

# Legisprudentieoverzicht 2016

## Inleiding

Legisprudentie vormt een systematische verzameling van de wetgevingsadviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State. Het geeft inzicht in de wijze waarop over wetgevingsadviezen en algemene maatregelen van bestuur wordt geadviseerd, aan de hand van een vast toetsingskader. Dit toetsingskader is drieledig: beleidsanalytisch, juridisch en wetstechnisch.

In 2016 heeft de Afdeling advisering uiteraard ook weer adviezen vastgesteld die een belangrijke bijdrage leveren aan de legisprudentie. Het legisprudentieoverzicht 2016 bevat de adviesopmerkingen van deze recente adviezen.

Van alle adviezen die in dit legisprudentieoverzicht staan vermeld, is de volledige tekst gepubliceerd op de website van de Raad van State ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)).

Dit legisprudentieoverzicht is gepubliceerd bij het jaarverslag van de Raad van State over 2016. Het jaarverslag vindt u op [jaarverslag.raadvanstate.nl](http://jaarverslag.raadvanstate.nl).

### Colofon

Tekst: Raad van State – Den Haag  
Ontwerp en opmaak: Xerox/OBT – Den Haag  
Website Jaarverslag 2016: [jaarverslag.raadvanstate.nl](http://jaarverslag.raadvanstate.nl)  
Website Raad van State: [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)  
Algemeen mailadres: [voorlichting@raadvanstate.nl](mailto:voorlichting@raadvanstate.nl)  
April 2017

# Inhoudsopgave

<b>1 Constitutie, grond- en mensenrechten</b>	<b>4</b>	<b>4 Europees recht</b>	<b>45</b>
1.1 Grondwet	5		
1.2 Toetsing aan Grondwet en verdragen	6	<b>5 Gegevensverwerking</b>	<b>52</b>
<b>2 Beleidsanalytische toets</b>	<b>17</b>	<b>6 Rechtsbescherming</b>	<b>59</b>
2.1 Nut en noodzaak	18		
2.2 Effectiviteit en neveneffecten	23	<b>7 Bijzondere aspecten</b>	<b>64</b>
2.3 Handhaving, toezicht en doorberekening kosten	28	7.1 Delegatie	65
<b>3 Interbestuurlijke verhoudingen</b>	<b>35</b>	7.2 Inwerkingtreding en overgangsrecht	67
3.1 Decentrale overheden	36	7.3 Wet raadgevend referendum	70
3.2 BES-eilanden en andere landen in het Koninkrijk	41	7.4 Gevolgen buitenwerkingstelling	74

# Constitutie, grond- en mensenrechten

1

## 1.1 Grondwet

### Recht op een eerlijk proces in de Grondwet (W01.15.0123/I)

Voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces.

*(De betekenis van de voorgestelde bepaling in de praktijk en de formulering en afbakening van de beoogde reikwijdte moeten duidelijk zijn)*

#### Inhoud voorstel

Voorgesteld wordt het recht op een eerlijk proces in de Grondwet te codificeren. In verband daarmee wordt in de toelichting opgemerkt dat artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) alleen van toepassing is op burgerlijke rechten en verplichtingen en op strafzaken, maar niet op de toelating en uitzetting van vreemdelingen, fiscale procedures en (arbeidsrechtelijke) geschillen van ambtenaren en andere. Het voorgestelde grondrecht zal daarentegen niet beperkt zijn tot burgerlijke rechten en verplichtingen en strafzaken, maar zal de andere hiervoor genoemde rechtsgebieden mede omvatten.

#### Adviesopmerking

Het recht op een eerlijk proces is al gewaarborgd in het EVRM en in de Nederlandse wetgeving. Voorgesteld wordt dit recht ook op te nemen in de Grondwet. Het recht op een eerlijk proces wordt bovendien verruimd. Het zal ook gaan gelden in zaken over de toelating en uitzetting van vreemdelingen, belasting- en ambtenarenzaken. Onduidelijk is of het wetsvoorstel betekent dat de huidige wetgeving gewijzigd moet worden. De Afdeling adviseert hierover meer duidelijkheid te geven.

In de toelichting bij het wetsvoorstel staat dat het recht op een eerlijk proces beperkt moet kunnen worden om het stelsel van rechtspraak praktisch te organiseren. Zo kan een burger een overheidsbeslissing meestal niet meteen aan de rechter voorleggen, maar moet hij eerst bezwaar maken bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen. Van belang is wel dat het recht op toegang tot de rechter niet in de kern wordt aangetast. Ook moet de beperking een legitiem doel dienen. Ten slotte moet de beperking in een redelijke verhouding staan tot dat doel.

De Afdeling constateert echter dat in het wetsvoorstel het grondrecht wordt geformuleerd als een recht waarop iedere burger aanspraak kan maken en dat voor de rechter kan worden ingeroepen. Het grondrecht is onvoorwaardelijk geformuleerd en kan dus niet worden beperkt. De Afdeling adviseert daarom de mogelijkheid om het grondrecht te beperken in het wetsvoorstel op te nemen.

Het recht op een eerlijk proces is alleen dan van betekenis als het recht effectief is. Daarom adviseert de Afdeling om het recht te formuleren als het recht op een doeltreffende rechtsgang.

### Algemene bepaling in de Grondwet (W01.15.0111/I)

Voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling.

*(De normatieve betekenis en reikwijdte van de algemene bepaling zijn niet duidelijk en de status en functies van de bepaling zijn onvoldoende geëxpliciteerd)*

#### Inhoud voorstel

Het voorstel beoogt de invoeging van een algemene bepaling, in de vorm van een ongenummerd artikel, dat aan Hoofdstuk 1 van de Grondwet voorafgaat. Het voorgestelde artikel luidt als volgt: 'De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.'

#### Adviesopmerking

De Afdeling stelt vast dat al eerder pogingen zijn gedaan om aan de Grondwet een preambule of een algemene bepaling toe te voegen waarin de wezenskenmerken zijn vervat van het Koninkrijk der Nederlanden. Die pogingen hebben in het verleden veelal schipbreuk geleden, omdat

ze te onbepaald waren en daardoor discussie opriepen vanwege hun inhoud of mogelijke strekking. Aanvankelijk toonde de regering zich geen voorstander van een algemene bepaling of een preambule, maar op aandrang van de Eerste Kamer heeft de regering alsnog een wetsvoorstel ingediend voor een algemene bepaling.

Het wetsvoorstel heeft als doel een normatieve bepaling toe te voegen aan de Grondwet, op grond waarvan de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten moet worden gewaarborgd. Deze bepaling vormt het kader waarbinnen (grond)wetgever en rechter moeten blijven. De Afdeling merkt op dat de keuze voor een bepaling met een concreet normatief gehalte op zichzelf overeenkomt met de sobere aard van de Nederlandse Grondwet. In het wetsvoorstel wordt echter niet uitgelegd wat het normatieve gehalte van de bepaling is en welke grenzen met deze bepaling worden getrokken. Zo blijft onduidelijk of na het invoeren van de algemene bepaling bepaalde onderwerpen in de Grondwet moeten worden vastgelegd of juist daaruit kunnen worden gehaald. In het wetsvoorstel staat niet expliciet of de regering met de algemene bepaling het huidige constitutionele bestel wil behouden, of dat zij daarmee slechts wil vaststellen dat dit bestel weliswaar aan de beginselen van democratie, rechtsstaat en grondrechten voldoet, maar dat andere invullingen van deze beginselen ook toelaatbaar zijn. Onbesproken blijft bovendien welke grenzen in acht genomen moeten worden bij een andere invulling.

De Afdeling adviseert meer duidelijkheid te verschaffen over de functies, reikwijdte en het normatief gehalte van de voorgestelde bepaling. Indien dat niet mogelijk is, adviseert zij de normatief bedoelde bepaling niet in te voeren. In dat laatste geval zou de regering kunnen bekijken – op basis van een afweging van de voor- en nadelen – of het niettemin aangewezen kan zijn een algemene bepaling op te nemen in de vorm van een preambule. Over de formulering merkt de Afdeling het volgende op. Allereerst wekt de formulering ‘de Grondwet waarborgt’ de suggestie dat het gaat om een bepaling die zich richt tot de grondwetgever. De Afdeling wijst erop dat aangenomen mag worden dat ook andere overheidsorganen zich aan deze waarborgnorm moeten houden. Wetgever, rechter en bestuur zijn aan de Grondwet gebonden en daarmee aan de algemene bepaling. Daarom verdient het aanbeveling om te bepalen dat Nederland een democratische rechtsstaat is. Een dergelijke formulering heeft als voordeel dat daarmee de suggestie wordt weggenomen dat het exclusief de Grondwet is die de democratische rechtsstaat waarborgt. De democratie, de rechtsstaat en de grondrechten die de Grondwet moet waarborgen zijn immers groter dan de Grondwet zelf: zij vinden hun bron ook in verdragen, Unierecht en ongeschreven recht (zoals de vertrouwensregel).

## 1.2 Toetsing aan Grondwet en verdragen

### Voorlichting over het voorgestelde artikel 18 van de WTZi (W13.15.0008/III)

*(Het doel van het voorgestelde artikel 18 WTZi is niet duidelijk)*

#### **Inhoud verzoek om voorlichting**

Bij de Eerste Kamer is het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg aanhangig. In dat wetsvoorstel is als gevolg van het amendement van het Tweede Kamerlid Bruins Slot een nieuw artikel 18 opgenomen in de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). In de Eerste Kamer zijn zorgen en bezwaren geuit over het voorgestelde artikel 18 WTZi, waarbij ook het ontbreken van een advies van de Afdeling advisering van de Raad van State als een gemis werd ervaren.

#### **Samenvatting Voorlichting**

Het nieuwe artikel 18 WTZi voorziet in een meldingsplicht voor het bestuur van een instelling indien het voornemen bestaat om gebouwen of terreinen (of delen daarvan) te huren, te verhuren, te verkrijgen, te vervreemden of aan enig beperkt recht te onderwerpen. Deze transacties mogen slechts plaatsvinden als de Nederlandse Zorgautoriteit daaraan goedkeuring geeft, tenzij die heeft beslist dat goedkeuring niet is vereist. Anders dan het

oorspronkelijke artikel heeft de nieuwe bepaling niet meer als doel dat vermogen voor de zorg behouden blijft.

Uit de toelichting blijkt dat het oogmerk of doel van de bepaling is om fraude tegen te gaan en te bereiken dat de zorginstelling ‘een goede prijs’ krijgt.

De Afdeling concludeert dat het doel van het nieuwe artikel onduidelijk is. In de toelichting op het amendement worden uiteenlopende doelen geformuleerd, maar daarbij worden het ‘tegenaan van fraude’ en ‘het bereiken van een goede prijs’ niet verder omschreven of ingevuld.

Ook concludeert de Afdeling dat de regeling geen criteria voor de goedkeuring bevat. Evenmin bevat de regeling de mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden. Hierdoor voldoet het nieuwe artikel niet aan hetgeen uit een oogpunt van rechtszekerheid mag worden verwacht.

De Afdeling onderkent dat de zorg als geheel een aanzienlijk beslag legt op de collectieve middelen, ook al is er geen rechtstreekse financiële relatie met de overheid. Toch merkt zij op dat het nieuwe artikel een bijzondere motivering behoeft, omdat hiermee zorginstellingen worden beperkt in de contractsvrijheid. Vooralsnog ontbreekt naar het oordeel van de Afdeling een dergelijke motivering en zijn daardoor de noodzaak en proportionaliteit van het goedkeuringsvereiste vooralsnog niet komen vast te staan.

Dit leidt ook tot spanning met het EU-Verdrag. Bovendien is onduidelijk of aan de vereisten zal kunnen worden voldaan die voortvloeien uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

#### **Wet aanpak woonoverlast (W03.14.0316/II)**

Voorstel van wet van het lid Dijkhoff tot wijziging van de Gemeentewet in verband met de aanpak van woonoverlast.

*(De voorgestelde bepaling voldoet niet aan de vereisten voor het maken van een inbreuk op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op ongestoord genot van het eigendom)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel neemt in de Gemeentewet een nieuwe mogelijkheid op voor het aanpakken van woonoverlast. Op dit moment bestaan voor het aanpakken van woonoverlast twee opties: de overheid kan de overlastgever een bestuurlijke waarschuwing geven of hem uit huis plaatsen. De initiatiefnemer is van oordeel dat de eerste optie te licht is en de tweede optie in veel gevallen te zwaar. Hij introduceert daarom een tussenweg. Deze bestaat uit de bevoegdheid voor de gemeenteraad om bij verordening de burgemeester de bevoegdheid te verlenen tot het opleggen van een last onder bestuursdwang aan degene die een woning of het daarbij behorende erf gebruikt indien door

gedrag in of vanuit die woning of dat erf omwonenden ernstig worden gehinderd. Deze last kan variëren van het opleggen van een bezoekersverbod, het muilkorven van huisdieren en een verbod tot het draaien van muziek op bepaalde momenten.

#### **Adviesopmerking**

Ingevolge het voorstel kan een inbreuk worden gemaakt op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Daarnaast is het mogelijk dat een last die op grond van het voorstel wordt opgelegd een inbreuk maakt op het recht op ongestoord genot van het eigendom, zoals neergelegd in artikel 1, van het Eerste Protocol bij het EVRM. In de toelichting wordt dit onderkend. Gesteld wordt dat dit gerechtvaardigd is omdat sprake is van een wettelijke regeling (voorzienbaarheid) en de inbreuk noodzakelijk is gelet op de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Daarnaast is de inbreuk volgens de toelichting proportioneel omdat deze een lichtere aanpak mogelijk maakt dan het uit huis plaatsen van de veroorzaker van de overlast. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

Het begrip ‘ernstige hinder’ als bedoeld in het voorgestelde artikel 151d van de Gemeentewet is een onbepaald en subjectief begrip. Dit betekent dat de ruimte die elke burgemeester heeft om zelf een invulling te geven aan dit begrip en de gedragingen die hieronder vallen, zeer groot is. De tekst van het wetsvoorstel geeft nauwelijks

normering van de gedragingen op grond waarvan de last kan worden opgelegd of het type last dat kan worden opgelegd.

Omdat het voorstel geen afbakening bevat van of indicatie over de aard en duur van de lasten die kunnen worden opgelegd, is niet op voorhand duidelijk of sprake zal zijn van een inbreuk die proportioneel is. De Afdeling wijst in dit verband op de regeling van de gedragsaanwijzing door de burgemeester en de officier van justitie op grond van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast. In die bepalingen is zowel de inhoud van de aanwijzing (namelijk een gebiedsverbod, contactverbod of meldplicht) als de maximumduur van de aanwijzing in de wet zelf bepaald.

De Afdeling is van oordeel dat, gelet op de in de toelichting aangeduide diversiteit van gedragingen die woonoverlast met zich kan brengen, een nadere specificatie in de wettekst van de aard en ernst van de gedragingen gelet op het proportionaliteitsvereiste aangewezen is. Voorts behoeft de voorgestelde bevoegdheid van de burgemeester een nadere afbakening in de wet in die zin dat de burgemeester zijn bevoegdheid uitsluitend kan uitoefenen in die gevallen waarin er geen andere, minder ingrijpende mogelijkheden zijn om de overlast aan te pakken. In die zin zou een noodzakelijkheidsvereiste kunnen worden geformuleerd, zoals dat ook elders in de Gemeentewet bij een aan de burgemeester verleende bevoegdheid op om te

treden voorkomt. Het voorgaande sluit aan bij het oordeel van de NGB dat het voorstel beperkt zou moeten worden tot situaties waarin sprake is van voortdurend overlast- veroorzakend gedrag of gedrag waarvan de hele buurt overlast ondervindt en waarbij de openbare orde in het geding is.

Op grond van het voorgaande komt de Afdeling tot de conclusie dat, omdat het voorstel geen nadere invulling geeft aan de gevallen waarin de last kan worden opgelegd, noch aan de aard en duur hiervan, geen duidelijkheid bestaat over de proportionaliteit daarvan. Zonder een nadere aanduiding van de aard van de hinder in de wettekst en begrenzing naar die gevallen waarin niet op een andere geschikte wijze kan worden opgetreden tegen de overlast, wordt met het voorstel niet voldaan aan de vereisten voor het maken van een inbreuk op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM en het recht op ongestoord genot van het eigendom, zoals neergelegd in artikel 1, van het Eerste Protocol bij het EVRM.

De Afdeling adviseert in het voorstel ter afbakening van de voorgestelde bevoegdheid van de burgemeester een nadere precisering op te nemen van de aard en ernst van de gevallen waarin de last kan worden opgelegd en de bevoegdheid van de burgemeester te beperken tot die situaties waarin niet op een andere geschikte wijze kan worden opgetreden.

## **Herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken (W03.15.0395/II)**

Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten met het oog op het moderniseren van de regeling van internationale samenwerking in strafzaken.

*(Het rechtskarakter van de rechtshulpprocedure en daarmee de omvang van de rechtswaarborgen moet worden verduidelijkt)*

### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel is onderdeel van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Sv) en voorziet met name in een nieuwe regeling van de kleine rechtshulp in strafzaken. Daarnaast wordt de bestaande regeling van overdracht en overname van strafvervolging in het nieuwe vijfde boek Sv opgenomen, alsmede een aantal EU-instrumenten. Doelstelling van de nieuwe regeling van de kleine rechtshulp is deze inhoudelijk te verbeteren, te vereenvoudigen en te voorzien van waarborgen voor een evenwichtige uitvoering.

### **Adviesopmerking**

Verschillende maatschappelijke, juridische en technologische ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat rechtshulprelaties de afgelopen jaren zijn geïntensiveerd. Dat doet volgens de toelichting de vraag opkomen of wel in alle gevallen is voorzien in afdoende waarborgen, zowel voor een



rechtmatige uitvoering, als voor verdedigingsrechten en rechten van derden-belanghebbenden. In de toelichting wordt met betrekking tot de vraag of in alle gevallen is voorzien in voldoende rechtswaarborgen opgemerkt dat de rechtshulpprocedure geen strafrechtelijk onderzoek is, maar een vorm van interstatelijke samenwerking: ‘De verdediging kan dus geen aanspraak maken op een volwaardige positie, zoals zij die wel heeft in een strafzaak. Dit neemt niet weg dat ervoor moet worden zorggedragen dat de verdachte of betrokkene op enige wijze kan opkomen tegen onrechtmatigheid van de (wijze van) uitvoering van een rechtshulpverzoek.’

Met betrekking tot de stelling dat de rechtshulpprocedure geen strafrechtelijk onderzoek is, merkt de Afdeling op dat het verlenen van kleine rechtshulp – anders dan de uitlevering – doorgaans daden van opsporing betreft: bijgedragen wordt aan het vergaren van bewijsmateriaal. Daardoor wordt de procespositie van de verdachte inhoudelijk nader vastgelegd. De door de verzoeker later te bepalen gegrondheid van de vervolging wordt mede bepaald door de gegevens die in Nederland zijn verzameld. Met betrekking tot de stelling dat de verdediging geen aanspraak kan maken op ‘een volwaardige positie zoals in een strafzaak’ wijst de Afdeling erop dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij het verlenen van opsporingsbijstand in het kader van een rechtshulpprocedure het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM van toepassing acht, voor zover

dit in de opsporingsfase doorwerkt en artikel 6, derde lid, EVRM integraal van toepassing acht.

De voorgestelde regeling ziet in beginsel alleen op landen buiten de EU. Bij het EVRM zijn echter ook staten partij die geen lid zijn van de EU. Daar komt bij dat ook in landen die niet zijn aangesloten bij het EVRM, op basis van internationaal recht over het algemeen het recht op een eerlijk proces geldt.

Op grond van het bovenstaande adviseert de Afdeling om in de toelichting nader in te gaan op het rechtskarakter van de rechtshulpprocedure en (daarmee) de omvang van de rechtswaarborgen, en de verhouding tot het recht op een eerlijk proces te betrekken. De Afdeling adviseert daarbij in het bijzonder in te gaan op verzoeken van Nederland aan landen die geen lid zijn van de Europese Unie.

## **Vereenvoudiging van de vorming van samenwerkingscholen (W05.15.0364/I)**

Voorstel van wet tot wijziging van diverse onderwijswetten in verband met de vereenvoudiging van de vorming van samenwerkingscholen.

*(De samenwerkingschool moet een uitzondering blijven)*

### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel wil de mogelijkheden verruimen om een samenwerkingschool – een fusieschool waarin zowel openbaar als bijzonder onderwijs wordt aangeboden – tot stand te brengen en de bestuurlijke vormgeving ervan vereenvoudigen, met name om tegemoet te komen aan de maatschappelijke behoefte aan samenwerkingscholen in dunbevolkte gebieden met dalende leerlingenaantallen. Daartoe wordt voorgesteld het continuïteitscriterium (inhoudende dat een van beide te fuseren scholen met opheffing wordt bedreigd) te versoepelen. Ook wordt de fusietoets voor fusies die leiden tot de vorming van een samenwerkingschool of een samenwerkingsbestuur afgeschaft. Daarnaast zal het openbare karakter en de bijzondere identiteit van de samenwerkingschool vooral gewaarborgd gaan worden via een identiteitscommissie op schoolniveau. Ten slotte regelt het wetsvoorstel dat een samenwerkingschool in stand kan worden gehouden door een stichting voor openbaar onderwijs.

### Adviesopmerking

Artikel 23 van de Grondwet gaat uit van een duaal stelsel van twee onderscheiden vormen van onderwijs: openbaar en bijzonder onderwijs. Het grondwetsartikel waarborgt enerzijds de vrijheid van private organisaties om scholen voor bijzonder onderwijs op te richten en onder voorwaarden voor overheidsbekostiging in aanmerking te komen. Anderzijds waarborgt deze bepaling dat er van overheidswege in een genoegzaam aantal openbare scholen openbaar onderwijs wordt verzorgd, dat zich kenmerkt door levensbeschouwelijke neutraliteit en algemene toegankelijkheid en beschikbaarheid. Vanouds bestaat de mogelijkheid van afwijking van de eis van openbaar onderwijs in een of meer openbare scholen in elke gemeente, mits tot het (anderszins) ontvangen van openbaar onderwijs gelegenheid wordt gegeven. Daarbij werd primair gedacht aan de mogelijkheid van door de overheid bekostigd leerlingenvervoer naar een openbare school in een naburige gemeente in het geval in de eigen gemeente onvoldoende vraag naar een openbare school was. Pas sinds 2006 is daarnaast, door aanpassing van het vierde lid van artikel 23 van de Grondwet, de samenwerkingschool als modaliteit van het anderszins 'tot ontvangen van openbaar onderwijs gelegenheid geven' mogelijk gemaakt.

Bij de introductie van de mogelijkheid tot het vormen van een samenwerkingschool is er steeds van uitgegaan dat het daarbij om een uitzondering zou gaan. De eerste

volzin van het vierde lid van artikel 23 van de Grondwet beoogt – als hoofdregel – een waarborg te bieden voor voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs in een genoegzaam aantal openbare scholen. Ingevolge de tweede volzin van het vierde lid van deze bepaling kan volgens bij de wet te stellen regels afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven, 'al dan niet in een openbare school'. Zo stelde de regering bij deze wijziging van het vierde lid: '(v)anaf de indiening van het eerste wetsvoorstel samenwerkingscholen (Kamerstukken II 1995/96, 24 137, nr. 1-2) heeft de regering benadrukt dat vastgehouden moet worden aan het duale bestel. Het onderwijs kan immers niet zowel openbaar als bijzonder zijn. De dualiteit van het onderwijsbestel hoeft echter niet te betekenen dat er nooit scholen kunnen zijn waarbinnen beide vormen van onderwijs tot hun recht kunnen komen. In uitzonderingsgevallen is dit mogelijk'.

Dienovereenkomstig sprak de regering bij de grondwetsherziening de verwachting uit dat 'ook in de toekomst niet veel samenwerkingscholen kunnen ontstaan. Immers, het tot stand komen van een samenwerkingschool is alleen in uitzonderingssituaties mogelijk, namelijk alleen als gevolg van fusie van twee of meer bestaande scholen en bovendien is een samenwerkingschool alleen mogelijk wanneer een school met opheffing wordt bedreigd.' Met dat laatste werd bedoeld op de situatie dat een school onder de wettelijke opheffingsnorm dreigt te komen.

In zijn advies bij het wetsvoorstel samenwerkingschool vatte de Raad van State de betekenis van de Grondwetswijziging als volgt samen: 'Uit de gewijzigde tekst van artikel 23, vierde lid, van de Grondwet en uit de geschiedenis van deze eerste inhoudelijke wijziging sinds de invoering van het duale bestel in 1917, blijkt dat de samenwerkingschool slechts in uitzonderingssituaties mogelijk wordt geacht. Het gaat dan om situaties waarin de school als gevolg van een tekort aan leerlingen moet worden opgeheven en er geen mogelijkheid is om samen te gaan met een andere school van dezelfde of andere richting, of, indien het een openbare school betreft, met een andere openbare school.' Weliswaar is tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel door het Tweede Kamerlid Van der Ham (D66) een amendement ingediend om (onder andere) de verbinding met de opheffingsnorm te schrappen. Dit amendement is evenwel door de Tweede Kamer verworpen vanwege strijd met de Grondwet, mede gelet op de geschetste voorgeschiedenis.

Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt derhalve dat binnen het huidige grondwettelijke kader de samenwerkingschool slechts mogelijk is als de continuïteit van het openbaar of bijzonder onderwijs vanwege een te gering aantal leerlingen op termijn in gevaar komt. Indien het wenselijk wordt geacht samenwerkingscholen daarnaast toe te laten in een situatie waarin er op zichzelf voldoende leerlingen zijn om de continuïteit van het openbaar of bijzonder onderwijs te waarborgen, vergt dit een wijziging

van de Grondwet. Het feit dat er informele samenwerkings-scholen bestaan en in aantal toenemen, doet daar niet aan af. Dat betekent niet dat de huidige wettelijke regeling van de vorming van een samenwerkingsschool de enig denkbare en aanvaardbare invulling van de continuïteits-voorwaarde vormt. Wel zal ook een eventuele wijziging daarvan vanuit genoemde grondwettelijke optiek gemotiveerd moeten worden.

### **Verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars (W13.16.0228/III)**

Voorstel van wet van de leden Leijten, Bruins Slot en Bouwmeester houdende een verbod op winstuitkering door zorgverzekeraars.

*(Het voorstel maakt mogelijk een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op het ongestoord genot van het eigendom)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel strekt ertoe in de Zorgverzekeringswet (Zvw) te bepalen dat het een zorgverzekeraar verboden is winst uit te keren aan aandeelhouders, leden of werknemers (verbod op winstuitkering). De indieners willen met de introductie van een verbod op winstuitkering de maatschappelijke rol en positie van zorgverzekeraars in het zorgstelsel beter verankeren en bewerkstelligen dat de opbrengsten van zorgverzekeraars ten goede komen aan de zorg of aan verzekerden.

#### **Adviesopmerking**

De toelichting gaat in op de vraag naar de verenigbaarheid van het voorgestelde verbod op winstuitkering met artikel 1, van het Eerste Protocol van het EVRM. In dat verband komt allereerst de vraag aan de orde of sprake is van eigendom. Volgens de toelichting is dat inderdaad het geval daar waar bij de inwerkingtreding van de Zvw legitieme verwachtingen zijn gewekt dat de voormalige ziekenfondsen na tien jaar (2016) zouden kunnen gaan functioneren met een winstoogmerk (het effectieve genot van de eigendomsrechten). Later is deze termijn verlengd tot 2018. Volgens de toelichting moeten deze verwachtingen echter worden gerelativeerd, omdat blijkens de politieke discussies die telkenmale hebben plaatsgevonden over winstuitkering bij zorgverzekeraars het ook voor zorgverzekeraars duidelijk had moeten zijn dat het vooruitzicht dat zij op enig moment winst zouden kunnen gaan uitkeren niet geheel vanzelfsprekend was.

De Afdeling brengt in dit verband in herinnering, dat het thans geldende verbod op winstuitkering slechts ziet op die zorgverzekeringsondernemingen, die voorafgaande aan de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel als ziekenfonds met publieke middelen reserves hebben opgebouwd. Deze voormalige ziekenfondsen mochten hun reserves behouden bij de start van hun verzekeringsactiviteiten om zo aan de uit de financiële toezichtregelgeving voortvloeiende solvabiliteitseisen te kunnen voldoen. Het werd onwenselijk geacht dat de door premiebetalers opge-

bouwde reserves zouden kunnen worden uitgekeerd aan aandeelhouders en onmiddellijk zouden kunnen wegvloeien als winstuitkering. Verder bestond er bij de inwerkingtreding van de Zvw nog geen gelijk speelveld tussen bestaande en nieuwe spelers en tussen voormalige ziekenfondsen en andere zorgverzekeraars, maar de verwachting was dat de zorgmarkt na een overgangperiode zodanig zou zijn ontwikkeld dat voormalige ziekenfondsen geen voordeel meer zouden hebben van de onder de Ziekenfondswet (Zfw) opgebouwde reserves. Het verbod gold en geldt niet voor verzekeringsondernemingen die niet over dergelijke als ziekenfonds opgebouwde reserves beschikken. De enkele omstandigheid dat over winstuitkering politieke discussies worden gevoerd, doet niet af aan het beperkte en tijdelijke karakter van de thans geldende beperkingen voor winstuitkering. Uit het thans geldende verbod op winstuitkering zoals dat voor een aantal zorgverzekeraars geldt tot een expliciet in het verbod zelf genoemde einddatum, kan dan ook niet worden afgeleid dat de verwachting mocht bestaan dat een permanent verbod voor alle zorgverzekeraars zou worden ingevoerd, zeker niet voor die zorgverzekeraars voor wie thans geen verbod op winstuitkering geldt.

Ter rechtvaardiging van inmenging in het eigendomsrecht door het verbod op winstuitkering voor alle zorgverzekeringsondernemingen wordt in de toelichting onder andere gewezen op de maatschappelijke rol van de verzekeraar, die ondergeschikt kan raken aan de belangen van aandeel-

houders bij winstuitkering. Het risico bestaat dat de vereveningsbijdrage en de ontvangen premies niet worden ingezet voor verbetering van de zorg, maar voor winstuitkering.

De Afdeling merkt op, dat wanneer verzekeraars reserves opbouwen waaruit eventueel winst kan worden uitgekeerd aan de aandeelhouders als vergoeding voor het gestorte kapitaal, zij dit doen in de uitoefening van het verzekeringsbedrijf. Tegenover premies en vereveningsbijdragen staan verplichtingen tot zorgverlening (inkoop) en solvabiliteitseisen. Het in gebreke blijven met de zorginkoop leidt er niet alleen toe dat verzekeraars niet hun verplichtingen nakomen, maar ook dat verzekerden kunnen stemmen ‘met de voeten’. Het niet voldoen aan solvabiliteitseisen leidt tot ingrijpen door de toezichthouder. Vereveningsbijdragen vormen daarbij – zoals hiervoor al opgemerkt – een ‘vergoeding’ voor wettelijk opgelegde verplichtingen, zodat geen grond bestaat voor de vrees dat die vergoeding als winst worden uitgekeerd. Tegenover de vergoeding staan kosten die de zorgverzekeringsonderneming onvermijdelijk zal moeten maken als gevolg van de wettelijk opgelegde verplichtingen. Tegen deze achtergrond valt dan ook niet in te zien waarom beperking van eigendomsrechten gerechtvaardigd zou zijn.

Wat betreft de evenredigheid van het voorgestelde verbod wijst de Afdeling er op, zoals zij hiervoor in punt 1 heeft opgemerkt, dat indien zich toch een situatie zou voordoen

waarbij sprake zou zijn van positieve (verevenings) resultaten die de verzekeraar ‘in eigen zak zou kunnen steken’ en als winst zou kunnen uitkeren, dit een indicatie zou zijn dat de berekening van de vereveningsbijdragen te ruimhartig is, en dientengevolge niet blijft binnen de door de Europese Commissie gestelde kaders in verband met staatssteun. In dat geval ligt het eerder voor de hand de vereveningsmethodiek aan te scherpen om overcompensatie uit te sluiten. Voorts kan dit een indicatie zijn dat sprake is van te hoge premies door een gebrek aan concurrentie. Dat kan aanleiding zijn om tot verbetering van de concurrentieverhoudingen te komen, bijvoorbeeld door concurrentieprikkels in het stelsel te versterken, door toetredingsdrempels voor nieuwe toetreders te verlagen en aanscherping van het mededingingstoezicht.

