

Raad
van State

Jaarverslag 2009



Binnenhof 1



Inhoudsopgave

Voorwoord	9		
Deel I	13	Deel II	119
De Raad in de staat - Algemene beschouwingen	15	Wetgevingsadvisering	121
1 De functie van het openbaar bestuur	17	1 De Raad als wetgevingsadviseur	125
2 Kennis van het staatsbestel	21	2 Legisprudentieoverzicht	129
3 Kennis van het functioneren van het openbaar bestuur	28	3 Bedrijfsvoering	161
4 Kennis van de werkelijkheid waarin burgers leven	36	Bestuursrechtspraak	167
5 De crisis als kans in het openbaar bestuur	42	1 De Raad als bestuursrechter	171
		2 Jurisprudentieoverzicht	177
		3 Bedrijfsvoering	240
Eén Raad, twee functies	51	Bijlagen	247
1 Inleiding	53	1 Samenstelling van de Raad van State en van de Raad van State van het Koninkrijk	249
2 De constitutionele toetsing van wetten door de rechter in de ons omringende landen	57	2 Samenstelling van de afdelingen van de Volle Raad	251
3 Kanttekeningen naar aanleiding van de ontwikkelingen in de ons omringende landen	69	3 Wetgevingsadvisering in cijfers	252
4 Constitutionele toetsing van wetten in ons land	73	4 Samenstelling van de Kamers van de Afdeling bestuursrechtspraak	259
Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk	79	5 Bestuursrechtspraak in cijfers	264
1 Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk	81	6 Personeelsgegevens	273
2 Legisprudentieoverzicht koninkrijksrelaties 2009	95	7 Financieel verslag	275
		8 Organisatieschema	277
De staat van de Raad	109		
1 Functionele samenhang	111		
2 Externe betrekkingen	113		
3 Personeelszaken	117		



Mauritskade 29



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 verslag verantwoording afgelegd over de resultaten van het werk en de middelen die daarvoor zijn ingezet. Intern biedt het verslag de mogelijkheid het verloop van de werkzaamheden te evalueren ten behoeve van eventueel door te voeren verbeteringen.

Het jaarverslag over 2009 volgt de tweedelige opzet van het vorige jaarverslag. Het is wel omvangrijker dan de verslagen van de voorgaande jaren. Dat komt omdat in deel I extra aandacht wordt besteed aan de betekenis van de Grondwet en aan de ontwikkelingen binnen het Koninkrijk.

Deel II bevat het legisprudentie- en het jurisprudentie-overzicht met bijlagen die een beeld geven van de Raad in cijfers. In deel II wordt ook dieper ingegaan op de rol van de Raad als wetgevingsadviseur en als bestuursrechter; zijn mogelijkheden én beperkingen.

In zijn beide functies, wetgevingsadvisering en bestuursrechtspraak, heeft de Raad van State te maken met de constitutie. Daaronder vallen niet alleen de (geschreven) Grondwet, maar ook de ongeschreven constitutionele beginselen, het constitutionele recht van de Europese Unie en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Tegen de achtergrond van de verwevenheid van het Nederlandse constitutionele recht met het Europese

wordt in het hoofdstuk *Eén Raad, twee functies* een blik over de grens geworpen. Wie zijn in de ons omringende landen met constitutionele toetsing belast? Welke problemen lagen daaraan ten grondslag of heeft men daarna ontmoet? Welke oplossingen zijn gekozen en welke ervaringen zijn opgedaan? Die vergelijking kan inspiratie bieden voor de discussie over versterking van de constitutionele toetsing in eigen land.

Als adviseur heeft de Raad in het verslagjaar veel aandacht besteed aan de herstructurering van het Koninkrijk en de wetten en maatregelen die daarvoor nodig zijn. Op enkele hoofdpunten daarvan wordt in het hoofdstuk *Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk* ingegaan. In een aparte paragraaf *Legisprudentieoverzicht koninkrijksrelaties 2009* wordt een overzicht van de belangrijkste adviezen in het verslagjaar gegeven.

Het verslag opent met de *Algemene beschouwingen* van Vice-President Tjeenk Willink over het functioneren van het openbaar bestuur. De financieel-economische crisis biedt naast beperkingen ook kansen. De kans op een herbezinning op de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving; de kans op een herbezinning op de functie(s) van het openbaar bestuur. Die kansen kunnen worden benut als aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan.

Voor de kwaliteit van zijn werk is de Raad afhankelijk van de kennis en deskundigheid, inzet en loyaliteit van de mensen die bij de Raad werken: staatsraden en medewerkers. Daarom is het altijd jammer als mensen weggaan. In 2009 vertrokken 48 medewerkers en staatsraad in buitengewone dienst mr. W. van den Brink.

Aan de staatsraden mr. R.W.L. Loeb, mevrouw mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek en mr. M. Oosting is in het verslagjaar ontslag verleend als staatsraad. Zij blijven echter als staatsraad in buitengewone dienst aan de Raad verbonden. De Raad kan zo nog enkele jaren van hun grote kennis en brede ervaring profiteren.

Het lukt gelukkig elk jaar weer om nieuwe staatsraden en nieuwe, vaak jonge, medewerkers aan te trekken van hoge kwaliteit. In 2009 kon de Raad een nieuwe staatsraad, vijf nieuwe staatsraden in buitengewone dienst en 74 nieuwe medewerkers verwelkomen.

Het verslagjaar kende voor de Raad naast vreugdevolle ook verdrietige momenten. Met droefheid werd definitief afscheid genomen van drie oud-staatsraden en een oud-staatsraad in buitengewone dienst. Zij worden hier met ere genoemd.

Op 13 januari 2009 overleed dr. M.C. Verburg. Hij was ruim dertien jaar staatsraad, van januari 1977 tot 1 juli 1990. Rien Verburg was een Zeeuw in hart en nieren en heeft een grote invloed gehad op de economische ontwikkeling van Zeeland na de Tweede Wereldoorlog. Een man die zijn leven in dienst stelde van het publieke

belang. In 1968 werd hij, als overtuigd sociaal-democraat, lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal voor de Partij van de Arbeid, de partij waarvan hij in Zeeland mede-oprichter was. Met een grote en veelzijdige ervaring werd Verburg in 1977 lid van de Raad van State. Zijn manier van werken was gericht op een snelle doorstroming van dossiers en zaken, maar zorgvuldigheid bleef hoog in het vaandel staan. Hij was rustig, evenwichtig en onverstoort. Rien Verburg is 88 jaar geworden.

Mr. M.K. Kamperman overleed op 17 juli 2009.

Hij was staatsraad van februari 1980 tot mei 1992.

Max Kamperman was belastingdeskundige. Vanwege die deskundigheid is hij als staatsraad jarenlang meer in het bijzonder betrokken geweest bij zaken waar financiële en fiscale onderwerpen aan de orde waren. Zo was hij de rapporteur bij de jaarlijkse advisering over de miljoenennota en de rijksbegroting. Kamperman was er bij zijn werkzaamheden op uit recht te doen aan anderen.

Hij was een man van harmonie. Argumenten van beide kanten moesten tot hun recht komen. Hij was zeer betrokken bij collegae en medewerkers. Voordat hij bij de Raad van State kwam, werkte mr. Kamperman bij het Ministerie van Financiën. Zijn tijd bij het ministerie onderbrak hij voor een verblijf van uiteindelijk dertien jaar in Suriname als adviseur bij het Departement van Financiën. Max Kamperman is 87 jaar geworden.

Op 23 augustus 2009 overleed mr. E.H. Toxopeus.

Minister van Staat, oud-Commissaris van de Koningin

in de provincie Groningen, fractievoorzitter voor de VVD in de Tweede Kamer en oud-minister van Binnenlandse Zaken in het kabinet-De Quay en het kabinet-Marijnen. Hij beëindigde zijn loopbaan in 1988 als staatsraad, een functie die hij zeveneneenhalf jaar heeft bekleed. In de Afdeling geschillen van bestuur hield Edzo Toxopeus zich vooral bezig met bestemmingsplannen. Hij was deskundig en zakelijk en is altijd gebleven wat hij in de eerste drie perioden van zijn loopbaan werd: jurist, politicus en bestuurder. Een liberaal in hart en nieren en een man van veranderingen en vernieuwingen. Edzo Toxopeus is 91 jaar geworden.

Mr. C. van Veen overleed op 9 november 2009. Hij was staatsraad in buitengewone dienst van februari 1985 tot januari 1993. Chris van Veen was bij de Raad van State lid van de Afdeling geschillen van bestuur. Door zijn brede maatschappelijke ervaring bezat hij het vermogen ingewikkelde zaken op heldere wijze voor het voetlicht te brengen. Partijen hadden ook steeds het gevoel de ruimte te krijgen om hun zaak te bepleiten. Chris van Veen is misschien wel het meest bekend geworden als eerste fulltime voorzitter van het Verbond van Nederlandse Ondernemingen (1974-1984). Als voorzitter slaagde hij erin om overheid en bedrijfsleven, werkgevers en werknemers, dichter bij elkaar te brengen.

Aan die periode ging een loopbaan in de openbare dienst vooraf. Mr. Van Veen was gemeentesecretaris in Hoogeveen en Groningen en Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Minister van Onderwijs en Wetenschappen. Chris van Veen is 86 jaar geworden.

De Raad gedenkt hen met grote dankbaarheid.

De illustraties bij dit jaarverslag zijn ook dit jaar geïnspireerd op de huisvesting van de Raad van State; dit keer aan de hand van oude foto's. Bij elk hoofdstuk is een afbeelding opgenomen van een gebouw, waarin de Raad van State in het verleden ooit zijn onderkomen had. Het zijn er vele met als blijvend centrum: het Binnenhof, waar de Raad al sinds de tweede helft van de zestiende eeuw zetelt. Met het opnieuw in gebruik nemen van het Kneuterdijkcomplex in 2011 komt een einde aan de huidige gespreide huisvesting op vijf verschillende locaties.

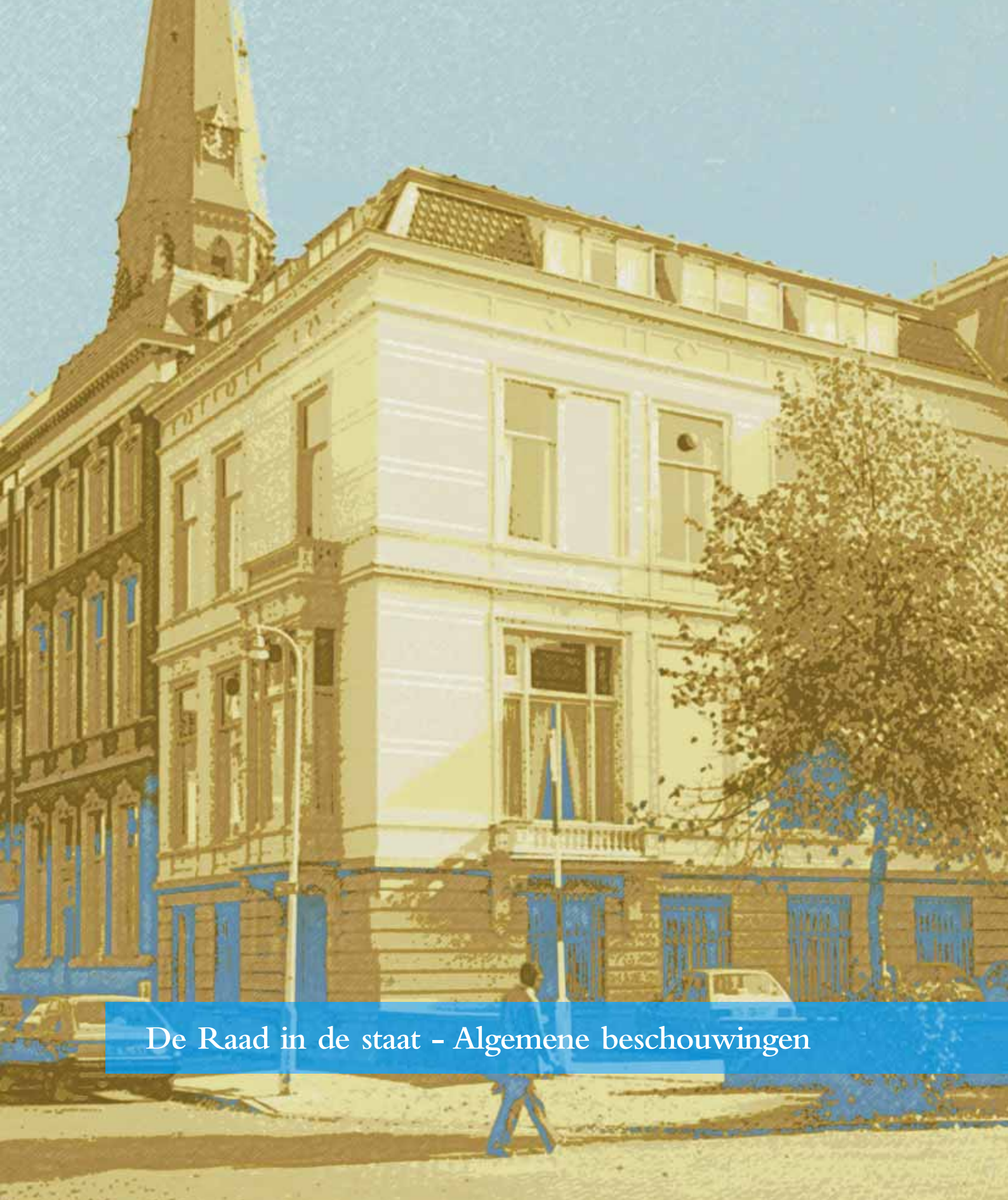
Met deze illustraties blikte de Raad nog één keer terug op zijn recente huisvestingsverleden. Hierna is de blik echter weer ten volle gericht op de toekomst: op het Binnenhof en aan de Kneuterdijk.



Jaarverslag **2009 Deel I**



Paleisstraat 9



De Raad in de staat - Algemene beschouwingen

*”Er is in Nederland veel veranderd en weinig vernieuwd.
Veranderingen ten goede en ten slechte. Veel meer openheid, veel
meer vrijheid, veel minder regentesk optreden. In de politieke
cultuur is de ruimte voor echt bestuur kleiner geworden.
Voor echte controle ook. De omhelzing tussen parlement en
regering is nog inniger geworden. Het is een onvermijdelijk effect
van dualisme dat monistisch functioneert. (...) Hoe kleiner de
reikwijdte wordt van de overheid, hoe groter het probleem om de
burgers het gevoel te geven dat die overheid van hen is.”*

H.A.F.M.O. van Mierlo (1931-2010)

Thorbeckelezing 2000

1 De functie van het openbaar bestuur^{1/2}

Wie de laatste dertig jaar overziet, realiseert zich hoezeer het openbaar bestuur in Nederland is veranderd. Is het ook verbeterd? Dat oordeel verschilt en is afhankelijk van de wijze waarop naar het openbaar bestuur wordt gekeken en de motieven die aan de veranderingen ten grondslag lagen. Die kijk en motieven waren zelf aan veranderingen onderhevig.

In de jaren zeventig van de vorige eeuw moest het sturend vermogen van het openbaar bestuur groter worden, want de maatschappelijke sturingsbehoeften namen toe. Dat was een logisch gevolg van de teruglopende betekenis van het verzuilde Particulier Initiatief. De behoefte aan samenhangend beleid werd scherper gevoeld. In de jaren tachtig, toen de financieel-economische situatie tot ingrijpen dwong, werd de probleemstelling uit de jaren zeventig omgedraaid. Niet het beperkte sturend vermogen van het openbaar bestuur werd als probleem gezien, maar de behoefte aan sturing vanuit de maatschappij. Die behoefte moest worden gematigd. Het is opmerkelijk dat wat in de jaren zeventig en tachtig als een probleem van het openbaar bestuur werd gezien ('verkokering') in de jaren tachtig en negentig als een oplossing werd gepresenteerd ('verzelfstandiging'). Met de wens om de markt meer ruimte te geven,

werd, met terugwerkende kracht, het onvermogen van het openbaar bestuur sterker gevoeld en werd de private sector het ijkpunt voor de verbeteringen: het openbaar bestuur als bedrijf met de burger als klant. Departementen kregen hun eigen logo en huisstijl; communicatieafdelingen groeiden; de (proces)managers deden hun intrede.

Zorgvuldige diagnose ontbreekt

Wie nauwkeurig terugkijkt op deze verschillende benaderingen bij de heroriëntatie van het openbaar bestuur valt op hoe weinig aandacht is gegeven aan een zorgvuldige diagnose van de positie van het openbaar bestuur. De internationale context waarin het bestuur moet functioneren, is een andere geworden.

¹ Ook dit jaar hebben verschillende personen - soms onbewust - bijgedragen aan het tot stand komen van deze beschouwingen. Meer in het bijzonder dank voor de inspirerende en stimulerende opmerkingen en commentaren van Paul Kuijpers en René Foqué en voor de altijd waardevolle bijdragen van Albert Heijmans.

² Met de term openbaar bestuur wordt in deze Algemene beschouwingen het bestuur op landelijk niveau bedoeld, tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven.

De informatisering heeft de positie van het bestuur gewijzigd. Het Nederlandse bestuur heeft ook een Europese rol gekregen. Het ontbreken van een zorgvuldige diagnose - en het gebrek aan collectief geheugen - verklaart waarschijnlijk ook het relatieve gemak waarmee de opvattingen over het bestuur verschuiven. De verschuiving van de opvatting dat het bestuur een bedrijf is naar de opvatting dat het bestuur geen bedrijf is. De verschuiving van de opvatting dat grootschaligheid vooral voordelen heeft naar de opvatting dat kleinschaligheid beter is. De verschuiving van de opvatting dat uitvoerders op afstand moeten worden gezet naar de opvatting dat meer aandacht voor de professionele uitvoerders geboden is. De verschuiving van de opvatting dat de rijksdienst beter is gaan functioneren naar de opvatting dat de rijksdienst beter aanzienlijk in omvang kan worden teruggebracht. Dezelfde functionarissen - ambtenaren en consultants - die het bestuur eerst op het ene pad hebben geholpen, dienen zich vervolgens weer aan en worden gevraagd om het bestuur op het andere pad te begeleiden. Steeds gaat het over (gewenste) oplossingen binnen de Nederlandse grenzen. Die vooronderstelde oplossingen bepalen vaak de wijze waarop het probleem wordt gedefinieerd.

Zo werd er ook veertig jaar lang regelmatig gediscussieerd over staatkundige vernieuwingen: de gekozen minister-president en de gekozen burgemeester; een ander kiesstelsel; de mogelijkheid van een bindend referendum. Het waren de vooronderstelde oplossingen voor wat er in het staatsbestel mis was. Die discussies

hebben niet tot vernieuwing geleid.

Grondwetswijzigingen zijn moeilijk en duren lang. Dat verandert in de komende jaren niet.³ Het steeds opnieuw starten van een discussie over oplossingen die vervolgens niet kunnen worden gerealiseerd, verzwakt de geloofwaardigheid van het openbaar bestuur. Het leidt bovendien de aandacht af van wat wel kan en moet. De afgelopen decennia is er niet alleen veel gediscussieerd, maar in verschillende operaties ook veel geknutseld aan organisatie en functioneren van ambtelijke diensten. In herstructurering van ambtelijke organisaties ligt volgens vele politici de sleutel voor de oplossing van bestuurlijke problemen. Die operaties hebben echter tot nu toe niet tot de oplossing van die problemen geleid. Dat kon ook niet, want de verhouding tussen bestuur en bureaucratie zoals Weber die ooit definieerde⁴, werd buiten beschouwing gelaten. De politieke omgeving waarin het bestuur zijn werk moet doen, werd niet in de operaties betrokken. De gevolgen van het wegvallen van de nationale grenzen voor de positie van het openbaar bestuur werden onvoldoende doordacht. De concentratie van politieke aandacht op wijziging van ambtelijke structuren is eerder

³ Hetzelfde geldt overigens voor de Europese constitutie.

⁴ "Der echte Beamte [...] soll seinem eigentlichen Beruf nach nicht Politik treiben, sondern 'verwalten', unparteiisch vor allem. [...] Sine ira et studio, 'ohne Zorn und Eingenommenheit' soll er seines Amtes walten." 'Politik als Beruf', 1919, in 'Gesammelte Politische Schriften von Max Weber', blz. 414 en 415, Potsdamer Internet-Ausgabe.

een uiting van de problemen in het openbaar bestuur, dan een bijdrage aan de oplossing.⁵

Oplossingen voor problemen in het functioneren van het openbaar bestuur zullen vooralsnog binnen het *bestaande* grondwettelijk stelsel op *politiek* niveau moeten worden gevonden. In een bestel waarin het primaat van de politiek wel is aangetast, maar niet is afgezworen, moeten politici zelf de eerste stap zetten.

Zorgvuldige diagnose voorwaarde voor oplossing

Wanneer veranderingen niet opleveren hetgeen werd voorgespiegeld en verwacht, zou de vraag moeten rijzen of de diagnose van de problemen wel deugt.

Het is opmerkelijk dat na het opzeggen in de jaren zestig en zeventig van het vertrouwen in 'de regenten' er eigenlijk geen serieus politiek debat meer is gevoerd over de vraag wat regeren inhoudt. De vraag naar de nieuwe legitimatie en de eigen functie van bestuurders was gesteld, maar uiteindelijk bleef een antwoord uit. Alles - zelfs het persoonlijke - werd politiek. Dat overschaduwde de eigen plaats van het bestuur en de specifieke kwaliteitseisen die aan de bestuurder in openbare dienst moeten worden gesteld.

Meer in het algemeen valt op dat in de veranderingsoperaties die de afgelopen 25 jaar in en rond het openbaar bestuur zijn ingezet, elke conceptuele visie op het bestuur in een democratische rechtsstaat, die steeds meer een 'poreuze staat' is geworden, ontbreekt.⁶ Beleid en uitvoering werden uit elkaar gehaald; wetgeving,

bestuur en rechtspraak werden afzonderlijk beschouwd; de verbinding tussen bestuur en burgers werd niet geproblematiseerd (hetgeen ook moeilijk is zolang onduidelijkheid blijft bestaan over wat de begrippen bestuur en burgerschap inhouden).

Gevolg is dat voor het bijeenhouden van openbaar bestuur werd (en wordt) gegrepen naar concepten die niet op het bestuur in de democratische rechtsstaat zijn toegesneden (New Public Management). Aldus dreigen de beginselen van de democratische rechtsstaat van uitgangspunt en doel tot randvoorwaarden te worden.

Het geven van een diagnose van de problemen in het functioneren van het openbaar bestuur staat centraal in de Algemene beschouwingen, niet het geven van pasklare oplossingen. Met feiten valt aan te tonen dat veel in Nederland goed gaat. Het land heeft integere en hardwerkende bestuurders en ambtenaren die vaak bewust voor de publieke dienst hebben gekozen. Maar juist daarom rijst de vraag waarom rond de eeuwwisseling, in een periode van grote economische voorspoed, toch zoveel mensen zich herkenden in de 'Puinhoppen van Paars'.⁷ Hoe komt het dat uit een onderzoek van

⁵ Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de voorstellen die (voorspelbaar) weer zullen worden gedaan om het aantal departementen te beperken.

⁶ Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de algemene opzet van de brede heroverwegingen en meer in het bijzonder de werkgroepen die zich bezighouden met het openbaar bestuur en de bedrijfsvoering.

⁷ P. Fortuyn, 'De puinhopen van acht jaar Paars', Karakter Uitgevers B.V., 2002.

het ministerie van Economische Zaken naar de ontwikkelingen in elf sectoren sinds de introductie van marktwerking blijkt dat marktwerking voornamelijk positief heeft uitgewerkt, terwijl tegelijkertijd met vele voorbeelden geïllustreerd van marktfalen blijkt?⁸ Hoe komt het dat, terwijl het beroep op het openbaar bestuur toeneemt, het aantal kiezers dat opkomt, afneemt? Een zorgvuldige diagnose van de problemen waarmee het openbaar bestuur wordt geconfronteerd, is voorwaarde voor het vinden van doeltreffende oplossingen. Normatief uitgangspunt voor de diagnose vormt de opvatting dat besturen in een democratische rechtsstaat meer is dan de voorbereiding en uitvoering van wetten en regels. Besturen is kunnen omgaan met verschillende werkelijkheden: de maatschappelijke werkelijkheid waarin burgers leven en professionele uitvoerders hun werk moeten doen; de politieke werkelijkheid waarin volksvertegenwoordigers hun programma proberen te realiseren; de ambtelijke werkelijkheid waarin inhoudelijk deskundige ambtenaren de continuïteit van het overheidsbeleid verzekeren; de internationale (Europese) werkelijkheid waarin de Nederlandse staat zijn positie moet bepalen. Hoe kan er worden bestuurd als door verzelfstandiging en privatisering van publieke taken het zicht bij de bestuurder op de professionele uitvoering minder is geworden, het onderscheid tussen verzelfstandigde en geprivatiseerde diensten nauwelijks wordt beseft, politieke visies zijn vervaagd, 'bedrijfsmatig werken' voor het functioneren van de ambtelijke organisatie ongeveer de enige maatstaf vormt en Nederland zich van Europa afwendt?

Zelfreferentieel systeem

De diagnose in de Algemene beschouwingen tot nu toe luidt dat het openbaar bestuur een in zichzelf gekeerd systeem is geworden, waarbinnen tegengeluiden slechts in aangepaste vorm doordringen.

Kenmerkend voor een dergelijk 'zelfreferentieel systeem' is dat het moeilijk is er uit te breken. Dat staat dwars op het uitgangspunt dat het openbaar bestuur stuurt; de bestuurders daarvoor verantwoording afleggen aan de volksvertegenwoordiging; volksvertegenwoordigers hun oordeel baseren op hun visie op de maatschappij en de rol van het bestuur daarin. Elk parlementair onderzoek toont aan dat het zo niet meer werkt. Ook bestuurders en volksvertegenwoordigers zijn gevangen in het zelfreferentieel systeem waarin niet meer duidelijk is wie aanspreekbaar is voor wat, publieke en private verantwoordelijkheden door elkaar lopen, overheid en markt nauw verknoopt zijn geraakt en het marktdenken overheerst.⁹ Alles is bestuur geworden. Maar wat houdt dat besturen in?

Voor het doorgronden van de problemen in het openbaar bestuur is allereerst kennis nodig:

⁸ M. Chavannes, 'Niemand regeert, de privatisering van de Nederlandse politiek', NRC Boeken, 2009; F. Ankersmit en L. Klinkers (red.), 'De tien plagen van de staat, de bedrijfsmatige overheid gewogen', Van Gennep Amsterdam, 2008.

⁹ Illustratief in dit opzicht zijn de begin 2010 gehouden openbare verhoren van de tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (commissie-De Wit).

- kennis van de inrichting van het staatsbestel waarvan het bestuur een onderdeel vormt (§2);
- kennis van de wijze waarop het openbaar bestuur thans functioneert (§3);
- kennis van de maatschappelijke werkelijkheid waarin burgers leven en de effecten van het beleid (§4).

Op basis van die kennis moet het debat over de eigen functie van het openbaar bestuur worden gevoerd. Het opvangen van de gevolgen van de financieel-economische crisis kan op de uitkomsten van dat debat echter niet wachten. En dus rijst de vraag hoe valt te voorkomen dat het opvangen van die gevolgen neerkomt op meer van hetzelfde en daarmee de volgende crisis, ook in het openbaar bestuur, in zich bergt?

2 Kennis van het staatsbestel

Nederlanders hebben weinig besef van historische continuïteit. De laatste dertig jaar is in het openbaar bestuur nauwelijks meer nagedacht over de eigen identiteit van de Nederlandse staat, waarin het bestuur traditioneel zo'n belangrijke rol vervult. Het leek alsof bestuurders definitief afscheid hadden genomen van het verzuilde verleden waarvan allerlei elementen echter wel tastbaar aanwezig bleven.¹⁰

Misschien is het publieke en politieke debat over Europa in Nederland daarom slecht ontwikkeld, omdat ook het publieke en politieke debat over de staat zo mager is. Onduidelijkheid over hetgeen de eigen staat nog vermag, tast echter zijn geloofwaardigheid tegenover

de burger aan. Welke staat hebben wij voor ogen? De staat van het recht of de staat als bedrijf? De uitvoerende staat of de voorwaardenscheppende staat? De staat van de burger of de staat van het bestuur? De goedkeurende staat of de sturende staat?

Soms lijkt het alsof de voordelen van de verzuiling, het kunnen omgaan met principiële verschillen, zijn verdwenen, maar de nadelen, het onvermogen om over maatschappelijke tegenstellingen een politiek-inhoudelijk debat te voeren, zijn gebleven. Commentariëren is toch iets anders dan debatteren. Hetgeen geldt voor de staat (onduidelijkheid over eigen positie en identiteit) geldt voor de verhoudingen binnen de staat. De eigen functies van wetgever, bestuur en rechter worden vaak niet meer gerespecteerd.

Staatkundige instituties boeten aan betekenis in.

Instituties zijn historisch gegroeid en vertegenwoordigen waarden. Die waarden komen tot uiting in het geheel van de staatsrechtelijke regels en gemeenschappelijke omgangsvormen die instituties intern en tegenover elkaar in acht nemen.

"Effective, trusted and stable institutions and the rule of law help to manage tensions successfully and peacefully. [...] There is an increasing consensus, that it is the weakness of state institutions, above all, which determines a country's fragility."¹¹

¹⁰ Denk aan het voortgaande gebruik van de term 'overheid' waar elders de term 'staat' wordt gebruikt; denk aan het slecht ontwikkelde begrip 'burgerschap'.

¹¹ Secretaris-generaal van de Verenigde Naties, Kofi Annan, geciteerd in Jaarverslag van de Raad van State 2008, blz. 37.

Daarom is het noodzakelijk, juist in politiek en maatschappelijk onzekere tijden, meer aandacht te besteden aan de versterking van de instituties. Maar het tegenovergestelde dreigt te gebeuren. Instituties worden onderdeel van de heersende bestuurscultuur en worden in toenemende mate gereduceerd tot enkel doelorganisaties. Het gezag van en het respect voor instituties nemen af. Het eigen karakter van de Nederlandse staatkundige instituties wordt niet meer beseft. Hoe was bijvoorbeeld het stelsel van onafhankelijke adviescolleges ex artikel 79 van de Grondwet oorspronkelijk bedoeld en wat is er van geworden?¹² Wat zijn de functies van de Staten-Generaal in een tijd waarin de ideologische verschillen tussen partijen zijn vervaagd en, mede daardoor, het primaat bij het bestuur is komen te liggen?¹³ Wat is de eigen aard van het Nederlandse koningschap en waarom is er in Nederland doelbewust voor gekozen de Koning deel van de regering te doen zijn?¹⁴ Om in het staatsbestel verbeteringen aan te kunnen brengen, is het nodig de institutionele fundamenten te kennen waarop het rust.

Europese waarden

Instituties zijn dragers van de eigen Nederlandse staatkundige identiteit. Die identiteit is niet los te zien van het verleden. "We zijn allemaal afhankelijk van het verleden om te kunnen overleven en varen op ons verleden om voort te kunnen."¹⁵ Dit verleden is onderdeel van de Europese geschiedenis. De Nederlandse staat heeft in Europa echter altijd een bijzondere plaats ingenomen. Dat geldt zowel voor de interne verhoudingen als voor

de externe betrekkingen. Intern lag er een sterk accent op samenwerking van onderop tussen lokale overheden, met en in de burgersamenleving. Extern werd geprobeerd de grote buurlanden op het continent op een afstand te houden. Neutraliteit, vrijhandel en de vaste wil de koloniën te verdedigen, waren vanouds de constanten in het buitenlands beleid.¹⁶ Deze brachten als vuistregels met zich internationale rechtsordering en anticontinentalisme. Die vuistregels werden als voorwaarden voor het behoud van onafhankelijkheid gezien. Na het achtereenvolgens verdwijnen van het koloniaal bezit en het oplossen van de Sovjetdreiging verdween de noodzaak voor dit anticontinentalisme in 1989 definitief. Nederland werd deel van het Europese continent. Maar dat betekende niet dat de aandacht voor Washington en

¹² Advies van de Raad van State van 6 oktober 2009, wetsvoorstel Raad voor de leefomgeving en infrastructuur, Kamerstukken II, 2009-2010, 32 314, nr. 4, blz. 3.

¹³ Een (secundaire) analyse van bijvoorbeeld parlementaire enquêtes en parlementaire onderzoeken waarin ook deze vraag aan de orde zou moeten komen ontbreekt tot nu toe.

¹⁴ Artikel 42 van de Grondwet:

1. De regering wordt gevormd door de Koning en de ministers.
 2. De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk.
- Zie ook: 'De Nederlandse constitutionele monarchie in een veranderend Europa', D.J. Elzinga (red.), Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2006, blz. 3 en volgende.

¹⁵ M. Matthijssen, Huizingalezing, november 2009.

¹⁶ D. Hellema, 'Neutraliteit en vrijhandel, de geschiedenis van de Nederlandse buitenlandse betrekkingen', Het Spectrum, Utrecht, 2001.

Londen naar Parijs en Berlijn verschoof. Nog lang bleef de 'Atlantische reflex'. Tegelijkertijd werd door de ontzuiling het Nederlandse openbaar bestuur, meer dan elders in continentaal Europa, gevoelig voor het New Public Management-denken dat uit de Verenigde Staten overwoei. In privatisering en verzelfstandiging ging Nederland vaak verder dan de Europese Unie strikt genomen eiste; verder dan in Frankrijk of Duitsland werd gerealiseerd. Het besef vervaagde dat de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving en de verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter meer in de Europese culturele traditie staan dan in de Angelsaksische. Die culturele tradities verschillen. Aan de vervaging van dat besef heeft ongetwijfeld ook bijgedragen het feit dat de Franse en Duitse bronnen van bijvoorbeeld onze rechtsgeschiedenis letterlijk gesloten boeken zijn geworden. Gebrek aan talenkennis is een van de (onbedoelde) neveneffecten van de onderwijsvernieuwingen en van de eenzijdige sociaal-culturele gerichtheid op de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Vertaling in het Engels van Franse en Duitse (rechts)bronnen is onvoldoende substituut. Taal is niet onschuldig. De Nederlandse staatkundige identiteit lijkt door dit alles, meer dan de staatkundige identiteit van andere landen in Europa, te zijn aangetast. Nederlandse staatsburgers zullen alleen Europese burgers kunnen worden als ze zich thuis blijven voelen in eigen land. Maar zij zullen zich meer thuis voelen in eigen land als de Europese traditie in de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving en in de verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter wordt gerespecteerd, in

plaats van genegeerd. Dat zou overigens ook aanzienlijk kunnen bijdragen aan de Nederlandse invloed in Europa. Wie met zelfvertrouwen en kennis van zaken buitengaats opereert, heeft weinig te vrezen, zeker niet in een land dat overwegend van buitenlandse (handels)betrekkingen leeft. Wie zich terugtrekt op eigen erf, zal bedreigingen blijven ervaren. Het is meer dan ooit van belang niet alleen de eigen staatkundige identiteit te kennen, maar ook die van de ander, Duitsland, Frankrijk, Groot-Brittannië voorop. Dat biedt kansen. Zonder actieve participatie in het debat over de Europese waarden wordt Nederland afhankelijk van wat elders wordt beslist, juist ook ten aanzien van de eigen kenmerken waaraan Nederland traditioneel hecht. Uitverkoop daarvan is alleen te voorkomen door actieve belangstelling voor de Europese geschiedenis, de Europese cultuur, het Nederlandse aandeel daarin en het uitdragen van de waardevolle elementen daaruit, bijvoorbeeld het vermogen tot aanpassing (eigen aan kooplieden) en het rekening houden met elkaar; de bevordering van het particulier initiatief en de vrijwillige samenwerking, ook in de Europese publieke ruimte; het besef van wederzijdse afhankelijkheid en collectieve verantwoordelijkheid, ook voor wat buiten de eigen grenzen gebeurt.

Nederland als buitenbeentje in Europa; een historische excursie

Holland was weliswaar onderdeel van Europa, maar daarin wel steeds een buitenbeentje. "De bevolking van de jonge Republiek der Verenigde Nederlanden was vrijer en welvarender dan die van alle andere Europese staten. De snelle economische expansie ging gepaard met een ongeëvenaarde bloei van kunsten en wetenschappen. Het verkeer was er veiliger en sneller, de steden waren er gezonder, de gewelddadigheid geringer en de zorg voor misdeelden beter geregeld. Holland was, om zo te zeggen, al vroeg modern. Het bracht een type samenleving tot stand dat elders soms pas eeuwen later en ten koste van veel meer offers werd verwezenlijkt. De Republiek had van de machtige monarchieën die haar omringden weinig te leren en ze leefde in dat besef."¹⁷

Kenmerkend voor ons land was dat de centrale staat in de ordening van de samenleving een bescheiden plaats innam.

Een sterk lokaal gezag en een sterke burgersamenleving vormden het fundament. Samenwerking op alle niveaus – tussen lokale overheden op provinciaal en landelijk niveau, tussen ondernemers en overheden (Verenigde Oost-Indische Compagnie – West-Indische Compagnie) en tussen particulieren in organisaties van de burgersamenleving – was bij uitstek het ordenend beginsel in een land dat als een van de weinige op het continent het monarchaal beginsel niet kende.

De macht werd van onderop opgebouwd. In de stads- en dorpsgemeenschappen ontwikkelde zich het burgerschap en ontstond een levendige burgersamenleving waarin publieke problemen door samenwerking tussen burgers werden aangepakt. Zo werd een sterk lokaal gezag mogelijk, kon de economie tot een voor die tijd ongehoorde bloei komen en kon ons land zich met succes verzetten tegen vreemde mogendheden. De stabiliteit van staat en maatschappij berustte op burgers die vrijheid en verantwoordelijkheid wisten te combineren. Kenmerkend voor ons land was de hoge alfabetiseringsgraad van de bevolking en de ontwikkeling van een op literatuur gebaseerde cultuur die buitengewoon waren in Europa en die elders pas eeuwen later normaal werden.¹⁸ Op academisch gebied was de Republiek eveneens superieur.¹⁹ Kenmerkend voor ons land was ook de, in vergelijking met de ons omringende landen, aanzienlijke intellectuele vrijheid die met zich bracht dat ons land een toevluchtsoord was voor 'dissidente' geleerden zoals Descartes²⁰, Locke²¹ en Bayle, 'de filosoof van Rotterdam',²² en dat hier gepubliceerd kon worden wat elders verboden was.

¹⁷ J.A.A. van Doorn, 'Schets van de Nederlandse politieke traditie', met citaten uit J. Huizinga, *Nederland's geesteskenmerk*, Leiden 1946, blz. 14. en volgende, opgenomen in J.A.A. van Doorn, 'Nederlandse democratie. Historische en sociologische waarnemingen', Mets & Schilt Amsterdam 2009, blz. 256.

¹⁸ J.I. Israël, 'The Dutch Republic, its Rise, Greatness and Fall 1477-1806', Clarendon Press, Oxford 1995, blz. 686.

¹⁹ J.I. Israël, o.c. blz. 899.

²⁰ Descartes verbleef vanaf 1628 tot 1649 in ons land.

²¹ Locke verbleef vanaf 1682 tot 1688 in ons land

²² Bayle verbleef vanaf 1681 tot 1706 in ons land.

In de loop van de achttiende eeuw verdwijnt de bevoorrechte positie van ons land. De economische malaise, de afgenomen positie van de Republiek in het 'Europese concert' in het algemeen en de toenemende macht van Engeland ten koste van de Republiek in het bijzonder, zijn aan het einde van de achttiende eeuw de aanleiding om in patriottische kringen te denken aan democratische hervormingen, te beginnen op lokaal niveau. Zij werden geïnspireerd zowel door Amerikaanse als Franse denkers. De Bataafse revolutie was weinig gewelddadig. Het was een tolerante revolutie, die leidde tot emancipatie en insluiting in het nieuwe staatsbestel van groepen die tot dan waren buitengesloten: rooms-katholieken en joden. Van een antireligieuze tendentie was hier, net zo min als in Amerika en in tegenstelling tot Frankrijk, geen sprake. Een blijvend - en ten opzichte van andere revoluties onderscheidend - resultaat van deze revolutie was de hoge kwaliteit van het volksonderwijs dat in de loop van de achttiende eeuw eveneens achteruit was gegaan. Het volksonderwijs werd in het bijzonder bevorderd door de samenwerking tussen de staat en de in 1784 opgerichte 'Maatschappij tot nut van het algemeen' die zich tot doel had gesteld de maatschappij te regenereren door onderwijs voor allen, teneinde de burgers tot 'verlichte' burgers te maken, burgers die begerig waren om te handelen in het algemeen belang.²³ Waar de aandacht elders - ook in Frankrijk en de Verenigde Staten - vooral uitging naar het hoger onderwijs voor de elite, lag in Nederland de nadruk op het onderwijs waaraan jongens en meisjes van alle standen deelnamen.

De winst van de Franse tijd lag in de fundering van een eenheidsstaat, die in de plaats kwam van de heterogene verzameling steden en landschappen die samen de Republiek vormden.

In 1839 kreeg Nederland de geografische vorm die het zou houden.

Na de afscheiding van België miste ons land een moderne industrie. De ontwikkeling daarvan en van een moderne infrastructuur verliepen hier trager dan in de ons omringende landen.

Wat bleef, was de afzijdige houding tegenover het continent. Na de Belgische afscheiding voelde Nederland zich veilig in een neutraliteitspolitiek, was het een pleitbezorger van internationale rechtsordening en steunde het economisch op zijn koloniaal rijk. De vorming van het Duitse Rijk en de economische en militaire expansie van het 'Wilhelminische' Duitsland plaatsten ons land tussen twee vuren, waarbij neutraliteit - met een lichte voorkeur voor Engeland - en de bevordering van de internationale rechtsorde (Permanent Hof van Arbitrage, Volkenbond) lange tijd een veilige koers bleek te zijn.

Aan de neutraliteitspolitiek kwam in 1940 echter voor goed een einde. Bij de regering in Londen overheerste een Atlantische denkwijze en de overtuiging dat liberalisering en stabilisering van handel en financiën in het belang van het land waren. Anglo-Amerikaanse aansluiting lag in die context het meest voor de hand, hoewel beperkte Europese samenwerking nuttig kon zijn.

²³ A. Jourdan, 'La Révolution batave entre la France en l'Amérique 1795-1806', Presses Universitaires de Rennes, 2008.

Na de Tweede Wereldoorlog werd - ondanks verschillen van opvatting met de Verenigde Staten over de dekolonisatie - Nederland een trouwe, zo niet de trouwste, NAVO-partner, een overtuigd lid van de Verenigde Naties en één van de grondleggers van de Europese Gemeenschap, al bleef met betrekking tot de Europese samenwerking sprake van een zekere terughoudendheid.

De Atlantische betrokkenheid diende er onder meer toe om de nadelige consequenties van de (klein-) Europese samenwerking en de intrinsiek zwakkere positie die ons land daarin had, te beperken met Amerikaanse en Engelse steun in de rug. Binnen Europa hield Nederland het liberale, Atlantisch georiënteerde pleidooi en verzette het zich consequent tegen de hegemonie van de grote landen.

De ambassadeur in Bonn, H.F.L.K. van Vredenburg, vatte de Nederlandse houding in 1962 als volgt samen: "Wij Nederlanders hebben onder Napoleon geleerd wat een Frans Europa betekent en onder Hitler hebben wij ervaren wat een Duits Europa zou kunnen zijn. Het lijkt mij niet moeilijk te voorspellen dat een Europa onder gezamenlijke Frans-Duitse, en op den duur Duits-Franse hegemonie, zacht uitgedrukt niet met onze volksaard zou stroken en naar alle waarschijnlijkheid niet in het belang van ons volk zou zijn."²⁴

In de daarop volgende jaren profileerde Duitsland zich als een van de meest betrouwbare democratische rechtsstaten in Europa en vervolgens veranderde de situatie in Europa vanaf 1989 volkomen. Nederland kwam daarmee voor de vraag of het niet tijd was de bakens te

verzetten. Dat kostte (en kost nog steeds) moeite, zoals ook uit het rapport van de Commissie van onderzoek besluitvorming Irak (commissie-Davids)²⁵ blijkt.

In de maatschappelijke ordening bleef ook na 1945 een belangrijke rol weggelegd voor de burgersamenleving. In de Nederlandse variant van de verzorgingsmaatschappij werd, anders dan in het Engelse voorbeeld met zijn National Health Service, een overwegende plaats ingeruimd voor het naar zuilen georganiseerde 'maatschappelijk middenveld' of 'Particulier Initiatief'. Onderwijs, jeugdzorg, gezondheidszorg, welzijn en maatschappelijk werk expandeerden na 1945 enorm en waren overwegend, zij het per werksoort in verschillende mate, in handen van het verzuilde Particulier Initiatief. De combinatie van doctrines ter zake van eigen collectieve autonomie (subsidiariteitsbeginsel en soevereiniteit in eigen kring) en de gezamenlijke meerderheid in de politieke arena vormden "een bijna geniale formule: baas in eigen huis en het huis ten laste van de gemeenschap."²⁶

De conclusie die daaraan vervolgens in de jaren tachtig werd verbonden (dé overheid is te groot) zag op de (financiële) gevolgen, niet op de (maatschappelijke) oorzaken. Daarom resulteerden de zogenoemde grote operaties, gericht op minder regels, minder bureaucratie en minder overheidsuitgaven, vooral in verschuivingen.

²⁴ D. Hellema, o.c. blz. 222.

²⁵ Rapport Commissie van onderzoek besluitvorming Irak, Boom - Amsterdam, 2010.

²⁶ Van Doorn, o.c. blz. 150.

Toen vanaf het midden van de jaren zestig het verzuilde 'maatschappelijke middenveld' zijn eigen maatschappelijke verankerung verloor, kreeg de nationale staat een rol opgedrongen die hij nooit eerder had gespeeld. Niet alleen de rol van financier van publieke diensten, maar ook die van kwaliteitsbewaker en die van bestuurder van maatschappelijke ontwikkelingen. Die rol heeft de staat niet kunnen of willen spelen. Als antwoord op de toenemende besturingsbehoeften die een versterking van de sturende rol van de overheid leken te vereisen, werd voor het tegendeel gekozen. De overheid trad terug.

Met als voorbeeld het uit de Verenigde Staten afkomstige concept van New Public Management werden publieke taken overgedragen aan zelfstandige bestuursorganen, agentschappen en geprivatiseerde instellingen. De staat moest als bedrijf functioneren. Het heeft niet opgeleverd hetgeen werd gehoopt en burgers werd voorgehouden.

Om een aantal redenen lag na de Tweede Wereldoorlog de sterke gerichtheid van ons land op de Verenigde Staten voor de hand. Zij vormden tot aan het eind van de jaren tachtig het enige effectieve schild tegen de communistische dreiging en zij waren het die met de Marshallhulp West-Europa er weer bovenop brachten. Als belangrijkste democratie en leider van de Westerse wereld hadden de Verenigde Staten een vertrouwenwekkende aantrekkingskracht en vormden zij een moreel baken waarop wij ons ook politiek konden richten. Het waren immers de Verenigde Staten die het initiatief namen tot een nieuwe ordening van de

wereld, gebaseerd op internationale samenwerking, internationaal recht en mensenrechten. De Verenigde Naties, de gespecialiseerde agentschappen zoals de World Health Organization (WHO) en de United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) waren er de uiting van. De Verenigde Staten namen de leiding bij de ordening van de financieel-economische wereld met het Internationaal Monetair Fonds en de Wereldbank. Het Engels werd zowel economisch als politiek de lingua franca van de wereld.

De suprematie van de Verenigde Staten van na de oorlog uitte zich niet alleen op economisch gebied, maar vooral ook in cultureel en wetenschappelijk opzicht. De aanwezigheid van Amerikaanse militairen en burgers in ons land deed velen uit de eerste hand kennis maken met de Amerikaanse 'way of life'. Amerikaanse films veroverden de bioscoopzalen, Amerikaanse muziek het theater en de dancings, de televisie bracht Amerika in de huiskamer en de Amerikaanse sigaretten hoorden daarbij. Tegenover de rijke Amerikaanse universiteiten en het overvloedige studiebeurzenbeleid van de Amerikaanse overheid kon het verarmde Europa van na de oorlog niet veel stellen. Een omvangrijke intellectuele braindrain in de richting van Amerika kwam in latere jaren op gang, terwijl de invloed van het Amerikaanse wetenschappelijke denken in het bijzonder op natuurwetenschappelijk en economisch gebied en op de terreinen van de sociale en de bestuurswetenschappen sterk toenam. De laatstgenoemde disciplines kwamen vooral in ons land onder Amerikaans

beslag. Anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk en Duitsland werden de sociale wetenschappen hier overwegend op Amerikaanse leest geschoeid. Anders dan in Duitsland en Frankrijk raakten de bestuurswetenschappen steeds meer op de bedrijfskunde georiënteerd. Staatsrecht werd teruggedrongen door bestuursrecht en bestuurskunde door bedrijfskunde.

Wie zette eigenlijk vraagtekens bij de bedrijfsmatig getinte vooronderstellingen en de waardeoordelen waarvan de bestuurswetenschappen uitgaan met betrekking tot de overheid?

Zou de doorsnee politicoloog of bedrijfskundige een antwoord hebben als hem gevraagd wordt naar een beschouwing over het wezen van de rechtsstaat, het eigen karakter van het bestuur in een democratie en de rol van de overheid in een moderne, complexe samenleving?²⁷ Wat is het tegenwicht dat sociale wetenschappers bieden tegen de dominante positie van economen en bedrijfskundigen binnen de overheid? Waarom heeft een rapport van het Sociaal en Cultureel Planbureau in de politieke besluitvorming nooit de betekenis gekregen die de rapporten van het Centraal Planbureau wel hebben?

Net als in het economische en politieke leven is de lingua franca in de wetenschap in ons land nagenoeg uitsluitend het Engels geworden. Duits en Frans worden niet meer gekend.

De vraag of dit wellicht ook voor het begrip van de eigen staatkundige identiteit een verarming betekent, wordt nauwelijks gesteld.

3 Kennis van het functioneren van het openbaar bestuur

Dat het uit de Verenigde Staten afkomstige New Public Management (NPM) in Nederland op vruchtbare bodem viel, behoeft ook achteraf geen verbazing te wekken. In het verzuilde staatsbestel had 'de politiek', politieke instellingen en politieke functionarissen, een duidelijke gelegitimeerde vaste plek. 'Het politieke', de visie op de maatschappij, op de wereld waarin we willen leven, op de rol van de overheid daarin en het politieke handwerk dat daarbij hoort, was daarop geënt. Door het afbrokkelen van de zuilen en het wegvallen van grenzen werd het evenwicht tussen staat, markt en burgersamenleving verstoord. De organisaties van wat het Particulier Initiatief werd genoemd, verloren hun achterban, professionaliseerden, werden eerst (financieel) afhankelijk van de overheid en moesten vervolgens als zelfstandige bedrijven worden geëxploiteerd. Die professionalisering en verzakelijking was waarschijnlijk ook een reactie op de eertijds sterk morele oriëntatie en ideologische binding van dat Particulier Initiatief.

Voor de politiek ontstond daardoor de noodzaak (en de mogelijkheid) opnieuw over de inhoud van het politieke na te denken en de eigen plaats van de staat ten opzichte van markt en burgersamenleving en binnen de staat de eigen functie van de politiek ten opzichte van het bestuur

²⁷ 'Democratie en wetenschap in de toekomst, in het bijzonder over de organisatie van de publieke sector', Inleiding H.D. Tjeenk Willink, gehouden tijdens het congres 'Towards knowledge Democracy', Leiden, augustus 2009.

opnieuw te markeren. Dat is niet gebeurd. Integendeel, het politieke, de visies van politieke partijen op de maatschappij en de rol van de overheid daarin, verbleekten. De politiek, politieke instellingen en politieke functionarissen, raakten nog sterker verknoot met het bestuur. Daardoor bleef ook onduidelijk wat het primaat van de politiek inhoudt. Soms is het voor politici een alibi om in het bestuur in te breken en tegenspraak van (uitvoerings)deskundigen als politieke onwil terzijde te schuiven. Vaak dient het als legitimatie van hetgeen elders is doorgerekend en goed bevonden. De verknoping van politiek en bestuur komt ook tot uiting in gedetailleerde regeerakkoorden en in de gewoonte dat de politieke leiders van de coalitiepartijen in het kabinet zitting hebben. Dat beperkt de mogelijkheden van een open politiek debat over maatschappelijke tegenstellingen; toch al geen sterk punt in de verzuilde Nederlandse traditie.²⁸ Het bestuur was echter zelf zijn maatschappelijke verankering en daarmee zijn belangrijkste legitimatie kwijt. Het ging (nog) sterker leunen op de bureaucratie.²⁹ Doordat het politieke was verbleekt, misten ambtenaren hun politieke oriëntatie. Zo werd niet alleen de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving, maar ook het functioneren van het bestuur binnen de democratische rechtsstaat een probleem. En juist daar konden het neoliberalisme en de daaruit voortkomende managementfilosofie van het NPM aanhaken. Beide gaan er vanuit dat de staat het probleem is en niet de oplossing, zoals de Amerikaanse president Reagan in 1981 bij zijn inauguratie zei.³⁰

Tijdelijke verlichting

In de filosofie van het NPM dient de staat niet alleen klein in omvang te zijn, maar ook als bedrijf te worden bestierd; efficiënt en effectief. Dat kwam goed uit. Het openbaar bestuur voelde zich niet bij machte de problemen die op hem afkwamen, op te lossen. Op welke legitimatie kon het zich beroepen? Ook de bestaande instrumenten, wetgeving en financiën, schoten tekort. De collectieve sector moest financieel worden gesaneerd. Pogingen tot bestuurlijke vernieuwing liepen vast op de overblijfselen van het oude corporatieve bestel dat wel was aangetast, maar niet verdwenen. De vraag of de overgebleven boedel moest worden aanvaard of verworpen, werd verschillend beantwoord. Het besef dat het een *gemeenschappelijke* boedel was, deel van de staatkundige identiteit, vervaagde. Kleiner (dús goedkoper) en (daardoor) beter, werd, geheel in lijn met het NPM,

²⁸ Het laatste kabinet dat permanent het politieke debat over maatschappelijke tegenstellingen moest voeren was het kabinet-Den Uyl zonder regeerakkoord waaraan een meerderheid in de Kamer zich tevoren gebonden had. Door deze (gedwongen) politisering slaagde het kabinet er overigens wel in de maatschappelijke polarisatie te beteugelen.

²⁹ Daarom ook dat bijvoorbeeld de samenvoeging van departementen de problemen in politiek en bestuur niet zal oplossen. Integendeel, het ambtelijk overwicht zal nog meer toenemen.

³⁰ "In this present crisis, government is not the solution to our problem; government is the problem" (te beluisteren via www.americanrhetoric.com).

de overheersende mening. Wat beter is, werd vooral afgemeten aan kosten en kwantitief meetbare producten. Door privatisering en verzelfstandiging van publieke taken werd gepoogd de omvang van de problemen te verminderen waarmee het openbaar bestuur worstelde. Dat gaf alleen tijdelijk verlichting. "Wie de macht wil terugdringen van een staat die relatief weinig macht heeft maar wel aanspreekbaar blijft, wordt geconfronteerd met meer wettelijke regels en een groeiende invloed van (semi)ambtelijke diensten. Wie de omvang wil terugbrengen van een bestuursapparaat dat niet extreem omvangrijk is, wordt afhankelijk van deskundigheid en expertise die vaak duur moet worden 'ingekocht' en die niet automatisch gericht is op de normen die voor het openbaar bestuur en het optreden van dat bestuur gelden. Wie uitgaat van een bestuurdersstaat wordt geconfronteerd met een vervagend beeld van de staat van het recht en de staat van de burger. Wie de staat voor de uitoefening van zijn politieke taken meer afhankelijk maakt van verzelfstandigde of geprivatiseerde instellingen wordt geconfronteerd met beperking van de mogelijkheden tot bijsturen en veranderen."³¹ Ook als wordt besloten tot verzelfstandiging of privatisering van publieke diensten blijft er echter een publieke verantwoordelijkheid bestaan. Van zijn 'kernverantwoordelijkheden', vastgelegd in de klassieke en sociale grondrechten van de Grondwet, kan de staat geen afstand doen, al zal de wijze waarop aan die kernverantwoordelijkheden inhoud wordt gegeven, wisselen.³²

Goedkoper én duurder

Het resultaat van verzelfstandiging en privatisering van publieke diensten is dan ook meestal een mengvorm: "privaatrechtelijk onder publieke voorwaarden of publiekrechtelijk met privaatrechtelijke elementen. Het gaat om de maatvoering en de verhouding tussen beide."³³ Dat wordt 'gereguleerde marktwerking' genoemd. Problemen ontstaan vervolgens omdat die mengvorm doorwerkt in zeer verschillende organisaties. Verhelderend in dit verband is bijvoorbeeld het onderscheid dat Simon³⁴ maakt tussen productorganisaties en capaciteitsorganisaties en tussen marktorganisaties en taakorganisaties. Van productorganisaties kopen klanten producten die reeds geproduceerd zijn. In capaciteitsorganisaties kopen 'klanten' vaardigheden die nog tot resultaat moeten leiden. Voor productorganisaties is prijsconcurrentie zinvol. In capaciteitsorganisaties is het tevoren bepalen van de prijzen van (toekomstige) producten vragen om moeilijkheden. Het leidt tot calculerend gedrag en soms zelfs gesjoemel. Een voorbeeld in de gezondheidszorg is de werking van de Diagnose

³¹ Jaarverslag Raad van State 2001, blz. 20.

³² Advies van de Raad van State over de Miljoenennota 1998, 8 september 1997, Kamerstukken II, 1997-1998, 25 600 A, blz. 10.

³³ Advies van de Raad van State over de Zorgverzekeringswet, 26 augustus 2004, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 763, nr. 4.

³⁴ M. Simon, 'Spiegelen met de top. Denkboek voor managers', Adr. Heinen Uitgevers, 2008.

Behandel Combinaties (DBC).³⁵ Tussen capaciteitsorganisaties is onderlinge vergelijking van kosten ('benchmarking') meer op haar plaats dan prijsconcurrentie. In marktorganisaties besluit het management zelfstandig over strategie en bestuurlijke vraagstukken. In taakorganisaties worden strategie en bestuurlijke vraagstukken niet door het management bepaald, maar door een ander (beleids)orgaan, bijvoorbeeld een minister. Door de verschillende organisaties onvoldoende te onderscheiden, treedt een vermenging van ordeningsprincipes op. Dat leidt tot conflicten. Die moeten worden beheerst. Gevolg: méér in plaats van minder regels en meer papier. Dat is een zichzelf versterkend proces gebleken. Immers, naar de mate waarin de publieke functie van de geprivatiseerde of verzelfstandigde taak naar de achtergrond dreigt te verdwijnen (en dat gevaar is er steeds), moeten de publieke voorwaarden worden verzwakt. Gevolg: nog meer controleurs en rekenmeesters, terwijl de politieke controle naar de achtergrond verdwijnt. Zodoende kan er een moment komen dat eigenlijk opnieuw een keuze zou moeten worden gemaakt van 'een privaatrechtelijk systeem met publieke elementen' terug naar 'een publiekrechtelijk systeem met private elementen'. Die weg is echter moeilijk begaanbaar. De oude (publiekrechtelijke) structuren zijn afgebroken, er zijn inmiddels nieuwe gevestigde private belangen; kostenoverwegingen verzetten zich; de overheid is, ook inhoudelijk, niet meer in staat dat verzet te breken.

In de afgelopen decennia zijn, naar het zich laat aanzien, op de verschillende beleidsterreinen, de personele en

financiële middelen beschikbaar voor het eigenlijke werk - het geven van onderwijs, het bieden van zorg, de politie op straat - procentueel *gedaald* en zijn de kosten in de rest van de beleidsketen - management, toezicht, controle, communicatie, ICT³⁶ - *gestegen*. Dat was niet de bedoeling van het NPM. Het is opmerkelijk dat de strijd tegen de bureaucratie niet wordt ingezet om die ontwikkeling te keren.

Marktdenken dominant

Verzelfstandiging en privatisering van publieke diensten hebben niet alleen geleid tot de groei van het aantal regels en (controleerende) instanties waarmee vooral professionele uitvoerders worden geconfronteerd, maar ook tot een democratisch deficit. De ministeriële verantwoordelijkheid tegenover het parlement (en van

³⁵ Naar verluidt heeft niemand ooit berekend wat de invoering van deze DBC's in totaal heeft gekost en wat in de praktijk de (financiële) opbrengst is. Alle bezwaren tegen invoering werden als uitingen van onwil en verzet terzijde geschoven.

Inmiddels heeft de regering besloten de huidige 30.000 DBC's te vervangen door ongeveer 3000 DBC-zorgproducten.

De voorbereidingen hiervoor worden getroffen in het zogenaamde DOT-traject (DBC's Op weg naar Transparantie).

³⁶ Ook de neiging om voor alles en nog wat grote informatie-systemen op te tuigen, draagt bij aan deze onevenwichtigheid in de kostenverdeling. De gedifferentieerde werkelijkheid waarin geprofessionaliseerde uitvoerders hun werk moeten doen, moet worden aangepast aan de eisen die de systemen stellen. De baten wegen vaak niet op tegen de kosten.

de wethouder tegenover de gemeenteraad) is een permanent punt van discussie ("Ik ga er niet over, maar ik zal kijken wat ik kan doen"). Dat is ook eenvoudig verklaarbaar. De verantwoordelijkheid voor het algemeen belang kan niet worden uitbesteed. Het gaat uiteindelijk om een politieke afweging.

Door de terugtred van de politiek, de afhankelijkheid van het bestuur en het bedrijfsmatig werken in de publieke dienst is de notie van het algemeen belang verschaald. 'Het politieke' is verbestuurlijkt en het bestuur is - in zijn denken - vermarkt. Niet meer de politieke logica bepaalt, steeds opnieuw via het democratische proces, wat het algemeen belang inhoudt, maar de logica van het marktdenken. De crisis in het openbaar bestuur zit minder in de dominantie van de markt in de 'democratische driehoek' tussen staat, markt en burgersamenleving, maar meer in de dominantie van het marktdenken binnen de gehele publieke sector (en de burgersamenleving). Zolang dat zo blijft, zal er ook met het terugdraaien van privatisering of verzelfstandiging van publieke diensten - zo dat al mogelijk en wenselijk is - niet veel veranderen.

In het marktdenken is geen plaats voor de eigen identiteit en de waarderationaliteit van instituties. In het marktdenken is tijd een kostenpost. Daardoor ontbreekt de tijd om na te denken wat het algemeen belang vereist.³⁷ Er moet gereageerd of gehandeld worden en wel nu!³⁸ Het vermogen om te relativeren lijkt verdwenen. De 'opinion populaire' wordt als 'opinion publique' beschouwd.³⁹ Internetfora, twitter en hyves stimuleren dat. Elk bericht, elke opinie, is waar, tenzij

binnen twaalf uur tegenbewijs wordt geleverd.

Het marktdenken kent alleen 'competitie', geen 'coöperatie'; moeizaam in een land waarin het openbaar bestuur juist voor samenhang moet zorgen en op samenwerking is gebaseerd.

Het marktdenken richt zich op welomschreven afzonderlijke functies, niet op waarden. Dat leidt tot

³⁷ Z. Laidi, 'La tyrannie de l'urgence', Conférence prononcée le 8 octobre 1998 au Musée de la civilisation à Québec, Éditions Fides. Montréal 1999, blz. 37: "L'urgence développe ainsi un scepticisme culturel profond vis-à-vis de toute logique de long terme. A cette dynamique, les hommes politiques contribuent de manière non négligeable en cherchant de plus en plus à légitimer leurs actions en termes d'urgence, sans réaliser naturellement que plus ils se pensent dans l'urgence, plus ils dévalorisent l'idée de projet à laquelle ils prétendent tous souscrire."

³⁸ De openingszin van televisieprogramma NOVA op 9 februari 2010 luidde: "Een maand na het verschijnen van het rapport van de commissie-Davids (meer dan 500 pagina's, HTW) kwam het kabinet vandaag eindelijk met een brief aan de Kamer met een reactie."

³⁹ Het onderscheid wordt gemaakt door Montesquieu. "De 'opinion publique' wordt gevoed door een volwassen en actief burgerschap. De 'opinion populaire' verwijst naar de ongefilterde, kritiekloze, directe reactie van mensen zonder dat zij hun reacties nog kunnen of willen afmeten aan het perspectief van het algemeen belang". R. Foqué, 'De actualiteit van Montesquieu's staatkundig erfgoed', in 'Stoelendansen met de macht', verslag van de conferentie over de trias politica op 27 januari 2006, Tweede Kamer der Staten-Generaal, blz. 18.

instrumentalisme en outputfinancieringsmodellen. Sommigen spreken al van 'outputdemocratie'. Daarmee is niet automatisch de kwaliteit van het primaire proces, de relatie tussen bijvoorbeeld leraar en leerling of arts en patiënt, gediend. Die kwaliteit verschaalt tot "per consult, één klacht", zoals een bordje in de wachtkamer van een huisartsenpraktijk in Scheveningen vermeldt. Wie een school of een zorginstelling ziet als een bedrijf, zal nooit recht doen aan de eigenheid van de taak van de daar werkzame professionals. Hij zal van de regen in de drup raken. Ieder volgend van bovenaf opgelegd veranderingsproces voedt het verzet of de ontgoocheling van die professionals. De ziel van de school of de zorginstelling is de zelfstandige verantwoordelijkheid van de samenwerkende beroepsbeoefenaren. De zucht bij de media om ten behoeve van (toekomstige) 'klanten' lijstjes van best scorende scholen of zorginstellingen te presenteren, past in het marktdenken binnen het openbaar bestuur. Gevolg van de dominantie van dit marktdenken in het openbaar bestuur, gecombineerd met bureaucratische ordeningsprincipes, is uniformering en fragmentatie. Maar de grondslag van een democratische rechtsorde is diversiteit en de voornaamste verantwoordelijkheid van de staat is samenhang.

Ministeriële verantwoordelijkheid en de kwaliteit van het primaire proces; het voorbeeld van de gezondheidszorg^{40/41}

Volgens Rosanvallon⁴² is de legitimatie van de overheid een dubbele: de legitimatie via gekozen volksvertegenwoordigers en de legitimatie door een competent bestuur. De legitimatie via gekozen volksvertegenwoordigers komt tot uiting in de verantwoordingsplicht van politieke bestuurders. De competentie van het bestuur wordt uiteindelijk afgemeten aan de kwaliteit van de uitvoering. Die dubbele legitimatie is onder invloed van het NPM afgenomen. Alleen door die dubbele legitimatie te versterken, kan de bureaucratie niet alleen optisch maar daadwerkelijk worden bestreden. Dat zal ge-differentieerd, per beleidsterrein, moeten gebeuren. Het voorbeeld van de gezondheidszorg.

A De politieke verantwoordelijkheid voor het stelsel van gezondheidszorg valt in ten minste vier onderdelen uiteen:

⁴⁰ Dit onderdeel is een verkorte versie van de inleiding van H.D. Tjeenk Willink gehouden op het symposium 'Ruimte voor het bestuur in de zorg' voorafgaande aan de inaugurale rede van professor dr. K. Putters, Rotterdam 9 oktober 2009.

⁴¹ Het voorbeeld zou ook het onderwijs of de sociale dienstverlening kunnen betreffen.

⁴² P. Rosanvallon, 'La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, Paris 2008.

- ontwikkelen van inhoudelijk beleid en het stellen van (wettelijke) normen;
- formuleren van eisen voor toegankelijkheid en betaalbaarheid;
- uitoefenen van controle op de kwaliteit van het primaire proces;
- bieden van tegendruk tegen de eigen logica van de markt.

Om deze politieke verantwoordelijkheid waar te kunnen maken, is allereerst nodig dat de overheid in 'eigen gelederen' beschikt over kennis: inhoudelijke kennis en systeemkennis. De gezondheidszorg is een uitermate kennisintensieve sector. De overheid zal altijd afhankelijk blijven van kennisbronnen buiten de overheid. Daarbij spelen in toenemende mate grote financiële private belangen een rol. Er is inhoudelijke kennis op het ministerie nodig om kennis die van buiten wordt aangereikt te kunnen beoordelen, de juiste vragen te kunnen stellen, adviezen te kunnen toetsen op hun relevantie voor het te voeren beleid en de effecten van dat beleid te kunnen beoordelen. Maar daarnaast moet het ministerie beschikken over systeemkennis, over ambtenaren die de essentialia van de democratische rechtsorde kennen, weten hoe het staatsbestel en (i.c.) markten in hun onderlinge verknopingen werken, zicht hebben op de publieke, bestuurlijke en maatschappelijke verhoudingen en het vermogen bezitten daarop "sine ira et studio"⁴³ adequaat te reageren en te adviseren. Alleen als de overheid zelf, zowel de beleidsambtenaren op het ministerie als de toezichthouders van de inspec-

tie, beschikt over deze kennis kan de politieke verantwoordelijkheid worden waargemaakt. Hoe kan worden gegarandeerd dat in deze kennis wordt geïnvesteerd, ook in tijden van bezuiniging? Alleen door te investeren in inhoudelijke kennis en deskundigheid kan de behoefte aan meer extern (kostbaar) toezicht en controle verminderen.

B In de zorg gaat het uiteindelijk, evenals in het onderwijs, om de kwaliteit van het primaire proces; om de relatie zorgverlener – zorgbehovende, arts – patiënt. Binnen de zorginstelling dient daarom de kwaliteit van het primaire proces het ijkpunt te vormen. Die zorg wordt geleverd door professionals. Hoewel zij de eigenlijke leveranciers van de zorg zijn en de kwaliteit van de zorg uiteindelijk door burgers daarop zal worden beoordeeld, dreigt de professionaliteit ondergeschikt te raken aan de eisen die het financiële beheer stelt. Wat dit betreft kan een parallel worden getrokken met de gevolgen van de onderwijsvernieuwingen waarnaar de commissie Parlementair onderzoek Onderwijsvernieuwingen (commissie-Dijsselbloem)⁴⁴ onderzoek deed.

⁴³ Max Weber, zie voetnoot 4.

⁴⁴ Verslag van de commissie Parlementair onderzoek Onderwijsvernieuwingen, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 007, nr. 6.

De professionaliteit van de zorgverlener in het primaire proces valt in ten minste vier onderdelen uiteen:

- de vakdeskundigheid;
- de beroepsethiek;
- de gerichtheid op de individuele patiënt (waarvoor zicht op de omgeving van die patiënt nodig is);
- de (publieke) verantwoording.

Deze vier onderdelen van professionaliteit stellen eisen aan de opleidingen, het gemeenschappelijke verantwoordelijkheidsbesef van de beroepsgroep voor de kwaliteit van de beroepsuitoefening, het besef van publieke verantwoordelijkheid bij de individuele beroepsbeoefenaar (hetgeen ook een besef van afhankelijkheid van anderen inhoudt) en de ruimte die de zorgverlener geboden wordt om de zorgvrager als individu te zien. Hoe kan aan die eisen worden voldaan? Zijn bijvoorbeeld de veranderingen in de opleidingen de afgelopen vijftien jaar daarop gericht geweest of juist niet? Dragen individuele cliëntenrechten bij aan de kwaliteit van het primaire proces of doen zij afbreuk aan de vertrouwensrelatie tussen zorgverlener en patiënt, altijd een relatie tussen ongelijke partijen? Deze vragen behoeven beantwoording als de kwaliteit van het primaire proces serieus wordt genomen.

De vraag wie die kwaliteit bewaakt in een systeem van gereguleerde marktwerking is niet gemakkelijk te beantwoorden. Concurrentie op de zorgmarkt of tussen de

verzekeraars levert geen dwingende kwaliteitsnormen op. De politiek verantwoordelijke minister kan slechts een beperkt zicht hebben op het primaire proces; zijn ministerie is inhoudelijk sterk afhankelijk van informatie die anderen aanleveren. De beroepsgroepen vormen steeds meer een onderdeel van de tussenlaag die de politiek verantwoordelijke minister en de professionele uitvoerders gescheiden houdt.⁴⁵

Maar waarom zouden we ons zorgen maken? Volgens de indicatoren van de Euro Health Consumer Index 2009 scoort de Nederlandse gezondheidszorg zeer hoog. Dat is juist, maar wat zegt dat over de opvattingen van zorgverleners en zorgvragers over de kwaliteit van het primaire proces? Jarenlang is op grond van vele data volgehouden dat het onderwijs, een terrein dat door wetgeving strak is gereguleerd, door de overheid wordt gefinancierd, traditioneel een gezaghebbende inspectie heeft en relatief beperkte beleidsvrijheid voor schoolbesturen kent, ook in vergelijking met het buitenland, 'aan de maat' was. Sinds het onderzoek van de commissie-Dijsselbloem is het besef gegroeid dat, niettemin, juist 'de kwaliteit van het primaire proces' onder de onderwijshervormingen heeft geleden.⁴⁶ Hoe is te voorkomen dat over tien jaar een vergelijkbare conclusie voor de gezondheidszorg moet worden getrokken?

⁴⁵ Dat gevaar lopen ook patiëntenorganisaties.

⁴⁶ Lees in dit verband ook de gegevens die de Amsterdamse wethouder L. Asscher presenteert in zijn Wibautlezing op 4 februari 2010 én de hoopgevendende resultaten als onacceptabele situaties niet langer meer als normaal worden gezien.

Bestuurders van zorginstellingen bevinden zich in een gecompliceerde positie. Aan de ene kant hebben zij een bedrijf dat zich een stevige marktpositie moet zien te veroveren.⁴⁷ Aan de andere kant zijn zij verantwoordelijk voor de uitvoering van publieke taken. Enerzijds moeten zij onderhandelen met oligopolische zorgverzekeraars, die zich ook steeds meer een oordeel aanmatigen over behandelingen (en zelfs in zorginstellingen gaan participeren). Anderzijds zijn zij onderworpen aan een overheid die steeds meer intervenueert en controleert. Standaardisering en juridisering zijn het gevolg. De kwaliteit van het primaire proces wordt sluitstuk.

Bestuurders van zorginstellingen moeten rigoureuze keuzes maken voor de kwaliteit van het primaire proces als ijkpunt voor hun handelen. Dat betekent dat zij niet alleen beschikken over de (juridische) mogelijkheden om de medische staf (beheersmatig) aan te sturen, maar ook over gevoel voor het primaire proces en althans enige deskundigheid. Alleen dan kunnen zij tegenwicht bieden tegen de parallel lopende (financiële) belangen van overheid en verzekeraars. Alleen dan kan het aantal regels, controleurs en rekenmeesters worden teruggedrongen.

Bestuurders én zorgverleners moeten beiden duidelijk zicht hebben op zowel de mogelijkheden als de grenzen van hun eigen professionaliteit. Zij moeten bereid zijn voor hun werk (en de onvermijdelijke fouten daarin) ook tegenover elkaar

verantwoordelijk af te leggen. Zij moeten erkennen dat zij voor het succes van hun werk van elkaar afhankelijk zijn. Maar het belangrijkste is misschien wel het beroeps-ethos van beiden, bestuurders en zorgverleners. Beroeps- en gedragscodes zijn daarvoor geen vervanging. Waarom wordt daarop dan toch steeds meer ingezet?

De altijd bestaande spanning tussen de kwaliteit van het primaire proces en de betaalbaarheid zal, voorspelbaar, in de komende jaren toenemen. De kans is groot dat dat leidt tot 'meer van hetzelfde': meer normen, meer protocollen, meer modellen waarbinnen de zorgverleners hun werk moeten doen.⁴⁸ Deze zullen steeds minder passen op de problemen die zorgverleners ontmoeten. Dat is alleen te voorkomen door te investeren in inhoudelijke kennis in het openbaar bestuur en door te investeren in de kwaliteit van het primaire proces.

4 Kennis van de werkelijkheid waarin burgers leven

In de epiloog van zijn boek uit 1993 (!) 'Het einde van de democratie', waarin de komst van een mondiale 'netwerkmaatschappij' en de ondergang van de nationale staat wordt aangekondigd, stelt Jean-Marie Guéhenno:

⁴⁷ Al is het zeer de vraag of wel van een markt kan worden gesproken.

⁴⁸ Of overgaan tot 'selectief winkelen' en geen 'dure' patiënten meer aannemen, zoals het academisch ziekenhuis Maastricht voorstelde.

”Twee eeuwen lang hebben we gedacht dat vrijheid de vrucht is van de politiek en dat de politiek de vorm van de vrijheid bepaalt. We wilden burgers zijn. Maar tegenwoordig is burgerschap niet meer dan een praktisch middel waarvan we ons bedienen om onvrede over de leiders te uiten. We hebben de basis verloren waarop onze waardigheid van vrije mensen berustte: het verlangen om (als burgers) een politiek lichaam te vormen. De gevolgen van dit verlies zijn veel subtieler dan die van de oude vormen van tirannie en geven ons het gevoel dat we langzaam, pijnloos en onherstelbaar leegbloeden.”⁴⁹

Individueel staatsburgerschap

Dit betoog van Guéhenno is om ten minste twee redenen voor Nederland interessant. Allereerst refereert hij aan een individueel staatsburgerschap dat in Nederland weinig is ontwikkeld. ”Het verlangen om als burgers een politiek lichaam te vormen” werd nooit algemeen gedeeld. De leer van de volkssoevereiniteit is na de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 nooit meer in een Nederlandse Grondwet vastgelegd. Aan de opvoeding tot individuele staatsburger wordt, ook in het onderwijs, weinig aandacht besteed. Daarnaast beperkt Guéhenno het burgerschap tot de relatie met de staat. Ook dat lag in Nederland anders. In het verzuilde staatsbestel stond niet de politieke betrokkenheid bij de staat voorop, maar de betrokkenheid bij een sociale groep, protestanten (in grote verscheidenheid), rooms-katholieken, socialisten en liberalen (een zuil tegen wil

en dank). Toen die betrokkenheid als gevolg van de individualisering aan kracht inboette, werd dat als bevrijding ervaren. Met die individualisering ontwikkelde zich echter niet automatisch de individuele burger, de 'citoyen'. 'Citoyenneté' ontstaat vanuit een gemeenschappelijk gevoelde publieke verantwoordelijkheid, onafhankelijk van iemands afkomst of levensbeschouwing. Die gemeenschappelijkheid stuit af op het wij-zij denken. Dat is problematisch, nu Nederland van een land van minderheden een land is geworden waarin 'de' (veronderstelde) meerderheid 'de' (veelkleurige) minderheid minder tolereert. Essentieel in een democratie is respect voor minderheden.⁵⁰

Een tweede voorwaarde voor een individueel staatsburgerschap is de erkenning door de staat. Die erkenning is onmogelijk als de staat geen duidelijk zicht meer heeft op de burgersamenleving en burgers als klanten worden beschouwd; als burgers hun eigen leven als onderneming moeten runnen, maar een zicht op de eigen toekomst in de *burgersamenleving* ontberen. Oproepen aan burgers om hun gedrag te veranderen, zullen nauwelijks effect hebben als het bedrijfsmatige denken binnen het open-

⁴⁹ J.-M. Guéhenno, 'Het einde van de democratie', Lannoo, Tielt 1996, blz. 119.

⁵⁰ In de actuele discussie worden bij het begrip minderheid, etniciteit en religie als bepalende criteria gehanteerd. Daarmee dreigt te worden vergeten dat "allen die zich in Nederland bevinden" (artikel 1 van de Grondwet) op uiteenlopende momenten tot een politieke, culturele, sociale of economische minderheid behoren.

baar bestuur zelf niet verandert. In de *staatsburger* wordt het beeld van de *staat* zichtbaar. Maar ook het omgekeerde is waar. In de staat behoort ook het beeld van de burger zichtbaar te zijn. Tijdens de verzuiling reflecteerde de staat de groepsgewijze georganiseerde burgersamenleving. Het openbaar bestuur was zich bewust van zijn afhankelijkheid van de maatschappelijke organisaties, het Particulier Initiatief (en vice versa). Dat besef nam af toen ook binnen de maatschappelijke organisaties het marktdenken dominant werd, die organisaties zelf marktpartijen werden of met handen en voeten werden gebonden aan de eisen die het openbaar bestuur stelt. De betrokken en participerende burger die meer wil zijn dan klant, herkent zich niet meer in de staat noch in de maatschappelijke organisaties. Tegelijkertijd herkennen velen zich ook niet meer in de politieke partijen die in wisselende coalities het bestuur vormen. Zij worden als verlengstuk van het openbaar bestuur gezien.

Wederzijds gebrek aan vertrouwen

Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat veel burgers het gevoel hebben greep te missen op de ontwikkelingen in de eigen omgeving waarvoor het openbaar bestuur de verantwoordelijkheid claimt en zij niet (meer) geloven dat hun volksvertegenwoordigers wel invloed hebben op de gang van zaken in eigen land en de ontwikkelingen in Europa. Er is wederzijds een gebrek aan vertrouwen: vertrouwen in elkaars competentie; vertrouwen in de bereidheid de grond-

beginselen van de democratische rechtsorde (rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, democratische legitimatie en publieke verantwoording, effectiviteit en efficiency) te respecteren. Waarom zouden burgers het bestuur vertrouwen als ze het gevoel hebben dat ze door de bestuurders niet vertrouwd worden? Waarom zouden ze hun volksvertegenwoordigers nog kiezen als ze geen vertrouwen hebben dat gekozen volksvertegenwoordigers daadwerkelijk politieke controle uitoefenen op het bestuur? Dat wederzijdse vertrouwensprobleem is sinds 2002 niet dichterbij een oplossing gekomen. Dat kan ook niet, omdat volksvertegenwoordigers, bestuurders en ambtenaren, publieke en private functionarissen elkaar gevangen houden.

