

ARTIKELN

Wetgeving en de toets der kritiek

R.A.J. van Gestel

1. Hoe staat het met de wetgevingstoetsing in Nederland?

Dat is een intrigerende vraag van de redactie, maar een die vertaling en nadere concretisering behoeft, want: hoe zou je überhaupt willen meten of vaststellen wat het effect van de toetsing van wetgeving is? Betekent het feit dat de wetgever zich (soms) weinig aantrekt van de uitkomsten van wetgevingstoetsen automatisch dat die toetsen niet deugen?¹ En hoe weten we wat de gemiddelde kwaliteit van wetgeving in ons land zou zijn geweest wanneer we niet al die wetgevings-toetsen hadden ingevoerd?

Omdat het buitengewoon lastig is op dit soort vragen antwoorden te vinden, vlieg ik mijn verhaal anders aan. Ik vertrek vanuit de aanname dat de verschillende vormen van ex-ante-evaluatie die wij in Nederland kennen niet *zichtbaar* hebben bijgedragen aan *significante vooruitgang* in het voorkomen van wetgeving waarvan de noodzaak onvoldoende is aangetoond en dat bovendien ook alternatieven voor wetgeving vaak maar mondjesmaat in beeld zijn gekomen via de wijze van toetsen zoals we die thans aan de dag leggen. Dit terwijl de noodzaak tot deregulering en meer aandacht voor alternatieven de belangrijkste aanleiding vormden voor de start van het algemene wetgevingsbeleid.² Mijn aanname baseer ik op het feit dat opeenvolgende wetgevingsnota's – van 'Zicht op wetgeving' tot 'Werken aan toekomstbestendige wetgeving'³ – steeds opnieuw het streven naar minder en eenvoudiger regels en het gebruik van alternatieven voor wetgeving hebben benadrukt. Dit zie ik als een teken dat we er kennelijk tot op heden onvoldoende in geslaagd zijn greep te krijgen op de groeiende (gepercipieerde) regeldruk met het

- 1 Dat de wetgever zich in het verleden dikwijls weinig aangetrokken heeft van wetgevingstoetsen uit de voorlopers van het IAK, is uitgebreid gedocumenteerd. Zie voor enkele van die bronnen par. 2.
- 2 Ik vat deregulering hierna breed op. Die omvat ook vermindering van regeldruk. In feite zien we dat deregulering om de zoveel jaar in een ander jasje wordt gestoken (regeldrukvermindering, ruimtescheppende regels, toekomstbestendige regels, enz.). Zie over de vele gedaanten waarin het streven naar deregulering zich aftekent reeds: V.J.J.M. Bekkers, 'De schutkleuren van het dereguleringsbeleid', in: R.A.J. van Gestel e.a. (red.), *Markt en wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 1996, p. 59-76. De laatste jaren is regeldruk de meest gebruikte term, maar daar worden evengoed tal van verschillende inkleuringen aan gegeven. Zie daarover o.a. R.A.J. van Gestel & M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, Den Haag: WODC 2006 en A.M. Bokhorst & F.J. van Ommeren, 'Regeldruk ontrafeld', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 682-686.
- 3 'Zicht op wetgeving', *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, 1-2. 'Werken aan toekomstbestendige wetgeving', *Kamerstukken II* 2015/16, 33009, 12.

bestaande beleid en dat wetgevingstoetsen het tij op dit punt ook niet hebben kunnen keren. De vraag is: hoe valt dit te verklaren?

Wat opvalt, is dat in eerdere wetgevingsnota's eigenlijk nooit de balans wordt opgemaakt met betrekking tot de vraag wat de bestaande wijze van toetsen van wetgeving precies heeft opgeleverd. Wij kijken met andere woorden zelden terug. In deze bijdrage wil ik dat juist wel doen door in vogelvlucht een schets te bieden van de wetgevingstoetsing, zoals die zich sinds de start van het algemeen wetgevingsbeleid begin jaren negentig ontwikkeld heeft. Hierbij zal ik er in het bijzonder op letten in hoeverre er kritisch naar noodzaak van en alternatieven voor wetgeving wordt gekeken in de verschillende toetsen en of de verschillende toetsen al dan niet op elkaar aansluiten (par. 2). Daarbij zal ik niet alleen kijken naar de sectorale toetsen die geleidelijk steeds verder zijn uitgebouwd, maar ook naar de overgang van die toetsen in het Integraal Afwegingskader beleid en regelgeving (IAK). Vervolgens zoem ik in op de beleidsanalytische toetsing door de Raad van State en bekijk ik in hoeverre deze aansluit op het IAK (par. 3).

Omdat vaststaat dat de wetgevingsadviezen van de Raad van State geen blokkeeringsmacht bezitten, richt ik de blik daarna op het parlement en op de wetgevingstoetsing die in dat verband plaatsvindt (par. 4). Is het parlement wel in staat en bereid om wetgeving tegen te houden waarvan de noodzaak niet overtuigend is aangetoond? Afsluitend kijk ik naar een bijzondere vorm van wetgevingstoetsing *ex ante*, namelijk de advisering over voorgenomen regelgeving vanuit de rechterlijke macht (par. 5). In hoeverre kunnen bijvoorbeeld de Raad voor de rechtspraak (RvdR) en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) verantwoorde uitspraken doen over de proportionaliteit van voorgenomen regeling, zonder daarbij hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid op het spel te zetten, voor het geval problemen in de sfeer van de uitvoering en handhaving van wetgeving later bij de rechter eindigen? Na mijn tour d'horizon langs diverse wetgevingstoetsen keer ik terug naar de vraag voor welke problemen *ex-ante*-evaluatie kennelijk geen oplossing kan zijn (par. 6), om me vervolgens af te vragen of het geen tijd wordt voor een fundamenteel andere benaderingswijze (par. 7). Ik besluit met een korte conclusie (par. 8).

2. Een korte historie

Na de totstandkoming van de nota 'Zicht op wetgeving' in 1991, waarin voor het eerst een bredere visie op het algemeen wetgevingsbeleid werd vastgesteld, was het de Algemene Rekenkamer die in 1993 over wetgevingstoetsing opmerkte:

'Structurele voorzieningen voor het betrekken van wetgevingsafdelingen bij de keuze tussen wetgeving en alternatieve instrumenten bestaan vrijwel nergens. Ook kennen veel afdelingen geen voorzieningen om op de toepassing van de in "Zicht op wetgeving" gestelde kwaliteitseisen te kunnen toezien. Gegeven de tijdsdruk en achterstanden waarmee de onderzochte afdelingen te kampen hebben, vindt toetsing veeleer impliciet plaats dan als afzonderlijk

onderdeel van het wetgevingsproces. De Rekenkamer acht het van belang de toetsing controleerbaar te maken door het systematisch vastleggen van de toetsingsaanpak en -resultaten. Door het afleggen van verantwoording over de mate waarin het opgestelde wetgevingsprodukt voldoet aan de gestelde kwaliteitseisen, ontstaan grotere mogelijkheden voor sturing en verbetering van het wetgevingsprodukt en -proces. Tevens kan op grond hiervan een bijdrage worden geleverd aan de verdere concretisering van de kwaliteitseisen. Ten slotte stelt de Rekenkamer vast dat structurele voorzieningen voor de evaluatie van regelgeving bij vrijwel alle onderzochte wetgevingsafdelingen ontbreken. Daar hun taak bij evaluaties doorgaans niet is geëxpliciteerd, blijken vrijwel alle onderzochte afdelingen geen initiatieven op dit terrein te ontplooiën.⁴

