



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regelgeven in de schemerzone: de kwaliteit van ministeriële regelingen onderzocht

Voermans, W.J.M.; Eijlander, Ph.

Citation

Voermans, W. J. M., & Eijlander, P. (2002). Regelgeven in de schemerzone: de kwaliteit van ministeriële regelingen onderzocht. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3915>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3915>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Regelgeven in de schemerzone

De kwaliteit van ministeriële regelingen onderzocht

1. Ministeriële regelingen: een onderbelicht verschijnsel

Een belangrijk deel van de wetgevingstaak van de centrale overheid is in Nederland aan ministers¹ opgedragen. Er worden per jaar, zoveel is zeker, meer ministeriële regelingen vastgesteld dan wetten in formele zin, of algemene maatregelen van bestuur. Toch horen en zien we in wetenschappelijke of beleidsmatige wetgevingsdiscussies weinig terug over die ministeriële regelingen. Ook in de staatsrechtelijke handboeken komt de ministeriële regeling er – als categorie van de in artikel 89 lid 4 van de Grondwet genoemde ‘andere’ algemeen verbindende voorschriften afkomstig van het Rijk – veelal bekaaid af.² De laatste keer dat de ministeriële regeling nog werkelijk ‘in het nieuws’ was, ging de discussie met name om de grens tussen de ministeriële regeling (die algemeen verbindende voorschriften bevat) en beleidsregels die door een minister (op basis van een be-

stuursbevoegdheid) worden vastgesteld. In de praktijk bleek dat onderscheid vaak moeilijk te maken omdat het opschrift soms verwarring zaaide. Zo werden ministeriële regelingen, die algemeen verbindende voorschriften bevatten, wel aangeduid als ‘Ministeriële beschikking’.³ Ook werd er in de aanduiding van de regeling niet gedifferentieerd naar beleidsregel of algemeen verbindend voorschrift, zodat de gebruiker van het besluit in het ongewisse werd gelaten over de aard ervan.⁴ Inmiddels hebben de Aanwijzingen voor de regelgeving een einde gemaakt aan die verwarrende benamingen. Uit aanwijzing 20 volgt dat algemeen verbindende voorschriften die door een minister worden vastgesteld, aangeduid worden als ‘ministeriële regeling’⁵ en uit aanwijzing 44a volgt dat voorschriften waarin een beleidsregel wordt vastgesteld in het opschrift (en de citeertitel, als die er is) het woord ‘beleidsregel’ uitdrukkelijk gebruiken. Ook heeft de ministeriële regeling in het kader van

* Dr. W.J.M. Voermans is universitair hoofddocent wetgevingsvraagstukken aan de Universiteit van Tilburg en tevens redacteur van *RegelMaat*. Prof. dr. Ph. Eijlander is hoogleraar wetgevingsvraagstukken aan de Universiteit van Tilburg en directeur van het Schoordijk Instituut van de juridische faculteit van die Universiteit. Hij is tevens voorzitter van de redactie van *RegelMaat*.

1. Hieronder – in dit verband – ook begrepen de staatssecretaris.
2. Zie bijvoorbeeld het handboek Van der Pot-Donner (bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen), *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, veertiende druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 567-569.
3. Zie ook P.J. Boon, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, derde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 113.
4. Dat misverstand bestond al langere tijd en in de jaren vijftig is door Johanna van Driel al voorgesteld om voor die ministeriële besluiten die naar buiten werkende algemene regels bevatten (wetten in materiele zin) de term ‘ministeriële verordeningen’ te reserveren. Die – op zichzelf waardevolle – suggestie is in de praktijk nimmer overgenomen. Zie J.M.C. van Driel, *De ministeriële verordening* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.
5. Ook de terminologie voor het toekennen van regelgevende bevoegdheid aan een minister is door de Aanwijzingen gestandaardiseerd. Zo schrijft aanwijzing 30 voor dat voor delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister de formule ‘bij ministeriële regeling’ of de formule ‘bij regeling van Onze Minister van ...’ wordt gebruikt.

discussies over de toelaatbaarheid van delegatievormen een kleine rol gespeeld (zie hierover par. 2), maar erg belangrijk was die rol niet.

De betrekkelijke stilte rondom ministeriële regelingen kan verschillende dingen betekenen. Zo kan het zijn dat er geen enkele reden tot zorg of studie is, omdat er rondom dergelijke regelingen weinig gebeurt, dat het wetgeving van geringe importantie betreft of dat we de zaken in Nederland goed op orde hebben. Aan de andere kant kan de stilte ook veroorzaakt worden doordat we zo weinig weten over ministeriële regelingen. Wij zijn de mening toegedaan dat van de tweede situatie sprake is: er is heel weinig bekend over ministeriële regelingen, en er is alle reden tot aandacht voor de kwaliteit van die regelingen enerzijds en alle aanleiding tot verdere studie anderzijds. Die indruk ontleen wij aan de hand van uitkomsten van een onderzoek dat in opdracht van het WODC van het ministerie van Justitie in 2002 werd uitgevoerd naar de kwaliteit van ministeriële regelingen.⁶

2. De bevoegdheid tot het maken van ministeriële regelingen: de leer

Bij het bespreken van onze bevindingen over de aard en kwaliteit van ministeriële

regelingen – zoals die uit het onderzoek naar voor kwamen – heeft het zin die discussie vooraf te doen gaan door enige algemene overwegingen. Die overwegingen hebben betrekking op de vraag hoe ministers in Nederland aan de bevoegdheid tot regelgeving komen.

