

Jaarverslag 2011



Raad
vanState

Jaarverslag 2011

Colofon

Tekst: Raad van State - Den Haag

Fotografie: Roos Aldershoff Fotografie

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzemijter / Studio Snarf - Waddinxveen

Druk: OBT bv - Leiden

Website: www.raadvanstate.nl

Website Jaarverslag 2011: <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>

Informatie: voorlichting@raadvanstate.nl

april 2012



Mixed Sources

Productgroep uit goed beheerde bossen
en andere gecontroleerde bronnen.
www.fsc.org Cert no. SGC-COC-2998
© 1996 Forest Stewardship Council

Inhoudsopgave

Voorwoord

1 De Raad in de staat

1.1 Inleiding	11
1.2 Veranderende maatschappelijke omgeving	12
1.3 Behoud van het gemeenschappelijke	15
1.4 De Raad van State en rechtsvorming	23

2 De Raad als institutie

2.1 Eén functie, verschillende taken	29
2.2 De Wet herstructurering Raad van State	31
2.3 Interne infrastructuur	33
2.4 Andere bijdragen aan rechtsvorming	38
2.5 De Raad en de Europese Unie	40
2.6 De Raad en het Koninkrijk	43

3 De Raad als adviseur

3.1 Inleiding	49
3.2 Doel en functie van advisering	49
3.3 Toetsingskader	51
3.4 Toetsing aan waarden	52
3.5 De toetsing van feiten en beleid	55
3.6 Waarden en feiten; de verbinding van de juridisch-rechtsstatelijke en de beleidsanalytische toets	57
3.7 Bijzondere thema's in de advisering	58

4 De Raad als bestuursrechter

4.1 De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer	65
4.2 Effectieve geschillenbeslechting door de Afdeling bestuursrechtspraak	70
4.3 Voortvarende werkwijze schept ruimte voor rechtsvorming	73



Raad
vanState

Voorwoord

Voorwoord

Jaarlijks brengt de Raad van State verslag uit van zijn werkzaamheden. Dat verslag heeft zowel een externe als een interne functie. Extern wordt via het jaarverslag verantwoording afgelegd over de resultaten van het werk en de middelen die daarvoor zijn ingezet. Intern biedt het de mogelijkheid het verloop van de werkzaamheden te evalueren en naar aanleiding daarvan zo nodig verbeteringen door te voeren.

Ieder jaar besteedt de Raad van State veel zorg aan zijn jaarverslag als informatiebron voor de verschillende doelgroepen die de Raad volgen: burgers, wetenschappers, rechters, bestuurders, wetgevingsjuristen bij de departementen, bestuursrechtjuristen bij gemeenten en provincies, journalisten. Technologische ontwikkelingen bieden steeds betere mogelijkheden om verantwoording af te leggen en de verschillende geïnteresseerden ‘op maat’ te informeren. Een online jaarverslag als website maakt de informatie makkelijker toegankelijk voor deze diverse doelgroepen. Het jaarverslag ziet er daarom dit jaar anders uit dan voorgaande jaren. Het bevat nog steeds de vertrouwde rubrieken en onderdelen, maar is in zijn geheel online gepubliceerd en te raadplegen via jaarverslag.raadvanstate.nl.

Daar vindt u het jaarlijkse beeld in cijfers van de beide taken van de Raad van State, advisering en bestuursrechtspraak, en de overzichten van jurisprudentie en jurisprudentie over 2011. Ook zijn de jurisprudentie- en jurisprudentieoverzichten van de voorgaande jaren gedigitaliseerd, zodat op een eenvoudige manier kan worden gezocht in een databank die de ontwikkeling van de jurisprudentie en jurisprudentie in de afgelopen jaren weergeeft.

Ook de algemene delen over de institutie Raad van State en zijn beide Afdelingen, advisering en bestuursrechtspraak, zijn op deze speciale website te vinden. Alleen deze delen zijn ook in druk verschenen. Deze uitgave heeft u nu in handen.

In *De Raad in de staat* wordt gewezen op de ontwikkelingen in de bestuurlijke omgeving waarin de Raad van State functioneert. *De Raad als institutie* legt het accent op de Raad van State als staatkundige institutie. 2011 was het eerste volle jaar dat de Raad zijn taken uitvoerde op basis van de gewijzigde Wet op de Raad van State, een wet die een scherper zicht biedt op de institutionele taak van de Raad. In de afzonderlijke delen *De Raad als adviseur* en *De Raad als bestuursrechter* wordt dieper ingegaan op de uitoefening van de beide taken en de ontwikkelingen op het gebied van de advisering en de bestuursrechtspraak.

2011 was ook het jaar waarin de Raad van State na jaren van verbouwing en renovatie weer in zijn geheel zijn intrek nam in het gebouwencomplex aan de Kneuterdijk in Den Haag.

Het was bovendien het laatste jaar van mr. H.D. Tjeenk Willink als vice-president van de Raad van State. Op 1 februari 2012 nam hij na veertien en een half jaar afscheid van de Raad. Hij heeft in die jaren de Raad met toewijding en grote verdiensten gediend.

Voor de kwaliteit van zijn werk is de Raad afhankelijk van de kennis en deskundigheid en ervaring, inzet en loyaliteit van al degenen die bij de Raad werken: staatsraden en medewerkers. Het is altijd jammer als mensen de Raad verlaten, al dan niet wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. In 2011 vertrokken 6 staatsraden (onder wie een staatsraad van het Koninkrijk) en 39 medewerkers.

Het lukt gelukkig elk jaar weer om nieuwe staatsraden en nieuwe, vaak jonge, kwalitatieve medewerkers aan te trekken. In 2011 kon de Raad maar liefst 12 nieuwe staatsraden (van het Koninkrijk en in buitengewone dienst) en 53 nieuwe medewerkers verwelkomen.

Het verslagjaar kende voor de Raad naast vreugdevolle ook verdrietige momenten. In 2011 zijn overleden de oud-staatsraden mr. J.J. Vis, op 24 januari 2011, en mr. M. van der Stoel, op 23 april 2011, en oud-staatsraad in buitengewone dienst mr. C.H. Govaerts, op 14 oktober. Ten slotte moest de Raad definitief afscheid nemen van Ria Mans, medewerker administratie bij de directie Advisering. Zij overleed na een ongeneeslijke ziekte op 1 september 2011. Ria is slechts 53 jaar oud geworden. De Raad gedenkt hen met grote dankbaarheid.

mr. J.P.H. Donner
vice-president Raad van State

1 De Raad in de staat

1 De Raad in de staat

1.1 Inleiding

2011 was in veel opzichten een ‘gewoon’ jaar. De werklast van de Afdeling bestuursrechtspraak groeide verder, in het bijzonder vanwege een onverwacht sterke stijging van de instroom van vreemdelingenzaken. De omvang van de werklast op het terrein van de wetgevingsadvisering bleef ongeveer gelijk, maar was qua inhoud zwaarder. Oorzaak hiervan is een aantal fundamentele en ingrijpende wetsvoorstellen, zoals de voorstellen voor een nationale politie, de Wet werken naar vermogen en de voorstellen voor een ingrijpende verhoging van de griffierechten. 2011 was in zoverre bijzonder dat dit het eerste jaar was waarin de Raad van State institutioneel en fysiek in een nieuwe behuizing functioneerde. Het was het eerste jaar waarin de Raad volledig op basis van de gewijzigde Wet op de Raad van State zijn taken uitvoerde. Het was eveneens het jaar waarin de Raad zijn oude, maar geheel gemoderniseerde en verbeterde behuizing aan de Kneuterdijk betrok, waardoor beide taken van de Raad, wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak, nu ook weer fysiek onder één dak plaatsvinden.

Beide aspecten, de institutionele en de fysieke behuizing, vormen belangrijke voorwaarden voor het doelmatig functioneren van de Raad bij zijn onderscheiden taken. Belangrijker daarvoor is evenwel de personele bezetting en ondersteuning van de Raad. De werving van nieuwe medewerkers, in het bijzonder gekwalificeerde juristen en nieuwe staatsraden, vormt dan ook een voortdurend punt van aandacht. Niet alleen omdat medewerkers vanwege hun kwaliteit doorgaans na een tijd bij de Raad gewerkt te hebben elders nieuwe functies en uitdagingen vinden. Maar ook omdat door de voortgaande groei van de zaakslast van de Afdeling bestuursrechtspraak het aantal staatsraden en medewerkers voortdurend toeneemt.

De personele bezetting en institutionele en fysieke behuizing zijn bepalend voor het functioneren van de Raad. De inhoud van de werkzaamheden wordt evenwel primair bepaald door externe factoren, in het bijzonder door de veranderende maatschappelijke omgeving in Nederland en de directe en indirecte gevolgen daarvan voor het functioneren van de overheid en aspecten ten aanzien waarvan de Raad en zijn Afdelingen in het bijzonder een rol hebben. Om die reden besteedt dit jaarverslag eerst aandacht aan deze maatschappelijke ontwikkelingen

en de implicaties daarvan voor het constitutioneel bestel en de kwaliteit van het overheidsbeleid.

1.2 Veranderende maatschappelijke omgeving

1.2.1 Samenloop van ontwikkelingen

Overheidsbeleid en maatschappelijk leven zijn in 2011 steeds meer in de schaduw komen te staan van de gevolgen van de crisis in de overheidsfinanciën in Europa. In een eerste fase van de crisis heeft de overheid de lasten daarvan op zich genomen, maar de overheid is niet langer in staat om het welvaartsverlies voor haar rekening te nemen. Vrijwel iedere burger voelt inmiddels de economische teruggang en bezuinigingen op de overheidsuitgaven in de portemonnee. De werkloosheid neemt toe. Bedrijven merken de economische onzekerheid en de verschuivende economische verhoudingen in de wereld in hun bedrijfsvoering. Maatschappelijke verbanden en culturele instellingen zien hun inkomsten teruglopen. De regering is genoodzaakt tot ingrijpende maatregelen om het vertrouwen in de overheidsfinanciën te bewaren, terwijl zij tegelijkertijd in Europees verband nieuwe verplichtingen moet aangaan om het vertrouwen in de euro te schragen.

De maatschappelijke gevolgen van de financieel-economische crisis worden verscherpt door twee andere maatschappelijke aspecten. Sinds de jaren '30 van de vorige eeuw hebben we niet meer een crisis gekend van deze omvang en scherpte. De maatschappelijke verhoudingen komen onder druk te staan op een moment dat de samenleving zich reeds in een periode van heftige beweging en overgang bevindt. Maatschappelijke samenhang, stabiliteit en zelfvertrouwen komen steeds verder onder spanning te staan. Hierdoor neemt het draagvlak voor de noodzakelijke maatregelen af. De getroffen maatregelen dreigen dan uiteindelijk nog slechts te berusten op de macht van de meerderheid, bestaande uit de helft plus één. Die ontwikkeling is niet denkbeeldig als gevolg van het afkalven van de positie van politieke partijen in het midden van het politieke spectrum, groeiend populisme en radicalisme, polarisering, afbrokkelend gezag van traditionele waarden en instituties en verzwakking van overlegmechanismen. Mechanismen van publieke discussie en communicatie vragen daarbij bijzondere aandacht, omdat deze nu vaak conflicten en tegenstellingen eerder lijken te voeden dan dat zij bijdragen aan het voeren van publiek debat.

Beide ontwikkelingen, de economische en de maatschappelijke, doen zich voor tegen de achtergrond van een veranderende wereldeconomie. Economische

neergang kon in eerdere perioden sinds de Tweede Wereldoorlog nog worden bestreden door middel van het aanjagen van de economische ontwikkeling om 'uit de problemen te groeien'. Die optie is thans minder beschikbaar. De schuldenproblematiek in andere Europese landen legt de grenzen van die aanpak bloot. Bij de huidige stand van de staatsschuld dreigt bij afwaardering van de kredietwaardigheid immers dat een land meer moet gaan bezuinigen om de hogere rente te betalen dan er bezuinigd had moeten worden om dat te voorkomen. Bovendien bevinden de Nederlandse en de andere Europese economieën zich in een andere positie dan in voorgaande perioden van economische tegenwind. De huidige crisisverschijnselen doen zich voor tegen de achtergrond van andere fundamentele trends, zoals demografische teruggang, relatief toenemende schaarste van hulpbronnen, een afnemend draagvermogen van het natuurlijk milieu en verschuivende economische machtsverhoudingen. Dit verzwakt het vermogen tot groei. De bijdrage van arbeidsparticipatie aan economische groei zal bij gelijkblijvend beleid nihil zijn of mogelijk zelfs negatief. Het groeipotentieel van de samenleving zal vooral moeten berusten op een hogere productiviteit en een langer werkzaam leven.

De samenloop van deze ontwikkelingen impliceert dat op afzienbare termijn herstel van de groei, zoals wij die tot voor kort gewend waren, niet aannemelijk is. Dit mede onder invloed van ontwikkelingen en veranderingen in de wereld ten nadele van Europa, en daarmee van Nederland.

1.2.2 Test voor democratische rechtsstaat

De samenleving zal zich in de komende jaren op deze veranderende omstandigheden moeten instellen. Daarbij zal het gaan om aanpassingen, het vinden van nieuwe mogelijkheden, het benutten van kansen tot samenwerking en het hervinden van de eigen verantwoordelijkheid van (samenwerkende) burgers voor taken en functies waarin niet langer collectief voorzien zal worden. Het zal een structurele herschikking vergen van overheidsfinanciën, publieke verantwoordelijkheden en collectieve voorzieningen. Het zal ook een herverdeling vergen van maatschappelijke risico's en hervorming van de institutionele arrangementen die het maatschappelijk functioneren bepalen.

De regering zal, in 'gemeen overleg' met de Staten-Generaal, sturing, steun en politieke oriëntatie aan deze ontwikkelingen moeten geven. Zij vergen echter eveneens aandacht van de Raad van State. Bedoelde ontwikkelingen en de reactie daarop vormen immers een bron van toenemende spanning voor bestaande structuren, instituties en constitutionele verhoudingen; in het bijzonder de

verschillende structuren en instituties die tezamen het karakter van de democratische rechtsstaat bepalen.

Sinds de Tweede Wereldoorlog zijn veranderingen en maatschappelijke ontwikkelingen gerealiseerd in een situatie van vrijwel onafgebroken economische groei. Deze maakte het mogelijk om de lasten van sociale vooruitgang, de gevolgen van maatschappelijke onevenwichtigheden, het achterop raken van bevolkingsgroepen alsmede de schaduwzijden van welvaartsgroei weg te nemen of af te kopen via voorzieningen, uitkeringen en subsidies. De democratie zoals wij die nu kennen, is gegroeid in een periode van economische expansie. Verwachtingen en patronen hebben zich gevormd en gezet in een tijd dat het ging om het verdelen van de meeropbrengst van groei in een wereldeconomie waarin het relatieve gewicht van Europa het mogelijk maakte om onzekerheden en kosten af te wentelen. Die periode lijkt ten einde te lopen, althans in de eerstkomende tijd. De gesignaleerde ontwikkelingen impliceren dat het overheidsbeleid de komende jaren beheerst zal worden door verschijnselen van krimp, verminderen of afschaffen van voorzieningen en beperken of intrekken van verworven rechten. Daarbij zullen vaak niet alleen de middelen ontbreken om 'pijn' af te kopen, maar ook de tijd om 'pijn' te laten helen door lange overgangperiodes. Behoud van vertrouwen en kredietwaardigheid en de noodzaak van voortvarend handelen, zoals die thans ook van andere landen vereist is in verband met het behoud van de euro, zullen dwingen tot snelle hervorming. Hierbij zullen verworven rechten en gevestigde belangen niet 'buiten schot' kunnen blijven, op straffe van verscherping van de tegenstellingen tussen de generaties.

Die ontwikkelingen vormen een test voor de democratische rechtsstaat. Hij zal over adequate besluitvaardigheid en voldoende handelingsvermogen moeten blijven beschikken om het democratische draagvlak te kunnen genereren voor een evenwichtige verdeling van lasten, vermindering van rechten en afbouw van collectieve voorzieningen die niet tot de kern van het overheidsoptreden behoren en, mede gelet op de welvaartsontwikkeling van de laatste decennia, aan burgers zelf overgelaten dienen te worden. In een eerdere periode van neergang, de crisis van de jaren '30 van de vorige eeuw, is de democratische rechtsstaat in veel Europese landen daartoe onvoldoende in staat gebleken. In die zin zal hij zichzelf opnieuw moeten bewijzen.

1.3 Behoud van het gemeenschappelijke

In een periode waarin maatschappelijke verhoudingen en de politieke bereidheid tot samenwerking onder druk komen te staan vanwege de beslissingen die genomen moeten worden, heeft ieder er belang bij om dat wat bindt in de samenleving en wat gemeenschappelijk is, te koesteren en te behouden. Op een moment dat de beslissingen die genomen moeten worden de burgers verdelen, biedt wat bindt en gemeenschappelijk is een tegenwicht daartegen. Dit maakt het mogelijk een gemeenschappelijke basis te vinden voor compromis, een kader te hebben voor besluitvorming en een grond om ook moeilijke besluiten uit te voeren. Tot die elementen van binding en gemeenschappelijkheid behoren instituties die een kader bieden aan het publieke debat en de democratische besluitvorming. Het constitutioneel bestel en de daarbij behorende constitutionele zeden, publieke omgangsvormen en staatsrechtelijke regels vormen een tweede pijler. Het besef en gevoel dat het overheidshandelen en de besluitvorming bij alles onderdeel is van de rechtsvorming binnen de rechtsstaat en daarom beantwoordt aan de fundamentele beginselen en uitgangspunten van het recht, vormt een derde pijler.

Tegen die achtergrond vergen in het bijzonder de aandacht de ontwikkelingen, die wijzen op de geleidelijke aantasting van het gezag van en het draagvlak voor instituties, op het bederf van constitutionele zeden en publieke omgangsvormen en miskennis van staatsrechtelijke regels. Dit geldt ook voor de gebrekkige aandacht voor het rechtsvormend karakter van het handelen van de overheid. De aantasting van het gezag van instituties en het bederf van constitutionele zeden raakt rechtstreeks aan het constitutionele kader, dat een draagvlak schept voor de dynamiek van democratische besluitvorming. Evenzo tast publieke besluitvorming waarin miskend wordt dat publiek beleid en handelen in een rechtsstaat tevens rechtsvormend moeten zijn, op den duur het handelingsvermogen van de democratie aan. In dat licht wordt hierna aandacht besteed aan deze drie ontwikkelingen.

1.3.1 Instituties omstreden

Instituties, dat wil zeggen regels, procedures, instanties en soms zelfs taboes, zijn wezenlijk voor het draagvlak van de democratische besluitvorming. Ze zijn in het leven geroepen om in het publieke domein bepaalde waarden te behartigen of een bepaalde aanpak te borgen of bepaalde doelen te realiseren. Ze vormen als het ware de 'software' in de publieke besluitvorming naast de 'hardware' van grondwet, staatsrecht en politieke regels. De economische noodzaak om voor-

zeningen die men als recht is gaan zien te verminderen, om overheidsbestedingen te beperken en om structuren te hervormen, leidt doorgaans echter in korte tijd tot een discussie over instituties en het institutionele kader waarbinnen het regeren vorm en inhoud moet krijgen. Beleid, uitvoering en wetgeving worden in dergelijke situaties vooral beheerst door de urgentie van omstandigheden, de dwang van resultaten, politieke opportuniteit en doelmatigheid op de korte termijn. Urgentie, doel en noodzaak rechtvaardigen in die optiek al gauw het omzeilen, terzijde schuiven of negeren van institutionele obstakels die niet doelmatig lijken. Bezien vanuit de bijdrage die zij hebben aan het realiseren van de prioriteiten die zich opdringen, laat hun rol zich in het publieke debat veelal eenvoudig ter discussie stellen.

