

Vergaderjaar 2006–2007

26 200 VI, nr. 65

Versnelde implementatie van EG- en andere internationale besluiten

21 109

Uitvoering EG-Richtlijnen

B

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 15 mei 2007

Op 8 mei 2007 hebben de commissies voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat¹ en voor Justitie² de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister van Justitie verzocht een aanvullende reactie te geven op de reactie van 24 april 2007³ op het rapport van dr. L. F. M. Besselink c.s. getiteld «De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie»⁴. In het bijzonder verzochten de commissies de ministers nader in te gaan op Hoofdstuk 4 – Constitutionele aspecten van «versnelde implementatie» – van dat rapport.

Hierop hebben de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Justitie op 11 mei 2007 geantwoord. De commissies brengen hierbij verslag uit van het aldus gevoerde overleg.

De griffier van de commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat,
Nieuwenhuizen

¹ Samenstelling:

Leden: Holdijk (SGP), Van Heukelum (VVD), Luitjen (VVD), Pastoor (CDA), Meindertsmä (PvdA), Bemelmans-Videc (CDA) (plv. voorzitter), Dölle (CDA), Platvoet (GL), Witteveen (PvdA) (voorzitter), Hessing (LPF), Ten Hoeve (OSF), Ruers (SP) en Engels (D66). Plv. leden: Van Middelkoop (CU), Hoekzema (VVD), V.d. Broek-Laman Trip (VVD), Pruiksma (CDA), Van Thijn (PvdA), Lemstra (CDA), Vedder-Wubben (CDA), Thissen (GL), Tan (PvdA), Kox (SP) en Schuyer (D66).

² Samenstelling:

Leden: Holdijk (SGP), Wagemakers (CDA), Witteveen (PvdA), De Wolff (GL), Van de Beeten (CDA) (voorzitter), Broekers-Knol (VVD), G.J. de Graaf (VVD), Ruers (SP), Westerveld (PvdA), Engels (D66) en Franken (CDA). Plv. Leden: Schuurman (CU), Pruiksma (CDA), Jurgens (PvdA), Minderman (GL), Dölle (CDA), Rosenthal (VVD), Biermans (VVD), Kox (SP), Tan (PvdA), Schuyer (D66) en Russell (CDA).

³ Opgenomen in het verslag van een schriftelijk overleg, *Kamerstukken I*, 2006–2007, EK 26 200 VI, nr. 65/21 109, A.

⁴ Ter inzage gelegd bij de Afdeling Inhoudelijke Ondersteuning onder griffienummer 128843.

BRIEF AAN DE MINISTERS VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES EN VAN JUSTITIE

Den Haag, 8 mei 2007

De opdracht van de minister aan Besselink c.s. om een rapport uit te brengen (verschenen als «De Nederlandse Grondwet en de EU», mei 2002) was gebaseerd op een met vrijwel algemene stemmen aangenomen verzoek van de Kamer, verwoord in de motie-Jurgens c.s. van 5 december 2000 (26 200 VI, nr. 65, 37b).

Sinds het verschijnen van het rapport heeft de Kamer verschillende malen aangedrongen op het vaststellen van een regeringsstandpunt over het rapport. De ministers Remkes, De Graaff en Pechtold beloofden telkens dat dit binnen een half jaar zou geschieden. Het is thans precies vijf jaar later. Pas naar aanleiding van het debat dat de Kamer zich voorneemt op 15 mei is, op aandringen van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat in een brief d.d. 22 januari jl., door de regering een standpunt bepaald, en wel in uw brief aan de Kamer van 24 april 2007¹.

De commissies Binnenlandse Zaken en Hoge Colleges van Staat en Justitie hadden verwacht dat een dergelijk standpunt zou pogen om in te gaan op het rapport van mei 2002. Met name hoofdstuk 4 van het rapport behandelt precies het onderwerp waarover de Kamer op 15 mei met u in debat wil gaan: de constitutionele toelaatbaarheid van een machtiging van de wetgever aan lagere regelgevers om regels te stellen, ook als deze afwijken van de wet, alsmede om wetsteksten buiten werking te stellen.

De Kamer heeft zich een en andermaal – te beginnen naar aanleiding van het voorgestelde artikel 18.2 Telecomwet 1998, maar daarna nog vele malen naar aanleiding van andere wetsvoorstellen, laatstelijk de Geneesmiddelenwet – op het standpunt gesteld dat de wetgever de bevoegdheid om de formele wet te wijzigen niet kan attribueren aan lagere regelgevers. Zij baseerde zich steeds op het legaliteitsbeginsel en de tekst van artikel 81 Grondwet (Gw).

De Kamer was ook in december 2000 er van overtuigd dat het wenselijk was om EG-richtlijnen en EU-kaderbesluiten snel te implementeren. Zij veroordeelde slechts deze methode. Vandaar de vraag aan de regering om staatsrechtelijk advies in te winnen over dit constitutionele probleem, en over vormen om eventueel deze kwestie in de Grondwet te regelen. De staatsrechtdeskundigen hebben zich terdege van deze opdracht gekweten. Nu eindelijk de regering hierover een standpunt heeft bepaald, verbaast het de commissies dat op geen enkele wijze wordt ingegaan op de argumenten in het rapport. Deze onderbouwen bovendien in overwegende mate het standpunt van de Kamer.

