

Beeld en werkelijkheid: een analyse van de adviezen van de Raad van State mr M.Tj. Bouwes¹

1. Inleiding

Wat kwaliteit van wetgeving is, is niet zo eenvoudig aan te geven. Voor de regering zal dat vooral zijn het bereiken van politiek bepaalde doelen en dan bij voorkeur op zo kort mogelijke termijn. Voor burgers en bedrijven zal van belang zijn dat men niet onnodig belast wordt, in zijn rechten wordt beschermd of dat de wet eenvoudig kan worden toegepast. Een rechter wil duidelijke wetten die rechtmatig zijn en voldoende ruimte laten om recht te doen in het concrete geval.

Uitvoeringsorganen willen uitvoerbare regelgeving. Het gaat dus om effectieve wetgeving die uitvoerbaar is, duidelijk, rechtmatig, niet nodeloos beperkend en eenvoudig te begrijpen.

Voor de wetgevingsjurist die met de voorbereiding van nieuwe wetgeving is belast, is kwaliteit min of meer een amalgaam van alle eisen die de verschillende partijen aan wetgeving stellen. Een voorstel moet voldoen aan de politiek of beleidsmatig bepaalde doelen, uitvoerbaar zijn, rechtmatig, in begrijpelijke taal gesteld zijn en voldoen aan de algemeen gehanteerde eisen van presentatie en inrichting. Daarbij moet er een toelichting op het voorstel worden gegeven die het parlement in staat stelt het voorstel te beoordelen en zo nodig te amenderen. Een wetgevingsjurist zal bovendien een voorstel zo inrichten dat een soepele parlementaire behandeling wordt bevorderd. In toenemende mate wordt ook snelheid van voorbereiding en inwerkingtreding als zwaarwegende kwaliteitseis gesteld. Betrokkenheid van belanghebbenden door openbaarheid van het voorbereidingsproces en door consultatie is een nieuwe loot aan de stam van kwaliteit.

Omdat eisen en verwachtingen van de deelnemers aan het wetgevingsproces en van de gebruikers van het eindproduct verschillen is het niet eenvoudig te meten wanneer een wet kwalitatief goed is. Evaluatie is een middel om de werking in de praktijk ("ex post") vast te stellen.² Uitvoerbaarheid en de handhaving in de praktijk kan men meten door uitvoerders, toezichthoudende autoriteiten en het handhavend apparaat te bevragen. In rechterlijke uitspraken kan de rechtmatigheid van wet- en regelgeving voorwerp van onderzoek zijn. Maar de wetgevingsjurist zal ook vooraf willen kunnen inschatten of het voorstel kwalitatief aan de maat is, dus voldoet aan de algemeen geldende eisen van wetgeving, en hoe de politieke, maatschappelijke en juridische ontvangst zal zijn. De adviezen van de afdeling advisering van de Raad van State zijn een goede maatstaf voor de kwaliteit en geven een indicatie van de thema's die in het parlementaire debat zullen kunnen spelen. Uit de adviezen is af te leiden of gemaakte beleidskeuzes overtuigend zijn verantwoord, het voorstel juridisch aan de

¹ Deze bijdrage is een door mr M. Tj. Bouwes bewerkte versie van een analyse van wetgevingsadviezen van de afdeling advisering van de Raad van State over 2013 van de interdepartementale werkgroep Kwaliteitsplatform juridische functie Rijk. De werkgroep stelt jaarlijks een kwaliteitsrapportage op voor vijf producten van de centrale directies van de ministeries (wet- en regelgeving, bestuurlijk juridisch advies, besluiten, behandeling van geschillen en convenanten/overeenkomsten). In deze bijdragen zijn ook de gepubliceerde adviezen van de afdeling advisering tot midden 2014 meegenomen.

² Zie over evaluatie van wetgeving G.J. Veerman m.m.v. R.J. Mulder en E.S.M. Meijnsing, *Een empathische wetgever, meta-evaluatie van empirisch onderzoek naar de werking van wetten*, SDU Uitgevers 2013. Een van de conclusies van deze meta-evaluatie is overigens (a) dat wetten in zeer behoorlijke mate worden nageleefd en (b) dat wetten in vrijwel alle gevallen wel in enige mate het gewenste doel naderbij brengen (p. 115).

maat is, de grondwettelijke en Europeesrechtelijke toets kan doorstaan en voldoet aan algemene kwaliteitseisen die voortvloeien uit de Aanwijzingen voor de regelgeving of breed gedragen standpunten van algemeen wetgevingsbeleid. Ook zullen de “negatieve” adviezen door de openbaarheid ervan de publieke beoordeling van een voorstel kleuren. Inzicht in de advisering door de afdeling kan bijdragen aan betere voorstellen en beter onderbouwde voorstellen.³

Als hulpmiddel voor wetgevingsjuristen en beleidsmedewerkers die betrokken zijn bij de opstelling en toetsing van wetgeving is daarom een analyse gemaakt van de wetgevingsadviezen van de afdeling advisering van de Raad van State. In deze analyse zijn alle in 2013 gepubliceerde adviezen betrokken. In enkele gevallen wordt verwezen naar adviezen uit 2014 als zij nog een beter inzicht geven in de gedachtegang van de afdeling advisering. Het onderzoek richtte zich op een aantal terugkerende en voor alle ministeries relevante thema’s van wetgevingsbeleid. Er is niet onderzocht in welke gevallen de afdeling “conform” of anderszins heeft geadviseerd. Er is evenmin statistisch onderzoek verricht naar advies- of reactietermijnen of in hoeveel gevallen het advies van de afdeling is gevolgd. Van het laatste wordt bij de weergave van de adviezen wel een indicatie gegeven omdat op die wijze duidelijker wordt of de adviezen van de afdeling voor de departementen bruikbaar zijn.

De analyse is met een andere opzet een vervolg op een onderzoek van de sector wetgevingskwaliteitsbeleid van het ministerie van Justitie uit 2012 naar de negatieve dicta van de afdeling van de wetsvoorstellen van het kabinet Rutte I dat in een Actualiteitenbijeenkomst van de Academie voor wetgeving is gepresenteerd. Het onderzoek richtte zich op de vraag in hoeverre juist was de stelling in de media en van commentatoren dat het kabinet Rutte I meer negatieve adviezen van de Raad van State kreeg dan voorstellen van het kabinet Balkenende IV. Dat verschil zou dan vooral gelegen zijn in het feit dat wetsvoorstellen van dat kabinet vaker grondrechten of mensenrechten zouden schenden. Het onderzoek vond voor de veronderstelde toename van negatieve adviezen geen bevestiging. Grondrechten of het EVRM speelde bij slechts acht van de 57 negatieve adviezen. Daarbij vroeg de afdeling vaak om een betere motivering waarom een beperking van grondrechten gerechtvaardigd was. Ook uit de onderhavige analyse van de adviezen blijkt dat de onderbouwing van het voorstel naar het oordeel van de afdeling vaak beter kan.

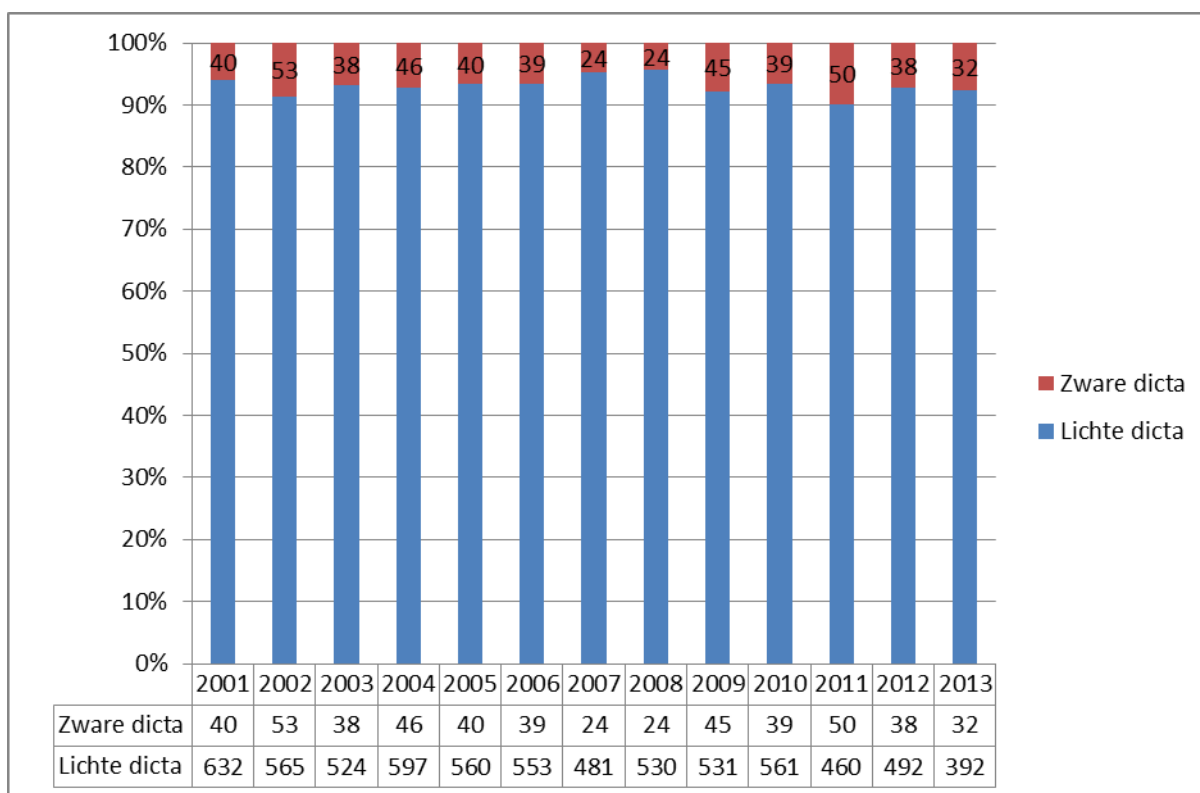
In 2003 heeft de Universiteit Maastricht op verzoek van het ministerie van Justitie onderzoek verricht naar de adviezen van de Raad van State en onderzocht in hoeverre de Raad in de wetgevingsadvisering toetst aan de wetgevingskwaliteitseisen uit Zicht op wetgeving uit 1991. Conclusie van het onderzoek was dat de Raad de criteria van Zicht op wetgeving niet expliciet als uitgangspunt neemt. Er wordt nooit uitdrukkelijk naar verwezen, zij het dat de criteria soms letterlijk overeenkomen met de door de Raad zelf ontwikkelde criteria. De verklaring zou kunnen zijn de pragmatische werkwijze van de Raad. De adviezen zijn niet ingericht volgens een vaste systematiek en zijn niet vervat in termen van abstracte criteria. De adviezen zijn gericht op de casuïstiek van de

³ Zie over wetgevingskwaliteitseisen en de rol van de Raad van State S.E. Zijlstra (red), *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer 2012, p. 105-114, M. Oosting, *De betrekkelijke betekenis van de beleidsanalytische toets*, in *De Raad van State in perspectief*, p.266 en M. ten Hooven, *De beleidsanalytische toets, Het sprekend geweten*, in dezelfde bundel, p.275.

voorliggende regeling waarbij de Raad ingaat op (onderdelen van) de wettekst en memorie van toelichting.

Het onderzoek van de Universiteit Maastricht had als vertrekpunt de vraag in hoeverre de kwaliteitseisen uit Zicht op wetgeving te herkennen waren in de adviezen van de Raad van State. Deze analyse heeft als vertrekpunt welke eisen uit de adviezen zelf naar voren en in hoeverre aan die eisen in de aan de Raad voorgelegde voorstellen werd voldaan. In zoverre is deze analyse beter te vergelijken met het legisprudentieoverzicht in de jaarverslagen van de Raad, sinds 2012 in haar geheel te raadplegen in de digitale versie van zijn jaarverslag. Deze analyse wil inzicht te geven in de redeneerlijn van de afdeling op een aantal regelmatig in de adviezen terugkerende horizontale thema's.

De Raad pleegt in zijn jaarverslagen opgave te doen van de aantallen en percentages van de verschillende dicta. In het jaarverslag 2012 was dat niet gedaan, maar die gegevens zijn ons apart verstrekt. Ook voor 2013 is deze telling uitgevoerd. Men zou de dicta kunnen zien als een cijfer dat aan de kwaliteit van het wetsvoorstel of ontwerp-algemene maatregel van bestuur wordt gegeven. Uit de onderstaande overzichten blijkt dat het percentage zware dicta vrij constant is.



Adviezen verdeeld naar dictum per ministerie: 2012

ministerie	dictum 1 'conform'	dictum 2 'aandacht'	dictum 3 'rekening'	dictum 4 'niet dan nadat'	dictum 5 'niet aldus'	dictum 6 'niet'	% zwaar (=dicta 4 t/m 6)	Totaal aantal adviezen met dictum
Ministerie van AZ	3	2	3					8
Ministerie van BuZa	14	2	1					17
Ministerie van VenJ	35	3	41	7			8	86
Ministerie van BZK	42	3	15	4	2		9	66
Ministerie van OCW	17	3	11	4			11	35
Ministerie van Financiën	18	7	25	1			2	51
Ministerie van Defensie	3	1	1	1			17	6
Ministerie van SZW	23		22	5			10	50
Ministerie van VWS	31		10	2	2		9	45
Ministerie van I&M	73	5	26	4			4	108
Ministerie van EL&I	30	4	18	6			10	58
totaal	289	30	173	34	4		7	530

Adviezen verdeeld naar dictum per ministerie: 2013

ministerie	dictum 1 'conform'	dictum 2 'aandacht'	dictum 3 'rekening'	dictum 4 'niet dan nadat'	dictum 5 'niet aldus'	dictum 6 'niet'	% zwaar (=dicta 4 t/m 6)	Totaal aantal adviezen met dictum
Ministerie van AZ	5		1					6
Ministerie van BuZa	14	7						21
Ministerie van VenJ	35	8	20	7			10	70
Ministerie van BZK	33	8	16	6			10	63
Ministerie van OCW	18	2	4	3			11	27
Ministerie van Financiën	17	5	13	4	2		15	41
Ministerie van Defensie	5	2	1	0				8
Ministerie van SZW	17	2	9	3	1		13	32
Ministerie van VWS	17	3	13	3			8	36
Ministerie van I&M	65	2	27	1			1	95
Ministerie van EZ	12	2	9	2			8	25
totaal	238	41	113	29	3		8	424

2. *Delegatie*

Volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving geldt bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling moeten vinden en voor welke elementen delegatie is toegestaan, als richtsnoer het primaat van de wetgever. Bij de verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau bevat de wet ten minste de hoofdelementen (Aanwijzing 22). Hoofdelementen zijn in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen en veelal ook de voornaamste duurzame normen. Verder ook de grondslag voor vergunningen, voorschriften over rechtsbescherming, sancties, toezichts- en opsporingsbevoegdheden, rechten en verplichtingen van burgers onderling en financiële aanspraken jegens de overheid (Aanwijzing 24). Elke delegatie van regelgevende bevoegdheid dient in de delegerende regelgeving zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd. Voor de begrenzing kan worden gedacht aan het concretiseren van de omstandigheden waarin van de bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, van de te regelen onderwerpen en van de doeleinden waartoe de bevoegdheid mag worden gebruikt (Aanwijzing 25). Delegatie aan de minister wordt beperkt tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld (Aanwijzing 26).

In het advies over de Omgevingswet (33 962) plaatste de afdeling de keuze voor het niveau van regelgeving geheel in de sleutel van parlementaire democratie. Het vaststellen van algemene verbindende voorschriften door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk als wetgever, behoort volgens de afdeling tot een belangrijke verworvenheid van de parlementaire democratie in Nederland. Algemene verbindende voorschriften grijpen immers in in het dagelijkse leven van burgers en de activiteiten van bedrijven. Vanzelfsprekend kan het parlement niet bij de vaststelling van alle algemeen verbindende voorschriften worden betrokken. Veelal zal de bevoegdheid om bepaalde onderdelen van de wetgeving vast te stellen aan het bestuur moeten worden gedelegeerd. De essentie van een wettelijke regeling dient echter mede door het parlement te worden vastgesteld. Het gaat dan om de reikwijdte van de wet, de structurele elementen van een wettelijke regeling en de voornaamste duurzame normen. De verantwoordelijkheid van het parlement om de essentie van de wettelijke regeling vast te stellen brengt volgens de afdeling bovendien met zich dat de regelgevende bevoegdheid die de wetgever aan het bestuur delegeert, waar mogelijk wordt begrensd. Op deze wijze neemt het parlement medeverantwoordelijkheid voor de beslissing op grond van welk belang verplichtingen worden gesteld aan burgers, wat de globale inhoud is van deze verplichtingen, wat de materiële grenzen zijn van deze verplichtingen en welke instanties op grond van welke bevoegdheden de verplichtingen (eventueel) nader specificeren, uitvoeren en handhaven. Daarbij merkt de afdeling – wellicht ten overvloede – op dat een wet niet alleen als grondslag dient voor de instrumenten die de overheid kan inzetten om publieke belangen te verwezenlijken, maar ook de legitimatie en begrenzing vormt van de interventies van de overheid in de samenleving. Daarbij dient een evenwicht te worden gevonden tussen de noodzaak om ten behoeve van het publieke belang te interveniëren enerzijds en de rechten van de betrokken burgers anderzijds. De betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging is daarbij essentieel. Het totstandkomingsproces van de wet in formele zin dwingt volgens de afdeling bovendien tot een uitvoerige openbare behandeling en daardoor mogelijk tot een zorgvuldigere afweging.