'Decentraal moet, tenzij het alleen centraal kan'

Om problemen te kunnen oplossen, moeten die problemen eerst zo concreet mogelijk worden gedefinieerd en moeten de probleemhebbers het gevoel hebben dat met hun ervaringen en inzichten eerst bij de analyse en vervolgens bij het formuleren van de oplossing rekening is gehouden. Waar de burgers de probleemhebbers zijn, ligt het voor de hand het aangrijpingspunt voor de oplossing niet op centraal, maar allereerst op lokaal niveau te zoeken. In het Nederlandse staatsbestel heeft altijd een sterke nadruk gelegen op het lokale bestuur. '*Decentraal moet, tenzij het alleen centraal kan*'⁵¹ is niet

⁵¹ Advies van de Raad van State van 7 mei 2009, no. W04.08.0255/1, 'Tweede periodieke beschouwing van de Raad van State over interbestuurlijke verhoudingen'.

alleen een voortzetting van die traditie, maar ook de uiting van het besef dat op decentraal niveau de vertrouwensrelatie tussen burger en bestuur gemakkelijker te herstellen en te onderhouden is. Daarom is de alles-overheersende bemoeienis van de landelijke politiek bij en met de plaatselijke verkiezingen ook zo schadelijk. Het is een miskenning van het belang van de lokale democratie, ook voor het functioneren van het openbaar bestuur op landelijk niveau. Vaak wordt vergeten dat er in het Nederlandse staatsbestel wel een hiërarchie van normen bestaat (wetten gaan boven gemeentelijke verordeningen), maar geen hiërarchie van besturen. Het Rijk is niet de baas van (en in) de provincies of de gemeenten. Het lokale bestuur heeft zijn eigen politieke legitimatie. Lokaal bestuur en centraal bestuur vormen elkaars tegenwicht.⁵²

Op lokaal niveau is de wederzijdse afhankelijkheid van overheid en burgers beter zichtbaar dan op landelijk of Europees niveau. Ook binnen het lokaal bestuur is het marktdenken echter dominant geworden. Ook in gemeenten worden burgers als 'praktijkdeskundigen' en 'medebestuurders' vaak genegeerd. Daarmee komt de gemeente als *habitat* van de burger, zijn woonplaats, in het gedrang. Juist op lokaal niveau gaat het om meer dan functioneel bestuur. Functioneel bestuur doorbreekt vaak bestaande gemeenschappen in buurt, dorp of stad. Dat wordt vaak onvoldoende beseft. De betekenis van het lokale, de eigen identiteit van een lokale gemeenschap, wordt verwaarloosd. De ene stad of het ene dorp is de (het) andere niet. Een Amsterdammer wil niet in

Den Haag wonen (en vice versa) vanwege het karakter van de eigen stad. Hoe kan dat karakter worden bewaard? Op nationaal niveau groeit het bewustzijn dat er met het vervagen van de grenzen van de staat een grotere behoefte is aan een herdefiniëring van de betekenis van de natie. Maar geldt dat *mutatis mutandis* niet nog sterker voor de eigen kenmerken van lokale gemeenschappen? Kunnen burgers zich nationale burgers voelen als ze zich niet meer thuis voelen in eigen stad, dorp of buurt? Kunnen ze zich thuis voelen in eigen stad, dorp of buurt als ze het gevoel hebben dat hun oordeel er toch niet toe doet?

Constitutioneel patriottisme

De burger in de moderne democratische rechtsstaat heeft niet één identiteit. Hij is niet alleen staatsburger. Hij is ook burger van zijn gemeente, van de Europese Unie, van het Koninkrijk.

Als staatsburger kan hij zijn vertegenwoordigers op de verschillende niveaus kiezen, maar hij kan ook deelnemen aan het publiek debat – via inspraakprocedures en betogingen, in de media en op internet – over 'kwesties' van publiek belang op het niveau van de gemeente, de

⁵² "Bij wijze van gedachte-experiment heb ik in de jaren tachtig van de vorige eeuw wel eens geopperd dat er naast een gemeentefonds in handen van het Rijk, een rijksfonds in handen van de gemeenten zou bestaan. Niets verhindert echter het lokale bestuur om suggesties te doen waar het Rijk met minder toe zou kunnen. *Mutatis mutandis* geldt dat ook voor de professionele uitvoerders", HTW.

staat, de Unie, het Koninkrijk. Hij kan ook deelnemen aan de 'burgersamenleving' waarin hij met anderen kan samenwerken in het publiek belang.

Om dit 'republikeinse burgerschap' te kunnen uitoefenen zijn hem in de Grondwet de klassieke vrijheidsrechten gegarandeerd, zoals de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst en levensovertuiging, van vereniging en vergadering. De Grondwet bevat ook de sociale grondrechten, een opsomming van 'de kernverantwoordelijkheden' van de staat. Een belangrijk deel van de Grondwet is gewijd aan de staatkundige instituties die in de loop van de geschiedenis hun vorm hebben gekregen.

Klassieke en sociale grondrechten en de staatkundige instituties vormen het fundament van burger én staat. Niet voor niets bepleit Habermas '*een constitutioneel patriottisme*', waaronder hij verstaat de gehechtheid aan de mensenrechten, de algemene rechtsbeginselen, de grondrechten, plichten en procedures die in het constitutioneel bestel zijn opgenomen.⁵³ Alleen als dat gemeenschappelijke fundament vanwege de staat – door politici, bestuurders en ambtenaren – zelf wordt onderhouden, zullen de vele lovenswaardige initiatieven om bij de burgers meer besef voor de Grondwet te wekken, effectief kunnen zijn.

De democratische rechtsstaat is kwetsbaar in een wereld waarin grenzen vervagen. Die kwetsbaarheid dwingt niet alleen tot verruiming van de democratische rechtsorde buiten de Nederlandse grenzen (Europa), maar ook tot versterking van de betrokkenheid van burgers, maatschappelijke organisaties en bedrijven bij de handhaving van de democratische rechtsorde.

Handhaving van de democratische rechtsorde is immers een *gemeenschappelijke* verantwoordelijkheid.

Conditie voor burgerschap

Betrokkenheid van burgers moet van onderop worden ontwikkeld, in eigen stad of buurt of bij de eigen school. De voorwaarden zijn bekend: versterk de kleinschalige verbanden, ga uit van vragen, oplossingen en activiteiten van de burgers zelf en bied daarvoor ruimte, accepteer dat uitkomsten (daardoor) per provincie, stad of straat verschillend kunnen zijn, wees als overheid normerend en stimulerend en toon als bestuurders waardering voor de eigen inbreng van burgers. Essentie van het burgerschap, als publiek ambt, is het eigen initiatief. Burgers bepalen zelf hoe zij hun publieke ambt vervullen. Vrijheid en variatie zijn voor democratie immers essentieel. Een door het bestuur 'gecertificeerd burgerschap' is een contradictie. Het kweekt geen burgers, maar onderdanen.⁵⁴ Dit betekent echter niet dat het bestuur slechts aandacht kan vragen voor de betekenis van actief burgerschap en verder maar moet afwachten of en in hoeverre burgers daaraan invulling geven. Het kan langs verschillende wegen burgerschap concreet bevorderen en doet dat ook. Enkele voorbeelden.

⁵³ J. Habermas, 'Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats', Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1992, blz. 642.

⁵⁴ 'Vormen van democratie'. Een advies over democratische gezindheid (advies 42), Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, 2007, blz. 9.

Burgerschap komt tot bloei bij een breed gedragen besef onder burgers dat de samenleving hen niet 'overkomt', maar juist door henzelf collectief en individueel gemaakt wordt en dat hun handelen of niet handelen dus de kwaliteit van een samenleving mede bepaalt. Hierin liggen de drijfveren voor gezamenlijk vrijwilligerswerk, maar ook voor individuele hulp aan medeburgers thuis of op straat. Het bestuur kan aan dat besef bijdragen door zichzelf betrokken te tonen. Burgers verwachten van het bestuur dat het de betrouwbare instantie is waar zij terecht kunnen voor informatie, dienstverlening en begrip voor hun persoonlijke problemen; de instantie die voor problemen waarschuwt en deze probeert te voorkomen. Een betrokken bestuur heeft niet alleen oog voor doelmatigheid en doeltreffendheid, maar biedt ook ruimte aan medewerkers om zich daadwerkelijk voor burgers in te zetten. Een betrokken bestuur kan een actief burgerschap 'uitlokken' en daarmee ook de integratie van burgers met een andere culturele achtergrond stimuleren.

Burgerschap wordt bevorderd door het uitdragen van de kernwaarden van de democratische rechtsstaat. Dit gebeurt dagelijks zowel door de mensen die in de frontlinies van het openbaar bestuur opereren - de politieagent en de UWV-medewerker - als door beroepsmatige gezagsdragers, zoals de leraar en de sportleider, maar ook door andere burgers die opkomen voor publieke belangen, individueel of via groepen of buurtinitiatieven. Ook die vormen van burgerschap hebben een 'steun in de rug' nodig, alleen al door ruimte te

bieden, belangstelling te tonen en vertrouwen te geven. Het aldus investeren in de democratische rechtsstaat is belangrijker dan het fixeren van de aandacht op kengetallen en prestatie-indicatoren.⁵⁵

Burgerschap wordt ook bevorderd als het openbaar bestuur de burgersamenleving (civil society) weer 'herontdekt' en erkent als aanvulling op de staat én als noodzakelijk tegenwicht tegen de staat. Staat en burgersamenleving zijn wederzijds van elkaar afhankelijk. "Het gaat om de ruimte die de overheid aan burgers laat om hun publieke verantwoordelijkheid te organiseren, in verenigingen, in de wijk, in maatschappelijke instellingen".⁵⁶ Zonder actieve burgersamenleving wordt de legitimiteit van de staat aangetast.

"Het is van belang dat de overheid zich openstelt voor de ideeën en eigen initiatieven van burgers, hun wensen en kritiek, en daarmee rekening houdt bij de ontwikkeling van beleid. Die ruimte en die relatie moeten, zo blijkt uit de praktijk, worden verbeterd".⁵⁷ Burgers hebben nu vaak het gevoel dat er wel over

⁵⁵ 'Onverschilligheid is geen optie. De rechtsstaat maken we samen', advies van de maatschappelijke commissie 'Uitdragen kernwaarden van de rechtsstaat' in opdracht van de minister van Justitie en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag, februari 2008, blz. 6.

⁵⁶ Advies van de Raad van State van 10 december 2004, Kamerstukken II 2004-2005, 29 986, nr. 5.

⁵⁷ Advies van de Raad van State van 10 december 2004, Kamerstukken II 2004-2005, 29 986, nr. 5.

hen wordt beslist, maar niet door of namens hen. Internetconsultatie maar ook vormen van inspraak en het inrichten van 'burgerjury's' kunnen behulpzaam zijn bij het in kaart brengen en analyseren van behoeften en vragen, en bij het vinden van oplossingen. De nieuwe media zijn weliswaar geen tovermiddel,⁵⁸ maar geven in combinatie met de hogere ontwikkelingsgraad van de bevolking wel mogelijkheden tot verhoging van de kwaliteit van het overheidsbeleid en grotere zichtbaarheid van de burger als staatsburger. Meer invloed van burgers op de beleidsvorming is dan ook gewenst uit een oogpunt van bevordering van burgerschap.⁵⁹

Burgerschap kan slechts bestaan in een staat die bij zijn eigen optreden van 'constitutioneel patriotisme' blijkt geeft. Alleen zo kan voorkomen worden dat burgers en burgerschap "langzaam, pijnloos en onherstelbaar leegbloeden".

5 De crisis als kans in het openbaar bestuur

In tijden van crises komt het aan op de kracht van de democratische rechtsstaat. Nu het zelfcorrigerend vermogen van markten geen gegeven blijkt te zijn, wordt (opnieuw) vol verwachting naar de staat gekeken. Maar de staat heeft zich de afgelopen jaren op twee manieren juist sterk aan markten gebonden. Allereerst door publieke taken (gedeeltelijk) aan de markt over te laten. In het recente ontwerpadvies 'Overheid en markt: het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes' van de Sociaal-

Economische Raad, wordt geconcludeerd dat bij de introductie van marktwerking in de semipublieke sector onvoldoende aandacht was voor de identificatie en operationalisering van publieke belangen. De SER komt in het ontwerp tot de conclusie dat "besluiten over ordeningsbeleid gebaseerd moeten zijn op een analyse van de publieke belangen, informatie over de effecten van een wetsvoorstel, de borging van publieke belangen en de voordelen in vergelijking met alternatieven."⁶⁰ Ernstiger is echter een tweede vorm van afhankelijkheid: het openbaar bestuur is zelf in zijn denken de marktlogica gaan volgen. In zijn eigen functioneren wordt veelvuldig aan de markt gerefereerd (aanbod en vraag, producten en klanten, outputmeting en prestatiecontracten). Kan de staat door de dominantie van het marktdenken in het openbaar bestuur nog wel een tegenwicht tegen de markt vormen? Het blijkt moeilijk het inmiddels ingesleten marktdenken in het openbaar bestuur te doorbreken. Ook goede bestuurders - en daaraan ontbreekt het in Nederland niet - ervaren dat. Zij worden geconfronteerd met negatieve signalen uit de praktijk van de publieke dienstverlening, of het nu

⁵⁸ ICT wordt vaak gezien als spectaculaire mogelijkheid om de kwaliteit van de overheid en de interactie met burgers te verbeteren. De praktijk laat echter vaak zien dat vooral reeds maatschappelijk actieve burgers daarvan het meest profiteren, zodat het de status quo eerder versterkt dan doorbreekt.

⁵⁹ Zie het pleidooi hiervoor in 'Vertrouwen op democratie', advies van de Raad voor het openbaar bestuur, februari 2010.

⁶⁰ Het ontwerp is op 19 maart 2010 (na de afronding van deze tekst) in de Sociaal-Economische Raad ter vaststelling besproken.

om het onderwijs, het openbaar vervoer of de thuiszorg gaat. Zij stroken niet met het beleid dat hen voor ogen stond. Kritische beschouwers als Ankersmit, Chavannes, Goslinga, Klinkers, Tonckens en Trappenberg waarschuwden hen aanhoudend tegen de koers die het openbaar bestuur vaart. Het vertrouwen van kiezers in de traditionele (bestuurders)partijen, waarbinnen veel kennis over en ervaring met het openbaar bestuur is opgeslagen, is tanende. Tegelijkertijd zijn er ingrijpende maatregelen nodig als gevolg van de financieel-economische crisis, demografische ontwikkelingen en verschuivende economische verhoudingen in de wereld.

Wat moet het openbaar bestuur doen?

Risico

De financiële en economische crisis betekent ook het falen van democratisch-kapitalistische staten. Die staten zijn nu eenmaal sterk met de financieel-economische werelden verknoot geraakt. Ondanks alle internationale samenwerking en nationale toezichtmechanismen ontbrak het inzicht om de crisis te zien aankomen, laat staan te voorkomen.

Het verschijnsel crisis houdt onder meer in dat (beleids)instrumenten tekort zijn geschoten en dat (sociaal-economische) vooronderstellingen over gedrag van mensen onjuist zijn gebleken. Proberen de crisis op te lossen door dezelfde instrumenten nog meer in te zetten en van dezelfde vooronderstellingen te blijven uitgaan, zal hooguit tijdelijk werken. Dat geldt ook voor het openbaar bestuur, dat met de gevolgen van de

financieel-economische crisis wordt geconfronteerd. Wanneer voor de oplossing van de grote financiële problemen waarvoor het openbaar bestuur staat, dezelfde instrumenten worden ingezet en van dezelfde vooronderstellingen wordt uitgegaan, zal het bezuinigingspatroon uit de jaren tachtig en negentig worden herhaald. Maar de situatie is inmiddels een andere geworden. Een aantal bezuinigingen dat toen werd beproefd, staat niet meer ter beschikking. Mogelijkheden voor privatisering en verzelfstandiging zijn zeer beperkt geworden. Voorzieningen die als vangnet bedoeld zijn om burgers door moeilijke tijden heen te helpen, zijn in de afgelopen decennia beperkt. Ook de hooguit bescheiden economische groei zal weinig kunnen bijdragen aan de verlichting van de financiële problematiek. Daarom is het risico reëel dat bij bezuinigingen binnen het openbaar bestuur en de publieke dienstverlening opnieuw het volle accent zal liggen op de economische rationaliteit en het financiële beheer.⁶¹ Meer van hetzelfde zal het resultaat zijn. Op grond van de ervaringen in de afgelopen vijfentwintig jaar leidt meer van hetzelfde tot een verdere teruggang in inhoudelijke deskundigheid binnen het openbaar bestuur ('outsourcing'), tot verdere verknoping van publieke en private belangen en daarmee tot veraging van verantwoordelijkheden. Meer van hetzelfde leidt tot minder ruimte voor differentiatie in de uitvoering en tot verdere groei van de dure tussenlaag tussen de minister die voor het beleid verantwoordelijk

⁶¹ Dat gevaar is, gelet op de opdracht aan de werkgroepen brede heroverwegingen, bepaald niet denkbeeldig.

is en de professionele uitvoerders van dat beleid.

Die groeiende tussenlaag vergroot de onmacht van de politiek en verkleint de invloed van de burger.

Dat meer van hetzelfde is, naar de ervaring leert, uiteindelijk voor de gemeenschap duurder en draagt niet bij aan herstel van vertrouwen.

Politieke herbezinning

Als de financieel-economische crisis serieus wordt genomen, dan is een politieke herbezinning nodig op de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving (civil society),⁶² op de vraag wie verantwoordelijk is voor wat en dus op de vraag welke taken geheel of gedeeltelijk onder directe politieke verantwoordelijkheid door het openbaar bestuur moeten worden uitgevoerd. Daarbij zullen vragen kunnen rijzen die tot nu toe onbesproken bleven. Voorbeeld: waarom vindt iedereen het normaal dat de staat wel direct verantwoordelijk is voor de *fysieke* basisinfrastructuur en niet voor de *financiële* basisinfrastructuur? Waarom werden achtereenvolgens in 1891 de Rijkspostspaarbank, in 1918 de nationale Postcheque- en Girodienst en in 1945 de Nationale Investeringsbank ingesteld? En waarom werden ze de afgelopen vijftientig jaar achtereenvolgens weer afgestoten en hoe wordt daartegen nu aangekeken? Als de reden voor afstoten was dat de verantwoordelijkheid voor die basisinfrastructuur niet meer nationaal kon worden gedragen, waarom dan niet Europees?

De herbezinning op de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving vereist kennis van de eigen staat-

kundige identiteit met een blik naar buiten (Europa) in plaats van naar binnen, voorrang voor de beginselen van de democratische rechtsstaat (rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, democratische legitimatie en publieke verantwoording, effectiviteit en efficiency) boven het bedrijfsmatige New Public Management, accent op de inhoudelijke deskundigheid binnen het openbaar bestuur in plaats van op procesmanagement en beheer.

Die herbezinning kan niet zonder politiek inhoudelijk debat over waar het met Nederland in de komende tien jaar maatschappelijk, cultureel en economisch heen moet en wat de rol van het openbaar bestuur daarin zal zijn. De vraag rijst of dat inhoudelijke debat kansrijk is, nu de positie van politieke partijen zelf op het spel staat, de aandacht zich vooral richt op personen en politici en bestuurders sterk van elkaar afhankelijk zijn, zowel door strakke regeerakkoorden als door de praktijk dat de politieke leiders in het kabinet zitting hebben. Lukt het partijen om over de eigen schaduw heen te springen en ruimte te creëren voor een nieuwe inhoudelijke opstelling? Een eerste antwoord op die vraag zal worden gegeven tijdens de komende kabinetsformatie door de wijze waarop het debat over de heroverwegingsrapporten wordt gevoerd en in de positie van het nieuwe kabinet dat aantreedt: vastgeklonken aan een meerderheid in de

⁶² Het is op zichzelf interessant dat uitgerekend de leider van de conservatieve oppositie in het Verenigd Koninkrijk pleit voor het vormen van coöperaties voor het uitvoeren van publieke taken (The Economist, 20 februari 2010, vol. 394 nr. 8670, blz. 34).

Tweede Kamer of met een duidelijk onderscheid in verantwoordelijkheden tussen regering en Staten-Generaal.

De noodzakelijke herbezinning op de verhouding tussen staat, markt en burgersamenleving dwingt ook tot de erkenning dat het 'algemeen belang' geen economisch maar een politiek begrip is. Het algemeen belang moet duidelijk van particuliere belangen worden onderscheiden. De toetsing aan het algemeen belang is uiteindelijk een politieke afweging waarvoor door de bestuurder politieke verantwoording moet worden afgelegd tegenover het parlement. Door die eigen politieke afweging zal de bestuurder in botsing kunnen komen met hetgeen de markt vraagt, ambtelijk wordt aangereikt als de uitkomst van een zorgvuldige afweging, past binnen bestaande regels en procedures en op grond van de eigen (beperkte) verantwoordelijkheid als het enig mogelijke wordt gepresenteerd. Elke bestuurder komt dan voor de vraag te staan wat besturen eigenlijk inhoudt en wat de meerwaarde van zijn functie is. Zonder duidelijk antwoord op die vraag blijven bestuurders afhankelijk van wat ambtenaren voorbereiden, deskundigen (en toezicht-houders) aandragen, belangengroepen betogen of in de coalitie politiek haalbaar is. Voor die *eigen* toetsing aan het algemeen belang staat elke minister: de minister van Financiën in zijn verantwoordelijkheid voor de publieke financiën en in zijn medeverantwoordelijkheid voor de stabiliteit van het financiële stelsel, de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport wanneer hij wordt aangesproken op de kwaliteit van de gezondheidszorg en de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

bij zijn 'aanhoudende zorg'⁶³ voor het onderwijs. In die zin is besturen niet alleen de kunst van het mogelijke, maar ook de kunst om mogelijk te maken wat voor onmogelijk wordt gehouden.⁶⁴

Inhoudelijke deskundigheid

Om zijn verantwoordelijkheden waar te kunnen maken, moet een bestuurder kunnen rekenen op inhoudelijk deskundige ambtenaren. Die deskundigheid is binnen het openbaar bestuur de laatste decennia teruggelopen. Met de verzelfstandiging van diensten en de uitbesteding van taken is vaak ook de daarmee verbonden inhoudelijke kennis uitbesteed. Ook de grotere mobiliteit van ambtenaren draagt aan die verminderde inhoudelijke deskundigheid bij. Het openbaar bestuur is, naar veler oordeel, op verschillende beleidsterreinen geen inhoudelijke gesprekspartner meer.⁶⁵ Wie als inhoudelijk deskundig ambtenaar verder wil komen, ook financieel, moet rouleren of manager worden, zichzelf privatiseren of uittreden. De crisis biedt een kans om die ontwikkeling te keren en te investeren in kennis op de ministeries, zowel in inhoudelijke kennis als in systeemkennis. Inhoudelijke kennis is nodig om kennis die van buiten

⁶³ Artikel 23, eerste lid, van de Grondwet: "Het onderwijs is een voorwerp van de aanhoudende zorg der regering".

⁶⁴ Vrij naar L. Asscher, Wibautlezing, 4 februari 2010.

⁶⁵ Merkwaardigerwijs ontbreekt naar aanleiding van deze geluiden tot nu toe systematisch onderzoek naar de inhoudelijke achtergronden van beleidsambtenaren op de departementen, vijftig jaar geleden én nu.

wordt aangereikt te kunnen beoordelen en de juiste vragen te kunnen stellen, adviezen te kunnen toetsen op hun relevantie voor het te voeren beleid en de effecten van het beleid te kunnen beoordelen. Systeemkennis houdt in: kennis van de essentialia van de democratische rechtsorde, kennis van de werking van het staatsbestel en van de markten waarmee het openbaar bestuur verknoot is geraakt en kennis van de politieke, bestuurlijke en maatschappelijke verhoudingen; ook Europees. Zonder die kennis kan het openbaar bestuur niet aan zijn opdracht voldoen. Zijn bestuurders zich daarvan voldoende bewust en vergewissen zij zich bij hun aantreden of deze kennis op hun departement aanwezig is? De crisis biedt een kans het openbaar bestuur beter toe te rusten met een ander personeels- en promotiebeleid waarin ook Europa een belangrijke rol speelt en vooral met een hoogwaardige (verplichte) opleiding, die op het openbaar bestuur in een democratische rechtsstaat is toegesneden. Zijn ministers (en politieke partijen) bereid en in staat in tijden van bezuinigingen daarin te investeren en (vervolgens) de kosten daarvan terug te verdienen door verminderde inhuur van externe consultants, terugbrengen van het aantal (proces)managers, schrappen van verantwoordings- en controlemechanismen en door het voorkomen van kostenoverschrijdingen bij grotere en kleinere projecten?

Kans

De geloofwaardigheid van het openbaar bestuur wordt uiteindelijk afgemeten aan de kwaliteit van de uitvoering

en de relaties met de burgers. Door het marktdenken binnen het openbaar bestuur komt - vaak onbedoeld - de ruimte voor de eigen professionaliteit van veel uitvoerders onder druk te staan. Zij besteden steeds meer tijd aan werkzaamheden die niet tot hun primaire taak behoren. Dat geldt voor de onderwijzer, de dokter, de wijkverpleegster, de politieagent. Dat demotiveert en tast de geloofwaardigheid van het bestuur aan. De crisis biedt een kans die ontwikkeling te keren. Dat kan als politiek verantwoordelijke bestuurders het succes van hun beleid, veel meer dan nu, afmeten aan de gevolgen van dat beleid voor de kwaliteit van het primaire proces (de relatie zorgverlener - zorgbehoevende, arts - patiënt, leraar - leerling, politieagent - burger). Verbetering van de kwaliteit van het primaire proces begint met investeren in de professionaliteit van uitvoerders (waaronder hun vakdeskundigheid, beroepsethiek, gerichtheid op de individuele burger en bereidheid tot het afleggen van publieke verantwoording voor de kwaliteit van hun werk). Bewaking van die kwaliteit moet ook de eerste zorg zijn van de uitvoerende instanties zelf. Alleen zo kunnen zij bijvoorbeeld in de gezondheidszorg tegenwicht bieden tegen de parallel lopende (financiële) belangen van overheid en marktpartijen. Verbetering van de kwaliteit van het primaire proces is ook een voorwaarde voor het drastisch terugdringen van de omvangrijke en kostbare tussenlaag tussen de politiek verantwoordelijke bestuurder en de professionele uitvoering. Die tussenlaag heeft zich genesteld, niet alleen op de ministeries maar juist ook in zelfstandige bestuursorganen, bij andere overheden, in beroepsorganisaties en

uitvoeringsinstanties, in particuliere (markt)organisaties die met publieke taken zijn belast. Zij zijn nauw met elkaar verbonden. Voor het terugdringen van de tussenlaag zullen zij in onderling verband moeten worden beschouwd. Door de kwaliteit van het primaire proces voorop te stellen, kan ook de betrokkenheid van burgers worden gestimuleerd. Erkenning van burgers als partners in het openbaar bestuur is de tweede voorwaarde om het marktdenken binnen het openbaar bestuur te keren. De school, de buurt, het werk worden steeds belangrijker als basis voor de bevordering van sociale samenhang en samenwerking. Daar ligt het aangrijpingspunt voor de ontwikkeling van wat vanouds particulier initiatief wordt genoemd. Dat particulier initiatief doet zich thans in andere vormen voor dan vroeger, niet meer verzuild, minder permanent, minder geïnstitutionaliseerd, maar daarom niet minder belangrijk.

Ruimte geven

Voor de effectieve oplossing van de problemen in het functioneren van het openbaar bestuur is een zorgvuldige diagnose van de oorzaken van die problemen een eerste voorwaarde. Daaraan is in de afgelopen jaren te weinig systematisch aandacht besteed. Tegelijkertijd neemt de druk op het openbaar bestuur toe. Er wordt veel van het openbaar bestuur verwacht. Die verwachtingen ontstaan niet alleen in de samenleving, maar worden ook door politici gewekt. De financiële marges zijn echter zeer smal. De bestaande instrumenten van het New Public Management schieten tekort. Dat betekent dat ook

nieuwe mogelijkheden van onderop een kans moeten krijgen. Vernieuwingen komen altijd uit de marge. In onzekere situaties is het ook verstandig niet alles op één kaart te zetten. Die nieuwe mogelijkheden dienen zich aan, bijvoorbeeld in het onderwijs, in de zorg, in de landbouw, in de sociale zekerheid. Zij representeren een andere werkelijkheid en doorbreken ingesleten patronen. Ze kunnen daarom ook een tegenwicht vormen tegen een marktlogica die vaak tot grootschaligheid leidt en onvoldoende rekening houdt met de kwaliteit van het primaire proces. Bestuurders zullen zich de middelen moeten verschaffen om deze vernieuwingen een kans te geven, niet zozeer financieel maar veeleer door binnen het bestaande stelsel daarvoor ruimte te creëren en er tegen te waken dat bestaande posities en belangen deze vernieuwingen van onderop, onmogelijk maken. Dat geldt bijvoorbeeld voor de ecologische modernisering van de landbouw die niet alleen borg staat voor de kwaliteit van voedsel en behoud van natuur en landschap, maar ook aanknopingspunten biedt voor vernieuwing van de gehele agrarische sector. Op het terrein van het onderwijs is een interessant voorbeeld het Eindhovense project 'Onderwijs = Kunst', waarin de relatie (individuele) leraar en (individuele) leerling centraal staat en beiden maximaal tot hun recht kunnen komen en daartoe ook worden uitgelokt. In de zorg is 'Buurtzorg Nederland' inmiddels een bekend voorbeeld. In de sociale zekerheid kan gewezen worden op de activiteiten en publicaties van de zogenoemde Baliegroep over de contouren van een sociaal zekerheidsstelsel waarin bescherming van en investeren in mensen worden

gekoppeld. Het is maar een greep uit talloze initiatieven vanuit de verschillende sectoren zelf om het anders te doen, beter toegesneden op de pluriformiteit die de huidige maatschappij kenmerkt, gericht op kwaliteit in plaats van op kwantiteit en (daardoor) ook beter financieel beheersbaar.

Een belangrijke taak van bestuurders in een democratische rechtsstaat is ruimte geven. Ruimte voor het eigen vakmanschap van de leraar, de dokter, de politieagent; ruimte voor een actief burgerschap. Ruimte geven, betekent echter ook risico nemen. Het risico dat er in de uitvoering fouten worden gemaakt waarop de politiek verantwoordelijke bestuurder zal worden aangesproken. Het risico dat verscheidenheid wordt aangemerkt als ongelijkheid. Bestuurders moeten het inzicht en de ervaring hebben om die risico's te kunnen wegen en om te beseffen dat die risico's kleiner zijn dan het blijven vervolgen van de marktlogica in het openbaar bestuur. De maatschappelijke verscheidenheid organiseren én de publieke rechtsgemeenschap handhaven, zijn de voorname taken van het bestuur in een democratische rechtsstaat.⁶⁶

mr. H.D. Tjeenk Willink



Parkstraat 4, 6 en 8



Eén Raad, twee functies

Eén Raad, twee functies

1 Inleiding

Betekenis van de Grondwet voor het werk van de Raad

In zijn beide functies heeft de Raad van State te maken met de Grondwet en met het overige constitutionele recht, zoals dat onder meer is vastgelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het recht van de Europese Unie (EU). Als adviseur draagt hij er aan bij dat de wetgever en het centraal bestuur tot wetten en besluiten komen die de constitutionele kritiek kunnen doorstaan. Als hoogste algemene bestuursrechter moet hij overheidsbesluiten toetsen aan het recht. Kent ons staatsbestel geen constitutionele toetsing van *wetten* door de rechter, door de toetsing door de Raad van State als adviseur voor wetgeving wordt wel voorzien in een vorm van geconcentreerde constitutionele toetsing van *wetsvoorstellen*, zij het dat de Raad van State daarbij niet het laatste woord heeft. Deze toetsing strekt ertoe, uiteraard samen met de toetsing die door de indieners is verricht, dat aan de Staten-Generaal voorstellen worden voorgelegd die in overeenstemming zijn met de Grondwet en dat in beide Kamers het politiek debat gebaseerd kan worden op een gedegen advies ten aanzien van de constitutionele aspecten van de wetsvoorstellen.

Hoewel de Afdeling bestuursrechtspraak wetten niet mag toetsen aan de Grondwet, doen zich wel situaties voor waarin zij de Grondwet moet uitleggen en toepassen,

zonder dat zij daarbij een wettelijke bepaling buiten toepassing hoeft te laten. Ook is zij bevoegd om lagere regelgeving en andere overheidshandelingen aan de Grondwet te toetsen en zal zij daarbij tot interpretaties en toepassingen komen die casusoverstijgende betekenis hebben. Omdat de Afdeling bestuursrecht tevens gehouden is tot toetsing aan direct werkende bepalingen van internationale verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, zal zij, niettegenstaande het toetsingsverbod, wel degelijk via de uitleg en toepassing van dergelijke bepalingen op indirecte wijze uitspraken doen die ook relevant zijn voor de interpretatie van de grondwetsbepaling die een vergelijkbare materie regelt, aangezien immers die grondwetsbepaling verdragsconform moet worden uitgelegd.

Aldus heeft de koppeling van de functies van wetgevingsadvisering en hoogste bestuursrechter ook een synergetische betekenis voor de kennis die de Raad heeft met betrekking tot de Grondwet en het overige constitutionele recht. Als adviseur toetst hij wetgevingsvoorstellen op hun constitutionele kwaliteit, als rechter wordt hij gevoed met ervaring die de rechtspraak met zich brengt met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het constitutionele recht. Kennis en inzicht

in de ene functie verworven, komen de andere functie ten goede.

Versterking van het 'constitutioneel fundament' van de Raad

Gelet op de betekenis die de constitutie in de brede zin – de nationale constitutie, Europa (EU en EVRM) en de constitutie van het Koninkrijk – heeft voor de beide taken van de Raad, lag het besluit om te komen tot een versterking van zijn kennis daarvan, op zich reeds voor de hand omdat zij het 'constitutionele fundament' vormt voor het werk van de Raad. Aan dit besluit lagen verder nog een viertal specifieke overwegingen ten grondslag. In de eerste plaats – uiteraard – de mogelijkheid van invoering van grondwettelijke toetsing door de rechter. De afkondiging in het verslagjaar van de zogenoemde 'verklaringswet Halsema'¹ heeft deze invoering een flinke stap dichterbij gebracht. Invoering ervan brengt met zich dat nog scherper zal worden gekeken naar de adviezen van de Raad op het gebied van de grondwettelijke toetsing en dat de Afdeling bestuursrechtspraak als hoogste algemene bestuursrechter deze grondwettelijke toetsing ook zal moeten verrichten en dat zij daarbij tevens leiding zal moeten geven aan de lagere bestuursrechters. Een tweede overweging is gelegen in het vraagstuk van de legitimiteit van de wetten. De vooronderstelling die aan elke wetgeving ten grondslag ligt, dat de maatschappelijke werkelijkheid en haar ontwikkeling op voorhand in algemene regels gevat kunnen worden, gaat niet (altijd) meer op. Door de toenemende pluriformiteit

van de samenleving is er steeds minder sprake van gemeenschappelijke achtergronden, algemeen aanvaarde opvattingen en gelijkgerichte belangen. In een dergelijke situatie is helderheid over de grondslagen van de constitutie en over de eisen die de rechtsstaat stelt, een eerste vereiste voor een ordelijke en vreedzame samenleving. Een derde overweging berust op de constatering dat het constitutionele speelveld gecompliceerder is geworden door het feit dat de nationale constitutionele rechtsorde in verregaande mate verbonden is met andere constitutionele ordes, zoals die van het Koninkrijk, Europa en internationale organisaties waarvan Nederland lid is. De toenemende onderlinge verwevenheid van rechtsordes levert ingewikkelde problemen op voor de kwaliteit van wetgeving en bestuur.

De vierde overweging komt voort uit de resultaten van een intern onderzoek dat de Raad heeft ingesteld en waarin enige punten in de advisering zijn geconstateerd die voor verbetering vatbaar zijn, zoals het feit dat de Raad in zijn adviezen over 'grondwetskwesaties' die in de wetsvoorstellen voorkomen, soms zonder kenbare redenen nalaat opmerkingen te maken, dat de opmerkingen die hij maakt soms niet geheel afdoende zijn en dat de motivering die hij geeft hier en daar nogal beknopt is.

Oprichting van een vaste commissie voor constitutionele vragen

Om te komen tot een meer systematische aandacht voor het 'constitutioneel fundament' heeft de Raad in 2008

¹ Stb. 17 maart 2009, nr. 120.

een vaste commissie – 'het constitutioneel beraad' – ingesteld die tot taak heeft de Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak te preadviseren over vragen die bij het werk rijzen met betrekking tot de Grondwet, de nationale constitutionele beginselen, het Statuut voor het Koninkrijk, het constitutionele recht van de Europese Unie, het EVRM en de andere mensenrechtenverdragen. De preadvisering door deze commissie is uiteraard niet bindend: de zelfstandige oordeelsvorming van de Raad als adviseur en hoogste bestuursrechter blijft volledig intact. In die oordeelsvorming zullen bovendien ook andere dan constitutionele overwegingen een rol spelen. De preadvisering brengt wel een samenbundeling van constitutionele deskundigheid binnen de Raad in en schept daarmee een goede basis om te komen tot heldere, consistente en goed beargumenteerde adviezen en uitspraken op constitutioneel gebied. In het kader van zijn werk zal het constitutioneel beraad waar het dat nodig oordeelt, nadere studies kunnen verrichten of laten verrichten om zijn kennis van en inzicht in de constitutie aan te scherpen.

Studie naar de rol en betekenis van de Grondwet

Het constitutioneel beraad begeleidt ook de studie naar de rol en betekenis van de Grondwet die reeds enige tijd vóór de instelling van de commissie was aangevangen. In dat kader zijn de afgelopen jaren twee onderzoeken uitgevoerd naar constitutionele toetsing in het wetgevingstraject. Het eerste onderzoek concentreerde zich

op enige grondrechten, gekozen op grond van hun relevantie voor de maatschappelijke thema's pluriformiteit en veiligheid. Het tweede onderzoek had vooral betrekking op de institutionele bepalingen in de Grondwet. Bij deze onderzoeken is de aandacht gericht op de uitleg die de Raad in zijn adviespraktijk aan de Grondwet geeft in relatie tot de interpretatie door de wetgever zelf. De uitleg van de Grondwet staat evenwel zelden op zichzelf; vrijwel steeds zijn er verbanden met andere bronnen van constitutioneel recht, alsmede met de staatkundige praktijk en de maatschappelijke context. Het geheel wordt afgesloten met een essay waarin enerzijds de resultaten van de beide onderzoeken over het voetlicht worden gebracht en anderzijds de grondwettigheidstoetsing in het wetgevingstraject in een wijder perspectief op constitutionele toetsing wordt geplaatst. In dit verband komt ook de mogelijke versterking van de constitutionele toetsing door de rechter aan de orde. De studie zal in april 2010 worden gepubliceerd en zal het onderwerp zijn van een door de Raad op 25 mei 2010 te organiseren symposium over constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State.

De betekenis van de Grondwet

De Raad acht de explicitering en verdere ontwikkeling van de kennis van de nationale constitutie – de Grondwet en het overige geschreven en ongeschreven constitutionele recht – van groot belang, omdat hij de overtuiging heeft dat juist in onze tijd van maatschappelijke pluriformiteit en snelle verandering de stabiliserende en

legitimerende betekenis van de constitutie toeneemt.

In het geheel van de nationale constitutie is de Grondwet het meest tastbare deel.

”De Nederlandse Grondwet is allereerst een staatkundig document, waarin de fundamentele rechten van burgers en de positie van de belangrijkste staatsinstellingen – hun samenstelling, onderlinge verhoudingen en bevoegdheden – staan beschreven. Aldus zijn in de Grondwet belangrijke waarden neergelegd, zoals de waarborging van fundamentele rechten, democratische besluitvorming en elementen van de legaliteitsbeginsel”.²

Omdat de Grondwet geschreven is voor een lange tijdsorde en een ongewisse toekomst, is haar normativiteit niet zozeer gelegen in nauwkeurig omschreven regels die toegepast moeten worden in dito omstandigheden, zoals voor ‘gewone’ wetten doorgaans het geval is, maar in beginselen, waarden en spelregels waaraan in wisselende omstandigheden en onvoorziene situaties door de staatkundige instituties inhoud en betekenis moet worden gegeven. De Grondwet vormt het kompas van de democratische rechtsstaat in onzekere tijden. Kennis van en inzicht in de betekenis van de constitutie bij de staatkundige en maatschappelijke instituties vormen een noodzakelijke voorwaarde om de Grondwet tot haar recht te laten komen. Geconstateerd moet echter worden dat ”de kennis van en het begrip voor de constitutionele waarden waarop het staatsbestel rust en de staatkundige spelregels die daarbij horen, bij volksvertegenwoordigers, bewindslieden, ambtenaren en journalisten zijn afgenomen”.³

In de waardering van de betekenis die de Grondwet kan spelen voor de versterking van onze democratische rechtsstaat, staat de Raad niet alleen. De parlementaire discussie over de eerste lezing van het initiatiefvoorstel Halsema en de voorstellen van de Nationale Conventie maken duidelijk dat deze overtuiging in het parlement en ook daarbuiten breed gedeeld wordt.

Werpen we een blik over de grens, dan blijkt dat de waardering voor de betekenis die de nationale Grondwet voor het staatkundig en het rechtsleven heeft, in de ons omringende landen niet alleen gedeeld wordt, maar over het algemeen ook verder ontwikkeld is dan hier. In nagenoeg alle lidstaten van de Europese Unie die een Grondwet hebben, is de rechter bevoegd de wetten in formele zin te toetsen aan ten minste de in de Grondwet opgenomen grondrechten. De meeste landen van de Europese Unie hebben bovendien een constitutioneel hof, dat niet alleen via een prejudiciële of een klachtprocedure eenheid geeft aan de constitutionele toetsing van wetten door de rechter, maar dat in bepaalde gevallen ook bevoegd is nieuwe wetten vóór hun inwerkingtreding op hun grondwettigheid te toetsen. Constitutionele toetsing van wetten en zeker de aanwezigheid van een constitutioneel hof zorgen in die landen voor een constante aandacht voor de betekenis van de constitutionele waarden en beginselen voor wetgeving, bestuur en rechtspraak en dragen bij aan het publieke en politieke debat daarover.

² Advies van de Raad van State inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet van 14 april 2008, blz. 5.

³ Advies van de Raad van State inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet van 14 april 2008, blz. 8.

Met het oog daarop is het relevant in het kader van de lopende discussie over de wenselijkheid de rol van de Grondwet te versterken, een blik over de grens te werpen. Wie zijn in de andere staten van de Europese Unie en in het bijzonder in de ons omringende landen, met constitutionele toetsing belast? Welke problemen heeft men daar (gehad)? Welke oplossingen zijn daarvoor gevonden en wat zijn de ervaringen die zijn opgedaan? Dat kan inspiratie geven bij het zoeken naar oplossingen in ons land in de discussie over constitutionele toetsing.

2 De constitutionele toetsing van wetten door de rechter in de ons omringende landen

Ontwikkeling van de constitutionele toetsing van wetten

De geschiedenis van de constitutionele toetsing van wetten door de rechter vangt in 1803 aan met de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in de zaak *Marbury v. Madison*. In deze uitspraak werd beslist dat de rechter de bevoegdheid heeft de wetten aan de Grondwet te toetsen en dat hij bevoegd is deze buiten toepassing te laten indien en voor zover zij naar zijn overtuiging strijdig zijn met de Grondwet.

In de Europese rechtssystemen vond dit voorbeeld lange tijd geen navolging. Het uitgangspunt in de landen aan deze zijde van de Atlantische Oceaan was dat de wetgever de enige institutie is die bepaalt of de wet al dan niet strijdig is met de Grondwet.

De nieuwe federale republiek Oostenrijk beet na de Eerste Wereldoorlog in 1920 het spits af met de instelling van een apart constitutioneel hof dat, anders dan in Verenigde Staten, wetten vóór hun inwerkingtreding kon toetsen aan hun conformiteit met de Grondwet. De bedoeling was om aldus te voorkomen dat ongrondwettige wetten deel zouden gaan uitmaken van de rechtsorde. Getoetst werd uitsluitend op de grondwettelijke competentieverdeling tussen de federatie en de deelstaten. De reden om deze vorm van rechterlijke toetsing van wetsvoorstellen in te voeren was gelegen in het belang van de rechtszekerheid, omdat een in constitutioneel opzicht ongeldige wet alle daarop gebaseerde regelingen en besluiten in zijn val zou meeslepen.⁴

De Republiek Ierland was in 1937 het tweede Europese land dat constitutionele toetsing invoerde. Anders dan in Oostenrijk werd ervoor gekozen geen apart constitutioneel hof op te richten, maar werd het eindoordeel gelegd bij de hoogste gewone rechters.⁵ In 1941 werd daarnaast de bevoegdheid aan de President gegeven om – na advisering door de Raad van State – wetsvoorstellen door het Supreme Court te laten toetsen vóórdát hij tot ratificatie overgaat.⁶ Van deze bevoegdheid tot *a priori* toetsing, die tot gevolg heeft dat een wet die de toets

⁴ Deze theorie was gebaseerd op de opvattingen over het piramidale karakter van rechtsregels binnen de rechtsorde die de auteur van de Oostenrijkse Grondwet, Hans Kelsen, had ontwikkeld in zijn 'reine Rechtslehre'.

⁵ Artikel 34 van de Grondwet van de Republiek Ierland.

⁶ Artikel 26 van de Grondwet van de Republiek Ierland.

heeft doorstaan vervolgens niet meer door de rechter *a posteriori* getoetst mag worden, wordt echter zelden gebruik gemaakt.⁷

Na de Tweede Wereldoorlog heeft de toetsing van wetten door de rechter in de Europese landen een grote vlucht genomen. In de meeste landen werd met het oog daarop een apart constitutioneel hof opgericht. In 1949 gebeurde dat in Duitsland en in Italië. In 1958 werd een Conseil constitutionnel opgericht in Frankrijk en in 1883 een 'Arbitragehof' in België. Na het verdwijnen van de dictaturen in Spanje, Portugal en Griekenland in de jaren zeventig van de vorige eeuw, kregen ook die staten een dergelijk hof en na het verdwijnen van de 'volksdemocratieën' van Centraal- en Oost-Europa in de jaren negentig, volgden ook de daartoe behorende staten.⁸ De ervaringen van deze landen onder een totalitair regime, vormden hiervoor uiteraard de directe aanleiding. Hoofdfunctie van deze constitutionele hoven is de bescherming van de grondrechten. Voor de opzet en inrichting van deze hoven heeft het Duitse Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in de regel als inspiratie gediend. Net zoals het BVerfG dragen deze hoven zorg voor de eenheid van de jurisprudentie met betrekking tot de constitutionele toetsing van wetten via een prejudiciële procedure en in sommige gevallen een klachtprocedure. Vaak hebben zij daarnaast ook de bevoegdheid om wetsvoorstellen op verzoek van bepaalde staatkundige instituties te toetsen voordat zij in werking treden. In een beperkt aantal Europese landen werd geen constitutioneel hof opgericht, maar eigende de gewone

rechter zich als het ware zelf de bevoegdheid toe om wetten aan de Grondwet te gaan toetsen. In de jaren negentig van de vorige eeuw gebeurde dit in Denemarken, Zweden en Noorwegen.

Constitutionele toetsing van wetten door de rechter in het bijzonder met betrekking tot de grondrechten bestaat thans in nagenoeg alle landen van Europa; in de grote meerderheid van die landen is bovendien sprake van een constitutioneel hof.

De ontwikkelingen in Duitsland, Frankrijk en België

Voor het denken over oplossingen met betrekking tot constitutionele toetsing in ons land zijn in het bijzonder de ontwikkelingen en ervaringen in de ons omringende landen, Duitsland, Frankrijk en België relevant.

Ondanks niet onaanzienlijke verschillen ten opzichte van deze landen is er immers ook zeker sprake van overeenkomsten en van een toenemende convergentie in maatschappelijke en staatkundige opvattingen en ontwikkelingen.

Duitsland heeft een constitutioneel hof, het Bundesverfassungsgericht, dat reeds meer dan zestig jaar wetten zowel *a priori* als *a posteriori* aan de Grondwet toetst.

⁷ In 2000 werden twee wetten voorgelegd en beide grondwettig geoordeeld. In 2004 werd één wet voorgelegd en ongrondwettig geoordeeld.

⁸ Bulgarije, Polen, Roemenië, Tsjechië, Slowakije, Kroatië, Servië, Slovenië, Hongarije, Estland en Litouwen. Letland heeft het Opperste Gerechtshof aangewezen als constitutioneel hof.

Het hof heeft zich gepositioneerd als beschermer van grondrechten en de rechten van politieke minderheden en heeft zich een prominente plaats verworven tussen de staatkundige instituties.

In Frankrijk bestond tot voor kort geen constitutioneel hof in de eigenlijke zin. De Conseil constitutionnel die in 1958 werd ingesteld, had aanvankelijk tot taak om door *a priori* toetsing van wetgeving en de reglementen van orde van de Nationale Vergadering en de Senaat competentieconflicten tussen regering en parlement te beslechten en was niet bedoeld als beschermer van de grondrechten. Deze laatste bevoegdheid heeft het college zich toegeëigend in 1971. Vervolgens positioneerde het zich steeds meer als een rechterlijke institutie. Bij de herziening van de Grondwet van 2008 heeft het college ook de bevoegdheid verkregen tot *a posteriori* toetsing van wetten, maar daarmee is nog geen praktische ervaring opgedaan.

Een ontwikkeling die enigszins lijkt op die in Frankrijk heeft zich voorgedaan in België. Het 'Arbitragehof', dat oorspronkelijk bedoeld was om de competentieconflicten te beslechten tussen de vele staatkundige instituties die waren voorzien in de staatshervorming van de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw, is geleidelijk aan opgewaardeerd tot een volwaardig 'Grondwettelijk Hof'.

Duitsland

Het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) werd bij de Grondwet van 1949 opgericht. Het was bedoeld als beschermer van de prille Duitse democratie, van de

grondrechten en van de rechten van minderheden. Het moest als "Hüter der Verfassung im wahrhaften Sinn"⁹ een herhaling voorkomen van de ontmanteling van de democratische rechtsstaat, zoals die zich had voltrokken onder de Republiek van Weimar. Toen was gebleken dat een parlementaire democratie zonder een sterk onafhankelijk toezicht in haar tegendeel kan verkeren. Het BVerfG werd toegerust met toetsing van wetten *a priori* en *a posteriori*. Toetsing *a priori* gebeurt op vordering van bepaalde staatkundige instituties, zoals de Bondsregering, de regering van een deelstaat of van een aantal leden (een derde deel) van de Bondsdag (*abstrakte Normenkontroll-Verfahren*).¹⁰ Toetsing *a posteriori* gebeurt in een prejudiciële procedure op verzoek van een rechterlijk college dat van mening is dat een wet in strijd is met de Grondwet, indien de rechtsgeldigheid van de wet van wezenlijk belang is voor de beslissing in de zaak die voor hem aanhangig is (*konkrete Normenkontroll-Verfahren*).¹¹ Ten slotte kan het college ook op verzoek van een individueel burger oordelen of een wet in strijd is met een grondrecht, nadat de burger alle hem ten dienste staande rechtsmiddelen heeft uitgeput en zijn klacht dus ook door de hoogste (gewone) rechter ongegrond is verklaard (*Verfassungsbeschwerden*).¹²

⁹ Uwe Wesel, 'Der Gang nach Karlsruhe, Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik', Karl Blessing Verlag, München, 2004, blz. 33.

¹⁰ Artikel 93, tweede lid, van het Grundgesetz.

¹¹ Artikel 100 van het Grundgesetz.

¹² Artikel 93, vierde lid, onder a, van het Grundgesetz.

Het BVerfG is geen onderdeel van de gewone rechterlijke macht van Duitsland, hoewel zijn plaats in de Grondwet een andere indruk geeft, maar een zelfstandig en onafhankelijk gerechtshof naast de andere constitutionele organen.¹³

Het hof bestaat uit twee 'senaten' van ieder acht leden. Drie leden van iedere senaat worden gekozen uit de rechters van de vijf hoogste gerechtshoven van de Bondsrepubliek. De overige leden van het hof moeten in ieder geval voldoen aan de eisen die de wet stelt aan het bekleeden van het rechtersambt. De rechters van iedere senaat worden - bij twee derde meerderheid - voor de helft door de Bondsdag¹⁴ gekozen en voor de helft door de Bondsraad. Zij worden gekozen voor een periode van twaalf jaar en kunnen niet herkozen worden. De eis van verkiezing bij twee derde meerderheid leidt er toe dat in de regel geen enkele partij de benoeming van bepaalde kandidaten kan doorzetten, maar op samenwerking met andere partijen is aangewezen.

Het omvangrijkste deel van de taak van het Hof bestaat uit de toetsing, en met name de concrete *a posteriori* toetsing, van bepalingen van wetten aan de grondrechten. Blijkens de statistiek van het BVerfG maken de *Verfassungsbeschwerden*, dat wil zeggen het beroep dat burgers doen op het BVerfG wegens vermeende schending van grondrechten nadat alle rechtsmiddelen zijn uitgeput, verreweg het leeuwendeel van de zaaksbelasting uit. In 2008 ging het om 6.245 beroepen. Vooral sinds de jaren zestig van de vorige eeuw is op dit punt een sterk stijgende lijn te onderkennen.

Sinds 1951 betroffen de *Verfassungsbeschwerden* in totaal meer dan 96% van het zaaksantal (167.049 zaken).

Slechts een zeer beperkt deel van deze beroepen, namelijk 2,5% (4.094 zaken), was succesvol.

Slechts heel weinig zaken - in 2008 waren het er geen en in 2006 en 2007 was het één per jaar - worden voorgelegd in het kader van het *abstrakte Normenkontroll-Verfahren*. Het aantal zaken dat jaarlijks wordt voorgelegd door de gerechten in het kader van het *konkrete Normenkontroll-Verfahren*, beweegt zich de afgelopen tien jaren tussen vijftien (2003) en veertig (1999).

De jurisprudentie van het BVerfG oefent een diepgaande invloed uit op wetgeving, bestuur en rechtspraak in Duitsland.

In het zeer ingrijpende *Lüth Urteil* van 15 januari 1958¹⁵, één van de succesvolle *Verfassungsbeschwerden*, bepaalde het Hof dat de grondrechten niet alleen werking ten opzichte van de staat hebben, maar dat zij tevens waarden inhouden die het geheel van de rechtsorde beïnvloeden en de uitwerking en toepassing van de wetten moeten inspireren. Dit heeft tot gevolg dat iedere wet die tot

¹³ Artikel 1, eerste lid, van het Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG). Het Hof heeft zijn constitutionele positie, in een memorandum van zijn president van maart 1952 aan de belangrijkste federale organen, omschreven als gelijk ("ebenbürtig") aan de Bondsdag, de Bondsraad en de Bondsregering. Uwe Wesel o.c. blz. 79.

¹⁴ Artikel 6 van het BVerfGG voorziet in een vorm van indirecte verkiezing door de Bondsdag via een commissie van twaalf leden.

¹⁵ BVerfGE 7.98.S.131.

effect kan hebben dat zij grondrechten beperkt, geïnterpreteerd moet worden in het licht van de grondrechten. Het arrest brengt ook met zich dat de staat zich ter zake van de grondrechten niet langer alleen moet onthouden van bepaalde handelingen, maar dat hij soms ook maatregelen moet nemen om materiële vrijheden te vestigen of te handhaven en dat hij moet optreden als de vrijheidsrechten bedreigd worden door derden of door maatschappelijke krachten.¹⁶

De procedure van het direct beroep van de burger op de constitutionele rechter nadat hij alle rechtsmiddelen voor de gewone rechter heeft uitgeput, maakte het mogelijk dat het BVerfG in deze uitspraak die betrekking had op de vrijheid van meningsuiting, brak met de vaste jurisprudentie van de burgerlijke rechter met betrekking tot de onrechtmatige daad.

Uitspraken van het Hof geven nu en dan aanleiding tot niet geringe politieke en publieke commotie. Dat was bijvoorbeeld het geval met het ongrondwettig verklaren van het plan van de regering Adenauer om staatstelevsie in te voeren in 1961¹⁷, van de abortuswetgeving van de SPD-FPU regering in 1975¹⁸, en de Beierse wetgeving met betrekking tot de aanwezigheid van kruisbeelden in de klaslokalen van publieke scholen in 1995¹⁹. Onlangs nog verklaarde het Hof - in het kader van het *konkrete Normenkontroll-Verfahren* - het bedrag van de tegemoetkoming in de kosten van levensonderhoud voor kinderen in de nieuwe werkloosheidswetgeving in strijd met de menselijke waardigheid²⁰, waardoor een verhoging van die uitkeringen onontkoombaar is geworden²¹.

De invloed van het BVerfG op het wetgevend proces, op het politieke en publieke debat en op de grondwettelijke kwaliteit van de wetgeving is zeer groot. De jurisprudentie van het BVerfG speelt een belangrijke rol bij de voorbereiding van wetgeving en in het politieke en publieke debat.

Ondanks de 'ups and downs' in zijn populariteit heeft het BVerfG zich een hoog gezag verworven. Volgens Tim Koopmans kan dit verklaard worden door zijn constitutionele positie en de draagwijdte van zijn jurisprudentie, maar is wellicht ook sprake van een historische dimensie: "de nadruk op rechtsstatelijkheid en de vanzelfsprekende aanvaarding van de rechter als bewaker daarvan, wijzen op enig wantrouwen ten opzichte van het politieke proces en een daarmee corresponderend geloof in het werk van de gerechten".²²

De constitutionele toetsing van wetten kan in Duitsland dan ook als een 'rustig bezit' worden beschouwd.

¹⁶ Dieter Grimm, voormalig lid van het BVerfG, in Robert Badinter en Stephen Breyer ed. 'Les Entretiens de Provence, Le juge dans la société contemporaine', Fayard, Paris, 2003, blz. 33.

¹⁷ 1.Fernsehurteil BVerfGE 12.205.S.164.

¹⁸ Schwangerschaftsabbruch I BVerfGE 39.1.S.248.

¹⁹ Kruzifix BVerfGE 93.1.S.315.

²⁰ Artikel 1 van het Grundgesetz: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt".

²¹ Uitspraak van 9 februari 2010, 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

²² Tim Koopmans, 'Courts and political institutions, A comparative view', Cambridge U.P. 2003, blz. 69.

Frankrijk

De ontwikkeling met betrekking tot de constitutionele toetsing van wetten in Frankrijk vertoont significante verschillen met die in Duitsland. Constitutionele toetsing van wetten gebeurde uitsluitend *a priori* door een orgaan dat geen grondwettelijk hof maar een 'Grondwettelijke Raad' heet.

De Conseil constitutionnel (Cc) werd ingesteld bij de Grondwet van 1958 en was bedoeld voor de oplossing van competentieproblemen tussen volksvertegenwoordiging en regering. Daarbij ging het er in het bijzonder om de volksvertegenwoordiging te brengen in het keurslijf dat de Grondwet van de Vijfde Republiek voor haar had vervaardigd. De Cc was, in de woorden van Michel Debré, de geestelijk vader van de Cc, "une arme contre la déviation du régime parlementaire".²³

De Cc had tot taak alle organieke wetten alsmede de wetten die hem door de President, de Premier of de Voorzitter van de Senaat of Nationale Vergadering worden voorgelegd, uitsluitend *a priori* te toetsen op de vraag of de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen regering en parlement in acht was genomen.

De Cc bestaat uit negen leden. Drie leden worden benoemd door de President van de Republiek, drie door de Voorzitter van de Nationale Vergadering en drie door de Voorzitter van de Senaat. De leden hebben zitting voor een periode van negen jaar; één derde van hen treedt iedere drie jaar af. De oud-presidenten van de Republiek zijn lid voor het leven.

De wet stelt, anders dan in Duitsland, geen eisen met betrekking tot de benoembaarheid. De leden hebben in het algemeen politieke functies op hoog niveau vervuld of hebben zich op wetenschappelijk gebied onderscheiden. Het merendeel van de leden is wel oorspronkelijk jurist.²⁴ Omdat het parlement als zodanig tot voor kort niet betrokken was bij de benoemingen, konden leden gedurende een langere tijd benoemd worden door en uit de heersende politieke meerderheid. Zo is in de huidige samenstelling slechts één lid afkomstig uit de socialistische gelederen.²⁵ Om tegemoet te komen aan de kritiek die op deze wijze van benoeming bestaat en die ook knaagt aan de legitimiteit van het college, is bij de grondwetsherziening van 2008 voorzien in een procedure waarbij de volksvertegenwoordiging ook als zodanig betrokken wordt bij de benoemingen. Leden van de Raad zullen nog wel benoemd worden door de President en de Voorzitters van de Nationale Vergadering en de Senaat, maar de benoemingen zijn voortaan onderworpen aan advies van de bevoegde permanente commissie uit het parlement en kunnen worden tegengehouden door drie vijfde of meer van de uitgebrachte stemmen. Bij de benoeming door de President zijn de commissies van beide huizen van het parlement betrokken, bij de benoeming door een Voorzitter uitsluitend de commissie van dat huis.

²³ Dominique Rousseau, 'Droit du contentieux constitutionnel', 7e éd., Montchrestien, Paris, 2006, blz. 25.

²⁴ In de periode van 1958 tot 2006 waren 49 van de 63 leden jurist. Dominique Rousseau o.c. blz. 42 tot en met blz. 47.

²⁵ Pierre Joxe, wiens mandaat in 2010 afloopt, was de afgelopen jaren de enige socialist in de Cc.

Anders dan bij rechterlijke colleges gebruikelijk is, worden aan de besluitvorming door de Cc strikte termijnen gesteld. De Cc moet binnen een termijn van een maand toetsen. Deze termijn kan in spoedgevallen zelfs worden teruggebracht tot acht dagen. Deze krappe beslistijden en de zeer bescheiden personele ondersteuning van de Cc²⁶, hebben tot gevolg dat, zeker bij een grote instroom van zaken, in een aantal gevallen noodgedwongen volstaan wordt met een minder grondige toetsing.²⁷ Hieraan moet wel worden toegevoegd dat tussen de Cc en de Conseil d'État – die overigens gevestigd is hetzelfde gebouwencomplex: het Palais Royal – vanouds een sterke band bestaat.²⁸ Zo wordt een afschrift van de wetgevingsadviezen gestuurd aan de Cc, zodat deze daarover de beschikking heeft bij een eventuele beoordeling van het wetsvoorstel na de parlementaire behandeling.

In 1971 heeft de Cc zelf zijn eigen taak sterk uitgebreid. Met betrekking tot een wetsvoorstel dat de oprichting van verenigingen onderwierp aan voorafgaande toestemming van het bestuur, besliste hij dat hij de hem voorgelegde wetten voortaan niet meer uitsluitend zou toetsen op de constitutionele bevoegdheidsverdeling tussen regering en parlement, maar ook aan de grondrechten die in de preambule bij de Grondwet waren voorzien, waarvan de vrijheid van vereniging er één is.²⁹ Deze – revolutionair genoemde – uitspraak brak met de traditionele beginselen van het Franse recht en in het bijzonder met het beginsel van de 'souveraineté de la loi' en maakte de Cc tot beschermer van de grondrechten van de burger: "gardien des droits et des libertés".

In 1974 werd de bevoegdheid van de Cc vervolgens door de Grondwet aanmerkelijk uitgebreid, doordat hij op verzoek van 60 leden van de Nationale Vergadering of 60 senatoren wetsvoorstellen zou kunnen gaan toetsen. De Cc ontwikkelde zich hierdoor, net als in Duitsland, tevens tot een soort hoger beroepsinstantie voor de parlementaire minderheid. In het vervolg werden belangrijke wetten waarmee de oppositie het niet eens was aan de Cc ter toetsing voorgelegd.

²⁶ De Cc heeft een personele ondersteuning van niet meer dan vijftig personen. De wetenschappelijke staf bestaat uit drie – overigens zeer hoog gekwalificeerde – juristen. Jean-Éric Schoettl, 'Ma cinquantaine rue de Montpensier', in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, no. 25, 2008, blz. 47 en volgende.

²⁷ Interview met Dominique Schnapper, lid van de Cc, *Le Monde*, 16 februari 2010.

²⁸ Sinds de oprichting van de Cc waren de secretarissen-generaal van de Cc, op één na, altijd Conseillers d'État.

²⁹ Liberté d'association, 16 juli 1971, L. Favoreu/L. Philip, 'Les grandes décisions du Conseil constitutionnel', Dalloz, Paris 14e éd., 2007, blz. 235 en volgende. Het debat in de Cc van 16 juli 1971 waarbij de uitspraak werd vastgesteld, is opgenomen in 'Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983', B. Mathieu e.a., Dalloz, Paris 2009, blz. 207 en volgende.

De recente geruchtmakende uitspraken inzake de 'Loi Hadopi'³⁰ en de 'Loi tax carbone'³¹, die respectievelijk betrekking hadden op het grondrecht van toegang tot internet en de gelijkheid van de burgers voor de publieke lasten, waren door de socialistische oppositie voorgelegd aan de Cc.

De beslissing van 1971 en de grondwetswijziging van 1974 hadden ook gevolgen voor de werkbelasting van de Cc. In de periode van 1958 tot en met 1974 werden in totaal niet meer dan tien gewone wetten ter toetsing voorgelegd. In de daaropvolgende jaren werden jaarlijks ten minste vijf en ten hoogste twintig (2003) gewone wetten voorgelegd. In totaal werden tot en met 2007 374 wetten voorgelegd.³² Dit zou - samen met de organieke wetten die steeds aan de Cc moeten worden voorgelegd³³ - naar schatting 7% van de vanaf 1958 geldende wetgeving zijn.³⁴

Belangrijk gevolg was tevens dat de Cc een institutie werd die ging 'leven', zowel in de politiek (het recht zich te wenden tot de Cc wordt wel 'een van de belangrijkste rechten van de oppositie' genoemd), als in de wetenschap (het constitutioneel recht, benaderd vanuit de uitspraken van de Cc, ontwikkelde zich na 1975 tot een volwaardige tak van de rechtswetenschap) als in de pers (die de Cc ging zien als een relevante 'contre-pouvoir').³⁵

Net als in Duitsland is de Cc in het verleden wel in botsing gekomen met de politieke instituties. Notoire gevallen waren de nationaliseringswetgeving in 1982

en de wetgeving over het immigratierecht in 1993.³⁶ Het laatste geval is de enige uitspraak van de Cc die geleid heeft tot een wijziging van de Grondwet³⁷, in alle overige gevallen, kon het probleem door wetswijziging worden opgelost.

Was de Cc tot voor kort uitsluitend belast met *abstracte a priori* toetsing van wetten aan de Grondwet, ten gevolge van de grondwetsherziening van 2008 is hij vanaf 1 maart 2010 ook belast zijn met *concrete a posteriori* toetsing van wetten aan de bepalingen van de Grondwet die betrekking hebben op de grondrechten en de vrijheden, via een prejudiciële procedure. Indien de burger in een

³⁰ Décision no. 2009-580 DC du 10 juin 2009, La loi favorisant la diffusion de la création sur internet. 'Hadopi' staat voor 'Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet'.

³¹ Décision no 2009-599 du 29 décembre 2009, La loi de finances pour 2010.

³² Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 25, 2008, blz. 93.

³³ In de periode van 1958 tot 2008 werden 107 organieke wetten voorgelegd.

³⁴ Interview met Dominique Schnapper, Le Monde, 16 februari 2010.

³⁵ Vgl. Dominique Rousseau, o.c. blz. 72-73.

³⁶ 'Lois de nationalisation', 16 janvier 1982 et 11 février 1982 en 'Maîtrise de l'immigration', 12-13 août 1993, 'Les grandes décisions du Conseil constitutionnel' o.c. blz. 401 resp. blz. 699.

³⁷ Olivier Schrameck, 'La décision du 13 août 1993: impressions et leçons d'un tonnerre estival', Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 25, 2008, blz. 44 en volgende.

procedure voor de rechter een 'question prioritaire de constitutionalité' ('qpc') opwerpt, omdat hij van mening is dat een wettelijke bepaling inbreuk maakt op de rechten en vrijheden die gegarandeerd worden door de Grondwet, moet de rechter 'sans délai' beoordelen of de bestreden wettelijke bepaling in de zaak van toepassing is, of zij nog niet conform de Grondwet is verklaard door de Cc en of zij voldoende serieus is. Is dat het geval, dan wordt de behandeling van de zaak opgeschort en wordt de vraag door de rechter voorgelegd aan het Cour de Cassation als het verzoek afkomstig is van een gewone rechter of aan de Conseil d'État als het een bestuursrechter betreft. De betrokken hoogste colleges beslissen binnen drie maanden of de vraag wordt doorgestuurd aan de Cc die vervolgens binnen drie maanden moet beslissen.³⁸

Anders dan in Duitsland, bestaat geen mogelijkheid voor de burger om direct een beroep in te stellen bij de Cc; hij is steeds afhankelijk van een dubbel rechterlijk filter. Met de invoering van concrete toetsing door de Cc aan de bepalingen in de Grondwet met betrekking tot de rechten en vrijheden, wordt een debat beëindigd dat in 1989 begonnen is met een voorstel van President Mitterrand en zijn minister van Justitie Badinter dat zowel in 1990 als in 1993 door de Senaat werd afgewezen.³⁹

Op dit moment bevindt de Cc zich in een kritiek stadium van zijn bestaan. Gesproken wordt van 'une bombe à retardement'⁴⁰. Het is immers onduidelijk hoeveel gebruik zal worden gemaakt van de nieuwe

voorziening, welk gebruik het Cour de Cassation en de Conseil d'État van hun nieuwe bevoegdheden zullen maken en of de Cc met zijn beperkte capaciteit de toestroom van zaken naar behoren zal kunnen verwerken. Daarbij komt dat de Cc voortaan als een echt rechterlijk college zal moeten optreden en dat hij moet voldoen aan de eisen die ter zake gesteld worden door het EVRM en de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De vraag rijst dan ook of niet een verdergaande herziening van de Cc nodig zal blijken te zijn.⁴¹ De Conseil d'État heeft in zijn jaarverslag over 2009 bekend gemaakt dat hij in zijn advies aan de regering over de organieke wet van 10 december 2009 heeft geadviseerd om de oud-presidenten in de toekomst geen zitting meer te doen hebben in de Cc.

Anders dan Duitsland laat Frankrijk een ontwikkeling over een vijftigtal jaren zien naar volwaardige constitutionele toetsing van wetten. Uit een institutie die

³⁸ Loi organique no. 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF 11 décembre 2009.

³⁹ Robert Badinter, 'Une longue marche, du Conseil à la Cour constitutionnelle', Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 25, 2008, blz. 6.

⁴⁰ Dominique Rousseau in Le Monde, 23 februari 2010.

⁴¹ Paul Cassia bijvoorbeeld pleit onder meer voor een andere wijze van benoeming, het stellen van eisen met betrekking tot ervaring en competentie aan kandidaten en het afschaffen van het lidmaatschap voor het leven van de oud-presidenten van de Republiek. Le Monde, 18 februari 2010.

daarvoor oorspronkelijk niet was bedoeld, heeft zich langs lijnen van geleidelijkheid een rechterlijk college ontwikkeld dat - in samenwerking met de rechterlijke macht - tot taak heeft de grondrechten van de Fransen en de rechten van politieke minderheden te verdedigen. Met deze ontwikkeling werd gebroken met twee 'jacobijnse' rode draden die door de Franse staatkundige geschiedenis lopen: het beginsel van de 'souveraineté de la loi' en het traditionele wantrouwen ten opzichte van de rechter.

De (wijze van) samenstelling van de Cc draagt nog de sporen van de oorspronkelijke taak. De toekomst zal leren of en zo ja, welke veranderingen noodzakelijk zullen zijn.

De jurisprudentie van de Cc heeft er echter wel voor gezorgd dat het constitutioneel recht in Frankrijk nieuw leven is ingeblazen en dat constitutionele beginselen en waarden in het publieke, politieke en wetenschappelijke debat over wetgeving de aandacht krijgen die zij verdienen. Zo hebben de recente uitspraken inzake de 'Loi Hadopi' en de 'Loi tax carbone' er zeker toe bijgedragen dat het politieke debat over de gelaatbedekkende kleding in de publieke en de politieke ruimte thans 'serener' verloopt dan zonder die uitspraken het geval zou zijn geweest.

België

Ook het Belgische Grondwettelijk Hof, dat in 1983 is begonnen als 'Arbitragehof', was oorspronkelijk bedoeld

als scheidsrechter tussen de verschillende instituties die in de staatsvorming waren voorzien. In 1988 werd de bevoegdheid van het Hof uitgebreid met de toetsing van wetten aan de grondwetsbepalingen betreffende het onderwijs en het gelijkheidsbeginsel. In 2003 kreeg het de bevoegdheid te toetsen aan het gehele grondrechtentitel (titel II "Van de Belgen en hun rechten"), twee artikelen betreffende de belastingen en het artikel betreffende de toepassing van de grondwet op vreemdelingen. In 2007 werd de naam van het Hof gewijzigd in 'Grondwettelijk Hof'.

Het Grondwettelijk Hof bestaat uit twaalf rechters; iedere taalgroep heeft zes rechters.⁴² Een vacature wordt door de Koning vervuld uit een dubbele lijst, beurtelings voorgedragen door de Kamer en de Senaat. Deze lijst moet worden aangenomen met een meerderheid van twee derde van de stemmen van de aanwezige leden. Het Hof heeft een gemengde samenstelling van gewezen politici en 'hoogstaande en ervaren juristen'. Van iedere taalgroep van zes rechters zijn steeds drie leden jurist, van wie één gewezen lid van het Hof van Cassatie of van de Raad van State, één referendaris van het Grondwettelijk Hof zelf en één hoogleraar rechten. De andere drie leden zijn politici, gewezen leden van de kamers of van de gemeenschaps- of gewestparlementen met een ervaring als zodanig van ten minste vijf jaar. Zij hoeven geen jurist te zijn.⁴³

⁴² Artikel 31 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1889 op het Grondwettelijk Hof.

⁴³ Artikel 34 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1889 op het Grondwettelijk Hof.

Iedere taalgroep kiest zijn voorzitter. Het Hof wordt beurtelings voorgezeten door elke voorzitter voor een termijn van één jaar.⁴⁴

Het Hof zetelt normaliter met zeven rechters: drie Franstaligen, drie Nederlandstaligen en de voorzitter. De andere voorzitter zetelt in zijn taalgroep. Van deze zeven zijn er ten minste twee 'politicus' en twee 'jurist'. De benoeming van de leden van het Hof is voor het leven. In dit opzicht wijkt het Grondwettelijk Hof af van de twee hiervoor genoemde constitutionele hoven. Het Hof maakt geen deel uit van de gewone rechterlijke macht. Het heeft een apart hoofdstuk in de Grondwet.

”Zowel zijn benaming, zijn gemengde samenstelling uit gewezen politici en uit hoogstaande en ervaren juristen, als de beperking van de bevoegdheid van het Hof tot 'bevoegdheidsconflicten' weerspiegelden de wens om niet al te ver af te wijken van het idee van de onschendbaarheid van de wet alsook de vrees voor een *gouvernement des juges*”.⁴⁵ Daarbij werd tevens in aanmerking genomen dat het Hof zich zou uitspreken over problemen met een belangrijke politieke dimensie en rechtscheppend zou optreden, terwijl het niet democratisch gekozen was.⁴⁶

Het Grondwettelijk Hof is vanaf het begin zowel belast met *a priori* als *a posteriori* toetsing.

Een verzoek tot *a priori* toetsing (het 'vernietigings-contentieux') kan worden ingediend binnen een periode van zes maanden na plaatsing van de wet in het Belgisch Staatsblad en geschiedt op verzoek van de federale

ministerraad, de regeringen van de gemeenschappen en gewesten, de voorzitters van de wetgevende vergaderingen of van twee derde van hun leden en op verzoek van natuurlijke of rechtspersonen met een aantoonbaar belang.

A posteriori toetsing (het 'prejudiciële contentieux') gebeurt via een prejudiciële procedure. Indien voor een rechtscollege een prejudiciële vraag over de grondwettigheid van een wet, decreet of ordonnantie in een voor hem aanhangige zaak wordt opgeworpen, moet dit college het Grondwettelijk Hof verzoeken over deze vraag uitspraak te doen. Dit beginsel kent echter verscheidene uitzonderingen. Deze betreffen het geval dat de zaak door het college niet kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag; wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp; wanneer er naar het oordeel van het college klaarblijkelijk geen sprake is van schending, of wanneer het college meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen.⁴⁷

⁴⁴ Artikel 54 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1889 op het Grondwettelijk Hof.

⁴⁵ Didier Batselé, Tony Mortier, Martine Scarcez, 'Grondwettelijk recht gevat', Bruylant Brussel, 2009, blz. 515.

⁴⁶ P. Popelier, 'Constitutionele toetsing van wetgeving in België', in *RegelMaat*, afl. 2006/4-5, blz. 125.

⁴⁷ Artikel 26, par. 1 tot en met 3 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1889 op het Grondwettelijk Hof.

Blijkens de statistieken van het Grondwettelijk Hof, opgenomen in zijn jaarverslagen, overtreft het 'prejudiciële contentieux' duidelijk het 'vernietigings-contentieux'.

Van de 251 arresten die in 2008 werden gewezen, betroffen 108 arresten prejudiciële vragen en 77 arresten beroepen tot vernietiging. In de periode van 2004 tot en met 2007 bewoog het aantal arresten wat betreft het 'vernietigingscontentieux' zich tussen 49 (2007) en 80 (2004), en wat betreft het 'prejudiciële contentieux' zich tussen 108 (2007) en 129 (2005).

Het optreden van het Hof heeft tot nu toe niet geleid tot ernstige problemen met de wetgever. Problemen hebben zich echter wel voorgedaan in de relatie met de hoogste rechters en in het bijzonder met het Hof van Cassatie. Het betrof het vraagstuk van de samenloop van grondrechten in Grondwet en internationale overeenkomsten. De Belgische rechter die geconfronteerd wordt met een dergelijke samenloop, moet een eventuele strijdigheid tussen wet en verdrag - net als bij ons - zelf beslissen. Voor zover het echter de Grondwet betreft mag hij dat - zoals hiervoor aangegeven - niet en moet hij een prejudiciële vraag opwerpen voor het Grondwettelijk Hof. Omdat het voor de hand ligt om dergelijke samenlopende teksten in hun samenhang te beoordelen, wordt het de rechter wel moeilijk gemaakt. Het Grondwettelijk Hof dacht dit probleem op te lossen door in een arrest van 22 juli 2004 te stellen dat het, ingeval een prejudiciële zaak werd voorgelegd, "bij zijn onderzoek, rekening houdt met de internationaalrechtelijke bepalingen die

analoge rechten en vrijheden waarborgen".

Het Hof van Cassatie weigerde echter in een tweetal arresten van 9 en 16 november 2004 in twee duidelijke gevallen van samenloop een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Grondwettelijk Hof. Naar zijn oordeel zou voorlegging alleen geboden zijn in gevallen van samenloop waarin de bescherming die de Grondwet biedt, verder gaat dan die van het Verdrag. Uiteindelijk is een wetsvoorstel opgesteld waarin zich ook de 'korps-hoofden' van de drie betrokken rechterlijke colleges in beginsel konden vinden en waarin werd voorgesteld dat een rechter die samenloop van analoge rechten en vrijheden constateert, eerst aan de Grondwet moet toetsen (en dus ingeval van twijfel de kwestie moet voorleggen aan het Grondwettelijk Hof) alvorens hij aan het verdrag mag toetsen.⁴⁸ Inmiddels is een en ander geregeld bij de

⁴⁸ Jan Velaers, 'De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel' in 'Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het stafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregelingen', Preadviezen 2008, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, blz. 81 en volgende en in het bijzonder het onderdeel 1.2 "Een 'guerre des juges' vermeden...". In het Duitse constitutioneel recht, dat gebaseerd is op het dualisme - de inhoud van verdragen moet om binnen de nationale rechtsorde gelding te krijgen, worden getransformeerd bij bondswet - zal dit probleem zich niet voordoen. In het Franse stelsel, dat monistisch is, is de constitutionele positie van verdragsbepalingen met directe werking thans niet geheel uitgekristalliseerd. D. Rousseau o.c. blz. 116 en volgende.

wet van 12 juli 2009.⁴⁹ Deze wet bepaalt dat wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze zowel is gewaarborgd in een bepaling uit de grondrechtentitel van de Grondwet als in een bepaling van Europees of internationaal recht, het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag stelt over de verenigbaarheid met de bepaling uit de grondrechtentitel. Deze verplichting geldt niet indien zich de hiervoor reeds genoemde uitzonderingen voordoen voor het stellen van een prejudiciële vraag; wanneer het rechtscollege oordeelt dat van een schending van de grondrechtentitel klaarblijkelijk geen sprake is; wanneer het oordeelt dat uit een arrest van een internationaal rechtscollege blijkt dat de bepaling uit het Europees of internationaal recht klaarblijkelijk geschonden is of wanneer het oordeelt dat uit een arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de bepaling uit de grondrechtentitel klaarblijkelijk geschonden is.

België laat een harmonische ontwikkeling zien van de ontwikkeling van constitutionele toetsing van wetten vanuit een zeer beperkte oorsprong naar een volwaardige bescherming van grondrechten, zowel via abstracte toetsing *a priori* als via concrete toetsing *a posteriori*. Bij de laatste werkt de constitutionele rechter samen met de gewone rechter door middel van een prejudiciële procedure. De uitbreiding van zijn bevoegdheden en de wijziging van de benaming wijzen op het belang dat

door de wetgever wordt gehecht aan het werk van het Hof. De problemen die zich hebben voorgedaan, betroffen niet de relatie met de politieke instituties zoals in Duitsland en Frankrijk, maar de samenwerking met de hoogste gewone rechters in het kader van de prejudiciële procedure bij samenloop van grondrechten.

3 Kanttekeningen naar aanleiding van de ontwikkelingen in de ons omringende landen

Bij de voorgaande korte beschouwing over de ontwikkelingen met betrekking tot constitutionele toetsing in de ons omringende landen kunnen enige kanttekeningen worden gemaakt die van betekenis kunnen zijn voor de discussie waaraan de Raad zijn bijdrage wil leveren.

Sterke behoefte aan grondwettelijke toetsing met betrekking tot grondrechten

Een eerste kanttekening betreft de sterke behoefte aan grondwettelijke toetsing ten aanzien van grondrechten. In Duitsland kan gewezen worden op de ontwikkeling met betrekking tot de *Verfassungsbeschwerden*. Deze ontwikkeling is vooral sinds de jaren zestig van de vorige eeuw heel sterk. In Frankrijk kan naast de ontwikkeling

Vervolg noot 48

Het is dus niet uitgesloten dat de per 1 maart 2010 ingevoerde *a posteriori* toetsing tot vergelijkbare problemen zal leiden als in België.

⁴⁹ Belgisch Staatsblad 31.07.2009, blz. 51617, waarbij een nieuw vierde lid werd toegevoegd aan artikel 26.

sinds 1971 ook gewezen worden op de recente invoering van *a posteriori* toetsing die het sluitstuk vormde van een ontwikkeling die in 1989 door President Mitterrand in beweging werd gezet. Voor België kan gewezen worden op de ontwikkeling van het 'Arbitragehof' tot een volwaardig constitutioneel hof.

Deze behoefte kan verklaard worden door de maatschappelijke ontwikkelingen die zich de afgelopen decennia in de diverse landen heeft voorgedaan. In het bijzonder door de toename van de maatschappelijke pluriformiteit hebben politieke partijen hun vaste aanhang, die als regel bepaald werd door de maatschappelijke of levensbeschouwelijke positie van de stemgerechtigden, verloren. Bij de verkiezingen is de stem die voor een partij wordt uitgebracht, niet meer zozeer een blijk van binding aan de ideologie of de visie op de toekomst van die partij, maar het resultaat van individueel bepaalde factoren. De meerderheid in het parlement, de regering die zij steunt, en het door haar gevoerde beleid, genieten hierdoor niet meer de vanzelfsprekende legitimatie van een vaste meerderheid van het electoraat waarvan vroeger gesproken kon worden. De representatieve functie van de volksvertegenwoordiging wordt verzwakt. Gedetailleerde regeerakkoorden beperken een open parlementair debat. Beleid en wetgeving geraken meer onder het beslag van bestuur en bureaucratie, en krijgen een toenemend instrumentalistisch en technocratisch karakter.

