

University of Groningen

Kantttekeningen bij de Invoeringswet-BES

Nap, M.

Published in:
 RegelMaat

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

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

Publication date:
 2009

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

Citation for published version (APA):
 Nap, M. (2009). Kanttekeningen bij de Invoeringswet-BES. *RegelMaat*, 235-239.

Copyright

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

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

Take-down policy

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

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

Kanttekeningen bij de Invoeringswet-BES

M. Nap

In het eerste nummer van *RegelMaat* van 2009 schetst mw. R.A. Schilstra, ambtenaar op het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, hoe de zogenoemde BES-eilanden als openbare lichamen zullen worden ondergebracht in de Nederlandse rechtsorde.¹ In de afspraken die aan de transitie ten grondslag liggen, is vastgelegd dat de Nederlandse wetgeving niet van meet af aan gelding zal verkrijgen in de BES-eilanden Bonaire, Sint Eustatius en Saba: waar nodig zal de Antilliaanse of eilandelijke regeling tijdelijk blijven gelden. Het betreft dan voorschriften die formeel door Nederlandse ambten zijn vastgesteld, maar die materieel afkomstig zijn van de Antilliaanse of eilandelijke regelstellers.

Inmiddels zijn bij de Tweede Kamer voorstellen voor een Aanpassingswet-BES en een Invoeringswet-BES ingediend. De Aanpassingswet-BES neemt incompatibiliteiten tussen Antilliaanse en Nederlandse wetgeving weg. Daarnaast wijzigt de Aanpassingswet-BES Nederlandse wetten voor zover ze op de BES-eilanden van toepassing zullen zijn.² De Invoeringswet-BES stelt de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba in en zet relevante Antilliaanse regelgeving om in Nederlandse normen.³ De memorie van toelichting bij de Invoeringswet-BES beschrijft hoe dat gaat:

‘Deze omvorming vindt plaats door vermelding van de desbetreffende regelingen op de lijst (...) die als bijlage bij het wetsvoorstel is opgenomen en aldus een onderdeel is van het wetsvoorstel. (...) In de lijst wordt voor de daarin genoemde regelingen vermeld of zij de status verkrijgen van formele wet, algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling. (...)

[In het voorstel is]gekozen voor een systeem waarbij slechts sprake is van één lijst, omdat hiermee al in een vroeg stadium van het regelgevingproces een totaalbeeld ontstaat, welke Nederlands-Antilliaanse regelgeving van toepassing zal blijven en op welk niveau. Dit systeem heeft daarom uit een oogpunt van kenbaarheid en toegankelijkheid de voorkeur.⁴

Eerst en vooral is het zaak op te merken dat raadpleging van de wetsvoorstellen respect afdwingt vanwege de omvang en de complexiteit van de wetgevingsoperatie. Desalniettemin heb ik bij deze constructie enkele vragen die zich niet laten beantwoorden uit de eerdere publicaties over of de toelichtingen bij de wetsvoorstellen. Het wetsvoorstel introduceert algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen die wel heel onzelfstandig zijn. Of de wetsvoorstellen (gezamenlijk 529 pagina's) nu echt zoveel onoverzichtelijker zouden zijn als de bijlage in drieën was

1 R.A. Schilstra, *Wetgeving voor de BES, RegelMaat* 2009, afl. 1, p. 24-36.

2 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 959, nr. 2.

3 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 957, nr. 2.

4 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 957, nr. 3, p. 3-4; zie ook Schilstra 2009, p. 28.

geknipt, valt te betwijfelen, maar dat terzijde. De keuze om te werken met één lijst doet andere, constitutionele vragen rijzen die ik hier aan de orde wil stellen.