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht in verband met het wettelijk regelen van de verbetertermijn voor zeer zwakke instellingen (33 796) merkte de afdeling op dat op grond van artikel 23 Grondwet bekostigingsvoorwaarden bij of krachtens de wet gesteld dienen te worden. Dit geldt te meer wanneer het niet voldoen aan bepaalde kwaliteitsmaatstaven leidt tot een zo ingrijpende maatregel als de beëindiging van de bekostiging. Gelet hierop zouden de normindicatoren, voor zover zij althans criteria vormen voor het inspectieoordeel dat sprake is van ernstig of langdurig tekortschietend onderwijs en daarmee ten grondslag liggen aan een mogelijke bekostigingsmaatregel, een formeel-wettelijke grondslag moeten hebben. De normindicatoren zelf zouden moeten worden vastgesteld op het niveau van een amvb, met inachtneming van de vrijheid van inrichting, de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze van de leermiddelen en de aanstelling van onderwijzers. In het nader rapport is opgemerkt dat de maatregel tot sluiting van een school niet gebaseerd is criteria van het toezichtkader, maar op deugdelijkheidseisen met een formeel-wettelijke grondslag.

De afdeling heeft herhaaldelijk gewezen op te ruime delegatiegrondslagen. Een in algemene termen gestelde stelling dat het gaat om uitvoeringsdetails is een onvoldoende dragende motivering voor regeling bij amvb als die onderwerpen aanzienlijke invloed kunnen hebben op de omvang van een pensioen (wet aanpassing pensioenleeftijd Appa) (33 565). In het nader rapport wordt uitgebreid gemotiveerd dat de complexiteit van het nieuwe stelsel regeling op lager niveau wenselijk maakt om omvangrijke regelgeving in de wet te voorkomen.

Bij het voorstel tot wijziging van de Wet op de jeugdzorg en enkele andere wetten, houdende vaststelling van een grondslag voor het stellen van kwaliteitseisen over beroepsbeoefenaren werkzaam in de jeugdzorg en voor het aanwijzen van een kwaliteitsregister (33 619) wees de afdeling erop dat de norm voor verantwoorde werktoedeling niet wettelijk wordt bepaald, maar in een amvb. Gelet op het feit dat de nieuwe norm een nadere concretisering betreft van de in artikel 24 Wet op de jeugdzorg reeds geformuleerde norm van verantwoorde zorg, en in het licht van de beoogde aansluiting bij de Wet cliëntenrechten zorg en het in die wet omschreven recht op goede zorg, ligt het niet zonder meer voor de hand de omschrijving van de norm van de verantwoorde werktoedeling uitsluitend in een amvb op te nemen. De afdeling meende dat, nu het kwaliteitsregister van zo groot belang wordt geacht voor de professionalisering van de beroepsgroep van jeugdzorgwerkers, een duidelijke regeling van het register op het niveau van de wet vereist is. Blijkens het nader rapport zijn deze opmerkingen overgenomen.

In het wetsvoorstel uitbreiding wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (33 797) was voorgesteld om bij amvb een toetsingskader vast te stellen voor gedragingen die worden meegewogen in het besluit om wel of geen huisvestingsvergunning te verlenen. Volgens de afdeling is het, gelet op de ingrijpendheid van de bevoegdheden, met het oog op de kenbaarheid en de voorzienbaarheid van te verwachte overheidsoptreden wenselijk om randvoorwaarden op te nemen in de tekst van het voorstel zelf en de toepassing hiervan niet over te laten aan gedelegeerde regelgeving. Blijkens het nader rapport is het hele onderdeel uit het voorstel geschrapt en daarmee ook de delegatiegrondslag.

Een grondslag voor een overgangsregeling bij ministeriële regeling bood het wetsvoorstel overheveling taak en budget onderwijshuisvesting van gemeente naar school (33 361). De afdeling

meende dat het al dan niet treffen van een overgangsregeling niet moet worden overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de minister. De afdeling meende voorts dat de delegatiebepaling in haar huidige vorm te weinig bepaald was. In de delegatiegrondslag is vervolgens verduidelijkt welke groep schoolbesturen onder het bereik van de overgangsregeling valt en in de wet zijn de kernelementen van de regeling opgenomen. Er is geen beoordelingsvrijheid van de minister meer. De details van het overgangsregime zullen op het niveau van een ministeriële regeling nader worden uitgewerkt; er is namelijk sprake van voorschriften van administratieve aard en het gaat om uitwerking van details in de regeling, aldus het nader rapport.

Herhaaldelijk wijst de afdeling erop dat voor ministeriële regeling (slechts) in aanmerking komen voorschriften van administratieve aard en voorschriften ter uitwerking van details van een regeling (Aanwijzing 26). Het ontbreken van praktijkervaring en het relatief snel kunnen inspelen op deze ervaringen kunnen als zodanig niet dienen ter motivering van de keuze van subdelegatie (Dierproevenbesluit 2014). Ook dient de reikwijdte van de aan de minister gesubdelegeerde regelgevende bevoegdheid te worden omlijnd. De aard en het onderwerp bepalen het niveau van regelgeving. Gelet daarop en met het oog op consistentie in regelgevingsniveau behoren soortgelijke onderwerpen zoveel mogelijk op eenzelfde niveau te worden geregeld (Dierproevenbesluit 2014).

In het advies over het wetsvoorstel aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit (33 754) was de afdeling van oordeel dat de wettelijke bepaling dat bij ministeriële regeling uitleners kunnen worden aangewezen die niet verplicht zijn een depot aan te houden, niet voldoet aan de eis dat het betreft voorschriften van administratieve aard of uitwerking van details, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven of waarvan te voorzien is dat ze met grote spoed moeten worden vastgesteld (Aanwijzing 26). De bepaling kent geen begrenzing. Het nader rapport vermeldt dat de bepaling is aangepast.

In het advies over het wetsvoorstel taken meteorologie en seismologie (33 802) herhaalt de afdeling Aanwijzing 26 en wijst zij erop dat de onderwerpen die volgens het voorstel in een ministeriële regeling zullen worden opgenomen de reikwijdte van de publieke taakuitoefening bepalen. De afdeling adviseert de onderwerpen in het wetsvoorstel op te nemen. Ook de samenstelling, de benoeming en de taken van de raad van toezicht en de rechtspositie van zijn leden betreffen belangrijke elementen en komen niet in aanmerking voor delegatie aan de minister. Het voorstel is daarop aangepast.

In de nota van wijziging van het wetsvoorstel Invoering stelsel verantwoorde mestafzet (33 322) werd een grondslag gelegd voor het regelen bij of krachtens amvb van een verbod intermediaire activiteiten te verrichten zonder voorafgaande registratie bij de minister. Verder bevatte het voorstel een grondslag voor het regelen bij of krachtens amvb van weigering, schorsing of schrapping van een registratie. Gelet op het vergunningskarakter van de registratie was de afdeling van mening dat het verplicht stellen daarvan dient te geschieden bij amvb (zie ook Aanwijzingen 24, eerste lid, onderdeel a, met de daarop gegeven toelichting, en 26). Aan het advies is gevolg gegeven.

In het advies over het voorstel tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (programmatische aanpak stikstof (33 669) wees de afdeling erop dat bij de verdeling van de elementen van een regeling over de wet, algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen, de

hoofdelementen van een regeling zoveel mogelijk in de wet worden opgenomen en de nadere uitwerking in een algemene maatregel van bestuur plaatsvindt. Delegatie aan de minister dient beperkt te blijven tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld (Aanwijzingen 22-24 en 26). De grenswaarde voor een passende beoordeling in het kader van de programmatische aanpak is naar het oordeel van de afdeling van groot belang voor de uitvoeringspraktijk van wege de (gedeeltelijke) vrijstelling van de vergunningplicht die daaraan verbonden is. De vaststelling van de grenswaarde betreft geen aangelegenheid van administratieve aard en evenmin de uitwerking van een detail van een regeling. De afdeling adviseerde daarom de grenswaarde bij amvb vast te stellen. In het nader rapport wordt uiteengezet dat in dit geval een flexibel en snel inzetbaar instrumentarium nodig is en het voorgestelde niveau aansluit bij andere sterk geclausuleerde vrijstellingen en dat daarom het advies niet wordt gevolgd.

In het wetsvoorstel wijzigingswet financiële markten 2014 (33 632) was een grondslag opgenomen om bij of krachtens amvb nadere voorschriften te stellen ter invulling van de zorgplicht. De afdeling merkte op dat de voorgestelde algemene zorgplicht ertoe strekt als vangnet te fungeren onder de reeds bestaande specifieke voorschriften voor financiële dienstverleners en naar haar aard onbepaald is. De afdeling meende dat het in dat licht niet voor de hand ligt om de vangnetbepaling bij lagere regelgeving nader in te vullen. De afdeling merkt verder op dat, nu de reikwijdte van de zorgplicht onbepaald is, de grondslag voor nadere regelgeving dat eveneens is. De afdeling acht een dergelijke onbegrensde grondslag voor nadere regelgeving onwenselijk. De delegatiegrondslag is daarop uit het voorstel geschrapt. De afdeling stelde voorts vast dat bij ministeriële regeling de kring van personen aan wie informatie kan worden verstrekt kan worden uitgebreid tot andere instanties en daardoor in beginsel onbegrensd is. Zij acht dat onwenselijk gelet op de aard van de geheimhoudingsbepalingen en het uitgangspunt van een gesloten systeem van verstrekking. Daarop is in het voorstel de kring van personen aan wie informatie kan worden verstrekt in de wet begrensd.

In hetzelfde voorstel (33 632) waren de essentiële onderdelen van de regeling met betrekking tot de kapitaalbuffer niet in het voorstel opgenomen. De desbetreffende regeling zou bij of krachtens amvb worden uitgewerkt, waarbij kan worden bepaald dat de omvang van de onderdelen van de kapitaalbuffer kan worden vastgesteld bij besluit van DNB. De afdeling realiseerde zich dat in de loop der jaren veel bancaire regelgeving is uitgewerkt in lagere regelgeving, ook op het niveau van de toezichthouders. Daardoor is de rol van de wetgever in formele zin op dit terrein dienovereenkomstig geleidelijk beperkter geworden. In het licht van het primaat van de wetgever dienen de belangrijkste keuzes echter door de wetgever zelf te worden gemaakt; zij mogen niet worden overgelaten aan de lagere regelgever. De afdeling adviseerde de belangrijkste elementen, met name de aard van de drie onderscheiden kapitaalbuffers, in de wet zelf op te nemen en eventuele (sub)delegatie te motiveren en te clausuleren. Conform het advies van de afdeling zijn de componenten van de kapitaalbuffer op wetsniveau benoemd en op die manier geclausuleerd. In het nader rapport is er wel op gewezen dat deze regelgeving een bij uitstek technisch karakter heeft en vaak snel moet worden aangepast aan gewijzigde omstandigheden of nieuwe inzichten.

In het advies over het wetsvoorstel wijziging van de Wet op de dierproeven in verband met de implementatie van de richtlijn 2010/63/EU wees de afdeling (onder verwijzing naar de toelichting op Aanwijzing 145) erop dat het bestendige lijn is dat het strafbaar stellen en omschrijven van misdrijven voorbehouden dient te blijven aan de wetgever in formele zin, gelet op de indringendheid van de straffen die kunnen worden opgelegd bij veroordeling wegens een misdrijf. Uit de toelichting werd niet duidelijk of en, zo ja waarom, van genoemde bestendige lijn wordt afgeweken. De afdeling adviseerde in de toelichting op het voorgaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen. Het voorstel is daarop aangepast.

In het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818) was voorgesteld dat bij ministeriele regeling zal worden geregeld dat reeds na zes maanden alle arbeid als passend wordt aangemerkt. De afdeling merkte op dat van delegatie van de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften – in verband met het uitgangspunt dat deze op zo hoog mogelijk regelniveau worden vastgesteld – terughoudend gebruik moet worden gemaakt. De afdeling verwijst naar Aanwijzing 26. Gelet hierop en gelet op het feit dat de invulling van het begrip passende arbeid een essentiële factor is voor het recht op uitkering adviseerde de afdeling die invulling ten minste plaats te doen vinden op het niveau van een amvb. Dit advies is gevolgd.

Over het Besluit basisregistraties personen (W04.13.0369/I) merkte de afdeling op dat artikel 3.3 eerste lid, van de wet bepaalt dat in de amvb door derden verrichte werkzaamheden met een gewichtig maatschappelijk belang worden aangewezen, ten behoeve waarvan gegevens uit de basisregistraties kunnen worden verstrekt. In het tweede lid wordt deze aanwijzingsbevoegdheid geclausuleerd. Slechts werkzaamheden kunnen worden aangewezen die samenhangen met een overheidstaak, strekken tot het in stand houden van een voorziening voor burgers die onderwerp is van overheidszorg, of waarbij anderszins gelet op de overheidsbemoeyenis met die werkzaamheden, ondersteuning daarvan door gegevensverstrekking uit de basisregistratie gerechtvaardigd is. In het besluit worden twee organisaties aangewezen. De afdeling merkt op dat voor beide aanwijzingen een motivering ontbreekt waarom de gegevensverstrekking aan deze instanties past binnen één van de genoemde categorieën uit artikel 3.3, tweede lid, van de wet. In het nader rapport en de toelichting is verantwoord dat de aanwijzing voldoet aan de voorwaarden die de wet stelt.

In het advies over de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (33 966) merkte de afdeling op dat het voorstel een groot aantal delegatiebepalingen bevatte en dat er sprake was van delegatie van hoofdelementen van de regeling, die de reikwijdte en de structuur van de regeling in belangrijke mate bepalen. Delegatie van dergelijke elementen is in de regel niet aangewezen (de afdeling verwees naar Aanwijzing 22). De afdeling was van oordeel dat de bevoegdheid tot delegatie niet terughoudend was gebruikt (Aanwijzing 26) en dat elke delegatie zo concreet en nauwkeurig mogelijk wordt begrensd (Aanwijzing 25). In het nader rapport is per delegatiebepaling aangegeven dat de betreffende voorschriften alsnog in de wet worden opgenomen dan wel dat de delegatiebepaling is geschrapt.

In het voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met het organiseren van kansspelen op afstand (33 996) speelde de vaker voorkomende constructie dat dat er naast de delegatiebepalingen in de afzonderlijke artikelen een algemene delegatiebepaling was opgenomen. Deze was naar het oordeel van de afdeling zeer ruim geformuleerd. Blijkens de toelichting was het

artikel nodig vanwege de flexibiliteit, maar werd op dat moment geen concrete invulling van de bevoegdheid voorzien. De afdeling meende dat de toelichting niet duidelijk maakt wat de toegevoegde waarde van het artikel was. Het nader rapport meldt het advies van de afdeling om de noodzaak van de diverse delegatiebepalingen nader te bezien is gevolgd en dat de algemene delegatiegrondslag is geschrapt. Het nader rapport merkt daarbij op dat de kansspelautoriteit aan vergunningen voorschriften kan verbinden en dat de minister op grond van artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door de kansspelautoriteit.

3. Motivering in het licht van onderzoek en evaluatie

De afdeling verwacht van de wetgever dat hij rekening houdt met de uitkomsten van onderzoek en evaluaties. De motiveringseis krijgt te meer gewicht als onderzoek of evaluatie in een andere richting wijst dan het voorstel of als de uitkomsten van verplichte of toegezegde evaluaties niet worden afgewacht. De afdeling neemt geen genoegen met de stelling dat een voorstel wenselijk of nodig is (als uitvoering van het regeerakkoord). Soms vraagt de afdeling om bespreking van alternatieven.

