsel alleen bewaking kan plaatsvinden met betrekking tot de geneesmiddelen die de apotheek zelf heeft afgeleverd aan de betrokken patiënt. Maar, zo stelt zij, die situatie verschilt niet van de huidige situatie waarin patiënten hun voorgeschreven geneesmiddelen van verschillende apothekers betrekken. De regering stelt in de nota van toelichting aandacht te besteden aan de gevolgen van specialisatie.²⁴⁹ In het Nader rapport beargumenteert de regering derhalve waarom de voorgestelde regeling niet disproportioneel zou zijn ten opzichte van het doel van de regeling.

²⁴⁶ Nader rapport van 21 mei 2002, kenmerk GMT/G 2248900, p. 2.

²⁴⁷ Nader rapport van 21 mei 2002, kenmerk GMT/G 2248900, p. 2.

²⁴⁸ Nader rapport van 21 mei 2002, kenmerk GMT/G 2248900, p. 2.

²⁴⁹ Nader rapport van 21 mei 2002, kenmerk GMT/G 2248900, p. 3. De regering doet dat ook uitgebreid. Zie: Stb. 2002, 274, p. 2-5.

5.2.4 Conclusie

In de hier geselecteerde wetsvoorstellen werd in het advies van de Raad van State, in het Nader rapport en tijdens de parlementaire behandeling relatief meer aandacht besteed aan subsidiariteit dan aan evenredigheid. Een aantal punten vallen op.

In de eerste plaats wordt, indien subsidiariteit centraal staat, zowel in het Nader rapport als tijdens de parlementaire behandeling de nadruk gelegd op de noodzakelijkheid van regelgeving. Duidelijke voorbeelden waarbij dat zeer sterk het geval is, zijn de Wet Markt en Overheid en de Wet dualisering gemeentebestuur. De regering dient in dat geval de noodzakelijkheid van de voorgenomen wetgeving nader te motiveren. Andere voorbeelden kunnen worden gevonden in de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer en de Wet bestuur in stedelijke regio's. Opmerkelijk is, dat indien de Raad van State de noodzakelijkheid van de voorgenomen regelgeving in twijfel trekt, daar ook vaak aandacht aan wordt besteed tijdens de parlementaire behandeling.

Daarnaast vraagt de Tweede Kamer, naar aanleiding van het advies van de Raad van State, of niet met lichtere regelgeving had kunnen worden volstaan. Daarbij kunnen de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers en de Wet bestuur in stedelijke regio's als voorbeeld dienen. Op dit punt bestaat soms een overlap met het kwaliteitscriterium onderlinge afstemming: nieuwe regelgeving is noodzakelijk omdat reeds bestaande regelgeving niet voldoet. Ook wordt een beroep gedaan op de behoeften van burgers en bedrijfsleven aan regelgeving; zie bijvoorbeeld hetgeen hiervoor ten aanzien van de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer is opgemerkt.

Indien in het advies van de Raad de proportionaliteit van de regeling centraal staat, gaat het vaak om onevenredige beperkingen (van grondrechten of van de keuzevrijheid) van burgers. De regering zal in deze gevallen veelal in het Nader rapport de noodzaak van de voorgestelde beperkingen trachten aan te tonen. Als voorbeelden hierbij kunnen de Regeling leerlinggebonden financiering en de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers dienen. In dat laatste geval werd ook door de Tweede-Kamerfracties aandacht besteed aan beperking van grondrechten van gedetineerden en daarmee de vraag naar proportionaliteit gesteld. Ook hier trachtte de regering de noodzaak van de beperking van grondrechten aan te tonen. In mindere mate speelde proportionaliteit een rol bij de Wet ammoniak veehouderij, waarbij de Tweede Kamer moeite bleek te hebben met het drastische karakter van de voorgestelde regeling.

In de tweede plaats valt op dat veel fracties in zowel de Tweede als de Eerste Kamer in de parlementaire behandeling gebruik maken van het advies van de Raad van State. Wederom gelden daarbij de Wet Markt en Overheid en de Wet dualisering gemeentebestuur als voorbeeld. In mindere mate is dat het geval bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer. Niet uitgesloten kan worden dat in dit onderzoek een vertekend beeld bestaat, omdat hier wetsvoorstellen zijn geselecteerd waarbij het advies van de Raad uitgebreid was – en in enkele gevallen zeer kritisch. In een enkel geval (Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers) tracht de Tweede Kamer over te gaan tot amendering van het wetsvoorstel, waarbij het advies van de Raad van State duidelijk een rol heeft gespeeld.

In de derde plaats moet worden vastgesteld dat moeilijk een verschil valt te constateren in de wijze waarop de Raad van State en de regering toetsten aan de criteria subsidiariteit en evenredigheid. Een verschil in opvatting over wat deze criteria betekenen, kan moeilijk uit het bovenstaande worden gehaald. Wel verschillen de Raad en de regering in concrete gevallen van mening over (bijvoorbeeld) de gewenste mate van decentralisatie of gemeentelijke autonomie.

In de vierde plaats kan de conclusie worden getrokken dat de regering zich in het Nader rapport niet laat leiden door de beleidsnota Zicht op wetgeving dan wel door de Aanwijzingen voor de regelgeving. Ook tijdens de parlementaire behandeling wordt hier geen (expliciete) aandacht aan geschonken.

In de vijfde plaats is duidelijk geworden dat de regering slechts in een beperkt aantal gevallen het advies van de Raad van State overneemt. Het betreft dan telkens onderdelen van een wetsvoorstel en het gaat dan niet om grotere onderdelen of om de wijziging van een geheel wetsvoorstel. Een voorbeeld is een wijziging die door de regering wordt aangebracht in de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer. Daarnaast is een (kleine) wijziging aangebracht in de Wet dualisering gemeentebestuur.

In de gevallen waarin de Raad kritisch is over een wetsvoorstel of over delen daarvan, zal de regering deze kritiek in het Nader rapport met argumenten proberen te weerleggen. Indien door de Staten-Generaal wordt verwezen naar het advies van de Raad, zal de regering ook in deze gevallen proberen

te beargumenteren waarom zij toch wenst over te gaan tot wetgeving. Al met al is de regering niet snel geneigd een wetsvoorstel of een ontwerpbesluit te wijzigen.

In de zesde plaats kan worden gesteld dat naar aanleiding van de adviezen van de Raad van State (delen van) wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten, dan wel de toelichting daarop, door de regering inhoudelijk zijn verduidelijkt. Hoewel de adviezen van de Raad tot aanpassing van de voorgenomen regelgeving niet vaak worden opgevolgd, wordt, op verzoek van de Raad, in het Nader rapport of naar aanleiding van het Nader rapport in de Memorie van Toelichting wel vaak een nadere motivering van (bijvoorbeeld de noodzaak van) het wetsvoorstel of het ontwerpbesluit gegeven. In veel van de hier onderzochte wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten is dat het geval. Daarnaast wordt soms door de beide Kamers der Staten-Generaal naar aanleiding van het advies van de Raad om verduidelijking gevraagd, zoals dat het geval was bij bijvoorbeeld de Wet markt en overheid of de Wet dualisering gemeentebestuur, in dit laatste geval vooral naar aanleiding van vragen vanuit de Eerste Kamer.

HOOFDSTUK 6 UITVOERBAARHEID EN HANDHAAFBAARHEID

6.1 UITVOERBAARHEID EN HANDHAAFBAARHEID IN DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

6.1.1 Inleiding

Wetten kunnen alleen aan hun doelstellingen beantwoorden indien er een voldoende mate van uitvoering en handhaving te realiseren valt. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid blijken met name problematisch te zijn bij wetgeving waarmee de overheid beleidsdoelen probeert te behalen door een – juridisch bindende – sturing van het gedrag van burgers en bedrijven.¹ Fundamenteel hierbij is de instrumentenkeuze, waarbij natuurlijk ook de subsidiariteitsafweging zeer relevant is. De laatste jaren is veel aandacht ontstaan voor de criteria van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, met name door ernstige grootschalige ongevallen, die deels toerekenbaar zijn aan gebrekkige uitvoering, naleving en handhaving van wetgeving. Deze ongelukkige omstandigheden hebben er aan bijgedragen dat ook in het wetgevingsproces intensievere discussies zijn ontstaan over uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van met name omgevingsrechtelijke wetgeving.

In dit hoofdstuk staat centraal de advisering door de Raad van State waar het gaat om uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. In hoofdstuk 1 is reeds toegelicht welke hoofd- en subvragen in dit verband aan de orde zijn. In deze inleidende paragraaf wordt nog even kort uiteengezet langs welke onderzoeksvragen de geselecteerde adviezen zijn bestudeerd. Het betreft in totaal 36 adviezen.

Ter zake de uitvoerbaarheid zal met name worden nagegaan in hoeverre de Raad van State in zijn adviezen ingaat op de vraag of de regering voldoende oog heeft gehad voor praktische belemmeringen die een deugdelijke uitvoering van de voorgenomen wetgeving in de weg kunnen staan, of welke praktische voorzieningen nodig zouden zijn om de vereiste uitvoering gestalte te kunnen geven. Uit de toelichting bij een wetsvoorstel zou voorts moeten blijken welke actoren bij de uitvoering van de regeling betrokken zijn, in hoeverre de wet zodanig is vormgegeven dat deze op een effectieve wijze door betrokkenen kan worden uitgevoerd, en welke kosten hieraan verbonden zijn. Het betreft hierbij zowel kosten die uitvoering van de wet zal meebrengen voor het bestuurlijke en justitiële apparaat, als ook lasten voor de geregeerden. In de Aanwijzingen voor de regelgeving, namelijk de nummers 13, 14 en 15, staat de noodzakelijke aandacht voor de lasten nader gespecificeerd, waarbij in Aanwijzing 15 de noodzaak van een evenredige afweging is verwoord. Hieronder zal worden uiteengezet in hoeverre de Raad van State ingaat op deze aspecten. Overigens ligt hier een raakvlak dan wel overlap met de eis van doelmatigheid.

Bij de eis van handhaafbaarheid zal, zoals in hoofdstuk 1 reeds is uiteengezet, dit onderzoek zich vooral toespitsen op de twee deelaspecten. In de eerste plaats is dit de keuze inzake de methode van handhaving. Relevant is hier aanwijzing 11 van de Aanwijzingen voor de regelgeving:

‘(1) Tot het treffen van een regeling wordt niet besloten dan nadat is nagegaan of in voldoende mate handhaving te realiseren valt.

(2) Hierbij wordt onderzocht of handhaving het beste langs bestuursrechtelijke, civielrechtelijke of stafrechtelijke weg dan wel op andere wijze kan plaatsvinden’.

Onder (1) wordt de vraag gesteld of de gestelde normering überhaupt (voldoende effectief) handhaafbaar zal zijn. Onder (2) wordt aandacht gevestigd op het feit dat er verschillende wijzen zijn waarlangs het noodzakelijke handhavinginstrumentarium kan worden vormgegeven. De twee aandachtspunten zullen naar verwachting in samenhang een rol spelen bij de overwegingen tijdens het wetgevingsproces.

1 Zie het beleidsplan Zicht op wetgeving, Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs.1-2, p. 27.

Het tweede deelaspect betreft de wijze van formulering van de wetsbepalingen, ook met het oog op de noodzaak van conflictbeperking. Leidend aandachtspunt is hier aanwijzing 12 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, dat luidt:

‘Een regeling wordt op zodanige wijze ingericht dat zij zo weinig mogelijk conflicten oproept. Daartoe wordt onder meer aan het volgende voldaan:

- (a) het aantal beslismomenten waartoe toepassing van de regeling aanleiding geeft, wordt tot een minimum beperkt;
- (b) ingeval bestuurlijke boetes mogelijk worden gemaakt, worden daarvoor bindende tarieven vastgesteld;
- (c) de aard en omvang van uitkeringen, voorzieningen en andere voordelen worden zo duidelijk mogelijk in algemeen verbindende voorschriften of goed kenbaar gemaakte beleidsregels omschreven’.

Aanvullend op deze hoofdvragen worden in de context van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ook enkele andere interessante vragen door de Raad van State opgeworpen, die uiteraard ook zullen worden behandeld. Bovendien zal het onvermijdelijk zijn dat bepaalde adviezen die in dit hoofdstuk worden behandeld ook te rubriceren zijn onder andere criteria, met name die van doeltreffendheid en doelmatigheid. Daar waar opvallende verbanden met andere criteria worden ontwaard, worden deze vermeld.

6.1.2 Uitvoerbaarheid

6.1.2.1 Positionering en inhoud van het criterium

In de Beleidsnota ‘Zicht op wetgeving’ wordt het criterium van de uitvoerbaarheid sterk in samenhang met het criterium van de handhaafbaarheid behandeld. Gesproken wordt over *‘praktische uitvoerbaarheid en de reële handhaafbaarheid.’* De daarbij gegeven toelichting op deze aan elkaar gekoppelde criteria heeft vooral betrekking op handhavingsaspecten.

De aanwijzingen 13 en 14 van de Aanwijzingen voor de regelgeving dringen aan op het streven naar zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven, instellingen en overheid. Zowel het criterium van doelmatigheid als dat van de uitvoerbaarheid zijn in deze aanwijzing herkenbaar.² Ook is er een onlosmakelijk verband met doeltreffendheid: indien de lasten te hoog zijn komt ook het te verwezenlijken doel in gevaar.

Het criterium van uitvoerbaarheid wordt hier vooral beschouwd in het kader van aandacht voor praktische belemmeringen, waarbij ook de aandacht voor de lasten wordt meegenomen. Indien de lasten zodanig hoog worden ingeschat dat geen sprake meer zou zijn van doeltreffendheid en/of doelmatigheid, wordt het advies primair in het hoofdstuk over die criteria behandeld.

In de nota Zicht op wetgeving worden de criteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid vooral in het licht van de mogelijkheden van de overheid geplaatst. Of ook de particuliere sector uitvoeringsproblemen ondervindt wordt daar niet expliciet als aandachtspunt behandeld. Nu evenwel in de Aanwijzingen voor de regelgeving in aanwijzing 13 wordt stilgestaan bij lasten voor de particuliere sector, wordt in aanvulling ook de uitvoerbaarheid van de wet door particulieren – hetgeen natuurlijk bepalend zal zijn voor de mate van naleving – , in dit onderzoek meegenomen. Deze uitleg van het criterium van uitvoerbaarheid is een wat vrije vertaling van de beleidsnota Zicht op wetgeving en de Aanwijzingen voor de regelgeving.

2 Zie ook over kosten in relatie tot uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid de Beleidsnota Zicht op wetgeving, kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 28: “Allereerst is vereist dat de gestelde regels überhaupt uitvoerbaar en handhaafbaar zijn. En als dat al zo is, dan dient de belasting, de kosten die deze voor het bestuurlijk en justitieel apparaat met zich mee brengt, zo beperkt mogelijk te blijven.”

Hieronder wordt in § 6.1.2.2 eerst ingegaan op de vraagpunten die betrekking hebben op taken voor de publieke en particuliere sector (waarbij het onderscheid tussen deze sectoren niet altijd scherp kan worden gemaakt). Gebleken is dat de advisering van de Raad zich richt op:

- onduidelijkheid of de publieke sector voldoende toegerust is tot uitvoering van de toebedeelde taak;
- de vraag of er voldoende inzicht is in de inhoud en hoogte van de lasten behorend bij de toebedeelde taak;
- op praktische belemmeringen voor de uitvoering, vaak zeer specifiek verband houdend met het (complexe) karakter van het te reguleren onderwerp.

De adviezen worden behandeld volgens deze drieluik, zij het dat een strikte indeling niet altijd mogelijk is. Daarna wordt in § 6.1.2.3 een overzicht gegeven van enkele andere aspecten die in verband met het thema uitvoerbaarheid door de Raad van State naar voren zijn gebracht.

6.1.2.2 Taken en lasten

6.1.2.2.1 Taken en lasten voor de (semi-)publieke sector

6.1.2.2.1.1 Onzekerheid of het bestuurlijk apparaat is toegerust op de toebedeelde taak

In de eerste plaats zijn er adviezen waar gewezen wordt op de onzekerheid of het bestuurlijk apparaat voldoende is toegerust voor uitvoering van de taak. Het is dan duidelijk wat de taak inhoudt, er is evenwel onzekerheid over de vraag of de overheid de taak zal kunnen uitoefenen. Zo wijst de Raad in zijn advies over het wetsvoorstel voor de ‘Implementatiewet EG-kaderrichtlijn water’ op een onvollende toelichting op de mogelijkheid van uitvoering door de administratieve organisatie. Het gaat er daarbij om dat in Nederland, ter uitvoering van de Kaderrichtlijn water, zogenaamde stroomgebiedsdistricten moeten worden aangewezen. Dit moet gebeuren vóór het verstrijken van de implementatietermijn. In aansluiting daarbij merkt de Raad op dat er nog meer acties nodig zijn, zoals onder meer het aanwijzen van de passende bevoegde autoriteit. De Raad stelt dan:

‘In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag of de organisatie van het waterbeheer in Nederland in het licht van de kaderrichtlijn adequaat is en of een en ander nog aanpassing behoeft. Indien aanpassing nodig is, zal dat vóór het verstrijken van de implementatietermijn dienen te geschieden’.³

De Raad stelt hiermee een fundamentele vraag over de uitvoerbaarheid, het betreft namelijk de algemene vraag of de administratieve organisatie voldoende is toegerust. Blijkbaar zijn hieraan in de toelichting geen woorden gewijd.

Ook constateert de Raad vervolgens in hetzelfde advies dat het onduidelijk is wie bepaalde specifieke verplichtingen zouden moeten uitvoeren. De Raad stelt dat een in het wetsvoorstel opgenomen bepaling geen geschikte grondslag lijkt te bieden voor het opleggen van een verplichting tot het verrichten van analyses aangaande zogenaamde stroomgebiedsdistricten. De Raad merkt in deze context op:

‘Daardoor kan op zijn minst twijfel ontstaan over de vraag of genoemde bepaling wel is geïmplementeerd en wie verantwoordelijk is voor het opstellen van die analyses’.⁴

In onderhavig advies stelt de Raad derhalve niet alleen de meer algemene vraag of de overheidsorganisatie toegerust is voor uitvoering van de nieuwe taak, maar wijst ook op onduidelijkheden inzake de specifieke taaktoedeling. Dit aspect is primair een rechtmatigheidsvraag, vooral ook nu het gaat om de implementatie van een Europese richtlijn. In verband met het criterium van uitvoerbaarheid is

3 Kamerstukken II 2002-3002, 28 808, B.

4 Kamerstukken II 2002-2003, 28 808, B, p. 3.

vooral van belang het uitgangspunt dat er geen onduidelijkheid mag bestaan over de vraag welk onderdeel van de publieke sector verantwoordelijk is voor een zekere Europeesrechtelijke verplichting.

Ook bij het volgende voorbeeld bestaat twijfel over de vraag of de betrokkenen aan wie taken worden toebedeeld wel hiervoor voldoende toegerust zijn. De Raad adviseert bij het voorstel voor de ‘Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding’:

‘Ten aanzien van de operationele leiding bij het bestrijden van een ramp doet zich bovendien de vraag voor of de brandweercommandant en de brandweerorganisatie in alle gevallen daarvoor voldoende uitgerust zijn. In het bijzonder bij rampen die een langdurig optreden vereisen, kan daarover twijfel rijzen. De Raad acht het wenselijk ook op dit aspect in de toelichting in te gaan’.⁵

In het advies over het voorstel voor ‘Wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren van zaken van grote waarde’ gaat de Raad in op de verwerkingscapaciteit naar aanleiding van een toename van de verplichte meldingen. De Raad stelt:

‘Al bij slechts een klein aantal meldingen per jaar per bedrijf leidt het wetsvoorstel tot een aanzienlijke vergroting van het aantal meldingen ten opzichte van de huidige situatie. De Raad vraagt zich af of het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties dan wel het Openbaar Ministerie bij de vervolging van overtreding van de in de Wet MOT en de Wif 1993 opgenomen verplichtingen verband houdende met melding of registratie voldoende verwerkingscapaciteit hebben om adequaat te kunnen handelen. In verband hiermee beveelt het college aan hieraan in de toelichting aandacht te besteden’.⁶

In dit advies is – nu het ook gaat om de capaciteit van het Openbaar Ministerie – in het bijzonder de uitvoeringscapaciteit binnen het strafrechtelijk handhavingstraject aan de orde.

Aandacht voor de precieze omvang van de lasten, en de financiering daarvan, kan ook als een element van uitvoerbaarheid worden gezien (te weten voor de beantwoording van de vraag of de overheid voldoende is toegerust), zij het dat hier een zeer nauwe relatie ligt met doelmatigheid. Een voorbeeld van aandacht voor de kosten mede gelet op de uitvoerbaarheid is de advisering van de Raad inzake het voorstel voor de ‘Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding’, waar aandacht wordt gevraagd voor de *‘financiële uitvoerbaarheid van het voorstel’*. Onvoldoende is aangegeven hoe de financiële uitvoerbaarheid is gegarandeerd. Het gaat hierbij om de financiële gevolgen van het voorstel voor de decentrale overheden.⁷

Ook blijkt dat er een verschil van inzicht kan bestaan in de inschatting of berekening van de lasten van onderdelen van de publieke sector, belast met een wettelijke uitvoeringstaak. In een advies waar wordt ingegaan op een verschil van inschatting van de omvang van de publieke last, adviseert de Raad om de kwestie opnieuw te bezien. Dit vond plaats bij het voorstel voor de ‘Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000’ met betrekking tot het inwinnen van het advies van de Adviescommissie voor vreemdelingenzaken (ACV). Er bleek onduidelijkheid te bestaan over het aantal individuele gevallen waarvoor een internationaalrechtelijke verplichting zou bestaan voor advisering door het ACV. De Raad refereert in zijn overwegingen aan een ter zake het wetsvoorstel uitgebracht advies van het ACV, waarin wordt betoogd dat aan het ACV veel meer gevallen zullen worden voorgelegd dan door de regering wordt ingeschat.⁸

Bovenstaande voorbeelden illustreren dat de Raad in de onderzochte adviezen diverse malen de vraag heeft gesteld of de (aangewezen) publieke instanties voldoende toegerust zijn op hun taak. Daarbij wordt ook stilgestaan bij eventuele onduidelijkheden inzake de taaktoedeling. De vraag naar de uitvoeringscapaciteit kan ook betrekking hebben op het strafrechtelijk handhavingstraject. Ook zijn door de Raad vragen gesteld over de financiële uitvoerbaarheid van een wetsvoorstel.

5 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 2.

6 Kamerstukken II 2002-2002, 28 018, A, p. 4.

7 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 5.

8 Kamerstukken II 2002-1002, 28 267, A, p. 2.

6.1.2.2.1.2 Onzekerheid over de inhoud van de taak

Gebleken is dat de Raad ook stuit op onzekerheid over de inhoud van de taak, veroorzaakt door onvoldoende eenduidige regels. Er is dan in het voorgelegde ontwerp niet voldoende duidelijk geformuleerd hoe die taak zal moeten worden uitgevoerd. Dit speelt bijvoorbeeld bij het ontwerp voor het ‘Besluit subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden’, waar een subsidiebevoegdheid wordt geregeld. De Raad wijst op vele onduidelijkheden, die het lastig maken te bepalen wanneer er aanspraak op subsidie zal zijn.⁹ Dit is niet alleen een uitvoerbaarheidsprobleem voor het bevoegd gezag, maar natuurlijk ook een probleem voor degenen die aanspraak zouden willen maken op subsidie. Bovendien is hier een raakvlak met de eis van doeltreffendheid. De eis van uitvoerbaarheid wordt hier overigens niet expliciet genoemd door de Raad. Ook wordt in dit verband niet expliciet gewezen op Aanwijzing 12, sub c, waarin is neergelegd dat de aard en omvang van uitkeringen et cetera zo duidelijk mogelijk moeten worden omschreven in algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels.

Ook in het advies over het ontwerpbesluit ‘Bevordering innovatieve ontwikkelingen stedelijke vernieuwing’ constateerde de Raad problemen met de uitvoering van subsidiebevoegdheden door onduidelijkheid over criteria. In het ontwerpbesluit staan regels volgens welke de Minister van VROM subsidie kan verstrekken ter bevordering van innovatieve ontwikkelingen in de stedelijke vernieuwing. De Raad merkt hierover op dat de aard van de hier aan de orde zijnde materie het wellicht niet goed mogelijk maakt om

‘zeer duidelijk omschreven criteria voor subsidieverlening voor te schrijven’.¹⁰

Niettemin is de Raad van mening dat:

‘Op zij minst een poging zou moeten worden ondernomen om de regeling op basis van zo duidelijk mogelijke criteria te vereenvoudigen zodat de Commissie innovatie stedelijke vernieuwing over een beter te hanteren basis voor haar selectie van voor subsidiëring in aanmerking komende projecten kan beschikken’.¹¹

Een concrete suggestie of voorbeeld hoe verduidelijking kan worden bereikt wordt in dit verband niet door de Raad gegeven. Wel wordt in dit verband opgemerkt om ook de opzet van het besluit de vereenvoudigen. Ook hier wordt geen aanwijzing gegeven hoe dat zou kunnen gebeuren.

Het advies van de Raad raakt zowel de eis van doeltreffendheid (immers, als de selectiecriteria niet duidelijk zijn zal uitvoerbaarheid van de regeling ook moeilijker zijn) als de eis van uitvoerbaarheid, en in feite ook de eis van duidelijkheid.

In de advisering inzake het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio’s gaat de Raad naar aanleiding van een kritische reactie van het IPO in op uitvoeringsaspecten in een staatskundig organisatorisch perspectief. In dit kader blijkt dat naar de mening van de Raad de regeling nog onvoldoende is uitgewerkt, waardoor de gevolgen voor het bestuur in de middenlaag nog onvoldoende duidelijk zijn. Onder meer wordt op de volgende problematiek gewezen:

‘Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt van voornemens ten aanzien van de sectorale wetgeving, op het terrein van het wonen en het verkeer en vervoer, waardoor het ROL [regionaal openbaar lichaam, MP] nog verder doordringt in wat bij de huidige attributie van taken en bevoegdheden nog het domein van de provincies is. Voor het terrein van de ruimtelijke ordening geldt dat de verhouding tussen het voor de stedelijke regio zo belangrijke regionaal structuurplan en het streekplan nog niet is uitgewerkt. De Raad mist in dit verband node zicht op de wijze waarop voorgenomen wijzigingen van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Wet milieubeheer zullen uitwerken voor het bestuur van de stedelijke regio’s’.¹²

9 Raad van State, No. W10,00,0574/II, ‘s Gravenhage, 26 februari 2001, p. 1-2.

10 Advies van de Raad van State van 31 augustus 2001, nr., W08.01.0226/V, p. 126.

11 Advies van de Raad van State van 31 augustus 2001, nr., W08.01.0226/V, p. 126/127.

12 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 6.

Ook uit het volgende voorbeeld is sprake van advisering in de richting van duidelijkere normstelling. In het wetsvoorstel tot Wijziging van de WVV 1994 met betrekking tot de rijvaardigheid en rijbevoegdheid is een mogelijkheid tot ontheffing geregeld, doch de Raad stelt vast dat onvoldoende duidelijk is in welke gevallen deze bepaling door het zogenaamde exameninstituut kan worden toegepast. De Raad:

‘Mede gelet op aanwijzing 131a van de Aanwijzingen voor de regelgeving verdient het daarom aanbeveling om in dit artikel alsnog het doel of de strekking ervan zo concreet mogelijk te omschrijven’.¹³

In aanwijzing 131a is een model neergelegd voor een hardheidsclausule. Uiteraard heeft de opmerking van de Raad hier een duidelijke samenhang met rechtmatigheid, in het bijzonder de rechtszekerheid in welk verband een behoefte bestaat aan zo duidelijk mogelijke normstelling.

Onzekerheden kunnen ook verband houden met het feit dat een nieuw maatschappelijk fenomeen wordt gereguleerd, waarmee nog geen of (te) weinig ervaring bestaat. Er is een voorbeeld voorhanden waarbij de Raad een voorkeur vertoont voor het eerst meer opdoen van ervaring voordat een definitieve allesomvattende regeling verschijnt, om daarmee de overheidsorganen beter in staat te stellen zich toe te rusten op de nieuwe taak. Dit was aan de orde bij het voorstel voor de ‘Wet elektronisch bestuurlijk verkeer’. De Raad formuleert tal van vragen over deze nieuwe manier van verkeer, en constateert dat sommige onderwerpen kunnen worden toegelicht in de MvT, en dat andere onderwerpen beter geregeld kunnen worden hetzij op het niveau van de wet, hetzij in een andere regeling van het betrokken (bestuurs)orgaan. De Raad stelt verder dat voor weer andere vragen een definitief antwoord pas aan de hand van voldoende praktijkervaring zal kunnen worden gegeven.¹⁴ Specifiek ter zake vraagpunten rondom de elektronische handtekening wordt door de Raad de mogelijkheid van een experiment geprefereerd:

‘Zou met een experiment worden begonnen, dan heeft dit als bijkomend voordeel dat beter verzekerd kan worden dat de uitvoeringsorganisatie die is voorzien voor de bewaking van de betrouwbaarheid van elektronische handtekeningen (de PKI-infrastructuur), tijdig gereed en adequaat toegerust zal zijn voordat het stelsel over de hele linie wordt ingevoerd’.¹⁵

De algehele conclusie van de Raad inzake het wetsvoorstel is dat een regeling in de Algemene wet bestuursrecht prematuur is. De tijd is nog niet rijp voor een algemene regeling in deze kaderwet. In plaats daarvan wordt door de Raad een ‘*experimenteerwet*’ aanbevolen. Hier ligt een belangrijke overlap tussen het criterium van uitvoerbaarheid en het criterium van subsidiariteit (zie ook dat hoofdstuk).

6.1.2.2.1.3 Praktische belemmeringen, of benodigde praktische voorzieningen

In diverse adviezen wordt stilgestaan bij praktische belemmeringen voor een goede taakuitvoering door de (onderdelen van) de overheid. Het kan daarbij gaan om wettelijke criteria die in de praktijk moeilijk toepasbaar worden geacht. Dit speelde in het kader van de advisering over het ‘Luchthaven-indelingbesluit Schiphol’ waar de Raad stilstaat bij de normering voor de gebruiksintensiteit van gebouwen. Deze normen zouden voor bepaalde gebouwen rechtstreeks van toepassing zijn aangezien het besluit geldt als een voorbereidingsbesluit zoals bedoeld in de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Daarbij dienen in een later stadium de gemeentebesturen hun bestemmingsplannen aan te passen aan het besluit met de daarin gehanteerde normering. In aansluiting op de nota van toelichting wordt in het advies opgemerkt dat het besluit daarom ‘voldoende precies’ moet zijn. De Raad is er niet van overtuigd dat daaraan wordt voldaan:

‘De Raad vraagt zicht echter af of aan deze voorwaarde is voldaan. Het criterium “gemiddeld aantal personen per 100m² grondoppervlak dat in het gebouw gedurende een bepaalde tijd aanwezig is”

13 Kamerstukken II 2000-2001, 27 840, A, p. 1.

14 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 7.

15 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 8.

bevat een aantal onzekere factoren, waardoor betwijfeld moet worden of het wel voldoende nauwkeurig, althans praktisch hanteerbaar is. In de eerste plaats zal een schatting moeten worden gemaakt van het maximum aantal personen dat in een gebouw aanwezig mag zijn. Niet duidelijk is door wie en hoe dit aantal zal moeten worden vastgesteld'.¹⁶

In deze advisering wordt derhalve stilgestaan bij de 'praktische hanteerbaarheid van de normstelling'. Voorts wordt in dit verband een brug geslagen naar de handhaafbaarheid:

'Bovendien is twijfelachtig of dit voorschrift te handhaven is, omdat gemeentebesturen niet kunnen controleren of de toegelaten gebruiksintensiteit van het gebouw niet wordt overschreden'.

De Raad adviseert dan ook het criterium van de gebruiksintensiteit te heroverwegen.

Bij de advisering over de 'Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet tot aanvulling van de bepalingen inzake de verkiezing van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer, de Provinciale Staten en de Gemeenteraden in verband met de tijdelijke vervanging van hun leden wegens zwangerschap, bevalling of ziekte' wordt door de Raad op praktische moeilijkheden voor uitvoering van de wet gewezen. Het lijkt er evenwel op dat de kern van de kritiek niet zo zeer gelegen is in de verwachte praktische complicaties, doch meer in de principiële staatskundige opvatting over het ambt van volksvertegenwoordiger. De Raad stelt dat de regeling van vervanging voor zwangerschap et cetera aan bijzondere eisen moet voldoen, nu het gaat om volksvertegenwoordigers, en het ambt van volksvertegenwoordiger draagt een persoonlijk karakter. De Raad:

'Het overdragen van de daaraan verbonden verantwoordelijkheden voor vrij korte perioden mag niet aan kwaliteit en gezag van dit ambt afbreuk doen'.

Gelet op dit uitgangspunt stuit het regelen van de mogelijkheid van vervanging op praktische bezwaren. Het wetsvoorstel komt in grote lijnen overeen met een in 1993 in eerste lezing en in 1994 in tweede lezing ingediend voorstel; nieuw is nu dat de tijdelijke vervanging ook in geval van ziekte mogelijk zou worden. Toentertijd is door de Raad reeds ingegaan op praktische belemmeringen:

'De Raad wees op praktische complicaties en gaf de voorkeur aan tijdelijke stemoverdracht mogelijk te maken'.

De Raad had toen dus al een oplossingsrichting aangedragen. Het voorstel haalde in tweede lezing niet de vereiste tweederde meerderheid in de Eerste Kamer. Ook nu plaatst de Raad kanttekeningen bij het wetsvoorstel, waarbij onder meer wordt gewezen op de vele complicaties die rijzen bij vervanging wegens ziekte.¹⁷ De Raad is van mening dat niet overtuigend wordt gemotiveerd waarom wordt afgezien van stemoverdracht, en vraagt hier opnieuw aandacht voor.¹⁸ In dat verband vraagt de Raad ook aandacht voor het feit dat in de praktijk van vele gemeenteraden en provinciale staten al tussenoplossingen zijn gevonden. Voorts stelt de Raad:

'Is het echt ondenkbaar dat een eenpersoonsfractie, afwezig door zwangerschap, bevalling of ziekte, voor stemmingen een collegiale oplossing vindt?'¹⁹

Door te verwijzen naar dergelijke alternatieve oplossingen betreft het advies ook het criterium van subsidiariteit (zie ook dat hoofdstuk), De Raad beschrijft voorts de volgende praktische complicaties:

'Bij de uitwerking van de regeling voor vervanging wegens zwangerschap en bevalling zullen zich al vele complicaties voordoen. De Raad denkt daarbij niet alleen aan de vraag hoe – als een volksvertegenwoordiger eenmaal de wens heeft uitgesproken zich tijdelijk te laten vervangen – een tijdelijk vervanger zal worden gevonden en benoemd, en hoe diens rechtspositie (en

16 Raad van State, No.W09.02.0303/V en No.W09.02.0305/V, 's-Gravenhage, 12 september 2002, p. 4.

17 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 1.

18 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 2.

19 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 2.

terugkeergarantie?) zal worden geregeld. Zolang eerder aan de Raad voorgelegde plannen tot loskoppeling van wethouderschap en raadslidmaatschap niet volledig zijn doorgevoerd, dient in elk geval een regeling te worden getroffen voor het wethouderschap van degene die tijdelijk het raadslidmaatschap verliest (...). Een regeling voor vervanging wegens ziekte is ook om andere redenen moeilijk in te passen in het vertegenwoordigend stelsel. Ziekte kan een oorzaak zijn van meer of minder volledige verhindering. Elke beperking van de vervangingmogelijkheid heeft dan ook iets willekeurigs.²⁰

Daarbij vermeldt de Raad ook bezwaren in het kader van het uitoefenen van controle.²¹ De Raad adviseert uiteindelijk de regeling van tijdelijke vervanging wegens ziekte gezien de praktische bezwaren te heroverwegen. Voorts wordt in dit licht (namelijk de praktisch lastige uitvoeringsmogelijkheden) aanbevolen om de wetgever slechts een *bevoegdheid* toe te kennen om de tijdelijke vervanging te regelen, in plaats van het opnemen van een *plicht* voor de wetgever om met regelgeving dienaangaande te komen.²² Ook hier ligt weer een belangrijk raakvlak met de eis van subsidiariteit.

Praktische belemmeringen kunnen ook van organisatorische aard zijn, hetgeen door een aantal adviezen wordt geïllustreerd. In het kader van de advisering inzake het voorstel voor de ‘Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding’ wordt door de Raad ingegaan op de verschillende instanties die er bij betrokken (dienen te) zijn, en hoe hun onderlinge posities en verantwoordelijkheden zijn geregeld. Zo wordt overwogen dat onvoldoende duidelijk is wie de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt voor de inhoudelijke coördinatie bij het vaststellen van plannen.²³ Ook wordt geadviseerd toe te lichten hoe Defensie en de waterschapsbesturen bij (de voorbereiding op) de rampenbestrijding kunnen worden betrokken en beveelt voorts aan in te gaan op de mogelijke samenwerking tussen enerzijds brandweer en politie en anderzijds particuliere bedrijfsbrandweren.²⁴ Ook in ander opzicht wordt gewezen op een gemis aan een regeling van de verhouding van verantwoordelijkheden:

‘De bestuurlijke verhouding tussen de burgemeester en sectorale organisaties, zoals de arbeidsinspectie en milieu-inspectie, komt niet aan de orde. Uit de praktijk is bekend – voornamelijk uit de ramp te Enschede – dat hier problemen liggen. Binnen het onderhavige kader dient ook hieraan niet voorbij gegaan te worden’.²⁵

De opmerkingen van de Raad in dit advies over de uitvoerbaarheid zijn van een zo omvangrijk en zwaarwegend karakter dat hier een overlap is met de eis van doeltreffendheid.

Ook het volgende praktische probleem kan als een organisatieprobleem worden geduid. In zijn advies over het wetsvoorstel voor leerlinggebonden financiering en de vorming van regionale expertisecentra (afgekort: REC) gaat de Raad in op een potentieel praktisch probleem:

‘De bedoeling is dat er per regio en per cluster van speciaal onderwijs slechts één REC is. Een REC wordt opgericht door bevoegde gezagsorganen van de scholen in de regio. Deze opzet kan problematisch uitwerken wanneer in een regio tegelijkertijd twee initiatieven tot oprichting van een REC worden genomen’.²⁶

Voorts:

‘Er komt voor elk cluster een landelijk dekkend netwerk van REC’s; de regionale indeling van de REC’s kan echter per cluster verschillen. Dit betekent dat de regel dat een school bij slechts één REC

20 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 3 en verder.

21 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 3.

22 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 4-5.

23 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 2.

24 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 3.

25 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 3.

26 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 6.

is aangesloten niet goed werkt. Een school kan immers onderwijs geven dat onder meer dan één cluster valt, zodat ook aansluiting bij REC's voor verschillende clusters noodzakelijk kan zijn'.²⁷

In het volgende voorbeeld gaat de Raad eveneens in op praktische bezwaren van organisatorische aard, waarbij een verwevenheid is te ontwaren met staatskundige argumenten, en derhalve het criterium van rechtmatigheid. Het betreft het wetsvoorstel voor de 'Wet dualisering gemeentebestuur', waar de Raad stilstaat bij de keuze om de voorbereiding en de uitvoering van raadsbesluiten op te dragen aan de burgemeester in plaats van, conform de bestaande regelgeving, het college.²⁸ Nadat gesteld is dat de burgemeester niet bij uitstek '*de man van de raad*' is, wordt op het volgende gewezen:

'In de tweede plaats is voor de voorbereiding van raadsbesluiten vrijwel altijd de medewerking van een ervaren ambtelijke dienst nodig, een dienst die normaliter onder het gezag van het college werkt; het kan niet de bedoeling zijn dat de burgemeester hoofd wordt van een nevenambtenarij ten behoeve van de voorbereiding van raadsbesluiten. Ten derde is de uitvoering van besluiten van de raad bij uitstek een dagelijks-bestuurstaak, dus normaliter taak van het college van burgemeesters en wethouders, en alleen een taak van de burgemeester indien het onderwerpen van openbare orde of veiligheid betreft'.

Dit laatste argument is van praktische aard, maar wordt ingegeven door de staatskundige organisatie. Ook de volgende bezwaren vertonen deze gemengde aard tussen praktische en staatsrechtelijke aspecten:

'In de vierde plaats is één van de oogmerken van het wetsvoorstel, de controlerende rol van de raad te versterken. Dan is het tegendraads, de uitvoering van raadsbesluiten op te dragen aan een functionaris die weliswaar verantwoordelijk is jegens de raad maar die als het erop aankomt niet door de raad kan worden ontslagen. Ten slotte kan worden opgemerkt dat voorbereiding en uitvoering van raadsbesluiten veelal nauw samenhangen met medebewindstaken die aan het college zijn toebedeeld. Reeds het vereiste van "integraliteit" vereist dan dat deze zaken in één hand zullen blijven. Anders wordt met de andere hand teruggenomen (voorbereiding en uitvoering bij de burgemeester) wat met de ene hand was gegeven (versterking van het collegiale karakter van het handelen van burgemeester en wethouders)'.

De Raad adviseert gelet op deze bezwaren om de voorbereiding en uitvoering van raadsbesluiten in andere gevallen dan wanneer het gaat om zaken van openbare orde en veiligheid bij het college te laten.

De advisering inzake het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's gaat naar aanleiding van een kritische reactie van het IPO ook in op uitvoeringsaspecten in een staatskundig organisatorisch perspectief. Het IPO vroeg aandacht voor de betekenis van het wetsvoorstel voor het zogenaamde middenbestuur: de bestuurlijke vormgeving van het stelsel van het binnenlands bestuur wat betreft het gebied tussen rijksoverheid en de gemeenten. Hierover wordt opgemerkt:

'De Raad wil wijzen op het belang van het voorkomen van een te grote dichtheid in de middenlaag van het binnenlands bestuur. Hij meent dat een aantal ontwikkelingen ertoe dwingt om de rol en de schaal van de provincies te herijken'.²⁹

In dat verband worden door de Raad verschillende opmerkingen gemaakt, die betrekking hebben op de staatskundige organisatie en hoe die meer praktisch gezien zou moeten luiden. Ter illustratie:

'Voorts is er de toenemende betekenis van "Europa" voor het binnenlands bestuur, en zeker ook voor de genoemde middenlaag, die dwingt tot bezinning op de vraag of het middenbestuur dient te worden heringericht op de schaal van enkele landsdelen. Ook deze omstandigheden dragen er aan bij dat

27 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 6.

28 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 14.

29 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 6.

beraad over de vraag of de huidige territoriale schaal van de provincies nog passend is niet meer kan worden ontlopen'.³⁰

Gelet op de fundamentele aard van het advies komen hier tevens de criteria van doeltreffendheid en doelmatigheid aan de orde.

De advisering over het wetsvoorstel Kwaliteitsbevordering rampenbestrijding gaat in op allerlei organisatorische uitvoeringsaspecten, zoals de vraag hoe de verantwoordelijkheid wordt toegedeeld voor de coördinatie of koppeling van de verschillende schakels die relevant zijn bij rampenbestrijding. En:

'Ook mist de Raad een uiteenzetting over de aanpak van rampenbestrijding in gevallen waarbij ten gevolge van rampen aan de Nederlandse grens een beroep moet worden gedaan op buitenlandse hulp'.³¹

In een tweetal adviezen wordt door de Raad ingegaan op administratieftechnische aangelegenheden. Bij het ontwerpbesluit waar nadere voorschriften worden gesteld inzake de reikwijdte en rapportering van de accountantscontroles van gemeenten ('Besluit accountantscontroles gemeenten') stelt de Raad onder meer de administratieftechnische vraag hoe de zogenaamde 'goedkeuringstoleranties' worden vastgesteld in het geval er diensten gecontroleerd dienen te worden die deel uitmaken van een gemeenschappelijke regeling. Voorts adviseert de Raad om '*mede ten behoeve van de uitvoerbaarheid in de praktijk* – 'in de toelichting nader in te gaan op verschillen met de controle van private vennootschappen'.³²

Ook bij de advisering over het ontwerp voor het 'Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten' gaat de Raad in op een financieel-technisch uitvoerbaarheidsaspect: het is volgens het ontwerpbesluit niet (meer) toegestaan om in de loop van het begrotingsjaar bedragen van het ene naar het andere programma over te boeken. Ook al zal er in de praktijk misschien niet vaak behoefte bestaan aan de overboekingsmogelijkheid tussen programma's, toch neemt dat niet weg '*dat er situaties kunnen zijn waarin overboeking wenselijk is.*' De Raad adviseert vervolgens om overboekingen tussen programma's niet uit te sluiten.³³

De Raad vraagt ook aandacht voor het (eerst) beter onderzoeken van de feitelijke situatie. Dit blijkt uit het advies bij het ontwerp voor het 'Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie'. Dat besluit voorziet onder meer in de mogelijkheid om identificerende gegevens over het gebruik van telecommunicatie te achterhalen. Uitgangspunt daarbij is dat dit soort gegevens primair via een door de aanbieder uit te voeren bestandsanalyse moeten worden verkregen. Pas als dat niet kan, mag worden overgegaan tot de inzet van actieve scan-apparatuur. Volgens de Raad zal dit uitgangspunt echter veelal door praktische belemmeringen niet kunnen worden gerealiseerd:

'De nota van toelichting schenkt geen aandacht aan de, naar verwachting, vele gevallen waarin (voorafgaande) toepassing van een bestandsanalyse (...) niet zinvol dan wel onvoldoende effectief is en onmiddellijk moet worden overgegaan op inzet van actieve scan-apparatuur. (...) Te verwachten valt (namelijk) dat zich in de meerderheid van de gevallen de situatie zal voordoen dat sprake is van een verdachte telecomgebruiker van wie zowel de identiteit als de door hem gebruikte vorm van telecommunicatie (prepaid of abonnement) onbekend zijn, zodat het onmiddellijk gebruik van actieve scan-apparatuur aangewezen is'.³⁴

De Raad adviseert om vooraf een inschatting te maken van het aantal gevallen waarin het uitgangspunt (eerst bestandsanalyse en pas daarna toepassing van scan-apparatuur) niet kan worden gerealiseerd.

30 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 6.

31 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 2. Gelet op de vele uitvoeringsvragen lijkt het hier primair om doeltreffendheid te gaan.

32 Raad van State, no. W04.01.0350/I, 's-Gravenhage, 21 september 2001, p. 2.

33 Raad van State, No.W04.02.0300/I, 's-Gravenhage 4 december 2002, p. 4-5.

34 Advies Raad van State van 11 september 2001, no. W09.01.0232/V, p. 2.

Alleen op die manier kan volgens de Raad namelijk blijken of een logisch uitgangspunt is gekozen dat aansluit op de praktijk.³⁵

Ook met het volgende voorbeeld kan worden geïllustreerd dat de Raad, net als in het vorige voorbeeld, de feitelijke uitvoeringsmogelijkheid aan de orde stelt. Immers, in het kader van de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers is door de Raad aandacht gevestigd op de gevolgen die het onderbrengen van meer dan één verdachte (bolletjesslikkers) in één verblijfsruimte zullen hebben voor de werkzaamheden, onder omstandigheden ook de veiligheid, van het penitentiair personeel.³⁶ Op de praktische effecten van deze regeling zou volgens de Raad nader moeten worden ingegaan.

6.1.2.2.2 *Taken en lasten voor de particuliere sector*

Waar het gaat om uitvoerbaarheid van taken en lasten voor de particuliere sector, kan de advisering van de Raad vooral worden gebracht onder de noemer ‘praktische belemmeringen en voorzieningen.’ Dit wordt hieronder met diverse voorbeelden geïllustreerd. Daarbij blijkt diverse malen dat de Raad aandacht vraagt voor praktische problemen die nog niet door de regering zijn beschreven.

In zijn advies over het voorstel voor de ‘Wet verbetering poortwachter’ merkt de Raad op dat er belemmeringen zijn die aan het succes van de voorgestelde maatregelen in de weg kunnen staan.³⁷ In feite wordt hier via de weg van de ‘belemmeringen’ een fundamentele uitspraak gedaan over de doeltreffendheid.³⁸ De Raad benoemt een groot aantal belemmeringen, waarbij door de Raad gesproken wordt over ‘*praktische, juridische of andere belemmeringen*’ die een oplossing van de problemen in de weg kunnen staan (hierbij intrigeert de vraag wat nog onder ‘andere’ belemmeringen kan worden verstaan wanneer ook over juridische of praktische belemmeringen wordt gesproken).³⁹ De Raad gaat bijvoorbeeld in op het recht van de werkgever om het loon van de zieke werknemer in te houden als deze zich onvoldoende inspanst:

‘Het zal aan de werkgever zijn om de nalatigheid van de werknemer aannemelijk te maken, en dat zal niet altijd eenvoudig zijn’.⁴⁰

De Raad wijst verder onder meer op belemmeringen die kunnen voortvloeien uit de inpassing van de voorgestelde regeling in de bestaande regelgeving en uit het feit dat het, in verband met de bescherming van de privacy van de zieke werknemer, voor de werkgever niet altijd eenvoudig zal zijn om te beschikken over de (medische) gegevens die nodig zijn om de werknemer te reïntegreren.⁴¹ Bovendien is volgens de Raad niet helder aangegeven wat nu precies onder het begrip reïntegratie moet worden verstaan.⁴² Nu aanscherping hiervan één van de hoofdmiddelen is om het beoogde doel (vermindering van de instroom in de WAO) te bereiken, raakt dit primair de eis van doeltreffendheid, zij het dat er een duidelijk raakvlak is met de eis van uitvoerbaarheid.

De Raad wijst ook in een ander advies op mogelijke, vooral praktische belemmeringen die door de wetgever nog niet eerder zijn beschreven. Het betreft het advies inzake de ‘Concessiewet personenvervoer per trein’.⁴³ Het wetsvoorstel beoogt onder meer het vergemakkelijken van de overgang van materieel van de oude naar de nieuwe concessiehouder, hetgeen er op neer komt dat er bij wet een verplichte overgang van het materieel wordt geregeld. De Raad merkt op:

‘De regeling alsook de toelichting daarbij zijn geschreven vanuit het streven te voorkomen dat de potentiële nieuwe concessiehouder reeds op een moment dat hij nog niet weet of de concessie hem zal worden toegewezen, de beschikking moet verwerven over het voor de uitvoering daarvan

35 Raad van State, No.W09.01.0232/V, ‘s-Gravenhage, 11 september 2001, p. 2-3.

36 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 9.

37 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 2.

38 Zie derhalve al eerder het hoofdstuk over doeltreffendheid en doelmatigheid.

39 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 4.

40 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 4.

41 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678 A, p. 4/5.

42 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678.

43 Kamerstukken II 2002-2002, 27 216.

benodigde materieel en voorzieningen. Daartoe wordt de oude concessiehouder verplicht om, zo dit in zijn concessie wordt bepaald, de rechten met betrekking tot bepaald materieel aan de nieuwe concessiehouder over te dragen. Deze laatste is verplicht dit materieel over te nemen tegen een nader te bepalen’.

De Raad plaatst vervolgens de volgende opmerkingen:

‘Vanuit het probleem dat de toelichting schetst is de regeling begrijpelijk. Maar er kunnen zich ook andere situaties voordoen. Niet ondenkbaar is dat de concurrentie om het spoor vooral plaats zal vinden tussen spoorwegondernemingen die zelf al over materieel beschikken en waarvoor de plicht om het materieel over te nemen een belemmering kan vormen om in te schrijven op de concessie. De mogelijkheid om bij onderlinge overeenstemming tussen oude en nieuwe concessiehouder af te wijken van de wettelijke regeling biedt dan slechts soelaas indien de oude concessiehouder niet van zijn materieel af wil. Een andere denkbare situatie is dat de oude concessie ten dele wordt ingetrokken omdat de houder onvoldoende materieel heeft om aan zijn verplichtingen te voldoen. De voorgestelde regeling komt dan neer op behoud van ellende, omdat met de gedeeltelijk concessie ook het deel van het materieel dat nodig is om dit uit te voeren zal overgaan’.⁴⁴

Naast deze potentiële problemen wijst de Raad op nog andere denkbare praktijksituaties en ongewenste effecten. De Raad meent dat in de toelichting moet worden ingegaan op de werking van de voorgestelde regeling in de verschillende denkbare situaties. En:

‘Naar de mening van het college is de voorgestelde regeling te ongenueanceerd om in alle gevallen te worden toegepast’.⁴⁵

Met andere woorden: de mogelijke situaties zoals die zich in de praktijk voordoen zijn in de toelichting op het wetsvoorstel onvoldoende besproken.

Ook in een ander opzicht wijst de Raad op praktische belemmeringen voor de concessiehouder, namelijk daar waar het de (procedurele) verplichting betreft om steeds te motiveren waarom een advies van die organisaties niet wordt overgenomen en daarover met die organisaties in overleg te treden. De Raad merkt hierover op dat dit voorstel veronderstelt dat de betrokkenheid van consumentenorganisaties zal uitmonden in een eensluidend advies. De Raad betwijfelt dit echter. De voorgestelde regeling kan immers meebrengen dat er diverse consumentenorganisaties zijn van wie het advies zal moeten worden ingewonnen en waarmee zal moeten worden overlegd. De Raad concludeert hieruit dat het

‘niet uitgesloten is dat de concessiehouder wordt geconfronteerd met uiteenlopende adviezen waaraan niet tegelijkertijd kan worden voldaan. In die situatie dreigt de voorgestelde regeling een langgerekt proces te worden. Aangezien de ervaring heeft geleerd dat de concessiehouder ook met uiteenlopende personeelsorganisaties moet onderhandelen over dezelfde materie, dreigt een situatie waarin het resultaat van overleg met een organisatie weer aan alle anderen zal moeten worden voorgelegd en daar tot andere wijzigingen kan leiden, waarna het proces weer opnieuw begint’.⁴⁶

Tegen deze achtergrond wordt geadviseerd in de toelichting in te gaan op de implicaties van de voorgestelde verplichtingen in situaties waarin met meerdere organisaties tegelijk moet worden overlegd. Ook hier wordt door de Raad een potentiële praktijksituatie beschreven waar de regering extra op in zal moeten gaan.

In het kader van de belastingwetgeving staat de Raad stil bij de (ingewikkelde) berekeningen die door een particulier zouden moeten worden uitgevoerd. In zijn advisering inzake het wetsvoorstel voor ‘Wijziging van enkele belastingwetten (herstel van enige onjuistheden)’ wijst de Raad op een reeds gevoerde parlementaire gedachtewisseling over een wijzigingsvoorstel van de Wet inkomstenbelasting

44 Kamerstukken II 2002-2002, 27 216, p. 2.

45 Kamerstukken II 2002-2002, 27 216, p. 2.

46 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216B, p. 6.

2001. Daar ging het om de vraag of de vermogensrendementsheffing niet vereenvoudigd zou kunnen worden:

‘Deze mogelijke vereenvoudiging ziet erop dat de belastingplichtige geen wiskundige berekening hoeft uit te voeren om de belasting over box III en de totale belasting tegelijk te bepalen (twee vergelijkingen met twee onbekenden)’.⁴⁷

De Raad wijst er evenwel op dat noch bij de gedachtewisseling noch bij de verdere parlementaire behandeling aandacht is gegeven aan

‘de zeer ruime strekking van het voorstel’,

en dat

‘het motief van een beperking van administratieve lasten en uitvoeringslasten niet speelt, indien belastingschulden in een aanslag zijn geformaliseerd. Deze belastingschulden kunnen zonder meer als schulden in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de rendementsgrondslag. Het meenemen van materiële belastingschulden, die nog niet in een aanslag zijn geformaliseerd, kan bewerkelijker zijn’.

