

35 957 Invoering van delegatiegrondslagen ten behoeve van aanvullende regelingen voor het verstrekken van vergoedingen in het kader van de hersteloperatie toeslagen (Wet delegatiebepalingen hersteloperatie toeslagen)

Nr. 14 Voorlichting van de Afdeling Advisering van de Raad van State

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 9 november 2022

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 juni 2022 heeft de Tweede Kamer op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen over de kwestie op welke wijze de Kamer beschikking kan krijgen over het advies van de Afdeling advisering bij de voorhang van een Algemene Maatregel van Bestuur.

1. Achtergrond van het verzoek om voorlichting

In haar vergadering van 28 juni 2022 heeft de Tweede Kamer besloten om voorlichting te vragen aan de Afdeling advisering over de kwestie op welke wijze de Kamer de beschikking kan krijgen over het advies van de Afdeling advisering bij de voorhang van een algemene maatregel van bestuur (Kamerstuk 35 957, nr. 13). De gestelde vragen luiden:

1. Op welke wijze kan de voorhangprocedure bij Algemene Maatregelen van Bestuur zodanig worden ingericht dat de Tweede Kamer gebruik kan maken van een advies van de Afdeling advisering?
2. Kan de Afdeling advisering de voor- en nadelen van een dergelijke wijziging in beeld brengen?

De aanleiding voor het verzoek is een motie-Omtzigt,¹ ingediend tijdens het wetgevingsoverleg over de Wet delegatiebepalingen hersteloperatie toeslagen.² Deze motie werd ingediend omdat tijdens de behandeling van het wetsvoorstel de vraag rees of de Tweede Kamer ten tijde van de voorhang van de daaronder hangende algemene maatregel van bestuur, al zou kunnen beschikken over het advies van de Afdeling advisering daarover.

Ook in de Eerste Kamer is de vraag naar het moment van advisering door de Afdeling bij een voorhangprocedure onlangs aan de orde geweest.³ De Staatssecretaris van EZK is daarop in een brief ingegaan.⁴

¹ Kamerstuk 35 957, nr. 10.

² Kamerstuk 35 957, nr. 12.

³ Handelingen I 2020/21, nr. 43, item 9, p. 41.

⁴ Kamerstuk 35 668, H.

Alvorens in punt 5 een antwoord te geven op de gestelde vragen, gaat de Afdeling in op de wetgevingsprocedure en de eisen die daaraan gesteld worden (punt 2). Vervolgens bespreekt de Afdeling de figuur van delegatie. Zij besteedt daarbij aandacht aan de verhouding tussen wetten in formele zin en algemene maatregelen van bestuur (amvb's) (punt 3). Daarna gaat de Afdeling in op de verschillende manieren waarop parlementaire betrokkenheid bij gedecentraliseerde regelgeving is vormgegeven en het gebruik daarvan in de praktijk (punt 4).

2. Wetten in formele zin

a. *Vaststelling van wetten*

De Grondwet vormt de basis voor onze democratische rechtsstaat en parlementaire democratie. In de Grondwet staat een aantal bepalingen die zien op de totstandkoming van wetten en de verdeling van taken en bevoegdheden hierbij.⁵ Artikel 81 bepaalt dat het vaststellen van wetten geschiedt door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Daarmee is de Staten-Generaal bij formele wetten de medewetgever. De Grondwet kent daarbij aan de Kamers van het parlement een aantal bevoegdheden toe. Zo heeft de Tweede Kamer het recht van initiatief, waardoor (leden van) de Tweede Kamer zelf wetsvoorstellen aanhangig kunnen maken.⁶ Ook heeft de Tweede Kamer het recht van amendement; leden van deze Kamer kunnen voorstellen doen tot wijziging van een aanhangig wetsvoorstel.⁷ De leden van de Eerste Kamer hebben deze bevoegdheden niet.