De onderbouwing door onderzoek of andere gegevens speelde in het advies over het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit (33 685). De afdeling was van oordeel dat het voorstel vanwege met name de cumulatie van de ontoereikende motiveringen met betrekking tot de verschillende strafverhogingen deels nader diende te worden overwogen. Met betrekking tot het witwassen wees de afdeling bijvoorbeeld op de recente evaluatie van de Financial Task Force, waaruit naar voren komt dat het aantal vervolgingen en veroordelingen in Nederland heel behoorlijk was; er worden geen aanbevelingen gedaan de strafmaxima voor witwassen te verhogen. Daarnaast merkte de afdeling op dat de stelling in de toelichting dat sprake is van verhoudingsgewijze lage straffen waarmee het plegen van fraude, omkoping en witwassen wordt bedreigd, niet is gemotiveerd. De afdeling stelt dat in de toelichting niet aannemelijk wordt gemaakt, bijvoorbeeld met praktijkvoorbeelden of empirisch onderzoek, dat de huidige strafmaxima bij witwassen daadwerkelijk te kort schieten. In het nader rapport wordt hierop geantwoord, onder verwijzing naar rapportages van verschillende anti-corruptie organen, dat de strafmaxima in Nederland in verhouding tot ons omringende landen laag zijn en dat uit recent WODC-onderzoek naar georganiseerde criminaliteit blijkt dat financieel gewin de belangrijkste drijfveer vormt voor het plegen van zware criminaliteit. Gesteld wordt dat het aan het kabinet is om deze ontwikkelingen te signaleren, erop te anticiperen en te reageren door de aanpak van financieel-economische criminaliteit krachtig te ondersteunen.

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht in verband met het wettelijk regelen van de verbetertermijn voor zeer zwakke instellingen (33 796) merkte de afdeling op dat door wetswijzigingen de afgelopen jaren het toezicht van de Onderwijsinspectie is aangescherpt en het aandeel zeer zwakke scholen drastisch is gedaald. De effecten van de genoemde veranderingen in wetgeving en inspectiebeleid zijn volgens de afdeling nog niet volledig uitgekristalliseerd. Een wettelijk verplichte evaluatie van de werking van een nieuwe bepaling over beëindiging van de bekostiging is nog niet uitgevoerd. De toelichting zou duidelijk moeten maken waarom deze evaluatie niet kan worden afgewacht en de noodzaak van het voorstel in aanvulling op

recente wetswijzigingen en overige beleidsinitiatieven verdient een zelfstandige motivering. Het nader rapport antwoordt dat er tal van succesvolle maatregelen zijn genomen, maar dat er incidenteel situaties zijn waarin dergelijke maatregelen onvoldoende effect hebben. De memorie van toelichting is aangevuld met informatie over scholen die de afgelopen jaren niet voldoende verbeteringen wisten te bewerkstelligen.

In het advies over het wetsvoorstel langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking (33 816) wees de afdeling erop dat vrijwel alle adviesinstanties hebben vermeld dat de ervaringen met en de effectiviteit van de wet uit 2008 waarbij de totale duur van de voorwaardelijke beëindiging is verruimd tot negen jaar nog onbekend zijn. In de memorie van toelichting werd hierover opgemerkt: “Hieruit volgt niet dat de voorgestelde maatregel prematuur is. Een evaluatie van een eerdere wetswijziging is geen noodzakelijke voorwaarde voor een daaropvolgende wetswijziging, ook niet wanneer dit een verdere aanscherping van die eerdere wijziging betreft.” De afdeling achtte dit onvoldoende overtuigend en vond het wenselijk meer ervaring op te doen met de wet alvorens deze te evalueren. Mede naar aanleiding van die evaluatie kan worden bezien of verdere verlenging of opheffing van de maximumduur noodzakelijk is. De afdeling achtte het voorstel derhalve prematuur. Het nader rapport stelt dat de maatschappelijke veiligheid en het voorkomen van nieuwe slachtoffers eerste prioriteit zijn en dat nieuwe cijfers van het WODC aantonen dat het percentage recidivisten met een zeer ernstig delict onder zedendelinquenten na lange tijd na uitstroming uit de tbs-maatregel nog toeneemt. Derhalve is het noodzakelijk thans maatregelen te treffen. De toelichting is op dit punt niet aangepast.

Voor de onderbouwing van een door de wetgever gemaakte keuze acht de afdeling het van belang of alternatieven zijn overwogen (modernisering stelsel landelijke publieke omroep) (33 541).

4. Motivering voor het terugkomen van eerdere beleidskeuzes

Een gevoelig punt in de adviezen is regelmatig geweest het terugkomen van eerder gemaakte beleidskeuzes en het wijzigen van beleid zonder voldoende onderbouwing. Die onderbouwing kan bijvoorbeeld gelegen zijn in gebleken tekortschietende handhavingsmogelijkheden die tot aanpassing of uitbreiding van het instrumentarium noodzaken of nieuwe onderzoeksgegevens die tot wijziging of aanpassing van de regeling leiden.

Bij het Besluit verpakkingen (verbetering handhaafbaarheid) (Stcrt. 2013, nr 1935) stelde de afdeling dat de toelichting niet duidelijk maakt of de oorspronkelijke uitgangspunten hun geldigheid hebben verloren en zo ja, waarom dat zo is.

Bij het wetsvoorstel tot afschaffing van de plusregio's (33 659) miste de afdeling een draagkrachtige motivering. Zij wees erop dat de regering op achtereenvolgende momenten telkens dezelfde keuze maakte: zij kwam steeds uit op niet vrijblijvende samenwerking in stedelijke regio's langs de lijnen van de kaderwetgebieden. Zij wees ook op twee evaluaties waaruit bleek dat de stadsregio's naar tevredenheid functioneerden en dat binnen de kaders van de Wgr-plus makkelijker afspraken kunnen worden gemaakt over de (niet vrijblijvende) samenwerking en afstemming. Het was de afdeling opgevallen dat de genoemde evaluaties bij de voorbereiding van het wetsvoorstel niet leken te zijn meegewogen. “Dat roept de vraag op of het zin heeft wetsevaluaties te laten uitvoeren als

aan de uitkomsten daarvan geen consequenties worden verbonden bij de beleidsontwikkeling.” De afdeling adviseerde kritisch (“niet aldus...”). In het nader rapport merkte de minister in reactie hierop op dat de reden voor het niet noemen van de twee evaluaties gelegen is in het feit dat het kabinet wél reden ziet om het voortbestaan van de plusregio’s ter discussie te stellen, omdat zij inbreuk make op de bestuurlijke hoofdstructuur. Een wettelijke verplichting tot samenwerking acht het kabinet niet langer gerechtvaardigd.

In het advies over het wetsvoorstel herijking van de wijze van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties en de invoering van elektronische detentie (33 745) wees de afdeling erop dat detentiefasering nog in 2011 het uitgangspunt vormde en de waarde ervan werd twee jaar daarvoor nog eens duidelijk vastgesteld: detentiefasering dient een integraal onderdeel te vormen van het detentie- en re-integratieplan. De afdeling merkte op dat het voorstel elementen bevat die een breuk inhouden met de al jarenlang bestaande detentiefasering met een penitentiair programma. In die zin wordt de lijn uit 2011 niet voortgezet. De afdeling kon zich niet aan de indruk onttrekken dat het voorstel primair budgettaire overwegingen dient. De afdeling was van oordeel dat – hoe legitiem budgettaire argumenten als zodanig kunnen zijn – een dergelijk vergaande beslissing, zoals hier aan de orde, niet primair uit budgettaire overwegingen kan voortvloeien. De inhoudelijke noodzaak van de afschaffing van de reeds decennialang bestaande detentiefasering dient duidelijk te blijken. Het nader rapport merkt op dat de beschikbare wetenschappelijke literatuur over de effectiviteit van strafrechtelijke interventies weinig eenduidige en algemeen geldende conclusies toelaat. De conclusie dat de bestaande, algemeen geldende detentiefasering een significante bijdrage heeft geleverd aan het terugdringen van recidive valt uit de wetenschappelijke literatuur niet te trekken. Het tegenovergestelde overigens ook niet. De memorie van toelichting is alsnog ingegaan op wetenschappelijke inzichten inzake sanctietoepassing.

De motivering voor een beleidswijziging speelde ook bij het wetsvoorstel overheveling taak en budget voor onderwijshuisvesting van gemeente naar school (33 361). De afdeling wees erop dat de toelichting niet ingaat op de achtergrond van de bestaande verantwoordelijkheidsverdeling ten aanzien van het buitenonderhoud en de belangen die daarmee worden gediend. Naar het oordeel van de afdeling werd in de toelichting dan ook onvoldoende gemotiveerd waarom een overheveling, anders dan in 2005, thans wel kan steunen op voldoende draagvlak. De toelichting is daarna aangepast.

Enigszins daarmee verwant betrof de vraag die speelde bij het wetsvoorstel Wet minimumloon in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdracht (33 623). Het wetsvoorstel hield in dat het wettelijk minimumloon dat geldt voor werknemers die op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid verrichten, ook zou gelden voor personen die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht. De afdeling wees erop dat in het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 wordt voorgeschreven dat een postvervoerbedrijf met ten minste 80% van de postbezorgers een arbeidsovereenkomst dient te hebben. De regering is er daarbij vanuit gegaan dat deze overheidsinterventie slechts tijdelijk van aard zou zijn, omdat het uitgangspunt is dat sociale partners primair verantwoordelijk zijn voor de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden. De afdeling miste bij het voorstel een behandeling van het Tijdelijke besluit postbezorgers 2011, terwijl zowel het voorstel als dat besluit zien op de beloning van postbezorgers.

In de toelichting is daarop uitgelegd dat het Tijdelijk besluit gedurende een overgangsfase nodig blijft als aanvulling op de structurele bescherming die het wetsvoorstel biedt.

De verhouding met andere maatregelen speelt ook als het gaat om cumulatie van maatregelen. In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en de Wet griffierechten burgerlijke zaken (33 757) merkte de afdeling op dat de voorgestelde verhogingen van het griffierecht op onderdelen onmiskenbaar gevolgen hebben voor de toegang tot de rechter. Daarbij komt dat in het bijzonder de verhogingen van het griffierecht in hoger beroep en cassatie en de verhoging van het griffierecht voor natuurlijke personen in eerste aanleg in bepaalde bestuurszaken cumuleren met andere maatregelen, zoals de voorgenomen verhogingen van de eigen bijdragen voor rechtsbijstand. Voorts zijn de griffierechten in burgerlijke zaken bij de invoering van de Wet griffierechten burgerlijke zaken reeds fors verhoogd. Op de gevolgen van de cumulatie van alle in het recente verleden (voor) genomen maatregelen voor de toegang tot de rechter gaat de toelichting niet in. De afdeling adviseerde dat alsnog te doen. Het nader rapport stelt dat de gevolgen voor de toegang tot de rechter van cumulatie met maatregelen in het verleden gering zijn. Geschetst wordt dat de verhoging slechts 2% tot 5% is en dat na 2004 alleen aanpassing aan het prijspeil heeft plaatsgevonden. De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

In het advies over het Besluit aanpassingen eigen bijdrage rechtzoekenden en vergoeding rechtsbijstandverleners (Stcrt. 2013, nr. 26480) constateerde de afdeling dat aan de oorzaken en de gevolgen van het voorstel in de context van andere maatregelen in de toelichting weinig aandacht wordt besteed, terwijl de verhogingen van de eigen bijdrage en de overige maatregelen die nu worden voorgesteld korte tijd na eerdere verhogingen volgen. Voort is ook nog een verhoging van het griffierecht aangekondigd. Bij dit alles komt dat het geheel van deze bezuinigingsmaatregelen vooruitloopt op een toegezegde uitwerking van een nieuw stelsel van rechtsbijstand. In het licht van het recht op toegang tot de rechter en het daarbij behorende belang van een toegankelijk stelsel van rechtsbijstand achtte de afdeling het van groot belang dat de effecten van de cumulatie van de reeds plaatsgevonden hebbende bezuinigingsmaatregelen op het terrein van de rechtsbijstand inzichtelijk worden gemaakt. In het nader rapport wordt toegezegd dat in de toelichting meer aandacht wordt besteed aan de gevolgen van het voorstel in relatie tot andere maatregelen. Opgemerkt wordt dat ook in de toekomst goed acht moet worden geslagen op de effecten die deze en nog te nemen maatregelen zullen hebben op het beroep op de rechtsbijstand. In het vervolg zullen daarom de volume-effecten van de genomen maatregelen worden gemonitord. De Tweede Kamer zal over deze effecten worden geïnformeerd.

In het advies over het Besluit aanpassing vergoeding vervolgaanvragen vreemdelingen (W03.13.0254/II) wees de afdeling erop dat de regering over het vraagstuk van de resultaatgerelateerde beloning in de advocatuur een terughoudend standpunt inneemt omdat een dergelijk systeem ertoe leidt dat de advocaat een eigen – financieel – belang krijgt bij een procedure terwijl de cliënt er recht op heeft dat alleen zij belang wordt gediend. Gelet op de voorzichtigheid waarmee het vraagstuk van de resultaatgerelateerde beloning wordt benaderd is niet inzichtelijk dat in het besluit in het algemeen voor tweede en volgende aanvragen voor verblijfsvergunningen een vorm van resultaatgerelateerde beloning zou moeten worden ingevoerd. In het nader rapport wordt erop gewezen dat bij vervolgaanvragen wordt voortgebouwd op een al uitvoerig bediscussieerd dossier van de aanvrager, waarvoor de rechtsbijstandverlener eerder al een volledige vergoeding

heeft ontvangen terwijl het bij de eerdere discussie ging om zaken die nog niet bij de advocaat bekend waren en waarover nog geen procedures waren gevoerd.

In het wetsvoorstel langdurig toezicht, gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking (33 816) wordt voorgesteld de maximumduur van negen jaar van de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswege te schrappen. De afdeling wees op de reactie op een motie uit 2003 waarbij een verlenging “tot bijvoorbeeld vijftien jaar” werd bepleit. De regering volgde die motie niet omdat “het nog langer voortduren van de voorwaardelijke beëindiging de legitimiteit van de strafrechtelijke maatregel TBS uiteindelijk niet ten goede komt”. De afdeling merkte op dat de principiële bedenking van de regering in 2003 bij een verdere verlenging van de maximumduur in de toelichting bij het huidige voorstel niet werd besproken. De afdeling adviseerde op deze bedenking in te gaan. Het nader rapport merkt op dat de genoemde bedenking voldoende wordt ondervangen door de korte verlengingen van een of twee jaar van de maatregel en door de periodieke rechterlijke toets en dat dit voldoende tot uitdrukking komt in de memorie van toelichting.

In het wetsvoorstel verlaging bezoldigingsmaximum WNT (33 978) werd voor topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector een verlaging met circa 25% voorgesteld van de bezoldigingsnorm die sinds 1 januari 2013 geldt. De afdeling merkte op dat consistente en houdbare wetgeving niet kan inhouden dat een bezoldigingsnorm die na jaren van discussie is ingevoerd als noodzakelijke maatregel om recht te doen aan de opgelopen achterstand in salarissen, een jaar later met een kwart wordt verlaagd met de stelling dat deze zo maatschappelijk meer aanvaardbaar, evenwichtiger en verantwoord wordt, zonder dat daar enig nader onderzoek of toelichting voor wordt gegeven. Het nader rapport merkt op dat de nu geldende norm voortkomt uit de advies- en onderzoekswerkzaamheden van de Commissie-Dijkstal die over een periode van zeven jaar haar werkzaamheden heeft verricht en waarna de totstandkoming van de WNT in ongeveer drie jaar zijn beslag heeft gekregen. Waar in dit tijdsbestek eerst de nodige accenten werden gelegd op een groeiende achterstand van de bezoldiging van de ambtelijke top en politieke ambtsdragers in vergelijking met andere delen van de arbeidsmarkt, groeide de aandacht door en voor excessen in de publieke sector en nog meer in verschillende semipublieke sectoren, en de wens om topinkomens in zijn algemeenheid, en zeker ook de excessen, op een andere wijze tegemoet te treden. In het licht van de geschetste ontwikkeling van het maatschappelijk debat over topinkomens in de semipublieke sector is naar de mening van het kabinet het voorliggende voorstel een gewenste en logische vervolgstap. Het nader rapport meldt dat het advies van de afdeling aanleiding is geweest de memorie van toelichting waar mogelijk nader aan te vullen op het punt van de onderbouwing van de normverlaging.