De Raad komt tot het advies de betreffende bepaling, te weten artikel 5.3, derde lid, onderdeel a, Wet IB 2001, wegens de te ruime strekking in haar geheel te overwegen.⁴⁸ Er is in casu naar het oordeel van de Raad sprake van een evidente technische omissie die hersteld zou moeten worden. Het advies is hier sterk gericht op de specifieke inhoud van het wetsvoorstel, en is alleen met kennis van de precieze inhoud van de onderhavige belastingwetgeving exact te begrijpen. Het komt er op neer dat de vereenvoudiging van de belastingregels naar het oordeel van de Raad te ver is doorgeschoten en anders kan worden geregeld.

Ook in zijn advies inzake het voorstel voor ‘Wijziging van belastingwetten c.a. (Belastingplan 2002-I Arbeidsmarkt en inkomensbeleid)’ gaat de Raad in op de bewerkelijkheid van berekeningen. De Raad wijst op het volgende:

‘Indien gekozen wordt voor de winst volgens de geconsolideerde jaarrekening zal het voor vennootschappen die tevens in het buitenland opereren bewerkelijk zijn deze winst tot de Nederlandse winst te herleiden’.⁴⁹

De Raad adviseert om in de toelichting nader op dat aspect in te gaan.

6.1.2.3 Andere aspecten in verband met uitvoerbaarheid

6.1.2.3.1 Overige aandachtspunten

De Raad van State gaat in een aantal adviezen in op uitvoerbaarheidsaspecten die strikt genomen niet onder de in de § 6.1.2.2 behandelde onderwerpen vallen. Derhalve worden deze adviezen in deze paragraaf verzameld en nader gerubriceerd.

6.1.2.3.2 Keuze voor een reguleringsmethode en uitvoerbaarheid

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat de Raad in enkele adviezen een relatie legt tussen de keuze van de wetgever voor de wijze van regeling en de mogelijkheid van uitvoering. In het advies inzake het voorstel van wet voor ‘Regels inzake ammoniakemissie uit tot veehouderijen behorende

47 Kamerstukken II 2000-2001, 27 746 A, p. 2, met verwijzing naar de kamerstukken waarin die parlementaire gedachtewisseling heeft plaatsgevonden.

48 Kamerstukken II 2000-2001, 27 746 A, p. 2.

49 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 11.

dierenverblijven (Wet ammoniak en veehouderij)⁵⁰ wordt de vraag opgeworpen of het gekozen en alreeds bestaande instrumentarium waarlangs gedeeltelijk de uitvoering van een Europese richtlijn zou moeten plaatsvinden, wel toereikend is:

‘Ten minste zal moeten worden aangegeven of dit instrumentarium wel voldoende mogelijkheden biedt om mede uitvoering van de richtlijn te kunnen waarborgen en het noodzakelijke resultaat te kunnen verzekeren. Ook los hiervan dient te worden gezien of integratie van de verschillende regelingen tot één omvattende regeling niet te prefereren valt; uitvoering van het beleid door middel van drie regelingen zal praktisch op grote bezwaren stuiten’.⁵¹

Het advies heeft vooral betrekking op de geschiktheid van het wettelijk instrumentarium, in casu de Wet op de ruimtelijke ordening, in het bijzonder de figuur van het bestemmingsplan. Waar getwijfeld wordt of de richtlijn voldoende wordt uitgevoerd lijken primair de criteria van rechtmatigheid en doeltreffendheid aan de orde te zijn. Het is evenwel niet helemaal helder of de Raad alleen twijfels heeft bij de juridische mogelijkheden van het bestemmingsplan, of ook bij de capaciteit bij het bestuur om de gewenste uitvoering te geven (er wordt in het advies ook gesproken van het mogelijk trekken van een te zware wissel op het bestaande instrumentarium van de WRO, doch de Raad geeft hier niet precies aan wat hiermee wordt bedoeld. Het lijkt vooral te gaan om de juridische toepassingsmogelijkheden van het bestaande instrumentarium: zijn die voldoende voor een correcte uitvoering van de europeesrechtelijke verplichtingen? Indien de Raad meer impliciet ook zou doelen op de uitvoeringscapaciteit bij de decentrale overheden is uiteraard het criterium van de uitvoerbaarheid aan de orde). Bovendien is een opvallend element dat de Raad opmerkt dat:

‘uitvoering van het beleid door drie regelingen praktisch op grote bezwaren zal stuiten’.

Een integrale aanpak (door één regeling) lijkt hier de voorkeur van de Raad te hebben. Hier is samenhang aanwezig met de eis van onderlinge afstemming.

De regeling van de figuur van het convenant in het kader van het wetsvoorstel tot wijziging van de ‘Wet arbeid vreemdelingen in verband met de werving van arbeidsaanbod uit landen van buiten de Europese Economische Ruimte’ leidt bij de Raad tot verscheidene uitvoeringsvragen. De Raad mist in de tekst van het wetsvoorstel en in de memorie van toelichting een nadere aanduiding van de aard en inhoud van de afspraken en van de sectoren waaraan bij de convenantfiguur wordt gedacht. Verder:

‘Evenmin wordt aangegeven wie precies, naast de Centrale organisatie werk en inkomen, bij zo’n convenant partij zullen (kunnen) zijn en in hoeverre zij individuele ondernemingen die verzoeken om een tewerkstellingsvergunning zullen kunnen binden’.⁵²

In het kader van het ontwerpbesluit tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfonds-verzekering heeft de Raad kritiek op het opnemen van voorwaarden voor het zogenaamde farmaco-economisch onderzoek in een ministeriële regeling. Die voorwaarden zouden reeds bestaande richtlijnen zijn, maar de Raad acht die richtlijnen – nog – niet geschikt om toegepast te worden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij zijn geformuleerd als vage normen en zowel de aanvrager als de minister bij zijn beoordeling onvoldoende houvast bieden. De Raad beveelt de richtlijnen om te zetten in een of meer artikelen in het besluit zelf, en de Raad veronderstelt dat dit zal leiden tot een meer concrete formulering van de voorwaarden waaraan het farmaco-economisch onderzoek dient te voldoen. De Raad:

‘Beide partijen – zowel de minister als de aanvrager – wordt daarmee inzicht verschaft in het moment waarop voldaan is aan deze informatieverplichting. Tevens wordt daarmee de uitvoerbaarheid van het voorgestelde verbeterd’.

50 Kamerstukken II 2000-2001, 27 835, nrs. 1-2.

51 Zie het advies, p. 6.

52 Kamerstukken II 2001-2002, 28 442, B, p. 2.

Duidelijke normering is derhalve nodig voor een goede uitvoerbaarheid.⁵³

Bovenstaande voorbeelden betreffen drie verschillende vormen van regulering, maar gemeenschappelijk in de advisering is dat de Raad wijst op onduidelijkheden in de normering, of over de geschiktheid van de normering, hetgeen tot problemen in de uitvoering kan leiden.

6.1.2.3.3 Overleg met betrokkenen

In de adviezen zijn enkele voorbeelden te vinden waar wordt ingegaan op het (eventuele ontbreken van) overleg met betrokkenen. In één advies doet zich de situatie voor dat een overleg met een belangenorganisatie (het IPO) zou plaatsvinden ná het uitbrengen door de Raad van zijn advies. Dit speelt bij het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's, waar sprake was van een brief met een kritische reactie van het IPO. Aan het IPO was aangeboden dat overleg zou plaatsvinden met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ná het uitbrengen van het advies door de Raad van State. Hierover wordt opgemerkt:

‘De Raad vraagt zich af hoe een dergelijk aanbod valt te rijmen met de inrichting van het wetgevingsproces’.⁵⁴

In één advies staat de Raad stil bij de vraag of de voorgenomen wettelijke maatregel voldoende is afgestemd met de betrokken particuliere sectoren. Dit speelt in het kader van het ‘Besluit houdende wijziging van het Besluit uitoefening artseneerbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekhoudende om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen’. De Raad stelt vast dat uit de nota van toelichting niet blijkt of afstemming heeft plaatsgevonden met apothekers en consumenten dan wel met de lichamen of instellingen die hun belangen behartigen. Daarbij wordt gewezen op een ander mogelijk uitvoeringsprobleem, namelijk dat:

‘tussen de minister en het veld van apotheekhouders een meerjarenafspraak is gemaakt die ook volgend jaar nog geldt. Het is uiteraard mogelijk dat een bestaande overeenkomst tussentijds wordt opgezegd en wordt vervangen door nieuwe afspraken, maar hiervoor lijken geen concrete voornemens te bestaan’.⁵⁵

Na nog verwezen te hebben naar reeds bekende bezwaren vanuit de patiëntenbeweging komt de Raad tot de aanbeveling dat:

‘het belang van de voorgestelde wijziging (...) groot genoeg is om daarbij de genoemde belanghebbenden dan wel hun vertegenwoordigende organisaties, waaronder patiëntenverenigingen, voldoende te betrekken en van die betrokkenheid blijkt te geven in de nota van toelichting’.⁵⁶

Het voeren van voldoende overleg met betrokkenen, om daarmee zicht te krijgen op de uitvoeringsaspecten, is uiteraard een element van het uitvoerbaarheids criterium. De advisering van de Raad wijst hier in de richting van voeren van overleg met personen die direct gevolgen ondervinden van de nieuwe wettelijke maatregel te maken krijgen, waar het namelijk betreft het vervallen van de plicht van apothekers en apotheekhoudende artsen om te bewerkstelligen dat in hun apotheek voldoende gelegenheid bestaat tot het verkrijgen van geneesmiddelen. De Raad acht het van belang om de betrokken belanghebbenden dan wel hun organisaties bij de voorbereiding van de wettelijke maatregel te betrekken.

Tot slot kan nog een advies worden genoemd waar de Raad een ingebracht advies bij zijn overwegingen betreft, en naar aanleiding van de inhoud van dat advies de regering adviseert een wetsartikel opnieuw te bezien. Dit vond plaats in het kader van de Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 met

53 Raad van State, No.W13.01.0596/III, ‘s-Gravenhage, 1 maart 2002, p. 3.

54 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095 A, p. 5.

55 Raad van State, No.W13.01.0119/III, ‘s-Gravenhage, 8 juni 2001, p. 5.

56 Raad van State, No.W13.01.0119/III, ‘s-Gravenhage, 8 juni 2001, p. 6.

betrekking tot het inwinnen van het advies van de Adviescommissie voor vreemdelingenzaken, waar een discussie is gevoerd omtrent de omvang van het takenpakket van het AVC.⁵⁷

6.1.2.3.4 Relatie met bestaande praktijk

De bestaande praktijk kan een rol spelen bij de beoordeling van de uitvoerbaarheid. Dit kan worden geïllustreerd met de advisering over het wetsvoorstel voor de ‘Wet elektronisch bestuurlijk verkeer’. Aangezien er reeds een bestaande praktijk bestaat wat faxverkeer betreft, verdient het naar het oordeel van de Raad aanbeveling om in plaats van een ‘nee-tenzij’ stelsel uit te gaan van een ‘ja-tenzij’ stelsel: geschriften mogen in elektronische vorm, in elk geval per fax, worden ingediend voor zover de betrokken instantie niet te kennen heeft gegeven berichten niet in die vorm te kunnen aanvaarden. Ook het instellen en intrekken van beroep bij de administratieve gerechten zou conform de bestaande praktijk per fax mogelijk moeten blijven:

‘De Raad acht het niet wenselijk dat deze zinvol gebleken praktijk wordt geblokkeerd’.⁵⁸

De Raad is er hier duidelijk op gericht dat aansluiting moet worden gezocht met de bestaande praktijk.

Informele oplossingen die in de praktijk reeds (kunnen) worden gevonden wegen een rol in het advies van de Raad van State over de ‘Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet tot aanvulling van de bepalingen inzake de verkiezing van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer, de Provinciale Staten en de Gemeenteraden in verband met de tijdelijke vervanging van hun leden wegens zwangerschap, bevalling of ziekte’.⁵⁹ De Raad:

‘In de praktijk van vele gemeenteraden en provinciale staten zijn al tussenoplossingen gevonden; zo worden werkzaamheden in commissieverband door andere raadsleden en soms zelfs door niet-raadsleden waargenomen’.

De Raad adviseert tijdelijke stemoverdracht als alternatief voor de voorgestelde tijdelijke vervanging.⁶⁰

Het komt ook voor dat de Raad aanbeveelt de reeds bestaande praktijkervaring beter in kaart te brengen. In de ontwerp-amvb tot wijziging van het ‘Besluit in-vitro-diagnostica’ wordt een in een ministeriële regeling geregelde mogelijkheid tot aflevering van HIV-tests door artsen en apothekers gecontinueerd, waarmee thuisgebruik mogelijk blijft. De Raad merkt onder meer op dat niet blijkt welke ervaringen reeds zijn opgedaan met controle op aflevering voor thuisgebruik. De Raad:

‘Zonder duidelijkheid over één en ander – zo meent de Raad – kan men niet bepalen of continuering van de huidige regels wenselijk is’.

Zo zijn er in het bijzonder vragen met betrekking tot controle:

‘Artikel 13a, derde lid, van het ontwerpbesluit gebiedt de apotheker bij aflevering voorlichting te geven aan de patiënt over onder meer het belang van medische begeleiding en de juiste interpretatie van testresultaten. Het college vraagt zich af of apothekers in de praktijk voorlichting zullen geven en zo ja, hoe voorlichting plaatsvindt’.⁶¹

De Raad adviseert dan ook op één en ander nader in te gaan in de toelichting.

57 Kamerstukken II 2002-1002, 28 267, A, p. 2.

58 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 4.

59 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 2-3.

60 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 2.

61 Raad van State, No.W13.01.0443/III, ‘s-Gravenhage 30 november 2001, p. 1.

6.1.2.3.5 Uitvoeren van een evaluatie

Een evaluatiebepaling zou het verkrijgen van beter inzicht in de doeltreffendheid en uitvoering van een wet erg kunnen dienen, en zou uiteindelijk tot aanpassing van de gestelde regels kunnen leiden. De Raad laat zich in een advies kritisch uit over een te beperkt uitgewerkte evaluatiebepaling in het kader van het wetsvoorstel voor de ‘Wijziging van de Wet op het primair onderwijs (etc) in verband met een verruiming van de bestedingsvrijheid voor scholen in het primair en voortgezet onderwijs’. In het wetsvoorstel wordt een evaluatie voorgenomen van het met de wet in te voeren experiment van lump-sumfinanciering. De Raad heeft kanttekeningen bij de uitwerking en evaluatie van het experiment: de tekst noch de toelichting laten zich uit over het tijdstip van de evaluatie, de wijze waarop deze plaatsvindt of de maatstaven die de minister aanlegt bij de beoordeling van het experiment. De Raad:

‘Een mogelijkheid is dat het tijdstip en de wijze van beoordeling worden vastgelegd in een evaluatiebepaling in de tekst van het voorstel, en dat in de toelichting nader wordt ingegaan op de maatstaven die de minister daarbij zal aanleggen’.⁶²

In feite worden hier opmerkingen gemaakt over de uitvoering van de evaluatiebepaling. Ter zake het wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio’s wordt door de Raad aanbevolen een evaluatiebepaling op te nemen. Dat advies, inhoudende dat geëvalueerd zou moeten worden, kan primair onder de criteria ‘doeltreffendheid en doelmatigheid’ worden geplaatst.⁶³

6.1.3 Handhaafbaarheid

6.1.3.1 Opzet van deze paragraaf

In de Beleidsnota ‘Zicht op wetgeving’ wordt onder handhaafbaarheid verstaan de

‘mogelijkheid de naleving van wettelijke regels af te dwingen, zowel met behulp van juridische reacties op niet-naleving, als met het treffen van feitelijke maatregelen’.⁶⁴

Het kwaliteitscriterium handhaafbaarheid valt uiteen in een aantal componenten. Allereerst wordt in § 6.1.3.2 ingegaan op de advisering van de Raad van State inzake de keuze voor een handhavingsmethode. Daarbij gaat het om overwegingen inzake het benutten van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke, of privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden, al dan niet gezamenlijk. In dit kader krijgt ook de ‘uitvoerbaarheid van de handhaving’ aandacht. Het gaat daarbij om de vraag of de organisatieonderdelen die met handhaving worden belast ook qua bijvoorbeeld capaciteit en deskundigheid in staat zullen zijn tot het uitvoeren van de handhavingstaak. Ten tweede wordt in § 6.1.3.3 stilgestaan bij adviezen waar het vermijden van conflictmomenten aan de orde is. In § 6.1.3.4 komen vervolgens adviezen over de specifieke inhoud en formulering van de wetsbepalingen aan de orde. Ook hier is het uiteindelijke doel dat conflicten zoveel mogelijk moeten worden vermeden.

6.1.3.2 De methode van handhaving

6.1.3.2.1 Keuze voor een van de wegen

In één van de onderzochte adviezen wordt ingegaan op de keuze tussen de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke handhaving, namelijk bij het voorstel van wet inzake wijziging van de Wet op de ruimtelijke ordening. Het wetsvoorstel heeft tot doel een ‘*effectievere aanpak mogelijk te maken van overtredingen van bestemmingsplanvoorschriften en daarmee samenhangende overtredingen*’ door

62 Kamerstukken II 2002-2003, 28 762, A, p. 2.

63 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 10.

64 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 27.

deze onder te brengen onder de Wet op de economische delicten.⁶⁵ De effectievere handhaving zou dus via een strafrechtelijke aanpak moeten worden bereikt. De Raad neemt het standpunt in dat:

‘een verbetering van de handhaving van bestemmingsplanvoorschriften veeleer dient te worden gezocht in een versterking van de bestuursrechtelijke handhaving dan in een verruiming van de strafrechtelijke aanpak van het probleem’.

Er volgt dan ook een advies het wetsvoorstel te heroverwegen. De reden voor deze stellingname is niet gelegen in een principiële afwijzing van de strafrechtelijke weg, doch veeleer in de twijfel of er voldoende capaciteit zal zijn bij het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht om de strafrechtelijke handhaving uit te voeren. De uitvoerbaarheid van de strafrechtelijke weg doet dus twijfel rijzen over de effectiviteit van de handhaving. De Raad van State staat overigens nauwelijks stil bij de uitvoerbaarheid van de bestuursrechtelijke handhaving.

Vragen omtrent de capaciteit bij het Openbaar Ministerie werden ook gesteld in het advies over de ‘Wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren van zaken van grote waarde’. Daar werden door de Raad vragen gesteld over de verwerkingscapaciteit bij het OM, maar wordt de strafrechtelijke weg als zodanig niet bekritiseerd (zie ook reeds § 6.1.2 van dit hoofdstuk).

In een ander advies komt het aanvullend gebruik van het privaatrecht op het bestuursrecht aan de orde, hetgeen primair een vraag over normstelling betreft. In aansluiting daarop worden opmerking gemaakt over de geschillenbeslechting. Deze kwestie speelt bij het voorstel tot wijziging van de Opiumwet, waar een ontheffingstelsel wordt geregeld voor het telen van hennep voor wetenschappelijk onderzoek of voor de productie van geneesmiddelen. De minister kan daarvoor ontheffingen verlenen. Degene die een ontheffing verzoekt kan daarvan slechts in het bezit komen als hij ter zake een overeenkomst sluit met de minister. De overeenkomst vervalt van rechtswege vanaf de datum waarop de verleende ontheffing is ingetrokken of vervallen. De Raad merkt op:

‘Uit de memorie van toelichting blijkt niet waarom de wederzijdse rechten en plichten voor de minister en de hennepeler zowel in een ontheffing als in een overeenkomst worden uitgewerkt. Aan het naast elkaar bestaan van de twee verschillende rechtsfiguren kunnen nadelen zijn verbonden. Zo zullen verschillende rechters bevoegd zijn kennis te nemen van eventuele geschillen over de naleving van de voorschriften en de nakoming van de verplichtingen’.⁶⁶

De Raad adviseert onder meer de keuze nader te motiveren, en:

‘Daarbij ware in te gaan op de mogelijke praktische bezwaren van de verschillende rechtsfiguren. Ook zou moeten worden aangegeven welke verplichtingen zullen worden opgelegd in het kader van de aan de ontheffing verbonden voorschriften en welke zullen worden opgenomen in de overeenkomst’.⁶⁷

6.1.3.2.2 *Kritiek op de specifieke vormgeving van de handhavingsmethode*

In het ontwerp voor het ‘Luchthavenverkeersbesluit Schiphol’ is sprake van een technisch ingewikkelde beleidsproblematiek. Het advies van de Raad richt zich vanwege de onderlinge samenhang tegelijkertijd op de ontwerp-amvb voor het Luchthavenindelingsbesluit voor Schiphol. Kenmerkend voor de voorliggende regeling is de complexe normering. De Raad gaat hier niet in op een mogelijke keuze tussen verschillende methodes voor handhaving, maar plaatst vraagtekens bij de geschiktheid van de voorgestelde, specifieke methode voor handhaving (meer in de zin van meting) van de geluidsbelasting. In de inleidende paragraaf van het advies wordt kernachtig de vraag gesteld:

65 Advies Raad van State en Nader Rapport, Kamerstukken II 28 734 A, p. 1.

66 Kamerstukken II 2000-2001, 27 874, B, p. 3.

67 Kamerstukken II 2000-2001, 27 874, B, p. 3.

‘(...) of het in de ontwerpbesluiten neergelegde toetsingskader in voldoende mate kan worden gehandhaafd’.⁶⁸

Het betreft hier vooral kritiek op de inhoud en geschiktheid van de gestelde normen, waarbij het gestelde doel – te weten een gelijkwaardige mate van geluidsbelasting ten opzichte van de voorgaande wetgeving – mogelijk onvoldoende kan worden bereikt. Door de Raad wordt stilgestaan bij ‘handhaving’, maar de advisering betreft inhoudelijk gezien vooral ook het criterium van doeltreffendheid aangezien betwijfeld wordt of de voorgenomen waarborgen kunnen worden behaald. Nu in casu een onlosmakelijke samenhang is tussen doeltreffendheid en de mogelijkheid tot handhaving is het interessant hier ook de specifieke advisering van de Raad te vermelden ter zake de zogenaamde handhavingspunten voor de geluidbelasting. De bescherming tegen geluidsoverlast wordt onder meer vormgegeven via grenswaarden in de handhavingspunten in een gebied rond de luchthaven. De Raad betwijfelt of deze methodiek geschikt zal zijn

‘aangezien noodzakelijkerwijs is uitgegaan van een simulatiemode, rijst de vraag of bij een afwijkende verdeling van het luchthavenluchtverkeer de gekozen handhavingspunten nog een voldoende waarborg kunnen bieden voor de gelijkwaardigheid van de mate van geluidsbelasting. In paragraaf 6.2 van de nota van toelichting wordt melding gemaakt van een onderzoek waaruit zou blijken dat bij een simulatie met een fors andere verdeling van het verkeer dan is aangenomen, toch geen noemenswaardig grote verschillen optreden. Uit de nota van toelichting blijkt niet om welk onderzoek dit gaat en hoe het is uitgevoerd. Aangezien het hier een essentieel onderdeel betreft met betrekking tot de toetsing van het gekozen systeem van handhavingspunten, dient in de toelichting meer informatie te worden verschaft over dit onderzoek en de resultaten daarvan. Daarbij ware ook aan te geven waarom uit het onderzoek kan worden afgeleid dat er bij een fors andere verdeling van het verkeer toch geen noemenswaardig grote verschillen kunnen optreden’.

De Raad is dus niet overtuigd van de geschiktheid van de handhavingspunten en stelt dan ook voor de toelichting aan te vullen met informatie op dit punt.

6.1.3.2.3 Toezicht

In één advies gaat de Raad in op de organisatie van het toezicht. Dit speelt in het kader van de Wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren in zaken van grote waarde. De Raad stelt dat onduidelijk is hoe de verschillende aangewezen financiële toezichthouders zich in relatie tot de hun opgedragen taken tot elkaar verhouden. De Raad adviseert hier nader op in te gaan in de toelichting op de wet.⁶⁹

6.1.3.2.4 Administratieve afhankelijkheid van het strafrecht

Het strafbaar stellen van bestuursrechtelijke regels wordt bekritiseerd in het advies over het ontwerp voor het ‘Besluit erkenning tussenpersonen, mestverwerkers en exporteurs Meststoffenwet’. In dit ontwerpbesluit staan de voorwaarden vermeld waaraan moet zijn voldaan wil naar het oordeel van de minister een erkenning kunnen worden verleend tot mestverwerker, exporteur, tussenpersoon, of mestverwerkende mestproducent. Deze voorwaarden zijn strafbaar gesteld. De Raad stelt:

‘In de eerste plaats gaat het niet aan dat de inhoud van een strafrechtelijk te handhaven verplichting zou worden bepaald door voorwaarden die primair zijn bedoeld als beoordelingskader voor de

⁶⁸ Raad van State, No.W09.02.0303/V en No.W09.02.0305/V, ‘s-Gravenhage, 12 september 2002, p. 2.

⁶⁹ Kamerstukken II 2001-2002, 28 018, A.

minister bij het verlenen van een erkenning, en die zich voor een deel ook lenen voor verschillende interpretaties’.⁷⁰

De rechtszekerheid komt bij deze methode naar de mening van de Raad rechtstreeks in het geding (waarmee we natuurlijk hier ook te maken hebben met het criterium rechtmatigheid). De mogelijkheid van bestuursrechtelijke handhaving van de voor interpretatie vatbare bepalingen wordt overigens door de Raad ‘*met enige moeite*’ aanvaardbaar geacht.⁷¹

6.1.3.2.5 Europees- en internationaalrechtelijk kader

In het geval sprake is van implementatie van een Europese richtlijn zal de (normstelling en) handhaving in dat perspectief moeten worden gezien. In het advies over het ontwerp-Dierentuinenbesluit wordt door de Raad van State een interpretatie gegeven van een richtlijn, op grond waarvan conclusies worden getrokken over het instrumentarium zoals dat op nationaal niveau zou moeten worden ingezet. De opzet van het ontwerpbesluit is dat daarin algemene voorschriften zijn opgenomen die tevens als vergunningsvoorwaarden voor de exploitatie van een dierentuin gelden. Deze algemene voorschriften zijn strafbaar gesteld. De Raad merkt op dat aan deze algemene verplichtingen een nadere uitwerking in vergunningsvoorwaarden moet worden gegeven teneinde aanknopingspunten te geven voor een effectieve strafrechtelijke handhaving.⁷² De strafrechtelijke handhaving zal zich ook moeten uitstrekken tot de aan de vergunning verbonden voorschriften en beperkingen. In concreto komt het er op neer dat naar de mening van de Raad bij de vergunningverlening de zeer globaal geformuleerde eisen nader moeten worden uitgewerkt in de vergunningsvoorwaarden, teneinde een ‘*effectieve handhaving*’ mogelijk te maken. De advisering heeft hier evenwel niet zozeer betrekking op de keuze van een handhavingsmethode, maar eerder op de wijze van normstelling, als eerdere stap in de reguleringsketen. De Raad adviseert:

‘Voor een goede implementatie van de richtlijn verdient het daarom aanbeveling dat in de regeling van de vergunningplicht in artikel 4 – imperatief – wordt bepaald dat aan de vergunning voorschriften en beperkingen worden verbonden die strekken tot nadere uitwerking van de in het besluit gestelde eisen’.

In hetzelfde advies wordt gelet op de bewoordingen van de richtlijn door de Raad gesteld dat een bestuurlijke handhavingsbevoegdheid in imperatieve bewoordingen dient te worden gesteld. Het bestuur *dient* derhalve te handhaven (intrekken of wijzigen vergunning en geheel of gedeeltelijke sluiting van de dierentuin) indien zich een omschreven situatie voordoet.⁷³

Een ander voorbeeld van de relatie tussen Europees recht en de handhavingsvoorzieningen in de nationale wet betreft een wetsvoorstel waarin wordt ingegaan op de voorzieningen die in Nederland nodig zijn voor het verzekeren van de naleving van communautaire verplichtingen door decentrale overheden. In de toelichting bij het wetsvoorstel voor de ‘Implementatiewet EG-kaderrichtlijn water’ wordt met betrekking tot de communautaire verplichtingen van decentrale overheden medegedeeld dat het kabinet zich nog beraadt over de eventuele invoering van wettelijke voorzieningen voor corrigerend optreden ten aanzien van decentrale overheden. De Raad wijst in deze op het onbesproken laten van de periode vóórdat deze wettelijke voorzieningen kracht van wet hebben:

70 Raad van State, No. W11.01.0169, ‘s-Gravenhage, 21 juni 2001, p. 4. Het gaat bijvoorbeeld om de voorwaarde dat een onderneming solvabel, rendabel moet zijn en over voldoende liquide middelen dient te beschikken.

71 Raad van State, No. W11.01.0169, ‘s-Gravenhage, 21 juni 2001, p. 5.

72 Raad van State, Advies bij het ontwerp-Dierentuinenbesluit, No. W11.01.0674/V, p. 1-2. Aangenomen wordt dat op p. 2 abusievelijk “andere” in plaats van “nadere” is geschreven.

73 Raad van State, Advies bij het ontwerp-Dierentuinenbesluit, No. W11.01.0674/V, p. 2.

‘De Raad adviseert nader in te gaan op de wijze waarop de naleving van communautaire verplichtingen door decentrale overheden, in het bijzonder die in de kaderrichtlijn, wordt verzekerd zolang dergelijke algemene bepalingen niet beschikbaar zijn’.⁷⁴

In één advies wordt een relatie gelegd tussen de waarborgen voortvloeiend uit de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM en de mogelijkheid van uitvoering daarvan. Het betreft de regeling van de bevoegdheid om gegevens van gebruikers van telecommunicatie te vorderen. De Registratiekamer had er op gewezen dat de bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen een beperking vormt van de grondrechten zoals neergelegd in de genoemde artikelen. Derhalve werd door de Registratiekamer voorgesteld nadere waarborgen te stellen. De regering acht het onwerkbaar om de reeds bestaande waarborgen waaraan bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn onderworpen toepasselijk te laten zijn op de bevoegdheid om gebruikersgegevens te vorderen, gelet op het grote aantal verzoeken om deze gegevens per jaar. De Raad stelt:

‘Dit argument kan ook worden omgedraaid: de noodzaak om te voldoen aan de genoemde waarborgen kan dwingen tot een nauwkeuriger afweging of het vorderen van de gegevens – zoals gezegd een beperking van grondrechten – echt noodzakelijk is. Het verdient dan ook overweging de consistentie van de argumentatie te verbeteren’.⁷⁵

6.1.3.2.6 De relatie tussen normstelling en van handhaving

De keuze voor een specifieke reguleringsvorm, of de specifieke vorm van normstelling, kan zijn gevolgen hebben voor de mogelijkheid van handhaving. Er zijn diverse voorbeelden waarbij de Raad op deze relatie ingaat.

In het kader van het mestbeleid is gekozen voor het uitgangspunt dat op een bedrijf alleen mest mag worden geproduceerd indien de afzet daarvan is gegarandeerd. Deze garantie zou dan moeten blijken uit door de mestproducent met derden gesloten mestafzetovereenkomsten. De afzet kan plaatsvinden via wettelijk erkende tussenpersonen, mestverwerkers of exporteurs. In de advisering inzake het ontwerp voor het Besluit erkenning tussenpersonen, mestverwerkers en exporteurs Meststoffenwet zijn hieromtrent regels gesteld. De Raad merkt hieromtrent op dat het moment van uitvoering en preventieve controle daarmee ligt op het moment van aanvraag om erkenning. Verder:

‘Wanneer de erkenning eenmaal is verleend, is de controlerende overheid in een aanmerkelijk zwakkere positie: aan de hand van door de betrokken ondernemers zelf vastgelegde gegevens over de daadwerkelijke afzet zal moeten worden nagegaan of de aan de erkenning verbonden voorwaarden en verplichtingen zijn nageleefd’.⁷⁶

Vervolgens maakt de Raad tegen deze achtergrond een aantal specifieke beleidstechnische opmerkingen.

De relatie tussen de kwaliteit van de wettelijke bepalingen en de handhaafbaarheid daarvan is ook aan de orde bij het advies over het voorstel voor de Wet markt en overheid. De Raad bekritiseert het gebruik van het wetsinstrument. Een benadering van

‘harde, juridisch afdwingbare gedragsregels’

gaat er van uit dat

⁷⁴ Kamerstukken II 2002-2003, 28 808, B, p. 2.

⁷⁵ Kamerstukken II 28 059, B, p. 5.

⁷⁶ Raad van State, No. W11.01.0169, 's-Gravenhage, 21 juni 2001, p. 1-3.

‘generiek toepasbare regels zijn te formuleren voor het verrichten van marktactiviteiten door de overheid die – om ook effectief te kunnen zijn voldoende verbetering aanbrengen in de positie van particuliere ondernemingen’.⁷⁷

De Raad sluit aan bij een SER-advies, en stelt dat een

‘te zwaar beroep op de kwaliteit van de (nieuwe) gedragsregels en de handhaafbaarheid wordt gedaan’.

Bij deze advisering is sprake van een samenhang tussen de eisen van subsidiariteit, doeltreffendheid, en handhaafbaarheid.

In het kader van de ‘Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet tot aanvulling van de bepalingen inzake de verkiezing van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer, de Provinciale Staten en de Gemeenteraden in verband met de tijdelijke vervanging van hun leden wegens zwangerschap, bevalling of ziekte’ gaat de Raad vooral in op praktische moeilijkheden voor de uitvoeringsregeling, waarbij ook de aandacht wordt gevestigd op de lastig uit te voeren controle:

‘Verder dient de vraag te worden beantwoord door wie en op welke wijze wordt gecontroleerd of er sprake is van een ziekte die gebruikmaking van de vervangingsregeling rechtvaardigt en een of meer vervangingstermijnen wegens ziekte mogelijk zijn. Ook zal de ingangsdatum van de vervanging moeilijk kunnen worden vastgelegd; vaak zal deze komen te liggen na het begin van de afwezigheid wegens ziekte’.⁷⁸

De Raad adviseert de regeling van tijdelijke vervanging wegens ziekte gezien de praktische bezwaren te heroverwegen. Bijzonder is ook het punt dat de Raad verwacht dat de wetgever de plicht tot opstellen van een regeling waarin de vervanging wordt geregeld wegens de gesignaleerde problemen mogelijk langere tijd niet kan nakomen: derhalve wordt aanbevolen er geen plicht tot regelgeving doch een bevoegdheid tot regelgeving van te maken.⁷⁹

Bij het voorstel voor ‘Wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren van zaken van grote waarde’ stelt de Raad de vraag waarom sommige zaken of diensten niet al in de regeling zijn opgenomen. Deze vraag betreft in hoofdzaak subsidiariteit en doeltreffendheid. De Raad veronderstelt dat ‘*handhavingsaspecten*’ een reden kunnen zijn voor het nog niet opnemen van dergelijke zaken of diensten in de regeling:

‘Indien bepaalde zaken of diensten waarvan nu reeds bekend is dat die worden gebruikt voor het witwassen van met criminele activiteiten verkregen geld, zoals bijvoorbeeld onroerende zaken, nog niet zijn opgenomen omdat de desbetreffende branche eerst op de hoogte moet worden gebracht en moet worden voorgelicht of omdat vanwege handhavingsaspecten de tijd voor opnemings nog niet rijp wordt geacht, geeft de Raad in overweging dit in de toelichting te vermelden’.⁸⁰

In het kader van het ‘Luchthavenindelingsbesluit Schiphol’ heeft de Raad kritiek op het gebruik van het criterium waarmee de gebruiksintensiteit van gebouwen moet worden vastgesteld. De Raad betwijfelt onder meer of het gehanteerde criterium ‘*praktisch hanteerbaar*’ is (zie § 6.1.2). Ook aangaande de handhaafbaarheid zijn er twijfels:

77 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 3.

78 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 4.

79 Kamerstukken II 2001-2002, 28 051, A, p. 4-5.

80 Kamerstukken II 2002-2002, 28 018, A, p. 2-3.

‘Bovendien is twijfelachtig of dit voorschrift te handhaven is, omdat gemeentebesturen niet kunnen controleren of de toegelaten gebruikintensiteit van het gebouw niet wordt overschreden’.⁸¹

In één advies wijst de Raad op de noodzaak van toezicht en controle in het licht van de nieuwe normering. Het betreft de voorgestelde maatregel waarmee de zorgplicht van de apotheker en de apotheekhoudende arts vervalt dat in hun apotheek voldoende gelegenheid bestaat tot het verkrijgen van geneesmiddelen wijst de Raad op mogelijke problemen wanneer geneesmiddelen rechtstreeks aan patiënten te koop zullen worden geboden via Internet. De Raad overweegt:

‘Die ontwikkeling kan leiden tot rechtstreekse verstrekking van geneesmiddelen aan patiënten. Deskundige begeleiding van de aankoop en het gebruik van geneesmiddelen kan dan onvoldoende worden gewaarborgd. Ter bescherming van patiënten is het van belang ook op die marktontwikkeling in te spelen door het tijdig treffen van maatregelen ter voorkoming van het ontgaan van de gangbare instrumenten voor toezicht en controle’.⁸²

De Raad wijst met andere woorden eerst op een (neven-)effect dat kan optreden als gevolg van het loslaten van de zorgplicht, en wijst vervolgens op de noodzaak van toezicht en controle.

Voorts komen bij technisch ingewikkelde beleidsvelden specifieke handhavingsvragen op. Een voorbeeld is: in het kader van de implementatie van Europese regelgeving inzake de elektronische handtekening doet zich de specifieke vraag op hoe degene die geconfronteerd wordt met onrechtmatig gebruik van zijn elektronische handtekening daartegen in rechte kan optreden. Het betreft hier niet primair een handhavingsvraag in verticale zin (hoe kan de overheid de wetbepalingen handhaven) maar een horizontale relatie tussen burgers.⁸³ Ook zou naar het oordeel van de Raad nader moeten worden ingegaan op de handhavingsmogelijkheden van de zogenaamde ‘certificaatsdienstverlener’, ook in relatie tot de strafrechtelijke component. Ook andere specifieke, technische kwesties worden opgeworpen, zoals het advies om nader in te gaan op de deugdelijkheid van identiteitscontrole, bijvoorbeeld via biometrische methoden.⁸⁴

6.1.3.3 Vermijden van conflictmomenten

In paragraaf 1 is reeds de aandacht gevestigd op aanwijzing 12. Aanwijzing 12 geeft aan dat bij het opstellen van regelgeving de aandacht gericht moet zijn op het zo min mogelijk oproepen van conflicten. Daarbij wordt op een aantal voorbeelden gewezen hoe dat bereikt zou kunnen worden, waaronder het tot een minimum beperken van het aantal beslistmomenten waartoe toepassing van de regeling aanleiding zou kunnen geven.

In het wetsvoorstel voor de ‘Wet dualisering gemeentebestuur’ is de vraag aan de orde of voor een wethoudersontslag de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter moet worden uitgesloten. Daarmee zou een juridisch ‘conflictmoment’ worden vermeden; in de toelichting wordt opgemerkt dat het oordeel over het wethoudersontslag politiek van aard dient te zijn, zodat de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter moet worden uitgesloten. Het was de inzet van de regering dat niet in juridische geschillenbeslechting zou worden voorzien. De Raad adviseert evenwel niet voorbij te gaan aan het feit dat de burgerlijke rechter toch bevoegd zou zijn, en adviseert in dit verband, gelet op de onderhavige problematiek, de weg naar de bestuursrechter. Dit aspect beschouwen wij als behorend bij het criterium van rechtmatigheid, en wordt aldaar behandeld.

In het advies inzake het wetsvoorstel Markt en overheid stelt de Raad fundamentele vragen met betrekking tot de zin van een wettelijke regeling, waarbij onder meer wordt gewezen op het conflictopwekkende karakter van de regeling. De Raad merkt op dat de kernbegrippen van het wetsvoorstel ‘onvoldoende ondubbelzinnig’ zijn,

81 Raad van State, No.W09.02.0303/V en No.W09.02.0305/V, 's-Gravenhage, 12 september 2002, p. 5.

82 Raad van State, Advies bij het besluit houdende wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst, No. W13.01.0119/III, 's-Gravenhage, 8 juni 2001, p. 4.

83 Kamerstukken II 2000-2001, 27 742, B, p. 2-3.

84 Kamerstukken II 2000-2001, 27 742, B, p. 4.

‘zodat het enerzijds zeer moeilijk is het toepassingsbereik van het voorliggende wetsvoorstel te overzien en dit wetsvoorstel dus op onvermoede plaatsen een rol kan gaan spelen, terwijl anderzijds de aangrijpingspunten in het wetsvoorstel ook door hun vaagheid te beperkt kunnen zijn waardoor het eenvoudig is de toepassing van de uit het stelsel voortvloeiende procedureregels te ontlopen. Daardoor is het ook een conflictopwekkende regeling’.⁸⁵

Verder wordt overwogen:

‘Overigens zal het creëren van een adequate afbakening die minder onduidelijkheden en conflicten met zich brengt bepaald niet eenvoudig zijn’.⁸⁶

De Raad concludeert dat het nog te vroeg is voor wetgeving en beveelt toepassing aan van daartoe vastgestelde aanwijzingen.⁸⁷ Gelet op het fundamentele karakter van het advies lijkt dit meer thuis te horen bij de criteria subsidiariteit en evenredigheid, en doeltreffendheid en doelmatigheid. Derhalve is dit advies hier slechts kort behandeld.

6.1.3.4 Specifieke inhoud en formulering van wetsbepalingen

Uit de bestudeerde adviezen kunnen diverse voorbeelden worden gehaald waar de Raad stilstaat bij onduidelijkheden in de wet. Deze onduidelijkheid wordt niet altijd veroorzaakt door de gebrekkige inhoud van wetsbepalingen, maar kan ook de opzet van een besluit betreffen. Dit kan worden geïllustreerd met het advies over het ‘Dierentuinenbesluit’. De Raad overweegt:

‘Door de dubbele functie van de artikelen 6 tot en met 12, namelijk zowel algemene voorschriften als voorwaarden voor de verlening van een vergunning, is de opzet van het besluit ook uit het oogpunt van strafrechtelijke handhaving niet duidelijk. Artikel 3 bevat een algemeen verbod om een dierentuin te exploiteren op een wijze die niet overeenstemt met de artikelen 4 tot en met 13. Daarin worden zowel de vergunningplicht als de bepalingen met betrekking tot het houden, huisvesten en de verzorging van dieren in dierentuinen, alsmede het houden van dieren(...) in één verbodsbepaling begrepen, terwijl de overtreding van de voorschriften in de artikelen 6 tot en met 12 al strafbaar is gesteld in artikel 1, onder 4^o. WED respectievelijk artikel 3, achtste lid, van de Wet op de dierenbescherming’.

De Raad doet een concreet voorstel: naast het verbod om zonder vergunning een dierentuin te exploiteren, zou een artikel in het ontwerpbesluit moeten worden ingevoerd

‘waarin achtereenvolgens wordt bepaald dat het houden, huisvesten, verzorgen en houden voor vorengenoemde publieke doeleinden van wilde dieren in dierentuinen dient plaats te vinden overeenkomstig de daarbij genoemde bepaling’.

De Raad beveelt een andere opzet aan, analoog aan een andere amvb (namelijk het ‘Besluit welzijn productiedieren, meer specifiek artikel 2 van dat besluit’).⁸⁸ Hier is een raakvlak met het criterium ‘onderlinge afstemming’.

Voorts kunnen voorbeelden worden gegeven waar door de Raad wordt gewezen op onduidelijkheden in de wetsbepalingen zelf, waarbij soms ook wordt ingegaan op mogelijke gevolgen van de niet precies geformuleerde bepalingen.

Zo wordt geadviseerd inzake het duidelijk formuleren van de bewijslast. In het kader van wetsvoorstel voor de verbetering van de wetgeving tot ontneming van wederrechtelijk verkregen wordt specifiek geadviseerd dat in de Memorie van Toelichting (en dus blijkbaar niet in de wetsbepalingen) duidelijk moet worden gemaakt op wie de last rust om aannemelijk te maken dat er sprake is van objectieve betalingsonmacht:

85 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 2.

86 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 11.

87 Dit zijn de “Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst”.

88 Raad van State, Advies bij het ontwerp-Dierentuinenbesluit, No. W11.01.0674/V, p. 2-3.

‘Juist hierover bestaan blijkens de over het wetsvoorstel uitgebrachte adviezen grote meningsverschillen’.⁸⁹

De Raad staat bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren in zaken van grote waarde stil bij de woorden ‘van grote waarde.’ De Raad stelt:

‘Deze term biedt geen rechtszekerheid’.

Het is natuurlijk zo dat een onvoldoende klare terminologie tot problemen bij de uitvoering en handhaving van de wet kunnen leiden. De Raad legt evenwel geen expliciet verband met de uitvoerbaarheid en/of handhaafbaarheid, maar motiveert dat taalkundig de woorden niet passen in de regeling, en dat ze ook niet in het systeem van de wetgeving passen.⁹⁰

In het zojuist genoemde wetsvoorstel wordt door de Raad ook gewezen op een onduidelijkheid wat betreft de aanwijzing van de toezichthoudende ambtenaren:

‘Evenmin is duidelijk of onder het begrip personen altijd ambtenaren van de Economische Controledienst worden verstaan (...)’⁹¹

In het kader van het fiscale recht van een werkgever op afdrachtvermindering voor toetreders, zoals dat wordt geregeld in het voorstel voor ‘Wijziging van belastingwetten c.a. (Belastingplan 2002-I Arbeidsmarkt en inkomensbeleid)’ wijst de Raad er op dat onvoldoende blijkt wat de gevolgen zijn indien een door de werknemer opgestelde verklaring onjuist is of later onjuist blijkt te zijn:

‘De werkgever heeft recht op de afdrachtvermindering toetreders indien hij beschikt over een door de werknemer opgestelde verklaring volgens een bepaald model, waaruit onder meer blijkt dat deze recht heeft op toetrederskorting. De Raad merkt op, dat het gebruik van de term “blijkt” nadere toelichting behoeft, aangezien bij een dergelijke verklaring niet de zekerheid van onomstotelijk vaststaan kan worden gegeven. (...) De Raad adviseert aan te geven welke gevolgen verbonden worden aan onjuiste of nadien onjuist gebleken werknemersverklaringen’.⁹²

6.1.4 Afronding

6.1.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt samengevat weergegeven wat in de onderzochte adviezen de belangrijkste elementen zijn van de advisering door de Raad van State op de thema’s uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

In geen van de onderzochte adviezen wordt expliciet gerefereerd aan de beleidsnota ‘Zicht op wetgeving’ en de daarin opgenomen toelichting op de criteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Ook vindt expliciete verwijzing naar de Aanwijzingen voor de regelgeving nauwelijks plaats, ook niet waar dat voor de hand ligt. In het éne geval waar door de Raad een verwijzing naar de Aanwijzingen heeft plaatsgevonden, is dat expliciet aangegeven. Dit betreft Aanwijzing 131a (model voor hardheidsclausule).

6.1.4.2 Uitvoerbaarheid

Het criterium van de uitvoerbaarheid ziet vooral op de praktische mogelijkheden tot uitvoering van de wet. Vanuit ‘de aard der zaak’ is de advisering van de Raad op dit punt vaak heel feitelijk van aard,

89 Kamerstukken II 28 079, A, p. 4.

90 Kamerstukken II 2001-2002, 28 018, A, p. 3.

91 Kamerstukken II 2001-2002, 28 018, A, p. 3.

92 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 11.

waarbij concreet mogelijke praktische belemmeringen worden benoemd. De Raad benoemt daarbij meer dan eens mogelijke praktijkproblemen die nog niet door de regering zijn beschreven in de toelichting bij het wetsvoorstel. In het geval dat de Raad praktische problemen verwacht verwijst hij zelf ook naar alternatieven. Waar het gaat om onduidelijkheden, bijvoorbeeld over de capaciteit bij het bestuurlijk apparaat of over de inhoud van de taak, wordt doorgaans om een verduidelijking gevraagd.

Wat betreft het thema uitvoerbaarheid kunnen de volgende elementen worden onderscheiden.

In de eerste plaats is geïllustreerd dat de Raad vraagtekens plaatst bij de mogelijkheden van de overheidsorganisatie tot uitoefening van de wettelijke taak. De taak is dan wel duidelijk, doch er is onzekerheid of de overheid in staat zal zijn deze taak uit te voeren. In dit verband wijst de Raad ook op de prealabele vraag of wel voldoende duidelijk is wie met taakuitoefening wordt belast. (*Implementatiewet EG-kaderrichtlijn water*). De vraag naar voldoende capaciteit kan betrekking hebben op feitelijke capaciteit (*Wet kwaliteitsbevordering Rampenbestrijding*) en op de capaciteit in het strafrechtelijk handhavingsspoor (wijziging *Wet Mot en Wif*, en *Wet tot wijziging van de WRO en WED*). De Raad staat ook stil bij onzekerheden omtrent de financiële uitvoerbaarheid van de wettelijke taken (*Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding*), of bij onzekerheden omtrent de omvang van de toebedeelde taken (*Wijziging van de vreemdelingenwet 2000 met betrekking tot het inwinnen van het advies van de adviescommissie voor vreemdelingenzaken*).

Een tweede onderwerp dat in de onderzochte adviezen aandacht krijgt is de onduidelijkheid omtrent de inhoud van de publieke taak, of de voorwaarden waaronder deze moet worden uitgeoefend. In dit verband wordt gewezen op onduidelijke bepalingen bij een subsidiebevoegdheid, doch wordt niet verwezen naar aanwijzing 12 sub c van de Aanwijzingen voor de regelgeving (*Besluit subsidies niet-fysieke stadseconomie; Besluit bevordering innovatieve ontwikkelingen stedelijke vernieuwing*). Ook is gewezen op onvoldoende inzicht in de uitwerking van voorgenomen wetswijzigingen op het openbaar bestuur (*Wet bestuur in stedelijke regio's*). In een advies waarbij wordt stilgestaan bij een onduidelijk geformuleerde hardheidsclausule is wel verwezen naar de Aanwijzingen, te weten aanwijzing 131a (*Wijziging WvW 1994*). De onduidelijkheid waarmee bij de uitvoering tegenaan gelopen kan worden kan ook worden veroorzaakt doordat een nieuw onderwerp wordt gereguleerd waarmee nog onvoldoende ervaring bestaat. Waar dat aan de orde was adviseerde de Raad de figuur van een experimenteerwet (*Wet elektronisch verkeer*).

Wat betreft het derde thema, de 'praktische belemmeringen' voor de (semi-)publieke sector, zijn verschillende aspecten te onderscheiden. In één advies komt de Raad tot het oordeel dat vanwege de verwachte praktische belemmeringen maar beter geen plicht tot het vaststellen van een uitvoeringsregeling, maar slechts een bevoegdheid tot het vaststellen van een regeling moet worden geregeld (*Verklaring inzake tijdelijke vervanging van leden van gekozen organen wegens zwangerschap, bevaling of ziekte*). Bij dit laatste advies wordt de kritiek op de praktische uitwerking vooral bepaald door een principiële staatkundige opvatting (*te weten over het ambt van volksvertegenwoordiger, dat een sterk persoonlijk karakter draagt*). De Raad oefent hier trouwens niet alleen kritiek uit, maar draagt tevens een praktisch alternatief aan.

Een praktische belemmering kan ook gelegen zijn in een ingewikkeld wettelijk criterium dat in de praktijk moeilijk toepasbaar lijkt (*Luchthavenindelingsbesluit Schiphol*).

Praktische belemmeringen van organisatorische aard komen in enkele adviezen voor (onder meer *Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding*). In enkele adviezen worden opmerkingen gemaakt die de praktische uitvoerbaarheid raken, en die nauw samenhangen met staatkundige argumenten (*Wet dualisering gemeentebestuur; Wet bestuur in stedelijke regio's*). De advisering aangaande uitvoeringsaspecten is in een geval zo omvangrijk en zwaarwegend dat deze tevens onder het criterium doeltreffendheid kan worden geschaard (*Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding*).

In twee adviezen stelt de Raad specifieke vragen over uitvoerbaarheid, waarbij het gaat om administratieftechnische vragen (*Besluit accountantscontrole gemeenten, en Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten*).

Ook komt voor dat bij een mogelijke praktische belemmering de feitelijke situatie nog niet voldoende is onderzocht, in welk geval de Raad nader onderzoek adviseert (*Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie*). Het kan daarbij om erg feitelijke omstandigheden gaan (*Tijdelijke noodwet drugskoeriers*).

Naast aandacht voor uitvoerbaarheidsvragen voor de publieke sector, besteedt de Raad ook aandacht aan uitvoeringsproblemen voor de particuliere sector. Het gaat hier bijna uitsluitend om opmer-

kingen die de praktische belemmeringen en voorzieningen betreffen. Het komt daar diverse malen voor dat de Raad stilstaat bij nog niet eerder door de regering mogelijke praktijkproblemen. De Raad spreekt in één advies over ‘praktische, juridische of andere belemmeringen’ die zodanig groot lijken dat daarmee de doeltreffendheid van de maatregel ter discussie staat (*Wet verbetering poortwachter*). Ook in een ander advies wordt uitgebreid ingegaan op mogelijke praktische belemmeringen in de particuliere sector (*Concessiewet personenvervoer per trein*). In het kader van fiscale wetgeving wordt stilgestaan bij bewerkelijke berekeningen die zouden moeten worden uitgevoerd (*Wijzigingsvoorstel Wet inkomstenbelasting 2001; Belastingplan 2002-I Arbeidsmarkt en inkomensbeleid*).

Tot slot zijn er vragen die de uitvoerbaarheid raken, en die strikt genomen niet onder bovengenoemde categorieën vallen.

In de eerste plaats zijn dit opmerkingen waarbij door de Raad een relatie wordt gelegd tussen de gekozen wijze van normstelling en de mogelijkheid van uitvoering. Daarbij wordt in één geval een integrale regeling aanbevolen (*Wet ammoniak en veehouderij*).

In één advies wordt door de Raad aangedrongen op overleg met de betrokken particuliere sectoren (*Wijziging Besluit uitoefening artsnijbereidkunst*). Het gaat hier niet om overleg met degenen die de wet moeten uitvoeren, maar met degenen die met de gevolgen van de wet zullen worden geconfronteerd. In een ander advies vraagt de Raad of het voeren van overleg met een betrokken sector nadat door de Raad advies is uitgebracht, wel te rijmen is met de inrichting van het wetgevingsproces. Tot slot is er een advies waar de Raad specifiek ingaat op een ingebracht advies van een instantie die door de voorgestelde wetwijziging direct ‘getroffen’ zou worden (*Wijziging Vreemdelingenwet 2000 met betrekking tot het inwinnen van het advies van de adviescommissie voor vreemdelingenzaken*).

De relatie met de bestaande praktijk blijkt in twee opzichten relevant te kunnen zijn bij de advisering over uitvoerbaarheid. In de eerste plaats wordt aanbevolen de bestaande praktijkervaring beter in kaart te brengen (*Besluit in-vitro-diagnostica*). In de tweede plaats wordt in enkele adviezen aanbevolen beter aan te sluiten bij de bestaande praktijk (*Wet elektronisch bestuurlijk verkeer, en Verklaring inzake tijdelijke vervanging van democratisch gekozen leden*). Overigens hangt de vraag of bij de bestaande praktijk kan worden aangesloten nauw samen met de subsidiariteitsafweging.