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling er niet van overtuigd dat het voorstel de toets aan artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol bij het EVRM kan doorstaan.

#### **Evaluatiewet WNT (W04.16.0344/I)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector naar aanleiding van de wetsevaluatie.

*(Het voorstel maakt een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op het ongestoord genot van het eigendom en de regels inzake het vrije verkeer in de Europese Unie)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel voorziet in verschillende wijzigingen van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) naar aanleiding van de eind 2015 afgeronde evaluatie betreffende het functioneren van de WNT in de eerste drie jaren na de inwerking-treding van de wet begin 2013.

#### **Adviesopmerking**

De normering van topinkomens ingevolge de WNT moet, wanneer sprake is van ingrijpen in bestaande afspraken omtrent bezoldiging, worden beschouwd als een inbreuk op eigendomsrechten die valt onder artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Een dergelijke inbreuk is toegestaan indien hiervoor een wettelijke grondslag bestaat, de inbreuk een gerechtvaardigd algemeen belang dient en er een ‘fair balance’ is gevonden tussen de behartiging van het algemene belang en de eigendomsrechten waarop inbreuk wordt gemaakt. Hiervoor heeft de Afdeling opgemerkt dat zelfs indien moet worden aangenomen dat er reden kan zijn om bepaalde misbruiksituaties tegen te gaan, het voorstel verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is. Het voorstel voldoet daarmee niet aan het proportionaliteitsvereiste. Geconstateerd moet worden dat van een ‘fair balance’ bij het voorliggende voorstel geen sprake is.

De voorgestelde uitbreiding van de reikwijdte van de WNT tot organisaties buiten de publieke en semi-publieke sector raakt ook aan de vrijheid van vestiging, dienstverlening en het vrije werknemersverkeer, zoals dat is neergelegd in het VWEU en de daarop gebaseerde regelgeving. Belemmeringen van het vrije verkeer kunnen onder omstandigheden toegestaan zijn, mits daarvoor een rechtvaardiging bestaat en wordt voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen, gaat het voorstel, zelfs indien moet worden aangenomen dat er reden kan zijn om bepaalde misbruik-situaties tegen te gaan, verder dan noodzakelijk is voor het tegengaan van het gestelde misbruik. Het voorstel voldoet daarmee niet aan het proportionaliteitsvereiste.

De Afdeling concludeert dat de WNT met het wetsvoorstel in de private sfeer treedt doordat rechtspersonen die niet als zodanig tot de publieke of semi-publieke sfeer behoren, onder de reikwijdte van de WNT worden gebracht. De enkele omstandigheid dat een rechtspersoon zeggenschap heeft in een andere rechtspersoon die wél onder de WNT valt, maakt nog niet dat deze rechtspersoon zelf ook tot de publieke of semi-publieke sfeer gerekend kan worden.

De in de toelichting aangevoerde noodzaak om met de voorgestelde uitbreiding misbruik en ontduiking van de WNT tegen te gaan, blijkt niet uit de evaluatie van de WNT. Daarbij is niet gebleken dat structureel en veelvul-

dig sprake is van het ontwijken van de WNT door middel van vennootschapsrechtelijke constructies. Tot slot gaat het voorstel verder dan nodig is gelet op het doel ervan, doordat de uitbreiding geldt voor alle rechtspersonen die zeggenschap hebben in een rechtspersoon die valt onder de WNT en niet alleen wanneer misbruik of ontduiking kan worden aangetoond. Dat leidt er tevens toe dat in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM niet kan worden gesproken van een 'fair balance' tussen het gediende algemeen belang en de inbreuk op eigendomsrechten zoals voorgesteld. Ook is het voorstel, bij het ontbreken van een rechtvaardiging, in strijd met de regels inzake het vrije verkeer in de Europese Unie. Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling dit onderdeel te schrappen.

#### **Voorlichting over betekenis van artikel 41 Grondwet (W01.16.0052/I)**

Verzoek om voorlichting over de ministeriële verantwoordelijkheid voor begrote gelden die overeenkomstig de Wet financieel statuut van het koninklijk huis worden besteed, gegeven de vrijheid van de Koning om zijn Huis, met inachtneming van het openbaar belang, in te richten.

*(Het maken van een onderscheid tussen privéuitgaven van de Koning en functionele uitgaven is niet relevant voor de mate van openbaarmaking hiervan)*

#### **Inhoud voorlichtingsverzoek**

De minister-president heeft de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd om een voorlichting te geven over de betekenis van artikel 41 van de Grondwet. Hierin is bepaald dat de 'Koning, met inachtneming van het openbaar belang, zijn Huis inricht'. De minister-president heeft gevraagd om in het bijzonder in te gaan op de ministeriële verantwoordelijkheid voor begrote gelden die overeenkomstig de Wet Financieel Statuut van het Koninklijk Huis worden besteed. De aanleiding voor dit verzoek waren Kamervragen over de kosten van de restauratie van de Gouden Koets en de onderhoudskosten van de Groene Draeck.

#### **Samenvatting voorlichting**

In de voorlichting gaat de Afdeling eerst in op het grondwettelijk kader. Het gaat daarbij om de vrijheid van de Koning om zijn eigen Huis in te richten met inachtneming van het openbaar belang (artikel 41), de ministeriële verantwoordelijkheid voor het handelen van de Koning (artikel 42) en de informatieplicht van de minister aan het parlement (artikel 68). Over de wijze waarop de Koning bij de inrichting van zijn Huis het openbaar belang in acht neemt is de minister-president aanspreekbaar. Hij moet oordelen of het handelen van de Koning het openbaar belang raakt en vervolgens beslissen of het parlement hierover geïnformeerd moet worden. De inlichtingenplicht is niet juridisch afdwingbaar, maar er kunnen wel politieke consequenties aan verbonden

worden als het parlement het niet eens is met de wijze waarop de minister-president invulling geeft aan deze plicht.

In de voorlichting wordt vervolgens besproken hoe de Wet Financieel Statuut Koninklijk Huis en de begrotingswet, hoofdstuk I, invulling geven aan dit grondwettelijk kader. Daarbij komt de Afdeling op basis van de grondwetsgeschiedenis tot de conclusie dat artikel 41 van de Grondwet van toepassing is op zowel de grondwettelijke uitkering aan de Koning als op de functionele kosten. Deze uitleg van artikel 41 van de Grondwet is in overeenstemming met de realiteit, waarbij de Koning als persoon en de Koning als drager van het ambt zo nauw verweven zijn. Een scherpe scheiding tussen de persoonlijke uitgaven in de particuliere sfeer door de Koning als persoon en de functionele kosten ten behoeve van het koningschap, is niet te maken. Het maken van een onderscheid tussen privéuitgaven en functionele uitgaven is, gelet op de grondwetsgeschiedenis, niet relevant voor de mate van openbaarmaking hiervan omdat voor beide typen uitgaven hetzelfde regime geldt.

Dit regime houdt in dat handelingen en uitgaven die hieronder vallen niet openbaar zijn, tenzij zij het openbaar belang raken. Dit betekent onder meer dat de minister-president over de hoogte van de concrete uitgaven in beginsel geen inlichtingen verstrekt aan het parlement. Het enkele feit dat over een handeling of

uitgave van de Koning Kamervragen worden gesteld, leidt er op zichzelf nog niet toe dat deze handeling of uitgave daardoor geacht moet worden het openbaar belang te raken. Of het openbaar belang wordt geraakt zal per geval moeten worden afgewogen, omdat het niet mogelijk is om een generiek en concreet toepasbaar onderscheid te maken tussen uitgaven die het openbaar belang wel raken en die dat belang niet raken.

### **Wet regulering voor- en achterdeur van coffeeshops (W13.15.0048/II)**

Voorstel van wet van de leden Berndsen-Jansen en Bergkamp tot wijziging van de Opiumwet in verband met de regulering van de teelt en verkoop van hennep en hasjesj via een gesloten coffeeshopketen.

### ***(Legalisering van coffeeshops is in strijd met het internationaal recht)***

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel beoogt een deel van het cannabisbeleid te reguleren. Het wil een einde te maken aan de situatie dat het bezit en verkoop van een gebruikershoeveelheid cannabis via coffeeshops wordt gedoogd, maar de teelt en aanvoer van hennep zijn verboden. Het voorziet in een wettelijke regeling van het huidige gedoogbeleid inzake de verkoop van cannabis door coffeeshops (de voordeur), waarbij de maximaal toegestane handelsvoorraad kan worden verruimd. Voorts voorziet het wetsvoorstel in een

wettelijke regeling van de bedrijfsmatige teelt, bereiding, bewerking en levering van cannabis aan coffeeshops (de achterdeur). Voorgesteld wordt dat bedrijfsmatige telers die bepaalde voorwaarden naleven van de minister van VWS een ontheffing kunnen krijgen en daarmee niet strafrechtelijk vervolgd kunnen worden. Ten slotte wordt het telen, bewerken en verkopen van hard- en softdrugs indien daarvan levensgevaar of zwaar lichamelijk letsel te duchten valt of indien het feit iemands dood ten gevolge heeft, afzonderlijk strafbaar gesteld.

#### **Adviesopmerking**

De toelichting besteedt aandacht aan de vraag of het voorstel in overeenstemming is met het internationale recht. Hierbij wordt ingegaan op de toepasselijke VN-verdragen. De belangrijkste drie verdragen die zien op drugs, waaronder cannabis, zijn het Enkelvoudig Verdrag inzake verdoovende middelen uit 1961, zoals gewijzigd door het Protocol tot wijziging van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdoovende middelen (hierna: EV), het Verdrag inzake psychotrope stoffen uit 1971 en het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdoovende middelen en psychotrope stoffen uit 1988 (hierna: SV). In de toelichting wordt een aantal argumenten genoemd waarom het voorstel niet in strijd zou zijn met het internationale recht.

Ten eerste wordt gesteld dat de strafbaarstelling van de gedragingen blijft bestaan en dat uitsluitend in die gevallen waarbij een ontheffing is verleend, er geen mogelijkheid meer is om strafrechtelijk op te treden. Ten tweede wordt gewezen op het voorbehoud dat Nederland gemaakt heeft bij het SV. De toelichting stelt dat vanwege de nadelen die aan het huidige gedoogbeleid zijn verbonden, het bestaande softdrugsbeleid, dat onder het voorbehoud valt, juridisch anders vorm wordt gegeven. Dit lijkt te impliceren dat de initiatiefnemers van mening zijn dat het voorstel binnen de grenzen van het voorbehoud blijft. Het derde argument is dat met het voorstel de doelstellingen van het EV en SV, namelijk de bescherming van de volksgezondheid en veiligheid beter kunnen worden gewaarborgd dan nu. Hierbij wordt tevens aangevoerd dat de verdragsteksten 'oud' zijn en dat deze als instrument van 'levend recht' geïnterpreteerd zouden moeten worden. Ten vierde wordt gesteld dat de opvattingen in de internationale gemeenschap over het verbod op de teelt en de verkoop van softdrugs aantoonbaar zijn gewijzigd. In de toelichting wordt een aantal landen genoemd waarin vormen bestaan van regulering van de teelt en verkoop. Hierbij wordt ook gesteld dat tegen deze landen niet is opgetreden en dat daarmee geen blijk van afkeuring wordt gegeven door de meerderheid van de verdragspartijen.

De Afdeling maakt over de hierboven genoemde argumenten de volgende opmerkingen.

Het feit dat de toelichting vermeldt dat niet wordt overgegaan tot legalisering, maar tot regulering heeft geen betekenis voor de beoordeling of het voorstel in strijd is met het internationale recht. Het voorstel sluit strafvervolgning op grond van teelt, bezit en verkoop van cannabis uit indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan en daarmee een ontheffing is verkregen. Dit betekent dat de verwijzing in de toelichting naar het ontbreken van de uitdrukkelijke vervolgingsplicht in de verdragen niet van toepassing is; een teler die aan de voorwaarden van de wet voldoet en een ontheffing heeft, pleegt niet langer een strafbaar feit. Het gaat daardoor om gereguleerde legalisering, hetgeen niet is toegestaan onder het EV en het SV.

Het gemaakte voorbehoud bij het SV ziet op het gedoogbeleid zoals het is vormgegeven in de jaren 80 van de 20e eeuw ten tijde van de bekrachtiging. Het heeft uitsluitend betrekking op het opportuniteitsbeginsel; dat wil zeggen op de mogelijkheid om af te zien van de handhaving van bepaalde strafbepalingen. Dit voorstel gaat echter een stap verder. Het toestaan van teelt voor coffeeshops betekent een verruiming ten opzichte van het huidige gedoogbeleid waarbij een kleine hoeveelheid geteeld mag worden voor eigen gebruik. Het op deze wijze oprekken van de manier waarop destijds het opportuniteitsbeginsel werd ingevuld komt neer op een uitholling van de strafbepalingen die worden vereist door de verdragen. Het unilateraal gebruiken van een voorbehoud dat eind jaren 80 van de 20e eeuw werd gemaakt om nu op verdergaande

wijze het telen van cannabis toe te staan kan redelijkerwijs niet worden aangemerkt als het te goeder trouw interpreteren en naleven van verdragen terwijl dit verplicht is op grond van de artikelen 26 en 31 van het Verdrag inzake het verdragenrecht. Voorts is het voorbehoud in ieder geval niet bruikbaar ter decriminalisering of legalisering van gedragingen waarvoor de verdragen strafbaarstelling vereisen, aangezien het voorbehoud slechts het opportuniteitsbeginsel beoogt te beschermen.

Bovendien geldt dat zelfs indien de teelt van cannabis ten behoeve van bevoorrading van coffeeshops onder het voorbehoud bij het SV zou kunnen worden gebracht, dit strijd zou opleveren met artikel 4, onder c, van het EV. Dit staat immers alleen teelt van de cannabisplant toe voor geneeskundige en wetenschappelijke doeleinden. Bij het EV had een voorbehoud gemaakt kunnen worden bij dit artikel, maar uitsluitend indien deze teelt beschouwd kon worden als traditionele activiteit en toegestaan was in de verdragsstaat op 1 januari 1961. Nederland heeft een dergelijk voorbehoud niet gemaakt.

De initiatiefnemers zijn van mening dat met het voorstel de belangen die de verdragen beogen te beschermen, beter worden gediend dan met het huidige beleid. Op grond van het verdragenrecht is dit echter geen grond om in nationale wetgeving expliciet in te gaan tegen bepalingen uit verdragen. In dat geval zou een verdragspartij er naar moeten streven om het verdrag aan te passen.

De toelichting wijst daarnaast op een veranderende opvatting binnen de internationale gemeenschap over het verbod op de teelt en verkoop van softdrugs. De toelichting noemt enkele landen die enige mate van regulering van softdrugs hebben ingevoerd. De Afdeling wijst erop dat in een aantal van deze gevallen de International Narcotics Control Board (INCB) uitdrukkelijk heeft opgemerkt dat deze wetgeving strijdig is met het EV en SV. Daarnaast is het feit dat niet zou worden opgetreden door andere verdragspartijen tegen deze schendingen vanuit juridisch oogpunt niet relevant. In het verdragenrecht wordt uitgegaan van 'Pacta sunt servanda'. Dit houdt in dat elk in werking getreden verdrag door de verdragspartijen moet worden nageleefd en dat dit te goeder trouw moet gebeuren. Dit beginsel is neergelegd in artikel 26 van het Verdrag inzake het verdragenrecht. Nederland is daarmee gehouden om de verdragsverplichtingen onverkort na te leven, ongeacht de wijze waarop wel of niet wordt opgetreden tegen andere verdragspartijen die de verplichtingen schenden.

Verder wordt in de toelichting niet ingegaan op de vraag waarom niet gepoogd wordt om cannabis van de lijsten van het EV en het SV af te halen. Indien de internationale opinie over softdrugs inderdaad zodanig is gewijzigd als de toelichting doet voorkomen, zou dit eerder voor de hand liggen dan om als verdragspartij zelfstandig de tekst van het verdrag anders te gaan uitleggen in het kader van het 'levend recht'. Ten slotte wijst de Afdeling erop dat de

toelichting uitsluitend wijst op landen waarin stappen richting regulering worden gezet. Er zijn echter ook landen waar stappen in de andere richting zijn aangekondigd of ondernomen. De Afdeling wijst in dit verband bijvoorbeeld op België, waar in het regeerakkoord van de onlangs aangetreden regering staat dat het bezit van drugs verboden is en dat het gebruik van drugs in de publieke ruimte niet het voorwerp kan uitmaken van een gedoogbeleid. Dit wijst erop dat niet gesproken kan worden van een eenduidige verandering in de opvatting over softdrugs. Deze conclusie wordt ook gestaafd door het feit dat binnen de Europese Unie onlangs de minimumstraffen voor teelt van cannabis verhoogd zijn.



Beleidsanalytische toets

2

## 2.1 Nut en noodzaak

### Wet aanpak woonoverlast (W03.14.0316/II)

Voorstel van wet van het lid Dijkhoff tot wijziging van de Gemeentewet in verband met de aanpak van woonoverlast.

*(Nut en noodzaak van het voorstel zijn niet aangetoond)*

#### Inhoud voorstel

Het voorstel neemt in de Gemeentewet een nieuwe mogelijkheid op voor het aanpakken van woonoverlast. Op dit moment bestaan voor het aanpakken van woonoverlast twee opties: de overheid kan de overlastgever een bestuurlijke waarschuwing geven of hem uit huis plaatsen. De initiatiefnemer is van oordeel dat de eerste optie te licht is en de tweede optie in veel gevallen te zwaar. Hij introduceert daarom een tussenweg. Deze bestaat uit de bevoegdheid voor de gemeenteraad om bij verordening de burgemeester de bevoegdheid te verlenen tot het opleggen van een last onder bestuursdwang aan degene die een woning of het daarbij behorende erf gebruikt indien door gedrag in of vanuit die woning of dat erf omwonenden ernstig worden gehinderd. Deze last kan variëren van het opleggen van een bezoekersverbod, het muilkorven van huisdieren en een verbod tot het draaien van muziek op bepaalde momenten.

#### Adviesopmerking

Het voorstel neemt in de Gemeentewet een nieuwe mogelijkheid op voor het aanpakken van woonoverlast. Op dit moment bestaan voor het aanpakken van woonoverlast twee opties: de overheid kan de overlastgever een bestuurlijke waarschuwing geven of hem uit huis plaatsen. De initiatiefnemer is van oordeel dat de eerste optie te licht is en de tweede optie in veel gevallen te zwaar. Hij introduceert daarom een tussenweg. Deze bestaat uit de bevoegdheid voor de gemeenteraad om bij verordening de burgemeester de bevoegdheid te verlenen tot het opleggen van een last onder bestuursdwang aan degene die een woning of het daarbij behorende erf gebruikt indien door gedrag in of vanuit die woning of dat erf omwonenden ernstig worden gehinderd. Deze last kan variëren van het opleggen van een bezoekersverbod, het muilkorven van huisdieren en een verbod tot het draaien van muziek op bepaalde momenten.

De initiatiefnemer stelt voor om het volgende artikel in de Gemeentewet op te nemen: 'De raad kan bij verordening de burgemeester de bevoegdheid verlenen tot oplegging van een last onder bestuursdwang aan degene die een woning of een bij die woning behorend erf gebruikt, indien door gedragingen in of vanuit die woning of dat erf omwonenden ernstig worden gehinderd.' Onder hinder vallen niet alleen gedragingen die de openbare

orde verstoren, maar ook 'relatief kleine vergrijpen' zoals een hond die continu blaft, omwonenden die hun portiek niet schoonhouden en burens die laat in de nacht luidruchtige gasten over de vloer hebben.

Het overzicht in de toelichting van de reeds bestaande maatregelen is niet compleet. Tevens wordt niet ingegaan op de vraag waarom de aangekondigde stappen in de brief van de regering onvoldoende effectief zijn. Een overtuigende motivering waarom sprake is van een overheidstaak in die gevallen waarin de overlast geen inbreuk maakt op de openbare orde ontbreekt. Dat burgers weinig gebruik maken van de civielrechtelijke procedures die hiervoor bestaan, is onvoldoende aanleiding om kwesties die zich in het private domein afspelen als overheidstaak aan te merken. Ten slotte is onduidelijk of en in hoeverre daadwerkelijk door burgemeesters van de voorgestelde bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt gelet op de daarmee gepaard gaande bestuurslasten en handhavingscapaciteit. Gelet op het voorgaande concludeert de Afdeling dat nut en noodzaak van het voorstel onvoldoende gemotiveerd zijn.

De Afdeling adviseert nut en noodzaak van het voorstel alsnog dragend te motiveren en anders van het voorstel af te zien.

### **Strafbaarstelling van de verheerlijking van terrorisme (W03.16.0117/II)**

Voorstel van wet van het lid Keijzer tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van de verheerlijking van terrorisme.

#### *(De noodzaak van de voorgestelde strafbepaling is onvoldoende aangetoond)*

##### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel maakt het tot een misdrijf om terroristische misdrijven te verheerlijken, welke verheerlijking de openbare orde ernstig verstoort of kan verstoren.

##### **Adviesopmerking**

Voorgesteld wordt in het Wetboek van Strafrecht een bepaling op te nemen (artikel 137ga) waarvan het eerste lid luidt: ‘Hij die in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, een terroristisch misdrijf verheerlijkt welke verheerlijking de openbare orde ernstig verstoort of kan verstoren, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie’.

De toelichting besteedt aandacht aan de reeds bestaande mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen verheerlijking van terroristische misdrijven. Gewezen wordt op het delict opruiing en delicten als belediging, discriminatie en haatzaaien. Gesteld wordt dat de voorgestelde strafbepaling hierbij een belangrijke toegevoegde

waarde heeft. Vergelijken met de genoemde bestaande strafbepalingen kan de voorgestelde strafbepaling los gezien worden van de vraag of personen wegens hun ras, godsdienst et cetera worden beledigd of gediscrimineerd en los van de vraag of zij opruien tot het plegen van strafbare feiten of tot gewelddadig optreden jegens het openbare gezag. De toelichting verwijst in dat verband naar de zogeheten Contextzaak van de rechtbank Den Haag. De rechtbank overweegt in het vonnis dat het verheerlijken van (terroristische) misdrijven op zichzelf niet strafbaar is en komt dientengevolge aangaande enkele ten laste gelegde feiten tot de conclusie dat deze niet strafbaar zijn en vrijspraak moet volgen. De uitspraak toont aan dat het strafrechtelijke instrumentarium tekort lijkt te schieten, aldus de toelichting.

De Afdeling merkt over de noodzaak van het voorstel het volgende op.

Versillende adviserende instanties hebben gevraagd aan te geven waarin de toegevoegde waarde van de voorgestelde strafbepaling gelegen is. In het advies van het College van Procureurs-Generaal is met klem geadviseerd de toelichting aan te vullen met concrete voorbeelden van strafwaardige uitingen waarbij een strafvervolgning wel wenselijk maar niet mogelijk is gebleken. De toelichting vermeldt ter illustratie van strafwaardige verheerlijkende uitingen: het in het openbaar zwaaien met IS-vlaggen; het geven van lezingen, onderhouden van websites en plaatsen van filmpjes met jihadistisch verheerlijkende inhoud (zoals

filmfragmenten van een door IS uitgevoerde onthoofding); het online steun betuigen aan IS. De Afdeling merkt op dat met het geven van deze concrete voorbeelden verduidelijkt is op welk type uitingen de strafbaarstelling ziet.

Deze algemene opsomming van bepaalde uitingen bevat echter geen antwoord op de vraag van het College. Niet duidelijk is immers welke van deze feiten niet tot vervolging hebben geleid of hebben kunnen leiden terwijl dat ingevolge de voorgestelde strafbepaling wel had gekund en gemoeten. De voorgestelde strafwaardigheid geldt namelijk niet de genoemde uitingen als zodanig, maar uitingen die de openbare orde ernstig hebben verstoord of hebben kunnen verstoren.

Dit laatste is ook van belang bij de verwijzing in de toelichting naar feiten waarvan verdachten in de genoemde Contextzaak werden vrijgesproken. Nog daargelaten dat voornoemde uitspraak van de rechtbank Den Haag niet onherroepelijk is, volgt de gestelde ontoereikendheid van het bestaande strafrechtelijke instrumentarium niet uit het vonnis. De rechtbank overweegt dat verheerlijking op zich zelf niet strafbaar is, maar dat bijkomende omstandigheden dat anders kunnen maken. Zo leidt het enkele gebruik van een bepaalde vlag zonder bijkomende omstandigheden naar het oordeel van de rechtbank tot vrijspraak. Het gebruik van eenzelfde vlag in een bepaalde context (een lezing), werd echter wel als verheerlijking met ‘bijkomende omstandigheden’ beschouwd en om die reden gekwalificeerd als strafbare opruiing. De Afdeling merkt op dat in

de toelichting naar aanleiding van genoemd vonnis het niet strafbaar zijn van verheerlijking als zodanig wordt gelaakt: ‘Het kan volgens initiatiefneemster niet zo zijn dat de overheid machteloos toekijkt bij het in het openbaar zwaaien met IS-vlaggen, geven van lezingen, onderhouden van websites en het plaatsen van filmpjes met jihadistisch verheerlijkende inhoud’. Het voorstel brengt echter, zoals gezegd, geen wijziging in het niet strafbaar zijn van verheerlijking op zich zelf aangezien verheerlijking ingevolge het voorstel immers pas strafbaar is indien de openbare orde ernstig wordt verstoord of kan worden verstoord. Niet goed valt dan ook in te zien dat het vonnis een lacune toont die met de voorgestelde strafbaarstelling ongedaan wordt gemaakt.

De Afdeling acht voorts van belang dat de instanties die in de rechtspraak te maken hebben met de gedragingen waar de voorgestelde strafbaarstelling op ziet, in de consultatieronde hebben aangegeven de bestaande wettelijke bepalingen toereikend te achten. Het College van Procureurs-Generaal vermeldt dat bij een daadwerkelijk, ernstige verstoring van de openbare orde reeds op diverse manieren kan worden geïntervenieerd en dat de meerwaarde van de voorgestelde strafbepaling daarom vooral gelegen zou zijn in uitlatingen die de openbare orde ernstig kunnen verstoren. Het College meent echter dat gedragingen die de verstoring van de openbare orde slechts als denkbaar gevolg hebben, als te onbepaald moeten worden aangemerkt om een vervolging mogelijk

te maken. Op dit laatste gaat de Afdeling bij het hiernavolgende punt 2 onder c nader in.

De Afdeling concludeert naar aanleiding van het voorgaande dat in de toelichting onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de voorgestelde strafbepaling noodzakelijk is. Dat is ook problematisch in het licht van artikel 10, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) dat de vrijheid van meningsuiting beschermt. Ingevolge het tweede lid van dit artikel is immers voor een beperking van de vrijheid van meningsuiting vereist dat sprake is van ‘dwingende maatschappelijke noodzaak’.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en alsnog in een dragende motivering van de noodzaak van de voorgestelde strafbepaling te voorzien en indien dat niet mogelijk is van het voorstel af te zien.

#### **Aanpassing uitzonderingspositie van kerkgenootschappen (W03.16.0119/II)**

Voorstel van wet van het lid Azmani tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de uitzonderingspositie van kerkgenootschappen.

#### ***(De noodzaak van een bijzondere regeling voor kerkgenootschappen is niet aangetoond)***

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel beoogt civielrechtelijk optreden tegen kerkgenootschappen mogelijk te maken. Dit wordt noodzakelijk geacht in verband met de bedreiging van de democratische rechtsorde door religieus fanatisme. De strekking van het voorstel is artikel 2:20 van het Burgerlijk Wetboek (BW), op grond waarvan rechtspersonen kunnen worden verboden en ontbonden, ook op kerkgenootschappen rechtstreeks van toepassing te verklaren.

#### **Adviesopmerking**

De verhouding tussen overheid enerzijds en godsdienst en andere levensovertuigingen anderzijds wordt in Nederland beheerst door het beginselen van ‘scheiding van kerk en staat’, en door van vrijheid van godsdienst en levensovertuiging zoals neergelegd in artikel 6 van de Grondwet en in verschillende internationale verdragen. Het hieruit voortvloeiende bijzondere karakter van kerken in de Nederlandse rechtsorde komt vooral tot uitdrukking in de juridische status die is toegekend aan kerkgenootschappen in artikel 2:2 BW. Deze wijst op een terughoudendheid van de Staat met betrekking tot hun interne organisatie. De wet geeft geen definitie van een kerkgenootschap als bedoeld in artikel 2:2 BW. In de literatuur wordt vrij algemeen aangesloten bij een arrest van de Hoge Raad waarin, zonder dat een uitspraak werd gedaan over de organisatievorm, werd geoordeeld dat een kerkgenootschap zich de gemeenschappelijke godsverering van de leden op grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige

opvattingen ten doel stelt. Met de memorie van toelichting is de Afdeling van oordeel dat deze omschrijving niet alleen ziet op christelijke kerkgenootschappen.

Naar het oordeel van de Afdeling is overeenkomstige toepassing van artikel 2:20 BW op kerkgenootschappen ingevolge artikel 2:2, tweede lid, BW mogelijk. Volgens artikel 2:2, tweede lid, eerste volzin, BW worden kerkgenootschappen geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Onder 'wet' moet in dit verband verstaan die voorschriften van dwingend recht waarbij zulke grote belangen van de Nederlandse rechtsorde zijn betrokken dat zij voorrang hebben boven het eigen statuut van het kerkgenootschap. Mocht uit het statuut van een kerkgenootschap bijvoorbeeld voortvloeien dat het genootschap direct of indirect terroristische activiteiten beoogt te bevorderen, dan zal in zoverre sprake zijn van strijd met de 'wet' en zal de rechter dat statuut in zoverre niet dienen te respecteren. Artikel 2:2, tweede lid, tweede volzin, BW moet aldus worden gelezen dat de volgende artikelen van de betrokken titel, titel 1, niet zonder meer van toepassing zijn op kerkgenootschappen, doch op overeenkomstige wijze toegepast mogen worden voor zover die artikelen verenigbaar zijn met het statuut van het kerkgenootschap en met de aard der onderlinge verhoudingen binnen het kerkgenootschap. Dat geldt ook voor de toepassing van artikel 2:20 BW. Voor zover echter het statuut van een kerkgenootschap in strijd is met de hiervoor genoemde regels van dwingend recht, heeft het

ingevolge de eerste volzin van artikel 2:2, tweede lid, BW geen gelding en kan het dan ook niet aan de overeenkomstige toepassing van artikel 2:20 BW op de voet van de tweede volzin van artikel 2:2, tweede lid, BW in de weg staan. Onder die voorschriften van dwingend recht moet zeker de openbare orde in artikel 2:20 BW gerekend worden, welke immers ziet op de fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat. Ook een kerkgenootschap kan dus op verzoek van het openbaar ministerie door de rechtbank verboden worden verklaard en worden ontbonden als zijn werkzaamheden strijdig zijn met de openbare orde, of worden ontbonden als het doel van het kerkgenootschap strijdig is met de openbare orde.

De huidige regeling in het BW maakt het derhalve al mogelijk een kerkgenootschap te treffen met de in artikel 2:20 BW genoemde sancties. Het is naar het oordeel van de Afdeling niet nodig dat uitdrukkelijk te bepalen. Van een 'ontsnappingsroute' om een verbod ex artikel 2:20 BW te omzeilen, zoals de initiatiefnemer opmerkt, is geen sprake.

#### **Intrekking van de Zondagswet (W04.16.0110/I)**

Voorstel van wet van het lid Koşer Kaya tot intrekking van de Zondagswet.

*(Nut en noodzaak van het voorstel zijn onvoldoende aangetoond)*

#### **Inhoud van het voorstel**

Het wetsvoorstel strekt tot intrekking van de Zondagswet en tevens tot aanvulling van de Gemeentewet. De aanvulling van de Gemeentewet beoogt te verhinderen dat het gemeentebestuur – op de grond dat zij op een godsdienstige rustdag of feestdag plaatsvinden – beperkingen stelt aan sportbeoefening of andere vormen van ontspanning, die niet in overwegende mate zijn te beschouwen als openbare gemakkelijkheden.