Ministers hebben in ons constitutionele bestel weliswaar geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid, maar door delegatie⁷ worden door ‘hogere’ wetgevers veel onderwerpen ter nadere regeling aan ministers overgelaten. Delegatie van regelgevende bevoegdheid is in een complexe en snel veranderende samenleving als de Nederlandse vaak noodzakelijk, om redenen van flexibiliteit van regelgeving en efficiency.⁸ Daar staat natuurlijk wel tegenover dat delegatie bijna altijd⁹ gepaard gaat met verlies aan parlementaire betrokkenheid bij het tot stand brengen van de regels. De leer die is ontwikkeld ten aanzien van de vraag wanneer delegatie wel opportuun dan wel geoorloofd is en wanneer niet, duiden we wel aan met het primaat van de wetgever. Dat primaat van de wetgever – een vinding van de Commissie Wetgevingsvraagstukken (de commissie-Polak) uit 1985¹⁰ die ook gedeeltelijk is overgenomen in het wetgevingsbeleid en de Aanwijzingen voor de regelgeving – houdt in dat de hoofdelementen (i.e. de

6. Zie het rapport Wim Voermans & Philip Eijlander, *Onderzoek kwaliteit van ministeriële regelingen*, Centrum voor wetgevingsvraagstukken, KUB, Tilburg 2002. Het onderzoek werd in een coproductie uitgevoerd met de Rijksuniversiteit Groningen en ook gebundeld bij de Minister van Justitie aangeboden. Het Groningse gedeelte van het onderzoek hield zich bezig met de omvang en kwaliteit van regelgeving van zelfstandige bestuursorganen. Inmiddels heeft de Minister van Justitie de onderzoeksrapporten aan de Voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 31 mei 2002 (nr. 5167987/02/6).

7. Liefst rechtstreeks via een wet in formele zin, zo bepaalt aanwijzing 27 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar ook wel – indien de rechtstreekse weg niet begaanbaar is – indirect via een toekenning in een algemene maatregel van bestuur.

8. Mazel ziet efficiency – waaronder hij snelheid en kostenbeheersing verstaat – als een van de belangrijkste motieven voor delegatie. Daarnaast ziet hij nog als delegatieredenen: de onbekendheid van toekomstige ontwikkelingen of onbekendheid van momenten in de toekomst, de noodzaak snel (bij voorbaat) te reageren, de afwezigheid van zinnvolle parlementaire betrokkenheid, voorzienbare noodzakelijke wijzigingen in nu bekende gegevens (denk aan indexering), beheersing van de rijksbegroting, flexibiliteit met betrekking tot omstandigheden die nauwelijks beïnvloed kunnen worden en het (geringe) gewicht van de materie. Zie R.G. Mazel, *Delegatie van wetgevende bevoegdheid: de inhoud van het wetsbegrip* (preadvies voor de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1992, p. 14-24.

9. Met uitzondering van de gevallen waarin sprake is van parlementaire betrokkenheid bij delegatie (voorhangen). Die situatie doet zich overigens bij ministeriële regelingen maar zelden voor. Art. 21.6 lid 6 van de Wet milieubeheer is een van de uitzonderingen.

10. Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag 1985.

voornaamste duurzame en structurele elementen) van een regelingscomplex in een wet in formele zin worden geregeld¹¹ en dat ten aanzien van andere onderwerpen delegatie kan worden overwogen. De ruimte die het primaat van de wetgever laat voor delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister is in wezen erg klein. In de ogen van de commissie-Polak is een dergelijke delegatie alleen mogelijk ten aanzien van onderwerpen van een gering gewicht. Die gedachte is ook overgenomen in het kabinetsstandpunt¹² terzake en vervolgens ook in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzing 26 bepaalt dat delegatie van regelgevende bevoegdheid alleen mogelijk is ten aanzien van mineure onderwerpen, zoals de vaststelling van voorschriften van administratieve aard (vaststelling van aanvraagformulieren, protocollen, et cetera), de uitwerking van regelingsdetails (tarieven, hoogte van bedragen), de vaststelling van voorschriften die dikwijls wijziging behoeven of voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld. Op deze regel bestaat eigenlijk maar één uitzondering en dat is de situatie dat delegatie aan een minister van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften ook is toegestaan bij het verwerken van internationale regelingen in nationale wetgeving waarbij de Nederlandse wetgever, behoudens op ondergeschikte punten, geen ruimte wordt gelaten voor het maken van keuzen van beleidsinhoudelijke aard (aanwijzing 26 lid 1). De reden zal duidelijk zijn. Bij de 'technische' implementatie van internationale regelingen is parlementaire betrokkenheid, noch de discussie op het niveau van de regering, zinvol en kan belangrijke tijdswinst worden geboekt door dit bij ministeriële regeling af te werken.¹³

In het algemeen heeft het – zo volgt uit het in Nederland aangehouden wetgevingsbeleid – de voorkeur dat de toekenning van regelgevende bevoegdheid aan een minister rechtstreeks in een wet in formele zin zelf geschiedt en niet middellijk verloopt, via subdelegatie in een algemene maatregel van bestuur.¹⁴ Al is dat de ordentelijke en meest kenbare wijze van toekenning, toch zal de rechtstreekse weg niet altijd mogelijk zijn, omdat van bepaalde onderwerpen – zeker die aan de regering ter nadere regeling worden overgelaten – niet steeds vooraf te bezien is of er toch nog details beter en sneller geregeld kunnen (of moeten) worden op het niveau van ministeriële regeling. Ministeriële regelingen zijn vaak het 'snelle wisselgeld' in beleidstrajecten. Doelmatigheid bij delegatie is een belangrijke waarde in beleid.

