

Bijlage bij de brief van de Vice-President van de Raad van State van
12 maart 2010

Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving.

Verzoek om voorlichting inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving..

Bij brief van 23 december 2009, kenmerk 563414/09/6, heeft de Minister van Justitie op verzoek van de Eerste Kamer der Staten-Generaal de Raad van State verzocht om voorlichting inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving. De Raad heeft afdeling II aangewezen om deze voorlichting namens de Raad te geven.

Het verzoek om voorlichting is gedaan naar aanleiding van een discussie tussen de Eerste Kamer der Staten-Generaal en het kabinet over het voorhangen van gedelegeerde regelgeving. Het gaat daarbij om de situatie dat een ontwerp voor een algemene maatregel van bestuur aan de beide Kamers der Staten-Generaal wordt aangeboden, terwijl het wetsvoorstel waarop deze algemene maatregel van bestuur berust, en die voorhang voorschrijft, nog geen kracht van wet heeft gekregen. De vraag is gerezen of de regering hiermee staatsrechtelijk wel zuiver handelt. Er is immers nog geen grondslag in een formele wet en de Kamer kan voor een voldongen feit worden geplaatst, als bij de behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat belangrijke zaken in de algemene maatregel van bestuur worden geregeld terwijl de reactietermijn voor deze algemene maatregel van bestuur al verstreken is.

In het verzoek wordt gevraagd om voorlichting over de gehele procedure van voorhang. De Eerste Kamer verzoekt in het bijzonder om antwoord op de volgende vragen:

- 1) Is het staatsrechtelijk juist dat de termijn van voorhang pas kan beginnen op het moment dat de wet waarin de voorhangprocedure is opgenomen in werking is getreden?
- 2) Klopt het dat pas kan worden aangenomen dat de termijn van voorhang eerder aanvangt wanneer aan de bepaling waarin deze termijn is vastgelegd expliciet terugwerkende kracht is toegekend?
- 3) Luidt het antwoord op de eerste vraag anders indien het gaat om een situatie waarin een bestaande wet waarop één of meer algemene maatregelen van bestuur zijn gebaseerd gewijzigd wordt en als gevolg van die wijziging ook de algemene maatregelen van bestuur moeten worden aangepast? De Kamer vraagt dit omdat de voorhangprocedure in die gevallen meestal al in de bestaande wet is opgenomen, maar de wettelijke grondslag voor de voor te hangen algemene maatregel van bestuur (deels) ontbreekt.
- 4) Luidt het antwoord op de derde vraag anders indien in het aanhangige wetsvoorstel ook de bepaling waarin de voorhangprocedure geregeld is, wordt gewijzigd?

1. Inleiding en achtergrond van de voorlichtingsaanvraag

Het komt regelmatig voor dat een ontwerp van een algemene maatregel van bestuur reeds wordt voorgehangen, terwijl het wetsvoorstel dat de grondslag van de algemene maatregel van bestuur bevat nog in behandeling is bij de Eerste Kamer. Recent heeft dit plaatsgevonden bij de behandeling van een wijziging van de Mediawet 2008.¹ Tijdens deze behandeling is de motie-Asscher c.s. ingediend, waarin wordt gesteld dat de termijn van voorhang van algemene maatregelen van bestuur niet eerder behoort te beginnen dan nadat het desbetreffende wetsvoorstel door beide Kamers is aanvaard.² Stemming over deze motie is aangehouden, omdat over dit onderwerp reeds door de Voorzitter van de Eerste Kamer en de minister-president correspondentie werd gevoerd. De Eerste Kamer stelt zich op het standpunt dat de funderende wet, die de delegatiegrondslag bevat, aanvaard moet zijn alvorens de voorhangtermijn kan starten. De Eerste Kamer heeft een eigen gedragslijn toegepast die inhoudt dat zij tot een week na het aannemen van het onderliggende wetsvoorstel op de bijbehorende ontwerp-algemene maatregelen van bestuur kan reageren, ongeacht het moment van aanbidding van deze ontwerpen. De Eerste Kamer gaat er van uit dat pas na afhandeling van het wetsvoorstel vaststaat hoe de tekst van een delegatiebepaling luidt en welke betekenis daaraan moet worden toegekend. Om die reden kan de toets van de voorhangprocedure naar haar opvatting pas worden uitgevoerd als de wet tot stand is gekomen.³

