

Vergaderjaar 1997–1998

25 425

Herziening rechterlijke organisatie

Nr. 3

**BRIEF VAN DE MINISTERS VAN JUSTITIE EN VAN BINNEN-
LANDSE ZAKEN**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 12 februari 1998

In het algemeen overleg op 11 september 1997 over de herziening van de rechterlijke organisatie (kamerstukken II 25 425, nrs. 1 en 2) zegde de eerste ondergetekende een notitie toe over **het Procola-arrest en de werkwijze bij de Raad van State**. Hierbij bieden wij u deze notitie aan. In verband met het noodzakelijke overleg heeft toezending van de notitie enige vertraging ondervonden.

Met de Raad van State is contact geweest over de huidige werkwijze bij de Raad.

De Minister van Justitie,
W. Sorgdrager

De Minister van Binnenlandse Zaken,
H. F. Dijkstal

Notitie behorende bij brief 680187/98/6

HET PROCOLA-ARREST EN DE RAAD VAN STATE

1. Inleiding

Het doel van deze notitie is te schetsen welke mogelijke gevolgen zouden kunnen worden verbonden aan het arrest van het Europese Hof voor de rechten van Mens (EHRM) van 28 september 1995 in de zaak Procola (hierna: Procola-arrest) en de naar aanleiding daarvan te treffen voorzieningen voor de Raad van State. In deze notitie zal eerst kort worden ingegaan op het Procola-arrest en de ontwikkelingen in de jurisprudentie sindsdien. Daarbij zal voor zover van belang worden geschetst welke gevolgen andere Europese landen met een vergelijkbare situatie aan het Procola-arrest hebben verbonden. Vervolgens zal worden weergegeven wat de werkwijze op dit moment is bij de Raad van State. Daarna zal worden ingegaan op een mogelijke wettelijke scheiding van de wetgevende en de rechtsprekende taken en op de mogelijke andere gevolgen die daaraan voor de Raad van State kunnen worden verbonden.

2. Het Procola-arrest en de mogelijke gevolgen voor de Raad van State

Op 28 september 1995 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het bekende Procola-arrest¹. Dit arrest had betrekking op de situatie van de Luxemburgse Conseil d'Etat, die evenals de Raad van State is belast met zowel het adviseren over regelgeving als met rechtsprekende taken. In het Procola-arrest had zich de bijzondere situatie voorgedaan waarbij de afdeling Contentieux van de Luxemburgse Raad van State moest oordelen over de rechtmatigheid van de terugwerkende kracht van een regeling terwijl de Raad in zijn wetgevingsadviserende rol niet alleen geadviseerd had tot het verlenen van die terugwerkende kracht, maar ook daartoe het wetsvoorstel aan de regering had opgesteld. Daarbij komt dat in de afdeling Contentieux in de zgn. Procola-zaak die over de rechtmatigheid van die terugwerkende kracht moest oordelen, vier van de vijf leden eerder in het kader van de wetgevingsadvisering bij de regeling van de terugwerkende kracht betrokken waren geweest. Het EHRM constateerde dat voor wat betreft vier van deze staatsraden een vermenging van wetgevende en rechtsprekende functies heeft plaatsgevonden en overwoog dat « voor een instelling als de Luxemburgse Raad van State het enkele feit dat sommige personen ten aanzien van dezelfde beslissingen achtereenvolgens deze functies uitoefenen, twijfel kan meebrengen omtrent de structurele onpartijdigheid van de instelling. In de overhavige zaak had Procola goede gronden te vrezen dat de leden van het gerecht zich gebonden zouden achten aan hun eerdere opvatting. Deze twijfel is op zich zelf, hoe beperkt gerechtvaardigd wellicht ook, voldoende om de onpartijdigheid van het gerecht in kwestie te betwisten...». Het EHRM concludeerde unaniem dat zulks in strijd kwam met de in artikel 6, eerste lid, EVRM gestelde eis van behandeling door een (onafhankelijke en) onpartijdige rechter.