Waar de wetgever in formele zin er niet voor kiest om rechtstreeks te delegeren aan een minister, maar juist de afweging of uiteindelijk ook via een ministeriële regeling nog details zullen worden uitgewerkt aan de regering laat, zal dat wel helder door die wetgever moeten worden uitgedrukt. Indien de wens tot subdelegatie bestaat, zal de wetgever dat wel met zoveel woorden moeten uitdrukken. De ingevolge aanwijzing 28 te bezigen formule voor subdelegatie luidt dan dat 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur' nadere regels kunnen worden gesteld. De vraag is wat het gevolg is van het ontbreken van een dergelijke subdelegatiegrondslag ('of krachtens'). Een klassiek arrest van de Hoge Raad (het Jamin-arrest)¹⁵ leert dat in een dergelijk geval geen subdelegatie mogelijk zou zijn. Daartegenover staat dat in een ander arrest (het Bromfietsvalhelm-arrest)¹⁶ de Hoge Raad weer wel accepteert dat, indien de wetgever de beperkte

11. Zie aanwijzing 24 over de soort onderwerpen die als de duurzame en structurele elementen gelden.

12. Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 583, nr. 3.

13. Zie daarover de aanbiedingsbrief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 11 januari 2002 inzake het ontwerp van een wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving met betrekking tot de versnelde implementatie van EG- en andere internationale regelgeving en de gedachtenwisseling daarover met de vaste commissie voor Justitie (*Kamerstukken II*, 2001/02, 28 000 VI, nr. 65).

14. Zie aanwijzing 27.

15. HR 25 januari 1926, NJ, p. 246 en HR 26 november 1957, NJ 53.

16. HR 8 mei 1953, NJ 614 en HR 11 januari 1977, NJ 467.

delegatieformule ‘bij algemene maatregel van bestuur’ hanteert, in de betrokken algemene maatregel van bestuur wel een regelgevende bevoegdheid aan een minister tot de uitwerking van detailpunten – ten behoeve van de toepassing van de bij de maatregel getroffen regeling in de praktijk – kan worden overgelaten. Dit wordt dan niet beschouwd als subdelegatie van regelgevende bevoegdheid, maar als het aan een minister overlaten van *uitvoering* van de bij algemene maatregel van bestuur getroffen regeling. Die bevoegdheid zou, indien we die redenering doortrekken, dan steeds inherent zijn aan de bevoegdheid die de regering toekomt, en zou zich daarmee ook voor een gedeelte onttrekken aan de wil van de formele wetgever. Ons inziens is de lijn die de Hoge Raad in het Bromfietsvalhelm-arrest aanlegt niet erg overtuigend noch consistent. Waar de jurisprudentie een wat wankel lijn aanhoudt ten aanzien van subdelegatie, is de lijn die de rechtspraktijk volgt consistent. In zijn advies aan de enquêtecommissie¹⁷ bouwsubsidies geeft Scheltema de lijn van de rechtspraktijk als zijnde de heersende rechtsopvatting als volgt weer: een algemene maatregel van bestuur kan een minister alleen tot nadere regeling bevoegd verklaren als de wet in formele zin de formule ‘(nadere) regeling bij of kracht-

tens algemene maatregel van bestuur’ gebruikt, anders niet.

3. De praktijk van ministeriële regelgeving

P.J. Oud stelde zich in zijn handboek *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*¹⁸ op het standpunt dat de vraag of de formele wetgever delegeert geen rechtmatigheidsvraag is, maar een doelmatigheidsvraag. Nu mag het dan inmiddels zo zijn dat de rechtmatigheidsvraag ten aanzien van de afweging over delegatie van regelgevende bevoegdheid aan ministers – in theorie – aan terrein gewonnen heeft, de praktijk laat toch een wat ander beeld zien. Daar zijn de doelmatigheidsvragen (lees: de beleidsoriëntatie) bij delegatieafwegingen als vanouds dominant.¹⁹ Delegatie van regelgevende bevoegdheid aan ministers beweegt zich dan wel formeel min of meer binnen de perken die het primaat van de wetgever trekt, maar de regelgevingspraktijk heeft nieuwe wegen gevonden. Zo is er een aanwijsbare praktijk ontstaan om op wetsniveau zo ruim mogelijke delegatiegrondslagen te creëren, zodat ook substantiële elementen van wetgeving op het niveau van de ministeriële regeling kunnen worden geregeld.²⁰ Dit vanuit de gedachte dat regels flexibel en snel gewij-

17. *Kamerstukken II 1987/88*, 19 623, nr. 30.

18. Zie P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, deel II*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 227.

19. Zie daarover ook de bijdrage ‘Delegatie van regelgevende bevoegdheid: de Aanwijzingen voorbij’ van Ph. Eijlander, M. Lokin & W. Voermans aan het themanummer van *RegelMaat* over delegatie van wetgevende bevoegdheid, *RegelMaat* 2001, p. 65-73.