Uit dit rapport en de reactie vanuit de regering kan worden opgemaakt dat het destijds bij de wetgevingstoetsing binnen departementen vooral ging om het explicieter en controleerbaarder maken van hoe tijdens de voorbereiding van wetgeving aan de kwaliteitseisen uit 'Zicht op wetgeving' wordt getoetst, waarbij met name aandacht zou moeten bestaan voor de keuze tussen wetgeving en alternatieven voor wetgeving. Daarbij merkte de minister van Justitie in zijn reactie op het rapport echter al gelijk op dat voorkomen zou moeten worden dat: 'een zinloze bureaucratische rompslomp ontstaat waarvan geen enkele sturende werking meer uitgaat'.⁵ Deze waarschuwing heeft achteraf gezien voorspellende waarde gehad. In de decennia daarna groeide het aantal sectorale wetgevingstoetsen als kool. Naast de juridische Wkb-toets kwam er de bedrijfseffectentoets, de milieueffectentoets, de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets, de kosten-batenanalyse, de administratieve-lastentoets enzovoort. Nieuw was ook dat men met 'startnotities' ging werken waarin de keuze voor (een bepaald soort) wetgeving nader moest worden onderbouwd. Idealiter begint zo'n notitie met een duiding van het probleem waarvoor overheidsinterventie wordt gevraagd,⁶ maar in de praktijk kwam het erop neer dat vaak reeds in de startnotitie werd voorgesorteerd op een bepaald soort wetgeving. Dat verklaart deels waarom eerdere pogingen om bij de voorbereiding van wetgeving te komen tot een meer rationele aanpak van problemen, weinig effect hebben gehad.⁷ Padafhankelijkheid speelt hierin een belangrijke rol. Zodra er eenmaal een (impliciete) keuze voor wetgeving is gemaakt tijdens de departementale beleidsvoorbereiding, blijkt het in de praktijk heel lastig om die beslissing nog terug te ploegen in de richting van niet-reguleren of niet met behulp van wetgeving reguleren.

Een gevaar van padafhankelijkheid is dat wetgevingstoetsen die worden uitgevoerd nadat duidelijk is geworden dat de keuze voor regelgeving door beleidsma-

4 *Kamerstukken II 1993/94, 23710, 1-2, p. 30.*

5 *Kamerstukken II 1993/94, 23710, 1-2, p. 33.*

6 Een recente oproep in de VS om het wetgevingsproces niet meer te beginnen met een ontwerp-wettekst, maar met een probleemanalyse vindt men in: E. Rubin, 'Statutory Design as Policy Analysis', *Harvard Journal on Legislation* (55) 2018, afl. 1, p. 143.

7 G.J. Veerman & R. Mulder, *Wetgeving met beleid. Bouwstenen voor een bruikbare wetgevingstheorie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 6.

kers de facto reeds gemaakt is, weinig meer om het lijf hebben. In dat opzicht is het niet verwonderlijk dat Van Twist en Mayer reeds rond de eeuwwisseling constateren dat veel toetsen in de praktijk fungeren als obligate checklists.⁸ Het ontbrak vaak aan motivatie, menskracht en middelen om daadwerkelijk onderzoek te doen naar de kansen en risico's van alternatieven voor wetgeving. Bonnes constateert in 2004 dat sprake is van een stapeling van checklists, die inhoudelijk vaak leeg blijven.⁹ Stoop voegt daar in haar dissertatie in 2005 aan toe dat de toetsing door het ministerie van Justitie hieraan weinig tegenwicht kan bieden, omdat de minister van Justitie ook afhankelijk is van de medewerking van zijn collega-ministers.¹⁰

Na diverse kritische evaluaties ontstaat omstreeks 2005 bij het toenmalige kabinet het besef dat een andere benadering nodig is. Daarin zou aandacht moeten bestaan voor zaken als nalevingskosten, gepercipieerde regelhinder en de wijze waarop uitvoeringsorganisaties zelf tegen voorgenomen regelgeving aankijken. Om te komen tot een integrale benadering moet er drastisch worden gesnoeid in het woud van sectorale wetgevingstoetsen. Door de Interdepartementale Commissie voor Constitutionele aangelegenheden en Wetgevingsbeleid wordt een plan opgesteld voor het Integraal Afwegingskader beleid en regelgeving (IAK), dat in juli 2007 aan de Tweede Kamer wordt gezonden. Het IAK bestaat uit een zevental vragen, gekoppeld aan een digitaal wetgevingsdossier, waarachter verschillende toetsen schuilgaan die behulpzaam moeten zijn bij het beantwoorden van vragen die te maken hebben met de probleemanalyse, instrumentenkeuze en gevolgenbeoordeling.¹¹ Deze toets zou moeten worden uitgevoerd door een ambtelijk voorportaal dat gebruik maakt van informatie die door de vakdepartementen wordt ingevoerd in het systeem.

Kritiek die al vrij snel na invoering te beluisteren valt, is dat in het IAK de instrumentenkeuze voorafgaat aan de gevolgen ervan voor burgers, bedrijven, overheden en het milieu. Een daadwerkelijk integrale benadering zou juist vergen dat de impact van de gevolgen van diverse mogelijke beleidsalternatieven, inclusief de nuloptie, meegewogen wordt bij de keuze voor het meest geschikte instrument.¹² Meuwese heeft er bovendien terecht op gewezen dat het IAK als effectief verantwoordingsmodel beter zou moeten aansluiten op de praktijk van de ministeriële verantwoordelijkheid en de wijze waarop in ons land politieke afspraken worden

8 M. van Twist & I. Mayer, 'De afstemming tussen beleid en uitvoering', *Bestuurskunde* 2000, p. 25-34.

9 J.M. Bonnes, 'Tien jaar na voortvarend wetgeven: verbeter Haagse wetgevingsprocedures opnieuw', *RegelMaat* (19) 2004, afl. 1, p. 23.

10 J.L.H.M. Stoop, *Betekenis van het wetgevingskwaliteitsbeleid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 115 e.v.

11 Vgl. <https://www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving>.

12 C. Riezebos & M.H.A.F. Lokin, 'Voorbereiden van wetgeving: legislative manoeuvres in the dark', *RegelMaat* (27) 2012, afl. 1, p. 3-16, op p. 15.

vastgesteld in (regeer)akkoorden.¹³ Bij het verbreden van die verantwoordelijkheid zou de nadruk moeten worden gelegd op zaken als het uitleggen op welke gronden alternatieven zijn afgefallen en het erkennen van onzekerheden. Daarbij zou volgens haar een belangrijke taak zijn weggelegd voor het parlement, zoals we dat op EU-niveau ook zien.¹⁴ Dit zie ik echter – daarover meer in paragraaf 5 – niet zo snel gebeuren.