Constitutionele toetsing van wetten door de rechter maakt het mogelijk de tekortkomingen van de moderne

electoraal-representatieve democratie aan te vullen en te corrigeren. In dit verband stelt de Franse historicus en politicoloog Pierre Rosanvallon tegenover de 'legitimiteit van de verkiezingen' een 'legitimiteit van reflexiviteit', die wordt gevonden in de constitutionele hoven die de waarden en principes representeren die onder de bevolking leven en die in de Grondwet zijn opgenomen. Zij geven door hun jurisprudentie diepte aan het democratisch speelveld en aan het politiek en publiek debat en dragen op drie manieren bij aan de vitaliteit van de democratie: zij corrigeren eventuele ontsporingen van het representatieve systeem, zij ontwikkelen tegelijkertijd de democratische functionaliteit van dat systeem en zij verrijken met hun jurisprudentie de kwaliteit van het politieke en publieke debat.⁵⁰

Of, zoals het Supreme Court van Israel in een arrest stelde: "Democracy is a delicate balance between majority rule and the fundamental values of society that rule the majority. [...] When the majority deprives the minority of human rights, this harms democracy. [...] When judges interpret provisions of the Constitution and void harmful laws, they give expression to the fundamental values of society, as they have evolved throughout the history of that society. Thus they protect constitutional democracy and uphold the delicate balance on which it is based".⁵¹

⁵⁰ Pierre Rosanvallon, 'La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité', Seuil, Paris, 2008, blz. 222 en volgende.

⁵¹ C.A. 6821/93 United Mizrabi Bank Ltd. V. Migdal Coop. Vill, 49(4) P.D. 221, 423-424. Geciteerd in Aharon Barak, 'The judge in a democracy', Princeton U.P., Princeton (N.J.), 2006, blz. 93.

Constitutionele toetsing beantwoordt zo voor een deel aan de behoefte aan een correctief op tekortschietende wetgeving en maakt van een democratie een echte 'constitutionele democratie'.

A priori en a posteriori toetsing

Een tweede kanttekening betreft de noties *a priori* en *a posteriori* toetsing.

A priori toetsing door een constitutioneel hof heeft het voordeel dat voorkomen wordt dat wetten die ongrondwettig zijn, tot stand komen en dat de burger zich ook niet tot de rechter hoeft te wenden om zijn recht te halen. Als wettelijke bepalingen ongrondwettig worden verklaard, leidt dit er doorgaans toe dat via aanpassingen in de wet een oplossing wordt gevonden die grondwettig is. De constitutionele rechter treedt als het ware in dialoog met regering en parlement.

A priori toetsing heeft ten opzichte van *a posteriori* toetsing echter ook belangrijke beperkingen, waarvan er ten minste drie meteen in het oog springen.

Een eerste beperking is gelegen in het zeer beperkte aantal wetten dat in de drie genoemde landen de revue passeert. Van een systematische controle op alle wetten in formele zin is geen sprake.

Een tweede beperking sluit hierop aan. *A priori* toetsing beperkt zich uitsluitend tot nieuwe wetgeving, waardoor wetgeving die reeds bestond voor de invoering van de toetsing, de dans ontspringt. Veranderingen in de maatschappelijke opvattingen omtrent constitutionele waarden en beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel,

kunnen echter juist ook aanleiding zijn om vraagtekens te stellen bij de aanvaardbaarheid van bepalingen in wetgeving die ten tijde van hun afkondiging *en règle* werden beschouwd. De rechter zal hier vaak beter de vinger aan de pols kunnen houden dan de wetgever. Een derde beperking is gelegen in het abstracte karakter van de *a priori* toetsing. De constitutionele rechter die geroepen is zich uit te spreken over de grondwettigheid van een wet, kan zich op zijn hoogst een voorstelling maken van de wijze waarop zij zal worden geïnterpreteerd en toegepast in de praktijk. De wetgever noch de constitutionele rechter, noch een wetgevingsadviseur zoals de Raad van State kunnen volledig voorzien hoe de wet daadwerkelijk zal uitpakken in alle concrete situaties en of de wet dan bijvoorbeeld wel altijd proportioneel zal blijken te zijn. In de *a posteriori* toetsing wordt de Grondwet eerst werkelijk 'tot spreken' gebracht.

Geconcentreerde toetsing door een constitutioneel hof

Een derde kanttekening betreft de keuze die in de drie landen is gedaan voor geconcentreerde toetsing - *a priori* en *a posteriori* - door een constitutioneel hof. Door deze concentratie worden verschillende doelen bereikt. De constitutionele deskundigheid kan centraal ontwikkeld worden in het licht van de volledige rijkdom aan casuïstiek waarmee de rechterlijke macht wordt geconfronteerd. Constitutionele rechtseenheid en rechtszekerheid kunnen verder snel en ook op het laagste niveau van de rechtspraak worden verzekerd. Met een

constitutioneel hof wordt ook een oplossing gevonden voor de vraag of de gewone rechterlijke macht wel voldoende toegerust is om constitutionele toetsing van wetten uit te voeren, aangezien de beoordeling van wat wel en niet met de Grondwet verenigbaar is, een werkzaamheid is die naast een juridische ook politieke aspecten heeft.⁵² Hiervoor zijn in de drie landen verschillende oplossingen gevonden, die getuigen van het delicate karakter dat inherent is aan de vormgeving en samenstelling van een constitutioneel hof.

In Duitsland is geopteerd voor een rechterlijke oplossing: een college dat bestaat uit personen die lid zijn van de hoogste rechtscolleges of die ten minste voldoen aan de eisen die de wet stelt voor het bekleden van het rechtersambt. Betrokkenen worden gekozen bij gekwalificeerde meerderheid van de volksvertegenwoordiging, waardoor samenwerking van fracties in de volksvertegenwoordiging bij benoemingen noodzakelijk is. Politieke eenzijdigheid in de samenstelling van het college wordt zo voorkomen. De leden van het college kunnen hun functie ten hoogste twaalf jaar vervullen. Het college is hierdoor zowel met de volksvertegenwoordiging als met de rechterlijke macht verbonden en heeft zo een sterke legitimatie. Deze oplossing heeft duidelijk gewerkt, het college is 'een rustig bezit' in het Duitse constitutioneel bestel.

In België is gekozen voor een gemengde oplossing: het college bestaat voor de helft uit oud-politici en voor de helft uit rechters/juristen. De benoeming vindt plaats

door de Koning, maar de kandidaten moeten worden voorgedragen door een gekwalificeerde meerderheid van de volksvertegenwoordiging. Anders dan in Duitsland worden de leden voor het leven benoemd. De gemengde samenstelling vond zijn oorsprong in de wens die ten tijde van de oprichting van het Arbitragehof bestond om niet al te ver af te wijken van het idee van de onschendbaarheid van de wet en de vrees voor een 'gouvernement des juges'. In de praktijk lijkt de gevonden oplossing aan de verwachting te voldoen, ook in het licht van de veranderingen die in de bevoegdheid van het Hof hebben plaatsgevonden in de afgelopen jaren.

In Frankrijk, dat de beide preoccupaties van de Belgen die zojuist werden genoemd ten minste deelt, is gekozen voor een politieke oplossing. Dat was ook geheel in de lijn van de taken die het college destijds waren toevertrouwd. De leden van het college zijn, hoewel in meerderheid van huis uit jurist, veelal gewezen politici. De President van de Republiek en de Voorzitters van beide Huizen van het Parlement verkiezen als regel 'proches' in de vacatures die zij kunnen vervullen. De leden worden benoemd voor een periode van negen jaar. De samenstelling van het college kan hierdoor een sterk 'partijdig' karakter krijgen. Het politieke karakter van het college wordt extra geaccentueerd door het lidmaatschap voor het leven van de oud-presidenten van de Republiek.

⁵² Van der Pot-Donner, 'Handboek van het Nederlandse staatsrecht', Kluwer Deventer 2006, blz. 195.

De vraag rijst of de wijziging in de Grondwet van 2008 die het mogelijk maakt dat een gekwalificeerde meerderheid van de volksvertegenwoordiging benoemingen kan tegenhouden, voldoende effect zal hebben op de aard van het college om het geschikter te doen zijn voor de nieuwe rechterlijke functie die het vanaf 1 maart 2010 is gaan vervullen. De toekomst zal leren of niet verdergaande vernieuwingen noodzakelijk zijn.⁵³

In Duitsland, Frankrijk en België bestonden destijds bijzondere redenen om een constitutioneel hof in te stellen. Hoewel de voordelen van de oprichting van een constitutioneel hof voor de bescherming van grondrechten onmiskenbaar zijn, rijst de vraag of oprichting van een dergelijk hof voor een adequate bescherming van grondrechten noodzakelijk is, indien vergelijkbare redenen niet voorhanden zijn en de verhouding tussen de 'machten', anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk en België, traditioneel ontspannen is en gebaseerd op vertrouwen en het zoeken naar evenwicht. In een dergelijke situatie rijst de vraag of op een andere wijze dan door oprichting van een constitutioneel hof tegemoet kan worden gekomen aan de toegenomen behoefte aan bescherming van grondrechten ten aanzien van wetten in formele zin. Op die vraag wordt in de hiervoor aangekondigde studie aan de hand van de adviespraktijk van de Raad nader ingegaan.

4 Constitutionele toetsing van wetten in ons land

Het debat over constitutionele toetsing in ons land

Geheel in de traditie van de eerste helft van de negentiende eeuw bepaalde de Grondwet van 1848: "De wetten zijn onschendbaar".⁵⁴ Toch is dit verbod vanaf het begin niet onomstreden geweest. Zo wees Thorbecke zelf er al op dat er iets ongerijmds was in dit voorschrift dat er op neer komt dat "de gewone wetgever die zijn bestaan en zijn recht enkel aan de Grondwet ontleent, boven de Grondwet zou wezen". De argumenten die in het debat van oudsher tegen constitutionele toetsing door de rechter worden aangehaald, zijn dat de rechter 'op de stoel van de wetgever' gaat zitten, hetgeen in strijd is met de leer van de scheiding der machten; dat de burger geen invloed heeft op de samenstelling van de rechterlijke macht, waardoor het ondemocratisch is wanneer een rechter een wet ongeldig verklaart die aanvaard is door de democratisch gelegitimeerde wetgever; dat ook grondrechten een politiek karakter hebben en dat toetsing door de rechter aan grondrechten dan ook zal leiden tot politisering van

⁵³ Paul Cassia, 'Il est temps de faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction', *Le Monde*, 18 februari 2010.

⁵⁴ Bij de grondwetswijziging van 1983 is deze enigszins cryptische tekst verduidelijkt in: "De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten [en verdragen]" (artikel 120 van de Grondwet).

de rechterlijke macht; en dat bij de procedure van totstandkoming van de wetten een zorgvuldige afweging plaats vindt van alle daarbij betrokken aspecten, dus ook de grondrechten.

Als argumenten ten gunste van constitutionele toetsing werden genoemd dat het verbod van constitutionele toetsing het onmogelijk maakt dat de burger zich voor de rechter kan beroepen op zijn eigen onvervreemdbare grondrechten en dat een gewone meerderheid van het parlement kan bepalen of een wet in strijd is met de Grondwet, waardoor de zware procedure die de Grondwet voor haar herziening voorziet, op een eenvoudige wijze kan worden gepasseerd.

Een voorstel van de regering om in het kader van de grondwetswijziging van 1983 rechterlijke toetsing van de wetten aan de klassieke grondrechten mogelijk te maken, leed schipbreuk in de Staten-Generaal.

In zijn arrest over de Harmonisatiewet collegegelden⁵⁵ gaf de Hoge Raad in 1989 een signaal ten gunste van constitutionele toetsing van wetten. De Hoge Raad overwoog dat onder meer ten gevolge van de ontwikkeling "van ons parlementair systeem in monistische richting en de daarmee gepaard gaande toeneming van het overwicht van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten, de veronderstelling waarop het toetsingsverbod berust - dat in de voor het tot stand brengen van wetten voorgeschreven procedure een afdoende waarborg is gelegen voor hun rechtsgehalte - niet meer altijd opgaat, waardoor de behoefte aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, toeneemt".

Hierdoor kreeg niet alleen het streven naar opheffing van het toetsingsverbod een steun in de rug, maar plaatste de Hoge Raad ook het vraagstuk van de constitutionele en rechtsstatelijke kwaliteit van de wetten en de wetgevingsprocedure zelf op de agenda.

In een nota van de regering uit 1991 die onder meer voor advies is voorgelegd aan de Hoge Raad en de Raad van State, werd het probleem van gespreide en geconcentreerde toetsing aan de orde gesteld. De regering stelde in dat verband een systeem voor van geconcentreerde toetsing door middel van een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Een rechter die van oordeel was dat een wettelijke bepaling in strijd was met 'een direct werkende bepaling' van de Grondwet, een internationaal verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie, zou deze vraag moeten voorleggen aan de Hoge Raad, indien het antwoord op die vraag wezenlijk was voor de door hem te nemen beslissing. Deze keuze om de interpretatie en toepassing van bepalingen van de Grondwet en van internationale verdragen en volkenrechtelijke besluiten in één hand te leggen, zou de hiervoor met betrekking tot België genoemde problemen die uit de gescheiden toetsing van samenhangende normen voortvloeien, hebben voorkomen. De reacties op de nota waren gemengd, zij bleef zonder gevolg.

⁵⁵ Arrest van 14 april 1989, NJ 1989, 469.

De verklaringswet Halsema

De belangrijkste stap in de richting van afschaffing van het toetsingsverbod tot nu toe vormt de plaatsing in het Staatsblad van de zogenoemde 'verklaringswet Halsema', het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet van het Tweede Kamerlid Halsema. Hierin wordt voorgesteld (gespreide) toetsing van wetten mogelijk te maken aan de klassieke grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen.

In tweede lezing zal invoering van het voorstel te zijner tijd de ondersteuning van een twee derde meerderheid in ieder van beide Kamers vereisen.

Het rapport van de Nationale Conventie

Richtte de discussie zich in wezen steeds op de constitutionele toetsing door de gewone rechter, de eventuele oprichting van een grondwettelijk hof werd in ieder geval ten principale voor het eerst ter sprake gebracht in het rapport 'Hart voor de publieke zaak van de Nationale Conventie' uit september 2006. In dat rapport werd niet alleen instemming uitgesproken met het initiatief van Halsema, dat toen nog in eerste lezing aanhangig was in het parlement, maar werd daaraan uitdrukkelijk toegevoegd dat voorwaarde voor de invoering van constitutionele toetsing zou moeten zijn dat ook de toetsing in het wetgevingsproces zou worden verbeterd.

Daarnaast verklaarde de Conventie zich ook voorstander van een constitutioneel hof, waarin staatsrechtelijke deskundigheid zou kunnen worden samengebracht en

dat een 'kwaliteitsimpuls' zou kunnen geven aan het maatschappelijk debat over grondrechten in het algemeen en de toepassing ervan in de praktijk in het bijzonder.

Een en ander zou volgens de Conventie leiden "tot een gemengd stelsel van constitutionele toetsing (zowel de gewone rechters als een constitutioneel hof krijgen hierin een rol)", dat een combinatie zou bieden "van individuele rechtsbescherming voor de burger en een kwaliteitsimpuls voor de rechtsontwikkeling van de grondrechten".

In het rapport van de Conventie wordt geen verdere uitwerking gegeven aan het voorstel om een constitutioneel hof op te richten. Er bestaan, zoals hiervoor gezien, verschillende varianten. In ieder geval is een grondwetswijziging nodig, zodat de oprichting van een constitutioneel hof niet op korte termijn valt te verwachten.

Verbetering van de kwaliteit van de wet

Indien er - in de lijn van het arrest van de Hoge Raad en het advies van de Conventie - vanuit wordt gegaan dat het probleem voor een belangrijk deel gelegen is in de kwaliteit van de wetgevingsprocedure, zou vooralsnog primair gezocht kunnen worden naar een verhoging van de aandacht van alle bij het proces van wetgeving betrokken actoren voor de constitutionele aspecten van de wetgeving. Een dergelijke verhoging is immers op zich zonder wijziging van de Grondwet of van enige

wet mogelijk, zij is enkel afhankelijk van de inzet van die actoren.

Die verhoging is in ieder geval gewenst, of er nu wel of geen constitutionele toetsing van wetten in enigerlei vorm komt, als compensatie voor het hiervoor gesignaleerde toenemend gewicht van bestuur en bureaucratie in het proces van wetgeving dat zich ook in ons land aftekent. Komt constitutionele toetsing er wel, dan kan zij als 'stok achter de deur' dienen om ervoor te zorgen dat het wetgevingsproces in de woorden van de Hoge Raad in alle gevallen 'een afdoende waarborg' blijft voor het rechtsgehalte van de wetten. Ervan uitgaande dat wezenlijke veranderingen doorgaans alleen onder druk van buitenaf plaatsvinden, zal aanvaarding van de 'verklaringswet Halsema' in tweede lezing dan ook in ieder geval een stevige steun in de rug betekenen om ook tot duurzame verbetering van het wetgevingsproces zelf te komen.

Het besluit van de Raad van State tot versterking van het 'constitutioneel fundament in de brede zin' waarop hij zich bij de uitoefening van zijn beide taken baseert, en dus tot een extra inzet om de constitutie tot haar gelding te doen komen in advisering en rechtspraak, waarvan in de inleiding van dit onderdeel van het jaarverslag sprake was, past in een beleid tot verhoging van de constitutionele kwaliteit van het wetgevingsproces. Met dit besluit preludeerde de Raad op de totstandkoming van het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State⁵⁶ dat op 1 februari 2010 zijn

laatste fase is ingegaan met de toezending van de nadere memorie van antwoord van de regering aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal.

Het Wetsvoorstel herstructurering van de Raad van State en de toetsing van wetsvoorstellen aan de Grondwet

De Wet herstructurering voorziet in een Raad van State die bestaat uit drie afzonderlijke eenheden: een overkoepelende Raad, een Afdeling advisering en een Afdeling bestuursrechtspraak. In de stukken die in het gemeen overleg met in het bijzonder de Eerste Kamer zijn gewisseld, is dieper ingegaan op de betekenis van in het bijzonder deze overkoepelende Raad. Daarbij werd er van de kant van de regering onder meer op gewezen dat deze Raad, die in de kamerstukken⁵⁷ ook wel 'constitutionele Raad' wordt genoemd, onder meer tot taak heeft om de aandacht te vragen voor de betekenis van de Grondwet en de fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat. In de huidige structuur van de Raad krijgen deze geen structurele aandacht buiten de afzonderlijke adviezen en uitspraken. De voorgestelde opzet van het college maakt het mogelijk om deze taak onder coördinatie van de constitutionele Raad 'raadbreed' ter hand te nemen.

⁵⁶ Kamerstukken I 2008-2009, 30 585, A.

⁵⁷ Kamerstukken I 2008-2009, 30 585 C (memorie van antwoord) en E (nadere memorie van antwoord).

Onderwerpen van constitutionele aard kunnen zowel aan de orde komen in de 'verplichte' adviezen die de Raad - in de toekomst de Afdeling advisering - uitbrengt met betrekking tot de wetsvoorstellen, als in het kader van de 'onverplichte' adviezen die de regering aan de Raad vraagt en de 'voorlichting' die een minister aan de toekomstige Afdeling advisering van de Raad kan vragen. Onverplichte advisering en voorlichting geven de Raad doorgaans de mogelijkheid een onderwerp van meer kanten te belichten dan de verplichte advisering waarin hij zich nu eenmaal moet beperken tot een concreet wetsvoorstel met de daarin opgenomen beleidskeuzes.

In artikel 21a van het wetsvoorstel wordt ook aan de beide kamers der Staten-Generaal de bevoegdheid gegeven om aan de Raad om voorlichting te verzoeken "in aangelegenheden van wetgeving en bestuur".

Hierdoor krijgen zij ook de bevoegdheid om over problemen die op constitutioneel gebied naar voren komen in de loop van het gemeen overleg met de regering, zelf specifieke vragen aan de Raad voor te leggen.

Op deze wijze verhoogt de nieuwe wet de waarborg van de constitutionele kwaliteit van de wetgeving door een verhoging van de kwaliteit van het politieke debat in en tussen beide partners in de proces van wetgeving.

In de hiervoor aangekondigde publicatie en tijdens het symposium van 25 mei 2010 over de constitutionele toetsing in relatie tot de Raad, wordt aandacht gegeven aan de perspectieven die de nieuwe structuur van de

Raad biedt om te komen tot een versterking van de constitutionele toetsing in ons land.



Plein 2



Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk



Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk

Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk

Inleiding

Dit deel van het jaarverslag besteedt aandacht aan de werkzaamheden die de Raad als Raad van State van het Koninkrijk in het verslagjaar heeft verricht. Dit jaar wordt de nadruk gelegd op de inhoud van de staatkundige herstructurering en de daarover uitgebrachte en door de regering openbaar gemaakte adviezen. Ten onrechte wordt veelal gesproken over de staatkundige herstructurering van de Nederlandse Antillen. Daarmee wordt echter over het hoofd gezien dat het ingrijpende staatkundige veranderingsproces onmiskenbaar ook gevolgen heeft voor Aruba, Nederland en het Koninkrijk als geheel.

Het herstructureringsproces moet ertoe leiden dat het huidige land Nederlandse Antillen wordt opgeheven. Twee van de vijf eilandgebieden (Curaçao en Sint Maarten) krijgen dan de positie van land binnen het Koninkrijk. Deze status is vergelijkbaar met de status die Aruba al sinds 1986 heeft. De drie andere eilandgebieden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba) worden openbaar lichaam binnen het Nederlandse staatsbestel. Het land Nederland is bereid de schuld van de Nederlandse Antillen te saneren, zodat de twee nieuwe landen een goede uitgangspositie krijgen. Maar Nederland vraagt wel zekerheid dat deze sanering blijvend effect heeft. De kwaliteit van het openbaar bestuur, in het bijzonder de overheidsfinanciën en de rechtshandhaving,

moet worden verbeterd. Het Koninkrijk krijgt via het College financieel toezicht en de Raad voor de rechtshandhaving nieuwe instrumenten om op die verbetering toe te zien.

Een deel van de adviezen betreft de eilandgebieden Bonaire, Saba en Sint Eustatius. Zij zijn uitgebracht door de Raad van State van het land Nederland.

De Raad van State van het Koninkrijk

Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden bepaalt dat er een Raad van State van het Koninkrijk is.¹ De personele samenstelling van de Raad van State van het Koninkrijk is dezelfde als die van de Nederlandse Raad van State, zij het dat het Statuut ingevolge artikel 13, tweede lid, de mogelijkheid kent een staatsraad voor de Nederlandse Antillen onderscheidenlijk voor Aruba aan de Raad van State van het Koninkrijk toe te voegen. De benoeming van deze functionarissen, 'staatsraden van het Koninkrijk' genoemd, geschiedt in overeenstemming met de regering van het betrokken land.

De Raad kent twee staatsraden van het Koninkrijk: mr. ing. H.C. Maduro (staatsraad van het Koninkrijk voor Aruba sinds 6 oktober 2006) en mr. M.J.W.M. Ellis

¹ Artikel 13, eerste lid, van het Statuut.

(staatsraad van het Koninkrijk voor de Nederlandse Antillen sinds 12 september 2007). De Raad van State van het Koninkrijk komt in de regel eenmaal per maand bijeen.

De Raad van State van het Koninkrijk adviseert over alle voorstellen van wet en algemene maatregelen van bestuur die in Nederland en in de Nederlandse Antillen of Aruba zullen gelden. Deze wetten en algemene maatregelen van bestuur worden in het Statuut aangeduid als rijkswetten en algemene maatregelen van rijksbestuur en vinden hun oorsprong in artikel 3 van het Statuut. Daarnaast brengt de Raad van State van het Koninkrijk advies uit over aangelegenheden die overeenkomstig artikel 11 van het Statuut de Nederlandse Antillen of Aruba raken. Hierbij gaat het onder meer om onderwerpen als wijzigingen van de Grondwet, alsmede defensie en de buitenlandse betrekkingen, waaronder de internationale overeenkomsten van het Koninkrijk die ook voor Aruba of de Nederlandse Antillen mede gelden dan wel hen, of één van hen, raken.

Een derde taak betreft het Kroonberoep. Op grond van de Eilandenregeling Nederlandse Antillen (ERNA) staat voor de bestuurscolleges beroep op de Koning open, als de Gouverneur besluiten van eilandorganen vernietigt.²

De taak van de Raad bestaat eruit over een ingesteld beroep advies uit te brengen aan de Koninkrijksregering in de vorm van een ontwerp-koninklijk besluit.

De Raad kan ook onverplicht adviseren over aangelegenheden, die naar zijn oordeel van bijzondere betekenis zijn.

De Raad kent vier afdelingen. Elke afdeling heeft be-

trekking op een aantal ministeries en bereidt ten behoeve van de Raad de behandeling voor van de zaken van die ministeries. Daarnaast kunnen bewindslieden een afdeling voorlichting vragen in zaken van wetgeving en bestuur.

De Raad van State van het Koninkrijk kent niet een Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling bestuursrecht-spraak is een onderdeel van de Raad van State van het land Nederland en is de hoogste algemene *Nederlandse* bestuursrechter. Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse bestuursrechtelijke geschillen worden door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba beoordeeld. Wel bestaat tussen beide rechterlijke colleges een nauwe band, in die zin dat enkele leden van de Afdeling bestuursrechtspraak als plaatsvervangende leden zitting hebben in het Gemeenschappelijk Hof. Ook in 2009 hebben zij op de eilanden deelgenomen aan de behandeling van geschillen op basis van de Landsverordening administratieve rechtspraak (Lar). De voorbereiding van deze zaken geschiedt met ondersteuning van juristen van de directie Bestuursrechtspraak

² De Gouverneur van de Nederlandse Antillen heeft die bevoegdheid op basis van de bepalingen ten aanzien van het hoger toezicht (Hoofdstuk Zes) van de Eilandenregeling Nederlandse Antillen (ERNA). Het gaat daarbij om verordeningen, besluiten en beschikkingen van eilandgebieden die naar het inzicht van de Gouverneur in strijd zijn met verdragen of andere internationale overeenkomsten, rijkswetten, amvrb's, landsverordeningen, landsbesluiten, het algemeen belang van het Koninkrijk of het algemeen belang van de Nederlandse Antillen.

van de Raad van State van Nederland. Er wordt gewerkt met zogeheten e-dossiers, hetgeen bijdraagt aan de doelmatigheid. Los van het gegeven dat deze samenwerking voor alle betrokkenen leerzaam is, kan worden geconstateerd dat op deze wijze wordt bijgedragen aan de eenduidige toepassing van het bestuursrecht in het Koninkrijk.

De Raad van State van het Koninkrijk legt, evenals de Raad van State van Nederland, bij de behandeling van voorstellen die aan hem worden voorgelegd een drievoudige toets aan: beleidsanalytisch (wat is het probleem, hoe wordt het probleem aangepakt, zal de aanpak werken?), juridisch (wat schrijft 'hogere' recht voor, past het voorstel in het bestaande recht) en wets-technisch (de technische kwaliteit van het voorstel en de toelichting). In de juridische toets speelt het Statuut voor het Koninkrijk een belangrijke rol.

Het functioneren van de Raad als koninkrijksorgaan vereist een andere opstelling dan die voor het functioneren van de Raad als adviseur van alleen de Nederlandse regering en Staten-Generaal. Om de functie van koninkrijksadviseur naar behoren te kunnen vervullen, is het bijvoorbeeld van belang te weten wat er in de Caribische landen leeft. De staatsraden van het Koninkrijk vervullen ook daarin een belangrijke rol.

Het tweejaarlijkse collegiale overleg met de Raad van Advies van de Nederlandse Antillen en de Raad van Advies van Aruba levert daarvoor nuttige inzichten.

In mei 2009 is in Aruba onder meer gesproken over de Arubaanse en Antilliaanse interpretaties van het Statuut

en over hun visies op de wenselijke staatkundige en maatschappelijke ontwikkeling van het Koninkrijk.

In 2009 heeft de Raad van State van het Koninkrijk in totaal 39 adviezen uitgebracht. Daarbij ging het om 16 rijksverdragen, 16 voorstellen van rijkswet, 4 amvb's en 3 ontwerp-naturalisatiebesluiten. De regering heeft inmiddels 17 van deze adviezen openbaar gemaakt.³

In het hierna opgenomen *Legisprudentieoverzicht koninkrijksrelaties 2009* wordt een overzicht gegeven van de meest relevante adviezen van het verslagjaar.

De Raad heeft geconstateerd dat veel energie – zowel van de verschillende overheden als in het parlementaire en publieke debat – is besteed aan discussie over nieuwe structuren, taken en bevoegdheden. Daardoor zijn de mogelijkheden die nu op basis van het Statuut reeds bestaan soms wat onderbelicht gebleven.

Het heeft echter weinig zin nieuwe verantwoordelijkheden te creëren als reeds bestaande niet gebruikt worden. Het is weinig efficiënt nieuwe organisaties in het leven te roepen als de mogelijkheden van bestaande instituties onvoldoende worden benut.

Door het opheffen van het land Nederlandse Antillen worden de mogelijkheden van directe bestuurlijke con-

³ Onder de nog niet openbaar gemaakte adviezen bevinden zich 18 zogenoemde conform-adviezen. Deze worden op grond van artikel 25a, vijfde lid in verband met het vierde lid, onder b van de Wet op de Raad van State, niet openbaar gemaakt.

tacten binnen het Koninkrijk vergroot. De effectiviteit van de samenwerking kan daardoor toenemen.

Tegelijkertijd moet ertegen worden gewaakt dat de uit Nederland afkomstige ambtenaren, technische bijstanders en toezichthouders een nieuwe (en democratisch niet gelegitimeerde) tussenlaag gaan vormen. Dat zou ten koste gaan van de eigen verantwoordelijkheid van de organen van de afzonderlijke (oude en nieuwe) landen en van het Koninkrijk zelf.

Bij alle nadruk op de vorming van nieuwe landen en openbare lichamen krijgt het functioneren van het Koninkrijk zelf onvoldoende aandacht. Naar de mate waarin als gevolg van de herstructurering het aantal deelnemende landen toeneemt, de diversiteit groeit en visies meer uiteen lopen, wordt de overkoepelende structuur, waarin alle landen zich moeten herkennen, belangrijker.

Veel zal naar verwachting eind 2010 veranderen, maar juist in tijden van verandering is het van belang ook aan te geven wat hetzelfde blijft. Daarom worden de instituties van het Koninkrijk hierna kort geschetst.

Vervolgens wordt aandacht geschonken aan de opmerkingen van institutionele aard in de adviezen die in 2009 zijn uitgebracht. Een onderscheid wordt aangebracht tussen de werkzaamheden van de Raad van State van het Koninkrijk en die van het land Nederland, ten aanzien van Bonaire, Saba en Sint Eustatius. Daarna wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid van een eenvoudige en effectieve vorm van bestuurlijke geschilbeslechting

binnen het Koninkrijk. Dit hoofdstuk van het jaarverslag wordt afgesloten met het *Legisprudentieoverzicht koninkrijksrelaties 2009*.

Het Koninkrijk in institutioneel opzicht

Binnen het Koninkrijk worden wetgeving en bestuur voornamelijk verricht door de eigen instituties van de landen. Een klein aantal onderwerpen is als gemeenschappelijke koninkrijksaangelegenheid aangemerkt. Het Statuut voor het Koninkrijk regelt wie (en op welke wijze) wetgeving en bestuur op koninkrijksniveau uitoefenen. De instituties die op koninkrijksniveau taken verrichten, doen dit op basis van het Statuut. Een kanttekening is op zijn plaats. Daar waar gesproken wordt van 'organen van het Koninkrijk', gaat het in de meeste gevallen om in de Grondwet geregelde instituties. De artikelen 4 en 5 van het Statuut geven de grondslag voor het functioneren van deze organen, ook in koninkrijksaangelegenheden. Door aanvullende voorzieningen op het punt van samenstelling en werkwijze wordt in het Statuut de inbreng uit de Nederlandse Antillen en Aruba geregeld.

Hierna worden de belangrijkste koninkrijksinstituties kort gememoreerd.⁴ Deze beschrijving is van belang om de adviezen van de Raad in de juiste context te kunnen

⁴ Voor een grondiger behandeling wordt verwezen naar

W.H. van Helsdingen, 'Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden: wordingsgeschiedenis, commentaar en praktijk' ('s-Gravenhage: Staatsuitgeverij, 1957) en naar mr. C. Borman, 'Het Statuut voor het Koninkrijk' (Deventer, 1998; tweede druk 2005).

plaatsen. De Raad van State van het Koninkrijk als inste-
tutie is in het begin van dit hoofdstuk al beschreven.

De Koning

De Koning is het staatshoofd van het Koninkrijk en van
de drie landen. De Koning symboliseert in deze personele
unie de eenheid die de drie landen en hun bevolking in
het Koninkrijk gezamenlijk vormen. De bevolking op
de Caribische eilanden beleeft sterk die bijzondere
symbolische betekenis van het Koningschap.

Zowel de regering van het Koninkrijk als de regering
van elk der landen bestaat uit de Koning en de ministers.

De Gouverneur

De functie van Gouverneur is tweeledig: als vertegen-
woordiger van de Koning hoofd van de landsregering en
vertegenwoordiger van de regering van het Koninkrijk.
In de regel zijn de organen van het Koninkrijk organen
van het land Nederland die daarnaast een koninkrijks-
taak hebben, maar in het geval van de Gouverneur gaat
het dus om een Nederlands-Antilliaans (in de toekomst
Curaçaos of Sint Maartens) of Arubaans orgaan dat zijn
landstaken met een aantal taken als orgaan van het
Koninkrijk combineert.

Het zou kunnen voorkomen dat de Gouverneur als
koninkrijksorgaan een van de landsregering afwijkend
oordeel heeft. In de praktijk laten beide functies zich
echter goed combineren. Het optreden van de
Gouverneurs - deskundig, onpartijdig en gezaghebbend -
heeft daaraan bijgedragen. De ondersteuning van de
Gouverneur is de afgelopen decennia naar aard en

omvang nauwelijks veranderd, terwijl de omvang en
complexiteit van zijn werkzaamheden zijn toegenomen.
Daarom vraagt de toerusting van de Gouverneur de
aandacht. In elk geval is een goed evenwicht geboden
tussen de omvang en kwaliteit van de vertegenwoor-
diging van Nederland in de Caribische landen en die
van de Gouverneur als hoogste vertegenwoordiger van
het Koninkrijk. Voorkomen moet worden dat de facto
het ambt van Gouverneur wordt uitgehold.

De rijksministerraad

De rijksministerraad bestaat uit de door de Koning
benoemde Nederlandse ministers en de door de regering
van de Nederlandse Antillen, onderscheidenlijk van
Aruba benoemde gevolmachtigde ministers. De twee
gevolmachtigde ministers zijn volwaardig lid van de
rijksministerraad.

Het Statuut gaat niet uitvoerig in op de werkwijze van
de rijksministerraad. Een gevolmachtigde minister kan
zich laten vervangen (artikel 8, tweede lid) en kan zich,
als een bepaald onderwerp daartoe aanleiding geeft, laten
vergezellen door een landsminister die dan - zonder stem-
recht - aan de beraadslagingen deelneemt (artikel 10,
tweede lid). Van die laatste mogelijkheid wordt overigens
nauwelijks gebruik gemaakt.

Indien besluitvorming in de rijksministerraad wordt
bemoedijkt door aanhoudende verschillen van inzicht
biedt artikel 12 een oplossing. Dit artikel bevat een
conflictenregeling, die beoogt te vermijden dat het
standpunt van een gevolmachtigd minister zonder meer
door de meerderheid van de (Nederlandse) leden van de

rijksministerraad terzijde wordt geschoven. In de praktijk is dit artikel niet vaak toegepast. In de Nederlandse Antillen en Aruba wordt gewezen op de getalsmatig ongelijke verhoudingen in de rijksministerraad en het politieke karakter van het orgaan, zodat van een onafhankelijke weging van het conflict niet teveel mag worden verwacht. Over een alternatieve conflictenregeling heeft de Raad in 2009 geadviseerd.⁵ Artikel 12 van het Statuut behoudt bestaansrecht als mogelijkheid om in complexe situaties de standpunten van de Caribische landen te markeren.

Staten-Generaal

De Staten-Generaal zijn ingevolge de artikelen 4 en 5 van het Statuut samen met de Koninkrijksregering wetgever van het Koninkrijk. Daarnaast controleren de Staten-Generaal de verrichtingen van de rijksministerraad en van de afzonderlijke ministers (met uitzondering van de gevolmachtigde ministers, die verantwoording afleggen aan de eigen landsregering).

Voor de medewetgevende taak geeft het Statuut een aantal aanvullende regels bij de vaststelling van rijkswetten. Met die regels is beoogd de betrokkenheid van de Caribische landen van het Koninkrijk - regeringen en Staten - te waarborgen. Artikel 15 van het Statuut regelt dat de Staten van de Nederlandse Antillen respectievelijk Aruba een ontwerprijkswet krijgen toegezonden gelijktijdig met de indiening bij de Staten-Generaal. Artikel 16 van het Statuut bepaalt dat het vertegenwoordigende orgaan van het land waar de regeling zal moeten gaan gelden, bevoegd is deze te onderzoeken en vóór de

behandeling in de Tweede Kamer hierover schriftelijk inhoudelijk verslag uit te brengen. Van de ruimte die het Statuut aldus biedt om de betrokkenheid van de landen overzee bij aangelegenheden van het Koninkrijk te tonen, wordt zelden gebruik gemaakt.

De samenstelling van de Staten-Generaal is bij de behandeling van koninkrijkszaken⁶ niet anders dan bij de behandeling van Nederlandse aangelegenheden, maar artikel 17, tweede lid, van het Statuut biedt de Staten van de Nederlandse Antillen en Aruba de mogelijkheid bijzondere gedelegeerden af te vaardigen om de mondelinge behandeling bij te wonen, voorlichting te geven en desgewenst amendementen in te dienen. Onduidelijk is waarom ook van deze mogelijkheid die het Statuut biedt om de parlementaire besluitvorming in de Staten-Generaal te beïnvloeden, zo zelden gebruik wordt gemaakt.

Bij de voorbereiding van de onafhankelijkheid van Suriname zijn deze mogelijkheden in het Statuut uitdrukkelijk wel gebruikt door vertegenwoordigers van Suriname en de Nederlandse Antillen (destijds inclusief Aruba).

⁵ Advies van 29 april 2009 (W04.09.0086/IK), Kamerstukken II 2008/09, 32 026, nr. 4 (punt 1).

⁶ Hiermee worden de in het Statuut bepaalde koninkrijksaanlegenheden bedoeld en niet het hoofdstuk koninkrijksrelaties (IV) van de Nederlandse rijksbegroting.

Op 11 november 2009 heeft de Commissie Democratisch Deficit⁷ haar rapport 'Kiezen voor het Koninkrijk. Democratische legitimiteit van besluitvorming en controle op Koninkrijksniveau' aangeboden aan het Parlementair Overleg Koninkrijksrelaties, waarin de drie parlementen van de landen van het Koninkrijk vertegenwoordigd zijn. De commissie komt met een aantal interessante aanbevelingen, zoals het houden van een jaarlijks beleidsdebat tussen regering en Tweede Kamer, waaraan naast de gevlmachtigde ministers ook ten minste twee Statenleden van elk Caribisch land van het Koninkrijk deelnemen. Dit debat wordt gevoerd aan de hand van een jaarlijks door de rijksministerraad te formuleren beleidsdocument: De staat van het Koninkrijk.

Daarnaast beveelt de commissie aan de bestaande mogelijkheden die het Statuut biedt om invloed uit te oefenen op de totstandkoming van rijkswetgeving beter te benutten. Deze aanbeveling is in lijn met eerdere adviezen van de Raad ter zake. Ook worden de Staten-Generaal opgeroepen bij de schriftelijke voorbereiding in commissieverband de Caribische parlementariërs actiever te betrekken. Tot slot adviseert de commissie alle Nederlanders van 18 jaar en ouder naast het passieve ook het actieve kiesrecht voor de Tweede Kamer-verkiezingen te verlenen.

Advisering in 2009: de te vormen nieuwe landen

Een aantal door de regering ter advisering ingediende wetsvoorstellen is mede gebaseerd op aanbevelingen uit voorlichtingen die door afdeling I van de Raad in eerdere jaren zijn uitgebracht. Bij een voorlichting brengt de Raad - op verzoek van de regering van het Koninkrijk of die van Nederland - problemen en scenario's in kaart en formuleert daarbij de voor- en nadelen. Een dergelijke voorlichting is principieel anders van karakter dan een advies bij een wetsvoorstel. In een wetgevingsadvies wordt een eindoordeel uitgesproken, waarbij de door de regering gemaakte beleidskeuzes als uitgangspunt worden gehanteerd.

In een aantal adviezen zijn opmerkingen gemaakt over hierboven genoemde instituties, met name over de Gouverneur en de rijksministerraad. Deze komen hier aan bod.

In verband met het voorstel van rijkswet houdende een Reglement voor de Gouverneur van Sint Maarten merkte de Raad op dat onderscheid dient te worden

⁷ De Commissie Democratisch Deficit is in juni 2008 ingesteld door het Parlementair Overleg Koninkrijksrelaties met als opdracht acht vragen over de democratische legitimiteit van besluitvorming in het Koninkrijk en controle op de rijksministerraad te beantwoorden. De commissie was als volgt samengesteld: mevrouw mr. M. Brooks-Salmon (voorzitter), mr. ing. H.C. Maduro en prof. dr. J.Th.J. van den Berg.

gemaakt tussen in de rijksministerraad te behartigen koninkrijksaangelegenheden en de koninkrijksrelaties zoals die in de Nederlandse ministerraad worden behartigd.⁸ Dit gebeurt nu onvoldoende.

In de voorlichting van 18 september 2006⁹ adviseerde afdeling I van de Raad van State van het Koninkrijk de voorbereiding van de besluitvorming van de rijksministerraad en de bewaking van de uitvoering van besluiten van die ministerraad niet meer op te dragen aan het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, dat ook de Nederlandse belangen behartigt, maar aan een afzonderlijk secretariaat van het Koninkrijk onder verantwoordelijkheid van de minister-president, voorzitter van de rijksministerraad.

Daarbij aansluitend zou het in de rede liggen dat het overleg met de Gouverneur over – als zodanig in het Statuut aangeduide – koninkrijksaangelegenheden plaatsvindt onder leiding van de voorzitter van de rijksministerraad en dat hij daartoe ook het initiatief neemt. Overigens past het binnen goede bestuurlijke samenwerking dat de Gouverneur en de bewindspersoon die in de Nederlandse ministerraad is belast met de coördinatie van de koninkrijksrelaties geregeld overleg voeren. Deze vorm van overleg behoeft naar de mening van de Raad echter niet in een reglement voor de Gouverneur te worden vastgelegd.

Gelijkluidende opmerkingen heeft de Raad gemaakt bij het voorstel van rijkswet houdende een Reglement voor de Gouverneur van Curaçao.¹⁰

De regering deelt de mening van de Raad dat laatstgenoemde vorm van overleg tussen de Gouverneur en de Nederlandse bewindspersoon belast met de koninkrijksrelaties niet in een reglement voor de Gouverneur behoeft te worden vastgelegd.

De regering merkt voorts op dat er op dit moment geen secretariaat van het Koninkrijk is. In het kader van de staatkundige herstructurering zullen slechts die wijzigingen op koninkrijksniveau worden aangebracht die verband houden met de hervorming van de Nederlandse Antillen. Dit voorkomt naar de mening van de regering dat het proces onnodig wordt belast of vertraagd.

Verder heeft de regering aangegeven dat de Nederlandse minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in de Nederlandse ministerraad niet alleen de koninkrijksrelaties behartigt, maar ook een aantal koninkrijksaangelegenheden die verband houden met de functie van de Gouverneur als koninkrijksorgaan. Daarbij gaat het onder meer om de waarborgtaak van het Koninkrijk, maar ook om de Paspoortwet, de publicatie van rijksregelgeving en de goede uitvoering van het Reglement voor de Gouverneur. Het is als behartiger van deze koninkrijksaangelegenheden en niet als behartiger van de koninkrijksrelaties dat de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geregeld met de Gouverneur zal overleggen. De beide voorstellen van rijkswet en de bijbehorende toelichtingen zijn aangepast.

⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 179 (R1899), nr. 4.

⁹ Bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 30 800 IV, nr. 3 (voorlichting) en nr. 4 (reactie op de voorlichting).

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 178 (R1898), nr 4.

Advisering in 2009:

Bonaire, Sint Eustatius en Saba

Overeengekomen is dat de zogenoemde BES-eilanden als openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet onderdeel zullen worden van het Nederlandse staatsbestel. Ze worden niet een gemeente en gaan evenmin deel uitmaken van een provincie.

De uitwerking van deze afspraak heeft niet alleen geleid tot een grote hoeveelheid wetgeving, maar evenzeer tot uiteenlopende praktische en politieke vraagstukken en tot de uitvoering van een aantal concrete activiteiten. Kernvraag is steeds opnieuw de vraag welke Nederlandse wetgeving op de BES-eilanden wel en welke niet zal gaan gelden, wie dat bepaalt en op welke wijze de drie eilanden invloed op dat wetgevingsproces kunnen uitoefenen.

In zijn advies bij het ook in het *Legisprudentieoverzicht Koninkrijksrelaties 2009* opgenomen voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (WolBES) maakt de Raad daarover enkele opmerkingen.¹¹

Het wetgevingsproces voor de aanstaande openbare lichamen kent onmiskenbaar een eigen dynamiek.

De keus om een Nederlandse oplossing van toepassing te verklaren op de kleine insulaire Caribische gemeenschappen is snel gemaakt en heeft uit wetgevingsoogpunt de charme van de eenvoud. Maar juist voor deze drie kleine eilanden is steeds opnieuw cruciaal de vraag: wat is precies het probleem, is wetgeving de oplossing, gaat de gekozen oplossing daar werken en wat vinden

de eilandbewoners er eigenlijk zelf van? Zo ergens, dan is op de BES-eilanden (ook onderling verschillend!) maatwerk vereist. Dat is ook de voornaamste reden dat de eilanden geen Nederlandse gemeenten worden, maar openbare lichamen ex artikel 134 van de Grondwet.

In de voorlichting van 18 september 2006¹² werd opgemerkt dat voor de drie eilanden in de nieuwe verhoudingen het principe van de lokale autonomie relevant zal zijn en dat de wettelijke regeling van deze drie openbare lichamen de Gemeentewet in hoofdzaak van overeenkomstige toepassing zal kunnen verklaren, maar dat het model van de Nederlandse gemeente niet zonder meer bruikbaar zal zijn. Naar bevolkingsomvang zijn de drie eilanden kleiner (twee ervan veel kleiner) dan voor de thans bestaande gemeentes wenselijk wordt geacht. Ook naar taken en problemen onderscheiden ze zich sterk. De grote afstand, het insulaire karakter, de kleine oppervlakte, een moeilijk reliëf en de economische afhankelijkheid van slechts enkele producten of diensten wijzen er op dat niet zonder meer kan worden teruggevallen op het model van de gemeente, zoals dat zich in de loop van de jaren heeft ontwikkeld. Meer dan voor een gewone gemeente het geval is, zullen van de

¹¹ Advies van 5 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 954, nr. 4, punt 3.

¹² Voorlichting overeenkomstig artikel 18, tweede lid, van de Wet op de Raad van State inzake de hervorming van de staatkundige verhoudingen van de Antilliaanse eilanden binnen het Koninkrijk; bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 30 800 IV, nr. 3 (voorlichting) en nr. 4 (reactie op de voorlichting).

algemene Nederlandse wetgeving afwijkende voorzelingen moeten worden getroffen.

De Raad merkt op dat de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba democratische rechtsgemeenschappen zullen vormen, die de noodzakelijke bevoegdheden moeten krijgen om hun eigen aangelegenheden zelf te regelen, voor zover zij althans over voldoende bestuurskracht beschikken om dat op een verantwoorde wijze te doen.

Omdat de Gemeentewet een beproefd model vormt voor de vormgeving van decentraal bestuur en lokale autonomie kan die wet wel gelden als ijkpunt voor de inrichting van de openbare lichamen, zoals in de WolBES ook is gebeurd.

Het wetsvoorstel vertoont op een aantal punten verschillen met de Gemeentewet; veel verschillen komen neer op een beperking van de beleidsruimte van de eilandorganen, waaronder de eilandsraad, het orgaan dat de lokale democratie belichaamt. De Raad heeft in de toelichting bij het wetsvoorstel een systematische uiteenzetting gemist van de belangrijkste verschillen en de noodzaak van die verschillen. Hij adviseert zo'n uiteenzetting in de toelichting op te nemen en daarbij als uitgangspunt te hanteren dat verschillen ten opzichte van de Gemeentewet die neerkomen op een beperking van de beleidsruimte een bijzondere motivering behoeven.

De Gemeentewet kent een regeling voor de betrokkenheid van gemeentebesturen bij regelingen die hen in het bijzonder aangaan (artikelen 112 tot en met 116 van de

Gemeentewet). In het voorgestelde ontwerp WolBES zijn in de artikelen 206 tot en met 210 bepalingen opgenomen die daarmee corresponderen. Met name op Bonaire speelt in het publieke en politieke debat de vraag of daarmee echter voldoende lokale invloed mogelijk is.

Bestuurlijke geschillenregeling

Het Statuut voor het Koninkrijk kent via artikel 12 een geschillenregeling, die in de praktijk zelden wordt gebruikt. Artikel 12 van het Statuut behoudt weliswaar zijn waarde, maar lijkt onvoldoende als basis om alle bestuurlijke geschillen tussen de entiteiten in het Koninkrijk op eenvoudige wijze op te lossen. De getalsverhoudingen in de rijksministerraad staan daaraan – zeker volgens de Caribische landen van het Koninkrijk – in de weg. Het aantal bestuurlijke contacten van de afzonderlijke landen met het Koninkrijk en (vooral) tussen de landen onderling is de afgelopen decennia gestegen en zal dat – mede als gevolg van de staatkundige herstructurering – de komende jaren blijven doen. Politieke spanningen en bestuurlijke geschillen horen bij een pluriform staatkundig bestel als het Koninkrijk. Om die geschillen snel en bevredigend te kunnen beslechten, is het van belang om – naast de bovenstaande en beter te benutten procedure via artikel 12 van het Statuut – ook te kunnen beschikken over een minder zware en politiek minder beladen bestuurlijke geschillenregeling.

Het onderwerp bestuursgeschillen kent twee procedures:

- 1 de behandeling van geschillen, waarbij 'Kroonberoep' is ingesteld op grond van de Eilandenregeling Nederlandse Antillen;
- 2 de behandeling van geschillen inzake het financieel toezicht op Curaçao, Sint Maarten en (tot aan de ontmanteling) het land Nederlandse Antillen.

Hierna zal op beide categorieën worden ingegaan.

Kroonberoep op grond van Eilandenregeling Nederlandse Antillen

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie werden per 1 januari 1994 alleen in Nederland van kracht en niet in de Nederlandse Antillen en Aruba. Met de inwerkingtreding van genoemde wetten verviel tevens het procesrecht voor het Kroonberoep, zoals dat voorheen in de Wet op de Raad van State was geregeld. Er was geen specifieke voorziening geregeld ten behoeve van de behandeling van rijksbestuursgeschillen.¹³ Zo ontbrak het procesrecht met betrekking tot deze geschillen. Dat is ondervangen door het samenstellen van een procesregeling waarin artikelen uit het Awb-procesrecht van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Inmiddels is binnen de Raad afgesproken en in de adviezen gemotiveerd dat dergelijke Kroonberoepen binnen de Raad worden behandeld door de Volle Raad en niet door de Afdeling bestuursrechtspraak.

Behandeling van geschillen inzake financieel toezicht

De tweede categorie adviezen waarin het onderwerp bestuursgeschillen aan de orde komt, is vrij recent ontstaan en van geheel andere orde. Het betreft de advisering over financieel toezicht in het kader van de staatkundige herstructurering van het Koninkrijk.

In 2007 zijn in het Besluit tijdelijk financieel toezicht BES en het Besluit tijdelijk financieel toezicht Nederlandse Antillen, Curaçao en Sint Maarten voor de transitieperiode nieuwe grondslagen opgenomen voor de behandeling van rijksbestuursgeschillen.¹⁴ De Raad heeft dat in zijn advies over het laatstgenoemde besluit als volgt gemotiveerd:

”In de interbestuurlijke verhoudingen binnen Nederland is in het geval van de beslechting van een bestuursgeschil artikel 73, tweede lid, van de Grondwet van toepassing. Ingevolge die bepaling is de Raad van State belast met het onderzoek van de geschillen van bestuur die, ingevolge artikel 136 van de Grondwet, bij koninklijk besluit worden beslist en draagt hij de uitspraak voor. De Raad acht het geraden dat voor de beslechting van

¹³ Dit zijn bestuursgeschillen waarbij het Koninkrijk en het land Aruba of het Koninkrijk en het land Nederlandse Antillen (en/of één van de eilandgebieden van de Nederlandse Antillen) zijn betrokken.

¹⁴ Adviezen van 23 augustus 2007 (W04.07.0242/I/K; bijvoegsel Staatscourant 11 december 2007, nr. 240, punt 4) respectievelijk 14 augustus 2008, (W04.08.0307/I/K; bijvoegsel Staatscourant 13 januari 2009, nr. 7, punt 1).

geschillen voortkomend uit de toepassing van het onderhavige besluit wordt gekozen voor een inhoudelijk vergelijkbare procedure. Dat sluit tevens aan bij de bestendige praktijk die tot op heden is gevolgd bij de behandeling van bestuursgeschillen die aanhangig zijn gemaakt door bestuurscolleges van eilandgebieden van de Nederlandse Antillen.”

Met betrekking tot de rijksbestuursgeschillen is allereerst van belang het in het voorstel voor de Rijkswet financieel toezicht geregelde toezicht met betrekking tot Curaçao en Sint Maarten. In de adviesaanvraag bij dat wetsvoorstel was de bijzondere aandacht van de Raad gevraagd voor de rechtsbescherming tegen de besluiten in het kader van het financieel toezicht. In zijn advies gaat de Raad in op mogelijke varianten voor de beslechting van deze soort van geschillen.¹⁵ In dat verband merkt de Raad op dat een pleidooi van het eilandbestuur van Sint Maarten voor de mogelijkheid van een gang naar een onafhankelijke rechter, in de vorm van beroep bij de Volle Raad niet past in het stelsel, zoals neergelegd in het Statuut en de Grondwet. Vervolgens wijst de Raad op een belangrijk inhoudelijk bezwaar tegen het instellen van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak: de omvang van de toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak. De toetsing door de bestuursrechter zal beperkt moeten blijven tot vragen van rechtmatigheid. Voor de beslissing op bestuursgeschillen als hier aan de orde acht de Raad een dergelijke beperking echter bezwaarlijk.

”Het moet immers niet op voorhand worden uitgesloten dat het College financieel toezicht in zijn adviserende rol naar de rijksministerraad mede meer algemene bestuurlijke overwegingen zal betrekken, verband houdend met de vraag of sprake is van verantwoord financieel beleid en beheer. Als de rijksministerraad vervolgens aanleiding ziet voor het bevorderen van een koninklijk besluit, dan moet niet op voorhand worden uitgesloten dat hij ook algemene bestuurlijke overwegingen zal willen betrekken die verband houden met de financiële positie van de landen. Beoordeling van bedoelde algemene bestuurlijke overwegingen valt buiten het bereik van de rechtmatigheidstoets door de bestuursrechter.”

Tegen die achtergrond handhaaft de Raad zijn eerder uitgesproken voorkeur voor Kroonberoep. Dat biedt de mogelijkheid van een doelmatigheidstoetsing; de mogelijkheid dat de Kroon contrair zal gaan, wordt in het wetsvoorstel door procedurele waarborgen beperkt tot uitzonderlijke situaties. De door de Raad aanbevolen variant was reeds opgenomen in het wetsvoorstel.

In de ontwerp-Wet financiële verhouding openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba – die na de transitieperiode zal gaan gelden – is echter geen specifieke voorziening getroffen voor de bestuursgeschillen als gevolg van de uitoefening van het financieel toezicht. Daarmee behoort de beslechting van die geschillen automatisch tot de competentie van de bestuursrechter.

¹⁵ Advies van 29 april 2009 (W04.09.0086/I/K) Kamerstukken II 2008/09, 32 026, nr. 4 (punt 1).

De Raad van State adviseerde in lijn met de hiervoor genoemde adviezen om "beslissingen van bestuursgeschillen die voortvloeien uit de toepassing van de in het voorstel voorziene toezichtbevoegdheden op te dragen aan de Kroon."¹⁶ De Raad stelt dat alleen een rechtmatigheidstoets niet adequaat zal blijken te zijn. In het nader rapport wijst de regering dat advies echter van de hand, omdat er onvoldoende redenen zouden zijn om de BES-eilanden als openbare lichamen op dit punt anders te behandelen dan gemeenten. In dit verband merkt de regering het volgende op:

"Bij de toezichthouder is er naar het oordeel van het kabinet geen sprake van een vrije afweging van enerzijds hogere belangen en anderzijds het belang van de eigen verantwoordelijkheid van de BES en hun begeleiding naar verantwoorde zelfstandigheid. De bevoegdheid van de minister om in het kader van het toezicht beslissingen te nemen, zoals beslissingen omtrent goedkeuring, omtrent het geven van een verklaring van geen bezwaar of omtrent het geven van aanwijzingen, is steeds genormeerd. Onthouding van goedkeuring is alleen mogelijk op basis van uitdrukkelijk in de wet genoemde gronden. Een eventueel geschil betreft dus de vraag of de toezichthouder op de juiste manier gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden. Juist daarom is naar het oordeel van het kabinet een onafhankelijke rechter het beste in staat om te beoordelen of de minister, gelet op de normering van zijn bevoegdheid, tot zijn beslissing kon komen. Het kabinet meent dat er onvoldoende redenen zijn om op dit punt de openbare lichamen anders te behandelen dan de gemeenten."

Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de adviezen van de Raad om in het kader van het financiële toezicht op de landen Curaçao en Sint Maarten gebruik te maken van de figuur Kroonberoep, door de regering zijn gevolgd. Bij het toezicht op de BES-eilanden en de daaruit mogelijk voortvloeiende geschillen wordt aansluiting gezocht bij de systematiek die geldt voor het decentraal bestuur in Nederland.

Grondslag voor een heldere regeling van de rijksbestuursgeschillen

De Koninkrijksregering heeft de behoefte aan een transparante regeling met betrekking tot de rijksbestuursgeschillen onderkend. In het voorstel van rijkswet tot wijziging van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden worden twee bepalingen toegevoegd aan het Statuut op grond waarvan in de toekomst regelingen getroffen kunnen worden over de behandeling van geschillen tussen het Koninkrijk en de landen (artikel 12a), en tussen de landen onderling (artikel 38a).¹⁷ In de memorie van toelichting wordt uiteengezet waarom het wenselijk is om deze delegatiebepalingen in het Statuut op te nemen:¹⁸

¹⁶ Advies van 5 maart 2009 (W04.08.0520/I; Kamerstukken II 2008/09, 31 958, nr. 4 (punt 2).

¹⁷ Dat wetsvoorstel is op 11 november 2009 aangeboden aan de Tweede Kamer en toegezonden aan de Staten van de Nederlandse Antillen en de Staten van Aruba (Kamerstukken II 2009/10, 32 213 (R 1903), nrs. 1-3).

¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 213 (R 1903), nr. 3, blz. 6.

”In een staatsverband als het Koninkrijk waarbinnen de gemeenschappelijke belangen op de voet van gelijkwaardigheid worden behartigd door het Koninkrijk en waarbinnen de landen vrijwillig samenwerken, kan onder omstandigheden behoefte bestaan aan een regeling voor de behandeling van geschillen. Geschillen tussen de landen, of tussen het Koninkrijk en een of meer landen kunnen ontstaan door verschillen van inzicht of belangenconflicten en soms blijkt een oplossing met de bestaande middelen niet eenvoudig te bereiken. Een effectieve behartiging van de gemeenschappelijke aangelegenheden wordt bevorderd door dergelijke geschillen niet te lang te laten voortduren. Door de intensivering van de samenwerking zoals afgesproken in het kader van de staatkundige hervormingen binnen het Koninkrijk en de toename van het aantal landen in het Koninkrijk neemt daarnaast de kans op geschillen tussen de landen toe, terwijl er tegelijkertijd een groter belang is bij een goede en effectieve samenwerking.

Dit is aanleiding in het Statuut te voorzien in de mogelijkheid bij rijkswet een regeling voor behandeling van geschillen tussen het Koninkrijk en de landen te treffen. Tevens wordt voorzien in de mogelijkheid dat de landen de behandeling van onderlinge geschillen regelen.”

Indien de hiervoor genoemde wijzigingen van het Statuut tot wet zullen zijn verheven, ligt het in de lijn der verwachting dat de koninkrijksregering voorstellen zal doen voor de een in het leven te roepen geschillenregeling.¹⁹

¹⁹ Zie ook aanhangsel van de Handelingen II 2009/10, 792.

Legisprudentieoverzicht koninkrijksrelaties 2009

Hieronder volgen enkele onderdelen uit de adviezen van de Raad over een aantal wetsvoorstellen in het kader van de staatkundige herstructurering van het Koninkrijk.

A Rijkswetten

1 Wijziging Statuut

Het voorstel van *Rijkswet tot wijziging van het Statuut* in verband met de opheffing van de Nederlandse Antillen bevestigt dat het land Nederlandse Antillen wordt opgeheven.¹ Curaçao en Sint Maarten krijgen de status van land; Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden) worden onderdeel van het staatsbestel van het land Nederland. Het voorgestelde artikel 1, tweede lid, van het Statuut bevat twee volzinnen met een bepaling over de BES-eilanden. Het voorstel op dit punt heeft overigens een horizon: ingevolge het voorgestelde artikel 54, eerste lid, vervalt artikel 1, tweede lid, van het Statuut op het moment dat bij de Grondwet wordt voorzien in de positie van de BES-eilanden in het staatsbestel van Nederland. De eerste volzin van het voorgestelde artikel 1, tweede lid, van het Statuut is institutioneel van aard, en bepaalt dat Bonaire, Sint Eustatius en Saba elk deel uitmaken van het Nederlandse staatsbestel. In de toelichting bij deze bepaling wordt gesteld dat daarmee de positie van de drie eilandgebieden binnen het staatsbestel van Nederland constitutioneel

wordt vastgelegd.

De Raad constateert dat, met de bedoelde eerste volzin, de aangekondigde meer institutionele bepaling in het Statuut voorligt, waarvan de werking zal eindigen op het moment dat bij de Grondwet wordt voorzien in de positie van de BES-eilanden. Gelet op deze tijdelijkheid, behoeft tegen de bedoelde bepaling, als interim-voorziening, op zichzelf geen overwegend bezwaar te bestaan. De Raad meent dat dit echter niet afdoet aan de noodzaak de planning zodanig in te richten dat de interim-periode zo kort mogelijk zal duren. Hij constateert in dit verband dat in de planning van de regering de Grondwetsherziening op zijn vroegst in 2016 zal aanvangen. Afhankelijk van het tijdstip waarop na 2016 verkiezingen voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal zullen plaatsvinden zal, in deze planning, de grondwettelijke regeling van de BES-eilanden pas in of na 2020 haar beslag krijgen. De Raad acht een zo lange periode bezwaarlijk en meent dat ernaar moet worden gestreefd de beoogde wijziging van de Grondwet zoveel eerder als mogelijk is tot stand te brengen. Hij acht het risico dat het in eerste lezing aanvaarde voorstel naar aanleiding van de evaluatie moet worden ingetrokken, beperkt en meent dat dit voor lief genomen zal moeten worden. De tweede volzin van het voorgestelde artikel 1, tweede lid, van het Statuut is meer inhoudelijk van aard.

¹ Advies van 7 augustus 2009, Kamerstukken II 2009/2010, 32 213 (R 1903), nr. 4.

Bepaald wordt dat voor de BES-eilanden regels kunnen worden gesteld en andere specifieke maatregelen worden getroffen met het oog op de economische en sociale omstandigheden, de grote afstand tot het Europese deel van Nederland, hun insulaire karakter, kleine oppervlakte en bevolkingsomvang, geografische omstandigheden, het klimaat en andere factoren waardoor deze eilandgebieden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland. De Raad onderschrijft het standpunt van de regering dat in deze kenmerken voldoende reden en rechtvaardiging kunnen worden gevonden voor differentiatie. Artikel 1 van de Grondwet gold tot nu toe alleen voor wat gaat heten het Europese deel van Nederland. Door de toetreding van de BES-eilanden ontstaat wat dat betreft een nieuwe situatie, die ook betekenis kan hebben voor de uitleg van artikel 1 van de Grondwet. In die zin biedt de tweede volzin van het voorgestelde artikel 1 enig houvast. De Raad merkt echter op dat het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 van de Grondwet niet alleen een waarborg bevat voor gelijkheid van behandeling, maar tevens in zichzelf ruimte biedt voor de bedoelde differentiatie. Immers, het gelijkheidsbeginsel impliceert dat gelijkheid van behandeling haar grens vindt daar waar, objectief gezien, sprake is van ongelijkheid tussen de desbetreffende gevallen. In die zin lijkt, voor een helder zicht op de reikwijdte van artikel 1, een bepaling als voorgesteld strikt genomen niet nodig. Voor de BES-eilanden komt de bedoelde differentiatie inmiddels al tot uitdrukking in de voorgestelde invoerings- en aanpassingswetgeving voor deze eilandgebieden, die op de nodige punten verschillen

vertoont met overeenkomstige wetgeving voor het Europese deel van Nederland. Steeds is daarbij voor deze verschillen rechtvaardiging gezocht in de bijzondere kenmerken van de BES-eilanden, waarmee zij zich (al dan niet vooralsnog) onderscheiden van (de situatie in) het Europese deel van Nederland.

In het nader rapport wordt opgemerkt dat het niet aan de koninkrijksregering is om een standpunt te bepalen over de wenselijkheid van een grondwetswijziging en het moment waarop een dergelijke wijziging in procedure wordt gebracht. Het dient te worden overgelaten aan de daartoe bevoegde organen van het land Nederland om een beslissing te nemen omtrent de wenselijkheid van een wijziging van de Grondwet. Met betrekking tot de tweede volzin wijst de regering erop dat de voorgestelde Statuutbepaling geen afwijking van de Grondwet beoogt mogelijk te maken, maar dat zij dient als een opdracht aan de wetgever, het bestuur en de rechter om bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, zoals dat is vastgelegd in artikel 1 van de Grondwet en in internationale verdragen, rekening te houden met de kenmerken waardoor de eilanden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland.

2 Rijkswet Politie Curaçao, Sint Maarten en BES

Het voorstel voor een *Rijkswet Politie Curaçao, Sint Maarten en BES* voorziet op diverse plaatsen in de

totstandkoming van onderlinge regelingen, die in elk van de landen worden vastgesteld bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen of bij algemene maatregel van bestuur.² Dit betreft de ambtsinstructie voor de politie, de uitwisseling van politiegegevens, kwaliteitscriteria en opleidings- en trainingsvereisten voor politieambtenaren, de uitrusting van politieambtenaren en de hoofdtrangen voor de politie. Bij de meeste van deze onderwerpen is het van belang dat de regelingen in alle landen van het Koninkrijk identiek zijn.

Artikel 38, eerste lid, van het Statuut maakt het mogelijk dat de landen onderlinge regelingen treffen; die kunnen, zo bepaalt het tweede lid, worden vastgesteld bij rijkswet of bij algemene maatregel van rijksbestuur. In de hiervoor genoemde gevallen is echter gekozen voor formele vaststelling van het overeengekomene op landsniveau; het gaat derhalve om onderlinge regelingen in de zin van artikel 38, eerste lid, waarvoor het Statuut, en nu ook het wetsvoorstel, geen vormvoorschriften stelt. Letterlijk genomen zouden de bepalingen inhouden dat, als de regeringen een vormvrije afspraak maken, zij juridisch verplicht zijn die bij landsregeling te implementeren, en dat ook wijziging van de landsregelingen alleen bij 'onderlinge regeling', dus bij vormvrije afspraak, kan plaatsvinden.

De Raad neemt aan dat dit niet zo bedoeld is. Het zou immers inhouden dat de bevoegdheid van elke landsregering om regels vast te stellen, of om die te wijzigen, formeel afhankelijk wordt gemaakt van het bereiken van overeenstemming met de andere landsregeringen.

Daarmee zou elk van de regeringen worden beperkt in haar mogelijkheden om beleid te voeren door het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften. Bovendien kan het mede gaan om onderlinge regelingen die strekken tot beperking van rechten van burgers: blijkens de toelichting zal het met name gaan om instructies voor wapen- en geweldsgebruik. Het betreft derhalve overheidsop treden waarmee grondrechten van burgers kunnen worden beperkt. Deze grondrechten kunnen alleen bij of krachtens de wet of de landsverordening worden beperkt, waarbij de hoofdelementen van de beperking in de wet of de landsverordening moeten zijn neergelegd. De beperking kan dus niet worden bepaald door de inhoud van een vormvrije onderlinge regeling.

Om misverstanden over het rechtskarakter van deze onderlinge regelingen weg te nemen, adviseert de Raad het wetsvoorstel zo aan te passen dat de landen bevoegd blijven de materie van de vormvrije onderlinge regelingen zelfstandig vast te stellen. Daarbij verdient het tevens aanbeveling te voorzien in de mogelijkheid dat het betreffende onderwerp wordt geregeld bij algemene maatregel van rijksbestuur op basis van artikel 38, tweede lid.

In de Nederlandse Antillen en in Nederland is de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de politie verdeeld over verschillende functionarissen. In de Nederlandse Antillen is de minister van Justitie korpsbeheerder; de politie staat onder gezag van de gezaghebber voor zover

² Advies van 29 april 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32019 (R1886), nr. 4.

het gaat om de handhaving van de openbare orde, en onder gezag van de procureur-generaal waar het gaat om de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. In Nederland zijn deze taken achtereenvolgens opgedragen aan de korpsbeheerder, de officier van justitie en de burgemeester (die in een aantal gevallen ook korpsbeheerder is), en zijn bovendien de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op afstand verantwoordelijk voor de politie. Door deze spreiding van staatsmacht over verschillende staatsorganen wordt recht gedaan aan een van de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat, het machtsevenwicht.

Met het wetsvoorstel zal de verantwoordelijkheid voor de politie in Curaçao en Sint Maarten slechts worden uitgeoefend door twee functionarissen. De minister van Justitie wordt korpsbeheerder en krijgt tevens het gezag over de politie bij het optreden ter handhaving van de openbare orde. Treedt de politie op ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan staat zij onder gezag van de procureur-generaal. De procureur-generaal is echter hiërarchisch ondergeschikt aan de minister van Justitie.

De Raad is van oordeel dat de verantwoordelijkheid voor de politie gespreid moet worden over meer functionarissen. Hij beveelt aan te bezien of de Gouverneur kan worden aangewezen als korpsbeheerder.

De regering volgt dit voorstel niet, omdat het volgens de regering de regeling compliceert en geen oplossing biedt voor hetgeen de Raad als probleem ziet. Voor de beheer-

taak van de Gouverneur zal immers toch ministeriële verantwoordelijkheid moeten worden gedragen. Het zal dan de minister van Justitie van het overzeese land zijn die verantwoordelijk is. Daarenboven is naar de mening van de regering de ondersteuning van de Gouverneur niet ingericht op de taak van korpsbeheerder.

3 Rijkswet openbaar ministeries

Het voorstel van *Rijkswet openbare ministeries van Curaçao, van Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba* is de uitwerking van afspraken tussen Nederland, de Nederlandse Antillen, Curaçao en Sint Maarten.³

Deze afspraken zijn in november 2006 neergelegd in de Slotverklaring van het bestuurlijk overleg over de toekomstige staatkundige positie van Curaçao en Sint Maarten.

In het aan de Raad ter advisering voorgelegde voorstel wordt onder meer geregeld dat de Nederlandse minister van Justitie namens de rijksministerraad aan de procureur-generaal algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven. Het gaat om aanwijzingen met het oog op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. De procureur-generaal staat aan het hoofd van de openbare ministeries van Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius en Saba. De minister kan op grond van het voorstel uitsluitend gebruik maken van die bevoegdheid, indien dit noodzakelijk is om de fundamentele mensenrechten en vrijheden, rechtszekerheid en deugdelijkheid van bestuur in de landen te waarborgen.

³ Advies van 11 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32 018 (R1885), nr. 4.

Allereerst constateert de Raad dat de voorgestelde bepalingen in het voorstel verder gaan dan de afspraken uit de Slotverklaring. In de Slotverklaring wordt niet gesproken van een algemene of een bijzondere aanwijzing en evenmin wordt iets bepaald over het schriftelijk of mondeling kunnen geven van aanwijzingen. Vervolgens wijst de Raad erop dat de voorgestelde maatregel diep kan ingrijpen in de bestaande toezichtstructuren in de landen. Wat betreft de algemene aanwijzingsbevoegdheid wijst de Raad op de mogelijke samenloop van de aanwijzingsbevoegdheid met de reeds bestaande toezichtmechanismen met betrekking tot de opsporing en vervolging. Zo kan het Gemeenschappelijk Hof van Justitie de procureur-generaal opdracht geven te vervolgen. Een landsminister van Justitie kan een aanwijzing geven. Een belanghebbende kan een klacht indienen als niet tot vervolging wordt overgegaan. Een verdachte heeft het recht een bezwaarschrift in te dienen tegen een vervolging.

De Raad mist in het voorstel een uitleg waarom de algemene aanwijzingsbevoegdheid hierop een noodzakelijke aanvulling vormt. Ook mist de Raad informatie over de mogelijke afstemmingsproblematiek als bijvoorbeeld het Gemeenschappelijk Hof van Justitie een inhoudelijk andere aanwijzing geeft dan de Nederlandse minister van Justitie namens de rijksministerraad. De Raad adviseert daarom de noodzaak van de algemene aanwijzing opnieuw te bezien.

De Raad mist voorts in het voorstel het onderscheid tussen aanwijzingen ten aanzien van te voeren beleid en aanwijzingen in individuele zaken. De Raad mist ook

een uitleg waarom de algemene aanwijzingsbevoegdheid onvoldoende zou zijn om de waarborgfunctie van het Koninkrijk (artikel 43, tweede lid, van het Statuut) waar te maken, waardoor een bijzondere bevoegdheid een noodzakelijke aanvulling is. Van de bijzondere aanwijzing kan in een situatie van feitelijk disfunctioneren van de bestaande toezichtmechanismen onvoldoende effect worden verwacht, afgezien van het negatieve symbolische signaal dat hiervan uitgaat. De Raad adviseert dan ook de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid te heroverwegen. Het Statuut verzet zich als zodanig overigens niet tegen het regelen van een aanwijzingsbevoegdheid in een consensusrijkswet (op basis van artikel 38, tweede lid, van het Statuut), waarbij voor de normering is aangesloten bij de eisen die artikel 43, tweede lid, van het Statuut stelt. Wel meent de Raad dat de voorwaarden, grenzen en waarborgen van de bevoegdheid in de wet zelf moeten worden opgenomen.

Mede naar aanleiding van het advies van de Raad is het wetsvoorstel ingrijpend gewijzigd. De regering heeft beide aanwijzingsbevoegdheden geschrapt en heeft bezien of het doel dat werd nagestreefd ook op andere wijze kan worden bereikt. Deze heroverweging heeft geleid tot een aantal instrumenten om te komen tot intensievere samenwerking en afstemming tussen de landen, waarbij de regering overweegt dat het Statuut voor het Koninkrijk voldoende mogelijkheden heeft om in het kader van de waarborgfunctie van het Koninkrijk zo nodig maatregelen te treffen.

4 Rijkswet Gemeenschappelijk Hof⁴

In de Slotverklaring van 2 november 2006 van het bestuurlijk overleg over de toekomstige staatkundige positie van Curaçao en Sint Maarten hebben de regeringen van Nederland en de Nederlandse Antillen en de bestuurscolleges van Curaçao en Sint Maarten afspraken gemaakt over samenwerkingsregelingen op onder meer het gebied van de rechtspleging en de rechtshandhaving. Een van die afspraken houdt in dat er één rechterlijke organisatie voor het Caribische deel van het Koninkrijk zal zijn, te regelen bij zogenoemde consensusrijkswet op de voet van artikel 38, tweede lid, van het Statuut. De toelichting bij het voorstel vermeldt dat de regeringen van Nederland en de Nederlandse Antillen, en de bestuurscolleges van Curaçao en Sint Maarten overeenstemming hebben bereikt over het voorstel van rijkswet en de memorie van toelichting, zodat het in zoverre is gebaseerd op artikel 38, tweede lid, van het Statuut. Aruba heeft op een laat moment te kennen gegeven met het voorstel in te kunnen stemmen, onder de voorwaarde dat het Hof uiterlijk binnen drie jaar na de ontmanteling van de Nederlandse Antillen in Aruba zetelt. Om die reden berust het voorstel, voor zover het Aruba betreft, op artikel 43, tweede lid, van het Statuut, aldus de toelichting.

De Raad merkt op dat de huidige regeling van de rechterlijke organisatie in de Nederlandse Antillen en Aruba uitgangspunt van het voorstel is. Deze regeling is gebaseerd op een jarenlange samenwerking en illustreert het belang dat de landen hechten aan een deugdelijke

en uniforme regeling van de rechterlijke organisatie. Het behoort tot het wezen van de consensusregeling dat er overeenstemming is tussen de landen die door de betrokken regeling worden geraakt. Die situatie doet zich hier voor, met dien verstande dat nog nader overeenstemming dient te worden bereikt over de zetel van het Hof na drie jaar. De Raad adviseert het voorstel van rijkswet uitsluitend te baseren op artikel 38, tweede lid, van het Statuut en dit ook in de considerans van het voorstel tot uitdrukking te brengen. Ten aanzien van de aanwijzing van de zetel van het Hof adviseert de Raad een bepaling op te nemen met als strekking dat, indien na drie jaar niet alsnog ook overeenstemming ten aanzien van de plaats van de zetel van het Hof is bereikt, de zetel wordt aangewezen bij algemene maatregel van rijksbestuur op de grondslag van artikel 43, tweede lid, gelezen in verbinding met artikel 51 van het Statuut.

De regering heeft dit advies niet overgenomen en vastgehouden aan het voorstel om de rijkswet Gemeenschappelijk Hof van Justitie voor Aruba te baseren op artikel 43, tweede lid, gelezen in verbinding met artikel 14 van het Statuut.

B BES-eilanden

1 Wet openbare lichamen BES

Het voorstel voor een *Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (WolBES)*, regelt structuur en

⁴ Advies van 11 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32 017 (R1884), nr. 4.

werkwijze van de organen van de nieuwe openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.⁵ Het wetsvoorstel is een onderdeel van een bestuurlijke operatie waarbij de Nederlandse Antillen worden opgeheven en drie van de Nederlands-Antilliaanse eilandgebieden - Bonaire, Sint Eustatius en Saba - deel gaan uitmaken van het Nederlandse staatsbestel. Zij krijgen voorlopig elk afzonderlijk de status van openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet; zij vormen niet een gemeente en gaan geen onderdeel uitmaken van een provincie. Enkele organen - het Gemeenschappelijk Hof, het openbaar ministerie en de politie - zullen worden ingesteld als orgaan van de twee nieuwe landen Curaçao en Sint Maarten en tevens als orgaan van het land Nederland wat de nieuwe openbare lichamen betreft. Nu de BES-eilanden deel zullen gaan uitmaken van het Nederlandse staatsbestel zal de Grondwet op hen van toepassing worden. In de toelichting wordt gesteld dat de inrichting als openbaar lichaam zonder wijziging van de Grondwet slechts tijdelijk kan zijn. Op de eilanden is immers sprake van een leefgemeenschap die sterk is te vergelijken met gemeenten. De grondwettelijke waarborgen voor gemeenten gelden echter niet voor openbare lichamen. Met de besturen van de drie eilandgebieden is afgesproken dat vijf jaar na het moment waarop de eilanden een staatsrechtelijke positie binnen het Nederlandse staatsbestel hebben verkregen, de uitwerking van de nieuwe staatkundige structuur door Nederland en de drie eilanden gezamenlijk wordt geëvalueerd. Op dat moment kan worden gezien wat het staatsrechtelijke eindmodel voor de eilanden zal zijn,

zo stelt de toelichting. De situatie overziende, meent de Raad dat het wenselijk is dat de procedure van wijziging van de Grondwet in eerste lezing in gang wordt gezet parallel aan de overgang van Bonaire, Sint Eustatius en Saba op de tijdelijke grondslag van artikel 134. Deze wijziging zal zich moeten richten op het regelen van de essentialia van de toekomstige positie van de BES-eilanden, als openbare lichamen van territoriale decentralisatie, binnen het Nederlandse staatsverband. De Raad acht een spoedige start van de procedure van grondwetswijziging in eerste lezing wenselijk om Bonaire, Sint Eustatius en Saba al zo snel mogelijk duidelijkheid te bieden over hun meer definitieve toekomstige status - nationaal en internationaal - in het belangrijkste staatkundige document van Nederland.

De regering onderschrijft in het nader rapport de meerwaarde niet van het nog in deze kabinetsperiode in gang zetten van een procedure tot wijziging van de Grondwet in eerste lezing en wil de evaluatie van de Wolbes afwachten.

Een ander punt in het advies over dit wetsvoorstel betref de introductie van een nieuwe functionaris, de rijksvertegenwoordiger. De rijksvertegenwoordiger wordt een bestuursorgaan met eigen bevoegdheden en de taak om de ministers te informeren over aangelegenheden in de BES. Andere taken kunnen hem alleen bij wet worden toegekend. Naar zijn aard wordt de rijksvertegenwoordiger een zelfstandig bestuursorgaan (zbo),

⁵ Advies van 5 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 954, nr. 4.

wiens taakvervulling in zoverre buiten de ministeriële verantwoordelijkheid valt.

In ons stelsel van binnenlands bestuur vindt de uitoefening van het interbestuurlijk toezicht op de territoriale openbare lichamen plaats door bestuursorganen van de (naast)hogere bestuurslaag. Op die wijze is in alle gevallen een directe democratische verantwoording van dat toezicht gewaarborgd. De democratische verantwoording van de rijksvertegenwoordiger is daarentegen, gezien de hiervoor genoemde kenmerken, hooguit een afgeleide van die van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De staatkundige verandering voor de BES scheidt een rechtstreekse interbestuurlijke verhouding tussen de BES en de rijksoverheid omdat, anders dan zoals geldt voor de gemeenten, een tussenliggende bestuurslaag ontbreekt. Naar het oordeel van de Raad verdraagt de nu voorgestelde vormgeving van het toezicht op de BES door een zbo als de rijksvertegenwoordiger, met ontbreken van een directe democratische verantwoording, zich slecht met de uitgangspunten van de interbestuurlijke verhoudingen zoals Nederland die kent. De Raad ziet geen toereikende reden waarom de wenselijk geachte bevoegdheden voor het bestuurlijk toezicht op de BES niet zouden worden opgedragen aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Hij onderkent ten volle dat de bijzondere situatie van de BES, met name ook door de geografische afstand tot Nederland, het niet mogelijk en niet wenselijk maakt dat het bestuurlijk toezicht op de BES feitelijk (geheel) gebeurt vanuit Nederland. De oplossing daarvoor kan worden gevonden in de benoeming van een functionaris

die toezichthoudende bevoegdheden uitoefent in mandaat. Het verdient daarom aanbeveling de bevoegdheden van de rijksvertegenwoordiger op te dragen aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en te bepalen dat deze bevoegdheden in mandaat worden uitgeoefend door de rijksvertegenwoordiger.