De Grondwet beschrijft tevens de volgtijdelijkheid van de wetsprocedure: een voorstel wordt eerst door de Tweede Kamer behandeld en aangenomen dan wel afgewezen. Indien de Tweede Kamer besluit een wetsvoorstel aan te nemen, wordt het aan de Eerste Kamer gezonden. Deze kan besluiten tot aanneming daarvan of het afstemmen.⁸

b. *Legaliteitsbeginsel en primaat van de wetgever*

Alle algemeen verbindende voorschriften op centraal niveau die niet rechtstreeks op de Grondwet berusten, moeten hun grondslag vinden in een wet in formele zin.⁹ De wetgever in formele zin delegeert regelgevende bevoegdheid vrijwel altijd aan de regering of de minister.¹⁰ Hoewel de formulering van artikel 81 van de Grondwet met zich lijkt te brengen dat het de wetgever geheel vrij staat te bepalen welke normen hij zélf wil vaststellen en welke normstelling hij aan andere regelgevers wil overlaten, vloeien uit de Grondwet niettemin grenzen voort.

⁵ Het vijfde hoofdstuk van de Grondwet is getiteld 'Wetgeving en bestuur' en besteedt in de eerste paragraaf (art. 81-89) aandacht aan 'wetten en andere voorschriften'. Het merendeel van deze bepalingen (art. 82-89) heeft betrekking op de totstandkomingsprocedure van wetten in formele zin.

⁶ Artikel 82, eerste lid, van de Grondwet.

⁷ Artikel 84 van de Grondwet.

⁸ Artikel 85 van de Grondwet.

⁹ In zeer bijzondere gevallen is die grondslag er niet, zie artikel 89, eerste lid, van de Grondwet.

¹⁰ Vergelijk aanwijzing 2.18 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Het legaliteitsbeginsel is hierin één van de leidende beginselen, en ook de hiervoor besproken betrokkenheid als medewetgever van de Kamers van het parlement bij de vaststelling van wetten in formele zin is in dit verband belangrijk. Overheidshandelen moet steeds gebaseerd zijn op de wet. Dat de volksvertegenwoordiging over deze wetten mede besluit, geeft democratische legitimatie aan formeel-wettelijke regels die voor burgers bindend zijn. Het 'primaat van de wetgever' vloeit hieruit voort. Daarbij gaat het erom dat de voornaamste onderdelen van een regeling in een wet in formele zin behoren te worden neergelegd en dus niet worden gedelegeerd aan de regering of een minister, omdat parlementaire betrokkenheid ontbreekt als die organen algemeen verbindende voorschriften vaststellen.¹¹

Het primaat van de wetgever kan worden beschouwd als een normatieve aanscherping van het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel vereist een grondslag in een wet in formele zin voor lagere regelgeving (en vooronderstelt dus delegatie). Het primaat van de wetgever geeft richting bij de beantwoording van de vraag in welke gevallen de wetgever tot delegatie zou moeten of mogen overgegaan. Het primaat van de wetgever gaat niet over de vraag welke zaken een grondslag in de wet horen te hebben, maar welke zaken in de wet zelf geregeld moeten worden.¹² Tot de hiervoor genoemde voornaamste onderdelen behoren in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling en de voornaamste duurzame normen zoals de bevoegdheidsverdeling. Uit de Grondwet vloeit verder onder meer voort dat beperkingen van grondrechten een basis moeten hebben in de wet in formele zin.

c. *Eisen zorgvuldig wetgevingsproces*

Het legaliteitsbeginsel en het primaat van de wetgever moeten in nauwe samenhang worden gezien met andere eisen die gesteld worden aan het wetgevingsproces. Daarbij is van belang dat niet alleen de *inhoud* van regelgeving aan bepaalde eisen moet voldoen (geschikt, doelmatig, proportioneel en uitvoerbaar), maar dat ook eisen gelden voor het *proces* van totstandkoming. Het gaat dan vooral om eisen van rechtszekerheid, democratische legitimatie, zorgvuldige voorbereiding en inzichtelijkheid van het totstandkomingsproces.¹³ De wetgevingsprocedure zoals neergelegd in de Grondwet geeft hiervoor enkele handvatten; de kenbaarheid van zowel wetten zelf als de inzichtelijkheid van het totstandkomingsproces vloeien hieruit voort.

De zorgvuldige voorbereiding van wetgeving ziet zowel op de fase voorafgaand aan indiening van een wetsvoorstel, waarbij onder meer gedacht moet worden aan het gebruik van instrumenten zoals consultatie en advisering als ook op de behandeling door de Kamers. Voor de fase van behandeling van een wetsvoorstel geven de reglementen van Orde van beide Kamers nadere regels, onder meer waar het gaat om de schriftelijke voorbereiding, de behandeling in commissies en de plenaire behandeling. Dit brengt ook mee dat er sprake is van een rechtszeker en inzichtelijk totstandkomingsproces; per fase ligt vast, hetzij in de Grondwet, hetzij in andere wet- en regelgeving wie welke bevoegdheden en verplichtingen heeft.