In plaats van alle kaarten te zetten op wetgevingstoetsing door het parlement, zou ook kunnen worden gedacht aan een onafhankelijke commissie die kritisch (mee)kijkt naar de uitvoering van de wetgevingstoetsing en die op basis daarvan adviezen geeft, mede ten behoeve van het parlement. Zo'n commissie kennen wij momenteel niet, terwijl we op EU-niveau juist zien dat er steeds meer nadruk wordt gelegd op meer onafhankelijke beoordeling van 'impact assessments', die tijdens de voorbereiding worden uitgevoerd door bijvoorbeeld de Regulatory Scrutiny Board.¹⁵ In ons land is JZW (sector Juridische Zaken en Wetgevingsbeleid) verantwoordelijk voor de rijksbrede wetgevingstoets.¹⁶ En terwijl de ambtenaren van het ministerie van Justitie en Veiligheid (JenV) zelf een deel van de toetsen uitvoeren, worden andere onderdelen uitbesteed, zoals de administratieve-lastentoets aan het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR). JZW kan de toetsen die door anderen worden uitgevoerd echter niet anders beïnvloeden dan door middel van informeel overleg. Daar komt bij dat de 'echte' resultaten van de toetsing (dat wil zeggen niet alleen de resultaten die de keuzes van de initiatiefnemers rechtvaardigen, maar juist ook mogelijke tegengeluiden) en vooral de wijze waarop deze tot stand komen binnen het IAK voor de buitenwereld goeddeels verborgen blijven, omdat er zelden een wetgevingsrapport aan de ministerraad wordt gepresenteerd waarin melding wordt gemaakt van het feit dat een regeling niet ongeschonden door het IAK is gekomen.¹⁷ Ook de memorie van toelichting bij veel wetsvoorstellen is weinig informatief over hoe wetgevingstoetsen zijn uitgevoerd en welke resultaten dat heeft opgeleverd. Uit het oogpunt van het bewaren van de interdepartementale vrede is dat begrijpelijk, maar toetsende instanties die later in de keten zitten, kunnen op deze manier nauwelijks rekening houden met de

- 13 In de huidige situatie zou het IAK eigenlijk moeten beginnen met: (1) Staat de keuze wel of niet wetgeven nog open (gelet op politieke afspraken in het regeerakkoord of andere coalitieakkoorden), en (2) indien niet, is dan inmiddels gekozen voor een beleidsdoel of voor een specifiek middel om dat doel te bereiken anders dan wetgeving?
- 14 A.C.M. Meuwese, 'Waarom het IAK het keurmerk "IA" (nog) niet mag voeren', *RegelMaat* (27) 2012, afl. 1, p. 17-28, op p. 27.
- 15 Zie https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_nl. De Raad van State zou ook een dergelijke rol kunnen vervullen, maar ik meen dat de Raad te laat in het wetgevingsproces zit voor een effectieve beleidsanalytische toetsing (zie hierna), terwijl hij ook onvoldoende pogingen heeft ondernomen in het verleden om juist die toets verder te objectiveren en te onderbouwen met feiten, onderzoek en empirisch bewijs.
- 16 Zie <https://www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving/toetsingsinstanties/rijksbrede-wetgevingstoetsing>.
- 17 Bij internetconsultaties wordt vaak wel een overzichtje meegestuurd van de uitkomsten van het IAK, maar dat is niet zelden een tamelijk nietszeggend document. Zie voor een recent voorbeeld van zo'n weinig informatieve weergave van de uitkomsten van het IAK: https://www.internetconsultatie.nl/verhoging_kinderbijslag.

uitkomsten van het IAK. Zij worden in feite gedwongen een deel van het werk uit het IAK over te doen.¹⁸

3. Toetsing door de Raad van State

Om de zojuist genoemde reden voert de Raad van State een volledig eigenstandige toetsing uit op voorgenomen regelgeving nadat deze de ministerraad is gepasseerd. De toets bestaat uit een juridische, wetstechnische en beleidsanalytische component. Met name het toetsingskader voor de beleidsanalytische toets (BAT) vertoont sterke overlap met de vragen uit het IAK en beoogt onder andere kritisch te kijken naar de noodzaak van voorgenomen regelgeving en de beschikbaarheid van lichtere alternatieven.¹⁹

Een verschil met degenen die verantwoordelijk zijn voor toetsing binnen het IAK is dat de Afdeling advisering van de Raad van State meer beleidsneutraal toetst en dus niet treedt in de doelen die met behulp van wetgeving worden nagestreefd om zo veel mogelijk uit het politieke vaarwater te blijven,²⁰ terwijl de Raad zich bovendien hoofdzakelijk baseert op de tekst van de regeling en de memorie van toelichting, terwijl het in het IAK de vakdepartementen zijn die relevante informatie aanleveren. Qua menskracht, middelen en diversiteit van de beschikbare expertise bij de medewerkers is de Raad van State in het nadeel ten opzichte van de departementen,²¹ omdat ook de beleidsanalytische toetsing bij de Raad hoofdzakelijk door juristen wordt uitgevoerd. De Raad beschikt niet over een breed arsenaal aan experts met kennis van uiteenlopende methoden van *ex-ante-evaluatie* van beleid en regelgeving, zoals kosten-batenanalyses en *impact assessments*.

18 In een van de scenario's die ik met J.B.M. Vranken heb ontwikkeld naar aanleiding van onderzoek voor de Raad van State over de kwaliteit van de beleidsanalytische toetsing, hebben wij geopperd dat de Raad (lees: Afdeling wetgeving) zich in de toekomst meer als een tweedelijns toezichthouder zou kunnen ontwikkelen die controleert of de *ex-ante-evaluatie* door anderen, die eerder in het beleids- en wetgevingsproces is verricht, wel aan de maat is qua dataverzameling, methode en verantwoording van de uitkomsten. Zie J.B.M. Vranken & R.A.J. van Gestel, 'Een nieuwe afdeling advisering bij de Raad van State: drie denkrichtingen', *Nederlands Juristenblad* (46/47) 2008, p. 2759-2767. Dit veronderstelt echter dat de uitkomsten van de rijksbrede wetgevingstoets openbaar worden.

19 Zie <https://www.raadvanstate.nl/onze-werkwijze/advisering/toetsingskader.html>.

20 H.D. Tjeenk Willink, 'De beleidsanalytische toetsing door de Raad van State', *RegelMaat* 2005, afl. 2, p. 51-59.

21 Opvallend is verder dat het IAK van regeringswege uitdrukkelijk mede wordt gepresenteerd als een advies aan de Raad van State, terwijl de resultaten van die toets dus juist verborgen blijven voor de Raad. Op de KCW-website wordt dit als een van de doelen van het IAK gepresenteerd: 'Voorleggen van een goed voorbereid stuk ten behoeve van de beleidsanalytische- en juridische toetsing van voorgenomen regelgeving door de Afdeling Advisering van de Raad van State. Dit toetsingskader lijkt sterk op de in het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving te maken afwegingen.' Zie <https://www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving>.

Naar de wetgevingstoetsing door de Afdeling advisering is veel onderzoek verricht de afgelopen decennia.²² Daaruit zijn enkele algemene lessen te trekken, zoals dat de toetsingsmethode geen vaste methode of systematiek kent. Veeleer lijkt de toetsing pragmatisch en casuïstisch, waarbij wordt ingezoomd op een selectie van problemen in de tekst of de toelichting. De Afdeling advisering leunt daarbij sterk op de ervaring en het gezag van de Raad van State als Hoog College van Staat en op inhoudelijke argumenten,²³ maar spendeert weinig aandacht aan de empirische onderbouwing van adviezen. Het is om die reden weinig verwonderlijk dat de doorwerking van beleidsanalytische opmerkingen in de adviezen doorgaans geringer is dan die van wetstechnische of juridische aard.²⁴

Wat betreft kritiek vanuit de Raad op de noodzaak van wetgeving of het ontbreken van grondig alternatievenonderzoek valt op dat het tijdstip van advisering door de Raad – na accordering van wetsvoorstellen in de ministerraad – op een wel erg laat moment komt. Afgezien van het tijdstip valt op dat, hoewel volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving in de toelichting nadrukkelijk aandacht moet worden besteed aan de afweging van de keuze voor wetgeving in plaats van alternatieven voor wetgeving,²⁵ dat in de praktijk vaak niet gebeurt. De Raad van State stelt daar doorgaans geen kritische vragen over.²⁶ Wanneer in uitzonderlijke gevallen bijvoorbeeld wel voor private normstelling wordt gekozen, is de Raad vaak kritisch over de wijze waarop het publieke belang daarin geborgd wordt.²⁷

