University of Groningen

Adviezen van de Raad van State in jurisprudentie

Nap, Mentko

Published in:
RegelMaat

DOI:
[10.5553/RM/0920055X2019034002006](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2019034002006)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Nap, M. (2019). Adviezen van de Raad van State in jurisprudentie. *RegelMaat*, 34(2), 148-154.
<https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2019034002006>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Adviezen van de Raad van State in jurisprudentie

M. Nap

Het redactionele voorwoord bij de allereerste aflevering van *RegelMaat* kondigde aan dat onder de noemer Legispudentie in elke aflevering

‘een bepaald, in het oog springend aspect van recente wetgeving van commentaar [zal] worden voorzien. Ook de wetgevingsadvisering door de Raad van State, toegespitst op de rol van beginselen van behoorlijke wetgeving hierin, zal in die rubriek systematisch worden gevolgd.’¹

In de jaren nadien traden diverse rubriekschrijvers aan. Meestal kozen zij ervoor recent verschenen wetgevingsadviezen voor het voetlicht te brengen. Dat gebeurde ook in de laatste aflevering van Legispudentie, die verscheen in 2003.² Op initiatief van de redactie wordt de rubriek nu gereanimeerd. Het aantal afleveringen is vooralsnog gesteld op drie per jaar. In deze eerste aflevering zet ik kort uiteen hoe ik voornemens ben de rubriek te gaan vullen, om vervolgens direct van dat voornemen af te wijken.

Toen dit tijdschrift in 1986 voor het eerst werd uitgebracht, was het met de kenbaarheid van adviezen van de Raad van State niet zo best gesteld. Adviezen over ingediende wetsvoorstellen verschenen als blauw Kamerstuk, en waren op die manier nog wel redelijk goed te vinden. Heel anders zat het met adviezen over wetsvoorstellen die buiten behandeling werden gelaten en adviezen over ontwerpen voor algemene maatregelen van bestuur (AMvB's). Wie daar kennis van wilde nemen, moest te rade gaan bij het Bijvoegsel van de Staatscourant.³ In 2000 schreef Tim Borman dat maar een zeer gering aantal abonnementen op dat bijvoegsel was afgesloten.⁴ Dat aantal zal in de jaren sindsdien bepaald niet groter zijn geworden. Had men eenmaal een bibliotheek gevonden waar het bijvoegsel op de planken stond, dan was het gezochte advies nog niet zomaar boven water. De ondoorgrondelijke wijze van ordenen dwong belangstellenden om stapels bijvoegsels door te bladeren voordat men beethad. Tegen die achtergrond was een

1 *RegelMaat* 1986, afl. 1, p. 1.

2 *RegelMaat* 2003, afl. 1, p. 36-39.

3 Dat gold lange tijd ook voor de versies van ontwerpen van wet en AMvB's zoals ze aan de Raad van State waren aangeboden, zie daarover T.C. Borman, 'Het ambacht. De (on)toegankelijkheid van aan de Raad van State voorgelegde teksten', *RegelMaat* 2005, afl. 5, p. 173-176.

4 T.C. Borman, *De wetgevingsadvisering door de Raad van State in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 89.

aan legisprudentie gewijde rubriek in *RegelMaat* dan ook heel nuttig om wetgevingsadviezen te signaleren. Met de lancering van overheid.nl in 1999 en publicatie van adviezen op raadvanstate.nl in 2002 keerde veel ten goede.⁵ Een enkele keer wil het nog wel gebeuren dat de verantwoordelijke autoriteit (erg) lang wacht met openbaarmaking van adviezen (daarover art. 26 en 27 van de Wet op de Raad van State), maar eenmaal online zijn ze voor geïnteresseerden eenvoudig te vinden. Vooral in de jaren dat Radolex, het interne documentatiesysteem waarin de Raad van State zijn wetgevingsadviezen beheert, openbaar toegankelijk was, konden belangstellenden naar hartenlust grasduinen in de adviezen. Sinds enige tijd is Radolex voor de buitenwacht dan wel niet meer te raadplegen, maar nog steeds geldt dat de vindbaarheid van adviezen enorm is verbeterd ten opzichte van de beginjaren van *RegelMaat*. Daarom heb ik me voorgenomen om deze rubriek vooral te benutten voor het opsporen van zowel de witte raven als de wetmatigheden in de wetgevingsadvisering van de Raad van State. De veronderstelling daarbij is dat in die adviezen verstandigheden (prudentie) over wetgeving te vinden zijn en dat dit voor lezers van *RegelMaat* de moeite waard is.

