

Objets trouvés

Een kijkje in de keuken van de wetgevingsadvisering door de Raad van State in België en Nederland

1. De Raad van State in de etalage

De Raad van State heeft een lange traditie in ons staatsbestel, met wortels die terugvoeren tot in 1531 en zelfs verder.¹ Die traditie van besloten advisering aan Vorst of regering heeft altijd een bepaalde mate van 'geheimzinnigheid' in het functioneren van de Raad meegebracht.² De adviezen die de Raad over bestuursgeschillen en voorgenomen wetgeving uitbrengt, waren tot voor kort bijvoorbeeld niet bedoeld voor iedereen, maar strekten er vooral toe tot 1848 de Koning en later de regering – in vertrouwelijkheid – te adviseren. Sinds 1980 is daar gedeeltelijk verandering in gekomen door de verplichte openbaarmaking van de adviezen op grond van artikel 25a van de Wet op de Raad van State. Het tijdstip van openbaarmaking draagt echter nog steeds sporen van de oude bedoeling waarbij de adviezen van de Raad in de eerste plaats de discussie tussen de Raad en de regering dienen.³ De openbaarmakingsverplichting in 1980 heeft echter wel een

onomkeerbaar proces in gang gezet. De Raad treedt de laatste jaren steeds meer naar voren en geeft steeds meer blijk van een behoefte aan openheid en transparantie ten aanzien van het eigen functioneren. Zo maakte de Raad in het jaarverslag van 1998 voor het eerst de toetsingsmaatstaven die hij hanteert bij de wetgevingsadvisering openbaar en is er een duidelijke behoefte om te communiceren met de regering over zaken die het algemene wetgevingsbeleid betreffen.⁴ Opvallend in dat verband zijn ook de opmerkingen die in de jaarverslagen van 1999 en 2000 worden gemaakt over de kwaliteit van wetgeving en het systeem van de eigen jurisprudentie. En sinds kort heeft de Raad zelfs een eigen website...⁵

2. Hernieuwde interesse in het werk van de Nederlandse Raad van State

Mede ten gevolge van deze nieuwe openheid bij de Raad van State lijkt ook de (wetenschappelijke) interesse in het werk

* Dr. W. Voermans is hoofddocent wetgevingsvraagstukken aan de Katholieke Universiteit Brabant en redacteur van *RegelMaat*. Mr. M.M. Bense is werkzaam als wetgevingsjurist bij de Raad van State.

1. Toen keizer Karel V op 1 oktober 1531 de Raad van State voor de Nederlanden instelde als Conseil d'Etat, sloot hij aan bij een lang bestaande traditie waarin vorsten zich bij deden staan door een zogenoemde curia regis. Zie voor de geschiedenis van de Raad van State ook de website van de Raad onder het item 'Wat is de geschiedenis van de Raad van State?'
2. Zie hierover ook E.C.M. Jurgens, 'Willen wij eigenlijk wel goede wetgeving', *RegelMaat* 1999, p. 211-223.
3. De adviezen over een wetsvoorstel en het nader rapport worden gelijktijdig openbaar gemaakt. Het is daarmee een verslag van de discussie tussen de Raad en de regering over het wetsvoorstel en niet een zelfstandige openbaarmaking van een advies dat zich in eerste instantie richt tot alle wetgevingsactoren. Zie ook H. Koning, 'Geheimzinnigheid rond de adviezen van de Raad van State', *NJB* 1993, p. 1085-1087.
4. Zie onder andere de in het Jaarverslag van de Raad van State van 1999 geuite behoefte van de Raad om jaarlijks aan de hand van de uitgebrachte adviezen met de ministers of staatssecretarissen te overleggen over de inhoud en het tempo van de advisering, de kwaliteit van de departementale wetgeving en de planning van hetgeen in het komende jaar aan de raad zal worden voorgelegd. Raad van State, *Jaarverslag 1999*, Den Haag 1999, p. 22.
5. En nog een mooie ook: www.raadvanstate.nl.