In een democratie zijn burgers en politici het zelden eens zijn over de te realiseren doelen, de problemen die moeten worden opgelost, het mens- en wereldbeeld waarvan wordt uitgegaan, de middelen die gerechtvaardigd zijn of de noodzaak om iets te doen. Doelmatig en resultaatgericht handelen verwordt dan mogelijk snel tot overheersing van de minderheid door de 'meerderheid van de dag'. Tot op zekere hoogte is dat onvermijdelijk; consensus en slagvaardigheid verdragen elkaar in de regel minder goed. Doeltreffendheid, geloofwaardigheid en aanvaarding van beleid zijn er echter evenmin mee gediend, indien het beleid telkens met veranderende meerderheden meebeweegt. In Nederland is dit verschijnsel in de regel beperkt door het systeem van coalitiekabinetten, waarbij iedere nieuwe coalitie steeds een deel van de vorige omvat. Daarnaast is dikwijls sprake van het besef, dat gemeenschappelijke belangen en het nut van samenwerking zwaarder moeten wegen dan de tegenstellingen en verschillen van inzicht die op een bepaald moment bestaan.

Deze belangen en waarden zijn institutioneel verankerd om te waarborgen dat de continuïteit en de erkenning van hun belang niet enkel afhankelijk is van politieke urgentie of tijdelijke meerderheden. Het gaat daarbij om een verscheidenheid van uiteenlopende instituties die niet noodzakelijkerwijze uitsluitend betrokken zijn bij het functioneren van de overheid. Zij functioneren vanuit een eigen 'waarderationaliteit' en niet alleen vanuit een 'doelrationaliteit'. Met name in de eerste rationaliteit vinden zij hun legitimiteit en hun gezag.¹ Als 'automatische stabilisatoren' moeten de instituties in wisselende omstandigheden ieder afzonderlijk en in onderlinge samenwerking, het evenwicht verzekeren tussen verandering en

¹ Vgl. voor een beschouwing over instituties en organisaties: A.C. Zijderveld in 'De Raad van State als maatschappelijk relevant instituut' in 'De Raad van State in perspectief', Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2011, blz. 13.

behoud, tussen democratie en recht. Die stabiliserende rol van de instituties wordt belangrijker naarmate de maatschappelijke veranderingen sneller gaan en minder voorspelbaar zijn, omdat dan de behoefte aan zekerheid en maatschappelijke samenhang toeneemt.² Hun rol past in een moderne ‘reflexieve’ democratie waarin maatschappelijke en staatkundige instituties diepte geven aan het democratisch speelveld en het publieke en politieke debat, door de wensen en verlangens van de korte termijn in een bredere economische, juridische en maatschappelijke context of in een ruimer tijdsperspectief te plaatsen.³ Daarmee kunnen zij bijdragen aan een afgewogen besluitvorming en een open politiek en publiek debat.

Op een vergelijkbare wijze draagt het onpartijdig verzamelen, bewerken en systematisch toegankelijk maken van voor het beleid relevante informatie, geïnstitutionaliseerd in de vorm van een aantal gezaghebbende instituten (WRR, CPB, SCP, RIVM, CBS, DNB, CBP, ARK), bij aan het politieke en publieke debat. Dat betekent niet dat de informatie en presentatie van gegevens die zij verschaffen een absolute waarheid of de enig denkbare werkelijkheid opleveren. Maar zij bieden wel een referentie en maatstaf die het mogelijk maken effecten te meten, voorstellen te vergelijken en het beleid in de tijd vergelijkbaar te maken. De rationaliteit en effectiviteit van het beleid zijn hiermee gediend, vanwege de politieke keuzes waartoe dergelijke analyses veelal dwingen. Er is ook een andere opzet denkbaar, waarbij voor ieder beleidsonderwerp niet één, maar meer instituten worden ingesteld, waarna hun uitkomsten op een vaste manier onderling worden vergeleken. Nederland heeft daar niet voor gekozen, mede vanwege de beperkte schaal van het land. Implicatie van die keuze is evenwel dat men in het debat de uitkomsten van de erkende officiële instituten niet zonder meer gelijk kan stellen aan die van andere organisaties om zich daarop te beroepen als de uitkomsten van de eerste minder goed passen.

De werking, uitkomsten, standpunten of adviezen van instituties of instituten kunnen de bij een gegeven problematiek door de regering beoogde uitkomsten of beleidslijn ondersteunen of versterken. Overeenstemming is echter niet op voorhand verzekerd. Het is zelfs weinig waarschijnlijk dat dit steeds het geval zal zijn. Het is ook niet de bestaansgrond voor deze instituties; dat zij gelijklopen, meewerken, instemmen of stroken met het regeringsbeleid. Zij zullen vaak een niet als doelmatig beoordeelde en mogelijk zelfs een ‘hinderlijke’ werking hebben bij het realiseren van beleid dat overwegend wordt bepaald door de rationaliteit van

² Jaarverslag Raad van State 2007, blz. 35.

³ Vgl. P. Rosanvallon, ‘La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité’, Le Seuil, 2008.

de beoogde doelen; daar waren zij dan ook mede voor bedoeld. In zulke situaties is het voor de regering of politieke actoren verleidelijk om de ‘onwelgevallige’ uitkomsten of resultaten te bestrijden met argumenten die niet de inhoud, maar het gezag van het betrokken instituut of de betrokken institutie betreffen. Argumenten die de boodschapper bijvoorbeeld vooringenomenheid, politieke partijdigheid, achterhaalde opvattingen verwijten of de ‘onwelgevallige’ uitkomst afdoen als ‘een mening’ naast andere. Zorg over symptomen die er op zouden wijzen dat een dergelijke ontwikkeling dreigt, kwam aan de orde in het debat over de begroting voor 2012 voor het departement van Algemene Zaken.⁴ Daarin werd het kabinet een te lichtvaardige houding jegens adviesorganen en planbureaus verweten. Voor zover er sprake is van tekenen voor een dergelijke ontwikkeling doet zich een verschijnsel voor dat een veel bredere oorsprong heeft.⁵

Een zodanige ‘behandeling’ van de instituten en instituties moet vermeden worden, zelfs als er mogelijk een kern van waarheid schuilt in de verwijten. Een min of meer objectief debat over beleid wordt dan immers onmogelijk, omdat de boodschap of de institutie zelf de politiek wordt ‘ingezogen’. Bij gebrek aan objectieve ankerpunten verwordt het debat tot een uitwisseling van standpunten en een politieke krachtmeting. Zulks is overigens ook de uitkomst indien politieke actoren de instituten als arbiter erbij betrekken om hun politieke meningsverschillen te beslechten. Ook dan worden bedoelde instituten als participant gezogen in het politieke debat. Het risico dat dit zich voordoet, is allerm minst denkbeeldig nu beide Kamers van de Staten-Generaal de bevoegdheid hebben om zich rechtstreeks, zonder tussenkomst van de verantwoordelijke bewindspersonen, tot instituten te wenden met een verzoek om voorlichting of onderzoek. Met die bevoegdheid zal zorgvuldig moeten worden omgegaan, zowel door de beide Kamers als door de instituten. Het is de eigen verantwoordelijkheid van de regering en de Kamers om te bepalen hoe zij politiek omgaan met de geboden informatie en adviezen. Een verantwoordelijkheid die niet uit handen kan worden gegeven door een onafhankelijke derde een oordeel te vragen over wat in de kern politieke meningsverschillen zijn.

⁴ Handelingen II 2011/12, nr. 10, item 17, blz. 52 en nr. 12, item 3, blz. 25-28.

⁵ Illustratief is de discussie in het algemeen overleg van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken op 19 januari 2012 over het verzoek om advies van de regering over het vraagstuk van de gewetensbezwaarde trouwambtenaar. Het is heel wel denkbaar dat men het uiteindelijk niet eens is met de gebezigde argumenten en afwegingen, maar als adviezen nog voor ze tot stand zijn gekomen reeds als overbodig worden gezien, dan verklaart men de adviseur als overbodig en kan men moeilijk een volgende keer, wanneer dit uitkomt voor de eigen standpunten, weer een beroep doen op diens gezag. Zie voor de tekst van het verslag: Kamerstukken II 2011/12, 28 481, nr. 17.

Het is allerm minst uitgesloten dat instituten en instituties op gezette tijden herijkt moeten worden. Ook zij zijn onderhevig aan veroudering in een veranderende tijd. Ook de waarden die zij institutionaliseren, kunnen daarin een ander gewicht krijgen. Maar een herijking moet aan de orde komen wanneer de maatschappelijke veranderingen waarin zij een rol spelen, in rustig vaarwater zijn gekomen en er opnieuw stabiliteit is ontstaan rond publieke doelen en waarden. Deze discussie voeren op een moment dat de maatschappelijke veranderingen juist in een stroomversnelling zijn gekomen, betekent dat men op een moment dat houvast hard nodig is de paar ankerpunten die men daarin heeft, alsnog wegneemt. Dan dreigt uiteindelijk alles te gaan meebewegen en voorwerp te worden van politieke krachtmeting. Daar is de samenleving niet mee gediend.

1.3.2 Constitutioneel avonturisme

Niet de minste institutie die in dit verband aandacht behoeft, is het constitutioneel bestel zelf. Daarbij gaat het niet alleen om het samenstel van grondwet, formele staatsrechtelijke regelgeving en publiekrechtelijke bevoegdheden, maar ook om 'de constitutionele zeden en de gemeenschappelijke omgangsvormen'. In het jaarverslag over 2005 is dat aspect van de functie van de Raad van State als Hoog College van Staat eveneens uitdrukkelijk als zodanig door de vice-president benoemd.⁶ In voorgaande jaren is in de Algemene beschouwingen bij het jaarverslag daarom ingegaan op tal van aspecten van het functioneren van het constitutioneel bestel en in het bijzonder op de vaak ongeschreven regels en impliciete vooronderstellingen waar dit op berust.

In tijden zoals de huidige verdienen in het bijzonder 'de constitutionele zeden en gemeenschappelijke omgangsvormen' bijzondere aandacht. Het gaat daarbij veelal om ongeschreven regels en gebruiken, die in de praktijk gevormd zijn en als een zinvol houvast worden gehanteerd. Democratie impliceert dat mensen met fundamenteel verschillende opvattingen, belangen en achtergronden op vreedzame wijze in het algemeen belang kunnen overleggen en samenwerken. Dat de dagelijkse praktijk van de democratie niet een oorlog van allen tegen allen is, althans van de diverse partijen, vinden we gewoon. Het bewijst veeleer het succes van constitutionele zeden en gemeenschappelijke omgangsvormen, dan dat dit er op zou wijzen dat zij niet nodig zijn. De praktijk in andere parlementen, waar de leden elkaar soms zelfs te lijf gaan, laat zien dat het anders kan. Het eerste experiment met democratische besluitvorming ten tijde van de Franse Revolutie

⁶ Jaarverslag Raad van State 2005, blz. 45: "Als Hoog College van Staat heeft de Raad te waken over het behoud van de constitutionele zeden, de formele staatkundige regels en de gemeenschappelijke omgangsvormen. Zij vormen ook de context waarbinnen de Raad als adviseur en als rechter werkt."

resulteerde binnen enkele jaren in een praktijk dat de oppositie de opposanten letterlijk de kop kon kosten. Meer in het algemeen was deze eerste ervaring met democratische besluitvorming zodanig, dat Europa daar na de Franse overheersing voor decennia van 'genezen' was. Het boek van De Tocqueville, 'De la démocratie en Amérique', baarde opzien, omdat hij beschreef hoe democratie in Amerika tegen alle verwachtingen in *wel* functioneerde. Zijn conclusie was niet dat deze *dus* ook in Europa zou kunnen worden geïntroduceerd, maar omgekeerd, dat de democratie in Amerika functioneerde vanwege de specifieke kenmerken van de omgeving en de geschiedenis en dat het zeer de vraag was of het mogelijk en wenselijk was haar elders te introduceren.

Dat de democratie in ons land stabiel is gevestigd en bevredigend functioneert, is in niet geringe mate te danken aan gebruiken, goede omgangsvormen en gedragsnormen. Die functioneren bij de gratie van vrijwillige zelfbeperking door alle betrokkenen. Dat is doorgaans evenzeer eigen belang. In een meerpartijstelsel zoals het onze, moet men altijd rekening houden met de noodzaak om coalities te vormen en om nieuwe samenwerking te zoeken. De mogelijkheid bestaat dat men op korte termijn zelf regeringsverantwoordelijkheid draagt. Dan geldt bij uitstek het beginsel: 'Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet.' Dat was de reden dat men tegenstanders niet onheus behandelde, politiek noch persoonlijk. Maar juist omdat het om zelfbeperking gaat, zal de eerste die zich daaraan eenzijdig onttrekt, daar substantieel politiek voordeel mee behalen en doeltreffender lijken. Tot anderen, in reactie op zijn handelen, dit overnemen. En als dat gebeurt, verliest ieder. Want het leidt tot toenemende onzekerheid, tot onvermogen tot samenwerking en tot politieke besluitvorming op basis van 'ieder voor zich' en een 'strijd van allen tegen allen'. Zit men eenmaal in die situatie dan is een keer ten goede daaruit vele malen kostbaarder en moeizamer dan deze te voorkomen. Ieder zit dan vast in een 'prisoner's dilemma'.

In tijden van spanning, snelle politieke verandering of ingrijpende beleidsaanpassing is de verleiding om zo te handelen uiteraard groter dan in tijden van grote politieke stabiliteit.

Het risico van zulke vormen van constitutioneel avonturisme spelen niet alleen binnen het nationale, constitutionele bestel. Andere verbanden waarvan Nederland deel uitmaakt, als lidstaat van de Europese Unie en als land van het Koninkrijk, zijn niet minder constitutioneel van aard. De Europese Unie is als het ware de institutionalisering van de werkelijkheid dat we binnen Europa zo dicht op elkaar wonen en leven, dat we voor het bereiken van eigen nationale ambities steeds

afhankelijk zijn van andere landen. Voor het Koninkrijk geldt hetzelfde, zeker nu Nederland ervoor heeft gekozen om zelf met de BES-eilanden deel uit te maken van de Caraïben. Juist daarom zal men zich in het verkeer tussen de lidstaten en tussen de landen moeten beperken in de wijze waarop men andere landen en lidstaten aanpakt, althans in de bejegening. Op korte termijn biedt het in eigen land mogelijk electoraal gewin, maar het verzwakt het vermogen tot internationale samenwerking. Daarvoor betaalt men in latere jaren de prijs.

1.3.3 Rechtsvorming in de knel

Democratie en rechtsstaat zijn niet los verkrijgbaar. Het is niet zonder reden dat daar in een tijd van financieel-economische crisis, hervormingen en bezuinigingen vaker aan wordt herinnerd. Dan lijkt veel te moeten wijken voor democratische slagvaardigheid. Het afgelopen jaar heeft laten zien tot welke maatregelen landen in financieel-economische nood gedwongen kunnen worden om hun overheidsfinanciën op orde te brengen. Met het voorbeeld van Griekenland voor ogen, zal ieder land zich moeten afvragen of het eigen bestel en rechtssysteem in staat zijn tot het realiseren van vergelijkbaar ingrijpende maatregelen binnen een gelijke termijn. Hoewel mogelijk niet in bedoelde extreme vorm, zullen Europese landen in het kader van de gemaakte of nog te maken afspraken over begrotingsdiscipline in de toekomst geconfronteerd kunnen worden met de plicht om in korte tijd omvangrijke bezuinigingen of ingrijpende hervormingen door te voeren.

Doelen, beperkt beschikbare middelen en de noodzaak van voortvarende besluitvorming gaan in die situatie dan al snel de besluitvorming beheersen. Dan dreigt de opvatting post te vatten dat wetten louter instrumenten zijn en bevelen om op te volgen, dat beleid en bestuur primair tot taak hebben om veranderingen te realiseren en het vervolgens aan de rechter is om het belang van recht en rechtsvorming te bewaken. Tendensen in die richting zijn al zichtbaar. Aanpassing onder druk lijkt die tendensen hooguit te versterken. Die ontwikkeling is niet zonder risico. Nu al wordt het rechtssysteem jaar in, jaar uit geconfronteerd met meer regels en een groeiende werklast voor de gerechten. Die ontwikkeling is niet houdbaar. De regering wil al jaren de regelvloed indammen en de groei van de zaakslast afremmen. Het huidige kabinet stelt daartoe een drastische verhoging van de griffierechten voor. De zakelijke en doelgerichte aanpak van de noodzaak tot verandering en hervorming, versterkt tegelijkertijd de behoefte aan rechtspraak en rechtsbescherming. Belangenconflicten, sociale spanningen, de aanpak van verworven rechten en de eventueel onevenredige hardheid van maatregelen in individuele gevallen, worden naar de uitvoering en vervolgens naar de bestuursrechter verschoven. Hoger griffierecht, oplopende behandelingstermijnen in

verband met de zaakslast van de gerechten en een beeld dat rechtmatigheid niet meer is dan regelmatigheid, dreigen op den duur de legitimiteit van het rechtssysteem te eroderen. En dan moet men nog maar hopen dat niet na jaren maatregelen die 'in het vuur' van de bezuinigingen zijn getroffen, in strijd blijken te zijn met fundamentele rechten of internationale verplichtingen. Dan dreigt er een rechtscrisis.

Het zijn processen die op gang komen wanneer uit het oog verloren wordt dat in de rechtsstaat het handelen van de overheid in wetgeving, bestuur en beleid steeds ook rechtsvorming is. De overheid is meer dan een doelorganisatie waarvan het handelen vooral bedrijfsmatig is afgestemd op doelen, middelen, (politiek) rendement en de vraag van de consument/kiezer. Vraag in de rechtsstaat is vanouds op welke wijze verzekerd kan worden dat het overheidsbeleid in de vorm van regelgeving, uitvoering en optreden tevens rechtsvormend is. Duidelijk zal daarbij zijn dat rechtsvorming in dit verband niet begrepen moet worden in de enge zin van wet- en regelgeving en rechtspraak, maar in de brede zin dat overheidsbeleid en overheidshandelen in de rechtsstaat moeten stoelen op de fundamentele uitgangspunten en beginselen van recht, ook zonder dat er wetgeving of een rechter aan te pas komt. Het gaat daarbij niet om het toepassen van regels van het recht, zoals die ooit zijn vastgelegd, maar om rechtsvinding. Het recht zal steeds opnieuw 'gevonden' moeten worden in de maatschappelijke omstandigheden en behoeften.

Hoe meer de waarborgen op dit punt uitsluitend worden gezocht in externe waarborgen door de rechterlijke beoordeling achteraf van het overheidshandelen, des te meer behoefte er zal zijn aan regels waaraan dat handelen wordt getoetst, aan rechters om het te beoordelen en aan toezichtprocedures om het te controleren. In die oplossingsrichting lopen overheid en samenleving vast, zeker wanneer tijd en middelen ontbreken om de uitkomst van de gerechtelijke procedures af te wachten en de lasten af te kopen. Bovendien houdt die benadering in, dat het toezicht op het beleid geleidelijk verschuift van de vertegenwoordigende organen naar toezichthouders en de rechter.