Volgens de regering is er bewust gekozen voor de constructie van de rijksvertegenwoordiger als bestuursorgaan boven de aanstelling van een ambtelijke functionaris die de bevoegdheden op grond van deze wet namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties uitoefent. Hiermee wordt beoogd een bestuurlijk en gezaghebbend orgaan ter plaatse te hebben met zelfstandige taken en bevoegdheden met betrekking tot het bestuurlijk toezicht op de openbare lichamen. Hiermee wordt tevens de bestuurlijke last voor het Rijk verminderd en wordt afstand gecreëerd ten aanzien van lokale, autonome aangelegenheden van de openbare lichamen. Daarom is het advies van de Raad niet overgenomen.

2 Invoeringswet openbare lichamen BES

Het wetsvoorstel voor een *Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Invoeringswet BES)* beoogt algemene regels te geven over het recht dat van toepassing wordt in de openbare lichamen.⁶ In het wetsvoorstel is voor een aantal terreinen een delegatiegrondslag opgenomen voor onderwerpen waarvoor vooralsnog geen voornemens zijn om de 'gewone' Nederlandse wetgeving

⁶ Advies van 5 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 957, nr. 4.

op de BES in te voeren. Volgens de toelichting zijn uitgangspunten daarbij dat delegatie uitsluitend kan plaatsvinden indien de Grondwet zich hier niet tegen verzet, terwijl de delegatie in de delegerende regeling verder zo concreet en nauwkeurig mogelijk begrensd moet worden.

Tegen de achtergrond van deze uitgangspunten maakt de Raad over een aantal van deze grondslagen opmerkingen.

- Het wetsvoorstel bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens over de bevolking in een geautomatiseerde basisadministratie in elk van de openbare lichamen en de daarbij in acht te nemen bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Raad wijst erop dat deze vorm van delegatie niet is toegestaan. Artikel 10, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat beperkingen van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer alleen bij of krachtens de wet kunnen plaatsvinden.
- Paragraaf 4 bevat een aantal delegatiegrondslagen, waarin het onder meer mogelijk wordt gemaakt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels en voorwaarden te stellen over de verschillende onderwijssoorten. Uit de nadere aanduiding van onderwerpen blijkt dat die regels en voorwaarden feitelijk betrekking kunnen hebben op het hele terrein van de desbetreffende onderwijssoort. De Raad merkt op dat de in deze paragraaf geregelde delegatie voor de verschillende

onderwijssoorten niet strookt met artikel 23 van de Grondwet. Ingevolge artikel 23, tweede lid, van de Grondwet is het geven van onderwijs vrij, behoudens het wettelijk te regelen toezicht van de overheid. Voorts zijn op grond van die bepaling wettelijke bekwaamheids- en zedelijkheidseisen gesteld aan de leerkrachten. Het derde lid van artikel 23 van de Grondwet draagt de wetgever op het openbaar onderwijs te regelen, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging. Artikel 23, vijfde lid, van de Grondwet bepaalt dat de eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, bij de wet worden geregeld, met inachtneming, voor zover het het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting. In dat licht dienen naar het oordeel van de Raad ten minste de hoofdelementen van het toezicht, het openbaar onderwijs, de deugdelijkheidseisen, de bekostigingsvoorwaarden, en de bekwaamheids- en zedelijkheidseisen bij wet te worden geregeld. Deze wettelijke regels dienen tevens zodanig helder geformuleerd te zijn dat duidelijk is dat de vrijheid van richting en inrichting gewaarborgd blijven (artikel 23, derde, vijfde en zesde lid, van de Grondwet). Alleen de nadere inhoudelijke uitwerking van deze eisen kan in een algemene maatregel van bestuur opgenomen worden, terwijl bij ministeriële regeling alleen sterk gebonden regelgeving mogelijk is.

Naar aanleiding van het advies van de Raad is de delegatiegrondslag voor de regeling van de verwerking van persoonsgegevens in een geautomatiseerde basis-

administratie geschrapt. Op het terrein van onderwijs is gekozen voor omzetting van de landsverordeningen.

3 Wet bescherming persoonsgegevens BES

Het voorstel voor een *Wet bescherming persoonsgegevens BES*, is noodzakelijk nu na de staatkundige herstructurering van het Koninkrijk ook op de BES-eilanden artikel 10 van de Grondwet van toepassing zal zijn.⁷

Het wetsvoorstel neemt de Nederlandse Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) tot uitgangspunt. Eén van de op de Slotverklaring van 11 oktober 2006 gebaseerde uitgangspunten bij de herstructurering van de staatkundige structuur van het Koninkrijk is dat op de BES-eilanden de Nederlands-Antilliaanse wetgeving die tot de transitiedatum ook op de drie eilanden van kracht was, zal blijven gelden, en dat na de overgang geleidelijk Nederlandse wetgeving zal worden ingevoerd. Dit betekent dat de Nederlandse wetgeving vanaf de transitiedatum niet van rechtswege van toepassing wordt. Daar waar Nederlandse wetgeving – bestaande en nieuwe – in aanmerking komt om ook te worden ingevoerd op de BES, zal steeds moeten worden gezien of en waar, eventueel voor een overgangsperiode, aanpassing nodig is in verband met de bijzondere kenmerken van de BES-eilanden vergeleken met het Europese deel van Nederland. Het land Nederlandse Antillen kent niet een algemene regeling voor de verwerking en bescherming van persoonsgegevens. Voor de BES-eilanden zal op dit terrein dan ook moeten worden voorzien in regelgeving die voor hen nieuw is. Het ligt op zichzelf

in de rede dat de regering in deze omstandigheden voor de wettelijke regeling van dit onderwerp heeft gekozen voor het stelsel van de Wbp, waarbij op enkele onderdelen wordt afgeweken van de Wbp. De Raad merkt over deze keuze wel op dat, indien Nederlandse wetgeving wordt ingevoerd op de BES-eilanden, steeds de uitvoerbaarheid, naleefbaarheid en handhaafbaarheid zullen moeten worden gezien, gelet zowel op de schaal, eigen aard en kenmerken van de BES-eilanden, die bovendien ook onderling van elkaar verschillen, als op de bestaande situatie op het desbetreffende gebied op elk van de drie eilanden. Het trok de aandacht van de Raad dat de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geen enkel inzicht geeft in de lokale situatie van – elk van – de BES-eilanden, gezien uit een oogpunt van de invoering van een voor deze eilanden nieuw wettelijk regime voor de verwerking van persoonsgegevens. De Raad acht hoe dan ook voldoende aannemelijk dat de situatie op de BES-eilanden niet zal overeenkomen met de praktijk zoals deze zich in de loop van een reeks van jaren in Nederland heeft kunnen ontwikkelen, eerst op de voet van de Wet persoonsregistraties en daarna van de Wbp. Het ontbreken van informatie op dit punt belemmert echter een goede beoordeling of invoering van het stelsel van de Wbp als zodanig op elk van de BES-eilanden op dit moment mogelijk en verantwoord is.

De regering heeft in het nader rapport opgemerkt dat zij bij de evaluatie van de Wbp BES wil vaststellen of de

⁷ Advies van 30 juli 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 161, nr. 4.

thans voorgestelde afwijkingen van de Nederlandse Wbp geboden en toereikend zijn.

Een ander punt in het advies betreft het ontbreken van een uitgewerkte regeling van het toezicht inzake de bescherming van persoonsgegevens in de Wbp BES. De toelichting stelt dat een definitieve keuze voor de wijze waarop het toezicht wordt ingericht, zal worden gemaakt nadat enige ervaring zal zijn opgedaan met de werking van de wet. Als motivering voor deze afwijking van de Wbp dient dat de BES-eilanden voor het eerst zullen gaan werken met algemene regels over de verwerking van persoonsgegevens.

De Raad acht deze enkele stelling onvoldoende om inzichtelijk te maken waarom in dit stadium een meer uitgewerkte regeling voor het toezicht, en in elk geval het instellen van een onafhankelijke toezichthouder, nog niet passend zou zijn. Voorhands kan hij niet inzien waarom een dergelijke toezichthouder nog een brug te ver zou zijn. Daar komt bij dat zo'n toezichthouder mede tot taak zou kunnen krijgen om de betrokken actoren op de eilanden te ondersteunen bij de invoering van het nieuwe regime. Een onafhankelijke toezichthouder zou ook de aangewezen instantie zijn om op grond van artikel 23, eerste lid, onderdeel e, van het voorstel in plaats van de minister van Justitie ontheffingen te verlenen voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens.

Voor het voorgaande is mede van belang dat de regering, blijkens de toelichting, voornemens is de werking van het aanvullend protocol bij het Dataprotectieverdrag van

de Raad van Europa uit te breiden tot de BES-eilanden. Dit protocol eist instelling van een dergelijke onafhankelijke toezichthouder.

De regering heeft aan dit advies van de Raad, zowel wat betreft het in de wet opnemen van de onafhankelijke toezichthouder als het in de wet vastleggen het toezicht in hoofdlijnen, gevolg gegeven. In de wet wordt een onafhankelijke Commissie toezicht bescherming persoonsgegevens BES ingesteld die toegerust is met toezichtbevoegdheden en de bevoegdheid om klachten in behandeling te nemen. Ook is de bevoegdheid om ontheffing te verlenen voor de verwerking van bijzondere gegevens, die in het oorspronkelijke wetsvoorstel was toegekend aan de minister van Justitie, opgedragen aan deze commissie.

4 Belastingwet BES

Het voorstel voor een *Belastingwet BES* wijkt af van het stelsel dat geldt in het in Europa gelegen deel van Nederland.⁸ Kenmerken van het voorstel zijn eenvoud, brede grondslagen, lage tarieven en een verschuiving in de belastingmix van directe belastingen naar indirecte belastingen. De Raad acht het voornemen van de regering op zichzelf een goede zaak om voor de BES-eilanden een fiscaal stelsel te ontwerpen dat is afgestemd op de bijzondere kenmerken van deze eilanden in vergelijking tot het Europese deel van Nederland, en dat daarbij voldoet aan eisen van eenvoud van uit-

⁸ Advies van 20 augustus 2009, Kamerstukken II 2009/2010, 32 189, nr. 4.

voering. Daarbij merkt hij op dat eventuele afwijkingen ten opzichte van het fiscale stelsel zoals dat geldt voor het Europese deel van Nederland steeds toereikend zullen moeten zijn gemotiveerd. Deze eis van rechtvaardiging weegt zwaarder naarmate deze afwijking meer direct betrekking heeft op de beginselen die aan het Nederlandse belastingstelsel ten grondslag liggen. Overwegingen van doelmatigheid van uitvoering mogen daaraan niet op voorhand bovengeschikt worden gemaakt. Op grond van de beoordeling van het voorgedraaide voorstel is de Raad van oordeel dat dit voorstel nog niet voldragen is en aanmerkelijke aanpassing behoeft. Daarbij zijn ook vragen aan de orde van principiële aard, gelet op de beginselen die ten grondslag liggen aan het belastingstelsel van Nederland. Naar verwachting zal de noodzakelijke reparatieslag zodanig veel tijd en inspanning vergen dat een tijdelijke wettelijke regeling van het fiscale stelsel voor de BES-eilanden nodig is voor de periode tussen de transitiedatum en het tijdstip waarop een wel voldragen nieuw fiscaal stelsel voor de BES-eilanden gereed kan zijn. Het ligt in de gegeven omstandigheden in de rede om voor de belastingwetgeving voor de BES-eilanden alsnog aansluiting te zoeken bij de algemene uitgangspunten zoals die zijn gekozen voor de staatkundige herstructurering, door vooralsnog terug te grijpen op de bestaande Nederlands-Antilliaanse belastingwetgeving.

De regering merkt in het nader rapport op dat zij de door de Raad geadviseerde interimvoorziening een onbegaanbare weg acht, gezien de korte tijd die rest

voor de herstructureringsoperatie. Het advies heeft wel tot aanpassingen in het wetsvoorstel geleid.



Noordeinde 43



De staat van de Raad

1 Functionele samenhang

1.1 Inleiding

In het hoofdstuk *Eén Raad, twee functies* is aandacht besteed aan het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. De versterking van de institutionele eenheid van de Raad vormt de reden voor de herstructurering. De nieuwe structuur is zowel gericht op de inhoudelijke samenhang van de twee afzonderlijke Afdelingen van de Raad als op de specifieke eisen die beide taken, advisering en bestuursrechtspraak, stellen.

Voor het werk in en tussen de beide Afdelingen is een doelmatige en doeltreffende samenwerking van staatsraden en medewerkers onontbeerlijk. Dit geldt zowel voor de gezamenlijke producten die onder auspiciën van de toekomstige overkoepelende Raad tot stand worden gebracht, als voor de adviezen en de uitspraken van ieder van beide Afdelingen afzonderlijk. Die samenwerking wordt bevorderd door een gemeenschappelijk informatiesysteem en door gemeenschappelijke huisvesting. De Raad van State heeft in 2009 aan deze beide onderwerpen wederom veel aandacht besteed.

1.2 Ontwikkeling van een gemeenschappelijk informatiesysteem

In het informatieplan uit 2006 heeft de Raad van State een schets gegeven van de toekomstige ontwikkeling van een informatiesysteem, genaamd 'Raster'. Hierin zijn kennis, zaaksadministratie, tekstproductie, digitaal werken (e-dossier) en beheer integraal ondergebracht.

Naar aanleiding van een onderzoek naar de haalbaarheid van de ambitieuze doelstellingen van het beoogde informatiesysteem, is het afgelopen jaar besloten om de koers van het project op een aantal punten bij te stellen. Het wordt in de komende drie jaar in verschillende fasen opgeleverd.

Zo is besloten om de omvang van het te ontwikkelen systeem voorlopig te beperken om het programma binnen een redelijke termijn te kunnen afronden. De architectuur van het systeem is zodanig opgezet dat nieuwe onderdelen op een eenvoudige wijze later daarop kunnen worden aangesloten. De onderdelen die nu worden getemporiseerd, zullen te zijner tijd zonder problemen aan het informatiesysteem kunnen worden toegevoegd.

Verder is besloten de sturing van de verdere ontwikkeling van het systeem te verscherpen. Dit gebeurt door onder meer de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer

te verduidelijken, de programmaleider ondersteuning te geven door een programmabureau en de sturings-indicatoren te verhelderen. Bovendien wordt voorzien in een maandelijkse rapportage over de voortgang aan de Secretaris. Hierin zijn de beheersing van de risico's en de kwaliteit van de opgeleverde systeemdelen belangrijke aandachtspunten.

Ten slotte is de communicatie met de toekomstige gebruikers van het systeem geïntensiveerd. Staatsraden en medewerkers werden al geïnformeerd via periodieke nieuwsbrieven en via intranet, maar zij worden nu nog meer als (toekomstige) gebruikers bij het programma zelf betrokken. Er worden demonstraties van delen van het systeem georganiseerd. Administratieve medewerkers van de directie Bestuursrechtspraak worden ingeschakeld bij het testen van het systeem.

1.3 Huisvesting

Begin 2000 is besloten tot een renovatie en gedeeltelijke nieuwbouw van de huisvesting van de Raad van State aan de Kneuterdijk. Groot onderhoud van de gebouwen die sinds 1980 in gebruik zijn, was noodzakelijk.

Daarnaast schoot de veiligheid tekort door de verspreide ligging van de zittingzalen en de publieksvoorzieningen. Belangrijk is ook dat de wijze van werken de afgelopen jaren is veranderd. In verband met de wettelijk voorgeschreven procedures, de toedeling van verantwoordelijkheden aan staatsraden en medewerkers en een doelmatige afhandeling van de zaken, is een hechte, dagelijkse samenwerking van staatsraden en mede-

werkers onontbeerlijk. De bestaande gebouwen waren daarop niet ingericht.

Het project is vanwege zijn omvang in twee fasen verdeeld. In de eerste fase werd de nieuwbouw van het pand Oranjestraat 15 gerealiseerd. In de tweede fase wordt het voormalige paleis en de andere monumentale panden aan de Kneuterdijk die de Raad in gebruik heeft, gerenoveerd. In deze fase wordt ook het gebouw van architect Wegener Sleswijk uit de jaren zeventig van de vorige eeuw herbouwd.

De eerste fase is in 2008 opgeleverd. In het verslagjaar zijn de meeste nazorgpunten opgelost, die uit de oplevering in 2008 en het gebruik naar voren zijn gekomen. Het binnenklimaat in de kantoor kamers blijft een punt van aandacht. In september 2008 werd begonnen met de tweede fase.

In 2009 zijn diverse bijeenkomsten gehouden over de vaste inrichting van de gebouwen die deel uitmaken van de tweede fase. Hieraan namen afgevaardigden van gebruikersgroepen, externe adviseurs, de Rijksgebouwendienst en de architecten deel. Doel van deze bijeenkomsten was om in de inrichting van zittingzalen, raadkamers en publieksruimten optimaal te kunnen voldoen aan de wensen van alle gebruikers.

Een van de zittingzalen zal geschikt worden gemaakt voor 'telehoren'.

De voortgang van de verwezenlijking van de tweede fase van het project ligt op dit moment op schema. De oplevering zal naar verwachting in het tweede kwartaal van 2011 plaatsvinden. In de tussentijd zal de organisatie gehuisvest blijven in vijf panden in de binnenstad van Den Haag. De zittingen van de Afdeling bestuursrecht-spraak worden gehouden in het enige pand van de Raad dat voor publiek toegankelijk is: Lange Voorhout 3.

2 Externe betrekkingen

2.1 Inleiding

De Raad van State als geheel onderhoudt externe contacten op nationaal en internationaal niveau. Deze contacten hebben tot doel om zowel kennis uit te dragen en te delen als kennis op te doen en 'mee te praten'. Daarmee zijn de kwaliteit en zichtbaarheid van het werk van de Raad gediend.

De contacten die de Raad in zijn hoedanigheid van adviseur en van hoogste algemene bestuursrechter onderhoudt, zijn gericht op een goede uitoefening van deze beide functies en de kenbaarheid van de wijze waarop deze functies worden vervuld.

Specifieke doelstellingen van de contacten van de Raad als adviseur zijn:

- Het verwerven van externe kennis ten behoeve van de beleidsanalytische toets;

- het bevorderen van de doorwerking van de door de Raad uitgebrachte adviezen;
- het volgen en waar mogelijk actief betrokken zijn bij Europees- en internationaalrechtelijke ontwikkelingen;
- het actief betrokken zijn bij en waar nodig initiëren van discussies over strategische en wetenschappelijke vraagstukken die de positie als adviseur raken;
- het bevorderen van een goede taakverdeling met de partners in het wetgevingsproces.

Specifieke doelstellingen van de contacten van de Raad als bestuursrechter zijn:

- het bewaken en bevorderen van de rechtseenheid en consistentie van de rechtspraak in ons land;
- het volgen en waar mogelijk actief betrokken zijn bij Europees- en internationaalrechtelijke ontwikkelingen;
- het actief betrokken zijn bij en waar nodig initiëren van discussies over strategische en wetenschappelijke vraagstukken die de positie als bestuursrechter raken;

Hieronder wordt kort verslag gedaan van de belangrijkste gebeurtenissen van het afgelopen jaar op het gebied van de externe contacten.

2.2 Externe contacten op nationaal niveau

Tweede Kamer der Staten-Generaal

Vacaturebeleid

Op 23 april 2009 heeft de Vice-President van de Raad van State overleg gevoerd met de Vaste Commissie voor

Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Dit overleg ging over het 'aanbevelingenbeleid' van de Raad met betrekking tot de benoeming van staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst. Het overleg vond plaats tegen de achtergrond van de procedure voor de benoeming van leden van de Raad en staatsraden in artikel 2 van het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Deze wettelijke procedure voorziet erin dat de vacatures in de Staatscourant¹ worden gepubliceerd met het profiel van de gezochte kandidaat of kandidaten, en dat de Tweede Kamer ten minste eenmaal per jaar overleg voert met de Vice-President over de vacatures. In het overleg van april 2009 heeft de Vice-President aan de hand van de 'Notitie kwaliteiten waarmee rekening moet worden gehouden bij werving en selectie van staatsraden en staatsraden in buitengewone dienst'² een algemene toelichting gegeven op het beleid van de Raad. Hij is in het bijzonder ingegaan op de prioriteit voor de komende periode bij het vervullen van vacatures.

Jaarverslag over 2008

Op 18 juni 2009 vond het inmiddels gebruikelijke overleg plaats met de Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van de Tweede Kamer over het jaarverslag van de Raad van State. De bespreking had betrekking op het jaarverslag over 2008 met uitzondering van de Algemene beschouwingen van de Vice-President.

Zelfreflectie Tweede Kamer

Op 25 november 2009 heeft een delegatie van de Raad van State een ontmoeting gehad met de Commissie voor de werkwijze van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over de wijze waarop de Raad van State zou kunnen bijdragen aan de uitvoering van de voorstellen uit het rapport van de Commissie parlementaire zelfreflectie.

Tijdens deze ontmoeting kwam onder meer aan de orde:

- de door de Raad van State beoogde verbetering van de constitutionele en de beleidsanalytische toets;
- de mogelijkheid dat de Tweede Kamer de Raad van State om een 'second opinion' vraagt of om het uitvoeren van een 'technische toets' over een onderwerp van meer wetsystematische of wetstechnische aard;
- de mogelijkheid om rechtstreeks voorlichting te vragen aan de Afdeling advisering van de Raad van State die is voorzien in artikel 21a van het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State, en
- de afstemming van onderzoeksagenda's tussen de Raad van State en de Tweede Kamer.

¹ Vooruitlopend op de aanvaarding en inwerkingtreding van de wet zijn in 2009 twee vacatures geplaatst in SC. Daarnaast zijn de vacatures geplaatst in twee vakbladen: het Nederlands Juristenblad en Weekblad Fiscaal Recht.

² Deze notitie is gepubliceerd op de website van de Raad van State in de rubriek 'Over de Raad van State' - 'Leden'.

Overleg in het kader van artikel 22 van de Wet op de Raad van State

Artikel 22 van de Wet op de Raad van State bepaalt dat "de Raad beraadslaagt met de minister wie de zaak aangaat, indien de Raad of de Minister zulks mocht verlangen". Van de mogelijkheid om in het kader van de verplichte advisering met de betrokken minister of staatssecretaris van gedachten te wisselen, maakte de Raad van State tot een paar jaar geleden slechts zeer sporadisch gebruik. In de afgelopen jaren is het gebruik van deze mogelijkheid toegenomen. Zo vond in 2007 vier maal, in 2008 vijf maal en in 2009 dertien maal een zogenoemd 'artikel 22-overleg' plaats. Vanuit de Raad is er een toenemende behoefte aan een dergelijk overleg, bijvoorbeeld om aanvullende feitelijke informatie te vragen, toelichting op ingenomen standpunten te krijgen dan wel om de achtergronden van een te verwachten kritisch advies toe te lichten. Met het overleg beoogt de Raad van State om de trefzekerheid en de doorwerking van de adviezen te vergroten.

Gemeenschappelijk overleg tussen de Raden van Advies van de Nederlandse Antillen en Aruba en de Raad van State van het Koninkrijk in Willemstad

Eind mei 2009 vond in Willemstad het gemeenschappelijk overleg plaats tussen de Raden van Advies van de Nederlandse Antillen en Aruba en de Raad van State van het Koninkrijk. Onderwerpen waren de staatkundige herstructurering van het Koninkrijk en de samenwerking tussen de Raden van Advies en de Raad van State van het Koninkrijk.

Een delegatie van de Raad onder leiding van de Vice-President heeft daarna een werkbezoek gebracht aan de eilanden om zich op de hoogte te stellen van de ontwikkelingen en om onderwerpen te bespreken waarmee de Raad van State in zijn adviezen te maken heeft.

Symposium 'Motivering bij rechtsvorming'

Op 12 november 2009 heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak een symposium georganiseerd over het onderwerp 'Motivering bij rechtsvorming', ter gelegenheid van het verschijnen van het gelijknamige onderzoeksrapport van mr. dr. J.C.A. de Poorter en mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen, beiden medewerkers van de Raad van State. Het rapport vormt het eerste deel in de serie *Studies en Rapporten* van de Raad van State. Bij het symposium waren, naast leden en medewerkers van de Raad, ook vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, de bestuurspraktijk, de advocatuur en de wetenschap aanwezig.

Regionale bijeenkomsten met de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken

Als appelrechter hecht de Afdeling bestuursrecht-spraak aan een goede relatie met de rechtspraak in eerste aanleg, zonder daarbij de wederzijdse rolverdeling en de onafhankelijkheid uit het oog te verliezen. Daarbij past een open uitwisseling van gedachten over de taken en bevoegdheden van de bestuursrechter. In dat kader waren er, als vervolg op drie voorgaande rondes van overleg met (leden van) de rechtbanken, op 17 november en op 1 en op 3 december 2009 regionale bijeenkomsten van een delegatie van de Afdeling bestuursrecht-

spraak onder leiding van haar Voorzitter, met de sectoren bestuursrecht van de rechtbanken in respectievelijk Amsterdam, Zwolle en Den Bosch. Eén van de onderwerpen, die aan de orde is geweest, was het onderzoeksrapport *'Motivering bij rechtsvorming'*, terwijl daarnaast specifieke aandacht is besteed aan de mogelijkheden van finale geschillenbeslechting.

2.3 Externe contacten op internationaal niveau

'World Conference on Constitutional Justice' in Kaapstad

De Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft op 23 en 24 januari 2009 de eerste 'World Conference on Constitutional Justice' in Kaapstad bijgewoond. Hij heeft daar een presentatie gegeven over constitutionele toetsing van wetgeving in Nederland. De Raad van State is toegelaten als lid van de World Conference en als lid van de Europese regionale afdeling, de 'Conference of European Constitutional Courts'.

Vereniging van de Raden van State en de Hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges van de landen van de Europese Unie

De Vice-President heeft op 14 en 15 juni 2009 namens de Raad van State deelgenomen aan de algemene vergadering van de Vereniging van de Raden van State en de Hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges van de landen van de Europese Unie. De vergadering werd gehouden in Luxemburg, onder voorzitterschap van de Voorzitter van de Raad van State van Luxemburg en de Voorzitter van het Bestuursgerechtshof van Luxemburg. Zij bekleden het presidentschap van de Vereniging tot

het colloquium dat in 2010 in Luxemburg zal worden gehouden. De Vereniging heeft als onderwerp voor het colloquium in 2010 gekozen: "De behandelingssnelheid van de beroepsprocedures voor de hoogste bestuursrechters". Namens de Raad van State treedt staatsraad in buitengewone dienst Van Buuren op als rapporteur.

In het kader van de Vereniging hebben vertegenwoordigers van de Raad in 2009 aan een aantal seminars deelgenomen. Van 30 september tot 3 oktober was in Istanbul een seminar over de verbetering van de werking van de informatiesystemen van de Vereniging en over de wijze waarop de Vereniging zou kunnen bijdragen aan het werk van de Europese Commissie met betrekking tot het portaal e-Justice. Dit seminar werd georganiseerd in samenwerking met de Raad van State van Turkije.

Op 30 november was in Brussel een seminar over de wijze waarop het functioneren van de leden van de colleges voor bestuursrechtspraak in de landen van Europa wordt geëvalueerd.

Op haar website verschaft de Europese Vereniging nadere informatie over deze en andere activiteiten. Deze website geeft ook toegang tot de publieke documentatiesystemen van de Vereniging en is te benaderen via de website van de Raad van State. Langs deze weg zijn ook de websites van alle leden die bij de Vereniging zijn aangesloten, te raadplegen.

Werkbezoek aan het Constitutioneel Hof van België

Op uitnodiging van de beide Voorzitters van het Constitutioneel Hof van België heeft een delegatie van de Raad van State op 30 november 2009 een werkbezoek gebracht aan het Constitutioneel Hof van België. De delegatie bestond uit de leden en de ambtelijke ondersteuning van het 'Constitutioneel beraad' van de Raad van State. Doel van het werkbezoek was informatie uit de eerste hand te krijgen over instelling, ontwikkeling, taak en werkwijze van een constitutioneel hof. Tijdens het werkbezoek is aan de hand van voordrachten van deelnemers van beide instituties van gedachten gewisseld over diverse aspecten van de constitutionele toetsing in de beide landen.

Ontvangsten van buitenlandse rechters door de Afdeling bestuursrechtspraak

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het afgelopen jaar delegaties van rechters uit verschillende landen ontvangen die zich wilden laten informeren over het rechtssysteem in Nederland en de rol van de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak daarin. In 2009 werden in dit verband rechters ontvangen uit Kroatië, China, Zuid-Korea, Polen en Thailand.

3 Personeelszaken

Door concentratie van taken beoogt het kabinet de overhead bij de rijksdienst te verkleinen en de kwaliteit van de dienstverlening te vergroten. In de afgelopen jaren heeft de Raad van State in de jaarverslagen gewezen

op de risico's die concentratie en schaalvergroting met zich kan brengen en bedenkingen geuit over de inrichting van de gemeenschappelijke dienst voor de personeel en salarisadministratie (P-Direkt).

In juli 2009 is de Raad van State aangesloten bij P-Direkt. Na een zorgvuldige evaluatie over de eerste zes maanden van de dienstverlening is gebleken dat de Raad zich als atypische organisatie slechts tot op zekere hoogte laat schikken in de rijksbrede standaarden. Zo is het bijvoorbeeld binnen P-Direkt niet goed mogelijk om het systeem aan te passen aan functies die niet onder het Algemeen Rijksambtenarenreglement vallen. In het dagelijkse gebruik blijken de nadelen van het concept van P-Direkt veel groter dan verwacht.

De oorspronkelijke doelstelling van P-Direkt om personele taken van de deelnemende organisaties uit handen te nemen en te centraliseren en daarmee meer eenheid, synergie en efficiencyvoordelen te bewerkstelligen, is voor de Raad van State in 2009 dan ook niet bereikt. De Raad van State gaat zich oriënteren op andere systemen en zal met ingang van 1 januari 2011 niet langer integraal gebruik maken van het P-Direkt systeem en de bijbehorende dienstverlening.



Jaarverslag **2009 Deel II**

Prinsessegracht 28





Wetgevingsadvisering

Inhoudsopgave Wetgevingsadvisering

Inhoudsopgave Wetgevingsadvisering

De Raad als wetgevingsadviseur

Legisprudentieoverzicht

1 Constitutionele zaken; grond- en mensenrechten

1.1 Constitutie

1.2 Toetsing aan grondrechten uit Grondwet en verdragen

1.3 Vrijheid van vereniging

1.4 Vrijheid van godsdienst

1.5 Persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens

2 Interbestuurlijke verhoudingen

3 Beleidsanalytische toets

3.1 Nut en noodzaak

3.2 Effectiviteit; neveneffecten

3.3 Handhaving en toezicht

3.4 Bureaucratie

4 Toetsing aan Europese Unie-recht

4.1 Relatie met primair EU-recht

4.2 Relatie met secundair EU-recht

5 Grondslag

6 Rechtsbescherming

Bedrijfsvoering

De Raad als wetgevingsadviseur

De Raad van State richt zich in zijn wetgevingsadvisering primair op de kwaliteit van de wetgeving. Daarbij worden de wetsvoorstellen en de andere adviesaanvragen getoetst op drie aspecten: de analyse van het beleid, de juridische kwaliteit en de wetstechnische kwaliteit van het voorstel. Wetgeving staat niet op zichzelf, maar is ingebed in beleid. Dit betekent dat de Raad elk wetsvoorstel ook in zijn eigen (beleids)context zal moeten plaatsen. Die context is vaak niet eenduidig en vraagt nadere analyse. Daarom geeft de Raad veel aandacht aan de beleidsanalytische toets.

Bij de beleidsanalytische toets worden de beleidsmatige aspecten van een voorstel geanalyseerd. De Raad gaat daarbij uit van de keuzes die de indieners hebben gemaakt en gaat na of de toelichting bij het voorstel helder en overtuigend is. De beleidsanalytische toets spitst zich toe op drie hoofdvragen: wat is het probleem, hoe wordt het probleem in het voorstel aangepakt en is de voorgestelde uitvoering adequaat? Bij de beoordeling van de eerste vraag kijkt de Raad onder andere naar de omschrijving van het probleem, naar de context waarbinnen het wordt geplaatst en naar de noodzaak om dit probleem op te lossen. De Raad beoordeelt tevens of wetgeving het juiste instrument is. Sommige problemen zijn slechts tijdelijk van aard of kunnen wellicht op andere wijze ondervangen worden. In dat geval ligt een wettelijke regeling minder voor de hand. Vervolgens wordt de probleemaanpak getoetst. Hierbij

wordt nagegaan of het voorstel ook werkelijk het gestelde doel kan bereiken.

Tot slot neemt de Raad de uitvoering van het voorstel onder de loep. Naleefbaarheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid zijn de belangrijkste criteria. Bij de voorbereiding van het voorstel is het van groot belang om die partijen tijdig te betrekken die belast zullen worden met de uitvoering. Vastgesteld moet kunnen worden dat zij betrokken zijn en wat zij ervan vinden. Als het goed is, zijn de bovenstaande vragen beantwoord in de toelichting bij het voorstel en zijn de gemaakte keuzes behoorlijk gemotiveerd. De toelichting vormt in belangrijke mate de leidraad voor de beleidsanalytische toets.

Naast de beleidsanalytische toets onderwerpt de Raad de voorstellen aan een juridische en een wetstechnische toets. Bij de juridische toets staat de juridische kwaliteit van de regeling centraal. De Raad toetst allereerst aan 'hoger' recht; daaronder valt zowel het geschreven als het ongeschreven 'hoger' recht. Tot de categorie geschreven hoger recht behoren onder andere verdragen die Nederland binden, het recht van de Europese Unie, het Statuut van het Koninkrijk en de Grondwet. Het ongeschreven recht behelst algemene rechtsbeginselen die betrekking hebben op de rechtsstaat en democratie, op het constitutionele recht of algemene rechtsbeginselen, zoals de rechtszekerheid of proportionaliteit.

De Raad toetst niet alleen aan 'hoger' recht; ook de

inpassing van de voorgestelde regeling in het bestaande rechtssysteem wordt onderzocht. Tevens wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen bijzondere en algemene wetten, overgangsrecht en zaken als rechtsbescherming. Regelmatig komt de kwestie van de omvang en het niveau van delegatie van regelgeving aan de orde.

De beleidsanalytische toets en de juridische toets kunnen elkaar versterken. Het komt voor dat indien het aan het voorstel ten grondslag liggende beleid hiaten vertoont, er ook over de juridische kwaliteit van het voorstel het nodige valt te zeggen. Het advies wint aan kracht indien de opmerkingen over de noodzaak of opportuniteit van het voorstel worden verweven met juridische argumenten ('juridische onmogelijkheid').¹

In de loop van de jaren is constitutionele toetsing en toetsing aan grond- en mensenrechten in belang toe- genomen. Dat blijkt onder meer uit de voorbeelden die in het legisprudentieoverzicht van dit jaarverslag zijn opgenomen. De komende jaren zal de Raad die toetsing verder uitbouwen en verbeteren.² In verband daarmee is een vaste commissie ingesteld die de Raad adviseert over vragen met betrekking tot de Grondwet en het overige constitutionele recht, het constitutionele recht van het Koninkrijk, de meer algemene vragen over de Europese constitutionele ordening, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en andere internationale instrumenten op het terrein van de mensenrechten.³

'technische kwaliteit' van de regeling en de daarbij behorende toelichting. De Raad let onder andere op de logische en systematische opbouw, de innerlijke consistentie, de gebruikte terminologie en de toegankelijkheid van de regeling. De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn een belangrijk kader bij de wetgevings- technische beoordeling van de regeling.

De Raad sluit zijn advies af met een dictum, dat kan worden beschouwd als het eindoordeel van de Raad over het desbetreffende voorstel. Op deze regel dat aan het eind van het advies een dictum wordt opgenomen, bestaan twee belangrijke uitzonderingen: in ongevraagde adviezen en in adviezen over initiatiefwetsvoorstellen wordt geen dictum opgenomen. Bij ongevraagde adviezen hangt dit samen met de aard van het advies: de Raad draagt ongevraagd een aantal punten aan. De reden voor het niet opnemen van een dictum in adviezen bij initiatiefvoorstellen is dat op het moment van advisering door de Raad nog geen andere politieke beslissing is genomen dan van de initiatiefnemer(s). Advisering van de Raad over een initiatiefvoorstel vindt plaats in een vroege fase van het wetgevingsproces en dat maakt de politieke gevoeligheid van een dictum groter: een dictum zou de schijn kunnen wekken dat de Raad

¹ Een voorbeeld hiervan is de voorlichting van een afdeling van de Raad omtrent de mogelijkheden tot een juridisch kader voor het dwingend opleggen van opvoedingsondersteuning door burgemeesters (Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 28684, nr. 190).

² Zie verder ook het hoofdstuk *Eén Raad, twee functies*.

³ Zie het jaarverslag 2008, blz. 48.

zich voorafgaand aan de politieke weging door de Tweede Kamer reeds uitspreekt. Het niet opnemen van een dictum laat overigens onverlet dat per onderdeel van het advies conclusies worden geformuleerd.

Er bestaan zes dicta die voor verschillende situaties worden gehanteerd:⁴

- 1 *instemmend*: dit dictum wordt gebruikt als de Raad geen aanleiding heeft tot het maken van inhoudelijke opmerkingen; een dergelijk advies wordt ook wel een 'advies conform' genoemd.
- 2 *aandacht*: dit dictum wordt gebruikt als de Raad geen zwaarwegende bedenkingen heeft en hij slechts enige aanpassing van de toelichting adviseert.
- 3 *rekening*: dit dictum wordt gebruikt als de Raad geen zwaarwegende bedenkingen heeft, maar wel bezwaren heeft tegen één of meer onderdelen van het voorstel.
- 4 *niet dan nadat*: dit dictum wordt gebruikt als de Raad overwegende bezwaren heeft tegen één of meer onderdelen van het voorstel. Deze bezwaren kunnen meestal door een minder of meer ingrijpende aanpassing van het voorstel worden ondervangen.
- 5 *niet aldus*: dit dictum wordt gebruikt als de Raad fundamentele bezwaren heeft tegen het voorstel, die alleen door ingrijpende, fundamentele aanpassing van het voorstel zijn te ondervangen.

6 *niet*: dit dictum wordt gebruikt als de Raad zodanige bezwaren tegen het voorstel heeft, dat deze niet door aanpassingen van het voorstel zijn te ondervangen.

Als een advies wordt besloten met één van de drie 'zwaarste' dicta, waarin het woord 'niet' voorkomt (nummers 4 tot en met 6), dan moet het voorstel opnieuw in de ministerraad worden behandeld.⁵

De Raad is adviseur. In zoverre is er geen verplichting de adviezen op te volgen. Voor de effectiviteit van zijn werk is de Raad als adviseur uiteindelijk afhankelijk van diegenen tot wie de adviezen zijn gericht, de kwaliteit van hun antwoorden en de herkenbaarheid van zijn adviezen voor de andere deelnemers aan het wetgevingsproces. Als de adviezen niet worden opgevolgd, mag worden verwacht dat daaraan een gedegen argumentatie ten grondslag ligt. Dat komt de kwaliteit van de besluitvorming over de wetgeving en daarmee van de wetgeving zelf ten goede.

Het jaarlijkse overzicht van adviezen van de Raad over wetsvoorstellen en algemene maatregelen van bestuur, besteedt dit jaar vooral aandacht aan constitutionele toetsing en toetsing aan grond- en mensenrechten. In het hoofdstuk *Staatkundige herstructurering van het Koninkrijk* wordt aandacht besteed aan de constitutionele

⁴ Zie ook het Draaiboek voor de wetgeving, nr. 40, en aanwijzing 276 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁵ Artikel 4, tweede lid, van het Reglement van Orde voor de ministerraad; zie ook aanwijzing 276 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

en grond- en mensenrechtelijke aspecten van advisering over wetgeving die verband houdt met de herstructurering van het Koninkrijk. Het legisprudentieoverzicht behandelt verder de onderwerpen interbestuurlijke verhoudingen, beleidsanalytische toetsing, toetsing aan EU-recht, grondslag en rechtsbescherming. Omdat de nationale rechtsorde sterk verweven is met de EU-rechtsorde (en vice versa) en dit tot gevolg heeft dat de EU-component in zeer veel zaken speelt, sluit behandeling van een advies in de paragraaf *Constitutionele zaken; grond- en mensenrechten* niet uit dat het bewuste advies ook een EU-component heeft en omgekeerd. Er zijn dit jaar geen adviezen opgenomen ter illustratie van de wetstechnische toets. In het overzicht, dat niet beoogt uitputtend te zijn, komen alleen concrete adviezen en de reacties van de regering daarop in het nader rapport aan bod die in het verslagjaar openbaar zijn gemaakt.

Legisprudentieoverzicht

1 Constitutionele zaken; grond- en mensenrechten

1.1 Constitutie

Uitbetaling schadeloosstellingen

Eén van de constitutionele onderwerpen die in het verslagjaar aan de orde kwam, betrof *de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van individuele leden van de Staten-Generaal in relatie tot de geldelijke voorzieningen ten behoeve van de individuele leden*.¹ De regering heeft een wetsvoorstel aanhangig gemaakt dat regelt dat schadeloosstellingen, vergoedingen en wachtgeldten voor leden van de Staten-Generaal uitsluitend in persoon worden uitbetaald en niet overdraagbaar zijn (een zogenaamd cessieverbod). Volgens de regering is de belangrijkste reden voor het wetsvoorstel gelegen in het belang dat de ambtsdragers hun functie in onafhankelijkheid kunnen vervullen. Zij wijst op de grondwettelijke bepaling van artikel 67, derde lid, van de Grondwet dat volksvertegenwoordigers zonder last stemmen.

De rechtstreekse betaling van vergoedingen kan naar het oordeel van de Raad inderdaad worden geplaatst in de context van artikel 67 van de Grondwet. Die bepaling waarborgt in algemene zin de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de individuele leden van de Staten-Generaal. De toelichting motiveert echter niet in welke mate bij de overdracht van de vordering inzake

vergoedingen de onafhankelijkheid in het geding is. Evenmin wordt duidelijk gemaakt waarom dat in het verleden niet en nu blijkbaar wel het geval is. Meer ten principale ontbreekt een uiteenzetting over de strekking van artikel 67 van de Grondwet, mede in het licht van de huidige praktijk met betrekking tot afdrachten aan politieke partijen, de positie van het individuele kamerlid en die van de fracties en de politieke partijen. Tegelijkertijd wijst de Raad erop dat de concretisering en uitwerking van het vrije mandaat met betrekking tot de geldelijke voorzieningen ten behoeve van Kamerleden hun grondslag vinden in artikel 63 van de Grondwet. Op grond van die bepaling is voor aanneming van een wetsvoorstel dat de geldelijke voorzieningen ten behoeve van leden van de Staten-Generaal regelt een meerderheid van tweederde vereist. De regering is van oordeel dat artikel 63 van de Grondwet niet van toepassing is, omdat het tegengaan

¹ Advies van 16 februari 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 220, nr. 4, inzake het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet schadeloosstelling leden Tweede Kamer, de Wet vergoedingen leden Eerste Kamer en de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers in verband met de rechtstreekse betaling van vergoedingen aan politieke ambtsdragers.

van de overdracht van de vergoedingen niet de geldelijke voorzieningen als zodanig raakt.

De Raad acht deze redenering niet overtuigend nu de voorgestelde regeling specifiek betrekking heeft op de positie van Kamerleden en als doel heeft hun onafhankelijkheid beter te waarborgen. In artikel 63 ligt, mede gelet op de artikelen 60 en 67 van de Grondwet, besloten dat de onafhankelijkheid van het individuele Kamerlid niet langs de weg van de geldelijke voorziening behoort te worden aangetast. Het vereiste van een twee derde meerderheid is destijds in de Grondwet gehandhaafd vanwege de nauwe betrokkenheid van de Kamerleden zelf bij deze aangelegenheid. Tegen die achtergrond is verdedigbaar dat het bij artikel 63 van de Grondwet niet alleen gaat om de hoogte van het bedrag, maar ook om andere elementen van de vergoeding die bij wet geregeld moeten worden om te voorkomen dat de onafhankelijkheid van Kamerleden kan worden aangetast. In deze interpretatie valt ook de wijze van uitbetaling onder de reikwijdte van artikel 63 van de Grondwet. Overigens merkt de Raad op dat in het licht van de beoogde doelstelling, namelijk het waarborgen van de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van Kamerleden, en de daarmee samenhangende verhouding tussen regering en parlement, een breed draagvlak voor het voorgestelde cessieverbod wenselijk is.

De regering heeft het advies van de Raad overgenomen om uit te gaan van de gekwalificeerde meerderheidseis van artikel 63 van de Grondwet.

Informatieverstrekking aan parlement

Een ander thema dat speelde had betrekking op de *grondwettelijke plicht van de minister tot het verstrekken van informatie aan de leden van de Staten-Generaal* in het kader van de uitoefening van de controlerende taak door die leden. De staatssecretaris van Defensie heeft de Raad gevraagd hem van voorlichting te dienen over de manier waarop de Tweede Kamer invulling zou kunnen geven aan de controlerende functie, rekening houdende met de afwegingen en de besluiten van de regering die gemaakt zijn bij het besluit informatie over de vervanging van de F-16 niet openbaar te maken dan wel ook niet vertrouwelijk aan de Kamer te willen overleggen.²

De afdeling die de voorlichting uitbrengt, wijst erop dat de grondwettelijke plicht om aan de Staten-Generaal informatie te verstrekken waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat, verschilt van de ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) bestaande openbaarheidsverplichting. Enerzijds reikt de inlichtingenplicht ex artikel 68 van de Grondwet verder dan de openbaarheidsverplichting van de Wob. Zo is de verstrekking van inlichtingen ex artikel 68 van de Grondwet vormvrij en vindt deze uitsluitend plaats na toetsing aan het criterium dat het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat, terwijl de Wob een aantal absolute en relatieve uitzonderingsgronden bevat. Anderzijds beperkt de inlichtingenplicht zich tot het verschaffen van inlichtingen aan de Staten-Generaal,

² Voorlichting van 15 april 2009 op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de Raad van State, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 26 488, nr. 169.

terwijl openbaarheid op grond van de Wob openbaarheid voor eenieder inhoudt. Alleen de (leden van de) Staten-Generaal kunnen ministers en staatssecretarissen aanspreken op de nakoming van de in artikel 68 van de Grondwet neergelegde inlichtingplicht, en aldus de ministers en staatssecretarissen ter verantwoording roepen. Dit leidt tot de conclusie dat alleen aan de Tweede Kamer zelf het oordeel toekomt over de door de regering aangevoerde argumenten om informatie vertrouwelijk te houden. Dit oordeel kan niet aan een andere instantie worden overgelaten.

Besluitvorming over besteding overheidsuitgaven

Het *Uitvoeringsbesluit Wet op de jeugdzorg* wordt gewijzigd in verband met de invoering van een nieuw financieringsstelsel.³ In het bestaande systeem wordt het budget voor de jeugdzorg berekend op basis van de in het verleden uitgekeerde vergoedingen. In het voorgestelde ontwerpbesluit wordt geregeld dat de minister voor Jeugd en Gezin en de minister van Justitie, op basis van een raming van de landelijke behoefte aan jeugdzorg, de hoogte van het budget bepalen. Bij ministeriële regeling kan worden bepaald dat zij advies vragen aan een door de minister voor Jeugd en Gezin in te stellen adviescommissie, alvorens het budget vast te stellen. Met het Instellingsbesluit Commissie Financiering Jeugdzorg (CFJ) - een ministeriële regeling - is daar al op vooruitgelopen.

Het nieuwe systeem houdt in dat de CFJ, op basis van de ramingen van het Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP), eens per vier jaar aan het Bestuurlijk Overleg

Jeugdzorg (dat bestaat uit de minister voor Jeugd en Gezin en het IPO) een zwaarwegend advies uitbrengt over het meerjarig budget en over de verdeling van dit budget over de provincies en grootstedelijke regio's. Als vertrekpunt voor het financieel kader geldt dat het kabinet in de rijksbegroting het advies van de CFJ over het meerjarig financieel kader zal volgen. De Raad constateert dat de besluitvorming over de financiering van de jeugdzorg feitelijk in sterke mate in handen wordt gelegd van niet-politieke organen (het SCP en de CFJ). Beslissingen over de besteding van overheidsuitgaven hebben een politiek karakter: het is aan politieke organen om de aanspraken op overheidsmiddelen, inclusief de financiering daarvan, in samenhang te bezien en daarover politieke besluiten te nemen. De Raad acht het van belang dat politieke keuzes over de prioriteiten in de jeugdzorg niet slechts formeel maar ook feitelijk bij politieke organen blijven, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de politieke verantwoordelijkheid van de begrotingswetgever. Dat betekent dat de minister de ramingen van het SCP en de adviezen van de CFJ serieus zal moeten nemen, maar dat hij zelf zal moeten beoordelen in hoeverre die ramingen realistisch en betrouwbaar zijn.

Naar aanleiding van het advies zijn de onderdelen die op het nieuw in te voeren financieringssysteem betrekking hebben uit het ontwerpbesluit gehaald. Daarvoor in de plaats is, zoals de Raad in zijn advies ook heeft

³ Advies van 31 augustus 2009, nr. W13.09.0185/I, ter inzage gelegd bij het ministerie van VWS.

gesuggereerd, het stelsel uit het Tijdelijk besluit uitkeringen jeugdzorg, zoals dat tot nu toe gold, overgenomen.

Kinderombudsman

Het initiatiefwetsvoorstel van het lid Arib tot wijziging van de Wet Nationale ombudsman regelt de instelling van een *kinderombudsman*.⁴ De initiatiefnemer heeft al eerder een voorstel tot instelling van een kinderombudsman bij de Tweede Kamer ingediend. Het voornaamste verschil tussen het onderhavige initiatiefvoorstel en het eerdere voorstel is dat er inmiddels voor gekozen is de kinderombudsman onder te brengen bij de Nationale ombudsman en er niet meer een zelfstandig instituut voor op te richten. Het voorstel leidt ertoe dat ook privaatrechtelijke organisaties komen te vallen binnen de onderzoeksbevoegdheid van de kinderombudsman. Omdat het voorstel ertoe strekt dat de kinderombudsman deel uitmaakt van het instituut van de Nationale ombudsman, heeft het voorstel op dit punt evenzeer betekenis voor de Nationale ombudsman. Indien de taak van de hiervoor bedoelde privaatrechtelijke organisaties bij of krachtens de wet zodanig is geregeld dat deze organisaties bekleed zijn met openbaar gezag, gelden zij in zoverre als bestuursorgaan, en vallen zij dus in zoverre binnen de bevoegdheid van de Nationale ombudsman. Indien het voorstel mede zou zien op privaatrechtelijke organisaties die weliswaar een bij of krachtens de wet geregelde taak ten aanzien van jeugdigen uitoefenen maar in dat kader niet zijn belast met de uitoefening van openbaar gezag, zouden deze organisaties thans buiten de bevoegdheid van de Nationale ombudsman vallen.

De Raad merkt op dat de wettelijke regeling, neergelegd in de Wet Nationale ombudsman, van het werkterrein van de Nationale ombudsman tot nu toe berust op artikel 78a, eerste lid, van de Grondwet. In die bepaling gaat het om onderzoek naar gedragingen van bestuursorganen van het Rijk en van andere bij of krachtens de wet aangewezen bestuursorganen. Met het centraal stellen van het begrip bestuursorgaan ligt het werk van de Nationale ombudsman in het publieke domein, in brede zin, met inbegrip van privaatrechtelijke rechtspersonen voor zover de wetgever daaraan openbaar gezag heeft toegekend.

Het vierde lid van artikel 78a van de Grondwet geeft de wetgever de mogelijkheid de Nationale ombudsman ook andere taken op te dragen dan de taken die zijn neergelegd in het eerste lid. De Raad meent dat het vierde lid moet worden gezien in samenhang met de omschrijving van het werkterrein van de Nationale ombudsman zoals deze is neergelegd in het eerste lid van artikel 78a, en als een aanvulling daarop.

De indiener heeft naar aanleiding van de opmerking van de Raad de toelichting aangevuld. Naar de mening van indiener biedt artikel 78a van de Grondwet de ruimte om privaatrechtelijke organisaties die geen openbaar gezag uitoefenen onder de bevoegdheid van de kinderombudsman te brengen. Zij meent dat uit de redactie van artikel 78a van de Grondwet niet kan worden afgeleid dat de (grond)wetgever beoogd heeft niet toe te staan dat het werkterrein van de Nationale ombudsman zich buiten het bestuursorgaanbegrip zou uitstrekken.

⁴ Advies van 3 april 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 831, nr. 5.

1.2 Toetsing aan grondrechten uit Grondwet en verdragen

Gelijke behandeling en enkele-feitconstructie

De regering heeft de Raad op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de Raad van State, een onverplicht advies gevraagd inzake de zogenoemde *enkele-feitconstructie* in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).⁵ Aanleiding voor de adviesaanvraag van de regering vormde het feit dat de Europese Commissie vindt dat Nederland één van de Europese antidiscriminatie-richtlijnen onvoldoende nauwkeurig heeft uitgevoerd. Zij is een inbreukprocedure tegen Nederland begonnen. Eén van de punten van kritiek betreft de zogenoemde enkele-feitconstructie. Het in de huidige Awgb neergelegde compromis tussen het grondwettelijke non-discriminatiebeginsel enerzijds en de eveneens in de Grondwet gewaarborgde vrijheid van godsdienst en vrijheid van onderwijs anderzijds, houdt in dat niemand in de werksfeer achtergesteld mag worden op grond van het enkele feit van onder andere zijn ras, geslacht, religie of seksuele gerichtheid. De woorden 'het enkele feit van' laten voor instellingen op godsdienstige grondslag een zekere ruimte om bijkomende omstandigheden aan te voeren ter rechtvaardiging van een gemaakt onderscheid, ook als deze gerelateerd zijn aan bijvoorbeeld ras, geslacht of seksuele gerichtheid. De regering heeft de Raad van State gevraagd of dit compromis houdbaar is in het licht van Europeesrechtelijke regels die enige jaren na de totstandkoming van de Awgb in een antidiscriminatie-richtlijn zijn neergelegd.

De Raad diende in zijn advies na te gaan of er mogelijkheden zijn - en zo ja, welke - om de Awgb aan te passen aan de Europese richtlijn, met behoud van de bestaande balans.

Om de vraag van de regering te kunnen beantwoorden heeft de Raad de relevante bepalingen in de Awgb en de desbetreffende Europese richtlijn inhoudelijk geanalyseerd en vergeleken. Op grond van deze analyse en vergelijking komt de Raad tot de conclusie dat het mogelijk moet zijn een nieuwe wetstekst te formuleren waarin de kernelementen van de bepalingen van zowel de Awgb als de Europese richtlijn volledig tot hun recht komen zonder dat 'de bestaande grondrechtenbalans' wordt aangetast. Met die conclusie velt de Raad geen oordeel over die bestaande grondrechtenbalans; dat valt immers buiten de aan hem voorgelegde vraag van de regering.

In het nader rapport heeft de regering aangekondigd met een wetsvoorstel te zullen komen waarin de Awgb wordt aangepast.

Verplichte canon en vrijheid van onderwijs

Aan de Raad werd een ontwerpbesluit voorgelegd dat de *Canon van Nederland* opneemt in de kerndoelen voor het primair onderwijs en de onderbouw van het voortgezet onderwijs.⁶ Door opname van de canon in de kerndoelen worden alle scholen in het primair en

⁵ Advies van 18 mei 2009, Kamerstukken II 2009/2010, 28 481, nr. 7.

⁶ Advies van 16 december 2008, Bijvoegsel Staatscourant 9 juni 2009, nr. 103.

voortgezet onderwijs verplicht dezelfde vijftig historische onderwerpen te behandelen in het geschiedenisonderwijs. De Raad stelt dat dit de vraag oproept hoe een zo gedetailleerd omschreven, verplicht curriculum ten aanzien van historische kennis en inzicht zich verhoudt tot de in artikel 23 van de Grondwet vastgelegde vrijheid van onderwijs (de vrijheid van richting en inrichting). De vrijheid van inrichting kan omschreven worden als het recht om de bijzondere school en het daarin gegeven onderwijs naar eigen inzicht in te richten, onder meer voor wat betreft de inhoud en de methode van het onderwijs. Voor zover de inrichting samenhangt met de richting van de school kunnen aan deze vrijheid door de wetgever maar zeer beperkt grenzen worden gesteld. Voorts komt ook het openbaar onderwijs pedagogisch-organisatorische autonomie toe om het onderwijs naar eigen inzicht vorm te geven. Voor het daardoor beperken van deze eigen ruimte van scholen dienen zwaarwegende gronden te zijn, en moet voldaan worden aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.

Gelet op de vergaande detaillering die het voorschrijven van de canon voor met name het geschiedenisonderwijs zal hebben en gezien de identiteitsgevoelige aard van dit vak meent de Raad dat de toelichting bovendien een toetsing in het licht van de vrijheid van richting moet bevatten. Een dergelijke toetsing ontbreekt echter geheel. De canon beoogt meer te zijn dan de vaststelling van een minimum aan historisch-culturele feitenkennis. Bij de samenstelling ervan is ook rekening gehouden met de betekenis van deze feiten voor burgerschapsvorming

en integratie. De leerlingen moeten de inhoud van de canon kunnen gebruiken om hun eigen standpunt in en ten opzichte van de maatschappij te bepalen. De Raad heeft er bij de opname van deze doelen als uitgangspunten van het onderwijs echter op gewezen dat het voorschrijven van de inhoud van burgerschapsvorming begrensd wordt door de kaders die artikel 23 van de Grondwet stelt. Dat betekent dat in het openbaar onderwijs burgerschapsvorming moet plaatsvinden met inachtneming van eenieders godsdienst en levensovertuiging, en dat ten aanzien van het bijzonder onderwijs de vrijheid van richting moet worden geëerbiedigd. De Raad meent dat het gevaar bestaat dat de in de canon gedetailleerd voorgeschreven aspecten scholen te weinig ruimte gunnen om een eigen invulling aan het geschiedeniscurriculum te geven. Dat valt niet zonder meer te verenigen met het uitgangspunt van het Nederlandse onderwijsbestel dat het bijzonder en het openbaar onderwijs een grote vrijheid hebben om het onderwijs naar eigen inzicht in te richten. Naar het oordeel van de Raad vormt de verplichtstelling van de vijftig vensters uit de canon een vergaande beperking van de vrijheid van inrichting. De Raad ziet vooralsnog geen zwaarwegende redenen die een dergelijke beperking kunnen dragen. In reactie op dit advies stelt de regering de 50 vensters niet langer verplicht als onderdeel van de kerndoelen, maar worden de vensters benoemd als inspiratiebron.

1.3 Vrijheid van vereniging

Verenigingen van eigenaars van appartementen

Het wetsvoorstel houdende wijziging van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek en de Woningwet in verband met het *plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars* strekt ertoe te voorzien in een nieuw instrumentarium voor gemeenten om het onderhoud van appartementen te stimuleren.⁷ De gemeente krijgt volgens het voorstel de bevoegdheid om een vergadering van appartements-eigenaren bijeen te roepen, anderen dan bestuursleden met de leiding daarvan te belasten, de vergadering bij te wonen en voorstellen te doen. Voorts krijgt de gemeente de bevoegdheid om de rechter machtiging te verzoeken voor het geval een appartementseigenaar geen medewerking of toestemming verleent tot het verrichten van een feitelijke handeling, zoals het plegen van onderhoud.

De Raad meent dat de voorgestelde bevoegdheden inbreuk maken op de vrijheid van vereniging zoals neergelegd in artikel 8 van de Grondwet en 11 van het EVRM. De toelichting gaat niet in op de verenigingsvrijheid, noch op de vraag of deze inbreuk gerechtvaardigd is. Wil een inbreuk op de vrijheid van vereniging gerechtvaardigd zijn, dan zal zij, naast de met het voorstel gegeven wettelijke basis, ook noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving met het oog op een van de in het artikel 11, tweede lid, van het EVRM genoemde belangen.

De regering merkt in het nader rapport op dat het

wetsvoorstel naar haar mening voldoende waarborgen bevat waardoor van een schending van de vrijheid van vereniging geen sprake is.

1.4 Vrijheid van godsdienst

Ritueel slachten

Het initiatiefwetsvoorstel van het lid Thieme wijzigt de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren in verband met het invoeren van *een verplichte voorafgaande bedwelming bij ritueel slachten*.⁸

De Raad vraagt in zijn advies aandacht voor de vrijheid van godsdienst, die onder meer wordt gewaarborgd in artikel 6 van de Grondwet. De toelichting bij het wetsvoorstel stelt dat een wettelijk verbod op onverdoofd ritueel slachten toelaatbaar is omdat de beperkingsclausule in artikel 6 van de Grondwet dat mogelijk maakt. De Raad merkt op dat de grondwetgever met het voorbehoud 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' niet heeft beoogd aan te geven dat elke beperking toelaatbaar is die in een formele wet is neergelegd. De uitoefening van de in de Grondwet beschermde grondrechten kan op basis van deze clausulering weliswaar worden beperkt, maar mag niet geheel of nagenoeg geheel onmogelijk worden gemaakt. De Raad is van oordeel dat naast het vereiste van beperking bij formele wet materiële criteria aangelegd

⁷ Advies van 5 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 991, nr. 4.

⁸ Advies van 20 oktober 2008, Kamerstukken II 2009/2010, 31 571, nr. 4.

dieren te worden waaraan een rechtmatige beperking van grondrechten moet voldoen. Naar het oordeel van de Raad liggen daarbij de volgende criteria voor de hand: voldoende specificiteit, proportionaliteit en (daarin besloten) kernrechtbeperking. Het eerste criterium volgt uit de grondwetgeschiedenis; de twee andere criteria liggen ten grondslag aan het hierna te bespreken noodzakelijkheidscriterium neergelegd in artikel 9 van het EVRM en kunnen in de Nederlandse Grondwet 'ingelesen' worden. Deze criteria vereisen een grondige belangenafweging waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen.

Het voorgestelde verbod op onbedweld ritueel slachten voldoet naar het oordeel van de Raad niet aan vorengenoemde criteria. Het ongeclausuleerde verbod op ritueel slachten maakt deze vorm van godsdienstig belijden niet langer mogelijk. De toelichting volstaat er mee te stellen dat de aantasting van het dierenwelzijn voorafgaand aan en gedurende de onbedweldde rituele slacht voldoende grond vormt om de uitzonderingsbepaling in de wet te laten vervallen en aldus een dergelijke beperking op de vrijheid van godsdienst rechtvaardigt. In de toelichting wordt ten onrechte het beeld opgeroepen als zouden dieren rechtssubject zijn, met een vergelijkbare status als mensen. De Raad is van oordeel dat hiermee niet de vereiste belangenafweging - waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen - wordt gemaakt. Hoewel de Raad met de initiatiefneemster het belang van het dierenwelzijn erkent, is hij van mening dat de gegeven motivering niet voldoet. Hij acht het aannemelijk dat

sprake is van een maatregel die de vrijheid van godsdienst te zeer beperkt, nu het belijden in de vorm van een gevestigd godsdienstig ritueel en het nuttigen van dienovereenkomstig geslacht vlees onmogelijk wordt gemaakt.

Het voorstel stuit naar het oordeel van de Raad aldus op de grenzen van artikel 6, eerste lid, van de Grondwet.

De indiener stelt in haar reactie op het advies dat het wetsvoorstel mogelijk is binnen de 'margin of appreciation' die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de lidstaten laat ter beoordeling of een beperking van de vrijheid van godsdienst noodzakelijk is een democratische samenleving.

1.5 Persoonlijke levenssfeer en persoonsgegevens

Verwijsindex risico's jeugdigen

Het wetsvoorstel *verwijsindex risico's jeugdigen* introduceert een landelijke verwijsindex, waarmee een betere samenwerking tussen de instanties en professionals in de jeugdketen beoogd wordt.⁹ In deze verwijsindex worden de meldingen van hulpverleners over risicojeugdigen tot 23 jaar geregistreerd. Meldingen dienen in een vroeg stadium gedaan te worden, namelijk als er een redelijk vermoeden bestaat dat de jeugdige een bepaald risico loopt. Alle organisaties in de jeugdketen worden op de

⁹ Advies van 17 oktober 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 855, nr. 4.

verwijsindex aangesloten. De verwijsindex bevat zelf geen inhoudelijke informatie, maar houdt alleen het aantal risicomeldingen bij. Bij twee of meer meldingen worden de aanmeldende instanties hierover geïnformeerd, waarna zij zelf passende actie dienen te ondernemen. Het is de verantwoordelijkheid van de gemeente om dit proces te volgen en er op toe te zien dat er daadwerkelijk actie wordt ondernomen.

De Raad wijst erop dat artikel 8, eerste lid, van het EVRM bepaalt dat eenieder recht heeft op eerbiediging van het privéleven. Gelet op het tweede lid van artikel 8 dienen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit te worden gewogen bij de vraag naar de noodzaak van de voorgestelde verwijsindex. De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer moet in verhouding staan tot het te bereiken doel en dit doel moet niet op een andere, minder ingrijpende, manier kunnen worden bereikt. De Raad merkt allereerst op dat de beperking slechts mogelijk is als de voorgestelde maatregel een gerechtvaardigd doel dient. Het wetsvoorstel ziet het belang van de bescherming van de gezondheid of de goede zeden als een legitiem doel. De Raad stelt echter vast dat niet alleen jongeren in de verwijsindex worden gemeld met gezondheidsproblemen, maar ook jongeren met problemen van geheel andere aard, zoals criminaliteitsproblemen en financiële problemen of minderjarige moeders. De Raad is van oordeel dat de verwijsindex doelen in zich bergt die geen grond bieden om het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zoals bedoeld in artikel 8, tweede lid, te beperken.

De Raad adviseert in de toelichting per categorie van problemen waar jongeren mee te maken kunnen krijgen te beschrijven onder welk doel in de zin van artikel 8, tweede lid, van het EVRM deze te brengen is.

Bovendien is de Raad van oordeel dat de noodzaak van een verwijsindex waarin alle risico's van alle jongeren dienen te worden opgenomen niet vaststaat. Het gevaar is groot dat de verwijsindex gegevens van jongeren zal gaan bevatten, van wie het overgrote deel niet zal ontsporen of geen noemenswaardige problemen zal veroorzaken. De Raad is derhalve van oordeel dat de verwijsindex de toets der noodzakelijkheid niet kan doorstaan.

De regering is van mening dat het wetsvoorstel wel voldoet aan de eisen die artikel 8 van het EVRM stelt, zoals de noodzakelijkheidseis. De memorie van toelichting is naar aanleiding van het advies van de Raad aangepast.

Het advies over de verwijsindex risico's jeugdigen bevat ook een opmerking over de registratie van etniciteit. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is gesteld dat onderzocht zal worden of het zinvol is om in de verwijsindex risicjongeren etniciteit te registreren. De Raad merkt op dat het registreren van etniciteit en het gebruikmaken van een dergelijke registratie strijdig kan zijn met nationale en internationale regelgeving. Het verwerken van persoonsgegevens betreffende iemands ras is op grond van artikel 16 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), gelezen in het licht van Richtlijn 95/46/EG, verboden behoudens enkele zeer uitzonderlijke gevallen die in artikel 18

worden genoemd. Het verwerken van persoonsgegevens betreffende iemands etniciteit is slechts mogelijk indien het noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang en indien passende waarborgen worden gecreëerd, zie de algemene ontheffingsgrond van artikel 23, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wbp. Deze ontheffingsgrond moet, gezien de zeer beperkte strekking van artikel 18, restrictief worden geïnterpreteerd. De Raad meent dat niet kan worden aangetoond dat het registreren van de etnische achtergrond van jongeren nuttig of noodzakelijk is met het oog op de doelstelling van de verwijsindex. Het doel van de verwijsindex is om problemen van risicojongeren eerder op het spoor te komen en de samenwerking in de jeugdketen te versterken. Elke melding in de verwijsindex is het resultaat van een professionele afweging en elke jongere is uniek. Etniciteit kan slechts een statistische aanwijzing zijn dat de jongere een verhoogde kans loopt op bepaalde problemen. Maar als de overheid actie wil ondernemen bij bepaalde jongeren, zullen de specifieke problemen van elke jongere nauwkeurig moeten worden bekeken. Een statistische waarschijnlijkheid is niet van belang bij behandeling van individuele gevallen. Het registreren van etniciteit heeft hier geen toegevoegde waarde. Voorts kan het maken van onderscheid op basis van etniciteit strijd opleveren met artikel 1 van de Grondwet alsmede met verdragsbepalingen, zoals artikel 14 van het EVRM en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Een onderscheid op basis van etniciteit kan op grond van deze bepalingen slechts gerechtvaardigd worden indien er zowel sprake

is van een gerechtvaardigd en legitiem doel als van een redelijke verhouding tussen doel en middel. Nu het registreren van etniciteit in de verwijsindex geen toegevoegde waarde heeft, komt een dergelijke registratie in strijd met de Grondwet en genoemde verdragen.

De regering heeft het advies van de Raad gevolgd en de bewuste passage uit de toelichting geschrapt.

Huisbezoek

Het recht gevrijwaard te blijven van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer kwam ook aan de orde in het advies van de Raad over het voorstel van wet houdende een regeling in de sociale zekerheid van de *rechtsgevolgen van het niet aantonen van de leefsituatie na het aanbod van een huisbezoek*.¹⁰ Het voorstel strekt ertoe de uitvoeringsorganen in de sociale zekerheid de bevoegdheid toe te kennen personen die ingevolge één van de in het voorstel opgenomen sociale zekerheidswetten een uitkering als alleenstaande (of alleenstaande ouder) aanvragen of ontvangen uit te nodigen hun leefsituatie aan te tonen. Hiertoe wordt de belanghebbende het aanbod gedaan om, met diens toestemming, zijn woning binnen te treden (aanbod van een huisbezoek). Indien dit aanbod wordt geweigerd en evenmin anderszins wordt aangetoond dat men daadwerkelijk alleenstaand (ouder) is, wordt de uitkering vastgesteld op de helft van een uitkering voor samenwonenden, dan wel beëindigd. Zoals de toelichting erkent, is de inlichtingenverplichting voor

¹⁰ Advies van 18 december 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 929, nr. 4.

zover zij vorm krijgt door het huisbezoek een – door de wet geregelde – inbreuk op het huisrecht zoals beschermd in artikel 8 van het EVRM en artikel 12 van de Grondwet. Met het voorstel wordt het ook naar het oordeel van de Raad gerechtvaardigde belang nagestreefd van het voldoende verzekeren van de rechtmatigheid van sociale uitkeringen.

Het voorstel ziet op de situatie dat er geen concrete aanwijzingen zijn van onjuiste gegevensverstrekking door de belanghebbende. Als de uitkeringsinstantie, in het kader van een steekproefsgewijze controle, de juistheid van de opgegeven leefsituatie van de belanghebbende wil verifiëren en zij uit eigen intern onderzoek geen aanwijzing heeft verkregen van mogelijke fraude, kan zij, ingevolge het voorstel, het aanbod doen van een huisbezoek als bewijs-/verificatiemiddel. Indien betrokkene vervolgens, met een beroep op het huisrecht, geen toestemming geeft tot binnentreden in zijn woning, is de kernvraag voor de beoordeling van het voorstel welk gevolg aan die weigering verbonden wordt.

Men zou zich kunnen voorstellen dat zo'n weigering bij de controlerende instantie de vraag oproept of de belanghebbende wellicht iets te verbergen heeft. Naar het oordeel van de Raad is het echter onjuist als in het hier bedoelde geval de weigering direct en zonder meer zou leiden tot gevolgen voor de uitkering. Als dat het geval zou zijn, zou een belanghebbende van wie zijn eigen verklaring, ondersteund met alle andere bewijsmiddelen die hem ter beschikking staan, door de uitkeringsinstantie ontoereikend is geacht, zich immers

feitelijk gedwongen zien een inbreuk op zijn huisrecht toe te staan, om aldus aan het rechtsgevolg van aanpassing van de uitkering te ontkomen. De Raad is van oordeel dat het voorstel aldus onvoldoende garantie biedt dat de toepassing ervan in alle gevallen proportioneel zal zijn.

De regering merkt in het nader rapport op dat zij er van overtuigd is, dat de voorgestelde regeling de waarborgen biedt, dat de toepassing ervan in individuele gevallen in evenredigheid staat tot de inbreuk die op het huisrecht wordt gepleegd in het belang van een rechtmatige uitvoering van de desbetreffende uitkeringswetten. Voorts noemt de regering in het nader rapport een nieuw motief, namelijk het preventieve effect van het voorstel.

Verwerking bijzondere persoonsgegevens

Het wetsvoorstel ter *beperking van de administratieve lasten die voortvloeien uit de Wet bescherming persoonsgegevens*, bevat onder andere een grondslag voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens door ombudsman, toezicht houder en accountantsorganisatie.¹¹ Het gaat hierbij om een algemene grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens betreffende godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, lidmaatschap van een vakvereniging, gezondheid en strafrechtelijke persoonsgegevens (bijzondere persoonsgegevens), voor zover dat "noodzakelijk is voor de uitvoering van de hem of haar wettelijk opgedragen taak". De Raad merkt op dat in beginsel een verbod geldt op de verwerking van de bijzondere persoonsgegevens. Dit vloeit voort uit artikel 8

¹¹ Advies van 24 juli 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 841, nr. 4.

van Richtlijn 95/46/EG en de (implementatie daarvan in de) artikelen 16 tot en met 23 van de Wbp. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens geen grondslag kan worden gevonden in de uitzonderingen die in de richtlijn zelf staan opgesomd. Daarom wordt de voorgestelde algemene uitzondering voor ombudsman, toezichthouder en accountantsorganisatie gebaseerd op artikel 8, vierde lid, van de richtlijn, die de lidstaten de mogelijkheid biedt om "redenen van zwaarwegend algemeen belang" en "mits passende waarborgen worden geboden", afwijkingen op het verbod op het verwerken van bijzondere persoonsgegevens toe te staan. Uit de toelichting blijkt onvoldoende dat aan deze voorwaarden wordt voldaan. Naar het oordeel van de Raad is vereist dat voor elk van de taken duidelijk wordt gemaakt dat daarmee een zwaarwegend algemeen belang wordt gediend en dat voor de voorgestelde verwerking van ieder van de bijzondere persoonsgegevens vaststaat dat deze noodzakelijk zijn om genoemd belang te behartigen. De opmerking in de toelichting dat "het niet doenlijk (is) gebleken om per persoon en instelling te differentiëren naar bepaalde gevoelige gegevens" acht de Raad, gezien de verstrekking van de algemene uitzondering, onvoldoende motivering voor de voorgestelde grondslag.

Naar aanleiding van het advies van de Raad heeft de regering besloten af te zien van het regelen van een algemene uitzonderingsgrond voor toezichthouders en accountantsorganisaties. Ten aanzien van de Nationale ombudsman en de overige ombudslieden wordt de

algemene uitzonderingsgrond gehandhaafd.

Uitwisseling leer- en begeleidingsgegevens

Het wetsvoorstel tot wijziging van enkele onderwijswetten in verband met *het gebruik van het persoonsgebonden nummer bij onder meer de uitwisseling van leer- en begeleidingsgegevens van leerlingen*, beoogt bij te dragen aan het realiseren van een doorlopende leerlijn.¹² De Raad constateert dat op afzienbare termijn het gebruik van het persoonsgebonden nummer in het onderwijs aanzienlijk wordt verruimd en dat het wordt ingezet voor een diversiteit van doeleinden. Het gebruiksgemak van het persoonsgebonden nummer genereert steeds weer nieuwe gebruiksmogelijkheden. Dit kan het gevaar met zich brengen dat de balans tussen dit gebruiksgemak en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de burger zoek raakt. Een ander gevaar van het uitbreiden en koppelen van persoonsgegevens is dat het ontoelaatbaar gebruik in de hand werkt. Zo kan het risico toenemen van gebruik zonder een wettelijke grondslag of zonder dat het toestemmingsvereiste in acht genomen wordt. Ook kunnen gegevens gemakkelijk lekken, omdat bij een groot aantal autorisaties de bron niet is terug te vinden. De Raad adviseert in de toelichting een uiteenzetting te geven over de voortschrijdende uitbreiding van het gebruik van het persoonsgebonden nummer in het onderwijs en de daaraan gekoppelde gegevens, alsmede van de daaraan verbonden privacy-risico's.

¹² Advies van 29 april 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 176, nr. 4.

De regering merkt in het nader rapport op dat uitbreiding van het gebruik van het persoonsgebonden nummer in het onderwijs geen doel op zich is, maar steeds een of meer specifieke (beleids)doeleinden dient.

Herziening ten voordele en ten nadele

Het wetsvoorstel *hervorming herzieningsregeling* heeft betrekking op het buitengewone rechtsmiddel van herziening. In de eerste plaats wordt de bestaande regeling van de herziening ten voordele gemoderniseerd. Daarnaast wordt de herziening ten nadele in een aantal scherp omliggende situaties mogelijk.¹³ In de toelichting wordt uiteengezet dat bij de introductie van de mogelijkheid van de herziening ten nadele opslag van gegevens, zoals DNA-gegevens en vingerafdrukken van verdachten die zijn vrijgesproken van een feit dat de dood van een ander tot gevolg heeft gehad, wenselijk wordt geacht.

De Raad is van oordeel dat de voorgenomen verruiming van de mogelijkheid om gegevens van gewezen verdachten te bewaren een breuk inhoudt met het geldende stelsel waarin na (onder meer) een onherroepelijke vrijspraak het DNA-profiel, het celmateriaal en de vingerafdrukken van de gewezen verdachte (daaronder begrepen tevens de minderjarige verdachte) vernietigd dienen te worden.

Voorts wijst de Raad erop dat het bewaren van dergelijke gegevens van gewezen verdachten een inbreuk oplevert op artikel 8 van het EVRM, welke inbreuk alleen kan worden gerechtvaardigd indien daarmee een

legitiem doel wordt gediend en het noodzakelijk is in de democratische samenleving, waarbij het in het bijzonder aankomt op de vraag of de inbreuk proportioneel is en of er een evenwicht is bereikt tussen de publieke en private belangen. Factoren die daarbij een belangrijke rol spelen zijn het gevaar van stigmatisering van de gewezen verdachte (in het bijzonder minderjarigen), de mogelijkheid voor de gewezen verdachte om verwijdering uit de databank te verzoeken, het stellen van een tijdslimiet aan het bewaren van de gegevens en adequate waarborgen tegen het misbruik van de gegevens. De Raad wijst erop dat bewaring van onder andere DNA-gegevens in alle gevallen van vrijspraak van een feit dat de dood van een ander ten gevolge heeft gehad ten behoeve van de mogelijkheid dat in een enkel geval herziening ten nadele in beeld zou kunnen komen, disproportioneel is. De Raad is voornamelijk niet ervan overtuigd dat de noodzaak voor het bewaren van de gegevens van vrijgesproken verdachten voldoende is aangetoond.

Dit onderdeel van het advies van de Raad heeft geleid tot aanvulling van de memorie van toelichting.

Prostitutie

Het wetsvoorstel *regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche* introduceert onder andere een landelijk register voor escortbedrijven en een algehele

¹³ Advies van 8 juni 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32 044, nr. 4 en 32 045, nr. 4, inzake het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met een hervorming van de herzieningsregeling.

registratieplicht voor prostituees.¹⁴ In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan het feit dat de registratie van prostituees een verwerking van persoonsgegevens betreft, en dat de registratieplicht dan ook dient te voldoen aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), waarin de privacyrichtlijn is geïmplementeerd. Uit de Wbp vloeit voort dat de verwerking van persoonsgegevens moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid.

De Raad merkt op dat het oorspronkelijke doel van de registratie, het nagaan of er sprake is van gedwongen prostitutie, is verlaten. Registratie dient thans om toezicht en handhaving te vergemakkelijken. Naar het oordeel van de Raad staat dit doel van de registratie niet in verhouding tot het voorgestelde middel, de algehele registratieplicht. Intensivering van het algemene toezicht en handhaving zou ook het gewenste effect kunnen hebben, met aanzienlijk minder kans op de hierboven genoemde ongewenste neveneffecten. De Raad is derhalve van oordeel dat de registratieplicht de noodzakelijkheidstoets niet kan doorstaan en dat evenmin kan worden voldaan aan het criterium zwaarwegend algemeen belang.

De regering merkt in het nader rapport op dat zij van mening blijft dat een registratieplicht voor prostituees een essentieel element vormt in de beoogde regulering van de prostitutiebranche.

2 Interbestuurlijke verhoudingen

De Raad heeft op verzoek van de regering, mede namens het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), een *tweede beschouwing gewijd aan de interbestuurlijke verhoudingen in Nederland*.¹⁵ Dit verzoek is een uitvloeisel van de afspraken die zijn opgenomen in de Code Interbestuurlijke Verhoudingen.

In de Tweede periodieke beschouwing blikt de Raad terug op de periode sinds het verschijnen van de Eerste beschouwing en kijkt hij vooruit op de komende jaren. De Raad benadrukt het basisprincipe dat aan decentralisatie ten grondslag ligt, namelijk dat de kwaliteit van het openbaar bestuur verbetert door het bestuur zo te organiseren dat dienstverlening aan de burger het meest doeltreffend kan geschieden en deze relatief het gemakkelijkst door of namens de burger kan worden beïnvloed en gecontroleerd. Bij decentralisatie moeten dus niet de bestaande (machts)verhoudingen tussen de overheden leidend zijn, maar de belangen van de burger en hetgeen de burger van een goed functionerende overheid mag verwachten.

¹⁴ Advies van 11 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 4.

¹⁵ Advies van 7 mei 2009, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VII, nr. 99, inzake 'Decentraal moet, tenzij het alleen centraal kan'. Tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen.

Op basis van gevoerde gesprekken, de eigen advisering en waarnemingen is de Raad van oordeel dat de verstandhouding tussen de overheden is verbeterd ten opzichte van de periode 2004 - 2006. De verstandhouding is evenwel nog niet optimaal of - beter gezegd - de balans tussen de overheden slaat nog te vaak door naar de kant van de rijksoverheid. De samenwerking tussen de overheden en de beleidsontwikkelingen op het terrein van de Europese Unie zijn goed en komen voortvarend tot stand, maar de ontwikkelingen op het terrein van de financiën, het toezicht en regelgeving blijven daarbij achter.

De Raad constateert dat het kabinet bij het formuleren van de standpunten rekening heeft gehouden met de aandachtspunten die de Raad heeft geformuleerd voor een doordacht decentralisatiebeleid. Kritischer is de Raad over de aanpak van het kabinetbrede decentralisatiekader en enkele onderdelen van het kabinetstandpunt inzake het rapport 'Van specifiek naar generiek' van de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen (Commissie-Oosting).