van de Raad van State, zeker op het terrein van de wetgevingsadviesing, te zijn toegenomen.⁶ In wat we tot nog toe wisten over het wetgevingsweik van de Raad lag – zeker in de literatuur – een grote nadruk op de procedure van de wetgevingsadviesing en de institutionele en organisatorische aspecten van het werk van de Raad. De inhoud van de adviezen kwam slechts een enkele keer aan bod.⁷ Daarin lijkt nu een kentering opgetreden. De bekendmaking van de kwaliteitsmaatstaven van de Raad maakt benieuwd naar het systeem van de wetgevingsadviesing en de lijnen die uit de legisprudentie (i.e. de verzameling van wetgevingsadviezen) zijn te destilleren. Daaruit zou de meerjarige indruk van de Raad ten aanzien van de kwaliteit en betekenis van wetgeving te lezen zijn. Weliswaar valt nu uit de Jaarverslagen binnen één verslagjaar af te leiden welke de legisprudentielijn is voor dat jaar, maar een systematisering van de legisprudentie over de jaren heen is er niet.⁸ Een deeglijke systematisering is zowel voor de wetgevingspraktijk als de wetgevingswetenschap van groot belang. De kennis die de Raad gebruikt bij de adviesing wordt daardoor zichtbaar, voorzienbaar en communiceerbaar. In België is er om die reden de afgelopen jaren onder leiding van J. Velaers een groot project uitgevoerd om de wetgevingsadviezen van de – veel jongere – Belgische Raad van State te onderzoeken en te systematiseren. De publicatie van het livijge onderzoeksrapport is niet alleen voor de Belgische Raad van State van betekenis geweest, maar ook voor veel andere wetgevingsactoren en de wetenschap.⁹

3. Preadviezen over wetgevingsadviesing in Nederland en België

Borman

Een van de eerste pogingen tot een dergelijke systematisering van de legisprudentie van de Nedeilandse Raad van State is aan te treffen in het preadvies van Tim Borman, *De wetgevingsadviesing door de Raad van State in Nederland*, dat hij bezorgde voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (VVRSVBN).¹⁰ Evenals Velaers – die gelijktijdig voor de VVRSVBN preadvieseerde over de wetgevingsadviesing door de Raad van State in België – onderzoekt Borman in zijn preadvies de plaats, betekenis en inhoud van de wetgevingsadviesing in eigen land. Dat gebeurt niet in de werkelijke zin van het woord rechtsvergelijkend. Borman beschrijft de Nederlandse situatie en Velaers de Belgische en – zoals te doen gebruikelijk – wordt het vergelijkende aspect aan de vergadering van de vereniging met de lange naam overgelaten. Dat doet echter aan de kwaliteit van de preadviezen geenszins af. Dat van Borman is met afstand de meest omvattende en systematische studie naar de positie, functie en inhoud van de wetgevingsadviesing door de Raad van State in Nederland van de afgelopen jaren. In zes hoofdstukken worden parallel aan het preadvies van Velaers ten eerste de plaats van de wetgevingsadviesing in het Nederlandse rechtssysteem behandeld (hoofdstuk 1), vervolgens het object van de wetgevingsadviesing (hoofdstuk 2), de inhoud van de adviezen (hoofdstuk 3), de procedurele aspecten van de adviesing (hoofdstuk 4), de vraag of de adviezen ook worden opgevolgd (hoofdstuk 5) en tot slot voorstellen tot verbetering (hoofdstuk 6). Het accent in Bormans preadvies ligt – niet zo ver-

6 Zie onder andere WA van den Berg e a., *De Raad van State – Een stand van zaken*, Deventer WEJ Tjeenk Willink 1997, en de special van *RegelMaat* die gewijd was aan de Raad van State, 1996, afl. 6.