20. Dat bleek bijvoorbeeld uit een onderzoek dat wij in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat uitvoerden in 2000. Eindrapport: Philip Eijlander & Wim Voermans, *Eenheid en verscheidenheid in regelgeving van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. Bouwstenen voor een departementbreed wetgevingsbeleid?*, Den Haag/Tilburg 2001. Een van de (vele mogelijke) voorbeelden van dit verschijnsel treffen we bijvoorbeeld aan in het stelsel van de Wegenverkeerswet, waarin veel regelgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd. Opvallend is dat deze delegatie nogal eens een ruim en ongeclausuleerd karakter heeft. Voorbeelden daarvan: art. 13, 38 en 71. Ook rijzen wel eens vraagtekens bij de keuze van het regelingsniveau. Zo wordt in art. 64 lid 3 bepaald dat bij ministeriële regeling nadere regels worden vastgesteld betreffende de wijze waarop het toezicht (op de naleving van de uit een erkenning voortvloeiende verplichtingen) wordt gehouden en de verplichting tot medewerking daaraan van degene aan wie een erkenning is verleend; ook kunnen deze regels een verscherpt toezicht inhouden (vergelijk ook art. 86a lid 2). Dat gaat erg ver voor een ministeriële regeling, maar het is zeker geen uitzondering. Zie over de brede delegatiegrondslagen ook de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisiteatie, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 475, nr. 2, p. 22 e.v. en het jaarverslag van de Raad van State over 1998, p. 15.

zigt moeten kunnen worden of dat het 'handig' is een grondslag voor een gedelegeerde regeling achter de hand te hebben.²¹ Daarnaast worden met ruime delegatiegrondslagen in algemene wetten ook nogal eens bestaande ministeriële regelingen achteraf van een wettelijke basis voorzien.

Wat ook nogal eens voorkomt, is dat aan de regering een bevoegdheid wordt gedelegeerd ten aanzien van bepaalde onderwerpen, maar dat tegelijkertijd ook de minister ten aanzien van die onderwerpen bevoegd is. De enige restrictie die in dat geval geldt, is dat de minister niet op kan treden dan voordat een algemene maatregel van bestuur op het desbetreffende onderwerp is geslagen.²² Echter de vraag wie (regering of minister) wat regelt, is bij dergelijke praktijken in hoofdzaak aan de regering en de minister overgelaten en niet aan de wetgever, zoals het leerstuk van het primaat van de wetgever eigenlijk ingeeft.

De behoefte voor ministers om snel en slagvaardig regelgevend op te kunnen treden blijkt in praktijk erg groot. En waar die behoefte bestaat wordt daarin ook op allerlei manieren voorzien, ook op manieren die juridisch in feite niet door de beugel kunnen, zoals de praktijk waarbij delegatiebepalingen worden 'opgerekt' om er ministeriële regels op te baseren, die er strikt genomen geen basis in kunnen vinden.²³ Die snelheid blijkt trouwens in de praktijk niet altijd een zegen. Voor diegenen die met de vele snel wijzigende ministeriële regelingen moeten werken, vormt het vaak een probleem om op de hoogte te blijven van de meest actuele stand van zaken. Zeker op het terrein van de milieuwetgeving vormt dat in groeiende mate een obstakel.²⁴

Los van deze problemen komt het daarnaast nogal eens voor, zo is de indruk volgens de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie uit 2000 (verder: nota Wkb), dat ministeriële regelingen juridisch-technische onvolkomenheden bevatten, vaak voortvloeiend uit niet-naleving van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Dat heeft dan met name te maken met de omstandigheid dat het maken van ministeriële regelingen vaak onder grote tijdsdruk moet geschieden (het is immers een instrument om slagvaardig en flexibel op nieuwe omstandigheden in te spelen) en in combinatie daarmee vaak niet aan de meest ervaren krachten, maar juist aan beginnende wetgevingsambtenaren of juristen wordt overgelaten. Verder bestaat ook wel de praktijk dat het redigeren van ministeriële regelingen grotendeels aan inhoudelijk deskundigen (beleids- of uitvoeringsambtenaren) wordt overgelaten, die in de regel minder kaas gegeten hebben van de juridische aspecten van de regeling.

Met deze ontwikkelingen is de kwaliteit van de ministeriële regeling als zodanig – *mogelijk* – in het geding. Als regelingsinstrument lijkt het in groeiende mate aan beleidsbelangen van alledag onderhevig te worden gemaakt, terwijl een systematische *externe* controle op belangrijke kwaliteitsaspecten – zoals we die kennen bij de voorbereiding van wetgeving in formele zin en algemene maatregelen van bestuur – ontbreekt. Ook directe bestuursrechtelijke controle ontbreekt, omdat rechtstreeks beroep tegen algemeen verbindende voorschriften nu eenmaal niet mogelijk is. Alleen uit onrechtmatige daad zou men rechtstreeks bij de civiele rechter tegen ministeriële regelingen kunnen ageren.

21. Zie bijvoorbeeld art. 24 van de Wet milieugevaarlijke stoffen. Daarin wordt de regering over een breed bereik van onderwerpen bevoegd verklaard algemene maatregelen van bestuur te maken en, waar die tot stand zijn gekomen, krijgt de minister in algemene zin de bevoegdheid om ter zake van de onderwerpen in die maatregelen nadere regels te stellen. De wet differentieert niet naar de aard van de onderwerpen.