De Raad meent dat de goede verstandhouding tussen de overheden gebaseerd moet zijn op het besef van wederzijdse afhankelijkheid, gemeenschappelijke verantwoordelijkheid en individuele aanspreekbaarheid op het uiteindelijke gemeenschappelijke resultaat. Daarin past niet het uitvechten van geschillen via de media of de rechter. Dat draagt niet alleen bij aan een negatieve beeldvorming bij de burger over de overheid in zijn geheel, maar zet ook de verhoudingen tussen wetgever,

bestuur en rechter onnodig onder druk.

Om de samenwerking en het herstel van de goede verstandhouding te bevorderen formuleert de Raad aan het slot van de beschouwing aanbevelingen die de decentralisatieplannen van het kabinet en financiën, toezicht en regelgeving betreffen.

3 Beleidsanalytische toets

3.1 Nut en noodzaak

Fusietoets onderwijs

De Raad was kritisch over het wetsvoorstel tot invoering van een *fusietoets in het onderwijs*, waardoor fusies van scholen en van schoolbesturen voortaan moeten worden goedgekeurd door de minister.¹⁶ De minister kan goedkeuring weigeren als door de fusie de variatie van het onderwijsaanbod significant wordt belemmerd.

De Raad stelt vast dat niet helder is op welk probleem de fusietoets is gericht: gaat het over de variatie van het onderwijsaanbod als bedoeld in het wetsvoorstel zelf of gaat het over in de toelichting gehanteerde aspecten, zoals de menselijke maat, de keuzevrijheid, de legitimatie van het onderwijs in het algemeen of de legitimatie bij de besluitvorming over de fusie. De Tweede Kamer heeft bij motie aangedrongen op een fusietoets om de menselijke maat terug te brengen; de fusietoets komt echter neer op een toets op besturen- en scholenfusies, die niet van invloed zijn op de menselijke maat.

De regering lijkt hiermee een ander probleem, namelijk

¹⁶ Advies van 13 juli 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32 040, nr. 4.

keuzevrijheid, te willen oplossen. Daarbij wordt nog wel het criterium 'legitimatie' genoemd, maar de inhoud ervan wordt in de toelichting sterk beperkt, terwijl het criterium uiteindelijk geen rol speelt bij de toetsing. Daarnaast blijft de vraag onbeantwoord in hoeverre het wettelijke criterium 'variatie' kan worden gerelateerd aan (gebrek aan) kwaliteit van het onderwijs. Naar de mening van de Raad is het voor de kwaliteit van een onderwijsinstelling van primair belang dat het te geven onderwijs vakinhoudelijk en in de benadering van leerlingen van voldoende niveau is. Belemmeringen die aan die kwaliteitsdoelstelling in de weg staan, moeten worden opgeheven. Een fusietoets vormt daartoe naar het oordeel van de Raad niet het geëigende instrument. Een fusietoets betekent veeleer een administratieve belasting voor de scholen en introduceert een verticaal toezichtsinstrument waarmee de handelingsvrijheid van scholen wordt ingeperkt. De noodzaak om daartoe over te gaan is niet aangetoond. De Raad adviseert daarom het wetsvoorstel te heroverwegen.

In het nader rapport merkt de regering op dat het voorliggend wetsvoorstel geen wetsvoorstel is over de menselijke maat of schaalgrootte, maar voorziet in een toets op fusies. Het wetsvoorstel probeert een specifieke situatie te adresseren, namelijk de keuzevrijheid die in principe door fusies wordt beïnvloed. De fusietoets uitgevoerd door de minister ziet volgens de regering niet op de relatie tussen variatie van onderwijsaanbod en kwaliteit, maar heeft het op zichzelf staande doel de pluriformiteit van het stelsel (variatie) te behouden.

Fusietoets zorg

Vergelijkbare kritiek uit afdeling I van de Raad in haar voorlichting over *fusietoets in de zorg*.¹⁷ Ten eerste plaatst de afdeling nadrukkelijk vraagtekens bij de veronderstelling dat er een eenduidig verband bestaat tussen schaalgrootte van aangeboden zorg en de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg. Er vindt in de zorg veel concentratievorming plaats, maar dat leidt niet per se tot verlies aan kwaliteit en verminderde bereikbaarheid. Ten tweede concludeert de afdeling dat er vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt geen reden is om in de Mededingingswet een algemeen verbod in te stellen op fusies die resulteren in een gezamenlijk marktaandeel van 35% of meer. Het concentratietoezicht richt zich op fusies die een significante belemmering van de mededinging tot gevolg hebben en daarmee negatieve effecten voor afnemers kunnen meebrengen. Een marktaandeel van 35% of meer vormt naar mededingingsrechtelijke maatstaven op zichzelf geen grond om aan te nemen dat er sprake is van een significante belemmering van de mededinging. In het concentratietoezicht van de Nederlandse Mededingingsautoriteit worden de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg indirect meegewogen bij de afbakening van markten. Ook kunnen positieve gevolgen van fusies op de kwaliteit van zorg – eventueel in samenhang met door fusiepartijen voorgestelde remedies – in het kader van een zogenoemd efficiëntieverweer worden meegewogen. Zolang een fusie er echter niet toe leidt dat de desbetreffende partijen de mededinging op significante wijze belemmeren, is er

¹⁷ Voorlichting van 17 april 2009, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 29 247, nr. 90.

geen reden deze tegen te houden. De afdeling is er daarom niet van overtuigd dat het voorgestelde strengere toetsingskader een geschikte maatregel is om de kwaliteit en bereikbaarheid van zorg te verbeteren.

Maatschappelijke onderneming

Een voorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek introduceert een geheel van bepalingen dat is bedoeld voor verenigingen en stichtingen die een *maatschappelijke onderneming* in stand houden, zoals besturen van scholen, zorginstellingen, woningcorporaties en andere instellingen in de semipublieke sfeer.¹⁸ Doel van het voorstel is om maatschappelijke ondernemingen een herkenbare plaats in het rechtsverkeer te geven. De vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (VSMO) is een modaliteit van de vereniging of stichting.

De Raad is niet overtuigd van de meerwaarde van de voorgestelde semi-publieke rechtsvorm. Met bestaande rechtsvormen, aangevuld met publiekrechtelijke regelingen of zelfregulering, wordt in feite hetzelfde bereikt als met de voorgestelde nieuwe modaliteit. Met name is al voorzien in waarborgen met betrekking tot het interne toezicht en de betrokkenheid van belanghebbenden. De introductie van de nieuwe modaliteit leidt niet tot een vergroting van de herkenbaarheid van maatschappelijke ondernemingen, ook niet indien deze rechtsvorm in bepaalde sectoren verplicht zou worden gesteld. Voorstel noch toelichting scheppen voldoende duidelijkheid over de vraag op welke wijze en op welke terreinen door het

terugtrekken van de overheid ruimte wordt geboden aan maatschappelijke ondernemingen. Dit aspect, gevoegd bij de constatering dat de VSMO primair bedoeld is voor de sectoren zorg, onderwijs en sociale woningbouw en voor deze sectoren wellicht verplicht zal worden gesteld, doet bij de Raad de vraag rijzen waarvoor dit wetsvoorstel is bedoeld. De indruk wordt gewekt dat de instellingen en organisaties waarom het zou gaan, zowel behoren tot de overheid als deel uitmaken van de markt terwijl dit wetsvoorstel voor hen een eigen domein en positie lijkt te willen reserveren tussen overheid en markt. In de sectoren zorg, onderwijs en wonen hebben deze instellingen en organisaties echter al een eigen positie en domein en krijgen zij daarmee de erkenning die zij behoeven. In dit licht zou beter kunnen worden volstaan met harmonisatie en zo nodig vereenvoudiging van de sectorwetgeving. Zo kan in de publiekrechtelijke wetgeving worden voorzien in de mogelijkheid van ontslag wegens taakverwaarlozing door de ondernemingskamer van de leden van de raad van toezicht. Het introduceren van een rechtsvorm in het Burgerlijk Wetboek die de instellingen geen evidente voordelen biedt, uiteindelijk alleen om deze verplicht te kunnen stellen voor bepaalde sectoren die reeds gereguleerd worden door een mix van privaatrecht, publiekrecht en eigen normen, is nodig noch doelmatig.

De regering meent in het nader rapport dat de Raad in zijn commentaar voorbij gaat aan diverse verbeteringen die het wetsvoorstel biedt, zoals toegang tot de Onder-

¹⁸ Advies van 18 maart 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 4.

nemingskamer voor belanghebbenden en het feit dat de handhaving en nadere invulling van de governanceregels in handen van de betrokkenen komen, in plaats van in het verkeer tussen overheid en instellingen.

Huurdersinitiatieven

Het wetsvoorstel tot introductie van een *initiatiefrecht voor huurders* in het Burgerlijk Wetboek strekt ertoe huurders van woonruimte de bevoegdheid te geven de rechter te verzoeken de verhuurder te verplichten tot renovatie van de woning op zijn kosten.¹⁹

Het wetsvoorstel berust op de gedachte dat het nodig is om de huurder een afdwingbaar recht op woningverbetering te geven, dat betrekking heeft op alle mogelijke veranderingen en toevoegingen in het kader van renovatie die in redelijkheid van de verhuurder kunnen worden gevergd.

De Raad is van mening dat uit de toelichting onvoldoende duidelijk wordt in hoeverre van een werkelijk probleem kan worden gesproken, in die zin dat verhuurders niet bereid zouden zijn om op vrijwillige basis een redelijk voorstel tot woningverbetering te honoreren. In de praktijk weten huurders en verhuurders elkaar te vinden, zo blijkt uit onderzoek. Voorts wordt in de toelichting opgemerkt dat ruim 80% van de ondervraagde verhuurders stelt al iets geregeld te hebben voor initiatieven van huurders, bijvoorbeeld via overleg met een bewonerscommissie, waarbij met het voorstel vergelijkbare 'strikte' voorwaarden zouden worden gehanteerd. Het is daarmee niet zonder meer evident dat het

huidige artikel 7:243 van het Burgerlijk Wetboek voor de bescherming van de huurder tekortschiet.

Verder vraagt de Raad zich af wat de voorgestelde uitbreiding van het initiatiefrecht van de huurder toevoegt aan de bestaande wettelijke mogelijkheden voor de huurder om zijn woning te (doen) verbeteren, en op welke verbeteringen naast de reeds bestaande wettelijke regels dan wordt gedomd. Het is de Raad onduidelijk voor welk probleem dit wetsvoorstel een oplossing zou moeten bieden. Hij adviseert nader toe te lichten in welke behoefte het voorstel voorziet en daarbij de noodzaak van het voorstel dragend te motiveren.

De regering merkt in het nader rapport op dat er wel degelijk een probleem bestaat, omdat het huidige initiatiefrecht van de huurder te beperkt van omvang is en de huurder onvoldoende mogelijkheden biedt om invloed uit te oefenen op de verbetering van zijn woonsituatie.

3.2 Effectiviteit; neveneffecten

Verhoging AOW-leeftijd

De Raad heeft advies uitgebracht over het wetsvoorstel tot *verhoging van de AOW-leeftijd* naar 67 jaar.²⁰ Het wets-

¹⁹ Advies van 12 februari 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 992, nr. 4.

²⁰ Advies van 18 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 247, nr. 4, inzake het voorstel van wet houdende wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964 in verband met verhoging van de leeftijd waarop recht op ouderdomspensioen ontstaat.

voorstel gaat uit van een verhoging in twee stappen: naar de leeftijd van 66 in 2020 en vervolgens naar die van 67 in 2025.

De Raad heeft zich al in eerdere adviezen uitgesproken voor verhoging van de AOW-leeftijd naar 67 jaar. Hij ziet geen reden om thans terug te komen op dat pleidooi. In zoverre onderschrijft de Raad daarom de voorgestelde verhoging; dat geldt ook voor de analyse waarop deze berust. De Raad plaatst in zijn advies wel kritische kanttekeningen bij het tijdpad van de invoering in relatie tot de hoofdmotieven van het voorstel, waaronder de bestrijding van het houdbaarheidstekort van de overheidsfinanciën. Het wetsvoorstel is nadrukkelijk geplaatst in de sleutel van de noodzaak van het leveren van een bijdrage aan de houdbaarheid van de overheidsfinanciën. De Raad mist in de toelichting een cijfermatige onderbouwing die een indicatie kan geven van de bijdrage van de voorgestelde verhoging van de AOW-leeftijd met 2 jaar aan de aanpak van het houdbaarheidstekort. Daarbij gaat het niet alleen om inzicht in de uiteindelijke structurele bijdrage – per 2020/25 – aan de aanpak van het houdbaarheidstekort. De Raad acht het evenzeer van belang dat de toelichting inzicht geeft in de betekenis van het voorstel voor de aanpak van het houdbaarheidstekort in de tussenliggende periode. De Raad meent dat het nu voorgestelde tijdpad van invoering van de verhoging betekent dat het effect van de voorgestelde verhoging op de aanpak van het houdbaarheidstekort nog een fors aantal jaren zal uitblijven. Dat staat in scherp contrast met het ook in de toelichting erkende

feit dat Nederland nu en de eerstkomende jaren al volop met deze houdbaarheidsopgave wordt geconfronteerd. Aldus komt het de Raad voor dat het gekozen tijdpad van invoering geen recht doet aan de urgentie van het aanpakken van de houdbaarheidsproblematiek, en aldus vooralsnog geen bijdrage levert aan het doel dat op dit punt met het wetsvoorstel wordt beoogd.

Anders dan de Raad meent de regering dat het gekozen tijdpad van invoering recht doet aan de urgentie van het aanpakken van de houdbaarheidsproblematiek. Snellere invoering zou volgens de regering relatief slechts beperkte houdbaarheidseffecten hebben. De Raad vraagt in het advies over de verhoging van de AOW-leeftijd ook aandacht voor het uitgangspunt van intergenerationele solidariteit, waarop de AOW is gebaseerd. De voorgestelde invoering van de leeftijdverhoging leidt ertoe dat een relatief grote categorie ouderen – zij die geboren zijn voor 1 januari 1955 – wordt ontzien, doordat zij nog aanspraak behoudt op AOW op de leeftijd van 65 jaar. In zoverre komt de last van het op deze wijze aanpakken van de gevolgen van de vergrijzing volledig te liggen bij hen die zijn geboren vanaf 1 januari 1955. Een dergelijke verdeling van lasten en lasten zet de solidariteit tussen de generaties – een wezenlijk fundament van ons stelsel van sociale zekerheid – onder spanning. De hiervoor bedoelde last wordt slechts ten dele gemitigeerd door de gedeeltelijke en geleidelijk oplopende fiscalisering van de financiering van de AOW. Verdergaande fiscalisering zou tot een evenwichtiger verdeling van lasten en lasten kunnen

leiden. De toelichting geeft geen cijfermatig inzicht in de balans van lusten en lasten als hiervoor bedoeld. De Raad acht het van groot belang dat dit inzicht alsnog wordt geboden. Alleen dan ook kan het debat over de gevolgen van de voorgestelde timing van de invoering voor de intergenerationele solidariteit worden gevoerd op objectieve gronden.

In het nader rapport benadrukt de regering dat ook zij een evenwichtige verdeling van de lasten tussen generaties van belang acht. Zij is van mening dat de verhoging van de AOW-leeftijd niet geïsoleerd gezien moet worden, maar in de context van het bredere, evenwichtige kabinetsbeleid dat is gevoerd en nog gevoerd zal worden.

Crisis- en herstelwet

Het voorstel voor een *Crisis- en herstelwet* is gericht op de versnelling van projecten in het ruimtelijke domein, teneinde de economische crisis en haar gevolgen te bestrijden en een goed en duurzaam herstel van de economische structuur van Nederland te bevorderen.²¹

De Raad wijst erop dat al enkele decennia wordt geklaagd over te trage verwezenlijking van grote infrastructuurprojecten. Dergelijke klachten gaan eraan voorbij dat de afgelopen twintig jaar vrijwel overal in ons land koortsachtig plannen zijn ontwikkeld en uitgevoerd. Tegelijkertijd hapert of stagneert de besluitvorming over sommige grote infrastructurele projecten. Uit de analyse van de Commissie-Elverding blijkt dat veel

belemmeringen in de voortgang van deze projecten niet zozeer een juridische of processuele achtergrond hebben, maar verband houden met bestuurlijk en politiek onvermogen. Versnelling van de besluitvorming is volgens de commissie niet louter een kwestie van het beter organiseren van het besluitvormingsproces en het aanpassen van de toepasselijke regelgeving. Het gaat erom te komen tot besluiten van zodanige inhoudelijke en processuele kwaliteit dat deze maatschappelijk breed gedragen kunnen worden. Om deze reden verwacht de commissie veel van de introductie van een verkenningsfase waarin betrokken bewoners, decentrale overheden en milieuorganisaties eerder en op ruime schaal betrokken zijn. Daarnaast stelt de commissie verbeteringen in de ambtelijke voorbereiding en bestuurscultuur voor, in de verwachting dat zorgvuldige besluitvorming ook neutraliserend werkt op tegenstrijdige belangen.

De Raad wijst op de Deltawet grote rivieren als voorbeeld van vrij recente ervaring met vergaande stroomlijning en vereenvoudiging van besluitvormingsprocedures. De wet stelde alle wettelijke voorschriften op grond waarvan vergunningen, ontheffingen en vrijstellingen waren vereist, opzij. De belangen die door deze regelingen werden gediend, werden geïncorporeerd in de ene door het provinciaal bestuur te verlenen vergunning. Het besluit betreffende vergunningverlening werd voorbereid met toepassing van de openbare voor-

²¹ Advies van 7 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 4, inzake het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot versnelde ontwikkeling en verwezenlijking van ruimtelijke en infrastructurele projecten (Crisis- en herstelwet).

bereidingsprocedure van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Tegen het besluit stond beroep open in één instantie op de Afdeling bestuursrechtspraak. De Afdeling had een beperkte tijd om uitspraak te doen. De wet was van toepassing op een beperkt aantal dijkvakken, dat in een bijlage nauwkeurig was begrensd.

De Raad merkt op dat de strekking van de Deltawet grote rivieren beperkter was dan die van de Crisis- en herstelwet. Het ging indertijd alleen om dijkverzwaringenprojecten. De Crisis- en herstelwet heeft daarentegen betrekking op een groot aantal uiteenlopende projecten. Toch meent de Raad dat de analyse en de aanbevelingen van de Commissie-Elverding ook in de huidige economische crisissituatie hun betekenis houden en dat het aanbeveling verdient een aanpak overeenkomstig de Deltawet grote rivieren in de overwegingen te betrekken.

De regering erkent in het nader rapport dat belemmeringen in de voortgang van infrastructuurprojecten en bij gebiedsontwikkeling vaak verband houden met bestuurlijke of politieke traagheid en dat "gekomen moet worden tot besluiten van zodanige inhoudelijke en processuele kwaliteit dat deze maatschappelijk breed gedragen kunnen worden." De regering meent ook dat er nog steeds juridische knelpunten voorkomen, die de voortgang van projecten vertragen. Dat is dan ook de rechtvaardiging van de voorgestelde Crisis- en herstelwet.

Kilometerprijs

Het voorstel van *Wet kilometerprijs* betreft een complex project. Daarvan maakt onder meer de invoering van een

op satelliettechniek gebaseerde kilometerprijs gedifferentieerd naar tijd, plaats en milieukeurmerken deel uit.²²

De Raad merkt daarover op dat de invoering van een op satelliettechniek gebaseerde kilometerprijs een risicovolle operatie is, omdat de heffing van de kilometerprijs een massaal proces is, waarmee een aanzienlijk budgettair belang is gemoeid. Bovendien is de satelliettechniek nog geen beproefd systeem. De toelichting ademt een sfeer van onfeilbaarheid van de techniek. De Raad betwijfelt echter of dit terecht is. In ieder geval mag het er niet toe leiden, dat een falen van de techniek leidt tot het verlies aan budgettaire opbrengst. De Raad adviseert in de toelichting te schetsen welke maatregelen zullen worden genomen indien de techniek faalt of indien technische problemen er toe leiden, dat het voorziene tijdschema niet kan worden gehaald.

De regering merkt in het nader rapport op dat het nieuwe stelsel pas wordt ingevoerd als is vastgesteld dat het stelsel, met inbegrip van de daarbij behorende technische systemen, daadwerkelijk functioneert.

Positie rechter-commissaris

Het wetsvoorstel *versterking positie rechter-commissaris* beoogt de positie van de rechter-commissaris in het vooronderzoek te versterken.²³ De bevoegdheidsuitoefening door de rechter-commissaris wordt van een nieuwe

²² Advies van 6 maart 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 216, nr. 4.

²³ Advies van 14 augustus 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 177, nr. 4.

grondslag voorzien en daarnaast wordt een nieuw kader geschapen voor het verrichten van onderzoekshandelingen door de rechter-commissaris. Dit kader komt in de plaats van het gerechtelijk vooronderzoek en de mini-instructie.

De Raad onderschrijft de wenselijkheid te komen tot een versterking van de positie van de rechter-commissaris, maar mist een integrale visie op de plaats van het vooronderzoek in het strafgeding en de rol van de rechter-commissaris daarin, meer in het bijzonder in relatie tot de taak van de officier van justitie.

Wat de effectiviteit van het voorstel betreft in verband met de beoogde versterking van de positie en de rol van de rechter-commissaris in het vooronderzoek merkt de Raad op dat het onzeker is of de introductie van een brede algemene mogelijkheid om de rechter-commissaris bij het opsporingsonderzoek te betrekken als een versterking van de positie van de rechter-commissaris moet worden beschouwd. Het wetsvoorstel gaat uit van de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij elke zaak waarin voorlopige hechtenis is toegepast. De Raad betwijfelt echter of de rechter-commissaris die rol in de praktijk zal kunnen vervullen. Niet alleen de materiële omstandigheden zijn voor een effectief optreden essentieel, maar ook de informatievoorziening ten behoeve van de voorziene regiefunctie is van cruciaal belang. Het voorgestelde artikel 177a van het Wetboek van Strafvordering betreft slechts de gevallen waarin de officier van justitie een vordering heeft gedaan; in de gevallen waarin de rechter-commissaris op eigen initia-

tief geacht wordt op te treden, is niet duidelijk hoe hij tijdig de beschikking krijgt over de relevante stukken. Maar ook al zou daarvoor een regeling zijn, dan nog bestaat het gevaar dat deze algemene betrokkenheid slechts een fictie zal zijn. De aangekondigde aanvullende wetsvoorstellen zouden daarin wellicht de noodzakelijke duidelijkheid kunnen verschaffen, maar de inhoud van die voorstellen is onbekend.

De regering heeft de memorie van toelichting aangevuld naar aanleiding van het advies.

Prostitutie

Het wetsvoorstel *regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche* introduceert een landelijke vergunningplicht voor prostitutiebedrijven, een landelijk register voor escortbedrijven en een algehele registratieplicht voor prostituees.²⁴ Verder wordt het gebruik maken van illegaal aanbod van prostitutie als overtreding strafbaar gesteld. Het kabinet wil met dit wetsvoorstel de handhaving vergemakkelijken, verplaatsingen tussen gemeenten voorkomen en meer zicht en grip op de seksbranche verkrijgen. Ten aanzien van één van de doelen van het wetsvoorstellen, het voorkomen van verplaatsingen door het verkleinen van gemeentelijke en regionale verschillen in het vergunningenbeleid, merkt de Raad op dat hiervoor van groot belang is dat in elke gemeente op eenzelfde niveau wordt gehandhaafd. In het voorstel wordt de handhaving echter overgelaten aan de gemeente. Dit betekent dat er verschillen in handhaving

²⁴ Advies van 11 september 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 211, nr. 4.

tussen gemeenten zullen blijven bestaan en dat er verplaatsingen zullen blijven optreden naar gemeenten die minder inzetten op toezicht en handhaving. De toelichting geeft niet aan hoe dit effect zou kunnen worden tegengegaan. Bovendien introduceert het voorstel een nuloptie; dit kan spanning oproepen bij het nastreven van een uniform beleid, wanneer ook per gemeente verschillende handhavingsregimes gaan gelden. De Raad concludeert dat het wetsvoorstel een beperktere bijdrage zal leveren aan het voorkómen van verplaatsingen tussen gemeenten, dan wordt beoogd.

De regering is naar aanleiding van het advies in de memorie van toelichting nader ingegaan op de verhouding tussen doelen en middelen en op de wijze waarop het wetsvoorstel bijdraagt aan de bestrijding van misstanden in de seksbranche.

3.3 Handhaving en toezicht

COA

Een wijziging van de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers brengt het *Centraal Orgaan opvang asielzoekers* (het COA) onder de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: Kaderwet).²⁵ De Raad maakt een opmerking met betrekking tot de keuze voor een financieel toezichtskader. Het COA wordt op basis van artikel 16 van de huidige Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers gefinancierd door middel van een jaarlijkse subsidie. Het huidige wetsvoorstel brengt daarin geen verandering. Bij de totstandkoming van de Kaderwet is gekozen voor

het opnemen van een algemene regeling voor het financieel toezicht, om te voorkomen dat de wetgever per afzonderlijke zbo een keuze zou moeten maken uit de instrumenten opgenomen in afdeling 4.2.8 van de Awb. De Raad constateert dat in het wetsvoorstel zowel de subsidietitel van de Awb, met inbegrip van het grootste deel van afdeling 4.2.8, alsook de regeling voor financieel toezicht in de Kaderwet van toepassing wordt op het COA. Hierdoor zijn verschillende regelingen binnen de subsidietitel en de Kaderwet die zien op dezelfde materie naast elkaar van toepassing. Uit de toelichting blijkt dat deze twee regelingen, hoewel op ondergeschikte punten verschillen bestaan, grotendeels gelijklopen. In de toelichting wordt onvoldoende onderbouwd wat de meerwaarde is van twee toezichtskaders. De Raad wijst er op dat de inhoudelijke samenloop voor de toekomst niet vast staat. De bestendigheid van de wet is met het van toepassing zijn van twee toezichtskaders dan ook onvoldoende gewaarborgd. Daarenboven is de Raad van oordeel dat de regeling aan helderheid zou winnen door de keuze voor één toezichtskader. De Raad adviseert te kiezen voor één toezichtskader voor het financieel toezicht op het COA.

De regering heeft het advies van de Raad niet gevolgd. Zij merkt op dat met de voorgestelde regeling voor het

²⁵ Advies van 20 mei 2009, Kamerstukken II 2009/10,32 205, nr. 4, inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Wet Centraal Orgaan opvang asielzoekers in verband met de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en de instelling van een raad van toezicht.

financiële toezicht op het COA de bestaande en in de praktijk goed functionerende subsidieverhouding tussen de minister en het COA wordt gecontinueerd en geplaatst in het kader van de toezichtsbepalingen van de Kaderwet.

Modern migratiebeleid

Het wetsvoorstel *modern migratiebeleid* strekt tot modernisering van het migratiebeleid voor vreemdelingen die op reguliere gronden verblijf wensen in Nederland.²⁶ Beoogd wordt om een selectief migratiebeleid tot stand te brengen opdat de vreemdelingen die Nederland nodig heeft, snel en eenvoudig toegelaten kunnen worden.

De Raad wijst er op dat het bestuurlijk toezicht van de IND op de referent zoveel mogelijk 'vanachter het bureau' wordt uitgeoefend. Hierbij ligt de nadruk op samenwerking en gegevensuitwisseling met andere overheidsdiensten en worden de door de referent verstrekte gegevens vergeleken met gegevens uit andere bronnen. De toelichting vermeldt voorts dat als uitgangspunt geldt dat de eigen verklaringen van erkende referenten achteraf in plaats van vooraf op hun juistheid worden beoordeeld. De omslag van controle door de IND voorafgaande aan de verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf of een verblijfsvergunning naar controle achteraf van de eigen verklaringen van erkende referenten, betekent een ingrijpende wijziging in de wijze waarop het toezicht op de vreemdelingen is ingericht. Waar de IND op dit moment integraal toetst of vreemdelingen voldoen aan de toelatingsvoorwaarden,

zal hij in het voorgestelde stelsel uitgaan van de juistheid van de eigen verklaringen van de erkende referenten. Toezicht achteraf, versterkt door sancties, vormt het sluitstuk van deze nieuwe benadering. In dit licht rijst de vraag of 'vanachter het bureau' voldoende zicht verkregen kan worden op wat zich werkelijk afspeelt, met andere woorden of dit toezicht toereikend en voldoende effectief zal zijn om hierop bestuurlijke boetes en strafsancities te baseren.

De regering heeft de toelichting aangevuld naar aanleiding van het advies.

3.4 Bureaucratie

Centra voor Jeugd en Gezin

Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de jeugdzorg in verband met de introductie van gemeentelijke *Centra voor Jeugd en Gezin* strekt ertoe de Centra voor Jeugd en Gezin een wettelijke basis te bieden.²⁷ Blijkens de toelichting is het doel van het wetsvoorstel om een landelijk netwerk van laagdrempelige Centra voor Jeugd en Gezin op te zetten, waar ouders, jeugdigen en kinderen terecht kunnen voor alle mogelijke (hulp-)vragen

²⁶ Advies van 23 juli 2009, Kamerstukken II 2008/09, 32 052, nr. 4, inzake het voorstel van wet houdende wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 en enkele andere wetten in verband met de versterking van de positie van de referent in het reguliere vreemdelingenrecht en versnelling van de vreemdelingenrechtelijke procedure.

²⁷ Advies van 27 februari 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 977, nr. 4.

over opvoeden en opgroeien. Met de inrichting van dit netwerk van Centra voor Jeugd en Gezin wordt tevens beoogd om de bureaucratie in de jeugd- en gezinszorg te doen afnemen, aldus de toelichting. Belangrijk uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat altijd duidelijk moet zijn welke instantie binnen de gehele jeugdketen verantwoordelijk is voor de coördinatie van de zorg aan een jeugdige en diens gezin.

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag op welke wijze de invoering van de Centra zal bijdragen aan het tegengaan van de negatieve effecten van bureaucratie. Met de Centra voor Jeugd en Gezin wordt opnieuw een actor aan het complexe jeugdveld toegevoegd. Dit punt verdient extra aandacht, zeker gelet op de bedragen die gemoeid zijn met de realisering van de Centra; zo blijkt uit de toelichting dat de middelen die aan de gemeenten beschikbaar worden gesteld structureel € 200 miljoen per jaar zullen zijn.

Om de negatieve effecten van bureaucratie tegen te gaan, ligt het, in het algemeen, meer in de rede om de taken op een doelmatige manier onder te brengen bij een kleiner aantal instanties, dan om nieuwe instanties in het leven te roepen. Dit kan wederom neerkomen op nieuwe regels, procedures en schakels, waar de burger juist weer in kan verdwalen, en welke een doelmatig gebruik van middelen eerder in de weg staan dan bevorderen.

De regering heeft naar aanleiding van het advies de memorie van toelichting aangevuld.

4 Toetsing aan Europese Unie-recht

De nationale rechtsorde en de EU-rechtsorde zijn nauw met elkaar verbonden. Onderscheid is nodig tussen de doorwerking in nationaal beleid en wetgeving van enerzijds primair EU-recht (zoals de verdragsregels inzake vrij verkeer, mededinging en staatssteun) en anderzijds secundair EU-recht (verordeningen en richtlijnen) onder meer via implementatiewetgeving. In een aantal van de in de rest van dit overzicht genoemde adviezen zijn ook EU-rechtelijke aspecten aan de orde geweest, samenhangend met de regels van het vrij verkeer en mededinging (bijvoorbeeld de adviezen over het fusietoezicht in de zorg en het Tijdelijk Besluit arbeidsovereenkomst post), implementatie (bijvoorbeeld het advies over de enkele-feitconstructie in de Awgb) en de werking van secundair EU-recht (bijvoorbeeld de adviezen over de Crisis- en herstelwet, het wetsvoorstel modern migratiebeleid en de bestijding misstanden prostitutiebranche).

Hieronder komen nog enkele andere adviezen aan de orde ter illustratie van de wijze van toetsing van de Raad aan het EU-recht.

4.1 Relatie met primair EU-recht

4.1.1 Vrij verkeer

Doorverkoop toegangskarten

Het initiatiefwetsvoorstel *doorverkoop toegangskarten* houdt in dat in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

dwingendrechtelijk wordt bepaald dat toegangskaarten voor een tevoren georganiseerde publieke gebeurtenis op het terrein van sport of cultuur niet te koop mogen worden aangeboden en niet mogen worden verkocht tegen een hogere dan de oorspronkelijke toegangsprijs. Wordt in strijd met dit voorschrift gehandeld, dan geldt het bedrag dat de koper heeft voldaan boven de oorspronkelijke toegangsprijs als onverschuldigd betaald.²⁸

De Raad merkt op dat de voorgestelde regeling een beperking vormt van het vrij verkeer van diensten als bedoeld in artikel 49 van het EG-Verdrag. In de toelichting wordt vastgesteld dat de beperking is ingegeven door dwingende redenen van algemeen belang, waaronder consumentenbescherming en een brede toegankelijkheid van culturele evenementen in Nederland, ook voor mensen met een mindere inkomenspositie. Consumentenbescherming is als dwingende reden van algemeen belang door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aanvaard. Echter, om deze maatregel te rechtvaardigen moet deze zonder onderscheid naar herkomst worden toegepast, noodzakelijk en proportioneel zijn.

De indieners stellen in hun reactie dat voldoende is aangetoond dat het noodzakelijk en evenredig is om een verbod op doorverkoop van toegangskaarten tegen een hogere prijs in te stellen.

Televisiereclame geldkrediet

Een ander initiatiefvoorstel betrof de wijziging van

de Wet op het financieel toezicht met betrekking tot *televisiereclame over geldkrediet*.²⁹ Het voorstel bepaalt dat tussen 06.00 en 21.00 uur geen reclame-uitingen over geldkrediet op televisie mogen worden getoond en dat een aanbieder geen goederen of diensten in beeld of ten gehore mag brengen die met een krediet kunnen worden aangeschaft. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft overwogen dat regeling die een beperking inhoudt van de mogelijkheden om reclame te maken onder de reikwijdte van artikel 49 van het EG-Verdrag valt. Een dergelijke beperking wordt aangemerkt als een belemmering, daadwerkelijk of potentieel, van het vrij verkeer van diensten. Het onderhavige voorstel moet aldus worden aangemerkt als een beperking van het vrij verkeer van diensten, zowel waar het gaat om financiële diensten als met betrekking tot de dienst reclame maken. Teneinde een dergelijke maatregel te rechtvaardigen, moet een beroep worden gedaan op de excepties genoemd in de artikelen 45 en

²⁸ Advies van 3 juli 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 461, nr. 8, inzake het voorstel van wet van het lid Gerkens houdende wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet handhaving consumentenbescherming in verband met de invoering van voorschriften betreffende de doorverkoop van toegangskaarten voor een tevoren georganiseerde publieke gebeurtenis op het terrein van sport of cultuur.

²⁹ Advies van 29 april 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 911, nr. 4, inzake het voorstel van wet van de leden Blanksma-van den Heuvel en Spekman tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht met betrekking tot televisiereclame over geldkrediet.

46 van het EG-verdrag of op de in de jurisprudentie van het Hof onderkende 'dwingende redenen van algemeen belang' (rule of reason). Bescherming van consumenten kan worden aangevoerd als het belang dat ten grondslag ligt aan het onderhavige voorstel. De regeling moet dan wel worden toegepast zonder onderscheid naar herkomst en zij dient ook proportioneel te zijn, hetgeen inhoudt dat deze geschikt moet zijn om het doel te bereiken en niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is. Daar in de toelichting geen aandacht wordt besteed aan de verenigbaarheid van het voorstel met het primaire EU-recht komen de indieners niet toe aan de in dat licht noodzakelijke proportionaliteitstoets. In dat verband is van belang dat het nuttig effect van de nu voorgestelde bepalingen niet vast staat, omdat de Raad meent dat er onvoldoende zekerheid is dat een direct en positief verband bestaat tussen het aantal reclame-uitingen op televisie en het leengedrag.

De memorie van toelichting is naar aanleiding van deze opmerking van de Raad aangepast en aangevuld.

4.1.2 Aanbestedingsrecht

Aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning

Een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) strekt ertoe dat de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning komt te vervallen en de kwaliteit en continuïteit van de maatschappelijke ondersteuning worden gegarandeerd.³⁰ De indiener is van oordeel dat concurrentie en marktwerking ten koste gaan van de

kwaliteit, scholing en arbeidsomstandigheden van het personeel. Verder leidt aanbesteding tot een concurrentie om de prijs en niet tot een afgewogen prijs-kwaliteit-verhouding, aldus de indiener. Het wetsvoorstel regelt dat de gemeente bij de uitbesteding van maatschappelijke ondersteuning kan afwijken van de Nederlandse en Europese aanbestedingsregels.

De Raad merkt hierover op dat de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn niet in een dergelijke uitzondering op de toepassing van die richtlijn voorziet. Zelfs indien een uitzondering mogelijk zou worden geacht, dient rekening te worden gehouden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dat bij de verlening van opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, de aanbestedende diensten niettemin verplicht zijn zich te houden aan algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, zoals het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie. Dit roept dan ook de vraag op of het beoogde doel met het voorgestelde artikel 10 van de Wmo zal kunnen worden bereikt. De Raad is gelet op het vorenstaande dan ook van oordeel dat het voorgestelde artikel 10a van de Wmo in strijd is met het Europese recht.

³⁰ Advies van 17 april 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 353, nr. 4, inzake het voorstel van wet van het lid Kant tot beëindiging van de verplichting tot het aanbesteden van maatschappelijke ondersteuning.

De initiatiefnemer heeft het wetsvoorstel naar aanleiding van het advies op dit punt aangepast, waarbij het eerder voorgestelde artikel 10a van de Wmo is komen te vervallen. De initiatiefnemer blijft evenwel van mening dat aanbesteding van huishoudelijke verzorging niet verplicht is. Daarop wordt uitgebreid ingegaan in de memorie van toelichting.

4.2 Relatie met secundair EU-recht

4.2.1 BTW

Het *implementatiewetsvoorstel van twee BTW-richtlijnen* voorziet in een aanpassing van de Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB 1968).³¹ De Raad herhaalt zijn opmerkingen uit eerdere adviezen over het uiteenlopen van de bewoordingen en de systematiek van de Wet OB 1968 enerzijds en BTW-richtlijn 2006/112 anderzijds. De Raad merkt op dat er, gelet op de betekenis van de omzetbelastingheffing als gemeenschappelijk stelsel van belastingheffing binnen de Europese gemeenschap, alle reden voor is om ervoor te kiezen de Wet OB 1968 te redigeren overeenkomstig de BTW-richtlijn. De eertijds gekozen opzet van de Wet OB 1968 bemoeilijkt een correcte implementatie van richtlijnen. Naarmate de Europese integratie vordert, zal dit sterker het geval worden. Er moet bij elke implementatie een 'vertaalslag' worden gemaakt van de (tot alle lidstaten gerichte) richtlijnformulering naar een formulering die past in de (Nederlandse) Wet OB 1968. Reeds om deze reden zou er aanleiding zijn de Wet OB 1968 naar zijn bewoordingen in één keer volledig tekst- en systeemconform te

maken. De tot nu toe gekozen ad-hocbenadering om de Wet OB 1968 alleen tekstconform te maken in zoverre een richtlijnconforme uitleg niet mogelijk blijkt te zijn, zal volgens de Raad tot steeds verdergaande complicaties leiden.

De regering heeft de tekst van wetsvoorstel naar aanleiding van het advies aangepast maar heeft de opzet van de Wet OB 1968 gehandhaafd.

Naar haar mening bemoeilijkt deze niet de correcte implementatie.

4.2.2 Vangnetregeling

De wijziging van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft regelt de voorwaarden voor deelname aan het Nederlandse depositogarantiestelsel of het Nederlandse beleggerscompensatiestelsel (hierna: *de vangnetregeling*) door bijkantoren in Nederland van financiële ondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd.³² De vangnetregeling strekt ertoe spaarders en beleggers bescherming te bieden in geval van déconfiture van een

³¹ Advies van 19 februari 2009, Kamerstukken II 2008/09, 31 907, nr. 4, inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de omzetbelasting 1968 in verband met de invoering van een nieuwe regeling voor de plaats van dienst voor de heffing van omzetbelasting, alsmede een nieuwe regeling voor de teruggaaf van omzetbelasting aan in een andere lidstaat gevestigde ondernemers (implementatie richtlijnen BTW-pakket).

³² Advies van 29 april 2009, Ter inzage gelegd bij het ministerie van Financiën (zaaknummer W06.09.0087/III).

bank of beleggingsonderneming. De deelname van bijkantoren in Nederland van ondernemingen met zetel in een andere lidstaat aan het Nederlandse stelsel en in het bijzonder de voorwaarden waaronder deze bijkantoren kunnen deelnemen, zijn onderwerp van discussie, naar aanleiding van de deconfiture van de IJslandse bank Landsbanki en het Nederlandse bijkantoor Icesave.

Hoe begrijpelijk de bezorgdheid op dit punt ook mag zijn, dit kan er niet aan afdoen dat de Nederlandse wetgever op dit terrein niet een onbegrensde vrijheid heeft. Nederland is immers gehouden de ter zake geldende Europeesrechtelijke kaders in acht te nemen en te respecteren. De wetgever geeft met de nationale vangnetregeling uitwerking aan twee 'vangnet-richtlijnen'. Ingevolge die richtlijnen dient een bijkantoor van een financiële onderneming met zetel in een andere lidstaat (de lidstaat van herkomst) de mogelijkheid te hebben om vrijwillig deel te nemen aan de vangnetregeling van de lidstaat waar het bijkantoor werkzaam is (de lidstaat van ontvangst). Indien een deelnemer aan de vangnetregeling in de lidstaat van ontvangst niet voldoet aan de daar geldende verplichtingen, mag de uitvoerder van de vangnetregeling in de lidstaat van ontvangst niet zelf maatregelen treffen, maar dient de toezichthouder in de lidstaat van ontvangst de toezichthouder in de lidstaat van herkomst in kennis te stellen van dit tekortschieten door het deelnemende bijkantoor (home state control). Dit principe is neergelegd in de overkoepelende richtlijnen met betrekking tot het toezicht op financiële ondernemingen. Deze overkoepelende richtlijnen ken-

merken zich, in tegenstelling tot de vangnet-richtlijnen, door volledige harmonisatie. De Raad is van oordeel dat een aantal bepalingen in het ontwerpbesluit spanning vertoont met de hiervoor genoemde richtlijnen. Hij adviseert in de toelichting daar op in te gaan, en het ontwerpbesluit waar nodig aan te passen. De Raad merkt daarbij op dat een aanpassing waarbij wordt geraakt aan de uitgangspunten van de vangnet-richtlijnen enkel in communautair verband zal kunnen worden gerealiseerd.

De regering heeft naar aanleiding van het advies de toelichting aangevuld en het ontwerpbesluit op enkele punten gewijzigd.

5 Grondslag

Het ontwerpbesluit *Tijdelijk besluit arbeidsovereenkomst post* strekt ertoe postbedrijven te verplichten met alle voor hen werkzame postverspreiders een arbeidsovereenkomst te sluiten.³³ Het ontwerpbesluit is gebaseerd op artikel 8 van de Postwet 2009 (Pw2009) dat bij nota van wijziging is ingevoegd.

De Raad stelt de vraag of aan de voorwaarden van artikel 8 van de Pw2009 is voldaan. De Raad constateert dat de lat voor ingrijpen op basis van artikel 8 van de Pw2009 hoog ligt. Er moet sprake zijn van sociaal onaanvaardbare arbeidsvoorwaarden waartegen arbeid wordt verricht. De Raad acht het niet op voorhand evident dat het niet-verdienen van het wettelijk minimumloon door

³³ Advies van 9 juli 2009, Staatscourant 2009, nr. 15 868.

een bepaalde groep personen in alle gevallen een situatie oplevert van sociaal onaanvaardbare arbeidsvoorwaarden als bedoeld in artikel 8 van de Pw2009, die een ingreep als in het onderhavige ontwerpbesluit rechtvaardigt.

Ook de belangen van deze groep werknemers kunnen wellicht op minder ingrijpende wijze even effectief worden beschermd. Tweede criterium voor ingrijpen op basis van artikel 8 van de Pw2009 is dat het om een tijdelijk zich tot de postsector beperkend probleem moet gaan. Het is volgens de Raad echter de vraag of de postmarkt niet toch voor een langere periode – ook gelet op de technologische ontwikkelingen (e-mail) – een concurrentiegevoelige markt zal blijven, met andere woorden, of de marktverhoudingen wel op korte termijn zullen stabiliseren, met een langduriger neerwaartse druk op de loonkosten tot gevolg. In dat geval is het de vraag in hoeverre sprake is van een tijdelijk probleem en niet een inherent gevolg van liberalisering. Ten derde is voor ingrijpen op basis van artikel 8 van de Pw2009 vereist dat het een probleem betreft dat niet kan worden opgelost door algemeen geldende voorschriften of bij overeenkomst tussen werkgever en werknemersorganisaties. In de toelichting wordt gewezen op de sectorale CAO postverspreiders die de sociale partners zijn overeengekomen. Die CAO is inmiddels ondertekend door alle grote nieuwe postverspreiders en zal ter algemeenverbindendverklaring aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden voorgelegd. Gezien de reeds overeengekomen CAO is naar het oordeel van de Raad niet aan de derde voorwaarde voor ingrijpen voldaan. De Raad is dan ook van oordeel dat het ontwerpbesluit op

de verschillende onderdelen een onvoldoende basis biedt om te concluderen dat aan de eisen van artikel 8 van de Pw2009 is voldaan.

De regering blijft in het nader rapport bij het standpunt dat aan de voorwaarden van artikel 8 van de Postwet 2009 is voldaan. Op 31 december 2009 heeft de kortgedingrechter in Den Haag het besluit onverbindend verklaard en bepaald dat aan het besluit geen uitvoering of toepassing mag worden gegeven omdat niet is voldaan aan de voorwaarde dat het een probleem betreft dat niet kan worden opgelost door algemeen geldende voorschriften of bij overeenkomst tussen werkgever en werknemersorganisaties. Hoger beroep is ingesteld.

6 Rechtsbescherming

In het wetsvoorstel houdende wijziging van de *Wet op de architectentitel* wordt onder andere een bevoegdheid tot het stellen van gedragsregels geïntroduceerd met de mogelijkheid om te klagen over het niet naleven van deze regels.³⁴ Klachten over een ingeschrevene zullen

³⁴ Advies van 8 december 2008, Kamerstukken II 2008/09, 32 016, nr. 4, en Staatscourant 2009, nr. 11198, inzake het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet op de architectentitel (beroepservaring, bij- en nascholingsregeling voor stedenbouwkundigen, tuin- en landschapsarchitecten en interieurarchitecten, vervanging van de Stichting bureau architectenregister door een openbaar lichaam voor beroep en bedrijf, gedragsregels, alsmede enige andere wijzigingen).

worden beoordeeld door een klachtencommissie die bij gegrondheid van de klacht maatregelen jegens die ingeschrevene kan aanbevelen. Een dergelijke wettelijke klachtenprocedure – die gelet op de kenmerken ervan moet worden aangemerkt als een vorm van bij wet geregeld tuchtrecht – dient te worden gegrond op de noodzaak van bescherming van publieke belangen. Wettelijk tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren is hoofdzakelijk aan de orde in gevallen dat met het oog op de bescherming van publieke belangen wettelijke beroepsbescherming noodzakelijk wordt geacht. Publieke belangen die in het verleden aanleiding vormden voor een wettelijk tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren, behelzen onder meer het vertrouwen in het maatschappelijk verkeer (accountants, notarissen), het goed functioneren van het stelsel van rechtsbescherming (advocaten, deurwaarders), volksgezondheid (artsen) en publieke veiligheid (loodsen).

Vooralsnog ziet de Raad niet welk zwaarwegend belang tot een wettelijk tuchtrecht voor architecten noodzaakt en waarom er niet mee kan worden volstaan dat de diverse categorieën van architecten, als zij dat wenselijk achten, op privaatrechtelijke basis een tuchtrechtelijke regeling of een klachtenregeling kunnen insteken. Naar aanleiding van het advies van de Raad heeft de regering de bevoegdheid tot het stellen van gedragsregels en de klachtenprocedure heroverwogen en de bevoegdheid tot het stellen van gedragsregels en van de procedure inzake behandeling van klachten over niet naleving van die gedragsregels geschrapt.

In het al eerder genoemde voorstel van *Wet kilometerprijs* vindt de heffing van de kilometerprijs plaats door toezending van een factuur.³⁵ Voorgesteld wordt, dat de factuur niet een beschikking is waartegen rechtsmiddelen open staan. Dit wordt gemotiveerd door er op te wijzen dat het aanmerken van de factuur als beschikking tot grote aantallen bezwaar- en beroepschriften kan leiden, hetgeen een overbelasting van het inningsbureau en de rechterlijke macht zou betekenen. De rechtvaardiging voor het voorstel wordt gevonden in de juistheid van hetgeen de registratievoorziening registreert. Indien zou mogen worden uitgegaan van een altijd goede werking van de registratievoorziening, is het mogelijk de betalingsverplichting direct op de wet te baseren. De Raad deelt dit vertrouwen in de techniek, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, echter niet. Indien twijfel kan bestaan over hetgeen door de registratievoorziening geregistreerd wordt, dient rechtsbescherming te worden geboden. Voor de hand ligt daartoe de factuur als beschikking aan te merken.

Het advies van de Raad om de factuur als beschikking aan te merken, is door de regering gevolgd. Uit een oogpunt van doelmatigheid is een beperking gesteld aan het instellen van bezwaar, beroep en hoger beroep.

³⁵ Advies van 6 maart 2009, Kamerstukken II 2009/10, 32 216, nr. 4.

Instroom en verwerking van zaken

De instroom ligt, gemeten over de afgelopen tien jaren, gemiddeld op 600 zaken per jaar.

Zaaksproductie Advisering

	2009	2008	2007	2006
Ingekomen	558	593	493	576
waarvan:				
• <i>initiatiefvoorstellen</i>	8	15	10	23
• <i>onverplicht gevraagde adviezen</i>	2	7	6	8
• <i>voorlichtingen</i>	5	6	2	4
Afgedaan	579	554	505	592

Naast de adviezen die aan de Raad van State moeten worden gevraagd (verplichte adviezen)¹, wordt de Raad ook onverplicht gehoord (onverplicht gevraagde adviezen). Het advies over de Miljoenennota is zo'n onverplicht gevraagd advies. Dat is in 2009 ook weer uitgebracht. Voorts is onverplicht advies gevraagd over de Aanwijzingen voor de subsidieverstreking. Daarnaast heeft de Raad in 2009 twee onverplicht gevraagde adviezen uitgebracht inzake de tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen en de adviesaanvraag inzake de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling.

Een derde categorie van 'adviezen' betreft de verzoeken om voorlichting van één of meer ministers aan één van de vier afdelingen van de Raad. In 2009 zijn vijf verzoeken om voorlichting ontvangen. Door de afdelingen is in 2009 voorlichting gegeven over:

- fusietoezicht in de zorg²;
- de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Waterwet ten aanzien waarvan de Tweede Kamer der Staten-Generaal amendementen heeft aangenomen om de kring van inspraakgerechtigden te beperken bij besluiten omtrent de toekomstige omgevingsvergunning en watervergunning³;
- de manier waarop de Tweede Kamer invulling zou kunnen geven aan de controlerende functie, rekening houdende met de afwegingen en de besluiten van de regering die gemaakt zijn bij het besluit informatie over de vervanging van de F-16 niet openbaar te maken dan wel ook niet vertrouwelijk aan de Kamer te willen overleggen⁴;

¹ Hieronder vallen ook de adviezen over initiatiefwetsvoorstellen.

² Voorlichting van 17 april 2009 door afdeling I, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 29 247, nr. 90.

³ Voorlichting van 12 maart 2009 door afdeling IV, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 30 844, nr. 45.

⁴ Voorlichting van 15 april 2009 door afdeling II, Bijlage bij Kamerstukken II 2008/09, 26 488, nr. 169.

- artikel 9b, tweede lid, van de Electriciteitswet⁵;
- terugwerkende kracht Warmtewet⁶.

Doorlooptijden

In 2009 bedroeg de gemiddelde adviesduur 31 dagen (in 2008: 26 dagen). Ook in het afgelopen jaar werd ongeveer twee derde van de adviezen binnen één maand afgedaan (65,1%; in 2008 was dit 69%). Het aantal adviezen dat meer dan drie maanden vergde, bedroeg 27 (dat is 4,7% van alle gevallen). Ter vergelijking: in 2008 overschreden 14 zaken de termijn van drie maanden (2,5%). De doorlooptijden zijn dus toegenomen.

Sommige overschrijdingen hangen samen met externe factoren, zoals een adviesaanvraag die al is ingediend terwijl de Raad moet wachten op een nog niet afgeronde voorhangprocedure of op een advies van een ander orgaan dat het ministerie nog moet inwinnen (bijvoorbeeld een advies van de VNG of de Onderwijsraad). Ook gebeurt het dat het wetsvoorstel en het ontwerpbesluit gelijktijdig bij de Raad van State aanhangig worden gemaakt. Als het wetsvoorstel over de termijn gaat, 'gaat het ontwerpbesluit mee'.

Sommige zaken zijn langer blijven liggen, omdat de Raad in het verslagjaar prioriteit heeft gegeven aan het snel afdoen van een omvangrijk pakket aan adviesaanvragen die een uitvloeisel was van de staatkundige herstructurering van het Koninkrijk. Een andere reden is dat de Raad enkele adviesaanvragen heeft ontvangen waarin hij gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid

om externe deskundigen te horen. Dat was het geval bij het verzoek om voorlichting over het fusietoezicht in de zorg en bij de adviesaanvraag over de tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen.

Negatieve dicta

In het onderdeel *De Raad als wetgevingsadviseur* is ingegaan op de betekenis van de zes dicta. Als een advies wordt besloten met één van de drie 'zwaarste' dicta, waarin het woord 'niet' voorkomt (nummers 4 tot en met 6), moet het voorstel opnieuw in de ministerraad worden behandeld.

Het percentage zware dicta over de periode van 2004 tot en met 2009 ligt gemiddeld op 6,3%. In 2009 lag het percentage op 7,8%: van de 579 adviezen waren er 45 met een negatief dictum. In 2008 waren van de 554 adviezen er 30 met een negatief dictum.

Het overgrote deel van de uitgebrachte negatieve dicta betreft het 'minst zware' dictum 4 ('niet dan nadat')⁷.

⁵ Voorlichting van 7 september 2009 door afdeling I, Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32 127 nr. 5.

⁶ Voorlichting van 29 oktober 2009 door afdeling III, Bijlage bij Kamerstukken II 2009/2010, 29 048, nr. 46.

⁷ Zie hiervoor het onderdeel *De Raad als wetgevingsadviseur*, blz. 125.

Aantal adviezen met zware dicta

ministerie	2009					
	niet dan nadat	niet aldus	niet	totaal negatief	% negatief	totaal adviezen
AZ	1			1	16,7%	6
BuZa *						18
Just.	4	4	2	10	10,6%	94
BZK	4	1	1	6	10,2%	59
OCW	7			7	18,9%	37
Fin.	2	1		3	4,8%	62
Def. *						5
VROM	1	1		2	1,9%	104
V & W	2	1	1	4	7,1%	56
EZ	2			2	7,4%	27
LNV	1			1	6,7%	15
SZW	5	1		6	11,5%	52
VWS	3			3	6,8%	44
totaal	32	9	4	45	7,8%	579

* *Buitenlandse Zaken en Defensie hadden geen adviezen met een negatief dictum in 2009*

Openbaarmaking

Op 1 juli 2009 is de Wet elektronische bekendmaking⁸ in werking getreden. Dit heeft ook consequenties voor de openbaarmaking van wetgevingsadviezen, in het bijzonder voor de adviezen over algemene maatregelen van bestuur (amvb's) en onteigeningen.⁹ Deze adviezen

⁸ Stb. 2008, 551.

⁹ Voor de openbaarmaking van adviezen inzake wetsvoorstellen, verdragen, alsmede onverplicht gevraagde adviezen en voorlichtingen heeft de Wet elektronische bekendmaking geen consequenties gehad. Deze adviezen worden ook na 1 juli 2009 in de Kamerstukken (of als bijlage daarvan) gepubliceerd.

werden al vanaf september 1981 gepubliceerd in het Bijvoegsel bij de Staatscourant. Bij de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmaking is deze maandelijkse uitgave vervallen en worden de bovengenoemde adviezen gepubliceerd in de Staatscourant zelf. Dit valt af te leiden uit de voetnoot die is opgenomen op de laatste bladzijde van het Koninklijk Besluit. Het voordeel van directe publicatie in de Staatscourant zelf is dat adviezen nu sneller digitaal openbaar kunnen worden gemaakt en te raadplegen zijn. Er hoeft niet meer te worden gewacht op een nieuw supplement van het Bijvoegsel bij de Staatscourant. Op de website van de Raad van State zijn alle openbaar gemaakte adviezen en de nadere rapporten vanaf 2000 terug te vinden. Vanaf 2006 is daarnaast ook de adviesaanvraag zelf te raadplegen door middel van een hyperlink.

Samenvatting bij adviezen

Sinds 2006 brengt de Raad bij sommige adviezen een samenvatting uit. De samenvatting bevat een heldere publieksgerichte beschrijving van de hoofdlijnen van punten waarop het dictum van het advies rust. In 2009 heeft de Raad 17 samenvattingen op zijn website gepubliceerd. Ook op de website van het Kenniscentrum voor Wetgeving zijn de samenvattingen terug te vinden. Verder worden de samenvattingen sinds eind 2009 ook gestuurd naar de griffie van de Tweede Kamer om deze onder de aandacht te brengen van de leden van de Vaste Kamercommissies.

Hoek Oranjestraat-Parkstraat





Bestuursrechtspraak

Inhoudsopgave Bestuursrechtspraak

Inhoudsopgave Bestuursrechtspraak

De Raad als bestuursrechter

Jurisprudentieoverzicht

I Algemeen bestuursrecht en bestuursprocesrecht

- 1 Bestuursorgaan
- 2 Besluit
- 3 Belang
- 4 Vertegenwoordiging
- 5 Omvang van het geding
- 6 Artikel 2:4, eerste lid, Awb
- 7 Toepassing van artikel 4:5 Awb
- 8 Toepassing van artikel 4:6 Awb
- 9 Artikelen 6:18 en 6:19 Awb
- 10 Artikel 7:11 Awb
- 11 Finale geschilbeslechting
- 12 Handhaving
- 13 Punitieve sancties
- 14 Toetsing
- 15 Subsidie
- 16 Schadevergoeding
- 17 Wet Bibob
- 18 Openbaarheid van bestuur
- 19 Grondwet
- 20 EVRM/IVBPR
- 21 Recht van de Europese Unie

II Thema's uit de Afdelingsjurisprudentie

- 1 Luchtkwaliteit
- 2 Wet geurhinder en veehouderij
- 3 Wet milieubeheer
- 4 Ruimtelijke ordening
- 5 Keurbepaling
- 6 Onderwijs
- 7 Betekenis van communautair recht voor het
asiel- en migratierecht
- 8 Asielzaken
- 9 Reguliere vreemdelingenzaken

Bedrijfsvoering

De Raad als bestuursrechter

Trage besluitvorming en de rol van de rechter

In de politiek en – breder – in de samenleving bestaat ongenoegen over de lange duur van de bestuurlijke besluitvormingsprocedures. Op het niveau van de wetgever wordt onder meer met de invoering van een Crisis- en herstelwet getracht een versnelling van procedures te realiseren. De Afdeling bestuursrechtspraak ziet het vanuit haar verantwoordelijkheid ook als haar taak een bijdrage te leveren aan versnelling van de procedures door de geschillen die aan haar zijn voorgelegd, door zo snel mogelijk en binnen de mogelijkheden van de wet ook finaal te beslechten. Daarbij speelt een goede motivering een rol, omdat deze een spoedige implementatie van de uitspraak kan bevorderen en volgende procedures kan voorkomen.

In de paragraaf *Bedrijfsvoering* en in bijlage 5 wordt aandacht besteed aan de zogenoemde doorlooptijden van zaken bij de Afdeling. Daaruit blijkt dat deze relatief kort zijn. Daar zal ook worden ingegaan op de inspanningen die de Afdeling bestuursrechtspraak in dat verband in het verslagjaar heeft geleverd. Daarmee zijn de grenzen van verdere verkorting van de termijnen bereikt, zodat versnelling van bepaalde procedures naar verwachting zal leiden tot vertraging bij andere procedures. Daarnaast heeft de Afdeling, zoals in vorige jaarverslagen ook al is uiteengezet, de laatste jaren actief binnen de bandbreedte die wet- en regelgeving haar daarvoor laten, de mogelijkheden tot finale geschillen

beslechting verkend. In bepaalde gevallen ontkomt de Afdeling er echter niet aan een besluit waaraan een gebrek kleeft, te vernietigen en nadere besluitvorming aan het betrokken bestuursorgaan over te laten. Als de Afdeling een besluit vernietigt dan impliceert zulks dat daaraan naar haar oordeel een rechtmatigheidsgebrek kleeft. In sommige gevallen kan de Afdeling niet anders dan het bestuur opdragen een nieuw besluit te nemen. De vertraging die daardoor ontstaat, is aan de besluitnemer toe te rekenen en niet aan de rechter, die zich immers houdt aan de taak die hem is opgedragen. De oplossing voor het probleem van trage besluitvorming moet dan ook primair aan de voorzijde – de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming – worden gezocht en veel minder aan de achterzijde, de rechterlijke procedure¹. Als gezegd, neemt dat niet weg dat ook de rechter steeds alert moet zijn op het voorkomen van onnodige vertraging.

De rol van de Afdeling bestuursrechtspraak

Bij alle discussies over versnelling van besluitvormingsprocedures en de rol die de rechter daarbij speelt of zou kunnen spelen, is het van belang goed voor ogen te houden wat de rol en bevoegdheden van de bestuursrechter,

¹ Zie het advies van de Commissie Versnelling Besluitvorming Infrastructurele Projecten (Commissie-Elverding), 'Sneller en beter', april 2008.

meer in het bijzonder van de Afdeling bestuursrechtspraak, en de daarbij geldende beperkingen, zijn. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming, zoals de wetgever die heeft geregeld in de Algemene wet bestuursrecht, is in sterke mate gericht op het toetsen van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten. Vanaf de invoering van de bestuursrechtspraak wordt – overigens niet alleen in Nederland – naast, of liever in het kader van, het verlenen van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid, de bevoegdheids- en rechtmatigheidscontrole als de kerntaak van de bestuursrechter gezien. Het bestuur ordent het maatschappelijk leven door middel van besluiten. Met die besluiten wordt, vaak op basis van een nadere belangenafweging, invulling gegeven aan doelgebonden wetten in individuele gevallen. Het voorbereiden, nemen en uitvoeren van besluiten behoort tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Het bestuur is daarbij gebonden aan regelgeving die de wijze van en grenzen aan de uitoefening van de bevoegdheid, en de daarbij te verrichten afweging van belangen, normeert. Daarnaast is het bestuur gebonden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de verplichting dat besluiten zorgvuldig dienen te worden voorbereid.

De rol van de bestuursrechter is binnen dit wettelijk geregelde stelsel beperkt. De bestuursrechter heeft tot taak het aan hem voorgelegde besluit te toetsen op zijn rechtmatigheid aan de hand van de door partijen aangevoerde beroepsgronden. Wanneer de bestuursrechter constateert dat het besluit niet in overeenstemming met

het recht is genomen, dient hij in beginsel te besluiten tot vernietiging ervan en kan hij in de meeste gevallen het besluit niet zelf corrigeren, omdat het niet aan hem is de daarvoor vereiste afweging van belangen te maken. Dat is en blijft in het stelsel van de democratische rechtsstaat de taak van het bestuur, dat daarbij onder politieke controle staat.

Toch zijn er na vernietiging gevallen waarbij de bestuursrechter zijn oordeel wel in de plaats kan stellen van het vernietigde besluit. Dat is in ieder geval zo, wanneer uit het recht voortvloeit hoe het besluit waarom is verzocht, dient te luiden, zodat er rechtens maar één besluit mogelijk is. Met betrekking tot de vraag in welke gevallen dat verder kan, is de rechtspraak volop in ontwikkeling. Als het bijvoorbeeld gaat om beslissingen over schadevergoeding of bestuurlijke boetes, zijn mogelijkheden voor finale geschilbeslechting aanwezig. Ook de informatie die de bestuursrechter tijdens de procedure over het beleid of althans de zienswijze van het bestuur ten aanzien van het (nieuw te nemen) besluit heeft verkregen, kan hem helpen om tot een finale beslissing te komen. Al is het gebruik van finale geschilbeslechting derhalve naar huidige inzichten groter dan de rechtspraak in het verleden liet zien, van de rolverdeling tussen de bestuursrechter en het bestuur bestaat bij de bevolking en ook bij de politiek niet altijd een juist beeld. De volgende voorbeelden uit 2009 maken dat nog eens duidelijk. Op 28 juli 2009 deed de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak uitspraak op een verzoek om voorlopige voorziening naar aanleiding van besluiten die

waren genomen in het kader van de verruiming van de vaargeul van de Westerschelde.² Voor die verruiming heeft de minister van Verkeer en Waterstaat in juli 2008 een zogenoemd tracébesluit genomen. Daarnaast zijn er vier vergunningen verleend ter uitvoering van dit tracébesluit. De Zeeuwse Milieufederatie en de Vogelbescherming hadden om schorsing gevraagd van de vergunning die de minister van LNV op grond van de Natuurbeschermingswet heeft verleend voor de verruiming. Volgens hen zouden de werkzaamheden in de Westerschelde leiden tot een aantasting van het zogenoemde laagdynamische gebied in het natuurgebied 'Westerschelde en Saeftinghe'. De Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak baseerde zijn beslissing tot schorsing op het voorlopige oordeel dat de minister van LNV "niet met voldoende zekerheid heeft kunnen concluderen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast". Onzeker was wat de effecten zouden zijn van de verruiming van de vaargeul en of met de wijze van storten negatieve effecten zouden worden voorkomen in het natuurgebied. Om te voorkomen dat mogelijk onomkeerbare schadelijke gevolgen in de Westerschelde zouden optreden hangende de beslissing van de Afdeling over de ingediende beroepen in de bodemprocedure, schorste de Voorzitter het besluit waarbij de vergunning is verleend. Het gevolg van de uitspraak was dat er voorlopig geen werkzaamheden mochten worden uitgevoerd om de Westerschelde te verruimen, tenzij opheffing van de schorsing zou worden verkregen. Nog daargelaten het voorlopige karakter van de beslissing van de Voorzitter, heeft deze het daarmee

niet onmogelijk gemaakt dat de vaargeul in de Westerschelde wordt verruimd; hij heeft slechts bepaald dat de uitspraak van de Afdeling moest worden afgewacht. Inmiddels heeft de Afdeling op 13 januari 2010 uitspraak gedaan in de hoofdzaak en de overgebleven beroepen ongegrond verklaard.³

De uitspraak van de Afdeling van 7 september 2009 is wellicht nog sprekender.⁴ In deze zaak had een Irakees die was veroordeeld wegens moord, een aanvraag ingediend om verlening van een verblijfsvergunning. De IND had namens de staatssecretaris van Justitie geweigerd de man vanwege diens strafrechtelijke veroordeling een verblijfsvergunning te verlenen. De uitspraak van de Afdeling komt er in grote lijnen op neer dat de staatssecretaris de verblijfsvergunning van de man niet had mogen weigeren vanwege de moord die hij had gepleegd, omdat het beleid zoals de staatssecretaris dat zelf heeft ontwikkeld, inhoudt dat een strafrechtelijke veroordeling na tien jaar niet meer mag worden tegengeworpen. Omdat het misdrijf langer dan tien jaar geleden was gepleegd, kon op die grond de verblijfsvergunning derhalve niet worden geweigerd. De bestuursrechter diende bij de beoordeling van het ingestelde beroep en

² Uitspraak van 28 juli 2009 in zaak nr. 200806565/3/R1, 200903364/2/R1, 200903365/2/R1, 200903367/2/R1 en 200903368/2/R1.

³ Zaak nr. 200806565/1/R1, 200903364/1/R1, 200903365/1/R1 en 200903367/1/R1.

⁴ In zaak nr. 200901115/1/V1.

de daarbij te verrichten rechtmatigheidstoets van het bestreden besluit van de staatssecretaris, uit te gaan van het beleid dat de staatssecretaris zelf heeft ontwikkeld ten aanzien van het gebruik van de haar toekomende bevoegdheid en dat ook onder het te dien aanzien geldende parlementaire toezicht tot dan toe stand heeft gehouden. De Afdeling bevestigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 15 januari 2009 die het besluit op die grond had vernietigd. Daarmee besliste de Afdeling niet dat aan betrokkene, ook al is deze wegens moord veroordeeld, een verblijfsvergunning diende te worden verleend. Zij oordeelde slechts dat de staatssecretaris de verblijfsvergunning - gelet op door hem zelf ontwikkeld beleid - onder deze omstandigheden niet op die grond had mogen weigeren. De verontwaardiging waartoe dat beleid in dit concrete geval heeft geleid, heeft zich, zeker ook vanuit de politiek, ten onrechte op de bestuursrechter gericht.

Ontwikkelingen op het niveau van de wetgever

De Afdeling bestuursrechtspraak werd in het verslagjaar geconfronteerd met wetswijzigingen die voor haar belangrijke inhoudelijke en procedurele veranderingen met zich zullen brengen en van haar de nodige inspanningen zullen vergen. Terwijl zij nog bezig is de effecten te verwerken van ingrijpende wetgeving, zoals de nieuwe Wet ruimtelijke ordening, de Grondexploitatiewet en de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, heeft zich alweer nieuwe en ingrijpende wetgeving aangediend. Hierbij valt te denken aan de Wet bestuurlijke

lus, de Crisis- en herstelwet en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Een aantal van deze wetten en wetsvoorstellen heeft met elkaar gemeen dat de wetgever daarmee reageert op de hierboven reeds gememoreerde discussie in de politiek en de samenleving over trage en stroperige besluitvorming. In nieuwe wet- en regelgeving worden de mogelijkheden van beroep op de bestuursrechter in meer of mindere mate beperkt of de beroepsprocedures bekort.

Deze beperkingen hebben onder meer betrekking op de mogelijkheden die belanghebbenden hebben om beroep op de rechter in te stellen. Met ingang van 1 juli 2005 was de *actio popularis* al afgeschaft. De Crisis- en herstelwet, die in het voorjaar van 2010 in werking treedt, brengt voor wel ontvankelijke beroepen bepaalde aanscherpingen aan, zoals de onmogelijkheid in onder die wet vallende zaken beroep op nader aan te voeren gronden in te stellen; het zogenaamde *pro forma*-beroep, dat vaak spoedheidshalve wordt ingesteld om daarmee nog binnen de beroepstermijn te blijven met de mogelijkheid de beroepsgronden na verstrijken van die termijn alsnog in te dienen. De beperking houdt ook in dat de beroepsgronden niet op een later moment alsnog mogen worden aangevuld.

Een beperking van geheel nieuwe aard die met deze wet wordt ingevoerd, is het relativiteitsvereiste. Dat houdt in dat een belanghebbende zijn bezwaar of beroep alleen kan laten steunen op een wettelijke bepaling die beoogt of mede beoogt de door hem ingeroepen belangen te beschermen. Daarbij moet evenwel niet uit het oog

worden verloren dat de beslissing of van een dergelijk geval sprake is, zeker de eerste tijd veel extra aandacht en dus tijd zal vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Daarnaast is er het streven van de wetgever om waar mogelijk vernietiging door de rechter van besluiten te voorkomen, wanneer de geconstateerde gebreken 'niet ernstig' zijn en/of door het bestuur kunnen worden hersteld. Zo voorziet de Crisis- en herstelwet in een verruiming van de thans in artikel 6:22 Awb geboden mogelijkheid voor de rechter om gebreken te passeren: niet alleen formele gebreken maar ook materiële gebreken kunnen als deze wet van toepassing is, worden gepasseerd, indien degene die zich daarop beroept, door het gebrek kennelijk niet in zijn belangen is benadeeld.

Een andere maatregel ter voorkoming van vernietiging vormt de per 1 januari 2010 ingevoerde Wet bestuurlijke lus Awb, die een herstelmogelijkheid biedt voor het bestuur binnen het kader van een bij de rechter aanhangig beroep. In enkele bijzondere wetten, zoals de Natuurbeschermingswet 1998 en de Wet milieubeheer, was al voorzien in een dergelijke bestuurlijke lus. Op grond daarvan heeft de Afdeling al enige ervaring opgedaan met deze mogelijkheid om het bestuur, bij geconstateerde gebreken in bijvoorbeeld de motivering of de belangenafweging, op te dragen hangende de procedure deze gebreken te herstellen en daartoe zo nodig een vervangend besluit te nemen, waarna dit herstel of dit nieuwe besluit in de lopende procedure kan worden meegenomen. Afgewacht moet worden of met deze formalisering

van wat zich in veel gevallen al in de praktijk heeft ontwikkeld, geen nieuwe complicaties zullen ontstaan.

Andere prikkels tot versnelling van de kant van de wetgever hebben betrekking op de termijn waarbinnen de rechter moet beslissen. In de Wet versnelling besluitvorming wegprojecten wordt voor beroepen tegen het tracébesluit voor de A74 bepaald dat binnen zes maanden na ontvangst van het verweerschrift uitspraak moet worden gedaan. De Crisis- en herstelwet gaat hierin nog verder. Artikel 1.6 stelt zowel voor de eerste aanleg als voor het hoger beroep een termijn van zes maanden na afloop van de beroepstermijn. Ook voor de afhandeling van beroepen tegen projectuitvoeringsbesluiten, een nieuwe categorie besluiten die de Crisis- en herstelwet als een aanvulling op het al uitgebreide instrumentarium van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening introduceert, moet de Afdeling binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn beslissen. Het is duidelijk dat dit van de Afdeling een extra inspanning vergt, waarop niet alleen de werkwijze maar ook de capaciteit in voldoende mate moet worden toegesneden, omdat, als gezegd, in de huidige situatie de grenzen voor bekorting van de afdoeningstermijnen al vrijwel zijn bereikt.

Genoemde ontwikkelingen in de wetgeving hebben ingrijpende gevolgen voor het functioneren van de Afdeling bestuursrechtspraak. In de eerste plaats zullen zij de Afdeling voor nieuwe rechtsvragen stellen. De Afdeling heeft zich daar zo vroeg en zo goed mogelijk op voorbereid met het aanbieden van opleidingscursussen

voor haar leden en medewerkers en het opstellen van aangepaste richtlijnen. Daarnaast moet de Afdeling bepaalde aanpassingen doorvoeren bij de administratieve begeleiding van de procedures en bij de voorbereiding van zittingen om de korte termijnen te kunnen halen. Ook daaraan is in het verslagjaar hard gewerkt. Het is echter duidelijk dat ook van partijen in de procedure, en eventuele andere 'participanten' zoals de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak, de nodige efficiëntie en discipline zal worden gevraagd om vermijdbare vertragingen te voorkomen. Voorts is het zaak zoveel mogelijk te voorkomen dat door deze versnellingsmaatregelen voor bepaalde categorieën van zaken, in de doorloop- en afdoeningstermijnen voor de overige zaken vertragingen optreden.

In dit onderdeel van het jaarverslag wordt een overzicht gegeven van belangrijke ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Aandacht wordt besteed aan onderwerpen en leerstukken uit het algemeen bestuurs-(proces)recht en het Europese en internationale recht. Wat het Europese recht betreft, verdient vooral vermelding dat de jurisprudentie over de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM en de daarmee verband houdende genoegdoening verder gestalte heeft gekregen.

Het overzicht wordt afgesloten met een selectie van thema's uit de jurisprudentie van de Afdeling en van in dat verband vermeldenswaardige uitspraken uit het jaar 2009. De interpretatie van nieuwe wetgeving speelde in het verslagjaar een belangrijke rol.

I Algemeen bestuursrecht en bestuursprocesrecht

1 Bestuursorgaan

De Stichting Waarborgfonds Kinderopvang is geen rechtspersoon als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb. Het Waarborgfonds is evenmin een persoon of college in de zin van onderdeel b van deze bepaling. Aan het Waarborgfonds is geen overheidstaak opgedragen ter uitvoering waarvan daaraan publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. De rol

van de overheid bij het door het Waarborgfonds verstrekken van borgstellingen is voorts niet zodanig dat het niettemin als een b-orgaan moet worden aangemerkt. Uit de voorgeschiedenis van de bekostiging van kinderopvang kan worden afgeleid dat de overheid de beschikbaarheid van voldoende kinderopvangvoorzieningen weliswaar als algemeen belang aanmerkt ter behartiging waarvan zij een stimulerende rol dient te spelen, maar niet dat zij het realiseren van kinderopvang als taak aan zich heeft getrokken. Zij beoogt met het beschikbaar stellen van gelden aan het Waarborgfonds slechts de instandhouding en uitbreiding van kinderopvangplaatsen door particuliere marktpartijen te faciliteren, hetgeen, anders dan het geval was in de uitspraak van de Afdeling van 12 november 1998, zaak no. H01.97.1258 (AB 1999, 30), niet zijn grondslag vindt in een voormalige overheidstaak. In het feit dat het garantiekapitaal waarover het Waarborgfonds beschikt volledig afkomstig is van de overheid en in de omstandigheid dat het Waarborgfonds de ter beschikking gestelde gelden slechts mag gebruiken voor het doel waarvoor deze ter beschikking zijn gesteld, is daarom onvoldoende grond gelegen om aan te nemen dat het Waarborgfonds bij het toekennen van borgstellingen openbaar gezag uitoefent. De minister bemoeit zich niet met de toekenning van individuele borgstellingen. Uit het borgstellingsreglement blijkt verder dat het bestuur van het Waarborgfonds beslist in alle gevallen waarin het reglement niet voorziet en in

voorkomende situaties kan afwijken van het bepaalde in het reglement. In zoverre is de band tussen de minister en het Waarborgfonds minder intensief dan de band was tussen de staatssecretaris en de Stichting Silicose Oud Mijnwerkers.¹ Aangezien het Waarborgfonds voorts geen onder de verantwoordelijkheid van de minister werkzame instelling is, is de Wet openbaarheid van bestuur niet op het fonds van toepassing.²

Tussen de Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen en de overheid bestaat wel een nauwe betrokkenheid. Uit de statuten van de stichting blijkt dat de geldmiddelen van de stichting onder meer van het Rijk en van gemeenten afkomstig zijn, dat het Rijk financiële risico's draagt voor de stichting en dat diverse beslissingen van de stichting de goedkeuring van de minister voor Wonen, Wijken en Integratie behoeven, waaronder de beslissing tot het vaststellen van de standaardovereenkomst van borgtocht en de borgtochtvoorwaarden. De goedkeuringsbevoegdheid van de minister strekt zich mede uit tot de kwijtscheldingsregeling. Gezien deze nauwe betrokkenheid werd door de Afdeling geoordeeld dat de stichting bij het al dan niet verlenen van een nationale hypotheekgarantie openbaar gezag uitoefent in de zin van artikel 1:1, aanhef en onder b, van de Awb en daarom als een bestuursorgaan is aan te merken. Een besluit tot het al dan niet verlenen van een nationale hypotheekgarantie betreft derhalve de uitoefening van een overheidstaak en draagt het karakter van een publiekrechtelijke rechtshandeling als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de

Awb. Een beslissing die uitvoering geeft aan de kwijtscheldingsregeling hangt ten nauwste samen met het besluit tot het verlenen van een nationale hypotheekgarantie en moet daarom eveneens als een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit worden aangemerkt.³

Een onderlinge waarborgmaatschappij als bedoeld in artikel 2:3 gelezen in samenhang met artikel 2:53 van het Burgerlijk Wetboek is niet een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb. De onderlinge waarborgmaatschappij is evenmin te beschouwen als een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed, als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. De aanwijzing als 'orgaan van de woonplaats' voor in Nederland wonende buitenlandse verzekerden als bedoeld in artikel 1, onderdeel p, van EG-Verordening 1408/71 (Strct. 2005, 210) houdt niet meer in dan dat de onderlinge waarborgmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie verzekerde prestaties dient te verlenen. De relatie tussen de onderlinge waarborgmaatschappij en de verzekerde wordt niet beheerst door enige wettelijke bepaling die aan de maatschappij een publiekrechtelijke bevoegdheid toekent om eenzijdig de rechtsbetrekking

¹ Zie daarvoor de uitspraak van 30 november 1995 in zaak nr. H01.95.0274/Q01 (AB 1996, 136; JB 1995/337; Gst. 1996, 7024, 4; NJB 1996, p. 28, nr. 3).

² Uitspraak van 15 juli 2009 in zaak nr. 200806515/1/H3 (AB 2009, 247; JB 2009/193; Gst. 2009, 112).

³ Uitspraak van 23 december 2009 in zaak nr. 200903627/1/H2.

tussen de maatschappij en de verzekerde vast te stellen. De mededeling van de maatschappij aan de verzekerde dat hij een eigen risico van € 150 heeft, betreft een handeling naar privaatrecht.⁴

Een vereniging voor middelbaar onderwijs is een privaatrechtelijke rechtspersoon die niet krachtens publiekrecht is ingesteld. De vereniging noch de raad van bestuur is met openbaar gezag bekleed inzake de afwikkeling van het ontslag van een medewerker. De rechtsverhouding tussen die medewerker en de vereniging en haar organen wordt beheerst door het privaatrecht, zodat de aan de door de raad van bestuur aan de medewerker over dat ontslag gezonden brief geen besluit is in de zin van de Awb.⁵

Een bijzondere hogeschool die uitgaat van een privaatrechtelijke rechtspersoon is evenmin met openbaar gezag bekleed, zodat een brief van de raad van bestuur van de hogeschool over de ontzegging van de voortzetting van de studie aan die hogeschool evenmin een besluit is.⁶

2 Besluit

2.1 Besluit gericht op rechtsgevolg

Bij gebreke van een publiekrechtelijke verplichting, bevoegdheid of taak voor het gemeentebestuur om binnen de gemeente een zwembad te exploiteren of te laten exploiteren, is de keuze van de gemeenteraad om niet langer een zwembad in stand te houden geen rechtshandeling, maar een politieke standpuntbepaling. De sluiting van het zwembad door de eigenaar – de

gemeente – is geen rechtshandeling, maar een feitelijke handeling en dus evenmin een besluit.⁷

Indien een bestuursorgaan, hoewel daartoe niet bevoegd, heeft beoogd inhoudelijk en afwijzend op een verzoek om een ligplaatsvergunning te beslissen en de verzoeker aldus een concreet bepaalde ligplaats te ontzeggen, is die reactie van het bestuursorgaan een besluit.⁸ Dit ligt anders indien geen verzoek om een vergunning voor een concreet geduide ligplaats voorligt en het bestuursorgaan slechts te kennen geeft geen specifiek beleid te voeren met betrekking tot het innemen van ligplaatsen en daartoe geen geschikte locaties aanwezig te achten. Een dergelijke reactie is van informatieve aard en niet aan te merken als een besluit.⁹

Ingevolge artikel 5, eerste lid, van de (inmiddels ingetrokken) Wet collectieve preventie volksgezondheid dragen burgemeester en wethouders ter uitvoering van bij of krachtens deze wet opgedragen taken zorg voor de instelling en instandhouding van gemeentelijke gezondheidsdiensten. Het staat hun, zo is in artikel 5a

⁴ Uitspraak van 2 december 2009 in zaak nr. 200902078/1/H2.