¹¹ Vergelijk aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Uiteraard kan het parlement de minister altijd ter verantwoording roepen over de vaststelling van een gedelegeerde regeling maar bij de vaststelling van die regeling als zodanig is het parlement niet betrokken.

¹² S.A.J. Munneke, 'De bevoegdheid tot wetgeving bij de centrale overheid', in: S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven*, Deventer: Kluwer 2012, p. 258.

¹³ Zie ook het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving van G.J. Geertjes, *De wetgevingsprocedure anno 2022: klaar voor de toekomst?*, 6 oktober 2022.

3. Delegatie in algemene zin

a. *Vaststelling van een amvb*

De procedure tot vaststelling van amvb's is beperkt geregeld in de Grondwet. Bepaald is dat deze bij koninklijk besluit worden vastgesteld.¹⁴ Anders dan bij het vaststellen van wetten in formele zin, zoals hiervoor beschreven, hebben de beide Kamers van het parlement bij het vaststellen van amvb's geen grondwettelijke bevoegdheden.

De procedure tot vaststelling van een amvb verloopt als volgt. Onder verantwoordelijkheid van de betrokken minister wordt een ontwerp-amvb voorbereid. Deze wordt aangeboden aan de ministerraad, die machtiging moet verlenen om de ontwerp-amvb voor advies aan de Afdeling advisering van de Raad van State voor te leggen. De Koning legt de ontwerp-amvb vervolgens formeel aan de Afdeling advisering voor, en machtigt de Afdeling haar advies rechtstreeks aan de verantwoordelijke minister te zenden. De minister stelt een nader rapport op. De Koning ondertekent de amvb. Na het contraseign door de minister wordt de amvb bekend gemaakt in het Staatsblad en kan deze in werking treden.

Als in een voorhangprocedure is voorzien, wordt de ontwerp-amvb, vóórdat deze ter advies aan Afdeling advisering wordt voorgelegd, eerst aan beide Kamers van het parlement gezonden. Deze kunnen zich uitlaten over de inhoud van het ontwerp. De regering kan eventuele opmerkingen verwerken in de ontwerp-amvb voordat deze aan de Afdeling advisering wordt gezonden.

b. *Verhouding wet in formele zin en amvb*

Zoals hierboven aangegeven moeten alle algemeen verbindende voorschriften op centraal niveau die niet rechtstreeks op de Grondwet berusten, een grondslag hebben in een wet in formele zin. De wetgever in formele zin kan regelgevende bevoegdheid delegeren aan onder meer de regering.¹⁵ Vanwege het hiervoor besproken uitgangspunt van het primaat van de wetgever moet delegatie van regelgevende bevoegdheid met voldoende waarborgen zijn omgeven, waarbij de reikwijdte van de delegatie in de wet zelf adequaat is ingekaderd. In dat geval kan het parlement het stellen van deze regels aan de regering overlaten.¹⁶ Hierbij is een aantal elementen relevant dat in ieder geval in de wet zelf zou moeten worden opgenomen. Dit betreft onder andere bepalingen die de reikwijdte van de regeling bepalen en de overige belangrijkste, naar buiten werkende voorschriften.¹⁷

Het gaat dan om de structurele, wezenlijke elementen van een regeling. In principe worden deze niet gedelegeerd aan de regering of een minister, omdat – als gezegd – parlementaire betrokkenheid bij

¹⁴ Artikel 89, eerste lid, van de Grondwet.

¹⁵ Vergelijk aanwijzing 2.18 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁶ Aanwijzing 2.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁷ Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving

de vaststelling van deze algemeen verbindende voorschriften dan ontbreekt.¹⁸ Over deze onderwerpen komt de formele wetgever het 'primaat' toe. Dit uitgangspunt dient de democratische legitimatie, rechtszekerheid (het legaliteitsbeginsel) en zorgvuldigheid. Zou regelgevende bevoegdheid ten aanzien van wezenlijke elementen van een wet gedelegeerd worden, dan draagt dat bovendien niet bij aan de kenbaarheid van wetgeving.