#### **Adviesopmerking**

De Afdeling acht nut en noodzaak van intrekking van de Zondagswet niet overtuigend aangetoond. De Zondagswet zorgt er tot op zekere hoogte voor dat op een vaste dag in de week een moment van rust en ruimte voor ontspanning is gewaarborgd, ook voor degenen die hieraan geen religieuze betekenis toekennen. De Zondagswet heeft daarbij als doel een balans te vinden tussen de uiteenlopende opvattingen in de samenleving over de zondagsviering en de openbare rust op de zondag. De Zondagswet laat daarbij aan het gemeentebestuur een zekere vrijheid om – met het oog op de lokale situatie – een nadere afweging te maken. Het is de Afdeling niet duidelijk waarom de Zondagswet tekortschiet of onevenwichtig is.

### **Invoering van het lerarenregister en het registervoorportaal (W05.15.0335/I)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs en de Wet educatie en beroeps- onderwijs in verband met de invoering van het lerarenregister en het registervoorportaal.

#### *(Het instellen van een verplicht lerarenregister is prematuur)*

##### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel wil de beroepskwaliteit van bevoegde leraren verbeteren. Voorgesteld wordt een lerarenregister in te voeren, waarin iedere leraar die op basis van een relevant hoger onderwijs-getuigschrift (bewijs van bevoegdheid) onderwijs geeft zich moet registreren. Om voor herregistratie in aanmerking te komen moet deze leraar elke vier jaar aantonen dat hij zijn bekwaamheid heeft onderhouden. Lukt hem dat niet, dan mag hij geen onderwijs meer geven tot hij alsnog aan deze criteria voldoet. In een registervoorportaal worden de leraren geregistreerd die (nog) niet aan de bevoegdheidseisen voldoen. Voorts wordt het beroep van leraar omschreven en bepaald dat de leraar in de uitoefening van zijn beroep voldoende professionele ruimte toekomt. Met deze maatregelen wordt het beroep van leraar aantrekkelijker voor mensen die een loopbaan in het onderwijs overwegen, aldus de toelichting.

##### **Adviesopmerking**

De Afdeling is van oordeel dat het invoeren van een verplicht lerarenregister annex algemene scholingsplicht onder bepaalde condities een bijdrage kan leveren aan de verbetering van de kwaliteit van het onderwijs. De Afdeling concludeert echter dat de voorgestelde, vergaande regeling prematuur is. Een dergelijke verplichting zal weinig effectief zijn indien niet aan een aantal condities is voldaan. Het lerarentekort zal moeten worden aangepakt; er zullen nadere beperkingen moeten worden gesteld aan het gebruik van onbevoegde leraren (hetgeen vooronderstelt dat er voldoende bevoegden zijn); de lerarenopleidingen zullen aan hogere eisen moeten voldoen; er moet voldoende en adequaat bijscholingsaanbod zijn; de beroepsgroep zal tot ontwikkeling moeten komen; er zullen voldoende tijd en middelen ter beschikking moeten worden gesteld. Gegeven het lerarentekort is de sanctie op het onvoldoende bijscholen – verlies van lesbevoegdheid – onwerkbaar; veelal is deze sanctie ook onevenredig. Ten slotte is het lerarenregister in de voorgestelde vorm niet effectief en proportioneel, omdat het wetsvoorstel niets wijzigt aan het gebruik van onbevoegde leraren, maar wel door de sanctie van onbevoegdheid wegens onvoldoende nascholing beperkingen aanbrengt met betrekking tot de inzet van bevoegde leraren. In de kern is het voorgestelde lerarenregister dan ook geen beroepsregister, maar slechts een register waarin bevoegde leraren hun nascholingsinspanningen moeten documenteren, met als sanctie verlies van bevoegdheid. Afgezien

daarvan is de Afdeling van mening dat het lerarenregister niet noodzakelijk is voor het bereiken van daarvan afgeleide doelen, zoals het houden van toezicht of het leveren van beleidsinformatie. Ten slotte motiveert de toelichting niet welk publiek belang ermee gediend is dat de registers openbaar zijn.

De Afdeling onderschrijft derhalve het advies van de Onderwijsraad die er op gewezen heeft dat de instelling van een lerarenregister prematuur is en dat het aanbeveling verdient de verschillende maatregelen in hun onderlinge samenhang te bezien, en aan de hand daarvan de volgtijdelijkheid van de te nemen stappen vast te stellen. Tot die tijd adviseert de Afdeling, indien nodig, gebruik te maken van de bevoegdheid om bij ministeriële regeling voorschriften te stellen inzake de inrichting van het bekwaamheidsdossier, te voorzien in een precisering en betere handhaving van de verplichting van het bevoegd gezag om de blijvende bekwaamheid van zijn leraren te waarborgen en de bijbehorende bekwaamheidsdossiers bij te houden, meer te investeren in de kwaliteit en de capaciteit van de lerarenopleidingen en de ontwikkeling van een beroepsgroep van leraren te faciliteren. Dat is een proces van lange adem, dat in belangrijke mate afhankelijk zal zijn van het zelfregulerend vermogen van de beroepsgroep.

## 2.2 Effectiviteit en neveneffecten

### Wet regulering voor- en achterdeur van coffeeshops (W13.15.0048/III)

Voorstel van wet van de leden Berndsens-Jansen en Bergkamp tot wijziging van de Opiumwet in verband met de regulering van de teelt en verkoop van hennep en hasjiesj via een gesloten coffeeshopketen.

*(De effectiviteit van het voorstel is niet overtuigend aangetoond)*

#### Inhoud voorstel

Het wetsvoorstel beoogt een deel van het cannabisbeleid te reguleren. Het wil een einde te maken aan de situatie dat het bezit en verkoop van een gebruikershoeveelheid cannabis via coffeeshops wordt gedoogd, maar de teelt en aanvoer van hennep zijn verboden. Het voorziet in een wettelijke regeling van het huidige gedoogbeleid inzake de verkoop van cannabis door coffeeshops (de voordeur), waarbij de maximaal toegestane handelsvoorraad kan worden verruimd. Voorts voorziet het wetsvoorstel in een wettelijke regeling van de bedrijfsmatige teelt, bereiding, bewerking en levering van cannabis aan coffeeshops (de achterdeur). Voorgesteld wordt dat bedrijfsmatige telers die bepaalde voorwaarden naleven van de minister van VWS een ontheffing kunnen krijgen en daarmee niet strafrechtelijk vervolgd kunnen worden. Ten slotte wordt het telen, bewerken en verkopen van hard- en softdrugs indien

daarvan levensgevaar of zwaar lichamelijk letsel te duchten valt of indien het feit iemands dood ten gevolge heeft, afzonderlijk strafbaar gesteld.

#### Adviesopmerking

Het wetsvoorstel heeft een aantal doelen. Ten eerste draagt het voorstel bij aan het vergroten van de rechtszekerheid. Het huidige gedoogbeleid heeft geleid tot onduidelijke jurisprudentie omdat verschillende rechters het gedoogbeleid verschillend toepassen. Dit kan afbreuk doen aan het overheidsgezag. Naast dit doel, wijst de toelichting op het beter waarborgen van de volksgezondheid en het oplossen van openbare orde problemen rondom de teelt en aflevering daarvan aan coffeeshops, die voornamelijk veroorzaakt worden door criminele organisaties.

De Afdeling acht het mogelijk dat als het gaat om de kwaliteit van het product zoals het wordt aangeboden in de coffeeshops het wetsvoorstel een positief effect heeft. Zij onderkent dat initiatiefnemers trachten een oplossing te bieden voor de problemen die voortvloeien uit de spanning tussen het enerzijds gedogen van enig bezit van cannabis en de verkoop via coffeeshops en het anderzijds het niet reguleren van de inkoop. De Afdeling heeft begrip voor dit streven. Zij betwijfelt echter of het voorstel daadwerkelijk en in voldoende substantiële mate effectief zal zijn.

De Afdeling concludeert dat in de toelichting een afdoende afweging tussen de mogelijke positieve en negatieve

effecten van het voorstel ten opzichte van de gestelde doelen ontbreekt. Daarmee is onvoldoende duidelijk in hoeverre het voorstel bijdraagt aan het verbeteren van de volksgezondheid en het waarborgen van de openbare orde en algemene veiligheid. Het is onvoldoende aannemelijk dat het voorstel een bijdrage kan leveren aan het bestrijden van de georganiseerde misdaad die nu opereert in de productie van en handel in cannabis. Daar komt bij dat het voorstel bezien moet worden in de bredere context van de drugsproblematiek en de internationale context waarin deze zich voordoet. Met de door initiatiefnemers beoogde geregleerde legalisering van cannabis wordt het ten slotte moeilijker om de openbare orde problematiek van drugstoerisme aan te pakken.

### Bevoegdheden ondernemingsraad inzake de beloningen bestuurders (W12.15.0163/III)

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de beloningen van bestuurders.

*(Het is onduidelijk wat de aard en omvang van het probleem is waarvoor het voorstel een oplossing wil bieden)*

#### Inhoud voorstel

Het voorstel introduceert de verplichting voor grote ondernemingen om jaarlijks de arbeidsvoorwaardelijke regelingen en afspraken te bespreken in een overlegvergadering met de ondernemingsraad (or).

### **Adviesopmerking**

De verplichting dat de arbeidsvoorwaardelijke regelingen, afspraken en vergoedingen jaarlijks aan de orde komen wordt gemotiveerd met de stelling dat de ontwikkeling van evenwichtige beloningsverhoudingen binnen ondernemingen is gediend met meer openheid. Evenwichtige beloningsverhoudingen zijn blijkens de toelichting van belang omdat onevenredige beloningsverschillen de arbeidsverhoudingen binnen ondernemingen kunnen schaden.

De Afdeling onderschrijft het belang van de maatschappelijke discussie over evenwichtige beloningsverhoudingen binnen ondernemingen. Een wettelijke regeling in dit verband vereist echter dat de aard en omvang van het probleem helder zijn zodat de betreffende wettelijke regeling effectief kan zijn. Uit de toelichting blijkt niet wat onder onevenwichtige en onevenredige beloningsverschillen wordt verstaan. De toelichting gaat eveneens voorbij aan de vraag op welke wijze en in welke mate in de praktijk arbeidsverhoudingen daadwerkelijk worden geschaad door beloningsverschillen. Doordat de toelichting geen aandacht besteedt aan bovengenoemde punten, wordt onvoldoende duidelijk wat de aard en de omvang van het probleem is waarvoor het voorstel een oplossing wil bieden.

### **Ketenaansprakelijkheid in de transportsector voor goederenvervoer over de weg (W12.16.0011/III)**

Voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uitbreiding van de aansprakelijkheid voor de voldoening van het verschuldigde loon aan de werknemer die arbeid verricht ter uitvoering van een overeenkomst van goederenvervoer over de weg of een overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen over de weg.

*(De effectiviteit van de regeling is onvoldoende gemotiveerd)*

### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel strekt ertoe om de werking van de ketenaansprakelijkheid voor het aan een werknemer verschuldigde loon uit te breiden tot overeenkomsten van goederenvervoer over de weg of overeenkomsten tot het doen vervoeren van goederen over de weg. Zo wordt de ketenaansprakelijkheid ook van toepassing in de transportsector voor zover het betreft het goederenvervoer over de weg.

### **Adviesopmerking**

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigde loon drie doelen heeft. Beoogd wordt de rechtspositie van de werknemer te versterken (1) en eraan bij te dragen dat het verschuldigde loon wordt uitbetaald (2) alsmede te zorgen dat oneerlijke concurrentie wordt tegengegaan (3).

Over het versterken van de rechtspositie en de voldoening van het verschuldigd loon (doelen 1 en 2) merkt de Afdeling het volgende op.

In het nader rapport bij het advies van de Afdeling over de Wet aanpak schijnconstructies komt naar voren dat de preventieve werking van de ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigde loon bijzonder van belang wordt geacht voor de effectiviteit ervan: 'Door de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor het loon, worden opdrachtgevers geprikkeld bij de opdrachtverlening of aanbesteding afspraken te maken met de opdrachtnemer om onderbetaling te voorkomen. Daarmee wordt de kans op onderbetaling, ook van arbeidsmigranten, kleiner.' Beoogd wordt dat de ketenaansprakelijkheid partijen in een keten prikkelt om erop toe te zien dat het verschuldigde loon wordt voldaan en aldus de (rechts)positie van de werknemer in een keten te versterken.

De Afdeling wijst erop dat de complexiteit die de ketenaansprakelijkheid in het goederenvervoer over de weg met zich brengt, de effectiviteit van de regeling negatief beïnvloedt. De complexiteit van de regeling verkleint de kans dat een werknemer daadwerkelijk een beroep doet op de ketenaansprakelijkheid. Afgezien van een werknemer die werkzaam is voor een vaste opdrachtgever (afzender) zal het doorgaans voor een werknemer, of eventueel de partij die zijn belangen behartigt, ingewikkeld zijn om te bepalen welke schakel in welke keten voor



welk deel van het loon aangesproken moet worden. Wederpartijen van werkgevers zullen, gezien de kleine kans om aansprakelijk gesteld te worden en het feit dat het dan doorgaans maar om een klein bedrag zal gaan, maar beperkt geprikkeld worden om er op toe te zien dat in een keten het verschuldigde loon wordt voldaan.

Zoals hiervoor aan de orde is gesteld, heeft de uitbreiding van de ketenaansprakelijkheid tevens het doel oneerlijke concurrentie tegen te gaan (doel 3). Uit de memorie van toelichting bij de WAS blijkt dat onder oneerlijke concurrentie met name verstaan wordt '[m]isbruik van de bereidheid van arbeidskrachten, bijvoorbeeld uit andere lidstaten van de Europese Unie (EU), Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland, om voor een lager loon te werken dan het toepasselijk minimumloon'. De ketenaansprakelijkheid lijkt derhalve in het bijzonder gericht op het tegengaan van onderbetaling in een situatie van detachering of arbeidsmigratie.

In het licht daarvan merkt de Afdeling op dat de uitbreiding van de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid hooguit beperkt kan bijdragen aan het versterken van de rechtspositie van de werknemer, de handhaving van geldende arbeidsvoorwaarden en het tegengaan van oneerlijke concurrentie. Zolang immers buitenlandse werknemers bereid blijven om voor minder dan het verschuldigde loon in Nederland werkzaamheden te verrichten, zullen zij geen beroep doen op de ketenaansprakelijkheid voor het

verschuldigde loon. Daarbij wijst de Afdeling erop dat in het internationale vrachtvervoer vanuit en naar Nederland het aandeel van Midden- en Oost-Europese vrachtwagens gestaag toeneemt. De civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid op zichzelf voorkomt zodoende niet dat buitenlandse werknemers in de transportsector, al dan niet gedetacheerd in Nederland, werkzaamheden verrichten voor minder dan het van toepassing zijnde minimaal verschuldigde loon (harde kern arbeidsvoorwaarden).

Ten slotte wijst de Afdeling erop dat er eveneens praktische belemmeringen zijn om oneerlijke concurrentie door buitenlandse werknemers tegen te gaan. De ketenaansprakelijkheid is alleen van toepassing voor het vervoer in Nederland wanneer de arbeidsovereenkomst door buitenlands recht wordt beheerst. Voorts is de ketenaansprakelijkheid niet van toepassing bij gecombineerd vervoer.

Concluderend merkt de Afdeling op dat de complexiteit van de ketenaansprakelijkheid voor de overeenkomst tot het (doen) vervoeren van goederen de effectiviteit van die regeling negatief kan beïnvloeden. Omdat het voor een werknemer tijdrovend en ingewikkeld kan zijn met succes een beroep te doen op de ketenaansprakelijkheid, wordt de kans geringer dat een onderbetaalde werknemer in de praktijk met succes een beroep zal doen op de ketenaansprakelijkheid. Hoe kleiner de kans is dat een werknemer zijn recht effectueert, hoe kleiner de effectieve werking die er van de ketenaansprakelijkheid zal uitgaan.

Ook wordt onvoldoende duidelijk hoe de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid bijdraagt aan het tegengaan van oneerlijke concurrentie zolang de bereidheid bij bepaalde werknemers bestaat om werkzaamheden te verrichten voor minder dan het minimaal verschuldigde loon.

In deze situatie zal voorts de Nederlandse ketenaansprakelijkheid maar beperkt van toepassing zijn.

In het licht van het bovenstaande is onvoldoende duidelijk of het wetsvoorstel de beoogde doelen zal kunnen bereiken.

De Afdeling adviseert in de toelichting dragend te motiveren op welke wijze de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid bijdraagt aan de met het wetsvoorstel beoogde doelen en het voorstel zo nodig aan te passen.

### **Wet uitvoering antidopingbeleid (W13.15.0408/III)**

Voorstel van wet houdende regels tot uitvoering van het antidopingbeleid en tot instelling van de Dopingautoriteit.

*(Het voorstel is in zijn huidige vorm niet effectief)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel voorziet in de oprichting van een Dopingautoriteit.

#### **Adviesopmerking**

Het voorstel richt een publiekrechtelijke rechtspersoon, de Dopingautoriteit, op en kent aan deze rechtspersoon een taak toe. Het voorstel beoogt daarmee een grondslag te

bieden voor de verwerking van persoonsgegevens door de Dopingautoriteit. Het voorstel voorziet echter niet in een rechtsbasis op grond waarvan de Dopingautoriteit de beschikking krijgt over de persoonsgegevens van de betrokken sporters. Het voorstel legt aan sporters geen verplichtingen op jegens de Dopingautoriteit om persoonsgegevens af te staan. Ook kent het voorstel geen bevoegdheid toe aan de Dopingautoriteit om de sporter te bevelen persoonsgegevens af te staan. Het voorstel gaat er van uit te gaan dat de verplichting van de sporter om medewerking te verlenen aan de activiteiten van de Dopingautoriteit voortkomt uit het (privaatrechtelijke) reglement van de sportbond, waaraan de betrokken sporters ingevolge hun lidmaatschap van een sportvereniging of een overeenkomst met een sportorganisatie zijn gebonden.

Aanleiding van het voorstel is evenwel de veronderstelling dat toestemming van de sporter geen grond kan vormen voor de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het dopingcontroleproces omdat er geen sprake is van een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting. Als toestemming geen grond kan vormen voor verwerking van persoonsgegevens, kan de instemming van de sporter met de reglementen van de sportbond evenmin een grondslag zijn voor een verplichting tot afgifte van de persoonsgegevens door de sporter aan de Dopingautoriteit. De enkele toedeling van een wettelijke taak aan de Dopingautoriteit is daartoe onvoldoende. Om het door de regering gestelde doel te bereiken is een wettelijke

regeling van de bevoegdheden van de Dopingautoriteit en van de rechten en plichten van de sporter nodig.

Het voorstel gaat bovendien voorbij aan de verwerking van persoonsgegevens door het tuchtcollege van de sportbond dat is belast met het onderzoek naar en de tuchtrechtelijke sanctiëring van overtredingen van het dopingreglement door de sporters. Als ervan wordt uitgegaan dat toestemming geen grondslag kan vormen voor verwerking van persoonsgegevens door de Dopingautoriteit, dan kunnen deze gegevens evenmin door het tuchtcollege van de sportbond worden verwerkt op basis van toestemming van de sporter. Hetzelfde geldt voor de mogelijke verwerking van persoonsgegevens van de sporter door andere organisaties die op basis van het dopingreglement van een sportbond of andere (internationale) reglementen en afspraken de beschikking zouden kunnen krijgen over de betreffende persoonsgegevens. Doordat met het voorstel uitdrukkelijk wordt uitgesproken dat toestemming niet voldoende is, komen zonder nadere rechtsbasis al deze andere verwerkingen van de betrokken persoonsgegevens ‘in de lucht te hangen’. Ook in zoverre is het voorstel ontoereikend.

#### **Wet zorgplicht kinderarbeid (W02.16.0163/II)**

Voorstel van wet van het lid Van Laar houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen.

*(De effectiviteit van het voorstel is onvoldoende gemotiveerd)*

#### **Inhoud voorstel**

De Wet zorgplicht kinderarbeid (hierna: het voorstel) verplicht bedrijven te verklaren dat zij gepaste zorgvuldigheid betrachten om te voorkomen dat de goederen of diensten die zij leveren aan een eindgebruiker in Nederland tot stand zijn gekomen met behulp van kinderarbeid. Deze verklaring dient aan de toezichthouder, de Autoriteit Consument en Markt (ACM), te worden gezonden. Als na een klacht en daaropvolgende toetsing blijkt dat het bedrijf zijn verplichtingen onvoldoende is nagekomen kan een bestuurlijke boete worden opgelegd door de ACM. Bestuurders van bedrijven die binnen vijf jaar meerdere keren zijn beboet, kunnen strafrechtelijk worden vervolgd.

#### **Adviesopmerking**

Met het voorstel streeft initiatiefnemer naar het stoppen van de verkoop in Nederland van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen. Daarmee wil hij verder gaan dan de IMVO-convenanten en de afspraken die in Nederland op nationaal niveau over dit onderwerp zijn gemaakt. Het is te betreuren dat de lidstaten van de EU er niet in zijn geslaagd afspraken te maken over de gezamenlijke inzet van handelsinstrumenten voor het tegengaan van kinderarbeid. Maatregelen door één lidstaat kunnen immers slechts beperkte invloed hebben op het terugdringen van een mondiaal probleem zoals kinderarbeid. Dat neemt niet weg, dat, ook naar het

oordeel van de Afdeling, eveneens in nationaal verband zoveel mogelijk moet worden gedaan om kinderarbeid, zoals gedefinieerd in de internationale overeenkomsten, tegen te gaan en te verhinderen dat goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen, op de Nederlandse markt komen. Exploitatie van kinderen vormt immers een ernstige bedreiging van hun welzijn en ontwikkeling en is daarmee een flagrante schending van de rechten van het kind. In zoverre onderschrijft de Afdeling de doelstelling van het voorstel.

Het voorgaande laat echter onverlet dat in de toelichting toereikend gemotiveerd moet worden waarom (nationale) wetgeving in zijn algemeenheid en dit voorstel in het bijzonder een effectieve bijdrage kan leveren aan het nagestreefde doel. Het opleggen van een wettelijke verplichting aan bedrijven om gepaste zorgvuldigheid te betrachten om te voorkomen dat hun goederen of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen, legt extra druk op bedrijven die aan een Nederlandse eindgebruiker leveren om onderzoek te doen in hun productieketen naar het bestaan van kinderarbeid. Daarmee is echter nog niet gegarandeerd dat dit ook daadwerkelijk zal resulteren in de vermindering van de verkoop van goederen of diensten in Nederland die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen. Omdat kinderarbeid buiten Nederland voorkomt in lange, wijdvertakte en complexe productieketens is het voor de onderneming aan het einde van die keten zeer moeilijk

om vast te stellen en laat staan te voorkomen dat producten of diensten met behulp van kinderarbeid tot stand komen.

Daar komt bij dat – bij een verschil van mening tussen het betrokken bedrijf en een klager over de vraag of de onderneming in overeenstemming met zijn verklaring gepast zorgvuldig heeft gehandeld – problemen kunnen ontstaan met de handhaving. De ACM moet nagaan of het bedrijf in contact is getreden met leveranciers of fabrikanten om zeker te stellen dat de desbetreffende goederen of diensten in het buitenland niet met kinderarbeid tot stand zijn gekomen. Gegeven het feit dat de ACM geen toezichtsbevoegdheden heeft in het buitenland, zal dit niet eenvoudig zijn. Bovendien kan de ACM een buiten Nederland gevestigde onderneming die stelselmatig goederen of diensten levert aan een Nederlandse eindgebruiker weliswaar een bestuurlijke boete opleggen, maar zal het innen daarvan niet eenvoudig zijn.

Het voorgaande roept derhalve ernstige twijfels op over de vraag of het voorstel daadwerkelijk zal resulteren in vermindering van de verkoop van dergelijke goederen of diensten in de praktijk. De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande de effectiviteit van het voorstel op dit punt dragend te motiveren.

### **Regels voor inkoop hulpverlening door gemeenten op grond van de Wmo (W13.16.0218/III)**

Ontwerpbesluit houdende regels ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de levering van een voorziening en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van de voorziening en de continuïteit in de hulpverlening tussen de cliënt en de hulpverlener.

*(Het invoeren van een minimumprijs is op zichzelf niet effectief)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit wijzigt het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 en voorziet in regels voor de inkoop van hulpverlening door gemeenten op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) om een goede verhouding tussen de kwaliteit en de prijs te verzekeren. Daartoe dient elke gemeente in een verordening aan de hand van een aantal maatstaven een reële prijs vast te stellen die als minimumprijs geldt.

#### **Adviesopmerking**

De aanleiding voor het ontwerpbesluit is de constatering dat de gemiddelde vergoeding die gemeenten en aanbieders overeenkomen voor vormen van huishoudelijke verzorging of hulp zijn gedaald. Volgens de toelichting is dit deels positief, maar is er ook sprake van negatieve gevolgen. De toelichting vermeldt dat aanbieders zorgen uiten over de kwaliteit en continuïteit van de dienstverlening en dat

vakbonden FNV en CNV wijzen op de gevolgen voor beroepskrachten. Een race naar de bodem wordt onwenselijk geacht. In dit verband is de Code verantwoordelijk marktgedrag thuisondersteuning opgesteld. Die code is in augustus 2015 tot stand gekomen en was in april 2016 door 90 van de 393 gemeenten onderschreven.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het niet de tussen gemeenten en aanbieders overeengekomen prijzen als zodanig zijn die aanleiding geven tot ingrijpen, als wel de vrees dat in het inkoopproces tekort wordt gedaan aan eisen van kwaliteit, continuïteit en arbeidsvoorwaarden.

Het voorgestelde artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 dwingt tot het incalculeren van enkele wettelijke voorwaarden en kostprijs-elementen, maar stelt geen inhoudelijke inkoopvoorwaarden voor gemeenten vast; het bevat ook geen landelijke kwantitatieve normering van de verschillende kostprijs-elementen. Dat betekent dat gemeenten de vrijheid behouden om zelf daaromtrent voorwaarden te stellen. Aanbieders behouden bovendien de vrijheid om binnen de wettelijke kaders en randvoorwaarden, alsmede de aanbestedingsvoorwaarden hun bedrijfsvoering naar eigen inzicht in te richten. De vaststelling van een bepaalde minimumprijs hoeft dan ook niet te betekenen dat aan de gewenste eisen van kwaliteit, continuïteit en arbeidsvoorwaarden zal worden voldaan. Daarvoor is nodig dat die eisen in gemeentelijke regelgeving of de aanbestedingsdocumenten worden neergelegd.

Met het ontwerpbesluit zullen de beoogde doelen dan ook niet per se worden bereikt. Een minimumprijs zal op zichzelf nog geen bijdrage leveren aan het wegnemen van de gesignaleerde knelpunten. Indien concurrentie op kwaliteit, continuïteit en arbeidsvoorwaarden als probleem wordt gezien dat moet worden aangepakt, is niet het vaststellen van een minimumprijs de aangewezen weg, maar het aanscherpen van de eisen op die punten.

### 2.3 Handhaving, toezicht en doorberekening kosten

#### Voorlichting over de doorberekening van kosten door NVWA (W15.16.0069/IV)

Verzoek om voorlichting over de doorberekening van kosten door het ministerie van Economische Zaken aan het bedrijfsleven, in het bijzonder ten aanzien van de huidige wijze van doorberekening van handhavings-, toezichts- en keuringskosten door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit.

*(Doorberekening van handhavingskosten is mogelijk, maar alleen omdat betaald moet worden voor een concreet aanwijsbare tegenprestatie van de overheid)*

#### Voorlichtingsvragen

De uitgangspunten voor doorberekening zijn neergelegd in kabinetsbeleid dat bekend staat onder de naam 'Maat Houden'. Tegen de achtergrond van discussie over de tarieven van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit

(NVWA) heeft de Tweede Kamer de volgende vragen gesteld:

- 1 Zijn de uitgangspunten van het kabinetstandpunt 'Maat houden' en de toepassing adequaat voor de doorberekening van de toezichts- en handhavingskosten aan het bedrijfsleven?
- 2 In hoeverre is de bestaande wet- en regelgeving met betrekking tot de doorberekening van toezichts- en handhavingskosten op het beleidsterrein van Economische Zaken in het bijzonder met betrekking tot de kosten van de inzet van de NVWA en ACM ingericht binnen het kader dat volgt uit beantwoording van vraag 1.

#### Samenvatting voorlichting

In navolging van 'Maat Houden' maakt de Afdeling onderscheid tussen kosten voor toelating zoals voor vergunningen, erkenningen, keuringen e.d. en kosten van toezicht die worden gemaakt om te controleren of regelgeving wordt nageleefd.

De Afdeling vindt doorberekening van kosten hiervoor gerechtvaardigd, echter niet (zoals 'Maat Houden' stelt) omdat de toelating voordelig is voor betrokkene (profijtbe-ginsel), maar omdat betaald moet worden voor een concreet aanwijsbare tegenprestatie. De kosten die de overheid maakt zijn dan ook de grondslag voor de doorbe-

rekening, niet de (economische) waarde van de toelating. Het gaat er vervolgens om welke kosten in redelijkheid zijn toe te rekenen. Daarvoor gelden de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid en geldt dat de tariefstelling zo nauw mogelijk moet aansluiten bij de directe kosten van de toelating.

Voor toezichtskosten geldt onder ‘Maat Houden’ terecht als hoofdregel dat de kosten niet worden doorberekend. Wetgeving wordt opgesteld vanuit algemeen belang en toezicht op de naleving daarvan dient dus ook het belang van de maatschappij als geheel. Toezicht wordt ook uitgeoefend als er niet om wordt gevraagd. Omdat toezicht niet in de eerste plaats een voordeel voor het individu of voor de groep is, zijn de kosten ervan niet volledig toerekenbaar aan een individu of groep, hoe nauw omschreven die groep ook kan zijn. Het profijtbeginsel en het beginsel ‘de veroorzaker betaalt’ vormen dan ook geen rechtvaardiging voor een uitzondering op de hoofdregel.

Indien er aanleiding is om een uitzondering te maken en wel door te berekenen is het van belang dit zo vorm te geven dat de hoofdregel niet wordt ondergraven. Dat betekent dat in elk geval een deel van de toezichtskosten uit de algemene middelen moet worden betaald. De vraag welk deel van de kosten wel en welk deel niet wordt doorberekend en welke kosten dit betreft, is in abstracto moeilijk te beantwoorden en is uiteindelijk een politieke keuze. Vervolgens is het van belang dat de overheid zich

aan die eenmaal gemaakte keuze houdt. De Afdeling reikt voor het maken van deze keuze een aantal gezichtspunten aan. In essentie gaat het om de vraag naar de aard en omvang van het toezicht dat de overheid wenst en de prijs die zij bereid is daarvoor te betalen. Daarbij is het niet de bedoeling dat louter begrotingsdoelen worden nagestreefd.

Het NVWA-retributiestelsel maakt geen duidelijk onderscheid tussen toelatingskosten en toezichtskosten. Daardoor kan de Afdeling niet beoordelen in hoeverre het stelsel voldoet aan de eisen van ‘Maat Houden’. Omdat het uitgangspunt van het NVWA-retributiestelsel kosten-dekkendheid is, lijkt te worden afgeweken van het uitgangspunt dat de toezichtskosten uit de algemene middelen worden betaald en van de uitgangspunten die de Afdeling heeft geformuleerd. In verband met de overgang van toezichtstaken van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties (pbo’s) naar de NVWA per 1 januari 2015 ligt het in de rede de toelatingskosten te blijven doorberekenen, gebaseerd op de omvang die deze kosten op 31 december 2014 hadden. Als kosten voor dezelfde activiteiten nu substantieel hoger zijn, ligt het niet voor de hand dat deel van de kosten door te berekenen.

Wat betreft de ACM geldt dat in beginsel alle kosten (direct en indirect) die samenhangen met het gebruik van toezichthoudende bevoegdheden volledig worden doorberekend, tenzij pragmatische redenen zich daartegen verzetten. Gelet hierop concludeert de Afdeling dat de

doorberekening niet aansluit bij de uitgangspunten van ‘Maat Houden’ en de uitgangspunten die de Afdeling heeft geformuleerd. De (volledige) doorberekening van toelatingskosten is wel in overeenstemming met ‘Maat Houden’ en die uitgangspunten, voor zover de werkelijk gemaakte kosten worden doorberekend.