⁵ Uitspraak van 15 april 2009 in zaak nr. 200805245/3.

⁶ Uitspraak van 15 april 2009 in zaak nr. 200805239/3.

In dezelfde zin de uitspraak van 10 december 2009 in zaak nr. 200905397/1/H2.

⁷ Uitspraak van 4 maart 2009 in zaak nr. 200804118/1.

⁸ Uitspraak van 22 april 2009 in zaak nr. 200806754/1/H3 (AB 2009, 260).

⁹ Vergelijk de uitspraak van 20 juni 2007 in zaak nr. 200609323/1.

van de wet bepaald, vrij om met inachtneming van bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels bepaalde taken of onderdelen van taken te laten uitvoeren door instellingen die zorg verlenen als bedoeld in artikel 16 van het Besluit zorgaanpak AWBZ. De afwijzing door het college van burgemeester en wethouders van het verzoek van een thuiszorgcentrale om te mogen participeren in de wettelijk aan het college opgedragen taken met betrekking tot de jeugdgezondheidszorg heeft rechtsgevolg en is een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.¹⁰

De mededeling dat iemand niet in aanmerking komt voor plaatsing in een woonsituatie waarin hij de nodige steun en begeleiding ontvangt, is eveneens een besluit. Daartoe is van belang dat de betrokken gemeente is aangewezen als een centrumgemeente voor maatschappelijke opvang en dat ingevolge artikel 12, tweede lid, van de Welzijnswet op het college van burgemeester en wethouders de rechtsplicht rust daartoe toegang te verlenen. Het college hanteerde bovendien een vaste praktijk wat betreft plaatsing in sociale pensions.¹¹

De aanwijzing op grond van artikel 65 van de Wet kinderopvang legt een kindercentrum de bindende verplichting op om binnen een bij die aanwijzing gegeven termijn maatregelen te nemen ter voldoening aan de bij of krachtens de wet gegeven voorschriften. De aanwijzing is daarmee gericht op rechtsgevolg en derhalve een besluit.¹²

Ook de voorwaardelijke uitsluiting van het verlenen van gesubsidieerde asielrechtsbijstand voor de duur van zes maanden is een beslissing gericht op rechtsgevolg, nu bij oplegging binnen de gestelde proeftijd van een nieuwe maatregel de voorwaardelijke uitsluiting wordt omgezet in een definitieve uitsluiting voor de duur van zes maanden.¹³

Een brief waarbij de staatssecretaris van Financiën, ter voldoening van een verzoek van een buitenlandse bevoegde autoriteit om informatie, aan een inspecteur van de belastingdienst krachtens artikel 8, eerste lid, van de Wet op de internationale bijstandsverlening heeft opgedragen een onderzoek bij een bedrijf in te stellen, is niet gericht op het in het leven roepen van enig naar buiten tredend rechtsgevolg als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb en daarmee geen besluit.¹⁴

De vervolgens door de inspecteur aan het betrokken bedrijf verzonden brief waarin wordt aangekondigd dat dat onderzoek op de in de brief vermelde datum zal aanvangen, is evenmin gericht op enig rechtsgevolg, als bedoeld in artikel 1:3 van de Awb. De brief is gericht op het verzekeren van de goede voortgang van het onderzoek, niet op het scheppen van een verplichting.

¹⁰ Uitspraak van 15 april 2009 in zaak nr. 200806029/1/H2.

¹¹ Uitspraak van 9 september 2009 in zaak nr. 200901818/1/H2.

¹² Uitspraak van 18 maart 2009 in zaak nr. 200805261/1 (NJB 2009, 658).

¹³ Uitspraak van 11 februari 2009 in zaak nr. 200803778/1 (NJB 2009, 409).

¹⁴ Uitspraak van 15 juli 2009 in zaak nr. 200803738/1/H3.

De verplichting tot medewerking vloeit rechtstreeks uit de wet voort. Uit de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen en heffingen op verzekeringspremies (77/799) volgt niet dat tegen de aankondiging van een in te stellen onderzoek, dat uitsluitend ten doel heeft informatie te vergaren, bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open dienen te staan. Dit volgt ook niet uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In het arrest *Sopropé* heeft het Hof overwogen dat de eerbiediging van de verdediging een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt dat van toepassing is, wanneer de administratie voornemens is een bezwarend besluit ten opzichte van een bepaald persoon te nemen. Ten tijde van de aankondiging van het onderzoek was nog geenszins zeker of dat op enig moment zou resulteren in een bezwarend besluit. Het ontbreken van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen tegen de aankondiging van een onderzoek is dan ook niet in strijd met het verdedigingsbeginsel.¹⁵

2.2 Bestuurlijk rechtsoordeel

Een bestuurlijk rechtsoordeel dat de mededeling inhoudt dat geen vergunning is vereist, is in de regel geen besluit.¹⁶ Slechts bij uitzondering wordt een bestuurlijk rechtsoordeel dat wel geacht te zijn. Dat was het geval in een situatie waarin een brief van het bevoegde bestuursorgaan een concrete beoordeling bevatte van de vergunningplicht voor een evenement, toegespitst op de specifieke

omstandigheden die aan de orde waren. In de brief werd uitdrukkelijk vermeld onder welke condities geen vergunningplicht gold. Door de Afdeling werd voorts van belang geacht dat de appellant tegen een vergelijkbaar oordeel met betrekking tot hetzelfde evenement in het vorige jaar tijdig bezwaar had gemaakt en om handhavend optreden had verzocht om onomkeerbare gevolgen te voorkomen. Eerst na afloop van het evenement is op dat verzoek (afwijzend) beslist en is het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard. Mede gezien deze voorgeschiedenis, oordeelde de Afdeling dat in de brief onmiskenbaar ligt besloten dat het bestuursorgaan tegen het houden van het evenement op de in de brief beschreven wijze niet handhavend zal optreden wegens het ontbreken van een vergunning ingevolge de Natuurbeschermingswet 1998. De brief werd daarom aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.¹⁷

Eveneens als een besluit werd aangemerkt het door het Commissariaat voor de Media gegeven oordeel dat een door een rechtspersoon voorgenomen landelijke boeken-

¹⁵ Uitspraak van 15 juli 2009 in zaak nr. 200801098/1/H3 (JB 2009/195).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld de uitspraken van 18 augustus 2004 in zaak nr. 200307139/1 (AB 2005, 106; JB 2004/344; Gst. 2004, 7220, 213; NJB 2004, p. 1851, nr. 58), 15 februari 2006 in zaak nr. 200504745/1 (NA 2006, 40) en 14 mei 2008 in zaak nr. 200700622/1.

¹⁷ Uitspraak van 10 juni 2009 in zaak nr. 200901430/1/R2 (JB 2009/174; JM 2009/91).

actie niet in overeenstemming was met de Wet op de vaste boekenprijs. Zonder een positief oordeel vooraf zou het houden van die actie een te groot risico voor betrokkene met zich brengen.¹⁸

Geen besluit werd daarentegen aangenomen in een geval waarin het bestuursorgaan een instelling informeerde welke wettelijke geluidnormen volgens hem gelden. Voor de instelling is het niet onevenredig bezwarend om een geschil over de interpretatie van die normen aan de orde te stellen wanneer het mocht komen tot een handhavingsbesluit. De enkele onzekerheid of een bepaalde activiteit mag worden voortgezet, maakt het afwachten van een handhavingsbesluit nog niet tot een onevenredig bezwarende weg.¹⁹

Is de uitleg van het beroepen besluit zelf in geding, dan maakt die uitleg deel uit van het besluit. Die uitleg kan in bezwaar en beroep worden bestreden.²⁰

2.3 Besluit van algemene strekking

In de op grond van de Utrechtse Havenverordening vastgestelde Havenatlas is aangegeven voor welke locaties in afwijking van het in de verordening opgenomen ligplaatsverbod een ligplaatsvergunning voor waterwoningen kan worden verleend. De Havenatlas betreft een samenstel van nadere regels, waaraan een aanvraag om een ligplaatsvergunning moet voldoen. Die regels liggen niet reeds besloten in de verordening zelf. De Havenatlas bevat dan ook zelfstandige normen, die zich voor herhaalde toepassing lenen, zodat sprake is van een

algemeen verbindend voorschrift als bedoeld in artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Awb. De wijziging van de Havenatlas deelt in dat karakter.²¹

Met de vaststelling van selectielijsten op grond van artikel 5, eerste lid, van de Archiefwet 1995 wordt bepaald tot welke archiefbescheiden de in artikel 3 van de Archiefwet 1995 neergelegde verplichting om zorg te dragen voor vernietiging, zich uitstrekt.

Archiefbescheiden die blijkens de opnemingslijsten niet of, gelet op de vermelde vernietigingstermijn, nog niet zijn aangewezen als vallende onder die verplichting, dienen ingevolge artikel 3 van de Archiefwet 1995 te worden bewaard. De vaststelling van de selectielijsten houdt dus geen zelfstandige normstelling in. De besluiten tot vaststelling van die selectielijsten zijn daarmee geen besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften, zodat deze besluiten niet ingevolge artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Awb van de mogelijkheid van beroep op de bestuursrechter zijn uitgezonderd.²²

¹⁸ Uitspraak van 21 oktober 2009 in zaak nr. 200808329/1/H3.

¹⁹ Uitspraak van 8 juli 2009 in zaak nr. 200805508/1/M2 (JB 2009/182).

²⁰ Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200802922/1 (AB 2009, 130).

²¹ Uitspraak van 25 februari 2009 in zaak nr. 200803500/1 (JB 2009/96; Gst. 2009, 43; NJB 2009, 520).

²² Uitspraak van 1 april 2009 in zaak nr. 200805599/1 (AB 2009, 191; JB 2009/130; Gst. 2009, 64; NJB 2009, 727).

2.4 Rechtshandeling naar burgerlijk recht

De overdracht van de instandhouding van scholen overeenkomstig artikel 49, eerste lid, van de Wet op het primair onderwijs dient, mede gezien de overige leden van dit artikel, te worden aangemerkt als een rechtshandeling naar burgerlijk recht. De brief waarin kennis wordt gegeven van de afrekening van de in het kader van de overdracht overgedragen reserves en voorzieningen die zijn gevormd uit de rijksbijdragen aan de openbare scholen, betreft een uitvoeringshandeling in verband met die overdracht. Nu die overdracht een rechtshandeling naar burgerlijk recht is, moet de brief die daaraan uitvoering geeft, worden aangemerkt als een handeling ter zake waarvan uitsluitend een vordering bij de burgerlijke rechter kan worden ingediend.²³

3 Belang

3.1 Belanghebbende

Ideële organisaties

In drie op 1 oktober 2008 gedane uitspraken waarvan in het vorige jaarverslag gewag werd gemaakt, heeft de Afdeling haar jurisprudentie over de belanghebbendheid van ideële organisaties met een ruime doelstelling aangescherpt. Die aanscherping houdt in dat strikter wordt gekeken naar de statutaire doelstelling van een dergelijke organisatie alsook naar de feitelijke werkzaamheden die een dergelijke organisatie verricht. Daarbij is overwogen dat het louter in rechte opkomen tegen besluiten en de voorbereiding van bestuursrechtelijke procedures als regel niet kunnen worden aangemerkt als feitelijke werkzaam-

heden als bedoeld in artikel 1:2, derde lid, van de Awb.²⁴ Ook in dit verslagjaar had de Afdeling in verschillende zaken te oordelen over de vraag of een ideële organisatie, gelet op de criteria van artikel 1:2, derde lid, van de Awb, als belanghebbende kon worden aangemerkt bij het door haar bestreden besluit. Getoetst aan deze criteria werden in het verslagjaar onder meer als belanghebbende aangemerkt de Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht²⁵, Stichting Ook vogels hebben bouwdrift²⁶, Stichting De Faunabescherming²⁷, de Vereniging Stedelijk Leefmilieu Groen- en Milieubeheer²⁸, de Stichting Buitengoed Overijssel²⁹, de stichting 's-Hertogenbossche Monumentenzorg³⁰, de Stichting Dorpsbelang St. Hubert en de Milieuvereniging Land van Cuijk³¹. Onder meer de

²³ Uitspraak van 24 juni 2009 in zaak nr. 200808758/1/H2.

²⁴ Zie de uitspraken van 1 oktober 2008 in de zaken met de nummers 200707921/1 (JB 2008/239), 200709094/1 (M&R 2008, 105) en 200801150/1 (AB 2008, 348; Gst. 2008, 141; TBR 2008/191; NJB 2008, 1872).

²⁵ Uitspraak van 14 januari 2009 in zaak nr. 200803292/1 (AB 2009, 105).

²⁶ Uitspraak van 21 januari 2009 in zaak nr. 200802863/1 (BR 2009, p. 254; TBR 2009/145, p. 728; JM 2009/36).

²⁷ Uitspraak van 4 februari 2009 in zaak nr. 200802524/1 (MS 2009, 26).

²⁸ Uitspraak van 10 juni 2009 in zaak nr. 200804436/1/M2.

²⁹ Uitspraak van 12 augustus 2009 in zaak nr. 200808949/1/H2.

³⁰ Uitspraak van 11 november 2009 in de zaak met de nummers 200804918/1/R1 en 200805000/1.

³¹ Uitspraak van 16 december 2009 in zaak nr. 200901493/1/R3.

Stichting Arent van 's-Gravesande³² en de Stichting tot het tegengaan van detailhandel op bedrijventerreinen³³ werden niet als belanghebbende aangemerkt.³⁴ Een ideële organisatie die in een eerdere procedure als belanghebbende was aangemerkt, werd dat ook in een vervolgzak omdat deze als een materiële voortzetting van de eerdere zaak moest worden beschouwd, ook al was intussen de jurisprudentie van de Afdeling over het begrip belanghebbende aangescherpt.³⁵

Collectieve belangenbehartiging

Een afzonderlijke categorie verenigingen wordt gevormd door bewonersverenigingen. Deze hebben vaak ten doel de belangen van de bewoners van een buurt of wijk te behartigen en de leefomgeving van die bewoners te beschermen. Die belangen lenen zich voor bundeling, in die zin dat de vereniging in rechte kan opkomen tegen bestuursbesluiten ter behartiging van de belangen van de bewoners. Daarmee kan effectieve rechtsbescherming gediend zijn, in vergelijking met het afzonderlijke optreden van een groot aantal individuele natuurlijke personen die door een bestuursbesluit rechtstreeks in hun belangen worden getroffen. Een buurtvereniging waarbij sprake was van een dergelijke bundeling van individuele belangen, werd op die grond als belanghebbende aangemerkt bij de verleende kapvergunningen voor het vellen van bomen in de betrokken buurt. In de door de vereniging tot stand gebrachte bundeling van deze individuele belangen, kunnen de in artikel 1:2, derde lid, van de Awb genoemde feitelijke werkzaamheden besloten worden geacht.³⁶

Een vereniging die is opgericht mede ter behartiging van het collectieve belang van ouders van kinderen die een bepaalde school bezoeken en die zich het streven naar een gezond schoolklimaat voor de kinderen op die school ten doel stelt, werd belanghebbende geacht bij de verleende vrijstelling en bouwvergunning voor nieuwbouw van die school. De nieuwe school was voorzien op een afstand van ongeveer 60 meter van de snelweg. De vereniging wilde blijkens haar statuten bewerkstelligen dat de nieuwbouw op ten minste 300 meter afstand van de snelweg zou worden gerealiseerd om een gezond schoolklimaat te bereiken.³⁷ Een plaatselijke afdeling van de Koninklijke Horecabond Nederland (KHN) werd als belanghebbende aangemerkt bij een besluit op een verzoek om handhavend op te treden tegen de exploitatie van dance-events waarbij zonder de vereiste vergunningen drank werd verkocht.

³² Uitspraak van 6 februari 2009 in zaak nr. 200803005/1 (AB 2009, 182).

³³ Uitspraak van 7 oktober 2009 in zaak nr. 200900501/1/H1 (JB 2009/251).

³⁴ Of een organisatie belanghebbende is bij een besluit, hangt uiteraard ook af van de aard van dat besluit.

³⁵ Uitspraak van 29 januari 2009 in zaak nr. 200801126/1 (AB 2009, 104; JB 2009/74; NA 2009, 40).

³⁶ Uitspraak van 24 juni 2009 in zaak nr. 200807294/1/H2 (AB 2009, 336; JB 2009/178). De Afdeling sluit met deze uitspraak aan bij het arrest van de Hoge Raad van 17 juni 1986, nr. 12700 (AB 1987, 173).

³⁷ Uitspraak van 11 november 2009 in zaak nr. 200808595/1/H1 (NA 2009, 575).

De belangen van de leden van KHN omvatten blijkens de statuten zowel materiële als immateriële belangen. Naar het oordeel van de Afdeling valt daaronder ook het belang van een eerlijke concurrentie, welk belang in dit geval werd geschonden.³⁸

Andere verenigingen

Een huurdersvereniging die zich blijkens haar statuten onder meer ten doel stelt de voorraad goedkope huurwoningen in het werkgebied van de vereniging in stand te houden, werd, gelet op die doelstelling, belanghebbende geacht bij een besluit dat mede tot gevolg heeft dat in haar werkgebied negen sociale huurwoningen worden vervangen door zes vrije sector huurwoningen.³⁹

Niet iedere vereniging van eigenaren is een vereniging van eigenaren als bedoeld in artikel 5:112 van het Burgerlijk Wetboek.⁴⁰ Een vereniging van eigenaren van een bungalowpark die dat niet was, werd geen belanghebbende geacht bij de verlening van een bouwvergunning voor een verkeersbrug. De in de statuten van de vereniging vermelde belangen hadden uitsluitend betrekking op de coördinatie en organisatie van het bungalowpark en de zorg voor het tot dat bungalowpark behorende terrein en de daarop en daarin aanwezige voorzieningen. Andere belangen konden blijkens de statuten uitsluitend worden behartigd door de vereniging, indien de algemene vergadering daartoe had besloten. Een dergelijk besluit was niet genomen.⁴¹

Informele vereniging

Een niet over statuten beschikkende werkgroep die bestaat uit vertegenwoordigers van de wijkraad en een aantal omwonenden en die op 'ad-hoc basis' onder verantwoordelijkheid van de wijkraad geacht wordt de belangen van de buurt te behartigen, kan niet worden aangemerkt als een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid, ook wel informele vereniging genoemd, in de zin van artikel 2:26 van het Burgerlijk Wetboek. De werkgroep voldoet hiermee niet aan de cumulatieve vereisten voor het aannemen van een informele vereniging en kan daarom niet op grond van artikel 1:2, derde lid, van de Awb als belanghebbende bij het bestreden besluit worden aangemerkt.⁴²

³⁸ Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200804956/1 (JB 2009/77). In dezelfde zin de uitspraken van 24 juni 2009 in de zaken met de nummers 200807264/1/H1 en 200807266/1/H1.

³⁹ Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200803386/1 (NA 2009, 39).

⁴⁰ Zie voor jurisprudentie over de wettelijke vereniging van eigenaren de uitspraken van 14 maart 2007 in zaak nr. 200603906/1, vermeld in het jaarverslag 2007, en de uitspraken van 5 maart 2008 in zaak nr. 200702359/1 (JB 2008/92) en 17 december 2008 in zaak nr. 200802899/1 (AB 2009, 64), beide vermeld in het jaarverslag 2008.

⁴¹ Uitspraak van 4 februari 2009 in zaak nr. 200803333/1 (AB 2009, 365).

⁴² Uitspraak van 18 februari 2009 in zaak nr. 200801380/1 (JM 2009/40).

Belang van omwonenden

De Afdeling is teruggekomen op haar in eerdere uitspraken ingenomen standpunt dat bij een besluit tot vaststelling van hogere geluidgrenswaarden bij of krachtens de Wet geluidhinder in beginsel uitsluitend de belangen van de aanvrager en diegenen die in een bijzondere, rechtens te erkennen, relatie tot één of meer van de woningen of ander geluidgevoelig gebouw staan, rechtstreeks bij het besluit zijn betrokken. De Afdeling is thans van oordeel dat bij een besluit tot vaststelling van hogere geluidgrenswaarden rechtstreeks de belangen zijn betrokken van iedere persoon die door de realisering van de voorgenomen activiteit in zijn belang wordt geraakt. Daartoe is in aanmerking genomen dat een dergelijk besluit een noodzakelijke voorwaarde is om de voorgenomen activiteit, eventueel na het nemen van vervolgbesluiten in het kader van de ruimtelijke ordening, te realiseren.

Een besluit tot vaststelling van hogere geluidgrenswaarden voor bestaande woningen heeft als gevolg dat feitelijk een hogere geluidemissie mag optreden dan mogelijk zou zijn zonder vaststelling van die waarden. Dit besluit raakt in ieder geval rechtstreeks de belangen van alle personen die als omwonende of gebruiker van grond dan wel bebouwing feitelijk gevolgen van deze verhoogde geluidemissie kunnen ondervinden.

Een besluit tot vaststelling van hogere waarden in het kader van de zogenoemde sanering van (spoor)weglawaai of industrielawaai heeft tot gevolg dat daarmee wordt vastgelegd tot in welke mate het geluidniveau in de omgeving van het te saneren traject of industrieterrein

moet worden teruggebracht. Met dit besluit wordt in zoverre de saneringsprocedure voor het traject of industrieterrein in kwestie afgerond. Nadien bestaat er in beginsel geen mogelijkheid meer om af te dwingen dat via een saneringsregeling het geluidniveau ter plaatse verder wordt teruggebracht. Dit besluit raakt daarom in ieder geval rechtstreeks de belangen van alle personen die als omwonende of gebruiker van grond feitelijk geluidbelasting van het te saneren traject kunnen ondervinden.⁴³

Een besluit tot vaststelling van maatregelen krachtens artikel 4.23, derde lid, van het Besluit geluidhinder raakt in beginsel rechtstreeks eenzelfde kring van personen of entiteiten als het geval is bij een besluit tot vaststelling van hogere grenswaarden. Hiermee komt de Afdeling terug van haar onder de gelding van het per 1 januari 2007 ingetrokken Besluit geluidhinder spoorwegen gevormde jurisprudentie. Deze hield in dat bij een besluit tot vaststelling van maatregelen als bedoeld in artikel 27, negende lid, van dat Besluit uitsluitend degenen wier belang bij een mogelijk besluit tot subsidiëring van de vastgestelde maatregelen kan zijn betrokken, als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt.⁴⁴

Een ingevolge artikel 75 van de Flora- en faunawet verleende ontheffing die de verwijdering mogelijk maakt van de bittervoorn, de grote modderkruiper, de kleine

⁴³ Uitspraak van 27 mei 2009 in zaak nr. 200805817/1/M2 (AB 2009, 329; M en R 2009/7, nr. 72; JM 2009/85; NJB 2009, 1163).

⁴⁴ Uitspraak van 25 november 2009 in zaak nr. 200809174/1/M2 (JB 2010/14; NA 2009, 635).

modderkruiper en de gestreepte waterroofkever en de verwijdering van de voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van deze dieren en van de groene glazenmaker, treft de belangen van degenen die wonen in het gebied waarvoor de ontheffing geldt, terwijl de afstand van hun woning tot de waterkant ongeveer 8 meter bedraagt, rechtstreeks in hun belang. Het betoog dat de diersoorten waarvoor ontheffing is verleend, hoofdzakelijk in het water en hooguit ook op de oever leven en dat zij zo klein en onopvallend zijn dat zij geen ruimtelijke uitstraling op omwonenden hebben, leidde niet tot een ander oordeel.⁴⁵

Belang van zakelijk gerechtigde

Naast de overtreder kan bij een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom ook de eigenaar van het pand waarop de last betrekking heeft, belanghebbende zijn. Dat is het geval indien de last tot het terugbrengen van het pand in zijn oorspronkelijke staat tot een aantasting kan leiden van het eigendomsrecht.⁴⁶ Bij een besluit tot weigering van een bouwvergunning voor de verbouw van een winkelpand is naast de aanvrager ook de eigenaar van het pand belanghebbende. Dat besluit brengt met zich dat er feitelijk een reële mogelijkheid bestaat dat de eigenaar in zijn aan dat zakelijk recht ontleende belang zal worden geschaad.⁴⁷

Belang van persoonlijk gerechtigde

Bij een besluit tot weigering van een bouwvergunning voor de verbouw van een winkelpand is de gebruiker van het pand die niet de aanvrager van de bouw-

vergunning is, geen belanghebbende. Dat besluit heeft voor hem slechts gevolgen via de privaatrechtelijke verhouding met de eigenaar, zodat hij daarbij slechts een afgeleid en aan de aanvrager parallel belang heeft.⁴⁸

Het hebben bedongen van een optie tot koop ten aanzien van gronden in het plangebied is onvoldoende om een rechtstreeks belang bij de goedkeuring van een bestemmingsplan te kunnen aannemen.⁴⁹

Een huurder van een woning werd geen belanghebbende geacht bij een besluit tot verlening van een samenvoegingsvergunning, omdat die vergunning het woonrecht van de huurder eerbiedigt en geen wijziging brengt in de woonsituatie van de huurder. Dat inmiddels een vordering tot ontruiming van de gehuurde woonruimte was ingesteld, maakte dat niet anders. Artikel 7:274 van het Burgerlijk Wetboek voorziet in een zelfstandig beoordelingskader voor vorderingen tot ontruiming van woonruimte. Dit artikel biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat bij de rechterlijke beoordeling van een dergelijke vordering gewicht toekomt aan de

⁴⁵ Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200802864/1.

⁴⁶ Uitspraak van 25 november 2009 in zaak nr. 200902182/1/H1 (JB 2010/12).

⁴⁷ Uitspraak van 25 november 2009 in zaak nr. 200903256/1/H1.

⁴⁸ Uitspraak van 25 november 2009 in zaak nr. 200903256/1/H1.

⁴⁹ Uitspraak van 7 oktober 2009 in zaak nr. 200805248/1/R1 (JB 2009/248). In dezelfde zin de uitspraak van 9 december 2009 in zaak nr. 200902871/1/H1.

omstandigheid dat aan de eigenaar van de betreffende woonruimte een samenvoegingsvergunning is verleend. De omstandigheid dat het verlenen van de samenvoegingsvergunning niet van invloed is op de woonsituatie van de huurder en geen ruimtelijke gevolgen heeft, brengt mee dat de huurder ook in zijn hoedanigheid van bewoner van de woonruimte gelegen onder de samen te voegen woonruimten geen rechtstreeks bij het besluit betrokken belang heeft.⁵⁰

Een huurder van een pand die dit kamergewijs verhuurt aan Poolse werknemers, wordt door de intrekking van een aan de eigenaar van dat pand verleende gebruiksvergunning voor gebruik daarvan als hotel, niet rechtstreeks in zijn belang getroffen. Het door de huurder gestelde belang vloeit voort uit de contractuele relatie die hij als huurder met de eigenaar van het pand heeft en betreft derhalve een afgeleid belang.⁵¹

Belang van de aanvrager van bouwvergunning die geen eigenaar is

De omstandigheid dat een aanvrager van een bouwvergunning geen eigenaar is van de grond waarop hij wil bouwen, betekent nog niet dat hij niet als belanghebbende bij de beslissing op de door hem ingediende aanvraag kan worden aangemerkt. De Woningwet stelt niet de eis dat degene aan wie de bouwvergunning wordt verleend, aanspraak kan maken op verwezenlijking van het bouwplan, noch is dat een grond voor weigering van een bouwvergunning. De aanvrager van een bouwvergunning is daarom belanghebbende bij een beslissing

op die aanvraag, tenzij aannemelijk is dat het bouwplan nimmer kan worden verwezenlijkt.⁵²

Belang bij (niet) vaststellen van een exploitatieplan als bedoeld in de Wro

Zowel tegen het vaststellen als het niet vaststellen van een exploitatieplan, als bedoeld in artikel 6.13, eerste lid, en artikel 6.18 van de Wro, kan een belanghebbende bij de Afdeling beroep instellen. Belanghebbende bij het vaststellen van een exploitatieplan is degene die een grondexploitatieovereenkomst heeft gesloten met betrek-

⁵⁰ Uitspraak van 22 juli 2009 in zaak nr. 200809460/1/H3 (NA 2009, 386). Bij de beoordeling of een huurder belanghebbende is bij het besluit op een aanvraag van de woning-eigenaar om een splitsingsvergunning, is, zoals onder meer in de uitspraak van 25 juli 2007 in zaak nr. 200608492/1 (JB 2007/170) is overwogen, eveneens bepalend in hoeverre die vergunning van invloed is op de woonsituatie. Dat is ook het geval indien het gaat om een vergunning tot onttrekking van woonruimte aan de bestemming tot bewoning. In de uitspraak van 12 januari 2005 in zaak nr. 200403468/1 (AB 2005, 265) werd de bewoner van de desbetreffende woonruimte door het besluit tot verlening van een dergelijke onttrekkingsvergunning rechtstreeks in haar belangen getroffen geacht, nu dit betrekking had op haar directe woonomgeving en gelet op de ruimtelijke gevolgen van die vergunningverlening.

⁵¹ Uitspraak van 10 juni 2009 in zaak nr. 200806873/1 (JB 2009/173).

⁵² Uitspraak van 28 oktober 2009 in zaak nr. 200900139/1/H1 (MS 2009, 568). In dezelfde zin de uitspraak van eveneens 28 oktober 2009 in zaak nr. 200807965/1/H1 (JB 2010/2).

king tot de in het desbetreffende besluit opgenomen gronden, die eigenaar is van die gronden of anderszins belangen heeft die rechtstreeks betrokken zijn bij de vaststelling van een exploitatieplan. Degene die belanghebbende zou zijn bij de vaststelling van een exploitatieplan, is dat ook indien voor dezelfde gronden geen exploitatieplan is vastgesteld.⁵³

Belang van een partij bij een planschadeovereenkomst

In een planschadezaak heeft de Afdeling een hiaat in de rechtsbescherming gedicht door degene die na inwerkingtreding van artikel 49a van de Wet op de Ruimtelijke Ordening een planschadeovereenkomst heeft gesloten met het college van burgemeester en wethouders en niet met de gemeenteraad, aan te merken als belanghebbende bij een besluit op een planschadeverzoek waarop de gemeenteraad dient te beslissen.⁵⁴

Verwevenheid van belangen van enig aandeelhouder/ bestuurder van een besloten vennootschap met die van de vennootschap

De belangen van de enig aandeelhouder en enig bestuurder van een besloten vennootschap kunnen zo verweven zijn en zo parallel lopen met die van de vennootschap, dat niet alleen de vennootschap maar ook de enig aandeelhouder en enig bestuurder als belanghebbende bij het betrokken besluit kan worden aangemerkt. Dat is niet het geval indien een dergelijke verwevenheid en een dergelijk parallel lopen van belangen ontbreekt.⁵⁵

Belang van bestuursorgaan

Bij de toewijzing door het Commissariaat voor de Media van zendtijd aan een lokale omroep is de gemeenteraad belanghebbende, indien de gemeenteraad lokale omroepen pleegt te financieren uit gemeentelijke middelen. De besluitvorming over de besteding van die middelen is opgedragen aan de raad. Dit volgt onder meer uit de bepalingen van de Gemeentewet en uit de bevoegdheid van de raad de hoogte van de toe te kennen subsidie voor de omroepinstelling vast te stellen. Aan die taak ontleent de raad een belang dat rechtstreeks is betrokken bij de keuze van de lokale omroepinstelling.⁵⁶

De omstandigheid dat de gemeenteraad bevoegd is met het oog op de bescherming van het milieu een milieubeleidsplan op te stellen, maakt de raad niet tot belanghebbende bij een besluit van het college van gedeputeerde staten tot het verlenen van een ontheffing van een stortverbod voor bepaalde categorieën afval-

⁵³ Uitspraak van 2 december 2009 in zaak nr. 200901438/1/R3 (AB 2010, 2; JM 2010/12; MS 2009, 641).

⁵⁴ Uitspraak van 4 november 2009 in zaak nr. 200901313/1/H2 (MS 2009, 570).

⁵⁵ Uitspraak van 22 april 2009 in zaak nr. 200803148/1. Zie ook de uitspraken van 19 augustus 2009 in zaak nr. 200807980/1/H1 (JB 2009/215; NA 2009, 427) en 4 november 2009 in zaak nr. 200900795/1/H1.

⁵⁶ Uitspraak van 18 februari 2009 in zaak nr. 200803742/1 (AB 2009, 301; JB 2009/93; NA 2009, 76).

stoffen. Het college van burgemeester en wethouders is wel belanghebbende bij dat besluit.⁵⁷

Het college van burgemeester en wethouders was ook belanghebbende bij een besluit tot verlening van een milieuvergunning voor een inrichting voor onder meer het op- en overslaan en bewerken/recyclen van afvalstoffen. Het belang van de bescherming van het milieu kan als een aan het college toevertrouwd belang worden aangemerkt.⁵⁸

3.2 *Procesbelang*

De omstandigheid dat de aanvrager van een vergunning het werk waarvoor die vergunning is gevraagd, niet meer wil uitvoeren, betekent niet zonder meer dat hij geen belang meer heeft bij een beoordeling van het besluit op bezwaar. Indien de aanvrager stelt dat het primaire besluit onrechtmatig is en dat hij door dat besluit schade heeft geleden, is een beoordeling van het in het besluit op bezwaar ingenomen standpunt dat de vergunning ook ten tijde van het primaire besluit rechtmatig kon worden geweigerd, aangewezen. Indien dat standpunt onjuist zou zijn, zou het voor schadevergoeding vereiste oorzakelijk verband tussen het primaire besluit en de gestelde schade in beginsel aanwezig zijn. Onder die omstandigheden heeft de aanvrager belang bij een oordeel over het besluit op bezwaar.⁵⁹

Een zaak waarin het bestuursorgaan uitsluitend opkwam tegen de door de rechtbank te zijnen laste uitgesproken veroordeling in de proceskosten, gaf de Afdeling aanlei-

ding tot het formuleren van het algemene uitgangspunt dat een bestuursorgaan onvoldoende belang heeft bij het instellen van hoger beroep, indien het belang uitsluitend nog bestaat uit het ongedaan maken, dan wel het in hoogte doen aanpassen, van een door de rechtbank ten laste van dat orgaan uitgesproken proceskostenveroordeling ten aanzien van de kosten van beroep, bezwaar of administratief beroep of uit het ongedaan maken van een last tot betaling van griffierecht. In aanmerking genomen dat het hierbij slechts om relatief geringe bedragen gaat, kan gezegd worden dat die tot het procesrisico van het bestuursorgaan behoren. Het wel aannemen van belang zou het uitgangspunt dat de bestuursrechter alleen tot het beantwoorden van rechtsvragen is geroepen in een geschil met betrekking tot een besluit en niet tot beantwoording van al dan niet principiële vragen is gehouden, indien een zodanig geschil niet langer bestaat, ondergraven.⁶⁰

Een bestuursorgaan heeft evenmin belang bij een door hem ingesteld hoger beroep, indien weliswaar het door

⁵⁷ Uitspraak van 11 februari 2009 in de zaak met de nummers 200800018/1 en 200800019/1.

⁵⁸ Uitspraak van 1 april 2009 in zaak nr. 200803160/1/M1. In dezelfde zin de uitspraak van 10 juni 2009 in zaak nr. 200804836/1/M1.

⁵⁹ Uitspraak van 17 juni 2009 in zaak nr. 200804376/1/H2 (AB 2009, 263; JB 2009/175).

⁶⁰ Uitspraak van 15 april 2009 in zaak nr. 200804988/1 (AB 2009, 163; JB 2009/141; NA 2009, 184). In dezelfde zin de uitspraak van 15 juli 2009 in zaak nr. 200807174/1/H3.

hem genomen besluit door de rechtbank is vernietigd, maar de rechtbank de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand heeft gelaten.⁶¹

4 Vertegenwoordiging

Indien de gemeente als rechtspersoon belanghebbende is in een geschil, is het college van burgemeester en wethouders bevoegd te besluiten tot het instellen van beroep. Dit volgt uit artikel 160, eerste lid, aanhef en onder f, van de Gemeentewet. Ingevolge deze bepaling is het college bevoegd om namens de gemeente rechtsgedingen te voeren.⁶²

In een geval waarin werd opgekomen tegen de afwijzing van een aanvraag om gesubsidieerde rechtsbijstand, werd aangenomen dat, gelet op de inhoud van het bezwaar, de raadsman dit (mede) namens zijn cliënt had ingediend. De Afdeling voegde daaraan toe dat, voor zover daarover twijfel kon bestaan, het op de weg van de Raad voor de Rechtsbijstand had gelegen bij de raadsman na te gaan of deze beoogde op eigen naam dan wel (mede) namens zijn cliënt bezwaar te maken.⁶³ Met deze uitspraak is de strenge lijn uit eerdere uitspraken versoepeld.

5 Omvang van het geding

Een zorgvuldig en doelmatig gebruik van procesmiddelen en het belang van de rechtszekerheid van de andere partij omtrent hetgeen nog in geschil is, staan eraan in de weg dat ter zitting van de rechtbank ingetrokken beroeps-

gronden in beroep tegen een naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank genomen besluit dat in hoger beroep aan de orde is, opnieuw worden aangevoerd en worden beoordeeld. Deze beroepsgronden blijven derhalve buiten beschouwing.⁶⁴

6 Artikel 2:4, eerste lid, Awb

In de enkele omstandigheid dat iemand ten tijde van de besluitvorming zowel voorzitter van de landinrichtingscommissie was als vice-dijkgraaf van het hoogheemraadschap, werd door de Afdeling geen reden gezien om aan te nemen dat het besluit waarbij het college van dijkgraaf en hoogheemraden van het hoogheemraadschap aan de landinrichtingscommissie een ontheffing heeft verleend, in strijd met het bepaalde in artikel 2:4, eerste lid, van de Awb is genomen. Anders dan was betoogd, is het besluit niet door de vice-dijkgraaf alleen genomen, maar door het college als geheel. Bovendien lag aan het besluit een advies van de Adviescommissie bezwaren ten grondslag dat in het besluit op bezwaar geheel is overgenomen. Aldus is niet aannemelijk dat sprake was van belangenverstrengeling.⁶⁵

⁶¹ Uitspraak van 14 januari 2009 in zaak nr. 200803416/1.

⁶² Uitspraak van 22 juli 2009 in zaak nr. 200808221/1/H2 (AB 2009, 196; JB 2009/196).

⁶³ Uitspraak van 23 september 2009 in zaak nr. 200902449/1/H2.

⁶⁴ Uitspraak van 25 februari 2009 in zaak nr. 200802822/1.

⁶⁵ Uitspraak van 9 december 2009 in zaak nr. 200902369/1/H2.

7 Toepassing van artikel 4:5 Awb

De zorgvuldigheid gebiedt dat de aanvrager die in de gelegenheid wordt gesteld zijn onvolledige aanvraag binnen een daartoe gestelde termijn aan te vullen, er uitdrukkelijk op wordt gewezen dat hij er rekening mee moet houden dat zijn aanvraag buiten behandeling wordt gesteld als de aanvraag niet binnen die termijn wordt aangevuld.⁶⁶

8 Toepassing van artikel 4:6 Awb

De omstandigheid dat de nieuwe aanvraag is ingediend door een ander dan degene die de oorspronkelijke aanvraag heeft ingediend, betekent op zich nog niet dat sprake is van een nieuw gebleken feit of omstandigheid in de zin van artikel 4:6 van de Awb. Indien nauwe banden bestaan tussen de eerste en de tweede aanvrager en de beide aanvragen dezelfde strekking hebben, mag het bestuursorgaan de herhaalde aanvraag met toepassing van artikel 4:6, tweede lid, van de Awb afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere besluit.⁶⁷

In de situatie waarin tussen degene die als eigenaar van een woning elf jaar eerder om handhavend optreden heeft verzocht en de nieuwe eigenaar van die woning die een gelijk verzoek heeft gedaan, de enige relatie de overdracht van de woning is, kan de laatste aanvraag niet als een herhaalde aanvraag als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb worden aangemerkt.⁶⁸

Indien na een eerdere afwijzing opnieuw wordt verzocht om intrekking van een onherroepelijk dwangsbesluit, dient de verzoeker aan zijn verzoek nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden ten grondslag te leggen die voor het bestuursorgaan aanleiding konden zijn voor heroverweging van dat besluit. Dat er geen geldige grondslag is voor het dwangsbesluit en dat dit besluit nooit door een rechter is getoetst, betreft niet een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid. Datzelfde geldt voor het betoog dat de dwangsom oneigenlijk wordt gebruikt en uitsluitend in stand wordt gehouden teneinde het bedrijf van verzoeker financieel te ruïneren.⁶⁹

Bewijsstukken die voor het nemen van het besluit op de eerste aanvraag hadden kunnen en dus behoorden te worden overgelegd, zijn niet aan te merken als nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb. Bij gebreke van dergelijke omstandigheden, waaronder begrepen een

66 Uitspraak van 29 januari 2009 in zaak nr. 200803493/1 (AB 2009, 293; JB 2009/78; JV 2009/129). In dezelfde zin de uitspraak van 14 april 2009 in zaak nr. 200900472/1/V2 (JV 2009/236).

67 Uitspraak van 4 maart 2009 in zaak nr. 200803849/1. In dezelfde zin de uitspraak van 11 november 2009 in zaak nr. 200902732/1/H1.

68 Uitspraak van 24 juni 2009 in zaak nr. 200808103/1 (JB 2009/179).

69 Uitspraak van 15 juli 2009 in zaak nr. 200900732/1/H1.

relevante wijziging van het recht, is er geen plaats voor rechterlijke toetsing van het besluit op de nieuwe aanvraag.⁷⁰

Het uitgangspunt dat, indien na een eerder afwijzend besluit een besluit van gelijke strekking wordt genomen, door het instellen van beroep tegen het laatste besluit niet kan worden bereikt dat de bestuursrechter dat besluit toetst, als ware het een eerste afwijzing, geldt evenzeer, indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit dat verband houdt met een verblijfsrecht waarvan het bestaan, naar de desbetreffende vreemdeling stelt, niet afhankelijk is van enig genomen besluit, doch rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht.⁷¹

9 Artikelen 6:18 en 6:19 Awb

De artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb kunnen in beginsel geen toepassing vinden, indien het nader genomen besluit afkomstig is van een ander bestuursorgaan dan het orgaan dat het besluit heeft genomen waartegen beroep is gesteld. Een uitzondering op deze regel werd gemaakt in een situatie waarin het college van burgemeester en wethouders had beslist op het bezwaar tegen een door de burgemeester verleende vergunning, het college dat besluit nadien heeft ingetrokken en de burgemeester als het bevoegde orgaan alsnog op het bezwaar heeft beslist. De Afdeling overwoog dat de in de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb gegeven regeling strekt tot bevordering van doelmatige besluitvormings- en rechtsbeschermingsprocedures.

Nu de burgemeester in dit geval met zijn besluit heeft beoogd een bevoegdheidsgebrek aan het eerdere besluit van het college te herstellen, zijn besluit inhoudelijk gelijk is aan dat van het college, de burgemeester en het college tot dezelfde rechtspersoon behoren en tussen hen geen verschil van mening bestaat over de bevoegdheid van de burgemeester om op het bezwaar te beslissen, brengt een redelijke uitleg van de artikelen 6:18 en 6:19 van de Awb met zich dat het beroep tegen het besluit van het college geacht moet worden mede te zijn gericht tegen het besluit van de burgemeester.⁷²

⁷⁰ Uitspraak van 24 juni 2009 in zaak nr. 200808453/1.

In dezelfde zin de uitspraken van 26 augustus 2009 in zaak nr. 200807447/1/H1 en 18 november 2009 in zaak nr. 200903197/1/H1.

⁷¹ Uitspraak van 12 maart 2009 in zaak nr. 200804660/1 (AB 2009, 207; JB 2009/113; JV 2009/200). De Afdeling verwees daartoe naar de jurisprudentiële lijn die door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is ingezet met het arrest van 13 januari 2004 in zaak nr. C-453/00 (Kühne & Heitz NV tegen het Productschap voor Pluimvee en Eieren; AB 2004, 58). Deze lijn is nadien voortgezet en uitgewerkt in onder meer het arrest van 16 maart 2006 in zaak nr. C-234/04 (Kapferer tegen Schlank & Schick GmbH; AB 2006, 191) en het arrest van 12 februari 2008 in zaak nr. C-2/06 (Kempter KG tegen Hauptzollamt Hamburg-Jonas; AB 2008, 100).

⁷² Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200802922/1 (AB 2009, 61 en 130; JB 2009/75; Gst. 2009, 56; NA 2009, 44).

10 Artikel 7:11 Awb

Artikel 7:11 van de Awb verzet zich er niet tegen dat een immateriële schadepost die eerst hangende bezwaar tegen een besluit tot afwijzing van een verzoek om schadevergoeding wordt gesteld, bij de beslissing op dat bezwaar wordt betrokken. Het belang van een doelmatige besluitvorming op het verzoek om vergoeding van immateriële schade binnen een redelijke termijn is daarbij gebaat.⁷³

11 Finale geschilbeslechting

Bij vernietiging van een besluit onderzoekt de Afdeling steeds de mogelijkheid of de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand kunnen worden gelaten dan wel zelf in de zaak kan worden voorzien.

De Afdeling gaat ervan uit dat ook de rechtbank, ingeval zij een besluit vernietigt, de mogelijkheden van finale beslechting van het geschil onderzoekt. Voor het in stand laten van de rechtsgevolgen is niet vereist dat nog slechts één beslissing mogelijk is. Bij vernietiging van een besluit omdat dit onvoldoende is gemotiveerd, kan het uit een oogpunt van proceseconomie aangewezen zijn de rechtsgevolgen in stand te laten, indien het bestuursorgaan vasthoudt aan zijn besluit, het besluit alsnog van een voldoende motivering heeft voorzien en de andere partij zich daarover in voldoende mate heeft kunnen uitlaten. Daarbij is beslissend of de inhoud van het vernietigde besluit na de kenbaar gemaakte motivering de rechterlijke toets kan doorstaan.⁷⁴

Als de rechtbank heeft volstaan met een vernietiging van het bestreden besluit, kan de Afdeling alsnog zelf het geschil finaal beslechten.⁷⁵

12 Handhaving

Een bepaling van de APV geeft het college van burgemeester en wethouders slechts de bevoegdheid tot handhavend optreden jegens rechthebbenden op een weg wegens door hen aangebrachte obstakels, indien daarmee het stelsel van de Wegenwet en de daarin vervatte waarborgen voor de rechthebbenden niet worden doorkruist. Uit dit stelsel volgt dat rechthebbenden op een weg hierover slechts alle verkeer, behoudens de beperkingen als bedoeld in artikel 6 van de Wegenwet, hebben te dulden, als de weg openbaar is in de zin van artikel 4 van die wet. Voor zover de toepassing van een bepaling van de APV – omdat het begrip 'weg' daarin is gedefinieerd als 'weg' in de zin van de Wegenverkeerswet 1994 – er toe zou leiden dat de rechthebbende op de weg ook openbaar verkeer zou dienen toe te laten dat buiten de reikwijdte van zijn duldplicht ingevolge de

⁷³ Uitspraak van 18 november 2009 in zaak nr. 200809275/1/H2 (NA 2009, 593).

⁷⁴ Uitspraak van 12 augustus 2009 in zaak nr. 200900278/1/H2 (AB 2009, 368; NA 2009, 415). In dezelfde zin de uitspraak van 9 september 2009 in zaak nr. 200809194/1/H2.

⁷⁵ Uitspraak van 20 mei 2009 in zaak nr. 200807325/1 (JV 2009/290). In deze zaak herriep de Afdeling alsnog het primaire besluit omdat ten onrechte een boete was opgelegd.

Wegenwet valt, dient die toepassing wegens strijdigheid met de Wegenwet achterwege te blijven.⁷⁶

Een verzoek om handhavend op te treden tegen een stallinggarage die een ambassade zonder bouwvergunning had opgericht en niet van zijn achterterrein wilde verwijderen, had geen succes. De stallinggarage is op grond van artikel 22, derde lid, van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer gevrijwaard van executoriale maatregelen, zodat het college van burgemeester en wethouders geen bestuursdwang kan toepassen of een verbeurde dwangsom kan innen. In deze situatie mocht het college afzien van handhavend optreden.⁷⁷

De eigenaar met wiens toestemming op zijn perceel een bouwwerk is geplaatst, kan als overtreder van het in artikel 40 van de Woningwet vervatte bouwverbod worden aangemerkt en dus kan aan hem een last onder dwangsom worden opgelegd. Dat de eigenaar, om aan de last te kunnen voldoen, gedwongen zou zijn bij de burgerlijke rechter toestemming te vragen om het bouwwerk tegen de wil van de gebruiker van het perceel daarvan te verwijderen, maakt dat niet anders.⁷⁸

Van een professionele verhuurder mag worden gevergd dat hij zich tot op zekere hoogte informeert over het gebruik van de woningen die hij verhuurt. Het dagelijks bestuur van de betrokken deelgemeente had zich daarom niet ten onrechte op het standpunt gesteld, dat de verhuurder als overtreder is aan te merken door de betrokken woning te laten gebruiken in strijd met de

ter plaatse geldende bestemming. Hiertoe werd in aanmerking genomen dat de verhuurder niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij niet heeft kunnen weten dat de woning als hennepkwekerij werd gebruikt. De Afdeling zag geen grond voor het oordeel dat de deelgemeente de kosten zou moeten dragen die verbonden zijn aan de toepassing van bestuursdwang, nu de verhuurder ervoor heeft gekozen de woning aan de bewuste huurder te verhuren en het niet onredelijk is hem de gevolgen van die keuze te laten dragen. Het door de verhuurder gedane beroep op een eerdere uitspraak van de Afdeling⁷⁹ werd verworpen, omdat het in die zaak geen professionele verhuurder betrof. Bovendien had de aangeschrevene in die zaak de woning in de periode dat zij deze had onderverhuurd, verschillende keren van buiten geïnspecteerd en daarbij geen aanwijzingen voor een hennepkwekerij waargenomen.⁸⁰

Belanghebbenden bij een handhavingsbesluit kunnen in de door hen daartegen gevoerde procedure alle

⁷⁶ Uitspraken van 1 juli 2009 in zaak nr. 200806520/1/H3 (Gst. 2009, 86; MS 2009, 337) en zaak nr. 200808278/1/H3 (JB 2009/180). In dezelfde zin de uitspraak van 29 juli 2009 in zaak nr. 200806901/1/H3 (JB 2009/198).

⁷⁷ Uitspraak van 4 maart 2009 in zaak nr. 200804981/1 (JB 2000/100).

⁷⁸ Uitspraak van 5 augustus 2009 in zaak nr. 200808093/1.

⁷⁹ Uitspraak van 25 juni 2008 in zaak nr. 200707082/1 (JB 2008/180; Gst. 2008, 96; MS 2008, 151).

⁸⁰ Uitspraak van 12 augustus 2009 in zaak nr. 200808097/1 (MS 2009, 423).

argumenten aanvoeren die kunnen leiden tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van die besluiten. Daarbij kunnen zij de rechtmatigheid van binnentredingen in die procedure aan de orde stellen, indien de aan hen opgelegde lasten onder dwangsom zijn gebaseerd op bevindingen van het onderzoek dat is verricht bij die binnentredingen.⁸¹

Naast de vennoten van een vennootschap onder firma kan ook de vennootschap zelf overtreder van een bestuursrechtelijk voorschrift zijn en derhalve voorwerp van een besluit tot toepassing van bestuursdwang. Dit volgt thans uit het met ingang van 1 juli 2009 ingevoerde artikel 5:1, derde lid, van de Awb.⁸²

Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en dus doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft aan en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen. Het bewaken van de consistentie van het eigen optreden is bij uitstek de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur. Dat betekent dat het college van burgemeester en wethouders, indien een aangeschrevene zich beroept op in zijn ogen vergelijkbare gevallen waarin niet wordt opgetreden en die gevallen heeft toegelicht, aannemelijk behoort te maken dat deze gevallen niet gelijk of rechtens vergelijkbaar zijn. Gaat het college onvoldoende op die gevallen in, dan ontbeert zijn besluit een deugdelijke motivering.⁸³

13 Punitieve sancties

In een geval waarin een boete was opgelegd aan een inmiddels ontbonden vennootschap, rees de vraag of op de vennootschap waaraan alle activa en passiva inclusief de opgelegde boete waren overgedragen, de hoedanigheid van belanghebbende is overgegaan. De Afdeling beantwoordde die vraag bevestigend, nu de vennootschap waarop de rechten en verplichtingen waren overgegaan, de boete heeft betaald en de voormalige vennoten van de ontbonden vennootschap daardoor niet meer tot betaling ervan kunnen worden aangesproken. Zij verwees hierbij naar haar vaste jurisprudentie⁸⁴ dat bij rechtsopvolging onder bijzondere titel de procedure door de rechtverkrijgende moet kunnen worden voortgezet om te voorkomen dat, na de rechtsopvolging, geen rechtsbescherming kan worden verkregen op de grond dat het belang daarbij aan de zijde van de vervreemder en aanlegger van het geding is vervallen.⁸⁵

⁸¹ Uitspraak van 29 juli 2009 in zaak nr. 200900107/1/H3. Uit de uitspraak van 9 juli 2008 in zaak nr. 200708551/1 (JB 2008/187) kan niet het tegendeel worden opgemaakt.

⁸² Uitspraak van 7 oktober 2009 in zaak nr. 200901124/1/H3 (MS 2009, 514).

⁸³ Uitspraak van 11 februari 2009 in zaak nr. 200802789/1. In dezelfde zin de uitspraken van 11 maart 2009 in zaak nr. 200803658/1 (JB 2009/112) en 10 juni 2009 in zaak nr. 200807603/1.

⁸⁴ Vergelijk de uitspraak van 20 augustus 1998 in zaak nr. H01.97.0326 (JB 1998, 207).

⁸⁵ Uitspraak van 7 oktober 2009 in zaak nr. 200900198/1/H3 (JB 2009/250; NA 2009, 518).

Ingevolge de artikelen 5:17 en 5:20 van de Awb is een ieder verplicht medewerking te verlenen aan de vordering van een toezichthouder tot inzage van zakelijke gegevens en bescheiden. Uit deze artikelen blijkt niet van een beperking van de kring van personen tot wie een vordering tot medewerking kan worden gericht. De reikwijdte van deze bepalingen wordt evenwel begrensd door het in artikel 5:13 van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel brengt in ieder geval met zich, dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend jegens de personen die betrokken zijn bij activiteiten waarop moet worden toegezien ingevolge de wettelijke regeling op grond waarvan de toezichthouder met toezicht is belast. Als vreemdelingen betrokken zijn bij activiteiten waarop ingevolge de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) moet worden toegezien, kan de in artikel 5:17 van de Awb neergelegde toezichtsbevoegdheid ook jegens die vreemdelingen worden uitgeoefend.⁸⁶

Blijkens de memorie van toelichting bij de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Volgens de memorie van antwoord is iedereen die een ander in het kader van een ambt, beroep of bedrijf arbeid laat verrichten werkgever. Als de arbeid door de vreemdeling zelf voor eigen rekening en risico wordt verricht en het product vervolgens openbaar ter verkoop wordt aange-

boden, is er geen vergunningplichtige werkgever aan te wijzen (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2). Tegen deze achtergrond werd een vreemdeling die een van de vennoten was die de samenwerking in de vorm van een vennootschap onder firma zijn aangegaan, in zijn verhouding tot de vennootschap niet aangemerkt als 'een ander' in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav. Dit betekende dat de vennootschap in dit geval niet kon worden aangemerkt als werkgever, zodat zij het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Wav niet heeft overtreden. Dat een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid voor de beboetbaarheid ingevolge artikel 18a, derde lid, aanhef en onder 1°, van de Wav gelijk wordt gesteld met een rechtspersoon, maakte dat niet anders. Deze gelijkstelling is voor de reikwijdte van het in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wav omschreven begrip 'werkgever' niet van betekenis.⁸⁷

Bij ééndaadse samenloop, een begrip dat niet alleen in het strafrecht maar ook in het bestuursrecht van betekenis is, is het opleggen van meer dan één boete niet uitgesloten. Het opleggen van boetes voor verschillende overtredingen die hun grondslag vinden in van elkaar te onderscheiden gedragingen, levert geen strijd op met het evenredigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.⁸⁸

⁸⁶ Uitspraak van 11 november 2009 in zaak nr. 200809044/1/V6 (NA 2009, 624).

⁸⁷ Uitspraak van 9 december 2009 in zaak nr. 200902645/1/V6 (MS 2009, 646).

⁸⁸ Uitspraak van 25 maart 2009 in zaak nr. 200802719/1 (AB 2009, 165; MS 2009, 154).

De punitieve aard van een boete brengt met zich dat gronden die niet in de procedure bij de rechtbank zijn aangevoerd en zien op de bevoegdheid om een boete op te leggen, in hoger beroep niet buiten beschouwing worden gelaten.⁸⁹

14 Toetsing

14.1 Toetsing van regelgeving

Met de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren, in samenhang met de daarop gebaseerde uitvoeringsvoorschriften, is beoogd het dierenwelzijn uitputtend te regelen. Om die reden werd geoordeeld dat een bepaling van een gemeentelijke verordening, op grond waarvan een evenementenvergunning in het belang van het welzijn van dieren kon worden geweigerd, zich niet verdroeg met die wet. De weigering op grond van die bepaling om vergunning te verlenen voor het houden van een circus kon daarom geen stand houden.⁹⁰

De Tegemoetkomingsregeling oogstschade 2002 is een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin. De regeling bevat geen voorschrift op grond waarvan de minister bevoegd is af te wijken van hetgeen in de regeling is bepaald. Niettemin kan de rechter tot het oordeel komen dat de minister gehouden is een daarin opgenomen voorschrift buiten toepassing te laten, indien toepassing in een bijzonder geval kennelijk onredelijk is.⁹¹

Artikel 4.14 van de bouwverordening van de gemeente Blaricum⁹² verbiedt een vergund bouwwerk in gebruik te geven of te nemen indien er niet is gebouwd overeenkomstig de bouwvergunning. Dit verbod is zo algemeen geformuleerd, dat het niet alleen betrekking heeft op de onderwerpen die ingevolge artikel 8 van de Woningwet in de bouwverordening kunnen worden geregeld, doch ook op gebruik in planologische zin. Het verbod van artikel 4.14 van de bouwverordening dient daarom, voor zover het een ruimere strekking heeft dan de onderwerpen die krachtens de Woningwet kunnen worden geregeld, wegens strijd met deze wet buiten toepassing te blijven.⁹³

14.2 Toetsing van beleidsregels

Artikel 4:84 van de Awb staat er niet aan in de weg dat beleidsregels voorzien in een zelfstandige mogelijkheid om van de in die regels gestelde voorwaarden af te wijken. De in dat artikel opgenomen zogeheten inherente afwijkingsbevoegdheid ziet op bijzondere gevallen die

⁸⁹ Uitspraak van 30 september 2009 in zaak nr. 200809100/1/V6 (JB 2009/234).

⁹⁰ Uitspraak van 26 augustus 2009 in zaak nr. 200808846/1/H3 (2009 JB 2009/219; MS 2009, 447).

⁹¹ Uitspraak van 21 oktober 2009 in zaak nr. 200809061/1/H2 (MS 2009, 549).

⁹² Artikel 4.14 van de Blaricumse bouwverordening komt overeen met de dienovereenkomstige bepaling van de modelbouwverordening.

⁹³ Uitspraak van 23 december 2009 in zaak nr. 200901765/1/H1.

niet zijn voorzien en waarvoor de beleidsregels zelf geen ruimte bieden daarmee rekening te houden.⁹⁴

In een als streekplan⁹⁵ aan te merken omgevingsplan kan worden bepaald in hoeverre gedeputeerde staten het plan moeten uitwerken volgens bij het plan aan te geven regels en in hoeverre zij binnen bij het plan te bepalen grenzen van het plan mogen afwijken. Deze regeling zet artikel 4:84 Awb opzij. De ruimte die gedeputeerde staten hebben om af te wijken van het streekplan wordt bepaald door de bij dat plan gegeven regels.⁹⁶

De autoriteit die een verzoek doet als bedoeld in artikel 25, eerste lid, van de Paspoortwet tot weigering van een reisdocument, moet worden aangemerkt als de autoriteit bij wie de gronden tot weigering van afgifte van een reisdocument bestaan. Is die autoriteit de burgemeester, dan moet de burgemeester de aanvrager de mogelijkheid geven met hem krachtens artikel 44, vierde lid, van de Paspoortwet in overleg te treden. De minister is slechts die autoriteit, indien hij zelf een verzoek als bedoeld in artikel 25, eerste lid, van de Paspoortwet doet. Voor zover in de Circulaire misbruik met reisdocumenten (Stcrt. 2007, nr. 138) is bepaald dat de minister bij elk verzoek die autoriteit wordt, is deze op dat punt niet in overeenstemming met de wet en moest deze daarom buiten toepassing blijven.⁹⁷

14.3 Toetsing van een algemeenverbindendverklaring van een cao

Een besluit tot algemeenverbindendverklaring van een

cao is op één lijn te stellen met de in artikel 8:2, aanhef en onder b en c, van de Awb genoemde besluiten. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat in het kader van een beroep gericht tegen de afwijzing van een verzoek om dispensatie van een cao, exceptieve toetsing van het besluit tot algemeenverbindendverklaring mogelijk is.⁹⁸

14.4 Terughoudende toetsing in onderwijszaken

Bij de beoordeling van een beroep tegen een besluit van een examiner, inhoudende een beoordeling van een door een student afgelegd tentamen, dient het college van beroep voor de examens van de betrokken universiteit te toetsen of het besluit in strijd is met enig algemeen verbindend voorschrift of in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur. Ook moet het college toetsen of de examiner bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. De toetsing door de bestuursrechter van een besluit van het college van beroep kan slechts een beperkte zijn. Ingevolge artikel 8:4, aanhef en onder e, van de Awb kan immers geen beroep bij de bestuursrechter worden ingesteld tegen besluiten, die een beoordeling inhouden van het kennen

⁹⁴ Uitspraak van 18 februari 2009 in zaak nr. 200803916/1 (JB 2009/94; Gst. 2009, 58).

⁹⁵ Gedoeld wordt hier op een streekplan als bedoeld in artikel 4a, achtste lid, van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.

⁹⁶ Uitspraak van 23 december 2009 in zaak nr. 200901847/1/H1.

⁹⁷ Uitspraak van 9 december 2009 in zaak nr. 200903023/1/H3.

⁹⁸ Uitspraak van 18 november 2009 in zaak nr. 200902048/1/H3 (NA 2009, 636).

en kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst. Ook kan geen beroep worden ingesteld tegen de vaststelling van opgaven, beoordelingsnormen of nadere regels voor die examinering of toetsing. Deze bepaling staat eraan in de weg, dat door het instellen van beroep tegen een in administratief beroep genomen besluit van het college een oordeel van de bestuursrechter wordt verkregen over een besluit dat als zodanig van bestuursrechtelijke rechtsbescherming is uitgezonderd. Dit betekent dat, wat betreft het aan het besluit op administratief beroep ten grondslag liggende besluit van de examinerator, door de bestuursrechter slechts kan worden beoordeeld of het college van beroep zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat aan de formele voorschriften is voldaan die bij of krachtens de Awb, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek of enige andere wet in formele zin zijn gesteld. De toetsing door de bestuursrechter kan niet rechtstreeks betrekking hebben op de inhoud van de afgelegde proeve van bekwaamheid van de student.⁹⁹

14.5 Overleggen van adviezen in hoger beroep

Vaste jurisprudentie van de Afdeling is¹⁰⁰ dat het overnemen van een welstandsadvies in de regel geen nadere toelichting behoeft, tenzij de aanvrager of een derde-belanghebbende een advies overlegt van een andere deskundig te achten persoon of instantie. Dit is slechts anders indien het advies van de welstandscmissie naar inhoud en wijze van totstandkoming zodanige gebreken vertoont dat het college dit niet – of niet

zonder meer – aan zijn oordeel over de welstand ten grondslag heeft mogen leggen.

Een advies dat een aanvrager of derde-belanghebbende eerst in hoger beroep heeft overgelegd, kan in de beoordeling van de aangevallen uitspraak worden betrokken, indien dit advies dient ter onderbouwing van de in beroep reeds naar voren gebrachte grond over de welstand. De andere partijen moeten voldoende gelegenheid hebben gehad om op het advies te reageren. De Afdeling acht niet langer grond aanwezig om ten aanzien van adviezen over welstand anders te oordelen dan ten aanzien van andersoortige adviezen in hoger beroep die in dergelijke gevallen in de beoordeling plegen te worden betrokken, als de goede procesorde zich daar niet tegen verzet.¹⁰¹

15 Subsidie

De Afdeling heeft reeds eerder overwogen dat de aard van de zogenoemde tenderprocedure zich verzet tegen het meenemen van informatie die dateert van na de sluiting van de aanvraagtermijn.¹⁰² In een dergelijke procedure worden de ingediende subsidieaanvragen gelijktijdig onderling beoordeeld en gerangschikt. Uit

⁹⁹ Uitspraak van 23 september 2009 in zaak nr. 200902052/1/H2.

¹⁰⁰ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 11 maart 2009 in de zaak met de nummers 200805204/1, 200805298/1, 200805197/1 en 200809167/1.

¹⁰¹ Uitspraak van 6 mei 2009 in zaak nr. 200904977/1 (AB 2009, 196).

¹⁰² Uitspraak van 20 december 2006 in zaak nr. 200604066/1.

de aard van het tendersysteem vloeit voort dat vóór de sluiting van de aanvraagtermijn alle voor die beoordeling en rangschikking relevante gegevens moeten zijn overgelegd en dat geen rekening kan worden gehouden met latere informatie die neerkomt op een wijziging of aanvulling van de aanvraag. Indien het voor de aanvrager duidelijk is, hoe een aanvraag met aanvullende stukken dient te worden onderbouwd, komt het niet vóór het einde van de aanvraagtermijn overleggen van die stukken voor rekening en risico van de aanvrager. Het bestuursorgaan is niet gehouden om die stukken bij de aanvrager op te vragen, aangezien dit zou leiden tot een aanvulling of wijziging van de aanvraag na de sluiting van de aanvraagtermijn, hetgeen strijd zou opleveren met de aard van de tenderprocedure.¹⁰³

Indien aan de kant van de gesubsidieerde sprake is van nalatigheid als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de op grond van het EG-Verdrag vastgestelde Coördinatieverordening, heeft dit, gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, tot gevolg dat de lidstaat moet overgaan tot terugvordering van de subsidies die in strijd met de ESF-regeling 1991 zijn verstrekt.

De periode waarvoor de subsidie was verleend, was in een aan de Afdeling voorgelegde zaak geëindigd vóór de inwerkingtreding van Verordening nr. 2988/95 op 26 december 1995. Door de communautaire wetgever was vóór de inwerkingtreding van de Verordening niet voorzien in een gemeenschapsrechtelijke verjaringsregel voor de terugvordering van onterecht verkregen

voordelen. Daarom moest worden onderzocht of de bevoegdheid van de minister om de reeds betaalde subsidiebedragen terug te vorderen naar nationaal recht op het moment dat de Verordening in werking trad reeds was verjaard. Aangezien ten tijde van de beëindiging van het project de subsidietitel uit de Awb nog niet in werking was getreden, waren de daarin opgenomen verjaringstermijnen niet van toepassing. Toegepast diende in dit geval te worden de in artikel 3:309 van het BW neergelegde verjaringstermijn van vijf jaar. Deze termijn is weliswaar langer dan de termijn die is vermeld in artikel 3, eerste lid, van Verordening, maar uit het arrest van het Hof van Justitie van 29 januari 2009 in de zaak *Vosding*, punt 47, volgt dat lidstaten langere verjaringstermijnen die op het tijdstip van de inwerkingtreding van de Verordening reeds bestonden, mogen behouden. Omdat de intrekking van de verleende subsidies dateerde van vóór het einde van de in artikel 3:309 van het BW vermelde verjaringstermijn, was de bevoegdheid om de door de gemeente ontvangen subsidies terug te vorderen niet verjaard.¹⁰⁴

¹⁰³ Uitspraak van 15 juli 2009 in zaak nr. 200807322/1/H2.

¹⁰⁴ Uitspraak van 30 december 2009 in zaak nr. 200901362/1/H2.

In zaak nr. 200901363/1/H2, waarin eveneens op 30 december 2009 uitspraak is gedaan, was sprake van een handeling die de verjaring stuitte. De bevoegdheid om de door de gemeente ontvangen subsidie terug te vorderen, was om die reden niet verjaard.

16 Schadevergoeding

16.1 Planschade

Bij de beoordeling van een verzoek om vergoeding van planschade dient een vergelijking te worden gemaakt tussen het oude en het nieuwe planologische regime. De mogelijkheid ingevolge artikel 43, eerste lid, van de Woningwet, gelezen in samenhang met hoofdstuk II van het Besluit bouwvergunningvrije en licht-bouwvergunningplichtige bouwwerken (Bblb), om vergunningvrij te bouwen, kan niet worden toegerekend aan de in artikel 49 van de WRO genoemde schadeveroorzakende besluiten. Deze mogelijkheid vloeit rechtstreeks voort uit de Woningwet en het Bblb. Het gaat hier niet om een maatregel, getroffen door de bestuursorganen waaraan is opgedragen planologische besluiten te nemen, maar om een maatregel, getroffen door een andere regelgever, te weten de Kroon. Dit brengt met zich dat bij de beoordeling van een verzoek om vergoeding van planschade die mogelijkheid niet bij de planologische vergelijking dient te worden betrokken.¹⁰⁵

16.2 Nadeelcompensatie

Of in een bepaald geval de gevolgen van een overheids-handeling buiten het normale maatschappelijke risico vallen, moet worden beantwoord met inachtneming van alle van belang zijnde omstandigheden van het geval. Relevante omstandigheden kunnen hierbij zijn de aard van de overheidshandeling en de aard en de omvang van de toegebrachte schade.

In het geval van de afsluiting van een brug voor het

gemotoriseerd verkeer voor de duur van een jaar in verband met een verhoging van de brug en onderhouds- en verbeteringswerkzaamheden, werd geoordeeld dat, gelet op de ingestelde omleidingsroute, het aangepaste busvervoer, de duur van de periode, de door belanghebbende extra gereden kilometers en daarmee samenhangende reistijd, er geen sprake is van schade die niet meer als behorend tot het normale maatschappelijke risico kan worden aangemerkt en redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Daarbij werd mede nog van belang geacht dat op één week na de brug voor (brom)fietsers en voetgangers open is gebleven.¹⁰⁶

In een geval waarin de producentenorganisatie voor de kokkelvisserij had verzocht om nadeelcompensatie in verband met de verdieping van de Westerschelde en de aanleg van een kabel, oordeelde de Afdeling in navolging van de rechtbank dat de minister van Verkeer en Waterstaat terecht een korting van 20% op de vergoeding van schade heeft toegepast wegens normaal ondernemersrisico. De vissers moesten, gelet op onder meer het bepaalde in het Scheepvaartreglement Westerschelde 1990, rekening houden met een visverbod ter plaatse en konden er niet op vertrouwen dat het voor de Westerschelde gevoerde beleid geheel zou overeenkomen met dat voor de Waddenzee.

Voorts werd geoordeeld dat de minister geen toekomstig mogelijk te lijden schade door middel van kapitalisatie

¹⁰⁵ Uitspraak van 2 september 2009 in zaak nr. 200900152/1/H2 (BR 2009, 196; MS 2009, 456).

¹⁰⁶ Uitspraak van 18 maart 2009 in zaak nr. 200805153/1.

hoefde te vergoeden. De vergunningen worden jaarlijks verleend of geweigerd, zodat met jaarlijks wisselende omstandigheden in het kokkelbestand rekening kan worden gehouden. Dat betekent dat voor vergunninghouders een onzekere factor bestaat en zij er niet van uit mogen gaan dat hun elk jaar opnieuw vergunning wordt verleend.¹⁰⁷

Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling¹⁰⁸ geldt als uitgangspunt dat het treffen van een verkeersmaatregel als een normale maatschappelijke ontwikkeling moet worden beschouwd, waarmee een ieder kan worden geconfronteerd en waarvan de nadelige gevolgen in beginsel voor rekening van de daardoor getroffen en mogen worden gelaten. Dit neemt niet weg dat zich feiten en omstandigheden kunnen voordoen waardoor een individueel belang ten gevolge van een dergelijke maatregel zodanig zwaar wordt getroffen, dat het uit die maatregel voortvloeiende nadeel redelijkerwijs niet ten laste van betrokkenen dient te blijven. Het hanteren van een percentage van 20% van het totale schadebedrag als normaal ondernemersrisico werd in een geval waarin voor de binnenstad van Dordrecht verkeersbesluiten waren genomen, niet onredelijk geacht. Een onderneming die is gevestigd in de historische binnenstad, moet rekening houden met verkeersmaatregelen waardoor de bereikbaarheid van de onderneming en de parkeergelegenheid in de onmiddellijke nabijheid van de onderneming afneemt. De omstandigheid dat geen nadeelcompensatieregeling is vastgesteld, neemt niet weg dat de gebruikelijke, op het beginsel van gelijkheid voor

de openbare lasten gebaseerde regels voor de berekening van nadeelcompensatie, van toepassing zijn.¹⁰⁹

Op 15 maart 2003 is de Westerscheldetunnel in gebruik genomen en is de autoveerdienst tussen Vlissingen en Breskens beëindigd. De vennootschap die gedurende vele decennia een exclusief recht had tot het exploiteren van de horecavoorzieningen aan boord van de veerboten op de autoveerdienst, diende daarop een verzoek in om vergoeding van de schade die zij daardoor heeft geleden. In de door de vennootschap met de provincie Zeeland gesloten exploitatieovereenkomsten was bepaald dat deze overeenkomsten zouden eindigen bij het openstellen van de Westerscheldetunnel. Hoewel lang onduidelijk is gebleven of de veerdienst na de openstelling van de tunnel zou worden opgeheven of in aangepaste vorm zou blijven bestaan, brengt dit mee dat deze schadeveroorzakende gebeurtenis voor de vennootschap redelijkerwijs voorzienbaar was vanaf de dag - 29 september 1995 - waarop de ministerraad heeft besloten dat het Rijk samen met de provincie Zeeland voor de realisering van de Westerscheldetunnel zorg zal dragen. De Afdeling oordeelde dat de minister het door de vennootschap geleden nadeel als gevolg van het in gebruik nemen van de tunnel en het beëindigen van

¹⁰⁷ Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200803297/1 (AB 2009, 410).

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 14 juli 2004 in zaak nr. 200306296/1 (AB 2005, 214).

¹⁰⁹ Uitspraak van 24 juni 2009 in zaak nr. 200807251/1/H2 (TBR 2009/173, p. 849; MS 2009, 321).

de autoveerdienst onder deze omstandigheden voor haar rekening mocht laten. Daarbij is in aanmerking genomen dat de vennootschap het exploitatierecht voor een bepaalde tijd had verkregen, dat zij steeds rekening diende te houden met de mogelijkheid dat dit recht te zijner tijd niet zou worden verlengd en dat zij aan de feitelijke duur van de exploitatie van de horecavoorzieningen op de autoveerdienst niet het in rechte te honoreren vertrouwen heeft kunnen ontleen dat zij de exploitatie tot in lengte van jaren zou kunnen voortzetten. Bovendien heeft de vennootschap sinds de beslissing van de ministerraad nog ruim zeven jaar de tijd gehad haar bedrijfsvoering aan te passen.¹¹⁰

De eigenaar van een woning die werd geconfronteerd met de komst van twee coffeeshops in zijn omgeving, waarvoor de burgemeester exploitatievergunningen had verleend, legde aan zijn daarop ingediende verzoek om nadeelcompensatie ten grondslag dat de exploitatie van die coffeeshops tot een waardedaling van zijn woning had geleid. Bij de beoordeling van dit verzoek heeft de burgemeester naar het oordeel van de Afdeling terecht een vergelijking gemaakt tussen de waarde van de woning in de oude en de nieuwe situatie. Daarbij is de burgemeester wat betreft de oude situatie terecht van een reële exploitatie van het betrokken pand als wegrestaurant uitgegaan, omdat de eigenaar de woning ten tijde van een reële exploitatie van het wegrestaurant heeft gekocht. Dat de exploitatie ongeveer een half jaar voor de overdracht van het pand is beëindigd en het wegrestaurant sindsdien geen overlast heeft veroorzaakt,

is een voordeel dat voor de vergelijking geen betekenis heeft.¹¹¹

In een geval waarin een vergoeding is toegekend voor schade aan de fundering van een woning als gevolg van peilverlagingen in de periode 1970-1990, heeft het bestuursorgaan het verzoek om schadevergoeding deels wegens verjaring afgewezen.

In de nadeelcompensatieverordening van het betrokken waterschap is geen termijn opgenomen waarbinnen een verzoek om schadevergoeding moet worden ingediend. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het bestuursorgaan daarom aansluiting mogen zoeken bij de verjaringsregeling van het Burgerlijk Wetboek en het daaraan ten grondslag liggende rechtszekerheidsbeginsel. Daaruit volgt dat het bestuursorgaan, gelet op het bepaalde in artikel 3:310, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, het verzoek in ieder geval af kon wijzen op grond van verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. De aanspraak op vergoeding van schade ten gevolge van peilverlagingen van vóór 1983 was in 2003, toen het verzoek om schadevergoeding werd ingediend, verjaard.

De Afdeling zag geen grond voor afwijking van de termijn van twintig jaar. Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 11 april 2008 in zaak C06/272HR (LJN: BC1238), kan de omstandigheid dat waterpeilverlagingen en aanpassingen van invloed

¹¹⁰ Uitspraak van 3 juni 2009 in zaak nr. 200807197/1/H2.

¹¹¹ Uitspraak van 17 juni 2009 in zaak nr. 200807381/1/H2 (JB 2009, 177).

kunnen zijn op de grondwaterstand en daarmee op houten funderingspalen, niet op één lijn worden geplaatst met de uitzonderingsgevallen van schade veroorzaakt door bodemverontreiniging die naar haar aard en gedurende lange tijd een voor een ieder verborgen karakter heeft. Verlaging van de grondwaterstand en de daardoor veroorzaakte schade was in dit geval weliswaar niet aanstonds zichtbaar, maar de verzoeker was bekend met de oorzaak van de schade en de daarvan te verwachten schadelijke gevolgen.¹¹²

17 Wet Bibob

Aan de weigering om voor de exploitatie van een prostitutiebedrijf een vergunning ingevolge de APV te verlenen en aan de intrekking van de op grond van de Drank- en Horecawet (DHW) verleende vergunning voor dat bedrijf, lagen een advies en een nader advies van het Bureau Bibob ten grondslag. Anders dan de rechtbank kwam de Afdeling tot het oordeel dat, gelet op die adviezen, de burgemeester de exploitatievergunning heeft mogen weigeren en het dagelijks bestuur van het stadsdeel de vergunning ingevolge de DHW heeft mogen intrekken. Op grond van die adviezen hebben de burgemeester en het dagelijks bestuur, aldus de Afdeling, de conclusie kunnen trekken dat sprake is van ernstig gevaar dat de vergunningen mede zullen worden gebruikt om strafbare feiten te plegen. Naar het oordeel van de Afdeling is voldoende aannemelijk dat sprake is geweest van bedreiging en mogelijke afpersing met als doel het verkrijgen van het

prostitutiebedrijf uit handen van de voormalige eigenaar. Aannemelijk is dat in dat kader strafbare feiten zijn gepleegd en dat de huidige eigenaar in relatie staat tot die strafbare feiten.

De weigering van de exploitatievergunning en de intrekking van de vergunning ingevolge de DHW vormen geen punitieve sancties. Uit het enkele feit dat de maatregelen ingrijpend zijn, vloeit niet voort dat deze daarom niettemin als 'criminal charge' moeten worden aangemerkt. De weigering en de intrekking zijn wel inmengingen in het recht van de eigenaar op het ongestoord genot van haar eigendom, te weten de uitoefening van haar bedrijf en de daarmee gepaard gaande economische belangen, aangezien dit gebruik door de weigering en de intrekking wordt beperkt. Deze inmenging is echter voorzien bij wet. Gelet op de terecht door de burgemeester en het dagelijks bestuur getrokken conclusie dat ernstig gevaar bestaat dat de vergunningen mede zullen worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, kan niet worden geoordeeld dat geen 'fair balance' bestaat tussen de belangen gediend met de besluiten van de burgemeester en het dagelijks bestuur en de nadelige gevolgen daarvan voor de eigenaar en kan evenmin worden geoordeeld dat deze besluiten slechts hadden kunnen worden genomen onder het aanbieden van financiële compensatie aan de eigenaar.¹¹³

¹¹² Uitspraak van 22 april 2009 in zaak nr. 200805473/1 (JB 2009/142; NA 2009, 202).

¹¹³ Uitspraak van 8 juli 2009 in zaak nr. 200808942/1/H3 (JB 2009/183; Gst. 2009, 105).

De officier van justitie die op de voet van artikel 26 van de Wet Bibob een bestuursorgaan wil aanbevelen het Bureau Bibob om advies te vragen, dient zijn aanbeveling te baseren op gegevens die erop duiden dat de betrokkene in relatie tot strafbare feiten staat. Uit artikel 3, vierde lid, van de Wet Bibob volgt dat een persoon niet alleen in relatie tot strafbare feiten staat indien hij deze zelf heeft begaan, maar ook indien een aan deze persoon gerelateerde andere persoon dergelijke feiten heeft begaan. Dit betekent dat de officier van justitie in zijn aanbeveling melding mocht maken van gegevens over een andere persoon dan de eigenaar van de betrokken horeca-inrichting.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen,¹¹⁴ kan informatie uit de registers van een Criminele Inlichtingen Eenheid (CIE) slechts in combinatie met andere feiten en omstandigheden die in dezelfde richting wijzen, een vermoeden opleveren voor ernstig gevaar. In het aan de orde zijnde geval hadden de burgemeester en het dagelijks bestuur van het stadsdeel naar het oordeel van de Afdeling op basis van de informatie van de CIE, gezien in samenhang met de Opiumwettelijke delicten waarvoor de aan de eigenaar gerelateerde persoon is veroordeeld, aannemelijk mogen achten dat hij zich ook nadien met handel in drugs heeft beziggehouden. De weigering van de gevraagde exploitatievergunning en vergunning krachtens de DHW hielden derhalve ook in hoger beroep stand.¹¹⁵

Ingevolge artikel 3, vijfde lid, van de Wet Bibob is vereist dat de weigering van een vergunning evenredig is met de

mate van het gevaar en de ernst van de strafbare feiten. Gelet hierop is het, op basis van het rechtsadagium 'wie het meerdere mag, mag in beginsel ook het mindere' en in het belang van vergunninghouder, mogelijk een vergunning gedeeltelijk te weigeren, dan wel voor bepaalde tijd te verlenen. Aan het besluit om aan een bedrijf voor niet langer dan drie jaar een vergunning ingevolge de Wet milieubeheer te verlenen, had het bevoegd gezag ten grondslag gelegd dat uit het advies van het Bureau Bibob naar voren komt dat een ernstige mate van gevaar bestaat dat de vergunning mede gebruikt zal worden om strafbare feiten te plegen. De Afdeling zag geen grond voor het oordeel dat twijfel behoorde te rijzen aan de bevindingen in het advies en hield het besluit in stand.¹¹⁶

18 Openbaarheid van bestuur

Documenten of elektronisch vastgelegde gegevens die betrekking hebben op ongewenste gedragingen van ambtenaren, moeten worden aangemerkt als documenten die betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de Wob. Het verzoek om afschriften daarvan te verstrekken was echter terecht afgewezen, nu de Regionale Klachtencommissie Ongewenste Omgangsvormen, bij welke commissie gegevens over ongewenste gedragingen van ambtenaren van de gemeente berusten,

¹¹⁴ Zie de uitspraak van 27 februari 2008 in zaak nr. 200705100/1 (AB 2009, 183).