In de praktijk wordt echter regelmatig gebruik gemaakt van ruime en open geformuleerde delegatiegrondslagen, waarbij mogelijkheid tot subdelegatie wordt geboden en in sommige gevallen zelfs afwijking van of uitzondering op de wet mogelijk wordt gemaakt. Dit doet afbreuk aan het primaat van de wetgever (democratische legitimatie en rechtszekerheid (legaliteit)) en de kenbaarheid van regels. Het is daarom van groot belang dat keuzes omtrent structurele, wezenlijke elementen van een regeling bij de wet in formele zin worden bepaald en dat delegatiebepalingen niet te ruim worden geformuleerd.¹⁹ Als de wetgever in formele zin expliciete afwegingen maakt over de reikwijdte van de gewenste delegatie en – daarmee samenhangend – de afbakening van de delegatiegrondslag, draagt hij er zorg voor dat structurele, wezenlijke elementen van een regeling direct democratisch zijn gelegitimeerd en dat duidelijk is welk type regels op welk niveau worden geregeld.

4. Parlementaire betrokkenheid bij amvb's

a. *Aanleiding*

Als de voornaamste onderdelen van een regeling niet in de formele wet worden vastgelegd, maar worden gedelegeerd aan de regering, wordt materieel het onderscheid tussen de formele wet en de algemene maatregel van bestuur veel kleiner. In dat geval kan bij de beide Kamers van het parlement behoefte ontstaan om gebruik te maken van andere manieren om de eigen verantwoordelijkheid en betrokkenheid bij de tot stand te brengen regels te waarborgen, waaronder het middel van de voorhangprocedure.²⁰ Feitelijk wordt de voorhangprocedure dan gebruikt als correctie voor de (te) ruime delegatie zonder dat daarvoor een dwingende reden was: als die ruime delegatie niet had plaatsgevonden, zou de correctie van een voorhangprocedure niet nodig zijn geweest.

Hoewel er geen staatsrechtelijke bezwaren bestaan tegen het gebruik van de voorhangprocedure als zodanig, ligt dit anders, indien zonder dwingende reden gebruik wordt gemaakt van ruime

¹⁸ Vergelijk aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁹ De Afdeling heeft in dat verband meer dan eens gewezen op de onwenselijkheid van ruime delegatiebepalingen. Zie onder meer de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State over het voorstel van wet tot inrichting van het verkiezingsproces (W04.10.0038/I), Stcrt. 2010, nr. 19451, over de Veteranenwet (W07.10.0240/II), Kamerstuk 32 414, nr. 5, over het ontwerpbesluit tot wijziging van enige uitvoeringsbesluiten op het gebied van de belastingen (W06.20.0424/III), www.raadvanstate.nl en over de elfde wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving (W01.19.0146/I), Stcrt. 2022, nr. 6522. Meer specifiek over het primaat van de wetgever zie bijvoorbeeld het advies over het voorstel van wet tot intrekking van de Wet maatregelen woningmarkt 2014 II en wijziging van de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte (W04.22.0105/I), Kamerstuk 36 218, nr. 4. Ook in voorlichting W13.20.0375/III, Kamerstuk 35 526, F is hierop uitgebreid ingegaan.

²⁰ Voorlichting van de Raad van State van 12 maart 2010 inzake het voorhangen van gedelegeerde regelgeving (W03.09.0557/II), Bijlage bij Kamerstuk 32 123-VI, L.

delegatiebepalingen en vervolgens de voorhangprocedure als correctiemiddel wordt gebruikt. Terughoudendheid met voorhangprocedures is nodig juist om de rechtstreekse parlementaire betrokkenheid bij regelgeving op passende wijze te waarborgen.²¹

Terughoudendheid ligt ook voor de hand, omdat parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving 'hinkt op twee gedachten': enerzijds geeft het parlement door akkoord te gaan met een ruime delegatiebevoegdheid een onderwerp van regelgeving zelf uit handen, maar anderzijds wordt door de voorhang een vorm van zeggenschap over de gedelegeerde regelgeving behouden. Maar de positie en bevoegdheden van het parlement bij de vaststelling van een amvb zijn niet dezelfde als die bij de vaststelling van een wet in formele zin (punten 2 en 3). De democratische legitimatie is dan ook beperkter.