In een brief aan de Eerste Kamer heeft de Staatssecretaris van Justitie uiteengezet dat hij van mening is dat de staatsrechtelijke zuiverheid er niet aan in de weg staat dat de voorhang reeds geschiedt op het moment dat de funderende wet nog niet tot stand is gekomen, omdat het voorhangen van een ontwerp-algemene maatregel van bestuur een feitelijke handeling is die op zichzelf geen wettelijke grondslag behoeft. Wezenlijk is dat de voordracht van de algemene maatregel van bestuur niet wordt gedaan dan nadat de feitelijke handeling van voorhang is verricht en beide Kamers de gelegenheid hebben gehad hun reactie te geven.⁴

De vraag van de Eerste Kamer over de voorhangprocedure is, mede gelet op de gewisselde correspondentie, terug te voeren tot de onevenwichtigheid bij de verdeling tussen wat in de wet en wat in gedelegeerde regelgeving dient te worden geregeld. Afdeling II van de Raad acht het daarom wenselijk om in deze voorlichting in te gaan op dit vraagstuk. Allereerst zal de procedure van totstandkoming van een algemene maatregel van bestuur met voorhang worden besproken. Daarna wordt ingegaan op de thematiek van delegatie van regelgeving,

¹ Kamerstukken I 2008/09, 31 804, K.

² Kamerstukken I 2008/09, 31 804, F.

³ Brief van de Voorzitter van de Eerste Kamer aan de Minister-President van 17 november 2009.

⁴ Brief van de Staatssecretaris van Justitie aan de Eerste Kamer van 12 oktober 2009. Deze lijn is vastgelegd in de toelichting bij aanwijzing 176 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Weliswaar kunnen de aanwijzingen de Staten-Generaal niet binden, maar het wordt wel aanbevolen dat zij hiermee rekening houden. Daarnaast zijn met beide Kamers procedurele afspraken gemaakt over een aantal punten die in de aanwijzingen worden behandeld, waaronder de procedure met betrekking tot voorhang. Zie hierover de toelichting bij aanwijzing 4 Ar.

de staatsrechtelijke achtergrond van de voorhangprocedure en het tijdstip van voorhangen.

2. Procedure van totstandkoming

De bevoegdheid om algemene maatregelen van bestuur vast te stellen is geregeld in artikel 89 van de Grondwet. Hierin wordt bepaald dat deze bij koninklijk besluit worden vastgesteld. De beide Kamers der Staten-Generaal hebben bij het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur geen grondwettelijke bevoegdheden. Onder verantwoordelijkheid van de betrokken minister wordt een ontwerp-algemene maatregel van bestuur voorbereid. Deze wordt aangeboden aan de ministerraad met als doel machtiging te verkrijgen tot aanbidding van de ontwerp-algemene maatregel van bestuur voor advies aan de Raad van State. De Koningin wordt het ontwerp van de amvb aangeboden met het verzoek dit aan de Raad van State ter advisering voor te leggen en de Raad te machtigen zijn advies rechtstreeks aan de verantwoordelijke minister te doen toekomen. Na ommekomst van het advies wordt een nader rapport opgesteld. De ontwerp-algemene maatregel van bestuur wordt vervolgens aan de Koningin voorgedragen. De ondertekening door de Koningin maakt het ontwerp tot een algemene maatregel van bestuur. Na het contraseign wordt de algemene maatregel van bestuur bekend gemaakt in het Staatsblad en kan deze in werking treden.

Indien in een voorhangprocedure is voorzien, wordt de ontwerp-algemene maatregel van bestuur, voordat deze aan de Raad van State voor advies wordt aangeboden, eerst aan beide Kamers der Staten-Generaal aangeboden. Deze kunnen zich uitlaten over de inhoud van het ontwerp. De regering kan eventuele opmerkingen verwerken in de ontwerp-algemene maatregel van bestuur voordat deze aan de Raad ter advisering wordt gezonden. Het ontwerp is voorafgaand aan overlegging aan beide Kamers in de ministerraad aan de orde geweest. De eerstverantwoordelijke minister wordt daarbij tevens gemachtigd tot het doen van de voordracht aan de Koningin met het oog op aanbidding van het ontwerp voor advies aan de Raad van State na afloop van de voorhangprocedure, mits geen ingrijpende wijzigingen worden aangebracht in het ontwerp naar aanleiding van opmerkingen uit een of beide Kamers.⁵

Indien een voorhangprocedure wenselijk wordt geacht, wordt in de wet waarin de delegatie mogelijk wordt gemaakt, in de meeste gevallen de volgende formulering opgenomen:

*De voordracht voor een krachtens artikel... vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.*⁶

Van deze termijn van vier weken moet ten minste drie vierde deel buiten een reces vallen.⁷

⁵ Artikel 4, tweede lid, van het Reglement van orde voor de ministerraad.