¹¹⁵ Uitspraak van 17 juni 2009 in zaak nr. 200809243/1/H3.

¹¹⁶ Uitspraak van 18 februari 2009 in zaak nr. 200800255/1

(AB 2009, 214; JB 2009/109; Gst. 2009, 57; NJB 2009, 466).

geen onder verantwoordelijkheid van het college van burgemeester en wethouders werkzame instelling, dienst of bedrijf, is. De commissie brengt aan het college een rapport van bevindingen en een gemotiveerd advies uit en kan aanbevelingen doen. De commissie handelt naar eigen inzicht en het college kan de commissie daarbij geen opdrachten of aanwijzingen geven. Documenten van de commissie, voor zover het niet gaat om uitgebrachte rapporten en adviezen, berusten daarmee niet onder het college. Documenten van de interne vertrouwenspersoon zijn vertrouwelijk en berusten daarmee evenmin bij het college.¹¹⁷

Een verzoek om openbaarmaking van documenten die het Nederlands instituut voor Oorlogsdokumentatie (NIOD) heeft gebruikt bij het opstellen van het rapport "Srebrenica, een 'veilig' gebied", betrof ook VN- en NAVO-documenten. Over de openbaarmaking daarvan dient te worden beslist aan de hand van de openbaarmakingsregelingen die in internationale verdragen zijn opgenomen. Voor VN-documenten is in dat verband het VN-Immunitatenverdrag van belang. NAVO-documenten met de aanduiding 'classified' moeten op grond van het NAVO-Verdrag inzake de beveiliging van gegevens, worden geweigerd. Voor NAVO-documenten met de aanduiding 'unclassified' kent dit verdrag geen regeling inzake openbaarheid en geheimhouding. Hieromtrent zijn regels neergelegd in het vertrouwelijke NAVO-document 'the Management of non-classified NATO-information'. Van dit document kon de Afdeling geen kennis nemen, omdat degene die had verzocht om open-

baarmaking, geen toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb heeft gegeven. Het risico van deze weigering komt voor de minister van Defensie, omdat hij om beperking van de kennisneming van het NAVO-document heeft gevraagd. Nu de Afdeling niet in staat was te beoordelen of de minister zich in zoverre terecht op de regels in het vertrouwelijke NAVO-document heeft gebaseerd, kon, zo oordeelde de Afdeling, het besluit niet op die regels worden gegrond, zodat dit in zoverre diende te worden vernietigd.

Andere voor intern beraad opgestelde documenten die persoonlijke beleidsopvattingen bevatten, zijn afkomstig van een beperkte en aanwijsbare groep ambtenaren. De Afdeling achtte aannemelijk dat de informatie uit die documenten niet anders dan in tot personen te herleiden vorm openbaar kan worden gemaakt. Dit zou afbreuk doen aan het uitgangspunt dat binnen een bestuursorgaan vrijelijk van gedachten moet kunnen worden gewisseld, zonder dat de verantwoordelijke bestuurder daarop naderhand kan worden aangesproken. Dit geldt eveneens voor documenten met verslagen van vergaderingen van internationale organisaties. De minister kon de openbaarmaking daarvan en van documenten uit het archief Debriefing Srebrenica van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten ook weigeren omdat dit de betrekkingen van Nederland met de betrokken NAVO-landen of de VN zou kunnen schaden.¹¹⁸

¹¹⁷ Uitspraak van 21 januari 2009 in zaak nr. 200807348/1 (AB 2009, 94; JB 2009/73; NJB 2009, 250; TAR 2009, 99).

¹¹⁸ Uitspraak van 25 maart 2009 in zaak nr. 200704392/1 (AB 2009, 300; JB 2009/127).

Documenten inzake de Nederlandse positie ten aanzien van een eventuele aanval op Irak die zonder toestemming in het bezit van derden zijn gekomen, zijn daarmee nog niet openbaar gemaakt in de zin van de Wob. Voor zover passages uit deze documenten echter zijn geciteerd in een brief aan de Tweede Kamer, zijn zij naar hun aard openbaar en hoeven zij niet nogmaals op grond van de Wob openbaar worden gemaakt. De in de documenten opgenomen opvattingen en voorstellen van buitenlandse overheidsfunctionarissen, welke een aangelegenheid met betrekking tot het beleid van de minister van Buitenlandse Zaken betreffen, dienen als persoonlijke beleidsopvattingen in de zin van artikel 11, eerste lid, van de Wob te worden beschouwd.¹¹⁹

Ingevolge artikel 59, eerste lid, van de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid maakt de Onderzoeksraad zijn rapport openbaar. Het vijfde lid van dit artikel bepaalt dat concepten van het rapport, informatie die ten behoeve van een onderzoek door de raad is verzameld, alsmede informatie die de raad ingevolge het bij of krachtens deze wet bepaalde, gedurende het onderzoek aan anderen heeft verstrekt, niet openbaar zijn. Op grond van deze bepaling wees de minister van Justitie een verzoek om openbaarmaking van deze informatie over de brand in het cellencomplex op Schiphol Oost op 26 oktober 2005 af. De Afdeling volgde de minister in zijn opvatting dat deze bepaling een bijzondere openbaarmakingsregeling inhoudt en aan toepassing van de Wob in de weg staat.¹²⁰

In een geval waarin was verzocht om een lijst met adressen in de gemeente Amsterdam waar bodemonderzoek heeft plaatsgevonden, was de vraag aan de orde of het college van burgemeester en wethouders, met toepassing van de zogeheten hergebruikregeling uit de Wob, aan het hergebruik van de adressenlijst een aantal voorwaarden en beperkingen heeft mogen verbinden. Wil een overheidsorgaan toepassing kunnen geven aan de hergebruikregeling, dan moet aan twee voorwaarden zijn voldaan: er moet sprake zijn van een databank en het overheidsorgaan moet van die databank de producent zijn. Aan de eerste voorwaarde was voldaan, nu het college aannemelijk had gemaakt dat het een substantiële investering heeft gedaan ter verkrijging van de inhoud van de gegevensverzameling waarvan de adressenlijst deel uitmaakt. Aan de tweede voorwaarde werd echter niet voldaan. Bezien tegen de interne markt-achtergrond van de Databankenrichtlijn kon het college in dit geval niet worden aangemerkt als producent van de databank. Een aanzienlijk deel van de daarin geïnvesteerde gelden is door de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer bij wijze van subsidie ter beschikking gesteld. Geconcludeerd werd dat geen sprake was van de situatie dat het college het risico draagt van de voor de databank gedane substantiële investering, hetgeen een vereiste is om als producent in de zin van artikel 1, eerste lid, onder b, van de Databankenwet te kunnen worden aangemerkt.

¹¹⁹ Uitspraak van 27 mei 2009 in zaak nr. 200806994/1/H3 (AB 2009, 232).

¹²⁰ Uitspraak van 23 december 2009 in zaak nr. 200903080/1/H3.

De slotsom was dat het college, nu het niet kan worden aangemerkt als producent van de databank waarvan de adressenlijst deel uitmaakt, met betrekking tot de verstrekte adressenlijst ten onrechte de hergebruikregeling had toegepast.¹²¹

Overeenkomstig hetgeen is bepaald in het Verdrag van 25 juni 1998 betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden (Trb. 2001, 73) en Richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 (Pb EU 2003 L 41/26), wordt in artikel 10, vierde lid, van de Wob een onderscheid gemaakt tussen milieu-informatie die betrekking heeft op emissies in het milieu en overige milieu-informatie. Voor milieu-informatie die betrekking heeft op emissies in het milieu, geldt dat openbaarmaking niet mag worden geweigerd op grond van de vertrouwelijkheid van commerciële of industriële gegevens, terwijl op die grond openbaarmaking van overige milieu-informatie achterwege kan blijven. Dit onderscheid zou zinledig zijn, indien gegevens die ten grondslag liggen aan emissies in het milieu, ook aangemerkt zouden moeten worden als milieu-informatie die betrekking heeft op emissies in het milieu. Dit vindt bevestiging in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet EG richtlijnen eerste en tweede pijler Verdrag van Aarhus (wet van 23 juni 2005, Stb. 2005, 341). Hierin is opgemerkt dat uit het systeem van de Richtlijn moet worden afgeleid dat gegevens die ten grondslag liggen aan gegevens over emissies in het milieu, niet zelf ook

als emissiegegevens kunnen worden beschouwd.

Derhalve kunnen die onderliggende gegevens, wat de openbaarheid betreft, niet op een lijn worden gesteld met emissiegegevens (Kamerstukken II 2004/05, 29 877, nr. 3, blz. 10). Zoals ook in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet EG richtlijn handel in broeikasgasemissierechten (wet van 30 september 2004, Stb. 2004, 511) is vermeld, moet bij onderliggende gegevens in het bijzonder worden gedacht aan energiegegevens die ten grondslag liggen aan de emissiegegevens en de methoden die zijn gebruikt bij het samenstellen van het emissieverslag (Kamerstukken II 2003/04, 29 565, nr. 3, blz. 78).¹²²

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft op een door de Afdeling gestelde vraag¹²³ voor recht verklaard dat artikel 12, aanhef en onder a, van Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG L 281 van 23 november 1995, blz. 31) van de lidstaten verlangt dat zij niet alleen voor het heden, maar ook voor het verleden voorzien in een recht op toegang tot informatie over de ontvangers of de categorieën ontvangers van de gegevens en tot de inhoud van de verstrekte informatie.

¹²¹ Uitspraak van 29 april 2009 in zaak nr. 200801985/1.

¹²² Uitspraak van 28 oktober 2009 in zaak nr. 200901021/1/H3 (MS 2009, 643).

¹²³ Zie voor die vraag de uitspraak van 5 december 2007 in zaak nr. 200609339/1 (MS 2009, 618).

Een regeling waarbij informatie over de ontvangers of de categorieën ontvangers van de gegevens en over de inhoud van de verstrekte gegevens slechts één jaar wordt bewaard en de toegang tot die informatie dienovereenkomstig wordt beperkt, terwijl de basisgegevens veel langer worden bewaard, vormt geen juist evenwicht tussen het belang en de verplichting in kwestie, tenzij wordt aangetoond dat een langere bewaring van deze informatie een buitensporige last zou inhouden voor de instantie die verantwoordelijk is voor de verwerking. Omdat het bestuursorgaan niet aannemelijk had gemaakt dat een langere bewaringstermijn dan één jaar een buitensporige last inhoudt, werd de beperking van het recht op informatie over verstrekkingen van gegevens in het jaar, voorafgaande aan het verzoek, zoals voorzien in artikel 103, eerste lid, van de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens, in strijd geacht met artikel 12, aanhef en onder a, van de richtlijn.¹²⁴

Artikel 23, vierde lid, van de Gemeentewet staat eraan in de weg dat het verslag van een besloten vergadering van de gemeenteraad openbaar wordt gemaakt. Deze bepaling dient ter bescherming van de raadsleden, die juist in een besloten vergadering vrijuit moeten kunnen spreken en daarbij niet gehinderd dienen te worden door de mogelijkheid dat het verslag tegen de wil van de raad geheel of gedeeltelijk openbaar zou worden.¹²⁵

19 Grondwet

Inzet van een geschil bij de Afdeling was het koninklijk besluit, waarbij de Kroon het besluit van het college van gedeputeerde staten van Noord-Holland en de besluiten van een aantal andere bestuursorganen, waaronder de colleges van burgemeester en wethouders van negen gemeenten, tot het voeren van een rechtsgeding tegen de IJslandse bank Landsbanki, heeft vernietigd wegens strijd met het algemeen belang. De rechtspersonen waartoe bedoelde bestuursorganen behoren, hebben deposito's bij Landsbanki voor een totaalbedrag van ongeveer € 145 miljoen. Nadat Landsbanki in financiële problemen was geraakt, hebben zij, om hun vorderingen op Landsbanki te kunnen verhalen, conservatoir beslag gelegd op (mogelijke) tegoeden van Landsbanki in, onder andere, Noorwegen. Ter verkrijging van een executoriale titel hebben zij besloten een incasso-kort geding te voeren om de gelegde beslagen te kunnen uitwinnen.

De Afdeling overwoog dat indien wordt ingegrepen op de grond dat de vernietigde besluiten strijden met het algemeen belang, waarbij het spontane vernietigingsbesluit niet primair is ingegeven door bewaking van de constitutionele bevoegdheidsverdeling, maar veeleer ter verzekering van de taakverdeling in politiek opzicht en dit ingrijpen onderworpen is aan parlementair toezicht, de rechter het daartoe strekkende besluit slechts met

¹²⁴ Uitspraak van 25 november 2009 in zaak nr. 2006093339/1/H3-A.

¹²⁵ Uitspraak van 14 januari 2009 in zaak nr. 200803355/1 (JB 2009/58).

grote terughoudendheid kan toetsen. Gegeven evenwel het beroep dat tegen een dergelijk besluit op haar is opengesteld, dient de Afdeling aan deze toetsing wel inhoud te geven.

Aanwending van de bevoegdheid tot spontane vernietiging is een laatste redmiddel dat als zeer ingrijpend kan worden ervaren. Daarom mag worden gevegd dat de gronden daarvoor volledig en begrijpelijk in het vernietigingsbesluit worden uiteengezet en dat die motivering er blijk van geeft dat de relevante belangen zijn meegewogen bij het nemen van het besluit. Deze eis klemt temeer als het gaat om de vernietiging van procesbesluiten, die immers tot gevolg heeft dat de betrokken rechtspersonen door de burgerlijke rechter niet in hun vorderingen kunnen worden ontvangen wegens het ontbreken van de daarvoor benodigde machtigingen. Daardoor wordt wezenlijk afbreuk gedaan aan de rechtszekerheid van de bestuursorganen en de rechtspersonen waartoe zij behoren, ten aanzien van de daadwerkelijke beschikbaarheid van een hen door de wet geboden rechtsingang. Deze rechtszekerheid is essentieel in een democratische rechtsstaat en ligt ten grondslag aan de verdrags- en grondwetsbepalingen die zijn ingeroepen door de bestuursorganen en de rechtspersonen waartoe zij behoren.

Het vernietigingsbesluit geeft er geen blijk van dat deze consequentie in de afwegingen is betrokken. De wel in het vernietigingsbesluit neergelegde motivering is uiterst summier, onvolledig en op onderdelen niet begrijpelijk of onjuist. Door de Kroon is voorts niet uiteengezet dat het financiële belang van de Staat zodanig zwaar weegt,

dat de rechtspersonen waartoe de bestuursorganen behoren, de mogelijkheid moest worden ontzegd de door hen geëntameerde gerechtelijke procedure te volgen teneinde hun – evenzeer als algemeen belang aan te merken en relatief evenzeer zwaarwegende – financieel belang te behartigen via een voor hen ingevolge de wet openstaande rechtsgang.

De Afdeling kwam tot de conclusie dat ook bij de geboden terughoudende toetsing van het spontaan vernietigingsbesluit dat besluit niet voldoet aan de zware motiveringseisen die daaraan mochten worden gesteld.¹²⁶

De intrekking van de vergunningen voor het exploiteren van een horeca-inrichting wegens aantasting van de openbare orde werd niet in strijd geacht met het recht op vrije arbeidskeuze, als neergelegd in artikel 19, derde lid, van de Grondwet. De intrekking van de vergunningen betekent wel een inmenging in het recht van de exploitant op het ongestoord genot van zijn eigendom, als bedoeld in artikel 1 van het Protocol bij het EVRM. De intrekking was evenwel gerechtvaardigd ter bescherming van het algemeen belang. Er was geen aanleiding voor het oordeel dat geen 'fair balance' bestaat tussen de belangen gediend met de besluiten tot intrekking en de nadelige gevolgen daarvan voor de exploitant. Ook is niet gebleken dat betrokkene zonder financiële compensatie een onevenredig zware last zou dragen. Het betoog dat de besluiten tot intrekking van de vergunningen zijn gericht op bestraffing, omdat hem geen enkele

¹²⁶ Uitspraak van 22 april 2009 in zaak nr. 200809196/1 (JB 2009/144; NJB 2009, 890).

mogelijkheid is geboden om een eventueel gevaar voor de openbare orde tegen te gaan, werd verworpen. De intrekkingen zijn reparatoire sancties, gericht op de bescherming van de openbare orde en niet (mede) gericht op het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel.¹²⁷

20 EVRM/IVBPR¹²⁸

20.1 Artikel 6 EVRM

Zoals de Afdeling in een uitspraak in 2008 reeds heeft overwogen, geldt de rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van die verdragsbepaling en noopt dit beginsel er toe dat een geschil binnen een redelijke termijn tot finale vaststelling leidt.¹²⁹ Dat beginsel geldt niet alleen in procedures over de binnenkomst, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen, maar ook in andere procedures waar de toepasselijkheid van artikel 6 van het EVRM niet vaststaat. Het beginsel der rechtszekerheid geldt bijvoorbeeld ook in procedures ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur¹³⁰ en in subsidieprocedures¹³¹. Ook niet-natuurlijke personen hebben bij schending van de redelijke termijn in beginsel recht op vergoeding van immateriële schade.¹³²

De behandeling van het bezwaar en het beroep mag tezamen in beginsel niet meer dan drie jaar duren, waarbij een vertraging bij één van beide behandelingen kan worden gecompenseerd door voortvarendheid bij

de andere behandeling. Alleen indien in beroep over de duur van de procedure wordt geklaagd, is de rechtbank gehouden te toetsen of de redelijke termijn is overschreden. Indien zij ambtshalve daartoe overgaat, treedt zij buiten de grenzen van het geschil.¹³³

De behandeling van het hoger beroep mag in beginsel niet meer dan twee jaar duren. De rechtbank mag echter niet anticiperen op een mogelijke voortvarende behandeling van een eventueel tegen haar uitspraak in te stellen hoger beroep en zich evenmin vanwege de mogelijkheid van hoger beroep van een oordeel over de schending van de redelijke termijn onthouden. Indien in beroep om vergoeding van immateriële schade is verzocht vanwege overschrijding van de redelijke termijn, mag de rechtbank het niet aan het bestuursorgaan overlaten die schade te betrekken bij zijn nadere besluit-

¹²⁷ Uitspraak van 23 september 2009 in zaak nr. 200900202/1/H3.

¹²⁸ Uitspraken waarin toetsing aan bepalingen van het EVRM of het IVBPR aan de orde was, zijn elders in dit jurisprudentieoverzicht opgenomen indien plaatsing daar de voorkeur verdiende.

¹²⁹ Zie de uitspraak van 3 december 2008 in zaak nr. 200704652/1 (AB 2009, 70; JB 2009/13; JV 2009/114).

¹³⁰ Uitspraak van 20 mei 2009 in zaak nr. 200806362/1/H3 (JB 2009/167; NA 2009, 242).

¹³¹ Uitspraak van 4 maart 2009 in zaak nr. 200803215/1 (AB 2009, 236; JB 2009/82).

¹³² Zie noot 131.

¹³³ Uitspraken van 21 oktober 2009 in zaak nr. 200806899/1/V6 (MS 2009, 558) en 16 december 2009 in zaak nr. 200902234/1/V6.

vorming ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank, maar behoort ze zelf op dat verzoek te beslissen.

In hoger beroep staat vervolgens de beslissing op dat verzoek ter beoordeling.¹³⁴

Indien na de bezwaarschriftenprocedure direct beroep op de Afdeling openstaat, acht de Afdeling in beginsel een totale lengte van de procedure van ten hoogste drie jaar redelijk. Daarbij mag de behandeling van het bezwaar in beginsel ten hoogste één jaar en de behandeling van het beroep in beginsel ten hoogste twee jaar duren.¹³⁵

In een geval waarin de termijn tussen de ontvangst van het bezwaarschrift en het besluit op bezwaar twee jaar en ruim een maand bedroeg, werd de voor de bezwaarschriftenprocedure in aanmerking te nemen termijn van een jaar in ruime mate overschreden. Deze overschrijding werd gedeeltelijk gecompenseerd door de behandeling in beroep, maar niet voldoende om de voor de behandeling van het bezwaar en het beroep tezamen in aanmerking te nemen termijn van drie jaar te halen. De omstandigheden van het geval rechtvaardigden naar het oordeel van de Afdeling de te lange duur van de bezwaarschriftenprocedure niet, zodat geoordeeld werd dat de redelijke termijn in de bezwaarfase door het bestuursorgaan was geschonden.

In deze zaak was sinds de ontvangst van het hoger beroepschrift door de Centrale Raad van Beroep – die echter niet de bevoegde instantie was – ten tijde van de uitspraak van de Afdeling voorts ruim twee jaar en zeven maanden verstreken. Hieraan werd het vermoeden ontleend dat ook de redelijke termijn in hoger beroep

was geschonden. Deze schending was het gevolg van de omstandigheid dat het hoger beroepschrift eerst na bijna twee jaar aan de Afdeling was doorgezonden. Teneinde op het verzoek om schadevergoeding te kunnen beslissen, heropende de Afdeling het onderzoek en merkte daarbij, met toepassing van artikel 8:26 van de Awb, de Staat der Nederlanden (de minister van Justitie en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) aan als partij in die procedure.¹³⁶

Is een ingediende aanvraag ingewilligd, dan is er geen geschil geweest dat binnen een redelijke termijn diende te zijn beslecht. De duur van die procedure geeft in dat geval al om die reden geen grond voor vergoeding van immateriële schade.¹³⁷ Is een aanvraag bij een besluit op bezwaar alsnog ingewilligd, dan bestaat geen aanspraak op schadevergoeding indien weliswaar de behandelingsduur in de bezwaarfase te lang is geweest, maar het geschil daarna niet aan de rechter is voorgelegd. Artikel 6 en het daarin neergelegde rechtszekerheidsbeginsel hebben betrekking op beslechting van geschillen door

¹³⁴ Zie de uitspraken van 4 maart 2009 in zaak nr. 200803215/1 en 3 juni 2009 in zaak nr. 200804819/1/H2 (AB 2009, 249; JV 2009/298).

¹³⁵ Uitspraak van 1 juli 2009 in zaak nr. 200808336/1/M2 (NA 2009, 325).

¹³⁶ Uitspraak van 20 mei 2009 in zaak nr. 200806362/1/H3 (JB 2009/167; NA 2009, 242).

¹³⁷ Uitspraak van 17 juni 2009 in zaak nr. 200901365/2/H2 (JV 2009/326; NJB 2009, 1293; NA 2009, 296).

de rechter.¹³⁸ In een geval waarin sinds de ontvangst van het bezwaarschrift tot de datum van de tweede uitspraak van de rechtbank de totale duur van de procedure vijf jaar en twaalf dagen bedroeg, zodat in zoverre sprake was van overschrijding van de redelijke termijn, werd voor een vergoeding van immateriële schade wegens schending van artikel 6, eerste lid, van het EVRM geen aanleiding gevonden, nu betrokkene met terugwerkende kracht in het bezit was gesteld van een verblijfsvergunning. Daarmee was op dat moment een definitief einde gekomen aan de spanning en frustratie opleverende onzekerheid over zijn verblijfsrechtelijke status. Die onzekerheid had in totaal minder dan vijf jaar geduurd.¹³⁹ In een geval waarin sinds de ontvangst van het bezwaarschrift ten tijde van de uitspraak van de rechtbank vijf jaar en ruim acht maanden waren verstreken, achtte de Afdeling, gelet op het geringe bedrag waarom het in de procedure ging (€ 343) en het feit dat betrokkene in ieder geval tot na het besluit op bezwaar over dit bedrag kon blijven beschikken, ook al had hij daar geen recht op, een schadevergoeding van € 500 redelijk.¹⁴⁰

De lange duur van de procedure is soms gerechtvaardigd te achten wegens de complexiteit van de zaak. Dat kan het geval zijn indien de zaak partijen noopte tot het inschakelen van verschillende deskundigen, zowel in bezwaar als in beroep, en de rechtbank tot het benoemen van een deskundige.¹⁴¹

Voor procedures waarin de oplegging van een boete aan de orde is, heeft de Afdeling aansluiting gezocht bij de

jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁴² Volgens deze jurisprudentie geldt voor de beslechting van het geschil in eerste aanleg als uitgangspunt dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien de rechtbank niet binnen twee jaar nadat die termijn is aangevangen, uitspraak doet. Deze termijn vangt aan op het moment dat vanwege het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenuen dat aan hem een boete zal worden opgelegd. In het kader van de Wav zal in de regel eerst met de in artikel 19 van de wet bedoelde kennisgeving van de boete jegens de beboete een handeling worden verricht waaraan hij die verwachting kan ontlenuen. In de grote meerderheid van de gevallen zal derhalve de dag waarop deze kennisgeving wordt gedaan, gelden als het tijdstip waarop de redelijke termijn, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM, een aanvang neemt. Zoals ook tot uitdrukking is gebracht in de geschiedenis van de totstandkoming van de Wav

¹³⁸ Uitspraak van 17 juni 2009 in zaak nr. 200901365/2/H2 (JV 2009/326; NJB 2009, 1293; NA 2009, 296), waarmee is aangesloten bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 april 2009, zaaknr. 08/499, LJN BI2748 (JB 2009, 152). In dezelfde zin de uitspraak van 18 november 2009 in zaak nr. 200900909/1/H2 (JB 2010/5).

¹³⁹ Uitspraak van 5 augustus 2009 in zaak nr. 200901381/1/H2 (NJB 2009, 1491; NA 2009, 403).

¹⁴⁰ Uitspraak van 2 december 2009 in zaak nr. 200902020/1/H2.

¹⁴¹ Uitspraak van 24 juni 2009 in zaak nr. 200808383/1/H2.

¹⁴² Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 22 april 2005, nr. 37984 (AB 2006, 11).

(Kamerstukken II 2003/04, 23 523, nr. 3, blz. 14), valt evenwel niet uit te sluiten dat in een concreet geval sprake is van specifieke omstandigheden waarbij, in afwijking van dit uitgangspunt, reeds voordat de boetekennisgeving wordt gedaan, jegens de beboete een concrete handeling wordt verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontleen dat hem een boete zal worden opgelegd. De enkele aanzegging van een boeterapport door een inspecteur van de Arbeidsinspectie is echter te onbepaald van aard om als een zodanige handeling te kunnen worden aangemerkt.¹⁴³

Is de redelijke termijn met niet meer dan zes maanden overschreden, dan wordt de boete met 5% verminderd. In een geval waarin het bestuursorgaan stelde dat het in verband met het grote aantal bezwaarschriften tijdelijk niet mogelijk was de afhandeling daarvan binnen de wettelijke termijn te laten plaatsvinden, oordeelde de Afdeling dat dit een omstandigheid is waarvan de gevolgen, behoudens bijzondere omstandigheden, voor rekening van het bestuursorgaan komen. Die omstandigheid vormde derhalve geen grond de boete niet met 5% te verminderen wegens overschrijding van de redelijke termijn.¹⁴⁴

In de Arbeidstijdenwet (Atw) is in de artikelen 8:1 en 10:5 een onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheden tot het houden van toezicht en het opleggen van een boete. De onafhankelijke positie van de boeteoplegger jegens de toezichthouder dient zich te manifesteren ten tijde van het opleggen van de boete.¹⁴⁵ De boeteoplegger

dient zich alsdan een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of het geconstateerde beboetbare feit daadwerkelijk leidt tot het opleggen van een boete. Artikel 10:3, eerste lid, van de Atw moet daarom zo worden begrepen dat ook na de constatering van het beboetbare feit en na het geven van de cautie de onderzoeksbevoegdheden bij de toezichthouder liggen. De toezichthouder ontleent zijn bevoegdheden zowel voor als na het geven van de cautie aan hoofdstuk 5 van de Awb.

Het betoog van de in dit geval beboete werkgever dat sprake is van strijd met artikel 6 van het EVRM, werd verworpen. Het ging in deze zaak om eenvoudig vast te stellen feiten, waaraan geen beoordeling van opzet of schuld te pas komt. Het functioneel daderschap, zoals opgenomen in artikel 8:1, tweede lid, van het Arbeidstijdenbesluit vervoer (Atbv) is voorts, zo oordeelde de Afdeling, niet in strijd met de presumptie van onschuld. Op grond van het derde lid van deze bepaling heeft de werkgever de mogelijkheid te weerleggen dat hij als werkgever een overtreding heeft begaan. De tenuitvoerlegging van de boete terwijl er nog geen rechterlijk oordeel is verkregen, is evenmin in strijd met de

¹⁴³ Uitspraak van 9 december 2009 in zaak nr. 200900175/1/V6 (MS 2009, 645).

¹⁴⁴ Uitspraak van 26 augustus 2009 in zaak nr. 200803841/1/V6 (NA 2009, 439). In dezelfde zin de uitspraak van 9 september 2009 in zaak nr. 200809215/1/V6 (JV 2009/411; NJB 2009, 1623).

¹⁴⁵ Zie de memorie van toelichting op de Wet bestuurlijke boete Arbeidstijdenwet (Kamerstukken II 2002/03 29 000, nr. 3, blz. 17)..

onschuldpresumptie. De justitiabele kan op de voet van titel 8.3 van de Awb de voorzieningenrechter om een voorlopige voorziening vragen. Dat hij aldus een extra rechtshandeling dient te verrichten om de invordering te voorkomen, laat onverlet dat de reële mogelijkheid bestaat de opgelegde boete te doen schorsen.¹⁴⁶

20.2 Artikel 8 EVRM

Het binnentreden in een woning is een inmenging van de overheid in de uitoefening van het in artikel 8, eerste lid, van het EVRM neergelegde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Ingevolge het tweede lid van dat artikel is een dergelijke inmenging toegestaan, indien deze bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van, onder meer, de openbare veiligheid, de bescherming van de gezondheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. In een geval waarin het dagelijks bestuur van een stadsdeel aanwijzingen had dat in een pand kamers voor hotel- of pensioendoeleinden werden verhuurd en er een ernstig vermoeden bestond dat het pand in strijd met de bouwverordening werd gebruikt, mocht het dagelijks bestuur binnentreden krachtens artikel 100 van de Woningwet (oud) noodzakelijk achten en het daarmee gediende algemeen belang zwaarder laten wegen dan het individuele belang van betrokkene.¹⁴⁷

20.3 Artikel 9 EVRM

De Afdeling heeft reeds eerder overwogen dat het feit dat een grondrecht in het geding is, niet zonder meer betekent dat een in de planvoorschriften neergelegd

gebruiksverbod ter zijde wordt gesteld.¹⁴⁸ De beperking door een in de planvoorschriften opgenomen gebruiksverbod van de rechten als bedoeld in artikel 9, eerste lid, van het EVRM vond haar grondslag in de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de op grond van die wet nader vastgestelde regelgeving, in dit geval het bestemmingsplan.¹⁴⁹ Het gebruiksverbod is daarmee bij wet voorzien. Het verbod strekt ertoe dat de gronden met een bedrijfsbestemming overeenkomstig die bestemming worden gebruikt en dient een legitiem doel, namelijk de bescherming van de openbare orde en de rechten en vrijheden van anderen, genoemd in het tweede lid van artikel 9 van het EVRM. Binnen de gemeente bestonden verschillende locaties met een bestemming waar het gebruik voor het houden van godsdienstige bijeenkomsten wel onder valt. Voorts heeft de betrokken stichting haar bijeenkomsten op andere locaties in een nabijgelegen gemeente kunnen voortzetten. Derhalve maakt het in de planvoorschriften neergelegde gebruiksverbod het houden van bijeenkomsten door de stichting niet onmogelijk. De uit dat verbod voortvloeiende be-

¹⁴⁶ Uitspraak van 11 maart 2009 in zaak nr. 200802148/1 (JB 2009/111). Zie ook de uitspraken van 28 januari 2009 in zaak nr. 200803741/1 (JB 2009/76; JV 2009/76; MS 2009, 54) en 4 maart 2009 in zaak nr. 200802010/1.

¹⁴⁷ Uitspraak van 29 juli 2009 in zaak nr. 200808407/1/H3.

¹⁴⁸ Zie de uitspraak van de Afdeling van 21 mei 2008 in zaak nr. 200706809/1 (JB 2008/145).

¹⁴⁹ Vergelijk in dit verband reeds de uitspraak van 24 maart 2004 in zaak nr. 200306212/1.

perking is onder die omstandigheden niet onevenredig aan het ermee beoogde doel. De belangen van de stichting nopen er daarom niet toe toepassing van het gebruiksverbod of optreden ter handhaving daarvan achterwege te laten.¹⁵⁰

*20.4 Artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM;
artikelen 12 en 26 IVBPR*

De in de huisvestingsregeling Rotterdam vervatte eis dat degene die minder dan zes jaar voorafgaand aan de aanvraag om een huisvestingsvergunning onafgebroken ingezetene is van één van de gemeenten in de Stadsregio Rotterdam, beschikt over een inkomen op grond van het in dienstbetrekking verrichten van arbeid, een inkomen uit zelfstandig beroep of bedrijf, een inkomen op grond van een regeling voor vrijwillig vervroegd uittreden, een ouderdomspensioen als bedoeld in de Algemene Ouderdomswet, een ouderdoms- of nabestaandenpensioen als bedoeld in de Wet op de loonbelasting 1964 of studiefinanciering als bedoeld in de Wet op de studiefinanciering 2000, houdt een beperking in voor betrokkene om vrijelijk zijn verblijfplaats te kunnen kiezen. Deze beperking is echter voorzien bij wet en wordt ingegeven door het belang dat de samenleving heeft bij de leefbaarheid van de wijken in de grote steden. De Afdeling was van oordeel dat, in aanmerking genomen dat het gaat om een op grond van artikel 5 van de Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek (Wbmgp) aangewezen gebied, de beperking haar rechtvaardiging kan vinden in het algemeen belang in een democratische samenleving en de openbare orde

als bedoeld in artikel 12, derde lid, van het IVBPR. Het gaat om een zogeheten hotspot-gebied, waarin de leefbaarheid onder druk staat. De beperking is voorts van tijdelijke aard, namelijk maximaal zes jaar. Niet is komen vast te staan dat het huizenaanbod buiten de door de minister aangewezen gebieden in de Stadsregio Rotterdam ontoereikend is. De Afdeling achtte de beperking niet in strijd met de eisen van dringende maatschappelijke noodzaak en evenredigheid en derhalve niet in strijd met artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM en met artikel 12, eerste lid, van het IVBPR. Het betoog dat de beperking strijdig is met artikel 26, eerste volzin, van het IVBPR, werd eveneens verworpen. Nu in de gebieden waarop deze ziet relatief veel mensen wonen die afhankelijk zijn van een bijstandsuitkering, kan de beperking leiden tot een indirect onderscheid. Dat onderscheid is echter geoorloofd, gelet op de ernst van de problematiek en op het feit dat andere maatregelen op zichzelf onvoldoende effect hebben. Nu de maatregel beperkt is in de tijd en niet is gebleken dat betrokkene niet elders in de gemeente of regio passende huisvesting kan verkrijgen, oordeelde de Afdeling dat naast de al bestaande maatregelen ook dit middel noodzakelijk en proportioneel kon worden geacht.¹⁵¹

¹⁵⁰ Uitspraak van 13 mei 2009 in zaak nr. 200806137/1/H1 (JB 2009/172; NJB 2009, 1017).

¹⁵¹ Uitspraak van 4 februari 2009 in zaak nr. 200802820/1 (MS 2009, 64).

20.5 Artikelen 8 en 14 EVRM; artikel 26 IVBPR;

artikel 2 Verdrag inzake de rechten van het kind

Het onderscheid tussen zorgverzekerden met een Nederlandse of rechtmatig in Nederland verblijvende partner en zorgverzekerden met een partner zonder geldige verblijfsstatus berust, gelet op het doel van de Koppelingswet, op redelijke en objectieve gronden en levert geen discriminatie op als bedoeld in artikel 26 van het IVBPR. Verblijft de partner niet rechtmatig in Nederland, dan heeft een zorgverzekerde, gelet op artikel 9, tweede lid, van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen, geen aanspraak op een zorgtoeslag. Voor zover de stopzetting van de zorgtoeslag beschouwd kan worden als een inmenging in de rechten neergelegd in artikel 8, eerste lid, van het EVRM, is deze bij wet voorzien en moet deze worden aangemerkt als noodzakelijk in het belang van de bescherming van één of meer van de in artikel 8, tweede lid, van het EVRM genoemde doelen, waarbij een eerlijke afweging heeft plaats gevonden tussen de belangen van het individu enerzijds, en die van de gemeenschap als geheel anderzijds.¹⁵² De stopzetting van de zorgtoeslag is in een dergelijk geval evenmin in strijd met artikel 14 van het EVRM en artikel 2 van het Verdrag inzake de rechten van het kind.¹⁵³

21 Recht van de Europese Unie¹⁵⁴

21.1 Vogelrichtlijn

Bij haar verzoek aan de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit om handhavend op te treden tegen het vangen en doden van duiven in de stad Groningen,

beriep de Dierenbescherming zich op de Vogelrichtlijn. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen volgt dat de uitvoering van een richtlijn de volledige toepassing ervan moet verzekeren. Ook na vaststelling van nationale maatregelen die een richtlijn naar behoren uitvoeren, blijft een lidstaat gehouden dit daadwerkelijk te verzekeren. Particulieren kunnen zich voor de nationale rechter tegenover de staat beroepen op bepalingen van een richtlijn die inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende precies zijn, in alle gevallen waarin de volledige toepassing van de richtlijn niet daadwerkelijk verzekerd is. Dit geldt niet alleen in geval van niet-uitvoering of onjuiste uitvoering van deze richtlijn, maar ook ingeval de nationale maatregelen die de betrokken richtlijn naar behoren uitvoeren, niet zodanig worden toegepast dat het met de richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt.¹⁵⁵

De Vogelrichtlijn is thans geïmplementeerd in de Flora- en faunawet (Ffw) en de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw 1998). Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de relevante bepalingen van

¹⁵² Uitspraak van 22 juli 2009 in zaak nr. 200807914/1/H2 (MS 2009, 425).

¹⁵³ Uitspraak van 20 mei 2009 in zaak nr. 200807410/1/H2.

¹⁵⁴ Uitspraken met Europeesrechtelijke aspecten in het kader van het vreemdelingenrecht zijn elders in dit jurisprudentieoverzicht onder de thema's opgenomen.

¹⁵⁵ Arrest in zaak C-62/00, Marks & Spencer, Jur. 2002, p. I-6325 e.v. op p. 6358-6359, ov. 26-27.

beide wetten ook na implementatie worden uitgelegd en toegepast in het licht van de Vogelrichtlijn.

Uit het feit dat ingevolge artikel 7, tweede lid, van de Vogelrichtlijn, in samenhang met bijlage II/1, op de *Columba livia* (rotsduif) mag worden gejaagd, moet worden afgeleid dat ook op de gedomesticeerde variant (*Columba livia forma domestica*) mag worden gejaagd en dat communautairrechtelijk geen beletsel bestaat voor nationaalrechtelijke regelgeving met betrekking tot de bejaging van de *Columba livia*, zodat de minister hierover regels mag vaststellen. Voor het stellen van prejudiciële vragen zag de Afdeling daarom geen aanleiding. De Afdeling hield de opvatting van de minister niet voor onjuist dat de stadsduif en haar nazaten moeten worden gezien als de gedomesticeerde variant in de zin van de Ffw van de in het wild levende *Columba livia*, zodat voor de minister geen grond bestond handhavend op te treden tegen het vangen en doden van de duiven.¹⁵⁶

De Vogelrichtlijn stond voorts niet in de weg aan het verlenen van een ontheffing voor het doden van grauwe ganzen en het zoeken, schudden, rapen en met plantaardige olie insmeren of doorprikken van eieren van de grauwe gans. De Afdeling zag geen reden te twijfelen aan de juistheid van de conclusie dat een oorzakelijk verband bestond tussen het aantal grauwe ganzen en de veroorzaakte schade in de provincie Utrecht.

Populatiereducerende maatregelen als middel ter voorkoming van die schade kunnen gerechtvaardigd zijn.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie staat aan het nemen daarvan niet in de weg. Afwijking van in de

Vogelrichtlijn neergelegde verbodsbepalingen is mogelijk, waarbij geldt dat de lidstaten moeten waarborgen dat elke ingreep die de beschermde soorten raakt, slechts wordt toegestaan op basis van besluiten die steunen op een nauwkeurige en treffende motivering welke verwijst naar de in artikel 9, eerste en tweede lid, van de Vogelrichtlijn opgesomde redenen, voorwaarden en vereisten.¹⁵⁷

21.2 *Habitatrichtlijn*

Ingevolge artikel 2, derde lid, aanhef en onder j, van het op de Ffw berustende Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten (Vrijstellingsbesluit) zijn als andere belangen als bedoeld in artikel 75, vijfde lid (lees: zesde lid), onderdeel c, van de Ffw, op basis waarvan ontheffing kan worden verleend van verschillende bepalingen van deze wet, aangewezen: de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling. Deze grondslag voor het verlenen van een ontheffing heeft een ruimere strekking dan de grondslagen voor ontheffing die zijn vermeld onder a tot en met e in artikel 16, eerste lid, van de Habitatrichtlijn. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat toepassing van artikel 2, derde lid, aanhef en onder j, van het Vrijstellingsbesluit ten aanzien van diersoorten, vermeld in Bijlage IV bij de Habitatrichtlijn, het verlenen van ontheffing van

¹⁵⁶ Uitspraak van 28 januari 2009 in zaak nr. 200802059/1 (MS 2009, 53).

¹⁵⁷ Uitspraak van 4 februari 2009 in zaak nr. 200802524/1 (MS 2009, 66). Het in deze uitspraak vermelde arrest van het Hof betreft het arrest van 8 juni 2006 (zaak C-60/05, WWF Italia e.a., Jur. 2006, blz. 5083).

de in de Ffw neergelegde verbodsbepalingen mogelijk maakt om andere redenen dan die welke op uitputtende wijze in de Habitatrichtlijn zijn genoemd. Dat het verbodstelsel uit de Ffw strenger is dan dat uit de Habitatrichtlijn, nu niet in alle nationale verbodsbepalingen het begrip 'opzettelijk' uit de Habitatrichtlijn is overgenomen, laat deze strijdigheid onverlet. De grondslag voor het verlenen van de ontheffing verdroeg zich daarom niet met artikel 16 van de Habitatrichtlijn.

Het nieuw genomen besluit van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit was mede genomen met het oog op dwingende redenen van groot openbaar belang, als bedoeld in artikel 2, derde lid, aanhef en onder e, van het Vrijstellingsbesluit en hield wel stand. Die dwingende redenen waren gelegen in de zowel gemeentelijke als regionale behoefte aan nieuwe woningen en woon(zorg)eenheden.¹⁵⁸

Op 1 februari 2009 is de Wet van 29 december 2008 houdende wijziging van de Nbw 1998 in verband met de regulering van bestaand gebruik en enkele andere zaken (Stb. 2009, 18) in werking getreden. Als gevolg hiervan zijn alle gebieden die voorkomen op de lijst van gebieden van communautair belang, als bedoeld in artikel 4 van de Habitatrichtlijn, thans aangemerkt als Natura 2000-gebieden. Daarop is onder meer het regime van paragraaf 2 van titel 2 van hoofdstuk III van de Nbw 1998 van toepassing. De door artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn geëiste bescherming wordt bereikt door toepassing van de Nbw 1998. Dit betekent dat sinds 1 februari 2009 geen rechtstreeks beroep op artikel 6,

derde lid, van de Habitatrichtlijn meer mogelijk is.

In overganggevallen moet nog worden getoetst aan het recht, zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van de wetswijziging.¹⁵⁹

Voor een project dat een verslechterend of verstorend effect kan hebben in een Natura 2000-gebied is ingevolge de Nbw 1998 een vergunning vereist. De vergunning kan worden verleend als uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied. Als die zekerheid niet kan worden verkregen, kan de vergunning worden verleend indien alternatieven ontbreken, om dwingende redenen van groot openbaar belang en na compensatie.

Voor een windturbinepark nabij het Natura 2000-gebied Waddenzee was vergunning verleend na afweging van alternatieven en gelet op dwingende redenen van groot openbaar belang. Naar het oordeel van de Afdeling was het alternatievenonderzoek echter ontoereikend, omdat dit, in verband met de rijksdoelstelling om binnen drieënhalf jaar 2000 MW extra windenergie op het land te realiseren, beperkt was tot locaties die binnen drieënhalf jaar gerealiseerd kunnen worden. Zij overwoog

¹⁵⁸ Uitspraak van 21 januari 2009 in zaak nr. 200802863/1 (BR 2009, p. 254; TBR 2009/145, p. 728; JM 2009/36).

In vergelijkbare zin de uitspraak van 13 mei 2009 in zaak nr. 200802624/1 (BR 2009, p. 697; TBR 2009/147, p. 728; JM 2009/90).

¹⁵⁹ Uitspraak van 8 april 2009 in zaak nr. 200806291/1 (AB 2009, 169).

voorts dat in zijn algemeenheid niet kan worden gezegd dat het opwekken van duurzame energie geen dwingende reden van groot openbaar belang, als bedoeld in artikel 19g, tweede lid, van de Nbw 1998, kan zijn. Dit betekent evenwel nog niet dat met iedere bijdrage aan het opwekken van duurzame energie ook een dwingende reden van groot openbaar belang is gemoeid. In het geval van het plan voor het plaatsen van 17 windturbines in de Emmapolder was de Afdeling van de aanwezigheid van een dergelijke dwingende reden niet overtuigd. De Afdeling wees daarbij op het ontbreken van een toereikend onderzoek naar mogelijke alternatieven waarmee wellicht niet binnen de huidige kabinetsperiode, maar wel op termijn van een aantal jaren, windturbines elders kunnen worden opgericht die bijdragen in de behoefte aan energie.¹⁶⁰

Op grond van de Nbw 1998 geldt voor een project geen vergunningplicht als gevolg van de aanwezigheid van een Vogel- en Habitatrichtlijngebied buiten Nederland. In een geval waarin een vergunning ingevolge de Wet milieubeheer was verleend voor een vleeskalveren- en rundveehouderij en een vee- en kalverenhandel nabij een in België gelegen Vogel- en Habitatrichtlijngebied oordeelde de Afdeling dat in zodanig geval voor zowel het Vogelrichtlijngebied als voor het Habitatrichtlijngebied moet worden beoordeeld of de vergunningverlening zich verdraagt met de Vogelrichtlijn en de Habitatrichtlijn. Bij de beoordeling in het kader van artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn dient te worden uitgegaan van de verandering ten opzichte van de onderliggende

voor de inrichting geldende vergunning(en). Neemt de ammoniakemissie van een inrichting af ten opzichte van de eerder vergunde situatie, dan bestaat er geen grond voor het oordeel dat door de vergunde verandering ten opzichte van de eerder vergunde situatie significante effecten zullen (kunnen) optreden voor het Vogel- en Habitatrichtlijngebied, afgezet tegen de instandhoudingsdoelstellingen voor dat gebied.

Het bestaan van een vergunning krachtens de Wet milieubeheer is niet relevant voor de vraag of een vergunning krachtens de Nbw 1998 is vereist en kan worden verleend. Het bestaan van een dergelijke vergunning betekent evenmin dat er vergunde rechten zouden zijn waarmee bij het verlenen van een vergunning krachtens de Nbw 1998 rekening zou kunnen worden gehouden.¹⁶¹

21.3 Bescherming in het wild levende dier- en plantensoorten
Ingevolge artikel 8, eerste lid, van Verordening (EG) nr. 338/97 van de Raad van 9 december 1996 inzake de bescherming van in het wild levende dier- en plantensoorten door controle op het desbetreffende handelsverkeer (de Basisverordening) is onder meer de aankoop van specimens van de in bijlage A genoemde soorten, verboden. Dit verbod geldt ongeacht het doel van de aankoop. Gelet daarop zag de Afdeling geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de uitleg van artikel 8, eerste lid, van

¹⁶⁰ Uitspraak van 25 februari 2009 in zaak nr. 200709030/1 (BR 2009, p. 586; M en R 2009/4, nr. 42; JM 2009/44).

¹⁶¹ Uitspraak van 23 december 2009 in zaak nr. 200900893/1/M2.

de Basisverordening. De administratieve instantie van de lidstaat waarin het specimen zich bevindt, is bevoegd van het verbod ontheffing te verlenen door afgifte van een daartoe strekkend certificaat. Een door de Oostenrijkse autoriteiten aan een onderdaan van Oostenrijk afgegeven EG-certificaat voor het houden van een uit Rusland ingevoerde zeearend voor fokdoeleinden, ziet niet op de (door)verkoop van die zeearend aan een Nederlands onderdaan. Dat betekent dat de zeearend in Nederland in strijd met artikel 8 van de Basisverordening wordt gehouden.¹⁶²

21.4 Genetisch gemodificeerde organismen

Het Hof van Justitie heeft naar aanleiding van door de Afdeling gestelde prejudiciële vragen voor recht verklaard dat de 'plaats van introductie' in de zin van artikel 25, vierde lid, eerste streepje, van Richtlijn 2001/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 maart 2001 inzake de doelbewuste introductie van genetisch gemodificeerde organismen in het milieu en tot intrekking van Richtlijn 90/220/EEG van de Raad, wordt bepaald door alle informatie over de locatie van de introductie die de kennisgever verstrekt aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaat op het grondgebied waarvan deze introductie zal plaatsvinden in het kader van de procedures van de artikelen 6 tot en met 8, 13, 17, 20 of 23 van deze richtlijn.

Het betoog van de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer dat uit hoofde van Richtlijn 2001/18/EG de precieze locatie niet behoefde te worden medegedeeld, nu deze locatie in het

kader van de milieurisicobeoordeling niet relevant is, en kon worden volstaan met het ter inzage leggen van een globale locatieaanduiding van een gebied dat twintigmaal groter is dan de afzonderlijke proefvelden, werd door de Afdeling in haar einduitspraak verworpen. De Afdeling kwam uiteindelijk tot het oordeel dat de minister uit hoofde van Richtlijn 2001/18/EG verplicht was tot openbaarmaking van de informatie omtrent de precieze geografische ligging van de percelen waar kleinschalige veldwerkzaamheden met de genetisch gemodificeerde maïslijn 1507xNK603 zouden plaatsvinden.¹⁶³

21.5 Nationale emissieplafonds luchtverontreinigende stoffen

Door de Afdeling zijn prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld over de NEC-richtlijn inzake nationale emissieplafonds voor bepaalde luchtverontreinigende stoffen. Onder meer is aan het Hof de vraag gesteld of de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie meebrengt dat de in de Wet milieubeheer omgezette verplichtingen van Richtlijn 96/61/EG zodanig kunnen en moeten worden uitgelegd, dat bij de beslissing op de aanvraag om een milieuvergunning de nationale emissieplafonds voor zwaveldioxide (SO₂) en stikstofdioxide (NO_x) van de NEC-richtlijn (2001/81/EG) ten volle in acht moeten worden genomen, in het bijzonder voor zover het de verplichtingen van artikel 9, vierde lid, van Richtlijn 96/61/EG, thans 2008/1/EG, betreft. Verder zijn aan het Hof vragen gesteld inzake de plicht

¹⁶² Uitspraak van 2 september 2009 in zaak nr. 200900089/1/H3.

¹⁶³ Uitspraken van 9 september 2009 in de zaken met de nummers 200702756/3/M1 en 200702759/3/M1.

van een lidstaat zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar brengen, eventueel voor de lidstaat bestaande positieve verplichtingen en de mogelijkheid van een particulier naleving van die verplichtingen in te roepen en een rechtstreeks beroep op de NEC-richtlijn te doen.¹⁶⁴

21.6 Vrij verkeer van goederen; vrijheid tot het verrichten van diensten; indirecte discriminatie

Ingevolge de APV van Maastricht is het verboden in een coffeeshop niet in Nederland woonachtige EG-onderdanen toe te laten. Omdat twee maal is geconstateerd dat in een coffeeshop niet in Nederland woonachtige EG-onderdanen zijn toegelaten, heeft de burgemeester de coffeeshop voor de duur van drie maanden gesloten verklaard.

De Afdeling heeft in deze zaak aanleiding gezien tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, omdat het in de APV neergelegde verbod mogelijk een beperking van het vrij verkeer van goederen in de zin van artikel 29 van het EG-Verdrag inhoudt, nu het EG-onderdanen die niet-ingezetenen zijn, in tegenstelling tot ingezetenen, verboden is goederen af te nemen in coffeeshops. Voorts leidt het verbod mogelijk tot een beperking van de vrijheid tot het verrichten van diensten, als bedoeld in artikel 49 van het EG-Verdrag, nu het coffeeshophouders verboden wordt om hun diensten, die gedeeltelijk legaal zijn en gedeeltelijk gedoogd worden, aan te bieden aan niet-ingezetenen en het niet-ingezetenen

wordt verboden deze diensten te ontvangen. Tot slot moet, zo nodig, worden beoordeeld of sprake is van indirecte discriminatie naar nationaliteit in de zin van artikel 12 van het EG-Verdrag, nu de APV voor het gedoogbeleid het ingezetenschap als voorwaarde stelt. Dit brengt met zich dat hoofdzakelijk personen met de nationaliteit van een andere lidstaat door de bedoelde beperking worden getroffen. Vraag is daarbij ook in hoeverre de arresten van het Hof van Justitie van 5 juli 1988 in zaak 289/86 (Happy Family) en van 29 juni 1999 in zaak C-158/98 (Coffeeshop Siberië) van betekenis zijn voor de beantwoording van de vraag of een regeling omtrent de toegang van burgers tot een gedoogde coffeeshop binnen de werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrij verkeer valt, gezien het volstreekte verhandelingsverbod van drugs.¹⁶⁵

21.7 Toeslag kinderopvang

Het beroep van ouders van een in Nederland naar kinderopvang gaand kind, van wie de een in België woont en werkt en de ander in Nederland woont, op strijdigheid van de Wet kinderopvang (Wko) met artikel 39 van het EG-verdrag, werd verworpen. De Wko maakt in de aanspraak op kinderopvangtoeslag noch bij de bepaling van de draagkracht onderscheid naar nationaliteit tussen Nederlandse werknemers en werknemers in andere lidstaten die een Nederlandse partner hebben wat betreft

¹⁶⁴ Uitspraken van 29 april 2009 in de zaken met de nummers 200708144/1/M1, 200800181/1/M1 en 200803143/1/M1.

¹⁶⁵ Uitspraak van 8 april 2009 in zaak nr. 200803357/1 (JB 2009/131; MS 2009, 183).

de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. De omstandigheid dat in België werkgevers geen bijdrage in de kosten van kinderopvang plegen te betalen, maakt niet dat de Wko in strijd is met artikel 39 van het EG-verdrag. Dat de Belastingdienst/Toeslagen het inkomen van de in België werkende ouder betreft bij de draagkracht van de ouders, levert evenmin die strijd op.¹⁶⁶

21.8 Arbeid vreemdelingen

In een geval waarin de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan een bedrijf een boete had opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, ingevolge welke bepaling het een werkgever is verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning, zag de Afdeling aanleiding aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen. In de eerste plaats heeft de Afdeling de vraag gesteld of het, in het licht van de artikelen 49 en 50 van het EG-Verdrag, mede gelet op het in Bijlage XII gemaakte voorbehoud, is toegestaan om met het oog op de bescherming van de nationale arbeidsmarkt de eis van een tewerkstellingsvergunning te stellen voor dienstverrichting die bestaat uit het ter beschikking stellen van werknemers als bedoeld in artikel 1, derde lid, aanhef en onder c, van Richtlijn 96/71/EG (Detacheringsrichtlijn). Voor zover het Hof deze vraag ontkennend zou beantwoorden, is vervolgens aan de orde of de dienstverrichting in dit geval heeft bestaan uit het ter beschikking stellen van werknemers in de zin van die bepaling. De Afdeling heeft daarom aan het Hof subsidiair

de vraag voorgelegd aan de hand van welke criteria dient te worden bepaald of sprake is van het ter beschikking stellen van werknemers in de zin van die bepaling.¹⁶⁷

21.9 Arbeids- en rusttijden

De vraag wat onder arbeids- en rusttijden moet worden verstaan, was aan de orde in een geval waarin de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een bedrijf een boete had opgelegd op de grond dat een aantal van haar werknemers de arbeids- en rusttijden niet zou hebben nageleefd. De minister stelde zich daarbij op het standpunt dat de reistijd van de monteurs van het bedrijf vanaf huis naar de eerste klant en vanaf hun laatste klant naar huis ten onrechte niet als arbeidstijd was aangemerkt. In de Atw zijn geen definitieomschrijvingen opgenomen van de begrippen arbeid en arbeidstijd. Artikel 2 van Richtlijn nr. 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd is in zoverre niet geïmplementeerd.

De Afdeling zag zich daarom gesteld voor de vraag of in dit geval kan worden geoordeeld dat de Atw door middel van richtlijnconforme uitleg voldoende grondslag biedt om een bestuurlijke boete op te leggen. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 8 oktober 1987 in zaak 80/86, Kolpinghuis (Jurispr. 1987, blz. 03969), volgt

¹⁶⁶ Uitspraak van 2 september 2009 in zaak nr. 200806438/1 (MS 2009, 453).

¹⁶⁷ Uitspraken van 29 juli 2009 in de zaken met de nummers 200801014/1/V6 (JB 2009, 214; MS 2009, 401), 200804042/1/V6 (JV 2009/404) en 200900248/1/V6.

dat richtlijnconforme uitleg van bepalingen van nationaal strafrecht zijn begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. Deze uitspraak is, wat betreft niet volledig omgezette richtlijnen, bevestigd in de uitspraak van het Hof van Justitie van 26 september 1996 in zaak C-168/95, Arcero (Jurispr. 1996, blz. I-04705). De Afdeling oordeelde dat, hoewel het in dit geval niet gaat om bepalingen van nationaal strafrecht, maar om bepalingen die zien op het opleggen van een bestuurlijke boete, het oordeel van het Hof van Justitie ook in dit geval van toepassing is. Dit leidde de Afdeling tot de conclusie dat, nu artikel 2 van de richtlijn, wat betreft de definitieomschrijving van arbeidstijd, niet is geïmplementeerd in de Atw en deze definitieomschrijving en de uitleg daarvan in dit geval van doorslaggevende betekenis zijn voor de vraag of sprake is van een overtreding van de Atw, de rechtszekerheid zich verzet tegen richtlijnconforme uitleg van de Atw. De minister was daarom niet bevoegd in dit geval een boete op te leggen.¹⁶⁸

In een geval waarin de minister van Verkeer en Waterstaat een boete had opgelegd omdat een aantal werknemers de voorgeschreven rusttijden niet had nageleefd, zag de Afdeling aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen. De minister stelde zich onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 18 januari 2001 in de zaak C-297/99 (Skills Motor Coaches Ltd.) op het

standpunt dat de tijd die de bestuurder besteedt om ergens anders dan in zijn woonplaats of het exploitatiecentrum van zijn werkgever een vrachtauto of een bus over te nemen, als werktijd dient te worden geregistreerd. Volgens de minister moest in dit geval worden uitgegaan van de woonplaats van de bestuurders, omdat de plaats waar zij hun voertuig overnamen niet als exploitatiecentrum kon worden aangemerkt, nu daar tijdens de controleperiode niet permanent en daadwerkelijk een leidinggevende of andere medewerker van de onderneming aanwezig was.

De Afdeling oordeelde dat het begrip 'exploitatiecentrum' en equivalenten in andere Gemeenschapstalen, zoals gebruikt in het arrest Skills, en het begrip 'exploitatievestiging' en equivalenten in andere Gemeenschapstalen, zoals gebruikt in artikel 9, tweede lid, van verordening 561/2006, niet duidelijk genoeg zijn om in deze zaak zonder nadere uitleg van het begrip 'exploitatiecentrum' een antwoord te kunnen geven op de vraag of de minister in deze zaak tot bestuursrechtelijke handhaving kon overgaan. Gelet op deze noodzaak tot nadere uitleg zag de Afdeling aanleiding om het Hof van Justitie te verzoeken uitspraak te doen over de vraag hoe het begrip 'exploitatiecentrum' moet worden geïnterpreteerd en voorts over de vraag of het verschil maakt of de betrokken bestuurder zelf naar een plaats rijdt waar hij een voertuig overneemt, of dat hij door iemand anders daarheen wordt gereden.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Uitspraak van 4 maart 2009 in zaak nr. 200804126/1 (AB 2009, 156; JB 2009/99).

¹⁶⁹ Uitspraak van 25 maart 2009 in zaak nr. 200803652/1 (MS 2009, 156).

21.10 Erkenning inschrijving in specialistenregister in andere Lidstaat

Aan de automatische erkenning in België van de inschrijving in het Nederlandse specialistenregister van een medisch specialist op de voet van Richtlijn 93/16/EEG kan geen aanspraak worden ontleend op automatische erkenning bij een verzoek om herregistratie in een andere lidstaat, waaronder de lidstaat waar de specialist oorspronkelijk was ingeschreven. Dat de inschrijving in een specialistenregister voor Nederland als opleidingstitel geldt, leidt er niet toe dat Nederland de inschrijving in een Belgisch specialistenregister automatisch dient te erkennen bij een verzoek om herregistratie. De Richtlijn heeft betrekking op de toegang tot een beroep en regelt niet de herregistratie van een persoon in de lidstaat waar hij zijn opleidingstitel heeft behaald, nadat hij zijn beroep in een andere lidstaat heeft uitgeoefend. Dit neemt niet weg dat die lidstaat bij de beoordeling van het verzoek om herregistratie rekening moet houden met beroeps-kwalificaties die in de andere lidstaat zijn behaald.¹⁷⁰

21.11 Staatssteun

Uit artikel 3.1.6, eerste lid, onder f, van het Besluit ruimtelijke ordening vloeit voort dat voldoende inzicht moet bestaan in de financiële uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan. In een geval waarin een bestemmingsplan voorzag in de ontwikkeling van een winkelconcentratie, achtte de Afdeling dat inzicht niet aanwezig omdat mogelijk sprake was van ongeoorloofde staatssteun en de noodzakelijke subsidies ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan en ook bij de

behandeling van de zaak ter zitting nog niet alle beschikbaar waren. Niet aannemelijk was gemaakt dat de projectontwikkelaar, voor zover deze door steunmaatregelen van overheidswege zou zijn of worden begunstigd in zodanige mate dat sprake zou zijn van ongeoorloofde staatssteun, de winkelconcentratie zou realiseren zelfs indien daarmee in verband met een eventuele terugvordering van ongeoorloofde staatssteun hogere kosten zouden zijn gemoeid dan voorzien. Ook was niet aannemelijk gemaakt dat de projectontwikkelaar zou instaan voor de nog ontbrekende subsidies.¹⁷¹

In een ander geval zag de Afdeling, na met toepassing van artikel 8:29 van de Awb kennis te hebben genomen van de overgelegde exploitatiegegevens, in de tussen de gemeente en de projectontwikkelaar overeengekomen koopprijs voor de te ontwikkelen gronden geen aanleiding voor het vermoeden dat sprake was van een verboden steunmaatregel in de zin van artikel 87, eerste lid, van het EG-Verdrag. De beweerdelijke strijdigheid van de tussen de gemeente en de projectontwikkelaar gesloten samenwerkingsovereenkomst met de regels die gelden voor de aanbesteding van overheidsopdrachten, kan aan de orde worden gesteld in een daartoe geëigende civielrechtelijke procedure.¹⁷²

¹⁷⁰ Uitspraak van 1 juli 2009 in zaak nr. 200808510/1/H2.

¹⁷¹ Uitspraak van 10 juni 2009 in zaak nr. 200808122/1/R3 (AB 2009, 252).

¹⁷² Uitspraak van 7 oktober 2009 in zaak nr. 200805248/1/R1 (JB 2009/248).

II Thema's uit de Afdelingsjurisprudentie

1 Luchtkwaliteit

Zeezoutaf trek

In artikel 4 van Richtlijn 96/62/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 september 1996 inzake de beoordeling en het beheer van de luchtkwaliteit (de Kaderrichtlijn) is bepaald dat ten aanzien van de in bijlage I genoemde verontreinigende stoffen – waaronder zwevende deeltjes – grenswaarden worden vastgesteld.

Een verontreinigende stof is een stof die direct of indirect door de mens in de lucht wordt gebracht en die schadelijke gevolgen kan hebben voor de gezondheid van de mens of het milieu in zijn geheel. Zeezout is een stof die zich van nature in de lucht bevindt, althans niet (mede) door de mens in de lucht wordt gebracht. In de inmiddels vastgestelde Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 2008 betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa (Richtlijn 2008/50/EG) is expliciet een alomvattende voorziening getroffen voor het buiten beschouwing laten van de bijdrage van natuurlijke verontreinigingsbronnen.

In een geval waarin werd betwist dat aan de eisen voor de luchtkwaliteit werd voldaan, overwoog de Afdeling dat tegen deze achtergrond het college van burgemeester en wethouders bij de bepaling van de concentratie van zwevende deeltjes zeezout buiten beschouwing mochten laten. Zij overwoog voorts dat, gelet op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van

18 december 1997 in zaak C-129/96 (Inter-Environment Wallonie), met deze uitleg de verwezenlijking van de met Richtlijn 2008/50/EG nagestreefde doelstelling niet ernstig in gevaar wordt gebracht. In het licht van het vorenstaande kende de Afdeling geen beslissende betekenis toe aan de omstandigheid dat uit artikel 5, vierde lid, en de definitie in artikel 2, onder 15, van de eerste dochterrichtlijn (Richtlijn 1999/30/EG) moet worden afgeleid dat de zeezoutaf trek niet toelaatbaar is.¹⁷³

2 Wet geurhinder en veehouderij

Ingevolge artikel 1 van de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv) is een geurgevoelig object een gebouw, bestemd voor, en blijkens aard, indeling en inrichting geschikt om te worden gebruikt voor menselijk wonen of menselijk verblijf en die daarvoor permanent, of op een daarmee vergelijkbare wijze van gebruik, wordt gebruikt. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de wet (Kamerstukken II 2005/2006, 30 453, nr. 3, blz 16 e.v.) blijkt dat met de term 'bestemd' wordt bedoeld dat het gebouw juridisch-planologisch mag worden gebruikt voor wonen of verblijf. Een woning die bestemd en geschikt is voor bewoning en permanent als zodanig wordt gebruikt, is een geurgevoelig object als bedoeld in artikel 1 van de Wgv. Dat die woning in strijd met het bestemmingsplan niet wordt gebruikt als agrarische bedrijfswoning, maar als burgerwoning, is in dat verband niet van belang. Een redelijke uitleg van de Wgv brengt evenwel mee dat bij

¹⁷³ Uitspraak van 8 april 2009 in zaak nr. 200802437/1/M2 (AB 2009, 313; BR 2009, p. 692).

de vaststelling van de mate van bescherming van een agrarische bedrijfswoning die is afgesplitst van een nog in werking zijnde veehouderij, eveneens aansluiting wordt gezocht bij de juridisch-planologische status van die woning. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat door de enkele ingebruikneming van een agrarische bedrijfswoning als burgerwoning, bescherming aan die woning zou toekomen ten opzichte van de veehouderij waartoe deze behoorde.¹⁷⁴

Ingevolge artikel 4, eerste lid, van de Wgv bedraagt de afstand tussen een veehouderij waar dieren worden gehouden van een diercategorie, waarvoor niet bij ministeriële regeling een geuremissiefactor is vastgesteld, en een geurgevoelig object ten minste 100 meter indien het geurgevoelig object binnen de bebouwde kom is gelegen en ten minste 50 meter indien het geurgevoelig object buiten de bebouwde kom is gelegen. Een recreatiewoning is, gezien de in artikel 1 van de wet gegeven definitie, een geurgevoelig object. Ten aanzien van een op 58 meter van een veehouderij gelegen recreatiewoning, werd geoordeeld dat deze niet in de bebouwde kom was gelegen, zodat aan de afstandseis van 50 meter werd voldaan. Daartoe werd overwogen dat het bungalowpark waarvan de recreatiewoning deel uitmaakte, lag in het buitengebied in een omgeving die hoofdzakelijk bestond uit landbouwgronden en bossen, op ruime afstand van de kern van de gemeente. De omstandigheid dat ongeveer 60 van de 175 recreatiewoningen permanent werden bewoond, betekende niet dat het bungalowpark op zich zelf een bebouwde kom vormde.¹⁷⁵

In het geval een bestemmingsplan binnen een afstand van 100 meter ten opzichte van een veehouderij niet voorziet in geurgevoelige objecten, staat het plan niet in de weg aan het kunnen voldoen aan de ingevolge artikel 4, eerste lid, sub a, van de Wgv genoemde afstand, zodat het plan niet leidt tot een beperking van de uitbreidingsmogelijkheden van die veehouderij. Van een beperking van de uitbreidingsmogelijkheden van een veehouderij is evenmin sprake indien binnen de geurcontour van die veehouderij reeds geurgevoelige objecten aanwezig zijn die dicht bij de veehouderij zijn gelegen dan de in het plan voorziene geurgevoelige objecten. Een andere vraag is of binnen die geurcontour geurgevoelige objecten kunnen worden verwezenlijkt. In dit verband is van belang dat de gemeenteraad bevoegd is de maximale waarde voor de geurbelasting van een veehouderij voor geurgevoelige objecten vast te stellen. In afwijking van een eerdere uitspraak,¹⁷⁶ is de Afdeling thans van oordeel dat overschrijding van de voor veehouderijen toepasselijke norm niet zonder meer betekent dat ter plaatse geen sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. In dat verband achtte de Afdeling van belang dat de gemeenteraad met toepassing van de bijlagen 6 en 7 van de handreiking bij de Wgv als uitgangspunt had vastgesteld dat bij een percentage geurgehinderden in het desbetreffende gebied van maximaal 12% ter plaatse sprake is van een goed woon- en leefklimaat.

¹⁷⁴ Uitspraak van 8 juli 2009 in zaak nr. 200806627/1/H1 (Gst. 2009, 88).

¹⁷⁵ Uitspraak van 23 september 2009 in zaak nr. 200900791/1/M2 (JM 2010/10).

¹⁷⁶ Uitspraak van 16 juli 2008 in zaak nr. 200705538/1.

De Afdeling zag geen aanleiding voor het oordeel dat de gemeenteraad, gegeven de in dit geval aanwezige achtergrondbelasting, niet van dit percentage mocht uitgaan. De Afdeling achtte niet aannemelijk dat eventuele klachten over geurhinder zullen leiden tot het nemen van besluiten die ertoe zouden strekken de emissie van de veehouderij te beperken.¹⁷⁷

Niet alleen emissiereducerende technieken kunnen als een geurbelastingreducerende maatregel in de zin van artikel 3, vierde lid, van de Wgv worden beschouwd. Een redelijke uitleg van de wet in het licht van de doelstelling daarvan – het voorkomen van onaanvaardbare geurhinder – brengt met zich dat het verplaatsen van dieren naar een verder van een geurgevoelig object gelegen stal ook als een geurbelastingreducerende maatregel, als bedoeld in artikel 3, vierde lid, van de wet kan worden aangemerkt.¹⁷⁸

3 Wet milieubeheer

De Afdeling heeft eerder geoordeeld dat een permanent bewoonde recreatiewoning als woning in de zin van artikel 1 van het toen nog geldende Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen moest worden aangemerkt.¹⁷⁹ Ook volgens het thans geldende Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer is een recreatiewoning een woning indien zij permanent wordt bewoond.¹⁸⁰

Strijd met een bestemmingsplan is geen verplichte

weigeringsgrond voor een milieuvergunning. Een redelijke uitleg van de artikelen 8.9, 8.10, tweede lid, onder c, en 8.10, derde lid, van de Wet milieubeheer brengt met zich dat in de gevallen waarop laatstgenoemde bepaling betrekking heeft, geen plicht maar een bevoegdheid bestaat om bij strijd met een bestemmingsplan de gevraagde milieuvergunning te weigeren. Deze uitleg is in overeenstemming met de bij de wet tot wijziging van de Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening (Kamerstukken II 2008/2009, 31 750, nr. 2) voorgestelde wijziging van de Wet milieubeheer.¹⁸¹

De in Hoofdstuk 16 van de Wet milieubeheer opgenomen regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten biedt het kader voor de verplichting van Nederland om broeikasgasemissierechten in de periode 2008–2012 met 6% terug te brengen ten opzichte van 1990. De toewijzing van emissierechten aan de zware industrie en andere sectoren vindt plaats op basis van het nationaal toewijzingsplan, waartegen geen beroep openstaat. De beroepsprocedure inzake de toewijzing van emissierechten bevat de mogelijkheid tot toepassing van een bestuurlijke lus. In gevallen waarin naar het oordeel van de Afdeling het beroep gegrond is, doet zij alvorens te

¹⁷⁷ Uitspraak van 7 oktober 2009 in zaak nr. 200900801/1/R3.

¹⁷⁸ Uitspraak van 3 juni 2009 in zaak nr. 200804178/1/M2 (JM 2009, 138).

¹⁷⁹ Uitspraak van 22 augustus 2007 in zaak nr. 200609234/1.

¹⁸⁰ Uitspraak van 25 november 2009 in zaak nr. 200807964/1/M1.

¹⁸¹ Uitspraak van 27 mei 2009 in zaak nr. 200806366/1/M2 (Gst. 2009, 79).

beslissen op dat beroep tegen het toewijzingsbesluit binnen achttien weken na afloop van de beroepstermijn en na sluiting van het onderzoek een tussenuitspraak, waarbij zij de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de minister van Economische Zaken in de gelegenheid stelt de gebreken in het besluit te herstellen.

In een dergelijke tussenuitspraak¹⁸² heeft de Afdeling drie van de in totaal 44 beroepen die waren ingesteld tegen een besluit tot toewijzing van emissierechten (gedeeltelijk) gegrond verklaard. Voor die gevallen hebben de ministers het toewijzingsbesluit aangepast. Dat herstelbesluit is behoudens een kleine correctie bij de einduitspraak¹⁸³ op de ingestelde beroepen in stand gebleven. In de einduitspraak zijn de overige beroepen ongegrond verklaard. De meeste hiervan betroffen beroepen van elektriciteitsbedrijven tegen de zogeheten windfall profitskorting: een aanvullende korting voor elektriciteitsbedrijven in verband met de mogelijkheid van doorberekening van de gratis toegewezen emissierechten in de prijs van elektriciteit voor de eindgebruikers. Aan deze in het toewijzingsplan opgenomen korting ligt ten grondslag dat de elektriciteitsmarkt een grotendeels regionale markt is waarbij de concurrentie komt van bedrijven die ook onder het stelsel van emissierechtenhandel vallen. De Afdeling heeft in het kader van de exceptieve toetsing van het toewijzingsplan dat plan op dit punt in overeenstemming geacht met Richtlijn 2003/87/EG inzake de handel in emissierechten. De Afdeling heeft verder geoordeeld dat aannemelijk is dat de elektriciteitsbedrijven in verband met de beperkte

concurrentie die deze sector op de internationale energiemarkt ondervindt, windfall profits behalen dan wel kunnen behalen, zodat de korting kon worden toegepast.

4 Ruimtelijke ordening

Beroepsmogelijkheden Wet ruimtelijke ordening (Wro)

Uit de artikelen 4.4, eerste lid, en 8.2, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wro en artikel 8:5, eerste lid, van de Awb, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat geen bezwaar en beroep kan worden ingesteld tegen het geven van een aanwijzing, als bedoeld in artikel 4.4, eerste lid, onder a, van de Wro, voor zover deze geen betrekking heeft op een daarbij concreet aangegeven locatie, waarvan geen afwijking mogelijk is; uit die bepalingen volgt eveneens dat geen bezwaar en beroep openstaat tegen het geven van een aanwijzing als bedoeld in artikel 4.4, eerste lid, onder b en c.

Uit de gelijkstelling, genoemd in artikel 6:2, aanhef en onder a, van de Awb, volgt voorts dat onder het uitsluiten van bezwaar en beroep tegen het geven van aanwijzingen als hiervoor bedoeld, ook is begrepen het uitsluiten van bezwaar en beroep tegen de schriftelijke weigering om dergelijke aanwijzingen te geven.

Uit de artikelen 3.26, eerste lid, 3.8, zesde lid, 8.1, aanhef en onder c en 8.2, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wro, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat uitsluitend beroep kan worden ingesteld tegen het geven

¹⁸² Uitspraak van 19 mei 2009 in zaak nr. 200809472/1 e.a.

¹⁸³ Uitspraak van 20 oktober 2009 in zaak nr. 200809472/2/M1 e.a.

van een aanwijzing als bedoeld in artikel 3.8, zesde lid, van de Wro (de zogenoemde reactieve aanwijzing). Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wro (Kamerstukken II 2004/05, 28 916, nr. 15, blz. 8) blijkt dat de wetgever beroep tegen het geven van een reactieve aanwijzing heeft opengesteld, omdat het hier, nu er geen nieuw plan behoeft te komen, gaat om een eindbeslissing en er in dit geval geen mogelijkheid is om tegen de aanwijzing op te komen in het kader van de totstandkoming van het bestemmingsplan dat strekt ter uitvoering van die aanwijzing.

Hoewel uit de gelijkstelling, genoemd in artikel 6:2, aanhef en onder a, van de Awb, zou kunnen worden afgeleid dat eveneens beroep openstaat tegen de schriftelijke weigering een reactieve aanwijzing te geven, moet uit het stelsel van de Wro worden afgeleid dat die mogelijkheid niet openstaat.

Tegen een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan of inpassingsplan dat is bekendgemaakt zonder dat met betrekking tot dat plan een reactieve aanwijzing is gegeven, kunnen belanghebbenden die zich daarmee niet kunnen verenigen, echter rechtstreeks beroep instellen bij de Afdeling.¹⁸⁴

Van een beroep gericht tegen (een besluit op bezwaar inzake) een besluit tot weigering een wijzigingsplan vast te stellen dat voor 1 juli 2008 bekend is gemaakt, blijft de rechtbank ook na de inwerkingtreding van de Wet ruimtelijke ordening in eerste aanleg bevoegd kennis te nemen. De Afdeling is in eerste en enige aanleg bevoegd kennis te nemen van een beroep gericht tegen (een be-

sluit op bezwaar inzake) een besluit tot weigering een wijzigingsplan vast te stellen als dat besluit op of na 1 juli 2008 is bekendgemaakt.¹⁸⁵

Elektronisch beschikbaar te stellen stukken

In een geval waarin beroep tegen de vaststelling van een bestemmingsplan was ingesteld, zag de Afdeling zich geplaagd voor de vraag welke stukken in dit geval langs elektronische weg beschikbaar hadden moeten worden gesteld. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening (Kamerstukken II 2006/07, 30 938, nr. 3, blz. 46) blijkt dat in artikel 3.8, eerste lid, onder a, van de Wro bewust is gekozen voor een andere terminologie dan is gebezigd in artikel 3:11, eerste lid, van de Awb. De wetgever gaat ervan uit dat de zinsnede "met de hierbij behorende stukken" in artikel 3.8, eerste lid, onder a, van de Wro uitsluitend ziet op het ontwerp bestemmingsplan met de daarbij behorende toelichting. Deze bepaling moet daarom aldus worden uitgelegd, dat deze in ieder geval de verplichting inhoudt om het ontwerp bestemmingsplan, dat wil zeggen de verbeelding en de planregels, en de toelichting bij het ontwerp bestemmingsplan via elektronische weg beschikbaar te stellen. Deze verplichting strekt zich eveneens uit tot de bijlagen die

¹⁸⁴ Uitspraak van 1 september 2009 in zaak nr. 200904113/3/R3.

Zie in dit verband ook de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 31 juli 2009 in zaak nr. 200904113/2/R3 (AB 2009, 321; TBR 2009/170, p. 840).

¹⁸⁵ Uitspraak van 17 juni 2009 in zaak nr. 200901661/1/R3 (AB 2009, 312; Gst. 2009, 93; BR 2009, p. 748).

zijn opgenomen bij de planregels, zoals een Staat van Bedrijfsactiviteiten, en tot de bijlagen die zijn opgenomen bij de plantoelichting en die daarvan onderdeel uitmaken. Bijlagen die daarvan geen onderdeel uitmaken, behoeven niet langs elektronische weg beschikbaar te worden gesteld.¹⁸⁶

Duurzame ontwrichting van voorzieningenniveau

Voor de vraag of de komst van een nieuwe detailhandelsvestiging leidt tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau in een bepaalde sector, komt geen doorslaggevende betekenis toe aan de vraag of er sprake is van overaanbod en mogelijke sluiting van bestaande detailhandelsvestigingen, maar aan de vraag of voor de inwoners van de gemeente een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft, in die zin dat zij op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun geregelde inkopen kunnen doen.¹⁸⁷

5 Keurbepaling

Financiële voorwaarde

Aan een keurbepaling op grond waarvan aan een te verlenen vergunning voor het dempen van water een voorschrift kan worden verbonden, kan in beginsel ook een voorschrift worden verbonden dat strekt tot betaling van een financiële compensatie. Aanvaardbaar is te achten dat een dergelijke financiële compensatie wordt gevraagd voor het dempen van water, indien compensatie in natura niet mogelijk is en de financiële compensatie wordt gebruikt voor het graven van watergangen elders. Het

vragen van financiële compensatie voor ten gevolge van het graven van die nieuwe watergangen toegenomen onderhoudskosten voor het hoogheemraadschap, strekt niet tot bescherming van het belang in verband waarmee de vergunningen zijn verleend. Daarvoor bestaat evenmin een andere wettelijke grondslag.¹⁸⁸

6 Onderwijs

In het vorige jaarverslag is melding gemaakt van een drietal uitspraken waarin is geoordeeld over de afwijzing door de gemeenteraad van Wierden van de aanvraag van een school voor huisvestingsvoorzieningen voor respectievelijk de jaren 2005, 2006 en 2007. Ook voor het jaar 2008 heeft de gemeenteraad van Wierden een aanvraag van diezelfde school voor huisvestingsvoorzieningen afgewezen. De Afdeling heeft de beslissing van de rechtbank tot vernietiging van het op het jaar 2008 betrekking hebbende besluit bevestigd. Daartoe werd onder meer overwogen dat op 1 augustus 2008 de bestemming van rijkswege van de school is aangevangen en toen voor het gemeentebestuur de wettelijke verplichting

¹⁸⁶ Uitspraak van 2 december 2009 in zaak nr. 200901438/1/R3 (AB 2010, 2; JM 2010/12; MS 2009, 641).

¹⁸⁷ Zie de uitspraken van 10 juni 2009 in zaak nr. 200808122/1/R3 (AB 2009, 252; Gst. 2009, 7326) en 24 juni 2009 in zaak nr. 200806342/1/H1 (MS 2009, 442).