Van de hiervoor genoemde 'dwingende redenen' om wel uit te gaan van een ruime delegatiebevoegdheid met voorhang is niet snel sprake. Dat een amvb sneller gewijzigd kan worden dan een wet in formele zin, is in het algemeen geen dwingende reden voor ruime delegatie naar een amvb met als correctiemiddel voor de afwezige rechtstreekse parlementaire betrokkenheid een voorhangprocedure. Dat kan anders liggen in noodgevallen waarin het juist op snelheid aankomt. Maar ook kan een amvb met een duidelijke, beperkte delegatiegrondslag toch een voorhangprocedure kennen, gelet op de aard van de materie. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het Kiesbesluit.

b. *Vormen van parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving*

Parlementaire betrokkenheid bij decentrale regelgeving kan op verschillende manieren vorm krijgen. Vanaf 1950 zijn hiervoor verschillende vormen geïntroduceerd in de wetgeving. In het rapport 'Orde in de Regelgeving' van de commissie-Polak in 1985 is een poging gedaan om alle tot dan toe ontstane vormen van betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving te uniformeren.²² Het rapport maakte duidelijk dat parlementaire controle van gedelegeerde regels in twee varianten kan voorkomen:

- controle vooraf of voorhang (er wordt dan een ontwerp-amvb aan het parlement voorgelegd voordat die aan de Afdeling advisering voor advies wordt toegezonden) of
- controle achteraf of nahang (er wordt dan een vastgestelde amvb (waarover de Afdeling advisering van de Raad van State heeft geadviseerd) aan het parlement voorgelegd; die amvb kan dan ook nog niet meteen in werking treden).²³

Daarnaast is er onderscheid tussen wat tegenwoordig wordt aangeduid als 'lichte controle' en 'zware controle'. In het eerste geval wordt een ontwerp dan wel een vastgestelde regeling aan de beide Kamers van het parlement toegezonden, waarbij deze vervolgens hun reguliere controlerende instrumentarium kunnen gebruiken (het stellen van vragen, het indienen van moties). In het tweede

²¹ Zie ook aanwijzing 2.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²² Commissie-Polak, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 55-63.

²³ Omdat de vragen in het voorlichtingsverzoek alleen de voorhangprocedure betreffen, gaat de Afdeling verder niet in op nahang.

geval krijgt het parlement in aanvulling op de reguliere instrumenten meer bevoegdheden, bijvoorbeeld de mogelijkheid om af te dwingen dat de materie alsnog in een wet wordt geregeld of de mogelijkheid om de regeling af te keuren.

Deze vormen van controle zitten tussen de regelgevende en controlerende taak van het parlement in. Bij 'controle vooraf' maakt het parlement op een bijzondere manier gebruik van zijn regelgevende bevoegdheid door wijzigingen in de nog niet tot stand gekomen regelgeving 'zo nodig af te dwingen'. Bij 'controle achteraf' gaat het om controle op de regering die van zijn regelgevende bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

De poging tot ordening heeft uiteindelijk geleid tot het opnemen van vier modellen voor parlementaire controle op gedelegeerde regels in de Aanwijzingen voor de regelgeving²⁴, namelijk:

- *gecontroleerde delegatie*; dit houdt in dat voorschriften bij lagere regeling kunnen worden vastgesteld maar dat een ontwerp daarvan *ter kennis* van het parlement wordt gebracht;²⁵
- *voorwaardelijke delegatie*; daarvan is sprake indien een lagere regeling voor haar inwerkingtreding moet worden voorgelegd aan het parlement en het parlement of een gedeelte daarvan dan binnen een bepaalde termijn *vaststelling van de betrokken regeling bij wet kan eisen*;²⁶
- *tijdelijke delegatie*; dit houdt in dat voorschriften tijdelijk bij een algemene maatregel van bestuur of eventueel een ministeriële regeling kunnen worden vastgesteld maar dat deze algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling *op korte termijn moet worden vervangen door een wet*;²⁷ en
- *delegatie onder het vereiste van goedkeuring bij wet*; dit houdt in dat voorschriften tijdelijk bij een algemene maatregel van bestuur of eventueel een ministeriële regeling kunnen worden vastgesteld maar dat deze op korte termijn *bij wet worden goedgekeurd*.²⁸