Tot slot wordt in één advies stilgestaan bij een naar het oordeel van de Raad onvoldoende uitgewerkte evaluatiebepaling (Wijziging van de Wet op het primair onderwijs (etc) in verband met een verruiming van de bestedingsvrijheid voor scholen in het primair en voortgezet onderwijs).

6.1.4.3 Handhaafbaarheid

Bij de handhaafbaarheid staat in de eerste plaats de keuze voor een specifieke handhavingsmethode centraal. In één advies is de keuze voor de strafrechtelijke weg bekritiseerd vanwege onduidelijkheid of via dit traject wel voldoende uitvoeringscapaciteit voorhanden is (*Wijziging WRO en WED*). In een ander advies is ook stilgestaan bij de ‘verwerkingscapaciteit’ bij het Openbaar Ministerie, zonder de strafrechtelijke aanpak als zodanig ter discussie te stellen. (*Wijziging Wet MOT en Wet Wif*). Het gaat hier in feite om de uitvoerbaarheid van de strafrechtelijke weg.

In één advies worden vraagpunten geformuleerd bij het tegelijkertijd toepassen van het privaatrechtelijk en het bestuursrechtelijk instrumentarium, waarbij de Raad wijst op de mogelijkheid dat verschillende rechters bevoegd zijn kennis te nemen van eventuele geschillen (*Opiumwet*).

Ter zake een ontwerpbesluit inzake een technisch ingewikkelde beleidsproblematiek betwijfelt de Raad of de voorgestelde handhavingsmethode, in de zin van meting van de geluidsbelasting, geschikt zal blijken te zijn. Daarbij wordt ingegaan op mogelijke veranderingen in de feitelijke situatie, in welk geval de gekozen handhavingsmethode mogelijk niet toereikend zou zijn (*Luchthavenverkeersbesluit Schiphol*).

In één advies wordt kort stilgestaan bij de (onduidelijke) organisatie van het toezicht (*Wijziging wet Mot en wet Wif*).

De lastige relatie tussen bestuursrecht en strafrecht, in het bijzonder waar het de zogenaamde administratieve afhankelijkheid van het strafrecht betreft, komt ook in één advies aan de orde (*Besluit erkenning tussenpersonen etc Meststoffenwet*).

In sommige gevallen is het Europees- of internationaalrechtelijk kader relevant in het kader van de advisering over handhaving. Zo wordt in enkele adviezen ingegaan op de vereiste uitvoering van Europese richtlijnen. In één advies wordt in dit verband gesproken over ‘effectieve handhaving’, maar

het advies richt zich in het bijzonder op de gewenste wijze van normstelling (*Dierentuinenbesluit*). In dat advies wordt voorts geconcludeerd dat er gelet op de desbetreffende Europese richtlijn sprake zou moeten zijn van een imperatief geformuleerde bestuurlijke handhavingsbevoegdheid. In een ander advies wordt stilgestaan bij de eventuele benodigde voorzieningen voor corrigerend optreden ten aanzien van decentrale overheden (*Implementatiewet EG-kaderrichtlijn water*).

In één advies wordt stilgestaan bij een in het EVRM neergelegd grondrecht (artikel 8 EVRM). Het gaat dan specifiek om de praktische mogelijkheid om dit grondrecht bij de uitoefening van opsporingsbevoegdheden te respecteren. Over deze mogelijkheid neemt de Raad een duidelijk andere positie in dan de regering, ten gunste van het grondrecht. (*Wet vorderen gegevens telecommunicatie*).

In diverse adviezen gaat de Raad in op de relatie tussen een specifieke reguleringsvorm en de mogelijkheid of wijze van handhaving. In één advies wordt daarbij gewezen op de noodzaak van controle en toezicht nu er sprake is van het wegvallen van een specifieke verplichting (*Besluit uitoefening artsensijbereidkunst*). In één ander advies staat de Raad stil bij mogelijke horizontale onrechtmatigheden (*Wet elektronisch bestuurlijk verkeer*). Ook wordt stilgestaan bij moeilijk praktisch te hanteren normen, en de twijfelachtigheid of de voorschriften te handhaven zijn vanwege de onmogelijkheid te controleren (*Luchthavenindellingsbesluit Schiphol*). De Raad oppert in een ander advies dat vanwege handhavingsaspecten door de regering de tijd mogelijk nog niet rijp wordt geacht voor een wettelijke regeling. Als dat de reden is zou dat in de toelichting mogen worden vermeld (*Wijziging Wet Mot en wet Wif*).

Wat betreft het vermijden van conflictmomenten heeft de regering weliswaar in een wetsvoorstel tot tweemaal gekozen voor het vermijden van de weg naar de bestuursrechter, doch de Raad wijst in dit verband op het feit dat de burgerlijke rechter zich waarschijnlijk bevoegd zal verklaren. Geadviseerd wordt de weg naar de bestuursrechter derhalve niet uit te sluiten (*Wet dualisering van gemeente-bestuur*). Dit soort advisering lijkt evenwel te moeten worden geschaard onder hete criterium ‘rechtmatigheid’.

In één wetsvoorstel wijst de Raad expliciet op het conflictopwekkend karakter van de regeling (*Wet markt en overheid*). Gelet op de fundamentele opmerkingen met betrekking tot de zin van de wettelijke regeling is een kwalificatie onder subsidiariteit en evenredigheid, en doeltreffendheid en doelmatigheid eerder op zijn plaats.

Tot slot heeft de Raad in verschillende adviezen opmerkingen gemaakt over de inhoud en formulering van wetsbepalingen. Daarbij worden ook – uit een oogpunt van strafrechtelijke handhaving – opmerkingen gemaakt over de opzet van een besluit, waarbij de Raad concrete voorstellen tot aanpassing formuleert (*Dierentuinbesluit*). In een advies wordt bij kernbepalingen van de wet opgemerkt dat die geen rechtszekerheid bieden (*Wijziging Wet Mot en Wet Wif*). De Raad wijst hier vooral op taalkundige problemen en niet expliciet op handhavingsproblemen.

6.2 REACTIE VAN REGERING EN PARLEMENT OP DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

6.2.1 Inleiding

De voor de tweede fase geselecteerde ontwerpregelingen met bijbehorende advisering hebben betrekking op verschillende deelaspecten van de criteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Wat betreft uitvoerbaarheid betreft dit:

- onzekerheid over de inhoud van de taak: *Wet bestuur in stedelijke regio's*, *Wet elektronisch bestuurlijk verkeer*;
- gemiste aandacht voor praktische belemmeringen, of benodigde praktische voorzieningen:
 - voor de (semi-)publieke sector: *Wet dualisering gemeentebestuur*; *Regeling leerling-gebonden financiering*; *Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers*;
 - voor de private sector: *Wet verbetering poortwachter*;
- keuze voor een reguleringsmethode en uitvoerbaarheid: *Wet ammoniak en veehouderij*;
- overleg met betrokkenen: *wijziging Besluit uitoefening artsensijbereidkunst*; *Wet bestuur in stedelijke regio's*;

Wat betreft handhaafbaarheid zijn dit de volgende deelaspecten:

- de methode van handhaving (kritiek op de gekozen methode): *Luchthavenverkeersbesluit Schiphol*;
- de methode van handhaving (de relatie tussen normstelling en handhaving), met tevens aandacht voor het conflictopwekkend karakter van een regeling en de specifieke inhoud en formulering van wetsbepalingen: *Wet markt en overheid*.

Gelet op bovenstaande weergave komen niet alle elementen van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid in deze tweede fase aan bod. Bovendien kan niet worden gesuggereerd dat in § 6.1 een volledig overzicht is gepresenteerd van alle mogelijke deelaspecten van de criteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

De volgende elementen vallen buiten het kader van fase 2. In het kader van uitvoerbaarheid zijn dit:

- de capaciteit van het bestuurlijk apparaat;
- praktische belemmeringen voor de particuliere sector;
- aspecten in verband met de bestaande praktijk;
- aspecten in verband met het uitvoeren van een evaluatie.

Wat betreft handhaafbaarheid zijn dit:

- keuze voor een van de juridische wegen (straf/bestuur/civiel);
- aspecten van toezicht;
- het probleem van de administratieve afhankelijkheid van het strafrecht;
- Europees en internationaalrechtelijke aspecten.

De volgende regelingen zijn niet verwerkt in dit hoofdstuk aangezien zij ook niet voorkomen in fase 1 van het deel uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid:

- de Wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen;
- de Wijziging Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer;
- de wijziging Besluit staatstoezicht en enkele andere besluiten.

In paragraaf 6.2.2 worden de stukken behorend bij het criterium uitvoerbaarheid besproken; in paragraaf 6.2.3 komen de stukken met betrekking tot handhaafbaarheid aan bod. In paragraaf 6.2.4 volgt een slotbeschouwing.

6.2.2 Uitvoerbaarheid

6.2.2.1 Onzekerheid over de inhoud van de taak: *Wet bestuur in stedelijke regio's*

In zijn advies refereert de Raad aan een advies van het IPO, waarin aandacht wordt gevraagd voor de betekenis van het wetsvoorstel voor het 'middenbestuur'. De Raad stelt vragen over de middenlaag van het binnenlands bestuur. Hij meent dat een aantal ontwikkelingen ertoe dwingt om de rol en schaal van de provincies te herijken.⁹³ Naar mening van de Raad is de regeling nog onvoldoende uitgewerkt, waardoor de gevolgen voor het bestuur in de middenlaag nog onvoldoende duidelijk zijn. Tevens mist de Raad zicht op de wijze waarop voorgenomen wijzigingen van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Wet milieubeheer zullen uitwerken voor het bestuur van de stedelijke regio's.⁹⁴ Met name daar waar de Raad stelt dat onduidelijk is hoe de regeling zal uitwerken voor het bestuur, kan het advies worden gerelateerd aan het criterium 'uitvoerbaarheid'.

Naar aanleiding van de opmerking dat de gevolgen voor het bestuur in de middenlaag nog onvoldoende duidelijk zijn wordt in het nader rapport een korte reactie gegeven, in die zin dat wordt aange-

93 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 6.

94 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 6.

geven dat is getracht tot een zo helder mogelijke afbakening van verantwoordelijkheden te komen.⁹⁵ Tevens wordt verwezen naar paragraaf 4.2. van de memorie van toelichting: daar is een passage toegevoegd waarin, met verwijzing naar het gepubliceerde voorontwerp voor een Wet ruimtelijke ordening, wordt aangeduid op welke wijze het kabinet de verantwoordelijkheden van de stedelijke regio, mede in relatie tot de provincie, in de toekomst wil regelen. Voor de Wet milieubeheer zou verder geen toelichting nodig zijn omdat er geen relevante voorgenomen wijzigingen zijn.

Paragraaf 4.2 van de memorie van toelichting bevat onder het kopje recente beleidsontwikkelingen inderdaad een toelichting op de door de regering gewenste rolverdeling en samenwerking met betrekking tot de verschillende bestuurlijke niveaus terzake het ruimtelijk beleid.⁹⁶ Deze paragraaf wordt voorafgegaan door een alinea onder de kop 'Uitvoering ruimtelijk beleid', waar wordt uiteengezet welke rol aan de bestaande stedelijke regio's is toebedeeld bij de ruimtelijke ordening, en dat het kabinet continuering van het ruimtelijk instrumentarium wenselijk en noodzakelijk acht, in de vorm van het regionaal structuurplan. Kernachtig gesteld komt het standpunt van de regering er op neer dat de stedelijke regio de taak behoudt om een regionaal structuurplan (RSP) vast te stellen, dat van doorslaggevende betekenis is bij de toetsing van bestemmingsplannen. Provinciale goedkeuring van het RSP is vereist. Het voorgenomen nieuwe ruimtelijke beleid moet op verschillende bestuurlijke niveaus doorwerken hetgeen volgens de regering een intensieve bestuurlijke samenwerking vergt tussen de betrokken provincies, stedelijke regio's en gemeenten,

'echter zonder dat dit leidt tot nieuwe bestuurlijke structuren'.⁹⁷

In de vergadering van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties worden vragen gesteld, die in feite ook betrekking hebben op de taakverdeling tussen de verschillende bestuurlijke lagen:

'Moet de wetgever (...) niet per onderwerp duidelijk aangeven, waarover de provinciale plannen moeten gaan (kaderstellende beleidsplannen) en waarover de plannen van de stadsregio's (uitvoeringsplannen met programmering, fasering, nadere differentiatie en exploitatieafspraken)?'⁹⁸

In haar antwoord gaat de regering evenwel niet expliciet in op deze vragen; naar aanleiding van andere vragen wordt wel ingegaan op de hiërarchie in de planvorming en verschillen in juridische betekenis (het regionaal structuurplan kent, anders dan het streekplan, de figuur van de zogenaamde 'concrete beleidsbeslissing' die rechtstreeks doorwerkt bij herziening van een bestemmingsplan).⁹⁹

Samenvattend kan worden gesteld dat het advies van de Raad voor de regering geen aanleiding is geweest tot aanpassing van de regeling. Wel is in de memorie van toelichting nader aandacht besteed aan de aangestipte problematiek, waarbij door de regering tevens wordt uiteengezet hoe deze kan worden geplaatst in het licht van toekomstige regelgeving.

6.2.2.2 Onzekerheid over de inhoud van de taak: Wet elektronisch bestuurlijk verkeer

Ter zake het voorstel voor een 'Wet elektronisch bestuurlijk verkeer' is sprake van onzekerheid over de uitvoering van de taak die in verband staat met het feit dat een nieuw maatschappelijk fenomeen wordt gereguleerd, waarmee nog geen of (te) weinig ervaring bestaat. De Raad formuleert tal van vragen over deze nieuwe manier van verkeer, en constateert dat sommige vragen kunnen worden toegevoegd in de MvT, dat andere vragen beter geregeld kunnen worden hetzij op het niveau van de wet, hetzij in een andere regeling van het betrokken (bestuurs)orgaan. Voor weer andere vragen zal een definitief antwoord pas aan de hand van voldoende praktijkervaring kunnen worden gegeven.¹⁰⁰ Specifiek ter zake vraagpunten rondom de elektronische handtekening wordt door de Raad de mogelijkheid

95 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 7.

96 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 3, p. 15.

97 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 3, p. 15.

98 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 4, p. 28.

99 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, nr. 5, p. 47 en verder.

100 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 7.

van een experiment ondersteund. De algehele conclusie van de Raad inzake het wetsvoorstel is dat een regeling in de Algemene wet bestuursrecht prematuur is. In plaats daarvan wordt door de Raad een ‘*experimenteerwet*’ aanbevolen.

In het nader rapport wordt door de regering uitgebreid ingegaan op de door de Raad opgeworpen vragen. De regering vermeldt daarbij te begrijpen dat een nieuwe, naar haar aard vrij abstracte regeling, allerlei vragen oproept, die achtereenvolgend worden beantwoord. Vooraf wordt opgemerkt dat:

‘de keuze om van elektronisch verkeer gebruik te maken een vrije bevoegdheid is. De Awb dwingt niet tot het gebruik van deze weg. Indien echter voor de elektronische weg wordt gekozen, dienen de voorschriften van deze regeling in acht te worden genomen. Op het niveau van de Awb zijn slechts algemene, abstracte voorschriften te geven. Denkbaar is dat de bijzondere wetgever nadere voorschriften geeft. Van belang is ook dat het bestuursorgaan voorts zelf de ruimte heeft nadere eisen te stellen die zijn toegesneden op de gewenste vorm van elektronische communicatie. Aldus kan de normstelling nader worden geconcretiseerd’.¹⁰¹

Deze passage heeft een sterk raakvlak met de eis van subsidiariteit.

Vervolgens vindt een tamelijk uitgebreide en klaarblijkelijk zo volledig mogelijk beantwoording van de door de Raad opgeworpen vragen plaats. Uit de antwoorden kan inderdaad worden opgemaakt dat door de bestuursorganen op diverse aspecten zelf een nadere invulling kan worden gegeven. Derhalve kan niet op alle fronten een sluitend antwoord worden gegeven, hetgeen het geval is bij de vraag of het bezwaarlijk is dat de burger een ander adres dan het eigen adres opgeeft. Deze vraag:

‘kan in haar algemeenheid niet op het niveau van de Awb worden beantwoord. Het antwoord is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en dient – waar nodig – door de bijzondere wetgever of door het bestuursorgaan aan de orde te worden gesteld’.¹⁰²

Wederom kan hier een sterke verbinding worden gelegd met de eis van subsidiariteit. Verscheidene vragen raken voorts aan de eis van rechtmatigheid, bijvoorbeeld waar het gaat over elektronische verzendproblemen en fatale termijnen. De regering antwoordt hier uitgebreid waarbij het nieuwe van het elektronische verkeer (bijvoorbeeld: hoe uitvoerbaar is dit in het licht van mogelijke virussen) geïnterpreteerd wordt in het licht van de bestaande en de met het wetsvoorstel gepresenteerde rechtsregels. De volgende passage is hiervoor illustratief:

‘Wanneer de aanvrager een bericht met een virus verzendt dat vanwege het virus automatisch door het bestuursorgaan wordt geweigerd, dan raakt het bestuursorgaan niet op de hoogte van de poging een aanvraag te versturen. Het bestuursorgaan kan hierop dan ook niet reageren. Niet uitgesloten is dat de aanvrager een automatisch bericht ontvangt dat het document niet is aangekomen, maar dit hangt mede af van de wijze waarop de aanvrager het bericht heeft verstuurd, het risico hiervoor ligt bij de aanvrager. Raakt het bestuursorgaan wel op de hoogte, dan is het ingevolge artikel 2:15, derde lid, bevoegd het bericht te weigeren; het betreft immers een onbetrouwbaar bericht. Omdat het om een aanvraag tot het geven van een beschikking gaat, is voorts artikel 4:5, eerste lid, onderdeel b, van toepassing. Op grond van deze bepaling dient het bestuursorgaan de aanvrager de gelegenheid te bieden binnen een bepaalde termijn zijn aanvraag aan te vullen. De aanvrager kan op deze grond zijn aanvraag herstellen. De keuze of hij het bericht opnieuw langs elektronische weg verstuurt dan wel papieren geschriften verstuurt, is in beginsel aan hem’.¹⁰³

Ter zake de fundamentele opmerking van de Raad dat de regeling in de Awb (vanwege de vele uitvoerbaarheidsvragen) te prematuur is reageert de regering als volgt:

‘De vraag of niet beter eerst met een experimenteerwet kan worden gewerkt alvorens een min of meer definitieve wet tot stand te brengen, is in de Tweede Kamer aan de orde geweest bij de mondelinge behandeling van de nota Wetgeving voor de elektronische snelweg (...). In die nota werd

101 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 8.

102 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 9.

103 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 9-10.

aanvankelijk voorgesteld de Awb aan te vullen met een experimenteerbepaling. Vanuit de Kamer werd echter uitdrukkelijk verzocht hiervan af te zien en meteen een definitieve wettelijke regeling tot stand te brengen. De Minister van Justitie deelde dit standpunt en heeft toen toegezegd een meer definitieve regeling tot stand te brengen’.

Er bleek dus een politieke wens te zijn, vanuit de Kamer, om tot regelgeving over te gaan. Aanvullend worden nog inhoudelijke overwegingen aangedragen waarom het nu wel zinvol is een regeling – op hoofdlijnen – vast te stellen. Ook wordt opgemerkt dat door de Raad voor het openbaar bestuur de keuze wordt ondersteund om niet eerst met een experimenteerbepaling te komen. Bij dit wetsvoorstel blijkt derhalve een duidelijke samenhang te kunnen worden ontwaard tussen de onduidelijkheden die bij de toepassing van de nieuwe voorziening zouden kunnen opdoemen (de onduidelijkheden in de uitvoeringssfeer) en de vraag of überhaupt (al) tot een wettelijke regeling moet worden overgegaan. Uit het verslag van de vergadering van de vaste commissie voor Justitie blijkt dat de Tweede Kamer het voornemen tot een wettelijke regeling ondersteunt. Er worden wel enkele technische uitvoerbaarheidsvragen gesteld, zoals de vraag of het denkbaar is dat via sms-berichten met het bestuur gecommuniceerd gaat worden.¹⁰⁴ Bij de artikelsgewijze behandeling wordt vervolgens aan de regering gevraagd wat precies onder ‘bericht’ wordt verstaan, en aanvullend wordt gevraagd:

‘Valt een sms bericht hier ook onder?’¹⁰⁵

De regering antwoordt dat onder het verzenden van een bericht langs elektronische weg ook het verzenden van een sms-bericht is te verstaan:

‘Dit soort berichten wordt uitdrukkelijk niet uitgezonderd. Op het verzenden van een sms-bericht naar of van een bestuursorgaan is de voorgestelde regeling dan ook zonder meer van toepassing’.¹⁰⁶

6.2.2.3 Praktische belemmeringen voor de (semi-)publieke sector: Wet dualisering gemeentebestuur

Bij het wetsvoorstel voor de ‘Wet dualisering gemeentebestuur’ staat de Raad onder meer stil bij de keuze om de voorbereiding en de uitvoering van raadsbesluiten op te dragen aan de burgemeester in plaats van, conform de bestaande regelgeving, het college.¹⁰⁷ De Raad heeft hiertegen organisatorische bezwaren (uitvoerbaarheid), die ook te herleiden zijn tot staatkundige argumenten (rechtmatigheid). Hieronder wordt volstaan met het noemen van enkele argumenten van overwegend praktische aard (zij het dat er verwevenheid is met opvattingen over de staatkundige organisatie). Zo wordt het volgende argument aangedragen:

‘In de tweede plaats is voor de voorbereiding van raadsbesluiten vrijwel altijd de medewerking van een ervaren ambtelijke dienst nodig, een dienst die normaliter onder het gezag van het college werkt; het kan niet de bedoeling zijn dat de burgemeester hoofd wordt van een nevenambtenarij ten behoeve van de voorbereiding van raadsbesluiten’.

En het volgende bezwaar:

‘Ten slotte kan worden opgemerkt dat voorbereiding en uitvoering van raadsbesluiten veelal nauw samenhangen met medebewindstaken die aan het college zijn toebedeeld. Reeds het vereiste van “integraliteit” vereist dan dat deze zaken in één hand zullen blijven. Anders wordt met de andere hand teruggenomen (voorbereiding en uitvoering bij de burgemeester) wat met de ene hand was gegeven (versterking van het collegiale karakter van het handelen van burgemeester en wethouders)’.

Gelet op de vele bezwaren komt de Raad tot het advies om de voorbereiding en uitvoering van raadsbesluiten in andere gevallen dan wanneer het gaat om zaken van openbare orde en veiligheid bij het

104 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 5.

105 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 4, p. 6.

106 Kamerstukken II 2002-2003, 28 483, nr. 5, p. 8.

107 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 14.

college te laten. Uit het nader rapport blijkt dat dit advies van de Raad wordt gevolgd. De regering grondvest haar nieuwe standpunt op staatkundig organisatorische argumenten, zoals:

‘De Raad wijst er onder meer terecht op dat de uitvoering van besluiten van de raad bij uitstek een dagelijks bestuursstaak is, dus een reguliere taak van het college’.¹⁰⁸

De regering volstaat met een korte, instemmende reactie en vermeldt dat het wetsvoorstel en de memorie van toelichting dienovereenkomstig zijn aangepast.

6.2.2.4 Praktische belemmeringen voor de (semi-)publieke sector: Regeling leerlinggebonden financiering

In zijn advies over het wetsvoorstel voor leerlinggebonden financiering en de vorming van regionale expertisecentra (afgekort: REC) gaat de Raad in op een potentieel praktisch probleem van organisatorische aard:

‘De bedoeling is dat er per regio en per cluster van speciaal onderwijs slechts één REC is. Een REC wordt opgericht door bevoegde gezagsorganen van de scholen in de regio. Deze opzet kan problematisch uitwerken wanneer in een regio tegelijkertijd twee initiatieven tot oprichting van een REC worden genomen. Het wetsvoorstel dient te worden aangevuld. Gelet op hetgeen de Raad heeft gesteld in punt 2 van dit advies verdient het aanbeveling af te zien van de strikte regel dat alle scholen dienen te zijn aangesloten bij één REC van de eigen regio’.¹⁰⁹

Voorts:

‘Er komt voor elk cluster een landelijk dekkend netwerk van REC’s; de regionale indeling van de REC’s kan echter per cluster verschillen. Dit betekent dat de regel dat een school bij slechts één REC is aangesloten niet goed werkt. Een school kan immers onderwijs geven dat onder meer dan één cluster valt, zodat ook aansluiting bij REC’s voor verschillende clusters noodzakelijk kan zijn. (...) Het wetsvoorstel dient te worden aangepast’.¹¹⁰

Ter zake het eerst gemelde punt neemt de regering het standpunt in dat de mogelijkheid dat een school zou kunnen deelnemen aan meer dan één REC, zoals de Raad adviseert, er toe zou kunnen leiden dat een groot aantal scholen daarvan gebruik zou maken. De regering vervolgt:

‘Deze hoeveelheid van relaties zou tot gevolg hebben dat een doelmatige en efficiënte organisatie van de REC’s alsmede de taakuitvoering van de REC’s ernstig gevaar komt. Voor reguliere scholen en ouders zou er sprake zijn van een onduidelijke regionale herkenbaarheid van REC’s. Daarmee zouden de voordelen van de regionale organisatie teniet gedaan worden en de slagvaardigheid van de REC’s sterk ingeperkt worden. Het organisatorische kader voor de kwalitatieve versterking van het (v)so komt daardoor in het gedrang. Daarom wordt deze mogelijkheid niet geboden’.¹¹¹

Bovendien wijst de regering op reeds bestaande praktijkervaringen gedurende twee jaar, ten gevolge waarvan een vrijwel dekkend netwerk van REC’s is gerealiseerd, en waarbij de samenwerking van de speciale scholen binnen de REC’s is vastgelegd via convenanten. De regering:

‘De mogelijkheid van twee initiatieven tot REC-vorming binnen een regio, waar de Raad van State op wijst zal zich dientengevolge niet voordoen’.¹¹²

108 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 14.

109 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 6.

110 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 6.

111 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 6.

112 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 7.

Ter zake het tweede genoemde onderdeel van de advisering van de Raad, wat betreft de mogelijke regionale indeling van de REC's die per cluster zou kunnen verschillen waardoor de regel dat een school slechts bij één REC is aangesloten niet goed werkt, neemt de regering eveneens een ander standpunt in door kort gemotiveerd te stellen dat het door de Raad gesignaleerde probleem zich niet voor zou doen. De mogelijkheid waar de Raad op wijst zou in de praktijk alleen kunnen ontstaan bij de scholen voor langdurig zieke kinderen, doch deze scholen hebben reeds een keuze gemaakt voor deelname aan een 'cluster 3 dan wel cluster 4'. Het gesignaleerde potentiële probleem is hiermee opgelost volgens de regering.¹¹³

Samenvattend kan worden gesteld dat de Raad tweemaal om wijziging van de regeling heeft gevraagd, doch dat de regering geen praktische aanleiding ziet om dit advies te volgen; de voorgestelde regeling wordt derhalve op deze punten niet aangepast.

Bovendien valt op dat door de regering gewezen wordt op de '*doelmatige en efficiënte*' organisatie van de REC's, alsmede op de taakuitvoering die ernstig in gevaar zou kunnen komen. De juist behandelde passage heeft dan ook nauwe raakvlakken met de criteria van doeltreffendheid en doelmatigheid (waarbij de vraag kan worden gesteld welke verschillende betekenissen de regering toebedeelt aan respectievelijk 'doelmatigheid' en 'efficiëntie').

In het verslag van de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen wordt ingegaan op de REC's.¹¹⁴ Er worden allerlei, ook praktische, vragen gesteld, maar ook vragen over de mogelijke bedreiging voor de vrijheid van onderwijs. Aan de door de Raad genoemde specifieke punten wordt niet gerefereerd.

6.2.2.5 Praktische belemmeringen voor de (semi-)publieke sector: Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

Aan de basis van het wetsvoorstel ligt een zeer feitelijke doelstelling: het op zeer korte termijn vergroten van de detentiecapaciteit voor drugskoeriers. Er was een sterke politieke druk voor een snelle totstandkoming van deze wet. Bij de voorbereiding van het wetsvoorstel stond nu juist de uitvoerbaarheid centraal, met name ook de vraag of er voldoende menskracht voor bewaking zou zijn.¹¹⁵

De toepassing van de wet – die in een noodmaatregel voorziet – is tijdelijk, te weten maximaal één jaar. De Raad van State heeft in zijn advies, bij de paragraaf 'Overige opmerkingen' een vraag gesteld over de feitelijke uitvoeringsmogelijkheid. Het gaat daarbij om de gevolgen die het onderbrengen van meer dan één verdachte (bolletjesslikkers) in één verblijfsruimte zullen hebben voor de werkzaamheden, onder omstandigheden ook de veiligheid, van het penitentiair personeel.¹¹⁶ De Raad adviseert daaraan in de toelichting nader aandacht te besteden. In het nader rapport verschijnt een korte mededeling van de regering:

'In de toelichting is aandacht besteed aan de gevolgen voor de werkzaamheden, onder omstandigheden ook voor de veiligheid van het personeel van het onderbrengen van meer dan één verdachte in één verblijfsruimte'.¹¹⁷

Daarbij wordt niet aangegeven op welke plaats in de MvT deze nadere reactie staat. In deze zin is derhalve niet makkelijk herleidbaar waar de reactie van de regering op het advies gevonden kan worden. De MvT bestaat uit 13 pagina's en is onderverdeeld in de paragrafen Algemeen, Financiële gevolgen, en Artikelsgewijs. In de paragraaf 'Algemeen' wordt slechts zeer algemeen ingegaan op de gevolgen voor de werkzaamheden van het penitentiare personeel, in het kader van het uitgangspunt dat de personele lasten van het wetsvoorstel tot een zodanig niveau beperkt zijn dat de maatregelen op korte termijn uitvoerbaar zijn. Aansluitend wordt opgemerkt:

113 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 7.

114 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, nr. 6, p. 25-28.

115 Zoals bevestigd in het interview met betrokken ambtenaren.

116 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 9.

117 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 9.

‘Voor het wetsvoorstel is bepalend geweest welke bepalingen – gelet op de te verwachten bouwkundige en personele omstandigheden – uitvoerbaar zijn’.¹¹⁸

In de paragraaf ‘Financiële gevolgen’ vindt een verwijzing plaats naar een ander document, te weten het ‘Plan van aanpak drugskoeriers Schiphol’ dat kort voor indiening van het wetsvoorstel was gezonden naar de Tweede Kamer.¹¹⁹

In de artikelsgewijze toelichting wordt bij artikel 8 stilgestaan bij de mogelijkheid dat een ruimte voor gemeenschappelijk gebruik door gedetineerden zullen kunnen worden toegewezen door de directeur als bedoeld in artikel 4, derde lid, wetsvoorstel. Artikel 8 luidt als volgt:

‘1. De directeur wijst de gedetineerde een verblijfsruimte toe. Deze ruimte is voor hem persoonlijk dan wel voor de gemeenschappelijke onderbrenging van gedetineerden bestemd.

2. Onveroordeelde en veroordeelde gedetineerden kunnen gemeenschappelijk worden ondergebracht.

3. Mannelijke en vrouwelijke gedetineerden onderscheidenlijk volwassenen en minderjarige gedetineerden worden in verblijfsruimten gescheiden’.¹²⁰

In de volgende passage uit de MvT waar een toelichting op artikel 8 wordt gegeven, wordt mede gerefereerd aan de werkomstandigheden en veiligheid van het personeel:

‘Denkbaar is dat er voorzieningen zullen komen die toegerust zijn met slaapzalen. Aan artikel 14, tweede lid, van de European Prison Rules, dat stelt dat bij gemeenschappelijk gebruik van verblijfsruimten de gedetineerden hiervoor geschikt dienen te zijn, zal zoveel mogelijk invulling worden gegeven wanneer er ook voorzieningen komen die met eenpersoonscellen zijn uitgerust. Dit is niet alleen in het belang van de veiligheid en de lichamelijke integriteit van de gedetineerden, doch ook in het belang van de werkomstandigheden en de veiligheid van het personeel’.¹²¹

Het belang waar door de Raad van State aandacht voor is gevraagd wordt derhalve expliciet onderkend door de regering; evenwel wordt aangegeven dat dit nog niet volwaardig kan worden behartigd nu nog eenpersoonscellen ter beschikking moeten komen. In de desbetreffende passage wordt niet inzichtelijk gemaakt wanneer hierin zal zijn voorzien.

In het overige deel van de artikelsgewijze toelichting wordt niet expliciet ingegaan op de relatie tussen het onderbrengen van meerdere gedetineerden in een verblijfsruimte en de werkomstandigheden van het personeel. Wel wordt in meer algemene zin gerefereerd aan de ‘nodige controle- en geweldmiddelen’ die aan de directeur ter beschikking worden gesteld om de orde en de veiligheid in de voorziening te kunnen handhaven.¹²²

Uit het verslag van de vaste commissie voor Justitie blijkt dat de veiligheid van (gedetineerden en) het personeel diverse malen kort aan de orde komt. De SP-fractie van de Tweede Kamer stelt bijvoorbeeld vragen over de veiligheid van het personeel, waarbij overigens niet wordt gerefereerd aan het advies van de RvS maar aan commentaren van werknemersorganisaties:

‘Wat is de reactie van de regering op de zorg die geuit wordt door onder andere de AbvaKabo en de CFO ten aanzien van de veiligheid van bewakend personeel en de gedetineerden?’¹²³

Ook de leden van de SGP-fractie stellen de vraag of er voldoende, eventuele bijzondere waarborgen voor de veiligheid van het personeel nodig zijn, en zo ja of deze aanwezig zijn.¹²⁴

En bij de artikelsgewijze toelichting wordt bij artikel 8 in algemene zin gesteld:

118 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 2.

119 Dit rapport is in dit onderzoek niet bestudeerd.

120 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nrs. 1-2, p. 3.

121 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nrs. 1-2, p. 7.

122 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 9.

123 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 7.

124 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 8.

‘Er dient benadrukt te worden dat de veiligheid van het personeel en de gedetineerden voorop dient te staan bij de plaatsing van gedetineerden in deze bijzondere voorzieningen’.¹²⁵ (te weten de plaatsing van gedetineerden in één ruimte).

De betrokken minister antwoordt onder meer:

‘Ik tracht zoveel mogelijk personeel aan te trekken zodat de bezetting voldoende is om eventuele agressie af te wenden. In zoverre trek ik mij de zorg zoals die door de AbvaKabo en de CFO is geuit aan. Niemand is immers gebaat bij onbeheersbare situaties die gevaarlijk zijn voor personeel en gedetineerden’.¹²⁶

In een brief gedateerd 14 maart 2003 waarin door de betrokken Minister een nadere reactie wordt gegeven op de eindrapportage betreffende de evaluatie van de toepassing van de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers, wordt medegedeeld dat het personeel aangeeft de situatie in de noodvoorzieningen goed beheersbaar te vinden en zich veilig te voelen.^{127 128}

6.2.2.6 Praktische belemmeringen voor de private sector: Wet verbetering poortwachter

In zijn advies met betrekking tot dit wetsvoorstel benoemt de Raad een groot aantal belemmeringen, waarbij door de Raad gesproken wordt over ‘*praktische, juridische of andere belemmeringen*’ die een oplossing van de problemen in de weg kunnen staan.¹²⁹ Door zo veel belemmeringen te noemen wordt geraakt aan de vraag of de maatregel wel doeltreffendheid zou kunnen zijn. De Raad stelt dan ook de vraag of de voorgestelde maatregelen de effectiviteit van het stelsel zullen vergroten (zie ook het hoofdstuk over doeltreffendheid en doelmatigheid).¹³⁰ Ook de onduidelijkheid over het begrip reïntegratie speelt hier een rol.

Wat betreft de mogelijke belemmeringen wijst de Raad een vijftal mogelijkheden, die hieronder worden weergegeven (deels samengevat):

- a. De Raad stelt dat de concepten van reïntegratie en arbeidsongeschiktheid elkaar lijken uit te sluiten, en niet valt in te zien hoe deze spanning in het kader van de voorliggende regeling wordt opgelost. Voor zover een werknemer geheel arbeidsongeschikt is, is het niet zinvol om van werkgever en werknemer te verwachten dat zij zich een jaar of zelfs anderhalf jaar lang inspannen om betrokkene te reïntegreren. Reïntegratie is alleen mogelijk voor zover de werknemer arbeidsgeschikt is.
- b. Als de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan zijn eigen reïntegratie zou veeleer ontslag moeten volgen; de ontslagbescherming maakt dat nu echter onmogelijk;
- c. Het wetsvoorstel geeft de werkgever het recht om het loon van de zieke werknemer in te houden als deze zich onvoldoende inspannt. Het zal aan de werkgever zijn om de nalatigheid van de werknemer aannemelijk te maken, en dat zal niet altijd eenvoudig zijn;
- d. In het wetsvoorstel is niet nauwkeurig omschreven wat er – onder het algemene begrip ‘reïntegratie’ van werkgever en werknemer wordt verwacht.
- e. Het zal in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de zieke werknemer niet altijd eenvoudig zijn voor de werkgever om over de medische gegevens te beschikken die nodig zijn om de werknemer te reïntegreren.

In het nader rapport behandelt de regering deze aandachtspunten (behalve één) niet in de door de Raad gehanteerde volgorde. De reactie van de regering komt op het volgende neer:

125 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 11.

126 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 3.

127 Kamerstukken II 2002-2003, 28 201, nr. 25, p. 2. In de brief wordt gerefereerd aan aantallen gedetineerden die tegelijkertijd in één verblijfsruimte zouden zijn.

128 De beraadslaging in de Eerste Kamer is dienaangaande niet onderzocht.

129 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 4.

130 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 3.

Ad a. Volgens het kabinet gaat de Raad bij zijn interpretatie en de betekenis van het arbeidsongeschiktheidsbegrip uit van enkele verkeerde veronderstellingen. Bijvoorbeeld:

‘Ten tweede gaat de Raad er ten onrechte van uit dat arbeidsongeschiktheid een statische toestand is, die geen verbetering meer toelaat. Dit is echter slechts in een zeer gering deel van de gevallen aan de orde. In de overgrote meerderheid van de gevallen sluiten ongeschiktheid tot werken en reïntegratie elkaar niet uit, doch liggen direct in elkaars verlengde’.¹³¹

Hier is derhalve sprake van een verschil van inzicht in de vraag of de status van arbeidsongeschikt doorgaans al dan niet een blijvend is. De regering motiveert tamelijk uitvoerig dat er niet sprake is van een statische situatie, met name omdat er een (ruime) marge aan andere arbeid kan zijn. Dit leidt tot de conclusie dat reïntegratie en ongeschiktheid tot werken elkaar niet uitsluiten.

Ad b. Op het punt van de door de Raad vermelde ontslagbescherming merkt het kabinet op:

‘Het kabinet wijst erop dat het arbeidsrecht en het sociale verzekeringsrecht aan de werkgever aangrijpingspunten bieden om de medewerking van de zieke werknemer aan zijn reïntegratie te bewerkstelligen. Zo is de werkgever (ook al onder de huidige wetgeving) niet verplicht het loon door te betalen als een zieke werknemer zonder deugdelijke grond weigert passende arbeid te verrichten’.¹³²

Volgens de regering is er met het instrument looninhouding sprake van een effectieve arbeidsrechtelijke sanctie. Hier is sprake van een verschil van inzicht over het al dan niet voorhanden hebben van een effectieve juridische sanctie voor de werkgever. Bovendien geeft de regering aan dat aan de kantonrechter kan worden verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Wel wordt door de regering nog vermeld dat nog zal worden bezien of in de praktijk behoefte bestaat aan een verdere nuancering van het opzegverbod.

Ad c. Op dit punt wordt door de regering niet expliciet een specifiek daarop betrekking hebbende reactie gegeven.

Ad d. Ter zake de door de Raad gememoreerde onduidelijkheid wordt gesteld:

‘het is op zich juist dat het wetsvoorstel zelf niet volledig aangeeft wat de concrete verplichtingen van de werkgever zijn, doch de Raad verliest daarbij uit het oog dat in het wetsvoorstel wordt aangegeven dat deze bij ministeriële regeling omschreven zullen worden’.¹³³

Ad e. De regering is zich bewust van het spanningsveld, maar stelt dat de medische gegevens voor de werkgever niet relevant zijn. De regering is van oordeel

‘dat voor de werkgever relevante uitkomsten van de medische beoordeling aan de werkgever ter beschikking kunnen worden gesteld, zonder dat de werkgever over de daaraan ten grondslag liggende medische gegevens hoeft te beschikken’.¹³⁴

Hier is derhalve sprake van een andere visie inzake de gegevens welke nodig zouden moeten zijn voor uitvoering van de regeling.

Afsluitend kan worden geconstateerd dat de regering – op een punt na – gemotiveerd ingaat op de opmerkingen van de Raad van State, en elk behandeld kritiekpunt weerlegt. Daarbij worden andere inzichten geformuleerd dan door de Raad in zijn advies is gedaan, variërend van het al dan niet statische karakter van arbeidsongeschiktheid, de vraag of er sprake is van een effectief sanctie-instrument

131 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 5.

132 Kamerstukken II 2001-2002, 27 678, A, p. 6.

133 Kamerstukken II 2001-2002, 27 678, A, p. 6.

134 Kamerstukken II 2001-2002, 27 678, A, p. 6.

voor de werkgever, het feit dat niet in de wet maar in nadere regelingen meer duidelijkheid wordt gegeven, en de mate waarin de werkgever de beschikking zou moeten hebben over gegevens.

6.2.2.7 Keuze voor een reguleringsmethode en uitvoerbaarheid: Wet ammoniak en veehouderij

Zoals in fase 1 reeds is aangegeven, is de advisering van de Raad betreffende het gebruikte instrumentarium bij het voorstel voor een Wet ammoniak en veehouderij niet onder één noemer te brengen. Zo is de vraag of het gekozen en reeds bestaande instrumentarium wel toereikend is zowel te scharen onder doeltreffendheid, en, gelet op het feit dat mede sprake is van een (gedeeltelijke) uitvoering van een Europese richtlijn, onder rechtmatigheid. De opmerking van de Raad dat uitvoering van het beleid door drie regelingen praktisch op grote bezwaren zal stuiten is nauw verbonden met de eis van onderlinge afstemming. Bovendien speelt hier het rechtmatigheidsaspect dat het in de IPPC-richtlijn neergelegde kader voor een integrale benadering van de milieubelasting dient te worden geïmplementeerd.

In haar reactie op deze vragen in het nader rapport wordt door de regering niet specifiek ingegaan op uitvoerbaarheidsaspecten, zoals praktische belemmeringen, of de ook niet door de Raad gestelde vraag of de decentrale overheden toegerust zijn tot uitvoering van het samenhangende complex aan regelgeving.

6.2.2.8 Overleg met betrokkenen: Wijziging Besluit uitoefening artsennijverheid

De Raad stelt vast dat uit de nota van toelichting niet blijkt of afstemming heeft plaatsgevonden met apothekers en consumenten dan wel met de lichamen of instellingen die hun belangen behartigen. Daarbij wordt gewezen op een ander mogelijk uitvoeringsprobleem, namelijk dat

‘tussen de minister en het veld van apotheekhouders een meerjarenafspraak is gemaakt die ook volgend jaar nog geldt. Het is uiteraard mogelijk dat een bestaande overeenkomst tussentijds wordt opgezegd en wordt vervangen door nieuwe afspraken, maar hiervoor lijken geen concrete voornemens te bestaan’.¹³⁵

Na nog verwezen te hebben naar reeds bekende bezwaren vanuit de patiëntenbeweging komt de Raad tot de aanbeveling dat

‘het belang van de voorgestelde wijziging (...) groot genoeg is om daarbij de genoemde belanghebbenden dan wel hun vertegenwoordigende organisaties, waaronder patiëntenverenigingen, voldoende te betrekken en van die betrokkenheid blij te geven in de nota van toelichting’.¹³⁶

Het voeren van voldoende overleg met betrokkenen, om daarmee zicht te krijgen op de uitvoeringsaspecten, wordt beschouwd als een element van het uitvoerbaarheids criterium. De advisering van de Raad wijst hier in de richting van voeren van overleg met personen die direct gevolg ondervinden van de nieuwe wettelijke maatregel. Het betreft namelijk het vervallen van de plicht van apothekers en apotheekhoudende artsen om te bewerkstelligen dat in hun apotheek voldoende gelegenheid bestaat tot het verkrijgen van geneesmiddelen. De Raad acht het van belang om de betrokken belanghebbenden dan wel hun organisaties bij de voorbereiding van de wettelijke maatregel te betrekken.

In het nader rapport staat een verwijzing naar de Nota van toelichting:

‘In de nota van toelichting is een passage opgenomen over de wijze waarop belanghebbenden zijn betrokken bij de totstandkoming van de beslissing om artikel 33 BUA te schrappen’.¹³⁷

135 Raad van State, No.W13.01.0119/III, ‘s-Gravenhage, 8 juni 2001, p. 5.

136 Raad van State, No.W13.01.0119/III, ‘s-Gravenhage, 8 juni 2001, p. 6.

137 Ingevolge artikel 33 van het BUA, eerste lid, moest de apotheker dan wel apotheekhoudende huisarts ervoor zorgdragen dat er in of via zijn apotheek voldoende gelegenheid bestond tot het verkrijgen van geneesmiddelen. Het schrappen van deze bepaling is een dereguleringsmaatregel, met het doel meer mogelijkheden voor apothekers en zorgverzeke-

Het blijkt derhalve voor de Raad niet mogelijk te zijn geweest om bij zijn advisering in te gaan op de wijze van het gevoerde overleg en de inhoud daarvan. In de Nota van toelichting zoals gepubliceerd in het Staatsblad komt de volgende (nieuwe) passage voor, die in de kern inhoudt dat de voorgenomen maatregel draagvlak heeft bij betrokken doelgroepen:

‘De schrapping van artikel 33 BUA maakt deel uit van een groot aantal maatregelen op het terrein van de farmacie, die voortvloeien uit aanbevelingen van de rapporten De Vries, Zorgverzekeraars Nederland en de MDW-werkgroep geneesmiddelen. Eén van deze commissies heeft een groot aantal discussiebijeenkomsten georganiseerd waarvoor beroepsbeoefenaren van de diverse betrokken disciplines werden uitgenodigd. Een en ander word afgesloten met een invitational conference. De resultaten van de discussies zijn in het rapport verwerkt. Het kabinet heeft een standpunt ingenomen met betrekking tot de drie verschenen rapporten. Dit standpunt is zowel aan de Tweede Kamer aangeboden als aan de betrokken brancheorganisaties.

- Onderhavige maatregel stond daarin aangekondigd.

- Veel brancheorganisaties hebben het kabinetsstandpunt aangegrepen om hun opvattingen over de kabinetsvoornemens kenbaar te maken. Zowel de brancheorganisatie van de apothekers, de KNMP, als de organisatie van patiënten, de Nederlandse Patiënten/Consumenten Federatie, hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt. Onderhavige maatregel bleek voor betrokken partijen geen aanleiding te zijn voor kritische kanttekeningen’.¹³⁸

Achteraf wordt derhalve door de regering aangegeven dat er overleg is gevoerd en dat er geen kritiek is op de voorgenomen maatregel. De Raad heeft door dit verloop geen gelegenheid gehad om de procedurele kwaliteit van het gevoerde overleg te beschouwen, noch de inhoud ervan.

6.2.2.9 Overleg met betrokkenen: Wet bestuur in stedelijke regio's

Bij de totstandkoming van dit wetsvoorstel voordat het aan de Raad werd voorgelegd was sprake van een brief met een kritische reactie van het IPO op de ontwerpwet. Aan het IPO was aangeboden dat overleg zou plaatsvinden met de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ná het uitbrengen van het advies door de Raad van State. De Raad vraagt zich af hoe een dergelijk aanbod valt te rijmen met de inrichting van het wetgevingsproces.¹³⁹ Het lijkt immers niet passend in de procedure om na de advisering door de Raad nog in te gaan op kritische opmerkingen van voor de voorliggende materie uiterst relevante belangenorganisatie. In het nader rapport wordt betoogd dat het toekomstige contact met het IPO zou gaan om een nadere toelichting op eerder geuite bezwaren. Het zou derhalve niet gaan om voortgezette advisering. Aan de mogelijkheid dat via deze werkwijze het wetsvoorstel ook na advisering door de Raad nog wijziging zou kunnen ondergaan wordt geen aandacht besteed. De reactie van de regering is niet overtuigend: indien er sprake is van een serieus aanbod tot nader overleg en nadere uitwerking van ingediende kritische reacties zou er ook bereidheid moeten zijn om – indien dat nodig wordt bevonden – tot aanpassing van het wetsvoorstel over te gaan. Indien deze bereidheid er niet is lijkt het voeren van overleg een wassen neus. Indien er wel bereidheid is het wetsvoorstel aan te passen wordt het procedurele risico gelopen dat op dergelijke punten de Raad niet heeft kunnen adviseren, tenzij natuurlijk nogmaals om advies zou worden gevraagd.

raars te scheppen om binnen de geneesmiddelenvoorziening te differentiëren en te specialiseren (Nota van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad, p. 1.)

138 Stb. 2002, 274, p. 4-5.

139 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095 A, p. 5.

6.2.3 Handhaving

6.2.3.1 De specifieke vormgeving van de handhavingsmethode: Luchthavenverkeersbesluit Schiphol

In het ontwerp voor het ‘Luchthavenverkeersbesluit Schiphol’ is sprake van een technisch ingewikkelde beleidsproblematiek. Het advies van de Raad richt zich vanwege de onderlinge samenhang tegelijkertijd op de ontwerp-amvb voor het Luchthavenindelingsbesluit voor Schiphol. De Raad stelt vragen bij de geschiktheid van de voorgestelde, specifieke methode voor handhaving, vooral waar het gaat om het meten van de geluidsbelasting. In de inleidende paragraaf van het advies wordt kernachtig de vraag gesteld of het in de ontwerpbesluiten neergelegde toetsingskader in voldoende mate kan worden gehandhaafd.¹⁴⁰ Het advies betreft hier de inhoud en geschiktheid van de gestelde normen, waarbij het gestelde doel – te weten een gelijkwaardige mate van geluidsbelasting ten opzichte van de voorgaande wetgeving – mogelijk onvoldoende kan worden bereikt. Door de Raad wordt stilgestaan bij ‘handhaving’, maar de advisering betreft inhoudelijk gezien vooral ook het criterium van doeltreffendheid aangezien betwijfeld wordt of de voorgenomen waarborgen kunnen worden behaald. Nu in casu een onlosmakelijke samenhang is tussen doeltreffendheid en de mogelijkheid tot handhaving is het interessant hier ook de specifieke advisering van de Raad te vermelden ter zake de zogenaamde handhavingspunten voor de geluidbelasting – maar overlap met het onderzoeksdeel inzake doeltreffendheid is onvermijdelijk. De bescherming tegen geluidsoverlast wordt onder meer vormgegeven via grenswaarden in de handhavingspunten in een gebied rond de luchthaven. De Raad betwijfelt of deze methodiek geschikt zal zijn:

‘aangezien noodzakelijkerwijs is uitgegaan van een simulatiemode, rijst de vraag of bij een afwijkende verdeling van het luchthavenluchtverkeer de gekozen handhavingspunten nog een voldoende waarborg kunnen bieden voor de gelijkwaardigheid van de mate van geluidsbelasting. In paragraaf 6.2 van de nota van toelichting wordt melding gemaakt van een onderzoek waaruit zou blijken dat bij een simulatie met een fors andere verdeling van het verkeer dan is aangenomen, toch geen noemenswaardig grote verschillen optreden. Uit de nota van toelichting blijkt niet om welk onderzoek dit gaat en hoe het is uitgevoerd. Aangezien het hier een essentieel onderdeel betreft met betrekking tot de toetsing van het gekozen systeem van handhavingspunten, dient in de toelichting meer informatie te worden verschaft over dit onderzoek en de resultaten daarvan. Daarbij ware ook aan te geven waarom uit het onderzoek kan worden afgeleid dat er bij een fors andere verdeling van het verkeer toch geen noemenswaardige grote verschillen kunnen optreden’.¹⁴¹

De Raad is dus niet overtuigd van de geschiktheid van de handhavingspunten en stelt dan ook voor de toelichting aan te vullen met informatie op dit punt, met name ook voor de situatie dat sprake zou zijn van een fors andere verdeling van het verkeer. Het nader rapport van 21 november 2001 maakt voor het gemelde punt een verwijzing naar de nota van toelichting. Het luidt:

‘Het advies van de Raad van State is gevolgd en heeft ertoe geleid dat in paragraaf 6.2 (vierde tekstblok) en in hoofdstuk 8 van de nota van toelichting bij het Luchthavenverkeersbesluit Schiphol een passage is opgenomen over de beschermende werking door de handhavingspunten van de geluidsbelasting voor het etmaal’.¹⁴²

In het vierde tekstblok van paragraaf 6.2 wordt verwezen naar het onderzoek: het betreft ‘Rapport NLR-CR-2001-373’, zijnde onderzoeksbijlage 6 bij het Milieu Effect Rapport. Uit dit onderzoek blijkt dat er één geval gevonden werd

140 Raad van State, No.W09.02.0303/V en No.W09.02.0305/V, ‘s-Gravenhage, 12 september 2002, p. 2.

141 Raad van State, 1 No.W09.02.0303/V en No.W09.02.0305/V, ‘s-Gravenhage, 12 september 2002, p. 2.

142 Nader rapport, 21 november 2002, nummer HDJZ/LUV/2002-2735, p. 1

‘waarbij in een woongebied buiten de 58 dB(A) L_{den} -contour de belasting hoger was dan 58 dB(A). De waarde bedroeg daar 58,2 dB(A)’.¹⁴³

Tevens wordt vermeld welke conclusie is getrokken op basis van dit rapport:

‘Gelet op dit onderzoek moet een overschrijding als onwaarschijnlijk, maar niet geheel onmogelijk worden gekwalificeerd. Deze laatste constatering heeft er toe geleid dat de minister van V en W aan de Tweede Kamer heeft toegezegd dat er vanaf de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel monitoring van de geluidsbelasting in woongebieden tussen de (L_{den} -equivalenten van) de 35 Ke-contour en de 20 Ke-contour plaats zal vinden. Dit zal leiden tot een uitbreiding van het (handhavings)stelsel tot ook het buitengebied vanaf 2005.¹⁴⁴ De hiermee samenhangende wijzigingen zullen niet neerslaan in dit eerste luchthavenverkeersbesluit’.¹⁴⁵

De advisering door de Raad van State heeft derhalve niet geleid tot een aanpassing van de voorgestelde regeling. Wel heeft gelet op de handhaafbaarheid van de regeling reeds een aanpassing plaatsgevonden, die alreeds was toegezegd aan de Tweede Kamer voor de advisering door de Raad: een wijziging in de monitoring van de geluidbelasting.

Ook na de vaststelling van het Luchthavenverkeersbesluit is er nog veel aandacht geweest voor de geluidsbelasting ten gevolge van Schiphol, en over het meten van die belasting.¹⁴⁶ De later bekendgemaakt ‘rekenfout’ van Schiphol is in de media wijd belicht.

Afsluitend kan nog de volgende opmerking worden gemaakt. Het dient de leesbaarheid en daarmee transparantie van de besluitvorming door precies te verwijzen waar in de nota van toelichting de uitwerking van de door de Raad gestelde vragen staat. Nu de Raad onder meer vroeg naar een niet in de oorspronkelijke nota van toelichting vermeld onderzoek zou er een theoretische mogelijkheid kunnen bestaan dat hij niet in de gelegenheid is geweest om dit onderzoek in de advisering te betrekken. Uit de reactie van de regering blijkt dat het gaat om een onderzoek dat als bijlage bij het MER-rapport is gevoegd.