Bevoegdheid van de wetgever

De Grondwet attribueert regelstellende bevoegdheden op nationaal niveau aan de wetgever, de regering en aan organen die ‘van rijkswege’ voorschriften vaststellen. Wetgever en regering nemen besluiten volgens de door de Grondwet gegeven vormvoorschriften. Deze procedures zijn niet uitwisselbaar: daartegen verzet zich het formele wetsbegrip dat de Grondwet huldigt. Uiteraard kan de wetgever kaders stellen waarbinnen de regering moet blijven bij het vaststellen van algemene maatregelen van bestuur, maar de grondwettelijke toedeling van bevoegdheden wordt daar niet anders van. Ik vraag me ernstig af of, zonder grondwettelijke grondslag, de wetgever bevoegd is om het even welke regeling de status van algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling te geven. Of de wet nu stelt dat van oorsprong Antilliaanse verordeningen de status van ministeriële regeling ‘krijgen’ of het zelfs al ‘zijn’ of dat ze ‘van toepassing zijn als’ algemene maatregel van bestuur, het doet allemaal niets af aan het fundamentele probleem: de wetgever kan de regelstellende bevoegdheden van regering en bewindspersonen niet zelf uitoefenen. Hier is geen sprake van ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’, omdat een algemene maatregel van bestuur (of een ministeriële regeling) in dit verband vooral iets anders is dan een wet.

Een vergelijking met het gemeenterecht kan nuttig zijn. Artikel 123 Gemeentewet bepaalt dat wanneer de gemeenteraad de in medebewind gevorderde beslissingen niet of niet naar behoren neemt, het college daarin voorziet. Als het college of de burgemeester nalatig is bij de vervulling van de in medebewind opgedragen taken, treden volgens artikel 124 Gemeentewet provinciale organen namens en voor rekening van de gemeente op als achtervanger. De Gemeentewet maakt het zo mogelijk dat bevoegdheden van het ene orgaan worden uitgeoefend door een ander orgaan, net zoals de regering voorstelt om de wetgever van de Invoeringswet-BES anderszins bevoegdheden uit te laten oefenen. Het cruciale verschil is echter dat voor overname van raadsbevoegdheden een deugdelijke constitutionele grondslag bestaat, namelijk artikel 132 Grondwet. Het resultaat is een doodnormale situatie: hogere normen creëren bevoegdheden voor organen van ondergeschikte rechtsordes. Zo’n grondslag ontbreekt in het geval van de Invoeringswet-BES. Mijn stelling is dan ook dat de wetgever niet bevoegd is te knutselen met de grondwettelijke attributie van bevoegdheden.

Merkwaardig genoeg is de Aanpassingswet-BES zuiverder in de leer. Die wet wijzigt⁵ uitsluitend de Antilliaanse regelingen die per transitiedatum de status van wet verkrijgen, alsook enkele Nederlandse wetten die vanaf dat moment gelding verkrijgen in de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Voor zover aanpassing nodig is van de door de Invoeringswet-BES in het leven geroepen alge-

5 Op een ondeelbaar ogenblik na inwerkingtreding van de Invoeringswet-BES; zie Schilstra 2009, p. 29. De te incorporeren regelingen worden aldus niet aangepast vastgesteld, maar eerst vastgesteld en daarna aangepast.

mene maatregelen van bestuur, zal die aanpassing volgens de memorie van toelichting bij de Aanpassingswet geschieden bij algemene maatregel van bestuur. Hetzelfde geldt (*mutatis mutandis*) voor de ministeriële regelingen die de Invoeringswet-BES creëert.⁶ Wat is het verschil tussen invoeren en aanpassen?⁷ Waarom kan de wet wel een algemene maatregel van bestuur in het leven roepen, maar deze vervolgens niet aanpassen?