De Raad van State heeft vanouds een bijzondere functie bij het waarborgen van de rechtsvorming in het overheidsbeleid door zijn taken met betrekking tot het adviseren over wetgeving, het beslissen op beroep van burgers en het beslechten van bestuursgeschillen. Uitgangspunt daarbij is, dat de vereniging van die taken in één instituut waarborgt dat, zowel bij wet- en regelgeving, bij bestuursbeslissingen alsook bij de oplossing van bestuursgeschillen, wordt uitgegaan van gelijke

concepten en rechtsbeginselen. Vanuit die gedachte is de algemene bestuursrechtspraak bij de Afdeling bestuursrechtspraak geconcentreerd. Doordat de Raad advisering en bestuursrechtspraak in zich verenigt en in de uitoefening van die taken dagelijks geconfronteerd wordt met de veranderingen waarmee wetgever en bestuur te maken hebben, kan hij een bijdrage leveren aan een rechtsvorming die ruimte schept en mogelijkheden biedt voor noodzakelijk geachte veranderingen. Vandaar dat de Raad zijn institutionele taak enkele jaren geleden omschreef als ‘het leveren van een bijdrage aan de eenheid, legitimiteit en kwaliteit van het openbaar bestuur in de democratische rechtsstaat’.⁷ Inzet daarbij is niet om oplossingen om tot verandering te komen te beperken, maar om constructief bij te dragen aan oplossingen die passen in de zich ontwikkelende democratische rechtsstaat.

1.4 De Raad van State en rechtsvorming

De Raad van State behoort tot de instituties met een bijzondere functie ten aanzien van het functioneren, borgen en bevorderen van de democratische rechtsstaat. Als grondwettelijk adviescollege draagt de Afdeling advisering bij aan de eenheid, consistentie, (grond)wettigheid en rechtvaardigheid van wet- en regelgeving. Als hoogste algemene bestuursrechter bewaakt de Afdeling bestuursrechtspraak de rechtmatigheid van het beleid en de uitvoering van wet- en regelgeving. Het gaat daarbij in wezen om aspecten van één en dezelfde functie die de Raad als geheel behartigt; versterking van het fundament en continuïteit van de democratische rechtsstaat, bevordering van de kwaliteit van bestuur en beleid binnen het constitutioneel bestel en van de rechtsvorming binnen de rechtsstaat.

Vanuit die functie bij de rechtsvorming binnen de rechtsstaat heeft de Raad van State in het afgelopen jaar beoogd invulling te geven aan zijn taken op het terrein van de wetgevingsadvisering en de bestuursrechtspraak. Uitgangspunt daarbij is dat rechtsvorming meer is dan regelgeving, rechtsbescherming, toetsing en toezicht. Dat zijn uitwendige waarborgmechanismen. Primair zal de substantie van het beleid zelf moeten voldoen aan het rechtsgevoel en de rechtsbeginselen. Dat komt op tal van punten in de adviezen van de Afdeling advisering tot uitdrukking. In essentie gaat het om de ‘pensée’ van Pascal. “La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu’il y a toujours de méchants. La force sans la justice est

⁷ Jaarverslag Raad van State 2007, blz. 35.

accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste.”⁸

Deze gedachte vormt tevens de achtergrond voor het advies van de Afdeling advisering bij de ontwerp-Miljoenennota en voorstellen voor de begroting voor 2012.⁹ Daarin betoogde zij dat de ernst van de (economische) situatie “nu meer dan ooit aanleiding (zou moeten zijn) om de vormgeving van publieke verantwoordelijkheden en de omvang van overheidsvoorzieningen nader te bezien.” Vanuit die optiek benadrukte de Afdeling advisering dat niet volstaan kan worden met een pakket bezuinigingen, maar dat zorgvuldig geselecteerd moet worden welke overheidsvoorzieningen in ieder geval gewaarborgd moeten zijn, om vervolgens eenduidig te kiezen voor de beëindiging van andere. Ook wees de Afdeling advisering op de groei van de publieke risico’s bij het aanpakken van de gevolgen van de crisis, die potentieel het karakter van de rechtsstaat raken omdat zij, zo zij zich zouden realiseren, vooral de bestedingen en daarmee de uitkeringen voor de zwaksten in de samenleving zouden aantasten. Vandaar dat de Afdeling advisering een marsroute bepleitte voor de herordening van verantwoordelijkheden, waarbij rekening gehouden wordt met het profijt van voorzieningen, de voorzieningen die minimaal noodzakelijk zijn en de voorzieningen die bijdragen aan economische stabiliteit en groeivermogen. “Bij de noodzaak tot herschikking van publieke en private verantwoordelijkheden zullen de grondslagen van de publieke verantwoordelijkheden in acht genomen moeten worden. Zo vormen de in de Grondwet neergelegde sociale grondrechten een voorwerp van zorg van de overheid. Dit betekent niet dat de financiering of uitvoering ervan altijd of geheel in handen van de overheid moet zijn. Sociale grondrechten krijgen steeds opnieuw inhoud en vorm, afhankelijk van de maatschappelijke situatie. De eindverantwoordelijkheid voor de democratische en sociale rechtsstaat kan de overheid echter niet aan anderen overdragen.”

Op deze wijze heeft de Raad van State getracht meer inhoudelijke oriëntatiepunten aan te geven ten behoeve van de sturing bij de besluitvorming over de noodzakelijke bezuinigingen. De Raad gaat daarbij uit van de gedachte dat rechtsvorming primair een intrinsieke kwaliteit van beleid en wetgeving moet zijn en

⁸ “Recht zonder macht is krachteloos; macht zonder rechtvaardigheid tiranniek. Recht zonder macht wordt tegengewerkt, omdat er altijd boeven zijn. Macht zonder rechtvaardigheid wordt aangeklaagd. Daarom moeten recht en macht gekoppeld worden, en moet ervoor worden gezorgd dat het rechtvaardige krachtig of het krachtige rechtvaardig is.”

Pensée 298 in ‘Pensées par Blaise Pascal’, Édition 1897 à Paris, Léon Brunschvicg éditeur.

⁹ Advies van 12 september 2011, nr. W06.11.0311/II, Kamerstukken II, 2010/11, 33 000, nr. 3.

niet primair gelegen is in toezicht, controle en rechterlijke toetsing. Daartoe is het van belang te onderkennen dat overheidsbeleid en rechtsbescherming geen onderscheiden – en tegengestelde – waarden zijn. Ze zijn twee aspecten van eenzelfde proces van rechtsvorming binnen de rechtsstaat. Pas door die beide aspecten met elkaar in verband te brengen, wordt het mogelijk om een aantal vraagstukken van de democratische rechtsstaat tot een bevredigende oplossing te brengen. Gedacht moet worden aan de problematiek van de voortdurende toename van de regelgeving, of aan de merkwaardige paradox dat maatschappelijke ontwikkeling mede berust op het nemen van risico's, maar dat de wetgever bij ieder risico dat zich materialiseert de herhaling daarvan onmiddellijk door middel van nieuwe wetgeving wil uitsluiten (risico regel-reflex).

Een vruchtbare combinatie van wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak in het kader van de rechtsvorming biedt perspectief voor het vraagstuk hoe in tijden van economische neergang moet worden omgegaan met verworven rechten. Nederland heeft in de afgelopen zeventig jaar een samenleving opgebouwd die berust op voortdurende groei. Slechts gedurende vier jaar was er in die tijd sprake van negatieve groei. Door die groei konden tal van maatschappelijke problemen worden opgelost of konden de lasten daarvan worden afgekocht. De eerstkomende jaren zal Nederland evenwel naar verwachting met een in dat opzicht omgekeerde werkelijkheid worden geconfronteerd. Bij de aanpassing daaraan zal onvermijdelijk aan de orde komen of bestaande rechten en verworven aanspraken mede betrokken kunnen worden bij het vinden van een oplossing. Doet men dit, dan kan dit leiden tot aantasting van rechten en verworven aanspraken. Doet men dit niet, dan kan dit leiden tot een groeiende kloof tussen jongeren en ouderen, waarbij de jongeren zullen moeten meebetalen aan rechten en aanspraken die zij zelf later niet meer zullen hebben. Dit zal met heftige discussie over aantasting van rechten gepaard gaan, vergelijkingen met andere groepen die minder teruggaan en een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Vraag is of er een kader kan worden ontwikkeld dat het mogelijk maakt om de besluitvorming daarover meer objectiveerbaar te toetsen.

Tegen deze achtergrond besteedt de Raad van State in dit jaarverslag meer in het bijzonder aandacht aan de wijze waarop ook in het verslagjaar het functioneren van de Raad en zijn Afdelingen bij voortduring in het teken staan van de rechtsvorming door de overheid in de democratische rechtsstaat.

2 De Raad als institutie

2 De Raad als institutie

2.1 Eén functie, verschillende taken

De taken van de Raad van State staan niet a priori vast, maar vormen mede een reactie op veranderende maatschappelijke behoeften en vraagstukken. Zo werd de ontwikkeling van de Raad in de afgelopen decennia sterk bepaald door de ontplooiing van een volwaardig stelsel van rechtsbescherming en bestuursrecht-spraak. Zo hebben in de afgelopen decennia ook de groei van het Europees recht en de implicaties daarvan voor wetgeving en rechtspraak de aandacht getrokken. Het is dan ook niet vreemd als in de komende jaren weer andere aspecten de nadruk krijgen tegen de achtergrond van de implicaties van veranderende maatschappelijke omstandigheden. Er is sprake van een toegenomen vraag naar voorlichting, zowel van de zijde van de regering als van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het gaat om een veranderende invulling van een constante functie: 'het leveren van een bijdrage aan de eenheid, legitimiteit en kwaliteit van het openbaar bestuur in de democratische rechtsstaat', zoals de Raad van State dit enige jaren geleden definieerde.¹⁰ De Raad is daartoe in staat vanwege een unieke positie op de overgang tussen de verschillende functies en aspecten van de staat; niet alleen die tussen wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak, maar ook die tussen de veranderende actualiteit van bestuur en wetgeving en de continuïteit en zekerheid van het constitutioneel kader, en tussen het publieke domein en de private sfeer. Door zijn plaats op enige afstand van de praktijk van politiek en bestuur, maar betrokkenheid uit hoofde van advisering en bestuursrechtspraak, heeft de Raad een positie "om den algemeenen gang des bestuurs en der wetgeving met kalmte en nauwkeurigheid gade te slaan, de leemten en gebreken welke daarin mogten aanwezig zijn, te ontdekken en de middelen aan te wijzen om daarin te voorzien".¹¹ Ten slotte vormt de Raad door zijn personele samenstelling een verbinding tussen bestuur, rechtspraak, politiek en wetenschap.

De positie als verbinding en knooppunt tussen verschillende functies, lagen en aspecten van het constitutioneel bestel geeft de Raad bijzondere mogelijkheden

¹⁰ Jaarverslag Raad van State 2007, blz. 35.

¹¹ Geciteerd in G.J. Veerman, 'Om den algemeenen gang des bestuurs en der wetgeving met kalmte en nauwkeurigheid gade te slaan' of: de toetsing van wetgeving door de Raad van State' in 'De Raad van State in perspectief', blz. 191. Op 1 januari 1862, dit jaar 150 jaar geleden, trad de Wet op de Raad van State in werking.

met betrekking tot de rechtsvorming binnen de democratische rechtsstaat. Bij wetgeving en bestuur zal gewaakt worden dat veranderingen die noodzakelijk zijn, worden ingepast binnen de eisen van continuïteit en constitutionele kaders en binnen de uitgangspunten waarop de bestuursrechtspraak berust. Omgekeerd biedt het de bestuursrechtspraak houvast en inzicht in de problematiek van regelgeving. Het is de taak van wetgever, bestuur en rechter om via rechtsvorming het proces van verandering in de juiste banen te leiden. Alleen zo kan worden vermeden dat de rechtsstaat op den duur vastloopt in een gespletenheid tussen beleid en rechtspraak. Gegeven de aard van de veranderingen, is die rechtsvorming steeds minder een autonoom nationaal proces. Zij wordt in toenemende mate bepaald door samenwerking tussen de nationale instituties op internationaal en in het bijzonder op Europees niveau. Een toenemende ‘vervlechting’ van rechtsordes is daarvan het gevolg.¹² Beide, rechtspraak en beleid, hebben daarom weer een rol bij het integreren van verplichtingen en normen van het recht van de Europese Unie en internationale verdragen.

Hoe meer het borgen van diverse belangen, aspecten en eisen aan elkaar controlerende en beperkende instanties of organen wordt opgedragen, des te minder eenvoudig zijn zij onder één noemer te brengen waardoor het functioneren van de democratische rechtsstaat dreigt vast te lopen. De norm dat verschillende belangen en eisen met elkaar in evenwicht gebracht moeten worden, biedt geen oplossing. Een evenwicht veronderstelt kennis, niet alleen van de intrinsieke waarde van ieder belang, maar ook van hun onderlinge gewicht. Bij gebrek daaraan vervalt men tot weinig zinvolle criteria, zoals het idee dat de mate van rechtsbescherming zich laat afmeten aan het percentage zaken dat door burgers wordt gewonnen. Met evenveel, zo niet meer, recht zou men kunnen stellen dat het rechtskarakter van het overheidsbeleid wordt bevestigd als burgers geen zaak tegen de overheid winnen.

Kortom, de Raad van State biedt door zijn positie en samenstelling een mogelijkheid om aspecten, belangen en functies te integreren in dienst van het openbaar bestuur, het algemeen belang en een duurzaam constitutioneel bestel. Hij heeft een bijzondere rol bij het waarborgen dat bestuur, wetgeving en beleid in de rechtsstaat mede in dienst van de rechtsvorming staan. En omgekeerd, dat recht en constitutioneel kader ruimte scheppen en bieden voor een adequaat antwoord op actuele maatschappelijke en politieke vraagstukken.

¹² W. van Gerven, ‘Het internationale perspectief, gevolgen en problemen van een stijgende vervlechting van rechtsordes’, in ‘De Raad van State in perspectief’, blz. 45.

2.2 De Wet herstructurering Raad van State

Om de Raad van State in staat te stellen zijn institutionele taak in veranderende maatschappelijke omstandigheden en een expanderende Europese context naar behoren te kunnen blijven vervullen, is in 2010 de Wet tot herstructurering van de Raad van State tot stand gebracht. Deze wet beoogt een antwoord te geven op de steeds omvangrijkere werklast van de bestuursrechtspraak door de adviserende taak duidelijk te onderscheiden en bij een aparte Afdeling advisering onder te brengen. Tussen de Afdeling advisering en de Afdeling bestuursrechtspraak is een sterkere personele scheiding aangebracht onder gelijktijdige beperking van de Raad van State zelf tot een Raad van tien leden die de institutionele eenheid van de Raad waarborgt. De taak van de Afdeling advisering werd tevens uitgebreid met het op verzoek geven van voorlichting over wetgeving en bestuur aan de beide Kamers der Staten-Generaal.

In de structuur van de Raad wordt op deze wijze zowel de zelfstandigheid van de beide taken in de vorm van de beide Afdelingen tot uitdrukking gebracht, als ook de samenhang en eenheid in de vorm van de Raad waarvan beide Afdelingen deel uitmaken. Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer formuleerde de regering het aldus: “om de gegroeide onevenwichtigheid te ondervangen, de gelijkwaardigheid van de beide Afdelingen te bevestigen en om de institutionele eenheid van het college als geheel te behouden en te versterken. Bij deze institutionele eenheid moet vooral gedacht worden aan de explicitering en ontwikkeling van het constitutionele ‘fundament’ dat de beide Afdelingen van de Raad gemeenschappelijk hebben, namelijk de nationale constitutie, de constitutie van het Koninkrijk en de Europese constitutionele orde. Het gaat daarbij om een verhoging van kennis en inzicht binnen de Raad. Door zijn positie als verbindingschakel tussen de drie staatsmachten kan de Raad ook op andere wijze dan door het geven van afzonderlijke adviezen en het doen van afzonderlijke uitspraken, bijdragen aan de legitimiteit en kwaliteit van het openbaar bestuur in de brede zin. De jaarlijkse rapportage over knelpunten in wetgeving en bestuur alsmede het jaarverslag zijn daarvoor bijvoorbeeld goede gelegenheden.”¹³

Het belang van de eenheid van beide perspectieven, wetgeving en bestuursrechtspraak, ter wederzijdse aanvulling en versterking dat de regering hier onderstreepte, is ook steeds door de Raad van State zelf bepleit.¹⁴ De Afdeling advisering draagt

¹³ Kamerstukken I 2008-2009, 30 585 B, blz. 9.

¹⁴ P. van Dijk en A.M.J. Heijmans, ‘De gewijzigde structuur van de Raad van State. Historie, betekenis en taakstelling’ in ‘De Raad van State in perspectief’, blz. 125.

binnen het geheel in het bijzonder bij aan de rechtsvorming door de juridisch-rechtsstatelijke en de beleidsanalytische toets van de voorstellen die aan haar worden voorgelegd. Daarbij zal de ‘meergelaagdheid’ van de rechtsorde van de moderne democratische rechtsstaat naar voren komen. De Afdeling bestuurs-rechtspraak speelt als hoogste algemene bestuursrechter een belangrijke rol in het proces van rechtsvorming in de concrete toepassing en invulling van het beleid en van de algemene beginselen waarop dit berust. Het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht¹⁵ schept mogelijkheden om die taak in de nabije toekomst nog beter te vervullen. Voor die wederzijdse aanvulling en versterking biedt de Raad als geheel de institutionele basis. Deze speelt een integrerende en ondersteunende rol door de ontwikkeling van het ‘gemeenschappelijk fundament’ dat de Afdelingen gemeen hebben, door de analyse van de achter de casuïstiek van alledag liggende ontwikkelingen en patronen, en door de terugkoppeling naar wetgever en bestuur van de conclusies die daaruit getrokken kunnen worden voor de rechtsvorming. Dit laatste zowel in het werk van de beide Afdelingen als via het jaarverslag en rapportages over knelpunten in wetgeving en bestuur waarop de beide Afdelingen bij de uitoefening van hun taken zijn gestuit.

De Raad van State heeft daarnaast, in uitgebreide vorm als Raad van State van het Koninkrijk, en als schakel binnen het netwerk van de Vereniging van de Raden van State en de hoogste bestuursrechtelijke colleges van de Europese Unie (ACA Europe)¹⁶, een functie in de andere lagen van de rechtsorde waarbinnen Nederland functioneert, te weten het Koninkrijk en de Europese Unie. Dit bevestigt en versterkt de functie van de Raad als knooppunt en verbinding tussen alle aspecten die voor het openbaar bestuur en het publiekrecht van belang zijn.

Op deze verschillende aspecten van het functioneren van de Raad wordt in dit hoofdstuk ingegaan. Eerst op de ‘infrastructuur’ die binnen de Raad in het leven is geroepen om met name op het punt van het constitutionele fundament en de kennis van het recht van de Europese Unie het functioneren van de Afdelingen zo goed mogelijk te ondersteunen. Vervolgens wordt ingegaan op andere bijdragen die de Raad van State in het afgelopen jaar heeft geleverd aan de rechtsvorming in het publiekrecht en de ontwikkeling van het bestuursrecht. Ten slotte wordt ingegaan op het functioneren van de Raad van State binnen het Koninkrijk en binnen de Europese Unie.

¹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32 450 nr. 2.

¹⁶ Association of the Councils of State and the Supreme administrative courts of the European Union (ACA Europe).

2.3 Interne infrastructuur

Ter ondersteuning van de taken van de beide Afdelingen en ter versterking van de wederzijdse afstemming en samenhang heeft de Raad van State drie bijzondere commissies ingesteld: het Constitutioneel Beraad, de Commissie Recht van de Europese Unie en de Commissie Europese integratie. Deze zijn samengesteld uit leden van beide Afdelingen.

2.3.1 *Het Constitutioneel Beraad*

Het Constitutioneel Beraad is samengesteld uit deskundigen op constitutioneel gebied van beide Afdelingen van de Raad. Op verzoek van een van de Afdelingen, van de vice-president of van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak brengt het beraad preadvies uit over vragen inzake de toepasselijkheid en uitleg van de Grondwet, de nationale constitutionele beginselen, het Statuut voor het Koninkrijk, het constitutionele recht van de Europese Unie, het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en de andere mensenrechtenverdragen.