De eerste vorm van delegatie voorziet in een vorm van controle op het handelen van het bestuur, te weten de wijze waarop het bestuur invulling geeft aan de delegatiegrondslagen. De drie andere vormen leiden ertoe dat het parlement zijn uit handen gegeven bevoegdheid als medewetgever weer (deels) terugneemt. Naast deze vormen die in de Aanwijzingen zijn opgenomen, zijn er echter in de loop van de tijd ook andere varianten van parlementaire betrokkenheid ontstaan. In de praktijk komen er nog andere varianten voor die niet in de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn geregeld. Het gaat onder meer om de tussenvormen voorwaardelijke delegatie vooraf,²⁹ zwaar gecontroleerde delegatie vooraf³⁰ en licht gecontroleerde delegatie achteraf.³¹ Ook een combinatie van deze tussenvormen komt voor.³²

²⁴ Aanwijzingen 2.36-2.40 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²⁵ Zie bijvoorbeeld artikel 13 van de Veteranenwet.

²⁶ Zie bijvoorbeeld artikel 12 van de Gaswet.

²⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 20, vierde lid, van de Wet publieke gezondheid.

²⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 9.27 van de Wet Dieren.

²⁹ Zie bijvoorbeeld de artikelen 18.3, negende lid, en 18.4.14 van de Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

³⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 77 van de Meststoffenwet.

³¹ Zie bijvoorbeeld artikel 8 van de Financiële-Verhoudingswet.

³² Zie hiervoor de voorlichting W13.20.0375/III, Kamerstuk 35 526, F.

Soms worden in wetten verschillende vormen van parlementaire betrokkenheid gecombineerd. Zo is op bepaalde amvb's die hun grondslag hebben in de Wet Milieubeheer op grond van artikel 21.6, vierde lid, van die wet een gecontroleerde delegatie van toepassing, terwijl op diezelfde amvb's op grond van het vijfde lid van dat artikel ook sprake is van lichte gecontroleerde delegatie achteraf.

c. *Toepassing in de praktijk*

De regering heeft enkele malen geprobeerd de omvang van parlementaire betrokkenheid bij amvb's te beperken, zowel in aantallen als in verschillende modellen. In 2007 werd onder meer voorgesteld om te komen tot een opschoning van bestaande bepalingen in wetgeving hierover en rees tevens het idee dat parlementaire betrokkenheid voortaan alleen nog zou moeten plaatsvinden bij de eerste vaststelling van een amvb en niet bij elke volgende wijziging.³³ De Tweede Kamer was hier echter geen voorstander van; er werd grote waarde gehecht aan de betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving.³⁴

Uit beschikbaar onderzoeksmateriaal naar het aantal keren dat gebruik werd gemaakt van parlementaire betrokkenheid in het jaar 2015-2016 blijkt dat er in dat jaar van de 370 vastgestelde amvb's 144 een of meer vormen van parlementaire betrokkenheid bevatten (39%). Daarbij valt op dat het niet alleen gaat om bestaande amvb's die gewijzigd worden, maar dat van de 80 nieuwe amvb's 34% hiervoor een voorziening bevat.³⁵ Uit deze cijfers blijkt dat het gebruik van parlementaire betrokkenheid bij amvb's geen uitzondering is.

5. Beantwoording van de vragen

Alvorens de vragen van de Tweede Kamer in concreto te beantwoorden, merkt de Afdeling het volgende op. Hiervoor, in punt 3a, is kort beschreven op welk moment een ontwerp-amvb voor advies aan de Afdeling advisering wordt voorgelegd. Wanneer is voorzien in een voorhangprocedure, adviseert de Afdeling *nadat* de voorhangprocedure is afgerond. Dat heeft te maken met de constitutionele positie en taken van de Raad van State en de Afdeling advisering.³⁶ Die positie en taken leiden ertoe dat de Afdeling advisering in principe heeft te gelden als 'laatste adviseur' van de regering en moet kunnen adviseren over het 'complete plaatje'.³⁷ Gaat het om een ontwerpbesluit, dan adviseert de Afdeling de regering op het moment waarop het ontwerp zó ver is gevorderd, dat tot vaststelling kan worden besloten.³⁸

³³ Kamerstuk 29 383, nr. 75 en Kamerstuk 30 800 VI, C.