Bouwes heeft weliswaar geconcludeerd dat de doorwerking van de adviezen van de Raad van State veel sterker is dan vaak wordt beweerd. Hij lijkt daarbij echter het oog te hebben op het feit dat de regering geregeld de toelichting bij een wetsvoorstel aanpast naar aanleiding van kritiek vanuit de Raad. Dat is echter iets anders dan dat de Raad van State erin slaagt de regering tot inhoudelijke koers-

22 Zie o.a. T. Borman, *Wetgevingsadvisering door de Raad van State in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000; B.R. Dorbeck-Jung, *Beelden over de wetgevingsadvisering van de Raad van State: hoe wetgevingskwaliteit gemaakt wordt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003; J.L.W. Broeksteeg, E.M.J. Hardy, S. Klosse, M.G.W.M. Peeters & L.F.M. Verhey, *Zicht op wetgevingskwaliteit: een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State*, Den Haag: WODC 2005; R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; A. Weggeman, 'Wetgevingsadvisering door de Raad van State', *Ars Aequi* 2014, p. 311-316; H. Sevenster, 'De rol van het Unierecht bij de wetgevingsadvisering door de Raad van State', *SEW* 2015, afl. 11, p. 577-581.

23 Recentelijk is deze kritiek weer actueel geworden door een naar de Volkskrant gelekt intern rapport over het interne functioneren van de Raad van State en met name de Afdeling wetgeving. Zie <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/raad-van-state-is-verdeeld-en-naar-binnen-gekeerd-concludeert-het-adviesorgaan-zelf-be495746/>.

24 Zie voor een empirische onderbouwing op het gebied van de fiscale wetgeving bijv. Tj. Hoekstra, 'De rol van de Raad van State bij fiscale wetgeving', *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2006/6668, p. 462-474.

25 Aanwijzing 4.43, onder b.

26 R.A.J. van Gestel & M. Menting, 'Alternatievenonderzoek bij voorgenomen regelgeving. Prikkel tot deregulering of alibi voor vrijblijvendheid?', *Ars Aequi* 2011, afl. 6, p. 452-463.

27 M.Tj. Bouwes, *Beeld en werkelijkheid: een analyse van de adviezen van de Raad van State. Inleiding Academie voor Wetgeving*, Den Haag oktober 2014 (<https://rechtenoverheid.nl/publication/analyse-raad-van-state-adviezen>).

wijzigingen te bewegen, zoals het afzien van regelgeving of het kiezen van alternatieven voor wetgeving.²⁸

4. Het parlement als wetgevingstoetsers

In theorie zou het parlement eventuele feilen in de ex-ante-evaluatie van wetgeving door de toetsing binnen het IAK en de advisering door de Raad van State kunnen mitigeren door een tweede kans te bieden aan feiten, gezichtspunten en belangen die tijdens de departementale voorbereiding van wetgeving onvoldoende aan bod zijn gekomen.²⁹ Dat geldt bijvoorbeeld ook wanneer er geen behoorlijk alternatievenonderzoek heeft plaatsgevonden tijdens de voorbereiding. Dit vergt echter dat de Raad van State hier consequent op let en systematisch signaleert wanneer dat niet is gebeurd, zodat dit voor het parlement ook duidelijk is. Dat doet de Raad alleen niet.³⁰

Uit de 'zelfreflectie' die het parlement in 2009 heeft uitgevoerd, komt bovendien naar voren dat de Tweede Kamer überhaupt weinig aandacht heeft voor het bewaken van de kwaliteit van wetgeving.³¹ Van Lochem heeft er in dat verband op gewezen dat de deelname van Tweede Kamerleden aan de totstandkoming van wetgeving vaak niet alleen beperkt is naar aantal fracties en leden die participeren bij de behandeling van wetsvoorstellen, maar ook naar inhoud.³² In plaats van nieuwe ideeën, overtuigingen of belangen bij de toetsing van wetsvoorstellen en bij het formuleren van alternatieve opties, volgen woordvoerders van de meeste fracties hoofdzakelijk de regeringsvoorstellen. Hun inbreng beperkt zich doorgaans tot het stellen van vragen en verzoeken om informatie. Van een kritische heroverweging van de wetgevingsvoornemens of een eigenstandige toetsing van de aannames waarop deze voornemens berusten, lijkt zelden sprake in de praktijk.

Deze bevindingen sluiten aan bij eerdere geluiden over de teloorgang van de rol van het parlement in het wetgevingsproces.³³ De terugtred van het parlement op dit punt is des te opmerkelijker gezien het feit dat de regering regelmatig selectief en soms zelfs manipulatief omgaat met informatie waar het gaat om de actieve

28 *Ibid.*, p. 39.

29 A. Nicolai, 'Schoonheid en effectiviteit: enkele observaties bij de kwaliteit van wetgeving', *RegelMaat* 2002, afl. 2, p. 38-41.

30 Zie voetnoot 21, p. 458-459.

31 Rapport 'Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen' (Parlementaire zelfreflectie, Tweede Kamer der Staten-Generaal), Den Haag maart 2009, p. 10. Zie ook P.P.T. Bovend'Eert & J.L.W. Broeksteeg, 'Vertrouwen in het parlement? Kanttekeningen bij een parlementaire zelfreflectie', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 29.

32 P.J.P.M. van Lochem, 'Wetgeving door de instituten van de staat', in: H. Kummeling, E. Muller & R. Nehmelman (red.), *Handboek Instituten van de Staat. Staatsrechtelijke en bestuurskundige schets van het openbaar bestuur in Nederland*, Deventer: Kluwer 2018 (nog te verschijnen).

33 Zie o.a. M. Scheltema, *De partijdige wetgever*, Deventer: Kluwer 1984 en M.A.D.W. de Jong & H.R.B.M. Kummeling, 'De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 67-97.

voorlichting van het parlement over beleid en regelgeving.³⁴ Dit is extra problematisch, omdat er tijdens de departementale voorbereiding geen onafhankelijk toezicht bestaat op de kwaliteit van ex-ante-evaluaties die binnen het IAK-kader worden verricht en de Raad van State niet of nauwelijks eigen onderzoek verricht naar de 'evidence base' waarop voorgenomen regelgeving berust.

5. Toetsing van voorgenomen regelgeving door de rechter

Onafhankelijk toezicht op de kwaliteit van voorgenomen regelgeving komt ook vanuit de rechterlijke macht. De Hoge Raad maakt zich dusdanig zorgen over de kwaliteit van wetgeving dat hij vaker signalen wil gaan geven als we bij de behandeling van zaken tekortkomingen in de wetgeving constateren.³⁵ Deze signalering geschiedt echter ex post. De adviserende taak van de Hoge Raad waar het gaat om voorgenomen regelgeving is bescheiden te noemen en gebeurt meestal op grond van een verzoek door de regering,³⁶ waarbij hij zich terughoudend opstelt.³⁷ Hij laat zich niet uit over de noodzaak van wetgeving of over alternatieven.