In de jaren sinds 2000 heeft de Kamer meerdere malen met de minister van Justitie van gedachten gewisseld. De vraag aan hem was om, bijvoorbeeld via de Aanwijzingen voor de Regelgeving, met name nr. 34, een halt toe te roepen aan deze praktijk. Minister Donner heeft dit toegezegd, al bleef hij het oneens met de constitutionele redengeving die de Kamer daarvoor aanvoert. Hij achtte de gewraakte methode van regelgeving in eerste instantie niet problematisch, maar kwam daar later op terug.

Als argument om deze methode uiterst terughoudend te gebruiken gebruikt hij de kenbaarheid van de wet. Dit wordt lastig als bij amvb of ministeriële regeling de wet opzij kan worden gezet. De Kamer is nog in afwachting van de gewijzigde tekst van Aanwijzing 34, zoals de minister

¹ Beide brieven zijn opgenomen in het verslag van een schriftelijk overleg, *Kamerstukken I*, 2006–2007, EK 26 200 VI, nr. 65/21 109, A.

die op 14 maart 2006¹ aan de Kamer heeft toegezegd. Voorts heeft de minister van Justitie een advies ingewonnen bij de Universiteit Leiden (Steunenberg/Voermans). Dit advies van 11 juli 2005 vergelijkt de omzettingstechnieken voor richtlijnen in zes staten. Het rapport komt tot de conclusie dat, als de wetgevingsjuristen maar tijdig aan de implementatie van richtlijnen gaan werken, de daarvoor dienende wetgeving tijdig kan worden aangenomen zonder gebruik te maken van de door de senaat gewraakte technieken. De minister van Justitie hield in maart 2006 vol, in het debat over dit rapport, dat deze technieken op zichzelf niet onconstitutioneel zijn.

Daarmee zijn wij terug bij de principiële vraag welke tot de portefeuille van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties behoort, en waarover Besselink c.s. vijf jaar geleden rapporteerden. Die vraag blijft van belang omdat de senaat zich heeft voorgenomen gebruik van deze technieken die – zoals bij de WIA zelfs buiten de implementatie van EU-besluiten wordt toegepast – te blijven blokkeren. De hoop van de Kamer was gericht op een inhoudelijke beoordeling van het rapport Besselink op dit punt.

Dit nu is in de brief van 24 april niet geschied. Nergens gaat de brief in op de 65 pagina's tekst met grondwettelijke analyses en aanbevelingen die het rapport op dit punt bevat. De commissie acht dit niet aanvaardbaar. Een regeringsstandpunt over een rapport dat niet ingaat op de argumenten in dat rapport schiet ernstig tekort. De regering herhaalt op pagina 3 slechts het mantra dat «de vrijheid van de wetgever in formele zin met zich meebrengt dat hij de bevoegdheid heeft om te bepalen dat een lagere regelgever materieel van de wet in formele zin kan afijken». In de retorica heet dit een tautologie: de wetgever is bevoegd omdat hij het zelf zegt. Het gaat er echter om of artikel 81 Gw dit aan de wetgever toestaat. Het rapport beredeneert waarom deze wijze van handelen het legaliteitsbeginsel uitholt, en citeert (pagina 116) zelfs de opvatting van een ambtelijke commissie «dat het primaat van de regering als regelgever in de plaats is gekomen van het primaat van de wetgever». In het rapport Besselink wordt in hoofdstuk 4 in een betoog van vijftien-zestig pagina's nader ingegaan op constitutionele en Europees-rechtelijke bezwaren tegen een dergelijke machtiging. Sinds vijf jaar wacht de Kamer op een reactie van de regering op die bezwaren. Die reactie bleef echter steeds achterwege.

De commissie acht de brief van de regering dan ook onvoldoende als grondslag voor een zinnig debat met de Kamer. Zij verzoekt u deze brief alsnog aan te vullen met een beredeneerd betoog over hetgeen het rapport-Besselink c.s. met name in hoofdstuk 4 terzake aanvoert, zoals onder meer: de uitholling van het legaliteitsbeginsel, het daarmee samenhangende verbod van blanco-delegatie, het actus contrarius beginsel, het verschil tussen «aantoonbare noodzaak» tot het gebruik maken van de gewraakte methode (zoals de regering als criterium voorstaat) en kenmerkende noodwetgeving, alsmede de strikte jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen terzake.

¹ *Handelingen I* 14 maart 2006, EK 21.

De commissie verzoekt u daarom, in het belang van een goede voorbereiding van het debat in de Kamer op 15 mei tevoren schriftelijk – zo mogelijk op 12 mei en in ieder geval op 14 mei 16.00 uur – inhoudelijk in te gaan op de argumenten die in het rapport worden aangevoerd.