⁶ Zie aanwijzing 37 Ar.

⁷ Zie aanwijzing 43a Ar.

3. Delegatie van regelgeving

Uitgangspunt is dat delegatie van regelgevende bevoegdheid met voldoende wettelijke waarborgen is omgeven, zodat het parlement het stellen van deze regels aan de regering kan overlaten.⁸ De commissie Orde in de Regelgeving heeft in haar eindrapport een aantal elementen aangeduid die in ieder geval in de wet zouden moeten worden opgenomen. Dit betreft onder andere bepalingen die de reikwijdte van het geheel van de regeling bepalen en de overige belangrijkste, naar buiten werkende voorschriften.⁹ In de praktijk wordt echter regelmatig gebruik gemaakt van ruime en open geformuleerde delegatiegrondslagen, waarbij de mogelijkheid tot subdelegatie wordt geboden en in sommige gevallen zelfs afwijking van de wet mogelijk wordt gemaakt. Dit doet afbreuk aan het primaat van de wetgever en de kenbaarheid van wetten. De Raad heeft in verschillende adviezen aandacht gevraagd voor de onwenselijkheid van ruime delegatiebepalingen en de noodzaak om keuzes omtrent wezenlijke elementen van een regeling bij wet in formele zin te bepalen.¹⁰

Indien wezenlijke keuzes niet in de formele wet worden vastgelegd maar een neerslag vinden in de algemene maatregel van bestuur vervaagt materieel het onderscheid tussen de formele wet en de algemene maatregel van bestuur. Dan kan de situatie ontstaan dat het parlement het noodzakelijk acht om het wetsvoorstel te bezien in samenhang met de ontwerp-algemene maatregelen van bestuur, zoals de Eerste Kamer ook duidelijk maakt. De voorhangprocedure wordt dan als correctie gebruikt voor de (te) ruime delegatie. Voorhangprocedures moeten echter slechts worden gebruikt indien daarvoor bijzondere redenen bestaan.¹¹ Hoofdregel is dat wezenlijke keuzes worden vastgelegd in de wet in formele zin en andere (uitvoerings)kwesities in de overige regelgeving. Indien deze hoofdregel wordt nageleefd, zijn voorhangprocedures in het algemeen niet nodig.¹² De Raad heeft deze gedachtegang onderschreven en in diverse adviezen herhaald.¹³ Ook de regering heeft eerder uitgesproken dat terughoudendheid met het voorschrijven van voorhangprocedures geboden is.¹⁴ Afdeling II van de Raad is van oordeel dat het gebruik van voorhangprocedures om greep te houden op te ruime delegatie een onwenselijke werkwijze is. De oplossing voor het probleem waarmee de Eerste Kamer wordt geconfronteerd, ligt in het zoveel mogelijk vermijden van ruime delegatiebepalingen.

⁸ Zie Kamerstukken II 2006/07, 29 383 nr. 75 en Kamerstukken I 2006/07, 30 800 VI, nr. C.

⁹ Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 10 december 1985, blz. 43. De aanwijzingen schrijven in de aanwijzingen 22 en 25 voor dat de wet tenminste de hoofdelementen van de regeling moet bevatten en dat delegatiebepalingen zo concreet en nauwkeurig mogelijk dienen te worden begrensd.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld het advies no.W13.07.0256/I van 22 november 2007 inzake het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg in verband met de landelijke elektronische informatie-uitwisseling in de zorg en het advies W12.06.0510/III van 4 januari 2007 inzake de Wet eenmalige gegevensuitvraag werk en inkomen.

¹¹ Zie aanwijzing 35 Ar.

¹² Zie de toelichting bij aanwijzing 35 Ar.

¹³ Zie onder meer adviezen no.W08.06.0076/IV van 9 juni 2006 en no.W08.08.0202/IV van 29 augustus 2008.

¹⁴ Zie Kamerstukken II 2006/07, 29 383, nr. 75 en Kamerstukken I 2006/07, 30 800 VI, nr. C.