### **Klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik (W13.15.0403/III)**

Voorstel van wet houdende wijziging van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en de Geneesmiddelenwet in verband met de uitvoering van verordening 536/2014 op het gebied van klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik.

*(Er moet worden voorzien in een gedifferentieerd stelsel van maximale boetes)*

#### **Inhoud voorstel**

Met het wetsvoorstel wordt de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en de Geneesmiddelenwet aangepast ter voldoening aan verordening 536/2014.

#### **Adviesopmerking**

Het voorgestelde artikel 33 bevat de sancties die kunnen worden opgelegd bij overtredingen van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO) en de verordening. Met uitzondering van de strafsanctie ingeval sprake is van niet verleende toestemming door de proef-

persoon, wordt voorgesteld een groot deel van de strafrechtelijke sancties te vervangen door bestuursrechtelijke sancties.

De keuze voor het bestuursrechtelijke instrumentarium heeft plaatsgevonden omdat deze sancties op meer effectieve wijze dan via het strafrecht kunnen worden toegepast. Het gaat om bestraffing in een 'besloten context', aldus de toelichting. Verder merkt de toelichting op dat de ingevolge dit wetsvoorstel beboetbare feiten grotendeels een niet-complex karakter hebben, zodat overtredingen relatief eenvoudig kunnen worden vastgesteld.

Overtreding van het verbod om personen te onderwerpen aan medisch-wetenschappelijk onderzoek zonder dat zij of hun vertegenwoordiger(s) daarvoor toestemming hebben gegeven, blijft, gelet op de aard en de ernst van de overtreding van die norm, strafbaar gesteld met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar.

In zoverre handhaving door middel van een bestuurlijke boete wordt voorgesteld betreft het overtredingen die naar aard en ernst uiteenlopen. Behoudens het fundamentele karakter van schending van de norm ingeval onderzoek wordt verricht waarvoor geen medisch-ethische toetsing is verricht of geen toestemming van de proefpersoon is verkregen, gaat het veelal om bepalingen van administratieve aard.

Artikel 33, derde lid, zoals voorgesteld, verleent de minister de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete van ten hoogste € 150.000. Voor de keuze van dit

boetemaximum is, zo blijkt uit de toelichting, aangesloten bij de boetemaxima die in aanpalende wetgeving worden gehanteerd, waarop de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) toezicht houdt, zoals de Geneesmiddelenwet en de Wet op de medische hulpmiddelen. Voorts stelt de toelichting dat aandacht is geschonken aan de aard van de persoon tot wie de boetebepaling is gericht, de mate waarin de overtreder profijt heeft van zijn overtreding, de ernst van de overtreding en het effect van de sanctie, maar dat wordt in meer algemene zin gemotiveerd.

Ten slotte wijst de toelichting er op dat de IGZ heeft geadviseerd om het maximaal op te leggen boetebedrag te stellen op € 150.000 met het oog op consistentie tussen handhabingsbepalingen in verschillende wetten op het terrein van de zorg.

De hoogte van een bestuurlijke boete moet proportioneel zijn aan de aard van de overtreding die wordt beboet. Dit betekent dat de hoogte van de boete moet zijn afgestemd op de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder de deze is begaan.

De toelichting vermeldt twee overtredingen die van ernstige aard kunnen worden geacht, te weten het zonder toestemming van de proefpersoon verrichten van onderzoek en het zonder toestemming van de medisch-ethische commissie verrichten van onderzoek. De overige genoemde overtredingen kennen niet die ernst. Het gaat veelal om overtredingen van administratieve aard.

Wat de eerstgenoemde zware overtreding betreft merkt de Afdeling op dat die strafrechtelijk wordt gehandhaafd.

De sanctie is een gevangenisstraf van een jaar of een boete van de vierde categorie, te weten € 20.250. De bestuurlijke boete strookt daarmee niet. Vervolgens rijst de vraag of alleen de overtreding van het zonder toestemming verrichten van de medisch-ethische commissie verrichten van geneesmiddelenonderzoek de maximale boete van € 150.000 rechtvaardigt.

Voorts is de vraag of de aard en het niet complexe karakter van de feiten alsmede de geringe ernst van de veelal administratieve overtredingen de maximumboete van € 150.000 proportioneel is. Een verwijzing naar het advies van de IGZ daaromtrent is niet toereikend. Evenmin is duidelijk om welke reden een onderscheid tussen overtredingen niet tot een differentiatie in maximale boetetarieven zou kunnen nopen. Daarbij betreft de Afdeling de aard van de persoon die de overtreding verricht alsmede de context waarin deze werkt. Overtreding van de veelal administratieve bepalingen geschiedt door de onderzoeker of de instelling waarvoor hij werkt in de context van het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, zoals de toelichting stelt.

Op grond van het voorgaande adviseert de Afdeling zowel te voorzien in een gedifferentieerd stelsel van maximale boetes als de hoogte van de maximale boete dragend te motiveren en het wetsvoorstel in die zin aan te passen.

### **Wet verbetering functioneren verenigingen van eigenaars (W03.15.0457/II)**

Voorstel van wet tot wijziging van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verbeteren van het functioneren van verenigingen van eigenaars.

*(Zonder adequaat handhavinginstrumentarium is de effectiviteit van het voorstel twijfelachtig)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel strekt tot aanpassing van het appartementsrecht met als doel het functioneren van Verenigingen van eigenaars (VvE's) te verbeteren en verduurzaming van gebouwen die in beheer zijn van VvE's te stimuleren. Daarnaast beoogt het voorstel de mogelijkheden te vergroten voor VvE's om het benodigde onderhoud te verrichten. Om dat te bereiken wordt voorzien in een verplichte minimale jaarlijkse reservering ten behoeve van het reservefonds. Ook wordt verduidelijkt dat het aangaan van leningen door VvE's is toegestaan.

#### **Adviesopmerking**

Het verplicht stellen van een minimale jaarlijkse reservering is erop gericht om wettelijk alle VvE's te verplichten een (voldoende gevuld) reservefonds hebben. De verplichte jaarlijkse reservering kan op twee manieren bepaald worden. Het kan gaan om een bedrag dat is vastgesteld ter

uitvoering van een MJOP of om ten minste 0,5% van de herbouwwaarde van het gebouw. Het MJOP wordt in de praktijk ook nu al gebruikt als grondslag om de hoogte van de jaarlijkse reservering vast te stellen.

De Afdeling wijst erop dat het voorstel geen specifieke regeling tot handhaving van de verplichte minimale reservering bevat. De regering gaat in de toelichting uit van spontane naleving en eventueel handhaving binnen de VvE: 'Wanneer VvE's een lager bedrag reserveren, dan kan het bestuur, een lid van de VvE en in het uiterste geval de gemeente de VvE hierop aanspreken.' De Afdeling merkt op dat ook bij de wetswijziging in 2011 werd uitgegaan van handhaving via de (leden van de) VvE. Sinds die wijziging staan het bestuur, de leden van de VvE en de gemeente al verschillende middelen ter beschikking om de VvE aan te spreken op haar verplichtingen met betrekking tot het reservefonds. Uit het feit dat de regering nu aanvullende maatregelen voorstelt, maakt de Afdeling op dat de naleving van de eerdere wetswijziging kennelijk onvoldoende effect heeft gehad. De toelichting maakt niet duidelijk waarom kan worden verwacht dat deze nieuwe wettelijke verplichting wel zal worden nageleefd, ook door de VvE's die op dit moment nog niet aan de bestaande wettelijke verplichtingen voldoen. De Afdeling adviseert de verwachte effectiviteit van de verplichte minimale vulling van het reservefonds dragend te motiveren en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

### **Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (W04.16.0097/I)**

Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele andere wetten.

*(Het voorgestelde stelsel van toezicht is als geheel niet toereikend)*

#### **Inhoud voorstel**

Met dit wetsvoorstel wil de regering de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv) 2002 vervangen met het oog op de modernisering van de bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de herinrichting van het stelsel van toezicht.

#### **Adviesopmerking**

Bij de beoordeling of een stelsel van toezicht op inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan artikel 13 EVRM voldoet is van belang of dit stelsel als geheel effectief is. Wil een toetsing aan de vereisten van noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit werkelijk inhoud hebben, dan vergt dat van de toezichthoudende instantie(s) niet alleen juridische kennis en vaardigheid maar ook inzicht in en overzicht van het feitelijk handelen van de diensten. De toetsende instantie moet daartoe structureel inzicht hebben in de wijze van werken van de diensten: wat zij kunnen en wat



zij mogen. Dergelijk inzicht kan slechts verworven worden in een langdurige en continue toezichtsrelatie met de diensten. De toezichthouder moet voorts – wil het toezicht in die relatie werkelijk effectief kunnen zijn – volledige inzage hebben in en onbeperkte toegang hebben tot de informatiesystemen van de diensten. Een effectieve toezichthouder zal derhalve over aanzienlijke informatie- en onderzoeksbevoegdheden moeten beschikken.

Effectief toezicht vereist ook dat alle fasen in de werkzaamheden van de diensten afdoende gecontroleerd kunnen worden. Zo moet er niet alleen toezicht zijn op de besluitvorming over de inzet van met name de bijzondere bevoegdheden (de toestemming), maar ook op de feitelijke uitvoering. Dat geldt te meer omdat het toezicht met de toepassing van moderne technologieën complexer en veelomvattender wordt. De verschillende fasen waarin gegevens worden verzameld, geselecteerd en verwerkt zijn in de praktijk nauw met elkaar verweven. Het gaat vaak om een continue proces van verwerving, selectie, analyse en onderzoek van gegevens waarbij de verschillende fasen, afhankelijk van de opbrengsten, steeds opnieuw doorlopen kunnen worden. Dit vraagt om een sterke toezichthouder die zicht heeft op het grote geheel en op de samenhang tussen de verschillende onderdelen van de werkzaamheden van de diensten.

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de toestemming is het derhalve noodzakelijk dat de toezichthouder

voldoende inzicht heeft in de werkwijze van de diensten en de mogelijke effecten daarvan, omdat slechts door kennis te hebben van de concrete uitvoeringspraktijk een op ervaring gebaseerd beoordelingsvermogen opgebouwd kan worden met betrekking tot de potentiële uitwerking van de besluitvorming in de praktijk, waarbij het steeds zal gaan om inschatting van risico's. Bovendien is een sluitend stelsel van toezicht noodzakelijk omdat de Straatsburgse jurisprudentie vereist dat er een vorm van onafhankelijk toezicht is op de wijze waarop de diensten de aan hen verleende machtiging implementeren en of zij blijven binnen de marges van de verleende toestemming, en meer in het algemeen binnen de marges van subsidiariteit en proportionaliteit.

Alles overwegende acht de Afdeling het voorgestelde stelsel van toezicht als geheel niet toereikend. Hoewel de Afdeling onderkent dat met de introductie van voorafgaande toetsing door de TIB tegemoet wordt gekomen aan de voorkeur van het EHRM voor een bindende juridische toetsing vooraf, komt zij tot de conclusie dat hierdoor het stelsel van toezicht op de inzet van de diensten en de wijze waarop zij hun bevoegdheden uitoefenen in het geheel bezien onvoldoende effectief zal zijn. Toetsing door de TIB zal in de praktijk neerkomen op een marginale en abstracte rechtmatigheidsbeoordeling ex ante. Daarbij komt dat het als gevolg van het wetsvoorstel naast elkaar bestaan van de TIB en de CTIVD in verband met de daaruit voortvloeiende afstemmingsproblemen gemakkelijk afbreuk kan doen aan de effectiviteit

van het toezicht. Om deze reden meent de Afdeling dat het wetsvoorstel op dit punt niet in de huidige vorm aan de Tweede Kamer voorgelegd dient te worden.

Het ligt veeleer in de rede om het toezicht bij de CTIVD te concentreren. In tegenstelling tot de TIB beschikt de CTIVD niet alleen over juridische kennis maar heeft zij ook inzicht in en overzicht van het daadwerkelijk handelen van de diensten. Het neerleggen van de toetsing ex ante en ex post bij de CTIVD, met een regeling inzake een verzwaarde plicht tot heroverweging, betekent daarnaast dat het parlement de concrete mogelijkheid heeft om de minister aan de hand van het oordeel van de CTIVD ter verantwoording te roepen over die inzet en uitvoering door de diensten waar twijfel gerezen is over de rechtmatigheid ervan. De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande af te zien van de introductie van de TIB en het voorstel aan te passen.

Mede in het licht van de wenselijkheid om het toezicht in handen te leggen van de CTIVD meent de Afdeling dat de klachtbehandeling niet door de CTIVD zou moeten plaatsvinden. Een klacht over de handelwijze of bejegening door een dienst zal immers het – integrale – toezicht daarop impliceren. Reeds om deze reden dienen toezicht en onafhankelijke klachtbehandeling strikt gescheiden te zijn, opdat zelfs de schijn van partijdigheid wordt vermeden. Gelet daarop adviseert de Afdeling de klachtregeling zoals thans in de Wiv 2002 neergelegd ongewijzigd te laten.



### Doorberekening van kosten van toezicht op BRZO-bedrijven (W12.15.0246/III)

Voorstel van wet tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met de mogelijkheid van doorberekening van kosten van toezicht op BRZO-bedrijven.

*(Toezicht moet ten minste voor een deel uit de algemene middelen worden bekostigd)*

#### Inhoud voorstel

Het wetsvoorstel wijzigt de Arbeidsomstandighedenwet zodat het mogelijk wordt om de kosten van toezicht door te berekenen aan bedrijven waarop het Besluit risico's zware ongevallen 2015 (BRZO 2015) van toepassing is. Het BRZO 2015 betreft de implementatie van de Seveso-richtlijn III.

#### Adviesopmerking

Het rapport *Maat houden 2014* stelt een kader voor de doorberekening van toezichts- en handhavingskosten. Het algemene uitgangspunt in *Maat houden 2014* is dat handhaving van wet- en regelgeving in beginsel uit algemene middelen moet worden betaald omdat deze activiteiten in de regel plaatsvinden ten behoeve van het algemeen belang. Daarop kan een uitzondering worden gemaakt als individuele (rechts)personen of groepen van (rechts)personen de overheid aanwijsbaar noodzakelijk tot meer dan regulier toezicht en handhaving, het beginsel 'de veroorzaker betaalt'. De door te berekenen kosten

dienen in een niet te ver verwijderd verband te staan tot de handhavingsactiviteit. Als voorbeeld van een kostencomponent die in een zo ver verwijderd verband staat tot de handhavingsactiviteit dat doorberekening niet op voorhand in de rede ligt, wordt gewezen op kosten die niet rechtstreeks voortvloeien uit de wettelijke toezichtstaak van de toezichthouder, zoals kosten voor advisering van bewindspersonen.

Uit de toelichting blijkt dat de totale kosten voor het toezicht op de arbeidsomstandigheden in BRZO-bedrijven € 6,3 miljoen bedragen. Hiervan wordt € 5,1 miljoen doorberekend aan de BRZO-bedrijven. De overheid houdt derhalve (vooralsnog) € 1,2 miljoen voor eigen rekening. Blijkens de toelichting vallen onder het bedrag dat de overheid voor eigen rekening houdt kosten om bedrijven en burgers voor te lichten, kosten voor beleidsondersteuning en management en kosten die samenhangen met het geven van deskundige raad door de Inspectie SZW aan de minister van SZW. Dit zijn naar het oordeel van de Afdeling echter geen kosten die in zo'n nauw verband staan tot de wettelijke toezichtstaak van de toezichthouder dat zij als toezichtskosten kunnen worden aangemerkt. Dit betekent dat het bedrag van € 5,1 miljoen dat wel aan de BRZO-bedrijven wordt doorberekend in feite alle toezichtskosten omvat. Er is immers geen sprake meer van financiering van een deel van de toezichtskosten uit algemene middelen. Activiteiten die de overheid onderneemt in het kader van het toezicht zijn in beginsel niet volledig toerekenbaar aan individuele

(rechts)personen of groepen van (rechts)personen die extra toezicht veroorzaken omdat er ook in die situatie een algemeen belang is gediend met het toezicht. Dit uitgangspunt brengt mee dat het toezicht, ten minste voor een deel, uit de algemene middelen moet worden bekostigd. Doorberekening van alle toezichtskosten aan de BRZO-bedrijven acht de Afdeling dan ook problematisch.

Daarnaast wijst de Afdeling op het volgende. De Inspectie SZW houdt toezicht op de naleving van de Arbeidsomstandighedenwet, zowel bij niet-BRZO-bedrijven als bij BRZO-bedrijven. Ziet de Afdeling het goed, dan wordt thans voorgesteld alle kosten voor het toezicht door de Inspectie SZW op het onderdeel arbeidsomstandigheden aan de BRZO-bedrijven door te berekenen en niet enkel de hogere kosten die samenhangen met het extra toezicht op de BRZO-bedrijven. Dit brengt BRZO-bedrijven in een nadeliger positie dan niet-BRZO-bedrijven waarop toezicht in het kader van Arbeidsomstandighedenwet wordt uitgeoefend en dat acht de Afdeling onjuist. Niet-BRZO-bedrijven betalen immers niet voor het toezicht op de arbeidsomstandigheden, terwijl wordt voorgesteld zowel de kosten voor het reguliere toezicht op arbeidsomstandigheden bij BRZO-bedrijven als de hogere kosten die samenhangen met het extra toezicht aan de BRZO-bedrijven door te berekenen. Bovendien wordt in het rapport *Maat houden 2014* opgemerkt dat indien sprake is van handhavingsactiviteiten die uitgaan boven hetgeen normaal is bij personen in vergelijkbare situaties,

het in de rede ligt niet meer door te berekenen dan de extra kosten. De Afdeling adviseert het voorstel op deze punten aan te passen dan wel dragend te motiveren.

### **Wijziging van het Mijnbouwbesluit (W15.16.0275/IV)**

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Mijnbouwbesluit in verband met bepalingen over retributies en afsplitsing van winningsvergunningen en enkele andere bepalingen.

*(Het moet inzichtelijk zijn welke kosten voor het toezicht in welke mate kunnen worden doorberekend)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit bevat bepalingen over retributies die op grond van de Mijnbouwwet verschuldigd zijn voor toelatingsactiviteiten en toezicht op de naleving.

#### **Adviesopmerking**

Het nieuwe artikel 133 Mijnbouwwet, dat de grondslag biedt voor de bepalingen over retributies in het ontwerpbesluit, bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over de vergoeding. De hoogte van de vergoeding (het tarief) kan vervolgens bij ministeriële regeling worden vastgesteld. Het uitsluitend vaststellen van de hoogte van de vergoeding binnen een bij algemene maatregel van bestuur vastgelegde tariefstructuur is te zien als een voorschrift waarvoor de ministeriële regeling het geëigende niveau kan zijn. Enkele vaststelling van de hoogte bij regeling vooronderstelt dan wel dat de grondslag

van de betalingsverplichting (de activiteit of dienst of het product) voldoende concreet bepaald kan worden aan de hand van wetstekst en ontwerpbesluit. Het ontwerpbesluit beperkt zich tot de bepaling dat de vergoeding een vast bedrag is en dat dat bedrag kan verschillen al naargelang de activiteit, de aard van de betrokken actoren en de aard van de betrokken bedrijfsmiddelen. Voor verlening, wijziging en intrekking op aanvraag van vergunning, ontheffing of instemming is dit adequaat. Voor de door te berekenen werkzaamheden van Staatstoezicht op de Mijnen verwijst de wetstekst echter naar de grotendeels zeer algemene taakomschrijving van de inspecteur-generaal der mijnen.

De Afdeling maakt hierover de volgende opmerkingen. Toezicht kan een grote variëteit aan controle-activiteiten omvatten (periodiek, steekproefsgewijs, aangekondigd of niet, ter plaatse of niet, al dan niet met bemonsteren, bemeten, onderzoek). Uit wetsvoorstel en ontwerpbesluit gezamenlijk is niet af te leiden welke kosten van welke activiteiten in rekening gebracht zullen worden. Dit maakt het noodzakelijk om dit op het niveau van de ministeriële regeling te concretiseren. De belangrijkste inhoudelijke keuzes moeten zodoende bij ministeriële regeling worden gemaakt. Daarvoor biedt de delegatiegrondslag echter onvoldoende basis en is de ministeriële regeling ook niet het geëigende niveau.

Ten aanzien van andere taken van de inspecteur-generaal dan het houden van toezicht geldt dat alleen wordt

doorberekend als er een verband is met een aanvraag voor het verlenen, wijzigen of intrekken van een vergunning of toestemming. Daarmee is echter nog niet duidelijk wanneer dat bij een intern advies aan de minister het geval is en hoe de kosten daarvan dan geheel of gedeeltelijk op een vast bedrag worden bepaald. Ook de categorie 'ongevraagd advies' is in dit opzicht te onbepaald waardoor gaandeweg veel ruimer kan worden doorberekend dan voorzien of gebruikelijk. Ook voor gevraagd advies, het verrichten van onderzoek en het toetsen van risico-beoordelingen bieden wetstekst en ontwerpbesluit in dit opzicht onvoldoende houvast.

De Afdeling merkt ten slotte op dat in lijn met het kabinetsbeleid inzake doorberekening van kosten inzichtelijk moet kunnen worden gemaakt welke kosten in welke mate worden doorberekend en welke afwegingen daarbij zijn gemaakt. De concretisering en de verantwoording daarvan in de toelichting zijn dan ook eveneens in dat verband van belang. De Afdeling adviseert concrete activiteiten waarvoor een vergoeding zal worden gevraagd en maatstaven voor het bepalen van de hoogte van de tarieven op zodanige wijze op te nemen in het ontwerpbesluit dat bij regeling kan worden volstaan met enkel de vaststelling van de hoogte van de tarieven. De Afdeling adviseert de daarbij gemaakte keuzes met betrekking tot welke kosten in welke mate worden doorberekend in de toelichting te verantwoorden.

Interbestuurlijke verhoudingen

3

### 3.1 Decentrale overheden

#### Vierde periodieke beschouwing interbestuurlijke verhoudingen (W04.15.0367)

##### *(De decentralisatieoperaties vragen een herbezinning op de verhouding tussen het Rijk en de decentrale overheden)*

###### **Inhoud voorstel**

De regering, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW) hebben op grond van artikel 10 van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen (Code IBV) de Afdeling gevraagd een vierde beschouwing op te stellen over de staat van de interbestuurlijke verhoudingen in het licht van de regelgeving waarover de Afdeling in de daaraan voorafgaande periode heeft geadviseerd.

###### **Adviesopmerking**

In de achterliggende periode heeft een ingrijpende herschikking plaatsgevonden tussen rijk, provincies en gemeenten. De decentralisatie in het sociale domein stond daarbij het meest in de belangstelling, ook omdat die in het fysieke domein op een later tijdstip haar volledig beslag krijgt. Er zijn daarnaast ook verschuivingen met een centraliserend accent opgetreden. Hoewel over deze herverdeling van taken en bevoegdheden eerder een Bestuursakkoord is gesloten, is hierover tijdens de kabinets-

formatie in 2012 eenzijdig besloten. Ook het financieel kader waarbinnen de overdracht plaats vond, werd tijdens de kabinetsformatie bepaald.

De transitie in het sociale domein – de realisatie van de overgang van taken, bevoegdheden en middelen – is door grote inzet van alle betrokkenen zonder al te veel problemen verlopen, maar de transformatie is nog maar net begonnen. Hierbij wordt bedoeld op de overgang naar een nieuw stelsel dat uitgaat van een andere verhouding tussen overheid en burger. Deze paradigmawisseling zou tevens door moeten werken in een veranderende houding van burgers ten opzichte van elkaar. De transitie in het fysieke domein kent eveneens een paradigmawisseling: van bescherming door een werende houding naar een aanpak met ruimte voor verandering en ontwikkeling vanuit een continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving. De praktijkervaringen met de transformatie in het sociale domein zijn nog beperkt. Die in het fysieke domein zullen zich eerst meer betekenisvol voordoen nadat de Omgevingswet zal zijn ingevoerd.

De nagestreefde veranderingen zijn bovendien dermate ingrijpend dat zij tijd nodig hebben om verwezenlijkt te kunnen worden. Dit vraagt rolvastheid van alle betrokkenen en terughoudendheid bij het zich voordoen van nieuwe en/of onverwachte ontwikkelingen. Dit laatste is vooral van belang, omdat enerzijds door de decentralisaties

weliswaar verantwoordelijkheden en bevoegdheden zijn verschoven, maar er nog steeds sprake is van overheveling in medebewind. Hierdoor houdt het rijk een eigen verantwoordelijkheid die echter gegeven de vormgeving van de decentralisatie op een andere manier invulling moet krijgen dan voor die tijd. De wederzijdse afhankelijkheden zijn groter geworden. De doorontwikkeling van de interbestuurlijke verhoudingen is daarom van wezenlijk belang voor het kunnen behalen van de doelstellingen die met de decentralisaties zijn beoogd.

De Afdeling heeft met dit advies de verdere consequenties in kaart willen brengen die aan de omvangrijke decentralisaties waar het hier over gaat, zijn verbonden. Die hebben niet alleen betrekking op de beleidsinhoudelijke veranderingen, maar ook op het functioneren van de overheid/overheden. Daarom is in dit advies uitgebreid stilgestaan bij de betekenis en operationalisering van het begrip ‘stelselverantwoordelijkheid’ met inbegrip van het toezicht en de rechtsbescherming, de implicaties van veelal noodzakelijke regionale samenwerking voor de democratische legitimatie van de te nemen besluiten en de ontwikkeling van de financiële verhoudingen. Hieruit blijkt dat er nog veel werk moet worden verzet voordat men kan zeggen dat na de administratieve en organisatorische overgang ook de inhoudelijke doelstellingen zijn waargemaakt. Bovendien staan deze gevolgen niet op zichzelf, maar zijn zij met elkaar verbonden. Er is een

samenhangende aanpak nodig vanuit een gedeelde verantwoordelijkheid van de betrokken overheden voor het geheel. Daarom is de titel van dit advies een gedeelde en gemeenschappelijke uitnodiging en een opdracht: En nu verder!

Om hierbij behulpzaam te zijn doet de Afdeling in het advies verder een aantal aanbevelingen.

### **Voorstel voor afschaffing van de kieskringen (W04.15.0223/I)**

Voorstel van wet van het lid Klein tot wijziging van de Kieswet en de Wet raadgevend referendum houdende afschaffing van de kieskringen.

*(De gemeenten zouden moeten worden geconsulteerd nu het voorstel gevolgen voor ze heeft)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel beoogt de kieskringen af te schaffen in de Kieswet en de Wet raadgevend referendum. Aanleiding hiervoor is het gegeven dat blijkt dat politieke partijen niet langer met regionaal verschillende lijsten uitkomen en dat kieskringen het kiesstelsel ingewikkeld maken. Dit heeft een negatief effect op de transparantie van de toedeling van zetels.

#### **Adviesopmerking**

Nu het voorstel gevolgen heeft voor de wijze waarop verkiezingen georganiseerd moeten worden, acht de Afdeling het wenselijk dat de Kiesraad, de VNG en de bestuurscolleges van de BES die belast zijn met de uitvoering van de verkiezingen, geconsulteerd worden. Uit de toelichting blijkt niet of deze consultatie heeft plaatsgevonden. Weliswaar wordt verwezen naar een publicatie van de Kiesraad over dit onderwerp, maar deze vermeldt uitdrukkelijk dat de conclusies hieruit voor rekening zijn van de auteur en dat de Kiesraad hier niet noodzakelijkerwijs mee instemt.

Indien reeds overleg heeft plaatsgevonden, adviseert de Afdeling de hoofdlijnen hiervan in de toelichting op te nemen. Indien dit overleg niet heeft plaatsgevonden, adviseert de Afdeling alsnog de Kiesraad, de VNG en de bestuurscolleges van de BES te consulteren over het voorstel. Mocht het voorstel naar aanleiding van dit overleg ingrijpend worden gewijzigd, dan gaat de Afdeling ervan uit dat het voorstel opnieuw aan haar ter advisering wordt voorgelegd.

### **Wet harmonisatie kinderopvang en peuterspeelzaalwerk (W12.16.0134/III)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen en enkele andere wetten in verband met de harmonisatie van de regelgeving met betrekking tot kindercentra en peuterspeelzalen.

*(Gemeenten moeten beschikken over voldoende mogelijkheden om een effectief en integraal beleid ten aanzien van peuters te kunnen voeren)*

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel regelt dat peuterspeelzaalwerk en kinderopvang worden geharmoniseerd en dat peuterspeelzaalwerk voortaan valt onder de definitie van kinderopvang. Daardoor komt peuterspeelzaalwerk als zelfstandige categorie in de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen te vervallen en zal de kortdurende opvang net als dagopvang in een kindercentrum worden aangeboden. Tevens leidt het voorstel tot het opheffen van de verschillen in de financieringsstructuur van het peuterspeelzaalwerk en de kinderopvang.

#### **Adviesopmerking**

Gemeenten spelen, zeker sinds de decentralisatie van de jeugdhulp, een centrale rol op het terrein van jeugdbeleid. De voorschoolse educatie in het kader van het onderwijsachterstandenbeleid is een wettelijke taak van gemeenten. Het college van burgemeester en wethouders ziet er in dit kader onder meer op toe dat binnen een gemeente afspraken worden gemaakt over onder meer de organisatie van een doorlopende leerlijn tussen voorschoolse en vroegschoolse educatie. Gemeenten blijven, ook na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, aan zet om (kortdurend) voorschools aanbod te organiseren voor alle kinderen van ouders zonder recht op kinderopvangtoeslag.

Tevens zijn gemeenten in het kader van de Jeugdwet onder meer verantwoordelijk voor de vroege signalering van en vroege interventie bij opgroei- en opvoedingsproblemen en eveneens verantwoordelijk voor het versterken van het opvoedkundige klimaat in onder meer scholen, kinderopvang en peuterspeelzalen en wordt in het kader van het jeugdbeleid effectief samengewerkt met het onderwijs. Gemeenten behouden alle voornoemde taken na inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Het is daarom van belang dat gemeenten voldoende sturingsmogelijkheden hebben om een integraal jeugdbeleid te kunnen voeren. Alleen dan kan bijvoorbeeld een doorgaande ontwikkelingslijn naar de basisschool worden bewerkstelligd. Gemeenten moeten derhalve beschikken over voldoende informatie en mogelijkheden tot interventie in het jeugddomein om hun verantwoordelijkheden waar te kunnen maken.

Binnen het sociaal domein hebben belangrijke decentralisaties plaatsgevonden, onder andere op het terrein van jeugdzorg. Om het beoogde integraal (jeugd)beleid te kunnen voeren is het noodzakelijk dat gemeenten beschikken over een goede gemeentelijke pedagogische infrastructuur waarin voldoende mogelijkheden bestaan om verbindingen te leggen met de rest van het sociale domein en het onderwijs. De Afdeling beziet het voorstel mede tegen de achtergrond van deze decentralisatie.

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, is redelijkerwijs te verwachten dat het vervallen van de peuterspeelzaalmo-

lijkheid als zelfstandige voorschoolse voorziening er in de praktijk toe zal leiden dat gemeenten plaatsen voor kortdurende opvang en plaatsen voor voorschoolse educatie zullen inkopen bij een (commercieel) kindercentrum. Gemeenten zullen hun voorschoolse jeugdbeleid derhalve via dit kindercentrum voeren. Momenteel ligt de focus van kindercentra op het opvangen van kinderen van werkende ouders en het vergemakkelijken van de combinatie van betaalde arbeid en zorg. Kindercentra zullen zich na inwerkingtreding van het voorstel ook moeten richten op de doelen die ten grondslag liggen aan kortdurende opvang (spelend leren gericht op socialisatie voor een beperkt aantal uren per week) en voorschoolse educatie (het bestrijden van onderwijsachterstanden).

In dit verband is van belang dat met name het leveren van maatwerk in het kader van het onderwijsachterstandenbeleid (voorschoolse educatie) lastiger kan worden voor gemeenten. Gemeenten kunnen in de huidige situatie kindplaatsen realiseren via het peuterspeelzaalwerk, maar in de nieuwe situatie zijn zij afhankelijk van de bereidheid tot medewerking van de exploitant van een kindercentrum. Dit leidt ertoe dat de onderhandelingsmacht van een gemeente zwakker wordt.