Het Constitutioneel Beraad dient tot versterking van het constitutioneel ‘fundament’ dat beide Afdelingen gemeen hebben, door verhoging van kennis en inzicht binnen de Raad. Het stelt de beide Afdelingen in staat zo goed mogelijk te antwoorden op vragen die de uitleg van de Grondwet of het staatsrecht betreffen. Op die wijze kan de Raad van State de beide Afdelingen adequaat voorzien in de behoefte aan toetsing van wetten aan de Grondwet voorafgaande aan de vaststelling daarvan of van de beantwoording van vragen van constitutionele aard. Naast deze functie begeleidt het Constitutioneel Beraad in voorkomende gevallen ook wetenschappelijke onderzoeken naar constitutionele vragen die de beide Afdelingen raken. Onderzoeken waarvoor de Raad van State opdracht heeft gegeven.

Desgevraagd kan het beraad een bijdrage leveren aan de precisering en afbakening van het constitutionele vraagstuk dat is gerezen, aan de te bezigen argumentatie bij de behandeling en beantwoording ervan en aan de consistentie in aanpak en afdoening. De Afdeling die om preadvies verzoekt, bepaalt zelf of en in welke mate zij in een concrete zaak gebruik maakt van het preadvies. De preadviezen zijn bestemd voor intern gebruik en worden niet extern gepubliceerd. In 2011 heeft het beraad in totaal 26 preadviezen uitgebracht. Daarvan werden 5 preadviezen uitgebracht aan de Afdeling advisering.

De constitutionele vraagstukken die in 2011 door het Constitutioneel Beraad zijn behandeld, variëren in zwaarte en omvang en bestrijken een breed terrein. De resultaten van het onderzoek naar deze vraagstukken zijn in voorkomende gevallen gebruikt bij de totstandkoming van concrete adviezen of uitspraken. Deze komen aan de orde in de overzichten van legisprudentie en jurisprudentie.¹⁷

Voorbeelden met betrekking tot de bestuursrechtspraak zijn toetsing aan het grondrecht van vrijheid van godsdienst in Grondwet en verdragen in de uitspraken 200906181/1/H1 ('tekst *Jezus Redt* op boerderij') en 201011441/1/H3 ('klokkeluidende pastoor in Tilburg') en de verhouding tussen wetten in formele zin en lagere wetgeving in de uitspraken 200803357/1/H3-A ('coffeeshop Maastricht') en 201009884/1/H3 ('blowverbod Amsterdam').

De volgende onderwerpen illustreren de diversiteit aan constitutionele vraagstukken die in het verslagjaar bij de wetgevingsadvisering aan de orde zijn gekomen.

Bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Ten behoeve van de Afdeling advisering deed het beraad onderzoek naar de uitgangspunten en richtlijnen inzake bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Doel van het onderzoek was het vergroten van de effectiviteit en consistentie van de adviezen. Daartoe werden de adviezen van de Raad van State uit de jaren 2007 tot en met 2009 geanalyseerd waarin de bescherming van de persoonlijke levenssfeer relevant was. Het onderzoek heeft zich gericht zowel op de advisering over de bescherming van persoonsgegevens als op die van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in bredere zin.

Rechtsvergelijkende verkenning inzake de bouw van minaretten

Op verzoek van de Afdeling advisering voerde het beraad een rechtsvergelijkende verkenning uit naar buitenlandse wetgeving die de bouw van minaretten *de facto* of *de iure* onmogelijk maakt.¹⁸ Uit de verkenning bleek dat, met uitzondering van Macedonië en Servië, de onderzochte landen¹⁹ geen aparte wetgeving hebben

¹⁷ Zie <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>

¹⁸ Ten behoeve van de advisering over het voorstel van het Tweede Kamerlid Van Klaveren tot het houden van een referendum over de wenselijkheid van de invoering van een verbod op de bouw van minaretten (Wet referendum minarettenverbod), ahangig gemaakt op 22 september 2011, zie Kamerstukken II 2010/11, 33 010, nr. 2.

¹⁹ Canada, Duitsland, Estland, Finland, Georgië, Ierland, Kroatië, Litouwen, Macedonië, Polen, Servië, Zweden, Zwitserland en Zuid-Afrika.

ten aanzien van de bouw van religieuze gebouwen. Het reguliere ruimtelijke ordeningsrecht is van toepassing.

Constitutionele rechtspraak inzake griffierechten

Ten behoeve van de Afdeling advisering heeft het beraad onderzocht of er in de lidstaten van de Raad van Europa jurisprudentie bestaat over de grenzen van het nationale constitutionele recht en internationale verplichtingen ten aanzien van de inrichting en de hoogte van het stelsel van griffierechten. Gebleken is dat hierover in zeven landen relevante rechtspraak²⁰ bestaat. In het algemeen is beperking van het recht op toegang tot de rechter door het heffen van griffierechten mogelijk, mits deze beperking berust op de wet (in formele zin)²¹ en niet excessief of onevenredig is.²² In Zwitserland worden griffierechten door het federale tribunaal beoordeeld op basis van kostendekking (niet de kosten overstijgend) en equivalentie (proportionaliteit): “Les émoluments judiciaires sont des contributions causales qui dépendent des coûts. A ce titre, ils doivent respecter les principes de la couverture des frais et de l'équivalence.”²³

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Nieuw is de groeiende aandacht voor de uitleg van bepalingen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (het EU-Handvest) dat op 1 december 2009 juridisch bindend is geworden. In het verslagjaar kwamen alleen interpretatievragen aan de orde over bepalingen die zijn gebaseerd op het EVRM, zoals rond de uitleg van artikel 47 (recht op doeltreffende rechtsbescherming) van het Handvest in relatie tot de corresponderende bepalingen in de artikelen 6 en 13 EVRM.

Differentiatie in toepassing van mensenrechten naar territoire

Een andere vraag die in het Constitutioneel Beraad aan de orde kwam, is of de implicaties van bepalingen uit het EVRM en andere mensenrechtenverdragen binnen een verdragsstaat kunnen variëren naar gelang het gebied waarin zij

²⁰ Brazilië, Estland, Kroatië, Letland, Macedonië, Verenigd Koninkrijk en Zwitserland.

²¹ QBD (Verenigd Koninkrijk) 7 maart 1997, ex parte Witham, [1998] QB 575; voorwerp van geschil was een lagere regeling die geen basis had in een Act of Parliament.

²² Federaal Hooggerechtshof van Brazilië 15 april 1998, nr. ADI 1772; voorwerp van geschil was een regeling van een van de staten van de federatie. Zie ook Federaal Hooggerechtshof van Brazilië 19 april 1999, nr. ADI 1926.

²³ Tribunal fédéral 1994, ATF 120 Ia 171, consid. 2a. “De griffierechten zijn retributies waarvan de hoogte bepaald wordt door de kosten. Daarom moeten bij de bepaling ervan de beginselen van kostendekking en proportionaliteit in acht worden genomen.”

worden toegepast. Op voorhand is de conclusie dat differentiatie tussen de vier landen van het Koninkrijk (Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten) geoorloofd kan worden geacht, zoals en in zoverre dit vóór 10 oktober 2010 geoorloofd was tussen de landen Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba. Wat betreft differentiatie binnen Nederland tussen het Europese deel en een of meer eilanden in het Caribische deel, is bepalend of daarmee een objectief en redelijk doel is gediend en of aan de proportionaliteitseis is voldaan.

2.3.2 De Commissie Recht van de Europese Unie

Als adviseur en hoogste algemene bestuursrechter is de Raad van State op twee wijzen betrokken bij de rechtsvorming op nationaal niveau van het ‘osmotische’ recht van de Europese Unie. De Afdeling advisering adviseert over de uitleg van Europese richtlijnen bij de omzetting daarvan in de Nederlandse rechtsorde. De Afdeling bestuursrechtspraak toetst als hoogste algemene bestuursrechter of het bestuur zich in de bestreden besluiten heeft gehouden aan het Europees recht. Als hoogste nationale rechter heeft de Afdeling bestuursrechtspraak tevens een belangrijk taak in de handhaving van de eenheid van interpretatie en toepassing van het Europees recht in de gehele Unie via de procedure van prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie van de Europese Unie in Luxemburg.

Ter ondersteuning van de werkzaamheden van de beide Afdelingen is de Commissie Recht van de Europese Unie ingesteld. Deze is samengesteld uit staatsraden en medewerkers uit beide Afdelingen die deskundig zijn op het gebied van het Europees recht. Ter bevordering van de kwaliteit van de motivering en de consistentie van adviezen en uitspraken preadviseert de commissie de Afdelingen op hun verzoek in een informele procedure, over vragen die bij hun werk zijn gerezen omtrent het recht van de Europese Unie.

Het Unierecht waarover de commissie preadviseert, omvat de materiële en institutionele bepalingen van *primair* recht (Verdrag betreffende de Europese Unie, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Verdrag tot oprichting van de Europese Atoomenergie Gemeenschap en de verschillende toetredingsverdragen) en *secundair* recht (verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen) alsmede de reikwijdte van het EU-Handvest. Bij de beantwoording van de vraagstukken gaat de commissie uit van wat er bekend is omtrent de relevante regelgeving (totstandkoming en zo nodig verschillende taalversies) en de rechtspraak van de Europese hoven (zowel aanhangige zaken als arresten).

Alle prejudiciële verwijzingsuitspraken die de Afdeling bestuursrechtspraak wil richten aan het Hof van Justitie van de Europese Unie en aan het Benelux Gerechtshof, worden in concept voor advies voorgelegd aan de commissie. De einduitspraken die volgen op een prejudiciële procedure bij het Hof en het Gerechtshof worden in de regel ook voor advies voorgelegd aan de commissie.

De preadviezen van de commissie maken deel uit van de interne voorbereiding van de advisering en de bestuursrechtspraak. De secties van de Afdeling advisering en de kamers van de Afdeling bestuursrechtspraak bepalen geheel zelfstandig of en in welke mate zij gebruik maken van het preadvies. De preadviezen worden niet extern gepubliceerd.

2.3.3 De Commissie Europese integratie

In oktober 2011 is binnen de Raad van State de Commissie Europese integratie ingesteld. Zij heeft als centrale taak het volgen van de ontwikkeling en voorbereiding van het beleid dat in Brussel tot stand komt. De werkzaamheden van de commissie zijn proactief gericht op een beoordeling in de vroege fasen van voorbereiding van te verwachten effecten van voorstellen van EU-beleid.

Op deze wijze kan de Afdeling advisering in voorkomende gevallen de regering en de Kamers tijdig van voorlichting en advies dienen, of op een andere wijze de aandacht vragen voor de onderwerpen die in dit kader van belang zijn.²⁴

Gegeven de mogelijk toenemende onduidelijkheid van Europese wetgeving en de nog steeds groeiende impact op de nationale wetgeving van het Europees recht zal de behoefte hieraan vermoedelijk groeien, zeker nu de Eerste en de Tweede Kamer zelf voorlichting kunnen vragen.²⁵

De Commissie Europese integratie moet ook bijdragen aan een betere terugkoppeling naar de Europese regelgever, van ervaring van nationale instituties met de uitvoering en toepassing van Europese regelgeving. Dit past in het smart regulation-concept van de Europese Commissie dat meer evaluatie beoogt ten behoeve van nieuwe voorstellen.²⁶ Ook de Europese Rekenkamer heeft te kennen gegeven dat er te weinig informatie is over de nationale uitvoering en

²⁴ In dit verband wordt eraan herinnerd dat naar aanleiding van een succesvolle proef, gehouden in 2001, de regering in 2002 heeft toegezegd dat zij de Raad van State jaarlijks om voorlichting zou vragen over drie ontwerpbasisrichtlijnen van de Europese Unie. Jaarverslag Raad van State 2002, blz. 27.

²⁵ H.G. Sevenster en B.M.P. Smulders, 'Het Europese perspectief na Lissabon. De veranderende rol van de Nederlandse staatsinstellingen in de rechtsorde van de Europese Unie' in 'De Raad van State in perspectief', blz. 98.

²⁶ Sevenster en Smulders, o.c. blz. 84.

handhaving van de Europese regelgeving.²⁷ In zijn advies inzake de gevolgen van de Europese arrangementen voor de positie en het functioneren van de nationale staatsinstellingen en hun onderlinge vertrouwen heeft de Raad van State al aandacht gevraagd voor een dergelijke terugkoppeling.²⁸

Ten slotte zal de commissie de activiteiten van de Raad in het kader van ACA Europe onderhouden en stimuleren.

2.4 Andere bijdragen aan rechtsvorming

Behalve door de wetgevingsadvisering en de bestuursrechtspraak streeft de Raad van State er naar om ook door middel van studies en symposia bij te dragen aan de kennis, het inzicht en de ontwikkeling van het staats- en bestuursrecht, het recht van de Europese Unie en de kwaliteit van het openbaar bestuur. Dit geschiedt onder meer door het geven van opdrachten voor studies over onderwerpen van constitutionele aard en het organiseren van symposia over deze onderwerpen. Daarnaast tracht de Raad de kwaliteit van de eigen bijdrage aan de rechtsvorming en het openbaar bestuur te onderzoeken en te evalueren, door de ‘doorwerking’ te onderzoeken van de adviezen van de Afdeling advisering en van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak om de verworven inzichten vervolgens te gebruiken bij de afzonderlijke werkzaamheden.

2.4.1 Studies en symposia

In het verslagjaar is een aantal studies en publicaties in opdracht van de Raad van State verricht.

Onderzoek begrip ‘rechtsstaat’

De universiteiten van Leiden en Nijmegen hebben een onderzoek ingesteld naar de betekenis en de reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’. Het onderzoek werd begeleid door het Constitutioneel Beraad. Het rapport ‘Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip rechtsstaat in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State’ is in december 2011 verschenen. Het is uitgegeven in de serie ‘Studies en rapporten’ van de Raad. De studie verschaft inzicht in het gebruik dat in de legisprudentie en de jurisprudentie van de afzonderlijke Afdelingen tot nu toe is gemaakt van het begrip ‘rechtsstaat’ en in de mogelijkheden om dat

²⁷ Audit Europese Rekenkamer 2010, ‘Effectbeoordelingen in de EU-instellingen: ondersteunen zij de besluitvorming?’, speciaal verslag nr. 3, blz. 72-81.

²⁸ Kamerstukken II 2005/06, 29 993, nr. 22.

gebruik in de toekomst te optimaliseren. Het Constitutioneel Beraad heeft naar aanleiding van dit rapport een bijeenkomst in beperkte kring gehouden over de vraag hoe de uitkomsten van het onderzoek kunnen worden ‘vertaald’ naar de praktijk van het dagelijkse werk van advisering en bestuursrechtspraak. Ook externe deskundigen hebben aan deze bijeenkomst deelgenomen.

Onderzoek naar het ‘primaat van de wetgever’

In 2011 heeft de Universiteit van Tilburg een onderzoek afgerond naar het ‘primaat van de wetgever’. Het rapport ‘Herijking van het primaat van de wetgever; de betekenis van kaderwetgeving en delegatie’ zal in 2012 worden gepubliceerd in de serie ‘Studies en rapporten’ en worden gepresenteerd op een symposium. Het onderzoek omvat drie onderdelen: een theoretisch onderzoek naar de begrippen ‘kaderwet’ en ‘primaat van de wetgever’, een onderzoek van 25 wetgevingsvoorstellen met veel delegatiebepalingen, en interviews met leden van de Eerste en de Tweede Kamer, wetgevingsambtenaren, de Nationale ombudsman en de voorzitter van Actal.

‘De Raad van State in perspectief’

In het verslagjaar verscheen een evaluatie van het functioneren van de Raad van State, geschreven door verschillende auteurs. Op verzoek van de Raad hebben zij hun gedachten in artikelen opgeschreven over bepaalde aspecten van dat functioneren, met een blik op de toekomst. De bundel ‘De Raad van State in perspectief’ werd op 5 oktober 2011 gepresenteerd op een speciaal daarvoor georganiseerd symposium, ter gelegenheid van de heropening van het gebouw van de Raad van State aan de Kneuterdijk.

Seminar over Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie

Hier verdient ook vermelding het seminar dat door de Raad van State in samenwerking met ACA Europe werd georganiseerd over de betekenis van het EU-Handvest voor de nationale rechtspraak. Hieronder wordt nader op dit seminar ingegaan.

2.4.2 Doorwerking en terugkoppeling

Om de kwaliteit van het eigen functioneren te kunnen verbeteren, heeft de Raad van State de ‘doorwerking’ van zijn adviezen en uitspraken laten onderzoeken en evalueren. Doel was de effecten van en ervaringen met de adviezen en uitspraken hanteerbaar te maken ten dienste van de verbetering daarvan. Daartoe werd een interne werkgroep ingesteld. Deze heeft in juni 2011 verslag gedaan van de bevindingen. In het rapport zijn voorstellen geformuleerd om de doorwerking van

de adviezen in de toekomst meer structureel in beeld te krijgen. Wat betreft de adviezen van de Afdeling advisering concludeert de werkgroep dat de bewoordingen, opzet en afwegingen duidelijker moeten worden. Ten aanzien van de bestuursrechtspraak wordt voorgesteld om vuistregels en richtlijnen te ontwikkelen voor heldere en duidelijke uitspraken. Voorts worden aanbevelingen gedaan omtrent de inrichting van de zittingen van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Keerzijde van het onderzoek naar de ‘doorwerking’ van adviezen en uitspraken is de terugkoppeling aan regering en wetgever over de ervaring in de bestuursrechtspraak met de regelgeving. In 2011 heeft een dergelijke terugkoppeling niet plaatsgevonden. Wel heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een tiental overwegend technische knelpunten aangemeld. Terugkoppeling naar het bestuur heeft in één geval reeds plaatsgevonden. Dat heeft ook tot een toezegging geleid om wetgeving aan te passen.

In het voorgaande werd er al op gewezen dat de Commissie Europese integratie mede tot taak heeft om een terugkoppeling te ontwikkelen naar de Europese regelgever van de ervaringen van nationale instituties met de uitvoering en toepassing van Europese regelgeving.

2.5 De Raad en de Europese Unie

Bij de bespreking van de Commissie Recht van de Europese Unie is ingegaan op de betrokkenheid van de Raad van State bij de uitleg en handhaving van het recht van de Europese Unie in het Nederlandse recht. Bij de bespreking van de Commissie Europese integratie is ingegaan op de wijze waarop de Raad de betrokkenheid bij de rechtsvorming in de Europese Unie heeft georganiseerd. Beide zijn nodig, gegeven de wederkerige beïnvloeding van nationaal en Europees recht. In hun analyse van de ontwikkeling van het Europees recht ‘na Lissabon’ in de bundel ‘De Raad van State in perspectief’, schetsen Sevenster en Smulders hoe de afnemende kwaliteit van de richtlijnen, die zij verwachten, de Europese rol voor de nationale rechter groter zal maken.²⁹ “Uiteindelijk” zal in hun ogen “alleen een actieve opstelling van goed geëquipeerde nationale rechters

²⁹ H.G. Sevenster en B.M.P. Smulders, ‘Het Europees perspectief na Lissabon. De veranderende rol van de Nederlandse staatsinstellingen in de rechtsorde van de Europese Unie’ in ‘De Raad van State in perspectief’, blz. 69 e.v.

het systeem [kunnen] redden.”³⁰ Evenzo zullen de oplossingen die thans worden ontwikkeld voor de economisch-monetaire problemen binnen de eurozone ertoe leiden dat de wederzijdse betrokkenheid ook op het gebied van het beleid alleen maar intensiever wordt.