7 Onder andere in de rubriek Legisprudentie die *RegelMaat* al enige tijd kent.

8 Zie hierover ook Wim Voermans, 'Een lerende wetgever?', *RegelMaat* 2000, p. 253-254.

9 Zie J. Velaers, *De grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving – Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitraghof*, Antwerpen Maklu 1999 en J. Velaers, 'Het preventieve grondwettigheidstoezicht van de Raad van State in het raam van de kwaliteitszorg voor wetgeving', in P. Popelier & M. Adams (red.), *Wie waakt er over de kwaliteit van de wet?*, Antwerpen/Groningen 2000, p. 227 e v.

10 Uitgegeven door Tjeenk Willink, Deventer 2000.

wonderlijk nu hij zich voornamelijk heeft moeten baseren op bestaand onderzoek en bestaande bronnen – op de procedurele en institutionele aspecten van de wetgevingsadvisering. Echter met name wat Borman meldt over de inhoud van de adviezen in hoofdstuk 3 en de vraag of de adviezen ook worden opgevolgd, is niet alleen interessant, maar ook betrekkelijk nieuw. Om maar direct met het laatste te beginnen: in Nederland hebben we meer dan 150 jaar een Hoog College van Staat aan het werk op het terrein van de wetgevingsadvisering, maar we hebben alleen maar een globale notie over de vraag of de adviezen van de Raad ook worden opgevolgd, laat staan dat er veel bekend is over de vraag wat voor soort opmerkingen nu wel en welke niet worden overgenomen en waarom. Wel is er tussen 1980 en 1984 door iemand uit de kringen van de Raad zelf een klein onderzoek uitgevoerd¹¹ en heeft de Rekenkamer in 1994¹² een betrekkelijk gering aantal wetsvoorstellen bekeken op dit punt, maar van gedegen empirisch onderzoek is geen sprake. Volgens Borman ligt er hier een belangrijk onderzoeksterrein braak. Toch, en dat is mooi, volstaat Borman niet met een dergelijke verzuchting. Hij zoekt wat verder en komt op basis van wat hij weet uit de Jaarverslagen van de Raad van State tot de indruk dat fundamentele kritiek in het kader van de beleidstoetsing minder snel wordt gevolgd dan de opmerkingen die worden gemaakt in het kader van de juridische of de wetgevingstechnische toetsing. Dat lijkt nu niet zo'n opzienbarende conclusie, maar Borman verbindt deze indicatie met een andere – zeer onderzoekswaardige – indruk en dat is dat indien de Raad van State kritiek heeft op een onderdeel van een (wets)voorstel dat rechtstreekse uitvoering geeft aan het regeerakkoord, de kans dat 's Raads kritiek wordt gevolgd tot nul naderd¹³. De vraag is dan – indien dat zo is – of advisering in dergelijke gevallen nog wel zinrijk is.

Ook hoofdstuk 3 van Bormans preadvies is (overigens net als de andere hoofdstukken) zeer de moeite waard. Hij behandelt daarin het toetsingskader dat de Raad aanlegt bij de wetgevingsadvisering. Dat kader bestaat uit drie vormen van toetsing, te weten de beleidstoetsing,¹⁴ de juridische toetsing en de wetgevingstechnische toetsing. Deze drie toetsingselementen komen ook steeds als zodanig terug in de legisprudentieoverzichten van de jaarverslagen van de Raad sinds 1998. Ook op dit punt moet Borman zich baseren op datgene wat er uit openbare bronnen te putten valt. Daaruit valt af te leiden dat de Raad veel doet aan juridische vorsing bij de advisering. Deze toetsing is veel minder omstreken dan die van de beleids- of beleidstechnische toetsing die de Raad ook nogal eens in het vaarwater van politieke keuzen kan brengen. Vooral bij de wetgevingstoetsing in juridische zin lijkt het effect van de adviezen van de Raad wel wat op die van de adviezen van een constitutioneel hof. Zelf wil de Raad wat minder inzetten op de wetgevingstechnische toetsing. Het college beschouwt zich niet als de 'kruimeldief' van de departementen. Overigens vindt Borman dat *dédain* voor de wetgevingstechnische toetsing niet op zijn plaats en ziet, in de eigen ervaring, ook niet dat het aandeel van de wetgevingstechnische toetsing in de adviezen terugloopt. Wel is hij een warm pleitbezorger voor de werkwijze waarbij de Raad van State bij de wetgevingsadvisering meer refereert aan de *Aanwijzingen voor de regelgeving*. Dat gebeurt nu al vaak bij de wetgevingstechnische toetsing. Deze wijze van werken geeft de mogelijkheid om, net zoals dat bij jurisprudentie bij wetsartikelen al het geval is, per aanwijzing een 'legisprudentie' op te bouwen. Dat is zeker een goed idee, maar hier dreigt wel een beetje een 'boven-onder'-kwestie. Zou de Raad wat al te driftig verwijzen, dan zou snel het misverstand kunnen postvatten dat de toets van de Raad in dit verband niet