Nu weet ik dat een variant op de voorgestelde werkwijze in 1954 is toegepast. Wetten en algemene maatregelen van bestuur werden indertijd getransformeerd tot rijkswetten, respectievelijk algemene maatregelen van rijksbestuur. Dat overtuigt me vooralsnog niet. In de eerste plaats omdat deze gedaantewisseling rechtstreeks steunde op de hoogste constitutionele regeling, namelijk artikel 57 van het Statuut. Verder bevatte de Grondwet van 1948 in artikel 217 een experimenteerbepaling die het mogelijk maakte dat wetgeving die nodig was voor de nieuwe rechtsorde zou afwijken van vrijwel de gehele Grondwet (mits die afwijkende wetten door de Staten-Generaal zijn aangenomen met twee derde van de uitgebrachte stemmen, dat dan weer wel). Bij de transformatie van Antilliaans recht in Nederlands recht anno tweeduizendstraks ontbreekt zo'n grondslag. Waarom toch is voor de ontmanteling van de Antillen niet het voorbeeld van de Grondwet van 1948 gevolgd? Al jaren is bekend dat het proces van de staatkundige hervorming van de Antillen zou kunnen raken aan de grenzen van de Grondwet. Opneming van een experimenteerbepaling bij de grondwetsherzieninkjes van 2006 of 2008 had veel constitutionele problemen kunnen voorkomen.⁸

Rechterlijke toetsing en ministeriële verantwoordelijkheid

Stel nu dat de hierboven genoemde bezwaren van tafel worden geveegd. Bij wet worden (ei)landsverordeningen en (ei)landsbesluiten houdende algemene maatregelen omgezet in onder meer algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen. Dan stuit men, zo meen ik, op ingewikkelde vragen over de rechterlijke bevoegdheid tot toetsing. Daarnaast voorzie ik problemen die verband houden met de ministeriële verantwoordelijkheid.

6 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 959, nr. 3, p. 4.

7 Vgl. r.o. 3.3.2 in HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004, 679 m.nt. Koopmans (*Stichting Faunabescherming/ Provincie Friesland*), waarin de Hoge Raad in een overigens geheel andere context overweegt dat vaststelling en intrekking van provinciale verordeningen gelijksoortige handelingen zijn.

8 In een debat met de Eerste Kamer over het proces van de staatkundige vernieuwing van het koninkrijk wuifde de minister van Justitie vragen over de constitutionele toelaatbaarheid van de hele operatie wel erg gemakkelijk weg, zie *Handelingen I* 2008/09, 32, p. 1485-1487 en 1499. Een voorbeeld van een gelegenheidsargument dat de minister aanvoert: omdat de BES kleine eilandjes zijn, is het geen probleem om voor de verkiezing van de Eerste Kamer het grondwettelijke begrip 'provinciale staten' te denatureren door daar ook eilandsraden onder te begrijpen (p. 1485). Dergelijke gekunstelde redeneringen zouden overbodig zijn als voor de BES-eilanden een experimenteelartikel in de Grondwet was opgenomen. Zie voor een lange maar niet overtuigende toelichting van de regering op het vraagstuk van de verkiezingen van de Eerste Kamer *Kamerstukken II* 2008/09, 31 956, nr. 3, p. 6-9 (memorie van toelichting bij een wetsvoorstel tot wijziging van de Kieswet).

Laten we als voorbeeld uitgaan van een Bonairiaanse eilandsverordening die op grond van de Invoeringswet-BES straks de status van ministeriële regeling krijgt. Uiteraard doen de betrokken ambten(aren) hun uiterste best om dit soepel te laten verlopen en alle plooiën glad te strijken. We leven echter in een gebroken wereld. Laten we daarom aannemen dat bij de omvorming iets over het hoofd wordt gezien. De onvolkomenheid in een tot ministeriële regeling omgezette eilandsverordening levert een onrechtmatigheid op doordat de regeling strijdig is met de (Grond)wet. Gelaedeerden kunnen in zo'n geval een civiele procedure starten.⁹ Belanghebbenden bij een besluit dat genomen is op grond van de ministeriële regeling, kunnen tijdens een bezwaar- of beroepprocedure een exceptief verweer voeren.¹⁰