6.2.3.2 Relatie tussen normstelling en handhaving, en het conflictopwekkende karakter van de regeling: Wet markt en overheid

6.2.3.2.1 Normstelling en handhaving

De relatie tussen de kwaliteit van de wettelijke bepalingen en de handhaafbaarheid daarvan is aan de orde bij het advies over het voorstel voor de Wet markt en overheid. De Raad bekritiseert het gebruik van het wetsinstrument. Een benadering van ‘*harde, juridisch afdwingbare gedragsregels*’ gaat er van uit dat ‘*generiek toepasbare regels zijn te formuleren voor het verrichten van marktactiviteiten door de overheid die – om ook effectief te kunnen zijn voldoende verbetering aanbrengen in de positie van particuliere ondernemingen.*’¹⁴⁷ Bij deze advisering is sprake van een samenhang tussen de eisen van subsidiariteit, doeltreffendheid, en handhaafbaarheid. Specifiek terzake de handhaafbaarheid wordt door de regering in het nader rapport het volgende gesteld:

143 Stb. 2002, 592, p. 22.

144 Voetnoot in dit citaat: “Op eenzelfde wijze zal monitoring plaatsvinden in woongebieden tussen 26 en 20 dB(A) L_{Aeq} . Zie de brieven van de minister van V en W aan de vaste commissie voor V en W van de Tweede Kamer van 7 september 2001 en 20 september 2001.”

145 Stb. 2002, 592, p. 22.

146 Zo heeft op 12 februari 2003 een algemeen overleg plaatsgevonden tussen de vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat met de staatssecretaris van V en W, waarbij onder meer het Luchthavenverkeersbesluit was geagendeerd. Daarbij wordt ook ingegaan op het (snel) instellen van een nieuwe commissie als vervolg op de commissie Berkhout. Deze commissie had, in tweede instantie, de opdracht om te bezien of een handhavingsmethode zou kunnen worden ontworpen voor het buitengebied.

147 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 3.

‘De gedragsregels, zoals vastgelegd in de hoofdstukken 5, 6, en 7, zijn naar ons oordeel voldoende duidelijk en geven harde, juridisch afdwingbare normen. De NMa is belast met het toezicht op de naleving van de gedragsregels’.¹⁴⁸

Een nadere toelichting hierbij ontbreekt. Wel wordt in de memorie van toelichting nader ingegaan op het feit dat handhavingstaken aan de NMa worden toebedeeld. De regering refereert hierbij aan het SER-advies waar aanbevolen is de NMa te belasten met handhaving van de gedragsregels. Dit advies is opgevolgd, reeds in het voorstel dat aan de Raad van State ter advisering is voorgelegd.¹⁴⁹

Ook worden mededelingen gedaan over de uitvoerbaarheidstoets en handhaving. Uit een onderzoek naar de uitvoerbaarheid en handhaving zijn verschillende suggesties voorgekomen om de toepasbaarheid van het wetsvoorstel te verbeteren:

‘Deze suggesties hebben tot aanpassingen van het wetsvoorstel geleid, waardoor met betrekking tot de uitvoerbaarheid en handhaving van het wetsvoorstel geen onoverkomelijke knelpunten meer worden gezien’.¹⁵⁰

Tevens wordt vermeld dat de NMa in het voorbereidingstraject van het wetsvoorstel is gevraagd advies uit te brengen over handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van de gedragsregels.

‘De NMA acht het in haar advies van groot belang dat er zorgvuldige afstemming plaatsvindt tussen de activiteiten van de Commissie markt en overheid en de NMa. Een voorziening hiervoor is diensgevolge in het wetsvoorstel opgenomen. Voorts vroeg de NMa aandacht voor de omschrijving en de reikwijdte van begrippen en definities. In de toelichting bij het wetsvoorstel zijn hiertoe nog verduidelijkingen aangebracht’.¹⁵¹

Ook hier wordt niet gespecificeerd welke verbeteringen dit zijn. Overigens verdient het aandacht dat het wetsvoorstel in die zin is aangepast dat er een regeling is opgenomen inzake het overleg tussen de Commissie markten overheid en de NMa.

6.2.3.2.2 *Conflictopwekkend karakter*

Het valt te verwachten tot onduidelijke begrippen leiden tot conflicten. De Raad wijst expliciet op het conflictopwekkende karakter van de regeling: de kernbegrippen van het wetsvoorstel zouden ‘onvoldoende ondubbelzinnig’ zijn,

‘zodat het enerzijds zeer moeilijk is het toepassingsbereik van het voorliggende wetsvoorstel te overzien en dit wetsvoorstel dus op onvermoede plaatsen een rol kan gaan spelen, terwijl anderzijds de aangrijpingspunten in het wetsvoorstel ook door hun vaagheid te beperkt kunnen zijn waardoor het eenvoudig is de toepassing van de uit het stelsel voortvloeiende procedureregels te ontlopen. Daardoor is het ook een conflictopwekkende regeling’.¹⁵²

Verder wordt overwogen:

‘Overigens zal het creëren van een adequate afbakening die minder onduidelijkheden en conflicten met zich brengt bepaald niet eenvoudig zijn’.¹⁵³

De Raad concludeert dat het nog te vroeg is voor wetgeving en beveelt toepassing aan daartoe vastgestelde aanwijzingen.¹⁵⁴ De regering reageert op deze kritiek door nader in te gaan op de kernbegrippen

148 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 4.

149 Zie hierover het ander rapport, Kamerstukken II 2001-2002, A, p. 14, waar door de regering het onderscheid wordt toegelicht tussen toezicht op toetredingsregels en gedragsregels. NMa wordt belast voor toezicht op de naleving van gedragsregels.

150 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 3, p. 38.

151 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 3, p. 39.

152 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 2.

153 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 11.

van de wet, te weten overheidsorganisatie, overheidsbedrijf, en marktactiviteit. Het begrip overheidsorganisatie zou reeds voldoende duidelijk zijn. De definitie van overheidsbedrijf is, naar aanleiding van het advies van de Raad van State, verduidelijkt. In de begripsomschrijving van marktactiviteiten zit een zekere discretionaire ruimte, maar elementen uit de begripsomschrijving, zoals markt en concurrentie, zijn al bekend uit onder meer de Mededingingswet. Afsluitend wordt gesteld:

‘Omdat deze begrippen al langer toegepast worden, zal de toepassing van de definitie van marktactiviteiten in de praktijk naar verwachting niet tot problemen leiden. Gelet op het bovenstaande en de daarbij aangegeven aanpassingen zijn wij van mening dat het toepassingsbereik van de toetredingsregels voldoende is verduidelijkt en dat mocht er al sprake zijn van een conflictopwekkend karakter van deze regeling als gevolg van het toepassingsbereik, deze voldoende is ondervangen’.¹⁵⁵

In het verslag van de vaste commissie van Economische Zaken is geen aparte paragraaf over (uitvoerbaarheid of) handhaving ingeruimd. Wel wordt onder de kop ‘Juridische aspecten’ aandacht gevraagd voor de ‘grote juridische complicaties’ die het wetvoorstel kan hebben:

‘Een private ondernemer die zich benadeeld voelt door activiteiten die verricht worden door een overheidsorgaan (met een democratisch gekozen bestuur) wordt in dit wetsvoorstel een laagdrempelige juridische voorziening aangeboden om een oordeel van de rechter hierover te vragen. De rechter zal vervolgens op grond van de brede en voor velerlei uitleg vatbare omschrijving van het begrip “marktactiviteiten” tot een oordeel moeten (kunnen) komen’.¹⁵⁶

Ook wordt wat de juridische problematiek betreft gerefereerd aan een door professor De Ru geleverd commentaar over het probleem van de privaatrechtelijke gevolgen van het niet of onjuist toepassen van de regels. De leden van de PvdA fractie vragen om een uitgebreide juridische verkenning van de problematiek, die naar haar oordeel ontbreekt in de memorie van toelichting. Hier is sprake van grote verwevenheid tussen het criterium van rechtmatigheid en uitvoerbaarheid.

Ook door andere fracties wordt kritiek geleverd op de onduidelijkheid rond een aantal kernbegrippen in het wetsvoorstel. De GroenLinks fractie vraagt ondermeer of de regering kan aangeven welke gevolgen de bestaande Europese jurisprudentie heeft voor de definitie van de verschillende gehanteerde begrippen. Tevens wordt gevraagd of het zin heeft om definities verder uit te werken door middel van criteria of anderszins.¹⁵⁷

In de nota naar aanleiding van het verslag verwijst de regering in de paragraaf ‘juridische aspecten’ waar het gaat om de reactie op het commentaar van professor de Ru naar een andere paragraaf waar de regering haar visie dienaangaande zou hebben ontvouwd. In die paragraaf wordt afstand genomen van de analyse van professor De Ru door een andere juridische interpretatie te verwoorden.¹⁵⁸

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt tevens uitgebreid stilgestaan bij het begrip marktactiviteit, gelet op de kritiek uit de kamer aangaande de onduidelijkheid van dit begrip. De regering stelt:

‘Een definitie van marktactiviteiten die op een veelheid van uiteenlopende situaties ziet, zal altijd een definitie met een abstract karakter zijn,. Uit de definitie zelf zal niet blijken of een bepaalde situatie wel of niet onder het wetsvoorstel valt. Slechts door de definitie toe te passen op een concrete situatie zal dit duidelijk worden. Hoewel wij begrip hebben voor de onzekerheden die een dergelijke definitie met zich meebrengt, menen wij dat deze definitie voldoende duidelijk is om in de praktijk toegepast te kunnen worden’.¹⁵⁹

154 Dit zijn de “Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst”.

155 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, A, p. 4.

156 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 24.

157 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 4, p. 25.

158 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 32.

159 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 31.

Tevens wordt in de nota ingegaan op de aansluiting van begrippen bij Europese regelgeving en jurisprudentie. De regering licht een en ander nader toe, en stelt vervolgens:

‘Waar mogelijk is bij de in het wetsvoorstel gehanteerde begrippen aangesloten bij Europese regelingen en de Europese jurisprudentie. Op deze wijze kan gebruik worden gemaakt van de op Europees niveau ontwikkelde uitleg van deze begrippen. Wij menen dat hierdoor meer duidelijkheid ontstaat dan met de introductie van nieuwe begrippen, die uitsluitend op nationaal niveau een rol spelen’.¹⁶⁰

Algemeen gesteld blijkt uit de stukken dat ook vanuit de Kamer aandacht wordt gevestigd op mogelijke handhavingsproblemen in verband met de onduidelijkheid van begrippen. De algemene lijn is dat de regering volhardt in haar oordeel over de handhaafbaarheid van de regeling. In het nader rapport wordt alleen ten aanzien van het begrip ‘overheidsbedrijf’ vermeldt dat naar aanleiding van het advies van de raad een verduidelijking heeft plaatsgevonden.

6.2.4 Slotbeschouwing

6.2.4.1 Inleiding

In het voorafgaande is geïllustreerd hoe de regering heeft gereageerd op diverse adviezen van de Raad van State voorzover deze adviezen in verbinding kunnen worden gebracht met de criteria van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Maar vaak wordt op het terrein van andere criteria gekomen, met name doeltreffendheid, subsidiariteit, en rechtmatigheid. Het onderzoek in deze tweede fase levert een gevarieerd beeld op, hetgeen wellicht verklaard kan worden door de sterk uiteenlopende casuïstiek.

Het volgende beknopte overzicht kan worden gedestilleerd:

6.2.4.2 Uitvoerbaarheid

Onzekerheid over de inhoud van de taak:

- *Wet bestuur in stedelijke regio's*: Raad vraagt zich af hoe de regeling zal uitwerken voor het bestuur; de regering geeft nadere toelichting in de memorie van toelichting waarbij tevens inzicht wordt gegeven in de consequenties van nieuw voorgestelde, aanpalende regelgeving.
- *Wet elektronisch bestuurlijk verkeer*: Raad beveelt een experimenteerwet aan, en heeft tal van vragen die achtereenvolgend worden beantwoord door de regering. De meeste aspecten van de advisering zijn niet primair te scharen onder uitvoerbaarheid, maar raken er wel vaak aan. Zo is het voorbeeld gegeven van hoe de juridische regels kunnen worden toegepast in het geval van het praktische, technische probleem van een virus. De Tweede Kamer komt aanvullend met technische uitvoerbaarheidsvragen en hoe dan het recht moet worden geïnterpreteerd (sms-berichten). Nu het om de vraag gaat of de tijd rijp is voor regelgeving is er een heel sterke samenhang met de eis van subsidiariteit. Overigens blijkt dat er een algemene politieke wens is tot regelgeving.

Gemiste aandacht voor praktische belemmeringen, of benodigde praktische voorzieningen:

- voor de (semi-)publieke sector:

Wet dualisering gemeentebestuur:

De advisering van de Raad betreft organisatorische aspecten (uitvoerbaarheid) maar daarbij is er een zeer nauwe samenhang met staatkundige uitgangspunten. Op het punt van taaktoebedeling aan college of burgemeester wat betreft de voorbereiding en uitvoering van de raadsbesluiten is de regering overtuigd door de kritiek en deelt mede dat het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn aangepast. De indruk bestaat dat het staatkundige aspect hierbij zwaar weegt.

Regeling leerlinggebonden financiering:

160 Kamerstukken II 2001-2002, 28 050, nr. 5, p. 20.

De Raad doet twee concrete aanbevelingen tot aanpassing regeling, die voortvloeien uit overwegend organisatorische overwegingen. De regering motiveert dat er geen praktische aanleiding is om de adviezen te volgen. Daarbij baseert de regering zich op blijkbaar alreeds bestaande praktijkgegevens.

Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers:

De Raad vestigde de aandacht op de feitelijke omstandigheid van de veiligheid van het penitentiair personeel, en adviseert om daarin in de toelichting aandacht te besteden. De regering antwoordt dat in de toelichting daar aandacht aan wordt besteed, doch dit is niet makkelijk te vinden, en bovendien niet diepgaand. Het lijkt er op dat het belang waarvoor de Raad aandacht vroeg nog niet volwaardig zou kunnen worden behartigd. Tijdens de kamerbehandeling komt de veiligheid van (gedetineerden en personeel) diverse malen aan de orde, waardoor de minister nog nader dient te reageren, waarbij wordt medegedeeld zoveel mogelijk personeel aan te trekken om een voldoende bezetting te krijgen. Overigens blijkt uit latere mededelingen dat er qua veiligheid voor personeel positief wordt gerapporteerd.

- voor de private sector:

Wet verbetering poortwachter:

In zijn advies spreekt de Raad over praktische, juridische of andere belemmeringen, vele belemmeringen of mogelijke problemen worden genoemd. De regering gaat gemotiveerd in op de opmerkingen van de raad, maar elk aangedragen kritiekpunt wordt weerlegd (op één punt wordt niet expliciet ingegaan).

Keuze voor een reguleringsmethode en uitvoerbaarheid

Wet ammoniak en veehouderij:

De advisering van de Raad raakt de uitvoerbaarheid, maar kan primair worden geschaard onder rechtmatigheid, doeltreffendheid, en onderlinge afstemming. In haar reactie op vragen uit het advies wordt door de regering niet specifiek ingegaan op uitvoerbaarheidsaspecten, zoals praktische belemmeringen, of de ook niet door de Raad gestelde vraag of de decentrale overheden toegerust zijn tot uitvoering van het complex aan regelgeving.

Overleg met betrokkenen:

Wijziging Besluit uitoefening artsenijsbereidkunst:

Achteraf wordt door de regering aangegeven dat er overleg is gevoerd en dat er geen kritiek is op de voorgenomen maatregel. De Raad heeft door dit verloop geen gelegenheid gehad om de procedurele kwaliteit van het gevoerde overleg te beschouwen, noch de inhoud ervan.

Wet bestuur in stedelijke regio's:

De Raad vraagt of het nog te voeren overleg met het IPO wel te rijmen is met het wetgevingsproces; de regering betoogt dat het te volgen contact met het IPO zou gaan om een nadere toelichting op de geuite bezwaren.

6.2.4.3 Handhaafbaarheid

De methode van handhaving: kritiek op de gekozen specifieke methode:

Luchthavenverkeersbesluit Schiphol:

De Raad stelt kritische vragen over de gekozen handhavingspunten ter monitoring van de geluidsbelasting. De regering baseert zich op een rapport, waaruit zou blijken dat bij een fors andere verdeling van het luchtverkeer geen noemenswaardig grote verschillen in geluidsbelasting optreden. Door de minister was reeds aan de Tweede Kamer toegezegd dat er aanvullende monitoring zou plaatsvinden. Geen aanpassing van de regeling; wel reeds aan Kamer toegezegde aanpassing van de monitoring.

De methode van handhaving (de relatie tussen normstelling en van handhaving), en het conflictopwekkend karakter van een regeling

Wet markt en overheid:

De reactie van de regering op de kritiek van de Raad over de handhaafbaarheid is kernachtig en tamelijk ongemotiveerd: naar het 'oordeel' van de regering is sprake van voldoende duidelijke en harde

juridisch afdwingbare normen. Dit standpunt wordt niet of nauwelijks toegelicht. Slechts op een onderdeel wordt terzake de begrippen aangegeven dat naar aanleiding van het advies van de Raad een aanpassing heeft plaatsgevonden (het begrip overheidsbedrijf). Bovendien heeft naar aanleiding van een advies een aanpassing van het wetsvoorstel plaatsgevonden ter zake het voeren van overleg tussen de Commissie markt en overheid en de NMa.

6.2.4.4 Het beeld inzake de criteria uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Uit dit overzicht blijkt dat niet alleen de advisering maar logischerwijs ook de reactie van de regering een sterke casuïstisch is. Bij de Wet dualisering gemeentebestuur vindt een aanpassing plaats van het wetsvoorstel naar aanleiding van het advies van de Raad, waarbij qua motivering een verwevenheid valt te ontdekken tussen uitvoerbaarheidsvragen en staatkundige uitgangspunten. Maar bij de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer bijvoorbeeld wordt het advies van de Raad om met regelgeving te wachten niet gevolgd; er blijkt politieke consensus te zijn tussen ministerraad en een deel van de Tweede Kamer over de noodzaak om tot regelgeving over te gaan, ondanks de uitvoerbaarheidsvragen. Bij andere wetsvoorstellen, zoals de Wet markt en overheid, de Wet verbetering poortwachter, en de Regeling leerlinggebonden financiering blijkt dat er verschil van opvatting is en blijft tussen de Raad en de regering. Voor zover de parlementaire stukken zijn bestudeerd – dat vormt slechts een marginaal deel van dit onderzoek – kan niet worden geconcludeerd dat de adviezen van de Raad daar een zware rol vervullen.

Het blijkt dat in de onderzochte reacties door de regering niet expliciet wordt gerefereerd aan de nota Zicht op wetgeving noch de Aanwijzingen voor de regelgeving. In dit onderzoek wordt getracht om de gemaakte opmerkingen te vertalen naar deze eisen. Ook uit de tweede fase van het deelonderzoek naar uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid blijkt er meermalen sprake te zijn van een overlap tussen deze criteria met andere criteria, met name subsidiariteit, rechtmatigheid, en doeltreffendheid.

6.2.4.5 Enkele aandachtspunten

Tot slot zijn drie meer algemene punten nog van belang hier te vermelden:

- ten eerste de probleemsignalering. Uit het onderzoek in de eerste fase blijkt dat de Raad onder meer wijst op mogelijke praktische problemen die in de regeling of in de toelichting op de voorgelegde regeling niet of niet voldoende zijn besproken. Een duidelijk voorbeeld is de Concessiewet personenvervoer per trein. Naar aanleiding van deze tweede fase lijkt voorzichtig te kunnen worden gesteld dat de Raad wellicht ook wel eens een probleem signaleert dat er in feite niet blijkt te zijn, of, beter geformuleerd, er niet volgens de regering blijkt te zijn. Een voorbeeld is de Regeling leerlinggebonden financiering, waar op basis van praktijkgegevens een door de Raad potentieel bezwaar wordt weerlegd. Deze analyse is evenwel gegrondvest op de bestudeerde geselecteerde materialen en mag geen ruime strekking worden toebedeeld. Dat zou methodologisch niet juist zijn. In fase 2 is immers een zeer beperkt aantal regelingen besproken.
- ten tweede een procedureel aspect in verband met het voeren van overleg. Daar waar de Raad vragen heeft over het (ontbreken van) overleg zou er een theoretische mogelijkheid zijn dat de voorgelegde regeling nog wijziging ondergaat naar aanleiding van alsnog te voeren overleg. En waar het overleg wel heeft plaatsgevonden doch de inhoud van gemaakte opmerkingen niet aan de Raad is medegedeeld heeft de Raad er geen acht hierop kunnen slaan in zijn advisering. Tweemaal wordt het punt van overleg aangestipt. Bij het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst stelt de Raad vast dat uit de nota van toelichting niet blijkt of afstemming met betrokken doelgroepen heeft plaatsgevonden. Uit de reactie van de regering blijkt dat er wel communicatie is geweest, en dat betrokken doelgroepen geen aanleiding vonden om bij de voorgenomen maatregel kritische kanttekeningen te plaatsen. De Raad heeft door deze mededeling achteraf geen gelegenheid om de procedurele kwaliteit van het overleg (was het volledig, zijn alle relevante doelgroepen gehoord) dan wel de inhoud in zijn overwegingen te betrekken. Ernstiger lijkt de gang van zaken rondom de Wet bestuur in stedelijke regio's, waarbij de Raad vraagt of het aanbod om met een doelgroep nog te overleggen na het uitbrengen van het advies van de Raad wel te rijmen is met het wetgevingsproces. De regering

vermeldt dat het bij dat nader overleg alleen om een nadere toelichting op de geuite bezwaren zou gaan, maar dit lijkt een wat cosmetische reactie te zijn.

- Transparantie van de besluitvorming: deze wordt sterk ondersteund indien in het nader rapport concreet wordt aangegeven waar de aanpassing of nadere toelichting in het wetsvoorstel dan wel memorie van toelichting kan worden gevonden. Er zijn enkele voorbeelden waar dit heel duidelijk wordt gedaan (bijvoorbeeld Wet bestuur in stedelijke regio's), soms moet evenwel worden uitgelopen waar de nadere reactie staat, of waar de aanpassing uit bestaat (Wet markt en overheid). Overigens heeft in het laatste geval wel een terinzagelegging plaatsgevonden van de oorspronkelijke stukken, met markering van de passages die na verwerking van de reactie van de regering op de advisering van de Raad gewijzigd zijn.¹⁶¹

161 Aldus het interview met betrokken ambtenaren.

HOOFDSTUK 7 ONDERLINGE AFSTEMMING

7.1 ONDERLINGE AFSTEMMING IN DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

7.1.1 Inleiding

Het kwaliteitscriterium *Onderlinge afstemming* is het vijfde vereiste in de reeks van wetgevingskwaliteitseisen die werd neergelegd in de regeringsnota Zicht op wetgeving.¹

Als in een rechtsstelsel de onderlinge afstemming van regels tekort schiet, ontstaan er inconsistenties en onnodige fricties bij lagere regelgevers, uitvoerders, handhavers, de consument en de rechter. Dit toont meteen de verwantschap met een ander kwaliteitsvereiste voor wetgeving: *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*.

Aan Zicht op wetgeving kan worden ontleend dat onderlinge afstemming in twee categorieën gevallen noodzakelijk is: enerzijds in het geval dat regelingen hetzelfde onderwerp betreffen, maar inhoudelijk van elkaar verschillen en anderzijds in het geval van regelingen met verschillend onderwerp, die door hun effect op elkaar inwerken.² Voor de eerste situatie zou harmonisatie de oplossing kunnen bieden, voor de tweede categorie is coördinatie van belang.

In dit hoofdstuk zal worden beschreven of de Raad van State in zijn wetgevingsadvisering aandacht besteedt aan de verhouding tussen de voorgenomen regeling en reeds bestaande wetgeving, alsmede in hoeverre de voorgenomen regeling naar zijn oordeel op dit punt verbetering behoeft.

De toelichting bij Aanwijzing 254 verwijst in verband met *Onderlinge afstemming* naar Aanwijzing 9 en naar paragraaf 2.6 Ar (47 tot en met 51 Ar). Deze Aanwijzingen zien op neveneffecten en lasten van een regeling, alsmede op het streven naar harmonisatie van regelgeving. In paragraaf 7.1.2 zal hierop kort worden ingegaan. Voorts zal met het oog op de helderheid de voornoemde indeling in twee categorieën worden aangehouden: paragraaf 7.1.3 beschrijft het streven naar afstemming bij verschillen in regelgeving met betrekking tot verwante onderwerpen; in paragraaf 7.1.4 is de aandacht gericht op afstemming in het geval van regelgeving met verschillend onderwerp, maar door effect op elkaar inwerkend.

7.1.2 De aanwijzingen voor de regelgeving

7.1.2.1 Aanwijzing 9: Effecten en lasten

De toelichting bij Aanwijzing 254 verwijst niet alleen naar Aanwijzing 9 in verband met *Onderlinge afstemming*; ook bij het criterium *Doeltreffendheid en doelmatigheid* wordt naar 9 Ar verwezen. Dit onderstreept opnieuw de samenhang tussen de verschillende kwaliteitscriteria.

Voor de context van *Onderlinge afstemming* is onderdeel b van 9 Ar van belang: de neveneffecten van een regeling.

In de toelichting bij onderdeel b wordt opgemerkt dat in het geval van *onbedoelde* neveneffecten zal moeten worden gezien in hoeverre deze de aanvaardbaarheid van een regeling negatief beïnvloeden. Dat kan aanleiding zijn van een regeling af te zien.

Welke negatieve neveneffecten het gevolg zijn van een maatregel, dient steeds in breed verband te worden onderzocht. Gedacht moet worden aan de vraag in hoeverre een maatregel verstorend zal werken op het effect dat bestaande regelingen hebben. De toelichting noemt hierbij het voorbeeld van een nieuwe regeling die het voor de justitiabele minder aantrekkelijk maakt aan een bestaande regeling te voldoen. Voorts kan een nieuwe maatregel naast al bestaande maatregelen tot gevolg hebben dat een zodanige cumulatie van verplichtingen ontstaat dat de bereidheid tot naleving van de betreffende maatregelen afneemt.

Aanwijzing 9 kan voor beide aan *Onderlinge afstemming* gerelateerde categorieën relevant zijn.

1 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 16.

2 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 19.

7.1.2.2 Paragraaf 2.6 van de Aanwijzingen: Harmonisatie

In geval van onnodige en ongewenste verschillen in regelgeving ten aanzien van dezelfde of in ieder geval verwante kwesties is onderlinge afstemming gewenst. In de nota Zicht op wetgeving werd aangegeven dat deze verscheidenheid door *harmonisatie* zou kunnen worden teruggedrongen.³ Harmonisatie is hiermee voorbehouden aan de eerste categorie.

Inmiddels is de wenselijkheid van harmonisatie uitgewerkt in concrete richtlijnen, neergelegd in een gelijknamige paragraaf van de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Paragraaf 2.6 bevat een vijftal Aanwijzingen, waarvan de eerste luidt (47 Ar):

‘In gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld, wordt zoveel mogelijk gestreefd naar harmonisatie van regelgeving’.

De toelichting bij deze Aanwijzing maakt een nader onderscheid: harmonisatie verdient des te meer aandacht indien het gaat om onderwerpen binnen één beleidsterrein, maar is in ieder geval geboden indien het gaat om binnen één regeling geregelde onderwerpen. Overigens mag harmonisatie niet aan het doorvoeren van wenselijke vernieuwingen in de weg staan.

Aanwijzing 48 wijst op de mogelijkheid om bij wijziging van een regeling deze gelijktijdig – naar vorm en inhoud – met vergelijkbare regelingen in overeenstemming te brengen. Uiteraard dient bij dergelijke gevallen de wens van harmonisatie te worden afgewogen tegen de wetgevingslasten en het tijdsbeslag die met de harmonisatie gemoeid zijn. Bij de implementatie van EG-richtlijnen bijvoorbeeld, zal het zelden lukken daaraan tevens wijzigingen uit een oogpunt van harmonisatie te koppelen.

Aanwijzing 49 is een belangrijke bepaling voor de harmonisatiegedachte:

‘In bijzondere wetten wordt alleen afgeweken van algemene wetten, indien dit noodzakelijk is. Een afwijking wordt in de memorie van toelichting bij de bijzondere wet gemotiveerd’.

Hiermee wordt tevens een richtlijn gegeven voor de verhouding algemene wet – bijzondere wet. Bij afwezigheid van een hiërarchie geldt in principe het adagium *lex specialis derogat lex generalis*, maar zoals uit de geciteerde Aanwijzing blijkt, houdt dit niet in dat er ongebreideld bijzondere wetgeving geproduceerd mag worden.

7.1.3 Verscheidenheid in regelgeving met betrekking tot verwante onderwerpen

Verscheidenheid in verwante regelgeving kan ontstaan door een afzonderlijke groei van beleid en wetgeving in verschillende landen, op verschillende beleidsterreinen of – in het ergste geval – binnen één beleidsterrein. Hiermee wordt niet alleen de overzichtelijkheid van het recht geschaad, maar ook de rechtszekerheid.

Volgens Zicht op wetgeving zou de verscheidenheid door harmonisatie kunnen worden teruggedrongen. Hierbij diende te worden gedacht aan – het maken van – wetboeken en algemene wetten, waarop de bijzondere wetten dan moeten worden afgestemd en waarvan ze niet nodeloos mogen afwijken. Deze gedachte is inmiddels neergelegd in Aanwijzing 49.

De toelichting bij deze Aanwijzing vermeldt dat wordt bedoeld op algemene wetten die algemene regels voor een rechtsgebied geven. Als algemene wetten worden in ieder geval beschouwd: de wetboeken, de Algemene termijnenwet, de Awb, de Bekendmakingswet, de Gemeentewet, de Provinciewet, de Waterschapswet, de Kaderwet adviescolleges, de Wet op de bedrijfsorganisatie, de Wet op de economische delicten, de Wet op de rechterlijke organisatie, de Wet openbaarheid van bestuur en de Algemene wet op het binnentreden.

De Aanwijzing is in het bijzonder van belang betreffende de algemene wetten op het terrein van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Bestaande voorzieningen – zoals de verplichte bezwaarschrift-procedure op grond van artikel 7:1 Awb – dienen niet te worden vervangen door andere en onderdelen van bestaande voorzieningen dienen niet te worden uitgezonderd. Evenmin wordt het opnemen in een

3 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 29.

wet van een bijzondere klachtenregeling naast – of in plaats van – de regeling van de Wet nationale ombudsman wenselijk geacht.

De Aanwijzing heeft ook betrekking op algemene wetten voor een deelterrein, waarbij in ieder geval gedacht moet worden aan de Wet milieubeheer, de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Wet inzake de douane, de Organisatiewet sociale verzekeringen 1997 en de Coördinatiewet Sociale Verzekering.

In de geselecteerde adviezen bleek zowel de afstemming met ‘grote’ algemene wetten (de Awb, Sv) als de afstemming met algemene wetten op een deelterrein voorwerp van toetsing te zijn geweest.

7.1.3.1 Afstemming met algemene wetten

7.1.3.1.1 Afstemming met de Algemene wet bestuursrecht

De Raad van State toetst in het kader van het kwaliteitscriterium *Onderlinge afstemming* onder meer of een wetsvoorstel is afgestemd op de Awb. Het advies bij de voorgestelde Wijziging van de elektriciteitswet 1998 geeft hiervan een aardige illustratie. Het leek erop dat in het wetsvoorstel geen rekening was gehouden met de – bestuursrechtelijke – consequenties van het toebedelen van openbaar gezag aan een privaatrechtelijke rechtspersoon.

De netbeheerder (ofwel: TenneT) van het landelijke hoogspanningsnet kreeg in het voorstel de taak te bevorderen dat in Nederland geïnvesteerd zou worden in productie-installaties voor duurzame elektriciteit en klimaatneutrale elektriciteit, alsmede dat installaties voor warmtekrachtkoppeling op rendabele wijze zouden kunnen worden geëxploiteerd. TenneT was een privaatrechtelijke rechtspersoon, waaraan de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid was opgedragen. De Raad merkte hierover het volgende op:

‘Privaatrechtelijke rechtspersonen die belast zijn met openbaar gezag en ter uitoefening daarvan op grond van publiekrechtelijke bevoegdheden besluiten nemen, zijn aan te merken als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, onder b, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt geen aandacht besteed aan het feit dat TenneT als bestuursorgaan is aan te merken en dat hij in die hoedanigheid besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, Awb kan nemen die vatbaar zijn voor bezwaar en beroep’.⁴

De Raad adviseerde om hiermee in het wetsvoorstel rekening te houden.

Het komt voor dat de Raad in bepalingen van ontwerp-wetgeving Awb-bepalingen ‘herkent’. Dergelijke constatering leidt doorgaans tot een onderzoek naar de wenselijkheid van het ontwerpen van een nieuwe – bijzondere – bepaling.

In de advisering terzake van het voorstel tot de Wet verbetering poortwachter trok de Raad een vergelijking met de Awb. Om de mogelijkheden voor reïntegratie te verbeteren, werden in het wetsvoorstel maatregelen voorgesteld, die tot doel hadden de toegang tot de WAO beter te bewaken. Zo diende bij de aanvraag om een WAO-uitkering een reïntegratieverslag te worden overlegd, waaruit zou moeten blijken wat werkgever en werknemer hebben gedaan om de werknemer te reïntegreren. Als beiden onvoldoende reïntegratie-inspanningen hebben verricht, zal het Lisv besluiten de aanvraag niet te behandelen zolang de werkgever verplicht is het loon door te betalen. De Raad haakte hierop in:

‘Deze figuur lijkt te zijn ontleend aan artikel 4:5, eerste lid, van de Awb. Daarin is geregeld dat, als de bij de aanvraag verstrekte gegevens onvoldoende zijn, het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen.

Dat onvoldoende reïntegratie-inspanningen zijn verricht, kan echter niet worden geduid als een schending van de inlichtingenplicht, maar alleen als een materiële weigeringsgrond. Het is in de

4 Kamerstukken II 2002-2003, 28 665, A, p. 5.

systematiek van het bestuursrecht juist om te bepalen dat het Lisv de aanvraag in dat geval moet afwijzen. Het wetsvoorstel behoort te worden aangepast’.⁵

Een vergelijkbaar voorbeeld werd aangetroffen in het advies bij het ontwerpbesluit Subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden. Het ontwerpbesluit was een uitwerking van het grote stedenbeleid en regelde de verdeling van de middelen die ingezet kunnen worden voor de economie voor de rechtstreekse gemeenten. Met dit besluit werd het mogelijk ook aan het ontwikkelen van het ‘niet-fysieke’ aspect van de stadseconomie subsidie toe te kennen. Artikel 7 bepaalde dat een voorschot slechts zou worden verleend indien de subsidieontvanger heeft voldaan aan de als gevolg van de subsidieverlening geldende verplichtingen. De Raad constateerde vervolgens:

‘Artikel 7 lijkt hetzelfde te regelen als artikel 4:56 van de Awb. Dit artikel biedt de mogelijkheid om het voorschot op te schorten als niet voldaan is aan bepaalde verplichtingen. Gelet daarop zou in de toelichting uiteen gezet moeten worden gezet wat de aanvullende waarde is van artikel 7’.⁶

Indien in een wetsvoorstel gekozen wordt voor een regeling die afwijkt van de Awb, dient dat duidelijk gemotiveerd te worden. Het advies inzake het voorstel voor de Wet bestuur in stedelijke regio’s geeft hiervan een voorbeeld.⁷ Het wetsvoorstel continueerde voor de gemeenten in de daartoe aangewezen stedelijke regio’s de verplichte bovenlokale samenwerking op een aantal beleidsterreinen en waarborgde de noodzakelijke taakuitoefening in die regio’s.⁸ Het voorstel week echter af van de Awb ten aanzien van bepaalde termijnen voor goedkeuring.

De Raad maakte naar aanleiding van het voorstel, naast enkele technische opmerkingen, een aantal opmerkingen van algemene aard. In verband met deze opmerkingen was de Raad van oordeel dat over het voorstel in de voorliggende vorm niet positief kon worden geadviseerd. Indien desondanks ervoor zou worden gekozen om het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, adviseerde de Raad rekening te houden met een aantal technische opmerkingen. Artikel 16 van het voorstel zag bijvoorbeeld uitsluitend op de situatie dat binnen een daarvoor geldende termijn geen regeling ter goedkeuring aan gedeputeerde staten zou zijn voorgelegd. De Raad merkte hierover op:

‘(Eveneens) kan de situatie zich voordoen dat het besluit van gedeputeerde staten omtrent goedkeuring van een voorgestelde regeling niet binnen de door artikel 3 lid 3 gestelde termijn van acht weken wordt genomen en bekendgemaakt. Artikel 10:31 lid 4 Awb bepaalt dat, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, een besluit tot goedkeuring wordt geacht te zijn genomen indien binnen de in het eerste lid genoemde termijn van 13 weken geen besluit omtrent goedkeuring is bekendgemaakt. Nu de termijn voor goedkeuring van de regeling afwijkt van de termijn in artikel 10:31 lid 1 Awb biedt het wetsvoorstel geen duidelijkheid of de regeling van rechtswege is goedgekeurd, als niet binnen acht weken na ontvangst van de regeling het besluit omtrent goedkeuring is bekendgemaakt’.⁹

De Raad beval aan alsnog duidelijkheid hieromtrent te verschaffen.

De toetsing van de afstemming van een wetsvoorstel met de Awb resulteert soms in de constatering dat de algemene wet – expliciet – *niet* geldt, zoals in het advies bij het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugscoeriers:

‘(Het) verdient aanbeveling er in de memorie van toelichting op te wijzen dat de beroepsregeling van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing is (artikel 1:6 Awb) en dat voor betrokkenen zo nodig de kort-gedingweg openstaat’.¹⁰

5 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 11.

6 Advies Raad van State van 26 februari 2001, no. W10.00.0574/II, p. 2-3.

7 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A.

8 Het ging om zeven stedelijke regio’s: Amsterdam, Rotterdam, ‘s-Gravenhage, Utrecht, Eindhoven-Helmond, Enschede-Hengelo en Arnhem-Nijmegen.

9 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 9.

10 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 8.

7.1.3.1.2 Afstemming met het Wetboek van Strafvordering

De afstemming met Sv werd getoetst in de advisering terzake van het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers:

‘Ten slotte herinnert de Raad eraan dat het wetsvoorstel een regeling geeft voor veroordeelden én voor verdachten. Normaliter vallen veroordeelden wat de regeling van hun contacten met de buitenwereld betreft onder de Penitentiaire beginselenwet, maar zijn de artikelen 50 en 50a WvSv van toepassing op contacten van verdachten met hun raadsman. De Tijdelijke regeling tomt niet expliciet aan de genoemde regeling van het WvSv, maar laat die evenmin uitdrukkelijk onverlet; dit laatste verdient wel aanbeveling’.¹¹

De Raad adviseerde tot aanpassing van het voorstel en tot aanvulling van de toelichting.

7.1.3.1.3 Afstemming met overige algemene wetgeving

In het voorstel tot de Wet elektronische handtekeningen werd – ter implementatie van een Richtlijn – onder meer het derde lid van artikel 3:15a van het Burgerlijk Wetboek aangepast. De Raad controleerde de afstemming met het *Wetboek van burgerlijke rechtsvordering* en constateerde:

‘Het voorgestelde lid 3 bevat bovendien een bepaling van bewijsrechtelijke aard die opgenomen zou kunnen worden in de algemene bepalingen van bewijsrecht in het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (...)’.¹²

De afstemming met de *Tijdelijke referendumwet* was voorwerp van toetsing in het advies bij het wetsvoorstel Belastingplan 2002-I arbeidsmarkt en inkomensbeleid:

‘Op grond van de Tijdelijke referendumwet kan ook over het Belastingplan 2002-I een referendum worden gehouden. Aan dit aspect is in de toelichting geen aandacht gegeven. (...) De Raad adviseert het Belastingplan 2002-I aan te vullen met een regeling als bedoeld in artikel 16 van de Tijdelijke referendumwet’.¹³

In het advies van de Raad bij het voorstel tot de Wet dualisering gemeentebestuur is zichtbaar dat in het streven naar harmonisatie soms meer dan één algemene wet de revue passeert. In casu werd getoetst aan de *Comptabiliteitswet*, de *WOB*, de *Kaderwet adviescolleges* en de *Wet op de Parlementaire Enquête* (WPE).

De Raad controleerde met betrekking tot de – in het wetsvoorstel verplicht gestelde – lokale rekenkamer of het wetsvoorstel strookte met de *Comptabiliteitswet*:

‘In de *Comptabiliteitswet* zijn ten aanzien van de Algemene Rekenkamer specifieke bepalingen opgenomen inzake het rechtmatigheidsonderzoek en de overige taken en bevoegdheden. In het onderhavige voorstel zijn de taken en bevoegdheden van de gemeentelijke rekenkamer zeer summier geregeld en op onderdelen afwijkend van de regeling in de *Comptabiliteitswet*.

De Raad adviseert om – indien een regeling van de rekenkamer in het wetsvoorstel wordt gehandhaafd – op technische punten meer aansluiting te zoeken bij het stelsel van de *Comptabiliteitswet*. Een mogelijkheid zou zijn, ten aanzien van de verschillende in dit punt en het volgende genoemde onderwerpen te bepalen dat de raad bepalingen van die wet van overeenkomstige toepassing kan verklaren op de gemeenschappelijke rekenkamer’.¹⁴

11 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

12 Kamerstukken II 2000-2001, 27 743, B, p. 5.

13 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 2-3.

14 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 18.

Vervolgens werd de voorgestelde regeling naast de WOB gelegd, gevolgd door – opnieuw – een vergelijking met de Comptabiliteitswet:

‘Ten aanzien van het geheimhoudingsregime adviseert de Raad te bepalen dat de rekenkamer niet zelf beslist over de openbaarmaking van stukken die door andere instanties zijn opgesteld, maar slechts over eigen stukken. (...) Voor stukken van anderen dan de rekenkamer geldt voor de rekenkamer dus altijd een geheimhoudingsplicht. In de toelichting kan erop worden gewezen dat deze regeling niet afdoet aan de openbaarmakingsverplichtingen die voor andere instanties voortvloeien uit de WOB en andere openbaarheidsbepalingen.

Voorts adviseert de Raad met betrekking tot gegevens en bevindingen die naar hun aard vertrouwelijk zijn, en die niet worden opgenomen in een rapport of jaarverslag, aanvullende maatregelen te nemen. Gedacht kan worden aan bepalingen als artikel 54, vierde lid, (betreffende geheime begrotingsonderdelen) en artikel 59, veertiende lid, (betreffende onderzoeken) van de Comptabiliteitswet, waarin is voorzien in vertrouwelijke kennisneming’.¹⁵

Met betrekking tot de vereiste onafhankelijkheid van op basis van het wetsvoorstel in te stellen adviescommissies verwees de Raad naar de Kaderwet adviescolleges:

‘In de toelichting wordt deze onafhankelijkheidseis alleen gemotiveerd met een korte verwijzing naar het adviesstelsel op rijksniveau. De Raad stemt ermee in dat bij het onderwerp betrokken gemeentambtenaren geen lid van een adviescommissie kunnen zijn; de Kaderwet adviescolleges bevat een vergelijkbare bepaling.¹⁶ Voor de andere onverenigbaarheden kan echter niet zonder nadere motivering worden verwezen naar de Kaderwet adviescolleges. De toelichting dient op dit punt te worden aangevuld’.¹⁷

Een vergelijking met de WPE werd getrokken aan het slot van het advies. De Raad merkte op dat enkele onderwerpen die in de WPE worden geregeld, in het wetsvoorstel ontbreken:

‘De Raad mist (...) een aantal bepalingen inzake openbaarheid en geheimhouding. Zo wordt niet gesproken van een geheimhoudingsplicht voor leden van de onderzoekscommissie omtrent hetgeen hun tijdens een besloten zitting ter kennis komt. (...)’

De Raad citeerde vervolgens artikel 18 WPE en stelde dat genoemde onderwerpen in de WPE wel geregeld zijn:

‘De Raad adviseert deze onderwerpen ook in dit wetsvoorstel te regelen en wel door de mogelijkheid te bieden bepalingen van die wet van overeenkomstige toepassing te verklaren’.¹⁸

7.1.3.2 Afstemming met algemene wetgeving op een deelterrein

7.1.3.2.1 Afstemming met de Wet milieubeheer

In een aantal van de geselecteerde adviezen kwam een expliciete verwijzing naar de Wet milieubeheer (Wm) voor. Dit illustreert de aandacht van de Raad van State voor overeenstemming van voorgenomen wetgeving met overige wetgeving op deelterreinen, zoals genoemd in de toelichting bij Aanwijzing 49.

Het wetsvoorstel terzake van de Wet ammoniak en veehouderij zou in de plaats komen van de Interim-wet ammoniak en veehouderij (Iav) en bevatte bijzondere regels voor de beoordeling van de gevolgen van ammoniakemissie van veehouderijen bij de verlening van milieuvergunningen. Stond in de Iav het depositieaspect van ammoniak nog centraal, in het wetsvoorstel was dit verlegd naar het emis-

15 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 20.

16 Artikel 12 lid 2 Kaderwet adviescolleges.

17 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 22-23.

18 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 28.

siebeleid. Deze koerswijziging hing samen met de afspraak in het regeerakkoord om het depositiebeleid te vervangen door emissiebeleid. De voorgestelde bepalingen vormden – samen met een nog op te stellen huisvestings-amvb – het kader voor de beoordeling van het aspect ammoniak bij het verlenen van een vergunning op grond van de Wm. Het spreekt voor zich dat in deze context de afstemming met de Wm van groot belang is. Op andere milieubelastende activiteiten dan de emissie uit dierenverblijven blijft de Wm immers van toepassing.

Dat het moeilijk bleek exacte grenzen aan te geven terzake van de milieuvergunningtoets onder de voorgestelde regeling en onder de Wm toont het volgende citaat:

‘Beoogd wordt een exclusief beoordelingskader te geven voor de toetsing in het kader van een milieuvergunning van het aspect van ammoniakemissie uit dierenverblijven. In de toelichting op artikel 3, derde lid, wordt uiteengezet dat dit artikellid het weliswaar mogelijk maakt dat ook in het kader van de vergunningverlening op basis van de Wm voorschriften ten aanzien van ammoniakemissie uit dierenverblijven kunnen worden gesteld, maar deze niet zover mogen gaan dat zij neerkomen op het weigeren van een vergunning. Nog afgezien van de mogelijke onverenigbaarheid van een zodanige toepassing van artikel 3, derde lid, juncto artikel 8.11 Wm met de IPPC-richtlijn, wijst de Raad erop dat artikel 3, derde lid, zich niet verzet tegen een weigering van de vergunning op grond van artikel 8.10, tweede lid, juncto artikel 8.11, derde lid, Wm’.¹⁹

In hetzelfde advies verwees de Raad nog naar de – in het kader van de IPPC-richtlijn verplichte – afstemming met overige milieuwetgeving:

‘Ten slotte zal bij elke (deel)vergunning de bescherming van lucht, water en bodem gewaarborgd moeten zijn. (...) Dit betekent dat ook de resultaten van verschillende procedures voor de behandeling van milieuaspecten niet mogen interfereren. Hiervoor is een wettelijke afstemming van procedures nodig, bijvoorbeeld met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren en met de Meststoffenwet. De Raad adviseert hierin zonodig nader te voorzien’.²⁰

Ook in een drietal adviezen bij ontwerpbesluiten kwam afstemming met de Wm in beeld. In het advies bij het ontwerp-Mijnbouwbesluit merkte de Raad op:

‘Op grond van artikel 38 is het verboden op een mijnbouwwerk aardgas af te blazen of af te fakkelen in de open lucht dan wel andere verontreinigende stoffen uit te stoten. Volgens de toelichting strekt deze bepaling tot bescherming van het milieu. De woorden “bescherming van het milieu” dienen daarbij – evenals in de Wet milieubeheer²¹ – ruim te worden opgevat. Gezien het verband dat tussen die wet en het ontwerpbesluit beoogd is aan te brengen, verdient het aanbeveling in het derde lid op te nemen dat de bevoegdheid bij ministeriële regeling regels te stellen wordt uitgeoefend in het belang van de bescherming van het milieu’.²²

In het advies bij het voorgenomen Vuurwerkbesluit werd een paragraaf gewijd aan de verhouding tussen het ontwerpbesluit en de Wm met betrekking tot de vergunningplicht:

‘Uit de regeling blijkt, ondanks de opsomming in de aanhef van een aantal artikelen van de Wm (...), niet duidelijk of en zo ja voor welke inrichtingen de vergunningplicht wordt opgeheven. Voor een goede toepassing van het ontwerpbesluit behoeft dit verduidelijking.

Voor inrichtingen waarin meer dan 1.000 kilogram consumentenvuurwerk wordt opgeslagen en bewerkt en voor inrichtingen bestemd tot de opslag en het bewerken van professioneel vuurwerk blijft de vergunningplicht op grond van de Wm kennelijk bestaan. Naar het oordeel van de Raad is meer duidelijkheid nodig over de vraag welke de verhouding is tussen de voorliggende regeling en deze vergunning. Indien het de bedoeling is dat het ontwerpbesluit bij uitsluiting de regels bevat met betrekking tot de opslag en het bewerken van vuurwerk, ware zulks in het besluit zelf te preciseren.

19 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 4.

20 Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 6.

21 In artikel 1.1 lid 2 sub b Wm.

22 Advies Raad van State van 22 oktober 2002, no. W10.02.0387/II, p. 3.

Indien het daarentegen de bedoeling is dat in het kader van de milieuvergunning nog aanvullende voorschriften en eisen gesteld kunnen worden, dan dient in de nota van toelichting te worden ingegaan op de afbakening tussen beide regelingen'.²³

In de advisering terzake van het ontwerp-Dierentuinenbesluit werd eveneens ruime aandacht geschonken aan afstemming van het ontwerpbesluit met de Wm:

'Dierentuinen vallen onder categorie 8 van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer en zijn daarmee tevens vergunningplichtig op grond van de Wm. In verband daarmee acht de Raad het wenselijk dat in de nota van toelichting op de verhouding tussen de vergunning op grond van dit ontwerpbesluit en de vergunning op grond van de Wm wordt ingegaan, waarbij de vraag moet worden beantwoord of zich situaties zouden kunnen voordoen van conflicterende vergunningvoorschriften'.²⁴

7.1.3.2.2 Afstemming met andere algemene wetgeving op een deelterrein

Afstemming met de *Telecommunicatiewet* kwam aan de orde in de advisering bij de voorgestelde wijziging van het Wetboek van Strafvordering c.a. in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie. In de artikelen in Sv die betrekking hebben op het vorderen van verkeersgegevens werd het begrip 'gebruiker van telecommunicatie' voorzien van een omschrijving die alleen voor het artikel zelf gold. Deze omschrijving kwam niet overeen met de omschrijving in de *Telecommunicatiewet*, maar was ontleend aan artikel 1 van het Besluit verstrekking gegevens telecommunicatie, een besluit dat zijn grondslag had in de *Telecommunicatiewet*. In de zogenoemde aftapartikelen van Sv komt het begrip 'gebruiker' eveneens voor; het wordt daar niet gedefinieerd. De Raad concludeerde:

'Kennelijk gaat het hier wel om het begrip zoals gebruikt in de *Telecommunicatiewet*. De wetstechniek raakt in de knoop in artikel 126bb WvSv: dit artikel bevat regels voor alle opsporingsbevoegdheden – dus ook voor het aftappen en het vorderen van verkeersgegevens – en gebruikt ook het begrip "gebruiker".

De Raad beveelt aan, de begrippen "gebruiker" en "abonnee" in de *Telecommunicatiewet*, WvSv en het Besluit verstrekking gegevens telecommunicatie te harmoniseren'.²⁵

De Raad verwees hierbij in een voetnoot naar Aanwijzing 55.²⁶

Afstemming met de *Penitentiaire beginselenwet (Pbw)* stond centraal in het advies bij het al eerder genoemde voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers. Met het oog op het oplossen van knelpunten ten aanzien van de insluiting van bolletjesslikkers op Schiphol verklaarde het wetsvoorstel onder andere de Pbw buiten toepassing. Er werd – voor de duur van een jaar – een veel soberder regeling voorgesteld, die de gedetineerden minder rechten zou bieden.

De afstemming van dit wetsvoorstel met hogere regelgeving werd al uitgebreid belicht in hoofdstuk 3, dat het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid* beschrijft. Met betrekking tot de gewenste 'horizontale' afstemming legde de Raad het voorstel naast de Pbw, en plaatste tal van kanttekeningen, zoals:

'De mogelijkheid om beklag te doen bij een beklagcommissie is minder ruim dan die welke de Pbw biedt. (...) Artikel 66 Pbw geeft de voorzitter van de beroepscommissie de bevoegdheid een bestreden beslissing te schorsen. Het onderwerp wordt in het wetsvoorstel niet geregeld, de toelichting zwijgt erover. De toelichting geeft geen enkele motivering voor deze afwijkingen van de Pbw, terwijl niet direct valt in te zien dat ze rechtstreeks worden gelegitimeerd door het doel dat de

23 Advies Raad van State van 13 december 2001, no. W08.01.0495/V, p. 4.

24 Advies Raad van State van 29 maart 2002, no. W11.01.0674/V, p. 4.

25 Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, B, p. 8-9.

26 Aanwijzing 55: Voor de terminologie van een uitvoeringsregeling wordt aangesloten bij die van de regeling waarop zij is gebaseerd.

Tijdelijke regeling wil dienen. (...) De Raad adviseert het stelsel van beklag en beroep overeenkomstig de Pbw over te nemen’.