Het Procola-arrest heeft vele vragen opgeworpen. Zo kwam onder meer de vraag aan de orde of het om de structurele onpartijdigheid van het gerecht als zodanig gaat of om de onpartijdigheid van hen die in het concrete geval deel uitmaken van het gerecht. Ook was de vraag aan de orde wanneer er sprake is van een zodanige betrokkenheid dat de onpartijdigheid in geding is. Dit levert in de situatie van de Raad van State de vraag op of de enkele deelname aan de beraadslaging in de Raad over een wetgevingsadvies al te ver gaat of dat slechts verdergaande betrok-

¹ NJ 1995, nr. 667, mt nt E.A. Alkema.

kenheid zoals het optreden als rapporteur dan wel deelname aan de commissie belast met de voorbereiding van een advies problemen kan opleveren. Tenslotte is de vraag welke waarde moet worden gehecht aan het gegeven dat in het Procola-arrest de Luxemburgse Raad van State zelf de tekst voor het betreffende wetsvoorstel had opgesteld, een situatie die zich bij de Nederlandse Raad van State niet voordoet.

Over de reikwijdte van de Procola-uitspraak bestaat in de literatuur en de wetenschap geen eensluidende opvatting. Sommigen¹ hanteren een extensieve uitleg en zijn van mening dat het EHRM met deze uitspraak iedere combinatie van wetgevende en rechtsprekende taken als strijdig met artikel 6, eerste lid, EVRM heeft afgewezen. Een enkeling trekt hieruit zelfs de conclusie dat het gedaan zou zijn met de rechtsprekende taak van de Raad van State. Anderen² daarentegen wijzen op de specifieke omstandigheden van de Procola-zaak (dat van de vijf rechters vier eerder zelf de tekst van de bestreden regeling hadden opgesteld) en op de nog niet geheel duidelijke lijn in de jurisprudentie van het EHRM over de in artikel 6 EVRM vereiste onpartijdigheid. Deze laatsten zijn van mening dat het Hof niet heeft uitgesproken dat de combinatie van taken op zich verboden zou zijn, maar slechts dat diegenen die eerder betrokken zijn geweest bij de advisering over bepaalde regelgeving, achteraf in een beroepsprocedure niet in meerderheid deel mogen uitmaken van het gerecht in een zaak waarbij diezelfde regelgeving aan de orde is.

Zoals ook al uit de brief van 25 juni 1997 (kamerstukken II, 1996/97, 25 425, nr.1, Herziening rechterlijke organisatie) blijkt en door de eerste ondergetekende in het algemeen overleg op 11 september 1997 expliciet is aangegeven, gaat het kabinet er vanuit dat de Procola-uitspraak geen gevolgen heeft voor de rechtsprekende taak van de Raad van State als zodanig. Het standpunt dat het Procola-arrest met zich zou brengen dat een combinatie van wetgevingsadviserende en rechtsprekende taken door hetzelfde orgaan in strijd zou zijn met artikel 6 EVRM, voert naar onze mening zeker te ver. Noch het Procola-arrest, noch enige andere jurisprudentie van het EHRM over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechterlijke instanties biedt daarvoor aanknopingspunten. Een dergelijke uitleg zou doorgeredeneerd ook tot gevolg hebben dat ook de Hoge Raad der Nederlanden niet meer om advies zou kunnen worden gevraagd, zoals dat bijvoorbeeld is gebeurd met betrekking tot het hoger beroep in vreemdelingenzaken. Het kabinet acht het echter juist van belang dat bij het opstellen van algemene regels ook gebruik kan worden gemaakt van rechterlijke ervaring in concrete zaken.

Afhankelijk van een meer of minder extensieve uitleg van het Procola-arrest kunnen verschillende gevolgen daaraan voor de Raad van State worden verbonden. Zo zou bij een extensieve uitleg een strikte scheiding tussen wetgevingsadviserende en rechtsprekende taken bij de Raad van State kunnen worden aangebracht. Bij een iets minder extensieve uitleg zou er een zodanige scheiding kunnen worden aangebracht dat niet beide functies tegelijkertijd door dezelfde persoon kunnen worden uitgeoefend. Indien wordt uitgegaan van een restrictieve uitleg zou kunnen worden volstaan met een strikte toepassing van de wrakings- en verschoningsregels. Daarnaast zou kunnen worden volstaan met een zodanige aanpassing van de werkwijze dat staatsraden die eerder direct betrokken zijn geweest bij wetgevingsadvisering, niet deel uitmaken van een kamer die over de rechtmatigheid van die regeling moet oordelen. Zoals in de genoemde brief van 25 juni 1997 is aangegeven, is dit laatste de kern van de huidige werkwijze bij de Raad van State, in afwachting van meer duidelijkheid over de reikwijdte van de Procola-uitspraak.