Ook de VNG heeft er in reactie op onderhavig wetsvoorstel op gewezen dat het wetsvoorstel de sturingsruimte en mogelijkheden tot maatwerk van gemeenten beperkt en zodoende strijdig is met de decentralisaties in het sociaal domein.

Dat steeds meer gemeenten nu al kiezen voor het harmoniseren van kinderopvang en peuterspeelzaalwerk, vormt op zichzelf onvoldoende reden om gemeenten daartoe te verplichten. In de huidige situatie kunnen gemeenten zelf afwegen in hoeverre de peuterspeelzaal als zelfstandige voorziening van toegevoegde waarde is en zelfstandig beslissen of die voorziening al dan niet geïntegreerd wordt met de kinderopvang. Ook zijn gemeenten in die situatie minder afhankelijk van marktpartijen voor het vervullen van hun taken. Door het voorstel wordt de eigen beslisruimte voor gemeenten, die in het kader van de decentralisatie in het sociaal domein door de wetgever bewust is gecreëerd, beperkt.

#### **Voorstel verplichten van beschut werk (W12.16.0278/III)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Participatiewet en enkele andere wetten in verband met het verplichten van beschut werk en met betrekking tot het quotum van arbeidsbeperkten.

*(De noodzaak om eenzijdig in te grijpen in de gemeentelijke praktijk en daarmee inbreuk te maken op de uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein is niet aangetoond)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel voorziet in de invoering in de Participatiewet van een verplichting voor gemeenten tot het aanbieden

van een voorziening beschut werken, waarbij in een dienstbetrekking in een beschutte omgeving onder aangepaste omstandigheden werkzaamheden worden verricht. Verder maakt het voorstel toegang tot het doelgroepregister van de banenafpraak ook mogelijk wanneer slechts met een gevalideerde loonwaardemeting op de werkplek is vastgesteld dat iemand niet het wettelijk minimumloon (WML) kan verdienen; het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) hoeft dan geen loonwaardemeting meer uit te voeren (de 'Praktijkroute').

#### **Adviesopmerking**

Een van de uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein is dat de beleidskeuzes bij de uitvoering van de gedecentraliseerde taken in belangrijke mate aan gemeenten zelf wordt overgelaten. Dit nieuwe stelsel is recent in werking getreden. Hiermee worden thans de eerste ervaringen opgedaan. Decentralisatie impliceert onder andere dat de praktijk een kans moet worden gegeven en dat niet bij problemen of een incident onmiddellijk nieuwe wetgeving wordt geëntameerd. Dit vergt terughoudendheid, rolvastheid en zelfbeheersing van de wetgever. Stelselverantwoordelijkheid mag daarbij geen alibi zijn voor de centrale overheid om eenzijdig en in strijd met de bedoeling van de decentralisaties in te grijpen in de uitoefening van gedecentraliseerde bevoegdheden. Aanspreekbaarheid voor het stelsel als geheel kan wél betekenen dat de rijksoverheid in overleg treedt met andere overheden. Indien zich problemen voordoen, ligt

het voor de hand om eerst te bezien hoe deze binnen de kaders van de wet kunnen worden opgelost en wie voor het nemen van de daarop gerichte maatregelen de verantwoordelijkheid draagt. Pas in laatste instantie kan de vraag aan de orde komen of een wijziging van het wettelijk stelsel aangewezen is.

Daarbij komt het volgende. Zoals ook uit het onderzoek van de Inspectie SZW blijkt, hebben gemeenten voor deze kwetsbare groepen voorzieningen beschikbaar gesteld. Deze voorzieningen zijn evenwel vaak anders vormgegeven dan de voorziening beschut werk, bijvoorbeeld als voorziening dagbesteding via de Wmo 2015. Gemeenten hebben in lijn met de uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein gezocht naar geschikte oplossingen om deze kwetsbare groepen adequate voorzieningen te bieden, waarbij ook over de schotten van de Participatiewet en de Wmo 2015 heen is gekeken.

De toelichting stelt dat de regering de afweging heeft gemaakt tussen enerzijds het inperken van de beleidsvrijheid van gemeenten om zelf te bepalen hoeveel beschutte werkplekken zij aanbieden en anderzijds de gevoelde verantwoordelijkheid om mensen die alleen onder beschutte omstandigheden kunnen werken die kans te geven om te participeren op de arbeidsmarkt. Het onderzoek van de Inspectie SZW laat voor de regering de balans doorslaan naar de kans voor deze mensen om te participeren op de arbeidsmarkt. Daarmee wordt evenwel

niet duidelijk waarom het onaanvaardbaar wordt geacht dat gemeenten, gebruikmakend van de verschillende instrumenten en voorzieningen die zij beschikbaar hebben, slechts in beperkte mate kiezen voor de voorziening beschut werk, en in plaats daarvan alternatieve voorzieningen aanbieden, terwijl zij daarmee handelen in overeenstemming met de uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein. Met het voorstel, dat voorschrijft dat aan een bepaalde groep een voorziening beschut werk moet worden aangeboden, wordt immers inbreuk gemaakt op de beleidsvrijheid van gemeenten, die erop is gericht dat gemeenten zelf beoordelen welke voorziening in welke situatie het meest aangewezen is, mede met het oog op een zo doelmatig mogelijke aanwending van budgetten.

Tot slot wijst de Afdeling erop dat uit de toelichting weliswaar blijkt dat in de financiering rekening is gehouden met de kosten van beschut werken, maar dat niet blijkt dat hiermee de kosten die gemeenten gelet op de voorgestelde verplichting onvermijdelijk zullen moeten maken, volledig worden gedekt. De Afdeling adviseert hierin, mede gelet op artikel 2 van de Financiële-verhoudingswet, alsnog te voorzien. Gelet op het vorenstaande is de Afdeling niet overtuigd van de noodzaak om eenzijdig in te grijpen in de gemeentelijke praktijk en daarmee inbreuk te maken op de uitgangspunten van de decentralisaties in het sociale domein.



## **Invoering van heffen rioolheffing en afvalstoffenheffing van de gebruiker (W04.16.0288/I)**

Voorstel van wet van het lid Veldman tot wijziging van de Gemeentewet en de Wet milieubeheer houdende invoering van het heffen van de rioolheffing en de afvalstoffenheffing van de gebruiker.

*(De noodzaak van de beperking van de gemeentelijke autonomie is niet aangetoond)*

### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel houdt in dat gemeenten verplicht worden de tarieven voor de rioolheffing en de afvalstoffenheffing zo vast te stellen dat zij de kosten voor het verwerken van afvalwater, hemelwater en afvalstoffen voor minimaal 80% dekken. Voorts worden de gemeenten verplicht de rioolheffing uitsluitend op te leggen aan de gebruikers van onroerende zaken, zoals nu al het geval is bij de afvalstoffenheffing. De rioolheffing kan nu worden opgelegd aan de eigenaar, aan de gebruiker of aan beide.

### **Adviesopmerking**

Het voorstel perkt de gemeentelijke vrijheid bij belastingheffing in. Gemeentebesturen hebben op dit punt een grote mate van autonomie. De bevoegdheid tot belastingheffing wordt uitgeoefend door of met toestemming van het democratisch gelegitimeerde orgaan op gemeentelijk niveau, de gemeenteraad. De autonomie van gemeenten vindt zijn neerslag in artikel 124, eerste lid, van de Grond-

wet: voor (provincies en) gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten. De autonomie van gemeentebesturen wordt beperkt doordat van hen regeling en bestuur kunnen worden gevorderd. Het hoort echter bij uitstek tot de gemeentelijke autonomie om keuzes te maken over lastendruk, gemeentelijke uitgaven en financiële instandhouding, en daarmee over lokale heffingen.

De wetgeving geeft aan dat uitgangspunt dan ook uitwerking. Gemeenten hebben de bevoegdheid belastingen te heffen en daarbij zelf te bepalen hoe hoog de tarieven zijn, hoe de tarieven worden gedifferentieerd en zelfs om van de oplegging van een bepaalde belasting af te zien. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de rioolheffing dat de gemeentebesturen vrij zijn in het kiezen van de maatstaf: zij kunnen een tarief hanteren van een vast bedrag per aansluiting, dan wel een progressief, degressief of proportioneel tarief per afgevoerde kubieke meter afvalwater, maar ook is het mogelijk om de hoogte van de heffing te laten variëren al naar gelang het afvalwater ernstiger is vervuild.

Met een beroep op het beginsel 'de vervuiler betaalt' brengt het initiatiefwetsvoorstel een beperking aan op de vrijheid die thans aan gemeentebesturen toekomt op het gebied van belastingheffing. Deze beperking van de gemeentelijke autonomie behoeft een toereikende motivering, waarbij het belang dat is gemoeid met de inbreuk wordt afgewogen tegen de waarde van de

gemeentelijke autonomie. Hierbij dient de wetgever zorgvuldig na te gaan of wettelijk ingrijpen noodzakelijk is. De Afdeling wijst er in dit verband op dat het heffen van rioolbelasting en afvalstoffenheffing onderdeel vormt van een samenhangend financieel en milieubeleid dat gemeenten voeren. Daarbij wordt de inzet van verschillende beleidsinstrumenten (waaronder rioolbelasting en afvalstoffenheffing) tegen elkaar afgewogen met inachtneming van alle lokale omstandigheden. In de toelichting ontbreekt een afweging tussen het beginsel 'de vervuiler betaalt' en de gevolgen die dat heeft voor de gemeentelijke autonomie op de genoemde beleidsterreinen.

Op het punt van de kostendekkendheid merkt de Afdeling het volgende op. In de toelichting wordt opgemerkt dat de verplichting om de heffingen kostendekkend te maken gevolgen heeft voor zes gemeenten. In alle andere gemeenten dekt de heffing ten minste 80% van de kosten. De praktische gevolgen van het wetsvoorstel zullen op het punt van de kostendekkendheid dan ook beperkt zijn: de rioolheffing dekt gemiddeld 98,3% van de kosten, terwijl de afvalstoffenheffing gemiddeld 97,3% van de kosten dekt. Overigens wijst de Afdeling erop dat de toepassing van het beginsel 'de vervuiler betaalt' zijn beperkingen heeft waar het de afvoer van hemelwater en het beheer van grondwater betreft. Hoewel de gebruiker hierbij belang heeft, heeft hij hierop nauwelijks invloed. Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling de noodzaak van het voorstel nader te bezien.



### 3.2 BES-eilanden en andere landen in het Koninkrijk

#### Voorlichting over initiatiefrecht voorstellen van Rijkswet (W01.16.0217/I)

Verzoek om voorlichting betreffende het amendement van het lid Bikker c.s. over het toekennen van de bevoegdheid aan Statenleden van Aruba, Curaçao en Sint Maarten om een voordracht tot een voorstel van Rijkswet te kunnen doen.

#### *(Toekenning van een initiatiefrecht aan individuele Statenleden ligt niet voor de hand)*

##### **Inhoud voorstel**

De Tweede Kamer heeft op 7 juli 2016 besloten voorlichting te vragen aan de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk over het toekennen van de bevoegdheid aan leden van de Staten van Aruba, Curaçao en Sint Maarten om een voordracht tot een voorstel van Rijkswet te kunnen doen – kortweg: over een recht van initiatief voor Statenleden.

##### **Adviesopmerking**

Bij de behandeling van een voorstel tot wijziging van het Statuut in de Tweede Kamer heeft de bijzondere gedelegeerde van Aruba, Bikker (een Statenlid, afgevaardigd door de Staten van Aruba), een amendement ingediend. Daarin werd aan leden van de Staten van Aruba, Curaçao en Sint

Maarten het recht toegekend om aan de Tweede Kamer een voordracht voor een voorstel van rijkswet te doen. Kort gezegd betekent dit dat Statenleden een recht van initiatief krijgen. De meerderheid van de Tweede Kamer was van oordeel dat het amendement te weinig verband hield met het onderwerp van het wetsvoorstel. Daarop heeft Bikker zijn amendement ingetrokken. In plaats daarvan stelde hij voor om voorlichting te vragen aan de Afdeling over het onderwerp van zijn amendement.

De voorzitter van de Tweede Kamer heeft daarop de volgende vraag aan de Afdeling voorgelegd:

*Hoe beoordeelt de Raad van State strekking en inhoud van het amendement-Bikker met als primaire invalshoek de vraag of het amendement past in het staatkundige bestel van het Koninkrijk, waarvan de contouren zijn opgenomen in het Statuut voor het Koninkrijk?*

De Afdeling gaat in de voorlichting in op de inhoud en strekking van het amendement-Bikker, op de structuur en de organen van het Koninkrijk en op de bestaande wetgevingsprocedure.

Vanuit het perspectief van alleen het parlementaire recht kan toekenning van het recht van initiatief worden beschouwd als een logische aanvulling op de rechten die op grond van het Statuut al aan de Statenleden (als bijzondere gedelegeerden) zijn toegekend. Een beoorde-

ling alleen vanuit het parlementaire recht is echter niet toereikend. Als het Statuut zou worden gewijzigd zoals Bikker voorstelt, zou een betekenisvolle stap gezet worden in de richting van een Koninkrijksparlement.

Gelet op de verschillende opvattingen die er bestaan over de wenselijkheid van een Koninkrijksparlement zal het niet gemakkelijk zijn om tot veranderingen van het bestaande stelsel te komen zonder dat overeenstemming bestaat over het stelsel dat op de langere termijn beoogd wordt. Dat geldt ook voor Statuutswijzigingen die op het eerste gezicht wellicht voor de hand lijken te liggen, zoals het amendement-Bikker. Zij kunnen op verschillende manieren worden benaderd. Zo kan het amendement aan de ene kant worden beschouwd als een voorstel dat leidt tot een verkleining van het democratisch tekort. Aan de andere kant kan het amendement worden gezien als een – mede gelet op de zeer ongelijke bevolkingsomvang – onevenredige vertegenwoordiging van de burgers van de landen overzee in het wetgevende orgaan van het Koninkrijk.

Het bovenstaande afwegende concludeert de Afdeling dat zij over de voorstellen uit het amendement-Bikker niet positief kan adviseren en dat deze daarom niet zouden moeten leiden tot een voorstel tot wijziging van het Statuut.

De Afdeling wijst erop dat er binnen de kaders van het Statuut wel andere mogelijkheden zijn om de parlementaire bevoegdheden te versterken. Een mogelijk alternatief

zou kunnen zijn dat aan de Staten als geheel van Aruba, Curaçao en Sint Maarten het initiatiefrecht toegekend wordt. Zo'n alternatief zou beter passen in het systeem van het Statuut. Toekenning van het initiatiefrecht aan de Staten zou bovendien een erkenning vormen van het feit dat het initiatiefrecht een typisch parlementaire bevoegdheid is, aldus de Afdeling.

### **Wijziging van de Wet havenstaatcontrole (W14.15.0360/IV)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet havenstaatcontrole met betrekking tot toezicht aan boord van schepen onder buitenlandse vlag in havens in Bonaire, Sint Eustatius of Saba.

### ***(De wenselijkheid van het creëren van een eigen regime voor havenstaatscontrole op de BES-eilanden is bezwaarlijk)***

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel bestaat in hoofdzaak uit twee onderdelen: Enerzijds voorziet het wetsvoorstel erin dat de regels over havenstaatcontrole voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden) worden 'overgeheveld' van de Schepenwet naar de Wet havenstaatcontrole. Anderzijds voorziet het wetsvoorstel in de opname van een bevoegdheid voor de Inspectie Leefomgeving en Transport (hierna: ILT) in de Wet havenstaatcontrole om, naast de verplichte inspecties op grond van de richtlijn 2009/16/EG betreffende havenstaatcontrole, ook controles te kunnen uitvoeren in de havens van Europees Nederland.

#### **Adviesopmerking**

De Afdeling merkt op dat, anders dan de toelichting suggereert, niet louter sprake is van een 'overheveling' van de regels over havenstaatcontrole van de Schepenwet naar de Wet havenstaatcontrole, omdat de normstelling voor havenstaatcontrole in de BES-eilanden als gevolg van het wetsvoorstel ook inhoudelijk verandert. In feite ontstaat door het wetsvoorstel een nieuw regime voor havenstaatcontrole op de BES-eilanden. Het wetsvoorstel wijst de verdragen aan die op de BES-eilanden kunnen worden gecontroleerd. Een aantal van deze verdragen, zoals het Maritiem Arbeidsverdrag, geldt thans niet voor de BES-eilanden. Door deze verdragen in het wetsvoorstel aan te wijzen, wordt kennelijk medegelding van deze verdragen op de BES-eilanden beoogd. In het geval van het Maritiem Arbeidsverdrag is bij de goedkeuring van dat verdrag besloten om na de staatkundige hervorming te bezien of medegelding voor de BES-wenselijk is. Daarbij zou onder meer een rol spelen of, en in hoeverre, de BES-eilanden op termijn een vlagregister kunnen of zullen hebben. Uit de toelichting blijkt niet dat deze aspecten inmiddels zijn bezien, of dat medegelding formeel is geregeld, terwijl wel voorgesteld wordt over te gaan tot handhaving van onder andere dat verdrag.

Hieraan kleven de volgende bezwaren:

- 1 Thans bestaan er materieel twee regimes voor havenstaatcontrole binnen het Koninkrijk: één voor de landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten en de

BES-eilanden en één voor Europees Nederland. De 'overheveling' leidt ertoe dat er, in ieder geval gedeeltelijk, materieel drie verschillende regimes ontstaan: één voor de landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten (havenstaatcontrole aan de hand van verdragen genoemd in het Schepenbesluit), één voor de BES-eilanden (havenstaatcontrole aan de hand van de verdragen genoemd in de Wet havenstaatcontrole en het Besluit aanwijzing verdragen Wet havenstaatcontrole, en twee 'Caribische codes') en één voor Europees Nederland (havenstaatcontrole aan de hand van de verdragen genoemd in de Wet havenstaatscontrole en het Besluit aanwijzing verdragen Wet havenstaatcontrole). Het voor Europees Nederland geldende regime wordt daarbij in hoofdzaak voorgeschreven door een Europese richtlijn die niet geldt voor de BES-eilanden. Dergelijke gelding wordt ook niet beoogd. Deze driedeling van regimes ligt vanuit het oogpunt van de beoogde eenheid van regelgeving derhalve niet voor de hand.

- 2 Daarbij komt dat deze driedeling ook om praktische redenen niet wenselijk is. Het regime voor havenstaatcontrole voor de BES-eilanden en de Caribische landen gaat hierdoor uit elkaar lopen, terwijl aannemelijk is dat scheepvaartverkeer juist eerder zal plaatsvinden tussen de BES-eilanden en de Caribische landen dan tussen de BES-eilanden en Europees Nederland. Het is niet uitgesloten dat door het uiteenlopen van de regimes voor de BES-eilanden en de Caribische

landen zich praktische problemen voordoen. Hiervan wordt in de toelichting echter geen rekenschap gegeven.

- 3 Ten slotte brengt de ‘overheveling’ inhoudelijke wijzigingen mee voor de BES-eilanden, hetgeen een taakverzwarende taak kan inhouden die vanuit het oogpunt van legislatieve terughoudendheid niet wenselijk is. In de toelichting wordt van een mogelijke taakverzwarende taak als gevolg van het voorstel geen gewag gemaakt. In het licht van de legislatieve terughoudendheid dient hierop wel ingegaan te worden.

Gelet op het voorgaande ligt het meer in de rede om te volstaan met wijziging van het Schepenbesluit teneinde het in de toelichting geconstateerde handhavingsprobleem met betrekking tot het Verdrag inzake de normen voor zeevarenden inzake opleiding, diplomering en wachtdienst op te lossen. De Afdeling adviseert de voorgestelde ‘overheveling’ alsnog dragend te motiveren in het licht van de bovengenoemde bezwaren of hiervan af te zien.

#### **Wet scheepsuitrusting 2016 (W14.15.0389/IV)**

Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de productie, de conformiteitsbeoordeling en het plaatsen aan boord van scheepsuitrusting.

*(De toepasselijkheid van het voorstel op schepen die geregistreerd zijn in het Caribisch deel van het Koninkrijk moet worden verduidelijkt)*

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan de Richtlijn 2014/90/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 inzake uitrusting van zeeschepen en tot intrekking van richtlijn 96/98/EG van de Raad (richtlijn Scheepsuitrusting 2014).

#### **Adviesopmerking**

In het wetsvoorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen een ‘Europees schip’ en een ‘Nederlands schip’. Onder een ‘Europees schip’ wordt in het voorstel verstaan een schip dat onder de vlag van een lidstaat van de Europese Unie vaart en waarop de in de richtlijn Scheepsuitrusting 2014 genoemde verdragen van toepassing zijn. Een ‘Nederlands schip’ wordt omschreven als een schip dat op grond van de voor Nederland geldende rechtsregels – in onderscheid van de Caribische landen van het Koninkrijk – gerechtigd is de vlag van het Koninkrijk te voeren en waarvoor de verdragen voorschrijven dat de aan boord te plaatsen scheepsuitrusting overeenkomstig de verdragen is goedgekeurd. Volgens de toelichting is dit onderscheid nodig omdat de richtlijn Scheepsuitrusting 2014 mede verplichtingen bevat voor de autoriteiten van de vlaggenstaat. In die gevallen richt de verplichting zich alleen tot een schip dat op basis van het Nederlandse recht de vlag van het Koninkrijk voert, aldus de toelichting. Met deze formulering is beoogd schepen die op basis van Caribische regelgeving de vlag van het Koninkrijk voeren uit te sluiten van het toepassingsbereik van het voorstel.

In zijn Statuut heeft het Koninkrijk gekozen voor een systeem van één nationaliteit en één vlag voor alle zeeschepen die binnen het Koninkrijk zijn geregistreerd. Voorts is het Koninkrijk in zijn geheel partij bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Schepen die zijn geregistreerd waar dan ook binnen het Koninkrijk voeren derhalve de vlag van een lidstaat van de Europese Unie en zijn daarmee aan te merken als een ‘Europees schip’ zoals bedoeld in de richtlijn Scheepsuitrusting 2014. In verband met hun status als landen en gebieden overzee (hierna: LGO), vallen de landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba evenwel niet volledig onder de werking van de EU-verdragen. Het Unierecht (Verdragen en secundair recht, zoals richtlijnen en verordeningen) is immers zonder uitdrukkelijke verwijzing niet van toepassing in de LGO. Het geografische toepassingsbereik van het Unierecht is beperkt tot het Europese grondgebied van de lidstaten alsmede het grondgebied dat als ultra-perifeer gebied (UPG) is aangemerkt. Zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt, volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat het Koninkrijk ingevolge het VWEU de ruimte heeft om de toepassing van richtlijnen en verordeningen op het gebied van veiligheid en navigatie voor zeeschepen te beperken tot schepen die de vlag van het Koninkrijk voeren en aan de scheepvaart deelnemen in Europese wateren die onder de jurisdictie van de EU-lidstaten vallen.

Uit het voorgaande volgt – en in de toelichting wordt ook onderkend – dat een schip dat geregistreerd is in het Caribisch deel van het Koninkrijk en op basis daarvan de vlag van het Koninkrijk voert – en daarmee een ‘Europees schip’ is – kan worden uitgesloten van het toepassingsbereik van de richtlijn Scheepsuitrusting 2014. Dat is echter niet in alle gevallen mogelijk. Voor zover een dergelijk schip deelneemt aan de scheepvaart in Europese wateren die onder de jurisdictie van de Europese lidstaten vallen, valt het immers binnen de reikwijdte van de richtlijn Scheepsuitrusting 2014 en van het onderhavige voorstel. In dat geval dient dan ook scheepsuitrusting die op of na de dag van inwerkingtreding van het wetsvoorstel aan boord wordt geplaatst te voldoen aan de vereisten neergelegd in de richtlijn Scheepsuitrusting 2014. De Afdeling adviseert de toelichting aan te passen voor wat betreft de toepasselijkheid van het voorstel op schepen die geregistreerd zijn in het Caribisch deel van het Koninkrijk en op basis daarvan de vlag van het Koninkrijk voeren en zo nodig het voorstel aan te passen.

Voorts merkt de Afdeling op dat de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba deel uitmaken van Nederland. Zij hebben geen eigen scheepsregister. Schepen die feitelijk afkomstig zijn van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en die op grond van Nederlandse regelgeving de vlag van het Koninkrijk voeren, vallen wel onder de definitie van ‘Nederlands schip’ in het voorstel. Uit de toelichting kan niet worden afgeleid dat dit met

het voorstel is beoogd. Gelet op de LGO-status van Bonaire, Sint Eustatius en Saba dwingt het Unierecht in ieder geval niet tot deze situatie. De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de betekenis van het voorstel voor schepen afkomstig van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het voorstel zo nodig aan te passen.

### **Verdrag met Zambia om dubbele belasting te vermijden (W06.16.0095/III)**

Voorstel van wet houdende goedkeuring van het op 15 juli 2015 te Addis Abeba tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Zambia tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen (Trb. 2015, 113).

#### ***(Met de bestuurscolleges van de BES moet overleg worden gevoerd over het verdrag)***

##### **Inhoud voorstel**

Het verdrag vervangt het bestaande verdrag met Zambia uit 1977 en bevat regels om dubbele belasting te vermijden en het ontgaan van belastingen te voorkomen met betrekking tot belastingen naar het inkomen.

##### **Adviesopmerking**

In de Wet openbare lichamen BES is de zogenoemde consultatieplicht opgenomen. Op basis daarvan dient de regering de bestuurscolleges van Bonaire, Sint Eustatius en

Saba (de BES-eilanden) te informeren over haar standpunten en voornemens met betrekking tot aangelegenheden die voor het openbaar bestuur van belang zijn, tenzij het openbaar belang zich daartegen verzet. Tevens dient zij de bestuurscolleges de gelegenheid te bieden daarover overleg te plegen. De staatssecretaris van Financiën heeft bij het schriftelijk overleg met de vaste commissie voor Financiën uit de Tweede Kamer over het tussen het Koninkrijk der Nederlanden (voor zowel het Caribische deel van Nederland – de BES-eilanden – als voor het in Europa gelegen deel van Nederland) en Ethiopië gesloten verdrag, opgemerkt dat met de bestuurscolleges van de BES-eilanden op reguliere basis overleg plaatsvindt over fiscale aangelegenheden, waaronder begrepen internationale aspecten (zoals het overeenkomen van belastingverdragen).

De Afdeling merkt op dat de toelichting op voorliggend verdrag niet duidelijk maakt of, en zo ja op welke wijze, de bestuurscolleges van de BES-eilanden over het verdrag zijn geraadpleegd. Zo er overleg heeft plaatsgevonden vermeldt de toelichting niet welke opmerkingen door de bestuurscolleges naar voren zijn gebracht, wat daarop de reactie van de regering is en in hoeverre en op welke wijze de opmerkingen zijn verwerkt in het verdrag dan wel in de toelichting op het verdrag. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

Europees recht

4

### **Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik (W06.15.0464/III)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet handhaving consumentenbescherming, de Wet op de economische delicten en het Wetboek van strafvordering in verband met de implementatie van Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) en Richtlijn nr. 2014/57/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende strafrechtelijke sancties voor marktmisbruik (PbEU 2014, L 173).

*(Ook bij implementatie van Europese regelgeving moeten de uitgangspunten voor delegatie naar lagere regelgeving worden gehanteerd)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel wijzigd de Wet op het financieel toezicht (Wft) en enkele andere wetten, ter implementatie van verordening 596/2014 (de verordening) en richtlijn 2014/57/EU (de richtlijn). De verordening en de richtlijn vervangen en versterken de harmonisatie van de regels over marktmisbruik die met richtlijn nr. 2003/6/EG was ingezet.

#### **Adviesopmerking**

Artikel I, onderdeel B, van het voorstel geeft een algemene grondslag voor het stellen van nadere regels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur, ter uitvoering van verorde-

ningen, als bedoeld in de artikelen 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, en 1:25a, tweede lid, van de Wft. Het betreft daarbij:

- een verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die betrekking heeft op de soliditeit van op de financiële markten werkzame ondernemingen of de stabiliteit van het financieel stelsel;
- een verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die betrekking heeft op ordelijke en transparante financiële markt processen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen of zorgvuldige behandeling van cliënten;
- een verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie [die] mededingingsrechtelijke bepalingen bevat betreffende de financiële markten.

De artikelsgewijze toelichting vermeldt dat dit noodzakelijk is om binnen de korte inwerkingtredingstermijnen van dergelijke verordeningen de uitwerking op detailpunten snel en eenvoudig te realiseren. De artikelsgewijze toelichting geeft een aantal voorbeelden van situaties waar de voorgestelde delegatiegrondslag uitkomst kan bieden.

De Afdeling merkt op dat bij de implementatie van Europese regelgeving in beginsel moet worden vastgehouden aan de gebruikelijke regels die gelden voor het antwoord op de vraag of regeling bij wet, bij algemene

maatregel van bestuur of bij ministeriële regeling dient te geschieden. Dit in verband met het primaat van de wetgever en de eenheid en samenhang van de Nederlandse wetgeving. De enkele omstandigheid dat een implementatietermijn kort is, doet daaraan niet af. Hoewel bij de uitvoering van verordeningen vaak sprake is van een beperkte beleidsruimte, worden ook bij verordeningen regelmatig opties opengelaten voor lidstaten, die een overweging noodzaken over het juiste niveau van regelgeving waarin de uitvoering van verordeningen dient te worden opgenomen.

In het licht van deze uitgangspunten merkt de Afdeling het volgende op. De in artikel I, onderdeel B, voorgestelde delegatiebepaling is slechts in beperkte mate concreet en nauwkeurig geformuleerd en bevat geen beperkingen naar aard en inhoud van de voorschriften die bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden gegeven. Zij maakt het derhalve mogelijk dat alle benodigde regelgeving ter nakoming van voor Nederland verbindende internationale verplichtingen op de genoemde gebieden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld. Aldus biedt de bepaling een te ruime delegatiegrondslag. De Afdeling merkt op dat ondanks het feit dat een efficiënte implementatie van Europese voorschriften gewenst is, de delegatie op enigerlei wijze begrensd moet worden. Hierbij kan er aan gedacht worden om de delegatie te beperken tot concreet te benoemen bepalingen van de Wft die zich daar toe lenen. De Afdeling adviseert daarin alsnog te voorzien.

### Vastleggen rechten die vreemdelingen ontlenen aan het associatierecht met Turkije (W03.14.0419/II)

Voorstel van wet van het lid Voortman houdende vastlegging in de Vreemdelingenwet 2000 van rechten die vreemdelingen ontlenen aan de Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap en Turkije, het Aanvullend Protocol bij die Overeenkomst of Besluit nr. 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije.

*(Het voorstel is niet in overeenstemming met het Europese recht)*

#### Inhoud voorstel

Het wetsvoorstel beoogt de kernbepalingen van het associatierecht, de hoofdlijnen van de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de gunstiger Nederlandse wettelijke bepalingen en beleidsregels op het gebied van het vreemdelingenrecht op een overzichtelijke en systematische wijze te codificeren in een nieuwe afdeling van de Vreemdelingenwet 2000 om zo de rechtspositie van begunstigden van het associatierecht te verhelderen.

#### Adviesopmerking

Zoals de toelichting aangeeft, zijn de Associatieovereenkomst EEG-Turkije, het Aanvullend Protocol en de Besluiten van de Associatieraad vanaf hun inwerkingtreding verbindend voor de EU-instellingen en de EU-lidstaten en vormen zij daarmee een integrerend bestanddeel

van de rechtsorde van de Europese Unie. Dit betekent dat het associatierecht naar zijn aard gelding heeft in elke EU-lidstaat en voorrang heeft op (strijdig) nationaal recht. Bepalingen van het associatierecht zijn daarnaast rechtstreeks toepasselijk wanneer zij, gelet op het doel en de aard van het associatierecht, nauwkeurige, voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke verplichtingen omvatten. In die gevallen hebben de bepalingen ook rechtstreekse werking. Rechtstreeks toepasselijke bepalingen gelden als zodanig binnen de nationale rechtsorde, zonder dat daarvoor enige voorafgaande handeling van de lidstaat is vereist. Rechtstreekse werking betekent dat het mogelijk is voor begunstigden van het associatierecht om zich voor een nationale rechter direct op de rechtstreeks werkende bepalingen van het associatierecht te beroepen, om er zo voor te kunnen zorgen dat de hiermee strijdige nationaal-rechtelijke bepalingen buiten toepassing worden gelaten.