‘De mogelijkheid tot mandatering die artikel 5, tweede lid, geeft is ruimer dan die van de overeenkomstige bepaling in de Pbw (artikel 5, vierde lid). De Raad adviseert dit verschil te motiveren’.²⁷

‘Artikel 59 Pbw voorziet in regeling van de dossiervorming en van de rechten tot inzage. Hier ontbreekt een dergelijke voorziening, terwijl niet zonder meer evident is dat het regime van de Tijdelijke regeling een dergelijke regeling onmogelijk maakt. De Raad adviseert tot aanvulling van het voorstel dan wel tot motivering van dit verschil ten opzichte van de Pbw’.²⁸

Het voorstel tot wijziging van de Sanctiewet 1977 bevatte een regeling over de geheimhouding van gegevens en inlichtingen in de financiële sfeer. De regeling kwam overeen met artikelen van de *Wet toezicht kredietwezen 1992* en de *Wet toezicht effectenverkeer 1995*. Ook hier bleek naar de mening van de Raad onvoldoende afstemming te hebben plaatsgevonden. Hij merkte dienaangaande op:

‘In het voorstel ontbreekt echter een nadere voorziening als neergelegd in het derde en vierde lid van die artikelen betreffende het afleggen van verklaringen als getuige of deskundige of als partij in een comparitie bij toepasselijkheid van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering respectievelijk artikel 66 van de Faillissementswet. De Raad betwijfelt of deze materie door het voorgestelde artikel voldoende wordt bestreken en of dat op een voldoende dwingende wijze geschiedt. De Raad meent dat dergelijke voorzieningen in de Sanctiewet 1977 niet gemist kunnen worden aangezien ten overstaan van de rechter de desbetreffende geheimhoudingsbepalingen geen beletsel dienen te vormen. De Raad adviseert het voorstel aan te vullen’.²⁹

Ook in de advisering terzake van ontwerpbesluiten wordt getoetst of verwante regelingen voldoende op elkaar zijn afgestemd. In het advies bij het ontwerpbesluit Begroting en verantwoording provincies en gemeenten merkte de Raad op:

‘In het ontwerpbesluit worden termen gehanteerd die ook worden gebruikt in de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido); er is bewust aansluiting gezocht bij de termen van die wet. Het gaat om termen als rentetypische looptijd, vaste en vlottende schuld. Het verdient aanbeveling deze termen in het ontwerpbesluit te definiëren door te verwijzen naar de definities in de Wet fido. In dat geval kunnen in artikel 32 de toevoegingen “met een rentetypische looptijd van één jaar of langer” en “met een rentetypische looptijd korter dan één jaar” worden geschrapt. Overigens spreekt de Wet fido niet over vlottende schuld, maar over netto-vlottende schuld. Het verdient aanbeveling hierbij aan te sluiten’.³⁰

Een opmerking van gelijke strekking is te lezen in het advies bij het ontwerpbesluit Aanstellingskeuringen, waar het ging om afstemming met een algemene maatregel van bestuur:

‘Het ontwerpbesluit is van toepassing op de aanstelling in openbare dienst. In artikel 9, vierde en vijfde lid, van het Algemeen rijksambtenarenreglement (ARAR) zijn bepalingen opgenomen betreffende het geneeskundig onderzoek bij de aanstelling. Het verdient aanbeveling uit een oogpunt van volledigheid in de nota van toelichting te wijzen op de verhouding van deze keuringsregeling tot de bepalingen in het ARAR’.³¹

Gelijkkluidende kanttekeningen werden geplaatst in de advisering bij het ontwerp-Dierentuinenbesluit. Een aantal bepalingen uit het ontwerpbesluit had een dubbele functie, namelijk zowel algemene voorschriften als voorwaarden voor de verlening van een vergunning. De Raad vond de opzet van het be-

27 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 8.

28 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 9.

29 Kamerstukken II 2001-2002, 28 251, A, p. 3.

30 Advies Raad van State van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I, p. 5.

31 Advies Raad van State van 3 augustus 2001, no. W12.01.0306/IV, p. 2.

sluit daardoor niet duidelijk. Verder werd terminologisch niet aangesloten op de artikelen van de wet waarop de betrokken voorschriften waren gebaseerd.

‘Beide problemen zouden kunnen worden voorkomen, wanneer naast het verbod om zonder vergunning een dierentuin te exploiteren, een artikel in het ontwerpbesluit zou worden ingevoerd waarin achtereenvolgens wordt bepaald dat het houden, huisvesten, verzorgen en houden voor vorengenoemde publieke doeleinden van wilde dieren in dierentuinen dient plaats te vinden overeenkomstig de daarbij genoemde bepaling. De Raad adviseert het ontwerpbesluit op te stellen analoog aan de opzet die is toegepast in het Besluit welzijn productiedieren’.³²

Het afstemmen van twee verwante ontwerpbesluiten met diverse wetten kwam aan de orde bij de adviezen terzake van het voorgenomen Luchthavenverkeerbesluit en het Luchthavenindelingbesluit. Gelet op de onderlinge samenhang bracht de Raad over beide ontwerpen één advies uit. In het bijzonder het Luchthavenindelingbesluit leidde tot een aantal opmerkingen. Het ontwerpbesluit gold als een voorbereidingsbesluit als bedoeld in de WRO, wat bepaalde eisen stelde aan de (technische) inhoud ervan. De Raad betwijfelde of een in het ontwerpbesluit gebedigd criterium zonder meer zou kunnen worden vertaald in een bestemmingsplan en verwees in dat verband naar artikel 12 van het Besluit op de ruimtelijke ordening 1985. Hij adviseerde heroverweging van bedoeld criterium. Ook werd verwezen naar artikel 59 lid 1 van de Woningwet, terzake van het begrip ‘bestaand gebruik’. Hij adviseerde in het ontwerpbesluit een termijn op te nemen welke aangeeft hoelang voor het geval wel een bouwvergunning is verleend maar met de bouw nog geen aanvang is genomen, nog sprake is van een bestaand object.³³

7.1.3.3 Afstemming in overige gevallen

Afstemming kan ook betekenen dat de Raad wetsvoorstellen of ontwerpbesluiten vergelijkt met andere wetsvoorstellen.

In het advies bij het voorstel tot wijziging van de Wet luchtvaart gaf hij aan:

‘Het is voor de Raad niet duidelijk waarom artikel 8.1, onderdeel g, (...) wordt gewijzigd nu die bepaling reeds is opgenomen in het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Wet luchtvaart (...) en het voorliggende wetsvoorstel er volgens de memorie van toelichting vanuit gaat dat het bij de kamer aanhangige wetsvoorstel reeds is vastgesteld voorafgaand aan het voorliggende wetsvoorstel’.³⁴

Idem in het advies bij het ontwerpbesluit houdende regels voor het toezicht op de rechtspersoon. Het besluit stelde regels voor het toezicht op de incasso-organisatie als bedoeld in artikel 161 lid 1 Auteurswet 1912.

‘Het besluit komt grotendeels overeen met het huidige besluit van de minister van 19 februari 1986 (...). Voorts is bij de Staten-Generaal aanhangig het wetsvoorstel toezicht collectieve beheersorganisaties auteursrechten en naburige rechten. (...) Bij nota van wijziging wordt artikel 161 AW 1912 aangepast aan dit wetsvoorstel (...). Niet duidelijk is waarom het noodzakelijk is vooruitlopend op de inwerkingtreding van de nieuwe wet het toezicht in een nieuw besluit te regelen, vooral ook omdat de inhoud daartoe geen aanleiding geeft. (...)’

Het ontwerpbesluit volgt grotendeels het wetsvoorstel toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten. Enkele bepalingen uit het wetsvoorstel zijn evenwel niet overgenomen (...). De Raad adviseert te motiveren waarom de inhoud van het ontwerpbesluit en van het wetsvoorstel onderling verschillen’.³⁵

32 Advies Raad van State van 29 maart 2002, no. W11.01.0674/V, p. 3.

33 Advies Raad van State van 12 september 2002, no. W09.02.0303/V en W09.02.0305/V, p. 4-5.

34 Kamerstukken II 2001-2002, 28 074, A, p. 2.

35 Advies Raad van State van 27 september 2002, no. W03.02.0297/I, p. 1-2.

Indien in ontwerpregelgeving wordt gestreefd naar afstemming met ander beleid, dient op zijn minst duidelijk te zijn om *welk* beleid het gaat, zo stelde de Raad in zijn advies bij het ontwerp tot wijziging van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen:

‘De aankondiging in de nota van toelichting dat bij het formuleren van nieuw beleid aansluiting zal worden gezocht bij “de nieuwe regels voor grondverzet, bodemsanering en bodembeheer” spreekt allerm minst voor zichzelf en zou aan duidelijkheid winnen als werd aangegeven welke regels worden bedoeld en hoe die aansluiting vorm moet krijgen’.³⁶

In het kader van voorgestelde financiële regelgeving was er aandacht voor afstemming met de *Miljoenennota 2001*. Het Belastingplan 2002-I Arbeidsmarkt en Inkomensbeleid was één van de vier wetsvoorstellen die samen het Belastingplan 2002 vormden. De Raad wees in zijn advies op het toetsingskader voor financiële instrumenten, dat inmiddels in ontwikkeling was:

‘In de Miljoenennota 2001 (...) is een aanzet daarvoor gegeven. De Raad heeft de toelichting op de verschillende regelingen die in het Belastingplan 2002-I zijn opgenomen, getoetst aan dit kader. Hij constateert dat deze toelichting veelal ten aanzien van de in het toetsingskader omschreven “toelichtingen uitwerking instrumentele doeleinden” en “motivering instrumentkeuze” tekortschiet’.³⁷

De Raad illustreerde deze opmerking met enkele voorbeelden en adviseerde de toelichting ter zake van de belastinguitgaven aan te vullen in overeenstemming met het in de Miljoenennota 2001 geschetste toetsingskader.

Ten aanzien van afstemming met ander beleid rees in het advies bij de voorgestelde wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen de vraag waarom niet in een bredere context werd gezocht naar methoden om voedselinfecties te voorkomen of te bestrijden. De Raad verwees hierbij naar initiatieven in de levensmiddelenhandel en de inmiddels vastgestelde Erkenningsvoorwaarden PPE/IKB-kip.

‘Gezien deze brede, maar vooralsnog vrijwillige aanpak, rijst de vraag waarom in het ontwerpbesluit slechts voor een smalle aanpak is gekozen’.³⁸

Ook in het advies bij het ontwerp tot wijziging van het Besluit uitoefening arts en apotheker is te lezen dat de Raad aandacht schonk aan afstemming met bestaande initiatieven.

In het ontwerpbesluit zou de zorgplicht van de apotheker en de apotheekhoudende arts – dat in hun apotheek voldoende gelegenheid bestaat tot het verkrijgen van geneesmiddelen – komen te vervallen. Hiermee zou onder andere specialisatie van apotheken bevorderd worden, hetgeen tot voordeel zou hebben dat mogelijkheden tot het geven van meer deskundig en gespecialiseerd advies over het gebruik van bepaalde geneesmiddelen zouden toenemen.

De Raad merkte op

‘dat bij apotheken die ontwikkeling reeds geruime tijd aan de gang is. (...) De Raad adviseert om in de toelichting een beschouwing op te nemen over de mogelijkheid om de reeds bestaande initiatieven te versterken als alternatief voor het laten vervallen van artikel 33, eerste lid, BUA’.³⁹

Vervolgens toetste de Raad of de voorgestelde maatregel was afgestemd met apothekers en consumenten dan wel met de lichamen of instellingen die hun belangen behartigen.

Met betrekking tot de laatste toetsing rees de vraag of de Raad daarbij het criterium *Onderlinge afstemming* voor ogen had. Overleg met directe betrokkenen maakt immers ook deel uit van de vraag naar de uitvoerbaarheid van een voorgestelde regeling. Het is vanuit deze gedachte dat het betreffende

36 Advies Raad van State van 8 november 2002, no. W08.02.0381/V, p. 2.

37 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 4-5.

38 Advies Raad van State van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, p. 4.

39 Advies Raad van State van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, p. 4.

citaat wordt beschreven in paragraaf 6.1.2.3.3 van het hoofdstuk *Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid*.

7.1.4 Regelgeving met verschillend onderwerp, maar door effect op elkaar inwerkend

Het kan voorkomen dat regelingen vanuit een verschillende invalshoek aan een en dezelfde gedraging van de burger eisen stellen, die soms haaks op elkaar staan. Dit gebeurt wanneer regelingen niet hetzelfde onderwerp betreffen, maar desondanks qua effect op elkaar inwerken. Niet zelden is het resultaat vervolgens, dat – door het gebrek aan onderlinge samenhang – de werking van één of zelfs beide wetten geheel of gedeeltelijk geblokkeerd wordt. Een dergelijk gebrek aan afstemming heeft ook consequenties voor de rechtszekerheid, waarmee opnieuw het verband tussen *Onderlinge afstemming* en de andere kwaliteitscriteria wordt aangetoond.

In Zicht op wetgeving wordt gesteld dat deze problematiek in beginsel door *coördinatie* of door *integratie* van regelgeving opgelost zou kunnen worden. Met coördinatie wordt dan niet zozeer overeenstemming bedoeld, maar het in samenwerkend verband brengen. De praktijk blijkt echter weerbarstiger: vanwege complexiteit van de materie, prevalerende belangen of inter- dan wel intradepartementale stammenstrijd blijven fricties niet zelden bestaan.⁴⁰

In de geselecteerde adviezen kwamen expliciete voorbeelden van deze categorie nauwelijks voor. Een enkele maal werd de term ‘coördinatie’ gebruikt, maar daarbij werd niet altijd bedoeld op de betekenis en de context die ‘Zicht op wetgeving’ daaraan hecht.

7.1.4.1 Verschillend onderwerp

Of ontwerpregelingen een verschillend onderwerp betreffen, is niet altijd zonneklaar. In het navolgende wetsvoorstel werd uitgegaan van verschillende onderwerpen, hetgeen de Raad in twijfel trok. In het voorstel tot de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden was bewust de keuze gemaakt om een onderwerp niet in Sv, maar in een zelfstandige regeling onder te brengen. In de memorie van toelichting werd als reden opgegeven dat het er niet goed in kon worden gepast: het verwerken van DNA-profielen van veroordeelden is immers niet gekoppeld aan een strafvorderlijke onderzoekshandeling. Het instrument werd in feite voorgesteld in verband met de opsporing in ruime zin, terwijl opsporing in Sv steeds in het kader van het voorbereidend onderzoek plaatsheeft.

‘De Raad adviseert om deze keuze te herzien. Het DNA-onderzoek is te beschouwen als een uitbreiding van de mogelijkheden om verdachten te identificeren. Het past daarmee in de reeks van andere identificatiemiddelen (...). Daarmee is gegeven dat een regeling in het WvSv passend is. Daarbij kan naar het oordeel van de Raad gedacht worden aan plaatsing in een nieuwe titel’.⁴¹

Voorts was volgens het wetsvoorstel DNA-onderzoek toegestaan wanneer de veroordeelde is veroordeeld wegens één van de daar genoemde misdrijven. Het gaat dan om gewelds- of zedendelicten die in het WvS zijn opgenomen en waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan.

‘De Raad wijst erop dat er ook buiten het WvS gewelds- of zedendelicten strafbaar worden gesteld. Hij wijst op het Wetboek van Militair Strafrecht, de Wet Oorlogsstrafrecht, de Uitvoeringswet folteringverdrag, de uitvoeringswet genocideverdrag en het voorstel van wet Internationale misdrijven. Het verdient aanbeveling het wetsvoorstel met de bedoelde delicten in deze wetten aan te vullen’.⁴²

7.1.4.2 Doorkruising van de werking van bestaande regelingen

Mogelijke neveneffecten van een voorgestelde maatregel kunnen zich manifesteren doordat die maatregel de werking van andere, bestaande regelingen doorkruist. De Raad vroeg aandacht voor dit aspect

40 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 29.

41 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 2.

42 Kamerstukken II 2002-2003, 28 685, A, p. 4.

in zijn advies over het wetsvoorstel Belastingplan 2002-I arbeidsmarkt en inkomensbeleid. Daarin werd onder meer voorgesteld om de mogelijkheid te scheppen om met de belastingheffing niet-fiscale doelstellingen na te streven. Volgens de Raad kon dit plan de werking van andere regelingen op twee manieren doorkruisen. De Raad wees in dit verband in de eerste plaats op de belastingwetgeving:

‘Voor het realiseren van deze (niet fiscale) doelstellingen worden regelingen in een belastingwet opgenomen die niet passen in de primaire heffingsstructuur van de belastingwet, de zogenoemde belastinguitgaven of fiscale subsidies’.⁴³

Hieraan werd toegevoegd dat bij de belastinguitgaven de strikte scheiding tussen inkomsten en uitgaven wordt doorbroken. Door hun open-einde karakter zijn deze belastinguitgaven bovendien niet goed beheersbaar. Naar het oordeel van de Raad kon dit tot gevolg hebben dat door invoering van dit soort maatregelen ook de doelstellingen van de globale richtsnoeren voor het economische beleid, vastgelegd in de ECOFIN, zouden worden doorkruist:

‘Nederland zou strikte controle moeten houden op de overheidsuitgaven, ook vanwege de te verwachten lagere economische groei, om de reductie van het begrotingstekort te beperken en om de inflatie in de hand te houden. (...) Niet alleen het uitgavenbeleid, maar ook het fiscale beleid speelt een belangrijke rol bij het nakomen van de afspraken in het kader van de globale richtsnoeren. (...) Naar het oordeel van de Raad dient dan ook te worden bezien in hoeverre de thans voorliggende fiscale maatregelen dienstbaar zijn aan de tenuitvoerlegging van deze afspraken’.⁴⁴

De Raad adviseerde hierop in de toelichting nader in te gaan. De eis van doelmatigheid lijkt hierbij als inspiratiebron te hebben gediend. De mogelijke negatieve invloed van de voorgestelde regeling op de werking van andere regelingen – en daarmee 9 Ar – fungeert hierbij als drijvende kracht.

Een ander voorbeeld van een ontwerpregeling die de werking van een bestaande regeling zou kunnen doorkruisen werd aangetroffen in het ontwerpbesluit Tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten. De Wet tegemoetkoming studiekosten (WTS) zou vervangen worden door de Wet tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten (WTOS). Het ontwerpbesluit was een uitwerking van de WTOS. De artikelen 2 en 3 van het voorgestelde besluit bepaalden de voorwaarden voor gelijkstelling van een vreemdeling met een Nederlander. De Raad onderschreef de strekking van het ontwerpbesluit, maar constateerde

‘dat in de toelichting geen aandacht wordt besteed aan de vraag of het verbinden van een financiële aanspraak aan de verblijfsrechtelijke status zal leiden tot het zogenaamde “doorprocederen” voor die status. Dit verschijnsel beoogde de Vreemdelingenwet 2000 juist te voorkomen’.⁴⁵

De Raad adviseerde op deze vraag in te gaan.

7.1.4.3 Coördinatie

In het advies bij het ontwerpbesluit tot aanpassing van enkele algemene maatregelen van bestuur aan de Vreemdelingenwet 2000 wees de Raad expliciet op het gevaar van onvoldoende coördinatie. In het ontwerp werd afgeweken van de werkwijze bij de aanpassing van formele wetgeving aan de Vreemdelingenwet 2000; de Invoeringswet Vreemdelingenwet 2000 bevatte wijzigingen van alle formele wetten waarin een verwijzing naar de (oude) Vreemdelingenwet voorkwam. De nu gekozen werkwijze bracht het risico mee dat de noodzakelijke aanpassingen niet voor de inwerkingtreding van de Vreemdelingenwet 2000 zouden worden gerealiseerd, alsmede dat een aantal van de wijzigingen een belastend effect zouden kunnen hebben.

43 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 3.

44 Kamerstukken II 2001-2002, 28 013, A, p. 3-4.

45 Advies Raad van State van 22 juni 2001, no. W05.01.0211/III.

‘Bovendien is aan de werkwijze het bezwaar verbonden dat er onvoldoende coördinatie plaatsvindt bij de eventuele wijziging van de verschillende maatregelen. De Raad adviseert op korte termijn alsnog te voorzien in een gecoördineerde wijziging van alle maatregelen van bestuur waarin wordt verwezen naar de (oude) Vreemdelingenwet’.⁴⁶

Indien er expliciet afstemming heeft plaatsgevonden, is dat voor de Raad geen reden toetsing achterwege te laten. In het advies bij het voorstel tot de Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding werd gesignaleerd:

‘Een belangrijk aspect van de kwaliteit van de rampenbestrijding betreft de coördinatie tussen de diverse plannen. De Raad constateert dat er heel wat instanties worden belast met de zorg voor de rampenbestrijding, in het bijzonder door middel van het vaststellen van plannen, terwijl onvoldoende duidelijk is wie de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt voor de inhoudelijke coördinatie daarvan. (...)’

Het voorstel gaat voorbij aan een aantal aspecten dat van belang is voor de (voorbereiding van de) rampenbestrijding. In de eerste plaats valt te wijzen op watersnoodrampen. Inschakeling van de desbetreffende waterschapsbesturen is bij de voorbereiding op en bestrijding van dit soort rampen onontbeerlijk. Afstemming als voorgeschreven in de (...) Wrzo, is onvoldoende omdat dit zonder overleg slechts een papieren oplossing is. (...)’

In de tweede plaats valt te wijzen op de positie van Defensie. (...) Het wetsvoorstel gaat (echter) niet in op de mogelijke betrokkenheid van Defensie bij de voorbereiding op rampenbestrijding. (...)’

In de derde plaats wordt in het voorstel niet ingegaan op mogelijke samenwerking tussen de regionale brandweer en bedrijfsbrandweerorganisaties. (...)’

In de vierde plaats blijkt uit het wetsvoorstel niet dat er een regeling is getroffen voor de afstemming tussen de voorgestelde samenwerking van deze genoemde organisaties en de politieorganisatie. Deze afstemming verdient evenzeer regeling’.⁴⁷

Voorts:

‘Bij de rampenbestrijding dienen verschillende overheidsorganisaties en –diensten met elkaar samen te werken. Het ligt daarom voor de hand dat het wetsvoorstel aansluiting zoekt bij de Wet gemeenschappelijke regelingen. De Raad maakt daarbij de volgende kanttekeningen. De verdeling van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden die het wetsvoorstel aanbrengt, is niet duidelijk. (...) De Raad adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen in de aangegeven zin en daarbij het onderscheid tussen taakopdracht en bevoegdhedenoverdracht duidelijk te maken en te regelen aan welk bestuursorgaan van de regionale brandweer welke bevoegdheden opgedragen worden’.⁴⁸

Dát de Raad aandacht schenkt aan interdepartementaal overleg bleek uit het advies bij de voorgestelde Concessiewet personenvervoer per trein, een nota van wijziging ter aanvulling van de Wet personenvervoer 2000. Het voorstel zag onder meer op het vergemakkelijken van de overgang van productiemiddelen bij overgang van de concessie en bevatte in dat verband een regeling die het mogelijk maakte het management van die overgang uit te zonderen. De Raad was kritisch ten aanzien van de beoogde voorziening:

‘De (...) voorgestelde voorziening is disproportioneel ten opzichte van het daarmee beoogde doel. (...) Een dergelijke regeling vormt een drastische beperking van de contractsvrijheid en grijpt diep in de rechtspositie van betrokkenen. In het licht daarvan zou verwacht mogen worden dat uit de

46 Advies Raad van State van 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I, p. 1-2.

47 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 2-3.

48 Kamerstukken II 2002-2003, 28 644, A, p. 4-5.

toelichting blijkt dat ook de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid bij de nota van wijziging is betrokken'.⁴⁹

Interdepartementale coördinatie speelde eveneens in de advisering bij de voorgenomen wijziging van het Besluit staatstoezicht op de volksgezondheid c.a.:

'De Raad constateert met betrekking tot de datum van inwerkingtreding, dat de toelichting deze datum aanmerkt als een indicatie, omdat de aanpassing van regelingen die ressorteren onder het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij nog niet gereed is. Ook in verband hiermee is totstandkoming van het onderhavige besluit niet verantwoord'.⁵⁰

Het belang van het coördineren van verschillende procedures kwam aan de orde in de volgende twee adviezen.

Terzake van het ontwerpbesluit Bevordering innovatieve ontwikkelingen stedelijke vernieuwing merkte de Raad op:

'De gekozen opzet laat belangrijke vragen open met betrekking tot de verhouding van het ontwerpbesluit tot wetgeving en procedures waarvan de uitvoering van het innovatiebeleid afhankelijk is of op de toepassing waarvan het zelf van invloed kan zijn. Hiermee doelt het college op de wisselwerking met procedures op grond van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Woningwet en de wijze waarop de Wet voorkeursrecht gemeenten en de Onteigeningswet worden aangepast. Aangezien dit vraagstuk reeds in meer algemene zin tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Stedelijke vernieuwing in de Tweede Kamer der Staten-Generaal is onderkend, adviseert de Raad in de toelichting nader in te gaan op de vraag hoe dit ontwerpbesluit als onderdeel van de financiële projectwetgeving voor de stedelijke vernieuwing zich verhoudt tot die andere wetgeving'.

Voorts:

'De verhouding tot de instrumentale wetgeving komt in het ontwerpbesluit slechts impliciet (...) aan de orde (...). Daardoor ontbeert het ontwerpbesluit een duidelijke afstemmingsregeling'.⁵¹

De Raad adviseerde een en ander te preciseren.

Idem in het advies bij het ontwerpbesluit Bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie. De Raad erkende dat ontwikkelingen in de informatie- en communicatietechniek zo snel gaan, dat de daarop betrekking hebbende wetgeving in steeds sneller tempo aangepast dient te worden.

'Veelal wordt gelijktijdig aan verschillende wetsvoorstellen en andere vormen van regelgeving gewerkt, hetgeen het gevaar van inconsistentie in de hand kan werken'.

De Raad had over dit onderwerp een eerder advies uitgebracht, terzake van een wetsvoorstel dat de 'ontvlechting' regelde tussen de verplichtingen van de aanbieder (bleven in de Telecommunicatiewet) en de bevoegdheid tot het vorderen van telecommunicatiegegevens (ging naar Sv).

'De Raad beveelt aan van deze voorgenomen wijzigingen melding te maken in de nota van toelichting en daarbij te vermelden welke eventuele gevolgen die wijzigingen zullen hebben voor het ontwerpbesluit'.⁵²

49 Kamerstukken II 2001-2002, 27 216, B, p. 3.

50 Advies Raad van State van 21 juni 2002, no. W13.02.0153/III, p. 2.

51 Advies Raad van State van 31 augustus 2001, no. W08.01.0226/V, p. 2.

52 Advies Raad van State van 11 september 2001, no. W09.01.0232/V, p. 1-2.

7.1.5 Conclusie

Onderlinge afstemming blijkt in twee situaties noodzakelijk te zijn: enerzijds in het geval dat regelingen hetzelfde onderwerp betreffen, maar inhoudelijk van elkaar verschillen en anderzijds in het geval van regelingen met verschillend onderwerp, die door hun effect op elkaar inwerken.

Voor de eerste groep zou ‘harmonisatie’ de oplossing kunnen bieden, waarvoor de Aanwijzingen 47 tot en met 51 een handreiking geven. Uit de eerste fase van dit onderzoek werd duidelijk dat de Raad van State in 26 van de 78 adviezen aandacht schonk aan afstemming in de zin van harmonisatie. Hij toetste – in navolging van 49 Ar – de afstemming van voorgestelde regelgeving aan diverse algemene wetten (Awb, Sv, Rv, Tijdelijke Referendumwet, Comptabiliteitswet, WOB, Kaderwet adviescolleges en WPE) en aan algemene wetten op een deelterrein (Wm, Telecommunicatiewet, Pbw, Wet toezicht effectenverkeer).

Er werd bovendien niet alleen getoetst aan wetten, maar ook aan algemene maatregelen van bestuur. Paragraaf 7.1.3.3 van dit hoofdstuk toont voorts dat de Raad ook lette op afstemming met – aanhangig zijnde – wetsvoorstellen, met ander beleid en met al bestaande initiatieven. Het laatste neigt naar het criterium *Uitvoerbaarheid*, hetgeen wederom de diffuse begrenzing tussen de verschillende criteria illustreert.

De geselecteerde adviezen leverden acht voorbeelden voor de tweede groep. De oplossing voor fricties uit deze categorie zou gevonden moeten worden in ‘coördinatie’. In enkele adviezen van de Raad werd deze term weliswaar gebruikt, maar daarbij was slechts in twee gevallen sprake van een expliciet voorbeeld van regelingen met verschillend onderwerp, die door hun effect op elkaar inwerken.

De aan Zicht op wetgeving ontleende indeling in twee categorieën is niet zonder meer af te leiden uit de 78 geselecteerde adviezen. Het overwicht van de eerste groep doet vermoeden dat het kwaliteitsvereiste *Onderlinge afstemming* voornamelijk ziet op – het streven naar – harmonisatie.

7.2 REACTIE VAN REGERING EN PARLEMENT OP DE ADVIEZEN VAN DE RAAD VAN STATE

In de eerste fase van dit onderzoek was de aandacht gericht op de wijze waarop de Raad van State het kwaliteitscriterium *Onderlinge afstemming* in zijn adviezen betreft. De tweede fase beoogt – met betrekking tot een beperkt aantal adviezen – aandacht te schenken aan de reactie op de adviezen, waarbij het accent ligt op de reactie van de regering in het nader rapport. In een aantal gevallen geeft het nader rapport op zijn beurt aanleiding om de parlementaire behandeling bij het onderzoek in ogenschouw te nemen.

Met het oog op de helderheid wordt ook in deze fase de indeling in twee groepen gehanteerd: enerzijds regelingen die hetzelfde onderwerp betreffen, maar inhoudelijk van elkaar verschillen en anderzijds regelingen met verschillend onderwerp, die door hun effect op elkaar inwerken.

7.2.1 Verscheidenheid in regelgeving met betrekking tot verwante onderwerpen

Verscheiden in regelgeving met hetzelfde onderwerp zou volgens Zicht op wetgeving door harmonisatie kunnen worden teruggedrongen. Deze gedachte is inmiddels neergelegd in Aanwijzing 49, waarin wordt gesteld dat in bijzondere wetten alleen wordt afgeweken van algemene wetten indien dit noodzakelijk is. Een afwijking dient gemotiveerd te worden in de memorie van toelichting bij de bijzondere wet.

Uit het eerste deel van dit onderzoek is gebleken dat ten aanzien van de eerste categorie zowel de afstemming met ‘grote’ algemene wetten (de Awb, Sv) als de afstemming met algemene wetten op een deelterrein (onder andere Wm) deel uit maakte van de kwaliteitstoetsing door de Raad van State. Voor de tweede fase van dit onderzoek werd het in fase I bestudeerde aantal adviezen verkleind; voor deze categorie betekent dit dat vijf wetsvoorstellen en twee ontwerpbesluiten aan nader onderzoek zullen worden onderworpen.

7.2.1.1 Afstemming met algemene wetten

7.2.1.1.1 Afstemming met de Algemene wet bestuursrecht

Wetsvoorstel Verbetering poortwachter

In de advisering terzake van het voorstel tot de Wet verbetering poortwachter trok de Raad een vergelijking met de Awb.⁵³

Hij merkte op dat één van de voorgestelde maatregelen leek te zijn ontleend aan artikel 4:5 lid 1 Awb, waarin is neergelegd dat indien de bij de aanvraag verstrekte gegevens onvoldoende zijn, het bestuursorgaan kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen. Het voorstel gaf het Lisv de mogelijkheid – in geval van onvoldoende reïntegratie-inspanningen van zowel werknemer als werkgever – te besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen zolang de werkgever verplicht is het loon door te betalen. De Raad vond het onvoldoende verrichten van reïntegratie-inspanningen echter geen schending van de inlichtingenplicht, maar eerder een materiële weigeringsgrond. In de systematiek van het bestuursrecht zou het Lisv in dat geval de aanvraag moeten afwijzen. De Raad adviseerde tot aanpassing van het wetsvoorstel.

Uit het nader rapport blijkt dat deze aanbeveling is opgevolgd: artikel 34a WAO is in die zin gewijzigd. Vervolgens geeft het nader rapport aan:

‘Door de WAO-aanvraag inhoudelijk te toetsen en tevens termijnen te stellen voor een nieuwe aanvraag is het bestuursrechtelijk gezien niet juist de aanvraag buiten behandeling te laten, maar dient deze afgewezen te worden. Voorts is de in het tweede lid van artikel 34a WAO opgenomen verplichting voor het Lisv om aan de werknemer een termijn te stellen waarbinnen het reïntegratieverslag wordt verstrekt of aangevuld als deze niet of onvolledig is, vervallen. Deze verplichting wordt al geregeld in artikel 4:5 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht’.⁵⁴

Wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's

Indien in een wetsvoorstel gekozen wordt voor een regeling die afwijkt van de Awb, dient dat – in navolging van 49 Ar – duidelijk gemotiveerd te worden, zo stelde de Raad in zijn advies bij het voorstel tot de Wet bestuur in stedelijke regio's.⁵⁵

Het onderhavige wetsvoorstel week af van de Awb ten aanzien van bepaalde termijnen voor goedkeuring. De Raad wees op het mogelijke geval dat een besluit van gedeputeerde staten over goedkeuring van een voorgelegde regeling niet binnen de door artikel 3 lid 3 gestelde termijn van acht weken zou zijn genomen en bekendgemaakt. Artikel 10:31 lid 4 Awb bepaalt namelijk dat een besluit tot goedkeuring geacht wordt te zijn genomen indien binnen – de in artikel 10:31 lid 1 genoemde termijn van – 13 weken geen besluit betreffende goedkeuring is bekendgemaakt. De Raad constateerde dat, nu de termijn van goedkeuring afweek van die uit de Awb, het wetsvoorstel geen duidelijkheid bood over mogelijke goedkeuring van rechtswege.

Het nader rapport toont dat de opmerking van de Raad werd onderschreven:

‘De adviezen van de Raad (...) zijn overgenomen. (...)

In artikel 3, vierde lid, is naar analogie met het vierde lid van artikel 10:31 van de Awb bepaald dat een regeling geacht wordt te zijn goedgekeurd indien gedeputeerde staten niet tijdig een besluit tot goedkeuring hebben bekendgemaakt’.⁵⁶

Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

De toetsing van afstemming met algemene wetgeving resulteerde in een enkel geval in de constatering dat de algemene wet *niet* geldt. In de advisering bij het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers gaf de Raad de aanbeveling er in de memorie van toelichting op te wijzen dat met be-

53 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 11.

54 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 11.

55 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A.

56 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 9-10.

trekking tot de rechtsbescherming van gedetineerden de beroepsregeling van de Awb niet van toepassing was (artikel 1:6 Awb) en dat voor betrokkenen in het voorkomende geval de kort-gedingweg openstond.⁵⁷

In het nader rapport is te lezen dat deze opmerking integraal werd overgenomen:

‘In de memorie van toelichting zal erop worden gewezen dat de beroepsregeling van de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing is en dat voor betrokkenen zonodig de weg van het kort geding openstaat’.⁵⁸

De memorie van toelichting verwoordde het als volgt:

‘In Hoofdstuk IX van de Tijdelijke wet is een beperkte vorm van klachtrecht opgenomen. Ook ten aanzien van de detentie in de onderhavige voorzieningen is de uitsluiting van de Algemene wet bestuursrecht (zie artikel 1:6 Awb) van toepassing. (...)’

Indien de gedetineerde een spoedvoorziening wenst kan hij een kort geding aanspannen’.⁵⁹

7.2.1.1.2 Afstemming met het Wetboek van Strafvordering

Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

Ook de afstemming met Sv kwam aan de orde in het advies bij het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.⁶⁰ De Raad merkte in dat verband op dat veroordeelden met betrekking tot de regeling van hun contacten met de buitenwereld normaliter vallen onder de Penitentiaire beginselenwet (Pbw). Ten aanzien van contacten tussen verdachten en hun raadsman zijn de artikelen 50 en 50a Sv van toepassing.

Het wetsvoorstel verklaarde in artikel 3 de gehele Pbw buiten toepassing voor drugskoeriers, in beginsel voor één jaar. Het tornde echter niet expliciet aan de genoemde regeling in Sv, en liet die evenmin uitdrukkelijk onverlet. Dit laatste verdiende wel aanbeveling volgens de Raad. Hij adviseerde tot aanpassing van het voorstel en tot aanvulling van de toelichting.

Uit het nader rapport blijkt dat de regering deze opmerking ter harte nam:

‘In de memorie van toelichting is voor de duidelijkheid opgenomen dat de artikelen 50 en 50a Wetboek van Strafvordering onverkort van toepassing zijn’.⁶¹

De memorie van toelichting geeft zowel bij de artikelen 21 en 22 als bij 23 en 24 aan dat op de contacten tussen een verdachte en zijn raadsman de artikelen 50 en 50a Sv onverkort van toepassing zijn.⁶²

De parlementaire behandeling toont vervolgens dat één van de voorgestelde bepalingen aanleiding gaf tot een misverstand. Leden van de D66-fractie vroegen of uit artikel 23 volgt dat de gedetineerde maar gedurende één uur per week contact zou kunnen hebben met zijn rechtshulpverlener. Leden van de GroenLinks-fractie stelden de vraag of de beperkingen waaraan de toegang van de rechtsbijstandverlener als gevolg van artikel 23 kan worden onderworpen, alsmede het feit dat de advocaat met het mogelijke andere bezoek moet ‘concurreren’ in het ene toegestane uur per week, deze toegang bij een verdachte niet op onwenselijke wijze beperken. Zij vroegen of het geen aanbeveling zou verdienen de rechtsbijstandverlener te scharen onder de in artikel 23 lid 7 genoemde personen die te allen tijde toegang hebben tot de (verdachte) gedetineerde.⁶³

In antwoord hierop stelde de minister vast dat terzake van de toegang van de rechtsbijstandverlener welhaast sprake moest zijn van een misverstand bij de fracties van D66 en GroenLinks. Zoals ook in

57 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 8.

58 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 8.

59 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 11.

60 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

61 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 5.

62 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 9.

63 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 11-12.

de memorie van toelichting werd aangegeven wordt het verkeer tussen de rechtsbijstandverlener en de gedetineerde niet beperkt. De artikelen 50 en 50a van Sv zijn onverkort van toepassing. Van kiezen tussen contact met de rechtsbijstandverlener en ander bezoek zal dus geen sprake zijn. Voorts geeft artikel 23 lid 7 aan dat de rechtshulpverlener op in de huisregels vastgestelde tijden en plaatsen de gedetineerde kan bezoeken. Deze formulering komt overeen met artikel 38 Pbw.⁶⁴

7.2.1.1.3 Afstemming met overige algemene wetgeving

Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

Het advies van de Raad van State bij het voorstel tot de Wet dualisering gemeentebestuur toont dat voor harmonisatie soms afstemming met meer dan één wet noodzakelijk is. De Raad toetste achter-eenvolgens aan de Comptabiliteitswet, de WOB, de Kaderwet adviescolleges en de Wet op de parlementaire enquête (WPE).⁶⁵

De afstemming met de *Comptabiliteitswet* was van belang met betrekking tot de in het wetsvoorstel verplicht gestelde lokale rekenkamer. De Raad adviseerde om – indien een regeling van de rekenkamer conform artikel 181 van het wetsvoorstel zou worden gehandhaafd – op technische punten meer aansluiting te zoeken bij het stelsel van de Comptabiliteitswet. Een optie zou zijn om – ten aanzien van een aantal specifieke, in het advies genoemde onderwerpen – de gemeenteraad de bevoegdheid te verschaffen bepalingen van de Comptabiliteitswet van overeenkomstige toepassing te verklaren op de gemeentelijke rekenkamer.

De regering gaf in het nader rapport de volgende reactie:

‘In dit verband teken ik aan dat de gemeentelijke rekenkamer een wat andere rol heeft dan de Algemene Rekenkamer bij het Rijk. Met name op het gebied van de rechtmatigheidscontrole is die positie anders. In het voorstel is bewust gekozen voor een wat meer summiere regeling. Uiteraard zal de gemeenteraad bij verordening aanvullende bevoegdheden kunnen geven aan de rekenkamer, bijvoorbeeld via een subsidieverordening. De verplichting desgevraagd de rekenkamer informatie te geven en toegang te geven tot financiële stukken zou in bepaalde gevallen deel uit kunnen maken van subsidievoorwaarden’.⁶⁶

Met betrekking tot het geheimhoudingsregime van de rekenkamer vergeleek de Raad artikel 181j van het wetsvoorstel met de *WOB* en vervolgens wederom met de *Comptabiliteitswet*. Hij adviseerde te bepalen dat de rekenkamer niet zelf zou beslissen over de openbaarmaking van stukken die door andere instanties zijn opgesteld, maar slechts over eigen stukken. Voor de rekenkamer zou altijd een geheimhoudingsplicht gelden ten aanzien van stukken van anderen. De Raad opperde dat in de toelichting erop zou kunnen worden gewezen dat deze regeling niet afdoet aan de openbaarmakingsverplichtingen die voor andere instanties voortvloeien uit de *WOB* en andere openbaarheidsbepalingen.

Daarnaast adviseerde de Raad – in het licht van het zevende lid van artikel 181d – aanvullende maatregelen te nemen met betrekking tot gegevens en bevindingen die naar hun aard vertrouwelijk zijn en die niet worden opgenomen in een rapport of jaarverslag. Hij gaf aan dat daarbij gedacht zou kunnen worden aan bijvoorbeeld de artikelen 54 lid 4 en 59 lid 14 van de Comptabiliteitswet, welke voorzien in vertrouwelijke kennisneming.

De reactie in het nader rapport luidde bevestigend:

‘Ik deel de opvatting van de Raad dat de rekenkamer uitsluitend moet beslissen over geheimhouding van zijn eigen stukken. Deze bevoegdheid komt de rekenkamer ook toe zonder regeling daarvan in de Gemeentewet. Een en ander is reden geweest om artikel 181j te schrappen. In dit kader is van belang dat de *WOB* op de rekenkamer van toepassing is en zij derhalve met inachtneming van de artikelen 10 en 11 van deze wet moet besluiten tot openbaarmaking van informatie op eigen initiatief of op

64 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5, p. 8-9.

65 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A.

66 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 19.

verzoek. In paragraaf 7.4 van de memorie van toelichting is een passage opgenomen over de gevolgen van de toepasselijkheid van de WOB op de rekenkamer'.⁶⁷

In de memorie van toelichting werd uitgelegd dat de gemeentelijke rekenkamer – anders dan de Algemene Rekenkamer – een bestuursorgaan is. Dit betekent onder meer dat de WOB op de rekenkamer van toepassing is. Bij openbaarmaking van haar stukken zal de rekenkamer de bepalingen van de WOB in acht moeten nemen. Dat geldt zowel voor openbaarmaking op verzoek als uit eigen beweging, onverminderd het bepaalde in artikel 185 lid 2 van het voorstel.⁶⁸ Op grond van de WOB kan de rekenkamer ook worden verzocht stukken openbaar te maken die onder haar berusten, maar afkomstig zijn van een derde, bijvoorbeeld het gemeentebestuur. In dat geval ligt het in de rede dat de rekenkamer in overleg met die derde beslist over openbaarmaking.⁶⁹

Het nader rapport vervolgde:

‘Het verbod in artikel 181e, tweede lid, om te rapporteren over geheime gegevens heb ik naar aanleiding van het advies van de Raad geschrapt. Artikel 181d, zevende lid, waarin is bepaald dat van gegevens en bevindingen die naar hun aard vertrouwelijk zijn, geen melding wordt gemaakt in het jaarverslag of in een rapport, biedt voldoende waarborg tegen openbaarmaking van gegevens waarvan dat niet wenselijk is. Aan artikel 181d, zevende lid, is een aan artikel 59, veertiende lid, van de Comptabiliteitswet ontleende bepaling toegevoegd dat mededelingen aan de raad die gegevens bevatten die naar hun aard vertrouwelijk zijn, worden verstrekt ter vertrouwelijke kennisneming’.⁷⁰

Artikel 181d ging intussen op in artikel 184. Met betrekking tot het voorgestelde lid 7 – inmiddels lid 6 – vermeldde de memorie van toelichting:

‘Op grond van artikel 185, tweede lid, zijn het jaarverslag en de rapporten van de rekenkamer openbaar. In deze openbare stukken worden op grond van artikel 184, zesde lid, geen vertrouwelijke gegevens opgenomen.

Artikel 184, zesde lid, bepaalt voorts dat mededelingen van de rekenkamer aan de raad die naar hun aard vertrouwelijke gegevens en bevindingen bevatten, ter vertrouwelijke kennisneming worden verstrekt. Deze bepaling is nodig omdat raadsinformatie in beginsel openbaar is. Zij is ontleend aan artikel 59, veertiende lid, van de Comptabiliteitswet waarin een vergelijkbare bepaling is opgenomen voor mededelingen van de Algemene Rekenkamer aan de Staten-Generaal’.⁷¹

In een hierop volgende nota van wijziging werden de leden 5 en 6 van artikel 184 overigens geschrapt, omdat zij terugkomen in artikel 185.⁷²

Ten aanzien van de vereiste onafhankelijkheid van – op basis van het wetsvoorstel in te stellen – adviescolleges vergeleek de Raad het voorstel met de *Kaderwet adviescolleges*. Op grond van de leden 3 en 4 van het voorgestelde artikel 82b moet een door de raad, het college of de burgemeester ingestelde adviescommissie onafhankelijk zijn. Raadsleden, wethouders, de burgemeester en bij het onderwerp betrokken gemeenteambtenaren mogen daarom geen lid zijn van een dergelijke adviescommissie.

De toelichting motiveerde de beoogde onafhankelijkheid slechts met een korte verwijzing naar het adviesstelsel op rijksniveau. De Raad bevestigde dat die voldoende was ter motivering van het gegeven dat bij het onderwerp betrokken gemeenteambtenaren geen lid van een adviescommissie kunnen zijn; de *Kaderwet adviescolleges* bevat immers een vergelijkbare bepaling. Voor de andere onverenig-

67 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 20.

68 Artikel 185 lid 2 luidde: Verslagen en rapporten van de rekenkamer zijn openbaar.

69 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 71.

70 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 20. Het zevende lid van artikel 181d luidde nu als volgt: Van gegevens en bevindingen die naar hun aard vertrouwelijk zijn, maakt de rekenkamer geen melding in haar jaarverslag of in een rapport. Mededelingen aan de raad als bedoeld in het vijfde lid, die zodanige gegevens of bevindingen bevatten, verstrekt zij ter vertrouwelijke kennisneming.

71 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 3, p. 71-72.

72 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, nr. 7, p. 10.

baarheden – het feit dat raadsleden, de burgemeester en wethouders geen lid van een adviescommissie mogen zijn – kon volgens de Raad echter niet zonder nadere motivering worden verwezen naar de Kaderwet. De toelichting zou in dit verband moeten worden aangevuld.

In het nader rapport werd hierop ingegaan:

‘Bij nader inzien heb ik ervoor gekozen de inrichting van commissies die adviseren over algemeen verbindende voorschriften, te voeren beleid en beheer, over te laten aan raad en college. Ook de huidige Gemeentewet kent hiervoor geen specifieke bepalingen en de nadere regeling van dergelijke commissies houdt geen verband met dualisering. Artikel 82b van het aan de Raad toegezonden wetsvoorstel, dat voorzag in een regeling met betrekking tot bedoelde commissies, is dan ook geschrapt. De suggestie van de Raad om in de memorie van toelichting te motiveren waarom in artikel 82b, derde lid, wordt voorgesteld dat raadsleden, de burgemeester en wethouders geen lid van een adviescommissie mogen zijn, is om die reden niet meer ter zake’.⁷³

Aan het slot van het advies werd het voorstel vergeleken met de *Wet op de parlementaire enquête* (WPE). De Raad stelde dat niet werd gesproken van een geheimhoudingsplicht voor de leden van de onderzoekscommissie omtrent hetgeen hun tijdens een besloten zitting ter kennis komt. Evenmin maakte het voorstel duidelijk of bescheiden waarvan de commissie kennisneemt, openbaar gemaakt kunnen of moeten worden en of er een mogelijkheid bestaat dat ‘gevoelige’ bescheiden geheimgehouden kunnen worden. De Raad verwees hierbij naar artikel 18 WPE, waarin voornoemde punten wel geregeld zijn. Hij adviseerde deze onderwerpen ook in het wetsvoorstel te regelen door de mogelijkheid te bieden bepalingen van de WPE van overeenkomstige toepassing te verklaren.

Het nader rapport toont dat deze aanbeveling werd overgenomen:

‘Naar aanleiding van het advies van de Raad is de raad in artikel 155d, tweede lid, aanhef en onder d, de bevoegdheid gegeven de artikelen 18, 18a, derde en vierde lid, en 19 van de Wet op de Parlementaire Enquête van overeenkomstige toepassing te verklaren. Hiermee wordt buiten twiifel gesteld dat de raad ter bescherming van bepaalde belangen de verplichting tot medewerking aan de onderzoekscommissie door het overleggen van bescheiden of het afleggen van getuigenverklaringen kan beperken. In artikel 155a, vijfde lid, is bovendien artikel 86, eerste lid, van de Gemeentewet van overeenkomstige toepassing verklaard op de onderzoekscommissie. Op grond hiervan kan zij beslissen tot geheimhouding van bepaalde informatie. Op grond van het tweede lid van artikel 25 is de commissie bevoegd aan de raad geheimhouding op te leggen. Het is de raad zelf die beslist over het eventueel vervallen van die verplichting op grond van het derde lid van artikel 25’.⁷⁴

7.2.1.2 Afstemming met algemene wetgeving op een deelterrein

7.2.1.2.1 Afstemming met de Wet milieubeheer

Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij

In het voorstel tot de Wet ammoniak en veehouderij werd het kader geformuleerd voor de beoordeling van het aspect ammoniak bij het verlenen van een vergunning op grond van de Wet milieubeheer (Wm). In deze context was de afstemming met de Wm van groot belang. De Wm bleef immers van toepassing op andere milieubelastende activiteiten dan de emissie uit dierenverblijven. De begrenzing tussen de voorgestelde regeling en de Wm was echter onduidelijk, zo stelde de Raad in zijn advies.

Het wetsvoorstel beoogde een exclusief beoordelingskader te geven voor de toetsing in het kader van een milieuvergunning van het aspect van ammoniakemissie uit dierenverblijven, maar artikel 3 lid 3 maakte het mogelijk dat ook in het kader van de vergunningverlening op basis van de Wm voorschriften ten aanzien van ammoniakemissie uit dierenverblijven konden worden gesteld. Deze mochten echter niet zover gaan dat zij zouden neerkomen op het weigeren van een vergunning.

De Raad merkte in dit verband onder meer op dat artikel 3 lid 3 van het voorstel zich niet verzet tegen een weigering van de vergunning op grond van artikel 8.10 lid 2 juncto artikel 8.11 lid 3 Wm.

⁷³ Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 23.

⁷⁴ Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 30.

In het nader rapport werd hierop als volgt gereageerd:

‘Met het wetsvoorstel wordt inderdaad beoogd een exclusief beoordelingskader te geven voor de toetsing in het kader van de verlening van een milieuvergunning voorzover het de ammoniakemissie uit dierenverblijven betreft. Anders dan de Raad uit de toelichting heeft begrepen, is het echter wel degelijk de bedoeling dat een vergunning ook op grond van artikel 8.10 lid 2 juncto 8.11 lid 3 Wm kan worden geweigerd’.

Vervolgens schetste de minister twee situaties waarin een vergunning zou kunnen worden geweigerd op basis van bepalingen uit de Wet milieubeheer.

‘Op deze wijze wordt tevens gewaarborgd dat de “beste bestaande technieken” als bedoeld in de IPPC-richtlijn worden toegepast en wordt aldus mogelijke strijdigheid met de Richtlijn voorkomen.

(...)

De toelichting op artikel 3, derde lid, is aangepast’.⁷⁵

7.2.1.2.2 Afstemming met andere algemene wetgeving op een deelterrein

Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

In zijn advies bij het voorstel tot de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers stond de Raad langdurig stil bij de afstemming van het voorstel met de *Penitenciaire beginselenwet* (Pbw). Het wetsvoorstel verklaarde – onder andere – de Pbw buiten toepassing, met het oog op het oplossen van knelpunten ten aanzien van de insluiting van bolletjesslikkers op Schiphol. Voor de duur van een jaar werd een veel soberder regeling voorgesteld, die de gedetineerden minder rechten zou bieden. De Raad plaatste een groot aantal kanttekeningen, onder meer met betrekking tot de rechtsbescherming. Ter illustratie zal een drietal opmerkingen nader worden toegelicht.

De Raad stelde dat de mogelijkheid om klacht te doen bij een klachtcommissie minder ruim was dan die welke de Pbw biedt. In artikel 34 van het voorstel werd het klachtrecht beperkt tot beslissingen die een beperking inhouden van een recht dat de betrokkene was toegekend bij of krachtens de voorgestelde regeling, dan wel een andere wettelijke regeling of rechtstreeks werkende verdragsbepaling.

Voorts geeft artikel 66 Pbw de voorzitter van de beroepscommissie de bevoegdheid een bestreden beslissing te schorsen. De Raad constateerde dat dit onderwerp noch in het wetsvoorstel, noch in de toelichting werd aangesneden.

De reactie in het nader rapport luidde als volgt:

‘Naar aanleiding van het advies van de Raad is de memorie van toelichting aangevuld op het punt van de signaleerde afwijkingen van de Pbw. De beperkingen ten aanzien van het klachtrecht en het beroep worden gehandhaafd, gelet op het ontbreken van gekwalificeerd personeel op de korte termijn’.⁷⁶

De memorie van toelichting bij artikel 34 gaf aan dat terzake van het klachtrecht is volstaan met een regeling van klacht tegen beslissingen van de directeur die door de klachtcommissie worden behandeld. Daarmee werd afgezien van de installatie van een reguliere Commissie van Toezicht die maandelijks overleg heeft met de directie, alsmede van de figuur van de Maandcommissaris. Ook hier waren personele beperkingen de achterliggende reden. Omdat artikel 42 van de European Prison Rules echter verplicht tot een van de voorziening onafhankelijke klachtenbehandeling, werd er wel een klachtcommissie opgenomen. De regeling van klacht was nagenoeg gelijklopend aan die uit de Pbw.

Er was niet voorzien in een schorsingsmogelijkheid bij de voorzitter van de beroepscommissie van de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming. Volgens de toelichting zou een dergelijke mogelijkheid een onevenredige aanslag op de beroepscommissie betekenen. Voor een voorlopige voorziening zou de gedetineerde de weg van het kort geding dienen te bewandelen.⁷⁷

⁷⁵ Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 5.

⁷⁶ Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 8.

⁷⁷ Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 11.

Uit het verslag van de vaste commissie van Justitie, belast met het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel, bleek, dat er met betrekking tot artikel 34 verschillende vragen opgeworpen werden. De leden van de PvdA-fractie vonden het zeer bevreemdend dat de Commissie van toezicht met de Commissaris van de maand niet beschikbaar werd gesteld in verband met benodigde personele ondersteuning. Zij waren van mening dat – gelet op het karakter van de tijdelijke wetgeving – deze commissie er zou moeten zijn. Het toezicht vanuit de Raad voor de strafrechtstoepassing zou te weinig frequent en teveel op afstand zijn om in deze bijzondere omstandigheden de rol van de Commissie van toezicht te kunnen vervangen.

De PvdA-fractieleden stelden de vraag of de regering de veiligheid binnen de inrichting niet zou willen verbeteren door alsnog de Commissie van toezicht onder te brengen in de tijdelijke wetgeving.⁷⁸

In het antwoord op deze vraag werd opnieuw verwezen naar de al gesignaleerde personele onderbezetting:

‘Het afhandelen van klachten is voor inrichtingspersoneel een arbeidsintensieve aangelegenheid, hoe waardevol een klachtregeling ook is. Gesteld voor de keuze of een personeelslid zich bezig kan houden met de bejegening van gedetineerden en activiteiten kan begeleiden of met de afhandeling van klachten kies ik voor het eerste. Maar ook het samenstellen van een commissie van toezicht is geen eenvoudige opgave op de korte termijn waarop dit allemaal gerealiseerd moet worden. (...)’

Ten aanzien van het toezicht heeft de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming gelijke bevoegdheden als bij de overige inrichtingen. Ik verwacht dat de Raad speciaal aandacht zal besteden aan deze voorzieningen (...) zodat het toezicht gewaarborgd is’.⁷⁹

Ook merkte de Raad van State op dat de mogelijkheid tot mandatering die artikel 5 lid 2 van het voorstel gaf, ruimer was dan die van de overeenkomstige bepaling in de Pbw. Op basis van het voorgestelde artikel zou de directeur ambtenaren en medewerkers kunnen machtigen tot de uitoefening van zijn bevoegdheden en de naleving van zijn zorgplichten. De Pbw-bepaling was gelijkluidend geformuleerd, maar maakte een uitzondering ter zake van een aantal bevoegdheden.⁸⁰ De uitoefening van de bevoegdheid tot het stellen van huisregels en de uitoefening van de beslissingsbevoegdheid tot onder meer het onderbrengen van kinderen, de plaatsing in afzondering, de intrekking van verlof of het opleggen van een disciplinaire straf mocht niet gemandateerd worden. De Raad adviseerde het verschil tussen beide bepalingen te motiveren.