De voorzitter van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
prof.dr. W. J. Witteveen

De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie,
mr. R. H. van de Beeten

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Den Haag, 11 mei 2007

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

In hun brief van 8 mei jl. verzoeken de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken en Hoge Colleges van Staat en die van Justitie mij een aanvullende reactie te geven op mijn reactie van 24 april jl. inzake het rapport *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie* van dr. L. F. M. Besselink c.s.¹ dat is uitgebracht naar aanleiding van een motie-Jurgens c.s.² In het bijzonder verzoeken de commissies mij nader in te gaan op hoofdstuk 4 – constitutionele aspecten van «versnelde implementatie» – van het desbetreffende rapport. Ik bericht u hierover, mede namens de minister van Justitie, als volgt.

Delegatie ter implementatie van EG-regelgeving en het rapport-Besselink c.s.

EG-regelgeving vraagt vaak om implementatie ervan in de nationale wetgeving. De plicht tot het nemen van uitvoeringsmaatregelen van bindende besluiten binnen de daartoe vastgestelde termijn, vloeit voort uit het beginsel van gemeenschapstrouw, vastgelegd in artikel 10 EG-Verdrag. Deze conformeringsplicht aan het gemeenschapsrecht heeft aanzienlijke consequenties voor bestaande wetgeving en de bevoegdheid van wetgevers in de lidstaten om nieuw recht te creëren; met gemeenschapsrecht strijdige wetgeving is niet langer toepasbaar en aan de wetgever komt niet de bevoegdheid toe met gemeenschapsrecht onverenigbare wetten op te stellen of, volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie,³ in stand te laten. Voor de Nederlandse wetgever betekent dit dat de bevoegdheid waarover regering en parlement krachtens artikel 81, Grondwet, beschikken, niet meer «onbeperkt» is.⁴

In 1999 bracht het toenmalige kabinet een standpunt uit over «Versnelde implementatie» en daarbij gehanteerde delegatieconstructies, destijds in het bijzonder de tijdelijke buitenwerkingstelling van wettelijke bepalingen onder gelijktijdige vervanging ervan door lagere regels. Het standpunt formuleerde zeven voorwaarden waaronder deze delegatieconstructie kon worden gebruikt.

Het rapport-Besselink c.s. is kritisch over de genoemde delegatieconstructie, alsook over sommige andere constructies, bijvoorbeeld die waarbij in de wet in formele zin algemene delegatie plaatsvindt aan lagere wetgevers om aldus van de wet in formele zin af te wijken. Het rapport stelt vast dat soms zeer ruime delegatie van regelgevende bevoegdheid door de wet aan de regering of de minister op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel, het primaat van de wetgever en het verbod van blanco-delegatie.⁵ Het rapport trekt vergelijkbare conclusies ten aanzien van de delegatieconstructies die strekken tot afwijking of buitenwerkingstelling. Het rapport acht de door het genoemde kabinetstandpunt geïntroduceerde voorwaarden voor toelating van deze voorzieningen in de wet onvoldoende garanties en rechtvaardiging voor de invoering van deze delegatieconstructies. Het rapport stelt daarom als oplossingsoptie onder andere voor om het legaliteitsbeginsel in de Grondwet te codificeren.

Na het verschijnen van het rapport-Besselink uit 2002 – waarin aldus het genoemde kabinetsstandpunt is besproken⁶ – en enkele daarop volgende kamerdebatten is in juli 2004 een grondig herzien kabinetsstandpunt uitgebracht. De uitgangpunten van het eerste kabinetsstandpunt zijn daarin verlaten en het herziene standpunt doet naar het oordeel van het

¹ Dr. L. F. M. Besselink c.s., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing: Groningen, 2002.

² *Kamerstukken I*, 26 200 VI, nr. 65, EK nr. 37b.

³ Vgl. ook *supra* noot 1, p. 103–104.

⁴ Vgl. in deze zin o.a. Boon, Brouwer en Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Kluwer: Deventer, 2005, p. 190–191, en *supra* noot 1, p. 101–103.

⁵ *Supra* noot 1, o.a. p. 113–116, 133–135 en 154–155.

⁶ Zie *supra* noot 1, i.h.b. p. 122–123, waarin het de zeven kabinetsvoorwaarden langs loopt en van commentaar voorziet.

kabinet recht aan de strekking van de motie-Jurgens, namelijk dat de implementatie van EU c.q. EG-regelgeving in een normaal constitutioneel proces zou moeten plaatsvinden.

Dit betekent onder andere dat het primaat van de wetgever bij de implementatie van EG-regelgeving niet moet worden verstaan als het primaat van de regering,¹ en dat deze implementatie geschiedt door middel van de bestaande reguliere wetgevingstechniek. Aldus zal geen gebruik worden gemaakt van bijzondere delegatiebepalingen die afwijking van de wet toestaan² en zullen bij delegatiegrondslagen zo concreet en nauwkeurig mogelijk de onderwerpen worden aangeduid en afgebakend die op gedelegeerd niveau kunnen worden geregeld. Open-einde-delegatie, waarbij wordt verwezen naar de onbepaalde inhoud van toekomstige Europese regelgeving, wordt afgewezen. Ik verwijs u hiervoor naar de brief die u gelijktijdig van mijn collega van Justitie zal ontvangen.