In deze eerste aflevering van de hernieuwde rubriek wil ik echter iets anders aan de orde stellen, namelijk het gebruik van wetgevingsadviezen door de rechter. Is het (heilzame?) effect van advisering voorbij zodra de wet of de AMvB tot stand is gekomen, of kan de rechtspraak ook nadien nog profiteren van de openbaringen door het orakel aan de Kneuterdijk? Een niet al te grondig onderzoekje op rechtspraak.nl leert dat het niet ongebruikelijk is dat de rechter voor het interpreteren van een wettelijk voorschrift ook te rade gaat bij wat de (Afdeling advisering van de) Raad van State daaromtrent heeft gezegd.⁶ Wat illustraties uit de vier grote steden: herhaaldelijk zag de Amsterdamse voorzieningenrechter in het onverplichte advies over ontwikkelingen in het gebruik van de bestuurlijke boete aanleiding om verzoeken tot het schorsen van boetebesluiten in te willigen.⁷ In Rotterdam verliet de rechtbank zich voor zijn uitleg van een bepaling uit de subsidietitel in de Algemene wet bestuursrecht onder meer op wat de Raad van State in zijn wetgevingsadvies had geschreven.⁸ De rechtbank Den Haag betrok een wetgevingsadvies bij zijn interpretatie van de Vreemdelingenwet 2000.⁹ Niet alleen rechters in eerste aanleg halen wetgevingsadviezen aan, ook de in Utrecht zete-

5 M.M. Bense, 'Legisprudentie. Adviezen van de Raad van State op internet', *RegelMaat* 2002, afl. 1, p. 30-34.

6 Ik heb de tot en met 20 februari 2019 op rechtspraak.nl gepubliceerde rechterlijke uitspraken onderzocht op het voorkomen van de zoektermen 'afdeling advisering' + 'raad van state' (68 treffers) en 'advies van de Raad van State' (253 treffers). Uitspraken waarin op andere wijze naar de wetgevingsadviezen werd verwezen, zijn dus niet in mijn onderzoekje betrokken.

7 Rb. Amsterdam (vzr.) 21 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9126, rb. Amsterdam (vzr.) 12 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2330 en rb. Amsterdam (vzr.) 28 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4675.

8 Rb. Rotterdam 3 juli 2003, ECLI:NL:RBROT:2003:AH9775.

9 Rb. Den Haag 15 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14565.

lende Centrale Raad van Beroep deed dat in drie min of meer gelijklopende uitspraken in hoger beroep.¹⁰

Al te bijzonder is dit allemaal niet. Veel van wat ik heb aangetroffen, spoort met wat je op voorhand zou verwachten. Het ligt bijvoorbeeld nogal voor de hand dat de rechter weinig waarde hecht aan adviezen die nadrukkelijk niet zijn opgevolgd. Het ambt dat de regeling (een wet of een AMvB) heeft uitgevaardigd, heeft uiteindelijk anders besloten. Het zou dan wat vreemd zijn als die beslissing door de rechter zou worden doorkruist (daarover verderop).¹¹ Ook het omgekeerde is waar: het enkele feit dat de regering een advies van de Raad van State heeft opgevolgd, maakt nog niet dat de rechter er dus maar voetstoots van uitgaat dat de rechtmatigheid van het besluit vaststaat. Dat bleek bijvoorbeeld toen een voormalig lid van het Europees Parlement zich bij de Centrale Raad van Beroep meldde om te klagen over de weigering aan haar een uitkering op grond van een bijzondere voorziening in de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (Appa) toe te kennen. Over het ontwerpbesluit voor zo'n uitkering moet het advies van de Raad van State worden gevraagd.¹² Dat advies luidde hier negatief, omdat betrokkene niet voldeed aan de in de wet gestelde voorwaarden. De regering volgde het advies op. Bij de Centrale Raad van Beroep bleek echter dat nog voordat de minister de Raad van State had benaderd, hij aan de gewezen parlementariër had toegezegd de inwilliging van het verzoek te bevorderen. Vanwege die onvoorwaardelijke en ondubbelzinnige toezegging achtte de rechter het in strijd met het vertrouwensbeginsel dat de minister naar aanleiding van het advies van de Raad van State alsnog een afwijzende voordracht aan de Kroon had gedaan.¹³ De regering kon zich dus niet achter de brede rug van de Raad van State verschuilen. Evenmin is het verrassend dat de rechter zich niet gebonden acht aan wat de Raad van State heeft gesteld over de verenigbaarheid van een wettelijk voorschrift met eenieder verbindend verdragsrecht. Aan de rechter komt op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet een zelfstandige toetsingsbevoegdheid toe. Om die reden kon de rechtbank Assen zich (op overigens bijna verontwaardigde toon) distantiëren van de opvatting van de Raad van State en concluderen dat een aanpassing van de socialezekerheidswetgeving strijd opleverde met het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)