In het nader rapport antwoordde de regering dat dit in de memorie van toelichting zou worden gemotiveerd.⁸¹ De toelichting bij artikel 5 luidde vervolgens:

‘In deze bepaling zijn de bevoegdheden van de directeur omschreven. Ook deze bepaling (vgl. art. 5 Pbw) is slechts tot het hoog nodige teruggebracht. Zo is de regeling van de aan de directeur voorbehouden handelingen niet overgenomen. Wel is behouden dat de directeur huisregels vaststelt voor de voorziening in aanvulling op de bepalingen van deze wet. In een speciaal model hiervoor wordt evenwel niet voorzien’.⁸²

De Raad signaleerde voorts dat artikel 59 Pbw voorziet in een regeling van de dossiervorming en van de rechten tot inzage. In het onderhavige voorstel ontbrak een dergelijke voorziening, terwijl niet zonder meer evident was dat het regime van de Tijdelijke regeling een dergelijke regeling onmogelijk maakt. De Raad adviseerde het voorstel aan te vullen, dan wel het verschil ten opzichte van de Pbw te motiveren.

In het nader rapport werd als volgt gereageerd:

78 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 4, p. 13.

79 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 5.

80 Artikel 5 lid 2 Pbw: De directeur kan ambtenaren en medewerkers machtigen tot de uitoefening van hem bij of krachtens deze wet gegeven bevoegdheden en de naleving van zijn zorgplichten, met uitzondering van de bevoegdheden, genoemd in het eerste en vierde lid.

81 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 9.

82 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 6.

‘In de toelichting is ingegaan op het verschil met artikel 59 Pbw. Uiteengezet is dat de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing is’.⁸³

Dat het verschil met artikel 59 Pbw slechts summier werd aangestipt, toont het beoogde citaat uit de Memorie van toelichting:

‘De tijdelijke wet bevat evenmin een regeling voor het aanleggen van dossiers en de mogelijkheid van inzage daarin. Bij gebreke hieraan zijn, wanneer dossiers worden aangelegd, de bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing’.⁸⁴

7.2.1.3 Afstemming in overige gevallen

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen

In het advies bij de voorgestelde wijziging van het Warenwetbesluit bereiding en behandeling van levensmiddelen wierp de Raad van State de vraag op waarom niet in een bredere context werd gezocht naar methoden om voedselinfecties te voorkomen of te bestrijden. Hij verwees hierbij naar initiatieven in de levensmiddelenhandel en naar bestaand beleid, zoals de inmiddels vastgestelde Erkenningsvoorwaarden PPE/IKB-kip.

Uit het nader rapport blijkt dat de nota van toelichting op dit punt werd aangepast:

‘(Daarnaast) wordt in de nota van toelichting thans ook aandacht besteed aan initiatieven die gericht zijn op het voorkómen van besmettingen. Op dit moment wordt in overleg met een aantal schakels uit de keten gezien in hoeverre door middel van een ketenbrede aanpak het besmettingspercentage met Salmonella verder kan worden gereduceerd. Voorts wordt aandacht besteed aan het Actieplan 2000+ (...)’.⁸⁵

In de nota van toelichting werd kort ingegaan op het Actieplan 2000+, een in de pluimveevleessector ontwikkeld pakket maatregelen dat intussen van start was gegaan.⁸⁶

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst

Uit de advisering bij het ontwerp tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst zou afgeleid kunnen worden dat het criterium *Onderlinge afstemming* mede afstemming met bestaande initiatieven betreft. De Raad merkte dienaangaande op dat het wenselijk zou zijn in de toelichting een beschouwing op te nemen over de mogelijkheid om de reeds bestaande initiatieven te versterken als alternatief voor het laten vervallen van artikel 33 lid 1 BUA. Daarna toetste de Raad of de voorgestelde maatregel was afgestemd met apothekers en consumenten, dan wel met hun vertegenwoordigende organisaties, waaronder patiëntenverenigingen. In de eerste fase van dit onderzoek werd al geconcludeerd dat de laatste toetsing thuishoort bij het kwaliteitscriterium *Uitvoerbaarheid*.

7.2.2 Regelgeving met verschillend onderwerp, maar door effect op elkaar inwerkend

Regelingen kunnen vanuit een verschillende invalshoek aan een en dezelfde gedraging van de burger eisen stellen die haaks op elkaar staan. In voorkomende gevallen kan dit zelfs leiden tot blokkering van de werking van één van de betrokken regelingen. Het moge duidelijk zijn dat de rechtszekerheid hiermee niet is gediend.

Deze problematiek zou door coördinatie of integratie van regelgeving opgelost kunnen worden. Hierbij wordt bedoeld op het in samenwerkend verband brengen van bijvoorbeeld departementen. De praktijk toont echter dat deze oplossing vooral theoretisch is. Met name door belangentegenstellingen en de complexiteit van bepaalde vraagstukken blijken fricties niet altijd te voorkomen.

83 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, A, p. 9.

84 Kamerstukken II 2001-2002, 28 201, nr. 3, p. 4.

85 Nader rapport van 28 mei 2001, GZB/VVB 2180554, p. 1.

86 Nota van toelichting bij het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen, p. 1.

Uit het eerste deel van dit onderzoek is gebleken dat expliciete voorbeelden van deze categorie in de geselecteerde adviezen weinig voorkwamen.

Deze constatering heeft tot gevolg dat uit de tweede groep geselecteerde adviezen slechts één advies betrekking heeft op de onderhavige categorie: het advies inzake de wijziging van het Besluit staatstoezicht op de volksgezondheid c.a. In dit advies werd het streven naar interdepartementale coördinatie aangestipt.

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit staatstoezicht op de volksgezondheid

De Raad van State stelde vast dat de toelichting de datum van inwerkingtreding aanmerkte als een indicatie, omdat de aanpassing van verwante regelingen – die ressorteerden onder het Ministerie van LNV – nog niet gereed was. De Raad vond onder meer om deze reden totstandkoming van het besluit niet verantwoord.

De regering antwoordde hierop:

‘De opmerkingen van de RvS hebben aanleiding gegeven om de NvT bij het besluit aan te passen, teneinde één en ander te verhelderen.

De noodzakelijke regelingen zijn inmiddels voorbereid en zullen in werking treden op hetzelfde tijdstip als het onderhavige besluit. Eén van die regelingen zal bestaan uit de intrekking bij ministeriële regeling van het eerder genoemde besluit van 18 juli 2001, een intrekking die uitgaat van de Ministers van VWS en LNV gezamenlijk. Een tweede regeling zal zijn een Besluit organisatie VWA, dat uitgaat van de Minister van VWS, in overeenstemming met de Minister van LNV. Dit besluit regelt – onverminderd artikel 36 van de Gezondheidswet – de organisatie, taak en werkwijze van de VWA als onderdeel van het Ministerie van VWS.

Er is derhalve geen reden om niet nu al over te gaan tot onderhavige wijziging’.⁸⁷

7.2.3 Conclusie

Indien de afstemming van een voorstel met algemene wetten centraal stond leidden door de Raad van State geplaatste kanttekeningen relatief gemakkelijk tot aanpassing van een bepaling of van de toelichting. De nader rapporten bij de wetsvoorstellen Verbetering poortwachter en Bestuur in stedelijke regio’s tonen dat de adviezen terzake van afstemming met de Awb zonder dralen opgevolgd werden. Uit het nader rapport bij de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers blijkt eveneens dat de aanbevelingen van de Raad om in de toelichting verwijzingen naar de Awb en Sv op te nemen werden opgevolgd.

De afstemming met overige algemene wetgeving stuitte op iets meer weerstand. De voorgestelde Wet dualisering gemeentebestuur werd door de Raad uitvoerig belicht tegen de achtergrond van de Comptabiliteitswet, de WOB, de Kaderwet adviescolleges en de WPE. Het advies om voor de – op basis van het voorstel in te stellen – lokale rekenkamer op een aantal technische punten meer aansluiting te zoeken bij de Comptabiliteitswet werd terzijde gelegd; de regering had bewust gekozen voor een summiere regeling en wilde niet de gemeenteraad de bevoegdheid verschaffen om bepalingen van de Comptabiliteitswet van overeenkomstige toepassing te verklaren op de gemeentelijke rekenkamer. De overige door de Raad in dit kader geplaatste opmerkingen leidden in de beschreven gevallen tot een aanpassing in de memorie van toelichting, het schrappen van (deel)bepalingen, het toevoegen van een aan de Comptabiliteitswet ontleende bepaling en het van overeenkomstige toepassing verklaren van een bepaling uit de WPE.

De afstemming met algemene wetgeving op een deelterrein of in overige gevallen bleek meestal uit te monden in een verzoek tot aanpassing van de toelichting. Aan een dergelijk verzoek werd zonder meer gehoor gegeven, zo is op te maken uit het nader rapport bij het wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij en bij het ontwerpbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen. Een uitzondering werd gevormd door het al eerder genoemde wetsvoorstel Noodcapaciteit drugskoeriers. De afstem-

⁸⁷ Nader rapport van 28 juni 2002, DWJZ/SWW-2294548, p. 1.

ming van het voorstel met de Pbw leidde tot een reeks opmerkingen van de Raad, waarvan er in het voorliggende hoofdstuk drie besproken werden. Het advies om het stelsel van beklag en beroep overeenkomstig de Pbw over te nemen werd niet opgevolgd; een en ander leidde slechts tot een aanvulling van de toelichting. Voorts vroeg de Raad om motivering van het verschil tussen het voorstel en de Pbw terzake van de mogelijkheid tot mandatering. Het voorstel bood op dit punt meer ruimte. De regering antwoordde dat dit in de toelichting zou worden gemotiveerd, maar lezing daarvan geeft niet de indruk van een dragende motivering. Een gelijklopend verzoek uitte de Raad met betrekking tot artikel 59 Pbw. In het nader rapport werd toegezegd in te gaan op het verschil tussen deze bepaling en het wetsvoorstel. De toelichting wijdde er vervolgens twee – overigens heldere – zinnen aan.

Met betrekking tot *Onderlinge afstemming* lijkt de regering in bepaalde gevallen niet optimaal welwillend om aan de opmerkingen van de Raad van State gehoor te geven. Verzoeken tot het geven van een nadere toelichting of motivering worden doorgaans opgevolgd, zij het in een enkel geval uiterst summier.

HOOFDSTUK 8 EENVOUD – DUIDELIJKHEID – TOEGANKELIJKHEID

In dit hoofdstuk is ervoor gekozen de beide fasen uit het onderzoek te combineren. De achterliggende gedachte hierbij was het gegeven dat nagenoeg elk advies een verwijzing bevat naar dit vereiste. Om de omvang van het hoofdstuk binnen de perken te houden zullen uitsluitend de voor het tweede deel geselecteerde wetsvoorstellen en ontwerpbesluiten worden onderzocht.

Dit betekent dat met betrekking tot het voorliggende kwaliteitscriterium niet alleen wordt gekeken naar de wijze waarop de Raad van State het in zijn wetgevingsadvisering betreft, maar tevens – en aansluitend – naar de reactie van de regering hierop in het nader rapport.

8.1 INLEIDING

Opgenomen in het laatste hoofdstuk, maar daarom niet minder van belang: het vereiste dat regelgeving eenvoudig, duidelijk en toegankelijk is. Voor zowel uitvoerders als adressanten van regelgeving moet het helder zijn wat de bedoeling van de wetgever is.

Dit gegeven stelt hoge eisen aan de formulering van wettelijke bepalingen en aan de structuur en vormgeving van een wet of amvb. In 1990 werd in de nota Zicht op wetgeving stellig beweerd dat in dit opzicht veel regelingen nog sterk tekortschoten. Daarvoor werd een drietal oorzaken aangewezen.¹

Ten eerste is de te regelen materie in veel gevallen zo gecompliceerd, dat ingewikkelde en ondoorzichtige wetgeving niet te vermijden is. In de tweede plaats komt het voor dat de makers van de wet niet over voldoende bekwaamheid of tijd bleken te beschikken om helder en eenvoudig te formuleren. Een laatste oorzaak – en niet de onbelangrijkste – is het streven van deelnemers in het wetgevingsproces om een volledige greep op de te regelen materie te krijgen, waardoor zeer verfijnde regelgeving ontstaat. En dergelijke verfijning levert in de praktijk vaak controleproblemen op, hetgeen ertoe leidt dat het met de regeling beoogde resultaat evenmin bereikt wordt. Is dat laatste het geval, dan ontstaan bovendien problemen met elementen van andere kwaliteitscriteria, in het bijzonder rechtszekerheid – onderdeel van *Rechtmatigheid* – en doeltreffendheid.²

De relatie tussen het voorliggende criterium en de Aanwijzingen voor de regelgeving blijkt uit de toelichting bij Aanwijzing 254, waarin verwezen wordt naar 10 Ar, naar hoofdstuk 3 Ar en naar de paragrafen 4.1 tot en met 4.4 Ar.³

Aanwijzing 10 ziet op *toegankelijkheid*:

Lid 1: ‘Gestreefd wordt naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen en naar een bestendig karakter daarvan’.

Hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat *duidelijkheid* en *eenvoud* zijn te beschouwen als een uitwerking van *toegankelijkheid*. Dit geeft echter geen opheldering over de vraag waarom is gekozen voor drie afzonderlijke begrippen.

Hoofdstuk 3 (52–104a Ar) omvat de algemene aspecten van vormgeving en behandelt achtereenvolgens algemene terminologische punten, aanduiding van ministers en staatssecretarissen, aanhaling en verwijzing, hoofdletters en de indeling van een regeling. In de paragrafen uit hoofdstuk 4 Ar komen het opschrift van een regeling, de aanhef, de considerans en overige begripsbepalingen aan bod.

1 Kamerstukken II 1990-1991, 22 008, nrs. 1-2, p. 30.

2 Zie voor het verband tussen het voorliggende criterium en *Rechtmatigheid* ook paragraaf 3.1.6.4.

3 Het door de Raad in zijn jaarverslagen gebruikte begrip *wetstechnische* toetsing omvat ook de Toelichting bij een regeling (‘het voldoen aan diverse Ar met betrekking tot structuur, formulering en presentatie van voorstel en toelichting’). Paragraaf 4.21 Ar besteedt elf (!) aanwijzingen aan de Toelichting. Opmerkelijk is aldus dat in 254 Ar niet wordt verwezen naar deze aanwijzing in verband met *Eenvoud – duidelijkheid – toegankelijkheid*.

Met betrekking tot het onderzoek naar de adviezen van de Raad wordt in het voorliggende hoofdstuk een tweedeling gehanteerd: het criterium in beperkte zin en in ruime zin. In paragraaf 8.2 komt het criterium in beperkte zin aan de orde: de term interpretatie geldt daarbij als leidraad. Het tweede lid van 54 Ar ziet hierop toe: het uitgangspunt om woorden waarvan de betekenis te weinig bepaald of onduidelijk is, niet te gebruiken.

Paragraaf 8.3 behandelt het criterium in ruime zin: daarin worden voorbeelden beschreven van onduidelijkheden die te wijten kunnen zijn aan een gebrekkige samenhang tussen bepalingen, aan leemten in de regeling of de toelichting of aan andere fricties.

8.2 OPHELDERING VAN TERMINOLOGIE

Het komt regelmatig voor dat de Raad in zijn wetgevingsadviezen verzoekt om opheldering van een specifieke term of begrip. Impliciet komt daarbij het tweede lid van 54 Ar in beeld. Te denken valt aan de interpretatie van bijvoorbeeld ‘schriftelijk’, ‘elektronisch’ of ‘marktactiviteiten’. Daarbij kan het gaan om de – cruciale – vraag naar het toepassingsbereik van een regeling.

Wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer

In het advies bij het voorstel tot aanvulling van de Awb betreffende elektronisch bestuurlijk verkeer stond de Raad langdurig stil bij de betekenis van de begrippen ‘schriftelijk’ en ‘elektronisch’. De Raad had zich enkele maanden eerder ook al over deze terminologie gebogen; in zijn advies over de ontwerpbrief aan de Tweede Kamer over artikel 5 Gw.⁴

‘Nu wordt voorgesteld een regeling ten principale te bieden, is er reden opnieuw en nader op de kwestie in te gaan. Daarbij zal de Raad veelal spreken over de wijze van vastlegging van berichten, waarbij de term “bericht” bedoeld is als algemene aanduiding voor allerlei besluiten en andere beslissingen, aanvragen en andere verzoeken, maar ook mededelingen en dergelijke. (...)’

Het wetsvoorstel spreekt van schriftelijke en van elektronisch vastgelegde berichten. Daarin ligt opgesloten de veronderstelling dat het om twee verschillende categorieën van communicatie gaat: een conventionele vorm, de schriftelijke, die voldoende bekend is, en de nieuwe vorm, de elektronische, waarvan we thans enkele modaliteiten kennen maar waar de zaken nog volop in ontwikkeling zijn. “Elektronisch” wil dan ook een aanduiding zijn die onafhankelijk is van enkele specifieke technieken; in de woorden van de Memorie van toelichting (paragraaf 2.3): aldus “zijn de voorschriften in dit wetsvoorstel techniek-onafhankelijk geformuleerd”.

Het is echter de vraag of de termen “schriftelijk” en “elektronisch” zonder bezwaar nevenschikt en daarmee elkaar uitsluitend kunnen worden geformuleerd.(...)

De aanduiding “schriftelijk” stond aanvankelijk voor “geschreven”. (...) Met de ontwikkeling van de techniek werden de resultaten van allerlei technieken mede onder het bereik van de term gebracht. Zo is intussen sprake van een grote variëteit.(...)

Het wetsvoorstel gaat uit van een beperkte opvatting van de term “schriftelijk”, namelijk in de zin van conventioneel-schriftelijk, dat wil zeggen met schrifttekens op papier.(...)

Naar het oordeel van de Raad is de aldus gekozen terminologie gekunsteld en daarom onjuist; (...). Het college meent dat deze materie nog nadere doordenking verdient, mede in het belang van een consistente benadering door de wetgever. Daarbij zou naar zijn oordeel niet moeten worden uitgegaan van een

4 Advies Raad van State van 24 januari 2002, no. W04.01.0453/I.

tegenstelling tussen “schriftelijk” en “elektronisch”, maar zouden de onderscheiden vormen van het opstellen en communiceren van berichten moeten worden gezien als modaliteiten op één schaal’.⁵

Uit het nader rapport bleek dat de regering de terminologie opnieuw heeft bezien:

‘mede op grond van het advies van de Raad kiezen wij thans voor een benadering waarin aan het begrip “schriftelijk” een ruime, dynamische betekenis wordt toegekend. Dit brengt met zich dat een “geschrift” zowel een conventioneel geschrift kan inhouden, in het bijzonder valt te denken aan een papieren geschrift, als een elektronisch geschrift. De term “schriftelijk” wordt begrepen als: weergave door middel van schrifttekens. Iedere drager van verstaanbare leestekens die – in onderling verband – een gedachte-inhoud vertolken, is aan te merken als een geschrift. In deze benadering is irrelevant wat de drager van de schrifttekens is’.⁶

De Nota naar aanleiding van het verslag vermeldde een vraag van PvdA-fractieleden betreffende sms-verkeer. Via sms werden inmiddels transacties verricht.⁷ De minister antwoordde dat dit soort berichten uitdrukkelijk niet werd uitgezonderd in het wetsvoorstel. Vooralsnog anticiperend, want:

‘Voor zover ons bekend worden thans nog geen overheidsdiensten via een sms-bericht tot stand gebracht’.⁸

Wetsvoorstel Markt en overheid

Een rechtstreeks verzoek om verduidelijking van de term ‘marktactiviteit’ werd geformuleerd in het advies bij het voorstel tot de Wet markt en overheid.

‘Voor de vraag waar een wet inzake markt en overheid betrekking op heeft, is van belang welk begrip marktactiviteit wordt gehanteerd. Naar het oordeel van de Raad heeft de in artikel 1, eerste lid, onder a, opgenomen definitie onvoldoende onderscheidend vermogen. Dit begrip kan worden ingevuld aan de hand van de vraag welke activiteiten de overheid kan uitbesteden (c.q. aanbesteden)’.⁹

De regering citeerde de invulling van het begrip door de Raad en vervolgde:

‘De Raad komt terecht tot de conclusie dat hiermee het wetsvoorstel betrekking zou hebben op vrijwel alle activiteiten van de overheid. In punt 2 van het nader rapport is reeds aangegeven dat een dergelijke brede benadering niet overeenstemt met hetgeen het wetsvoorstel beoogt.(...)

Het begrip marktactiviteiten wordt in het wetsvoorstel omschreven als het leveren van goederen of diensten aan derden voor zover daarbij in concurrentie wordt getreden met (private) ondernemingen. In het tweede deel van deze omschrijving zit een zekere discretionaire ruimte. (...) In het merendeel van de gevallen zal zonder meer duidelijk zijn dat sprake is van een marktactiviteit. In gevallen waarin twijfel bestaat kan de voorgestelde Commissie markt en overheid goede diensten bewijzen. (...)

Al met al zijn wij het niet eens met het oordeel van de Raad van State dat de werkingssfeer van het wetsvoorstel te beperkt is en dan ook maar een deel van de aan de orde zijnde problematiek zou bestrijken. Integendeel, wij menen juist dat met het voorgestelde begrip marktactiviteit een afbakening

5 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 2-3.

6 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, A, p. 3.

7 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, nr. 4, p. 4-5.

8 Kamerstukken II 2001-2002, 28 483, nr. 5, p. 8.

9 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 10-11.

wordt gegeven die in overeenstemming is met het doel van het wetsvoorstel, zowel op nationaal als op lokaal niveau'.¹⁰

In de artikelsgewijze toelichting werd uitvoerig ingegaan op dit 'kernbegrip in het wetsvoorstel'.¹¹

Tijdens de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer was het begrip 'marktactiviteiten' een van de onderwerpen waarover vragen werden gesteld. De reikwijdte van de term stond de leden van de CDA-fractie niet duidelijk voor ogen, hetgeen als zwaarwegende kritiek zou mogen worden beschouwd. Vanuit de PvdA-fractie kwam het verzoek voor een aantal sectoren (onderwijs, zorg, milieu, horeca) een toelichting te geven op de vraag of activiteiten in die sector onder het begrip marktactiviteiten zouden vallen.¹²

De minister ging in de nota naar aanleiding van het verslag in op de reikwijdte van de term. Hij gaf een analyse van de definitie en vervolgde:

'We hebben overwogen of het wenselijk en mogelijk is een wijziging aan te brengen in de definitie van het begrip marktactiviteiten. Wij menen echter dat een verduidelijking van de definitie, uitgaande van de thans voorgestelde reikwijdte van het wetsvoorstel, niet goed mogelijk is. Door aansluiting bij bestaande Europese begrippen, bijvoorbeeld het begrip onderneming of economische activiteit, zou wellicht meer duidelijkheid geboden kunnen worden. Echter, de reikwijdte van het wetsvoorstel zou hierdoor ook aanzienlijk uitgebreid worden. (...) Dit is ons inziens geen wenselijke situatie. (...) Bovendien menen wij dat de definitie van marktactiviteiten voldoende duidelijk is om in de praktijk te kunnen functioneren. Om deze reden hebben wij ervoor gekozen de definitie ongewijzigd te handhaven'.¹³

In het wetsvoorstel stond nog een ander begrip ter discussie. Met betrekking tot de term 'niet bevoordelen' plaatste de Raad de volgende opmerking:

'Op grond van de gedragsregel van (het eerste lid van) artikel 26 mag een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf, waarbij zij is betrokken, niet bevoordelen boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Nog afgezien van het feit dat niet duidelijk is wat precies onder "niet bevoordelen" wordt verstaan, klemmt hier temeer dat het wetsvoorstel het verstrekken van basisfinanciering aan een overheidsbedrijf niet als een vorm van bevoordeling beschouwt. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, wordt het vraagstuk van de basisfinanciering thans niet geregeld, doch vooruitgeschoven'.¹⁴

De regering repliceerde:

'Het voorschrift dat een overheidsorganisatie een overheidsbedrijf waarbij zij is betrokken niet mag bevoordelen, (...) heeft betrekking op elke vorm van bevoordeling. In artikel 25 (oud artikel 26), tweede en derde lid, van het wetsvoorstel wordt een aantal voorbeelden gegeven van een dergelijke bevoordeling. Bovendien komt (...) deze norm ook al elders voor. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is artikel 25, derde lid, aangevuld. Daarmee is naar onze mening voldoende duidelijk omschreven wat "niet bevoordelen" inhoudt'.¹⁵

Wetsvoorstel Ammoniak en veehouderij

10 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 11-12.

11 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, nr. 3, p. 39-40.

12 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, nr. 4, p. 33-34.

13 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, nr. 5, p. 23.

14 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 20.

15 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 20-21.

In het advies bij dit wetsvoorstel stonden onder meer de te hanteren afmetingen centraal. Voor het bepalen van de begrenzing tussen wel en niet ‘kwetsbare gebieden’ was volgens de Raad nodig dat een inventaris van de betrokken gebieden werd opgesteld:

‘De rechtszekerheid vereist dat de grenzen van de bedoelde gebieden ondubbelzinnig vastliggen’.¹⁶

Aangezien de Raad hierbij nadrukkelijk refereert aan het beginsel van rechtszekerheid, is ervoor gekozen dit citaat te bespreken bij het kwaliteitscriterium *Rechtmatigheid*, in paragraaf 3.1.6.4.1.

Ontwerp tot het Luchthavenverkeersbesluit Schiphol

De Raad vroeg expliciet om nadere verduidelijking met betrekking tot het aspect ‘geluid’ in de advisering bij het voorgestelde Luchthavenverkeersbesluit Schiphol.

Om de te verwachten geluidsbelasting in een bepaald gebied te meten, was – noodzakelijkerwijs – gebruik gemaakt van een simulatiemodel. In de nota van toelichting werd melding gemaakt van een onderzoek waaruit zou blijken dat bij een simulatie met een fors andere verdeling van het verkeer dan is aangenomen, toch geen noemenswaardig grote verschillen optreden. De Raad zette vraagtekens bij de conclusie uit dit onderzoek en adviseerde de toelichting aan te vullen.

Evenmin bleek uit de toelichting of het genoemde onderzoek ook was uitgevoerd voor de nachtperiode. Dit zou van belang kunnen zijn voor de berekening van bepaalde waarden en daarmee voor de geluidsbelasting in een bepaald gebied.¹⁷

De kanttekeningen van de Raad leidden tot aanpassingen, zo bleek uit het nader rapport:

‘Het advies van de Raad van State is gevolgd en heeft ertoe geleid dat in paragraaf 6.2 (...) en in hoofdstuk 8 van de nota van toelichting (...) een passage is opgenomen over de beschermende werking door de handhavingpunten van de geluidsbelasting voor het etmaal’;

en:

‘naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in hoofdstuk 8 van de nota van toelichting een nadere toelichting opgenomen, vanaf de alinea die begint met “De beschermende werking van 25 handhavingpunten (...)”’.¹⁸

8.3 DUIDELIJKHEID ANDERSZINS

Een verzoek om ‘duidelijkheid’ hoeft niet alleen te zijn gericht op verheldering van een term. In een aantal van de onderzochte adviezen wees de Raad van State op onvoldoende samenhang tussen voorgestelde bepalingen of op leemten in de regeling of in de bijbehorende toelichting. Ook in dit verband werd gesproken van ‘onvoldoende duidelijkheid’.

Wetsvoorstel Dualisering gemeentebestuur

Een verwijzing naar een onduidelijkheid in de voorgestelde Wet dualisering gemeentebestuur was te lezen in het bijbehorende advies.

In de nieuwe artikelen 46 en 47 was bepaald dat het niet neerleggen van een – op grond van artikel 36b lid 1 – met het wethouderschap onverenigbare betrekking na benoeming tot wethouder zou leiden tot diens ontslag.

¹⁶ Kamerstukken II 2000-2001, 27 836, A, p. 3.

¹⁷ Advies Raad van State van 12 september 2002, no. W09.02.0303/V, p. 2-3.

¹⁸ Nader rapport van 21 november 2002, HDJZ/LUV/2002-2735, p. 1-2.

‘Een en ander geldt volgens de toelichting “uiteraard” niet voor de in artikel 46 bedoelde situatie indien artikel 36b, tweede lid van toepassing is, en evenmin voor de in artikel 47 bedoelde situatie indien artikel 36b, derde lid, van toepassing is. Dit laatste blijkt echter niet uit de artikelen 46 en 47’.¹⁹

De Raad adviseerde de artikelen aan te vullen.

Dat leverde verder geen stof tot discussie: zoals blijkt uit het nader rapport werden de artikelen 46 en 47 naar aanleiding van de opmerking van de Raad aangevuld. De memorie van toelichting werd op dat punt eveneens aangepast.

Met het oog op de duidelijkheid adviseerde de Raad voorts de voorgestelde artikelen 147a en 147b ineen te schuiven, zodat het tweede lid van artikel 147a ook betrekking zou hebben op voorstellen tot wijziging van ontwerpverordeningen en het derde lid ook betrekking zou hebben op voorstellen tot wijziging van ontwerpbesluiten.

Ook adviseerde hij in het wetsvoorstel en de bijbehorende toelichting het woord ‘besluit’ uitsluitend in de betekenis van artikel 1:3 Awb te gebruiken.²⁰

De regering antwoordde op de eerste opmerking dat er – gelet op het verschil in karakter van het recht van initiatief enerzijds en het recht van amendement anderzijds – niet voor was gekozen om de artikelen 147a en 147b ineen te schuiven. Wel werd naar aanleiding van de opmerking van de Raad in het tweede lid van artikel 147b, het tweede lid van artikel 147a van overeenkomstige toepassing verklaard op een voorstel tot wijziging (amendement) van een geagendeerde ontwerpverordening of ontwerpbeslissing. Tevens werd van de gelegenheid gebruik gemaakt om genoemde artikelen redactioneel te verbeteren.

Het nader rapport bevatte overigens geen reactie op de opmerking van de Raad betreffende het begrip ‘besluit’.²¹

Ter zake van het gebruik van de woorden ‘in ieder geval’ maakte de Raad bovendien een expliciete verwijzing naar de Aanwijzingen voor de regelgeving:

‘Bij de opsomming van onverenigbare functies in het eerste lid van de artikelen 13, 36b, 68, 81f en 89 worden de woorden “in ieder geval” gebruikt. (...) De woorden “in ieder geval” zijn echter ongebruikelijk in vergelijkbare bepalingen in andere regelingen (bijvoorbeeld artikel 1 van de Wet Incompatibiliteiten Staten-Generaal en Europees Parlement en artikel 7 van de Wet op de Raad van State), het verdient aanbeveling de woorden te schrappen. Dat staat niet in de weg aan de mogelijkheid om in andere wetten daarin genoemde functies onverenigbaar met het raadslidmaatschap te verklaren. Vergelijk in dit verband Aanwijzing 47 van de Aanwijzingen voor de regelgeving’.²²

Genoemde Aanwijzing bevat het streven naar harmonisatie in gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld en komt uitgebreid aan de orde in Hoofdstuk 7. In de voorliggende context staat de terminologie als zodanig echter centraal, hetgeen plaatsing van het citaat in deze paragraaf rechtvaardigt.

De regering nam de kanttekening overigens ter harte: de woorden werden uit de betreffende bepalingen geschrapt.²³

Het wetsvoorstel bevatte nog enkele onduidelijkheden volgens de Raad:

‘Het begrip “verantwoording” – in artikel 212, EH – sluit niet aan op artikel 181a alsmede andere relevante financiële bepalingen. De Raad adviseert de gebruikte terminologie van de verschillende bepalingen op elkaar af te stemmen’.²⁴

19 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 16.

20 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 26.

21 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 26.

22 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 31-32.

23 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 32.

24 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 32.

De regering beargumenteerde dat in de voorgestelde bepaling ‘verantwoording’ werd gekoppeld aan de begrippen ‘rechtmatigheid’ en ‘controle’. Gewaarborgd diende te worden dat de verantwoordingsrelaties van de ambtelijke organisatie aan het politieke bestuur en van het college aan de raad goed geregeld zouden zijn. De memorie van toelichting werd op dit punt aangevuld.

Ook merkte de Raad op dat bij een aantal onderdelen in het voorstel de toelichting geheel ontbrak. In de memorie van toelichting werd hierin vervolgens alsnog voorzien.²⁵

Wetsvoorstel Bestuur in stedelijke regio's

In het advies bij het voorstel tot de Wet bestuur in stedelijke regio's trof de Raad een onduidelijkheid aan met betrekking tot verslaglegging. Artikel 32 van het wetsvoorstel voorzag in een aantal wijzigingen in de wet Milieubeheer (Wm), waaronder artikel 4.15 Wm. Voor het geval waarin geen regionaal milieuplan was vastgesteld bepaalde artikel 4.15b lid 2 Wm dat in het regionale milieuprogramma jaarlijks verslag zou worden gedaan op welke wijze rekening is gehouden met milieubelangen bij de uitoefening van bevoegdheden van het dagelijks bestuur op het terrein van ruimtelijke ordening, verkeer en vervoer en economische ontwikkeling. De Raad merkte op:

‘De uitoefening van bevoegdheden inzake grondbeleid wordt niet genoemd. Niet duidelijk is waarom. Geadviseerd wordt ofwel het verslag ook betrekking te laten hebben op het grondbeleid dan wel in de toelichting deze uitzondering te motiveren’.²⁶

Het nader rapport toonde dat de regering zich hierin kon vinden:

‘Op grond van het advies van de Raad is ervoor gekozen het verslag ook betrekking te laten hebben op het grondbeleid. Tevens is het beleidsterrein wonen conform de memorie van toelichting toegevoegd aan beleidsterreinen waarover in het milieuprogramma jaarlijks verslag kan worden gedaan voorzover het de milieubelangen betreft’.²⁷

Wetsvoorstel Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers

De Raad plaatste in het advies bij het voorstel tot de Tijdelijke wet een kanttekening bij de toelichting op artikel 7. Daarin werd namelijk gesteld:

‘Betreft het Nederlandse gedetineerden dan wel gedetineerden die na de gevangenisstraf in Nederland mogen blijven dan is het niet uitgesloten dat zij de aan hen opgelegde gevangenisstraf niet in een voorziening als bedoeld in deze tijdelijke regeling ondergaan, doch dat zij naar een reguliere gevangenis (dan wel opvanginrichting als het om jeugdigen gaat) zullen worden overgeplaatst’.

Gelet op het doel van de Tijdelijke regeling begreep de Raad deze passage niet. Hij adviseerde de toelichting te verduidelijken.²⁸

In het nader rapport antwoordde de regering dat de toelichting was aangevuld in overeenstemming met het advies van de Raad.²⁹ Toegevoegd werd:

‘Alsdan zal de Pbw (onderscheidenlijk de Bjj als het om jeugdigen gaat) met als uitgangspunt de resocialisatie van de gedetineerden met de mogelijkheden die daarbij horen, weer gelden. Gedetineerden

25 Kamerstukken II 2000-2001, 27 751, A, p. 32.

26 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 10.

27 Kamerstukken II 2001-2002, 28 095, A, p. 10.

28 Kamerstukken II 2001-2001, 28 201, A, p. 9.

29 Kamerstukken II 2001-2001, 28 201, A, p. 9.

die na de detentie Nederland dienen te verlaten, bijvoorbeeld omdat zij uitgezet worden, zullen hiervoor in beginsel niet in aanmerking komen’.³⁰

Wetsvoorstel Verbetering poortwachter

De vraag naar duidelijkheid kan impliciet het signaleren van leemten in een wetsvoorstel zijn. In paragraaf 7 van de toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel werd uiteengezet dat de zieke werknemer wiens loon door de werkgever wordt doorbetaald zich actief zal moeten opstellen ten behoeve van zijn herstel en reïntegratie. Het voorstel zelf gaf – in artikel III, A, sub 2 – de werkgever het recht om de loondoorbetaling op te schorten als de werknemer zich niet houdt aan door of namens de werkgever gegeven ‘redelijke voorschriften of getroffen maatregelen’ die gericht zijn op de reïntegratie. Er werd in de voorgestelde regeling echter niet uitdrukkelijk voorzien in het recht van de werkgever om de werknemer voorschriften te geven voor diens reïntegratie-inspanningen. De Raad verwees naar artikel 7:660 BW, dat alleen betrekking heeft op ‘voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid’. Hij adviseerde dit recht van de werkgever op te nemen in titel 10, afdeling 7, van Boek 7 BW.³¹

De regering was echter een andere mening toegedaan:

‘De werkgever kan op grond van onderhavig wetsvoorstel het loon inhouden als de werknemer weigert mee te werken aan de door of namens de werkgever gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die gericht zijn op werkhervatting. De aanbeveling van de Raad (...) wordt niet gevolgd.

Het recht voor de werkgever om redelijke voorschriften te geven of maatregelen te treffen die gericht zijn op reïntegratie volgt impliciet uit artikel 7:629 BW. Dit recht voor de werkgever is uitsluitend aan de orde in het kader van het recht op loondoorbetaling van de werknemer en derhalve ook in artikel 7:629 BW neergelegd’.³²

Wetsvoorstel Markt en overheid

Een verzoek om verduidelijking kan ook gericht zijn op de verhouding tussen twee actoren uit een wetsvoorstel. De Raad plaatste in zijn advies bij het wetsvoorstel Markt en overheid vraagtekens bij de verhouding tussen de Commissie Markt en overheid en de NMa. Hij vond dat op dat punt de toelichting en zo nodig het wetsvoorstel aangevuld diende te worden.³³

De regering gaf in het nader rapport een uiteenzetting over de bevoegdheden van beide actoren en besloot met:

‘Naar aanleiding van het advies van de Raad is, naast paragraaf 2.2.3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting, ook de toelichting bij artikel 15 aangepast in de zin zoals hiervoor uiteengezet’.³⁴

Ook het volgende citaat uit het advies had betrekking op het voorliggende kwaliteitscriterium:

‘Artikel 2 bevat regels om te bepalen of sprake is van een overheidsbedrijf. In de eerste plaats gaat het om een beleidsbepalende invloed in een privaatrechtelijke rechtspersoon. De opgenomen regeling is niet duidelijk. Weliswaar geeft het tweede lid verduidelijking in een aantal situaties, maar daarmee worden de onduidelijkheid en conflictgevoeligheid in de niet door het tweede lid bestreken situaties niet weggenomen’.³⁵

30 Kamerstukken II 2001-2001, 28 201, nr. 3, p. 7.

31 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 11.

32 Kamerstukken II 2000-2001, 27 678, A, p. 11.

33 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 13.

34 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 15.

35 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 15.

Uit het nader rapport bleek dat de opmerking van de Raad tot wijzigingen had geleid:

‘Naar aanleiding van deze opmerking is artikel 2 van het wetsvoorstel aangepast.(...) Met deze wijzigingen wordt bewerkstelligd dat de definitie van overheidsbedrijf duidelijker en daarmee minder conflictopwekkend is geformuleerd. Ook de toelichting is naar aanleiding van het advies van de Raad aangepast’.³⁶

Wetsvoorstel Regeling leerlinggebonden financiering

Het komt de duidelijkheid van een wettelijke regeling ten goede wanneer er geen overbodige bepalingen in staan. In het advies bij het voorstel tot de Regeling leerlinggebonden financiering wees de Raad op het feit dat artikel 41 van de Wet op de expertisecentra (WEC) geen concrete betekenis had. Het artikel regelde de instelling van een commissie voor de begeleiding. De commissie diende op basis van artikel 43 WEC voorstellen te doen voor behandelingsplannen en een bijdrage te leveren aan het onderwijskundige rapport voor de schoolverlater. De Raad constateerde dat het wetsvoorstel verder geen regels voor de samenstelling en werkwijze van de commissie bevatte en adviseerde artikel 41 WEC te schrappen.³⁷ Hiermee werd impliciet verwezen naar 52 Ar: ‘Bepalingen worden zo beknopt mogelijk geformuleerd’.

De regering koos echter een andere weg:

‘Voor de kwaliteit van het onderwijs is het van belang dat vanuit verschillende invalshoeken een bijdrage wordt geleverd aan de opstelling van het handelingsplan. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad is artikel 40b (artikel 41-oud) in die zin aangevuld’.³⁸

8.4 SLOTSOM

De toetsing aan het kwaliteitsvereiste *Eenvoud – duidelijkheid – toegankelijkheid* komt veelvuldig voor in de adviezen van de Raad van State. Het criterium lijkt op twee wijzen te worden toegepast.

In het eerste geval vraagt de Raad om verduidelijking van een concrete term. Zoals bleek uit het advies bij het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer kan het daarbij gaan om de betekenis van begrippen als ‘elektronisch’ en ‘schriftelijk’, of – zoals in de advisering bij het voorstel tot de Wet markt en overheid – om de begrenzing van de term ‘marktactiviteit’. Het belang van het voorliggende criterium wordt onderstreept door het feit dat hierbij een fundamentele vraag centraal staat: de vraag naar het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling.

Een andere wijze van invulling van de eis vindt plaats indien de Raad opmerkt dat een wetsvoorstel of ontwerpbesluit overbodige bepalingen bevat, een gebrekkige samenhang tussen bepalingen vertoont, leemten kent of voorzien is van een te summiere toelichting. Vrijwel alle voor de tweede fase van het onderzoek geselecteerde adviezen bij wetsvoorstellen tonen hiervan één of meer voorbeelden.

De Aanwijzingen voor de regelgeving spelen een belangrijke rol, zij het op de achtergrond. In de onderzochte adviezen werd geen rechtstreekse verwijzing aangetroffen naar 10 Ar, hoofdstuk 3 Ar of de paragrafen 4.1 – 4.4 Ar. Desondanks lijken de aandachtspunten van de Raad – waaronder streven naar beknoptheid van een regeling; zoveel mogelijk volgen van het normale spraakgebruik; vermijden van woorden waarvan de betekenis onduidelijk is – mede te zijn ontleend aan de Ar.

De Raad verwijst in het kader van het voorliggende criterium regelmatig naar onvolkomenheden in de toelichting. De Aanwijzingen 211 tot en met 222 zijn gewijd aan de Memorie van toelichting en geven onder meer richtlijnen voor de inhoud, de vormgeving en de indeling. Opmerkelijk is echter dat – de toelichting bij – 254 Ar deze aanwijzingen niet koppelt aan het criterium *Eenvoud – duidelijkheid – toegankelijkheid*.

36 Kamerstukken II 2001-2001, 28 050, A, p. 16.

37 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 9.

38 Kamerstukken II 2000-2001, 27 728, A, p. 9.

Met betrekking tot de reactie van de regering op de advisering van de Raad kan het volgende worden vastgesteld.

Indien de Raad verzocht om opheldering van een begrip, werd daaraan in alle onderzochte adviezen gehoor gegeven door de regering. Inzake het wetsvoorstel Elektronisch bestuurlijk verkeer leidde dat tot een bijstelling van de interpretatie van het begrip ‘schriftelijk’. Ter zake van het voorstel tot de Wet markt en overheid koos de regering er echter voor de definitie van de term ‘marktactiviteit’ ongewijzigd te handhaven.

In het geval dat de Raad kanttekeningen plaatste bij de duidelijkheid anderszins was de reactie afhankelijk van de gemaakte opmerking. Verzoeken tot nadere aanpassing of aanvulling van de memorie van toelichting werden in alle voorkomende gevallen ingewilligd. Was de kanttekening echter gericht op het van overeenkomstige toepassing verklaren van een andere bepaling, dan was instemming niet altijd vanzelfsprekend; het nader rapport bij het wetsvoorstel Verbetering poortwachter geeft hiervan een illustratie. Ook het advies een – door de Raad als overbodig beschouwde – bepaling te schrappen werd niet zonder meer opgevolgd: het nader rapport bij het voorstel Regeling leerlinggebonden financiering toont dat de regering een andere oplossing verkoos.

HOOFDSTUK 9 CONCLUSIES

9.1 INLEIDING

Hieronder worden op basis van de voorgaande hoofdstukken enkele conclusies getrokken. Daarbij gaat het om de beantwoording van de onderzoeksvragen zoals die in het inleidende hoofdstuk zijn vermeld. Deze luiden als volgt:

1. Betreffende de advisering door de Raad van State

- a. Welke kwaliteitseisen uit ‘Zicht op wetgeving’ door de Raad van State worden gebruikt bij de advisering inzake wetsvoorstellen en ontwerp algemene maatregelen van bestuur? Geschiedt dit expliciet of impliciet?
- b. Welke Aanwijzingen voor de regelgeving komen hierbij in het bijzonder aan de orde? Geschiedt dit expliciet door middel van verwijzing of impliciet?
- c. Hanteert de Raad van State ook kwaliteitseisen die niet in ‘Zicht op wetgeving’ zijn opgenomen en zo ja, welke?
- d. In hoeverre is er een relatie tussen het dictum en een negatief oordeel van de Raad op grond van een of meer kwaliteitseisen?

2. Betreffende de reactie van de regering (en het parlement)

- a. In hoeverre worden de opmerkingen van de Raad van State door de regering overgenomen? In hoeverre leiden opmerkingen van de Raad tot wijzigingen van de wettekst en/of de memorie van toelichting?
- b. Welke redenen zijn er indien de opmerkingen van de Raad van State niet door de regering worden overgenomen? Hoe uitgebreid worden afwijkingen van adviezen van de Raad door de regering gemotiveerd?
- c. Is er een verschil in de reactie van de regering waar te nemen al naar gelang de aard van de toetsing die door de Raad van State is verricht (beleidstoetsing, juridische toetsing of wetstechnische toetsing) dan wel de aard van de kwaliteitseis die door de Raad van State aan de orde is gesteld?
- d. Welke rol spelen opmerkingen van de Raad van State bij de behandeling van wetsvoorstellen in de Tweede en Eerste Kamer?

In hoofdzaak gaat het derhalve om twee aspecten. In de eerste plaats is de vraag in hoeverre de geldende wetgevingskwaliteitseisen zoals beschreven in de nota Zicht op wetgeving¹ en nader uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving,² een rol spelen in de wetgevingsadvisering door de Raad van State. Daarbij komt ook aan de orde hoe deze eisen zich verhouden tot de wijze van toetsing die de Raad zelf heeft ontwikkeld. In de tweede plaats is voor een beperkt aantal regelingen onderzocht hoe de wetgever in het licht van de voornoemde kwaliteitseisen op de adviezen van de Raad heeft gereageerd. Dit betreft in de eerste plaats de reactie van de regering blijkend uit het definitieve voorstel. In geval van wetsvoorstellen is ook gekeken naar de reactie van Tweede en Eerste Kamer.

De opzet van dit slothoofdstuk is als volgt. Allereerst worden enkele algemene conclusies gepresenteerd betreffende de wijze van advisering door de Raad alsmede de reactie van regering en parlement daarop (par. 9.2). Centraal staat in dat kader de vraag in hoeverre de criteria uit Zicht op wetgeving daarin

1 Kamerstukken II 1990-1991, 22008, nrs. 1-2.

2 Zie voor een verdere uitwerking hoofdstuk 2.

direct of indirect een rol spelen. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de afzonderlijke criteria uit Zicht op wetgeving en de wijze waarop elk criterium in de praktijk wordt gehanteerd. Daarbij wordt ook ingegaan op de samenhang tussen de verschillende criteria zoals deze op diverse punten in het onderzoek naar voren komt (par. 9.3). De laatste paragraaf ten slotte bevat enkele slotbeschouwingen waarin ook een beperkt aantal aanbevelingen wordt geformuleerd (par. 9.4).

Zoals vermeld in het inleidende hoofdstuk³ is in dit onderzoek gekeken naar 78 adviezen die de Raad in 2001 en 2002 heeft uitgebracht. Bij de selectie is weliswaar gelet op een goede verdeling over wetsvoorstellen en ontwerp-algemene maatregelen van bestuur en een zekere spreiding over de departementen waarvan de betreffende regelingen afkomstig zijn, maar de steekproef is niet volledig aselekt geweest. Met name zijn adviezen in het onderzoek betrokken waarin een of meerdere criteria uit Zicht op wetgeving in substantiele mate aan de orde komen. Daarbij gaat het logischerwijs relatief vaak om adviezen met een zwaarder dictum, terwijl bijvoorbeeld blanco-adviezen geheel buiten beschouwing zijn gelaten. Het onderzoek is uitgaande van de aard van uitgebrachte adviezen, in kwantitatieve zin derhalve niet geheel representatief. Het geeft echter wel een duidelijk beeld van de wijze waarop de Raad van State de geldende wetgevingskwaliteitseisen interpreteert en in zijn adviezen verwerkt.

Daarbij moet overigens wel worden opgemerkt dat het onderzoek uitsluitend inzicht geeft in de toepassing van toetsingscriteria voor zover de Raad in het voorstel aanleiding heeft gezien om vragen te stellen of kanttekeningen te plaatsen. Voor zover wel is getoetst op een of meer kwaliteitsaspecten maar naar het oordeel van de Raad geen reden bestond om op de uitkomst daarvan in het advies in te gaan, wordt dat niet zichtbaar voor de buitenwereld. Derhalve kan dit onderzoek, dat hoofdzakelijk gericht is op de analyse van een aantal adviezen, geen compleet beeld geven van de wijze van toetsing door de Raad in algemene zin.

9.2 ALGEMENE CONCLUSIES

9.2.1 Toetsing aan Zicht op wetgeving

Uit het onderzoek komt duidelijk naar voren dat de Raad van State in het kader van de wetgevingsadviesering de criteria uit Zicht op wetgeving niet expliciet als uitgangspunt neemt. Naar de betreffende criteria wordt in de adviezen van de Raad nooit uitdrukkelijk verwezen. Weliswaar komen de in Zicht op wetgeving gehanteerde criteria soms letterlijk overeen met die van het door de Raad zelf ontwikkelde toetsingskader en drukt de Raad zich soms ook in vergelijkbare termen uit,⁴ maar in de onderzochte adviezen is nergens een uitdrukkelijke verwijzing naar het kader van Zicht op wetgeving aangetroffen.

Daarnaast moet worden vastgesteld dat de adviezen van de Raad zich moeilijk volgens de criteria van Zicht op wetgeving laten beschrijven. Rubricering van passages uit de adviezen volgens deze criteria draagt, zo blijkt uit het onderzoek, niet zelden een gewrongen en enigszins arbitrair karakter. In een groot aantal gevallen blijken passages in verband te kunnen worden gebracht met twee of drie verschillende criteria uit Zicht op wetgeving. Overigens geldt dit niet voor alle criteria in dezelfde mate. Met name de eis dat wetten rechtmatig behoren te zijn, is als toetsingsmaatstaf meestal duidelijk in de advisering herkenbaar. Bij andere criteria is dit evenwel in veel mindere mate het geval. Het hiervoor aangeduide probleem van rubricering doet zich blijkens het onderzoek vooral voor bij de criteria van meer beleidsmatige aard (doeltreffendheid en doelmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid).⁵

Voor dit probleem van rubricering zijn verschillende verklaringen mogelijk. In de eerste plaats kan het samenhangen met de pragmatische werkwijze van de Raad. De adviezen zijn niet ingericht volgens een

3 Zie par. 1.3.

4 Dit is bijvoorbeeld het geval als het gaat om de toetsing aan het evenredigheids criterium. Zie verder par. 9.3.3 en hoofdstuk 4.

5 Daarnaast zijn er soms duidelijke raakvlakken tussen deze criteria en de rechtmatigheid. Zie verder par. 9.3.7.

vaste systematiek en in het algemeen ook niet vervat in termen van abstracte criteria. Zij zijn gericht op de casuïstiek van de voorliggende regeling waarbij de Raad concreet ingaat op (onderdelen van) de wettekst en memorie van toelichting. Dat maakt rubricering in bovenvermelde zin lastig. Maar wellicht nog belangrijker is het feit dat de kwaliteitseisen van Zicht op wetgeving door hun abstractieniveau en onderlinge samenhang slechts een beperkt onderscheidend vermogen bezitten. In veel gevallen is op grond van het op de concrete casus gerichte advies van de Raad een vergaande interpretatie nodig om de opmerkingen van de Raad te kunnen onderbrengen onder een of meer criteria. Die omstandigheid heeft ook de uitvoering van het onderhavige onderzoek bemoeilijkt; het toetsingskader van Zicht op wetgeving is als kapstok voor een duidelijke en inzichtelijke analyse van de door de Raad gegeven wetgevingsadviezen, minder geschikt gebleken. De moeizame rubricering zoals hiervoor bedoeld kan in dat licht bezien dan ook niet worden opgevat als kritiek op de Raad; zij is hoofdzakelijk het gevolg van het feit dat de criteria van Zicht op wetgeving in concrete gevallen moeilijk toepasbaar blijken.

Het voorgaande laat onverlet dat materieel gesproken de adviezen van de Raad grotendeels dezelfde onderwerpen en vragen betreffen als die welke gedekt worden door de criteria uit Zicht op wetgeving. De Raad hanteert in de onderzochte adviezen in het algemeen geen aandachtspunten die niet op een of andere wijze onder de noemer van een of meer van de criteria uit Zicht op wetgeving kunnen worden gebracht. Dat laatste hangt samen met het ruime karakter van die criteria; het omvat nagenoeg alle aspecten van wetgevingskwaliteit. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat juist ook vanwege het abstracte karakter van die criteria men in bepaalde gevallen van mening kan verschillen of een bepaald aspect onder een of meer criteria kan worden gebracht. Hierboven werd al aangegeven dat deze criteria veel ruimte laten voor interpretatie.

In het onderzoek zijn in elk geval drie situaties geïdentificeerd die aanleiding geven tot discussie. Dit betreft in de eerste plaats de noodzaak van de regeling. Daar waar de Raad de noodzaak in het eigen toetsingskader aanduidt als afzonderlijk aandachtspunt,⁶ is het in het kader van Zicht op wetgeving moeilijker te rubriceren. In het onderhavige onderzoek is dit aspect primair behandeld onder de noemer van subsidiariteit, doch betoogd kan worden dat de vraag naar de noodzaak van de regeling veel meer omvat en vaak aspecten betreft van onder meer doeltreffendheid ('wetgeving is geen oplossing voor het gesignaleerde probleem') of onderlinge afstemming ('wetgeving is gelet op reeds bestaande regelgeving overbodig'). Ook hier is het een kwestie van interpretatie. Indien uitgegaan wordt van een beperkte uitleg van subsidiariteit, uitsluitend betrekking hebben op de vraag of regulering niet aan andere overheden of de particuliere sector moet worden overgelaten, heeft de vraag naar de noodzaak van de regeling inderdaad een ruimere strekking. Zoals gezegd is in dit onderzoek niet van een zodanig beperkte inhoud van subsidiariteit uitgegaan.

Een tweede mogelijk discussiepunt betreft hetgeen door de Raad in het eigen toetsingskader wordt aangeduid met de 'naleefbaarheid' van de regeling. Volgens de Raad heeft dit betrekking op de vraag of de regeling een zodanige inhoud heeft dat degenen tot wie de regeling zich richt (burgers, bedrijven etc.), redelijkerwijs in staat moeten worden geacht deze na te leven.⁷ De vraag die kan rijzen is of dit aspect zonder meer onder het criterium inzake de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid kan worden gebracht. Deze vraag kan wellicht bevestigend worden beantwoord, omdat uitvoerbaarheidsaspecten blijkens de nota Zicht op wetgeving alle praktische belemmeringen kan omvatten die een deugdelijke uitvoering in de weg kunnen staan. Niettemin legt de regering in de verdere uitwerking van dit criterium in onder meer de Aanwijzingen voor de regelgeving een zeker accent op de uitvoeringsproblemen bij de overheid.⁸ Om duidelijkheid te scheppen zou er conform het door de Raad ontwikkelde toetsingskader een zekere voorkeur voor kunnen bestaan om de naleefbaarheid te onderscheiden als afzonderlijk criterium.