Bestaande reguliere wetgevingstechniek mede ter uitwerking van het constitutionele raamwerk

In verband met de keuze voor de bestaande reguliere wetgevingstechniek ter implementatie van EG-regelgeving is van belang dat met het rapport-Besselink c.s. kan worden onderstreept dat de oplossing voor tijdelijke implementatie niet moet worden gezocht in bijzondere delegatieconstructies, maar veeleer in een eerder begin van het implementatieproces.

Constitutioneel bezien is genoemde keuze van belang, omdat daarmee een spanning wordt weggenomen tussen de bijzondere delegatieconstructies en enkele constitutionele beginselen zoals die mede tot uitdrukking zijn gebracht in artikel 81 Grondwet dat de bevoegdheid tot het vaststellen van wetten in formele zin in handen legt van de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.

In mijn vorige brief ben ik ingegaan op de betekenis van dit artikel 81 waarin legaliteit en het primaat van de wetgever als eisen van rechtsstaat en democratie samenkomen.³ Ik heb daarbij beklemtoond dat artikel 81 uitgaat van een formeel wetsbegrip: de Grondwet normeert de algemene bevoegdheid tot het vaststellen van wetten slechts procedureel, niet inhoudelijk. De grondwetswijziging van 1983 heeft dit zo mogelijk nog duidelijker gemaakt, door de bepaling waarmee het hoofdstuk «Wetgeving» aanvangt, het huidige artikel 81, geheel los te maken van de inhoud van de wet: het artikel spreekt over de «vaststelling» van wetten. «Het lijkt dan ook niet geraden te zeggen, dat het vaststellen van de wetten slechts een vorm van overheidsoptreden is, naast andere even legitieme vormen en dat de wet zich alleen formeel onderscheidt van allerlei andere voorschriften, die materieel evenzeer als wetgeving moet worden beschouwd. De betekenis van de wet in dezen is, dat zij als het door de regering en Staten-Generaal tezamen genomen besluit ook juridisch een hogere regeling is.»⁴ De aanscherping van de strekking van het (oude) artikel 119 Grondwet in het artikel zoals dat bij de grondwetsherziening van 1983 is komen te luiden, brengt met zich dat artikel 81 Grondwet thans geheel in het midden laat wat de inhoud ervan moet zijn.⁵

Het formele wetsbegrip sluit daarom ook wel nauwer aan bij het vertegenwoordigingsbeginsel dan bij het legaliteitsbeginsel, waarmee het materiële wetsbegrip meer verbonden is.⁶ Op dit punt houdt het legaliteitsbeginsel dan ook vooral in dat de overheid als wetgever uitsluitend tot optreden bevoegd is als ze een uitdrukkelijke wettelijke regeling kan aanwijzen die haar deze bevoegdheid verleent (negatieve *Vorbehalt des Gesetzes*).⁷ Elk overheidsoptreden dat eenzijdig verplichtingen aan

¹ *Versnelde implementatie van EG- en andere internationale besluiten*, Advies ICER, 1999, waarop het rapport-Besselink c.s. kritiek uit, supra noot 1, p. 116.

² Tenzij, in hoge uitzondering, in geval van noodwetgeving of bij wijze van experiment.

³ Vgl. o.v.a. supra noot 1, p. 101, en: Van der Pot/Elzinga/De Lange, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, vijftiende druk, Kluwer: Deventer, 2006, p. 651.

⁴ *Kamerstukken II, 1977–1978, 15 047 (R 1099)*, nr. 3, p. 10–11, Algehele Grondwetsherziening deel Va Wetgeving en bestuur, p. 10–11.

⁵ Vgl. supra noot 9 Van der Pot/Elzinga/De Lange, p. 658.

⁶ Vgl. supra noot 4, p. 6.

⁷ Vgl. Eijlander/Voermans, *Wetgevingsleer*, Boom: Den Haag 2000, p. 37–39.

burgers oplegt, moet berusten op een wettelijke grondslag, dat wil zeggen op een algemene voor herhaalde toepassing vastbare regel die op basis van geattribueerde *dan wel* gedelegeerde bevoegdheid tot wetgeving is vastgesteld.¹

De vrijheid van de wetgever in formele zin neemt uiteraard niet weg dat andere inhoudelijke constitutionele vereisten gewoon van kracht blijven. Zo geeft de Grondwet diverse opdrachten aan de wetgever in formele zin om bepaalde onderwerpen bij wet in formele zin te regelen, zoals artikel 116, eerste lid, Grondwet dat bepaalt dat de wet de gerechten aanwijst die behoren tot de rechterlijke macht. Daarnaast mag een wet in formele zin niet strijdig zijn met hoger recht; te denken valt aan een wet die een beperking inhoudt van grondrechten, terwijl de Grondwet niet voorziet in die beperking (bv. artikel 5 Grondwet, het recht van petitie). Voorts vindt wetgeving geen toepassing onder de omstandigheden als vermeld in artikel 94 Grondwet.