Tegen deze achtergrond heeft de Raad van State steeds actief deelgenomen aan het functioneren van de samenwerking van de hoogste rechters en het Hof van Justitie in het kader van ACA Europe. Voor de rechtsvorming in de gelaagde Europese rechtsorde is de wederzijdse beïnvloeding tussen supranationale en internationale gerechten en nationale constitutionele hoven en hoogste rechters³¹ van wezenlijk belang.

2.5.1 ACA Europe

ACA Europe schept een betekenisvolle verbinding tussen de hoogste nationale bestuursrechters en de onafhankelijke nationale adviescolleges voor wetgeving en bestuur. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie is lid van ACA Europe. In de Europese rechtsorde is een actieve verbinding tussen nationale instituties over de grenzen heen van toenemend belang. Het vergt een ‘kring van coherentie tussen nationale hoogste rechters’.³² “In een gelaagde rechtsorde bestaat de taak van administratieve nationale rechters, vooral de hogere gerechtshoven in de lidstaten, erin cohesie en consistentie zoveel mogelijk te waarborgen, een taak die door hen slechts naar behoren kan worden vervuld wanneer zij, tussen de rechtsorden, op eigen initiatief maar in samenwerking, onderlinge communicatie, discussie en wederzijdse beïnvloeding kunnen organiseren.”³³

De vereniging zorgt ervoor dat via de (openbare) database JURIFAST nationale uitspraken over Europees recht op zeer korte termijn op Europees niveau worden gepubliceerd. De leden van de vereniging kunnen daarnaast via het besloten netwerk ‘Forum’ dilemma’s en vragen over de interpretatie en toepassing van Europees recht onderling uitwisselen en voorgenomen prejudiciële verwijzingen aan elkaar voorleggen of melden. Dit kan behulpzaam zijn voor effectieve verwijzing. Daarnaast organiseert ACA Europe een tweejaarlijks algemeen colloquium over een onderwerp van Europees en/of bestuursrecht en seminars en expert-meetings over de toepassing van het Europees recht in de verschillende lidstaten.

³⁰ A.W.H. Meij, ‘Kringen van coherentie, Over eenheid van rechtspraak in de context van globalisering’, oratie Utrecht 2009, blz. 24.

³¹ W. van Gerven, ‘Het internationale perspectief, Gevolgen en problemen van een stijgende vervlechting van rechtsordes’, in ‘De Raad van State in perspectief’, blz. 45 e.v.

³² A.W.H. Meij, o.c. blz. 25.

³³ W. van Gerven, o.c. blz. 65.

2.5.2 Seminar Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 heeft het EU-Handvest dezelfde juridische bindende kracht gekregen als de EU-verdragen. Voor de nationale rechters in de lidstaten betekent dit dat het EU-Handvest – mits aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan – in geschillen door de rechter moet worden toegepast. Om zicht te krijgen op de consequenties die hieruit voortvloeien en om kennis te genereren over de uitleg die op Europees en landelijk niveau gegeven wordt aan het EU-Handvest, heeft de Raad van State in samenwerking met ACA Europe het initiatief genomen voor een seminar over de betekenis van het Handvest voor de nationale rechtspraak.

Dit seminar is gehouden op 24 november 2011. De leden van de Commissie Recht van de Europese Unie van de Raad hadden het voortouw bij de inhoudelijke voorbereiding en de uitvoering van het seminar. Aan het seminar werd deelgenomen door vertegenwoordigers van de hoogste administratieve rechters uit elf lidstaten van de Unie. Verder namen twee rechters uit het Hof van Justitie van de Europese Unie, één rechter uit het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en één afgevaardigde van de Europese Commissie deel. Daarnaast werd het seminar bijgewoond door staatsraden en juristen met een speciale interesse in het Europees recht.

Tijdens het seminar zijn de reikwijdte van het EU-Handvest, het onderscheid tussen rechten en beginselen en de verhouding tussen het Handvest en het EVRM besproken. Wat de reikwijdte betreft, leverde het seminar de voorlopige conclusie op dat het EU-Handvest alleen van toepassing is in situaties betreffende de uitvoering van verplichtingen die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen en afwijkingen van een fundamentele economische vrijheid. Weliswaar moeten deze situaties ruim worden uitgelegd, maar tegelijk werd geconcludeerd dat er niet nog een derde zelfstandige grond gelegen is in ‘een (andere) *verbindende factor* met het Unierecht’.

Over het onderscheid tussen rechten en beginselen als bedoeld in het EU-Handvest bleken er tijdens het seminar grote verschillen van inzicht te bestaan tussen de deelnemers. Weliswaar lijken in de meeste deelnemende landen beginselen te kunnen worden toegepast door de rechter, maar een algemene regel hierover laat zich niet formuleren.³⁴ Wel rees de meer fundamentele vraag in hoeverre het onderscheid relevant is. Daarbij werd overwogen dat uiteindelijk niet de kwalificatie van een bepaling als recht of beginsel beslissend is, maar dat veeleer gekeken

³⁴ De reden daarvoor is gelegen in de tekst zoals opgenomen in het EU-Handvest alsmede in wat over beginselen in de toelichtingen op het EU-Handvest (Pb EU 2007/C 303/02) staat vermeld.

moet worden naar de aard van de bepaling, in het bijzonder naar de mate van concreetheid van de norm.

Uit de discussie tijdens het seminar is verder gebleken dat ook buiten de interactie die volgt uit de artikelen 52, eerste en derde lid, van het EU-Handvest, er sprake is van een zekere interactie tussen het Handvest en het EVRM op het niveau van de twee Europese hoven (het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens). Voorts gaven de deelnemers als hun mening dat in het algemeen bij corresponderende rechten (rechten uit het EU-Handvest die identiek zijn aan die uit het EVRM) de hoogste rechtsbescherming dient te worden gegeven. Ten slotte hadden de deelnemers grote belangstelling om de relatie tussen het EU-Handvest en de constitutionele tradities verder te laten onderzoeken.

De definitieve uitkomsten van het seminar zullen in 2012 worden verwerkt in een algemeen rapport, dat samen met de bijdragen van alle deelnemers zal worden gepubliceerd op de website van ACA Europe.³⁵ De resultaten van het seminar worden gebruikt voor het plenaire colloquium van ACA Europe over het EU-Handvest dat in juni 2012 in samenwerking met het Opperste Gerechtshof van Spanje wordt georganiseerd in Madrid.

2.6 De Raad en het Koninkrijk

Op 10 oktober 2010 is de nieuwe staatkundige structuur van het Koninkrijk een feit geworden. In de aanloop daarnaartoe heeft de Raad van State van het Koninkrijk zich een pleitbezorger betoond van vernieuwing en verdieping van de Koninkrijksrelaties. De Raad pleitte voor handhaving van de grondslagen van het Statuut, maar ook voor verruiming van de werking ervan en het scheppen van ruimte voor maatwerk in de nieuwe verhoudingen.³⁶ Daartoe zou goed gebruik gemaakt moeten worden van de mogelijkheden die het Statuut biedt. Die mogelijkheden zijn veel ruimer dan men gewoonlijk geneigd is te denken. In de nieuwe bedeling binnen het Koninkrijk heeft de Raad van State (van het Koninkrijk) een bredere functie dan alleen die van wetgevingsadviseur van de rijksministerraad. Zo heeft de Tweede Kamer de Afdeling advisering om voorlichting gevraagd teneinde een visie te ontwikkelen op het Koninkrijk.

³⁵ www.aca-europe.eu

³⁶ G.J. Oostindie, 'De Raad van State als adviseur in een veranderend Koninkrijk' in 'De Raad van State in perspectief', blz. 144.

Voorts werkt de Raad van State binnen zijn institutionele taak tot bevordering van eenheid, legitimiteit en kwaliteit van de rechtsorde van het Koninkrijk samen met de staatsinstellingen in de andere landen van het Koninkrijk die belast zijn met advisering en bestuursrechtspraak.

2.6.1 Voorlichting inzake een te ontwikkelen visie op het Koninkrijk

Op basis van een zevental vragen heeft de Tweede Kamer der Staten-Generaal de Afdeling advisering om voorlichting gevraagd in verband met een te ontwikkelen visie op het Koninkrijk en de bevoegdheid van de Koninkrijksregering om in een land in te grijpen in het belang van goed bestuur.

Deugdelijk bestuur

In haar voorlichting³⁷ betoogt de Afdeling advisering dat het Statuut voor het Koninkrijk aan de vier landen die het Koninkrijk vormen, goede mogelijkheden biedt om in onderlinge samenwerking te bouwen aan de deugdelijkheid van bestuur, zonder dat het Koninkrijk ingrijpt in de autonomie van de landen. De Afdeling advisering stelt voorop dat het weinig vruchtbaar is om na te denken over weer nieuwe structuurwijzigingen. Beter is het om te werken aan de oplossing van praktische en maatschappelijke problemen. Het komt erop aan om voor bestuurlijke knelpunten oplossingen te vinden binnen de bestaande structuren. Die zijn ook mogelijk. De deugdelijkheid van bestuur is al in 1954, bij de totstandkoming van het Statuut, aangewezen als een aangelegenheid voor de landen zelf. Slechts als het bestuur van een land ernstig tekortschiet en de staatsorganen van het land zelf dat niet kunnen corrigeren, is het Koninkrijk bevoegd om in te grijpen. De Afdeling advisering concludeert dat er mogelijkheden zijn om eventueel ingrijpen te voorkomen. Zo kunnen de landen van het Koninkrijk op voet van gelijkwaardigheid samenwerken om de kwaliteit van het bestuur in de landen te verbeteren. Vanuit die optiek suggereert de Afdeling advisering om periodiek visitaties te houden, waarin de kwaliteit van het bestuur op belangrijke thema's kan worden onderzocht. De landen kunnen daarbij profiteren van elkaars ervaringen. Deze nieuwe benadering is mogelijk als de vier landen bereid zijn om hieraan mee te werken en om de uitkomsten van de visitaties serieus te nemen.

Democratisch tekort

In de ogen van de Caribische landen wordt het Koninkrijk vaak gelijkgesteld met het land Nederland. De Koninkrijksorganen zijn in het Statuut inderdaad vormgegeven als de Nederlandse organen, onder toevoeging van vertegenwoordigers van de Caribische landen. Er is bijvoorbeeld geen parlement van het Koninkrijk.

³⁷ Voorlichting van 5 september 2011, Kamerstukken II 2010/2011, 32 500-IV, nr. 50.

In voorkomende gevallen treden de Nederlandse Tweede en Eerste Kamer als zodanig op. Caribische Nederlanders hebben inderdaad geen direct of indirect kiesrecht hiervoor. Instelling van een Koninkrijksparlement lijkt geen praktische oplossing en vergt wijziging van het Statuut. Maar ook zonder wijziging van het Statuut zou het democratisch tekort binnen het Koninkrijk volgens de Afdeling advisering kunnen worden verminderd. Het is al eerder voorgekomen dat parlementariërs van Aruba, Curaçao en Sint Maarten hebben deelgenomen aan debatten over Koninkrijksaangelegenheden in de Tweede Kamer en ook amendementen hebben ingediend. Van die mogelijkheid zou meer gebruik kunnen worden gemaakt. Dat zou bevorderd kunnen worden door de invoering van videoconferencing. Parlementariërs uit de drie landen zouden ook kunnen deelnemen aan algemene debatten over het Koninkrijk en bewindslieden vragen kunnen stellen, zoals europarlementariërs dat doen bij Europese debatten. Daarvoor hoeft alleen het Reglement van Orde van de Tweede Kamer te worden aangepast. Ook zou de rijksministerraad Koninkrijksaangelegenheden kunnen toevertrouwen aan een ministeriële kerngroep, waarin de gevolmachtigde ministers van de landen een relatief zwaardere stem zouden kunnen hebben.

2.6.2 Samenwerking van de Raad van State met de Raden van Advies

De samenwerking tussen de Raad van State en de Raden van Advies van de (toenmalige) Nederlandse Antillen en Aruba gaat terug tot informele contacten die zijn aangeknoopt in 2003. Ad hoc stages, werkbezoeken van leden en uitwisseling van medewerkers hebben sindsdien plaatsgevonden. In 2005 is er voor de eerste keer een formeel overleg geweest tussen de Raad van State en de Raden van Advies. Vanaf 2005 is dit overleg om de twee jaar gehouden. In 2011 heeft het overleg plaatsgevonden in Den Haag.

2.6.3 Samenwerking met het Gemeenschappelijk Hof van Aruba, Curaçao en Sint Maarten

De Raad van State van het Koninkrijk kent geen Afdeling bestuursrechtspraak. Bestuursrechtelijke geschillen in de Caribische delen van het Koninkrijk worden door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie aldaar behandeld. Tussen beide rechterlijke colleges bestaat sinds 2004 een band, in die zin dat enkele leden van de Afdeling bestuursrechtspraak als plaatsvervangende leden zitting hebben in het Gemeenschappelijk Hof. Deze samenwerking is ontstaan als gevolg van een verzoek van de Nederlands-Antilliaanse minister van Justitie in 2002. De invoering van de Landsverordening administratieve rechtspraak maakte toen hoger beroep in administratieve zaken mogelijk. De Nederlandse Antillen verzochten in dat licht om bijstand vanuit de Afdeling bestuursrechtspraak. Momenteel zijn de

staatsraden mr. P. van Dijk, mr. A.W.M. Bijloos en mr. R.W.L. Loeb plaatsvervangend lid van het Gemeenschappelijk Hof. De voorbereiding van de zaken geschiedt met ondersteuning vanuit de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State. De samenwerking is niet alleen voor beide partijen leerzaam, maar draagt ook bij aan de eenduidige toepassing van het bestuursrecht in het Koninkrijk.

Het Gemeenschappelijk Hof kan sinds 2011 ook het Constitutioneel Beraad van de Raad van State om preadvies vragen. Het beraad heeft inmiddels in vier gevallen gepreadviseerd.

2.6.4 Samenwerking met het Constitutioneel Hof van Sint Maarten

Als enig land van het Koninkrijk heeft Sint Maarten een constitutioneel hof. In de Landsverordening Constitutioneel Hof³⁸ is bepaald dat een lid en een plaatsvervangend lid van het Hof worden benoemd op voordracht van de Raad van State van het Koninkrijk en uit zijn midden. De staatsraden mr. P. van Dijk en mr. drs. B.P. Vermeulen zijn thans vice-president respectievelijk lid van het Hof.

Het Constitutioneel Hof kan het Constitutioneel Beraad van de Raad van State ook om preadvies vragen. Dit is tot op heden nog niet gebeurd.

³⁸ Afkondigingsblad Sint Maarten 2010, GT no. 29.

3 De Raad als adviseur

3 De Raad als adviseur

3.1 Inleiding

Ingevolge de Grondwet worden alle voorstellen van wet en algemene maatregelen van bestuur aan de Raad van State voor advies voorgelegd. Deze verplichting komt al voor in de Grondwet van 1815.³⁹ Het adviseren, maar dan over het hele beleid, is ook de oorspronkelijke reden voor het in het leven roepen van de Raad van State in 1531. In die zin is advisering aan de vorst en aan diens regering de oorspronkelijke en oudste taak van de Raad van State, wat niet wegneemt dat de bestuursrechtspraak thans de meest omvangrijke taak is.

Sinds 2010 worden de adviezen voorbereid en uitgebracht door de Afdeling advisering van de Raad van State. In het legisprudentieoverzicht wordt een systematisch overzicht gegeven van de belangrijkste adviezen die de Afdeling advisering in 2011 heeft uitgebracht. Dit legisprudentieoverzicht verschijnt vanaf dit jaar niet meer in druk. Het is in zijn geheel te vinden in de digitale versie van het jaarverslag over 2011.⁴⁰

Hierna wordt beknopt ingegaan op de wijze waarop de Afdeling advisering te werk gaat bij de advisering en in die werkwijze aansluit bij de rechtsvormende functie van de Raad van State. Tot slot komen enkele bijzondere thema's aan bod die in het verslagjaar de aandacht hebben getrokken in de praktijk van de wetgevingsadvisering.

3.2 Doel en functie van advisering

Adviseren is een onbepaald begrip ten aanzien van de inhoud van de adviezen. De ontvanger van het advies beslist uiteindelijk op welke wijze gehoor wordt gegeven aan de strekking van het advies. Gegeven het moment waarop de Afdeling advisering wordt gehoord – nadat de ministerraad daarover heeft beslist, voordat het wetsvoorstel wordt ingediend – kan zelfs de vraag gesteld worden wie precies de beoogde geadresseerde is van de adviezen over wetsvoorstellen: de regering of de Staten-Generaal. Anders dan bij andere adviescolleges bevatten de wet noch de Grondwet een nadere precisering van de invalshoek van waaruit de Afdeling advisering adviseert. De Afdeling advisering heeft niet een bijzondere

³⁹ Artikel 73 van de Grondwet van 1815.

⁴⁰ Zie <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>

deskundigheid die de adviezen gezag verleent of een bepaalde invloed die maakt dat naar de adviezen geluisterd moet worden.

Kortom, het gezag van de adviezen wordt bepaald door de waarden en belangen die ten grondslag liggen aan de motivering van de adviezen van de Afdeling advisering. Zij laat zich daarbij leiden door de rol die de Raad van State heeft,⁴¹ het algemeen belang dat met wet en beleid gediend moet worden, de aard en betekenis van wet- en regelgeving in het maatschappelijk leven en het doel dat met de wet wordt beoogd. Het gaat er bij de advisering dus niet om of men het eens is met het beleid en of wetgeving wel of niet tot stand komt. Het cruciale punt is of de wetgeving die tot stand komt, haar functie in de democratische rechtsstaat naar behoren zal vervullen. Daarbij gaat het niet primair om de wet als instrument voor de aanpak of oplossing van bepaalde maatschappelijke vraagstukken. Wat telt, is dat de wet vanwege het algemeen verbindend karakter een rechtscheppend element van maatschappelijke ordening is. De wet kan wel gericht zijn op een bepaald resultaat, maar daarmee is allerm minst verzekerd dat zij door de burgers ook op de verwachte wijze wordt gebruikt. Er zijn diverse voorbeelden van bepalingen die na kortere of langere duur een volstrekt averechts effect hadden ten opzichte van hetgeen daarmee door de wetgever was beoogd.

De advisering van de Afdeling advisering is er op gericht de waarborgende, ordenende en rechtsvormende functie van wetgeving zo goed mogelijk tot haar recht te laten komen. Advisering moet er aan bijdragen dat de wet voldoet aan de eisen van rechtmatigheid, doelmatigheid en doeltreffendheid. In elk geval stimuleren de adviezen dat het parlementaire en publieke debat over het wetsvoorstel wordt gevoerd op basis van deugdelijke informatie en een gedegen analyse van het recht en de feiten. Rechtmatigheid, doelmatigheid en doeltreffendheid liggen niet in elkaars verlengde. Een afweging daartussen is noodzakelijk. Een goed advies is dan ook niet een advies dat vooral beperkingen stelt, stelling neemt en keuzen maakt. Een goed advies stelt de wetgever in staat zijn functie goed te vervullen. Die functie is: het vinden van antwoorden en oplossingen op actuele maatschappelijke vraagstukken, die aansluiten op de bestaande rechtsorde en bijdragen aan de rechtsvorming binnen de rechtsstaat. Om dat doel te bereiken, gebruikt de Afdeling advisering een driedig toetsingskader. Dit bestaat uit een juridisch-rechtsstatelijke, een beleidsanalytische en een wetstechnische toets. Ieder onderdeel sluit aan bij een aspect van het rechtsvormend karakter van de democratische rechtsstaat.

⁴¹ Zie het hoofdstuk 'De Raad als institutie'.