³⁴ Kamerstuk 30 930, nr. 6.

³⁵ Zie de masterscriptie van H.M.A. Borman, Voor- en nahangprocedures in de praktijk (VU Amsterdam 2017).

³⁶ Artikel 73 van de Grondwet en artikel 17 van de Wet op de Raad van State.

³⁷ In zoverre is haar positie wezenlijk anders dan die van andere colleges die het Rijk kunnen adviseren over wetgeving en bestuur.

³⁸ Gaat het om een wetsvoorstel van de regering, dan ligt dat moment vóórdat het voorstel naar de Tweede Kamer wordt gezonden. Voor initiatiefwetgeving is dit anders omdat initiatiefnemers niet verplicht zijn tot het inwinnen van adviezen van adviescolleges over een wetsvoorstel, met uitzondering van het advies van de Afdeling advisering

Zowel het gebruik van ruime delegatie als het daarbij opnemen van bepalingen die parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van amvb's regelen doen afbreuk aan het feit dat wetten in formele zin en amvb's verschillende soorten regelingen zijn, die op verschillende wijze worden vastgesteld, waarin – samenhangend daarmee – verschillende typen regels worden opgenomen en waartoe aan de beide Kamers van het parlement verschillende bevoegdheden toekomen. Op de eisen die in dit verband aan het wetgevingsproces worden gesteld, moet ook kunnen worden toegezien, zowel door het parlement als door de Afdeling advisering van de Raad van State, die formeel altijd in het proces betrokken is.

De Afdeling schetst in antwoord op de vragen twee manieren waarop de beide Kamers van het parlement eerder kennis kunnen nemen van het advies van de Afdeling advisering over een ontwerp-amvb. De eerste maakt gebruik van de omstandigheid dat adviezen van de Afdeling advisering sinds 1 mei 2022 kort na de vaststelling openbaar zijn. De tweede gaat in op de mogelijkheid om te beschikken over het advies van de Afdeling vóórdát de voorhangprocedure aanvangt en de voorwaarden waaronder dat tot de mogelijkheden zou behoren.

a. *Inwerkingtreding Wet open overheid (Woo)*

Sinds het debat dat aanleiding was voor het voorlichtingsverzoek heeft zich een belangrijke ontwikkeling voorgedaan, namelijk de inwerkingtreding van de Woo per 1 mei 2022. Vóór die datum werd een advies van de Afdeling over een amvb pas openbaar op het moment dat de regering de amvb definitief vaststelde. In die situatie konden de beide Kamers van het parlement niet eerder kennis nemen van het advies van de Afdeling.

Per 1 mei 2022 geldt echter dat alle adviezen van de Afdeling enkele dagen nadat zij zijn vastgesteld, openbaar worden gemaakt. Op dat moment is er in het algemeen nog geen sprake van een besluit van de regering tot vaststelling van de amvb. Dit betekent dat het parlement in deze nieuwe situatie eerder kennis kan nemen van de adviezen van de Afdeling. Weliswaar geldt nog steeds dat de voorhangprocedure reeds is afgerond als de ontwerp-amvb voor advies aan de Afdeling advisering wordt voorgelegd, maar anders dan vóór 1 mei 2022 het geval was, kan het parlement wél over het advies beschikken voordat een ontwerp-amvb wordt vastgesteld. Dat is overigens niet alleen zo voor amvb's waar een voorhangprocedure op van toepassing is, maar geldt voor alle amvb's.

Dit verruimt de mogelijkheid van de beide Kamers van parlement aanzienlijk om in voorkomende gevallen met de regering over een advies van de Afdeling over een ontwerp-amvb van gedachten te wisselen. De regering kan in voorkomend geval het openbare advies aan het parlement toezenden. Als een advies van de Afdeling daartoe aanleiding geeft, kunnen de beide Kamers van het parlement immers hun reguliere instrumenten, zoals moties, gebruiken om bijvoorbeeld de vaststelling van de amvb aan te houden totdat daarover met de regering nader is gesproken.³⁹