5. Introductie van nieuwe maatregelen of betere toepassing van bestaande maatregelen

In de kabinetsnotitie Vertrouwen in wetgeving wordt, onder verwijzing naar de Dreigroschenoper van Bertolt Brecht⁴ (“Ja, mach nur einen Plan!/Sei nur ein grosses Licht!/Und mach dann noch ‘nen

⁴ Kamerstukken II 2008/2009, 31 731. Nr 1, p. 4-5). Zie ook Frans Leeuw, *Gedragsmechanismen achter overheidsinterventies en rechtsregels*, Maastricht University, 2008, die in dit verband ook het begrip beleidshomeopathie muntte: overheidsinterventie die niets “doet” omdat de beleidstheorie er achter niet klopt.

zweiten Plan/Gehn tun sie beide nicht.”) de staf gebroken over het stapelen van beleid waarbij nieuwe maatregelen worden voorgesteld voordat het oude beleid ten volle in de praktijk zijn werking heeft kunnen krijgen. Het probleem blijft hardnekkig want de afdeling moet er herhaaldelijk op wijzen dat niet verantwoord wordt waarom de bestaande instrumenten niet worden gebruikt. De nota van wijziging van het wetsvoorstel versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs (33 472) behelsde een uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister en maakte het voor de minister mogelijk te interveniëren indien (1) dat noodzakelijk is om de kwaliteit of goede voortgang van het onderwijs aan de school of instelling te waarborgen en (2) zonder aanwijzing de kwaliteit van het onderwijsstelsel in gevaar zou komen. De afdeling benadrukte dat de introductie van nieuwe maatregelen en bevoegdheden pas aan de orde is indien niet kan worden volstaan met een optimale toepassing van bestaande wetgeving. Uit de toelichting bij het wetsvoorstel bleek volgens de afdeling niet dat is bezien of kan worden volstaan met de huidige toezichtinstrumenten met betrekking tot de onderwijskwaliteit, de aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van financieel-bestuurlijk wanbeheer en de eventuele aanscherping van het financiële toezicht. Tegen die achtergrond ontbreekt naar de mening van de afdeling de noodzaak van de aanwijzing als onontbeerlijk en effectief middel om bij acute systeembedreigende kwaliteitsproblemen te kunnen optreden, mede gezien de huidige en voorgestelde financiële toezichtmechanismen. De afdeling verwijst ook naar het onderzoek financiële problematiek Amarantis waar de onderzoekscommissie de opdracht bij de minister legt om – gegeven zijn stelselverantwoordelijkheid – de ontwikkelingen bij schoolbesturen op de voet te volgen en ‘in die gevallen waar het onderwijsbeleid dit noodzakelijk maakt’, te kunnen interveniëren. Daarmee duidt de commissie volgens de afdeling niet zozeer op de kwaliteit van het onderwijs, maar op het voortbestaan van een instelling als zodanig in combinatie met de schaal ervan. In het nader rapport wordt aangegeven dat wordt vastgelegd dat een aanwijzing evenredig moet zijn aan het doel waarvoor zij gegeven wordt en dat de minister met redenen omkleed moet aangeven op welke punten sprake is van wanbeheer. Andere middelen om het doel te bereiken moeten zijn uitgeprobeerd en niet succesvol zijn gebleken voordat de aanwijzingsbevoegdheid kan worden ingezet.

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet in verband met het versterken van het handhavingsinstrumentarium (33 798) merkt de afdeling ook op dat de introductie van nieuwe maatregelen en bevoegdheden pas aan de orde is indien niet kan worden volstaan met een adequate toepassing van bestaande wetgeving. In dit geval was in de toelichting niet aangegeven waarom bestaande lichtere maatregelen niet effectief blijken te zijn. Het nader rapport meldt dat over de effectiviteit van de hier voorgestelde maatregel (een verhuurverbod) overleg is geweest met gemeenten en dat de conclusie is getrokken dat de voorgestelde maatregel onvoldoende effectief zal zijn en daarom geschrapt is.

Over het wetsvoorstel uitbreiding wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (33 797) merkt de afdeling op dat zij de ernst van het beschreven probleem onderkent, maar zij wijst erop dat de bestaande handhavingsinstrumenten die een oplossing kunnen bieden om uiteenlopende redenen niet of onvoldoende worden benut. Met de introductie van nieuwe maatregelen en bevoegdheden moet terughoudend worden omgegaan. Duidelijk moet zijn dat ook adequate toepassing van de bestaande wetgeving niet toereikend is. In dat licht is de afdeling niet overtuigd van de noodzaak daaraan nieuwe instrumenten toe te voegen. De afdeling wijst daar erop dat uit

evaluatie van de wet blijkt dat de bestaande maatregelen slecht in een zeer beperkt aantal gemeenten zijn toegepast. De afdeling wijst er voorts op dat het voorstel ingrijpende maatregelen bevat die in het geval van de huisvestingsvergunning ernstig inbreuk maken op de grondrechten vrijheid van vestiging en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Inmenging in deze rechten moet noodzakelijk en proportioneel zijn. Het nader rapport stelt dat het feit dat de meeste gemeenten de bestaande maatregelen niet toepassen – omdat ze die te zwaar vinden en net proportioneel – niet betekent dat de thans voorgestelde maatregelen niet noodzakelijk en niet proportioneel zijn. Het voorstel tot antecedentenonderzoek op basis van politiegegevens is vanwege de kritische opmerkingen van de afdeling voor heroverweging uit het voorstel geschrapt.

In het advies over het wetsvoorstel aanscherping van de maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast (33 882) merkte de afdeling op dat de noodzaak van de voorgestelde wijzigingen dient te worden gezien in het licht van de openbare orde-wetgeving als geheel. Uit onderzoek blijkt dat zowel gemeenten als arrondissementen vinden dat er veel wetten en instrumenten zijn om overlast te bestrijden. Deze wetten hebben vaak veel overlap, de onderlinge meerwaarde is niet altijd aan te tonen en vaak ontbreekt inzicht in de samenhang. “De gereedskapskist van burgemeesters is de laatste jaren overvol geraakt.” Verder zijn de ervaringen met de wet zelf van belang. Uit evaluatie blijkt dat de bevoegdheden van de wet weinig worden gebruikt: van de steekproef van 53 gemeenten en negentien arrondissementen hadden tien gemeenten en vier arrondissementen de wet toegepast. Voor een deel hangt dit samen met onwillingheid en koudwatervrees. Veel bestuurders wachten af tot er meer ervaring met de wet is opgedaan. De afdeling merkt op dat uit evaluatie niet blijkt van een structureel tekort aan (wettelijke) instrumenten om ernstige overlast in de publieke ruimte te bestrijden. De noodzaak om tot wetswijziging over te gaan is daarmee niet overtuigend gemotiveerd. Daar komt bij dat de voorgestelde wijzigingen diep ingrijpen in de persoonlijke vrijheid van de betrokkenen. De noodzaak daarvan dient grondig te worden gemotiveerd. In het nader rapport wordt de opvatting onderschreven dat wetten de tijd moeten krijgen om zich in de praktijk te bewijzen. Een te snelle evaluatie levert doorgaans weinig bruikbare informatie op. In dit geval waren er evenwel knelpunten naar voren gebracht door gemeenten, de VNG en de KNVB, en knelpunten die naar voren zijn gekomen in de evaluatie en de monitor, waarvan duidelijk is dat deze niet minder of anders zullen worden als meer ervaring zal zijn opgedaan met de toepassing van de wet. Dat nu tussentijds beter en extra gereedschap beschikbaar komt is volgens het nader rapport niet bezwaarlijk. Integendeel: het biedt de bestuurlijke vakman juist meer mogelijkheden om van geval tot geval het juiste gereedschap te kiezen.

6. Nut en noodzaak

Bij de bespreking van nut en noodzaak bewandelt de afdeling twee wegen. Soms wordt het voorstel gewogen tegen de achtergrond van bestaande bevoegdheden en maatregelen en wordt de vraag gesteld wat de meerwaarde is van het voorstel bovenop het bestaande instrumentarium. In andere gevallen wordt de effectiviteit betwijfeld gelet op de bestaande praktijk in het desbetreffende domein. Een maatregel die niet effectief is kan ook niet nuttig of noodzakelijk zijn.

Het wetsvoorstel strafbaarstelling illegaal verblijf (33 512) werd onder het vorige kabinet voor advies aan de afdeling voorgelegd (advies 6 januari 2012) en onder het huidige kabinet ingediend (7 januari 2013). Het betrof uitvoering van het regeerakkoord. De afdeling kwam tot een kritisch advies (“niet dan nadat...”) en oordeelde dat de toegevoegde waarde van de voorgestelde strafbaarstelling van het illegaal verblijf ten opzichte van de strafbaarstelling van het handelen in strijd met het inreisverbod in twijfel kan worden getrokken, dus de vraag naar nut en noodzaak. Het advies gaat voorts in op het lex certa-beginsel, de verhouding tot de Terugkeerrichtlijn en de wenselijkheid om in de toelichting meer aandacht te besteden aan de maatschappelijke gevolgen van strafbaarstelling. In het nader rapport is aangegeven dat de generieke strafbaarstelling toegevoegde waarde heeft omdat daarmee anders dan bij een inreisverbod al kan worden opgetreden bij illegale vreemdelingen die voor de eerste keer zijn opgepakt.

In het advies over het wetsvoorstel terugdringen van geweld onder invloed van middelen (33 799) achtte de afdeling van belang dat de voorgestelde middelentest een strafvorderlijk dwangmiddel is dat inbreuk maakt op de onaantastbaarheid van het lichaam als gewaarborgd in artikel 11 Grondwet en op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van artikel 8 EVRM. Mede in dat licht moet het nagestreefde doel zorgvuldig worden afgewogen tegen de vrijheidsbeperkingen voor de individuele persoon. Niet duidelijk is volgens de afdeling wat de meerwaarde van het wetsvoorstel is ten opzichte van de bestaande praktijk van straftoemeting en strafoplegging. De toelichting verwijst niet naar relevant empirisch onderzoek waaruit zou blijken dat bij de straftoemeting op dit moment onvoldoende rekening wordt gehouden met de rol die middelengebruik bij de totstandkoming van het delict heeft gespeeld. Daarom is het naar het oordeel van de afdeling niet geëigend om middelengebruik als afzonderlijke strafverhogende factor aan te merken. Het nader rapport stelt dat nu in een proces-verbaal niet standaard melding wordt gemaakt van middelengebruik bij een geweldsdelict en dat de rechter nu in de meeste gevallen niet weet of de verdachte het geweldsdelict al dan niet onder invloed van middelen heeft gepleegd. Door het inzetten van de middelentest bij geweldsdelicten zal het middelengebruik wel in de rechtszaal aan de orde komen. Dat is de meerwaarde van het wetsvoorstel.

Volgens de afdeling was het voorstel tot wijziging van de Wet op de jeugdzorg en enkele andere wetten, houdende vaststelling van een grondslag voor het stellen van kwaliteitseisen over beroepsbeoefenaren werkzaam in de jeugdzorg en voor het aanwijzen van een kwaliteitsregister (33 619) niet nodig omdat de huidige regelgeving voldoende mogelijkheid biedt om jeugdzorgwerkers te binden aan beroepsethische normen. Zij wees er daarbij op dat de professionalisering van de jeugdzorg nog in een beginstadium staat. Gelet op de lange weg die nog te gaan is, klemt de vraag naar de noodzaak van de voorgestelde regelgeving. De afdeling verwijst uitgebreid naar de geldende regels van de Wet op de jeugdzorg en het Uitvoeringsbesluit en concludeert dat er nu al voldoende mogelijkheden zijn om in de thans voorgestelde grondslagen voor kwaliteitseisen te voorzien en aanvullende eisen te stellen aan bij jeugdzorgorganisaties werkzame jeugdzorgwerkers. Nu een jeugdzorgwerker reeds thans verplicht kan worden zich te houden aan beroepsethische normen, en daarmee een registratie niet langer vrijwillig plaatsvindt, is naar het oordeel van de afdeling de noodzaak van erkenning van een kwaliteitsregister niet overtuigend aangetoond. In het nader rapport wordt aangevoerd dat weliswaar op grond van de huidige wetgeving van jeugdzorgorganisaties kan worden verlangd dat ze taken toedelen aan gekwalificeerde

medewerkers, maar dat dat nog niet meebrengt dat die medewerkers in een kwaliteitsregister zijn opgenomen. Die koppeling met een register wordt van groot belang geacht. Een erkend kwaliteitsregister biedt een jeugdzorgorganisatie ook zekerheid over de kwaliteiten van een medewerker, waarbij het voldoende is vast te stellen dat die medewerker is opgenomen in een register.

7. Nut en noodzaak in relatie tot effectiviteit

Nut en noodzaak in het licht van de effectiviteit speelde een rol bij het wetsvoorstel gebruik camerabeelden en meldplicht datalekken (33 662). De afdeling miste voor wat de verwerken van strafrechtelijke gegevens een gedegen probleemanalyse en een toereikende onderbouwing van de nut en de noodzaak van het voorstel. Zij wees daarbij op passages in de toelichting waarin de huidige praktijk “misschien niet het meest optimale resultaat” bereikt en het “niet ondenkbaar is” dat meer informatie naar boven komt. De afdeling acht dat ontoereikend als motivering voor versoepeling van het regime van de Wbp. In het nader rapport is hier verder niet op ingegaan omdat het onderdeel in een apart wetsvoorstel zal worden opgenomen.

Bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet in verband met het versterken van het handhavingsinstrumentarium (33 798) was een verhuurverbod voorgesteld om te kunnen optreden tegen malafide pandeigenaren. De afdeling achtte van belang dat, zoals in de toelichting wordt erkend, het verhuurverbod een inmenging betekent in het ongestoord genot van de eigendom, zoals gewaarborgd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daarom dient de toelichting dragend te motiveren dat het voorgestelde verhuurverbod noodzakelijk is en voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Tegen deze achtergrond maakt de afdeling opmerkingen over de noodzaak en de effectiviteit van het verhuurverbod. Omdat het verhuurverbod terecht inhoudt dat bestaande huurovereenkomsten hun (rechts)geldigheid behouden, en de gemeente Rotterdam het verbod lastig uitvoerbaar, controleerbaar en handhaafbaar vindt, is de noodzaak en effectiviteit naar het oordeel van de afdeling niet aangetoond. Het nader rapport meldt dat het voorstel van een verhuurverbod is geschrapt.

In de toelichting op het wetsvoorstel tot wijziging Wet primair onderwijs en andere wetten in verband met het onderwijs in de Friese taal (33 618) miste de afdeling een probleemomschrijving en een antwoord op de vraag op welke wijze het voorstel bijdraagt aan de doelen van het wetsvoorstel, namelijk kwaliteitsverbetering en stimulering van het gebruik van de Friese taal. Zij merkte op dat in de verschillende adviezen en rapporten die de aanleiding hebben gevormd voor het voorstel evenmin wordt gerefereerd aan de doelstellingen op het gebied van het onderwijs of het draagvlak voor het gebruik van de Friese taal. De afdeling adviseerde in de toelichting in te gaan op de wijze waarop het voorstel aan de verwerkelijking van de genoemde doelen bijdraagt. De memorie van toelichting is in die zin aangevuld.

In de toelichting op het verzamelbesluit evaluatie en uitbreiding Wet Bibob (Strcrt 2013, nr. 16616) miste de afdeling een adequate beschrijving van de aard en de omvang van het probleem. Het voorstel betrof een uitbreiding van de rechtstreekse verstrekking van gegevens door politie, justitie en de minister van VenJ aan bestuursorganen en rechtspersonen met een overheidstaak. De afdeling

wees op de conclusie uit onderzoek dat het probleem met betrekking tot informatie-uitwisseling vooral lijkt te liggen in onduidelijkheid over bevoegdheden en niet zozeer in de onmogelijkheid van rechtstreekse verstrekking van justitiële, strafvorderlijke en politiegegevens. Voorts vroeg de afdeling nader in te gaan op de effectiviteit van rechtstreekse verstrekking van gegevens, zulks eveneens onder verwijzing naar onderzoek waaruit blijkt dat kleine gemeenten vaak niet beschikken over de benodigde capaciteit, kennis en ervaring om Bibob-onderzoek te doen en anderzijds dat omdat ook rechtstreekse verstrekking vaak ook geen soelaas zal bieden. De toelichting is daarop op beide punten aangevuld, mede in het licht van artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM.

8. Uitwisseling van informatie

In een aantal adviezen heeft de afdeling het voorstel getoetst aan artikel 8 EVRM, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In het kader van de noodzakelijkheidstoets (“is de inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk in een democratische samenleving?”) is ingegaan op de doeltreffendheid van de maatregel (wetsvoorstel vastleggen en bewaren van kentekengegevens door de politie) (33 542). De afdeling verwijst daarbij onder andere naar enige in de toelichting genoemde onderzoeken waaruit niet onmiddellijke de meerwaarde van de maatregel blijkt. Geadviseerd wordt een meer dragende motivering te geven. De afdeling maakte ook opmerkingen over de proportionaliteit van het voorstel en adviseerde aanpassing van de reikwijdte. Op beide punten zijn toelichting en wetsvoorstel aangepast.

Bij de verzamelwet kinderopvang 2013 (33 538) miste de afdeling een toetsing aan de uitgangspunten van de Wbp, namelijk dat persoonsgegevens worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden, en dat persoonsgegevens niet worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar zijn met de doeleinden waarvoor zij zijn verkregen, dat de verwerking toereikend is, ter zake dienend en niet bovenmatig. Voorts dient te worden voldaan aan de noodzakelijkheids- en evenredigheidseis die artikel 8 EVRM stelt. De toelichting is daarop aangepast en het wetsvoorstel is aangevuld met een grondslag voor het verstrekken van inzage in inspectierapporten.