3.3 Toetsingskader

De juridisch-rechtsstatelijke toets is gericht op de vraag of een voorstel aansluit op de beginselen en uitgangspunten van de constitutionele en maatschappelijke ordening waarvan Nederland deel uitmaakt. Het gaat niet alleen om de uitgangspunten en beginselen van het publieke domein in Nederland, maar ook om de meer omvattende ordening waarvan Nederland binnen Europa deel uitmaakt.⁴² Onderdeel daarvan is uiteraard de toetsing aan constitutionele waarden in brede zin. Het gaat dan om waarden die tot uitdrukking komen in de Grondwet, de grondrechten, de verdragen tot oprichting van de Europese Unie en internationale verdragen, zoals het Europese Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het EU-Handvest. Op het Constitutioneel Beraad binnen de Raad van State dat mede met het oog op constitutionele vraagstukken in de brede zin is ingesteld, is hiervoor in het hoofdstuk 'De Raad als institutie' ingegaan.

Doeltreffendheid, doelmatigheid en proportionaliteit zijn aspecten van rechtmatigheid die in de beleidsanalytische toets aan de orde komen. Rechtsvorming is meer dan alleen aansluiten bij wat is vastgesteld. Zij omvat tevens rechtsvinding in de zich ontwikkelende maatschappelijke verhoudingen en vraagstukken. In de beleidsanalytische toets beziet de Afdeling advisering het beleid, zoals dit is vervat in een wetsvoorstel, in het licht van de vraagstukken waarop het een reactie is, de oogmerken van het voorstel en de bredere context van de maatschappelijke dynamiek. Zij benoemt daarbij eventuele risico's van het voorgenomen beleid en draagt mogelijke beleidsalternatieven aan.

De wetstechnische toets ten slotte is gericht op feitelijke juridische merites van het voorstel, de interne consistentie en de samenhang en aansluiting bij bestaande wetgeving. De Afdeling advisering is overigens geen instituut dat de juridische en wetstechnische kwaliteit van wetsvoorstellen certificeert. De regering is en blijft zelf verantwoordelijk voor de juridische kwaliteit van haar voorstellen. Het zwijgen van de Afdeling advisering over bepaalde aspecten is geen bewijs voor hun wetstechnische deugdelijkheid.

Op de afzonderlijke aspecten van deze verschillende toetsen, de onderlinge samenhang en het onderlinge onderscheid, alsmede de mogelijke verschillende

⁴² Die positie is in het bijzonder verankerd in de verdragen van de Europese Unie. Zie voor een uitwerking van deze notie: W. van Gerven, 'Het internationale perspectief' in: 'De Raad van State in perspectief', Den Haag 2011, blz. 45 e.v.

implicaties daarvan voor de adviezen van de Afdeling advisering, is elders ingegaan.⁴³ Hieronder worden samenhang en verschillen nader geïllustreerd aan de hand van recente adviezen van de Afdeling advisering. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de wijze waarop ‘waarden’ en ‘feiten’ in de adviezen een rol spelen en de verbinding daartussen.

3.4 Toetsing aan waarden

3.4.1 *De juridisch-rechtsstatelijke toets aan de grondrechten*

Bij de toetsing van wetsvoorstellen aan de grondrechten gaat het in de eerste plaats om toetsing aan de grondrechten die zijn opgenomen in de Grondwet. Vervolgens wordt getoetst aan de grondrechten die zijn opgenomen in internationale verdragen, zoals het EVRM, het Internationaal verdrag inzake de Burgerlijke en Politieke rechten, het Europees Sociaal Handvest en het EU-Handvest; althans voor zover de voorrang daarvan op het nationaal recht uit de Grondwet voortvloeit.

Aan de hand van constitutionele leerstukken en jurisprudentie van (inter)nationale rechters worden door de Afdeling advisering overwegingen gegeven en argumenten aangereikt die relevant zijn voor het voorstel. Op die wijze beoogt de Afdeling advisering het parlementaire debat over de desbetreffende onderwerpen van constitutionele gezichtspunten te voorzien. Waar wetsvoorstellen of de mogelijke uitwerking daarvan tot inperking van een grondrecht kunnen leiden, vraagt de Afdeling advisering aandacht voor de noodzaak en proportionaliteit van de voorgestelde regeling. Deze zijn over het algemeen doorslaggevend voor de beantwoording van de vraag of een regeling verenigbaar is met de grondrechtelijke bepaling.

Indien de Afdeling advisering tekortkomingen constateert wat betreft de verenigbaarheid met de grondrechtenbepalingen volstaat zij doorgaans met het advies om de toelichting aan te passen of aan te vullen. Bij ernstige tekortkomingen gaat zij verder en geeft zij aan waar aanpassingen nodig zijn.⁴⁴

⁴³ Vgl. J.A. Borman en W. Konijnenbelt, ‘Adviesfunctie’ in ‘De Raad van State, een stand van zaken’, W.E.J. Tjeenk Willink 1997 Deventer, blz. 37. Zie ook Jaarverslag Raad van State 2008, blz. 46.

⁴⁴ Een voorbeeld hiervan is het advies van 30 mei 2011 inzake het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering met het oog op de verruiming van de mogelijkheden tot strafrechtelijke aanpak van huwelijksdwang, polygamie en vrouwelijke genitale verminking (W03.11.0095/II, Kamerstukken II 2010/11, 32 840, nr. 4). Zie het legisprudentieoverzicht in het digitale jaarverslag van de Raad van State: <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>

Soms komt de Afdeling advisering zelfs tot een uitgesproken oordeel over een onjuiste afweging.⁴⁵ Dit hangt samen met het feit dat moet worden voorkomen dat wetten achteraf bij rechterlijke toetsing onverenigbaar worden bevonden met bepaalde grondrechten. Uitgangspunt van de grondwetgever is dat die onverenigbaarheid in de voorbereiding moet worden vermeden door dergelijke tekortkomingen bloot te leggen.

3.4.2 Concrete constitutionele thema's in 2011

In de jurisprudentie van de Afdeling advisering over 2011 komen drie belangrijke constitutionele thema's aan de orde: de toegang tot en het vertrouwen in de rechter, ministeriële verantwoordelijkheid en bescherming van persoonsgegevens.

Toegang tot en vertrouwen in de rechter

In het verslagjaar heeft de Afdeling advisering een aantal adviezen uitgebracht die betrekking hebben op wetgeving inzake het functioneren van de rechterlijke macht. Twee categorieën zijn te onderscheiden.

In de eerste plaats gaat het om voorstellen die de toegang tot de rechter beperken. Door een substantiële verhoging van de eigen bijdrage van de rechtsbijstand en van de griffierechten worden de kosten van de rechtspraak meer afgewenteld op de burgers die hiervan gebruik maken. De Afdeling advisering benadrukt dat, gelet op het publieke belang en de publieke functie van de rechtspraak, de gehele rechtsgemeenschap financieel dient bij te dragen aan de kosten van het in stand houden van een kwalitatief goed rechterlijk apparaat. Een financiële benadering van het gebruik van rechtspraak behoort niet voorop te staan. Als gevolg van de voorgestelde verhogingen van de eigen bijdrage van de rechtsbijstand en de griffierechten moeten rechtzoekenden een belangenafweging maken die hen in een positie kan brengen waardoor zij per saldo afzien van de gang naar de rechter. Dit kan leiden tot een schending van het recht op toegang tot de rechter, zoals verankerd in de Grondwet, de internationale verdragen en het EU-Handvest.

In de tweede plaats gaat het om voorstellen die de bevoegdheden van de rechter inperken en daarmee raken aan het vertrouwen in de rechter. Zo wordt bij de

⁴⁵ Een voorbeeld hiervan is het advies van 5 september 2011 inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Woningwet, de Kadasterwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010 betreffende de energieprestatie van gebouwen (Wet kenbaarheid energieprestatie gebouwen) (W04.11.0223/I, Kamerstukken II 2011/12, 33 124, nr. 4). Zie het jurisprudentieoverzicht in het digitale jaarverslag van de Raad van State: <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>.

invoering van minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven de rechter beperkt in zijn mogelijkheden om bij het toemeten van de straf concrete feiten en omstandigheden te wegen en daarmee maatwerk te leveren. Hij heeft immers te maken met de hoogte van de voorgeschreven minimumstraf en beschikt slechts over beperkte mogelijkheden om daarvan af te wijken. Volgens de Afdeling advisering is sprake van een systeembreuk, omdat bij het toemeten van de straf in het strafrechtelijk stelsel de weging van concrete feiten en omstandigheden (maatwerk) een wezenlijk element vormt. De mogelijkheid tot een dergelijke weging wordt in het voorstel dermate beperkt dat het evenwicht in de verhouding tussen wetgever en rechter substantieel wordt verstoord.

Ook het voorstel om de rechter de bevoegdheid te ontnemen om te oordelen over het tijdelijk verlaten van de inrichting door verdachten in voorlopige hechtenis betekent naar het oordeel van de Afdeling advisering een principiële en ingrijpende verschuiving van bevoegdheden.

Ministeriële verantwoordelijkheid

Het uitgangspunt van ministeriële verantwoordelijkheid is in 2011 in verschillende adviezen aan de orde gekomen. De context is echter zeer uiteenlopend. De ministeriële verantwoordelijkheid voor de Koning zoals vastgelegd in artikel 42, tweede lid, van de Grondwet, was het centrale aandachtspunt in de voorlichting over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de Koning en de leden van het koninklijk huis; in het bijzonder in relatie tot de inlichtingenplicht van de regering jegens de Staten-Generaal. De ministeriële verantwoordelijkheid speelde ook een rol in de advisering over de nota van wijziging bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Politiewet in verband met de invoering van de nationale politie en bij het wetsvoorstel herziening gerechtelijke kaart. In beide gevallen ging het om de nadere bepaling van de verantwoordelijkheid van de minister van Veiligheid en Justitie. Tot slot komt de ministeriële verantwoordelijkheid aan bod bij voorstellen tot instelling of herziening van onafhankelijke toezichthouders, zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa)⁴⁶ en De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM).⁴⁷ Daarbij kan de vraag aan de orde zijn hoe het beginsel van de ministeriële

⁴⁶ Advies van 18 april 2011 over het voorstel van wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (implementatie van richtlijnen en verordeningen op het gebied van elektriciteit en gas), W15.10.0577, Kamerstukken II 2010/11, 32 814 nr. 4).

⁴⁷ Advies van 29 september 2011 over het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de financiering van het toezicht op de financiële markten (Wet bekostiging financieel toezicht), met memorie van toelichting (W06.11.0307/III, Kamerstukken II 2011/2012, 33 057, nr. 4).

verantwoordelijkheid zich verhoudt tot de onafhankelijkheid van het toezicht die door het EU-recht in bepaalde situaties wordt voorgeschreven.

Bescherming van persoonsgegevens

Net als in de voorgaande jaren, is de Afdeling advisering in 2011 geregeld geconfronteerd met adviesaanvragen waarin vragen spelen rondom de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dat het onderwerp van belang is en waakzaamheid van de Afdeling advisering vraagt, wordt onderstreept door het in 2011 verschenen rapport iOverheid van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). Dit rapport vraagt aandacht voor de gevolgen van de toegenomen informatisering van de samenleving. De Afdeling advisering kan een belangrijke rol spelen bij de aandacht voor privacy en keuzevrijheid – in de termen van de WRR de ‘verankerende beginselen’ – die in balans moeten zijn met de ‘stuwende’ beginselen, zoals veiligheid, effectiviteit en efficiëntie.

Uitgangspunt in haar advisering is dat elke inmenging in de persoonlijke levenssfeer, mede in het licht van artikel 8 EVRM, een grondige motivering vraagt. In de adviezen over justitiële gegevensverstrekking aan de burgemeester en de meldcode huiselijk geweld komt dit naar voren in opmerkingen over de noodzaak van de gegevensverstrekking of de reikwijdte van de wettelijke regeling. Als de noodzaak van gegevensverwerking zelf niet ter discussie staat, vraagt de Afdeling advisering aandacht voor een nauwkeurige wettelijke regeling van deze inmenging in de persoonlijke levenssfeer. Voorbeelden van opmerkingen met die strekking zijn te vinden in de adviezen over incidentenregistratie in het onderwijs, de slimme warmtemeter en de registratieplicht voor uitzendbureaus.

3.5 De toetsing van feiten en beleid

De beleidsanalytische toets plaatst een wetsvoorstel in een bredere context en een wijder tijdsperspectief. Soms wordt de Afdeling advisering verweten zich met de beleidsanalytische toets op het politieke vlak te begeven.⁴⁸ Dat is een miskennis van het feit dat de Raad van State als grondwettelijk adviesorgaan zich per definitie op het politieke vlak bevindt, zij het niet op een *partij*politiek vlak. Het gaat met de wetgeving die aan de Afdeling advisering wordt voorgelegd om zaken die de gemeenschap en het algemeen belang betreffen en die het maken van politieke

⁴⁸ Zie M. Oosting, ‘De betrekkelijke betekenis van de beleidsanalytische toets’ in ‘De Raad van State in perspectief’, blz. 266 en M. ten Hooven, ‘De beleidsanalytische toets. Het sprekende geweten’ in dezelfde bundel, blz. 275.

keuzen inhouden. De Afdeling advisering kiest niet, maar adviseert; de wetgever beslist.

De advisering is erop gericht om het beoogde beleid zo doeltreffend mogelijk binnen de kaders van recht en werkelijkheid te realiseren. Want doeltreffendheid, uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, doelmatigheid en proportionaliteit zijn evenzeer aspecten van rechtsvorming en rechtvaardigheid. Wetgeving die niet uitvoerbaar of handhaafbaar is, leidt tot onrecht en onrechtmatigheid. Een deel van de bevolking zal zich immers houden aan die regels, ook al zijn ze krachteloos en een ander deel zal dit niet doen en profiteren van het oneerlijk voordeel dat men daarmee behaalt. 'Het gaat erom dat wat krachtig is rechtmatig te maken en wat rechtmatig is krachtig'. En dat laatste houdt in: uitvoerbaar en handhaafbaar.

De beleidsanalytische toets beperkt zich bovendien tot het plaatsen van een voorstel in een context, tot het stellen van kritische vragen over aspecten van het voorstel die te weinig aan bod lijken te komen, tot het verzoek om versterking van de motivering voor de gedane keuzen, tot suggesties om de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid te optimaliseren.⁴⁹ De Afdeling advisering stelt geen eigen beleid tegenover het beleid van de regering. Zij heeft wel een eigen grondwettelijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de wetgeving.

Uit de literatuur blijkt dat de beleidsanalytische opmerkingen door de regering het minst vaak worden overgenomen.⁵⁰ Dat noopt de Afdeling advisering om zich te bezinnen op een betere bruikbaarheid en effectiviteit van haar adviezen,⁵¹ maar het ontslaat haar niet van de verantwoordelijkheid om een beleidsanalytische toets aan te leggen. Zoals aangegeven, gaat het daarbij om een wezenlijk aspect van het rechtskarakter van beleid en wetgeving.

⁴⁹ Zie K. Putters, 'De praktijk in het parlementair advies' in 'De Raad van State in perspectief', blz. 216.

Zie ook H.D. Tjeenk Willink, 'De beleidsanalytische toetsing door de Raad van State' in *RegelMaat*, afl. 2005/2, blz. 56.

⁵⁰ Zie J.L.W. Broeksteeg e.a., 'Zicht op wetgevingskwaliteit: een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State, 2005, blz. 17; B.R. Dorbeck-Jung, 'Beelden over de wetgevingsadvisering van de Raad van State: hoe wetgeving gemaakt wordt', Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2003; en M. Oosting, 'Om de kwaliteit van de dialoog', blz. 179 e.v. in de vriendenbundel 'Wetgevingskunsten' voor Jan Kees Bartel, Den Haag, SDU uitgevers 2010.

⁵¹ Zie K. Putters, o.c., blz. 220-222. Zie ook R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken, 'Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State, getoetst aan de hand van ex post evaluaties', blz. 134.

De recente jurisprudentie van de Afdeling advisering geeft inzicht in de aspecten en elementen waar de beleidsanalytische toetsing zich in hoofdzaak op richt. In de eerste plaats gaat het om de identificatie en definitie van het probleem dat de aanleiding vormt voor het voorstel. Wat is het probleem en wie heeft het? De probleemomschrijving moet helder en toereikend zijn, het object van het voorstel moet duidelijk zijn, alsmede op welke personen, maatschappelijke verbanden of situaties het zich richt en in welke gevallen. De probleemomschrijving behoeft een deugdelijke onderbouwing met empirische gegevens. De noodzaak van het voorstel moet toereikend gemotiveerd zijn, waarbij het niet alleen om een doel-middelredenering mag gaan, maar ook om een motivering van de publieke verantwoordelijkheid voor een oplossing.

Daarnaast moet worden ingegaan op de samenhang of interferentie van de beoogde doelen met ander beleid.⁵² Wettelijke bepalingen staan zelden op zichzelf, maar maken doorgaans deel uit van meer omvattende wetgevingscomplexen. Verder zal de effectiviteit⁵³ en proportionaliteit van een voorstel moeten worden gemotiveerd, en zal een waardering moeten worden gegeven van verwachte lasten en mogelijke neveneffecten. Ten slotte moet voldoende aannemelijk zijn dat de personen of instellingen tot wie deze normen zijn gericht in staat zijn tot de uitvoering en de naleving ervan en, waar van toepassing, de handhaving. Daarbij kan het (primair) gaan om personen of instellingen in de samenleving, maar ook om normen die zich richten tot actoren binnen de overheid.

3.6 Waarden en feiten; de verbinding van de juridisch-rechtsstatelijke en de beleidsanalytische toets

De verbinding die kan optreden tussen de juridisch-rechtsstatelijke en de beleidsanalytische toets is in de hiervoor aangehaalde jurisprudentie reeds enkele malen aan de orde geweest. Indien de teksten en de jurisprudentie over het

⁵² De Afdeling advisering constateerde een contradictie tussen de aanpak die in het ontwerpbesluit tot wijziging van het Speelautomatenbesluit 2000 was vastgelegd en de uitgangspunten van het regeringsbeleid met betrekking tot gokverslaving (advies van 23 december 2010, W03.10.0497/I, Staatscourant 2011, nr. 10931, inzake het ontwerpbesluit tot wijziging van het Speelautomatenbesluit 2000 in verband met de wijziging van enkele voorwaarden voor de toelating van een model speelautomaat).

⁵³ In haar advies over het Tijdelijk besluit arbeidsovereenkomst postverspreiders vroeg de Afdeling aandacht voor de effectiviteit van het voorstel (advies van 17 maart 2011, W15.11.0059/IV, Staatscourant 2011, 5950).

grondrecht waaraan getoetst moet worden, eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit stellen, is de toetsing aan die ‘waarden’ afhankelijk van die van de ‘feiten’ die het voorwerp van de beleidsanalytische toets vormen. Onduidelijkheid over aard en omvang van het probleem en effectiviteit van de voorgestelde maatregel kan ertoe leiden dat de vereiste noodzakelijkheid en proportionaliteit van de voorgestelde beperking van grondrechten onvoldoende kunnen worden aangetoond, zodat het voorstel moet worden afgewezen.⁵⁴

Voor zowel de beleidsanalytische als de juridisch-rechtsstatelijke toets geldt de eis van proportionaliteit. Het komt daarom de efficiëntie en de effectiviteit van de toetsing ten goede om de beide toetsen in onderlinge samenhang uit te voeren en op die wijze de beide toetsen te versterken.⁵⁵

3.7 Bijzondere thema's in de advisering

3.7.1 Grondslag en delegatie

De Afdeling advisering stelt in haar adviezen regelmatig het onderwerp delegatie aan de orde. Aanleiding zijn de voorstellen waar spanning aanwezig lijkt tussen het primaat van de wetgever enerzijds en een zeer ruime delegatie van inhoudelijke normstelling aan de Kroon of de minister anderzijds.⁵⁶ Delegatie aan de minister kan weliswaar uit een oogpunt van wetgevingsefficiëntie aantrekkelijk zijn, maar roept vanuit een oogpunt van legitimatie van wetgeving en wetgevingskwaliteit vragen op. Wezenlijke keuzes moeten in de wet in formele zin worden vastgelegd.