Genoemde vrijheid van de wetgever in formele zin neemt evenmin weg dat de invulling ervan buiten voornoemde gevallen, in bepaalde gevallen in mindere mate recht kan doen aan de ratio van artikel 81 Grondwet en de daarin tot uitdrukking gebrachte constitutionele beginselen van legaliteit en het primaat van de wetgever. Hiervan kan naar het oordeel van het kabinet bijvoorbeeld sprake zijn in het geval van afwijking van hogere regelgeving door lagere regelgeving. Dit is echter naar het oordeel van het kabinet te rechtvaardigen ingeval van experimenteerbepalingen of noodwetgeving.

De vrijheid van de wetgever in formele zin bereikt evenwel wel weer zijn grens bij blanco-delegatie. Dergelijke delegatie rekt de betekenis van het formeel wetsbegrip van artikel 81 Grondwet op tot een onaanvaardbaar niveau; feitelijk komt blanco-delegatie immers neer op attributie van een regelgevende bevoegdheid, zoals ook het rapport-Besselink verwoordt. De vergaande vrijheid van de wetgever in formele zin die volgt uit het formeel wetsbegrip moet zo gezien geacht worden betrekking te hebben op de bepaling van de inhoud of materiële norm en niet op de vrijheid om deze bepaling over te laten aan een lagere wetgever; in kamerdebatten ook wel aan de orde gesteld als het leerstuk *Kompetenz-Kompetenz*. De wetgever in formele zin zou zichzelf aldus buiten spel zetten en de materiële betekenis van het formeel wetsbegrip zinledig maken.

Dat de vrijheid tot het vaststellen van de wet betrekking heeft op de materiële normstelling blijkt indirect ook uit de parlementaire geschiedenis bij de grondwethervorming van 1983 en de staatsrechtliteratuur terzake.² Daarin is de discussie over de invulling van deze vrijheid namelijk vooral geplaatst in de context van de vraag of de wetgever in formele zin op zich zelf bevoegd is ook in individuele gevallen bij wet te beslissen. Daarnaast is hiervoor al gesignaleerd dat het formeel wetsbegrip zo gezien weliswaar niet uitsluitend, maar wel meer betrekking heeft op het vertegenwoordigingsbeginsel dan op het legaliteitsbeginsel.

De mogelijkheid tot afwijking of wijziging van hogere door lagere wetgeving betekent niet in zich zelf reeds de mogelijkheid van blanco-delegatie, anders dan de opvatting waarnaar het rapport-Besselink op dit punt tendeert. Wel kunnen rechtszekerheid, kenbaarheid en inzichtelijkheid van regelgeving, eveneens eisen van de rechtsstaat, een belangrijke rol spelen bij de onwenselijkheid van deze constructies van afwijking en wijziging van hogere door lagere regelgeving.

¹ Vgl. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, W. E. J. Tjeenk Willink: Deventer, 2000, p. 398.

² Zie o.v.a. supra noot 9 Van der Pot/Elzinga/De Lange, p. 658–659; supra noot 4, p. 86–88.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
Mw. dr. G. ter Horst

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Den Haag, 11 mei 2007

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Op 14 maart 2006 werd in de Eerste Kamer der Staten-Generaal gedebatteerd naar aanleiding van een brief van mijn ambtsvoorganger inzake versnelde implementatie van EU-richtlijnen. Het betreft de brief ter aanbieding van het onderzoeksrapport «*De omzetting van Europese richtlijnen: Instrumenten, technieken en processen in zes lidstaten vergeleken*» van de Leidse hoogleraren Voermans en Steunenberg (Kamerstukken II 2005/06, 21 109, nr. 159). Tijdens dit debat heeft de heer Jurgens c.s. een motie ingediend (Kamerstukken I 2005/06, 21 109, nr. A), die op 21 maart 2006 door de Eerste Kamer met algemene stemmen werd aanvaard.¹

In de motie wordt de minister van Justitie gevraagd te bevorderen dat op korte termijn in de Aanwijzingen voor de regelgeving een duidelijke formulering wordt opgenomen dat een delegatie van wetgevende bevoegdheid bij wet aan een lagere regelgever, welke die lagere regelgever machtigt om af te wijken van de wet in formele zin, niet is toegelaten.

In de gedachtewisseling over de motie heeft mijn ambtsvoorganger toegezegd te onderzoeken waar de wet in formele zin het mogelijk maakt of zelfs ertoe verplicht om bij lagere regelgeving van formeelwettelijke bepalingen af te wijken.²

De minister van Justitie heeft aangegeven dat daarbij bepalingen tot wijziging van tarieven en bedragen en de wetgeving die te maken heeft met implementatie van EU-regelgeving, buiten beschouwing zouden blijven.³

Met deze brief licht ik u in over de wijze waarop deze motie en toezegging zijn uitgevoerd.