22. Zie bijvoorbeeld art. 24 van de Wet milieugevaarlijke stoffen.

23. Zie de nota Wetgevingskwaliteitsbeleid en wetgevingsvisitatie, p. 22.

24. Zie A. Blomberg, M.P. Jongma, V.M.Y. van 't Lam & F.C.M.A. Michiels, *De milieu-uitvoeringsmaatregelen op een A4-tje*, rapport van een onderzoek naar de noodzaak van en de mogelijkheden tot vereenvoudiging van de VROM-uitvoeringsmaatregelen op het gebied van het milieubeheer, Den Haag 2002, p. 36 e.v.

4. Een onderzoek naar de kwaliteit van ministeriële regelingen

Over ministeriële regelingen is – zoals hiervoor al werd betoogd – vooralsnog weinig bekend. Er zijn slechts enige indicaties dat zich ten aanzien van die regelingen problemen voordoen. Voor het ministerie van Justitie vormde dit aanleiding om door het Centrum voor wetgevingsvraagstukken van de Universiteit van Tilburg onderzoek te laten doen naar de kwaliteit van ministeriële regelingen.²⁵ Om snel eerste indicaties te kunnen hebben over de stand van zaken werd een soort pilot-onderzoek uitgevoerd met een vooralsnog beperkte opzet. De centrale vraag in het onderzoek was kort gezegd: op welke terreinen doen zich bij de vormgeving, opzet en inhoud van ministeriële regelingen afwijkingen voor van de Aanwijzingen voor de regelgeving, wat voor soort problemen brengt dat mee en welke aanbevelingen kunnen worden gedaan voor verbetering?

Omdat er per jaar naar schatting ergens tussen de zeshonderd en negenhonderd ministeriële regelingen worden vastgesteld en gepubliceerd (te veel om allemaal nauwkeurig te onderzoeken), is er in het onderzoek een selectie gemaakt van de te onderzoeken regelingen. Als stamjaar voor het onderzoek is het jaar 2000 gekozen. Omdat dat – in het kader van het bestek van het onderzoek – nog een te groot aantal te onderzoeken regelingen opleverde, is ervoor gekozen om slechts die regelingen te bekijken die op een dinsdag in de *Staatscourant* zijn gepubliceerd. Door die wijze van reduceren bleven uiteindelijk 92 regelingen over. In die selectie kwamen geen ministeriële regelingen afkomstig van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen voor. Regelingen van dat ministerie worden gepubliceerd in het eigen publicatiemedium van het ministerie, de gele katern van het blad *Uitleg*.²⁶ Ook uit die groep van regelingen is op vergelijkbare wijze een steekproef getrokken. Uit een globale analyse van de eerste groep van

112 geselecteerde regelingen viel een aantal dingen op. Een eerste indruk is dat gemiddeld genomen ministeriële regelingen niet erg omvangrijk zijn. Een kleine minderheid van de regelingen is meer dan tien artikelen groot. Verder is het zo dat ministeriële regelingen vaak een technisch karakter hebben. In ministeriële regelingen worden – zoals ook aanwijzing 26 vergt – veelal technische of administratieve details van een regelingscomplex geregeld. Dat betekent dat in ministeriële regelingen nogal eens technische zaken als percentages, bedragen, meeteenheden, formuleren, et cetera worden vastgesteld. Tot dat doel zijn ministeriële regelingen vaak voorzien van bijlagen. Verder komen er ook relatief veel wijzigingsregelingen voor. Tot zover gaf het onderzoek weinig aanleiding tot verrassende of nieuwe resultaten. In een tweede slag in het onderzoek werd binnen de groep van 112 regelingen een nadere selectie gemaakt ten behoeve van de nadere analyse op de conformiteit met de eisen van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Die analyse werd uitgevoerd op 26 ministeriële regelingen die gelijkelijk waren verdeeld over de soorten regelingen – zoals gevonden in de hoofdanalyse – en de departementale afkomst.

5. Analyse van ministeriële regelingen aan de hand van de Aanwijzingen voor de regelgeving

In de nadere analyse van het onderzoek zijn 26 willekeurig gekozen ministeriële regelingen langs de eisen van de Aanwijzingen voor de regelgeving gelegd. Niet al die Aanwijzingen zijn natuurlijk even belangrijk en zo zijn ook niet alle afwijkingen van de Aanwijzingen in ministeriële regelingen even ernstig te noemen. De gevolgen van het niet opvolgen van de Aanwijzingen over de aanhef zijn van een andere orde dan een afwijking van de Aanwijzingen die vergen dat voor een regeling een voldoende wettelijke basis aanwezig is. Om het verschil in importantie van de gevonden afwijkingen helder te krijgen heb-

25. Zie Voermans & Eijlander, *Onderzoek kwaliteit van ministeriële regelingen*.

26. *Uitleg* is het wekelijkse blad van het Ministerie van OCenW voor onderwijs- en cultuurinstellingen. *Uitleg* verschijnt met het 'Gele katern' waarin alle officiële regelingen en mededelingen voor het onderwijs zijn opgenomen.

ben we in het onderzoek bij de analyse in clusters van deelvragen gewerkt, waarbij uiteindelijk wel alle relevante Aanwijzingen aan de orde zijn gekomen.