¹⁸⁸ Uitspraak van 27 mei 2009 in zaak nr. 200806373/1/H2. Zie ook de uitspraken van 24 juni 2009 in zaak nr. 200806342/1/H1 (MS 2009, 442) en 7 oktober 2009 in zaak nr. 200807997/1/H1.

is ontstaan de huisvesting van de school te bekostigen. De gemeenteraad is verplicht op de begroting uitgaven te reserveren voor die bekostiging. Dit betekent dat het college van burgemeester en wethouders zich bij zijn besluit op de aanvraag van de school niet meer kan beroepen op de omstandigheid dat de gemeenteraad geen bedrag voor huisvesting beschikbaar heeft gesteld.¹⁸⁹

7 Betekenis van communautair recht voor het asiel- en migratierecht

Dat het communautaire recht, gebaseerd op titel IV van het EG-Verdrag, een steeds grotere rol speelt in het nationale vreemdelingenrecht is ook dit verslagjaar duidelijk naar voren gekomen.

Definitie- of Kwalificatierichtlijn

Veel aandacht – zowel in Nederland als in de andere EU-landen – is uitgegaan naar het arrest van het Hof van Justitie van 17 februari 2009, waarin het antwoord geeft op de door de Afdeling in 2007 gestelde prejudiciële vragen over de uitleg van artikel 15, aanhef en onder c, van Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, en de inhoud van de verleende bescherming van de Raad van de Europese Unie (ook wel bekend als de Definitie- of Kwalificatierichtlijn). Uit rechtsoverweging 43 van het arrest van het Hof, gelezen in samenhang met de rechtsoverwegingen 35 tot en met 40, leidt

de Afdeling af dat artikel 15, aanhef en onder c, gelezen in samenhang met artikel 2, eerste lid, aanhef en onder e, van de richtlijn, bescherming beoogt te bieden in de uitzonderlijke situatie dat de mate van willekeurig geweld in het aan de gang zijnde gewapend conflict dermate hoog is, dat zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat een burger die terugkeert naar het betrokken land of, in voorkomend geval, naar het betrokken gebied, louter door zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico loopt op de in artikel 15, aanhef en onder c, van de richtlijn bedoelde ernstige bedreiging. Artikel 29, eerste lid, aanhef en onder b, van de Vreemdelingenwet 2000 voorziet in de in dit geval vereiste bescherming, aangezien deze bepaling de grondslag biedt voor vergunningverlening in situaties die door artikel 3 van het EVRM worden bestreken en laatstgenoemde bepaling – gezien de daaraan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gegeven uitleg¹⁹⁰ – ook ziet op de uitzonderlijke situatie, beschreven in artikel 15, aanhef en onder c, van de richtlijn.¹⁹¹

Dublinverordening

Mogelijk nog meer aandacht is in het verslagjaar uitgegaan naar de problematiek van de overdracht van asielzoekers naar Griekenland op basis van de Dublin-

¹⁸⁹ Uitspraak van 30 december 2009 in zaak nr. 200904720/1/H2.

¹⁹⁰ Arrest van het EHRM van 17 juli 2008 in zaak nr. 25904/07, NA. tegen het Verenigd Koninkrijk (JV 2008/329).

¹⁹¹ Uitspraak van 25 mei 2009 in zaak nr. 200702174/2/V2 (JV 2009/291).

verordening.¹⁹² De Afdeling is van oordeel dat – mede gelet op jurisprudentie van het EHRM¹⁹³ – er geen concrete aanknopingspunten zijn dat overgedragen asielzoekers het risico lopen door Griekenland in strijd met het verbod van refolement te worden verwijderd naar hun land van herkomst, zodat de staatssecretaris van Justitie met een beroep op het interstatelijk vertrouwensbeginsel heeft mogen aannemen dat Griekenland in zoverre zijn verdragsverplichtingen zal nakomen.¹⁹⁴ Klachten omtrent de omstandigheden in detentie waarin overgedragen asielzoekers mogelijk in Griekenland komen te verkeren, dienen, aldus de Afdeling, in beginsel bij de Griekse autoriteiten naar voren te worden gebracht en zo nodig daarna bij het EHRM.¹⁹⁵ Hoewel de Afdeling onderkent dat uit algemene informatie kan worden afgeleid dat in voorkomend geval overgedragen asielzoekers in Griekenland gedetineerd zijn geweest onder onwenselijke en in bepaalde opzichten zorgwekkende omstandigheden, acht zij niet aannemelijk gemaakt dat die omstandigheden zonder meer van dien aard zijn dat een mogelijke detentie van enkele dagen strijd oplevert met artikel 3 van het EVRM.¹⁹⁶ De jurisprudentie van het EHRM¹⁹⁷ en de in verscheidene zaken door de President van het EHRM getroffen interim measures, nopen volgens de Afdeling niet tot een ander oordeel.¹⁹⁸

Gezinsherenigingsrichtlijn

Op het gebied van reguliere immigratie is aan de orde geweest de vraag of de zogenoemde 'dubbele toets' in de Nederlandse reguliere toelatingsprocedure niet in

strijd is met Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging. Uit de richtlijn volgt dat een verzoek om gezinshereniging een verzoek om toegang en verblijf omvat en in beginsel wordt ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger verblijven. Aanvaarding van het verzoek om gezinshereniging brengt met zich dat aan het gezinslid de toegang tot het grondgebied van de lidstaat en een

¹⁹² Verordening (EG) 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend.

¹⁹³ Beslissing van het EHRM van 2 december 2008 in zaak nr. 32733/08, K.R.S. tegen het Verenigd Koninkrijk (JV 2009/41).

¹⁹⁴ Uitspraken van 29 januari 2009 in zaak nr. 200805984/1 en 31 augustus 2009 in zaak nr. 200903594/1/V3 (JV 2009/389; NJB 2009, 1670).

¹⁹⁵ Zie in dit verband ook de uitspraken van 30 oktober 2009 in de zaken met de nummers 200902973/1/V3 (JV 2009/482) en 200906498/1/V3 (JV 2009/483) inzake de overdracht van asielzoekers naar Italië.

¹⁹⁶ Uitspraak van 31 augustus 2009 in zaak nr. 200903594/1/V3 (JV 2009/389; NJB 2009, 1670).

¹⁹⁷ Arrest van het EHRM van 11 juni 2009 in zaak nr. 53541/07, S.D. tegen Griekenland (JV 2009/343).

¹⁹⁸ Uitspraak van 3 november 2009 in zaak nr. 200905828/1/V3 (JV 2009/485).

verblijfstitel moet worden verleend. In de richtlijn is echter geen regeling gegeven ten aanzien van de ingangsdatum van de verblijfstitel. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat bij de totstandkoming van de richtlijn de opstellers ervan een procedure voor ogen hebben gehad, waarbij direct bij de aanvaarding van het verzoek om gezinshereniging, dan wel direct bij het feitelijk verlenen van toegang tot het grondgebied van de lidstaat de verblijfstitel wordt verleend, is een dergelijke procedure niet in de richtlijn voorgeschreven. Naar het oordeel van de Afdeling bestaat dan ook geen grond om de in Nederland gehanteerde procedure, waarbij na een positieve beoordeling van een aanvraag om een machtiging tot voorlopig verblijf vervolgens van de vreemdeling wordt verlangd dat hij na inreis met die machtiging een aanvraag indient voor verlening van een verblijfstitel, als zodanig in strijd met de richtlijn te achten. In het feit dat naar aanleiding van laatstgenoemde aanvraag wordt beoordeeld of de vreemdeling ook op dat moment nog aan de voorwaarden voor verblijf met het oog op gezinshereniging voldoet, ziet de Afdeling evenmin grond voor dat oordeel. De aanvraag voor verlening van een reguliere verblijfsvergunning met het oog op gezinshereniging zal immers slechts worden afgewezen in de gevallen dat op grond van de richtlijn de mogelijkheid bestaat verblijf te onthouden omdat de vreemdeling niet langer aan de daartoe geldende voorwaarden voldoet.¹⁹⁹

Associatieverdrag met Turkije

Prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zijn dit jaar door de Afdeling voorgelegd ten aanzien van artikel 13

van Besluit nr. 1/80 betreffende de ontwikkeling van de associatie met Turkije in relatie met het nationale beleid inzake voortgezet verblijf na verbreking van het huwelijk. Voormeld artikel 13 bevat een zogenoemde 'standstill-bepaling', op grond waarvan na 1 december 1980 geen nieuwe beperkingen mogen worden ingevoerd met betrekking tot de toegang tot de werkgelegenheid van werknemers en hun gezinsleden wier verblijf en arbeid op hun onderscheiden grondgebied legaal zijn. Het in geding zijnde beleid was na 1 december 1980 versoepeld, maar die versoepeling werd later teruggedraaid. Hoewel enerzijds betoogd kan worden dat het terugkomen van een na 1 december 1980 ingetreden versoepeling, voor zover dit terugkomen ten opzichte van de op 1 december 1980 geldende bepaling geen aanscherping behelst, niet als een nieuwe beperking in de zin van voormeld artikel 13 kan worden aangemerkt, zou anderzijds betoogd kunnen worden dat met een versoepeling van de op 1 december 1980 geldende bepaling een gunstiger voorwaarde is geschapen voor de geleidelijke verwezenlijking van het vrij verkeer van werknemers en dat het afschaffen daarvan niet bijdraagt aan deze verwezenlijking, maar deze veeleer bemoeilijkt. Gelet hierop heeft de Afdeling aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of artikel 13 van Besluit nr. 1/80 aldus moet worden uitgelegd, dat onder een nieuwe beperking in de zin van die bepaling mede dient te worden verstaan een aanscherping ten opzichte van een na 1 december 1980 in werking getreden bepaling, die een versoepeling inhield van de op 1 december 1980 geldende bepaling, indien deze

¹⁹⁹ Uitspraak van 21 juli 2009 in zaak nr. 200802953/1.

aanscherping geen verslechtering ten opzichte van de op 1 december 1980 geldende bepaling behelst.²⁰⁰

Aan het Hof van Justitie is voorts de vraag voorgelegd of artikel 7 van besluit nr. 1/80 zo moet worden uitgelegd dat gezinsleden van een Turkse werknemer die tot de legale arbeidsmarkt van een lidstaat behoort, geen beroep op deze bepaling kunnen doen, nadat die werknemer, onder behoud van de Turkse nationaliteit, de nationaliteit van de lidstaat van ontvangst heeft verkregen alsmede de vraag of daarbij het tijdstip waarop de nationaliteit van de lidstaat van ontvangst is verkregen van belang is.²⁰¹

8 Asielzaken

De toetsing van vermoedens

Anders dan voorheen is de Afdeling van oordeel dat van de vermoedens van de vreemdeling die deel uitmaken van de gebeurtenissen die volgens zijn asielrelaas hebben plaatsgevonden, dienen te worden onderscheiden de door de vreemdeling aan die gebeurtenissen ontleende vermoedens over wat hem bij terugkeer naar het land van herkomst te wachten staat. De rechter dient met terughoudendheid te toetsen of de staatssecretaris van Justitie zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vermoedens van de vreemdeling die deel uitmaken van de gebeurtenissen die volgens zijn asielrelaas hebben plaatsgevonden, niet plausibel te achten zijn en diengevolge niet als geloofwaardig kunnen worden aangenomen. Vervolgens is echter bij de toetsing door de rechter van het standpunt van de staatssecretaris

omtrent het realiteitsgehalte van de door de vreemdeling aan de niet ongeloofwaardig geachte feiten en omstandigheden ontleende vermoedens over wat hem bij terugkeer naar het land van herkomst te wachten staat, voor deze terughoudendheid geen plaats. Die vermoedens maken immers deel uit van de door de vreemdeling op die feiten en omstandigheden gebaseerde vrees voor vervolging in de zin van artikel 1(A) van het Vluchtelingenverdrag of voor schending jegens hem van artikel 3 van het EVRM. Het standpunt van de staatssecretaris over de gegrondheid van die vrees van de vreemdeling dient naar vaste jurisprudentie van de Afdeling door de rechter niet met de terughoudendheid als hiervoor bedoeld te worden getoetst.²⁰²

Artikel 1(F) van het Vluchtelingenverdrag

Bij de beoordeling of op Afghaanse vreemdelingen die werkzaam zijn geweest bij de Khadimat-e Atal'at-e Dowlati (KhAD) of de Wazarat-e Amani-at-e Dowlati (WAD), artikel 1(F) van het Vluchtelingenverdrag van toepassing is, pleegt de staatssecretaris van Justitie gebruik te maken van een ambtsbericht van de minister van Buitenlandse Zaken van februari 2000. De 'Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992' van de United Nations High

²⁰⁰ Uitspraken van 24 juli 2009 in de zaken met de nummers 200804679/1/V3 en 200803358/1/V3 (JV 2009/362).

²⁰¹ Uitspraken van 31 december 2009 in de zaken met de nummers 200804879/1/V3 en 200903471/1/V3.

²⁰² Uitspraak van 21 juli 2009 in zaak nr. 200805962/1 (JV 2009/378).

Commissioner for Refugees (UNHCR) van 13 mei 2008, die op relevante onderdelen andere informatie vermeldt dan het ambtsbericht, biedt geen concreet aanknopingspunt voor twijfel aan de juistheid en volledigheid van het ambtsbericht. Hoewel informatie van een gezaghebbende organisatie als de UNHCR in de regel met bijzondere aandacht in de beschouwingen dient te worden betrokken, kon aan de in dit geval voorhanden zijnde informatie geen doorslaggevende betekenis worden toegekend. Daartoe achtte de Afdeling onder meer van belang dat de herkomst van de informatie in de UNHCR-Note, afgezien van de verwijzing naar rapporten van een bepaald persoon, voor het overige niet nader is gespecificeerd dan als afkomstig van goed geïnformeerde bronnen, zoals personen die destijds waren verbonden aan de KhAD/WAD. Daarmee is naar haar oordeel niet inzichtelijk in hoeverre deze bronnen kunnen worden gekwalificeerd als objectief, onafhankelijk en betrouwbaar.²⁰³

Artikel 3 EVRM

Om een geslaagd beroep te kunnen doen op artikel 3 van het EVRM, dient naar het oordeel van de Afdeling, wil aannemelijk zijn dat een vreemdeling bij uitzetting een reëel risico loopt op een met deze verdragsbepaling strijdige behandeling, sprake te zijn van specifieke individuele kenmerken ('special distinguishing features'), waaruit een verhoogd risico voor een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM valt af te leiden. Dergelijke specifieke individuele kenmerken zijn evenwel niet vereist, indien de desbetreffende vreemdeling

aannemelijk maakt dat hij deel uitmaakt van een groep die systematisch wordt blootgesteld aan een praktijk van onmenselijke behandelingen, dan wel aannemelijk maakt dat sprake is van een zeer uitzonderlijk situatie ('most extreme case') van algemeen geweld in zijn land van herkomst. De Afdeling volgt hiermee de jurisprudentie van het EHRM. De enkele omstandigheid dat de staatssecretaris van Justitie in het landgebonden asielbeleid ten aanzien van Irak christenen als kwetsbare minderheidsgroep heeft aangemerkt, betekent nog niet dat de staatssecretaris er daarbij ook vanuit is gegaan dat die groep doelwit is van een systematische schending van artikel 3 van het EVRM. Die beoordeling dient, ingeval de vreemdeling betoogt dat hij tot een zodanige groep behoort, nog te worden verricht aan de hand van de in dat verband ingebrachte informatie over de situatie van de desbetreffende groep en de mate waarin de leden van die groep bescherming kunnen verkrijgen tegen onmenselijke behandelingen.²⁰⁴ Ten aanzien van onder meer voormalige werknemers van de Democratische Volkspartij van Afghanistan (DVPA), de KhAD/WAD²⁰⁵ en vrouwen in Afghanistan²⁰⁶ heeft de Afdeling geoordeeld dat zij niet kunnen worden aangemerkt als een groep die doelwit is van systematische schendingen van

²⁰³ Uitspraak van 24 september 2009 in zaak nr. 200901907/1/V1 (JV 2009/416).

²⁰⁴ Uitspraak van 8 juni 2009 in zaak nr. 200900007/1/V2 (JV 2009/305).

²⁰⁵ Uitspraak van 16 september 2009 in zaak nr. 200809175/1/V3.

²⁰⁶ Uitspraak van 29 september 2009 in zaak nr. 200807067/1/V2 (JV 2009/463).

artikel 3 van het EVRM. Ten aanzien van een vreemdeling die tot de Reer Hamar uit Somalië behoort, heeft de Afdeling daarentegen geoordeeld dat voldoende is komen vast te staan dat ten tijde van belang voor hem bij terugkeer naar Somalië een dreigende schending van voormelde verdragsbepaling aanwezig was.²⁰⁷

Hoewel uit vaste jurisprudentie van de Afdeling volgt dat, ook indien een vreemdeling stelt dat bij gedwongen terugkeer naar het land van herkomst het risico bestaat op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling of bestraffing, moet worden voldaan aan de in het nationale recht neergelegde procedure-regels, zoals artikel 4:6 van de Awb (ne bis in idem), wordt aan deze verdragsbepaling niettemin speciale aandacht gegeven in procedures over een herhaalde asielaanvraag. Indien nieuwe feiten of veranderde omstandigheden ontbreken en geen sprake is van een voor de vreemdeling relevante wijziging van het recht, kan het besluit namelijk niettemin worden getoetst door de bestuursrechter, voor zover bijzondere, op de individuele zaak betrekking hebbende feiten en omstandigheden, als bedoeld in het arrest van het EHRM van 19 februari 1998 in zaak nr. 145/1996/764/965, Bahaddar tegen Nederland (JV 1998/45), daartoe nopen. Ten aanzien van de beoordeling of sprake is van dergelijke bijzondere feiten en omstandigheden, heeft de Afdeling verduidelijkt dat die beoordeling niet betekent dat ter toetsing staat of de staatssecretaris van Justitie zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat het beroep van de vreemdeling op artikel 3 van het EVRM faalt. Aan die toetsing

van het standpunt van de staatssecretaris komt de rechter eerst toe, nadat hij tot het oordeel is gekomen dat de feiten en omstandigheden die de vreemdeling in het kader van artikel 3 van het EVRM heeft aangevoerd, in het licht van de beoordeling in de eerdere procedure en het bepaalde in artikel 13 van het EVRM, zodanig zwaarwegend zijn, dat de wijze waarop de rechter het besluit van gelijke strekking naar nationaal recht pleegt te beoordelen, er aan in de weg zou staan dat een reëel risico op een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling of bestraffing in de beoordeling van het beroep wordt betrokken.²⁰⁸

9 Reguliere vreemdelingenzaken

Volgens de jurisprudentie van het EHRM²⁰⁹ kan uitzetting in verband met de medische toestand van de uit te zetten persoon onder uitzonderlijke omstandigheden en wegens dwingende redenen van humanitaire aard, bij gebrek aan medische voorzieningen en sociale opvang in het land waarnaar wordt uitgezet, tot schending van artikel 3 van het EVRM leiden. Van uitzonderlijke omstandigheden kan volgens die jurisprudentie slechts sprake zijn, indien de desbetreffende vreemdeling aan een

²⁰⁷ Uitspraak van 30 oktober 2009 in zaak nr. 200809056/1/V2.

²⁰⁸ Uitspraak van 9 april 2009 in zaak nr. 200806071/1 (JV 2009/261).

²⁰⁹ Zie de arresten van 2 mei 1997 in de zaak St. Kitts, nr. 146/1996/767/964 (RV 1997, 70), 6 februari 2001 in de zaak Bensaid, nr. 44599/98 (JV 2001/103), en 27 mei 2008 in de zaak N. tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 26565/05 (JV 2008/266).

ziekte in een vergevorderd en direct levensbedreigend stadium lijdt. Degene die verkeert in een situatie als bedoeld in genoemde jurisprudentie van het EHRM, zal ook komen te verkeren in een medische noodsituatie als bedoeld in paragraaf B8/3.1 van de Vreemdelingen-circulaire 2000. Gezien deze materiële overeenkomst staat de in het algemeen geldende scheiding tussen enerzijds gronden die aanspraak geven op verlening van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd en anderzijds gronden die aanspraak geven op een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd, er niet aan in de weg om uitzonderlijke omstandigheden die de vreemdeling onder verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM heeft gesteld, te betrekken bij de beoordeling of aanspraak bestaat op verlening van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in verband met het bestaan van een medische noodsituatie. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat in dergelijke gevallen sprake is van een zodanige samenhang, dat niet op voorhand duidelijk is waar in het concrete geval de scheidslijn ligt tussen de uitzonderlijke omstandigheden bedoeld in de jurisprudentie van het EHRM en de medische omstandigheden die aanleiding geven tot verlening van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd wegens een medische noodsituatie. De aan artikel 3 van het EVRM te ontleen bescherming vormt derhalve een factor die kan leiden tot verlening van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd in verband met een medische noodsituatie, zodat ook op deze wijze aan die bescherming gestalte wordt gegeven.²¹⁰

²¹⁰ Uitspraak van 25 mei 2009 in zaak nr. 200806018/1 (JV 2009/292).

Bedrijfsvoering

Organisatie

De Afdeling bestuursrechtspraak bestaat uit vier Kamers. Deze indeling is afgestemd op de hoofdcategorieën van zaken die de Afdeling bestuursrechtspraak behandelt: ruimtelijke ordeningszaken (Kamer 1), milieuzaken (Kamer 2), algemeen hoger beroep (Kamer 3) en hoger beroep in vreemdelingenzaken (Kamer 4). De samenstelling van de Kamers, zoals deze was aan het eind van het verslagjaar, is opgenomen in bijlage 4 van dit jaarverslag.

Kwaliteit van de uitspraken

Ook in het verslagjaar heeft de Afdeling bestuursrechtspraak uitvoering gegeven aan projecten die er op zijn gericht de kwaliteit van de uitspraken te waarborgen en, waar nodig, verder te verhogen.

Op 1 januari 2008 is de implementatie van het 'Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak' gestart. Dit rapport bevat aanwijzingen voor het opstellen van uitspraken, waaronder aanwijzingen voor de opbouw en motivering van uitspraken. In de tweede helft van 2009 is een herziening van het rapport aan de hand van de opgedane ervaringen opgesteld.

Voorts is in 2009 het interne onderzoek 'Motivering bij rechtsvorming' afgerond. In aansluiting hierop is een aantal aanbevelingen geformuleerd dat erop is gericht

een draagkrachtige en duidelijke motivering van rechtsvormende uitspraken te bevorderen. Deze aanbevelingen vormen een aanvulling op de aanwijzingen met betrekking tot de motivering die zijn opgenomen in het hiervoor genoemde rapport over opzet en vormgeving van uitspraken.

Instroom en verwerking van zaken

In het verslagjaar was de instroom van zaken ingevolge de nieuwe Wet ruimtelijke ordening en van vreemdelingenzaken aanzienlijk groter dan de prognose. Omdat deze verhoogde instroom zich met name in de tweede helft van 2009 voordeed, kon deze niet meer geheel in 2009 worden afgedaan.

In Bijlage 5 van dit jaarverslag staat een uitgebreid overzicht van ingekomen en afgedane (hoger)beroepschriften in het verslagjaar.

In het kader van de samenwerking met het Gemeenschappelijk Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba zijn in het verslagjaar 117 hogerberoepschriften in behandeling genomen. In het voorjaar en in het najaar van 2009 is er een zittingsronde op de Nederlandse Antillen en op Aruba gehouden. In 2009 zijn in totaal 75 uitspraken openbaar gemaakt.

Doorlooptijden

De termijnen voor de afdoening van zaken na zitting laten nog steeds een trendmatige verbetering zien. In het verslagjaar is 68% van de uitspraken binnen 6 weken na de zitting openbaar gemaakt. 28% van de uitspraken is tussen 6 en 12 weken na de zitting openbaar gemaakt. In 2009 is derhalve in 96% van de zaken uitspraak gedaan binnen twaalf weken na de zitting.

Om aan het streven naar finale geschillenbeslechting te kunnen voldoen, is in het verslagjaar in meer zaken dan voorheen het onderzoek na zitting heropend met toepassing van artikel 8:68 van de Algemene wet bestuursrecht. Dit heeft in een aantal gevallen tot vertraging in de afdoeningstermijn geleid. In vergelijking tot de situatie dat in die gevallen met een vernietiging zou worden volstaan en een nieuw - wederom beroepbaar - besluit zou moeten worden genomen, werd in die gevallen de totale proceduurtijd voor partijen evenwel vrijwel steeds aanmerkelijk bekort.

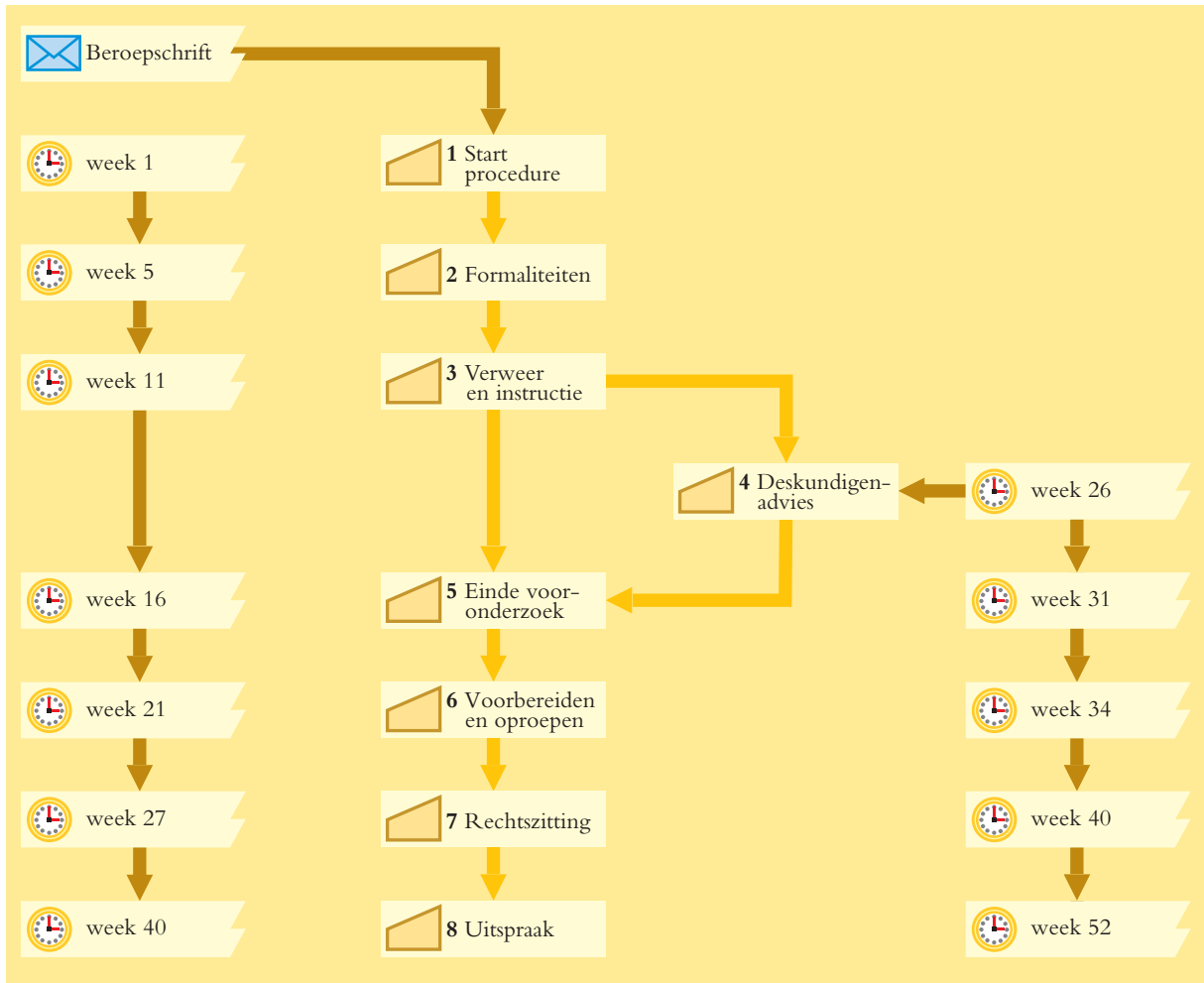
De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert maximale doorlooptijden voor zaken die ter zitting worden behandeld. De maximale doorlooptijd van zaken in de Kamers 1 en 2 bedraagt 52 weken en die van zaken in Kamer 3 bedraagt 40 weken. Deze maximale doorlooptijd staat niet geheel ter vrije beschikking van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het procesrecht van de Algemene wet bestuursrecht is namelijk zo ingericht 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 zo'n periode in. De appellant wordt na het ontvangst van zijn beroepschrift een termijn van vier weken gegund om het verschuldigde griffierecht te voldoen. Ook de wettelijke termijn van vier weken die verweerder wordt gegund voor het uitbrengen van een verweerschrift stukt tijdelijk de (inhoudelijke) behandeling van de zaak.

In het bijzonder met het oog op nieuwe wetgeving, heeft de beheersing van de totale doorlooptijd van zaken de voortdurende aandacht. Met behoud van aandacht voor de kwaliteit van de uitspraken, streeft de Afdeling bestuursrechtspraak naar een zo efficiënt mogelijke inrichting van haar procedures.

In de Kamers 1, 2 en 3 van de Afdeling bestuursrechtspraak is de regel dat hoofdzaken ter zitting worden behandeld. Indien een bijzondere indicatie daartoe aanleiding geeft, kan het onderzoek ter zitting achterwege blijven. Van een dergelijke indicatie is sprake als van een openbare behandeling geen relevante toevoegingen aan het al verrichte onderzoek worden verwacht, bijvoorbeeld wegens de kennelijke (on)gegrondheid of niet-ontvankelijkheid van het (hoger) beroep.

Rekening houdend met de wettelijke termijnen waaraan de Afdeling bestuursrechtspraak is gehouden, heeft zij haar procedures als volgt ingericht.



Toelichting per fase

1 *Start procedure*: direct na binnenkomst van een beroepschrift wordt aan appelland verzocht het griffierecht te betalen en te voldoen aan eventueel overige formele vereisten die de Algemene wet bestuursrecht stelt.

2 *Formaliteiten*: in deze fase controleert de Afdeling bestuursrechtspraak of appelland het griffierecht daadwerkelijk heeft betaald en of is voldaan aan eventueel overige formele vereisten voor het indienen van een beroepschrift. Verder worden de stukken die op de zaak betrekking hebben, opgevraagd bij het bestuurs-

orgaan (in Kamer 1 en in Kamer 2) en bij de rechtbank (in Kamer 3).

3 *Verweer en instructie*: in deze fase vraagt de Afdeling bestuursrechtspraak aan verweerder om zijn reactie te geven in een verweerschrift. Na ontvangst van het verweerschrift en de stukken die op de zaak betrekking hebben, vindt een globale bestudering van het dossier plaats. Op basis hiervan wordt tot een zogenoemde behandelingsindicatie besloten: de zaak wordt buiten zitting afgedaan dan wel geagendeerd voor een enkelvoudige of meervoudige zitting. Ook wordt bezien of en zo ja, welke derde belanghebbenden als partij in het geding worden toegelaten en of de zaak nadere aandacht behoeft vanuit het oogpunt van Europees recht. Bovendien besluit de Afdeling bestuursrechtspraak in deze fase of een zogenoemd deskundigenadvies aan de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) wordt gevraagd.

4 *Deskundigenadvies*: de StAB is de 'vaste' deskundige van de Afdeling bestuursrechtspraak. De StAB is een onafhankelijk bureau dat zelfstandig en onpartijdig adviezen uitbrengt aan de bestuursrechter. Haar wordt een termijn van 13 weken geboden om een advies op te stellen. Tijdens deze periode neemt de Afdeling bestuursrechtspraak geen inhoudelijke processtappen.

5 *Einde vooronderzoek*: na sluiting van het zogenoemde vooronderzoek komt de zaak in de zittingsvoorraad. In deze fase bekijkt de Afdeling bestuursrechtspraak

ook of zaken geclusterd moeten en kunnen worden behandeld.

6 *Vorbereiding voor zitting en uitnodigen van partijen voor de zitting*: vanaf het moment dat er een datum is gepland voor de zitting en partijen zijn uitgenodigd om op de zitting te verschijnen, start de juridisch-inhoudelijke voorbereiding van de zaak door een jurist van de directie Bestuursrechtspraak.

7 *Behandeling van de zaak en onderzoek ter zitting*: de Afdeling bestuursrechtspraak behandelt de zaak in een meervoudige of enkelvoudige kamer.

8 *Uitspraak*: de Afdeling bestuursrechtspraak streeft er naar om binnen zes weken na de zitting uitspraak te doen. De Algemene wet bestuursrecht biedt de mogelijkheid om deze termijn met zes weken te verlengen.

Mediation

De Raad van State is op 1 februari 2004 gestart met het Project Mediation. Doel van het project was te onderzoeken of mediation een rol kan spelen naast de bestuursrechtelijke procedure bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Hoewel het aantal zaken waarin daarvan gebruik wordt gemaakt, gering is, is voorlopig besloten deze vorm van geschilbeslechting te blijven aanbieden in daarvoor geschikte gevallen in Kamer 1 (Ruimtelijke Ordening) en Kamer 2 (Milieu).

Klachtenregeling

In 2009 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ruim 10.500 zaken afgedaan. Er zijn bij de Raad van State in het verslagjaar 40 brieven ontvangen waarin in meer of minder duidelijke bewoordingen ongenoegen werd geuit over zaaksgerelateerde onderwerpen. Geen van deze brieven kon worden aangemerkt als klacht zoals omschreven in de Wet op de Raad van State. Het grootste deel van het geuite ongenoegen betrof inhoudelijke kritiek op beslissingen van de Afdeling bestuursrechtspraak; deze zag niet alleen op uitspraken, maar ook op beslissingen van procedurele aard die in het kader van de totstandkoming van een rechterlijke beslissing waren genomen en beslissingen over de orde op de zitting.

Hierover kan echter niet worden geklaagd.

In het voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State is in artikel 45, eerste lid, een nieuwe bepaling opgenomen over het klachtrecht.

Ingevolge dit artikel stelt de Afdeling bestuursrechtspraak een regeling vast voor de afhandeling van klachten. Deze regeling zal tijdig worden vastgesteld, zodat deze kan ingaan bij de inwerkingtreding van de wet.

Het aantal klachtbrieven is slechts een van de indicatoren voor de waardering van het werk van de Afdeling bestuursrechtspraak. Naast de commentaren in de vakliteratuur en de media geven ook periodiek te houden klantwaarderingsonderzoeken inzicht in de waardering van de kwaliteit van het rechterlijk functioneren van

de Afdeling bestuursrechtspraak door rechtzoekende burgers, verwerende overheden, belanghebbenden en professionele procesvertegenwoordigers. Zij kunnen aanleiding zijn voor het aanpassen van de werkwijze. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft dergelijke onderzoeken laten verrichten in 2003, 2005 en 2007. In 2010 zal weer een klantwaarderingsonderzoek worden uitgevoerd.

Digitalisering van processtukken

De nieuwe Wet ruimtelijke ordening regelt onder meer de invoering van het digitale bestemmingsplan. Met ingang van 1 januari 2010 gelden verplichtingen die onder meer betrekking hebben op vorm en inhoud van digitale bestemmingsplannen. Vanaf die datum zal ook de Afdeling bestuursrechtspraak moeten beschikken over deze digitale stukken. In het verslagjaar zijn de voorbereidingen getroffen om per 1 januari 2010 een zogenoemde uploadserver in gebruik te kunnen nemen. Door middel van deze uploadserver kunnen planopstellers de bestemmingsplannen in digitale vorm toezenden aan de Afdeling bestuursrechtspraak.



Mauritskade 37



Bijlagen

Bijlage 1

Samenstelling van de Raad van State en van de Raad van State van het Koninkrijk per 31 december 2009

Voorzitter:	Hare Majesteit de Koningin
Leden van het Koninklijk Huis die in de Raad zitting hebben:	Z.K.H. de Prins van Oranje H.K.H. Prinses Máxima der Nederlanden
Vice-President:	mr. H.D. Tjeenk Willink
Staatsraden:	mr. P. van Dijk, dr. J.C.K.W. Bartel, mr. J.M. Boll, mr. R.J. Hoekstra, mevrouw mr. J.H.B. van der Meer, mr. P.A. Offers, mr. J.G.C. Wiebenga, mr. Th.G. Drupsteen, drs. H. Borstlap, mevrouw mr. S.F.M. Wortmann, dr. mr. C.J.M. Schuyt, dr. K.J.M. Mortelmans, mevrouw mr. W. Sorgdrager, mevrouw mr. dr. H.G. Sevenster, drs. W.J. Deetman, mr. drs. B.P. Vermeulen en mevrouw mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck
Staatsraad van het Koninkrijk voor Aruba:	mr. ing. H.C. Maduro
Staatsraad van het Koninkrijk voor de Nederlandse Antillen:	mr. M.J.W.M. Ellis
Staatsraden in buitengewone dienst:	mevrouw mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek, mr. R.W.L. Loeb, mr. W. Konijnenbelt, mevrouw mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, mr. B. van Wagtenonk, mr. P.J.J. van Buuren, mr. K. Brink, dr. ir. J.J.C. Voorhoeve, mr. R.R. Winter*, mr. dr. M. Oosting, mevrouw mr. M. Vlasblom, mevrouw mr. H. Troostwijk, mevrouw mr. M.G.J. Parkins-de Vin, mevrouw mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen, mr. H.G. Lubberdink, mr. T.M.A. Claessens, mr. J.E.M. Polak, mr. D.A.C. Slump, mr. A.W.M. Bijloos, mr. O. de Savornin Lohman*, mr. Ch.W. Mouton, mevrouw mr. C.H.M. van Altena, mr. R. van der Spoel, mevrouw mr. W.D.M. van Diepenbeek, mevrouw mr. M.W.L. Simons-Vinckx, mr. J.H. van Kreveld, mr. D. Roemers, mevrouw mr. S.J.E. Horstink-von Meyenfeldt, mevrouw mr. M.A.A. Mondt-Schouten, mevrouw mr. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen,

249

* Niet aangewezen voor het vervullen van een vaste deeltaak.

Bijlage 1

	mr. G.N. Roes, mr. drs. T.G.M. Simons*, mr. C.J. Borman, mr. J.A. Hagen, mr. Th.C. van Sloten, mr. A.B.M. Hent, mevrouw mr. L.Y. Gonçalves-Ho Kang You en mevrouw mr. J.C. Kranenburg **
In dienst staatsraad:	Mevrouw mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck per 1 november 2009
In dienst staatsraden in buitengewone dienst:	Mr. J.A. Hagen per 1 februari 2009 Mr. Th.C. van Sloten per 1 februari 2009 Mr. A.B.M. Hent per 1 februari 2009 Mevrouw mr. L.Y. Gonçalves-Ho Kang You per 1 februari 2009 Mr. R.W.L. Loeb per 1 april 2009 Mr. dr. M. Oosting per 1 mei 2009 Mevrouw mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek per 1 juni 2009 Mevrouw mr. J.C. Kranenburg per 1 september 2009
Eervol ontslag staatsraden:	Mr. R.W.L. Loeb per 1 april 2009 Mr. dr. M. Oosting per 1 mei 2009 Mevrouw mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek per 1 juni 2009
Eervol ontslag staatsraden in buitengewone dienst:	Mr. W. van den Brink per 1 december 2009
Overleden:	Oud-staatsraad dr. M.C. Verburg op 13 januari 2009 Oud-staatsraad mr. M.K. Kamperman op 17 juli 2009 Oud-staatsraad mr. E.H. Toxopeus op 23 augustus 2009 Oud-staatsraad in buitengewone dienst mr. C. van Veen op 9 november 2009

* Niet aangewezen voor het vervullen van een vaste deeltaak.

** Bij koninklijk besluit van 29 juni 2009 zijn per 1 januari 2010 benoemd tot staatsraad in buitengewone dienst mr. J. Hoekstra en mr. N.S.J. Koeman.

Bijlage 2

Samenstelling van de afdelingen van de Volle Raad per 31 december 2009

AFDELING I	
Algemene Zaken / Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties/ Onderwijs, Cultuur en Wetenschap / Volksgezondheid, Welzijn en Sport	mr. R.J. Hoekstra (voorzitter) mr. dr. M. Oosting, mw. mr. J.H.B. van der Meer, mr. J.G.C. Wiebenga, drs. H. Borstlap, dr. mr. C.J.M. Schuyt, dr. K.J.M. Mortelmans, drs. W.J. Deetman, mr. drs. B.P. Vermeulen
AFDELING II	
Buitenlandse Zaken / Justitie / Defensie	mr. J.M. Boll (voorzitter), dr. ir. J.J.C. Voorhoeve, mw. mr. S.F.M. Wortmann, mw. mr. W. Sorgdrager, mw. mr. dr. H.G. Sevenster, mw. mr. L.Y. Gonçalves-Ho Kang You, mw. mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck, mr. P. van Dijk, mr. P.A. Offers
AFDELING III	
Financiën / Economische Zaken / Sociale Zaken en Werkgelegenheid	mr. dr. M. Oosting (voorzitter), dr. J.C.K.W. Bartel, mr. R.J. Hoekstra, mw. mr. J.H.B. van der Meer, drs. H. Borstlap, mw. mr. S.F.M. Wortmann, dr. mr. C.J.M. Schuyt, dr. K.J.M. Mortelmans, mw. mr. L.Y. Gonçalves-Ho Kang You
AFDELING IV	
Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer / Verkeer en Waterstaat / Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit	mr. J.G.C. Wiebenga (voorzitter), dr. J.C.K.W. Bartel, mr. J.M. Boll, mw. mr. W. Sorgdrager, mw. mr. dr. H.G. Sevenster, drs. W.J. Deetman, mr. drs. B.P. Vermeulen, dr. ir. J.J.C. Voorhoeve, mr. Th.G. Drupsteen, mr. R.W.L. Loeb

De staatsraad van het Koninkrijk voor de Nederlandse Antillen
mr. M.J.W.M. Ellis en de staatsraad van het Koninkrijk voor Aruba
mr. ing. H.C. Maduro maken deel uit van alle afdelingen.

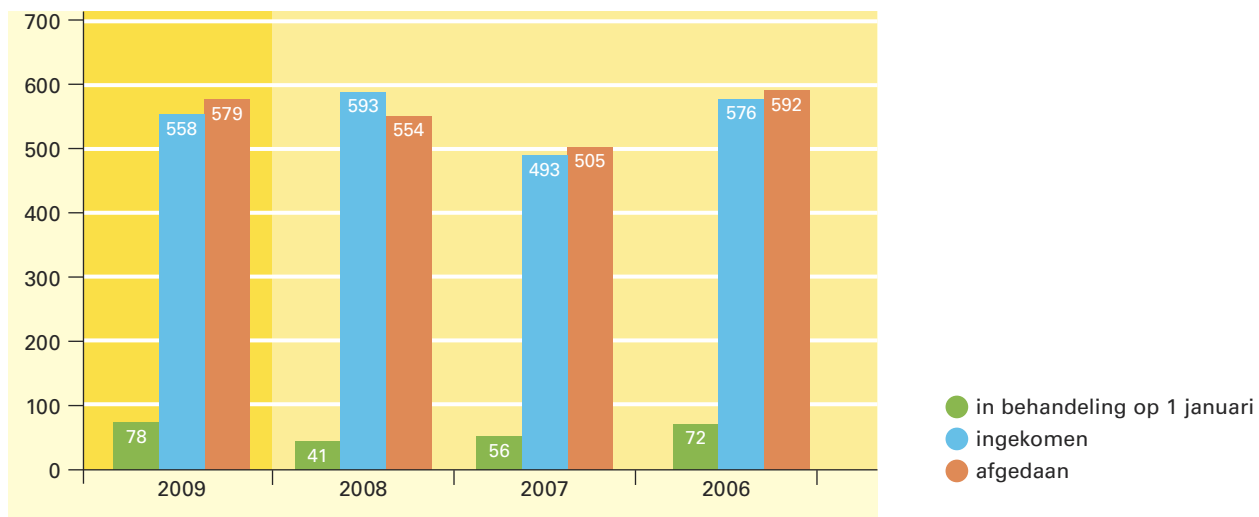
Bijlage 3

A Wetgevingsadvisering

Ingekomen en afgedane adviesaanvragen

	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	78	41	56	72
Ingekomen*	558	593	493	576
Afgedaan	636	634	549	648
Ingetrokken	579	554	505	592
Ingetrokken	2	2	3	-
Per 31 december in behandeling	55	78	41	56

* Onder het aantal ingekomen adviesaanvragen in 2009 zijn begrepen 37 adviesaanvragen van de Raad van State van het Koninkrijk. In de voorgaande jaren waren dat 36 (2008) 35 (2007), 31 (2006) adviesaanvragen.



Bijlage 3

B Wetgevingsadvisering

Categorieën van ingekomen en afgedane adviesaanvragen

	2009		2008		2007		2006	
	in	uit	in	uit	in	uit	in	uit
Voorstellen van (rijks)wet	206	222	217	202	163	157	191	204
Nota's van wijziging	4	3	3	3	2	3	1	-
Initiatief(rijks)wetsvoorstellen (artikel 15a Wet op de Raad van State)	8	9	15	14	10	15	23	22
Ontwerpbesluiten:								
• Ontwerp-algemene maatregelen van (rijks)bestuur	224	217	233	225	211	218	250	260
• Onteigeningen	55	57	60	50	50	53	54	53
• Naturalisaties	3	3	1	1	5	5	3	3
• Overige	1	1	-	-	-	-	-	-
(Rijks)verdragen (ter stilzwijgende goedkeuring)	50	58	51	47	39	43	41	34
Zaken waarin de Kroon het horen van de Raad van State nodig oordeelde (artikel 15, tweede lid, Wet op de Raad van State)	2	4	7	6	6	5	8	9
Bestuursgeschillen (artikel 136 GW juncto artikel 15c Wet op de Raad van State)	-	-	-	1	5	4	1	1
Voorlichting door een Afdeling (artikel 18, tweede lid, Wet op de Raad van State)	5	5	6	5	2	2	4	6
Ongevraagde adviezen (artikel 16 Wet op de Raad van State)	-	-	-	-	-	-	-	-
Totaal	558	579	593	554	493	505	576	592

Bijlage 3

C Wetgevingsadvisering

Ingekomen adviesaanvragen per ministerie

	2009	2008	2007	2006
1 Algemene Zaken	6	7	2	6
2 Buitenlandse Zaken	17	17	18	16
3 Justitie	92	81	74	87
4 Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties	53	59	40	56
5 Onderwijs, Cultuur en Wetenschap	37	25	29	45
6 Financiën	55	57	42	55
7 Defensie	5	7	10	5
8 Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer ¹	106	102	78	75
9 Verkeer en Waterstaat ²	56	76	54	82
10 Economische Zaken	26	41	28	38
11 Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit	14	14	23	13
12 Sociale Zaken en Werkgelegenheid	47	53	47	54
13 Volksgezondheid, Welzijn en Sport	44	54	48	44
Totaal	558	593	493	576
¹ Waarvan onteigeningen	42	42	30	28
² Waarvan onteigeningen	13	18	20	26
Totaal onteigeningen	55	60	50	54

Bijlage 3

D Wetgevingsadvisering

Uitgebrachte adviezen per ministerie in 2009

	Adviezen							
	totaal	conform		inhoudelijk		negatief dictum		gemiddelde adviesduur in dagen
1 Algemene Zaken	6	2	33%	4	67%	1	17%	29
2 Buitenlandse Zaken	18	11	61%	7	39%	-	-	28
3 Justitie	94	40	43%	54	57%	10	11%	38
4 Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties	59	35	59%	24	41%	6	10%	35
5 Onderwijs, Cultuur en Wetenschap	37	18	49%	19	51%	7	19%	41
6 Financiën	62	21	34%	41	66%	3	5%	27
7 Defensie	5	4	80%	1	20%	-	-	13
8 Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer	104	76	73%	28	27%	2	2%	32
9 Verkeer en Waterstaat	56	38	68%	18	32%	4	7%	30
10 Economische Zaken	27	18	67%	9	33%	2	7%	21
11 Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit	15	10	67%	5	33%	1	7%	28
12 Sociale Zaken en Werkgelegenheid	52	35	67%	17	33%	6	12%	22
13 Volksgezondheid, Welzijn en Sport	44	27	61%	17	39%	3	7%	33
Totaal	579	335	58%	244	42%	45	8%	31

Bijlage 3

E Wetgevingsadvisering Doorlooptijden adviesaanvragen

	2009		2008		2007		2006	
tot 1 maand	377	65,1%	382	69,0%	354	70,1%	318	53,7%
1-2 maanden	127	21,9%	132	23,8%	123	24,3%	178	30,1%
2-3 maanden	48	8,3%	26	4,7%	21	4,2%	64	10,8%
3-6 maanden	24	4,2%	14	2,5%	7	1,4%	30	5,1%
> 6 maanden	3	0,5%	-	-	-	-	2	0,3%
Totaal	579		554		505		592	

Bijlage 3

F Wetgevingsadvisering

Advisering over de implementatie van EU-besluiten in 2009

	totaal	inhoudelijk
1 Algemene Zaken	-	-
2 Buitenlandse Zaken	-	-
3 Justitie	3	3
4 Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties	1	1
5 Onderwijs, Cultuur en Wetenschap	1	1
6 Financiën	6	4
7 Defensie	-	-
8 Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer	22	11
9 Verkeer en Waterstaat	8	2
10 Economische Zaken	9	4
11 Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit	5	3
12 Sociale Zaken en Werkgelegenheid	-	-
13 Volksgezondheid, Welzijn en Sport	5	-
Totaal	60	29

Bijlage 3

G Wetgevingsadvisering Vergaderingen (Volle Raad)

	2009	2008	2007	2006
Vergaderingen Raad van State	51	51	52	52
Vergaderingen Raad van State van het Koninkrijk	13	12	18	13

Bijlage 4

Samenstelling van de Kamers van de Afdeling bestuursrechtspraak per 31 december 2009

Voorzitter van de Afdeling:	mr. P. van Dijk	
KAMER 1	Ruimtelijke Ordening (units R1, R2 en R3)	
Kamervoorzitter:	mr. P.J.J. van Buuren (R1/R3)	
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mw. mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen (R2/R3)	
Leden	dr. J.C.K.W. Bartel	mr. R.J. Hoekstra
	mw. mr. M.G.J. Parkins-de Vin	mr. J.G.C. Wiebenga
	mr. D.A.C. Slump	mw. mr. M.W.L. Simons-Vinckx
	mw. mr. S.J.E. Horstink-von Meyenfeldt	
	mw. mr. M.A.A. Mondt-Schouten	dr. K.J.M. Mortelmans
	mw. mr. P.B.J.M. van der Beek-Gillessen	
	mr. G.N. Roes	drs. W.J. Deetman
	mr. drs. B.P. Vermeulen	mr. J.A. Hagen
	mr. Th.C. van Sloten	mw. mr. J.C. Kranenburg
Plaatsvervangende leden	mr. P. van Dijk	mr. R.W.L. Loeb
	mr. Th.G. Drupsteen	mr. K. Brink
	mw. mr. H. Troostwijk	mr. J.E.M. Polak
	mr. O. de Savornin Lohman	drs. H. Borstlap
	mr. R. van der Spoel	mr. J.H. van Kreveld
	mw. mr. dr. H.G. Sevenster	
Leden voor schorsingen/voorlopige voorzieningen	mr. P. van Dijk	mr. P.J.J. van Buuren
	mw. mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen	dr. J.C.K.W. Bartel
	mr. R.J. Hoekstra	mw. mr. M.G.J. Parkins-de Vin
	mw. mr. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen	

Bijlage 4

KAMER 2	Milieuzaken (units M1 en M2)
Kamervoorzitter:	mr. Th.G. Drupsteen
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mr. K. Brink (M2)
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mr. J.H. van Kreveld (M1)
Leden	mr. J.M. Boll mw. mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd mr. Ch.W. Mouton mw. mr. W.D.M. van Diepenbeek mw. mr. W. Sorgdrager mw. mr. dr. H.G. Sevenster mr. Th.C. van Sloten
	drs. H. Borstlap mw. mr. M.W.L. Simons-Vinckx mr. G.N. Roes drs. W.J. Deetman mw. mr. Y.E.M.A. Timmerman-Buck
Plaatsvervangende leden	mr. P. van Dijk mr. P.J.J. van Buuren mw. mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen mr. J.E.M. Polak mw. mr. S.F.M. Wortmann
	dr. J.C.K.W. Bartel mw. mr. M. Vlasblom mr. J.G.C. Wiebenga mr. A.W.M. Bijloos dr. K.J.M. Mortelmans
Leden voor schorsingen/voorlopige voorzieningen	mr. P. van Dijk mr. K. Brink mr. J.M. Boll mw. mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd
	mr. Th.G. Drupsteen mr. J.H. van Kreveld

Bijlage 4

KAMER 3	Hoger beroep en overige zaken (units H1, H2 en H3)	
Kamervoorzitter:	mr. J.E.M. Polak (H2)	
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mw. mr. M. Vlasblom (H3)	
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mr. D.A.C. Slump (H1)	
Leden	mw. mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek	
	mr. R.W.L. Loeb	mw. mr. J.H.B. van der Meer
	mr. W. Konijnenbelt	mw. mr. H. Troostwijk
	mr. P.A. Offers	mw. mr. J.A.W. Scholten-Hinloopen
	mr. H.G. Lubberdink	mr. T.M.A. Claessens
	mr. A.W.M. Bijloos	mr. Ch. W. Mouton
	mw. mr. C.H.M. van Altena	mr. R. van der Spoel
	mw. mr. W.D.M. van Diepenbeek	mw. mr. S.F.M. Wortmann
	mr. J.H. van Kreveld	mr. D. Roemers
	dr. mr. C.J.M. Schuyt	dr. K.J.M. Mortelmans
	mw. mr. P.B.J.M. van der Beek-Gillessen	
	mr. drs. B.P. Vermeulen	mr. C.J. Borman
	mr. J.A. Hagen	mr. A.B.M. Hent
	mw. mr. J.C. Kranenburg	
Plaatsvervangende leden	mr. P. van Dijk	dr. J.C.K.W. Bartel
	mr. J.M. Boll	mr. Th.G. Drupsteen
	mr. P.J.J. van Buuren	mr. R.R. Winter
	mw. mr. M.G.J. Parkins-de Vin	mr. O. de Savornin Lohman
	mw. mr. S.J.E. Horstink-von Meyenfeldt	
	mw. mr. dr. H.G. Sevenster	mr. drs. T.G.M. Simons

Bijlage 4

Leden voor schorsingen/voorlopige voorzieningen

mr. P. Van Dijk

mr. J.E.M. Polak

mw. mr. M. Vlasblom

mr. D.A.C. Slump

mw. mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek

mr. R.W.L. Loeb

mw. mr. J.H.B. van der Meer

mw. mr. H. Troostwijk

mr. P.A. Offers

mr. H.G. Lubberdink

mr. T.M.A. Claessens

mw. mr. S.F.M. Wortmann

mr. D. Roemers

mw. mr. P.B.J.M. van der Beek-Gillessen

Bijlage 4

KAMER 4	Hoger beroep Vreemdelingenzaken (units V1, V2 en V3)	
Kamervoorzitter:	mr. H.G. Lubberdink	
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mr. H. Troostwijk (V3)	
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mw. mr. M.G.J. Parkins-de Vin (V1)	
Plaatsvervangend kamervoorzitter:	mr. R. van der Spoel (V2)	
Leden	mr. B. van Wagtenonk mr. P.A. Offers mr. A.W.M. Bijloos mr. D. Roemers mw. mr. S.J.E. Horstink-von Meyenfeldt mw. mr. M.A.A. Mondt-Schouten mw. mr. dr. H.G. Sevenster mr. A.B.M. Hent	mw. mr. M. Vlasblom mr. T.M.A. Claessens mw. mr. C.H.M. van Altena mr.dr. C.J.M. Schuyt mr. C.J. Borman
Plaatsvervangende leden	mr. P. van Dijk mr. J.E.M. Polak mw. mr. P.B.J.M. van der Beek-Gillessen mr. drs. B.P. Vermeulen	mr. R.W.L. Loeb mr. J.H. van Kreveld
Leden voor schorsingen/voorlopige voorzieningen	mr. P. van Dijk mw. mr. H. Troostwijk mr. R. van der Spoel mw. mr. M. Vlasblom mr. A.W.M. Bijloos	mr. H.G. Lubberdink mw. mr. M.G.J. Parkins-de Vin mr. T.M.A. Claessens mr. P.A. Offers mr. D. Roemers

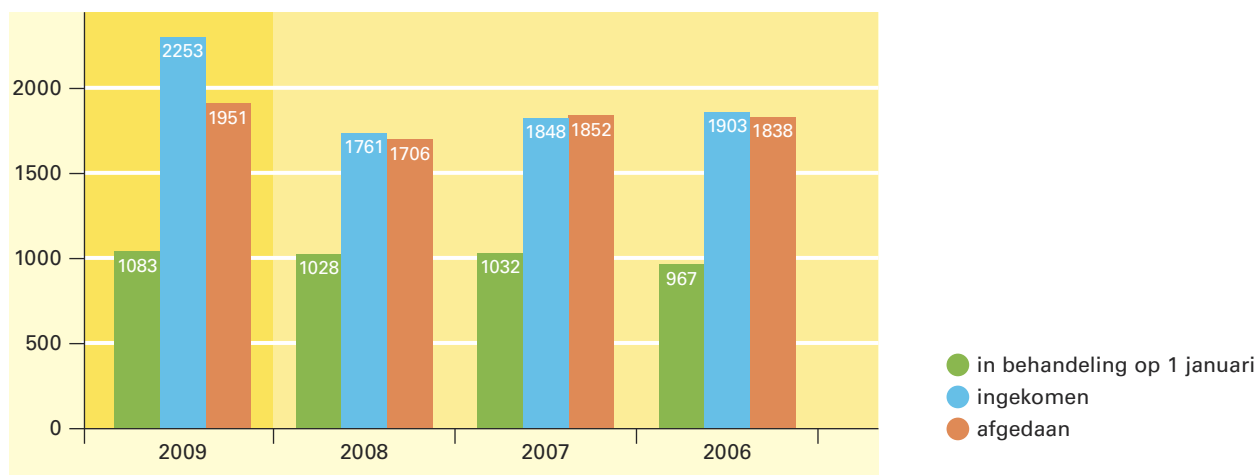
Bijlage 5

A Bestuursrechtspraak

Eerste en enige aanleg

Ingekomen en afgedane beroepschriften

Hoofdzaken	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	1083	1028	1032	967
Ingekomen	2253	1761	1848	1903
Afgedaan*	3336	2789	2880	2870
Per 31 december in behandeling	1385	1083	1028	1032
* waarvan				
Met zitting	1087	990	1185	1037
Buiten zitting	331	297	290	402
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	533	419	377	399



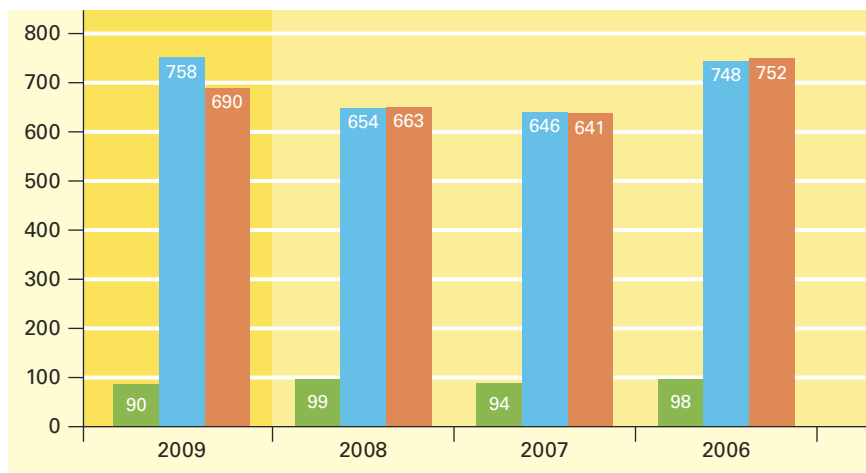
Bijlage 5

B Bestuursrechtspraak

Eerste en enige aanleg

Ingekomen en afgedane verzoeken om voorlopige voorziening en schorsing

Voorlopige voorzieningen	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	90	99	94	98
Ingekomen	758	654	646	748
Afgedaan*	848	753	740	846
Per 31 december in behandeling	158	90	99	94
* waarvan				
Met zitting	426	383	437	483
Buiten zitting	97	115	81	93
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	167	165	123	176



● in behandeling op 1 januari
 ● ingekomen
 ● afgedaan

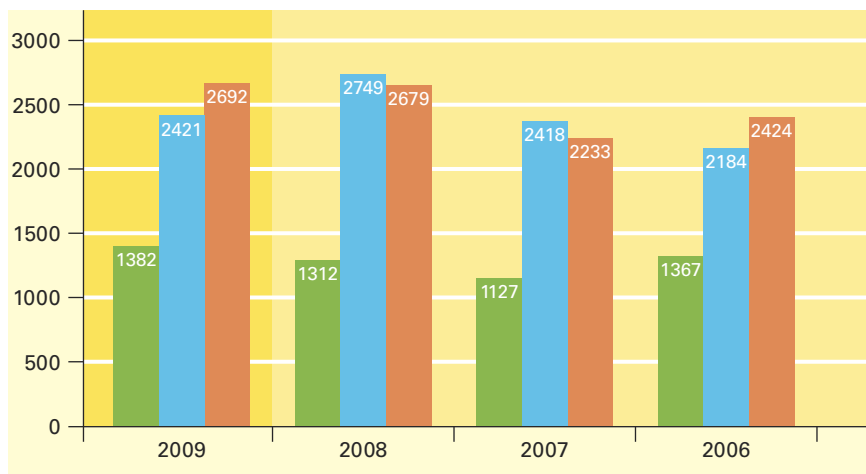
Bijlage 5

C Bestuursrechtspraak

Hoger beroep algemeen

Ingekomen en afgedane hogerberoepschriften

Hoofdzaken	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	1382	1312	1127	1367
Ingekomen	2421	2749	2418	2184
Afgedaan*	3803	4061	3545	3551
Per 31 december in behandeling	1211	1382	1312	1127
* waarvan				
Met zitting	1968	1990	1647	1733
Buiten zitting	221	261	253	264
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	503	428	333	427



● in behandeling op 1 januari
● ingekomen
● afgedaan

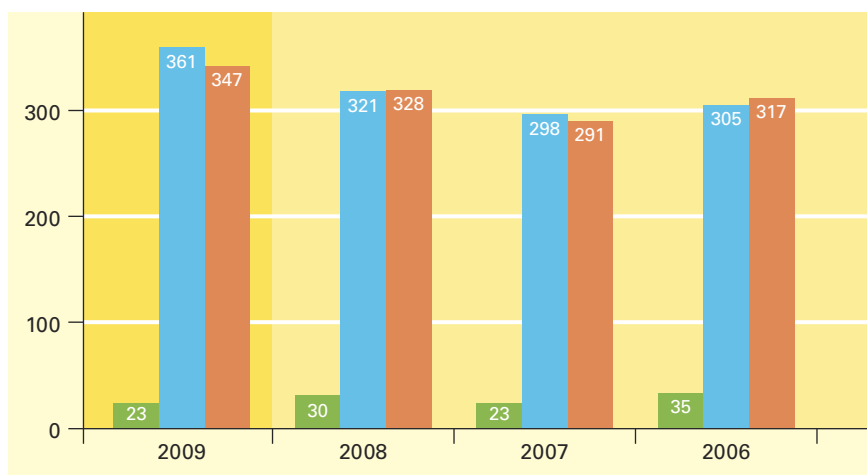
Bijlage 5

D Bestuursrechtspraak

Hoger beroep algemeen

Ingekomen en afgedane verzoeken om voorlopige voorziening en schorsing

Voorlopige voorzieningen	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	23	30	23	35
Ingekomen	361	321	298	305
<hr/>				
Afgedaan*	384	351	321	340
	347	328	291	317
<hr/>				
Per 31 december in behandeling	37	23	30	23
<hr/>				
* waarvan				
Met zitting	233	191	193	203
Buiten zitting	37	51	48	40
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	77	86	50	74



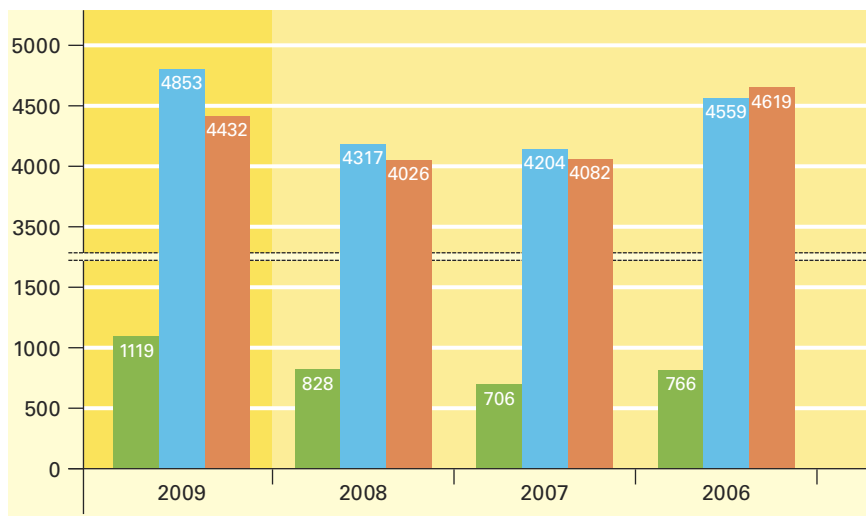
● in behandeling op 1 januari
 ● ingekomen
 ● afgedaan

Bijlage 5

E Bestuursrechtspraak Hoger beroep vreemdelingenzaken

Ingekomen en afgedane hogerberoepschriften

Hoofdzaken	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	1119	828	706	766
Ingekomen	4853	4317	4204	4559
Afgedaan*	5972	5145	4910	5325
Per 31 december in behandeling	1540	1119	828	706
* waarvan				
Met zitting	321	263	92	93
Zonder zitting	3929	3613	3825	4444
Ingetrokken of op andere wijze afgedaan	182	150	165	82

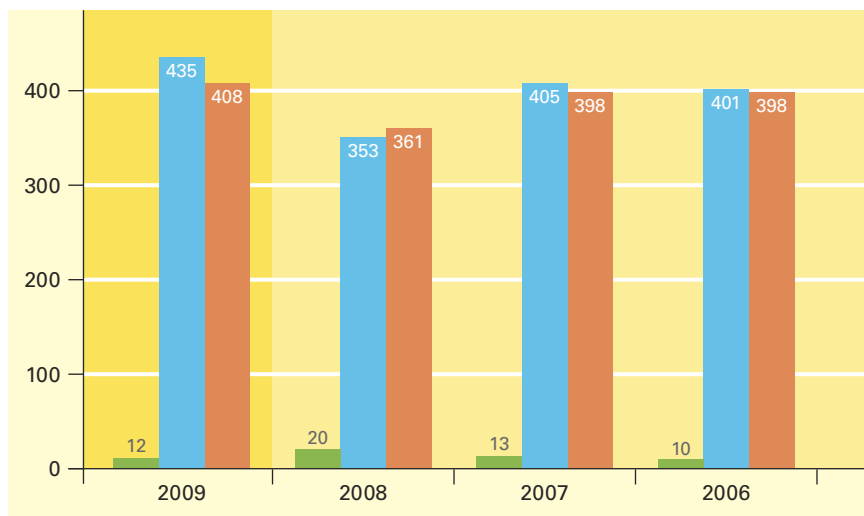


Bijlage 5

F Bestuursrechtspraak Hooger beroep vreemdelingenzaken

Ingekomen en afgedane verzoeken om voorlopige voorziening en schorsing

Voorlopige voorzieningen	2009	2008	2007	2006
In behandeling op 1 januari	12	20	13	10
Ingekomen	435	353	405	401
Afgedaan*	447	373	418	411
	408	361	398	398
Per 31 december in behandeling	39	12	20	13
* waarvan				
Met zitting	1	6	47	14
Zonder zitting	405	350	331	364
Anders afgedaan	2	5	20	20

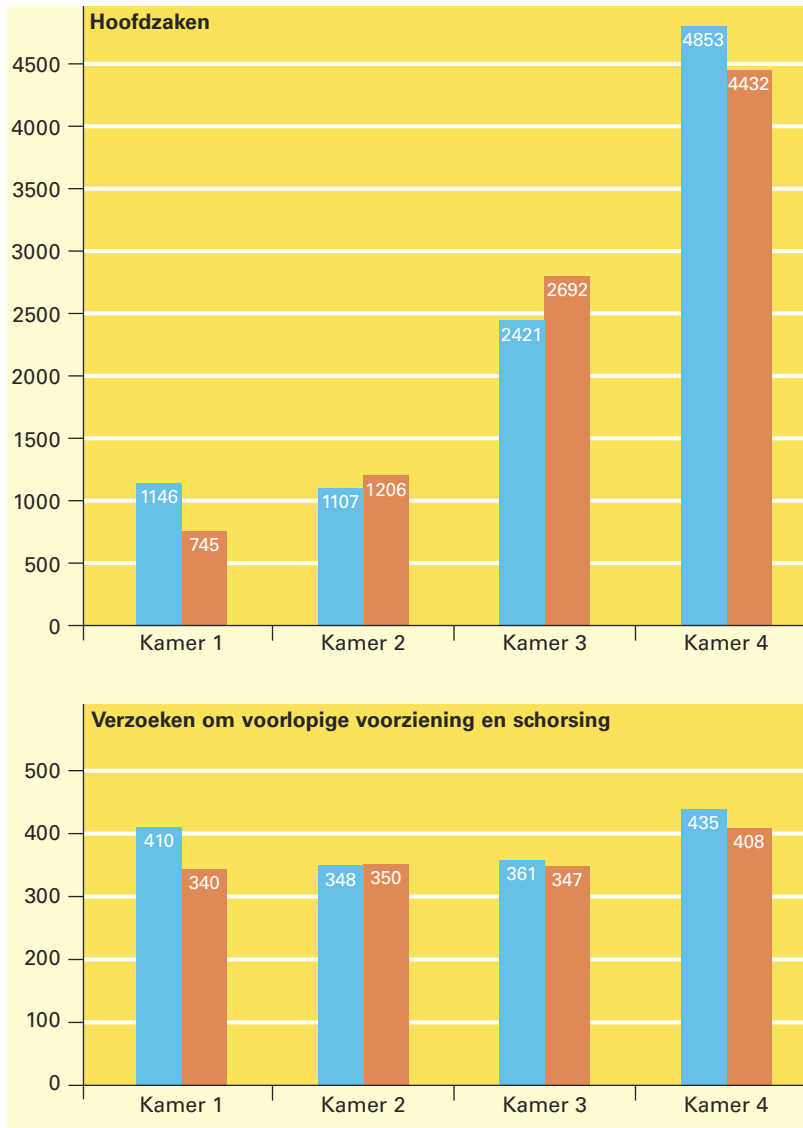


● in behandeling op 1 januari
● ingekomen
● afgedaan

Bijlage 5

G Bestuursrechtspraak

In onderstaande kolomdiagrammen is per Kamer de in- en uitstroom van zaken in 2009 weergegeven

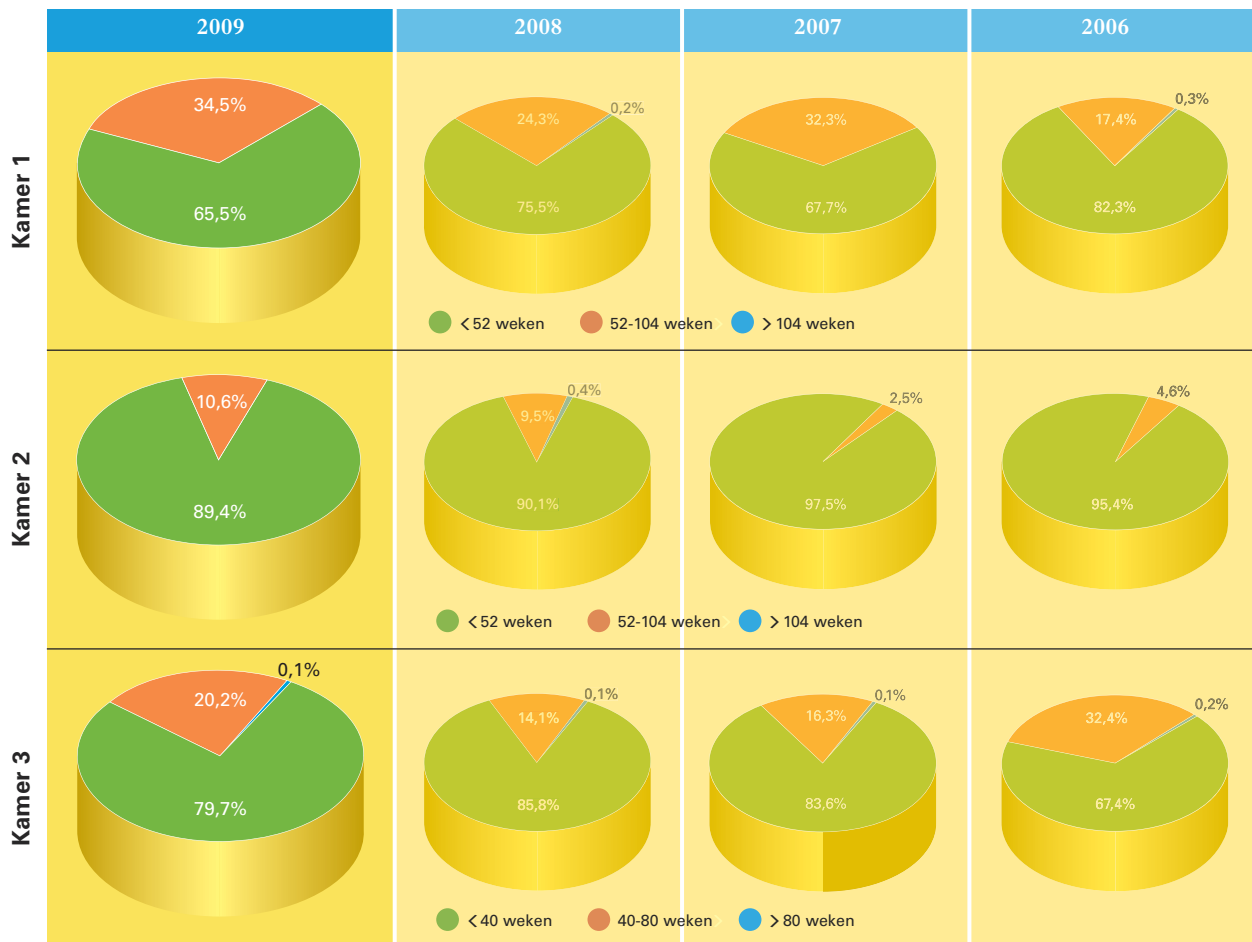


Bijlage 5

H Bestuursrechtspraak

Doorlooptijden van hoofdzaken met zitting

In onderstaande cirkeldiagrammen is per Kamer te zien welke percentages van hoofdzaken met zitting voldoen aan de normen van 52 weken voor de Kamers 1 en 2 en van 40 weken voor Kamer 3.



Bijlage 5

In onderstaand overzicht is de gemiddelde doorlooptijd van uitspraken van hoofdzaken met zitting weergegeven.

	2009	2008	2007	2006
Kamer 1	45 weken	45 weken	45 weken	42 weken
Kamer 2	42 weken	40 weken	37 weken	34 weken
Kamer 3	35 weken	33 weken	32 weken	36 weken
Kamer 4*	93 dagen	77 dagen	59 dagen	63 dagen

* Kamer 4 is inclusief uitspraken zonder zitting en vreemdelingen aanverwante zaken

Ten behoeve van de vergelijking met de rechterlijke organisatie zijn hieronder de doorlooptijden van alle hoofdzaken (met inbegrip van zaken buiten zitting of anders afgedaan, bijvoorbeeld door intrekking) opgenomen.

	2009	2008	2007	2006
Kamer 1	35 weken	35 weken	36 weken	32 weken
Kamer 2	29 weken	27 weken	26 weken	25 weken
Kamer 3	30 weken	28 weken	27 weken	30 weken
Kamer 4	93 dagen	77 dagen	59 dagen	63 dagen

Bijlage 6

Personeelsgegevens (formatie en bezetting)

Bij de totstandkoming van deze gegevens zijn de uitzendkrachten, stagiaires en staatsraden buiten beschouwing gelaten.

Op 31 december 2009 waren er 584 personen in dienst van de Raad van State.

Formatie en bezetting

Afdeling/Directie	Formatie 2009 FTE (gemiddeld)	Bezetting 2009 FTE (gemiddeld)
Secretaris	43	41
Directie Wetgeving	36	34
Directie Bestuursrechtspraak	334	300
Directie Bedrijfsondersteuning	172	155
Totaal	585	529

Leeftijdopbouw

Leeftijd	mannen	vrouwen	totaal	percentage
15-24	6	10	16	2
25-34	52	88	140	23
35-44	79	73	152	27
45-54	79	81	160	28
55-64	74	42	116	20
Totaal	290	294	584	100

Bijlage 6

Schaalopbouw

Salarisschaal	mannen	vrouwen	totaal	percentage
01-03	1	6	7	1
04-06	68	46	114	20
07-09	61	78	139	24
10-12	91	132	223	36
13-15	65	32	97	18
16 en hoger	4	0	4	1
Totaal	290	294	584	100

In dit overzicht is weergegeven hoe de medewerkers zijn verdeeld over de salarisschalen, onderverdeeld naar geslacht.

Deeltijd

Leeftijd	mannen	vrouwen	totaal	percentage
20-30	2	8	10	6
31-40	6	33	39	25
41-50	12	48	60	36
51 en ouder	18	34	52	33
Totaal	38	123	161	100

Dit overzicht geeft het aantal deeltijdwerkers, onderverdeeld naar geslacht en leeftijd.

Ziekteverzuim

Jaar	percentage
2009	4,1%
2008	6,3%
2007	5,8%
2006	5,3%
2005	6,0%

In-/uitdienst

	aantal
Indiensttreding	74
Uitdiensttreding	48

Man/vrouw

	percentage
Mannen	50%
Vrouwen	50%

Bijlage 7

Financieel verslag

In de tabel op de volgende bladzijde worden de gerealiseerde uitgaven en ontvangsten vergeleken met de meest recente raming van de begroting (stand Najaarsnota). Ter vergelijking zijn de cijfers van de begroting en de realisatie van 2008 toegevoegd.

Uitgaven

Personele uitgaven

In 2009 is, zoals blijkt in bijlage 6, de gemiddelde personeelsbezetting binnen de formatie gebleven. Hierdoor waren de directe personele uitgaven (salarissen) in vergelijkbare mate lager dan geraamd. Niettemin is het totaal van het budget 'Personele uitgaven' overschreden. Dit is in het bijzonder het gevolg van hogere uitgaven aan NS-abonnementen. Door een wijziging in de vergoeding woon/werkverkeer is het voor de staatsraden en de ambtenaren aantrekkelijker geworden om gebruik te maken van een NS-abonnement. Het aantal medewerkers dat over een dergelijke kaart beschikt, is in 2009 met 50 toegenomen. Daarnaast is het afgelopen jaar ook de prijs die de NS aan de Raad in rekening brengt, gestegen.

In 2009 betaalde de Raad € 450.000 aan opleidingen voor staatsraden en ambtenaren. Dit is 1,15% van de salariskosten.

Huisvesting

De uitgaven aan schoonmaak en onderhoud zijn in 2009

gestegen. Het afgelopen jaar was het eerste volledige jaar dat het nieuwe pand aan de Oranjestraat in gebruik was. In dat jaar zijn de trappen opnieuw geschilderd en is verwarming aangelegd op plekken waar deze niet voldoende was. In het pand zijn ook extra schoonmaakbeurten noodzakelijk gebleken.

In de periode dat de Mexicaanse griep zijn intrede deed, zijn in alle gebouwen van de Raad van State dagelijks extra schoonmaakrondes gehouden.

Overige materiële uitgaven

Onder deze rubriek worden de uitgaven van het project Raster geboekt. In 2009 betroffen deze uitgaven ongeveer € 4,7 mln.

Hoger Beroep Vreemdelingenzaken (HBV)

Op basis van interne nacalculatie bedraagt de realisatie HBV € 13,1 mln (in 2008 bedroeg deze: € 12,7 mln). Omdat de uitgaven HBV over diverse kostenposten geboekt worden, is HBV niet als separaat budget in de cijferbijlage weergegeven.

Ontvangsten

De gerealiseerde ontvangsten (in het bijzonder griffierechten) zijn vrijwel conform de bij Najaarsnota gemaakte raming.

Tot de overige ontvangsten behoren de meevallende omzet van het bedrijfsrestaurant en een eenmalige doorberekening van servicekosten aan de Rijksgebouwendienst.

Bijlage 7

Overzicht ontvangsten en uitgaven 2009

UITGAVEN bedragen x 1000	Begroting 2009	Realisatie 2009	Begroting 2008	Realisatie 2008
Personeel	41.971	42.145	40.712	41.503
Huisvesting	1.550	1.774	5.653	1.618
Diensten Logistiek	1.391	1.584	1.204	1.430
Automatisering	1.141	1.146	1.133	1.179
Overige Diensten	827	681	757	605
Externe Voorzieningen	144	133	134	139
Investerings	4.341	3.997	1.670	3.193
Overig Materieel	5.096	6.048	2.520	3.738
	56.461	57.508	53.783	53.405
ONTVANGSTEN bedragen x 1000	Begroting 2009	Realisatie 2009	Begroting 2008	Realisatie 2008
Zaken (griffierecht)	1.842	1.805	1.543	1.602
Overige ontvangsten	352	680	1.049	847
	2.194	2.485	2.592	2.449

Bijlage 8

Organisatieschema per 31 december 2009





Raad van State – Den Haag

De illustraties bij dit jaarverslag zijn ook dit jaar geïnspireerd op de huisvesting van de Raad van State; dit keer aan de hand van oude foto's. Bij elk hoofdstuk is een afbeelding opgenomen van een gebouw, waarin de Raad van State in het verleden ooit zijn onderkomen had. Het zijn er vele met als blijvend centrum: het Binnenhof, waar de Raad al sinds de tweede helft van de zestiende eeuw zetelt. Met het opnieuw in gebruik

nemen van het Kneuterdijkcomplex in 2011 komt een einde aan de huidige gespreide huisvesting op vijf verschillende locaties.

Met deze illustraties blik de Raad nog één keer terug op zijn recente huisvestingsverleden. Hierna is de blik echter weer ten volle gericht op de toekomst: op het Binnenhof en aan de Kneuterdijk

Colofon

Tekst: Raad van State - Den Haag

Fotografie: Raad van State

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzemijter / Studio Snarf - Waddinxveen

Illustraties: Ed van Brummen - Zevenhuizen

Druk: Drukkerij Van Tilburg - Waddinxveen

Website: www.raadvanstate.nl

Informatie: voorlichting@raadvanstate.nl

april 2010