Aanpassing van de Aanwijzingen voor de regelgeving

Bij de komende wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving zal de aanwijzing die op deze materie betrekking heeft, Ar 34, worden aangescherpt, waarbij tevens een duidelijker onderscheid tussen het wijzigen en afwijken van hogere regelgeving door een lagere regelgever wordt gemaakt. Een en ander krijgt vorm in een nieuwe Ar 33a, die afwijken in principe⁴ verbiedt.

Een expliciete uitzondering geldt alleen voor noodsituaties en voor experimenteerbepalingen (zie Ar 10a en 10b). Ook met betrekking tot implementatieregelgeving blijft het uitgangspunt – in lijn met het eerder daarover uitgebrachte kabinetsstandpunt⁵ – dat delegatie met afwijkingsbevoegdheid niet is toegestaan (zie Ar 339).

Bij het wijzigen van regelingen door regelingen van een lagere orde blijft dezelfde terughoudende lijn gelden als reeds was verwoord in Ar 34. Het voornemen is om de uitzonderingen voor tarieven en bedragen die in de huidige Ar 34 alleen in de toelichting werden vermeld, in de tekst van de aanwijzing zelf op te nemen. In bijlage I treft u een concept aan van de voorgenomen wijzigingen in de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Onderzoek naar delegatiebepalingen met afwijkingsmogelijkheid

Onderzocht is welke formeelwettelijke bepalingen het mogelijk maken of ertoe verplichten om bij lagere regelgeving van wetten in formele zin af te wijken.

Om het onderzoek beheersbaar te houden is de onderzoeksvraag zodanig

¹ Handelingen I 2005/06, p. 1034.

² Handelingen I 2005/06, p. 981–982.

³ Handelingen I 2005/06, p. 1003.

⁴ Enige ruimte kan worden gevonden in Ar 5, die afwijking van de aanwijzingen toestaat indien onverkorte toepassing daarvan niet tot aanvaardbare resultaten zou leiden.

⁵ Kamerstukken I 2005/05, 29 200 VI, F (2e herdruk).

geïnterpreteerd dat «lagere regeling» beperkt is tot algemene maatregelen van bestuur of ministeriële regelingen. Onder afwijken wordt verstaan dat de lagere regelgeving bepalingen bevat die niet slechts uitwerking of invulling van formeelwettelijke bepalingen inhouden, maar daarmee als het ware «strijdig» zijn.¹ Feitelijk bestaan dan op twee niveaus van regelgeving verschillende bepalingen omtrent hetzelfde onderwerp.

De onderzoeksvraag luidt daarmee feitelijk als volgt: *welke formeelwettelijke bepalingen maken het mogelijk of verplichten ertoe om bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling van wetten in formele zin af te wijken?*

Samenvatting van de onderzoeksresultaten

Het onderzoek is uitgevoerd naar de stand van de wetgeving op 1 oktober 2006. De vooraf aangebrachte beperking in het onderzoek met betrekking tot wijzigingen van tarieven en bedragen is zo geïnterpreteerd dat waar het om de wijziging van «getallen» gaat, de desbetreffende bepalingen niet in aanmerking zijn genomen. Ook wijzigingen van percentages, termijnen, data, tijdstippen, etc. zijn wegens hun in het algemeen technische karakter buiten beschouwing gelaten. In bijlage 2 bij deze brief² treft u een volledig overzicht van de geïnventariseerde delegatiebepalingen per ministerie aan. De bepalingen kunnen globaal in een aantal categorieën worden onderverdeeld. Hieronder worden deze categorieën kort beschreven.

a. Bepalingen met betrekking tot noodsituaties

Er zijn verschillende situaties die noodwetgeving nodig maken, bijvoorbeeld bij rampen, oorlogsdreiging of andere bedreigingen van de veiligheid. Het kader voor noodmaatregelen moet uitdrukkelijk in de wet worden opgenomen, waarbij ruime bevoegdheden aan lagere regelgevers of bestuur worden toegekend.

b. Experimenteerbepalingen

Namens het kabinet heeft de Minister van Justitie de Tweede Kamer bij brief op 4 augustus 2000 het eindrapport «Het proberen waard» inzake experimenteerbepalingen aangeboden.³ Dit rapport heeft zijn uitwerking gekregen in de Aanwijzingen voor de regelgeving (10A en 10B). Deze staan een tijdelijke afwijking van de geldende regels onder voorwaarden (bv. omtrent tijdelijkheid, evaluatie) toe.

c. Bepalingen omtrent de in- of uitvoering

Dergelijke bepalingen komen zowel in wijzigings- en invoeringswetten voor – vaak met een tijdelijk karakter – als in nieuwe wetgeving. Om snel te kunnen reageren op ontwikkelingen in de uitvoeringspraktijk of om ten tijde van wetsbehandeling nog niet geheel duidelijke uitvoeringsaspecten alsnog te kunnen invullen, wordt vaak de mogelijkheid geschapen om bij amvb of ministeriële regeling «nadere en zo nodig afwijkende» regels te stellen omtrent de uitvoering.