Wat verder gaan de Raad voor de rechtspraak (RvdR) en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR). Zij geven gevraagd en ongevraagd advies over de kwaliteit van wetsvoorstellen.³⁸ Beide organisaties nemen het standpunt in dat zij niet treden in de politieke wenselijkheid van voorgenomen regelgeving. Om die reden wordt niet ingegaan op noodzaak van wetgeving en alternatievenonderzoek. Wel gaan de adviezen vaak in op zaken als de praktische uitvoerbaarheid en doelmatigheid van voorgenomen regelgeving, maar ook op de overeenstemming met hoger recht.³⁹ De vraag is of de rechter op het punt van de ex-ante-evaluatie niet meer zou kunnen betekenen. Hij zou voorgenomen regelgeving behalve op het punt van overeenstemming met hoger recht bijvoorbeeld ook aan een proportionaliteitstoets kunnen onderwerpen. Daarbij wordt gekeken of wetgeving geschikt is om het gekozen beleidsdoel te bereiken (*suitability*), of er geen lichtere

34 Zie het rapport 'Vertrouwen en zelfvertrouwen', *Kamerstukken II* 2008/09, 31845, 3, p. 13 en G. Enthoven, *Hoe vertellen we het de Kamer? Een empirisch onderzoek naar de informatierelatie tussen regering en parlement*, Delft: Eburon 2011.

35 Zie https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Nieuws/Paginas/President-en-procureur-generaal-wijzen-op-het-belang-van-rechtstatelijke-waarden.aspx?pk_campaign=rssfeed&pk_medium=rssfeed&pk_source=Nieuws-van-de-Hoge-Raad-der-Nederlanden.

36 Zie <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Bijzondere-taken-HR-en-PG/Paginas/Adviserende-taak.aspx>.

37 P.J. van Amersfoort, 'Kanttekeningen bij de terugkoppeling van rechter naar wetgever', *RegelMaat* 2006, afl. 6, p. 197-202.

38 Zie art. 95 lid 1 Wet RO en art. 48 lid 3 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

39 Naar de effecten van wetgevingsadviezen vanuit de rechterlijke macht is nauwelijks wetenschappelijk onderzoek verricht. Het enige onderzoekje dat ik kon vinden, stamt uit 1994. Daaruit blijkt dat de doorwerking van wetgevingsadviezen van de NVvR niet enkel afhangt van de kwaliteit van de inhoud, maar ook van de timing en de aansluiting bij andere wetgevingsadviezen en vooral bij dominante opvattingen die elders (bijv. in de politiek) leven ten aanzien van de regelingen waarover geadviseerd wordt. Zie F.D. van Asbeck, 'De effecten van advisering op het wetgevingsproces', *Trema* 1994, p. 266-270.

alternatieven beschikbaar zijn (*necessity*) en of de kosten in een redelijke verhouding tot de baten staan (*excessiveness*). Zoals eerder in dit tijdschrift betoogd,⁴⁰ zien we dat rechters in concrete geschillen (ex post) steeds vaker een procedurele toets uitvoeren bij toetsing van regelgeving aan het proportionaliteitsbeginsel. Dat wil zeggen dat de rechter daarbij niet zozeer in de inhoudelijke beoordeling treedt, maar kijkt in hoeverre de wetgever zichzelf opgelegde procedurele waarborgen in acht genomen heeft. Denk bijvoorbeeld aan het uitvoeren van een alternatievenonderzoek, hetgeen volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving een ‘verplichte’ stap in de voorbereiding is.⁴¹ Indien een dergelijke procedurele stap is overgeslagen, zou dat wat mij betreft ook best geconstateerd mogen worden in adviezen van de RvdR en NVvR over voorgenomen regelgeving.

Van een dergelijk oordeel zou een preventief effect kunnen uitgaan. De rechter zal namelijk in voorkomende (individuele) gevallen ook over de proportionaliteit moeten oordelen van wettelijke maatregelen.⁴² Precies daarin schuilt, volgens sommigen, echter het probleem. Er zou een ‘aanzienlijk machtseffect’ uitgaan van wetgevingsadviezen door de rechter, die preluderen op hoe de rechter in toekomstige gevallen zal oordelen over de houdbaarheid van wettelijke regelingen.⁴³ Juist dit effect zou de rechter te veel in politiek vaarwater terecht doen komen. Ik vraag me echter af in hoeverre dit tegenargument houdbaar is. De rechter zal in een geschil in concreto altijd de specifieke omstandigheden van het geval moeten meewegen, terwijl dat bij toetsing in abstracto juist onmogelijk is.

Ik zie niet goed in waarom de rechter niet reeds bij de advisering over voorgenomen regelgeving de proportionaliteit van een regeling mag beoordelen. Indien daarop kritiek wordt geleverd, kan dat mogelijk als bedreigend worden ervaren door de wetgever, maar dat geldt waarschijnlijk voor bijna alles dat de totstandkoming kan belemmeren. Met evenveel recht kan worden beweerd dat dergelijke adviezen willekeurig voorkomen en rechtszekerheid bevorderen. Zoals Martens eerder heeft betoogd, bestaat er op dit punt geen principieel verschil tussen de zelfbinding die uitgaat van een rechterlijk precedent en een wetgevingsadvies.⁴⁴

6. Kunnen wetgevingstoetsen bijdragen aan deregulering en zelfregulering?

Zoals in de inleiding besproken, is al vanaf het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw de gedachte dat toetsing van voorgenomen wetgeving zou moeten bijdragen aan deregulering en zelfregulering en overigens ook aan andere aspecten.

40 R.A.J. van Gestel, ‘De rechter als wetgevingswaakhond’, *RegelMaat* 2017, afl. 2, p. 115-127.

41 Ik plaats verplicht tussen aanhalingstekens, aangezien de Aanwijzingen voor de regelgeving geen voor burgers juridisch afdwingbare normen bevatten.

42 Zie voor een voorbeeld waarbij de rechter de proportionaliteit van een ministeriële regeling over de toepassing van het zogeheten ‘alcoholslotprogramma’ toetst: ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622.

43 R. Robroek, ‘Rechters bedrijven politiek met wetgevingsadvisering’, *Nederlands Juristenblad* 2014, afl. 5, p. 248.

44 S.K. Martens, ‘De Hoge Raad als adviseur’, in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 154-155.

ten van wetgevingskwaliteit, zoals vastgelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Er zijn tal van verklaringen die weinig met de wijze van toetsing te maken hebben denkbaar waarom de resultaten op dat punt tegenvallen. Zo kennen wij in Nederland een cultuur waarin reeds tijdens de formatie van een kabinet afspraken worden vastgelegd over toekomstige regelgeving in regeerakkoorden. Het lijkt vrijwel onmogelijk daaraan later nog te tornen als gevolg van de uitkomsten van een wetgevingstoets. Verder hebben we de afgelopen decennia gezien dat een deel van het wetgevende optreden naar Brussel is verplaatst. In het geval van richtlijnen en verordeningen kunnen nationale wetgevingstoetsen er niet voor zorgen dat wordt afgezien van (implementatie)wetgeving. Ten slotte kan ook de politieke druk om wetgevend op te treden zodanig groot zijn dat andere argumenten er niet toe doen.⁴⁵ We zien dat bijvoorbeeld wel vaker bij maatschappelijke risico's die leiden tot politieke druk om in te grijpen,⁴⁶ zelfs wanneer dat ingrijpen waarschijnlijk weinig zoden aan de dijk zet.