6 Zie par. 2.2.2.1.

7 Zie par. 2.2.2.3.

8 Zie par. 2.3.2.4 en 6.1.2.1.

Ten slotte rijzen er vragen over de reikwijdte van het rechtmatigheidscriterium. Indien men de rubricering van Zicht op wetgeving en de daarop gebaseerde opsomming in (de toelichting op) Ar 254 strikt zou blijven volgen, vallen onder het rechtmatigheidscriterium niet alleen de verenigbaarheid met hogere regels, maar ook alle overige aspecten de juridische kwaliteit van de regeling betreffende. Dit blijkt bij nader inzien niet juist. Het niet naleven van juridische kwaliteitsmaatstaven, zoals bijvoorbeeld het creëren van deugdelijk overgangsrecht, betekent niet dat daarmee de regeling ook onrechtmatig is. Het is daarom beter om de juridische kwaliteit van de regeling te benoemen als afzonderlijke categorie.

9.2.2 Toetsing aan de Aanwijzingen voor de regelgeving

De Aanwijzingen voor de regelgeving spelen in de advisering van de Raad van State in het algemeen een belangrijkere rol. De mate waarin en de wijze waarop is echter sterk afhankelijk van de omstandigheden. Er dient ook onderscheid te worden gemaakt tussen categorieën van criteria.

Uitgaande van de door de Raad gehanteerde driedeling (beleidsanalytische toetsing, juridische toetsing, wetstechnische toetsing) ontstaat het volgende beeld. Voor zover het gaat om de toetsing van beleidsmatige aspecten verwijst de Raad niet of nauwelijks naar de Aanwijzingen voor de regelgeving. Dit betreft met name de richtlijnen inzake, in termen van Zicht op wetgeving, doeltreffendheid en doelmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid en uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, zoals uitgewerkt in paragraaf 2.1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Gebruik van regelgeving). Wel komt de toetsing door de Raad materieel gezien in belangrijke mate overeen met hetgeen met deze Aanwijzingen wordt beoogd. In een enkel geval wordt wel uitdrukkelijk naar de Aanwijzingen verwezen. In het advies over een wetsvoorstel tot wijziging van de Wegenverkeerswet wordt Ar 131a genoemd in verband met de doeltreffendheid en uitvoerbaarheid van de voorgestelde regeling.⁹ Voorts werd in een advies bij een ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artseneerbereidkunst in een voetnoot verwezen naar Ar 13 en 15 in verband met de onevenredige gevolgen die de voorgestelde regeling zou hebben voor patienten.¹⁰

Ook bij de juridische toetsing (bijv. omtrent delegatie van bevoegdheden, overgangsrecht, inwerking-tredingsbepalingen etc.) geschiedt expliciete verwijzing naar de Aanwijzingen zeer zelden. In de onderzochte adviezen werden slechts de Aanwijzingen 167 (overgangsrecht)¹¹ en paragraaf 2.3 van de Aanwijzingen (delegatie en mandaat van regelgevende bevoegdheid)¹² uitdrukkelijk vermeld. Het gaat hier steeds om verwijzing in een voetnoot. In een substantieel aantal andere gevallen lijkt de Raad aan te willen sluiten bij de letterlijke formulering van de Aanwijzingen zonder evenwel in zijn advies daaraan uitdrukkelijk te refereren. In dit verband zijn in de onderzochte adviezen duidelijke parallellen gesignaleerd met de Aanwijzingen 17, 20, 22, 25, 26, 174, 212 en 215.¹³ Ten slotte zijn er zeer veel gevallen waarin de Raad in het geheel geen aansluiting heeft gezocht bij de Aanwijzingen. Dit geldt in het bijzonder voor de algemene toetsing door de Raad aan internationale verdragen, het communautaire recht, de Grondwet en algemene rechtsbeginselen. Verwijzing komt op dit terrein logischerwijs niet voor, omdat de Aanwijzingen op dit terrein geen concrete bepalingen bevat.¹⁴

Bij de wetstechnische toetsing ten slotte zijn er sterke parallellen te constateren tussen de werkwijze van de Raad en de inhoud van de Aanwijzingen.¹⁵ Op dit terrein zijn de Aanwijzingen ook het meest concreet en uitgebreid en bieden zij veelal een bruikbaar handvat voor toetsing. De aandachtspunten die in de adviezen van de Raad naar voren komen, lijken, soms ook letterlijk, aan de Aanwijzingen te zijn ontleend.

9 Kamerstukken II 2000-2001, 27840 A, p. 1. Ar 131a schrijft het gebruik van een bepaald model voor in geval van opname van een hardheidsclausule in een regeling. Zie verder par. 9.4.

10 Advies Raad van State 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III. Zie verder par. 5.1.3.1.1.

11 Advies bij het ontwerpbesluit tot aanpassing van enkele algemene maatregelen van bestuur aan de Vreemdelingenwet, dd. 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I, p. 1.

12 Zie par. 3.1.7.4.3.

13 Zie par. 3.1.7.

14 Alleen de algemene richtsnoer van Ar 18.

15 Zie in het bijzonder de hoofdstukken 3 en 4.1 tot en met 4.4 van de Aanwijzingen.

Expliciete verwijzing naar de relevante Aanwijzingen werd echter niet in de onderzochte adviezen aangetroffen.

Uit deze bevindingen zou het beeld kunnen ontstaan dat de Aanwijzingen in de adviezen van de Raad slechts een marginale rol spelen. Deze conclusie kan evenwel niet uit het onderzoek worden getrokken. In de eerste plaats is al uit het voorgaande gebleken dat de toetsing door de Raad materieel gezien vaak in belangrijke mate overeenkomt met hetgeen in de Aanwijzingen wordt voorgeschreven. Er is duidelijk sprake van een sterk gemeenschappelijk gedachtegoed; alleen de wijze waarop dat gedachtegoed wordt verwoord en toegepast, verschilt. Daarbij komt dat de Aanwijzingen, ook indien de Raad niet uitdrukkelijk daarnaar verwijst, bij de voorbereiding van de advisering wel degelijk een rol kan hebben gespeeld. Dit laatste werd bevestigd in het interview met vertegenwoordigers van de Raad van State. Het komt derhalve voor dat de Aanwijzingen een inspiratiebron zijn voor de toetsing zonder dat de Raad aanleiding ziet daarnaar met zoveel woorden te verwijzen. Soms is het zo, zoals al hiervoor werd aangegeven, dat de bewoordingen van passages uit de adviezen bijna letterlijk overeenkomen met hetgeen door bepaalde aanwijzingen wordt voorgeschreven zonder dat uitdrukkelijke verwijzing plaatsvindt.¹⁶

9.2.3 De wijze van advisering

Uit het onderzoek kan niet worden afgeleid dat de Raad in de periode waarop het onderzoek betrekking heeft (2001 en 2002) zijn advisering heeft ingericht volgens vaststaande kaders. Op grond van de onderzochte adviezen komt het beeld naar voren van een praktische wijze van advisering die sterk op de specifieke kenmerken van het betreffende voorstel is gericht. Van een strikte toepassing van abstracte kwaliteitscriteria is geen sprake.

Op grond van het onderzoek is het moeilijk om vast te stellen welke rol het in 1998 door de Raad zelf ontwikkelde toetsingskader bij de voorbereiding van de onderzochte adviezen heeft gespeeld. Een en ander wordt bemoeilijkt door het feit dat de werkwijze van de Raad slechts deels voor de buitenwereld zichtbaar is. Alleen de uitkomst van de toetsing wordt in het advies neergelegd en dan nog alleen met betrekking tot die aspecten waarbij die uitkomst aanleiding gaf tot beschouwingen in het advies. De behandeling van die punten geschiedt ook niet in een bepaalde volgorde: een en ander lijkt afhankelijk van het gewicht dat de Raad in een concreet geval toekent aan een bepaald punt.

In de onderzochte adviezen verwijst de Raad niet expliciet naar het eigen toetsingskader. De daarin vervatte criteria kunnen als zodanig ook niet of slechts met moeite in de adviezen worden aangetroffen. Of het toetsingskader tot dusverre ook weinig invloed heeft gehad op de werkwijze kan op grond van dit onderzoek moeilijk worden vastgesteld. In de praktijk speelt het inmiddels wel een bepaalde rol. Naar verluidt¹⁷ wordt het gebruikt als checklist teneinde te voorkomen dat bij de advisering over een concrete regeling zaken over het hoofd worden gezien. Voorts wordt volgens de in het toetsingskader gehanteerde volgorde van criteria in de jaarverslagen melding gemaakt van de belangrijkste legisprudentie.

Het lijkt er echter niet op dat het toetsingskader in de dagelijkse werkwijze van de Raad op dit moment al een dominante positie inneemt. Afgaande op de inhoud van de adviezen en de daarin opgenomen redeneringen tendeert deze meer naar een, sterk op het concrete voorstel gerichte, ‘common sense’ benadering dan naar een strikte toepassing van een abstract toetsingskader.¹⁸ Vooralsnog lijkt de rol van het toetsingskader daarom vooral aanvullend.

Als het gaat om de wijze van advisering dient een onderscheid te worden gemaakt tussen beleidsmatige en juridische aspecten. Bij de advisering van de meer beleidsmatige aspecten van een regeling treedt de Raad in veel van de onderzochte gevallen niet expliciet in de juistheid of onjuistheid van beleidskeuzes

16 Zie voor voorbeelden par. 3.1.7.

17 Gebaseerd op het interview dat wij in het kader van dit onderzoek met vertegenwoordigers van de Raad van State hebben gehouden.

18 Dit vindt ook steun in recent onderzoek. Zie B.R. Dorbeck-Jung, Beelden over de wetgevingsadvisering van de Raad van State, Den Haag 2003, p. 269.

die aan de betreffende regeling ten grondslag liggen. In dat kader richt de Raad zijn kritiek, indien daartoe in concreto aanleiding bestaat, met name op de motivering van het voorstel. De adviezen zijn op dit terrein vaak gegoten in de vorm van beschouwingen die vragenderwijs zijn geformuleerd of die leiden tot de aanbeveling een bepaalde keuze nader toe te lichten. In een aantal onderzochte gevallen valt de Raad daarbij terug op punten die in eerder uitgebrachte adviezen door anderen zijn gesignaleerd.

In incidentele gevallen echter gaat de Raad een stap verder. De Raad toetst dan indringend de noodzaak of de doeltreffendheid van de regeling. Dit laatste kan ook samenhangen met door de Raad gesignaleerde uitvoeringsproblemen. In een enkel geval is het advies van de Raad met betrekking tot dergelijke aspecten zodanig uitgebreid en kritisch dat het voor de regering bijna onmogelijk lijkt om daadwerkelijk aan alle opmerkingen van de Raad tegemoet te komen zonder het voorstel als geheel te heroverwegen. Materieel gesproken kan een dergelijk advies worden opgevat als een dringende aanbeveling aan de regering om een andere beleidskeuze te maken. Indien dit zich voordoet komt dit ook tot uitdrukking in een negatief dictum. Voorbeelden daarvan zijn het voorstel van Wet markt en overheid,¹⁹ het voorstel van Wet verbetering poortwachter²⁰ en het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur.²¹

De juridische en wetstechnische advisering zijn doorgaans van een andere aard. Aan de juridische dimensie besteedt de Raad in zijn adviezen ruime aandacht en komt de Raad soms ook tot onomwonden oordelen. Van grote terughoudendheid is hier vaak geen sprake. In een enkel onderzocht advies leidt dit tot fundamentele verschillen van opvatting met de regering waarbij blijkt dat over de interpretatie van bepaalde regels of beginselen soms zeer verschillend wordt gedacht. Die verschillen van opvatting komen scherper tot uitdrukking naarmate de materie politiek of beleidsmatig omstredener zijn. Ook is van belang hoeveel ruimte de Raad zelf in zijn advies laat voor verschillende interpretaties.

Een duidelijk voorbeeld van het laatste is het kritische advies van de Raad inzake het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur.²² Een essentieel punt betrof hier de vraag naar de verhouding tussen het wetsvoorstel en de Grondwet. De Raad concludeerde niet tot strijdigheid met de Grondwet, maar meende wel dat voor de voorgestelde dualisering voorafgaande grondwetswijziging was vereist.²³ De regering kwam tot een andere uitleg van de Grondwet en nam het advies van de Raad niet over. De bezwaren van de Raad tegen dit wetsvoorstel waren overigens lang niet allemaal van grondwettelijke aard. Het wetsvoorstel en het advies van de Raad daarover illustreren in dat verband dat beleidsmatige en staatsrechtelijke aspecten soms moeilijk van elkaar kunnen worden onderscheiden.²⁴

Op grond van het onderzoek kan in het algemeen geen duidelijk verband worden aangetoond tussen de aard van het dictum en een negatief oordeel op grond van een of meer kwaliteitscriteria. Niet kon worden vastgesteld dat toetsing aan een bepaald kwaliteitscriterium vaker of eerder tot een negatief dictum leidt dan het geval zou zijn bij toetsing aan andere criteria. Het aantal onderzochte adviezen is te gering om hierover betrouwbare uitspraken te kunnen doen. Bovendien lijkt het dictum niet zozeer af te hangen van het criterium zelf, maar veeleer van de uitkomst van de toetsing aan dat criterium en de aard van het gebrek dat door de Raad eventueel is geconstateerd.

Van de 78 onderzochte adviezen kenden er in totaal 10 een zwaar dictum, dat wil zeggen het dictum 5 of 6.²⁵ In zes gevallen lijken voor het zware dictum beleidsanalytische gebreken de doorslag te hebben gegeven – waarbij het ging om ernstige twijfels over de noodzaak of de doeltreffendheid van de regeling – terwijl in de overige vier gevallen sprake was van ernstige juridische bezwaren. In deze laatste categorie ging het in drie gevallen uitsluitend of hoofdzakelijk om bezwaren die samenhangen met de rechtmatig-

19 Kamerstukken II 2001-2002, 28050, A.

20 Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A.

21 Kamerstukken II 2000-2001, 27751, A.

22 Kamerstukken II 2000-2001, 27751, A.

23 Behoudens een door een lid van de Raad uitgebracht minderheidsadvies.

24 Zie de reactie van de D66-fractie in de Tweede Kamer waarin werd gesuggereerd dat er nog andere dan grondwettelijke (en niet uitgesproken) redenen waren voor de Raad om tot een zodanig kritisch oordeel te komen. Zie par. 3.2.3.1.

25 Zie voor verdere gegevens bijlage 3.

heid van de regeling.²⁶ In een geval stond met name een gebrekkige afstemming met andere wetgeving centraal.

Uit deze cijfers vallen geen duidelijke conclusies te trekken. Dit geldt te meer omdat de Raad in zijn adviezen niet precies aangeeft welke overwegingen tot een bepaald dictum hebben geleid. Met name in gevallen waarin de Raad op meerdere punten kanttekeningen plaatst, is moeilijk te achterhalen welke van deze punten voor de Raad bij het bepalen van het dictum zwaar hebben gewogen. Wel kan uit de onderzochte adviezen worden afgeleid dat niet uitsluitend juridische gebreken tot een zwaar dictum leiden; de Raad heeft in een aantal van de onderzochte adviezen ook de beleidsmatige kwaliteit (of een gebrek daaraan) zwaar laten wegen.

9.2.4 Reactie van regering en Staten-Generaal

De reactie van de regering op de adviezen van de Raad is in de in dit onderzoek onderzochte gevallen sterk wisselend. Zij verschilt van wetsvoorstel tot wetsvoorstel en van geval tot geval. Tot een heroverweging van de voorgestelde regeling hebben de onderzochte adviezen doorgaans niet geleid. Wel hebben de adviezen relatief vaak geleid tot (meestal kleinere) aanpassingen van de tekst van het voorstel of de toelichting daarop.

Voor zover de onderzochte adviezen opmerkingen bevatten van beleidsmatige aard, betrekking hebbend op bijvoorbeeld de subsidiariteit of doeltreffendheid van het voorstel, hebben deze in de regel niet geleid tot andere beleidskeuzes en dus ook niet tot heroverweging van het voorstel als geheel. Soms was ook evident dat daarvoor de politieke speelruimte ontbrak. Een voorbeeld daarvan is het voorstel voor een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.²⁷ Hoewel de Raad in zijn advies onder meer inging op de vraag of een dergelijke regeling, naast of in plaats van reeds bestaande regelingen, noodzakelijk moest worden geacht, stond politiek gezien vast dat genoemde regeling op korte termijn zou worden ingevoerd. De noodzaak van de regeling was voor de regering derhalve geen serieus punt van discussie. Meestal is er in een dergelijk geval wel ruimte voor wijziging op kleinere punten in wettekst of toelichting.

Aanpassingen van de toelichting betreffen meestal een betere beleidsmatige motivering van het voorstel. In een aantal onderzochte gevallen komt de regering tegemoet aan de wens van de Raad om in de toelichting de noodzaak of doeltreffendheid van het wetsvoorstel sterker te onderbouwen.²⁸ Ook als het gaat om de uitvoerbaarheid of handhaafbaarheid is op verzoek van de Raad de toelichting een aantal malen uitgebreid.²⁹ In een enkel geval echter vindt de regering aanpassing van de toelichting overbodig omdat zij vindt dat de gegeven toelichting reeds toereikend is.³⁰ In die situatie leidt het advies van de Raad tot geen enkele wijziging.

Twistpunten omtrent onder meer de toepassing van het beginsel van subsidiariteit werken in een aantal onderzochte wetsvoorstellen door in de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer.³¹ Verschillende fracties, zowel regeringsfracties als die van de oppositie, blijken door de Raad gesignaleerde punten op te pikken en opnieuw in de schriftelijke of mondelinge fase van de behandeling aan de orde te stellen. In die specifieke gevallen wordt doorgaans expliciet verwezen naar het advies van de Raad. Tot belangrijke wijzigingen leiden deze pogingen in de regel echter niet.³² De regering houdt voet bij stuk en reageert materieel gezien op dezelfde wijze als in het nader rapport. In een aantal gevallen is duidelijk sprake van een

26 Een voorbeeld is het advies inzake het Besluit houdende wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer (W09.00.0530/V) waarin de Raad concludeert dat voor de voorgestelde wijziging geen wettelijke basis bestaat (strijd met het legaliteitsbeginsel). Zie par. 3.1.6.1.3.

27 Kamerstukken II 2001-2002, 28201, A.

28 Vgl. Ph. Eijlander, W. Voermans, Evaluatie regeerakkoord 1998 vanuit wetgevingsperspectief, Tilburg 2002, p. 18.

29 Een voorbeeld betreft de handhaafbaarheid van het voorstel voor een Luchthavenverkeersbesluit Schiphol. Zie par. 6.2.3.1.

30 Dit is bijvoorbeeld het geval bij het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur. Zie par. 5.2.2.5.

31 Zie voor een aantal voorbeelden par. 5.2.2.

32 Dit ligt in lijn met de bevindingen van eerder onderzoek. Zie Ph. Eijlander, W. Voermans, a.w., p. 21 e.v. Opmerking verdient dat het in dit onderzoek ging om wetsvoorstellen die uit het regeerakkoord 1998 voortvloeiden.

herhaling van zetten. Van de onderzochte gevallen komt dit wellicht het duidelijkst tot uitdrukking bij het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur. De regering volstaat in de kamerstukken betreffende dit wetsvoorstel een aantal malen met een verwijzing naar haar eerdere reactie in het nader rapport of in de memorie van toelichting, dan wel naar het aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende rapport van de Staatscommissie-Elzinga.³³

Slechts in een enkel onderzocht geval krijgt het advies van de Raad door omstandigheden meer politiek gewicht. Bij de behandeling van het voorstel van Wet markt en overheid zijn door de Tweede Kamer veel bezwaren naar voren gebracht onder veelvuldige verwijzing naar het kritische advies van de Raad. Recente-lijk is het wetsvoorstel mede naar aanleiding van de geuite kritiek ingetrokken.³⁴ Hoewel het advies van de Raad in die beslissing geen rol heeft gespeeld, kan wel worden gesteld dat het advies daaraan indirect wel een bijdrage heeft geleverd. Het heeft munitie opgeleverd voor diverse Tweede Kamerfracties om fundamentele kritiek te uiten op het wetsvoorstel.

Kanttekeningen die de Raad plaatst in het kader van de beleidsanalytische toets dienen te worden onderscheiden van commentaar van meer juridische aard. Adviezen van juridische aard worden vaak door de regering op enigerlei wijze opgevolgd. In een enkel geval is naar aanleiding van het advies van de Raad het voorstel in zijn geheel heroverwogen.³⁵ Anderzijds zijn er voorbeelden waarin het oordeel van de Raad grotendeels door de regering terzijde wordt geschoven. Van de onderzochte voorstellen is ook op dit punt het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur een treffend voorbeeld. Het oordeel van de Raad dat het wetsvoorstel in verband met artikel 125, eerste lid, Grondwet niet kon worden doorgevoerd zonder voorafgaande grondwetswijziging, werd niet gedeeld door de regering.³⁶ Verwezen zij ook naar hetgeen in de vorige paragraaf daarover reeds is opgemerkt.

Wetstechnische adviezen van de Raad worden ten slotte nagenoeg altijd door de regering overgenomen. Soms echter is dat niet het geval. Hierna komt dit punt nog terug.

9.3 ANALYSE PER CRITERIUM

9.3.1 Rechtmatigheid

In de in dit onderzoek geselecteerde adviezen heeft de Raad veel aandacht besteed aan de toetsing op rechtmatigheidsaspecten. In het bijzonder ging de Raad in op de verenigbaarheid van het voorstel met hogere regels. Het EG-recht speelt in die gevallen relatief vaak een rol. De toetsing aan het EG-recht kende in de onderzochte adviezen een grote verscheidenheid; zij kan blijkens het onderzoek onder meer toetsing aan het EG-verdrag, aan verordeningen en richtlijnen, aan rechtspraak van het Hof van Justitie alsook aan een door de Raad van Ministers vastgestelde EU-resolutie omvatten. Er blijkt ook uit dat het EG-recht op een zeer breed terrein en op verschillende niveaus van regelgeving in het Nederlands recht doorwerkt.

In vergelijking tot het EG-recht komt de toetsing aan andere hogere regels in de onderzochte adviezen minder vaak aan bod. Niettemin komt ook uit dit onderzoek naar voren dat het EVRM en de Grondwet in de advisering een belangrijke rol kunnen spelen. In een enkel geval is deze rol zelfs dominant, zoals bleek uit de toetsing van het voorstel van de Wet dualisering gemeentebestuur aan de Grondwet. Voorts is van belang te constateren dat de Raad soms een toetsing aan het EVRM en andere mensenrechtenverdragen combineert met een toetsing aan internationale gedragsregels die juridisch niet bindend zijn. Een voorbeeld daarvan is het voorstel voor de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers waarin een toetsing aan artikel 10 IVBPR werd verricht in samenhang met de European Prison Rules en de Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

33 Zie par. 5.2.2.5.

34 Kamerstukken II 2003-2004, 28050, nr. 8.

35 Zie het nader rapport inzake het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer. Zie par. 3.2.4.2.

36 Zie verder par. 3.2.3.1.

In een substantieel aantal onderzochte adviezen ging de Raad ook in op de verenigbaarheid met algemene rechtsbeginselen. In de meeste van die gevallen ging het om het legaliteitsbeginsel of een variant daarop. Een mooi voorbeeld betreft het advies inzake het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer.³⁷ Hierin oordeelde de Raad dat de onderliggende Wegenverkeerswet geen wettelijke basis bood voor de voorgestelde wijziging, omdat deze strekte tot behartiging van een belang dat niet door genoemde wet werd bestreken. Naast het legaliteitsbeginsel kwam in een aantal onderzochte gevallen ook het beginsel van rechtszekerheid in de toetsing naar voren.

Toetsing op verenigbaarheid met hoger recht is een veel voorkomend en duidelijk te onderscheiden kernelement in de advisering van de Raad. Dit wil niet zeggen dat de Raad altijd een duidelijk bevestigend of ontkennend antwoord geeft op de vraag naar die verenigbaarheid. De adviezen zijn vaak in vragende zin geformuleerd. Dit kan leiden tot de aanbeveling om in het voorstel of in de toelichting ‘nadere aandacht’ te schenken aan de verhouding tussen het voorstel en een hogere rechtsregel of beter te motiveren waarom het voorstel met een bepaalde rechtsregel verenigbaar is. Tot een duidelijke verklaring van onverenigbaarheid met die rechtsregel komt het in die gevallen echter niet. In andere gevallen komt de Raad echter wel tot een zodanige stellingname.³⁸

Tussen beide benaderingen in zitten de gevallen waarin de Raad weliswaar niet expliciet tot strijdigheid concludeert, maar wel tot een duidelijke standpuntbepaling komt. Twee voorbeelden kunnen dit illustreren. Het eerste voorbeeld is het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur. De Raad komt in zijn advies over dit voorstel niet tot het oordeel dat met dit voorstel de Grondwet niet wordt gerespecteerd, maar de Raad formuleert wel sterke grondwettelijke bezwaren, met name betrekking hebbend op het hoofdschap van de Raad (art. 125, eerste lid, Grondwet). Op grond hiervan stelt de Raad zich op het standpunt dat voorafgaande grondwetswijziging is vereist. Het tweede voorbeeld is het advies van de Raad inzake het voorstel voor een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers waarin onder meer artikel 10 IVBPR centraal staat. In dit advies erkent de Raad weliswaar dat Nederland op het betreffende punt³⁹ een voorbehoud had gemaakt (en Nederland aldus naar de letter niet in strijd met zijn verdragsverplichting zou handelen), maar gaf de Raad niettemin aan groot belang te hechten aan het genoemde voorstel in overeenstemming te brengen met artikel 10 IVBPR. Ook hier komt de Raad tot een duidelijk uitgesproken standpunt zonder tot strijdigheid met genoemde verdragsbepaling te concluderen.

De Raad betreft in zijn advisering naast de verhouding tot hoger recht tal van aspecten die samenhangen met hetgeen in het algemeen kan worden aangeduid als de juridische kwaliteit van de regeling. Voorbeelden zijn de juiste toedeling van bevoegdheden, de adequate normering van bestuursbevoegdheden, delegatiekwesities en het overgangsrecht. In termen van Zicht op wetgeving zouden deze aspecten, mede gelet op Ar 254, vallen onder de rechtmatigheidstoetsing. Dit ligt bij nader inzien echter niet voor de hand. Los van de rechtmatigheidstoetsing in enge zin (toetsing aan hoger recht en aan ongeschreven rechtsbeginselen) bestaat gelet op de bestaande toetsingspraktijk, zoals ook blijkt uit dit onderzoek⁴⁰ een afzonderlijk criterium ‘juridische kwaliteit’. Dit criterium dient zowel te worden onderscheiden van de rechtmatigheidstoetsing in enge zin als van de pure wetgevingstechniek. Het onderscheid met het rechtmatigheidscriterium zit hem in het feit dat het niet-naleven van juridische kwaliteitsnormen (hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij een gebrekkige overgangsregeling) nog niet betekent dat de wetgever daarmee onrechtmatig handelt. Het dient voorts te worden onderscheiden van de eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid. Bij

37 Zie par. 3.1.6.1.3.

38 Ook komt het in een enkel geval voor dat de Raad naar aanleiding van een uitdrukkelijk verzoek van de regering concludeert dat van strijd met een bepaalde rechtstregel geen sprake is. In het voorstel van Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden, vroeg de regering aan de Raad om expliciet te toetsen aan onder meer artikel 7 en 8 EVRM. Volgens de Raad was het voorstel hiermee in overeenstemming (Kamerstukken II 2002-2003, 28685, A, p. 5. Zie par. 3.1.3.1.

39 Het betrof hier met name het voorschrift dat in geval van vrijheidsbeneming verdachten, uitzonderlijke omstandigheden voorbehouden, gescheiden moeten worden gehouden van veroordeelden.

40 Zie par. 3.1.7 waarin deze categorie ook in een afzonderlijke paragraaf is behandeld.

‘juridische kwaliteit’ gaat het bovendien om juridisch zwaardere punten dan bij de pure wetgevingstechniek.⁴¹

Uit de reactie van de regering in de onderzochte gevallen blijkt dat de rechtmatigheidstoetsing door de Raad als gezaghebbend geldt. In het nader rapport vindt in de regel een uitvoerige weging van de argumentatie van de Raad plaats. Of en zo ja, op welke wijze het advies van de Raad wordt opgevolgd hangt sterk af van de wijze waarop de Raad zijn advies heeft geformuleerd. Uit het voorgaande bleek al dat de Raad hier allerlei varianten toepast.

Het advies van de Raad om het voorstel met het oog op verenigbaarheid met hogere regelgeving deugdelijker te onderbouwen of, een iets lichtere variant, bepaalde elementen van het voorstel in dat licht te verduidelijken, wordt doorgaans door de regering opgevolgd. Dit leidt in de meeste gevallen tot een uitbreiding of aanscherping van de toelichting. Soms wordt ook de tekst van het voorstel zelf aangepast. Meestal gaat het om relatief eenvoudige wijzigingen waardoor duidelijker wordt bepaald of toegelicht dat het voorstel met een bepaalde hogere regel in overeenstemming is.

Minder eenduidig liggen de gevallen waarin de Raad niet volstaan heeft met een vragenderwijze benadering of een aanbeveling tot verduidelijking, maar zich duidelijk kritisch over het voorstel heeft uitgelaten. In die gevallen is onder meer van belang hoeveel ruimte het advies materieel gezien laat voor een afwijkende reactie. Indien de Raad niet tot strijdigheid met hoger recht concludeert, maar wel met juridische argumenten een wijziging of zelfs een heroverweging van het voorstel bepleit, lijkt de regering eerder vast te houden aan het eigen standpunt dan in het geval de Raad wel onverenigbaarheid met hoger recht constateert. Hoewel van beide categorieën in het materiaal duidelijke voorbeelden zijn te vinden, is het aantal onderzochte gevallen te gering om op dit punt vergaande uitspraken te kunnen doen.

9.3.2 Doeltreffendheid en doelmatigheid

Binnen de beleidsanalytische toetsing gaat, vertaald naar Zicht op wetgeving, relatief de meeste aandacht uit naar aspecten van doeltreffendheid. Toetsing aan het criterium ‘doeltreffendheid’ met verwijzing naar Zicht op wetgeving of de Aanwijzingen voor de regelgeving, vindt echter niet plaats. Alle daaronder vallende aspecten komen materieel gezien daarentegen wel aan bod. In zoverre kan ook hier worden gesteld dat de benadering van de Raad sterk in het verlengde ligt van het gedachtegoed van Zicht op wetgeving. Aspecten van doelmatigheid komen in de onderzochte adviezen minder vaak aan bod, maar ook hierop gaat de Raad in voorkomende gevallen in.

Als het gaat om doeltreffendheid en doelmatigheidsaspecten wordt de benadering van de Raad gekenmerkt door een sterk praktische inslag. Het komt er veelal op neer dat de Raad praktisch getinte redeneringen toepast waarbij het steeds draait om de vraag of de betreffende regeling in werkelijkheid zodanig goed zal werken dat het nagestreefde doel zal worden bereikt. Deze praktische benadering maakt het moeilijk om de adviezen van de Raad te interpreteren in termen van Zicht op wetgeving, de Aanwijzingen voor de regelgeving of het eigen toetsingskader van de Raad.

Voorts valt bij bestudering van de onderzochte adviezen op dat de Raad bij de beoordeling van de doeltreffendheid van de regeling soms terugvalt op adviezen van derden die in een eerder stadium over een vorige concept van de betreffende regeling zijn uitgebracht. Deze kunnen met name een belangrijke inspiratiebron vormen indien de regering in de toelichting naar het oordeel van de Raad niet of niet adequaat op een bepaald advies ingaat of een advies uitdrukkelijk terzijde schuift en de Raad nog niet geheel door de daartoe strekkende argumentatie van de regering is overtuigd.

Bij de beoordeling van de doeltreffendheid van de regeling legt de Raad blijkens de onderzochte adviezen bijzondere nadruk op twee aspecten. Dat betreft in de eerste plaats de probleemanalyse. In termen van doeltreffendheid: is het probleem dat de voorgestelde regeling beoogt op te lossen wel voldoende grondig geanalyseerd om redelijkerwijs te mogen verwachten dat de regeling ook daadwerkelijk aan de

41 Zie hoofdstuk 8.

doelstelling beantwoordt? Hier blijkt de Raad op verschillende knelpunten te kunnen stuiten. Het kan zijn dat een duidelijke analyse van de oorzaken van het onderliggende probleem ontbreekt, de regering een beperkt analysekader hanteert (waardoor bepaalde factoren ten onrechte buiten beschouwing zijn gelaten) of dat de motieven of doelstellingen van de voorgestelde regeling te weinig precies zijn geformuleerd. In de meeste onderzochte gevallen waarin dergelijke problemen zich voordoen, stelt de Raad zich overwegend terughoudend op. In veel gevallen beveelt de Raad aan om de toelichting op de regeling op dit punt nader te overwegen te verduidelijken of van een dragende motivering te voorzien. Slechts in een enkel geval trekt de Raad naar aanleiding van een geconstateerd hiaat in de probleemanalyse de doeltreffendheid van de regeling expliciet in twijfel.

Het tweede aspect dat in de onderzochte adviezen relatief veel aandacht krijgt is de vraag naar de verhouding tussen doel en middelen. In termen van doeltreffendheid zoals omschreven in Zicht op wetgeving: is de voorgestelde regeling wel het juiste middel of biedt de regeling wel het meest geschikte instrumentarium om het gestelde doel te bereiken? De consequentie die de Raad aan gerezen twijfels op dit punt verbindt, zijn in de onderzochte gevallen verschillend. Het komt voor dat de Raad de doeltreffendheid van de regeling expliciet ter discussie stelt. Dit kan vervolgens leiden tot het advies om het voorstel te heroverwegen, zoals bijvoorbeeld het geval was bij het voorstel van Wet verbetering poortwachter,⁴² of om het onderdeel of de onderdelen van het voorstel waarop het oordeel van de Raad betrekking heeft, te schrappen. In andere gevallen gaat de Raad minder ver en beveelt de Raad alleen aan om in de toelichting nader op de problematiek in te gaan. Een voorbeeld hiervan is het voorstel voor een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers.⁴³ Overigens wordt met name bij de weging van dit deelaspect (de verhouding doel – middelen) ook de samenhang met andere criteria zichtbaar, met name de subsidiariteit, de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid.

Bij hetgeen in Zicht op wetgeving als doelmatigheid wordt aangemerkt, kijkt de Raad ook weer naar twee aspecten in het bijzonder. Het eerste aspect betreft een soort kosten-batenanalyse. Centraal staat dan de vraag of de lasten die uit de voorgestelde regeling voortvloeien voor burgers, bedrijfsleven en particuliere instellingen enerzijds en de overheid anderzijds wel voldoende opwegen tegen de te verwachten baten van de regeling. In de onderzochte adviezen blijkt de aandacht van de Raad zich vooral toe te spitsen op de vraag of de lasten die de regeling meebrengt niet te zwaar drukken op bepaalde maatschappelijke groeperingen: valt een eventuele ongelijkheid in lastenverdeling wel te rechtvaardigen met het oog op de doelstelling die met de voorgenomen regeling wordt nagestreefd? Uiteraard ligt hier een belangrijk raakvlak met het criterium van proportionaliteit (evenredigheid). Ook lasten voor het bestuur en de rechterlijke macht krijgen in de advisering aandacht, maar hierop ligt althans in de onderzochte adviezen geen bijzondere nadruk. Daarbij is een onderscheid mogelijk tussen uitvoeringslasten, procedurele lasten (bestuurlijk en financieel toezicht) en handhavingslasten.

Het tweede aspect dat in verband de doelmatigheid van de regeling in een aantal onderzochte gevallen aandacht heeft gekregen, heeft betrekking op de vraag of de regering wel voldoende rekening heeft gehouden met eventuele neveneffecten van de voorgestelde regeling. Het gaat hier om effecten die niet zijn beoogd, maar wel als direct gevolg van de voorgestelde regeling kunnen optreden. Soms blijkt de Raad te twifelen of dergelijke effecten wel voldoende zijn doordacht of voorzien. In een aantal gevallen zijn de neveneffecten naar de verwachting van de Raad zo sterk dat de doelstellingen die met de voorgestelde regeling worden nagestreefd, kunnen worden ondergraven. Daarmee staat, fundamenteeler, ook de doeltreffendheid van de regeling ter discussie. Ook hier geldt dat het oordeel dat de Raad hieraan wenst te verbinden, kan variëren. Soms doet de Raad in zijn advies concrete suggesties die moeten leiden tot het onderwerpen van de te verwachten neveneffecten. Een voorbeeld hiervan is het advies over het ontwerp-Luchthavenverkeersbesluit⁴⁴

42 Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A.

43 Kamerstukken II 2001-2002, 28201, A.

44 Advies Raad van State 12 september 2002, no. W09.02.0303/V. Zie par. 4.1.2.3.

Uit de reactie van de regering in de gevallen die in dit onderzoek zijn onderzocht, blijkt dat het advies van de Raad slechts sporadisch volledig door de regering wordt opgevolgd. Dit laatste geschiedt met name in gevallen waarin de Raad alleen adviseert de toelichting op een bepaald onderdeel uit te breiden of te preciseren. In een enkel geval gaat de Raad een stapje verder en wordt ook de tekst van de regeling zelf aangepast. In het voorstel van Wet ammoniak en veehouderij liet de regering een verduidelijking van de toelichting gepaard gaan met een (uit rechtzekerheid gewenst geachte) wijziging van de wetstekst, hoewel de Raad daartoe niet had geadviseerd.

In een aantal gevallen komt de regering slechts gedeeltelijk aan het advies van de Raad tegemoet. Hier zijn verschillende varianten mogelijk. Het kan zijn dat de regering de toelichting op de regeling wel aanpast, maar niet geheel in de door de Raad gewenste richting. Een voorbeeld hiervan is het voorstel voor een Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers waarin de regering wel bereid was toe te lichten op welke punten het voorstel afweek van het algemene regime van de Penitentiaire Beginnselenwet en om welke redenen, maar daarbij aanvankelijk niet, zoals door de Raad was gevraagd, aangaf welke bijdrage die afwijkingen kon leveren aan de oplossing van de gesignaleerde problemen.⁴⁵ Ook kan het voorkomen dat de regering het advies van de Raad om het voorstel vanwege het ontbreken van een adequate probleemanalyse volledig te heroverwegen, maar wel bereid is om in de lijn van dat advies de toelichting uit te breiden. Dit laatste deed zich voor bij het voorstel van Wet verbetering poortwachter.⁴⁶

In de meerderheid van de onderzochte gevallen neemt de regering het advies van de Raad om te komen tot heroverweging van het voorstel of van onderdelen daarvan in het geheel niet over. De bezwaren van de Raad worden door de regering in het nader rapport weersproken. De tekst van het voorstel en van de toelichting blijven dan meestal ongewijzigd. In een aantal van de onderzochte wetsvoorstellen worden de bezwaren van de Raad vervolgens opgepikt door een of meer parlementaire fracties en, vaak met expliciete verwijzing naar het advies van de Raad, tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel opnieuw aan de orde gesteld. Vaak wordt dan nog eens uitvoerig gedebatteerd over de punten die ook door de Raad in zijn advies zijn opgebracht. Meestal houdt de regering voet bij stuk en leidt de interventie van de Tweede en/of Eerste Kamer hooguit tot een nadere verduidelijking van het regeringsstandpunt. In een enkel geval wordt naar aanleiding van op het advies van de Raad gebaseerde kritiek van de Tweede Kamer het wetsvoorstel alsnog gewijzigd, soms tegen de zin van de regering in. Dit laatste gebeurde bijvoorbeeld bij het voorstel van de Wet verbetering poortwachter waarin bij amendement alsnog tot nadere regeling in het BW van de rechten en plichten van werkgever en werknemer op het vlak van de reïntegratiebevordering, werd overgegaan. Dit laatste ondanks herhaalde betogen van de regering dat een zodanige regeling overbodig was.⁴⁷

9.3.3 Subsidiariteit en evenredigheid

Evenals de criteria doeltreffendheid en doelmatigheid vallen de criteria van subsidiariteit en proportionaliteit binnen de termen van de beleidsanalytische toets, zoals deze door de Raad wordt verricht. Het subsidiariteitscriterium blijkt, anders dan de proportionaliteit, in de adviezen van de Raad moeilijk als zodanig te herkennen. Subsidiariteit blijkt in de praktijk zeer nauw verweven met de vraag naar de doeltreffendheid van de regeling. Dit wordt bevestigd door Ar 7 waarin aspecten van doeltreffendheid (onderdelen a en b) en subsidiariteit (onderdelen c en d) in onderlinge samenhang aan de orde komen in verband met de vraag of in een bepaald geval tot regelgeving moet worden besloten. Een en ander heeft tot gevolg dat de categorisering van adviezen onder het criterium subsidiariteit in het onderhavige onderzoek problematisch en soms arbitrair is gebleken.⁴⁸

45 Kamerstukken II 2001-2002, 28201, A, p. 3 en nr. 3, p. 13. Wel komt een en ander in de Eerste Kamer aan bod. Zie par. 4.2.12.1.

46 Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A, p. 5-7. Zie par. 4.2.1.1.1.

47 Zie verder par. 4.2.1.2.7.

48 Zie reeds hiervoor par. 9.2.1 waar gewezen is op het discussiepunt rond vragen betreffende de noodzaak van de regeling.

De subsidiariteit komt in de advisering door de Raad aan bod in het kader van de toetsing van de redegging van het voorstel. Op dit punt is er veel samenhang met elementen van probleemanalyse en – aanpak. De kernvraag bij subsidiariteit is of er alternatieven zijn om het gesignaleerde probleem op te lossen en of deze alternatieven door de regering wel voldoende zijn onderzocht. In wezen wordt daarmee de vraag naar de noodzaak van de voorgestelde regeling gesteld.⁴⁹ Vaak spitst de Raad zijn kritiek daarbij toe op de motivering van het voorstel en vloeit daar een aanbeveling uit voort om de toelichting te verbeteren. In andere gevallen echter komt het advies van de Raad neer op een verzoek om algehele heroverweging.

Uit de onderzochte adviezen blijkt dat de vraag naar alternatieven in allerlei varianten aan de orde kan komen, hoewel de Raad nergens expliciet naar het criterium van subsidiariteit verwijst. In de eerste plaats kan het voorkomen dat op de achtergrond ten principale de vraag aan de orde is of er überhaupt wel een taak voor de overheid is weggelegd. De Raad meende dat voorafgaande aan het voorstel van Wet markt en overheid eerst de vraag moest worden beantwoord ‘welke criteria gehanteerd dienen te worden om te bepalen wat een publieke taak is en in welke gevallen de uitvoering daarvan door de overheid zelf en/of door de markt moet geschieden’.⁵⁰ Dat was volgens de Raad te hoog gegrepen. Mede in verband met de zeer ruime reikwijdte van het wetsvoorstel achtte de Raad het niet haalbaar om op dit terrein tot een algemeen toepasbaar wettelijk kader te komen.

In de meeste gevallen betreft de vraag naar de subsidiariteit kwesties van minder fundamentele aard. Allerlei alternatieven kunnen naar het oordeel van de Raad aan de orde zijn. In enkele van de onderzochte gevallen meent de Raad dat met de betreffende materie eerst moet worden geëxperimenteerd. De tijd is volgens de Raad in een dergelijk geval nog niet rijp voor een wettelijke regeling. Een duidelijk voorbeeld van het laatste is het voorstel van Wet elektronisch bestuurlijk verkeer.⁵¹ Hier liggen overigens raakvlakken met het doeltreffendheidscriterium. Voorts zijn in het onderzoek diverse gevallen aangetroffen waarin volgens de Raad de huidige praktijk of de huidige regels een toereikende oplossing kunnen bieden voor het door de regering gesignaleerde probleem. De Raad blijkt hier met name erg gespitst op de relatie tot reeds bestaande regels: kan het probleem niet beter binnen het bestaande juridische kader worden opgelost? Soms wordt in verband hiermee de voorgestelde regeling door de Raad overbodig geacht of oordeelt de Raad dat volstaan kan worden met een kleine aanpassing of uitbreiding van de bestaande regeling.

Subsidiariteit behelst ook de vraag of het probleem wellicht niet of niet primair door de wetgever maar door andere overheden of burgers zelf moet worden opgelost. Meer dan eens betreft de Raad de positie van lagere overheden in zijn advisering. Bij een aantal voorstellen toetst de Raad indringend of de voorgestelde regeling wel voldoende ruimte laat voor provincies en gemeenten. Dit doet zich eigenlijk uitsluitend voor bij voorstellen van wet of ontwerpbesluiten die de lagere overheden zelf betreffen. Daarentegen ging in de onderzochte adviezen weinig aandacht uit naar de mogelijkheid voor het bedrijfsleven of maatschappelijke organisaties om zelf de gesignaleerde problemen op te lossen. Zelfregulering als alternatief voor wetgeving bleek in de onderzochte adviezen niet of nauwelijks een issue.

Naast de subsidiariteit ging in de onderzochte adviezen ook de aandacht uit naar de evenredigheid of proportionaliteit van de regeling of onderdelen daarvan. De Raad drukt zich relatief vaak ook in die termen uit. Kort gezegd komt de door de Raad verrichte evenredigheidstoets neer op de vraag of de beoogde voordelen van de voorgestelde regeling in redelijke verhouding staan tot de nadelige gevolgen die deze naar verwachting zal hebben voor bepaalde groepen. Indien het niet gaat om de evenredigheid van de regeling als zodanig maar om een onderdeel daarvan kan het commentaar van de Raad zich bijvoorbeeld richten op een te ruime bevoegdheidstoedeling of om een groter bereik van de regeling dan nodig is voor het doel dat daarmee wordt beoogd. Op dergelijke punten is al snel sprake van een juridische toetsing van de kwaliteit van de regeling. De evenredigheidstoetsing vindt soms ook anderszins plaats in een juridische

49 Soms is de noodzaak van de regeling een gegeven. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de regeling voortvloeit uit daartoe strekkende EG-rechterlijke verplichtingen.

50 Kamerstukken II 2001-2002, 28050, A, p. 6.

51 Kamerstukken II 2001-2002, 28438, A, p. 12. Een en ander hangt samen het criterium van subsidiariteit.

context, met name in het kader van het EG-recht of het EVRM ('noodzakelijk in een democratische samenleving'). Hier is derhalve duidelijk sprake van samenhang met de rechtmatigheidstoetsing. In dit verband dient overigens ook te worden gewezen op artikel 3:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht dat als algemeen kader fungeert voor de toetsing van de evenredigheid van een regeling in de bestuursrechtelijke context.

Evenals de subsidiariteit hangt de evenredigheid samen met andere criteria uit Zicht op wetgeving. Dit betreft in de eerste plaats de zojuist genoemde gevallen waarin de evenredigheid deel uitmaakt van een juridisch hogere regeling, zoals bijvoorbeeld het EVRM. Duidelijke raakvlakken liggen er ook met de doelmatigheid voor zover het gaat om de weging van de lasten die de regeling met zich kan brengen voor burgers of bedrijven. Deze samenhang komt in het bijzonder tot uitdrukking in het onderzochte advies met betrekking tot het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit uitoefening artsensijbereidkunst.⁵² De Raad adviseerde dit besluit in verband met de daarvan te verwachten nadelige gevolgen voor patiënten, te heroverwegen. Daarbij verwees de Raad in een voetnoot naar Ar 13 en 15. Ar 13 betreft het streven 'naar zo beperkt mogelijke lasten voor burgers, bedrijven en instellingen' (doelmatigheid), terwijl Ar 15 voorschrijft dat 'de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een regeling niet onevenredig zijn in verhouding tot de met de regeling te dienen doelen' (evenredigheids- of proportionaliteitstoets).

De reactie van de regering is, voor zover deze in dit onderzoek is onderzocht, in het algemeen als terughoudend te kenschetsen. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen werd aan de opmerkingen van de Raad betreffende de subsidiariteit tegemoet gekomen. In die gevallen ging het om aanpassing van kleinere onderdelen van de regeling of om uitbreiding van de toelichting. In geen enkel geval werd de regeling als zodanig naar aanleiding van het advies van de Raad heroverwogen of werden vitale onderdelen van de regeling aangepast. In de meeste gevallen werd de kritiek van de Raad in het nader rapport weerlegd. In bepaalde gevallen speelde daarbij duidelijk een rol, zo bleek ook uit een aantal interviews die in het kader van dit onderzoek zijn gehouden, dat de vraag of tot wetgeving moest worden besloten voor de regering op dat moment geen punt van discussie meer was. Dat de betreffende regeling er moest komen stond politiek gezien vast.

Indien de regering de kritiek van de Raad verwerpt kwam het bij de onderzochte wetsvoorstellen, zoals hiervoor al vermeld, in een aantal onderzochte gevallen voor dat daarop tijdens de parlementaire behandeling werd teruggekomen. Diverse fracties uit zowel de Tweede als de Eerste Kamer stellen de door de Raad opgebrachte punten, vaak met een expliciete verwijzing naar het advies, opnieuw aan de orde. Tot nieuwe gezichtspunten leidt dit doorgaans niet. De regering heeft vrijwel steeds voet bij stuk gehouden en naar aanleiding van commentaar vanuit de Tweede Kamer derhalve geen wijzigingen in het voorstel aangebracht.

9.3.4 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

In geen van de onderzochte adviezen wordt expliciet gerefereerd aan de criteria 'uitvoerbaarheid' of 'handhaafbaarheid' zoals verwoord in Zicht op wetgeving. Ook vindt expliciete verwijzing naar de Aanwijzingen voor de regelgeving nagenoeg niet plaats, ook niet in de gevallen waarin dat wellicht voor de hand had gelegen. In slechts een enkel geval werd naar de Aanwijzingen verwezen. Het betrof Ar 131a (model voor hardheidsclausule). Het voorgaande laat onverlet dat de Raad in een aantal onderzochte adviezen wel impliciet aan aspecten van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid toetst.

De opmerkingen van de Raad in het kader van de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid zijn veelal praktisch van aard. Voor zover het gaat om uitvoerbaarheid richten de opmerkingen zich in het algemeen op praktische belemmeringen die een deugdelijke uitvoering in de weg zouden kunnen staan. De Raad benoemt daarbij meer dan eens concrete praktijkproblemen die nog niet door de regering in de toelichting op het voorstel zijn beschreven. De problemen die door de Raad worden gesignaleerd, zijn zeer divers.

52 Advies Raad van State 8 juni 2001, nr. W13.01.0119/III.

Doorgaans gaat het om uitvoeringsvragen die betrekking hebben op de publieke sector. Thema's die in dit verband meer dan eens aan de orde komen zijn onduidelijkheden omtrent de capaciteit van het uitvoeringsorgaan of met betrekking tot de inhoud of omvang van de door het uitvoeringsorgaan uit te voeren taak.

De Raad besteedt in een aantal gevallen ook aandacht aan mogelijke uitvoeringsproblemen in de particuliere sector. Ook hierbij kan het gaan om praktische belemmeringen van zeer diverse aard. In een enkel geval acht de Raad deze zodanig groot dat daarmee de doeltreffendheid van de regeling als zodanig ter discussie staat. Een voorbeeld daarvan is het voorstel van Wet verbetering poortwachter.⁵³

Indien het voorgaande wordt gerelateerd aan het eigen toetsingskader van de Raad, treedt een onderscheid met Zicht op wetgeving aan het licht. In zijn jurisprudentie, zoals besproken in de jaarverslagen, onderscheidt de Raad de zogenaamde naleefbaarheid als afzonderlijk criterium.⁵⁴ Daarmee doelt de Raad op de vraag in hoeverre de regeling kan worden nageleefd door degenen tot wie de regeling zich richt. Zoals hiervoor bleek besteedt de Raad in een aantal onderzochte adviezen aandacht aan deze vraag. In termen van Zicht op wetgeving zou dit aspect mogelijk onder het criterium van de uitvoerbaarheid kunnen worden gebracht, hoewel in de uitwerking van dit criterium in onder meer de Aanwijzingen voor de regelgeving een zekere nadruk ligt op uitvoeringsproblemen bij de overheid en niet in de private sector. De Raad daarentegen maakt hier een duidelijk onderscheid. In de visie van de Raad worden met uitvoerbaarheid daarentegen uitsluitend aspecten bedoeld die te maken hebben met de organisatie of instantie die met de uitvoering van de voorgestelde regeling is belast.

In relatie tot sommige andere criteria komt de handhaafbaarheid van de regeling in de onderzochte adviezen relatief minder vaak aan de orde. In enkele onderzochte adviezen komen diverse aspecten aan bod die ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn terug te vinden zonder dat de Raad overigens expliciet daarnaar verwijst. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de keuze van de handhavingsmethode. In enkele gevallen stelt de Raad vragen over de haalbaarheid van strafrechtelijke handhaving vanwege een mogelijk gebrek aan handhavingscapaciteit. In een zeer beperkt aantal adviezen komen de onderlinge verhouding tussen privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke of tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving aan bod.

In de tweede plaats kunnen blijkens de advisering handhaafbaarheidsproblemen voortvloeien uit de formulering van voorgestelde bepalingen of uit het conflictopwekkende karakter van de regeling als zodanig. Het laatste deed zich uitdrukkelijk voor bij het voorstel van Wet markt en overheid. Volgens de Raad waren de kernbegrippen in dit wetsvoorstel zodanig dubbelzinnig dat sprake is van 'een conflictopwekkende regeling'.⁵⁵ In dit concrete voorbeeld was de kritiek van de Raad van een zodanig fundamentele aard dat in wezen vooral de opportuniteit en de doeltreffendheid van de regeling ter discussie werd gesteld. In andere gevallen is de kritiek van de Raad minder diepgaand en betreft zij de inhoud en formulering van specifieke wetsbepalingen.

De reactie van de regering op het advies van de Raad is sterk afhankelijk van de concrete casus. Door de Raad gestelde vragen of gesignaleerde problemen krijgen in het nader rapport in de meeste onderzochte gevallen uitvoerig aandacht. Soms echter is de reactie veel minder diepgaand. Voor zover de Raad verder gaat dan het stellen van vragen en ook uitdrukkelijk bedenkingen uit omtrent de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regeling, worden deze vaak in het nader rapport weerlegd. Tot wijzigingen van de tekst van de regeling leidt het advies van de Raad meestal niet, soms wel tot aanpassingen van de toelichting.

Tot nadere vragen in Tweede of Eerste Kamer leidt het advies van de Raad op dit terrein doorgaans niet. Derhalve kan op basis van dit onderzoek niet worden geconcludeerd dat de adviezen van de Raad met betrekking tot uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidsvragen tijdens de parlementaire behandeling

53 Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A, p. 4.

54 Zie hiervoor par. 9.2.1.

55 Kamerstukken II 2001-2002, 28050, A, p. 2.

van wetsvoorstellen, een belangrijke rol speelt. Dit ligt anders indien met de uitvoerbaarheid of de haalbaarheid in wezen de regeling als zodanig ter discussie wordt gesteld. In dat geval treden andere criteria, zoals doeltreffendheid of subsidiariteit, meer op de voorgrond.