Met name in de belastingwetgeving komt de variant voor dat bij ministeriële regeling regels gesteld kunnen worden voor een goede *invoering* van de wet. Daarmee wordt voorzien in het kunnen aanpassen of invullen van verwijzingen of het anderszins in overeenstemming brengen van elementen in de wetgeving die vanwege snelheid of complexiteit ten tijde van totstandkoming van de wetgeving niet adequaat geregeld konden worden.

¹ Daarmee blijft de figuur buiten beschouwing die mogelijk maakt dat formeelwettelijke bepalingen buiten werking worden gesteld en in de plaats daarvan bij amvb of ministeriële regeling regels worden gesteld.

² Ter inzage gelegd bij de Afdeling Inhoudelijke Ondersteuning onder griffinummer 134929.02.

³ Zie Parlanto, niet-dossierstukken, nr. Just000551 (bijlage niet elektronisch beschikbaar).

d. Bepalingen om onwenselijke of onvoorziene gevolgen te mitigeren
In deze categorie gaat het om het kunnen regelen van gevallen waarin de wet onverhoopt niet of onvoldoende voorziet, waarin de toepassing van de wet tot onredelijke resultaten zou leiden, of de toepassing ervan onevenredig belastend zou zijn in verhouding tot het ermee beoogde doel. Deze categorie zou kunnen worden gekenschetst als een soort algemene hardheidsclausule. Het wetgevingsbeleid gaat er overigens van uit dat hardheidsclausules beperkt blijven tot afwijking in individuele gevallen (zie ook Ar 131 tot en met 131c).

e. Ambtenarenrechtelijke bepalingen

Deze categorie treft men met name aan in regelgeving omtrent zelfstandige bestuursorganen (zbo's). Ten algemene wordt dan ten aanzien van de rechtspositie van het personeel van zo'n zbo bepaald dat deze in overeenstemming is met de regels die gelden voor ambtenaren die zijn aangesteld bij ministeries, doch dat daarvan bij algemene maatregel van bestuur kan worden afgeweken.

f. Overige bepalingen

Deze restcategorie betreft voornamelijk situaties waarin aan de Kroon of minister het stellen van afwijkende regels is gelaten zonder dat deze bevoegdheid is ingekaderd of deze evident aan een van bovenstaande aanleidingen is gekoppeld. In dergelijke gevallen wordt veelal zonder nadere clausulering afwijking van de wettelijke regels mogelijk gemaakt.

Conclusies en vervolg

Op grond van het onderzoek kan worden geconcludeerd dat de wetgever een duidelijke behoefte heeft aan flexibiliteit, wellicht niet steeds ingegeven door de wetenschap dat afwijking daadwerkelijk nodig zal zijn, maar ook door de wens om op ten tijde van totstandkoming van de wet nog niet voorziene en op anderszins onverwachte situaties te kunnen inspelen.

Zoals ook door mijn ambtsvoorganger naar voren is gebracht in het debat op 14 maart 2006 in de Eerste Kamer der Staten-Generaal, heeft de wetgever zelf steeds de delegatie met afwijkingsmogelijkheid aan een lagere regelgever gelegitimeerd. De wetgever kan de oplossing kiezen die hij nodig en proportioneel acht, gegeven de maatschappelijke behoefte. Desalniettemin mag het primaat van de wetgever niet in het gedrang komen. Het kabinet is dan ook van mening dat terughoudendheid bij het opnemen van delegatiebepalingen met afwijkingsmogelijkheid in nieuwe wetgeving gepast is. De bestaande uitzonderingen voor noodsituaties en experimenten kunnen vanwege hun aard en de bijzondere waarborgen waarmee zij omgeven zijn, worden behouden.

Deze lijn is uitgewerkt in bijgevoegd concept voor een nieuwe Aanwijzing 33a, die in de volgende wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving zal worden geformaliseerd. Deze wijziging zal, zoals gebruikelijk, ook aan de Raad van State voor advies worden voorgelegd.

Rest de vraag of maatregelen nodig zijn ten aanzien van het bestaande bestand aan delegatiebepalingen met afwijkingsbevoegdheid. Dat vergt een nadere analyse van de geïnventariseerde bepalingen, op grond waarvan een beeld ontstaat over de mate waarin van de grondslagen gebruik wordt gemaakt, hoe vergaand de afwijkingen van de formele wet feitelijk zijn en of bijvoorbeeld wordt voorzien in eindigheid van de afwijkende bepalingen, door ze bij gelegenheid in de formele wet zelf op te nemen.