11 Zie R.E. Bakker, 'De reactie van de regering en de Tweede Kamer op de wetgevingsadvisering door de Raad van State', *RegelMaat* 1986, p. 124 e.v.

12 Algemeen Rekenkamer, Wetgeving organisatie, proces en produkt, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 710, m. 2.

13 Zie Bormans preadvies, *De wetgevingsadvisering door de Raad van State in Nederland*, p. 104.

14 De term beleidstoetsing is wat ongelukkig, kort gezegd worden hierbij nut en noodzaak van het wetsvoorstel of ontwerpbesluit gezien het op te lossen probleem getoetst.

meer is dan een toetsing aan de *Aanwijzingen*, waaraan de Raad, dat weten we, niet gebonden is. Voor wetgevingstechnische punten deert dat niet, maar bij de juridische en beleidstechnische toets is dat preciezer. Daar zal de Raad – terecht – een heel eigen gezicht willen houden. Wellicht dat de stijl waarmee in de adviezen naar de *Aanwijzingen* wordt verwezen dit bezwaar kan ondervangen. Nog mooier is natuurlijk dat de Raad werk gaat maken van de uitbouw en publicatie van de eigen legisprudentie, die als systeem zelfstandig staat en spreekt naast de *Aanwijzingen voor de regelgeving*.

In het kader van deze bespreking kunnen maar enkele hoogtepunten uit Bormans preadvies worden aangestipt, maar een hoogst enkele van de prikkelende verbetervoorstellen willen we u toch niet onthouden. Zo beveelt Borman aan om ook de oorspronkelijke ontwerpen en nader rapporten over algemene maatregelen van bestuur op internet te publiceren. Ook zouden de bij de Raad ter advisering voorgelegde wetsvoorstellen onmiddellijk moeten worden gepubliceerd, evenals de adviezen zelf, voordat het nader rapport er is. Daar profiteert de openbare discussie van en het verstevigt de positie van de adviezen van de Raad. Overigens lijken ons dit geen voorstellen van louter technisch-organisatorische aard, zoals Borman beweert, maar wel degelijk vraagstukken met een aantal principiële kantjes.¹⁵ Over het tijdstip van de wetgevingsadvisering wil Borman niet veel meer kwijt dan dat hij in de huidige verhoudingen geen mogelijkheden tot vervroeging ziet. Wel heel interessant is dat hij pleitbezorger is voor een nieuwe rol van de Raad bij de wetgevingsadvisering, door de Raad een functie toe te kennen bij de evaluatie van de effectiviteit van wetgeving. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door in het jaarverslag een ‘Staat van de wetgeving’ op te nemen, aan de hand waarvan een debat zou kunnen worden gevoerd tussen de Kamer en de regering over – bijvoorbeeld – aspecten van het algemeen wetgevingsbeleid. Meer in het algemeen is Borman een pleitbezorger

voor meer communicatie, contact en discussie tussen de Raad van State en de ministeries. Vooral op het terrein van het uitbouwen van wetgevingsbeleid, toetsingspunten voor wetgeving en wetgevingskwaliteit en onderzoek naar algemene wetgevingsvraagstukken wil Borman de Raad en ministeries samen aan tafel. Daarin heeft hij, voorzover wij kunnen overzien, het grootste gelijk.