Ter compensatie van een ruime delegatie worden vervolgens bijzondere procedures voor parlementaire betrokkenheid gecreëerd, zoals voor- en nahangprocedures. De Afdeling advisering benadrukt bij herhaling dat hier terughoudendheid is geboden.⁵⁷ Voorhangprocedures zijn als zodanig niet bezwaarlijk. Staatsrechtelijk

⁵⁴ Verwezen kan worden naar de adviezen van 2 mei 2011 inzake het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit justitiële gegevens in verband met onder meer het verstrekken van justitiële gegevens aan de burgemeester bij de terugkeer van ex-gedetineerden en het versterken van de screening in de taxibranche (W03.11.0069/II, Staatscourant 2011, nr. 11569) en van 27 mei 2010 inzake het voorstel van wet van het lid Blok tot wijziging van de Wet werk en bijstand teneinde de eis tot beheersing van de Nederlandse taal toe te voegen aan de wet (W12.10.0075/III, Kamerstukken II 2010/11, 32 328, nr. 5).

⁵⁵ Zie ook M. Oosting, t.a.p., blz. 266-267.

⁵⁶ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gewezen op het advies van 12 juli 2010 over de herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (W08.09.0500/IV, Kamerstukken II 2010/11, 32 769 nr. 4).

⁵⁷ Zie in het bijzonder de voorlichting van 12 maart 2010 van afdeling II van de Raad van State inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving (W03.09.0557/II, Kamerstukken I 2009/10, 32 123-VI, nr. L).

is er wel een bezwaar indien onnodig ruime delegatiebepalingen worden gehanteerd om de Kamers weer de greep te hergeven door middel van voorhangprocedures. Dan vervaagt het onderscheid tussen wetgeving en algemene maatregelen van bestuur. Wat de nahangprocedures betreft, geldt daarbij nog dat deze plaatsvinden in een stadium waarin de mening van het parlement niet meer van wezenlijke invloed kan zijn op inhoud of vorm van de gedelegeerde regelgeving.⁵⁸ Oplossing is veeleer om te ruime delegatiebepalingen te vermijden.

3.7.2 Verzamelwetgeving

De vraag naar de wenselijkheid en omvang van verzamelwetgeving is een vraag die regelmatig terugkeert in de adviezen van de Afdeling advisering en in discussies tussen de Tweede en Eerste Kamer der Staten-Generaal enerzijds en de regering anderzijds. De cruciale vraag bij dit onderwerp is of het wenselijk is dat in één wetsvoorstel meerdere onderwerpen worden geregeld waartussen weinig tot geen inhoudelijke samenhang bestaat. Voor zover het gaat om louter (wets)technische wijzigingen, bestaat hiertegen geen bezwaar. De bezwaren richten zich tegen het bijeenbrengen van voorstellen van verschillende aard in één enkel wetsvoorstel.

Voor de regering is wetgevingsefficiëntie een belangrijke reden om gebruik te maken van verzamelwetgeving. Vanuit het parlement, in het bijzonder de Eerste Kamer, bestaat het bezwaar tegen verzamelwetgeving uit het feit dat zij in een dwangpositie kan komen indien zij grote problemen met één of meer onderdelen van het voorstel heeft, maar tegelijkertijd vindt dat de urgentie van andere onderdelen (snelle) goedkeuring vergt. De dwangpositie komt voort uit het feit dat de Eerste Kamer een voorstel slechts in zijn geheel kan aannemen of verwerpen.

Inmiddels heeft de regering een notitie opgesteld over het onderwerp verzamelwetgeving. Daarin is vastgelegd dat zij in principe slechts tot een inhoudelijke verzamelwet overgaat indien voldaan is aan drie criteria:

- de verschillende onderdelen moeten samenhang hebben;
- de verschillende onderdelen moeten niet van een omvang en complexiteit zijn waardoor zij een afzonderlijk wetsvoorstel rechtvaardigen; en
- op voorhand is niet te verwachten dat een van de onderdelen dermate politiek omstreden is dat een goede parlementaire behandeling van de andere onderdelen in het geding is.

⁵⁸ Zie ook Kamerstukken II 2006/07, 29 383, 75, blz. 3 en Kamerstukken I 2006/07, 30 800 VI, C, blz. 3.

De Afdeling advisering heeft de daarop volgende ontwerp-verzamelwetten aan die criteria getoetst. Daarbij blijkt over de invulling van de verschillende criteria nog verschil van mening te bestaan. Volgens de Afdeling advisering is bijvoorbeeld voor de fiscale wetgeving het criterium van budgettaire samenhang onvoldoende onderscheidend. De regering lijkt daarentegen vooral veel waarde te hechten aan wetgevingsefficiëntie, waarbij verschillende onderwerpen zoveel mogelijk in één voorstel worden opgenomen.

3.7.3 Financiële taakstelling

In 2011 begon zichtbaar te worden dat de regering staat voor aanzienlijke financiële taakstellingen. Dat komt vooral naar voren op het terrein van de zogenoemde zachte sector: onderwijs, sociale zaken en volksgezondheid. In het advies over de ontwerp-Miljoenennota benadrukte de Afdeling advisering dat zorgvuldig geselecteerd moet worden welke overheidsvoorzieningen in ieder geval gewaarborgd moeten blijven. Daarbij vormen de in de Grondwet neergelegde sociale grondrechten een voorwerp van zorg van de overheid.⁵⁹

In de adviezen heeft de Afdeling advisering begrip uitgesproken voor de noodzaak van financiële taakstellingen. Tegelijkertijd heeft zij aandacht gevraagd voor de vraag of de voorgestelde maatregelen een voldoende breed bereik hebben en of de lasten wel evenredig worden verdeeld over de verschillende groepen van de samenleving. Voorts acht de Afdeling advisering het van belang dat de taakstellende voorstellen niet leiden tot neveneffecten die niet bij de berekening van de opbrengst van de maatregel zijn betrokken of die mogelijk ongewenst zijn. Zo stelde zij bij de beperking van het zorgpakket de vraag of de voorgestelde wijzigingen niet zouden leiden tot verlegging van de vraag naar, of van een extra beroep op, andere publiek gefinancierde voorzieningen, door belanghebbenden die worden getroffen door (één of meer van) de voorgestelde beperkingen.⁶⁰ Verder wees de Afdeling advisering er bij het wetsvoorstel over de invoering van het passend onderwijs op dat de procedure voor toelating van leerlingen een administratieve lastenverzwaring voor de scholen betekent, terwijl de rechtsbescherming op een gecompliceerde manier is vormgegeven. Zo zullen scholen

⁵⁹ In paragraaf 1.4 van het hoofdstuk 'De Raad in de staat' is hier al op ingegaan. Advies van 12 september 2011, nr. W06.11.0311/III, Kamerstukken II, 2010/11, 33 000, nr. 3.

⁶⁰ Advies van 19 augustus 2011 inzake het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit zorgverzekering in verband met wijziging van de te verzekeren prestaties Zorgverzekeringswet per 2012 en de eigen bijdragen daarvoor en wijziging van dat besluit en het Besluit zorgaanpakken AWBZ in verband met stringent pakketbeheer en wijziging van het Besluit tegemoetkoming chronisch zieken en gehandicapten (W13.11.0304/III).

nog meer tijd en geld moeten besteden aan rapportages en andere bureaucratische maatregelen. Dit kan ten koste gaan van hun inspanningen voor het onderwijs zelf en uiteindelijk van de leerling.⁶¹

3.7.4 Verhoging boetes

In 2011 zijn diverse voorstellen aan de Afdeling advisering voorgelegd waarin boetes (fors) werden verhoogd. Indien in voorstellen boetes worden geïntroduceerd of verhoogd, toetst de Afdeling advisering de hoogte van de boete aan het evenredigheidsbeginsel. De toets is onderdeel van de toets aan artikel 6 EVRM en houdt in dat er een juiste verhouding moet bestaan tussen de ernst van het feit en de zwaarte van de sanctie. De Afdeling advisering beoordeelt in hoeverre de verhoging van de boetes wordt gemotiveerd met budgettaire overwegingen, wat in tijden van economische neergang niet ondenkbaar is.

De verhoging van boetes moet daarbij ook in historisch perspectief worden gezien. Zo constateerde de Afdeling advisering in het advies over de verhoging van de verkeersboetes dat in vier jaar tijd een tariefsverhoging wordt gerealiseerd van ongeveer 58% ten opzichte van het jaar 2007, nog los van de inflatiecorrectie.⁶² Deze bedraagt over deze periode in totaal 7,7%. Een verhoging van ongeveer 66% acht de Afdeling advisering niet proportioneel. Ook dienen voorafgaand aan een eventuele nieuwe verhoging, eerst de effecten van de voorgaande verhogingen in kaart te worden gebracht.

In dit verband dient er overigens op te worden gewezen dat de Afdeling advisering niet alleen op de verhouding tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de sanctie wijst als zij de sanctie te hoog vindt. In bepaalde gevallen kunnen voorgestelde boetes, bijvoorbeeld voor grote bedrijven, juist te laag uitvallen.⁶³

⁶¹ Advies van 20 oktober 2011 over voorstel van wet tot wijziging van enkele onderwijswetten in verband met een herziening van de organisatie en financiering van de leerlingenzorg in het basisonderwijs, speciaal en voortgezet speciaal onderwijs, voortgezet onderwijs en beroepsonderwijs (zaak W05.11.0269/I, Kamerstukken II 2011/12, 33 106, nr. 4).

⁶² Advies van 2 december 2011, W03.11.0482/II, Staatscourant 2011, nr. 23614, inzake het ontwerpbesluit tot wijziging van de bijlage, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften alsmede de bijlage bij het Besluit OM-afdoening onderscheidenlijk het Transactiebesluit 1994 in verband met onder meer een verhoging van de tarieven.

⁶³ Een voorbeeld hiervan is het advies van 9 september 2011, W13.11.0211/III, Staatscourant 2011, nr. 22732, inzake het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit Voedingswaarde-informatie levensmiddelen inzake regels voor een voedselkeuzelogo, en van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten.

4 De Raad als bestuursrechter

4 De Raad als bestuursrechter

4.1 De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer

4.1.1 Inleiding

In het jaarlijkse jurisprudentieoverzicht wordt aandacht besteed aan de belangrijke ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het jurisprudentieoverzicht wordt vanaf dit jaar niet meer in druk gepubliceerd. Het is in zijn geheel te vinden in de digitale versie van het jaarverslag over 2011.⁶⁴

In aanvulling daarop wordt hier in het bijzonder aandacht besteed aan de meer specifieke bijdrage van de Afdeling bestuursrechtspraak aan de rechtsvorming. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft als hoogste algemene bestuursrechter een bijzondere verantwoordelijkheid waar het gaat om het bevorderen van de rechtsontwikkeling. De grote hoeveelheid bestuursrechtelijke zaken en de veelsoortige, ingewikkelde en de laatste jaren snel veranderende rechtsregels op de verschillende deelterreinen van het bestuursrecht, nopen de Afdeling bestuursrechtspraak tot een leidinggevende taak als rechtsvormer.

4.1.2 Rechtsvorming en de bestuursrechter

Als wordt gesproken over de rechtsvormende functie van de Afdeling bestuursrechtspraak, dan moet worden beseft dat rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht naar haar aard niet hetzelfde is als bijvoorbeeld rechtsvorming door de rechter in het civiele recht. Een karakteristiek van het bestuursrecht is het gegeven dat rechtsvorming door de bestuursrechter in beginsel steeds plaatsvindt via de band van een overheidsbesluit. De centrale rol van de bestuurlijke besluitvorming is bepalend voor de rechtsvorming door de bestuursrechter.⁶⁵ Die rol impliceert in de eerste plaats dat niet zozeer de bestuursrechter, maar het bestuursorgaan rechtsvormend is. Uiteraard is het de taak van de bestuursrechter om de wijze waarop het bestuursorgaan van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, te toetsen aan het geldend recht. Dat neemt echter niet weg dat waar het bestuursorgaan door de wetgever beleidsvrijheid is gelaten, dit gevolgen heeft voor de rechtsvormende functie van de bestuursrechter. Weliswaar zal de rechter in een dergelijk geval het door het bestuur gevoerde beleid toetsen, maar

⁶⁴ Zie <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>

⁶⁵ Zie ook J.C.A. de Poorter, 'Rechtsvorming door de bestuursrechter. Over grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet' (preadvies Staatsrechtsconferentie), in: 'Functie en betekenis van de Grondwet'; een dialogisch perspectief', Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, blz. 132-136.

ook dan geldt dat de rechter in beginsel slechts beoordeelt of het gevoerde beleid binnen de kaders van wet- en regelgeving blijft en niet kennelijk onredelijk is. De centrale rol van de bestuurlijke besluitvorming houdt verder in dat de aard van het regelsysteem in het bestuursrecht een andere is dan in het civiele recht. De bijzondere gebondenheid van het bestuur aan het recht heeft tot gevolg dat de regeldichtheid in het bestuursrecht relatief groot is. Natuurlijk kan er ook in het bestuursrecht onduidelijkheid bestaan over de uitleg van bepaalde rechtsnormen, maar dan nog is er een wezenlijk verschil met het werkterrein van de civiele rechter die het niet zelden moet doen met alleen normen als ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’.

4.1.3 Richtinggevende uitspraken

Hoewel rechtsvorming door de rechter wat het bestuursrecht betreft niet zonder meer vergeleken kan worden met rechtsvorming op het terrein van het civiele recht, betekent dit niet dat de bestuursrechter, en in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak, in het geheel niet aan rechtsvorming doet. Zo heeft de Afdeling in het afgelopen verslagjaar een aantal zeer richtinggevende uitspraken gedaan.

Gedacht kan onder meer worden aan de:

- uitspraak van 19 januari 2011, nr. 201006426/1/R2, waarin de lijnen werden uitgezet wat betreft de uitleg van het relativiteitsvereiste;
- uitspraak van 9 maart 2011, nr. 201006983/1/M2, waarin reeds op voorhand werd uiteengezet op welke wijze uitleg zal worden gegeven aan de onderdelentrechtter van artikel 6:13 Awb in geschillen onder de Wabo;
- uitspraak van 13 april 2011, nr. 200908792/1/M1, waarin eveneens op voorhand werd uiteengezet op welke wijze uitleg zal worden gegeven aan het begrip belanghebbende in geschillen onder de Wabo;
- uitspraak van 29 juni 2011, nr. 200803357/1/H3-A, waarin antwoord werd gegeven op de vraag of in een APV een onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen mag worden gemaakt bij de verkoop van softdrugs met het oog op het voorkomen van overlast door zogenoemde drugstoeristen;
- uitspraak van 13 juli 2011, 201009884/1/H3, waarin zij tot het oordeel kwam dat voor gemeentelijke verbods- of strafbepalingen die voorschriften uit de Opiumwet dupliceren, ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag ligt, geen ruimte bestaat. Dit oordeel lag reeds aan de uitspraak van 29 juni 2011 ten grondslag;
- uitspraak van 30 november 2011, nr. 201010838/1/T1/H3, waarin de

Afdeling bestuursrechtspraak een principiële uitspraak doet omtrent de verbindendheid van artikel 87 Wet op de inlichtingendiensten in relatie tot artikel 6 EVRM; en

- uitspraak van 2 november 2011, nr. 201100211/1, over de rechtmatigheid van de zogenoemde ‘Vogelaarheffing’.

4.1.4 Differentiatie

In zijn bijdrage aan ‘De Raad van State in perspectief’ schrijft Hammerstein dat de rol van gewone rechter met rechtsbescherming als primaire opdracht, in de huidige tijd lastig te combineren lijkt met die van hoogste rechter die de rechts-eenheid moet bewaken en de rechtsontwikkeling moet bevorderen.⁶⁶ De praktijk van de Afdeling bestuursrechtspraak is een andere. Zij is geen cassatierechter en combineert de rechtsvormende taak met haar hoedanigheid van feitenrechter, soms zelfs in de eerste aanleg. Dat betekent echter niet, zoals hiervoor aangegeven, dat de Afdeling bestuursrechtspraak niet aan rechtsvorming doet. Het betekent wel dat, zoals De Poorter en De Graaf in hun in september 2011 verschenen studie ‘Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst’ aangeven, blijvend moet worden nagedacht over de vraag hoe deze doelstelling kan worden ingebed in het primair op geschillenbeslechting gerichte proces-model.⁶⁷ Dat vraagt, zo zijn Hammerstein, De Poorter en De Graaf het met elkaar eens, om differentiatie. Dat wil zeggen het in een vroeg stadium onderscheiden van gewone zaken en principiële zaken, opdat aan die laatste categorie de vereiste aandacht kan worden besteed. Op het punt van die vroegtijdige selectie van zaken zal de Afdeling bestuursrechtspraak in de komende periode, nog meer dan nu het geval is, moeten inzetten. Dat is ook de inzet van het programma Maatwerk waarover in paragraaf 4.2.3 meer. Dit vergt evenwel een inspanning van zowel de leden van de Afdeling bestuursrechtspraak als van de juristen van de directie. De hiervoor genoemde zaken zijn voorbeelden van gevallen die breed binnen de Afdeling bestuursrechtspraak zijn besproken en waarbij bewust aan rechtsvorming is gedaan.

4.1.5 Het nemen van een conclusie

In de wijze waarop de zaken met een rechtsvormend element worden behandeld, is een belangrijke verandering voorzien. De Wet aanpassing bestuursprocesrecht, die wellicht in 2012 in werking zal treden, voorziet in de mogelijkheid om ook

⁶⁶ A. Hammerstein, ‘De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer’ in ‘De Raad van State in perspectief’, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, blz. 325-342.

⁶⁷ J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf, ‘Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst’, Den Haag: Raad van State 2011.

in bestuursrechtelijke zaken een conclusie te doen nemen en de zaak te laten behandelen door de grote kamer bestaande uit vijf staatsraden. De Wet aanpassing bestuursprocesrecht bevat een nieuw artikel 8:12a Awb dat de mogelijkheid biedt dat de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak in zaken die bij de Afdeling in behandeling zijn bij een meervoudige of grote kamer, een lid van de Afdeling bestuursrechtspraak kan verzoeken een conclusie te nemen. Met de mogelijkheid in zaken voor de Afdeling bestuursrechtspraak een conclusie te doen nemen, krijgt haar rechtsvormende taak een impuls. Bij de uitoefening van haar rechtsvormende functie is de Afdeling bestuursrechtspraak, maar dat geldt voor iedere rechter, in een bepaald opzicht zeer beperkt: zij is in beginsel gebonden aan de grenzen van het geschil zoals die door partijen zijn getrokken. De uitspraak van de rechter houdt noodgedwongen op bij de bespreking van de gronden die partijen aanvoeren. Die beperking geldt echter niet bij het nemen van een conclusie. De conclusie, en in het bijzonder de vergelijking tussen conclusie en uitspraak, draagt bij aan een duidelijker inzicht in de bedoeling en de draagwijdte van de uitspraak. Op die manier kan een openbare conclusie een belangrijke bijdrage leveren aan het juridische, wetenschappelijke en maatschappelijke debat. Daarbij gaat het niet alleen om het debat buiten de rechtszaal, maar ook daarbinnen: de conclusie verscherpt, zo mag worden verwacht, het debat in de raadkamer. Zaken waarin een conclusie wordt genomen, zullen door de Afdeling bestuursrechtspraak soms worden behandeld door een grote kamer. De voordelen van een grote kamer zijn evident. Van een grote bezetting gaat niet alleen een signaal uit naar de buitenwereld dat er iets bijzonders aan de hand is, zij dwingt ook tot een breder debat en biedt meer kans op tegenspraak.⁶⁸ Daarenboven biedt de grote kamer ook een uitstekende mogelijkheid om zaken met een college-overstijgende betekenis, in gemengde samenstelling af te doen.