In het advies over de wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen in verband met fraudeaanpak door gegevensuitwisseling (33 579) wees de afdeling erop dat het feit dat de betrokken bestuursorganen zelf de risicoanalyse moeten toetsen aan het subsidiariteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel, voortvloeiend uit artikel 10 Grondwet, artikel 8 EVRM, de richtlijn persoonsgegevens, artikelen 7 en 8 EU Handvest Grondrechten en de WBP, weliswaar in concrete gevallen waarde heeft, maar de wetgever niet ontslaat van de plicht om de toekenning van bestuursbevoegdheden en de daarmee gepaard gaande beperking van grondrechten zo concreet mogelijk te omschrijven.

Toetsing aan artikel 8 EVRM en het proportionaliteitsbeginsel speelde ook bij het voorstel voor continue screening van medewerkers in de kinderopvangsector (Besluit continue screening kinderopvang). De afdeling wees er onder andere op dat niet alle personen die bij kinderopvang betrokken zijn gescreend worden en dat ook in andere sectoren waar sprake is van contact met (jonge) kinderen, zoals onderwijs en sportclubs, of met personen met ernstige handicap of dementie

geen systeem van continue screening bestaat. De afdeling vraagt of het de bedoeling is daar ook continue screening in te voeren, en indien niet, waarom dan wel in de kinderopvang. Het gaat hier in feite om consistentie van keuzes en van het wettelijk stelsel. Volgens het nader rapport is het voorstelbaar dat in de toekomst deze vorm van screening ook wenselijk en proportioneel wordt geacht voor andere sectoren. Randvoorwaarde is evenwel een actueel bestand van medewerkers dat gekoppeld kan worden aan andere gegevensbestanden.

In haar advies over het wetsvoorstel cliëntenrechten bij elektronische verwerking van gegevens (33 509) wees de afdeling erop dat de overheid de verantwoordelijkheid heeft voor de bescherming van het recht op privacy. Het wetsvoorstel leidt ertoe dat private partijen weliswaar verantwoordelijk zijn/worden voor de uitwisselingssystemen, maar dat neemt naar het oordeel van de afdeling niet weg dat de minister, als bewaker in laatste instantie van de kwaliteit van de zorg, uiteindelijk aanspreekbaar blijft op de kwaliteit van de gegevensuitwisseling, met name in situaties waarin private partijen tekort (dreigen te) schieten. De functionele, technische en organisatorische eisen voor de elektronische gegevensverwerking zullen worden opgenomen in een amvb op grond van artikel 26 Wbp. Deze regeling is echter nog niet gereed. De afdeling merkte in dit verband op dat uniformering van de hiervoor bedoelde eisen van groot belang is. Zij adviseert daarom in de toelichting een schets op te nemen van de contouren van de amvb op grond van artikel 26 Wbp. Het kabinet heeft dit advies opgevolgd.

In het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg (32 399) was een grondslag opgenomen voor het zonder toestemming van betrokkene uitwisselen van strafrechtelijke en medische persoonsgegevens door een groot aantal actoren. Dit was vormgegeven door het introduceren van zowel een verplichting tot het verstrekken van gegevens als een vorderingsrecht van inlichtingen en inzage in gegevens en bescheiden. De afdeling adviseerde in de toelichting in te gaan op de mogelijkheden voor het bieden van passende waarborgen en de wijze waarop de betrokkene kennis kan nemen van de uitgewisselde gegevens en het voorstel aan te passen. Daarop is de verplichte informatieverstrekking beperkt en is een delegatiegrondslag opgenomen om bij amvb regels te kunnen stellen welke gegevens mogen worden uitgewisseld. Verder is bepaald dat de zorgverantwoordelijke wordt geïnformeerd indien gegevens worden uitgewisseld zonder toestemming van de betrokkene (de zorgverantwoordelijke moet dat vervolgens in het dossier van betrokkene aantekenen).

Het wetsvoorstel wijzigingswet financiële markten 2014 (33 632) bepaalde dat de toezichthouder vertrouwelijke gegevens kan verstrekken aan de AIVD, de belastingdienst, de FIOD, de nationale politie, het OM en andere bij ministeriële regeling aan te wijzen instanties voor zover dat, met het oog op de integriteit van de financiële markten en de op die markt werkzame personen, voor en goede samenwerking en informatie-uitwisseling met die instanties nodig is. Blijkens de toelichting strekt deze bepaling er toe informatie-uitwisseling binnen het Financieel Expertise Centrum (FEC) beter mogelijk te maken. De afdeling merkt op dat de toelichting geen inzicht biedt in de (formeel-juridische) status van het FEC en evenmin in het Informatieprotocol FEC 2011 op basis waarvan informatie-uitwisseling plaatsvindt. Naar het oordeel van de afdeling kan het feit dat op grond van het voorstel informatie mag worden verstrekt aan de daar genoemde partijen er niet toe leiden dat ook informatie-uitwisseling binnen het FEC mogelijk wordt. De toezichthouders mogen namelijk toezichtvertrouwelijke informatie slechts verstrekken in een één-op-één relatie met de in de wet

genoemde partijen. Ieder van deze partijen is vervolgens gehouden deze informatie vertrouwelijk te behandelen. De afdeling merkt voorts op dat het geformuleerde noodzaak-criterium, te weten “voor zover dat met het oog op de integriteit van de financiële markten en de op die markten werkzame personen, voor een goede samenwerking en informatie-uitwisseling met die instanties nodig is” nauwelijks beperkend is. Naar aanleiding van deze opmerkingen is het noodzaakcriterium aldus aangepast dat de informatie slechts mag worden verstrekt als dat voor de ontvangende instantie dienstig is voor de uitoefening van haar wettelijke taak.

9. Opneming van het maatschappelijk doel in het wetsvoorstel

Een nieuwe figuur van wetgeving lijkt het opnemen van het maatschappelijk doel in een voorstel. Wat de betekenis van een dergelijke bepaling is, is nog niet uitgekristalliseerd. Heeft zo'n bepaling normatieve betekenis in de zin dat de bepaling toetssteen is voor bestuur en rechter of heeft de bepaling alleen symbolische betekenis als beleidsdoel? De afdeling beoordeelt dergelijke bepalingen verschillend.

In haar advies over de nota van wijziging van de Wet natuurbescherming (33 348) merkte de afdeling op dat de voorgestelde doelbepaling geen toegevoegde waarde heeft en verwarring kan wekken. Zij adviseerde deze bepaling te schrappen en het doel van het wetsvoorstel in de toelichting weer te geven. De betreffende bepaling luidde: “Deze wet is gericht op: (a) het beschermen en ontwikkelen van de natuur, mede vanwege de intrinsieke waarde, en het behouden en herstellen van de biologische diversiteit, en (b) het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de natuur ter vervulling van maatschappelijke functies.” Het tweede lid luidde: “Een bestuursorgaan oefent zijn taken en bevoegdheden op grond van deze wet uit met het oog op de doelen, genoemd in het eerste lid, zoals nader bepaald bij of krachtens deze wet.” De afdeling merkte op dat het oogmerk van een wet kan blijken uit de considerans. Daarin worden strekking van en, indien daartoe aanleiding is, het motief tot de vaststelling van een wet in hoofdzaak kort weergegeven. De toelichting biedt een nadere duiding en motivering van de doelstelling. De considerans en de toelichting zijn van belang voor de beoordeling van het ontwerp door de wetgever, voor de rechterlijke macht van bijvoorbeeld reikwijdte van bevoegdheden en voor de evaluatie van de wet. De afdeling merkte op dat de doelstelling geen enkele functie vervult in het wetsvoorstel. De toelichting wijst juist op andere bepalingen waarin de normatieve werking tot uitdrukking komt en waarin wordt geëxpliciteerd dat de doelbepaling bij de afweging door bestuursorganen en bij de beoordeling door de rechter evenmin als toetsingskader geldt. Gelet hierop mist de doelbepaling niet alleen toegevoegde waarde, maar kan deze ook verwarring wekken. Opname van de doelbepaling wekt immers de indruk dat deze toch zelfstandige betekenis zou hebben. De voorgestelde doelbepaling, die eerder een beleidsdoel lijkt te verwoorden, past niet bij de normatieve betekenis van de wet als grondslag voor overheidshandelen en voor de rechtszekerheid van burgers. De afdeling adviseert de bepaling te schrappen. De staatssecretaris antwoordt in het nader rapport dat de in de wet geformuleerde doelstelling een belangrijk uitgangspunt belichamen van haar beleid en van het wetsvoorstel. Opname van deze doelstelling in het wetsvoorstel zelf, in plaats van alleen in de considerans of in de toelichting, doet naar mijn oordeel recht aan het centrale karakter van dit uitgangspunt in dit wetsvoorstel. De voorgestelde doelbepaling sluit bovendien aan bij de voorgenomen regeling in de Omgevingswet, die ook een dergelijke bepaling zal kennen waarin

de maatschappelijke doelen van die wet zijn opgenomen. Om deze reden is de doelbepaling in het voorstel gehandhaafd.

Het wetsvoorstel voor een Omgevingswet (33 962) bevat een vergelijkbare bepaling over het maatschappelijk doel van de wet. Artikel 1.3 luidt: “Deze wet is, met het oog op duurzame ontwikkeling, gericht op het in onderlinge samenhang: (a) bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit, en (b) doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies.” De afdeling constateert in haar advies dat de maatschappelijke doelstelling in het voorstel is vastgelegd, maar heeft er geen kritiek op. Daarentegen adviseert de afdeling wel om de milieubeginselen van artikel 191 van het VWEU in het voorstel te codificeren. Artikel 191 van het VWEU bepaalt dat de EU in haar milieubeleid streeft naar een hoog niveau van bescherming, rekening houdend met de uiteenlopende situaties in de verschillende regio’s van de Unie. Haar beleid berust op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, en het beginsel dat de vervuiler betaalt. Dientengevolge zijn deze beginselen richtinggevend voor het door de EU – en daarmee ook voor de lidstaten – te voeren milieubeleid en wetgeving. De afdeling meent dat, gelet op het uitgangspunt van de wetgever om zoveel mogelijk aan te sluiten bij het EU-recht, het integrale karakter van het voorstel en de harmoniserende werking die uitgaat van codificatie, alsmede de positie van de Staten-Generaal als medewetgever en het ordenend vermogen van een wet in formele zin, verankering van de belangrijkste beginselen in het voorstel in de rede ligt. De afdeling meent dat zij invulling geven aan wettelijke normen en de discretionaire bevoegdheden die in het voorstel zijn opgenomen en dat zij een leidraad bieden aan bestuursorganen en rechters bij de toepassing ervan. Daarmee dragen beginselen bij aan een betere voorspelbaarheid van het overheidsoptreden. Het nader rapport meldt dat (met uitzondering van enige specifieke instructieregels voor afgebakende activiteiten) het kabinet er niet voor gekozen heeft om beleidsbeginselen die nu langs beleidsmatige weg doorwerken als rechtsregel in dit wetsvoorstel te codificeren. Als reden wordt aangegeven dat de principes van artikel 191 VWEU primair ontwikkeld zijn voor het milieubeleid. Onduidelijk is welke effecten onverkorte doorwerking zou hebben op de andere domeinen van het omgevingsrecht, zoals bouwen, cultureel erfgoed en infrastructuur. Verder zou codificatie via jurisprudentie tot verstarring kunnen leiden en daarmee beperkingen kunnen opleggen aan de overheid om, gegeven de maatschappelijke en politieke omstandigheden, tot een acceptabel beleidspakket te komen. Het EU-recht dwingt niet tot codificatie. Tenslotte is er op dit moment nagenoeg geen beginselgeleide wetgeving op het gebied van de fysieke leefomgeving. In de periode 1992-2004 is er veel geschreven over nut en noodzaak en voor- en nadelen van codificatie van algemene beginselen van het milieurecht. Daarna heeft het toenmalige kabinet besloten “om de beginselen voorlopig niet wettelijk vast te leggen, omdat over de gevolgen van codificatie van milieubeginselen voor de praktijk de inzichten vooralsnog te veel uit elkaar lopen. Het betreft met name de inschatting van de extra lasten voor bestuur en justitieel apparaat ten gevolge van codificatie.(Kamerstukken II 2003/04, 29 540, nr. 57)”. In de tussentijd is er volgens het nader rapport bij de wetgever en bevoegde gezagsinstantie geen verdere ervaring opgedaan met beginselgeleide wetgeving die tot herziening van dat kabinetsstandpunt leidt.

Wetgevingsarchitectuur

In het wetsvoorstel gebruik camerabeelden en meldplicht datalekken (33 662) waren de twee maatregelen in één wetsvoorstel opgenomen uit een oogpunt van wetgevingseconomie en vanwege het inhoudelijk verband. De afdeling meende dat de onderdelen weinig inhoudelijk verband vertoonden en adviseerde tot splitsing. Zij wees erop dat daarmee ook kon worden voorkomen dat door bezwaren in de verdere wetgevingsprocedure tegen één van beide onderwerpen, beide regelingen vertraging zullen oplopen. Dit advies is gevolgd.

Het wetsvoorstel maatregelen woningmarkt 2014 (33 756) bestond uit drie onderdelen, te weten een verhuurderheffing, beperking van de hypotheekrenteaftrek en herstel van enige onduidelijkheden. De toelichting vermeldde dat het naar de mening van de regering paste de onderdelen 1 en 2 vanwege de thematische en uitvoeringstechnische samenhang in het wetsvoorstel op te nemen “en zodoende in samenhang te beoordelen”. De afdeling merkte op dat er op de woningmarkt meer vraagstukken zijn die in de toekomst aandacht vragen. Daarmee rijst de vraag waarom de onderhavige voorstellen wel in samenhang zouden moeten worden beoordeeld, hoewel de onderwerpen uiteenlopend van aard zijn, maar niet in samenhang met een of meer op korte termijn nog te verwachten voorstellen. Het nader rapport antwoordt dat het bij deze voorstellen om de fiscale uitvoeringstechnische kant gaat.

In het advies over het wetsvoorstel verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioenen en maximering pensioengevend inkomen (33 610), uitwerking van het regeerakkoord, speelde de samenhang met andere maatregelen betreffende pensioen. De afdeling achtte het niet wenselijk dat wijzigingen van het Witteveenkader vooruitlopen op te verwachten wijzigingen van de Pensioenwet. Zolang niet duidelijk is welke de wijzigingen in de Pensioenwet zullen zijn, wordt met het voorstel een voorschot genomen op de uitkomsten van een nog verder te voeren debat over het tweepijlerpensioen. De afdeling wees voorts op het door sociale partners gesloten pensioenakkoord. Nog niet duidelijk is of, en zo ja hoe, aan het pensioenakkoord uitvoering wordt gegeven en de bestaande afspraken in het nieuwe systeem worden ingepast. Dit betekent dat de mogelijke effecten van het pensioenakkoord en het overgangsrecht nog niet bekend zijn. Hierdoor ontbreekt naar de mening van de afdeling het zicht op de cumulatieve effecten van de geschetste versoberingen, daaronder begrepen het cumulatieve effect van het overgangsrecht en het overgangsrecht dat met het pensioenakkoord gepaard zal gaan. Daarnaast merkt de afdeling op dat met het voorstel vooruitgelopen wordt op (de uitkomsten van) het inmiddels al lopende debat over de solidariteit die aan het pensioenstelsel ten grondslag ligt en over de verplichtstelling van het tweedepijler-pensioen. De afdeling adviseerde tot heroverweging (“niet dan nadat...”). Het nader rapport stelt dat het kabinet echter van mening is dat wetgevende stappen op het gebied van ambitie, zekerheid, financiering en risicodeling afzonderlijk gezet kunnen worden en niet noodzakelijkerwijs tegelijkertijd genomen moeten worden. Na de eerste termijn van de plenaire behandeling in de Eerste Kamer heeft het kabinet van dit voorstel alsmede het daarmee samenhangende wetsvoorstel pensioenaanvullingsregelingen (33 672) aanhouding gevraagd voor nader beraad. Het kabinet heeft vervolgens de conclusie getrokken dat wijzigingsvoorstellen noodzakelijk zijn alvorens een zinvolle behandeling in de Kamer mogelijk is.

In verzoek om voorlichting inzake de verankering van de democratische controle bij de hervormingen in het economisch bestuur in Europa ter bestrijding van de economische en financiële crisis⁵ kwam aan de orde parlementaire betrokkenheid bij regelgeving op het terrein van financieel-economisch en monetair bestuur in Europees verband. De afdeling wijst erop dat de politieke besluitvorming over de begroting van het volgende jaar in belangrijke mate wordt verlegd van het najaar naar het voorjaar. De behandeling van de wetsvoorstellen tot vaststelling van de begroting en de bijbehorende voorstellen, zoals het Belastingplan, hebben daarmee, wat de hoofdlijnen betreft, meer het karakter gekregen van de uitwerking en formalisering van al vastgelegde afspraken. De gang van zaken rond de begrotingen voor 2013 (met name het Lenteakkoord) was hiervan een eerste voorbode. Volgens de afdeling mag worden verwacht dat deze trend zich in versterkte mate zal voortzetten. Het verdient naar het oordeel van de afdeling aanbeveling dat de beide Kamers bij het uitoefenen van hun medewetgevende en controlerende taken rekening houden met deze verschuiving van de begrotingscyclus en daarover afspraken maken met de regering.