¹ A.F.M. Brenninkmeijer, NJB 1995, p 1364; F.A.M. Stroink en A.W. Heringa, JB 1995, p 903 e.v. N.S.J. Koeman, NTB 1996, 97-105.
² C.A.J.M. Kortmann, NJB 1995, p 1365; E.A. Alkema, NJ 1995, 667, J.H. Blauw, NTB 1996, 222-224.

Deze werkwijze komt erop neer dat indien, gelet op de aard van het geschil te verwachten is dat de zaak vanuit een Procola-perspectief vragen op kan roepen, voor de behandeling een kamer wordt samengesteld van staatsraden die niet direct betrokken zijn geweest bij de advisering over relevante regelgeving en/of uit staatsraden i.b.d. Deze laatsten worden immers in de praktijk nooit betrokken bij de advisering door de Raad van State. Wordt tijdens de behandeling van de zaak desalniettemin een verzoek om wraking ingediend dan wordt dat verzoek in de regel behandeld door een kamer van staatsraden i.b.d.

Verzoeken om wraking in verband met het Procola-arrest komen sporadisch voor. Sedert de uitspraak hebben zich minder dan tien gevallen voorgedaan.

In haar uitspraken op wrakingsverzoeken heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak aanvankelijk enkele malen overwogen dat de advisering over een wettelijk voorschrift moet worden onderscheiden van de toepassing daarvan (onder meer ABR 18 december 1995, F03.95.0713). In een meer recente beslissing heeft de Afdeling zich, kort gezegd, op het standpunt gesteld dat de situatie in het Procola-arrest zich onderscheidde door een zeer specifieke bemoeienis met de inhoud van de wettelijke regeling, waarvan geen sprake is geweest bij de staatsraden op wie het wrakings-verzoek betrekking had (ABR 10 juni 1997, F03.97.9968/W). In een andere recente beslissing (ABR 9 oktober 1997, EO1.95.0026/W), is door de Afdeling doorslaggevende betekenis toegekend aan de omstandigheid dat de betrokken staatsraden geen van allen betrokken zijn geweest bij de advisering over de in geding zijnde wettelijke regeling. De Afdeling overwoog daarbij, dat uit het Procola-arrest niet kan worden afgeleid dat artikel 6, eerste lid, EVRM zich er in alle gevallen tegen verzet dat een rechterlijk college tevens optreedt als adviseur van de nationale regering.

Meer duidelijkheid over de reikwijdte van de Procola-uitspraak is er nog niet. De zaken die over de Raad van State aanhangig waren bij het EHRM zijn gestuit op niet-ontvankelijkheid. Ingevolge artikel 26 EVRM wordt een klacht pas in behandeling genomen nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, hetgeen betekent dat de vermeende verdragsschending (in casu de onpartijdigheid) reeds in de nationale procedure moest worden opgebracht (uitspraken EHRM van 15 januari 1997, 29840/96 en 26 februari 1997 30300/96).

De situatie in andere landen met een vergelijkbare situatie

Luxemburg heeft naar aanleiding van de Procola-uitspraak, die tegen Luxemburg was gericht, voorzien in twee gescheiden afdelingen voor de wetgevingadviesing en voor de rechtspraak. Vermenging van beide functies in één persoon is daarmee uitgesloten.

In Frankrijk heeft de bestaande situatie, waarin er geen formele scheiding bestaat tussen beide taken gehandhaafd. Formeel kunnen beide functies tegelijkertijd door dezelfde persoon worden vervuld. Frankrijk is niet voornemens een scheiding aan te brengen.

In België zijn er vanouds twee afdelingen voor de onderscheiden functies. De organisatie kent een rouleringssysteem, waardoor het mogelijk is dat staatsraden afwisselend en periodiek in beide afdelingen te werk worden gesteld.

In Groot Brittanië is geen aanleiding gezien enige wijziging aan te brengen, bijvoorbeeld met betrekking tot de competentie van het House of Lords.