Voor een deel lijkt ook onze huidige wijze van toetsen debet aan de geringe zichtbare vooruitgang bij het verminderen van de (gepercipieerde) regeldruk voor burgers en bedrijven op tal van terreinen, zoals op het terrein van het onderwijs en de zorg.⁴⁷ Hoewel van regeringswege niet nagelaten wordt te benadrukken dat op veel terreinen stevige vooruitgang is geboekt,⁴⁸ blijkt uit de Regulatory Outlook 2015 van de OESO op het terrein van de regeldruktoetsing dat Nederland met een 28ste plaats duidelijk achterblijft bij omringende landen. Ook de in 2015 door Actal uitgevoerde audit van de departementale regeldrukaanpak geeft aan dat de kwaliteit van de regeldrukparagrafen in voorgenomen regelgeving vaak te wensen overlaat.⁴⁹ Deze ontwikkelingen hebben er inmiddels toe geleid dat adviescollege Actal is opgeheven en vervangen door een nieuw Adviescollege toetsing regeldruk (ATR).⁵⁰

De vraag is echter of de werkwijze van ATR grote veranderingen zal bewerkstelligen. Hierboven hebben we namelijk reeds gezien dat veel ex-ante-evaluaties – inclusief die van ATR – beleidsneutraal zijn ingestoken,⁵¹ terwijl regeldruk nauw verband houdt met de hoeveelheid en aard van het nieuwe beleid dat jaarlijks

45 Dat geldt bijv. in het geval van zogeheten 'gelegenheidswetgeving', die bedoeld is om ad hoc te reageren op een gebeurtenis, terwijl dat uit rechtsstatelijk oogpunt verwerpelijk is. Niet zo lang geleden gebeurde dat nog bij wetgeving die bedoeld was om kolencentrale te sluiten, terwijl een eerder besluit dienaangaande in strijd met de mededingingswetgeving was geoordeeld. Zie <https://www.fluxenergie.nl/raad-state-besluit-kolencentrales-onzorgvuldige-gelegenheidswetgeving/>.

46 Gesproken wordt zelfs wel eens over een risico-regelreflex. Zie daarover J.H. van Til, I. Helsloot & F.J.H. Mertens (red.), *Veiligheid boven alles? Essays over oorzaken en gevolgen van de risico-regelreflex*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011.

47 Zie bijv. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/01/09/regeldruk-en-de-regeldrukagenda> en <https://www.berenschot.nl/adviseurs/adviseur/marvin-hanekamp/blog/methode-voor-terugdringen-regeldruk-in-zorg-moet-op-de-schop>.

48 *Kamerstukken II* 2016/17, 29515, 416.

49 *Kamerstukken II* 2015/16, 29515, 389, p. 5.

50 *Kamerstukken II* 2016/17, 29515, 414 (blg 807109).

51 Zie <https://www.atr-regeldruk.nl/wathoe/atr-werkwijze/>: 'Het beleidsdoel is voor ATR een gegeven.'

wordt geproduceerd. In dat kader bestaat er onvoldoende georganiseerde kritiek en transparantie tijdens de voorbereiding.⁵² Consultaties lijken bijvoorbeeld vaak meer gericht op het vinden van consensus dan op het zoeken van zwakke plekken en het nadenken over hoe het anders zou kunnen. Juist dit streven naar consensus is echter een belangrijke aanjager van regeldruk, omdat het er al snel toe leidt dat degenen die worden geconsulteerd over voorgenomen regelgeving allemaal hun eigen uitzondering op de regels opgenomen willen zien.⁵³

Daarnaast hebben we gezien dat de huidige instanties die wetgevingstoetsen uitvoeren vaak of te laat in de wetgevingsketen zitten (Raad van State), of geen blokkeringsmacht (JZW, Raad van State, RvdR, NVvR) bezitten, of beide. Voor zover wetgevingstoetsers, zoals het parlement, die macht wel bezitten, lijkt er weinig behoefte om daar gebruik van te maken. Afgezien daarvan, zien we dat de wetgevingstoetsen in de praktijk nauwelijks op elkaar aansluiten of op elkaar voortborduren, terwijl dit juist het kritische vermogen van de toetsen zou kunnen versterken. Wanneer de Raad van State bijvoorbeeld consequent zou vaststellen dat tijdens de voorbereiding geen serieus alternatievenonderzoek heeft plaatsgevonden, terwijl de regering daar niet (overtuigend) op reageert, dan zou de Tweede Kamer de kritiek op dat punt kunnen overnemen.

Van ex-ante-evaluatie van wetgeving door de rechter zou eveneens een krachtige signaalfunctie kunnen uitgaan, met name wanneer er problemen worden verwacht die ook in toekomstige concrete gevallen voor de rechter tot doorkruising van de plannen van de wetgever zouden kunnen leiden. Paradoxaal is echter dat juist op dit punt door de rechterlijke macht grote terughoudendheid wordt betracht. Dat betreft bijvoorbeeld het toetsen van de proportionaliteit van voorgenomen regelgeving, omdat daar een dreigende werking vanuit zou kunnen gaan die niet zou passen binnen ons stelsel van machtenscheiding.

7. Tijd voor een andere benaderingswijze?

De vraag is of het, gelet op bovenstaande ervaringen, niet tijd is om het roer bij de wetgevingstoetsing om te gooien. Veel van de huidige toetsen lijken 'meer van hetzelfde' (JZW, IAK en Raad van State; RvdR en NVvR), bouwen niet op elkaar voort (IAK, Raad van State en Tweede Kamer) en kennen geen echt integrale aanpak (gevolgen van alternatieven worden niet of nauwelijks meegewogen bij de instrumentenkeuze), terwijl de instanties die verantwoordelijk zijn voor de toetsen er onvoldoende in (kunnen) slagen wetgeving waarvan de noodzaak onvoldoende is aangetoond, tegen te houden of ervoor te zorgen dat alternatieven voor wetgeving kans maken. Er bestaat helaas geen wondermiddel dat alle bestaande gebreken kan wegnemen. Niettemin zouden enkele in combinatie genomen

52 Zie bijv. M. Ramlal, *Naar een glazen wetgevingshuis* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

53 In dat kader ook reeds W.S.R. Stoter & N.J.H. Huls, *Wie draagvlak zoekt, die regeldruk ontmoet! Een onderzoek naar de wijze waarop participatie van belanghebbenden leidt tot regeldruk*, Erasmus Universiteit Rotterdam 2006. Zie <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29279-36-b1.pdf>.

trendwijzigingen mogelijk meer effect kunnen hebben. Ik noem er een paar en bespreek die kort.

7.1 *Van inhoudelijke toetsing naar procedurevoorschriften*

Sinds 'Zicht op wetgeving' heeft bij de toetsing van voorgenomen wetgeving de nadruk gelegen op toetsing aan de hand van inhoudelijke kwaliteitscriteria. Aangezien deze criteria op alle wetgeving van toepassing zijn, blijven ze noodzakelijkerwijs algemeen en abstract en laten daardoor veel interpretatieruimte. Tel hierbij op dat tal van instanties betrokken zijn bij de voorbereiding van wetgeving en dat degenen die verantwoordelijk zijn voor de toetsing van voorgenomen regelgeving hun toetsingsmethoden nauwelijks op elkaar afstemmen en doorgaans ook geen blokkeringsmacht bezitten, en het is weinig verwonderlijk dat de kracht van ex-ante-evaluatie beperkt blijft.