Over het wetsvoorstel wijziging van de Wet op de dierproeven in verband met de implementatie van richtlijn 2010/63/EU (33 692) merkte de afdeling op ervoor gekozen is om de richtlijn te implementeren door wijziging van de Wet op de dierproeven en niet door een nieuwe wet op te stellen. Zij wijst erop dat bijna alle bepalingen van de wet ingrijpend worden gewijzigd en dat bovendien veel nieuwe bepalingen worden ingevoegd. Volgens de afdeling komt dat de overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het wetsvoorstel niet ten goede. De afdeling wijst erop dat het goed gebruik is bij voorgenomen omvangrijke wijzigingen in een regeling te overwegen de bestaande regeling in te trekken en een nieuwe regeling vast te stellen (zie Aanwijzing 224). In het nader rapport wordt opgemerkt dat de wet diverse bepalingen bevat die geen verband houden met de richtlijn, maar van nationaal belang zijn. Een geheel nieuwe wet zou niet sporen met Aanwijzing 331 dat bij implementatie geen andere regels worden opgenomen dan voor implementatie nodig zijn. Bovendien had de richtlijn al geïmplementeerd moeten zijn. Geheel nieuwe vaststelling zou voor onnodige vertraging van het wetgevingsproces kunnen leiden. Toegezegd wordt dat bij publicatie van de wijzigingswet zal worden overgegaan tot integrale tekstplaatsing van de Wet op de dierproeven in het Staatsblad. De afdeling adviseerde voorts om, nu de implementatietermijn al was verstreken, in de toelichting in te gaan op de gevolgen van de overschrijding van de termijn en aandacht te besteden aan de vraag hoe aan bepaalde verplichtingen die uit de richtlijn voortvloeien wordt voldaan tot het moment waarop het voorstel in werking treedt. In het nader rapport wordt geantwoord dat de huidige wet al zoveel mogelijk richtlijnconform wordt toegepast en dat met de huidige wet het beoogde beschermingsniveau al grotendeels gerealiseerd wordt.

In het advies over het wetsvoorstel aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit (33 754) merkte de afdeling op dat het voorstel ingrijpende keuzes bevat op het terrein van het punitieve sanctierecht. De snelheid die de behandeling van het belastingpakket 2014 door Tweede en Eerste kamer vergt, kan naar het oordeel van de afdeling aan de zorgvuldige behandeling van dit ingrijpende voorstel in de weg staan. Daarom adviseerde de afdeling het voorstel los te koppelen van het belastingplanpakket 2014 en de ingangsdatum ervan vast te stellen bij koninklijk besluit. In het nader rapport wordt uiteengezet dat een voortvarende aanpak bij de bestrijding van fraude noodzakelijk is en dat daarom de antifraudemaatregelen op zo kort mogelijke termijn effectief

⁵ Kamerstukken I 2012/2013, 33 454, nr. AB.

moeten worden. Aan het wetsvoorstel is wel een horizonbepaling toegevoegd, op grond waarvan de fraudebepalingen vervallen na vijf jaar tenzij voordien een daarop betrekking hebbend wetsvoorstel wordt ingediend. In die periode moet de effectiviteit blijken.

In de toelichting op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de jeugdzorg en enkele andere wetten, houdende vaststelling van een grondslag voor het stellen van kwaliteitseisen over beroepsbeoefenaren werkzaam in de jeugdzorg en voor het aanwijzen van een kwaliteitsregister (33 619) miste de afdeling een paragraaf die de hoofdlijnen en oogmerken van het wetsvoorstel kort weergeeft. De toelichting is daarop in die zin aangepast.

Bij het voorstel voor de Jeugdwet (33 684) merkte de afdeling op dat een toelichting zelfstandig leesbaar dient te zijn en een dragende motivering moet bevatten voor alle relevante artikelen. Dit geldt ook voor een wetsvoorstel dat beoogt een nieuwe regeling te scheppen in de plaats van een al bestaande wet. De afdeling merkte op dat de toelichting op onderdelen tekort schoot. Zo wordt veel bekend verondersteld, ontbreken verwijzingen naar bestaande artikelen en wordt anderzijds uitsluitend volstaan met verwijzing naar geldende artikelen zonder deze inhoudelijk toe te lichten. De afdeling gaf in overweging de toelichting kritisch te toetsen, te ontdoen van onjuistheden en herhalingen en ook overigens aan te passen zodat zulks resulteert in een duidelijke, goed leesbare verantwoording van de nieuwe regeling. Het nader rapport meldt dat de toelichting is aangepast.

Over het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818) merkte de afdeling op dat veel voorgestelde bepalingen moeilijk leesbaar zijn als gevolg van de vele onderlinge verwijzingen en omslachtige formuleringen. In dit opzicht is de voorgestelde tekst aanmerkelijk complexer dan de huidige wettekst. De afdeling adviseerde de tekst daarom in zijn geheel opnieuw aan een redactionele toets te onderwerpen en waar mogelijk te vereenvoudigen.

10. Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Uitvoeringslasten kwamen aan de orde in het advies over het wetsvoorstel Wet pensioenaanvullingsregelingen (33 672). De afdeling oordeelde dat de aanvullende inkomensopbrengst van de voorgestelde pensioenexcedentenregelingen (financieel en fiscaal) beperkt is, dat hieraan zeer hoge uitvoeringslasten zijn verbonden en dat verwacht moet worden dat de uiteindelijke opbrengst ervan voor de meeste pensioendeelnemers minimaal, zo niet te verwaarlozen, is. De afdeling concludeerde dat over het voorstel in deze vorm niet positief kon worden geoordeeld (“niet aldus...”). De afdeling was tevens van oordeel dat, gegeven de beperkte omvang van het hiermee gegenereerde aanvullend inkomen en de hoge uitvoeringslasten daarvan, een verplichtstelling in de meeste gevallen tot een disproportionele belasting voor deelnemers leidt. Zij adviseerde dat deelname uitsluitend op vrijwillige basis zou moeten plaatsvinden. Het nader rapport meldt dat sociale partners hechten aan de mogelijkheid van verplichtstelling, maar dat zij ook de ruimte hebben geen verplichtstelling na te streven. Na de eerste termijn van de plenaire behandeling in de Eerste Kamer heeft het kabinet van dit voorstel alsmede het daarmee samenhangende wetsvoorstel verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen (33 610) aanhouding voor nader beraad gevraagd. Het

kabinet heeft vervolgens de conclusie getrokken dat wijzigingsvoorstellen noodzakelijk zijn alvorens een zinvolle behandeling in de Kamer mogelijk is.

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met het organiseren van kansspelen op afstand (33 996) speelde de vraag naar de effectiviteit en de handhaafbaarheid in grote rol. De afdeling merkte op dat de effectiviteit van het voorstel in hoge mate afhangt van de wijze waarop kan worden opgetreden tegen illegale aanbieders. De afdeling merkte op dat uit onderzoek in andere landen dat bevoegdheden tot optreden ofwel niet werden toegepast van wege praktische problemen ofwel niet effectief waren. Zo blijkt in Noorwegen het tegengaan van betalingen gemakkelijk te omzeilen. In Duitsland is om die reden nog niet overgegaan tot het gebruik van de mogelijkheid betalingsverkeer te blokkeren. In Nederland is in hoger beroep een door de rechtbank opgelegd bevel aan internetproviders om de site van Pirate Bay te blokkeren ongedaan gemaakt vanwege het niet voldoen aan de effectiviteits-/evenredigheidseis van het gevraagde verbod. In het nader rapport wordt de mogelijkheid van omzeiling van een verbod erkend, maar wordt ook gewezen op recente jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie waarin internetproviders onder bepaalde voorwaarden mogen worden gelast hun klanten de toegang tot een illegale website te ontzeggen. En in Noorwegen is de omzet van illegale aanbieders na jarenlange groei gestagneerd, terwijl 30% van de Noorse spelers heeft aangegeven dat deelname aan illegale kansspelen door blokkades wordt bemoeilijkt. Het kabinet meent dat de voorgestelde handhavingsinstrumenten de nodige barrières tegen illegale aanbieders buiten Nederland kunnen opwerpen.

11. Bestuurlijke inrichting

In het advies over het wetsvoorstel wijziging Wet primair onderwijs en andere wetten in verband met het onderwijs in de Friese taal (33 618) speelde de verdeling van verantwoordelijkheden en de vormgeving van provinciale betrokkenheid. De afdeling merkte op dat in de onderwijswetgeving ten aanzien van het primair onderwijs en voortgezet onderwijs het tot op heden zo is dat wetgever en regering de inhoudelijke eisen vaststellen ten aanzien van dat onderwijs. Waar is gekozen voor (horizontale) delegatie, is daaraan een voorhangprocedure gekoppeld, waardoor parlementaire betrokkenheid is verzekerd. In het voorstel was de bevoegdheid tot het vaststellen van de kerndoelen Friese taal gedelegeerd aan provinciale staten. Als gevolg daarvan zou de betrokkenheid van regering en parlement, welke tot op heden het uitgangspunt vormt bij het vastleggen van inhoudelijke deugdelijkheidseisen en welke bij de overige kerndoelen gehandhaafd blijft, gaan ontbreken. Naar het oordeel van de afdeling werd de wenselijkheid van deze inbreuk op het bestaande, mede door artikel 23, eerste, vijfde en zesde lid van de Grondwet ingegeven stelsel, in de toelichting onvoldoende dragend gemotiveerd. Voorgesteld was ook dat de minister instemming moet geven voor de criteria voor de door gedeputeerde staten te verlenen ontheffing van de verplichting tot het geven van onderwijs in de Friese taal. De afdeling merkte op dat gedeputeerde staten reeds vanaf 1980 een zelfstandige bevoegdheid hadden om ontheffing te verlenen, zonder betrokkenheid van de minister. De afdeling meende dat de instemmingsbevoegdheid van de minister als specifiek toezichtinstrument een afwijking vormde van het bij de herijking van het interbestuurlijk toezicht gekozen uitgangspunt dat in beginsel zal worden volstaan met het generieke instrumentarium. Zij meende dat deze afwijking onvoldoende gemotiveerd was. Op beide

punten is het wetsvoorstel aangepast. De instemmingsbevoegdheid van de minister is vervangen door een goedkeuringsbevoegdheid. Daarbij is aangevoerd dat in het licht van artikel 23 Grondwet, waarbij de zorg voor het onderwijs expliciet bij de regering is gelegd, dat het instrument van goedkeuring door de minister dient te prevaleren ten opzichte van generiek interbestuurlijk toezicht.

In het advies over het wetsvoorstel voor de Jeugdwet (33 684) formuleerde de afdeling, onder verwijzing naar haar Derde periodieke beschouwing naar de interbestuurlijke verhoudingen⁶, formuleerde de afdeling een aantal randvoorwaarden voor decentralisatie:

- a. Een benadering die gericht is op maatwerk, vraagt om integraliteit in de overdracht van verantwoordelijkheden en bevoegdheden op brede samenhangende terreinen. Verkokering van beleid moet voorkomen worden en budgetten moeten ontschot worden.
- b. Alleen de opdracht om taken uit te voeren moet wettelijk worden geformuleerd (de “wat-vraag”), niet de wijze waarop de uitvoering gestalte moet krijgen (de “hoe-vraag”).
- c. Bij deze benadering past dat decentrale overheden de “hoe-vraag” op uiteenlopende wijzen beantwoorden.

Het wetsvoorstel bevatte de bevoegdheid om bij of krachtens amvb regels te stellen over onder andere de beschikbare deskundigheid, over voorzieningen die in ieder geval getroffen moeten worden alsmede over financiële randvoorwaarden en inkoopbeleid. De afdeling merkte op dat deze bevoegdheid ongeclausuleerd is en dat dit ertoe kan leiden dat de beoogde beleidsvrijheid en de daarmee beoogde regiefunctie van de gemeente worden ondergraven. Naar het oordeel van de afdeling is het stellen van regels dan ook eerst aan de orde als ontoelaatbare knelpunten zouden ontstaan die niet anders dan door het stellen van nadere regels kunnen worden ondervangen. Het voorstel is daarop aangepast.

In het advies over het wetsvoorstel maatregelen Wet werk en bijstand en enkele andere wetten (33 801) verwijst de afdeling eveneens naar de Derde periodieke beschouwing naar de bestuurlijke verhoudingen en de randvoorwaarden die daarin zijn geformuleerd over de verschuiving van verantwoordelijkheden van de rijksoverheid naar gemeenten. De afdeling wijst erop dat het wetsvoorstel niet alleen op de punten van de tegenprestatie en de arbeidsverplichtingen, maar ook op dat van het sanctiebeleid de beleidsvrijheid van de gemeenten inperkt. Bevoegdheden worden omgezet in verplichtingen. De afdeling is van oordeel dat de inperking van de beleidsvrijheid, gelet op de dragende gedachten achter de WWB en gelet op het uitgangspunt dat maatwerk betekent dat gemeenten beleidsruimte nodig hebben om dat maatwerk te leveren, een dragende motivering behoeft. Het nader rapport merkt op de gemeenten binnen het wettelijk kader beleidsruimte hebben om in individuele situaties en bij bijzondere omstandigheden maatwerk te leveren. Het wettelijk kader voorkomt dat gemeenten ieder voor zich veel beleidskracht moeten investeren in het vormgeven van het maatregelenbeleid voor die gedragingen waarvoor op voorhand evident is dat daarvoor een zware maatregel passend is.

In het advies over de vierde nota van wijziging bij het wetsvoorstel Invoeringswet Werken naar vermogen (advies W12.13.0314/III) plaatst de afdeling de nota van wijziging tegen de achtergrond

⁶ Bijlage bij Kamerstukken II 33 400-VII, nr. 67.

van de bredere decentralisatieagenda en verwijst zij naar de drie uitgangspunten als geformuleerd in de derde periodieke beschouwing interbestuurlijke verhoudingen. De afdeling heeft voorts opmerkingen over de verplichting voor gemeenten samen te werken op het niveau van 35 arbeidsmarktregio's. In dit verband wijst de afdeling op een paradox dat waar beoogd wordt door middel van decentralisatie taken dichterbij de burger te laten uitvoeren, dit in de praktijk gepaard gaat met gemeentelijke schaalvergroting, in eerste instantie vooral via verplichte samenwerkingsverbanden, waardoor het bestuur fysiek centraliseert en daarmee juist verder van de burger af komt te staan. De afdeling merkt voorts op dat het interbestuurlijk toezicht, in het bijzonder de regeling van taakverwaarlozing, voldoende zou moeten zijn om gemeenten die de vereiste resultaten niet bereiken, daarop aan te spreken en dat de verplichte samenwerkingsverbanden bij de onderscheiden decentralisaties verschillend worden samengesteld. Het nader rapport merkt op dat het kabinet streeft naar congruente regio's in het brede sociale domein (Jeugdwet en Wmo), maar er daarbij van uitgaat dat reeds bestaande, goed functionerende samenwerkingsverbanden gerespecteerd dienen te worden. De delegatiebepaling in de participatiewet is een stok achter de deur om de samenwerking binnen het sociale domein nader te regelen indien dat nodig mocht blijken te zijn.

12. Consultatie

In het advies over het voorstel tot wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (programmatische aanpak stikstof) (33 669) wees de afdeling erop dat op grond van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen conceptregelgeving met relevantie voor decentrale overheden voor advies moet worden voorgelegd aan IPO, VNG en UvW en dat het advies dient te worden meegezonden naar de afdeling. De afdeling constateerde dat op ambtelijk niveau overleg is gevoerd met IPO en VNG en dat van ambtelijk overleg met de UvW in de toelichting geen melding wordt gemaakt. De afdeling is van mening dat, gelet op de afspraken die zijn neergelegd in de code, het van belang is dat IPO, VNG en UvW bestuurlijk advies uitbrengen over het wetsvoorstel. De afdeling beveelt aan alsnog advies te vragen en, mocht het voorstel naar aanleiding van de adviezen ingrijpend worden gewijzigd, het voorstel opnieuw aan haar ter advisering voor te leggen. In het nader rapport wordt uiteengezet dat provincies, gemeenten en waterschappen bij de voorbereiding van het wetsvoorstel uitvoerig betrokken zijn geweest en dat bestuurlijk overleg heeft plaatsgevonden en dat zij met het voorstel kunnen instemmen. De toelichting is in die zin verduidelijkt.