3. Wettelijke scheiding van taken nodig?

In het voorgaande is weergegeven dat er geen overeenstemming bestaat over de reikwijdte van de Procola-uitspraak. In de verschillende Europese landen met een vergelijkbare situatie is tot nu toe verschillend gereageerd op deze uitspraak. Het is dan ook geheel niet zeker of het Procola-arrest zou nopen tot een wettelijke scheiding van taken. De onduidelijkheid over de vraag of het Procola-arrest zou nopen tot een (formeel) scheiding van wetgevingsadviserende en rechtsprekende taken vormde voor het kabinet de belangrijkste reden om niet overhaast wettelijke maatregelen te nemen, maar eerst de ontwikkelingen in de jurisprudentie af te wachten. Deze onduidelijkheid betekent echter tevens dat ook niet duidelijk is, gesteld dat het Procola-arrest wel tot een wettelijke scheiding zou nopen, hoever een dergelijke scheiding zou moeten gaan.

In afwachting van meer duidelijkheid door toekomstige jurisprudentie van het EHRM, welke jurisprudentie nog jaren op zich kan laten wachten, is in overleg met de Raad van State reeds eerder verkend wat de modaliteiten van een eventuele scheiding van taken zouden kunnen zijn en wat de mogelijke gevolgen daarvan zouden kunnen zijn. Uitgangspunt daarbij is geweest dat de Raad van State ook in de toekomst een substantieel pakket rechtsprekende taken behoudt. Dit uitgangspunt is geheel in overeenstemming met de uitspraak in de brief van 25 juni 1997, dat de regering grote waarde hecht aan de vervulling van de rechtsprekende taak voor de Raad van State, naast zijn wetgevingsadviserende taak.

Het navolgende is dan ook niet meer dan het resultaat van een eerste verkenning. Na overleg met de Raad van State is besloten om in afwachting van meer duidelijkheid over de reikwijdte van het Procola-arrest vooralsnog geen beslissingen te nemen over de vormgeving van een eventuele wettelijke scheiding.

4. Verkenning eventuele wettelijke scheiding van taken bij de Raad van State

Huidige situatie

In de huidige situatie wordt de wetgevingsadviserende taak aan de Raad van State, opgedragen bij artikel 73 Grondwet, vervuld door de Volle Raad. De rechtsprekende taak wordt vervuld door een afdeling van de Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak. De staatsraden nemen zowel deel aan het adviserende als het rechtsprekende werk. De staatsraden in buitengewone dienst nemen in de praktijk uitsluitend deel aan de rechtspraak.

Scheiding van taken

Wij achten het van belang dat de eenheid van de Raad van State zoveel mogelijk bewaard kan blijven. Bij een eventuele scheiding van taken bij de Raad van State gaan wij dan ook ervan uit dat de Raad van State één organisatie kan blijven met twee afdelingen voor respectievelijk de wetgevingsadviserende en de rechtsprekende taak. Wij achten dit een belangrijk uitgangspunt omdat de bestaande opzet van de Raad van State en de historisch gegroeide combinatie van functies een traditie heeft, waaraan in ons staatkundig bestel grote waarde wordt gehecht. Een eventuele scheiding van taken zou dan ook tot gevolg hebben dat de Raad van State zou komen te bestaan uit drie organen: de Volle Raad, een Afdeling wetgeving en een Afdeling bestuursrechtspraak. De huidige regeling van het voorzitterschap van de Raad en van de Afdeling

bestuursrechtspraak zou nauwelijks wijziging behoeven. De vice-president van de Raad zal qualitate qua voorzitter van een eventuele Afdeling wetgeving kunnen zijn. Evenals in de huidige situatie zou de Afdeling bestuursrechtspraak een aparte voorzitter behouden. Overigens laat de Grondwet sinds de herziening in 1983 toe dat een afzonderlijke afdeling voor de wetgevingsadviserende taak wordt ingesteld.

Bij een eventuele scheiding van de wetgevingsadviserende en rechtsprekende taken over twee afzonderlijke afdelingen van de Raad, moeten daarnaast een aantal kwesties worden bezien die hieronder kort zullen worden toegelicht.