Alleen maar lof voor Bormans preadvies? Zeker wel waar het betreft de grondigheid waarmee het onderzoek is aangepakt en de wijze waarop alle beschikbare literatuur is behandeld. Op een enkel punt zou je kunnen zeggen dat het preadvies eigenlijk ophoudt waar het werkelijk interessant wordt. Dan betreft het de vraag naar de werkelijke praktijk van al of niet opvolging van ’s Raads adviezen, de precieze lijnen in de legisprudentie en de diepere principiële discussies over de positie van de Raad. Wat is precies de meerwaarde van de wetgevingsadvisering door de Raad naast de wetgevingstoetsing van de departementen zelf? Moeten de adviezen van de Raad niet een meer bindend karakter krijgen? Aan vragen als deze komt Borman niet toe en dat is natuurlijk ook omdat werkelijk empirisch materiaal vaak nog ontbreekt. Wellicht een idee om op basis van dit preadvies het onderzoek nog een etage hoger te tillen en het uit te werken in de vorm van een boek.

Velaers

Zo’n boek is door Velaers al geschreven. In 1999 publiceerde hij, samen met een team van onderzoekers, een boek getiteld *De grondwet en de Raad van State, afdeling Wetgeving – Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*. In dat boek worden de adviezen van de Belgische Raad van State – die met 53 jaar heel wat jonger is dan de Nederlandse Raad van State – systematisch onderzocht en zo weten we ook dat in België 56% van de adviezen wordt opgevolgd (dit als gemiddelde). De Belgische Raad van State is bij de wet van 23 december 1946 *opgericht* als een rechtspre-

15 De Minister van BZK heeft in een brief van 31 oktober 2000 van de Tweede Kamer laten weten het huidige openbaarheidsregime te willen handhaven. Het proces van interne besluitvorming van het kabinet komt zich niet voor openbaarmaking tijdens het proces.

kend college buiten de rechterlijke macht. De belangrijkste taken van de Raad zijn het schorsen van de tenuitvoerlegging en het vernietigen van administratieve handelingen (individuele rechtshandelingen en reglementen) die strijdig zijn met de geldende rechtsregels en het adviseren van verschillende wetgevingssactoren op wetgevend en reglementair gebied. Over de ingestelde vorderingen doet de Raad van State uitspraak bij wege van arresten.

We zullen hier niet ingaan op alle bijzondere aspecten van (het werk van) de Belgische Raad van State, die, al lijkt hij op het eerste gezicht wel wat op de Nederlandse Raad, toch sterk verschilt in opzet en – vooral – betekenis binnen de constitutionele verhoudingen. Vooral de relatie van het advieswerk van de Belgische Raad van State ten opzichte van het Belgische Arbitragehof is zonder equivalent in de Nederlandse verhoudingen.

Velaers volgt bij de behandeling van de Belgische Raad van State hetzelfde schema als Borman. Opmerkelijk is overigens wel dat, net als bij de Nederlandse Raad van State het geval lijkt te zijn, adviezen die betrekking hebben op politieke akkoorden over belangrijke beleidskwesties vaker niet worden opgevolgd dan andere adviezen. Ook in België zijn het de adviezen over de conformiteit met internationale verdragen, rechtmatigheid en technische kwesties die de beste papieren hebben om te worden opgevolgd. Verder is een probleem bij de opvolging van de adviezen dat de Belgische Raad van State nogal eens in een tijdperk wordt gezet die in de Nederlandse verhoudingen ondenkbaar zou zijn. Van werkelijke advisering kan dan gezien de tijd die er is om te adviseren, nauwelijks nog sprake zijn. Ook de praktijk waarbij de regering via een – aan het parlement toegestuurd en apart voor dat doel gevraagd – rapport van een commissie van deskundigen de adviezen van de Raad van State tracht te weerleggen, legt de bijl aan de wortel van de effectiviteit en het gezag van de adviezen van de Raad. Uit deze door Velaers gesignaleerde ontwikkelingen blijkt onder andere dat de Belgische Raad van State veel minder vaste grond onder de voeten heeft dan de Nederlandse.