Bij het wetsvoorstel langdurige zorg (33 891) merkte de afdeling op dat op het moment dat het wetsvoorstel bij de afdeling aanhangig was gemaakt, het advies van het College bescherming persoonsgegevens (Cbp) nog niet was ontvangen. Voor haar oordeelsvorming als laatste adviseur dient de afdeling te beschikken over adviezen van (verplichte) adviescolleges en de reactie daarop. Bij het ontbreken van advies houdt de afdeling in beginsel de behandeling van het wetsvoorstel aan tot dat het ontbrekende advies en de reactie daarop wordt ontvangen. Echter, in dit geval heeft de afdeling bij wijze van uitzondering het wetsvoorstel wel reeds in behandeling genomen vanwege het spoedeisend karakter daarvan.

13. Naming and shaming

In 2014 is door de sector wetgevingskwaliteitsbeleid op basis van de jurisprudentie en de literatuur een leidraad opgesteld voor de al dan niet wettelijke grondslag en vormgeving van de openbaarmaking van sanctiebesluiten en toezichtgegevens⁷. Uit de leidraad blijkt een duidelijke voorkeur om voor dergelijke beslissingen een wettelijke grondslag te scheppen die ook waarborgen voor rechtsbescherming van de onder toezicht staande ondernemingen en instellingen bevat.

Het advies van de afdeling over het voorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in verband met de stroomlijning van het door de ACM te houden markt toezicht (33 622) kan als richtinggevend voor de benadering van de afdeling worden beschouwd. In dat advies kwam aan de orde de openbaarmaking van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen. De afdeling wees erop dat openbaarmaking van een sanctie *naming and shaming* inhoudt, die diep kan ingrijpen in de betrokken onderneming en tot aanzienlijke economische en morele schade van de onderneming en de betrokken natuurlijke personen kan leiden. Artikel 8 EVRM eist voor inmenging in de persoonlijke levenssfeer een specifieke bij wet voorziene afweging in termen van proportionaliteit. Naar het oordeel van de afdeling vereist openbaarmaking een afzonderlijke afweging, waarbij beoordelingsruimte dient te bestaan om te bepalen of gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval openbaarmaking evenredig is aan het nagestreefde doel. Openbaarmaking moet uitkomst zijn van een afzonderlijke belangenafweging die uiteindelijk door de rechter kan worden getoetst. In een dergelijke belangenafweging dient het beginsel dat een maatregel gelijke maat houdt met de normschending (evenredigheidsbeginsel) in acht te worden genomen, mede in verband met de mogelijke toepasselijkheid van de artikelen 6 en 8 van het EVRM. De afdeling wijst op artikel 65 van de Mededingingswet waarin een volledige toetsing aan het evenredigheidsbeginsel mogelijk is, doordat alle in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur geregelde uitzonderingen een grond kunnen opleveren om van openbaarmaking af te zien. In het nader rapport wordt dit advies gevolgd. Het wetsvoorstel dat gekozen is voor een gedifferentieerd regime, waarbij het doel van de openbaarmaking te weten de waarschuwing van consumenten en marktpartijen, onveranderd vooropstaat, maar aan het belang van rechtsbescherming van de betrokken marktorganisaties meer gewicht wordt gegeven.

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Gezondheidswet en de Wet op de jeugdzorg over de mogelijkheid tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties daarbij inbegrepen, volgt de afdeling dezelfde benadering. Ook hier meent de afdeling dat de wet ten aanzien van openbaarmaking van sanctiebesluiten de mogelijkheid moet bieden voor een toetsing aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wet openbaarheid van bestuur en tevens voor een individuele belangenafweging.

De toetsing aan artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 EVRM speelt ook bij de automatische openbaarmaking van de oplegging van een bestuursverbod of de schorsing van een bestuurder. In het advies over het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (34 011) merkt de afdeling op dat de opname van een aan een bestuursverbod onderworpen persoon in een (openbaar) register een

⁷ Te vinden op www.kcwj.nl.

ingrijpende inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene als bedoeld in artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM. Een dergelijke inbreuk is slechts gerechtvaardigd indien is voldaan aan een aantal vereisten: de inbreuk moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en er moet voldaan zijn aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en er moet worden voldaan aan de eisen die voortvloeien uit de Wet bescherming persoonsgegevens.

14. Doorberekening van toezichtkosten

Op 7 mei 2014 bood het kabinet een herziening van het rapport Maat houden over de doorberekening van toelatings- en handhavingskosten uit juni 1996 aan de Tweede Kamer aan⁸. Kern van het nieuwe kabinetsstandpunt is dat er reden is voor een uitzondering op het beginsel dat toezicht en handhaving uit de algemene middelen worden gefinancierd indien individuele (rechts-)personen of groepen van (rechts-)personen in substantiële mate profijt hebben bij toezicht en handhaving door de overheid (het profijtbeginsel).

In haar advies over de wijziging van de Wet bekostiging financieel toezicht in verband met de afschaffing van de overheidsbijdrage (33 957) bleek dat het – toen nog niet gepubliceerde - kabinetsstandpunt bij de afdeling niet op een positief onthaal zou kunnen rekenen. De afdeling was van oordeel dat groepsprofijs geen rechtvaardiging kan vormen voor het volledig afschaffen van de overheidsbijdrage aan het toezicht. Zij merkte daarbij op dat het toezicht primair in het publiek belang wordt uitgeoefend. Het toezicht, eventueel door straffen te handhaven, strekt er toe in het algemeen belang de naleving van wet- en regelgeving te waarborgen. Het toezicht is gericht op bescherming van klanten van financiële ondernemingen tegen onzorgvuldige behandeling en ter bescherming van de maatschappij tegen niet solide financiële ondernemingen en op instabiele financiële sector. Het profijt van het toezicht is in die zin het profijt van de maatschappij als geheel. Het uitgangspunt dat het toezicht in de eerste plaats wordt uitgeoefend in het algemeen belang, brengt naar het oordeel van de afdeling met zich dat het toezicht ook, ten minste ten dele, uit de algemene middelen moet worden gefinancierd. De afdeling houdt het kabinet het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt⁹ voor, waarin wordt bepaald dat de kosten van de ACM die samenhangen met de uitvoering van de wettelijke taken in beginsel ten laste worden gebracht van marktorganisaties. De kosten van de ACM die samenhangen met het uit eigen beweging doen van marktonderzoeken en maken van rapportages, met de behandeling van bezwaar- en beroepsschriften, met het bestraffen van overtredingen waaronder het nemen en bekendmaken van besluiten omtrent het opleggen van bestuurlijke sancties en bindende aanwijzingen, met werkzaamheden die uitsluitend ten behoeve van andere overheidsorganisaties worden verricht, en met het geven van deskundige raad worden echter niet ten laste gebracht van marktorganisaties maar komen ten laste van de algemene middelen. In dezelfde zin bepaalt artikel 12 van de Wet marktordening gezondheidszorg dat het budget voor de beheerskosten van de Nederlandse zorgautoriteit wordt gedekt uit 's Rijks kas. Met het onderhavige wetsvoorstel wordt naar de mening van de afdeling een fundamenteel afwijkende keuze gemaakt. Het nader rapport stelt dat in lijn met het nieuwe Maat houden dat er niet alleen sprake is van systeemprofijs als

⁸ Kamerstukken II 2013/14, 24 036, nr. 407.

⁹ Kamerstukken I 2013/14, 33 622, A.

toezicht noodzakelijk is voor de marktordening, maar ook als handhavingsactiviteiten noodzakelijk zijn voor het vertrouwen in de kwaliteit van de producten of dienstverlening in een specifieke sector.

Ook in het advies over het voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen in verband met het organiseren van kansspelen op afstand (33 996) merkt de afdeling op dat het primaire belang van het toezicht een publiek belang is. Het strekt ertoe in het algemeen belang toe, eventueel door straffen te handhaven, de naleving van wet- en regelgeving te waarborgen. Het uitgangspunt dat het toezicht in de eerste plaats wordt uitgeoefend in het algemeen belang, brengt naar het oordeel van de afdeling met zich dat het toezicht ook, ten minste ten dele, uit de algemene middelen moet worden gefinancierd.

Gelet op haar principiële stellingname ligt het voor de hand dat de afdeling bij nieuwe voorstellen tot doorberekening van kosten zal vragen in de toelichting in te gaan op de mate van doorberekening van kosten gelet op het belang dat ook de samenleving heeft bij de uitvoering van toezichthoudende taken.

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in verband met de stroomlijning van het door de ACM te houden markttoezicht (33 622) stelde de afdeling vast dat in vergelijking tot de bestaande situatie in het voorstel sprake was van een aanzienlijke verruiming van de mogelijkheid om kosten door te berekenen. De afdeling noemde kosten voor het opstellen van het jaarverslag en het verstrekken van inlichtingen en kosten voor het inwinnen van advies van een actuaris. Bovendien kunnen kosten die in een amvb of ministeriële regeling zijn opgenomen (“krachtens de wet”) worden doorberekend. Niet duidelijk is aan de hand van welke maatstaf de kosten daadwerkelijk bij de individuele bedrijven worden neergelegd. De afdeling achtte het van belang dat de hoofdlijnen van de doorberekeningssystematiek in de wet worden geregeld. Het gaat immers om financiële lasten, die voor ondernemingen zowel naar omvang als naar aard van gewicht zijn. In zulk een geval behoort de wet ten minste de kaders voor toerekening aan sectoren en individuele ondernemingen te bevatten. In navolging van het advies zijn enkele hoofdlijnen van de systematiek volgens welke de kosten worden bepaald en ten laste gebracht van marktorganisaties in de wet opgenomen.

In het wetsvoorstel wijzigingswet financiële markten 2014 (33 632) werden de kosten van toezicht op afwikkelondernemingen niet doorberekend omdat het toezicht een grensoverschrijdend karakter heeft en daardoor de kosten die gepaard gaan met het toezicht niet op eenduidige wijze zijn toe te rekenen aan de onder toezicht staande ondernemingen. De afdeling merkt op dat toezicht op grote internationaal opererende ondernemingen ontegenzeggelijk een grensoverschrijdend karakter heeft terwijl de kosten wel worden doorberekend en dat volgens het voorstel kosten die wel eenvoudig zijn toe te rekenen aan individuele ondernemingen volgens het voorstel ook niet kunnen worden doorberekend. De afdeling adviseert de toelichting in dit licht aan te vullen en het voorstel zo nodig aan te passen. In het nader rapport wordt opgemerkt dat DNB de bedoelde werkzaamheden uitvoert als deelneemster aan het Europees stelsel van nationale centrale banken alwaar de aandacht vooral uitgaat naar het voorkomen van systeemrisico's die zich over de landsgrenzen kunnen uitstrekken. Daardoor is geen eenvoudige scheidslijn tussen de verschillende kosten te maken. Bepaalde kosten kunnen wel worden doorberekend. Daartoe zal nog een nota van wijziging worden voorbereid waarover advies aan de afdeling zal worden gevraagd, aldus het nader rapport.

15. Keuze sanctiestelsel

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Woningwet in verband met het verstrekken van het handhavinginstrumentarium (33 798) werd de keuze voor de bestuurlijke boete onderbouwd door te wijzen naar de kabinetsnota uit 2008 over de besloten en open context¹⁰. De afdeling merkte, onder verwijzing naar eerdere adviezen, op dat dit criterium onvoldoende houvast biedt om een keuze te maken tussen sanctiestelsels; dit mede gelet op het feit dat een strikte toepassing van het criterium “open en gesloten context” tot onevenwichtige resultaten leidt. Daarom heeft de afdeling meer dan eens overwogen dat niet zozeer de context waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, maar eerder de aard en de ernst van het feit bepalend dienen te zijn voor de keuze van een sanctiestelsel. Omdat de aard en de ernst van het feit de basis vormen voor de keuze van een sanctiestelsel, dient voor dezelfde overtreding steeds te worden gekozen voor één sanctiestelsel. In het nader rapport wordt aangegeven dat in de praktijk herstelsancties van last onder dwangsom en last onder bestuursdwang voor een bepaalde categorie van overtreders niet effectief zijn en strafrechtelijke vervolging een te vergaand of minder geschikt handhavingsmiddel zijn. Een lik-op-stuk-sanctie als de bestuurlijke boete is bij dergelijke overtredingen vaak noodzakelijk.

16. Publieke belangen

In het advies over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht in verband met het wettelijk regelen van de verbetertermijn voor zeer zwakke instellingen (33 796) had de afdeling bezwaar tegen de bepaling dat de Onderwijsinspectie indien zij van oordeel is dat de onderwijskwaliteit langer dan een jaar tekortschiet, aan de minister moet voorstellen de bekostiging te beëindigen. De afdeling merkt op dat, daar de inhoud van het advies reeds wettelijk vaststaat en de wet dwingend voorschrijft wanneer het moet worden gegeven, het advies geen aanvullende betekenis heeft naast de al verplichte melding aan de minister en het advies geen functie heeft ten behoeve van de onderbouwing van de bekostigingsmaatregel. In het nader rapport wordt aangegeven dat het advies om de verplichte inhoud van het voorstel achterwege te laten, is overgenomen.

Over het wetsvoorstel taken meteorologie en seismologie (33 802) adviseerde de afdeling om in de toelichting aandacht te schenken aan de vraag hoe de ministeriële verantwoordelijkheid voor en de kwaliteit van de uitvoering van publieke taken geborgd zijn indien de bedoeling is dat de minister in het kader van zijn zorgplicht op het gebied van meteorologie taken laat uitvoeren door organisaties buiten het ministerie. Indien daarentegen beoogd is om de desbetreffende publieke taken uitsluitend te laten uitvoeren door een of meer organisatieonderdelen van het ministerie, dan adviseert de afdeling ter verduidelijking om de zorgplichten te vervangen door een expliciete taaktoedeling aan de minister. In het nader rapport wordt gesteld dat het van tevoren vastleggen welke taak onder directe aansturing van de minister zou moeten vallen en welke taak meer op afstand kan worden uitgevoerd, de wet erg complex en rigide zou maken.

¹⁰ Kamerstukken I, 31 700 VI, D.

17. Samenloop van private en publieke regulering

Een van de kernpunten van het wetgevingsbeleid is dat bij het bepalen van de wijze van overheidsinterventie zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector (Aanwijzingen 7 en 8). Overheidsingrijpen is slechts op zijn plaats als van het zelfregulerend vermogen van de maatschappij onvoldoende is te verwachten. De afdeling is echter kritisch mengvormen van private en publieke regulering. De adviezen gingen in op de vraag in hoeverre private partijen hun veronderstelde verantwoordelijkheid zullen waarmaken, of de handhaving van de regeling is gewaarborgd en hoe publieke en private taken kunnen worden afgebakend. De Afdeling volgt het uitgangspunt dat publieke taken binnen het publieke domein worden uitgevoerd.

In haar advies over de wijzigingswet financiële markten 2015 (33 918) verwijst de afdeling uitdrukkelijk naar het uitgangspunt van wetgevingsbeleid dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector. Nu de sector de invoering van tuchtrecht al ter hand had genomen en er binnen de bancaire sector zeer groot draagvlak is voor de introductie van privaatrechtelijk tuchtrecht, rees de vraag waarom de overheid dit initiatief moet ondersteunen met een wettelijke verplichting. In het nader rapport hield de minister aan het voorstel vast omdat door een wettelijke regeling het tuchtrecht in de bancaire sector ook voor een enkele wellicht wat minder welwillende bank effectief wordt.

De samenloop van publiekrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving vroeg bij het Besluit verpakkingen (verbetering handhaafbaarheid) (Stcrt. 2013, nr. 1935) de aandacht. Zowel bestuursrechtelijke (bestuursdwang of het opleggen van een dwangsom) als strafrechtelijke (via de Wet op de economische delicten) handhaving kon plaatsvinden. De afdeling was er in de daar gekozen constructie dat producenten hun werkzaamheden aan een collectieve organisatie konden overdragen via een privaatrechtelijke overeenkomst, niet van overtuigd dat bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving effectief zou zijn. De vermenging van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke instrumenten kon bovendien de vraag doen rijzen wie op een bepaald moment verantwoordelijk is voor de naleving van het Besluit. Het antwoord op die vraag was in het voorstel afhankelijk van een privaatrechtelijke overeenkomst. De vraag zou kunnen rijzen of de overeenkomst nog van kracht was, bijvoorbeeld in geval van wanprestatie. Het Besluit is op het laatste punt aangepast.