³⁹ Deze optie werd overigens vóór inwerkingtreding van de Woo genoemd door staatssecretaris van Huffelen: "In principe wordt een AMvB bij u voorgehangen, u geeft dan op- of aanmerkingen, de regering gaat daarmee aan de slag en brengt al dan niet wijzigingen in de AMvB aan en vervolgens komt er advies van de Raad van State. Wij kunnen dat advies kenbaar aan u maken

b. *Advies Afdeling voorafgaand aan voorhang*

Verdergaand dan punt 5a is het volgende: een advies van de Afdeling voorafgaand aan de voorhang. Deze procedure zou er als volgt uit kunnen zien. Een ontwerp-amvb wordt eerst ter advisering aan de Afdeling aangeboden. Nadat de Afdeling advies heeft uitgebracht, volgt de voorhangprocedure bij een van beide of beide Kamers. Indien naar aanleiding van de voorhangprocedure de regering substantiële aanpassingen in het ontwerp aanbrengt, wordt het nieuwe ontwerp opnieuw ter advisering aan de Afdeling voorgelegd. Dat laatste vloeit voort uit het hiervoor genoemde uitgangspunt dat de Afdeling bij amvb's optreedt als laatste adviseur van de regering. Na ommekomst van dit eventuele tweede advies kan de amvb worden vastgesteld.

Het voordeel van dit alternatief is dat de beide Kamers van het parlement, zoals wenselijk wordt geacht, het advies van de Afdeling kunnen betrekken bij de afweging of in de voorhangprocedure opmerkingen moeten worden gemaakt. Een nadeel van deze procedure is dat hiermee het onderscheid tussen een wetsvoorstel en een amvb kleiner wordt – met dien verstande dat de Tweede Kamer geen amendementsrecht heeft bij amvb's. Deze procedure impliceert een relativering van het onderscheid tussen wetgeving in formele zin en amvb's. De voorhangprocedure zelf relativeert dit onderscheid. Dat wordt verder versterkt als de Afdeling voorafgaand aan de voorhang adviseert. Vooral als gebruik wordt gemaakt van ruime delegatiemogelijkheden komt dit de zorgvuldigheid, rechtszekerheid, democratische legitimatie en kenbaarheid van regelgeving niet ten goede, zoals hierboven naar voren gebracht (punten 3 en 4).

c. *Opschonen voorhangprocedures*

De hierboven genoemde mogelijkheden van het parlement om het advies van de Afdeling nadrukkelijker te betrekken bij de oordeelsvorming over amvb's (met of zonder voorhang) mogen geen afbreuk doen aan de hoofdregel dat de voornaamste onderwerpen bij wet worden geregeld. Bij de vaststelling van lagere regelgeving die berust op een wet in formele zin is voorts in beginsel geen rol weggelegd voor het parlement.

Gelet op het veelvuldig gebruik van voorhangbepalingen enerzijds en de toegenomen variatie van vormen van parlementaire betrokkenheid bij amvb's anderzijds, beveelt de Afdeling aan om te nader te bezien of hierin niet een zekere mate van opschoning zou moeten plaatsvinden. Daarbij zouden de aard en omvang van de delegatiegrondslagen opnieuw moeten worden bezien, alsmede de noodzaak van het gebruik van voorhangprocedures. Ook moet worden voorkomen dat er veel verschillende

en aangeven dat wij van mening zijn dat wij op basis daarvan op een nog te bepalen datum, die dan een of twee weken verder in de tijd ligt, de AMvB van kracht willen laten zijn, zodat u de mogelijkheid heeft om het advies van de Raad van State in te zien en aan de bel te trekken wanneer u vindt, op basis van dat advies, dat het echt totaal onwenselijk zou zijn om de AMvB daadwerkelijk in werking te laten treden. Ik hoop dat zo'n situatie zich helemaal niet gaat voordoen, maar die mogelijkheid is er dan in ieder geval wel." Kamerstuk 35 957, nr. 12, p. 31. Sinds de inwerkingtreding van de Woo is echter niet meer nodig dat de regering hiertoe apart initiatief neemt; de beide Kamers van het parlement kunnen in de regel beschikken over het advies van de Afdeling voordat een amvb wordt vastgesteld.

procedures naast elkaar worden gebruikt; dit komt immers de kenbaarheid van regels en de inzichtelijkheid van het wetgevingsproces niet ten goede. De Afdeling geeft de beide Kamers der Staten-Generaal in overweging om hierover in overleg te treden met de regering.

De vice-president van de Raad van State

Th. C. de Graaf