10 CRvB 20 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3502, ECLI:NL:CRVB:2016:3503 en ECLI:NL:CRVB:2016:3520.

11 In die zin uitdrukkelijk rb. Oost-Brabant 19 juni 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3393, rb. Gelderland 2 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3399 en rb. Zeeland-West-Brabant 7 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6277.

12 Zie art. 52, zevende lid, Appa. Opvallend is overigens dat in de wettekst nog wordt gesproken van het horen van 'de Raad van State', en niet van de Afdeling advisering van die Raad.

13 CRvB 10 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1246. Zie over het spek-en-bonenadvies van de Raad van State ook de noot van L.J.A. Damen in AB 2014/215.

beschermde recht op eigendom.¹⁴ Het is niet zo moeilijk meer voorbeelden te geven, maar dat laat ik na. De strekking is wel helder: de rechter maakt waar dat zo uitkomt wel gebruik van, maar acht zich niet gebonden aan wijsheden van de Raad van State – net zoals de wetgever.

Opmerkelijker wordt het wanneer de rechter zich op een advies beroept om een door de wetgever beoogd rechtsgevolg dat onbedoeld niet is gerealiseerd, alsnog in het leven te roepen. Toen door vertragingen in het wetgevingsproces de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen niet op de beoogde datum van 1 januari 2015 maar per 7 februari 2015 in werking trad, zag de kantonrechter problemen rondom de toepassing van het niet op deze vertraging berekende overgangsrecht.¹⁵ Als gevolg daarvan constateerde hij een onrechtmatige aantasting van het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM beschermde eigendomsrecht. Uit wat de Afdeling advisering van de Raad van State had geschreven en de daarop door de regering geformuleerde reactie leidde de kantonrechter af wat de wetgever had willen regelen. Nu dat niet gelukt was, achtte de kantonrechter het aannemelijk dat in een bodemprocedure zou worden uitgesproken dat het wettelijk voorschrift buiten toepassing zou moeten blijven. De suggestie daarbij is dat wanneer op correcte wijze aan het advies uitvoering zou zijn gegeven, de rechter wellicht tot andere bevindingen was gekomen.

In het zojuist aangehaalde vonnis ging de kantonrechter ervan uit dat adviezen van de Raad van State serieus zijn te nemen. Daarbij speelde mee dat de regering blijk had gegeven van de bereidheid om het advies op te volgen, en dat dit door omstandigheden niet helemaal gelukt was. De advisering kon daarom worden betrokken bij de interpretatie van een wettelijk voorschrift. Een vergelijkbare redenering hanteerde de Utrechtse kantonrechter toen hij besloot om alvast vooruit te lopen op een nog niet in werking getreden regeling over de beloning van topfunctionarissen in de semipublieke sector. Tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer was het oorspronkelijke regeringsvoorstel vrij ingrijpend aangepast. Mede als gevolg daarvan was twijfel ontstaan over de consistentie en EVRM-conformiteit van het wetsvoorstel. Die twijfel betrof een aspect dat voor het geschil dat de kantonrechter moest beslechten niet relevant was. Op verzoek van de Eerste Kamer werd over de aanpassingen in het wetsvoorstel een voorlichting van de Afdeling advisering gevraagd. Volgens de kantonrechter was de Afdeling advisering van de Raad van State ‘zo kritisch (...) dat er niet zonder meer van mag worden uitgegaan dat de wet ongewijzigd in werking treedt’. Ook hier speelde mee dat de regering te kennen had gegeven de door de Raad van State

14 Rb. Assen 29 juni 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AY4156. In hoger beroep kwam de CRvB, anders dan de rechtbank, tot het oordeel dat aan de voorwaarden voor beperking van het eigendomsrecht was voldaan, zie CRvB 11 september 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB3760. Met de rechtbank en anders dan de Raad van State vond de CRvB dat hier wel degelijk sprake was van eigendom in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM.