5.1. Delegatiegrondslagen

In feite de belangrijkste deelvraag die in dit onderzoek aan de orde was, betreft de vraag hoe in ministeriële regelingen inhoud is gegeven aan de delegatiegrondslagen. Daarbij zijn verschillende aspecten relevant. Ten eerste is er de vraag of er een aanwijsbare en voldoende bevoegdheid bestaat voor het vaststellen van de regeling. Deze vraag, die in alle regelingen die in de nadere analyse zijn betrokken, is bezien, leidde tot het beeld dat van de 26 onderzochte regelingen er ten minste vier regelingen mogelijk problemen kennen in de vorm van een tekortschietende dan wel ontbrekende bevoegdheid tot het vaststellen van de aan de orde zijnde regeling.²⁷ Dat is zeker gezien de omvang van de geselecteerde groep een groot aantal: ruim 15%.

De wijze waarop hogere regelingen bevoegdheid om nadere regels vast te stellen toegekend, is, zo mag geconcludeerd worden op basis van de onderzochte regelingen, meestal vrij specifiek. In de meeste gevallen wordt tamelijk nauwkeurig omschreven welke regels over welk onderwerp bij ministeriële regeling kunnen worden vastgesteld. Er zijn echter ook significante afwijkingen van dat beeld. Zo zijn er wetten waarin hele ruime delegatiemogelijkheden zijn gecreëerd. Een al eerder genoemd voorbeeld van een dergelijke ruime bevoegdheidstoekenning tot regeling bij algemene maatregel van bestuur is te vinden in artikel 24 van de Wet milieugevaarlijke stoffen. Ook de Kaderwet subsidies SZW en de Kaderwet LNV-subsidies, die een brede – posterieure – wettelijke basis voor ministeriële subsidie-regelingen kennen, gelden als voorbeeld. De bevoegdheidstoekenning is daar zo ruim dat men zich kan afvragen of daar-

mee nog wel recht wordt gedaan aan de idee achter de eis van het wettelijke voorschrift in de Awb terzake van de subsidieverlening.

Aan een en dezelfde regeling liggen – zo toont het onderzoek aan – soms verschillende bevoegdheidstoekenningen in verschillende basisregelingen ten grondslag. Dat maakt het lastig om te herleiden voor welk onderdeel van de regeling welke bevoegdheid is toegekend in een hogere regeling. Dit wordt ook in een in 2002 verschenen onderzoeksrapport van de Universiteit Utrecht – waarin de noodzaak van en mogelijkheden tot vereenvoudiging van VROM-uitvoeringsregelingen op het gebied van het milieubeheer werd onderzocht – als probleem gesignaleerd.²⁸ De plaats om uitsluitel te krijgen over de vraag waar de bevoegdheid voor welke van de bepalingen van een ministeriële regeling uit voortspuit, is de toelichting. Echter in nagenoeg alle onderzochte gevallen (ook die van de hoofdgroep) zwijgt de toelichting over de precieze bevoegdheidsgrondslag van de regeling. De Aanwijzingen vergen overigens ook niet dat dat gebeurt.

Een andere vraag in dit onderdeel betref de vraag of de bevoegdheid voor een ministeriële regeling rechtstreeks voortvloeit uit de wet (de methode waaraan aanwijzing 27 de voorkeur geeft) of middellijk wordt gegeven via een algemene maatregel van bestuur.

Het beeld dat het onderzoek laat zien, is het volgende. De bevoegdheid tot vaststelling van een ministeriële regeling wordt in ongeveer de helft van de onderzochte gevallen door de wet rechtstreeks aan een minister toegekend, in de andere helft van de gevallen via subdelegatie. Bij subdelegatie komt het wel vaker voor dat bij algemene maatregel van bestuur al een nadere ‘invulling’ wordt gegeven aan het bevoegdheidsthema dat de wet delegeert aan de regering.

Ministeriële regelingen hebben, zoals gezegd, vaker dan andere regelingen een

27. Zie de Regeling toepassing mechanische hulpmiddelen verpleegden, *Start.* 25 januari 2000, nr. 17, p. 8, Regeling wijziging inkomensgrenzen en eigen bijdragen Wrb 2001, *Start.* 19 december 2000, nr. 246, p. 7, Reglement Beroepscommissie Besluit vluchtige organische stoffen Wms, *Start.* 11 april 2000, nr. 72, p. 15 en de Regeling Vaststelling formulier grondgebruikersverklaring, *Start.* 8 februari 2000, nr. 27, p. 12.

28. Zie Blomberg e.a., *De milieuitvoeringsmaatregelen op een A4-tje*, p. 35 e.v.

'technisch' karakter. Toch regelen ze in een aantal gevallen wel wat andere materie dan het bereik dat aanwijzing 26 voorziet voor ministeriële regelingen. In de analyse werden bijvoorbeeld nogal wat regelingen aangetroffen die procedures regelen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de onderzochte subsidieregelingen, die niet alleen de administratieve of technische details van een regeling betreffen, maar ook de toekenningsgrondslag, en dergelijke toekennen. Een ander voorbeeld daarvan is aan te treffen in het geval van het Reglement Beroepscommissie Besluit vluchtige organische stoffen. De Regeling tot wijziging van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) in verband met de aanvulling van artikel 7.4 lid 6 van die wet per studiejaar 2000-2001 neemt een wat bijzondere positie in in dit onderzoek. Met deze ministeriële regeling wordt artikel 7.4 lid 6 van de WHW gewijzigd. Dat is in strijd met de norm die aanwijzing 223 (alleen wijziging via regeling van gelijke rang) aanlegt en ook gedeeltelijk in strijd met aanwijzing 34 die 'fronst' ('in beginsel niet') bij de praktijk waarbij een lagere regeling een hogere regeling wijzigt. De WHW zelf geeft de minister echter weer wel de bevoegdheid om dit te doen in artikel 7.4 lid 9. Als toetsingsnorm verdient de norm die de wetgever aanlegt hier vanzelfsprekend de voorrang, zelfs in een onderzoek waarbij de kwaliteit van regelingen tegen de achtergrond van de kwaliteitseisen uit de Aanwijzingen wordt beoordeeld.