Het Hof van Justitie heeft voor alle in dit wetsvoorstel relevante bepalingen van de Associatieovereenkomst EEG-Turkije, het Aanvullend Protocol en de Besluiten van de Associatieraad expliciet bepaald dat zij nauwkeurig, voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en daarmee rechtstreeks toepasselijk zijn en rechtstreekse werking hebben. De kern van het wetsvoorstel is de codificatie van juist deze rechtstreeks toepasselijke en rechtstreeks werkende bepalingen van het associatierecht (en de bijbehorende jurisprudentie van het Hof van Justitie). Zo is artikel 45l een omzetting van artikel 6 en artikel 7

van Besluit 1/80, is artikel 45n een omzetting van de standstill-bepalingen in artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol, artikel 7 van Besluit 2/76 en artikel 13 van Besluit 1/80 alsook van artikel 59 van het Aanvullend Protocol en is artikel 45o een omzetting van de non-discriminatiebepaling in artikel 9 van de Associatieovereenkomst EEG-Turkije. Omzetting van deze rechtstreeks toepasselijke bepalingen is op grond van de hiervoor weergegeven jurisprudentie van het Hof van Justitie niet nodig omdat zij als zodanig, ook zonder omzetting, binnen de nationale rechtsorde gelden.

Daarnaast wijst de Afdeling op het volgende. Uit het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna:VWEU) en de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat omzetting van een verordening in nationale wetgeving is verboden, omdat verordeningen naar hun aard rechtstreeks toepasselijk zijn. Omzetting zou er toe kunnen leiden dat er verschillen ontstaan tussen de inhoudelijke betekenis van een rechtstreeks toepasselijke bepaling en de omzetting daarvan in nationaal recht. Het Hof van Justitie wijst er hierbij ook op dat de Unierechtelijke oorsprong van de bepalingen door omzetting ten onrechte uit het zicht verdwijnt. Hoewel geen vergelijkbare jurisprudentie van het Hof van Justitie bestaat over de omzetting van rechtstreeks toepasselijke bepalingen uit door de EU gesloten overeenkomsten met derde landen en daarop gebaseerde besluiten zoals het associatierecht, komt het de Afdeling voor dat de bezwaren

die het Hof van Justitie heeft geformuleerd tegen de omzetting van rechtstreeks toepasselijke bepalingen uit verordeningen ook op kunnen gaan voor de omzetting van rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het associatierecht. Codificatie van het associatierecht in een algemeen verbindend voorschrift zou om deze reden niet alleen onnodig, maar vanuit Unierechtelijk oogpunt ook als bezwaarlijk te kwalificeren zijn.

De toelichting presenteert de wettelijke verankering van de standstill-bepalingen van het associatierecht in artikel 24 Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) als precedent voor de codificatie van het associatierecht in het wetsvoorstel. De Afdeling wijst er op dat deze wijze van verankering fundamenteel verschilt van de voorgestelde codificatie van het associatierecht in de Nederlandse vreemdelingenwetgeving. Artikel 24 Wav verwijst slechts naar de standstill-bepalingen uit het Aanvullend Protocol en het Besluit 1/80. Daarmee blijft de doorwerking van deze bepalingen berusten op het associatierecht zelf. Ook blijft hierdoor de flexibiliteit behouden die nodig is om ontwikkelingen in het associatierecht – in het bijzonder door de jurisprudentie van het Hof van Justitie – onmiddellijk te kunnen incorporeren. De wijze waarop de doorwerking van het associatierecht aldus wordt verzekerd in de Wav komt overeen met de systematiek die thans ook al in de vreemdelingenwetgeving voor het associatierecht wordt gebruikt. Deze systematiek sluit aan bij het karakter van het associatierecht en ontmoet geen Unierechtelijke

bezwaren. Indien deze doorwerking niet volledig of incorrect zou zijn, zoals de toelichting stelt, dan dient een voorstel daarop te worden gericht. De Afdeling adviseert ook om deze redenen af te zien van het wetsvoorstel.

### **Verzoek om voorlichting over artikel 18 WTZi (W13.15.0008/III)**

#### *(Noodzaak en proportionaliteit van het goedkeuringsvereiste zijn niet aangetoond)*

##### **Inhoud voorstel**

Bij de Eerste Kamer is het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg aanhangig. In dat wetsvoorstel is als gevolg van het amendement van het Tweede Kamerlid Bruins Slot een nieuw artikel 18 opgenomen in de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). De Afdeling heeft op verzoek van de regering voorlichting gegeven over dit artikel 18 WTZi.

##### **Adviesopmerking**

Het oorspronkelijke artikel 18 WTZi regelt dat een zorginstelling een melding moet doen als zij van plan is om gebouwen of terreinen (of delen daarvan) blijvend af te stoten. De melding moet gedaan worden bij het College sanering zorginstellingen. Dat college kan vervolgens bepalen of voor het afstoten goedkeuring vereist is. Het college kan aan de goedkeuring de voor-

waarde verbinden dat de meeropbrengsten ten opzichte van de boekwaarde worden gestort in een fonds. De strekking van dat oorspronkelijke artikel is dat de collectieve middelen waarmee de bouw is gefinancierd en de zorginstelling is beheerd, bij verkoop behouden blijven voor de zorg. Inmiddels is de regulering en financiering van de bouw van zorginstellingen vervallen en heeft het oorspronkelijke artikel 18 WTZi weinig betekenis meer.

Het nieuwe artikel 18 WTZi voorziet in een meldingsplicht voor het bestuur van een instelling indien het voornemen bestaat om gebouwen of terreinen (of delen daarvan) te huren, te verhuren, te verkrijgen, te vervreemden of aan enig beperkt recht te onderwerpen. Deze transacties mogen slechts plaatsvinden als de Nederlandse Zorgautoriteit daaraan goedkeuring geeft, tenzij die heeft beslist dat goedkeuring niet is vereist. Anders dan het oorspronkelijke artikel heeft de nieuwe bepaling niet meer als doel dat vermogen voor de zorg behouden blijft. Uit de toelichting blijkt dat het oogmerk of doel van de bepaling is om fraude tegen te gaan en te bereiken dat de zorginstelling ‘een goede prijs’ krijgt.

De Afdeling concludeert dat het doel van het nieuwe artikel onduidelijk is. In de toelichting op het amendement worden uiteenlopende doelen geformuleerd, maar daarbij worden het ‘tegengaan van fraude’ en ‘het bereiken van een goede prijs’ niet verder omschreven of ingevuld. Ook concludeert de Afdeling dat de regeling geen criteria voor



de goedkeuring bevat. Evenmin bevat de regeling de mogelijkheid om voorschriften aan de goedkeuring te verbinden. Hierdoor voldoet het nieuwe artikel niet aan hetgeen uit een oogpunt van rechtszekerheid mag worden verwacht. De Afdeling onderkent dat de zorg als geheel een aanzienlijk beslag legt op de collectieve middelen, ook al is er geen rechtstreekse financiële relatie met de overheid. Toch merkt zij op dat het nieuwe artikel een bijzondere motivering behoeft, omdat hiermee zorginstellingen worden beperkt in de contractsvrijheid. Vooral nog ontbreekt naar het oordeel van de Afdeling een dergelijke motivering en zijn daardoor de noodzaak en proportionaliteit van het goedkeuringsvereiste vooral nog niet komen vast te staan. Dit leidt ook tot spanning met het EU-Verdrag. Bovendien is onduidelijk of aan de vereisten zal kunnen worden voldaan die voortvloeien uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

### **Gebruik van gewasbeschermingsmiddelen buiten de landbouw (W14.15.0426/IV)**

Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit gewasbeschermingsmiddelen en biociden in verband met het niet toestaan van het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen buiten de landbouw.

### ***(De verhouding van het verbod met het vrij verkeer van goederen moet worden bezien)***

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit regelt de invoering – buiten de landbouw – van een verbod op het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen.

#### **Adviesopmerking**

Richtlijn 2009/128/EG heeft als doelstelling de bescherming van de menselijke gezondheid en het milieu tegen de mogelijk met het gebruik van pesticiden samenhangende risico's. Daartoe stelt de richtlijn een kader vast voor de totstandbrenging van een duurzaam gebruik van pesticiden door vermindering van de risico's en de effecten van pesticidengebruik op de menselijke gezondheid en het milieu en door bevordering van het gebruik van geïntegreerde plaagbestrijding en alternatieve benaderingswijzen of technieken, zoals niet-chemische alternatieven voor pesticiden. De richtlijn biedt in de artikelen 11 en 12 strikt omschreven mogelijkheden om het gebruik van reeds toegelaten gewasbeschermingsmiddelen nader te reguleren of te verbieden. Deze artikelen zijn geïmplementeerd in onder meer de artikelen 27b en 27c van het Bgb. Het ontwerpbesluit regelt dat deze artikelen worden vervangen door een nieuw artikel 27b – het gebruiksverbod – en leidt tot een gewijzigde implementatie van de artikelen 11 en 12 van de richtlijn.

Artikel 11 verplicht de lidstaten passende maatregelen vast te stellen om het aquatisch milieu en de drinkwatervoorziening te beschermen tegen de effecten van pesticiden,

maar biedt in beginsel alleen ruimte voor gerichte, lokale maatregelen. Artikel 12 strekt ertoe dat lidstaten het gebruik van pesticiden minimaliseren of verbieden in specifieke gebieden, zoals parken, sport- en recreatieterreinen, schoolterreinen, speelplaatsen en gebieden in de nabijheid van zorginstellingen en beschermde natuurgebieden.

Het is evident dat de in het ontwerpbesluit voorgestelde maatregel – een gebruiksverbod voor alle verharde en onverharde oppervlakken in heel Nederland – verder gaat dan de (minimum)eisen van de richtlijn. Het treffen van een dergelijke verdergaande beschermingsmaatregel is op grond van artikel 193 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) mogelijk, mits de maatregel verenigbaar is met onder meer het VWEU. Aangenomen moet worden dat het voorgestelde gebruiksverbod de toegang van gewasbeschermingsmiddelen tot de Nederlandse markt en daarmee het vrij verkeer van goederen zal kunnen belemmeren. Deze verdergaande maatregel is toegestaan als daarvoor een rechtvaardiging bestaat in de in artikel 36 VWEU genoemde gronden, waartoe ook behoort de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren en planten. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan daarnaast het doel van milieubescherming in algemene zin nationale maatregelen die het intracommunautaire handelsverkeer kunnen belemmeren rechtvaardigen, mits de betrokken maatregelen proportioneel zijn aan het te bereiken (milieu)doel. Het vorenstaande betekent dat het voorge-

stelde gebruiksverbod is toegestaan indien is aangetoond dat het met het oog op dat doel noodzakelijk, geschikt en evenredig is.

In de toelichting bij het ontwerpbesluit wordt Richtlijn 2009/128/EG weliswaar genoemd, maar is niet ingegaan op de verhouding tussen het voorgestelde gebruiksverbod en deze richtlijn; evenmin is ingegaan op de verenigbaarheid van dit verbod met het vrij verkeer van goederen. Hoewel in de toelichting aandacht is geschonken aan de noodzaak van het gebruiksverbod en de gevolgen daarvan is niet op systematische wijze en met onderzoek verantwoord dat is voldaan aan de hiervoor beschreven voorwaarden van het Europeesrechtelijk kader.

Dit klemmt in het bijzonder met betrekking tot het verbod op gewasbeschermingsmiddelen met een laag risico. Daartoe wijst de Afdeling op het volgende. Uit de toelichting blijkt dat de in het ontwerpbesluit voorgestelde maatregel noodzakelijk wordt geacht in verband met de doelstellingen voor de bescherming van het oppervlaktewater en de volksgezondheid. De in het ontwerpbesluit voorgestelde maatregelen zijn aangekondigd in brieven van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu van 3 juli 2013 en 6 februari 2014 aan de Tweede Kamer. In de brief van 3 juli 2013 heeft de staatssecretaris aangegeven dat de toepassing van gewasbeschermingsmiddelen met een relatief lage impact op mens en milieu moet worden gezien als een natuurlijk onderdeel van de

ontwikkeling naar duurzame gewasbescherming. In de brief van 6 februari 2014 is vermeld dat middelen met een laag risico daarom zullen worden uitgezonderd van het verbod. Uit de toelichting ontstaat het beeld dat het niet halen van de door Nederland gestelde milieudoelstellingen vooral wordt veroorzaakt door glyfosaathoudende middelen, derhalve middelen met een hoog risico. Het in het ontwerpbesluit voorgestelde gebruiksverbod geldt echter voor alle toegelaten middelen en voorziet niet in een uitzondering voor middelen met een laag risico. In de toelichting is niet uitgelegd waarom in het ontwerpbesluit middelen met een laag risico niet zijn uitgezonderd. Vermeld wordt dat in Duitsland en Frankrijk gebruiksverboden bestaan waarbij wel is voorzien in uitzonderingen voor middelen met een laag risico.

De Afdeling adviseert de in het licht van het vrij verkeer van goederen voor het verbod vereiste rechtvaardiging te geven, daarbij in het bijzonder in te gaan op de noodzaak om laagrisicomiddelen te verbieden, en voor zover de vereiste noodzaak niet aannemelijk gemaakt kan worden het ontwerpbesluit aan te passen.

#### **Besluit Erfgoedwet Archeologie (W05.15.0317/I)**

Ontwerpbesluit houdende regels voor archeologische opgravingen.

*(De verhouding tussen het voorstel en de Dienstenrichtlijn behoeft nadere aandacht)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit strekt tot vaststelling van nadere regels over het stelsel van certificering voor archeologische opgravingen en regelt uitzonderingen voor gevallen waarvoor het beschikken over een certificaat niet proportioneel wordt geacht. Voorts wordt beoogd een aantal technische wijzigingen aan te brengen in enkele andere besluiten.

#### **Adviesopmerking**

Hoofdstuk 2 van het ontwerpbesluit voorziet in uitzonderingen op het verbod uit artikel 5.1, eerste lid, van de Erfgoedwet om zonder certificaat opgravingen te verrichten (hierna: het opgravingsverbod). Het opgravingsverbod moet worden beschouwd als een vergunningstelsel in de zin van artikel 4, zesde lid, van de Dienstenrichtlijn. Een dergelijk vergunningstelsel dient te voldoen aan de eisen van de Hoofdstuk III en IV van de Dienstenrichtlijn. Hoofdstuk III is van toepassing op het verrichten van diensten op permanente basis, hoofdstuk IV op het verrichten van diensten op een tijdelijke basis.

Hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn is van toepassing op bedrijven die zijn gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte en in Nederland op tijdelijke basis diensten willen verrichten, bijvoorbeeld het doen van opgravingen. Op grond van artikel 5.1, eerste lid, van de Erfgoedwet hebben deze bedrijven hiervoor een certificaat nodig.

Een verplichting voor een dergelijk certificaat levert op grond van artikel 16, tweede lid, onder b) van de Dienstenrichtlijn echter een ongeoorloofde belemmering van het vrij verkeer van diensten op. Artikel 16, tweede lid, onder b) van de Dienstenrichtlijn bepaalt immers dat ‘de lidstaten geen beperkingen aan het vrij verrichten van diensten [stellen] door [aan] een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter de volgende eisen te stellen: (...) een verplichting voor de dienstverrichter bij hun bevoegde instanties een vergunning te verkrijgen of zich in te schrijven in een register of bij een beroepsorde of -vereniging op hun grondgebied, behalve wanneer deze richtlijn of een ander communautair instrument daarin voorziet.’ Een dergelijke eis wordt mogelijk in het algemeen onevenredig geacht.

De Afdeling adviseert om in hoofdstuk 2 van het ontwerpbesluit op te nemen dat artikel 5.1, eerste lid, van de Erfgoedwet niet van toepassing is op bedrijven die zijn gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte en in Nederland op tijdelijke basis diensten willen verrichten.

Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn is van toepassing op bedrijven die zijn gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte en tevens een vestiging in Nederland hebben. Voor deze bedrijven is het vereiste om een certificaat op grond van artikel 5.1, eerste lid, van de Erfgoedwet in bezit te hebben om opgravingen te kunnen verrichten mogelijk te rechtvaardigen om dwingende redenen van algemeen belang. Op grond van artikel 4 van de Dienstenwet moeten vergelijkbare certificaten die zijn afgegeven in een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte worden geaccepteerd als certificaat op grond van artikel 5.1, eerste lid, van de Erfgoedwet. De toelichting gaat hier niet op in. De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de gevolgen van het opgravingsverbod voor bedrijven die zijn gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte en in Nederland op permanente basis diensten willen verrichten.

Gegevensverwerking

5

## **Besluit verwerking persoonsgegevens GDI (W04.16.0008/I)**

Ontwerpbesluit houdende regels betreffende de verwerking van persoonsgegevens in de voorzieningen voor de generieke digitale infrastructuur DigiD, DigiD Machtigen, MijnOverheid en BSN-Koppelregister.

### *(Burgers mogen hun BSN niet zonder meer afgeven aan particulieren)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit regelt welke gegevens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) kan verwerken binnen MijnOverheid, DigiD en DigiD Machtigen, welke gegevens hij kan verstrekken aan de afnemers van die drie systemen en hoelang hij de gegevens mag bewaren. Daarnaast bevat het ontwerpbesluit regels voor particuliere authenticatiemiddelen, die via het BSN-Koppelregister toegang geven tot MijnOverheid.

#### **Adviesopmerking**

Burgers kunnen nu alleen op MijnOverheid inloggen met DigiD, een systeem dat door de overheid is ontwikkeld. De regering wil private inlogmethoden mogelijk maken als alternatief voor DigiD. Het ontwerpbesluit regelt dat daarbij het Burgerservicenummer (BSN) zal worden gebruikt. Het BSN zal dan buiten de overheid worden gebruikt. Dat is echter niet toegestaan zolang de wet

daarvoor niet de basis geeft. Het BSN is namelijk een bijzonder persoonsgegeven, dat goed moet worden beschermd.

Volgens de regering is dit gebruik van het BSN toegestaan, omdat het bedrijf dat de inlogmethode gaat leveren namens de overheid handelt. De Afdeling merkt op dat het bedrijf niet handelt namens de overheid, maar in opdracht van de burger. Die mag echter zijn BSN niet afgeven aan particulieren. Het is dan ook in beginsel niet toegestaan om het BSN te gebruiken om met een particulier inlogmiddel toegang te krijgen tot MijnOverheid. Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling op genoemde punten een specifieke wettelijke grondslag op te nemen.

## **Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (W04.16.0097/I)**

Voorstel van wet houdende regels met betrekking tot de inlichtingen- en veiligheidsdiensten alsmede wijziging van enkele andere wetten.

### *(De bewaartermijnen voor verzamelde gegevens moeten worden verkort)*

#### **Inhoud voorstel**

Met dit wetsvoorstel wil de regering de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv) 2002 vervangen met het oog op de modernisering van de bevoegdheden

van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de herinrichting van het stelsel van toezicht.

#### **Adviesopmerking**

Artikel 47, vijfde lid, regelt dat gegevens die zijn verzameld in het kader van een onderzoeksoverdrachtgerichte interceptie en die niet op relevantie zijn onderzocht na drie jaar worden vernietigd. Dit is een afwijking van de algemene regel uit artikel 27, dat voorschrijft dat niet onderzochte gegevens na een jaar worden vernietigd. De toelichting stelt dat het langer bewaren van de gegevens in de context van artikel 47 noodzakelijk is, omdat niet altijd op voorhand duidelijk is welke gegevens relevant zijn en historische metadata op een later moment nuttig kunnen zijn, bijvoorbeeld in het onderzoek nadat een aanslag heeft plaatsgevonden. De lengte van de bewaartermijnen is blijkens de eerder genoemde rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie van de Europese Unie onderdeel van de toets naar de proportionaliteit van de inbreuk op het recht op bescherming van het privéleven. In dat verband wijst de Afdeling in het bijzonder op het al genoemde arrest over de Datarentierichtlijn. Aan de ongeldigverklaring van deze richtlijn wegens strijd met het recht op bescherming van het privéleven en van persoonsgegevens lag onder meer ten grondslag dat de richtlijn ertoe verplichtte gegevens ongericht te verzamelen over alle burgers en een bewaartermijn voorschreef van maximaal twee jaar zonder dat werd gepreciseerd dat de

gekozen termijn noodzakelijk en proportioneel moet zijn. De vraag of sprake is van een met het oog op artikel 8 EVRM te lange bewaartermijn moet daarom mede in het licht van de hoeveelheid gegevens die ongericht zijn verzameld, worden beantwoord.

Zoals hiervoor aangegeven (zie onderdeel e) bevatten noch het wetsvoorstel noch de toelichting een duidelijke indicatie van de omvang van de gegevens die op grond van een onderzoeksgerichte interceptie kunnen worden verzameld en hoeveel van deze gegevens kort nadat zij zijn verzameld op relevantie zullen worden onderzocht. Om die reden kan niet worden uitgesloten dat er grote hoeveelheden gegevens die niet op relevantie zijn onderzocht en die betrekking kunnen hebben op grote aantallen burgers, voor langere tijd zullen zijn opgeslagen. Dat geldt te meer nu de diensten in bepaalde gevallen afhankelijk zullen zijn van de wijze waarop het dataverkeer kan worden verzameld voor de begrenzing van de gegevens die zij daadwerkelijk binnenkrijgen. De bewaartermijn moet ten slotte worden gezien in het licht van het feit dat deze gegevens op grond van het wetsvoorstel gedurende de gehele drie jaar aan anderen kunnen worden verstrekt, waaronder aan buitenlandse diensten (zie ook punt i), die zelf niet in alle gevallen gebonden zijn aan een maximale bewaartermijn.

De Afdeling begrijpt dat, zoals de toelichting stelt, de bewaartermijn van drie jaar samenhangt met de notie dat een integraal onderdeel van het inlichtingenproces wordt gevormd door de analyse van historische data. Het recht op bescherming van het privéleven zoals neergelegd in onder meer artikel 8 EVRM stelt evenwel grenzen aan de termijn gedurende welke zulke gegevens mogen worden bewaard. In de toelichting wordt onvoldoende gemotiveerd waarom een termijn van drie jaar in dit geval noodzakelijk en proportioneel is in een democratische samenleving als bedoeld in artikel 8, tweede lid, EVRM. Gelet op de eerder genoemde rechtspraak en gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden acht de Afdeling de kans klein dat het EHRM in het kader van artikel 8, tweede lid, EVRM een termijn van drie jaar voor het bewaren van niet onderzochte ‘bulkgegevens’ aanvaardbaar acht. Daarnaast wijst het EHRM op het belang van het direct vernietigen van data die niet relevant zijn met betrekking tot het doel in het kader waarvan zij verkregen zijn. Weliswaar bevat het wetsvoorstel daarover regels maar deze specificeren niet binnen welke termijn niet relevante gegevens moeten worden vernietigd. De Afdeling adviseert tot een substantiële verkorting van de bewaartermijn in artikel 47, vijfde lid, en het wetsvoorstel daartoe aan te passen.

### **Verwerking persoonsgegevens bij selectieve woningtoewijzing (W04.16.0246/I)**

Ontwerpbesluit tot verwerking persoonsgegevens bij selectieve woningtoewijzing ter beperking van overlastgevend en crimineel gedrag.

*(Gegevens ontleent aan politiegegevens moeten niet aan derde, private partijen worden verstrekt)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit regelt een aantal procedurele voorschriften over de gegevensverwerking (onder meer het verstrekken, vastleggen, beveiligen, bewaren, vernietigen en de inzage) van de persoonsgegevens in het kader van de aanvraag van een huisvestingsvergunning voor complexen, straten of gebieden waar selectieve woningtoewijzing plaatsvindt ter beperking van overlastgevend en crimineel gedrag.

#### **Adviesopmerking**

Het verstrekken van door de politie verstrekte gegevens aan derden, zoals woningcorporaties en particuliere verhuurders kan een schending opleveren van artikel 8 EVRM, omdat hiermee een inbreuk wordt gemaakt op het privéleven van woningzoekenden. Een dergelijk inbreuk kan slechts gerechtvaardigd worden indien sprake

is van een legitiem doel, een dwingende maatschappelijke noodzaak voor de inbreuk en indien de inbreuk proportioneel is aan het na te leven doel. De toetsing aan deze eisen is te meer van belang vanwege de gevoelige aard van de in het geding zijnde persoonsgegevens. De Afdeling maakt in het licht van artikel 8 EVRM over de verstrekking van door de politie verstrekte gegevens aan derden de volgende opmerkingen.

Zoals hiervoor vermeld kan bij het college bezwaar worden ingesteld tegen het besluit omtrent het al dan niet verlenen van de huisvestingsvergunning. De woonverklaring van de burgemeester daarentegen is geen besluit; bezwaar en beroep staan hiertegen derhalve niet open. Wel stelt de burgemeester de aanvrager van de woonverklaring in de gelegenheid te worden gehoord indien de burgemeester op grond van de beoordeling van de politiegegevens voornemens is een negatieve woonverklaring af te geven, of indien in de woonverklaring vermeldt wordt dat aan de huisvestingsvergunning voorschriften verbonden zouden moeten worden.

Daarmee is de woonverklaring een handeling ter voorbereiding van het besluit op de aanvraag van een huisvestingsvergunning en geen appellabel besluit. Indien mandaat is verleend om op de aanvraag te beslissen zal de mandataris derhalve niet alleen moeten beschikken over de woonverklaring, maar ook over de daaraan ten grondslag liggende politiegegevens en afwegingen ten aanzien

van de daarin vervatte gedragingen. In dit geval komen deze gegevens en afwegingen niet alleen in handen van de burgemeester, maar ook in bredere kring, te weten het college en in geval van mandaat tot afgifte van de huisvestingsvergunning, ook de gemandateerde.

Het aanmerken van de woonverklaring als een appellabel besluit zou dit probleem kunnen adresseren. In dat geval kan volstaan worden met verstrekking van de onherroepelijk geworden woonverklaring aan de gemandateerde, zonder de politiegegevens en gemaakte afwegingen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was dit, zoals hiervoor werd aangegeven, ook het geval. Daarin was de woonverklaring aangemerkt als besluit in de zin van de Awb. Ook in de consultatieversie van het ontwerpbesluit was dit het geval. Uit de toelichting blijkt dat deze mogelijkheid van bezwaar en beroep geschrapt is omdat de gemeente Rotterdam vreesde dat langere procedures zouden zorgen voor klachten bij eigenaren en verhuurders vanwege mogelijke inkomstenderving.

De Afdeling wijst erop dat gelet op de inbreuk die gemaakt wordt op het privéleven van de woningzoekende met de verstrekking van politiegegevens, de kring van personen die hiervan kennis kan nemen zo beperkt mogelijk moet zijn. De Afdeling stelt vast dat in de nieuwe systematiek – in het bijzonder ook door het schrappen van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen de woonverklaring – dit doel in onvoldoende mate wordt bereikt.

Het feit dat de woonverklaring zoals is opgenomen in het ontwerpbesluit van een andere aard is dan de woonverklaring opgenomen in het voorstel zoals het oorspronkelijk is ingediend bij de Tweede Kamer heeft met name gevolgen in geval er sprake is van mandaatverlening. In de nieuwe systematiek is de aparte procedure voor de indiening tot een woonverklaring in geval van mandaatverlening – met inbegrip van de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen de woonverklaring – geschrapt. Dit brengt met zich dat in het nu voorgestelde stelsel de woonverklaring, met daarin de duiding van de gedragingen zoals deze worden aangeduid in de politiegegevens, in geval van mandaat wordt verstrekt aan private partijen, zoals woningcorporaties en private verhuurders. Zoals blijkt uit het hierboven aangehaalde citaat uit de toelichting, was dit uitdrukkelijk niet de bedoeling van het wetsvoorstel. In de toelichting bij het ontwerpbesluit wordt hieraan echter geen aandacht besteed.

De Afdeling wijst er op dat voor de uitoefening van het mandaat het niet noodzakelijk is dat gemandateerden over door de politie verstrekte gegevens beschikken: het bij de Tweede Kamer ingediende voorstel laat zien dat mogelijkheden bestaan om gemandateerden hun bevoegdheid te laten uitoefenen zonder dat zij over die gegevens. Indien de regering geen afzonderlijk bezwaar en beroep wil openstellen tegen de woonverklaring (zie hiervoor onder a) is een andere optie om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te beperken dat de mogelijkheid tot mandaat-

verlening in de Huisvestingswet wordt uitgesloten in geval een onderzoek op basis van politiegegevens, als bedoeld in artikel 5, derde lid, onder b, van de Wbmgp, is vereist.

De Afdeling is zich ervan bewust dat mandaatverlening leidt tot minder lasten voor gemeenten bij het verlenen van huisvestingsvergunningen. Echter, in het geval van screening op basis van politiegegevens levert mandaat slecht een zeer beperkte lastenvermindering op, omdat in die procedure de burgemeester en het college in alle gevallen betrokken zijn. Nu de in de wet en in het ontwerpbesluit neergelegde regeling gelet op het feit dat er minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn een grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van woningzoekenden met zich brengt dan nodig is en hierdoor gevoelige persoonsgegevens aan private partijen worden verstrekt, is sprake van een ongerechtvaardigde inbreuk in de zin van artikel 8 EVRM omdat niet voldaan is aan het daarin neergelegde noodzakelijkheidsvereiste.

Het onderhavige ontwerpbesluit en het door de Staten-Generaal aangenomen gewijzigd voorstel van wet leiden ertoe dat een ongerechtvaardigde inbreuk wordt gemaakt op het privéleven van woningzoekenden. Dit hangt samen met het feit dat door het uitsluiten van bezwaar en beroep tegen de woonverklaring deze woonverklaring een duiding moet bevatten van de gedragingen die relevant zijn voor de beoordeling van de huisvestingsvergunning. Daarmee komen deze gegevens ter beschikking van meer

partijen dan strikt noodzakelijk. Met name het feit dat deze gegevens ook via de mandaatconstructie in handen komen van private partijen leidt tot een schending van artikel 8 EVRM.

Er zijn twee mogelijkheden om te voorkomen dat verstrekking van deze gevoelige gegevens aan private partijen plaatsvindt. Enerzijds kan ervoor worden gekozen om bezwaar en beroep open te stellen tegen de woonverklaring. In dat geval hoeft de woonverklaring zelf niet de politiegegevens en de duiding te bevatten van de gedragingen die daaraan ten grondslag liggen. Indien dit, gelet op de eerder genoemde procedurele bezwaren niet wenselijk wordt geacht, zal de mogelijkheid tot het verlenen van mandaat voor het afgeven van de huisvestingsvergunning moeten worden uitgesloten in het geval een onderzoek op basis van politiegegevens als bedoeld in artikel 5, derde lid, onder b, van de Wbmgp, plaatsvindt. In dat geval adviseert de Afdeling om artikel 19 van de Huisvestingswet in die zin aan te passen.

#### **Uitbreiding van het gebruik van het BIG-registratienummer (W13.15.0148/III)**

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit Geneesmiddelenwet, het Besluit medische hulpmiddelen en het Registratiebesluit BIG in verband met een uitbreiding van het gebruik van het BIG-registratienummer voor het register met financiële betrekkingen tussen beroepsbeoefenaren en ondernemingen.

*(De grondslag voor de voorgestelde verwerking van persoonsgegevens – anders dan het BIG-registratienummer – in het Transparantieregister moet duidelijk zijn)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit strekt ertoe te voorzien in een grondslag voor het gebruik van het BIG-registratienummer in het Transparantieregister Zorg met betrekking tot financiële relaties tussen beroepsbeoefenaren en fabrikanten, zogenaamde ‘samenvoegers’ en wederverkopers van medische hulpmiddelen (waaronder ook begrepen worden in-vitro diagnostica). Met de grondslag wordt het toepassingsbereik van het Transparantieregister Zorg, dat reeds sinds april 2013 operationeel is wat betreft de financiële relaties tussen beroepsbeoefenaren en farmaceutische bedrijven, uitgebreid.