Hier zou mogelijk enig tegenwicht kunnen worden geboden door de nadruk bij de wetgevingstoetsing – in het bijzonder door de Raad van State⁵⁴ – te verleggen van inhoudelijke toetsing naar toetsing aan de hand van procedurevoorschriften,⁵⁵ die moeten waarborgen dat raadpleging van belanghebbenden en deskundigen op een evenwichtige en transparante wijze gebeurt en dat daarover ook verantwoording wordt afgelegd.⁵⁶ Recentelijk is in België op dit punt het petitierect uitgebreid, waarbij burgers die minstens 25.000 handtekeningen verzamelen zelf een wetsvoorstel kunnen presenteren aan het federaal parlement, dat dan ook besproken moet worden. De indiener moet in dat geval worden gehoord door de bevoegde Kamercommissie.⁵⁷

Hierbij kan mij worden tegengeworpen dat dit plan van onze zuiderburen eerder tot een toename dan een afname van regelgeving zou leiden. Dat is juist, maar daarom zouden wij een dergelijk initiatief ook kunnen omdraaien. Dat kan door burgers via het petitierect of het burgerinitiatiefrecht de mogelijkheid te bieden om voorgenomen regelgeving tijdelijk te blokkeren, omdat de *evidence base* tekortschiet of omdat er andere procedurevoorschriften zijn geschonden die erop gericht zijn kwaliteit van wetgeving te bewaken.⁵⁸ Die burgers zou dan de mogelijkheid kunnen worden geboden om kritiek en tegenbewijs te leveren en alterna-

54 Het zou de Raad van State in staat stellen van departementen en andere initiatiefnemers van nieuwe regelgeving te verlangen dat men het eigen vooronderzoek ten behoeve van de totstandkoming van regelgeving op tafel legt.

55 Daarover meer diepgaand: P.J.P.M. van Lochem, *Kwaliteit van wetgeving als keuze* (Preadvies NJV), Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 3.

56 Indien thans bijv. ervoor wordt gekozen om zaken te regelen in een ministeriële regeling, terwijl die in een wet of AMvB thuishoren volgens de Aanwijzingen voor de regelgeving, valt daar voor burgers en maatschappelijke organisaties vrijwel niets tegen te ondernemen.

57 Voorstel van 29 november 2017, Nr. 2808/001, tot herziening van het Reglement van de Kamer van volksvertegenwoordigers wat het petitierect betreft.

58 Zie J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017, afl. 10, p. 84-95, die een vergelijking trekken met de *agency*-wetgeving in de VS en met de voorstellen voor een Europese Awb. Zie eerder ook al Y.E. Schuurmans, *Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie* (oratie Leiden), 2015, p. 21.

tieven voor (deze) wetgeving te presenteren, die dan vervolgens in het parlement besproken horen te worden.

7.2 *Van slagers die hun eigen vlees keuren naar vreemde ogen die dwingen*⁵⁹

Een onmiskenbare zwakte in de huidige ex-antetoetsing van wetgeving is ook dat de rijksbrede wetgevingstoetsing te veel een kwestie is van departementen die hun eigen regelgeving toetsen met een formele verantwoordelijkheid van de minister van JenV (thans die voor Rechtsbescherming), die weliswaar formeel een wetgevingsrapport kan opmaken voor de ministerraad, maar dat vrijwel nooit zal doen, aangezien hij ook zelf als vakminister van zijn collega's afhankelijk is om zijn wetgeving door diezelfde ministerraad te krijgen.⁶⁰ Op EU-niveau zien we dat DG's ook een belangrijke rol vervullen bij de totstandkoming van RIA's, maar daar heeft men er niet toevallig voor gekozen om ook een Regulatory Scrutiny Board in het leven te roepen, die op afstand staat van diezelfde DG's om de kwaliteit van ex-ante-evaluaties objectiever te kunnen beoordelen en op dit punt de Europese Commissie te adviseren.⁶¹

In de Nederlandse context, waarin juristen de afgelopen decennia veel terrein verloren hebben ten opzichte van niet-juristen waar het gaat om (betrokkenheid bij) de voorbereiding van wetgeving, zou zelfs een verdergaande stap kunnen worden overwogen, namelijk: het instellen van één centrale wetgevingsafdeling, die de belangrijkste wetsvoorstellen opstelt voor alle andere ministeries. In het Verenigd Koninkrijk kent men een dergelijke wetgevingsafdeling – the Office of the Parliamentary Counsel (OPC) – reeds lange tijd.⁶² Hoewel de situatie daar in allerlei opzichten niet vergelijkbaar is met die wij in Nederland kennen,⁶³ laten de ervaringen in Groot-Brittannië zien dat wetgevingsjuristen binnen een centrale wetgevingsafdeling waarschijnlijk toch meer in de pap te brokkelen hebben waar het gaat om de zorg voor beleidsanalytische aspecten van wetgeving dan in Nederland het geval is. Volgens Page is dat zelfs de belangrijkste taak van dit instituut:

‘Parliamentary Counsel’s most important and most distinctive function is based on their ability to perform something very close to what Rose, in a rather different context, terms “prospective evaluation”. In a nutshell this

59 Strikt genomen zijn het ministeries die elkaar de maat zouden moeten nemen binnen het IAK. Het is dus de ene slager die het vlees van de andere slager zou moeten keuren.

60 Veelzeggend is dat minister Hirsch Ballin in 2009 niet inging op een aanbod vanuit de Eerste Kamer om een sterkere ‘regierol’ te krijgen bij het bewaken van de kwaliteit van wetgeving, waarbij de minister van Justitie de supervisie zou gaan voeren over de wetgevingstoetsing op grond van een beheerswet. Daarbij was de gedachte dat hij o.a. de bevoegdheid zou moeten krijgen om voorstellen van wet en AMvB's van de agenda van de ministerraad te laten afvoeren. Hirsch Ballin stelde echter geen prijs op de uitbreiding van bevoegdheden van de minister van Justitie op dit punt. Zie https://www.eerstekamer.nl/nieuws/20090211/eerste_kamer_wil_regierol_minister.

61 Zie https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_nl.

62 Zie <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-parliamentary-counsel>.

63 Vgl. o.a. G.J. Veerman, *Belle en Het Beest – over wetgeving en beleid* (Digitale publicatiereeks Recht en Overheid), 2011, p. 13 e.v.

means seeing how the policy will work using known facts about the environment in which it is to be applied and the behaviour of those that occupy it.⁶⁴

Ik ben het graag met Veerman eens dat het welslagen van zo'n centrale wetgevingsafdeling ook afhangt van de institutionele inbedding,⁶⁵ waarbij de OPC onderdeel is van het Cabinet Office, het Britse ministerie van Algemene Zaken, en daardoor een relatief sterke positie heeft. Juist daardoor heeft de OPC ook een stevige stem in het kapittel waar het gaat om de beleidsanalytische aspecten van voorgenomen regelgeving, maar ook omdat parlementaire commissies, zoals de Joint Committee on Human Rights en de House of Lords Constitution Committee, sterker toezien op de voorbereiding van regelgeving en daarbij steun kunnen bieden aan kritiek vanwege de OPC.⁶⁶

Nu in Nederland de leiding van departementen de afgelopen decennia verder lijkt gepolitiseerd, terwijl de rol van (wetgevings)juristen juist is gedecimeerd ten opzichte van die van beleidsmedewerkers, economen en bestuurskundigen, zou een centrale wetgevingsafdeling een goed tegenwicht kunnen vormen ten opzichte van de vakdepartementen. Dit geldt nog te meer nu het ministerie van JenV dat tegenwicht in de praktijk niet kan vormen vanwege de dubbele pet die de minister opheeft, namelijk bewaker van de wetgevingskwaliteit en vakminister. Een centrale wetgevingsafdeling zou bovendien tot een betere taakafstemming met de Raad van State kunnen leiden, omdat de Raad er in zo'n geval eerder van uit mag gaan dat naleving van de Aanwijzingen voor de regelgeving minder door politieke afwegingen wordt bedreigd, waardoor de Raad zich meer als een metatoezichthouder kan opstellen: Welke informatie is mogelijk bij de totstandkoming van wetgeving gemist? Zijn wetgevingstoetsen eerder in het proces (methodisch) goed uitgevoerd? Is er serieus gekeken naar alternatieven? Een centrale wetgevingsafdeling zou bovendien ook de Tweede Kamer beter kunnen ondersteunen bij de totstandkoming van initiatiefwetgeving, waar Kamerleden thans nog te vaak voor hulp te rade moeten gaan bij de vakdepartementen.