4. Staatsrechtelijke achtergrond van de voorhangprocedure

Slechts indien delegatie plaatsvindt binnen het grenzenstellend kader, waarbij de wezenlijke elementen van de regelgeving vastgelegd worden bij wet, bestaat tegen delegatie die gecombineerd wordt met een voorhangprocedure uit staatsrechtelijk oogpunt geen bezwaar.¹⁵

De hiervoor genoemde standaardformulering voor een voorhangbepaling regelt niets anders dan het feit dat een voordracht voor een algemene maatregel van bestuur niet kan worden gedaan dan vier weken nadat een ontwerp aan beide Kamers is voorgelegd. De voorhangbepaling clauseert daarmee weliswaar de bevoegdheid van het kabinet om een ontwerp-algemene maatregel van bestuur voor te dragen aan de Koningin, maar uitsluitend met betrekking tot het tijdstip waarop dit kan. Indien de ontwerp-algemene maatregel van bestuur vier weken voor de voordracht aan beide Kamers is voorgelegd, is aan deze voorwaarde formeel voldaan. De bepaling creëert geen bevoegdheden voor de Staten-Generaal waar het gaat om het voordragen of vaststellen van de algemene maatregel van bestuur. De regering is formeel niet verplicht om aan opmerkingen van een of beide Kamers over de voorgehangen ontwerp-algemene maatregel van bestuur gehoor te geven.

5. Tijdstip van voorhangen

De vragen van de Eerste Kamer spitsen zich toe op het tijdstip waarop de voorhangprocedure kan starten. Het gaat om een bevoegdheidsvraagstuk. Is het kabinet gemachtigd een ontwerp-algemene maatregel van bestuur voor te hangen, indien de wettelijke delegatiegrondslag voor deze ontwerp-algemene maatregel van bestuur ontbreekt, omdat het wetsvoorstel waarin deze is opgenomen, nog niet is aangenomen door beide Kamers der Staten-Generaal? De Eerste Kamer wijst er in dit verband op dat de discussie over een wetsvoorstel in de Eerste Kamer van invloed kan zijn op de betekenis van de reikwijdte van de delegatiegrondslag en dat dit gevolgen kan hebben voor de inhoud van de algemene maatregel van bestuur.

De Raad heeft eerder geadviseerd over het tijdstip waarop aangevraagd kan worden met de voorhangprocedure. In 1999 kwam dit onderwerp aan bod bij de vierde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar).¹⁶ Hierin werd de toelichting bij aanwijzing 176 Ar aangevuld. In de toelichting bij deze wijziging werd dit als volgt gemotiveerd:

"In de wetgevingspraktijk [is] de vraag (...) gerezen of, indien gelijktijdige inwerkingtreding van een wet waarin een voorhangbepaling was opgenomen, het vaststellen van uitvoeringsregelgeving met inachtneming van die bepaling wel mogelijk zou zijn zonder aan de voorhangbepaling terugwerkende kracht te verlenen. In de toelichting bij Ar 176 is daarom verduidelijkt dat het in acht nemen van bepalingen omtrent voorhang van

¹⁵ Zie Orde in de regelgeving, Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, 10 december 1985, blz. 56.

¹⁶ Advies van 26 januari 2000 over de vaststelling van de vierde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Bijvoegsel Staatscourant 14 november 2000, nr. 221).

uitvoeringsregelgeving bij de kamers der Staten-Generaal al mogelijk is als de onderliggende wet nog niet in werking is getreden."¹⁷

De Raad was van oordeel dat deze aanwijzing in staatsrechtelijk opzicht geen problemen opleverde. Dit komt ook naar voren in de wijze waarop de Raad omgaat met adviezen die gevraagd worden over ontwerp-algemene maatregelen van bestuur. Een ontwerp-algemene maatregel van bestuur kan ter advisering worden aangeboden op het moment dat het wetsvoorstel waarop deze algemene maatregel van bestuur gebaseerd is, is aangenomen door de Tweede Kamer. Op dat moment kunnen de delegatiebepaling en de omvang hiervan geacht worden vast te staan aangezien de Eerste Kamer geen recht van amendement heeft en kan met de voorbereidingen van de uitvoeringsmaatregelen worden aangevangen. Staatsrechtelijk hoeft niet te worden gewacht met het in procedure brengen van uitvoeringsregelgeving tot het wetsvoorstel is aangenomen door beide Kamers der Staten-Generaal.