4.1.6 Commissie Rechtseenheid

Rechtsvorming op de terreinen waarop de Afdeling rechtspreekt, is voor een belangrijk deel een gezamenlijke verantwoordelijkheid van verschillende hoogste bestuursrechters. Vorig jaar werd reeds melding gemaakt van het ontstaan van een gezamenlijke Commissie Rechtseenheid, bestaande uit raadsheren van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en van de Hoge Raad (HR) en leden van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). Deze commissie is begonnen met inventariseren op welke punten er nog onvoldoende sprake is van rechtseenheid en heeft op deze punten aanbevelingen gedaan om de rechtspraak op één lijn te brengen.

⁶⁸ A. Hammerstein, 'De Afdeling bestuursrechtspraak als rechtsvormer' in 'De Raad van State in perspectief', Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, blz. 331.

Ook rekent de commissie het tot haar taak om nieuwe verschillen te voorkomen, door naar aanleiding van nieuwe wetgeving die meerdere colleges raakt, reeds op hoofdlijnen nieuwe rechtsvragen te bespreken. De aanbevelingen van de commissie zijn in de afgelopen periode duidelijk zichtbaar in de rechtspraak tot uitdrukking gebracht. Deze uitspraken – niet zelden gedaan in een gemengde samenstelling – hebben tot doel op een voor de rechtspraak herkenbare wijze de rechtseenheid te bevorderen.

Als voorbeelden kunnen de volgende uitspraken worden genoemd, over:

- de indringendheid van de toetsing van bestuurlijke punitieve sancties (CRvB 27 mei 2010, LJN: BM5914; ABRvS 21 juli 2010, nr. 201001016/1/H3 en ABRvS 4 augustus 2010, nr. 201002067/1/V6);
- de vraag of een hogere rechter de bij hem spelende ontvankelijkheidsvraag ambtshalve dient te beoordelen (HR 13 mei 2011, LJN: BQ4291);
- de vraag of herziening kan worden gevraagd van een uitspraak op een eerder verzoek om herziening (ABRvS 23 februari 2011, nr. 201011744/1/M1);
- de vraag of er een grond bestaat voor toekenning van immateriële schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn in belastinggeschillen, niet zijnde geschillen over de oplegging van een punitieve sanctie (HR 10 juni 2011, LJN: BO5087);
- de vraag of een bevoegdheidsgebrek kan worden gepasseerd via artikel 6:22 Awb en zo niet of het wel kan worden hersteld bij besluit op bezwaar (HR 24 december 2010, LJN: BO0396);
- het bewijs van niet aangetekende verzending van een besluit (ABRvS 10 mei 2011, nr. 201010777/1/V1);
- het bewijs van aangetekende verzending van een besluit (ABRvS 17 augustus 2011, nr. 201012848/1/H3);
- het risico van het niet ophalen van een aangetekend verzonden besluit of uitspraak (ABRvS 11 augustus 2011, nr. 201007875/2/H2);
- de bewijslast van terpostbezorging of afgifte van een zienswijze, bezwaar- of beroepsschrift (ABRvS 22 juni 2011, nr. 201101448/2/R1; CRvB 27 januari 2010, LJN: BL3971 en HR 3 december 2010, LJN: BO5992);
- de vraag of het poststempel als bewijsrechtelijke uitgangspunt geldt voor de datum van terpostbezorging (HR 28 januari 2011, LJN: BP2138);
- de vraag wanneer tijdige terpostbezorging wordt aangenomen (ABRvS 17 augustus 2011, nr. 201011168/1/H2); en
- de vraag of het ontbreken van een rechtsmiddelenclausule leidt tot verschoonbaarheid van termijnoverschrijding (CRvB 23 juni 2011, LJN: BR0151 en ABRvS 21 september 2011, nr. 201010355/1/H2).

4.1.7 Grote kamer

De harmonieuze wijze waarop binnen de Commissie Rechtseenheid wordt samengewerkt en de wijze waarop die samenwerking haar neerslag heeft gevonden in de rechtspraak van de diverse hoogste bestuursrechters, laat zien dat de kwestie van de rechtseenheid in het bestuursrecht de afgelopen jaren een beperkt probleem is gebleken, waarvoor een oplossing is gevonden zonder ingrijpende en kostbare institutionele hervormingen. In dat verband is ook van belang dat de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, die vermoedelijk op 1 juli 2012 in werking treedt, voorziet in de eerder genoemde mogelijkheid voor de Afdeling bestuursrechtspraak, de CRvB en het CBb om in voorkomende gevallen een meervoudige kamer met vijf leden samen te stellen. Hiermee kan binnen de bestaande institutionele voorzieningen reeds een rechtseenheidvoorziening worden gecreëerd, door in zaken waarin de voorliggende rechtsvraag college-overstijgende aspecten vertoont, de grote kamer mede samen te stellen uit de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak en de presidenten van de CRvB en het CBb die als staatsraden in buitengewone dienst respectievelijk raadsheren-plaatsvervangers aan elkaars colleges zijn verbonden.

4.2 Effectieve geschillenbeslechting door de Afdeling bestuursrechtspraak

De huidige samenleving stelt hoge eisen aan bestuursrechtspraak en daarmee aan de inrichting van het bestuursprocesrecht. Dat moet niet alleen een kwalitatief hoogstaande en zorgvuldige, met de nodige waarborgen omklede rechtsgang garanderen, maar ook in staat zijn om op andere wijze het goed functioneren van de samenleving te faciliteren en wel door een snelle en finale geschillenbeslechting.⁶⁹

4.2.1 Instrumenten voor finale geschillenbeslechting

In de voorgaande jaarverslagen is reeds melding gemaakt van het belang van finale geschillenbeslechting. De Afdeling bestuursrechtspraak geeft zich in haar werkzaamheden rekenschap van dit belang. Verschillende instrumenten staan haar daarbij ter beschikking. Al wat langer beschikte de bestuursrechter over de mogelijkheid om bij een gegrond beroep de rechtsgevolgen van het vernietigde deel van het besluit in stand te laten, of om zelf in de zaak te voorzien.

⁶⁹ Zie hierover ook: B.J. van Ettekoven, 'Effectieve rechtsbescherming door de bestuursrechter. Afdeling bestuursrechtspraak: Op weg van goed naar beter' in 'De Raad van State in perspectief', Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011, blz. 293-323.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft sinds 2008 in een reeks van uitspraken aangegeven dat, anders dan tot dan toe, van die mogelijkheid ook gebruik kan worden gemaakt in andere gevallen dan die waarin rehtens maar één juist besluit mogelijk is.⁷⁰ Deze rechtspraak geeft uitdrukking aan een verschuiving waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak met het oog op finale geschillenbeslechting eerder bereid is haar oordeel in de plaats te stellen van dat van het bestuur en waarbij zij die ruimte ook nadrukkelijk aan de eerste lijn laat. Dit vergt het vinden van een goede balans tussen respect voor beleidsvrijheid van het bestuur en de behoefte aan definitieve beslechting van een geschil. Bij het zelf in de zaak voorzien, spelen daarom verschillende factoren een rol. Zo is de aard van de betrokken bestuursbevoegdheid van belang. Bij schadevergoedingskwesties en boetezaken ligt het eerder voor de hand dat de rechter zelf in de zaak voorziet. Ook de aard van de bevoegdheid kan verklaren waarom het zelf voorzien minder problematisch is. Zo ligt het bijvoorbeeld eerder voor de hand om zelf te voorzien in de vraag op welke termijn gehandhaafd moet worden als aan de hand van het bestaande handhavingsbeleid al vaststaat dat er gehandhaafd moet worden, dan dat zelf wordt voorzien bij de toepassing van de Wob-criteria.⁷¹ Ook de duur van de procedure kan een rol spelen. Wanneer overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 EVRM dreigt, zal de rechter eerder geneigd zijn zelf te voorzien.⁷² De betrokkenheid van belangen van derden kan ook een factor zijn die een rol speelt, evenals de opstelling van partijen. In gevallen waarin de rechter niet in staat is zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het bestuur, kan hij besluiten toepassing te geven aan de bestuurlijke lus. Zoals uit het jurisprudentieoverzicht in het digitale jaarverslag blijkt, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ook in dit verslagjaar in een aanzienlijk aantal zaken de bestuurlijke lus toegepast.

4.2.2 Dominantie van het besluitbegrip

Hoezeer de rechter het ook tot zijn taak is gaan rekenen het geschil waar mogelijk finaal te beslechten, zijn er grenzen. De systematiek van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt in hoge mate beheerst door het besluitmodel. De toegang tot de bestuursrechter is gekoppeld aan het besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb en dat werkt door in het object van toetsing. De rechter toetst het besluit dat aan hem is voorgelegd op rechtmatigheid, gemeten naar het moment waarop het is genomen. Bij bevonden onrechtmatigheid zal hij het besluit vernietigen. In hun eerder genoemde studie constateren De Poorter en

⁷⁰ De eerste uitspraak waarin dit werd beslist: 26 maart 2008, nr. 200705490/1.

⁷¹ Zie in dit verband ook J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', NTB 2011/2.

⁷² Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 20 februari 2008, nr. 200705605/1, AB 2009, 200.

De Graaf dat de verantwoordelijkheid van de bestuursrechter voor een effectieve, finale geschillenbeslechting in het bestuursrecht haar grens vindt in de aan de huidige systematiek inherente dominantie van het besluitbegrip als toegangsvereiste voor en als object van beoordeling van de bestuursrechtelijke procedure. Zij stellen de vraag of er in het bestuursprocesrecht niet de behoefte zou bestaan aan een ruimere rechtsingang dan alleen voor geschillen over een besluit en of de bestuursrechter met het oog daarop niet behoefte heeft aan meer uitspraakbevoegdheden dan de klassieke vernietiging. Het is echter aan de wetgever om dit type vragen ter hand te nemen.

4.2.3 Programma Maatwerk

Om bestuursrechtspraak effectief en efficiënt te laten zijn, is het van belang dat elke zaak de behandeling krijgt die zij verdient. In de rechtspraak is daartoe in de afgelopen jaren ervaring opgedaan met een nieuwe wijze van zaaksbehandeling. Van Eetkoven spreekt in zijn bijdrage aan de bundel 'De Raad van State in perspectief' van 'zaaksdifferentiatie'. De Afdeling bestuursrechtspraak spreekt over 'maatwerk'.

De Afdeling bestuursrechtspraak behandelt de bij haar ingestelde beroepen en ingediende verzoeken aan de hand van zoveel mogelijk gestandaardiseerde werkprocessen. Daardoor is zij in staat een groot aantal zaken betrekkelijk snel af te doen. In de praktijk blijkt dat de standaardisering ook nadelen heeft. In sommige gevallen blijkt de gestandaardiseerde werkmethode onnodig zwaar, terwijl andere gevallen juist een uitgebreidere, meer op de concrete zaak toegesneden aanpak verdienen, mede gelet op de rechtsvormende taak van de Afdeling. In het kader van het programma Maatwerk wordt door middel van een aantal projecten in de praktijk gezien of het mogelijk is om iedere zaak de aandacht te geven die daarvoor nodig is met het oog op een snelle en efficiënte zaaksafdoening en met behoud of versterking van de kwaliteit van de uitspraken. Er worden in het kader van deze maatwerkprojecten verschillende aanpassingen in de standaardwerkwijze beproefd. De mogelijkheid om geschillen daarbij zo mogelijk finaal te beslechten, krijgt daarbij nadrukkelijk aandacht. Het programma is in 2011 van start gegaan en begint zijn eerste vruchten af te werpen. Een aantal projecten is inmiddels afgerond. Op basis van de evaluaties van de eindrapportages wordt in 2012 besloten of en op welke wijze de gebruikelijke werkwijzen zullen worden aangepast. In het komende jaar zal ook blijken of de overige, nog niet afgeronde, projecten tot verbetervoorstellen zullen leiden.

4.3 Voortvarende werkwijze schept ruimte voor rechtsvorming

De voortvarende afdoening van zaken is een cruciale factor in de rechtsvorming door de Afdeling bestuursrechtspraak. Pas wanneer uitspraken binnen een redelijke termijn volgen op het ingestelde beroep, wordt de lijn in die uitspraken relevant voor de rechtsontwikkeling. Anders dreigt de rechtspraak achter te gaan lopen op maatschappelijke ontwikkelingen. Voortvarende afdoening van zaken heeft daarom niet alleen een praktische, maar ook een rechtsstatelijke component. Snelheid van het proces van besluitvorming, inclusief de afdoening van het beroep tegen het besluit, vormt immers een wezenlijk element van de rechtmatigheid: justice delayed is justice denied. Het bestuursrecht is er voor de samenleving en als ontwikkelingen in die samenleving een meer voortvarend overheidshandelen vergen, dan neemt het belang van een snelle en efficiënte rechtspraak toe. De rechtspraak dient ertoe de grenzen van het recht te bewaken in dat proces van rechtsvorming, maar tegelijkertijd ook ruimte te scheppen voor dat proces door een voortvarende werkwijze.

Dat is de achtergrond van de ambitie van de Afdeling bestuursrechtspraak om de (nog steeds) groeiende zaakslast op voortvarende en kosteneffectieve wijze af te doen. In 2011 is dat in overgrote mate gelukt. In het bijzonder met het oog op nieuwe wetgeving, heeft de beheersing van de totale doorlooptijd van zaken de voortdurende aandacht. Met behoud van kwaliteit van haar uitspraken, richt de Afdeling bestuursrechtspraak haar procedures zo efficiënt mogelijk in, zodat – het wordt hier herhaald – de rechtspraak in staat is de grenzen van het recht te bewaken in het proces van rechtsvorming.

De bundeling van de bijzondere kennis en ervaring van de Afdeling bestuursrechtspraak op het terrein van onder meer het algemeen bestuursrecht, het omgevingsrecht en het vreemdelingenrecht, stelt haar in staat om zeer ingewikkelde en zeer omvangrijke zaken op die terreinen op een doeltreffende, snelle wijze af te doen. Daarbij staan de Afdeling bestuursrechtspraak verschillende instrumenten ten dienste, waaronder de mogelijkheid die in artikel 91, tweede lid, Vreemdelingenwet 2000 is gegeven. De Afdeling bestuursrechtspraak kan zich bij de vermelding van de gronden beperken tot het oordeel dat een aangevoerde grief niet tot vernietiging kan leiden en dat het aangevoerde aldus evenmin rechtsvragen opwerpt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven. Dit is een instrument dat uitdrukking geeft aan de specifieke taken die de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste rechter op het terrein van het vreemdelingenrecht heeft te

vervullen en waarvan we ook voor het algemeen hoger beroep zouden kunnen leren. Daarmee beantwoordt de Afdeling bestuursrechtspraak aan de politieke en maatschappelijke behoefte aan een effectieve en efficiënte organisatie van het rechterlijk werkproces.

Ondanks een in de afgelopen twee jaar sterk gestegen instroom van nieuwe zaken kan de Afdeling bestuursrechtspraak, met behoud van de kwaliteit van haar uitspraken, ook in vergelijking met andere rechtscolleges, blijven bogen op bevredigende resultaten in termen van doorloopsnelheid en beperking van de werkvoorraden. In het verslagjaar heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ruim 14.500 uitspraken gedaan. Dit is ruim 1.100 meer dan in 2010. Desondanks kon de toegenomen instroom niet geheel in 2011 worden afgedaan.

Feit is dat de voortgang in een zaak niet alleen door de Afdeling bestuursrechtspraak, maar ook door partijen wordt bepaald. De procesgang kan onderscheiden worden in het deel voor en het deel na de zitting. Na de behandeling van een zaak ter zitting is de afdoening daarvan in hoge mate afhankelijk van de Afdeling bestuursrechtspraak. Tot de behandeling ter zitting wordt de procesgang mede bepaald door het procesrecht en het tempo van partijen zelf. Het bestuursprocesrecht houdt immers in dat de (inhoudelijke) behandeling van een zaak enkele keren voor enige tijd wordt opgeschort, in afwachting van een door een partij noodzakelijk te zetten processtap. Al direct bij het begin van de behandeling van een zaak treedt een dergelijke periode in, als het griffierecht moet worden voldaan. Ook de wettelijke termijn van vier weken die verweerder wordt gegund voor het uitbrengen van een verweerschrift stokt tijdelijk de (inhoudelijke) behandeling van de zaak. Voorts leiden ook het inwinnen van externe adviezen bij de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak en het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in Luxemburg tot vertraging in de afdoening.

Voor zover het gaat om het gedeelte na de zitting, is in het afgelopen jaar 50% van de uitspraken binnen zes weken na de zitting openbaar gemaakt. 37% van de uitspraken is tussen de zes en twaalf weken na de zitting openbaar gemaakt. In 2011 is derhalve in 87% van de zaken uitspraak gedaan binnen twaalf weken na de zitting. Daarbij speelt dat om aan de behoefte aan finale beslechting te voldoen, er in het verslagjaar in meer zaken dan voorheen het onderzoek na zitting is heropend met toepassing van artikel 8:68 Awb. Ook is vaker de zogenoemde ‘bestuurlijke lus’ toegepast. Dit leidt weliswaar tot een langere doorlooptijd bij de afdoening van het beroep, maar vergeleken met de tijd die gemoeid zou zijn

met vernietiging en het nemen van een nieuw besluit – welk besluit wederom beroepbaar zou zijn – is de behandelingsduur aanzienlijk korter.

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert voor zaken die ter zitting worden behandeld maximale doorlooptijden. In de Algemene kamer, dat wil zeggen alle zaken behalve vreemdelingenzaken en zaken op het gebied van de ruimtelijke ordening, geldt een maximale doorlooptijd van 40 weken. In ruimtelijke-orderingszaken, waarbij vaak gecompliceerde zaken met veel partijen aan de orde zijn, bedraagt de maximale doorlooptijd 52 weken. Dit is anders wanneer de Crisis- en herstelwet van toepassing is., Dan bedraagt de maximale doorlooptijd 26 weken na het verstrijken van de beroepstermijn. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft die Crisis- en herstelwetzaken, waar in de regel veel partijen bij betrokken zijn, vaak binnen deze termijn kunnen afdoen. In die gevallen waarin als gevolg van het grote aantal partijen de termijn van 26 weken niet is gehaald, is wel de uiterste termijn van 52 weken gehaald. De maximale doorlooptijd in de Vreemdelingenkamer bedraagt 23 weken.

De gemiddelde doorlooptijden komen in alle kamers lager uit. Daarbij zijn dan alle hoofdzaken in aanmerking genomen, zowel de zaken die met als de zaken die zonder zitting zijn afgedaan. Voor de Ruimtelijke-orderingskamer bedraagt de gemiddelde doorlooptijd 41 weken, voor de Algemene kamer bedraagt deze 27 weken en voor de Vreemdelingenkamer 137 dagen.⁷³

⁷³ In het digitale jaarverslag staat een uitgebreid overzicht van de aantallen zaken die de Afdeling bestuursrechtspraak in 2011 heeft ontvangen en heeft afgedaan: <http://jaarverslag.raadvanstate.nl>