#### **Adviesopmerking**

Het voorgestelde gebruik van het BIG-registratienummer vindt zijn basis in artikel 8, aanhef en onder c, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) (het verwerken van het nummer is noodzakelijk om een wettelijke verplichting na te komen). Naast het BIG-registratienummer worden ook de naam van de betrokken beroepsbeoefenaar en de naam van de betrokken fabrikant of wederverkoper (hierna: andere gegevens) in het register opgenomen. De verwerking van deze andere gegevens in het register kan niet worden gebaseerd op artikel 8, aanhef en onder c, Wbp omdat een wettelijke



plicht tot het melden van deze andere gegevens ontbreekt. Ook het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) heeft hierover een opmerking gemaakt.

In de toelichting wordt ten aanzien van de grondslag voor het verwerken van de overige persoonsgegevens gesteld dat het gaat om 'de verwerking van persoonsgegevens door het door het veld beheerde en dus private Transparantieregister Zorg'. De grondslag voor de gegevensverwerking, zo vervolgt de toelichting, valt om die reden strikt genomen buiten het bestek van het ontwerpbesluit. Deze passage gaat voorbij aan het feit dat bij het ontbreken van een grondslag voor de verwerking van de overige persoonsgegevens, aan het gebruik van het BIG-nummer de noodzaak komt te ontvallen. Volgens de toelichting moet de grondslag voor de verwerking van de overige persoonsgegevens met betrekking tot de medische hulpmiddelensector, net als bij de farmaceutische sector, gevonden worden in artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp. De Afdeling wijst erop dat, in tegenstelling tot de Gedragscode Geneesmiddelenreclame, de Gedragscode Medische Hulpmiddelen 2015 niet de bepaling bevat dat in een schriftelijke overeenkomst moet zijn opgenomen welke gegevens openbaar worden gemaakt, de wijze waarop dit gebeurt en door wie. De enkele verwijzing naar artikel 8, aanhef en onder b, van de Wbp kan dan ook niet volstaan als motivering van de grondslag voor de verwerking van de andere gegevens. In het licht van het voorgaande adviseert de Afdeling de aanwezigheid van

een grondslag voor het verwerken van persoonsgegevens (anders dan het BIG-registratienummer) ten behoeve van het Transparantieregister Zorg, voor zover het gaat om de registratie van financiële relaties tussen beroepsbeoefenaren en de medische hulpmiddelensector, dragend te motiveren. Indien in een dergelijke motivering niet kan worden voorzien, adviseert zij het ontwerpbesluit aan te passen.

### **Bewaring van telecommunicatiegegevens (W03.15.0387/II)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten.

#### *(De categorie misdrijven waarvoor opgeslagen gegevens mogen worden opgevraagd moet nader worden omschreven)*

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel strekt tot aanpassing van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken Digital Rights Ireland en Seitlinger en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag (hierna: voorzieningenrechter) van 11 maart 2015. De regering houdt in het wetsvoorstel vast aan een algemene bewaarplicht van bepaalde telecommunicatiegegevens van alle burgers, ongeacht de mate van hun betrokkenheid bij ernstige misdrijven en

niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid. Ook de lengte van de bewaartermijnen blijft ongewijzigd. De voorgestelde wijzigingen betreffen onder meer de aanpassing van de verschillende categorieën van te bewaren gegevens, de verplichting tot opslag van de gegevens op het grondgebied van de Europese Unie, de beperking van de bevoegdheid van de officier van justitie tot het vorderen van verkeersgegevens en voorafgaande rechterlijke toetsing door de rechter-commissaris.

#### **Adviesopmerking**

Een van de bezwaren van het Hof van Justitie tegen de dataretentierichtlijn richtte zich op de toegang van de nationale autoriteiten tot de bewaarde gegevens. Deze toegang zal daarom als gevolg van het arrest van het Hof zo begrensd moeten zijn dat alleen die personen toegang krijgen tot de gegevens voor wie dit strikt noodzakelijk is om ernstige criminaliteit te voorkomen, op te sporen of te vervolgen. Voorts moet hun toegang blijkens het arrest worden onderworpen aan voorafgaande controle door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke administratieve instantie op grond van een gemotiveerd verzoek. In het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie oordeelde de voorzieningenrechter dat de misdrijven genoemd in artikel 67, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv), niet allemaal voldoende ernstig zijn om een inmenging in de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest erkende fundamentele rechten te rechtvaardigen.

Ook een delict als fietsendiefstal geldt immers als misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is. Het betoog dat in dergelijke gevallen niet lichtvaardig zal worden overgegaan tot het opvragen van gegevens en dat bijvoorbeeld in geval van een fietsendiefstal geen gegevens zullen worden opgevraagd, achtte de voorzieningenrechter niet toereikend. Feit is, aldus de voorzieningenrechter, dat de mogelijkheid daartoe wel bestaat en dat in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens geen waarborgen zijn opgenomen om de toegang tot de gegevens daadwerkelijk te beperken tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor de bestrijding van (enkel) ernstige criminaliteit.

Om aan de bezwaren van het Hof van Justitie en de voorzieningenrechter tegemoet te komen, is de toegang van de officier van justitie tot de bewaarde gegevens in het wetsvoorstel verder beperkt. Op grond van voorgesteld artikel 126n, derde lid, Sv kan de officier van justitie slechts een vordering doen gegevens te verstrekken over een gebruiker van een communicatiedienst en het communicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker indien dit wordt gerechtvaardigd door de ernst van het misdrijf in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv en nadat daarvoor een voorafgaande schriftelijke machtiging is verleend door de rechter-commissaris. Uit de toelichting volgt dat daarbij het vereiste geldt 'dat de vordering een misdrijf moet betreffen dat van een zodanige ernst is dat dit in het concrete geval het vorderen van de bewaarde verkeersge-

gevens rechtvaardigt. Met dit vereiste wordt in de wet geëxpliciteerd dat de vordering moet voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit met betrekking tot de ernst van het delict'. Van de rechter-commissaris wordt verwacht dat hij 'de wettelijke voorwaarden voor de vordering, zoals de aard en ernst van de verdenking, de ernst van het strafbare feit waarvoor de gegevens worden gevorderd, de periode waarover de gegevens worden gevorderd en de proportionaliteit en subsidiariteit van de vordering [toetst],' zodat in het concrete geval het vorderen van de bewaarde verkeersgegevens door de officier van justitie kan worden gerechtvaardigd.

De Afdeling merkt op dat concrete criteria om de ernst van het misdrijf te kunnen bepalen zowel in het wetsvoorstel als in de toelichting ontbreken. Concrete criteria zijn nodig om de rechter-commissaris houvast te bieden bij de beoordeling of met de vordering wordt voldaan aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit met betrekking tot de ernst van het misdrijf. De Afdeling geeft daartoe in overweging om in aanvulling op de voorgestelde toetsing door de rechter-commissaris, de categorie misdrijven waarvoor gegevens mogen worden opgevraagd, in het wetsvoorstel nader te omschrijven. Daarbij zou, als alternatief voor het criterium van artikel 67, eerste lid, Sv, inspiratie kunnen worden gevonden in de categorieën misdrijven die in bijlage II bij de richtlijn betreffende het gebruik van persoonsgegevens van passagiers (PNR) voor het voorkomen, opsporen, onderzoeken en vervolgen van

terroristische misdrijven en ernstige criminaliteit worden genoemd om ernstige criminaliteit te definiëren. Door de categorieën misdrijven waarvoor gegevens mogen worden opgevraagd nader te omschrijven, wordt de toegang tot de bewaarde gegevens door middel van concrete criteria overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie verder beperkt. Deze beperking lijkt nauwelijks gevolgen te hebben voor de opsporingspraktijk omdat het ook bij een nadere beperking zal gaan om misdrijven die grotendeels overeenkomen met de voorbeelden uit het rapport van politie en Openbaar Ministerie over het gebruik van historische telecomgegevens ten behoeve van de opsporing van ernstige strafbare feiten. Overigens lijkt een dergelijke beperking ook een positief effect te kunnen hebben op de door sommigen gevreesde werkbelasting van de rechter-commissaris, aangezien bedoelde beperking de door het wetsvoorstel beoogde beoordeling van de vordering aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit door de rechter-commissaris kan vergemakkelijken. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel in het licht van bovenstaande dragend te motiveren en zo nodig aan te passen.

# Rechtsbescherming

# 6

## **Aanpassing van de bouwprocesbepalingen (W12.16.0280/III)**

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit in verband met aanpassing van de bouwprocesbepalingen.

*(In verband met het lex certa-beginsel en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid moet het begrip opdrachtgever worden gepreciseerd)*

### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit strekt tot het aanscherpen van bepalingen van het Arbeidsomstandighedenbesluit (Arbobesluit) om opdrachtgevers in staat te stellen de in het Arbobesluit neergelegde bouwprocesbepalingen beter na te leven, en betere handhaving van die bepalingen mogelijk te maken. De wijzigingen zien onder meer op het aanpassen en uitbreiden van de normadressaat van de bouwprocesbepalingen, en het aanscherpen van enkele bepalingen met het oog op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ervan.

### **Adviesopmerking**

De in het Arbobesluit opgenomen bouwprocesbepalingen dienen ter uitwerking van Richtlijn 92/57/EEG (de richtlijn). De richtlijn bepaalt minimumvoorschriften ter zake van veiligheid en gezondheid voor tijdelijke en mobiele bouwplaatsen. Op tijdelijke of mobiele bouwplaatsen werken vaak meerdere partijen achtereenvolgend of

gelijktijdig aan een bouwwerk. Hierdoor ontstaan overkoepelende risico's die niet door elke werkgever afzonderlijk kunnen worden voorkomen. Daarnaast leidt het in elkaars nabijheid werken tot blootstelling aan gevaren die vreemd zijn aan het eigen werk. De bouwprocesbepalingen richten zich op de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever voor de coördinatie en samenwerking bij dit soort risico's. De opdrachtgever is degene voor wiens rekening een bouwwerk wordt verwezenlijkt. Het vorenstaande laat onverlet dat iedere werkgever volledig verantwoordelijk blijft voor het veilig en gezond werken van de eigen werknemers.

Blijkens de toelichting wordt voorgesteld om voornoemde definitie van de opdrachtgever uit te breiden, omdat deze definitie niet langer afdoende zou zijn om de partij aan te wijzen die daadwerkelijk kan beïnvloeden dat in de ontwerpfaserekening wordt gehouden met de verplichtingen op het terrein van gezond en veilig werken in de uitvoeringsfase. De artikelsgewijze toelichting vermeldt in dit verband dat bij aanbesteding van grotere bouwwerken steeds vaker 'geïntegreerde contractvormen' voorkomen, waarbij de opdrachtgever niet altijd eenduidig vast te stellen is als betrokken partijen dat onderling niet zijn overeengekomen. Daarnaast worden contracten soms zo opgesteld dat niet de initiatiefnemer van een bouwwerk degene is voor wiens rekening wordt gebouwd, maar de uiteindelijke afnemer ervan. Ook wordt toegelicht dat het voorkomt dat een opdrachtgever werkt met externe

financiers voor een bouwwerk en dit bouwwerk gaat huren of leasen. In deze en vergelijkbare gevallen zou niet worden voldaan aan de intentie van de richtlijn dat degene die in de ontwerpfaserekening kan beïnvloeden dat gezond en veilig kan worden gewerkt die invloed voor dat doel ook aanwendt. Het ontwerpbesluit beoogt deze problematiek op te lossen door naast degene voor wiens rekening een bouwwerk wordt verwezenlijkt, ook degene op wiens initiatief een bouwwerk tot stand wordt gebracht als opdrachtgever aan te merken. Toegelicht wordt dat de 'initiatiefnemer degene is die daadwerkelijk het initiatief neemt tot het (laten) ontstaan van een bouwwerk' en dat 'dit initiatief moet blijken uit de feiten en omstandigheden van het geval'. Uit feiten en omstandigheden zou volgens de toelichting ook kunnen worden afgeleid wie als initiatiefnemer in de positie is om daadwerkelijk invloed uit te oefenen op het gezond en veilig werken.

De Afdeling merkt op dat het begrip 'initiatiefnemer' onbepaald is, en ook niet concreet wordt toegelicht. Wanneer bouwprocesbepalingen niet worden nageleefd is dat op grond van artikel 9.9b van het Arbobesluit een overtreding ter zake waarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. De Afdeling wijst er op dat het lex certa-beginsel meebrengt dat een wettelijke regeling die kan worden gehandhaafd door punitieve sancties voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn. Daarvan is bij het begrip 'initiatiefnemer' geen sprake. De onduidelijkheid die thans kennelijk wordt ervaren bij het vaststel-

len van de opdrachtgever, wordt door het ontwerpbesluit niet weggenomen, maar eerder versterkt. De Afdeling merkt op dat zeker moet zijn welke partij aan te merken is als initiatiefnemer.

Daarbij komt dat de Inspectie SZW het ontwerpbesluit heeft getoetst op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. In haar brief daarover merkt zij het volgende op: 'De voorgestelde redactie 'voor wiens rekening een bouwwerk tot stand wordt gebracht' dan wel 'op wiens initiatief' dan wel 'beiden tezamen' is zodanig ruim dat er vaak meerdere personen zijn aan te wijzen als opdrachtgever en dat onduidelijk blijft wie we nu exact willen/kunnen aanspreken. Door dit in het midden te laten en de keuze, wie aan te spreken, over te laten aan de inspecteur lijkt dit te neigen richting willekeur. Dit moeten we te allen tijde willen voorkomen. Bovendien zal degene voor wiens rekening gebouwd wordt altijd zijn vinger wijzen naar degene die het initiatief heeft genomen (mits niet in 1 persoon verenigd) als opdrachtgever tot de bouw en andersom. Zo zal men de ander de bal toespelen en verantwoordelijk houden voor de opdracht.' De toelichting gaat niet in op deze opmerking van de Inspectie SZW. Op grond van het voorgaande concludeert de Afdeling dat zowel het lex certa-beginsel als de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid ertoe nopen het ontwerpbesluit zodanig aan te passen dat zeker is wie als opdrachtgever kan worden aangemerkt. De Afdeling adviseert daartoe. Indien het ontwerpbesluit niet op die wijze kan

worden aangepast, adviseert zij af te zien van de uitbreiding van het begrip opdrachtgever.

### **Aanpassingen in het alcoholslotprogramma (W14.14.0234/IV)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Wegenverkeerswet 1994 in verband met enkele aanpassingen in het alcoholslotprogramma.

#### ***(Het opleggen van een alcoholslot kan onder omstandigheden een punitieve sanctie zijn)***

##### **Inhoud voorstel**

Het voorstel maakt mogelijk dat rijbewijshouders van de rijbewijscategorieën C1, C, D1 of D met motorrijtuigen van die rijbewijscategorieën (vrachtwagens of bussen) kunnen deelnemen aan het hen door het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) opgelegde alcoholslotprogramma. Als gevolg hiervan kunnen de betreffende chauffeurs hun rijbewijs gedurende het alcoholslotprogramma behouden. Hiertoe introduceert het voorstel naast het alcoholslot ook de startonderbreker.

##### **Adviesopmerking**

Aanleiding voor het voorstel zijn de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 oktober 2013. Op het moment dat een verplichting tot deelname aan een alcoholslotprogramma wordt opgelegd, wordt het rijbewijs van de betrokkene ongeldig verklaard.

Nu tot op heden alleen met voertuigen van de rijbewijscategorie B aan het alcoholslotprogramma kan worden deelgenomen, blijven de rijbewijzen voor rijbewijscategorieën C1, C, D1 of D gedurende de looptijd van het alcoholslotprogramma ongeldig. Gelet op de zwaarte van de maatregel voor houders van rijbewijzen van deze categorieën, kwalificeerde de Afdeling bestuursrechtspraak dit onderdeel van de maatregel als een maatregel gebaseerd op een 'criminal charge'.

Door deze kwalificatie kan aan houders van een rijbewijs van de categorieën C1, C, D1 of D naast het alcoholslotprogramma geen straf door de strafrechter meer worden opgelegd. Dan zou immers tweemaal bestraffing plaatsvinden op grond van hetzelfde feit en wordt het 'ne bis in idem'-beginsel geschonden. Het voorstel beoogt te voorkomen dat, indien een alcoholslotprogramma wordt opgelegd aan een houder van een rijbewijs van de categorieën C1, C, D1 of D, deze maatregel als punitief wordt aangemerkt. Als gevolg van het voorstel kan degene die een maatregel tot het volgen van een alcoholslotprogramma wordt opgelegd, kiezen welke gevolgen de maatregel voor hem heeft: óf hij neemt niet deel aan het alcoholslotprogramma met voertuigen van de rijbewijscategorieën C1, C, D1 of D waardoor zijn rijbewijs voor die categorieën ongeldig blijft, óf hij neemt wel deel aan het alcoholslotprogramma met een of meer van die voertuigen en draagt de aanvullende kosten die installatie van een alcoholslot of startonderbreker met zich brengt.

Deze installatie komt dan naast de inbouw van een alcoholslot in een motorrijtuig van de categorie B.

Het opleggen van een alcoholslotprogramma – ongeacht de kwalificatie van de maatregel – kan onevenredige gevolgen kan hebben voor de betrokken rijbewijshouder. Hoe zwaar de maatregel uiteindelijk is, is vooral afhankelijk van zijn individuele situatie en, naast de kosten die de inbouw van beide voorzieningen met zich meebrengt, in het bijzonder de vraag of de rijbewijshouder zijn rijbewijs nodig heeft voor het verwerven van zijn inkomen. Indien bijvoorbeeld zijn werkgever hem niet toestaat een alcoholslot of startonderbreker in een (of meer) door hem voor zijn werk te gebruiken bedrijfsauto(s) in te bouwen, raakt deze persoon mogelijk zijn werk kwijt. Nu ook bij het opleggen van de maatregel geen afwegingen gemaakt kunnen worden naar gelang iemands persoonlijke omstandigheden, biedt het voorstel geen oplossing voor het probleem dat de maatregel onder omstandigheden een ‘criminal charge’ kan opleveren. Een evenredigheidstoets kan immers niet plaatsvinden.

Zoals hierboven vermeld heeft dat gevolgen voor het strafrechtelijk traject. Een oplossing voor dit probleem zou gevonden kunnen worden door zowel de strafrechtelijke sanctie als de maatregel van het alcoholslotprogramma onder het strafrechtelijk regime te brengen, zodat er een geïntegreerde, op de concrete omstandigheden toegespitste, reactie op het rijden onder invloed (en eventueel daarmee

gepaard gaande andere verkeersmisdriven) kan plaatsvinden. Het ‘lik op stuk’ karakter van de bestuurlijke maatregel zoals die nu geregeld is, kan behouden blijven door de bevoegdheid tot het opleggen van deze educatieve maatregel ook in het kader van de strafbeschikking dan wel van zijn bestuursrechtelijke bevoegdheden aan het openbaar ministerie toe te kennen, zodat een afweging kan worden gemaakt op grond van de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit onderdeel te heroverwegen.

#### **Stellen van regels over de omzetgerelateerde boete (W13.16.0091/III)**

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Warenwetbesluit bestuurlijke boeten in verband met het stellen van regels over de omzetgerelateerde boete.

*(Bij duale handhavingsstelsels moet de rechtsbescherming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht op elkaar worden afgestemd)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit introduceert een omzetgerelateerde boete voor overtredingen van de Warenwet door natuurlijke personen of rechtspersonen met een jaaromzet van ten minste € 10 miljoen. Deze omzetgerelateerde boete van één procent van de jaaromzet kan worden opgelegd indien sprake is van opzet of grove schuld.

#### **Adviesopmerking**

Het oorspronkelijke wetsvoorstel tot wijziging van de Warenwet in verband met het verhogen van het maximumbedrag van de bestuurlijke boete verhoogde de maximumhoogte van de bestuurlijke boete voor het overtreden van de Warenwet naar de vijfde boetecategorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht. Tijdens de parlementaire behandeling van voornoemd wetsvoorstel is bij nota van wijziging voorgesteld dat de boetehoogte onder meer kan worden gerelateerd aan de omzet. Vervolgens is via een amendement de maximumhoogte van de boete verhoogd naar de zesde boetecategorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht (in 2015 € 810.000 momenteel € 820.000). De wet tot wijziging van de Warenwet in verband met het verhogen van het maximumbedrag van de bestuurlijke boete betekent derhalve een zeer forse verhoging van de maximumboete voor overtredingen van het bepaalde bij of krachtens de Warenwet (een verhoging van € 4.500 naar € 820.000). De boetes die op grond van de Warenwet kunnen worden opgelegd zijn daarmee hoger dan de boetes die op grond van de Wet op de economische delicten (WED) kunnen worden opgelegd voor dezelfde overtredingen van de Warenwet.

Het ontwerpbesluit geeft invulling aan voornoemde mogelijkheid om een bestuurlijke boete voor het overtreden van de Warenwet te relateren aan de hoogte van de omzet. Het ontwerpbesluit bepaalt dat de NVWA bij overtreding van de Warenwet een bestuurlijke boete kan opleggen van één procent van de jaaromzet van de natuurlijke persoon of rechtspersoon met een jaaromzet van ten minste € 10 miljoen. De hoogte van de boete kan het maximum van de zesde categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, niet te boven gaan. Uit het ontwerpbesluit volgt tevens dat een boete ter hoogte van het bedrag van de zesde boetecategorie in het Wetboek van Strafrecht alleen aan de orde is bij omzetgerelateerde boetes. Deze bestuurlijke boete kan opgelegd worden indien de Warenwet opzettelijk is overtreden dan wel sprake is van grove schuld. De NVWA zal opzet dan wel grove schuld moeten stellen en bewijzen om een omzetgerelateerde boete op te kunnen leggen. Bij het opleggen van een omzetgerelateerde boete wordt de vaststelling en beoordeling van de relevante feiten daarmee van groot belang en mogelijk ingewikkelder.

De Afdeling merkt in het licht hiervan het volgende op. De nota van toelichting van het ontwerpbesluit besteedt aandacht aan het ongevraagd advies sanctiestelsels van de Afdeling advisering. Naast hetgeen in dit ongevraagd advies opgemerkt wordt over lichte overtredingen die bestraft worden met zeer hoge boetes, heeft de Afdeling in het ongevraagde advies sanctiestelsels opgemerkt dat

– anders dan oorspronkelijk de bedoeling van de bestuurlijke boete was – tegenwoordig zware en complexe overtredingen worden bedreigd met hoge boetemaxima. De Afdeling brengt in voornoemd advies naar voren dat er inmiddels een bestuurlijk handhavingstelsel is ontstaan waarin de rechtsbescherming van de burger bij de keuze voor een bepaald sanctiestelsel en de hoogte van punitieve sancties onderbelicht is geraakt. Dit terwijl er aanzienlijke verschillen zijn tussen het strafrecht en het bestuursrecht op het terrein van de rechtsbescherming en de rechtsgevolgen voor justitiabelen. In verband hiermee heeft de Afdeling in het ongevraagd advies sanctiestelsels geadviseerd het niveau van de rechtsbescherming bij punitieve sancties te verzwaren waar de noodzaak zich opdringt, namelijk in de gevallen ‘waarin het niet langer gaat om lichte, eenvoudig vaststelbare feiten, maar om zwaardere en minder eenvoudig vaststelbare overtredingen of om overtredingen die zwaar worden beboet, ook al zijn zij eenvoudig vaststelbaar en minder zwaar.’

Uit de boetesystematiek van de Warenwet, die in het ontwerpbesluit mede wordt vorm gegeven, volgt dat hoge bestuurlijke boetes opgelegd kunnen worden voor minder eenvoudig vaststelbare overtredingen van de Warenwet. Dezelfde overtredingen van de Warenwet kunnen via het strafrecht worden bestraft. Het afstemmen van de rechtsbescherming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht ligt ook daarom voor de hand. De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan.

Bijzondere aspecten

7



## 7.1 Delegatie

### Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (W04.15.0156/I)

Voorstel van wet tot wijziging van de Woningwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de versterking van de positie van de bouwconsument.

*(De hoofdelementen van de regeling moeten in de wet worden vastgelegd)*

#### Inhoud voorstel

De regering beoogt de kwaliteit van bouwwerken te verbeteren. Het voorstel bevat daartoe twee onderdelen. Het eerste onderdeel betreft wijzigingen van de Woningwet en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). De preventieve toetsing door het bevoegd gezag aan de bouwtechnische voorschriften bij de beoordeling van de aanvraag om een omgevingsvergunning voor het bouwen vervalt. In plaats daarvan moet de vergunningaanvrager tijdens de bouw gebruik maken van een instrument voor kwaliteitsborging. Dat instrument heeft tot doel een bouwwerk te realiseren dat voldoet aan de technische bouwvoorschriften. Het tweede onderdeel verbetert de positie van de bouwconsument/opdrachtgever door middel van enkele aanpassingen in het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van de aansprakelijkheid van de aannemer

voor verborgen gebreken, het opschortingsrecht van de opdrachtgever en de introductie van een informatieplicht van de aannemer.

#### Adviesopmerking

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat de markt zelf de verantwoordelijkheid draagt voor de kwaliteitsborging in de bouw en dat de overheid de kaders daarvoor stelt. Belangrijke randvoorwaarden voor een effectief functionerend stelsel worden echter niet in het wetsvoorstel zelf, maar bij lagere regeling vastgesteld.

Aan het uitgangspunt dat de hoofdelementen van een regeling in een wet moeten worden opgenomen, wordt niet voldaan. Daartoe is vereist dat de kwaliteitsborging op wettelijk niveau zodanig is gereguleerd dat dit een fundament biedt voor hetgeen verder in lagere regelgeving wordt uitgewerkt. De essentialia van een wettelijk stelsel van kwaliteitsborging dienen daarom de eisen te bevatten die worden gesteld aan de systematiek, inclusief het toezicht, en de kwaliteitseisen die gelden voor de verschillende betrokken partijen. In dat kader behoren de onderscheiden taken en bevoegdheden van deze partijen op heldere wijze wettelijk te zijn vastgelegd en dienen de onderlinge verhoudingen duidelijk te zijn. De basis van het voorgestelde stelsel is in dit opzicht niet toereikend. Zo is niet vastgelegd aan welke criteria een instrument van de instrumentbeheerder dient te voldoen om te kunnen worden toegelaten tot het stelsel van kwaliteits-

borging voor het bouwen. Evenmin is vastgelegd aan welke kwaliteits- en onafhankelijkheidseisen de organisaties die een instrument kunnen aanbieden dienen te voldoen. Voorts ontbreken in het voorstel de voorwaarden waaronder een instrumentbeheerder een kwaliteitsborger toestaat om het instrument te gebruiken. Onduidelijk is hoe de instrumentbeheerder nagaat dat de kwaliteitsborger zijn borgingsactiviteiten adequaat vervult en hoe het eventuele proces van sanctionering jegens de kwaliteitsborger zal worden georganiseerd. Ook de eisen ten aanzien van de systematiek van kwaliteitsborging en de wijze waarop het toezicht op de toepassing van het instrument en de sanctionering in geval van misbruik is georganiseerd zijn niet in het voorstel vastgelegd. Hetzelfde geldt voor de hoofdelementen van de deskundigheids-, vakbekwaamheid en onafhankelijkheidseisen waaraan een kwaliteitsborger dient te voldoen.

De Afdeling merkt op dat, mede gelet op het ontbreken van de hiervoor aangeduide hoofdelementen, het risico bestaat dat de beschreven handelwijze ontoereikend is om voortvarend en adequaat tegen de desbetreffende kwaliteitsborger op te treden. Dit klemt te meer omdat deze een cruciale rol vervult in het voorgestelde stelsel. Vastgesteld moet worden dat aan de kwaliteitsborger geen rechtstreekse wettelijke eisen worden gesteld. De Afdeling acht dit noodzakelijk. Daarbij zou aan de toelatingsorganisatie de bevoegdheid moeten worden toegekend om tegen de kwaliteitsborger op te treden als dat nodig is.

### **Elektronisch kunnen inleveren van kandidatenlijsten (W04.15.0259/I)**

Voorstel van wet van het lid Klein tot wijziging van de Kieswet ten behoeve van het elektronisch kunnen inleveren van kandidatenlijsten of daarmee samenhangende bescheiden.

*(Artikel 59 van de Grondwet laat slechts in beperkte mate delegatie in de Kieswet toe)*

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel strekt ertoe het mogelijk te maken officiële documenten en verklaringen, die door de Kieswet worden voorgeschreven, digitaal in te leveren. Het gaat daarbij met name om ondersteuningsverklaringen en het proces van kandidaatstelling.

#### **Adviesopmerking**

Hoewel de tekst van artikel 59 van de Grondwet delegatie in de Kieswet door de wetgever niet uitsluit, wordt met betrekking tot het kiesrecht altijd de lijn gehanteerd dat, gelet op de bijzondere materie in het democratisch bestel, alle wezenlijke elementen op het niveau van de formele wet moeten worden vastgelegd. Bij de grondwetsherziening van 1983 was één van de uitgangspunten ten aanzien van delegatie van regelgevende bevoegdheid dat de mate waarin, en de wijze waarop delegatie mag plaatsvinden, afhangt van onderwerp, historie en strekking van de desbetreffende grondwetsbepaling. Onderwerp, historie en

strekking kunnen daarbij grenzen stellen aan de bevoegdheid tot delegatie, ook in het geval dat de desbetreffende grondwetsbepaling een op zichzelf ruime delegatieterm bevat. De bijzondere aard van het onderwerp kiesrecht is bij de behandeling van de herziening van de Kieswet in 1989 expliciet aan de orde geweest. De regering zei hierover destijds:

‘Voor de Kieswet geldt hierbij nog de bijzonderheid dat deze wet in al haar onderdelen vorm geeft aan het fundamentele grondwettelijke recht van de burgers om de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te kiezen en als lid daarvan te worden gekozen. Het belang van dit recht brengt een vrij grote mate van detaillering van de verschillende regelingen in de wet zelf mee. Dit wordt blijkens het eindverslag door de aan het woord zijnde leden ook onderkend. Voor regeling in het Kiesbesluit en bij ministeriële regeling blijven dan alleen punten over die als detailpunten van administratieve en procedurele aard zijn te beschouwen.’

Dit betekent dat er een versterkte plicht ligt bij de wetgever om de noodzaak van delegatie aan te tonen waar het kiesrechtelijke onderwerpen betreft. In het voorstel wordt echter een wezenlijke element, te weten de procedure voor het digitaal afleggen van instemmings- en ondersteuningsverklaringen gedelegeerd naar lagere regelgeving, zonder dat wordt gemotiveerd waarom dit noodzakelijk is. De Afdeling adviseert in het voorstel alle

wezenlijke elementen op het niveau van de wet zelf te regelen, waaronder in ieder geval de procedure voor het digitaal inleveren van documenten en verklaringen. Indien delegatie mogelijk wordt gemaakt, adviseert zij deze zo nauwkeurig mogelijk te begrenzen en te motiveren waarom deze delegatie noodzakelijk is.

### **Wijziging van het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting (W04.16.0040/I)**

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 in verband met het regelen van het toezicht op de borgingsvoorziening en het doorvoeren van een aantal wijzigingen met beperkte beleidsmatige gevolgen.

*(De hoofdelementen van de regulering van de borgingswerkzaamheden van het WSW en het toezicht daarop moeten in de Woningwet worden opgenomen)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit stelt eisen aan de borgingswerkzaamheden van het Waarborgfonds Sociale Woningbouw (WSW) en reguleert het toezicht daarop. Tevens bevat het een aantal andere wijzigingen van het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 (BTIV 2015).

#### **Adviesopmerking**

Het ontwerpbesluit geeft invulling aan de regulering van het toezicht op de borgingswerkzaamheden van het WSW.

De grondslag voor het ontwerpbesluit wordt wat betreft dit onderwerp gevormd door artikel 21f van de Woningwet. Dit artikel is in de wet gekomen als gevolg van een amendement van de Kamerleden Van der Linde, Monasch en Verhoeven. Dit amendement werd ingediend om, vooruitlopend op nader onderzoek naar de vraag of en hoe een vorm van publiekrechtelijke regulering en toezicht voor het WSW moest worden ingesteld, alvast de mogelijkheid te scheppen nadere voorschriften aan het WSW te kunnen geven.

Het ontwerpbesluit regelt onder meer:

- een zogenoemde 'actieve' informatieplicht van het WSW aan de minister;
- een toets op geschiktheid en betrouwbaarheid voor commissarissen en bestuurders van het WSW;
- een verplichting van het WSW om beleidsregels op te stellen;
- een goedkeuringsbevoegdheid van de minister ten aanzien van die beleidsregels;
- eisen aan de bedrijfsvoering van het WSW;
- verschillende toezicht- en handhavingsbevoegdheden voor de minister, waaronder een aanwijzingsbevoegdheid, een vorm van preventief toezicht voor het geval dat niet aan een aanwijzing wordt voldaan en een bevoegdheid tot ontslag van de raad van commissarissen van het WSW.