7.3 Van single loop naar double loop leren: koppelen van ex-ante- en ex-postevaluaties

Ten slotte valt te denken aan een meer systematische koppeling van ex-ante- en ex-postevaluaties, omdat we thans te vaak zien dat wetgevingstoetsen in schoonheid sterven. Dit vanwege het feit dat als ze eenmaal zijn uitgevoerd er nauwelijks meer iets mee wordt gedaan behalve het verantwoorden van de noodzaak van de

64 E. Page, 'Their Word Is Law: Parliamentary Counsel and Creative Policy Analysis', *Public Law* 2009, afl. 4, p. 790-811, op p. 809.

65 Stoter & Huls 2006, p. 14.

66 Zie daarover o.a. M. Hunt, 'The Joint Committee on Human Rights', in: A. Horne, G. Drewry & D. Oliver (red.), *Parliament and the Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 246. Over wetgevings- toetsing door het parlement in het Verenigd Koninkrijk meer in het algemeen, zie A. Horne & A. Le Sueur (red.), *Parliament, Legislation and Accountability*, Oxford: Hart Publishing 2016.

onderhavige regelgeving in de toelichting bij wetsvoorstellen.⁶⁷ Wat doorgaans ontbreekt, is een latere ‘reality check’, waarin eens wordt teruggekeken om bijvoorbeeld te zien in hoeverre de voorspellingen die zijn gedaan en waarschuwingen die zijn geuit tijdens wetgevingstoetsen achteraf trefzeker zijn gebleken.⁶⁸ Een dergelijke exercitie is niet alleen relevant omdat deze wat kan leren voor eventuele latere beleids- of wetswijzigingen, omdat zij scherper inzichtelijk kan maken welke beleidsdoelen wel of niet zijn gerealiseerd en waarom (single loop leren). Wanneer men een systematisch beleid ontwikkelt voor het koppelen van ex-ante- en ex-postevaluaties,⁶⁹ wordt het na verloop van tijd ook mogelijk om meta-evaluaties uit te voeren en te kijken of dit terugkijken ook iets kan leren voor de wijze waarop ex-antewetgevingstoetsen worden uitgevoerd en de methode die daarbij het best kan worden gevolgd (double loop leren).⁷⁰ Het mes snijdt op die manier aan twee kanten: het stelt degenen die wetgeving ontwerpen in staat te leren van fouten of verkeerde inschattingen, maar helpt hen eveneens om geleidelijk de voorspellende waarde van wetgevingstoetsen te verstevigen en te onderzoeken of er niet bepaalde algemene werkingsmechanismen te ontdekken zijn in wetgeving die op meerdere terreinen en wetgevingsthema’s van toepassing zijn.

8. Conclusie

De meerwaarde van de wetgevingstoetsen die wij in Nederland kennen, is eigenlijk nooit in samenhang onderzocht. Dit heeft ongetwijfeld iets te maken met het feit dat het een omvangrijke en lastige klus is. Evalueren van de wijze waarop wij (ex ante) evalueren, vergt bovendien idealiter duidelijkheid over de doelen die uiteenlopende wetgevingstoetsen dienen, maar die doelen worden vaak niet geëxpliciteerd. Voor zover de doelen van wetgevingstoetsen wel duidelijk zijn, zoals ten aanzien van het terugdringen van overbodige regelgeving en het bevorderen van de keuze voor alternatieven voor wetgeving, lijken de bestaande toetsen weinig opzienbarende resultaten te hebben gehad.

Voor het overige valt op dat veel wetgevingstoetsen onderling niet goed op elkaar aansluiten, waardoor hetzelfde werk (bijvoorbeeld toetsen aan de Aanwijzingen voor de regelgeving) meerdere keren wordt gedaan en toetsingsinstanties boven-

67 Uit een onderzoek van C.M. Klein Haarhuis m.m.v. S.A.C. Keulemans, *Ex ante onderzoek in meta-perspectief*, Den Haag: Boom Lemma 2014, p. 138, is gebleken dat slechts zo’n 15 procent van de onderzochte ex-ante-evaluaties wordt opgevolgd door een ex-postevaluatie die op enigerlei wijze daarmee vergeleken en gekoppeld kan worden.

68 Zie over deze methode: R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, ‘Assessing the Accuracy of Ex Ante Evaluation through Feedback Research: A Case Study’, in: J.M. Verschuuren (red.), *The Impact of Legislation*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2009, p. 199-229.

69 Op EU-niveau is daar sprake van. Zie T. van Golen, ‘Better Regulation 2.0 in de Europese Unie: het nieuwe Interinstitutioneel Akkoord en de nieuwe Better Regulation-richtlijnen voor de Europese Commissie’, *RegelMaat* (31) 2016, afl. 4, p. 295-308, op p. 300.

70 Zie ook T. van Golen & S. van Voorst, ‘Towards a Regulatory Cycle? The Use of Evaluative Information in Impact Assessments and Ex-Post Evaluations in the European Union’, *European Journal of Risk Regulation* (7) 2016, afl. 2, p. 388-403.

dien niet op elkaar voortbouwen. Zo houdt de Raad van State weinig rekening met de uitkomsten van het IAK en heeft de Tweede Kamer niet systematisch oog voor de adviezen van de Raad van State, terwijl de meerwaarde daarvan juist zou kunnen zijn dat het parlement de regering wel terug naar de wetgevingstekentafel kan sturen indien nodig, terwijl de Raad die bevoegdheid niet heeft. Ook waar het gaat om de wetgevingstoetsing door de Hoge Raad, de RvdR en de NVvR is weinig duidelijk wat nu eigenlijk de onderlinge taakverdeling is om te voorkomen dat min of meer dezelfde analyses in feite steeds herhaald worden. Duidelijk is niettemin wel dat de rechterlijke advisering over voorgenomen wetgeving momenteel weinig te bieden heeft op het punt van het kritisch toetsen van de noodzaak van wetgeving en de beschikbaarheid van alternatieven voor wetgeving, omdat een gedegen proportionaliteitstoets ontbreekt.

Meer in het algemeen lijkt het hele proces van voorbereiding meer gericht op het zoeken naar draagvlak dan op het organiseren van kritiek en tegenspraak, hoewel dit laatste juist van groot belang is voor het traceren van zwakke plekken in voorgenomen regelgeving. Daarom is het de vraag of het niet tijd is het roer bij de wetgevingstoetsing om te gooien. Ik pleit in dat licht voor grotere nadruk op procedurele maatregelen die ervoor zorgen dat er meer mogelijkheden komen voor het faciliteren van kritiek en tegenspraak bij de voorbereiding van wetgeving en het afdwingen dat daar ook rekening mee wordt gehouden. Verder zou het geen kwaad kunnen om eens te kijken of de wetgevingstoetsing niet wat meer op afstand van de departementen kan worden geplaatst, zodat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de beoordeling beter gewaarborgd kunnen worden, opdat alternatieven voor wetgeving, inclusief het afzien van wetgeving, een serieuzere kans krijgen. Ten slotte valt te overwegen om een structurele koppeling tussen ex-post- en ex-ante-evaluaties aan te brengen om de trefzekerheid van voorspellingen die worden gedaan op grond van deze toetsen te bevorderen. Meer en andere maatregelen zijn denkbaar, maar we zouden eens kunnen beginnen over deze voorstellen een meer diepgaand debat te voeren tussen beleidsmakers, wetgevingsjuristen en wetenschappers. Eén ding weten we namelijk zeker: 'If you do what you did, you get what you got.'