Dit impliceert dat met de voorbereidingshandelingen die noodzakelijk zijn voor de voordracht van een algemene maatregel van bestuur aan de Koningin, derhalve ook de voorhangprocedure, kan worden aangevangen vanaf het moment dat de delegatiegrondslag en de omvang hiervan geacht kunnen worden vast te staan, derhalve vanaf het moment dat het onderliggende wetsvoorstel door de Tweede Kamer is aanvaard. Daaraan doet niet af dat het kabinet in het schriftelijke en mondelinge debat in de Eerste Kamer toezeggingen kan doen die kunnen leiden tot een aanpassing van de delegatiegrondslag of een andere interpretatie van de delegatiebepaling.

Het vaststellen van de algemene maatregel van bestuur kan niet eerder geschieden dan nadat het wetsvoorstel door beide Kamers is aanvaard. Dan is er een wettelijke grondslag voor de algemene maatregel van bestuur. De Eerste Kamer merkt terecht op dat de behandeling in de Eerste Kamer aanleiding kan zijn tot aanpassing van de delegatiegrondslag of een gewijzigde betekenis van de delegatiebepaling. Het ligt dan voor de hand dat de voorhang opnieuw plaatsvindt. De ontwerp-algemene maatregel van bestuur zal dan tevens opnieuw voor advisering moeten worden aangeboden aan de Raad van State.

6. Conclusies

Het voorliggende verzoek om voorlichting over voorhangprocedures hangt samen met het vraagstuk van de reikwijdte van delegatie. De discussie over de betrokkenheid van het parlement bij gedelegeerde regelgeving komt voort uit het feit dat gebruik wordt gemaakt van open en ruim geformuleerde delegatiegrondslagen. Hierbij wordt het uitgangspunt dat de wezenlijke elementen van een regeling vastgelegd moeten worden in de wet in formele zin losgelaten. Dit kan leiden tot de situatie dat naar andere middelen wordt gegrepen om de eigen verantwoordelijkheid van het parlement tot uitdrukking te brengen. De voorhangprocedure is één van die middelen.

¹⁷ Toelichting bij de vierde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 2000, 191.

Afdeling II van de Raad ziet geen staatsrechtelijke bezwaren waar het gaat om de voorhangprocedure als zodanig. Het is een beproefd middel om het parlement te kunnen betrekken bij gedelegeerde regelgeving. Staatsrechtelijke bezwaren doen zich echter wel voor indien ruime delegatiebepalingen niet vanwege bijzondere redenen – derhalve in uitzonderingssituaties – worden gehanteerd en vervolgens de voorhangprocedure middel tot correctie is teneinde te bewerkstellingen dat de Kamers enige greep op de (te) ruime delegatiebepalingen krijgen. Het inhoudelijke onderscheid tussen wetgeving in formele zin en algemene maatregelen van bestuur vervaagt dan. De afdeling beveelt dan ook aan het gebruik van ruime delegatiebepalingen zoveel mogelijk te vermijden. De regering is in dezen de eerst-verantwoordelijke, mede gelet op tekst en toelichting van de aanwijzingen 22, 25 en 35 Ar. De beide Kamers hebben als medewetgever eveneens een verantwoordelijkheid en kunnen hun bevoegdheden ter zake aanwenden.

Afdeling II van de Raad ziet geen staatsrechtelijke bezwaren in de bestaande procedure waarbij de voorhang aanvangt op het moment dat de inhoud van de delegatiegrondslag formeel vaststaat door aanneming van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer. Het gaat om een bijzondere wijze van voorbereiding van de totstandkoming van een algemene maatregel van bestuur. De beide Kamers hebben geen grondwettelijke bevoegdheden waar het gaat om de vaststelling van algemene maatregelen van bestuur. Het opnemen van een voorhangbepaling in een wet in formele zin brengt hierin geen verandering. Het is dan ook niet noodzakelijk om terugwerkende kracht toe te kennen aan de voorhangbepaling. De eerste twee vragen van de Eerste Kamer moeten daarom ontkennend worden beantwoord. Omdat de derde en de vierde vraag situaties betreffen die een verbijzondering zijn van hetgeen de eerste vraag omvat, is het antwoord op deze vragen eveneens ontkennend.

Tegen openbaarmaking van deze voorlichting bestaat bij de Raad van State geen bezwaar.