De Afdeling merkt op dat bij de verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling behoort te omvatten. Inlichtingenplichten, goedkeuringsbevoegdheden en toezicht- en handhavingsbevoegdheden behoren tot de hoofdelementen van een regeling. In dit kader valt ook op dat de hoofdlijnen van de toets voor geschiktheid en betrouwbaarheid voor commissarissen en bestuurders van toegelaten instellingen in de Woningwet zijn geregeld, terwijl dezelfde toets voor commissarissen en bestuurders van het WSW door het ontwerpbesluit in het BTIV 2015 wordt geregeld. Niet duidelijk is waarom beide niet op gelijk niveau van regelstelling worden geregeld.

Gelet op het bovenstaande is de Afdeling van oordeel dat de genoemde elementen van het ontwerpbesluit op het niveau van de wet moeten worden geregeld. Daartoe zou een voorstel tot wijziging van de Woningwet bij de Tweede Kamer aanhangig moeten worden gemaakt. Zolang dit voorstel niet is aanvaard en in werking is getreden kan de regeling van het ontwerpbesluit gelden. De Afdeling adviseert de hoofdelementen van de regulering van de borgingswerkzaamheden van het WSW en het toezicht daarop in de Woningwet op te nemen.

## 7.2 Inwerkingtreding en overgangsrecht

### Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (W04.15.0156/I)

Voorstel van wet tot wijziging van de Woningwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een nieuw stelsel van kwaliteitsborging voor het bouwen en de versterking van de positie van de bouwconsument.

*(Er moet worden voorzien in overgangsrecht voor bestaande gevallen)*

#### Inhoud voorstel

De regering beoogt de kwaliteit van bouwwerken te verbeteren. Het voorstel bevat daartoe twee onderdelen. Het eerste onderdeel betreft wijzigingen van de Woningwet en de Wabo. De preventieve toetsing door het bevoegd gezag aan de bouwtechnische voorschriften bij de beoordeling van de aanvraag om een omgevingsvergunning voor het bouwen vervalt. In plaats daarvan moet de vergunningaanvrager tijdens de bouw gebruik maken van een instrument voor kwaliteitsborging. Dat instrument heeft tot doel een bouwwerk te realiseren dat voldoet aan de technische bouwvoorschriften. Het tweede onderdeel verbetert de positie van de bouwconsument/opdrachtgever door middel van enkele aanpassingen in het

Burgerlijk Wetboek ten aanzien van de aansprakelijkheid van de aannemer voor verborgen gebreken, het opschortingsrecht van de opdrachtgever en de introductie van een informatieplicht van de aannemer.

#### **Adviesopmerking**

Ingevolge het voorstel zal de omgevingsvergunning worden geweigerd indien uit de aanvraag en de daarbij verstrekte gegevens en bescheiden niet blijkt dat voor het bouwen van een bouwwerk door een kwaliteitsborger een instrument voor kwaliteitsborging wordt toegepast dat is afgestemd op de gevolgklasse waaronder het type bouwwerk valt. Bij amvb zullen de categorieën bouwwerken worden aangewezen die worden onderworpen aan een instrument voor kwaliteitsborging. Wanneer deze amvb in werking treedt zullen reeds ingediende aanvragen met betrekking tot die categorieën bouwwerken de nog onder het oude recht benodigde gegevens bevatten en op basis van het nieuwe recht onvolledig zijn. De Afdeling merkt op dat het voorstel een voorziening zou moeten bevatten die regelt dat betreffende aanvragen overeenkomstig het oude recht worden afgehandeld. Ook ligt het in de rede bezwaar- en beroepsprocedures volgens het oude recht af te handelen. De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

#### **Besluit verwerking persoonsgegevens GDI (W04.16.0008/I)**

Ontwerpbesluit houdende regels betreffende de verwerking van persoonsgegevens in de voorzieningen voor de generieke digitale infrastructuur DigiD, DigiD Machtigen, MijnOverheid en BSN-Koppelregister.

#### *(De noodzaak voor terugwerkende kracht moet worden gemotiveerd)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit regelt welke gegevens de minister van BZK kan verwerken binnen MijnOverheid, DigiD en DigiD Machtigen, welke gegevens hij kan verstrekken aan de afnemers van die drie systemen en hoelang hij de gegevens mag bewaren. Daarnaast bevat het ontwerpbesluit regels voor particuliere authenticatiemiddelen, die via het BSN-Koppelregister toegang geven tot MijnOverheid.

#### **Adviesopmerking**

Het ontwerpbesluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst, en werkt terug tot en met 1 november 2015. Er is gekozen voor terugwerkende kracht, omdat de inwerkingtreding van dit besluit samenhangt met de inwerkingtreding van artikel X op 1 november 2015. Wat er fout gaat als niet wordt voorzien in terugwerkende kracht, wordt niet aangeduid. Dat is van belang, omdat regelingen in beginsel alleen gelden voor het toekomstige.

Terugwerkende kracht is een uitzondering, waarvoor een bijzondere reden moet bestaan. Het is in het algemeen niet noodzakelijk dat een uitvoeringsregeling op hetzelfde moment werking krijgt als de grondslagregeling. De Afdeling adviseert de terugwerkende kracht van een dragende motivering te voorzien en anders daarvan af te zien.

#### **Wet herziening partneralimentatie (W03.15.0194/II)**

Voorstel van wet van de leden Van Oosten, Recourt en Berndsen-Jansen tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van partneralimentatie.

#### *(De regeling omtrent overgangsrecht moet worden aangevuld)*

#### **Inhoud voorstel**

De initiatiefnemers beogen met het initiatiefwetsvoorstel de partneralimentatie eerlijker te maken, simpeler te berekenen en in duur te verkorten. De grondslag voor de betaling van partneralimentatie wordt gewijzigd. De voorgestelde nieuwe grondslag voor de partneralimentatie is compensatie voor het gedurende het huwelijk ontstane verlies aan verdien capaciteit als gevolg van de tijdens het huwelijk gemaakte keuzes. Voorts wordt voorgesteld om het voor partijen mogelijk te maken in huwelijkse voorwaarden of bij een geregistreerd partnerschapovereenkomst afspraken te maken die afwijken van de wettelijke minimumregeling ten aanzien van de partneralimentatie. Tot slot wordt voorgesteld om de mogelijkheden om partneralimentatie te wijzigen, sterk te beperken.

### **Adviesopmerking**

Het voorstel kent eerbiedigende werking. Het voorstel is alleen van toepassing op verzoeken tot uitkeringen tot levensonderhoud die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn ingediend of tussen partijen zijn overeengekomen. De Afdeling onderschrijft de eerbiedigende werking maar merkt op dat voor twee situaties geen overgangsrecht is opgenomen. Ten eerste voorziet het voorstel niet in overgangsrecht voor het geval dat na een geslaagd beroep op de bestaande wijzigingsgronden de hoogte van de partneralimentatie opnieuw moet worden vastgesteld. Dit leidt ertoe dat de nieuwe berekeningssystematiek moet worden toegepast. Dat kan tot gevolg hebben dat er alsnog geen recht op partneralimentatie is. De Afdeling adviseert in verband met verkregen rechten met betrekking tot oude gevallen op alle onderdelen de eerbiedigende werking toe te kennen. Dat leidt ertoe dat artikel V, eerste lid, voorrang moet hebben boven artikel V, tweede lid.

Ten tweede is er voor de berekening van voorlopige partneralimentatie (voor de duur van het geding) geen overgangsrecht opgenomen. Hierdoor moeten verzoeken die zijn ingediend voor inwerkingtreding van dit voorstel op grond van het nieuwe recht worden beoordeeld terwijl in de bodemprocedure op grond van het overgangsrecht de oude berekeningssystematiek van toepassing is. De Afdeling adviseert in bovengenoemde gevallen het voorstel overeenkomstig het voorgaande aan te passen.

### **Wijziging algemene maatregelen van bestuur op het terrein van VWS (W13.16.0094/III)**

Ontwerpbesluit houdende wijziging van een aantal algemene maatregelen van bestuur op het terrein van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport teneinde misslagen en omissies te herstellen.

### ***(De noodzaak van het verlenen van terugwerkende kracht aan belastende maatregelen moet worden gemotiveerd)***

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit voorziet in het herstellen van een aantal onjuistheden en onvolkomenheden in enige regelingen.

#### **Adviesopmerking**

Artikel XI wijzigt het Warenwetbesluit retributies levensmiddelen (hierna: het besluit). In dit besluit zijn de retributies opgenomen die door de Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit (NVWA) in rekening worden gebracht voor het uitvoeren van controlewerkzaamheden op grond van Europese regelgeving. Artikel 9 van dit besluit regelt de door de pakstations, legpluimveehouders en eiproductfabrikanten verschuldigde retributie. Dit artikel is bij besluit van 3 februari 2016 aangepast. Omdat het de bedoeling is geweest vanaf het moment van het opheffen van de productschappen de kosten voor de controles te verhalen op de pakstations, pluimveehouders en eiproductfabrikanten, is aan het artikel terugwerkende kracht verleend tot en met 1 april 2015.

De Afdeling heeft over de terugwerkende kracht niet geadviseerd. De NVWA zou in het eerste kwartaal van 2016 de retributies gaan innen over de periode van 1 april 2015 tot en met 31 maart 2016. Naast de reeds genoemde pakstations, pluimveehouders en eiproductfabrikanten zijn ook de verzamelaars een retributie voor controle verschuldigd. Omdat deze categorie ten onrechte niet was opgenomen in artikel 9 van het besluit, wordt hierin voorzien in het ontwerpbesluit. Ook aan deze verplichting wordt terugwerkende kracht verleend, en wel tot 1 januari 2015. De toelichting motiveert dit door te verwijzen naar het moment van opheffen van de productschappen.

Gelet op het rechtszekerheidsbeginsel mag aan belastende maatregelen geen terugwerkende kracht worden toegekend, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van deze regel rechtvaardigen. Die omstandigheden kunnen gevormd door een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening of door aanmerkelijke aankondigingseffecten. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is in dit geval niet gebleken. Gebleken is dat jaarlijks vanaf het tijdstip van opheffing van de productschappen per 1 april 2014 een retributie aan de NVWA verschuldigd is voor de reeds bestaande controles op residuen van verboden stoffen. Het eerste jaar zijn de kosten voor de controles niet verhaald op de gecontroleerden. Van bijzondere omstandigheden die terugwerkende kracht tot 1 januari 2015 zouden kunnen rechtvaardigen is niet gebleken. Dat reeds eerder aan de door pakstations,

pluimveehouders en eiproduktfabrikanten te betalen retributie terugwerkende kracht is toegekend vormt op zich geen bijzondere omstandigheid. De Afdeling adviseert het verlenen van terugwerkende kracht aan bedoelde belastende maatregel dragend te motiveren. Indien een toereikende motivering niet kan worden gegeven adviseert zij af te zien van het verlenen van terugwerkende kracht.

### **Gegevensverstrekking door de Sociale Verzekeringsbank (W12.16.0361/III)**

Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de gegevensverstrekking door de Sociale verzekeringsbank en een enkele technische wijziging.

*(Van de terugwerkende kracht moet worden afgezien)*

#### **Inhoud voorstel**

Het ontwerpbesluit stelt nadere regels over de uitwisseling van gegevens tussen de Sociale Verzekeringsbank en instellingen die zorg dragen voor de certificering van uitzendorganisaties (hierna: de certificerende instelling). Het gaat om gegevens aangaande een verklaring toepasselijke wetgeving (hierna: A1 verklaring). Het doel van de gegevensuitwisseling is het verbeteren van de controle op misbruik in de uitzendbranche. Daarnaast herstelt het ontwerpbesluit enkele technische fouten in het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Baadi).

#### **Adviesopmerking**

Artikel I, onderdeel E, van het ontwerpbesluit corrigeert verwijzingen in artikel 3a:3 van het Baadi. Artikel 3a:3 regelt welke gegevens omtrent opgelegde boetes en als sanctie opgelegde stilleggingen van werk openbaar worden gemaakt. De correctie betreft de verwijzing naar twee artikelen in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi), die de soorten besluiten beschrijven waarover op grond van artikel 3a:3 van het Baadi gegevens openbaar worden gemaakt. Voorgesteld wordt om de correcties terugwerkende kracht te verlenen tot 1 januari 2016. Dit wordt niet toegelicht. De toelichting vermeldt wel dat er nog geen besluiten zijn genomen op basis van de betreffende artikelen in de Waadi, welke openbaar hadden moeten worden gemaakt.

De Afdeling wijst erop dat aan een regeling slechts terugwerkende kracht wordt verleend, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat. Afgaande op de mededeling in de toelichting dat er nog geen besluiten zijn genomen die openbaar gemaakt hadden moeten worden, ontbreekt echter het belang van het met terugwerkende kracht corrigeren van de verwijzingen. Ingeval er wél besluiten zouden zijn genomen die openbaar gemaakt hadden moeten worden, kan terugwerkende kracht niet aan de orde zijn nu openbaarmaking van bovengenoemde gegevens een belastende maatregel is voor degene tot wie het besluit zich richt. Gelet op het rechtszekerheidsbeginsel mag aan belastende maatregelen geen terugwerkende

kracht worden toegekend, tenzij bijzondere omstandigheden een afwijking van deze regel rechtvaardigen. Die omstandigheden kunnen worden gevormd door een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening of door aanmerkelijke aankondigingseffecten. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is in dit geval niet gebleken. De Afdeling adviseert de inwerkingtreding met terugwerkende kracht uit artikel II, onderdeel 2, te schrappen.

### **7.3 Wet raadgevend referendum**

#### **Bekostigen levensbeschouwelijk onderwijs en godsdienstonderwijs op openbare scholen (W05.15.0222/I)**

Voorstel van wet van de leden Ypma en Voordewind houdende wijziging van de Wet primair onderwijs en de Wet op de expertisecentra ten einde levensbeschouwelijk onderwijs en godsdienstonderwijs op openbare scholen te bekostigen.

*(Bij de inwerkingtredingsbepaling moet rekening worden gehouden met de Wet raadgevend referendum)*

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel heeft als doel het creëren van een grondslag om bij amvb regels dan wel voorwaarden te geven over de bekostiging van levensbeschouwelijk vormingsonderwijs of godsdienstonderwijs op openbare

scholen. Hierdoor wordt de bekostiging via subsidies omgezet in een wettelijk geregelde bekostiging voor zover dit wordt gegeven door bevoegde leerkrachten. Daarnaast wordt het aantal uren dat mee mag tellen voor het aantal uren onderwijs dat leerlingen ten minste moeten ontvangen teruggebracht van 120 uur naar 40 uur.

#### **Adviesopmerking**

Artikel III bepaalt dat de wet in werking treedt op 1 augustus volgende op de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst. Volgens de toelichting is hiervoor gekozen om ervoor te zorgen dat de bekostiging en de urenreductie van toepassing worden bij de aanvang van een nieuw schooljaar. De Afdeling wijst in dit verband op het feit dat op 1 juli 2015 de Wet raadgevend referendum (Wrr) in werking is getreden. Op grond van die wet moet er minimaal acht weken zitten tussen de plaatsing van een wet in het Staatsblad en de datum van inwerkingtreding, zodat voldoende tijd aanwezig is om een eventueel verzoek tot het houden van een referendum over de wet in te dienen. De formulering van artikel III houdt hiermee geen rekening: het kan immers zo zijn dat de datum van uitgifte van het Staatsblad binnen acht weken voor 1 augustus ligt. In dat geval zou op grond van artikel 8, tweede lid, Wrr, de inwerkingtreding van rechtswege worden opgeschort tot de dag na het verstrijken van de termijn van acht weken.

Indien inwerkingtreding van het voorliggend voorstel per 1 augustus noodzakelijk is, zou gebruik gemaakt kunnen worden van de spoedprocedure van artikel 12 Wrr. In dat geval moet de inwerkingtredingsbepaling daarvan expliciet melding maken en dient te worden gemotiveerd waarom voor dit voorstel afwijking van de hoofdregel van de Wrr noodzakelijk is. De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig de inwerkingtredingsbepaling aan te passen.

#### **Voorstel intrekking van de goedkeuringswet Associatieovereenkomst Oekraïne (W02.16.0090/II)**

Voorstel van wet van de leden Wilders en Bosma tot intrekking van de goedkeuringswet inzake de Associatieovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten enerzijds en Oekraïne anderzijds.

*(Het begrip ‘zo spoedig mogelijk’ uit artikel 11 Wet raadgevend referendum betekent niet dat onmiddellijk aan de uitslag van een referendum een wettelijk gevolg hoeft te worden verbonden)*

#### **Inhoud voorstel**

Het voorstel beoogt uitvoering te geven aan artikel 11 Wrr. De memorie van toelichting vermeldt dat op grond van artikel 11 Wrr zo spoedig mogelijk een voorstel van wet dient te worden ingediend, indien onherroepelijk is

vastgesteld dat een referendum heeft geleid tot een ‘raadgevende uitspraak tot afwijzing’. Het referendum van 6 april 2016 heeft geleid tot een raadgevende uitspraak tot afwijzing van de wet van 8 juli 2015, houdende goedkeuring van de op 27 juni 2014 te Brussel tot stand gekomen Associatieovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie en haar lidstaten, enerzijds, en Oekraïne, anderzijds (hierna: de goedkeuringswet). Onder verwijzing naar de uitslag van het referendum kiezen initiatiefnemers ervoor voor te stellen de goedkeuringswet in te trekken.

#### **Adviesopmerking**

De initiatiefnemers hebben ervoor gekozen zelf een voorstel tot intrekking van de goedkeuringswet aanhangig te maken en een regeringsvoorstel niet af te wachten. Zij zijn van mening dat de woorden ‘zo spoedig mogelijk’ in artikel 11 van de Wrr daartoe nopen. De initiatiefnemers stellen dat de regering handelt in strijd met artikel 11 Wrr, nu deze nog geen wetsvoorstel heeft ingediend. De Afdeling merkt op dat het begrip ‘zo spoedig mogelijk’ in de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van de Wrr niet is geconcretiseerd of toegelicht. Wel heeft de wetgever bewust gekozen voor het begrip ‘zo spoedig mogelijk’ in artikel 11 Wrr. Dit blijkt uit het feit dat in andere artikelen van de Wrr waar een tijdspanne aangeduid wordt, gebruik gemaakt is van concrete termijn aanduidingen of van de term ‘onverwijld’.



In het hierna volgende zal op drie verschillende aspecten worden ingegaan. Ten eerste het verschil tussen de termen ‘zo spoedig mogelijk’ en ‘onverwijld’, ten tweede het belang van de context waarin die termen gebruikt worden en ten derde de context van zowel de feiten als die van het juridisch kader van het onderhavige wetsvoorstel. Met betrekking tot het eerste aspect wijst de Afdeling erop dat de termen ‘zo spoedig mogelijk’ en ‘onverwijld’ in de Nederlandse wetgeving op veel verschillende plaatsen voorkomen. Zij verschillen daarin dat bij de term ‘zo spoedig mogelijk’ meer ruimte in de tijd in acht mag worden genomen dan bij de term ‘onverwijld’.

Het tweede aspect betreft de notie dat voor een interpretatie van dit type termen, derhalve ook voor de interpretatie van ‘zo spoedig mogelijk’ in de Wrr, de context waarin zij worden gebruikt van groot belang is. Verschillen in context kunnen leiden tot verschillen in tijdspanne die met het begrip bedoeld is. Ter illustratie kan gewezen worden op rechtspraak over een procesrechtelijke context, waarin degene op wie een verplichting rust om ‘zo spoedig mogelijk’ een handeling te verrichten daarvoor tussen de twee en vier weken de tijd krijgt. In een andere context kan de invulling van de term ‘zo spoedig mogelijk’ anders uitpakken. De Afdeling wijst in dit verband, eveneens ter illustratie, op de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen (Rg bv), waarin is bepaald dat door de regering gesloten verdragen zo spoedig mogelijk ter goedkeuring aan de Staten-Generaal moeten worden

voorgelegd. Uit de memorie van toelichting blijkt dat het tijdsverloop dat gemoeid mag zijn met het ‘zo spoedig mogelijk’ ter goedkeuring voorleggen niet scherp te definiëren valt: ‘Verschillende factoren kunnen daarop van invloed zijn, zoals bijvoorbeeld de noodzaak van uitvoeringswetgeving, de ingewikkeldheid van de materie, complicerende EG-aspecten, inwinnen van advies en, ten slotte, de relatieve prioriteit ten opzichte van ander werk.’

Het derde aspect betreft de concrete context van het voorliggende voorstel. De Afdeling wijst in dat verband op de context van zowel de feiten als die van het juridisch kader. Zoals onder 1 reeds is aangegeven, betreft de goedkeuringswet geen zuiver nationale aangelegenheid omdat een niet-ratificeren van de Associatieovereenkomst gevolgen heeft voor de EU, EURATOM, de andere lidstaten en Oekraïne. Deze feitelijke situatie alsook – zoals onder 1 uiteengezet – het juridisch kader (namelijk de beginselen van Unietrouw en verdragsrechtelijke goede trouw, en het gemengde karakter van de Associatieovereenkomst), vormen de context waarbinnen de term ‘zo spoedig mogelijk’ bij de uitslag van dit raadgevend referendum over de Associatieovereenkomst moet worden geïnterpreteerd. Gelet hierop heeft de Afdeling begrip voor de keuze van de regering om gesprekken te willen voeren met de overige verdragsluitende partijen over de gevolgen van de uitkomst van het raadgevende referendum, hetgeen enige tijd kost. Uit het bovenstaande volgt dat het begrip ‘zo spoedig

mogelijk’ in artikel 11 Wrr niet zo stringent is als door initiatiefnemers wordt verondersteld, getuige hun stelling dat de regering handelt in strijd met artikel 11 nu zij nog geen wetsvoorstel aanhangig heeft gemaakt. De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te passen en de keuze voor het initiatiefvoorstel vanwege strijd met artikel 11 Wrr toereikend te motiveren.

### **Uitvoering EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten (W15.15.0442/IV)**

Voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet, de Boeken 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht alsmede daarmee samenhangende wijzigingen van andere wetten in verband met de uitvoering van EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten.

*(Een beroep op de spoedprocedure van artikel 12 Wet raadgevend referendum dient niet zekerheidshalve in het voorstel te worden opgenomen)*

#### **Inhoud voorstel**

Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan de onderdelen van de EU-verordening elektronische identiteiten en vertrouwensdiensten (hierna: de verordening), die noodzaken tot wetswijziging. De verordening regelt grensoverschrijdend gebruik van elektronische identificatiemiddelen en vertrouwensdiensten tussen EU-lidstaten en zal vanaf 1 juli 2016 rechtstreeks van toepassing zijn.



### **Adviesopmerking**

Het voorgestelde artikel XII regelt inwerkingtreding van het wetsvoorstel op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Daarbij kan de inwerkingtreding voor verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend worden vastgesteld. Het tweede lid van artikel XII bepaalt dat in het inwerkingtreedingsbesluit zo nodig toepassing wordt gegeven aan artikel 12 van de Wet raadgevend referendum bij de inwerkingtreding van artikelen of onderdelen van het voorstel van wet die zijn gewijzigd na indiening van het voorstel bij de Tweede Kamer. Een toelichting op het tweede lid van artikel XII ontbreekt.

De Afdeling wijst erop dat op grond van artikel 5, onderdeel e, van de Wrr, geen referendum kan worden gehouden over wetten die uitsluitend strekken tot uitvoering van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Uit de memorie van toelichting van de Wrr blijkt dat deze uitzondering mede ziet op wetten die uitvoering geven aan Europese verordeningen. Het wetsvoorstel strekt uitsluitend tot omzetting van de verordening. Daardoor is het voorstel op grond van artikel 5, onderdeel e, niet referendabel en is het niet noodzakelijk om artikel 12 Wrr op de inwerkingtreding van toepassing te verklaren.

Voor zover het tweede lid van artikel XII beoogt te anticiperen op de situatie dat in de parlementaire behandeling onderwerpen aan het wetsvoorstel worden toegevoegd die de verplichte uitvoering van de verordening te buiten

gaan, merkt de Afdeling het volgende op. Het uitgangspunt bij implementatie van bindende EU regelgeving is dat in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Dit uitgangspunt geldt ook voor nota's van wijziging en amendementen met betrekking tot het wetsvoorstel. In die zin is het niet nodig en niet wenselijk bij voorbaat een regeling op te nemen voor het geval van dit uitgangspunt zou worden afgeweken.

Daarnaast wijst de Afdeling erop dat het opnemen van een bepaling als het tweede lid van artikel XII geen recht doet aan het uitgangspunt van de Wrr dat artikel 12 uitsluitend in uitzonderingsituaties moet worden toegepast. De reden voor toepassing van artikel 12 Wrr zal, blijkens de toelichting op de Wrr, geen andere kunnen zijn dan dat de wet dermate spoedeisend is dat afgeweken moet worden van de algemene inwerkingtreedingsprocedure uit de artikelen 8 en 9 Wrr. Deze spoedeisendheid dient in zo'n geval dan ook gemotiveerd te worden. Het voor de zekerheid opnemen van een bepaling die artikel 12 Wrr van toepassing verklaart, voor het geval toepassing ervan in de loop van de parlementaire behandeling wenselijk blijkt, voldoet niet aan dit uitgangspunt. De Afdeling adviseert op grond van het bovenstaande het tweede lid van artikel XII te schrappen.

### **Verzamelwet Zvw 2016 (W13.16.0138/III)**

Voorstel van wet houdende wijziging van de Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag in verband met enkele inhoudelijke en technische verbeteringen.

*(De noodzaak van het beroep op de spoedprocedure van artikel 12 Wet raadgevend referendum is niet aangetoond)*

### **Inhoud voorstel**

Het voorstel strekt er onder meer toe de Zorgverzekeringswet en de Wet op de zorgtoeslag te wijzigen in verband met het vervroegen van de jaarlijkse bekendmaking van de nominale premie en de standaardpremie.

### **Adviesopmerking**

In artikel III wordt de mogelijkheid gecreëerd om in het inwerkingtreedingsbesluit de spoedprocedure uit artikel 12 Wrr toe te passen. De toelichting stelt dat dit nodig zou kunnen zijn om de jaarlijkse bekendmaking van de nominale premie met een week te vervroegen teneinde de zorgtoeslag met ingang van een nieuw kalenderjaar te kunnen vaststellen. Of dat nodig is, hangt mede af van het moment waarop het parlement het wetsvoorstel aanneemt, aldus de toelichting.

Uitgangspunt van de Wrr is dat een wet niet in werking treedt voordat een referendum is gehouden of de gelegenheid is geweest om een inleidend verzoek daartoe in te dienen. Daarvan kan slechts worden afgeweken als een wet

dermate spoedeisend is dat zij onmiddellijk in werking moet treden. Indien de wetgever daarvoor te lichtvaardig zou kiezen, zou dat het karakter van de Wrr als algemene wet aantasten. De Afdeling merkt op dat beoogd wordt af te wijken van de Wrr in een context waarin een wijziging in werking gaat treden op een vooralsnog onbekend moment, te weten een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

De reden voor toepassing van artikel 12 Wrr zal, blijkens de toelichting op de Wrr, geen andere kunnen zijn dan dat de wet dermate spoedeisend is dat afgeweken moet worden van de algemene inwerkingtredingsprocedure uit de artikelen 8 en 9. Het voor de zekerheid opnemen van een bepaling die artikel 12 Wrr van toepassing verklaart, voor het geval toepassing er van in de loop van de parlementaire behandeling wenselijk lijkt, voldoet niet aan dit uitgangspunt. De Afdeling adviseert dragend te motiveren waarom de spoedprocedure mogelijk wordt gemaakt en bij gebreke van een dergelijke motivering de mogelijkheid om de spoedprocedure te volgen te schrappen.

## 7.4 Gevolgen buitenwerkingstelling

### Bewaring van telecommunicatiegegevens (W03.15.0387/II)

Voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare telecommunicatiediensten.

*(In het belang van rechtszekerheid adviseert de Afdeling om alle buiten werking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, onder gelijktijdige intrekking van die artikelen en met inachtneming van de aanpassingen die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volledig in het wetsvoorstel op te nemen)*

#### Inhoud voorstel

Het wetsvoorstel strekt tot aanpassing van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 8 april 2014 in de gevoegde zaken Digital Rights Ireland en

Seitlinger en de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (hierna: voorzieningenrechter) van 11 maart 2015. De regering houdt in het wetsvoorstel vast aan een algemene bewaarplicht van bepaalde telecommunicatiegegevens van alle burgers, ongeacht de mate van hun betrokkenheid bij ernstige misdrijven en niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid. Ook de lengte van de bewaartermijnen blijft ongewijzigd. De voorgestelde wijzigingen betreffen onder meer de aanpassing van de verschillende categorieën van te bewaren gegevens, de verplichting tot opslag van de gegevens op het grondgebied van de Europese Unie, de beperking van de bevoegdheid van de officier van justitie tot het vorderen van verkeersgegevens en voorafgaande rechterlijke toetsing door de rechter-commissaris.

#### Adviesopmerking

Op 11 maart 2015 heeft de voorzieningenrechter de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, die een wijziging bevat van artikelen in de Telecommunicatiewet en de Wet economische delicten, in zijn geheel buiten werking

gesteld. Een buitenwerkingstelling dient volgens de Hoge Raad te worden uitgelegd als ‘een in algemene termen vervat verbod (...), daartoe strekkend dat de Staat zich – tot een eventuele beslissing in een bodemprocedure, waarbij de beschikkingen verbindend worden geoordeeld – heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die beschikkingen zijn gegrond, met name het uitvoeren of doen uitvoeren daarvan, bijvoorbeeld door daden van opsporing of strafvervolging’. De voorzieningenrechter heeft aan de buitenwerkingstelling geen beperkingen gesteld. Ook is geen hoger beroep ingesteld of een bodemprocedure aanhangig gemaakt.

Het wetsvoorstel gaat er klaarblijkelijk van uit dat met de voorgestelde wijzigingen de buitenwerkingstelling van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens als geheel wordt opgeheven. Van belang is echter dat de voorzieningenrechter op 11 maart 2015 alle artikelen van de genoemde wet buiten werking heeft gesteld. Met het oog daarop wijst de Afdeling erop dat de hierboven aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad over de betekenis van de buitenwerkingstelling ook zo gelezen kan worden dat het rechterlijk verbod om uitvoeringsmaatregelen te nemen op basis van de buiten werking gestelde en door het wetsvoorstel niet opnieuw vastgestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens nog steeds geldt.

De Afdeling acht mogelijke onduidelijkheid over de betekenis van het wetsvoorstel voor de buitenwerkingstelling van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens ongewenst. Dit geldt zowel voor de artikelen van die wet die in het wetsvoorstel wel worden gewijzigd (maar niet opnieuw worden vastgesteld) als voor de artikelen die niet worden aangepast. Voorts zijn van belang de algemeen verbindende voorschriften die op grond van de buiten werking gestelde artikelen zijn vastgesteld. De Afdeling wijst er in dit verband op dat ook de buiten werking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens die niet door het wetsvoorstel worden aangepast alsmede de op grond van die artikelen vastgestelde lagere regelgeving, van belang zijn voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse wetgeving voldoet aan de eisen van de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om artikel 13.5, derde lid, onder b, Tw (op grond waarvan aanbieders van telecommunicatiediensten er zorg voor dragen dat de gegevens die worden bewaard onverwijld worden vernietigd na afloop van de bewaartermijn), artikel 13.5, vierde lid, Tw (dat een grondslag biedt voor het Besluit beveiliging telecommunicatiegegevens) en de bijlage bij artikel 13.2a Tw (dat de categorieën gegevens die openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten moeten opslaan bevat).

Gelet op het bovenstaande adviseert de Afdeling om, in het belang van de rechtszekerheid, alle buiten werking gestelde artikelen van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, onder gelijktijdige intrekking van die artikelen en met inachtneming van de aanpassingen die voortvloeien uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volledig in het wetsvoorstel op te nemen.