Scheiding zodanig dat beide functies niet tegelijkertijd worden vervuld

Indien ervan uit wordt gegaan dat het Procola-arrest in ieder geval ziet op het vermijden van de schijn van partijdigheid, zou dit met zich kunnen brengen dat staatsraden niet beide functies tegelijk kunnen uitoefenen. Een staatsraad zou alsdan in één van beide afdelingen werkzaam kunnen zijn, maar niet in beide tegelijk. Bij benoeming in de Raad van State zou een staatsraad aangewezen kunnen worden om werkzaam te zijn in één van beide afdelingen.

De vraag die hierbij moet worden bezien is of het mogelijk moet zijn dat staatsraden van de ene afdeling naar de andere zouden moeten kunnen overstappen. Aangezien het Procola-arrest niet ziet op de wetgevingsadviserende taak als zodanig, levert het geen probleem op indien de mogelijkheid zou worden opgehouden om van de Afdeling bestuursrechtspraak over te stappen naar de afdeling belast met wetgevingsadvisering. Omgekeerd rijst de vraag of een overstap van de wetgevingsadviserende afdeling naar de Afdeling bestuursrechtspraak wettelijk moet worden uitgesloten of dat deze mogelijkheid in ieder geval met de nodige beperkingen ter vermijding van Procola-risico's moet worden open gehouden, bijvoorbeeld door het opstellen van specifieke onttrekkingsregels, zoals dat ook het geval is bij de Hoge Raad der Nederlanden.

De overige constitutionele taken van de Raad van State

Aan de Raad van State zijn in de Grondwet, afgezien van de wetgevingsadviserende taken, nog enkele andere taken opgedragen die samenhangen met het koninklijk gezag. Zo moet de Raad op grond van artikel 35, eerste lid, van de Grondwet, ingeval de ministerraad van oordeel is dat de Koning buiten staat is het koninklijk gezag uit te oefenen, advies uitbrengen dat aan de Staten-Generaal wordt overgelegd. Daarnaast oefent de Raad op grond van artikel 38 Grondwet het koninklijk gezag uit zolang daar niet in is voorzien. De vraag is door welke van de – als gevolg van een eventuele scheiding van taken bij de Raad van State ontstane – organen deze taken moeten worden vervuld.

De overige (advies)taken in de Wet op de Raad van State

Ingevolge de Wet op de Raad van State omvat de wetgevingsadviserende taak, neergelegd in de artikelen 15 en 15a, advisering over wetsvoorstellen, initiatiefwetsvoorstellen en algemene maatregelen van bestuur. Daarnaast is in het tweede lid van artikel 15 een algemene adviesbevoegdheid opgenomen op basis waarvan de Raad kan worden gehoord in de gevallen waarin een wet dit voorschrijft en over alle zaken waarin de regering zulks nodig acht. Een algemene adviesbevoegdheid uit eigen beweging van de Raad is voorts opgenomen in artikel 16. Bij een scheiding van taken zouden de wetgevingsadviserende taken aan

een in te stellen afdeling belast met wetgevingsadvisering toekomen. Voor wat betreft de algemene adviestaak zou moeten worden bezien aan welk orgaan van de Raad deze taak toekomt. Het antwoord op deze vraag zal mede afhangen van de aard van het onderwerp waarover advies wordt gevraagd. Het is dan ook denkbaar om deze algemene adviestaak, zowel die op grond van het tweede lid van artikel 15 (op verzoek van de regering) als die op grond van artikel 16 (uit eigen beweging) mogelijk te maken ten aanzien van alle drie organen afhankelijk van het onderwerp waarop de advisering zou zien..

Slotsom

Het kabinet is tot de conclusie gekomen dat volstaan kan worden met het vermijden van vergelijkbare situaties als waarvan in het Procola-arrest sprake was door een aangepaste werkwijze bij de Raad van State, zoals hierboven is weergegeven. Indien nadere voor Nederland relevante jurisprudentie van het EHRM meer duidelijkheid biedt en daartoe aanleiding zal geven, zullen eventuele beslissingen over een wettelijke scheiding van de wetgevingsadviserende en de rechtsprekende taken van de Raad van State kunnen worden overwogen. Zodra er nadere voor Nederland relevante uitspraken zijn gedaan door het EHRM zullen wij de Kamer nader informeren.