Het is aan de ministeries om aan de hand van de inventarisatie de delegatiebepalingen op hun terrein door te nemen en op basis daarvan zo

nodig voorstellen te doen voor aanpassing of schrapping van de delegatiegrondslagen en daarop gebaseerde regelingen.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

A

Na aanwijzing 33 wordt een nieuwe aanwijzing ingevoegd, luidende:

Aanwijzing 33a

1. In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat daarvan bij lagere regeling wordt afgeweken.
2. Een uitzondering kan worden gemaakt voor:
 - a. afwijkende regelingen die bij wijze van experiment worden ingevoerd;
 - b. afwijkende regelingen ten behoeve van noodsituaties.

Toelichting

Een lagere regelgever heeft niet de bevoegdheid om van een regeling van een hogere regelgever af te wijken, tenzij de hogere regelgever de lagere daartoe bevoegd verklaart. Met de term afwijken wordt bedoeld op de situatie dat de lagere regelgeving bepalingen bevat die niet slechts uitwerking of invulling inhouden van formeelwettelijke bepalingen, maar daarmee als het ware «strijdig» zijn. Een dergelijke constructie leidt tot onoverzichtelijke regelgeving en dient derhalve in beginsel niet te worden toegepast. Zie ook aanwijzing 223.

Afwijkende voorschriften die bij wijze van experiment worden ingevoerd dienen een tijdelijk karakter te hebben en ook overigens aan bepaalde voorwaarden te voldoen. Zie hiervoor de aanwijzingen 10a en 10b, 181, 182 en 183.

Bij noodsituaties kan worden gedacht aan het toekennen van ruime, van de wet afwijkende bevoegdheden voor bestuursorganen in geval van rampen, oorlogssituaties of anderszins bedreiging van de veiligheid.

Voorbeeld: artikel 35 van de Noodwet financieel verkeer.

Ook bij het implementeren van internationale en EG-regelgeving dient wijziging van een hogere door een lagere regeling, of afwijking van de hogere regeling bij lagere regeling achterwege te blijven. Daar doet zich het probleem van overzichtelijkheid en kenbaarheid van de regelgeving extra gevoelen. De mogelijkheden voor delegatie die ten behoeve van implementatie van internationale en EG-regelgeving bestaan, bieden afdoende mogelijkheden om tijdige implementatie te verzekeren. Zie het nadere kabinetsstandpunt inzake versnelde implementatie van EU-regelgeving (Kamerstukken I 2004/05, 29 200, F (2e herdruk)) en de aanwijzingen 26 en 339.

Van de hier bedoelde gevallen dient overigens te worden onderscheiden dat wordt toegestaan dat bij lagere regeling uitzonderingen op een voorschrift in een hogere regeling worden gemaakt onder het stellen van voorwaarden of eisen en onder aanwijzing van een bepaalde groep of situatie of een tijdsperiode. Dit betreft de figuur van de vrijstelling of ontheffing. Een dergelijke opzet is zeker aanvaardbaar en soms zelf de meest voor de hand liggende.

B

Aanwijzing 34 komt te luiden:

Aanwijzing 34

1. In een hogere regeling wordt niet toegestaan dat deze bij lagere regeling wordt gewijzigd.
2. Een uitzondering kan worden gemaakt voor het routinematig aanpassen van bedragen en tarieven en voor wetstechnische aanpassingen van verwijzingen naar EU-regelingen of onderdelen daarvan.
3. In een delegatiebepaling waarin wijziging van een hogere regeling door een lagere regeling mogelijk wordt gemaakt, wordt uitsluitend de term «wijzigen» gebruikt.

Toelichting

Tegen wijziging van een regeling bij regeling van lagere orde bestaat hetzelfde bezwaar als in Ar 33a ten aanzien van afwijking van een regeling bij regeling van lagere orde is geformuleerd, nl. dat dit onoverzichtelijke regelgeving in de hand werkt. Daarom wordt ook slechts voor een specifiek gevallen, nl. wijziging van tarieven of bedragen en voor technische wijziging van verwijzingen naar (onderdelen van) EU-regelingen, een uitzondering gemaakt.

In het laatste geval zijn onderdelen van een EU-regeling vernummerd of is een EU-regeling in het kader van «codificatie» opnieuw vastgesteld, zonder dat er sprake is van inhoudelijke wijziging. De aanpassing van een verwijzing heeft dan een zuiver wetstechnisch karakter en is veelal spoedeisend vanwege het ontbreken van een implementatietermijn.

Eenduidige terminologie bij wijziging van tarieven of bedragen is wenselijk voor de helderheid van de bedoeling van de bepaling. Gebruik van andere termen (zoals aanpassen, herzien, in de plaats treden, vervangen, indexeren) leidt tot onduidelijke delegatieopdrachten en moet daarom worden vermeden. Ook wetsbepalingen die opdracht geven tot wijzigingen «*van rechtswege*» worden niet gebruikt.

C

Aan de toelichting bij aanwijzing 339 wordt een zin toegevoegd, luidende: Ingevolge aanwijzing 33a wordt ten behoeve van implementatie niet voorzien in delegatiebepalingen die afwijking van de hogere regelgeving door lagere mogelijk maken.