Het toetsingskader dat de Belgische Raad van State hanteert bij de wetgevingsadvisering wordt gevormd door een toets op de wettigheid,¹⁵ en de vraag of een voorstel in overeenstemming is met het hoger recht, de inpasbaarheid, dat wil zeggen de vraag of het voorstel 'past' binnen het rechtssysteem in termen van consistentie en harmonisatie, leesbaarheid, en dan met name leesbaarheid gekoppeld aan toegankelijkheid, overeenstemming met de beginselen van behoorlijke wetgeving en legislatieve technieken. De twee laatste toetsingselementen duiken pas meer recent op in de adviezen van de Belgische Raad van State.

4. De discussie over de preadviezen

In de discussie binnen de vereniging met de lange naam kwamen vooral verschillen aan het licht. De Belgische Raad brengt veel meer adviezen uit dan de Nederlandse, omdat die Raad met acht regeringen en parlementen te maken heeft en over alle reglementaire besluiten inclusief ministeriele regelingen adviseert. Anders dan de Belgische Raad adviseert de Nederlandse Raad wel over grondwetswijzigingen en niet over ministeriele regelingen. De aanwezigheid van het er over eens dat de adviesbevoegdheid van de Raad niet moet worden uitgebreid, wel vinden de Nederlandse leden met Borman dat de Raad meer zou moeten worden ingeschakeld bij ingrijpende nota's van wijziging en ook bij ingrijpende amendementen. De regeling van de spoedprocedure is in beide landen bevredigend. Van problemen bij de toepassing daarvan zoals in België is bij ons geen sprake. In België ontbreekt nog een algemene regeling voor openbaarmaking van alle adviezen van de Raad, in Nederland zijn er nog slechts verbeteringen aan te brengen in de wijze van openbaarmaking. De adviezen zouden ook toegankelijk moeten zijn, liefst op internet, met een systematische index en zoekfuncties. Overigens is de Nederlandse Raad wel van plan zijn documentatiesysteem Radolex open te stellen, zodra dat automatiseringstechnisch mogelijk is.¹⁶ Ten slotte kwam de dialoog tussen Raad van State en regering aan de orde. De Belgen benijden

16 Dit gebeurt medio november 2001.

ons om de systematische reactie van de regering op het advies van de Raad in de vorm van een nader rapport Borman pleitte ervoor dat de wettelijke mogelijkheden – het verschaffen van inlichtingen door ministers aan de Raad, beraadslaging op verzoek van de Raad of van de betrokken minister over nog uit te biengen adviezen – beter worden benut Alle aanwezigen ondersteunen de dialoog tussen Raad en regering, of die dialoog nu op structurele of incidentele wijze, formeel of informeel, plaatsvindt Hierbij moet – uiteraard – worden gewaakt voor de onafhankelijkheid van de Raad en is onderscheid noodzakelijk tussen algemeen wetgevingsbeleid en specifieke adviezen

5. Tot besluit

De preadviezen en de daaropvolgende discussie maken duidelijk dat de VVRSVBN andermaal gelukkig is geweest in de keuze

van het onderwerp In een betrekkelijk kort bestek is de wetgevingsadvisering door de Raad van State in Nederland en België grondig doorgevorst met hier en daar verrassende resultaten Al eerder merkten we op dat van werkelijke rechtsvergelijking in de preadviezen als zodanig geen sprake is Er liggen twee landenstudies die het aan de lezer laten daaruit de vergelijkende conclusies te trekken In het geval van de preadviezen over de wetgevingsadvisering is deze neutrale benadering eerder een voordeel dan een nadeel De studies vermenen zich niet in het benadrukken van verschillen en overeenkomsten, maar graven juist daardoor dieper Zeker voor Nederland – de situatie die wij het best kunnen overzien – is daarmee grote winst bereikt op het terrein van inzicht in en systematisering van de wetgevingsadviezen van de Raad van State Eerste schreden op een weg die, naar ons oordeel, zeker de moeite waard is om verder af te lopen