5.2. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Een tweede groep vragen in het onderzoek betrof de vraag naar mogelijke inhoudelijke onvolkomenheden van ministeriële regelingen – i.e. afwijkingen van de Aanwijzingen voor de regelgeving – op het terrein van de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Deze vraag is onderzocht aan de hand van de vraag of aan kwesties van ex-ante-evaluatie, handhaving, uitvoering, sancties, toezicht, lasten en baten van de regeling en het voorko-

men van conflictopwekkende regelingen aandacht is besteed in de toelichting bij de aan de orde zijnde ministeriële regeling. Die vraag zo te bekijken geeft overigens mogelijk een enigszins vertekend beeld, omdat het best zo kan zijn dat allerlei afwegingen en evaluaties wel hebben plaatsgevonden, maar toch geen sporen hebben achtergelaten in de toelichting. Het onderzoek kon vanwege zijn opzet en tijdsbeperkingen echter hier niet verder gaan dan verkenning vanaf papier.

Wat bij die verkenning dan vooral opvalt, is dat de meeste van de onderzochte regelingen wel toelichtingen hebben, maar dat deze zelden een inhoudelijke afweging of inhoudelijke verantwoording van de regeling zelf bevatten. In veel gevallen wordt kort iets gezegd over de (meestal technische) aanleiding van de regeling, waarna wordt uitgelegd hoe de regeling werkt. Afwegingen over de uitvoerbaarheid of handhaafbaarheid, lasten en effecten van de regeling behoren tot de grote uitzonderingen. Probleemanalyses, afweging van beleidsopties of alternatieven, proportionaliteitsafwegingen of overwegingen over het voorkomen van conflictopwekkendheid van de regeling werden niet aange troffen. Waar overwegingen werden gewijid aan uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en/of toezicht was dat meestal in de vorm van een uitleg over hoe het systeem werkt en niet in de vorm van een verantwoording van een afweging. Dat hoeft niet te betekenen dat bij de voorbereiding geen aandacht aan die vragen is geschonken, maar de weerslag ervan wordt in ieder geval niet in de toelichting bij de regeling aangetroffen en de afweging wordt dus ook ongrijpbaar. De toelichting heeft in dergelijke gevallen weinig meerwaarde.

5.3. Wetstechnische aspecten

De laatste analyse die op de onderzochte regelingen werd uitgevoerd, betreft de 'wetgevingstechnische toets', dat wil zeggen een toetsing op de Aanwijzingen voor de regelgeving die een wetstechnisch karakter dragen.²⁹ Het gaat hier vaak om

29. Denk daarbij onder andere aan de aanwijzingen 52 t/m 83, 83b t/m 108, 112 t/m 117, 121 t/m 123, 125 t/m 130, 131 t/m 131b, 167, 168, 171 t/m 176, 179 t/m 192, 196, 198, 199, 201, 203, 205 t/m 208, 210 t/m 219, 223 t/m 228, 230 t/m 247, 261a en b, 337, 340 t/m 344.

zaken die tot het 'filigrein' van een regeling behoren en tekortkomingen op dit punt hebben vaak veel minder grote gevolgen dan bijvoorbeeld tekortkomingen op het terrein van de bevoegdheidsgrondslag van een regeling. Geheel gevolgenloos zijn defecten op dit terrein, meestal in de vorm van niet-naleving van wetstechnische aanwijzingen, niet. De nota Wkb wijst in dit verband op het belang van harmonisatie en de mogelijke gevolgen die niet-naleving van de wetstechnische aanwijzingen uiteindelijk teweeg kan brengen voor de handhaafbaarheid.³⁰

Het is in dat verband opmerkelijk te noemen dat nagenoeg alle dossiers minstens op een of meerdere punten afwijkingen van de Aanwijzingen laten zien en dat er gemiddeld genomen ook vaak en veel van de Aanwijzingen wordt afgeweken.³¹

6. Zorgen over ministeriële regelingen

Wat is nu de betekenis van dit alles? Loopt het wel los, of moeten we ons zorgen maken over de kwaliteit van ministeriële regelingen en kunnen we de schemerzone niet langer laten bestaan? De uiteindelijke conclusie over de kwaliteit van ministeriële regeling kan, op basis van de indicaties die het door ons uitgevoerde onderzoek geeft, niet positief zijn. In de groep die aan een detailstudie werd onderworpen, werden veel afwijkingen van de kwaliteitseisen die de Aanwijzingen aanleggen, geconstateerd. Die afwijkingen zijn frequent, al zijn ze dan niet allemaal van eenzelfde orde. Nagenoeg alle onderzochte dossiers bevatten afwijkingen van de Aanwijzingen.

Daartussen zitten een substantieel aantal afwijkingen die verontrustend zijn, zoals in het geval van die regelingen waarvoor de bevoegdheidsgrondslag dubieus of niet aanwezig is. Bij dergelijke defecten staat niet alleen de verbindendheid van de regeling ter discussie, ook de geloofwaardigheid van de wetgever staat gedeeltelijk op het spel. Dat bij 4 van de 26 aselect gekozen dossiers vragen rijzen op het terrein van de bevoegdheidsgrondslag is dan ook een serieus teken aan de wand. Daarnaast roepen ook de zeer ruime bevoegdheidstoeken-

ningen met name in de subsidiekaderwetten vragen op naar de zin van dergelijke brede wettelijke grondslagen.