15 Rb. Noord-Holland 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10443. Annotatoren van de uitspraak stellen dat de kantonrechter een denkfout heeft gemaakt; zie de noot van C.F.J. van Tuyl van Serooskerken in *JOR* 2016/36 en de noot van A.M. Helstone in *JAR* 2015/288.

gesignaleerde knelpunten te willen wegnemen met reparatiewetgeving.¹⁶ Daarmee was, zo meende de kantonrechter, de angel uit de wet en kon hij een geschoonde versie ervan alvast toepassen.¹⁷

Het gebruik van jurisprudentie kan problematisch worden als de rechter put uit een advies van de Raad van State dat door de regering of de Staten-Generaal bewust niet is opgevolgd. Toch zijn ook daar voorbeelden van te vinden, zij het sporadisch. Onder aanhaling van het advies van de Afdeling advisering concludeerde het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat een voorschrift uit een AMvB wettelijke grondslag miste en daarom onverbindend was.¹⁸ Daarbij overwoog het College dat de regering in het nader rapport weliswaar een andersluidende opvatting had geventileerd, maar dat zij had nagelaten de tekst van de AMvB daarmee in overeenstemming te brengen. Andere voorbeelden van rechterlijk gebruik van gepasseerde adviezen worden geleverd door de rechtbanken te Utrecht en Rotterdam. Beide instanties beriepen zich voor hun beoordeling van de rechtmatigheid van gesloten opvang van meerderjarigen op de EVRM-toetsing zoals de Raad van State die in zijn wetgevingsadvies had verricht.¹⁹ Daarmee gingen de rechtbanken eraan voorbij dat de regering in het nader rapport de door de Raad van State geuite kritiek had weersproken. Voor al deze gevallen geldt dat de rechter weliswaar een contraire reactie van de regering passeerde, maar dat hij zijn beoordeling niet uitsluitend op het advies van de Raad van State deed steunen. Onder die omstandigheden vind ik een beroep op jurisprudentie als hulpbron niet bezwaarlijk. Met de weerspreking van een advies door de regering staat de onjuistheid ervan immers nog niet vast.

Wat twijfelachtiger lijkt me een uitspraak van de Haagse vreemdelingenrechter. Geconfronteerd met een bepaling uit het Vreemdelingenbesluit 2000 waarin een door de wet verleende discretionaire bevoegdheid geheel werd dichtgetimmerd, overwoog de rechtbank dat de regering de grenzen van haar regelgevende bevoegdheid had overschreden.²⁰ Voor dit oordeel vond hij steun in het advies dat de Raad van State over het ontwerp voor de AMvB had gegeven. In dat advies werd gesteld dat de keuze van de wetgever om discretionaire ruimte te creëren voor het bestuursorgaan dat met de uitvoering van een wet wordt belast, niet ten principale ongedaan kan worden gemaakt door het beleid alsnog uitputtend bij of krachtens AMvB vast te stellen.²¹ De regering besloot aan die kritiek tegemoet te komen – behalve in artikel 3.71 van het Vreemdelingenbesluit 2000. In de uiteindelijke tot stand gekomen regeling bevat die bepaling een volledig gebonden bevoegdheid. Daar had de rechtbank geen boodschap aan: hij meende dat er altijd discretionaire ruimte moet blijven. De regering had dat miskend, en daar zag de

16 De voorlichting is te vinden in *Kamerstukken I* 2011/12, 32600, D; de reactie van de regering in *Kamerstukken I* 2011/12, 32600, F.

17 Rb. Utrecht 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6449.

18 CBB 23 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:417.

19 Rb. Utrecht 2 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH4693; rb. Rotterdam 19 februari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH5398.