9.3.5 Onderlinge afstemming

Het criterium ‘onderlinge afstemming’ komt in een substantieel aantal onderzochte adviezen aan bod. Daarbij gaat het bijna altijd om de vraag in hoeverre de voorgestelde regeling niet bijdraagt aan onnodige verscheidenheid van regelgeving.⁵⁶ In de onderzochte adviezen gaf de afstemming met de Algemene wet bestuursrecht de meeste aanleiding tot het maken van kanttekeningen. Daarnaast kijkt de Raad naar de verhouding tot andere algemene wetten, zoals bijvoorbeeld het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur sloeg de Raad ook acht op de afstemming met een aantal bijzondere wetten (Comptabiliteitswet, Wet openbaarheid van bestuur, Kaderwet adviescolleges en Wet op de parlementaire enquête). Dit laatste hing ongetwijfeld samen met de omvangrijke reikwijdte van het genoemde wetsvoorstel. Ten slotte beziet de Raad soms ook de relatie met algemene wetten op deelterreinen, zoals bijvoorbeeld de Wet milieubeheer. Beschouwingen over de afstemming met laatstgenoemde wet kwam in een aantal onderzochte adviezen voor.

De kanttekeningen van de Raad zoals voornoemd, leiden meer dan eens tot concrete aanbevelingen in het advies. Deze kunnen betrekking hebben op de tekst van het voorstel en/of op de toelichting. In de meeste gevallen ging het om een verzoek om een aanvulling van de toelichting. Soms laat de Raad ook in het midden of er iets moet wijzigen en volstaat hij met de mededeling dat met de verhouding tot een bestaande regeling ‘rekening moet worden gehouden’. Aanbevelingen tot wijziging van het voorstel kunnen overigens al naar gelang de aard van het commentaar divers van aard zijn: schrapping van een bepaling, precisering van een of meer concrete bepalingen, toevoeging van een bepaling dat een andere regeling van overeenkomstige toepassing is, nadere regeling van procedurele aspecten, harmonisatie van wettelijke definities. Al deze vormen zijn in de onderzochte adviezen aangetroffen.⁵⁷

Een andere categorie gevallen die in Zicht op wetgeving wordt onderscheiden betreft regelingen die vanuit een verschillende invalshoek aan een en dezelfde gedraging van particulieren tegenstrijdige eisen stellen. Alsdan kan er behoefte zijn aan coördinatie. Deze categorie kwam in relatie tot de zojuist besproken harmonisatieaspecten in de onderzochte adviezen betrekkelijk zelden aan de orde. In een enkel geval, zoals in het advies bij het ontwerpbesluit tot aanpassing van enkele algemene maatregelen van bestuur aan de Vreemdelingenwet 2000, wees de Raad expliciet op het risico van onvoldoende coördinatie tussen alle algemene maatregelen van bestuur die hier in het geding waren.⁵⁸

In algemene zin was de reactie van de regering op de onderzochte adviezen redelijk positief.⁵⁹ In een aantal gevallen werd het advies om het voorstel te wijzigen in verband met de afstemming op de Algemene wet bestuursrecht, opgevolgd. Aan verzoeken tot aanvulling van de toelichting werd vrijwel steeds gehoor gegeven, zij het in een enkel geval zeer summier. In een enkel geval reageerde de regering afwijzend. Een voorbeeld daarvan was het advies van de Raad om bij het voorstel van Wet dualisering gemeentebestuur meer aansluiting te zoeken bij de Comptabiliteitswet.⁶⁰

56 Zie par. 7.1.3. Blijkens deze paragraaf kijkt de Raad soms ook naar de verhouding tot andere regelgeving dan wetgeving in formele zin, zoals algemene maatregelen van bestuur.

57 Zie verder par. 7.1.3.

58 Advies Raad van State 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I.

59 Zie par. 7.2.

60 Kamerstukken II 2000-2001, 27751, A. Zie verder par. 7.2.1.1.3.

9.3.6 Eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid

De toetsing aan de kwaliteitseis ‘eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid’ kwam veelvuldig in de onderzochte adviezen aan bod. Het betreft opmerkingen van zeer diverse, merendeels wetstechnische aard. In de onderzochte adviezen werden geen rechtstreekse verwijzingen naar de Aanwijzingen voor de regelgeving aangetroffen, hoewel veel opmerkingen daardoor lijken te zijn geïnspireerd.

Een belangrijke categorie die veel verdergaande implicaties kan hebben dan de zuivere wetstechniek, betreft het verzoek van de Raad om verduidelijking van een concrete wettelijke term. Soms gaat het om een term die cruciaal is voor het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling. Voorbeelden⁶¹ daarvan zijn het advies strekkende tot verheldering van de termen ‘schriftelijk’ en ‘electronisch’ in het voorstel van Wet elektronisch bestuurlijk verkeer⁶² en van de term ‘marktactiviteit’ in het voorstel van Wet markt en overheid.⁶³ Het antwoord op die vraag raakt in die gevallen de kern van het voorstel en heeft daardoor in wezen veel meer betrekking op de doeltreffendheid daarvan.

De regering nam de opmerkingen van de Raad op dit terrein veelal ter harte. Een belangrijke uitzondering betrof het zojuist genoemde begrip ‘marktactiviteit’. De regering koos er voor de definitie van deze term ongewijzigd te handhaven.

9.3.7 Samenhang tussen criteria

Uit het voorgaande overzicht per criterium en de hoofdstukken die aan dat overzicht ten grondslag liggen, blijkt dat de criteria uit Zicht op wetgeving in de praktijk vaak met elkaar samenhangen en soms sterk overlappen.⁶⁴ Opmerkingen en commentaren van de Raad zijn meer dan eens onder te brengen onder twee of meer criteria. Criteria op het meer beleidsmatige vlak waarbij dat, blijkens de onderzochte adviezen, vaak het geval is, zijn:

- subsidiariteit en doeltreffendheid;
- doeltreffendheid en uitvoerbaarheid/handhaafbaarheid;
- doelmatigheid en evenredigheid;
- doelmatigheid en uitvoerbaarheid/handhaafbaarheid.

Ook juridische en beleidsmatige criteria hangen soms samen. In het kader van de rechtmatigheidstoetsing spelen in sommige gevallen overwegingen van doelmatigheid, subsidiariteit en evenredigheid een rol. Een voorbeeld daarvan is de toetsing in verband met de vraag of een grondrechtsbeperkende maatregel ‘noodzakelijk is in een democratische samenleving’ in de zin van het EVRM. Ook in het kader van het EG-recht spelen vergelijkbare vragen.

Zoals hiervoor al opgemerkt bleek het niet zelden zeer moeilijk om de opmerkingen van de Raad te kwalificeren in termen van Zicht op wetgeving. Een voor de hand liggende verklaring daarvoor is de inhoudelijke samenhang en overlap van de daarin vervatte criteria zoals zojuist verwoord.⁶⁵ In de hierna volgende slotbeschouwing zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre het wenselijk is om tot meer helderheid en afstemming van de bestaande kaders te komen.

61 Zie verder par. 8.2.

62 Kamerstukken II 2001-2002, 28483, A.

63 Kamerstukken II 2001-2002, 28050, A.

64 Het onderzoek bevestigt bevindingen uit eerder onderzoek. Zie S. Klosse, M.G.W.M. Peeters, S.J.P. Ubachs, L.F.M. Verhey, *Op zoek naar kwaliteit. Een onderzoek naar de toepassing en operationalisering van wetgevingskwaliteitseisen*, Den Haag, 2003.

65 Zie hiervoor reeds par. 9.2.1.

9.4 SLOTBESCHOUWINGEN

9.4.1 De eigen werkwijze van de Raad van State

Eerder in dit hoofdstuk⁶⁶ is de werkwijze van de Raad, voor zover deze tot uitdrukking komt in de adviezen, reeds kort gekenschetst. De Raad gaat praktisch redenerend te werk, zich sterk oriënterend op de specifieke kenmerken van het voorstel waarover advies wordt uitgebracht. Abstracte kwaliteitscriteria zijn als zodanig vaak niet of moeilijk in de adviezen herkenbaar. Wel kan worden gesteld dat de Raad, gelet op de inhoud van zijn adviezen, impliciet uitgaat van dezelfde algemene noties als verwoord in Zicht op wetgeving. De adviezen van de Raad zijn in die context te beschouwen als een interpretatie en toepassing van die noties.

Interessant is dat bij de Raad de laatste jaren een duidelijke tendens is te bespeuren in de richting van systematisering en benoeming van algemene criteria. De opstelling van een eigen toetsingskader, in het Jaarverslag van 1998 gepubliceerd en nadien gepreciseerd,⁶⁷ voldoet kennelijk aan een behoefte tot het intern en extern inzichtelijker maken van de eigen werkwijze. Het is in belangrijke mate gebaseerd op een jarenlange ervaring met wetgevingsadvisering en is in zoverre te beschouwen als een rationalisatie achteraf van een in de praktijk ontwikkelde toetsingsmethode.

Het toetsingskader van de Raad kan niet worden beschouwd als een inhoudelijk volledig nieuwe aanpak. De gehanteerde werkwijze was ook voor die tijd al impliciet gebaseerd op noties die materieel sterk overeenkomen met hetgeen eerst in Zicht op wetgeving en de Aanwijzingen voor de regelgeving en later in het eigen toetsingskader is beschreven. Het gaat om min of meer vanzelfsprekende uitgangspunten die de Raad weliswaar nooit strikt en volledig zichtbaar heeft toegepast, maar die wel in belangrijke mate als het achterliggende gedachtegoed van de wetgevingsadvisering kunnen worden beschouwd.

Niettemin zijn er op het concretere niveau ook belangrijke verschillen te constateren tussen de verschillende kaders. Het toetsingskader van de Raad vertoont weliswaar veel inhoudelijke raakvlakken met de criteria van Zicht op wetgeving, maar gaat niettemin uit van een andere rubricering met deels anders samengestelde criteria. Bij de formulering van het eigen kader is door de Raad ook niet zichtbaar op Zicht op wetgeving en de Aanwijzingen voor de regelgeving voortgebouwd.⁶⁸

In dit licht bezien is het wellicht niet geheel verrassend dat een analyse van wetgevingsadviezen van de Raad volgens de criteria van Zicht op wetgeving, zoals verricht in het onderhavige onderzoek, vaak een gewrongen en soms arbitrair karakter draagt. Langs deze weg bleek het echter wel mogelijk om bepaalde verschillen tussen de bestaande kaders en de wijze waarop zij in de context van de wetgevingsadvisering worden toegepast, op te sporen en te analyseren. Op grond van die analyse kan worden gezien of het mogelijk en gewenst is om de verschillende benaderingen dichterbij elkaar zijn te brengen.

9.4.2 Harmonisatie gewenst?

Naar aanleiding van het onderhavige onderzoek rijst de vraag of de regering en de Raad van State bij de uitvoering van hun taken in het wetgevingsproces zouden moeten uitgaan van dezelfde criteria voor wetgevingskwaliteit. Uiteraard hebben de in het onderzoek vastgestelde verschillen in benadering historische en staatsrechtelijke oorzaken. Van oudsher oefenen Raad van State en regering in het wetgevingsproces verschillende functies uit. Staatsrechtelijk gezien is ook duidelijk sprake van gescheiden bevoegdheden: de regering ontwerpt, binnen juridische randvoorwaarden, regelingen op grond van politieke keuzes, de Raad brengt als onafhankelijke instelling advies daarover uit.

66 Zie par. 9.2.3.

67 Zie verder par. 2.2.

68 Zie echter wel de onlangs gepubliceerde checklist beleidsanalytische toets waarin op diverse plaatsen naar de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt verwezen: Jaarverslag Raad van State 2003, p. 151-152.

Men zou zich op het standpunt kunnen stellen dat er geen reden is om aan deze historisch gegroeide verschillen een einde te maken. Betoogd zou kunnen worden dat de kwaliteitscriteria weliswaar belangrijke grondgedachtes tot uitdrukking brengen, maar hun praktische betekenis beperkt is. In deze visie zijn kwaliteitscriteria in de eerste plaats instrumenten die tijdens de voorbereiding of de toetsing van wetgeving soms kunnen bijdragen aan goede probleemanalyses, een adequate verhouding tussen doel en middelen, een overzicht en afweging van alternatieven, inzicht in mogelijke uitvoerings- en handhavingsproblemen, een goede juridische kwaliteit etc. Vanuit deze optiek hoeft het bestaan van verschillende toetsingskaders op zichzelf niet aan realisering van deze doelstellingen in de weg te staan.

Naar ons oordeel dient dit standpunt niet te worden gevolgd. In de eerste plaats valt niet in te zien waarom het verschil in functie en bevoegdheden tussen de Raad en de regering zou moeten leiden tot gebruik van verschillende kwaliteitscriteria. Daarbij komt dat indien de regering een wetgevingskwaliteitsbeleid voert dat er op gericht is om de wetgeving te laten voldoen aan vooraf vastgestelde kwaliteitscriteria, het wel erg voor de hand ligt als de Raad van State in het kader van de advisering op basis van diezelfde criteria toetst of de regering in concreto in haar opzet is geslaagd. Harmonisatie van eisen waaraan goede wetgeving behoort te voldoen, kan bijdragen aan een inzichtelijker en consistentere wetgevingskwaliteitsbeleid. Het kan wellicht ook leiden tot vergroting van wederzijds inzicht en begrip bij de actoren in het wetgevingsproces.⁶⁹

Bij eventuele harmonisatie rijst de vraag tot hoever deze zou moeten gaan. Indien deze beperkt zou blijven tot formulering van een aantal abstracte criteria, is harmonisatie wellicht relatief gemakkelijk realiseerbaar; het gaat dan om algemeen aanvaarde noties waarover brede consensus bestaat. Tegelijkertijd is harmonisatie dan minder zinvol, omdat abstracte uitgangspunten in deze zin weinig richtinggevend zullen zijn. Daarom zal tot op zekere hoogte ook tot een gemeenschappelijke uitwerking van abstracte criteria moeten worden gekomen, zoals deels al is geschied in de Aanwijzingen voor de regelgeving. In dat verband is voorts niet ondenkbaar dat op specifieke beleidsvelden tot een zekere uitwerking van criteria wordt gekomen, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van regelgeving op het betreffende beleidsterrein.

Benadrukt dient echter te worden dat uitwerking van criteria nooit op een zodanig detailniveau zal kunnen plaatsvinden dat interpretatie niet meer nodig is. Integendeel, er zullen bij veel criteria ruime interpretatiemarges blijven bestaan. Regering en Raad van State zullen ieder vanuit hun eigen verantwoordelijkheid de kwaliteitscriteria blijven toepassen en ook heel goed van opvatting kunnen verschillen over hoe die criteria in concrete gevallen moeten worden uitgelegd. Ook afwijkingen van vastgestelde wetgevingsrichtlijnen moeten, zoals het huidige Ar 5 ook illustreert, tot de mogelijkheden blijven behoren.

De ontwikkeling van een gemeenschappelijk toetsingskader kan geen afbreuk doen aan de bestaande bevoegdheidstoedeling. De huidige wetgeving staat uiteraard ook in de weg aan het afdwingen van enige harmonisatie. Naar onze mening is gelet op de onafhankelijke positie van de Raad van State dwang hier niet op zijn plaats. Dwang is ook niet nodig; in plaats daarvan zou zeer wel gestreefd kunnen worden naar het op vrijwillige basis totstandkomen van afspraken over gemeenschappelijk toe te passen criteria.

Resumerend bevelen wij aan om via afspraken tussen de betrokken actoren in het wetgevingsproces te komen tot een zekere harmonisatie van criteria voor wetgevingskwaliteit. Harmonisatie kan naar ons oordeel bijdragen aan een inzichtelijker en consistentere wetgevingskwaliteitsbeleid alsook aan een vergroting van wederzijds inzicht en begrip bij de actoren in het wetgevingsproces. In de volgende paragraaf zal op hoofdlijnen worden aangegeven op welke wijze harmonisatie vorm kan worden gegeven.

69 Daarbij kan de vraag rijzen of ook de Tweede en Eerste Kamer als actoren in het wetgevingsproces bij een eventuele harmonisatie moeten worden betrokken. Dit punt laten we hier verder buiten beschouwing.

9.4.3 Een aanzet tot harmonisatie

Indien gestreefd zou worden naar een zekere harmonisatie is vervolgens de vraag op welke wijze. Op grond van het onderzoek zou gesteld kunnen worden dat de criteria uit Zicht op wetgeving als algemene noties weliswaar hun waarde hebben bewezen bij de presentatie en het verder vormgeven van het wetgevingskwaliteitsbeleid, maar in de dagelijkse praktijk als analyse-en/of toetsingskader ontoereikend zijn. Daarvoor waren deze criteria sec destijds ook niet bedoeld. Het oogmerk van de regering was immers om deze criteria niet als zodanig in de wetgevingspraktijk toe te passen, maar hen een vertaalslag te laten krijgen in nieuwe, geïntegreerde en geactualiseerde Aanwijzingen voor de regelgeving.⁷⁰

Het voordeel van het algemene kader van de Raad van State is dat het juist wel met het oog op de toetsingspraktijk is ontwikkeld of, sterker nog, uit jarenlange praktijkervaring met toetsing van wetgeving is ontstaan. Naar ons oordeel is dit kader hierdoor als praktische leidraad geschikter. Het bevat materieel gezien nagenoeg dezelfde noties als Zicht op wetgeving, maar is systematischer, bevat minder overlappingen en kent een logischer volgorde van relevante aandachtspunten.

Hiervan uitgaande zou men, met zekere aanpassingen, kunnen komen tot het volgende basisstramien:

1. Beleidsaspecten

- Noodzaak wetgeving (redengeving)
- Subsidiariteit⁷¹ (niveau van regelgeving)
- Doeltreffendheid⁷² en doelmatigheid⁷³ (effectiviteit)
- Naleefbaarheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid (uitvoering)

2. Juridische aspecten

- Overeenstemming met hoger recht
- Overeenstemming met ongeschreven rechtsbeginselen
- Inpassing in het rechtssysteem
- Juridische kwaliteit anderszins⁷⁴

3. Wetstechnische aspecten

Vanuit dit basisstramien zou vervolgens tot een nadere uitwerking kunnen worden gekomen. Het voert te ver om in het kader van dit onderzoek tot een blauwdruk daarvan te komen. Daarvoor is een nadere analyse en afweging per criterium noodzakelijk. Wel menen wij dat met het oog op een nadere uitwerking op diverse plaatsen reeds het nodige materiaal kan worden aangetroffen. Gewezen kan worden op de jaarverslagen van de Raad van State waarin aan de hand van bovenstaand stramien diverse concrete voorbeelden van toe te passen subcriteria worden gegeven. Voorts bevatten ook de reeds bestaande checklists op bepaalde punten reeds enkele uitwerkingen. Ten slotte zijn ook in het onderhavige rapport, gebaseerd op

70 Kamerstukken II 1990-1991, 22008, nrs. 1-2, p. 31.

71 In beperkte zin. Subsidiariteit zou alleen betrekking moeten hebben op de weging van alternatieven (zelfregulering door particulieren of regelgeving op andere overheidsniveaus). In het onderhavige onderzoek is 'subsidiariteit' ruimer opgevat en omvat het tevens de vraag naar de noodzaak van de regeling.

72 In enge zin, dus alleen de vraag of de regeling zal bijdragen aan verwezenlijking van de beoogde doelstellingen. De formulering van een heldere doelstelling 'an sich' komt eerder aan bod onder 'noodzaak wetgeving' (redengeving).

73 Het gaat hier om een algemene afweging tussen baten en lasten. Meer praktische uitvoeringsaspecten komen aan bod onder 'uitvoerbaarheid'.

74 Dit wijkt af van het door de Raad gehanteerde kader. Kwaliteitsaspecten als overgangsrecht etc. brengt de Raad onder toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen, doch dit achten wij minder adequaat.

onderzoek naar een beperkt aantal wetgevingsadviezen van de Raad van State, de nodige aanknopingspunten te vinden voor een operationalisering van althans een aantal belangrijke criteria.

Bij wijze van voorbeeld zou aan de hand van het materiaal dat in het onderhavige onderzoek is vergaard, kunnen worden gekomen tot een soort checklist die bij de toetsing kan worden gehanteerd bij het antwoord op de vraag of sprake is van ‘overeenstemming met hoger recht’. Blijkens ons onderzoek naar de wetgevingsadvisering⁷⁵ zijn in de praktijk met name de volgende aspecten van belang:

1. EG-recht

- EG (EU)-verdrag
- EG-verordeningen
- EG-richtlijnen
- Jurisprudentie Hof van Justitie
- Overig EG-recht

2. Internationale verdragen

- EVRM⁷⁶
- IVBPR
- Overige internationale verdragen⁷⁷

3. Nationaal constitutioneel recht

- het Statuut
- de Grondwet⁷⁸

4. Formele wetgeving⁷⁹

Van belang daarbij is steeds dat een opzet als deze alleen kan fungeren als een soort checklist voor de wetgevingspraktijk, niet als een allesomvattend en uitputtend toetsingskader. Voorts zal een dergelijke lijst, mede afhankelijk van de mate van detaillering, steeds bijstelling en aanvulling behoeven op basis van ontwikkelingen die zich in de maatschappelijke en juridische praktijk hebben voorgedaan.

Denkbaar is dat bij veel andere hiervoor genoemde kwaliteitscriteria tot een vergelijkbare uitwerking kan worden gekomen. Een goed voorbeeld daarvan is de onlangs door de Raad zelf ontwikkelde checklist die bedoeld is als nadere uitwerking van de beleidsanalytische toets.⁸⁰ De diverse elementen van die toets zijn hierin in de vorm van concrete vragen en aandachtspunten geoperationaliseerd. Hierdoor wordt inzichtelijk op welke wijze de Raad toetst op beleidsmatige aspecten. Tijdens de departementale voorbereiding van regelingen kan hierop worden geanticipeerd. Opvallend is dat in de checklist op diverse plaatsen

⁷⁵ Zie hoofdstuk 3.

⁷⁶ Eventueel nader onder te verdelen naar de voor de praktijk meest relevante verdragsartikelen en uit te werken aan de hand van de in die artikelen en in de Straatsburgse rechtspraak te onderscheiden aspecten. Zie bijvoorbeeld L.F.M. Verhey, Implementatie van het EVRM voor de wetgever, NJCM-Bull. 1996, p. 113.

⁷⁷ Eventueel uit te breiden met een opsomming van de voor de wetgevingspraktijk belangrijkste verdragen.

⁷⁸ Eventueel nader onder te verdelen naar de voor de praktijk meest relevante grondwetsartikelen. Met name kan worden gedacht worden aan een opsomming van een beperkt aantal grondrechtenartikelen.

⁷⁹ Alleen van belang voor algemene maatregelen van bestuur en andere lagere regelgeving. Hier kan gedacht worden aan opsomming van beperkt aantal kader- of organieke wetten, zoals bijvoorbeeld de Algemene wet bestuursrecht, het BW, strafrechtelijke wetgeving, Gemeente- en Provinciewet etc.

⁸⁰ Jaarverslag Raad van State 2003, p. 151-152 alsook bijlage 5.

wordt verwezen naar de Aanwijzingen voor de regelgeving.⁸¹ Het illustreert dat de toetsingskaders van Raad van State en regering op dit terrein materieel gezien in niet onbelangrijke mate overeenkomen.

Wellicht zal nadere uitwerking niet bij alle criteria en niet bij alle criteria in dezelfde mate mogelijk zijn. Een en ander zal van geval tot geval moeten worden bezien. Verder is van belang om na te denken over de vraag of aan de hand van dergelijke checklists per afzonderlijk onderdeel informatie over precedenten geautomatiseerd kan worden opgeslagen en voor de wetgevingspraktijk toegankelijk kan worden gemaakt. Het ontsluiten van jurisprudentie en ander relevant materiaal zou kunnen leiden tot een beter en consistentere wetgevingskwaliteitsbeleid.

Naar ons oordeel zou de uitwerking van criteria zoals hiervoor aangegeven, gevolgen dienen te hebben voor de inhoud en opzet van de huidige Aanwijzingen voor de regelgeving. In de eerste plaats zou besloten kunnen worden de Aanwijzingen voor de regelgeving volgens het hiervoor voorgestelde stramien te hergroeperen en (deels) te herformuleren. Een aanpassing in deze zin zou niet leiden tot belangrijke inhoudelijke wijzigingen, maar wel tot een betere toegankelijkheid en praktische toepasbaarheid van de Aanwijzingen.

In de tweede plaats zou moeten worden bezien of men in vergelijking tot de huidige Aanwijzingen op sommige punten tot een verdere uitwerking van de eisen uit het basisstramien zou kunnen komen. De Aanwijzingen zijn op dit moment in zoverre onevenwichtig dat bepaalde kwaliteitseisen op een gedetailleerd niveau zijn geoperationaliseerd, terwijl andere eisen nauwelijks of althans veel minder zijn uitgewerkt. Bouwstenen voor een nadere uitwerking zijn, zoals reeds aangegeven, op diverse plaatsen te vinden. Hiervoor is, bij wijze van voorbeeld, aangegeven in welke richting een dergelijke uitwerking zou kunnen gaan.

Een geharmoniseerd en in de Aanwijzingen voor de regelgeving vastgelegd toetsingskader zou ook moeten doorwerken in de werkwijze van de Raad van State. In de eerste plaats zou van de Raad in dat geval mogen worden verwacht dat zij in de adviezen duidelijker en veelvuldiger naar de Aanwijzingen verwijst dan op dit moment het geval is. Voor het achterwege laten van dergelijke verwijzingen bestaat dan geen aanleiding meer, te meer omdat de Aanwijzingen dan immers in sterke mate zullen zijn ingericht volgens het door de Raad zelf ontwikkelde kader.⁸² Daarbij zij nogmaals benadrukt dat afwijking van de Aanwijzingen, zoals Ar 5 thans reeds aangeeft, altijd mogelijk blijft en soms ook aangewezen zal zijn.

Daarnaast zouden aanvullende voorzieningen kunnen worden overwogen die de overtuigingskracht en wellicht ook de invloed van de adviezen zouden kunnen bevorderen. Zo zou de Raad in gevallen waarin op basis van een bepaald kwaliteitscriterium tot een duidelijk negatief oordeel wordt gekomen, wellicht meer dan nu het geval is aanbevelingen kunnen doen die ertoe zouden kunnen leiden dat het geconstateerde bezwaar kan worden weggenomen. Daarbij zou de Raad indien aangewezen ook kunnen aangeven waarom het door de Raad voorgestelde alternatief naar zijn oordeel wel aan het betreffende kwaliteitscriterium voldoet.

Ten slotte zou het overweging verdienen om meer aandacht te besteden aan de motivering van het dictum. Met name in geval van een zwaar dictum zou kunnen worden aangegeven welk onderdeel of welke onderdelen van het advies zwaar hebben gewogen. Langs deze weg zou met het oog op het streven naar een betere wetgevingskwaliteit beter zichtbaar kunnen worden welke tekortkomingen in het bijzonder kunnen leiden tot een negatief eindoordeel van de Raad.

Bovenstaande aanbevelingen zijn niet bedoeld als panacee voor meer kwaliteit van wetgeving. Toepassing van welk toetsingskader dan ook zal hoofdzakelijk blijven neerkomen op een interpretatiekwestie. Verschillen van opvatting over hoe de kwaliteit het beste tot zijn recht komt, zullen zich uiteraard ook in de toekomst regelmatig blijven voordoen. Wel beogen onze aanbevelingen ertoe bij te dragen dat het de-

81 Het betreft de Aanwijzingen 6, 7 (b, c en d), 8, 9 (b en c), 11, 12, 13, 14 en 16.

82 Een indicatie van een eventuele bereidheid van de Raad om gebruik te maken van de Aanwijzingen in de huidige situatie is het feit dat de Raad in de onlangs vastgestelde checklist voor de beleidsanalytische toets, veelvuldig naar de Aanwijzingen verwijst. Zie Jaarverslag 2003, p. 151-152 en bijlage 5.

bat over de kwaliteit van wetgeving in concrete situaties beter gestructureerd kan plaatsvinden aan de hand van een geharmoniseerd toetsingskader dat in beginsel door een ieder tot uitgangspunt wordt genomen.

BIJLAGE 1: LIJST VAN AUTEURS

Mr. J.L.W. Broeksteeg

Universitair docent staats- en bestuursrecht, Universiteit Maastricht.

Mr. E.M.J. Hardy

Docent staats- en bestuursrecht, Universiteit Maastricht.

Prof.Mr. S. Klosse

Bijzonder hoogleraar recht der sociale zekerheid, Universiteit Maastricht.

Mr.Dr. M.G.W.M. Peeters

Senior onderzoeker grensoverschrijdend milieurecht, Universiteit Maastricht.

Prof.Mr. L.F.M. Verhey

Hoogleraar staats- en bestuursrecht, Universiteit Maastricht.

BIJLAGE 2: LIJST LEDEN VAN DE BEGELEIDINGSCOMMISSIE

Mr. M.M. den Boer

sectorhoofd HDJZ, Ministerie van Verkeer en Waterstaat

mw. Mr.dr. J.M. Bonnes

plv.coördinator wetgeving, Ministerie van Economische Zaken

Mr. T.C. Borman

Raadadviseur, Ministerie van Justitie

Mr. H.-M. Breunese

senior juridisch medewerker, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Mr. drs. Th.A. Dijkstra

afdelingshoofd, directie Wetgeving, Raad van State

Prof.dr. Ph.E. Eijlander, voorzitter

Hoogleraar wetgevingsvraagstukken, Universiteit van Tilburg

mw. Mr. W.M. de Jongste

Senior projectbegeleider WODC, Ministerie van Justitie

mw. Mr.dr. C.A. Schreuder

clusterhoofd, directie Wetgeving, Raad van State

Prof.dr. G.J. Veerman

hoofd Kenniscentrum wetgeving, Ministerie van Justitie

BIJLAGE 3: LIJST VAN ONDERZOCHE ADVIEZEN

OVERZICHT ONDERZOCHE ADVIEZEN (FASE 2)

Verdragen:

Kamerstukken II 2001-2002, 28100, 129a/A, Protocol nr. 12 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden; Rome, 4 november 2000 (R 1705) – dictum 2

Kamerstukken II 2001-2002, 28278, 277a/A, Verdrag inzake sociale zekerheid tussen de regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de regering van Nieuw-Zeeland; 's-Gravenhage, 30 juni 2000 – dictum 2

Wetten:

Kamerstukken II 1999-2000, 27216, A, Nota van Wijziging: Aanvulling van de Wet personenvervoer 2000, strekkende tot invoering van een concessiestelsel voor het personenvervoer per trein (Concessiewet personenvervoer per trein) – dictum 4

Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A, Verbetering van de procesgang in het eerste ziektejaar en nieuwe regels voor ziekmelding, de reïntegratie en de wachttijd van werknemers alsmede met betrekking tot de loonbetalingsverplichting van de werkgever (Wet verbetering poortwachter) – dictum 5

Kamerstukken II 2000-2001, 27686, A, Wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen en enige andere wetten in verband met de invoering van een zelfstandigheidsverklaring en de uitsluiting van de Nationale ombudsman en de substituut-ombudsmannen van de verzekering voor de werknemersverzekeringen – dictum 3

Kamerstukken II 2000-2001, 27728, A, Wijziging van de Wet op de expertisecentra, de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs in verband met de invoering van een leerlinggebonden financiering en de vorming van de regionale expertisecentra (regeling leerlinggebonden financiering) – dictum 4

Kamerstukken II 2000-2001, 27743, B, Aanpassing van Boek 3 en Boek 6 van Burgerlijk Wetboek, de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten inzake elektronische handtekeningen ter uitvoering van richtlijn nr. 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen (PbEG L 13) (Wet elektronische handtekeningen) – dictum 3

Kamerstukken II 2000-2001, 27746, A, Wijziging van enkele belastingwetten – dictum 3

Kamerstukken II 2000-2001, 27751, A, Wijziging van de Gemeentewet en enige andere wetten tot dualisering van de inrichting, de bevoegdheden en de werkwijze van het gemeentebestuur (Wet dualisering gemeentebestuur) – dictum 5

Kamerstukken II 2000-2001, 27809, B, Aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen – dictum 3

Kamerstukken II 2000-2001, 27836, A, Regels inzake ammoniakemissie uit tot veehouderijen behorende dierenverblijven (Wet ammoniak en veehouderij) – dictum 4

Kamerstukken II 2000-2001, 27840, A, Wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 met betrekking tot de rijvaardigheid en de rijbevoegdheid – dictum 3

Kamerstukken II 2000-2001, 27874, B, Wijziging van de Opiumwet – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28013, A, Wijziging van enkele belastingwetten c.a. – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28018, A, Wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren in zaken van grote waarde – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28047, A, Wijziging van de Wet luchtvaart inzake de exploitatie van de luchthaven Schiphol – dictum 2

Kamerstukken II 2001-2002, 28048, A, Verbod pelsdierhouderij – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28050, A, Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid) – dictum 6

Kamerstukken II 2001-2002, 28051, A, Wet Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet tot aanvulling van de bepalingen inzake de verkiezing van de Tweede Kamer en de Eerste Kamer, de provinciale staten en de gemeenteraden in verband met de tijdelijke vervanging van hun leden wegens zwangerschap, bevalling of ziekte – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28059, B, Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de aanpassing van de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens terzake van telecommunicatie (vorderen gegevens telecommunicatie) – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28079, A, Wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijke verkregen voordeel – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28085, A, Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Leerplichtwet 1969 in verband met onder meer de wijziging van enkele leeftijdsgrenzen – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28095, A, Regels voor het bestuur in stedelijke regio's (Wet bestuur in stedelijke regio's) – dictum 5

Kamerstukken II 2001-2002, 28159, A, Regels betreffende openbaarmaking van gegevens per werkgever met betrekking tot verkrijging van rechten op WAO-uitkeringen door werknemers (Wet instroomcijfers WAO) – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28170, B, Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid) – dictum 6

Kamerstukken II 2001-2002, 28201, A, Tijdelijke wet voor de penitentiaire noodcapaciteit ten behoeve van drugskoeriers (Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers) – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28251, A, Wijziging van de Sanctiewet 1977 met het oog op de implementatie van internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28267, A, Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 met betrekking tot het inwinnen van het advies van de Adviescommissie voor vreemdelingenzaken – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28273, B, Wijziging van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot een hogere preferentie van havengelden en vorderingen inzake maatregelen met betrekking tot een schip die noodzakelijk waren ter waarborging van de veiligheid van de haven of van derden – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28283, A, Wijziging van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (zelfbinding) – dictum 2

Kamerstukken II 2001-2002, 28401, A, Aanpassing van de Tabakswet aan richtlijn 2001/37/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 juni betreffende de onderlinge aanpassing van de presentatie en de verkoop van tabaksproducten (PbEG L 194) – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28442, B, Wijziging van de Wet Arbeid Vreemdelingen in verband met de werving van arbeidsaanbod uit landen buiten de Europese Economische Ruimte op een bij convenant overeengekomen wijze – dictum 3

Kamerstukken II 2001-2002, 28468, B, Wijziging van de Wet wederzijdse bijstand bij de invoering van enkele EEG-heffingen, de omzetbelasting en de accijnzen – dictum 2

Kamerstukken II 2001-2002, 28483, A, Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen (Wet elektronisch bestuurlijk verkeer) – dictum 4

Kamerstukken II 2001-2002, 28493, A, Wijziging van de wet op het primair onderwijs onder meer in verband met de vereenvoudiging van de voorschriften verband houdend met Weer Samen Naar School (WSNS) – dictum 4

Kamerstukken II 2002-2003, 28639, B, Wijziging van de Mediawet (het vervallen van de verspreidingsbeperking voor de programma's van lokale en regionale omroepinstellingen, wijziging van de doorgifteplicht via omroepnetwerken van de programma's van lokale omroepinstellingen, alsmede wijziging van bepalingen inzake programmaraden) – dictum 3

Kamerstukken II 2002-2003, 28644, A, Wijziging van de Brandweerwet 1985, de Wet rampen en zware ongevallen en de Wet geneeskundige hulpverlening bij rampen in verband met de bevordering van de kwaliteit van de rampenbestrijding door middel van een planmatige aanpak en de aanscherping van het provinciale toezicht en tot wijziging van de Wet ambulancevervoer (Wet kwaliteitsbevordering rampenbestrijding) – dictum 3

Kamerstukken II 2002-2003, 28665, A, Wijziging Elektriciteitswet 1998 ten behoeve van de stimulering van de milieukwaliteit van de elektriciteitsproductie – dictum 3

Kamerstukken II 2002-2003, 28685, A, Regeling van DNA-onderzoek bij veroordeelden (Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden) – dictum 3

Kamerstukken II 2002-2003, 28721, A, Wijziging van de artikelen 215 en 244 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (zelfwerkzaamheid aan de buitenzijde van gehuurde woonruimte en onderhuur van gehuurde woonruimte) – dictum 2

Kamerstukken II 2002-2003, 28734, A, Wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing en de Wet op de economische delicten (onderbrenging van overtredingen van bestemmingsplanvoorschriften en daarmee samenhangende overtredingen onder de werkingssfeer van de Wet op de economische delicten) – dictum 4

Kamerstukken II 2002-2003, 28762, A, Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs en de Wet medezeggenschap onderwijs 1992 in verband met een verruiming van de bestedingsvrijheid voor scholen in het primair en het voortgezet onderwijs – dictum 3

Kamerstukken II 2002-2003, 28808, B, Wijziging van de Wet op de waterstofhuishouding en de Wet milieubeheer ten behoeve van de implementatie van richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (PbEG L 327) (implementatiewet EG-kaderrichtlijn water) – dictum 3

Amvb's:

Advies van 1 maart 2002, no. W13.01.0596/III, Besluit van 8 mei 2002 tot wijziging van het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering in verband met het wijzigen van de aanspraak op farmaceutische hulp en andere wijzigingen – dictum 3

Advies van 1 oktober 2001, no. W07.0331/II, Besluit van 22 oktober 2001 tot vaststelling van een eenmalige uitkering en tot wijziging van enige besluiten in het kader van de arbeidsvoorwaardenovereenkomst voor de sector Defensie over de periode van 1 augustus 2000 tot en met 30 september 2001 – dictum 3

Advies van 11 januari 2002, no. W12.01.0568/IV, Besluit van 5 februari 2002 tot vaststelling van een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in de artikelen 2b, vijfde lid, 2c, tweede lid, en 32, negende lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet en artikel 12c, vijfde lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Besluit gelijke behandeling bij pensioenen) – dictum 3

Advies van 11 mei 2001, no. W03.01.0162/I, Besluit van 4 augustus 2001 tot wijziging van het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren in verband met onder meer de toepasselijkheid van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering ten aanzien van rechterlijke ambtenaren en rechterlijke ambtenaren in opleiding – dictum 2

Advies van 11 september 2001, no. W09.01.0232/V, Besluit van 18 december 2001, houdende regels voor de vergaring van nummergegevens door middel van afwijkend frequentieverbruik en bestandsanalyse met het oog op het onderzoek van telecommunicatie (Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie) – dictum 3

Advies van 12 september 2002, no. W09.02.0303/V en W09.02.0305/V, Besluit van 26 november 2002 tot vaststelling van een luchtvaartverkeerbesluit voor de luchthaven Schiphol (Luchthavenverkeerbesluit Schiphol) – dictum 3

Advies van 13 december 2001, no. W08.01.0495/W, Besluit van 22 januari 2002, houdende nieuwe regels met betrekking tot consumenten- en professioneel vuurwerk (Vuurwerkbesluit) – dictum 3

Advies van 13 september 2001, no. W11.01.0335/V, Besluit van 23 oktober 2001, houdende wijziging van aantal algemene maatregelen van bestuur ter uitvoering Flora- en faunawet in verband met het verbod op drijfjacht en enkele andere wijzigingen – dictum 2

Advies van 14 november 2002, no. W06.02.0480/IV, Besluit van 13 december 2002 tot aanpassing van enige uitvoeringsbesluiten mede in het kader van het Belastingplan 2003 – dictum 3

Advies van 15 januari 2001, no. W09.00.0530, Besluit houdende Wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer, in verband met het mogelijk maken van doorberekening van de plaatsings- en verwijderingskosten van een verkeersbord met daarop de prijzen van motorbrandstoffen – dictum 6

Advies van 17 april 2001, no. W04.01.0130/I, Besluit van 2 juli 2001 tot wijziging van het Besluit algemene rechtspositie politie, het Besluit bezoldiging politie, het Besluit geneeskundige verzorging politie 1994 en het Besluit bovenwettelijke werkloosheidsuitkering politie in verband met onder meer het vervallen van de tijdelijke aanstelling voor surveillanten en de afschaffing van het maandgeld voor aspiranten – dictum 3

Advies van 17 april 2001, no. W08.01.0107/V, Besluit van 11 juni 2001, houdende uitvoering van richtlijn 1999/30/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 april 1999, betreffende grenswaarden voor zwaveldioxide, stikstofdioxide en stikstofoxiden, zwevende deeltjes en lood in de lucht (PbEG L 163) en richtlijn 96/62/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 september 1996 inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit (PbEG L 296) (Besluit luchtkwaliteit) – dictum 3

Advies van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, Besluit van 5 juni 2001, houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen – dictum 6

Advies van 20 september 2002, no. W09.02.0273/V, Besluit van 6 december 2002, houdende wijziging van het Besluit Infrastructuurfonds in verband met de ophoging van de doeluitkering en een andere bekostigingswijze van infrastructuurprojecten (ophoging doeluitkering) – dictum 3

Advies van 21 juni 2001, no. W11.01.0169/V, Besluit van 23 juli 2001, houdende regels over de erkenning van tussenpersonen, mestverwerkers en exporteurs (Besluit erkenning tussenpersonen, mestverwerkers en exporteurs Meststoffenwet) – dictum 3

Advies van 21 juni 2002, no. W13.02.0153/III, Besluit van 1 juli 2002, houdende wijziging van het Besluit Staatstoezicht op de volksgezondheid en enkele andere besluiten – dictum 6

Advies van 21 september 2001, no. W04.01.0350/I, Besluit van 19 november 2001, houdende nadere voorschriften reikwijdte en rapportering accountantscontrole gemeenten (Besluit accountantscontrole gemeenten) – dictum 2

Advies van 22 juni 2001, no. W05.01.0211/III, Besluit van 5 juli 2001, houdende regels over de tegemoetkoming in onderwijsbijdrage en schoolkosten (Besluit tegemoetkoming onderwijsbijdrage en schoolkosten) – dictum 3

Advies van 22 oktober 2002, no. W10.02.0387/II, Besluit van 6 december 2002, houdende regels ter uitvoering van de Mijnbouwwet (Mijnbouwbesluit)

Advies van 23 augustus 2002, no. W03.02.0334/I, Besluit van 17 september 2002, houdende tijdelijke regeling voor de notariële tarieven in de onroerendgoedpraktijk van 1 oktober 2002 tot 1 april 2003 (Tijdelijk besluit notariële tarieven onroerendgoedpraktijk) – dictum 3

Advies van 23 februari 2001, no. W03.01.0069/I, Besluit van 19 maart 2001 tot aanpassing van enkele maatregelen van bestuur aan de Vreemdelingenwet 2000 (Justitie) – dictum 3

Advies van 26 februari 2001, no. W10.00.0574/II, Besluit van 4 mei 2001, houdende regels inzake de verstrekking van subsidies in het kader van niet-fysieke stadseconomie in grote steden (Besluit subsidies niet-fysieke stadseconomie grote steden) – dictum 3

Advies van 27 maart 2001, no. W03.01.0049/I, Besluit van 13 juni 2001 tot vaststelling van de vergoeding van de kosten als bedoeld in de artikelen 39 en 40 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Besluit kostenvergoeding rechten betrokkene Wbp) – dictum 3

Advies van 27 september 2002, no. W03.02.0297/I, Besluit van 27 november 2002, houdende regels voor het toezicht op de rechtspersoon, bedoeld in artikel 16l, eerste lid, van de Auteurswet 1912 – dictum 2

Advies van 29 maart 2002, no. W11.01.0674/V, Besluit van 19 april 2002, houdende eisen aan het houden, huisvesten, verzorgen en tonen van wilde dieren in dierentuinen (Dierentuinenbesluit) – dictum 3

Advies van 3 augustus 2001, no. W12.01.0306/IV, Besluit van 23 november 2001 tot regeling van de aanstellingskeuringen – dictum 2

Advies van 30 november 2001, no. W13.01.0443/III, Besluit van 20 februari 2002, houdende wijziging van het Besluit in-vitro-diagnostica – dictum 3

Advies van 31 augustus 2001, no. W08.01.0226/V, Besluit van 12 oktober 2001, houdende de vaststelling van regels ter bevordering innovatieve ontwikkelingen stedelijke vernieuwing (Besluit bevordering innovatieve ontwikkelingen stedelijke vernieuwing) – dictum 3

Advies van 31 januari 2002, no. W08.01.0621/V, Besluit van 8 juli 2002 tot Wijziging van het Besluit kerninstallaties, splijtstoffen en ertsen (uitvoering Euratom-richtlijn basisnormen) – dictum 3

Advies van 4 december 2002, no. W04.02.0300/I, Besluit van 17 januari 2003, houdende de voorschriften voor de begrotings- en verantwoordingsdocumenten, uitvoeringsinformatie en informatie voor derden van provincies en gemeenten (Besluit begroting en verantwoording provincies en gemeenten) – dictum 3

Advies van 7 december 2001, no. W06.01.0624/IV, Besluit van 18 december 2001 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 – dictum 2

Advies van 8 december 2000, no. W09.00.0453/V, Besluit van 12 april 2001, houdende wijziging van het Besluit Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1995 – dictum 5

Advies van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, Besluit van 27 mei 2002, houdende wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekhoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen – dictum 5

Advies van 8 maart 2002, no. W03.02.0053/I/K, Besluit van 15 april 2002, houdende regels ter uitvoering van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder d, van de Rijkswet op het Nederlanderschap (Besluit naturalisatietoets) – dictum 3

Advies van 8 november 2002, no. W08.02.0381/V, Besluit van 12 december 2002 tot wijziging van het Besluit vrijstellingen stortverbod buiten inrichtingen (vrijstelling verspreiding van onderhoudsspecie) – dictum 2

Dicta:

Dictum 1: De Raad kan zich met het voorstel verenigen en geeft u mitsdien in overweging dit te zenden aan de Tweede Kamer.

Dictum 2: De Raad geeft u in overweging het voorstel te zenden aan de Tweede Kamer, nadat aan het vorenstaande aandacht is geschonken.

Dictum 3: De Raad geeft u in overweging het voorstel te zenden aan de Tweede Kamer, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

Dictum 4: De Raad geeft u in overweging het voorstel niet te zenden aan de Tweede Kamer, dan nadat aan het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

Dictum 5: De Raad geeft u in overweging het voorstel niet aldus te zenden aan de Tweede Kamer.

Dictum 6: De Raad heeft mitsdien bezwaar tegen het voorstel en geeft u in overweging het voorstel niet te zenden aan de Tweede Kamer.

BIJLAGE 4: LIJST VAN NADER ONDERZOCHE ADVIEZEN

OVERZICHT NADER ONDERZOCHE ADVIEZEN (FASE 3)

Wetten:

Kamerstukken II 2000-2001, 27751, A, Wijziging van de Gemeentewet en enige andere wetten tot dualisering van de inrichting, de bevoegdheden en de werkwijze van het gemeentebestuur (Wet dualisering gemeentebestuur)

Kamerstukken II 2001-2002, 28095, A, Regels voor het bestuur in stedelijke regio's (Wet bestuur in stedelijke regio's)

Kamerstukken II 2001-2002, 28483, A, Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met regels over verkeer langs elektronische weg tussen burgers en bestuursorganen (Wet elektronisch bestuurlijk verkeer)

Kamerstukken II 2001-2002, 28201, A, Tijdelijke wet voor de penitentiaire noodcapaciteit ten behoeve van drugskoeriers (Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers)

Kamerstukken II 2000-2001, 27678, A, Verbetering van de procesgang in het eerste ziektejaar en nieuwe regels voor ziekmelding, de reïntegratie en de wachttijd van werknemers alsmede met betrekking tot de loonbetalingsverplichting van de werkgever (Wet verbetering poortwachter)

Kamerstukken II 2001-2002, 28050, A, Regels omtrent marktactiviteiten van overheidsorganisaties en omtrent ondernemingen die van overheidswege over een bijzondere positie beschikken (Wet markt en overheid)

Kamerstukken II 2000-2001, 27836, A, Regels inzake ammoniakemissie uit tot veehouderijen behorende dierenverblijven (Wet ammoniak en veehouderij)

Kamerstukken II 2000-2001, 27728, A, Wijziging van de Wet op de expertisecentra, de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs in verband met de invoering van een leerlinggebonden financiering en de vorming van de regionale expertisecentra (regeling leerlinggebonden financiering)

Amvb's:

Advies van 20 februari 2001, no. W13.00.0527/III, Besluit van 5 juni 2001, houdende wijziging van het Warenwetbesluit Bereiding en behandeling van levensmiddelen (Stb. 2002, 335)

Advies van 8 juni 2001, no. W13.01.0119/III, Besluit van 27 mei 2002, houdende wijziging van het Besluit uitoefening artseneijbereidkunst in verband met het vervallen van de verplichting voor apotheekhoudenden om voldoende gelegenheid te bieden tot het verkrijgen van geneesmiddelen (Stb. 2002, 274)

Advies van 15 januari 2001, no. W09.00.0530, Besluit houdende Wijziging van het Besluit administratieve bepalingen inzake het wegverkeer, in verband met het mogelijk maken van doorberekening van de plaatsings- en verwijderingskosten van een verkeersbord met daarop de prijzen van motorbrandstoffen

Advies van 21 juni 2002, no. W13.02.0153/III, Besluit van 1 juli 2002, houdende wijziging van het Besluit Staatstoezicht op de volksgezondheid en enkele andere besluiten (Stb. 2002, 352)

Advies van 12 september 2002, no. W09.02.0303/V en W09.02.0305/V, Besluit van 26 november 2002 tot vaststelling van een luchtvaartverkeerbesluit voor de luchthaven Schiphol (Luchthavenverkeerbesluit Schiphol) (Stb. 2002, 592)

BIJLAGE 5: CHECKLIST BELEIDSANALYTISCHE TOETS RAAD VAN STATE

1 Probleembeschrijving

a probleemidentificatie en – definitie

- Hoe luidt het probleem dat het ontwerp beoogt aan te pakken/hoe is het omschreven/is de omschrijving deugdelijk?
- Wie heeft het probleem? Welke personen/groepen betreft het? Om welke aantallen gaat het?
- Wat is de territoriale schaal (lokaal, regionaal, landelijk, internationaal)
- Welke (onderzoeks)kennis bestaat over het probleem?
Aspecten:
 - Nadere beschrijving van de probleemsituatie (veronderstellingen ten aanzien van) factoren die het probleem veroorzaken
 - te verwachten ontwikkelingen/prognoses; structureel of incidenteel probleem?
 - opvattingen over problemen in samenleving en bij relevante categorieën, organisaties of overheden.

b context (het bredere kader waarin het ontwerp moet worden gezien):

- Wat is de maatschappelijke context?
- Wat is de context van het regeringsbeleid?
- Wat is de Europese context?

c noodzaak/regelgeving:

- Op welke motivering berust het aanmerken van het probleem als taak voor de overheid, centraal en/of decentraal (vergelijk Ar nr.8)?
- Op welke motivering berust het aanmerken van het probleem als een taak voor de wetgever (vergelijk Ar nr.6)?
- Bestaat er (deel)verantwoordelijkheid van maatschappelijke organisaties (vergelijk Ar 7c)?
- Kan de aanpak van het probleem ook worden bereikt door het gebruik of door aanpassing van al bestaande instrumenten (vergelijk Ar nr. 7d).

d ervaringen:

- Was dit of een soortgelijk probleem eerder wettelijk geregeld? Zo ja: welke ervaringen?
- Heeft de Raad eerder over dit onderwerp/aanverwant onderwerp geadviseerd? Wat heeft de raad toen geadviseerd?
- Zijn er ervaringen terzake in andere landen?

2 Probleemaanpak

a doel en middelen

- Wat is het door de wetgever met het ontwerp beoogde doel, te bezien in relatie tot het beschreven probleem (vergelijk Ar. 7b)? Zijn er meerdere doelen?
- Hoe verhouden deze doelen zich dan tot elkaar (bijvoorbeeld: nevenschikt of ondergeschikt)?
- Hoe verhoudt het beleidsdoel van het ontwerp zich tot bestaande andere beleidsdoelen?
- Wat zijn de voorgestelde juridische en financiële middelen? Zijn de financiële middelen toereikend?
- Wat is de doelgroep?
- Wie moet de regeling uitvoeren? Vragen daarbij:
 - Wat is de motivering van de keuze voor de met de uitvoering te belasten overheidsorganisatie/bestuurslaag (vergelijk Ar nr.16)?
 - Hoe is deze organisatie voor haar nieuwe taak toegerust?
 - Hoe is het toezicht geregeld?
 - Is er (mede-)verantwoordelijkheid van maatschappelijke organisaties? Zo ja: hoe is de verhouding tot hen geregeld?

b lasten/neveneffecten

- Welke lasten vloeien voort uit de regeling voor burgers/maatschappelijke organisaties?
- Wat zijn de uitvoeringslasten voor de desbetreffende overheidsorganisatie/bestuurslaag?
- Zijn deze lasten evenredig (vergelijk Ar 9c)?
- Zijn er neveneffecten (vergelijk Ar 9b)? Zijn deze beoogd of niet? Hoe kunnen ze worden gewaardeerd?

c beleidstheorie

(veronderstellingen waarop het ontwerp berust)

- Wat zijn de veronderstellingen ten aanzien van de oorzaken van het probleem?
- Wat zijn de veronderstellingen ten aanzien van de effectiviteit van de gekozen middelen voor het bereiken van het beoogde doel?
- Wat zijn de veronderstellingen ten aanzien van de werking van de regeling op het gedrag van degenen (personen/organisaties) tot wie het ontwerp zich richt?
- Wat zijn de veronderstellingen ten aanzien van de geschiktheid van de met uitvoering te belasten organisatie?
- Wat zijn de veronderstellingen ten aanzien van de al dan niet beoogde neveneffecten van de regeling?

3 Uitvoering

a naleefbaarheid (i.v.m. beoogd normconform gedrag)

- Is de regeling naleefbaar voor/door hen tot wie zij is gericht?
- Welke nalevingsproblemen worden verwacht (vergelijk ook Ar. 12)?

b uitvoerbaarheid

- Is de regeling uitvoerbaar voor de organisaties/instanties aan wie de uitvoering wordt opgedragen?
- Welke uitvoeringsproblemen en –lasten worden verwacht (vergelijk Ar 13 en Ar 14)?

c handhaafbaarheid

- Is de regeling handhaafbaar (vergelijk Ar nr. 11)?
- Welke handhavingsproblemen en –lasten worden verwacht?

BIJLAGE 6: LIJST VAN GEÏNTERVIEWDE PERSONEN

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Mw.mr.drs. A.G. van Dijk

Drs. M.-H. Klijnsma

Ministerie van Justitie

Mw.mr. M.F.M. de Groot

Mw.drs. M.J. Wijn

Ministerie van Economische Zaken

Mw.mr. M. Bootsman

Mr. J.J.H. Middeldorp

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Mw.mr. S. Siebols

Raad van State

Mr.drs.ing. T.A. Dijkstra

Mr.dr. M. Oosting

Mr.dr. R.M. Vennix