De afdeling vond het voorstel tot wijziging van de Wet op de Jeugdzorg en enkele andere wetten, houdende vaststelling van een grondslag voor het stellen van kwaliteitseisen over beroepsbeoefenaren werkzaam in de jeugdzorg en voor het aanwijzen van een kwaliteitsregister (33 619) onwenselijk omdat de overheid zich voor de ontwikkeling en aanpassing van beroepsethische codes en voor het tuchtrecht dat een privaatrechtelijk karakter houdt, via een wettelijk geregelde stichting, bindt aan en daarmee afhankelijk maakt van de beroepsverenigingen. De afdeling merkt op dat de voorgestelde onderbrenging van het kwaliteitsregister bij een door de beroepsverenigingen op te richten stichting, die aan een aantal in het wetsvoorstel genoemde randvoorwaarden moet voldoen, leidt tot een in essentie privaatrechtelijke regeling met publiekrechtelijke elementen. Daarbij komt volgens de afdeling dat de overheid weliswaar eisen stelt aan de inrichting en werkwijze van de stichting, maar de oprichting en instandhouding ervan

overlaat aan de beroepsverenigingen. Voorts wordt ook de ontwikkeling en aanpassing van de beroepsethische codes overgelaten. Het tuchtrecht blijft op privaatrechtelijke leest geschoeid. Dit betekent volgens de afdeling dat de overheid zich via wetgeving bindt aan de beroepsverenigingen. De afdeling vindt deze wijze van regulering niet gewenst en ziet ook overigens niet de noodzaak in van een publiekrechtelijke regeling van de stichting. In het nader rapport betoogt de regering dat ook in een andere opzet een wettelijke regeling met normstelling onontkoombaar is. De binding van de overheid aan het beoogde kwaliteitsregister kan worden losgelaten indien dat niet langer in het belang is van de jeugdzorg.

In het advies over het voorstel wijzigingswet financiële markten 2014 (33 632) merkte de afdeling op dat financiële dienstverleners nu reeds een bijzondere zorgplicht jegens hun klanten hebben op grond van het civiele recht. De noodzaak van een aanvullende, publiekrechtelijke zorgplicht zal daarom toereikend moeten worden gemotiveerd. In het nader rapport is aangegeven dat publiekrechtelijke verankering van de zorgplicht handhaving door de toezichthouder mogelijk maakt, zonder dat naleving van de zorgplicht afhankelijk is van een gang naar de civiele rechter door de getroffen consument.

18. Overgangsrecht

De afdeling heeft onder verwijzing naar adviezen in het verleden opgemerkt van oordeel te zijn dat aan belastende maatregelen geen terugwerkende kracht moet worden gegeven, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van de regel rechtvaardigen. Deze bijzondere omstandigheden kunnen worden gevormd door aanmerkelijke aankondigingseffecten of een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening. De noodzaak van terugwerkende kracht moet deugdelijk worden onderbouwd (verplicht schatkistbankieren, 33 540). In de toelichting is alsnog aangegeven dat terugwerkende kracht beoogt aankondigingseffecten te minimaliseren.

19. Een paar bevindingen

Wat opvalt is dat allerlei beelden die over wetgeving en wetgevingsproces bestaan in deze analyse niet worden bevestigd. Zo worden adviezen van de afdeling helemaal niet “weggeschreven”. Opvallend is eerder dat de adviezen zo gemakkelijk worden overgenomen. Bij delegatiebepalingen moest de afdeling advisering van de Raad van State in haar adviezen regelmatig wijzen op de delegatievoorschriften van de Aanwijzingen voor de regelgeving met de constatering dat het voorstel door delegatie naar een te laag niveau daar niet aan voldeed. Vaak werd het advies voor delegatie naar een hoger niveau overgenomen¹¹. Dat suggereert dat er niet een heel sterke opvatting bestaat over het wenselijke niveau van regelgeving. De Raad van State merkt in zijn

¹¹ Zie over de doorwerking van de adviezen van de Raad van State over delegatie uitgebreid het onderzoek van R.A.J. van Gestel en A. Vleugel, *Herijking van het primaat van de wetgever: de betekenis van kaderwetgeving en delegatie*, te vinden op www.raadvanstate.nl/publicaties, die de doorwerking van de adviezen uiteindelijk met uitzondering van implementatiewetgeving behoorlijk noemen. Zij wijzen erop dat waar de regering de adviezen niet overneemt, de kritiek in de meeste gevallen door de Tweede of Eerste Kamer wordt opgepikt, wat er toe leidt dat het aantal delegatiebepalingen of de reikwijdte ervan wordt teruggedrongen of dat een voorhangprocedure wordt afgedwongen.

Jaarverslag over 2013 (p. 51-52) overigens ook op dat doorwerking van de adviezen op veel manieren zichtbaar zijn. Het is geen uitzondering, eerder regel, dat een advies ertoe leidt dat de regering het voorstel of de toelichting bijstelt. Het lijkt erop dat in veel gevallen de afdeling scheidsrechter is in een al bij de voorbereiding gebleken verschil van inzicht of in een geval van twijfel over het voorstel bij de indiener. De afdeling spreekt dan het verlossende woord.

Het beeld dat regeerakkoordvoorstellen als politiek gegeven worden beschouwd en minder goed te onderbouwen zijn of onderbouwd worden dan andere voorstellen, wordt evenmin bevestigd. Er is in dat opzicht geen verschil gevonden tussen regeerakkoordvoorstellen en andere voorstellen, zowel in negatieve zin als in positieve zin. De afdeling oordeelde regelmatig de motivering ontoereikend en stelde vast dat een probleemanalyse ontbrak. Opvallend is dat in het nader rapport dan wel die motivering of die probleemanalyse wordt gegeven. Die nadere rapporten vallen op door de grondigheid en maken vaak ook de politieke keuze duidelijk (“we hebben een andere afweging gemaakt dan de Raad”). Gelet op het feit dat een nader rapport wel de onderbouwing kan geven waar de Raad omvraagt, lijkt het erop dat het beleidsproces tijdens de periode van advisering gewoon doorgaat en dat onvoldragen producten aan de Raad worden voorgelegd.

Motivering van gemaakte keuzes wordt als eis van parlementaire democratie in de adviezen op verschillende wijzen gesteld. De afdeling pleegt onderzoeksrapporten en evaluaties van de bestaande wet bij de beoordeling van het voorstel te betrekken en verwacht van de wetgever dat keuzes met de resultaten van dergelijk onderzoek onderbouwd worden. In een enkel geval wordt bespreking van alternatieven gemist. Regelmatig confronteerde de afdeling de wetgever met eerdere beleidskeuzes. Uitleg waarom nu anders wordt voorgesteld dan eerder acht de afdeling nodig voor een goede motivering.

De afdeling vraagt bij stelselwijzigingen standaard uitleg waarom het oude stelsel niet werkt, of met aanpassing van bestaande stelsel niet kan worden volstaan en eerst dan uitleg van het nieuwe stelsel. Te vaak bezingt een toelichting alleen de wenselijkheid en voordelen van het nieuwe stelsel. Op dezelfde wijze hanteert de afdeling bij de introductie van nieuwe maatregelen of bevoegdheden de standaardformulering dat de introductie van nieuwe maatregelen en bevoegdheden pas aan de orde is indien niet kan worden volstaan met een adequate toepassing van bestaande wetgeving. Een nieuwe bevoegdheid of maatregel die ingrijpt in de persoonlijke vrijheid van mensen, zoals de persoonlijke levenssfeer, het huisrecht of de vrijheid van vestiging, dient volgens de afdeling grondig te worden gemotiveerd¹².

De vraag naar nut en noodzaak plaatste de afdeling eveneens regelmatig in de sleutel van de beperking van fundamentele rechten. Een maatregel die niet effectief is of lastig uitvoerbaar of handhaafbaar is, kan niet voldoen aan de noodzakelijkheidseis en proportionaliteitseis. De afdeling vroeg op deze punten regelmatig om een meer dragende motivering. Blijkens de nadere rapporten bleek die motivering ook mogelijk. Als juist is dat het dictum vooral bepaald wordt door tekortkomingen in de toelichting, is de veronderstelling gerechtvaardigd dat door een betere toelichting winst is te boeken zonder dat wordt afgedaan aan de politiek bepaalde doelstelling van het voorstel.

¹² Zie over de proportionaliteit van overheidsinterventie en de relatie met de burgerlijke vrijheden M.Tj. Bouwes, *Het proportionaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid*, Regelmaat, Boom 2013, p. 148-165.

Een goede motivering is ook om andere redenen van belang. In haar advies over het initiatief-wetsvoorstel Taverne (33 359) tot verandering in de Grondwet van de procedure voor vaststelling van de rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties wees de afdeling op de bestaande mogelijkheden voor de wetgever om tot uitdrukking te brengen hoe een goed te keuren verdrag naar zijn opvatting dient te worden uitgelegd en toegepast. De afdeling merkte op dat in de toelichting op een goedkeuringswet de wetgever zich kan uitspreken over de inhoud van de bepalingen van het goed te keuren verdrag, de wijze waarop die zullen uitwerken in het nationale recht en de verenigbaarheid van het nationale recht met die bepalingen. Daarmee biedt de wetgever de rechter een handvat voor het geval deze wordt gevraagd toepassing te geven aan het verdrag in kwestie. Ook zal de uitdrukkelijke opinie van de wetgever dat een wetsvoorstel niet in strijd is met – bijvoorbeeld – het EVRM, waarbij dan tevens een duidelijke interpretatie van de desbetreffende EVRM-bepaling wordt gegeven, van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de rechter vervolgens de wet in samenhang met dit verdrag interpreteert. Dergelijke uiteenzettingen zijn volgens de afdeling niet alleen van nut voor de nationale rechter, maar bieden bijvoorbeeld ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzicht in de beweegredenen en gezichtspunten van de nationale wetgever met betrekking tot de verhouding van de wet ten opzichte van het EVRM. Het EHRM geeft er volgens de afdeling blijk van in dialoog met de verdragsstaten te gaan waarbij een weloverwogen oordeel van de wetgever gewicht in de schaal legt; en het is bij zijn taak ook gebaat bij deze informatie wanneer het een gemeenschappelijke rechtsovertuiging probeert te vinden (“common ground”).

De afdeling zegt niet snel dat een regeling niet uitvoerbaar of handhaafbaar is. In plaats daarvan vraagt zij een overtuigende reactie op een advies of een uitvoeringstoets waarin vraagtekens worden gezet bij de uitvoerbaarheid of handhaafbaarheid.

Kwaliteitscriteria als doelmatigheid en doeltreffendheid of uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, maar ook nut en noodzaak worden in de adviezen vaak vertaald in een oordeel over effectiviteit. Een regeling die niet uitvoerbaar of handhaafbaar is, kan ook niet effectief zijn. Een niet-effectieve regeling is evenmin voldoende rechtvaardiging voor overheidsinterventie, dus ook niet proportioneel. Dat maakt verklaarbaar dat de afdeling de wetgever onderzoek, evaluaties of uitvoeringsrapporten voorhoudt waarin op deze aspecten wordt ingegaan en daarop een reactie vraagt. Een opmerking over deze aspecten is daarom vaak een vraag naar een betere onderbouwing.

In de advisering speelde twee keer de betekenis van het in de wet opnemen van de maatschappelijke doelstelling van de wet. In het advies over de nota van wijziging van het voorstel Wet Natuurbescherming reageerde de afdeling afwijzend omdat de doelbepaling geen toetsingskader beoogt te bieden en daarom verwarring kan wekken omdat zij zelfstandige betekenis suggereert. In het advies over de Omgevingswet bepleitte de afdeling juist om in aanvulling op het artikel met het maatschappelijke doel een aantal milieuprincipes op te nemen. Zij zouden invulling moeten geven aan wettelijke normen en bevoegdheden en een leidraad bieden aan bestuursorganen en rechters. Beslissend bij de beoordeling door de afdeling lijkt te zijn of dergelijke bepalingen een normatieve betekenis hebben bij de toepassing en uitleg van de wet door bestuur en rechter.

In een aantal adviezen kwamen onderwerpen aan de orde waarover recent kabinetsstandpunten of interdepartementale leidraden waren vastgesteld. Zo speelde in een aantal adviezen het nieuwe kabinetsstandpunt Maat houden over de doorberekening van toezichtskosten. Daarbij bleek dat de afdeling volledige doorberekening van toezichtskosten op basis van het beginsel dat de ondertoezichtgestelden zelf profijt hebben van het toezicht afwijst. Vooropstaat voor de afdeling dat het toezicht deels een publiek belang dient, mede door straffen te handhaven, en deswege deels ook uit publieke middelen moet worden bekostigd.

Bij de verantwoording van de keuze tussen een bestuurlijk of strafrechtelijk sanctiestelsel wees de afdeling er telkens op dat het criterium van gesloten of open context onvoldoende onderscheidend is. Het belangrijkste criterium voor de afdeling is de ernst en de aard van de overtreding, waarbij naarmate de overtreding ernstiger is strafrechtelijke handhaving die duidelijke afkeuring van het gedrag tot uiting brengt meer voor de hand ligt. Daarbij lijkt voor de afdeling ook gewicht in de schaal te leggen dat bij strafrechtelijke handhaving de rechtsbescherming sterker is dan bij bestuursrechtelijke handhaving.

Bij voorstellen tot *naming and shaming* vergelijkt de afdeling in haar adviezen de verschillende regimes voor openbaarmaking van sanctiebesluiten en andere gegevens door toezichthouders. Zij constateert daarbij dat het telkens gaat om dezelfde soort besluiten en gegevens en om dezelfde doelen van publicatie (informerende van het publiek, transparantie in het functioneren van inspecties), maar dat de openbaarmakingsregimes en de rechtsbeschermingsregimes uiteenlopen. Bij in het bijzonder openbaarmaking van sanctiebesluiten speelt de proportionaliteitstoets van artikel 8 EVRM een rol. In een van haar adviezen geeft de afdeling in overweging een algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen.

De Aanwijzingen gaan er vanuit dat overheidsinterventie eerst aan de orde is als zelfregulering, zo nodig ondersteund door overheidsmaatregelen, tekortschiet. De afdeling kijkt kritisch naar regulering met een mix van publieke en private maatregelen. Deels is dat ingegeven door onduidelijkheid over de wijze waarop de behartiging van het publieke belang is geborgd als de private regulering niet tot stand komt of werking verliest of als de dominantie van private taken leidt tot afwenteling van kosten op de publieke middelen. Deels omdat (de verantwoordelijkheid voor) de handhaving van de private normstelling niet duidelijk geregeld is. Beslissend voor de afdeling is aldus of de overheid de inhoud van private regulering voor haar rekening neemt en de naleving en handhaving door private partijen kan garanderen.

Aldus ontstaat het beeld dat in de adviezen van de afdeling advisering de kwaliteit van wetgeving op drie pijlers rust. In de eerste plaats is dat het primaat van de wetgever dat meebrengt dat de structurele elementen en de duurzame normen op het niveau van de wet in formele zin regeling vinden. De afdeling plaats deze eis in de sleutel van de parlementaire democratie. In de tweede plaats ziet de afdeling motivering als een algemeen beginsel van behoorlijke wetgeving. Die motiveringseis heeft verschillende verschijningsvormen. Allereerst bij de rechtvaardiging van een beperking van fundamentele rechten en van overheidsinterventie die raakt aan burgerlijke rechten. In andere gevallen gaat het om de rechtvaardiging van een beleidswijziging waarbij de afdeling uitleg vraagt waarom het aanvankelijke beleid niet meer volstaat of uitvoering tekortschiet. Ook vraagt de afdeling onderbouwing van de verwachte effectiviteit van de maatregel, mede tegen de achtergrond

van de uitkomsten van onderzoek of evaluatie. In de derde pijler besteedt de afdeling aandacht aan de wijze waarop de overheid publieke taken behartigt. De afdeling hanteert het uitgangspunt dat er geen grond voor overheidsinterventie als de private partijen zelf tot regulering komen. Als de overheid optreedt moet zij dit doen in een publiekrechtelijke verschijningsvorm met inzet van – althans voor een deel – publieke middelen. Doorberekening van kosten kan dus nooit volledig zijn. De uitvoering van de publieke taak brengt ook mee dat de overheid verantwoordelijkheid moet kunnen dragen voor toezicht (voldoende instrumenten tot interventie), effectieve handhaving en rechtsbescherming.

Als men bij de voorbereiding van een wetsvoorstel deze noties van de afdeling advisering serieus neemt bevordert dat de kwaliteit van het voorstel en mag een meer positieve beoordeling door de afdeling worden verwacht. Meer aandacht voor het primaat van de wetgever hoeft geen afbreuk te doen aan het voorstel zelf. Uit deze analyse blijkt wel dat vooral de onderbouwing (de “dragende motivering” in de termen van de Raad) volgens de Raad vaak tekortschiet. In die zin is het dictum vooral een oordeel over de toelichting. Uit de nadere rapporten blijkt dat een betere onderbouwing dan in het oorspronkelijke voorstel vaak mogelijk is. Tenslotte is nodig dat men zich meer rekenschap geeft van de aard van de overheidsinterventie en de middelen die worden ingezet voor de behartiging van publieke belangen. Als de opsteller van het voorstel rekening houdt met deze eisen is vrij eenvoudig winst te boeken in termen van kwaliteit en overtuigingskracht. De kans op een meer soepele parlementaire behandeling neemt daarmee toe.