20 Rb. Den Haag 12 december 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AF2332.

21 Advies van 26 oktober 2001, W03.00.0379, *Bijvoegsel Stcrt.* 9 januari 2001, 6.

rechtbank aanleiding in om het gewraakte voorschrift buiten toepassing te laten. Omdat de in het ongelijk gestelde minister in hoger beroep ging, deed zich de interessante situatie voor dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) voor het blok gezet werd: vasthouden aan het wetgevingsadvies van dezelfde Raad van State of daarvan afwijken. Het werd het laatste: de ABRvS concludeerde dat de regering met haar uitwerking in het Vreemdelingsbesluit 2000 de grondslag van haar gedelegeerde bevoegdheid niet had overschreden, omdat uit de parlementaire stukken zou blijken dat de wetgever slechts een beperkte ruimte voor discretionaire bevoegdheidsuitoefening had willen creëren.²²

Het komt ook wel voor dat de ABRvS de collega's van de Afdeling advisering niet afvalt. In een geschil over het toepassingsbereik van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) kwamen de bestuursrechters in de Raad van State net als eerder hun adviserende collega's tot de conclusie dat TNO een bestuursorgaan in de zin van de Wob is. Dat de totstandkomingsgeschiedenis van een bijzondere wet weliswaar blijk gaf van een tegenovergestelde bedoeling van de wetgever was volgens de ABRvS niet doorslaggevend. De door de regering in weerwil van het wetgevingsadvies gemaakte keuze om TNO niet in de tekst van de wet uit te zonderen van toepasselijkheid van de Wob had tot gevolg dat het openbaarheidsregime onverkort van toepassing was.²³ Nog explicieter schaarde de ABRvS zich achter een wetgevingsadvies in een vreemdelingenrechtelijke casus. Sinds 1 juli 2012 stelt het Vreemdelingenbesluit 2000 geen termijn meer aan de periode waarbinnen de minister kan besluiten tot intrekking van de verblijfsvergunning van langdurig in Nederland gevestigde vreemdelingen die zich schuldig hebben gemaakt aan ernstige delicten. In het advies over het laten vervallen van die termijn was de Afdeling advisering van de Raad op grond van Straatsburgse jurisprudentie tot de conclusie gekomen dat verblijfsbeëindiging na twintig jaar rechtmatig verblijf slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zou zijn aan te merken als een noodzakelijke en proportionele inbreuk op artikel 8 EVRM.²⁴ De regering las die jurisprudentie anders en zag ruimte voor verblijfsbeëindiging na een periode van zeer lang verblijf. Zij besloot daarom het advies niet over te nemen. Desondanks ging de Haagse rechtbank in twee gevallen mee met het wetgevingsadvies van de Raad van State en constateerde hij dat in de hem voorgelegde gevallen de omstandigheden onvoldoende uitzonderlijk waren om de inbreuk op het privé-, gezins- en familieleven van de betrokken vreemdelingen te kunnen rechtvaardigen.²⁵ De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie ging tegen één van die uitspraken in hoger beroep, en voerde daarbij onder meer aan dat de rechtbank ten onrechte het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State in zijn beoordeling had betrokken. Dat betoog maakte op de ABRvS echter geen indruk: de rechtbank had het juiste toetsingskader gehanteerd.²⁶

22 ABRvS 4 februari 2003, JV 2003/111 (m.nt. C.A.J.M. Kortmann).

23 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2334.

24 Advies van 28 november 2011, W04.11.0396/I, *Stcrt.* 2012, 14035.

25 Rb. Den Haag 20 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18613 en rb. Den Haag 23 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:5011.

26 ABRvS 27 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4366.

Wat valt nu af te leiden uit deze wat impressionistische weergave van de jurisprudentie? Wetgevingsadviezen spelen in de rechtspraak een rol van enige betekenis. Het komt geregeld voor dat de rechter zich bij zijn rechtsvinding laat voorlichten door wat aan wijsheid te vinden is in legisprudentie. In de meeste gevallen lijkt me dat zonder enig bezwaar. In de Nederlandse rechtspraktijk komt een groot gezag toe aan de parlementaire geschiedenis van wetgeving. Ik zou niet weten waarom de verplichte wetgevingsadvisering, die deel uitmaakt van die geschiedenis, door de rechter zou moeten worden genegeerd. Dat ligt mogelijk anders wanneer er aanwijzingen zijn dat de wet- of besluitgever een advies bewust terzijde heeft gesteld. Een beroep op die advisering als zelfstandige rechtsbron ligt dan niet meer voor de hand.