Wat minder ernstig, maar niet zonder mogelijke gevolgen, is ook het dikwijls aangetroffen gebrek aan enigerlei inhoudelijke vorm van verantwoording van de regeling in de toelichting. Die praktijk is niet alleen niet aanwijzingconform, maar baart ook zorgen vanuit een oogpunt van kwaliteit van regelgeving. Dat geen weergave van afwegingen op dat punt wordt aangetroffen, kan ook betekenen dat er geen aandacht aan is besteed met alle mogelijke gevolgen van dien. Verder is – door die wijze van toelichten – in het kader van de interpretatie van de regeling ook niet te achterhalen wat de achtergronden of motieven van de regeling zijn geweest.

Ook de geconstateerde afwijkingen van de meer wetstechnische Aanwijzingen stemmen tot nadenken, zij het dat deze afwijkingen vaak minder ernstige gevolgen zullen hebben. Dergelijke afwijkingen kunnen leiden tot gebruikersonvriendelijke regelingen, disharmonie en uiteindelijk ook interpretatieverschillen en problemen bij de handhaving van regelingen, waarop ook wordt gewezen in de nota Wkb.

Ons afrondende oordeel is dan ook dat bij het ontwerpen en vaststellen van de ministeriële regelingen te vaak door de departementen van de kwaliteitseisen uit de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt afgeweken. In een aantal gevallen gebeurt dat met mogelijk ingrijpende consequenties, zoals onverbindendheid van de regeling.

7. Remedies

Tegelijkertijd met het uitbrengen van het onderzoeksrapport hebben we een voorzet gegeven voor een aantal mogelijke oplossingen voor de geconstateerde problemen. Wij hebben in ons rapport diverse aanbevelingen gedaan, zowel op het organisatorische vlak als ten aanzien van het wetgevingsbeleid en de uitbreiding van de wetstechnische aanwijzingen. Wij beperken ons hier tot enkele voorname zaken.

30. Zie nota Wkb, p. 22.

31. Zie Voermans & Eijlander, *Onderzoek kwaliteit van ministeriële regelingen*, p. 4 e.v.

De belangrijkste suggestie daarbij is wel dat er meer onderzoek nodig is naar de totstandkoming en de kwaliteit van ministeriële regelingen. Er dient meer licht te komen in het schemerduister.

Op het organisatorische vlak valt wellicht te overwegen om in het kader van de juridische kwaliteitszorg en -borging voor ieder departement een departementaal kwaliteitscoördinatiepunt voor ministeriële regelingen op te zetten dat garandeert dat er een laatste – juridische en wetgevingstechnische – blik op ministeriële regelingen wordt geworpen alvorens zij in de *Staatscourant* worden geplaatst. Voor de hand ligt om de verantwoordelijkheid voor een dergelijke laatste inhoudelijke toets op de regelingen te beleggen bij de centrale wetgevingsdirecties van de departementen.

De vraag kan worden gesteld of we verder zouden moeten gaan met een kritische (externe) beoordeling van de kwaliteit van ministeriële regelingen. Zo is het denkbaar om de wetgevingstoetsing door het ministerie van Justitie uit te breiden tot ministeriële regelingen. En reeds in 1961 is bepleit om de advisering door de Raad van State zich te laten uitstrekken tot alle op het niveau van de centrale overheid vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.³² Dit lijkt ons niet de goede weg. Nog afgezien van de aanzienlijke organisatorische en financiële gevolgen van een dergelijke uitbreiding van de adviserende en toetsende taken van de Raad van State en Justitie wijzen wij op het gevaar

van een toenemend gebruik van regelingen voor onderwerpen waarvoor ze niet bedoeld zijn. Daarvoor zou juist een rechtvaardiging kunnen worden gevonden in de verzwaaring van de procedure. Het paard wordt dan achter de wagen gespannen.

Om oneigenlijk gebruik van de ministeriële regeling tegen te gaan is een kritische beoordeling van delegatiebepalingen in wetten (in formele zin) en algemene maatregelen van bestuur blijvend van belang. Dat kan immers de bron van het kwaad zijn. Met name de bepalingen die met de formule 'bij of krachtens algemene maatregel van bestuur' subdelegatie van de regering naar de minister mogelijk maken, zullen zeer kritisch beoordeeld en bejegend moeten worden. In dat verband is ook de advisering door de Raad van State op dat punt relevant.

Voorts zijn uiteraard ook de voorlichting over en opleiding in het gebruik van regelingsinstrumenten en de naleving van de geldende Aanwijzingen voor de regelgeving blijvend noodzakelijk.

Een gedachte is ook om in het kader van de wetgevingsvisitatie het punt van de totstandkoming en de kwaliteit van ministeriële regelingen eens goed te belichten.

Ten slotte zouden departementen er goed aan doen hun regelingen op eigen initiatief na te lopen op het element deugdelijkheid van de grondslag en verbindendheid om niet in de voorzienbare toekomst met problemen te worden geconfronteerd.

32. Zie daarover het preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland van T.C. Borman, *De wetgevingsadviesing door de Raad van State in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 31.