Hoe ver reikt in dit scenario de rechterlijke bevoegdheid? Als het om een normale ministeriële regeling zou gaan, is er niets aan de hand: de rechter is tot toetsing bevoegd. Maar het gaat niet om een normale ministeriële regeling: nergens is een door de minister getekend besluit terug te vinden waarbij hij deze regeling vaststelt. De regeling is het product van een gezamenlijk besluit van de regering en de Staten-Generaal. Er is, om Van der Pots Handboek te parafraseren, sprake van een Antilliaanse verordening in Nederlandse feestverpakking.¹¹ Volgens het *Van den Bergh*-arrest moet de rechter in zo'n geval vaststellen dat hij niet bevoegd is zich over de verbindendheid van de regeling uit te laten.¹² Er ontstaat nu een paradoxale situatie. Moet de rechter, gelet op het toetsingsverbod, uitgaan van de juistheid van de stelling van de wetgever dat de aangevallen norm de status heeft van een ministeriële regeling (en dus de norm toetsen), of moet de rechter, gelet op het toetsingsverbod, concluderen dat hij onbevoegd is de aangevallen norm, die bij wet is vastgesteld, te beoordelen (en dus niet toetsen)? Beantwoording van die vraag vind ik lastig, maar ik zou het wel uiterst vreemd vinden als een masochistische wetgever zichzelf kan blootstellen aan rechterlijke toetsing door te doen alsof zijn beslissingen geen wetten zijn.

Algemene maatregelen van bestuur, 'kleine' koninklijke besluiten en ministeriële regelingen kunnen niet alleen aanleiding geven tot civiele en bestuursrechtelijke procedures, maar ook tot een strafrechtelijke procedure. Als een (normale) algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling een onrechtmatigheid bevat doordat ze in strijd is met de wet of de Grondwet, kan door de regering of door de Tweede Kamer een vervolgingsbevel aan de procureur-generaal bij de Hoge Raad

9 HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 m.nt. HD (*Pocketbooks II*).

10 Ik neem gemakshalve even aan dat de Landsverordening administratieve rechtspraak (die voor de BES vooralsnog blijft gelden) op dit onderdeel niet afwijkt van de Algemene wet bestuursrecht en de bijbehorende jurisprudentie. Als dat wel zo is, heeft dat geen gevolgen voor de strekking van mijn betoog.

11 D.J. Elzinga & R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 675, n. 95.

12 HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 m.nt. DJV (*Van den Bergh/Staat*).

gegeven worden.¹³ Door het contraseign (onder een koninklijk besluit) of de ondertekening (van een ministeriële regeling) weten regering, Kamer, procureur-generaal en Hoge Raad welke bewindspersoon verantwoordelijk is. In geval van een omgevoerde (ei)landsverordening ontbreekt een ministeriële handtekening, want er is door de regering c.q. een bewindspersoon geen besluit tot omzetting genomen. Wie draagt nu strafrechtelijke verantwoordelijkheid?

Toch maar drie lijsten

De verkleedtruc van de Invoeringswet-BES levert meer problemen op dan ze oplost. Het is het overwegen waard om af te zien van een geconsolideerde bijlage die de normen metterdaad vaststelt. In plaats daarvan zou de Invoeringswet kunnen bepalen dat de in de bijlage genoemde regelingen krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling worden vastgesteld. Zo'n delegatiebepaling zou alle te incorporeren Antilliaanse normen in één klap tot normale onzelfstandige regelingen omvormen.¹⁴

13 Art. 4 van de Wet van 22 april 1855, houdende regeling der verantwoordelijkheid van de Hoofden der Ministeriële Departementen jo. Art. 355 Sr; zie ook R.K. Visser, *In dienst van het algemeen belang: ministeriële verantwoordelijkheid en vertrouwen* (diss. Leiden), Amsterdam: Boom 2008, p. 259-264; J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 129-169.

14 De Raad van State heeft in zijn advies over het voorstel voor de Invoeringswet-BES kritiek op allerlei afzonderlijke delegatiegrondslagen in het wetsvoorstel (het advies sluit af met het relatief zware 'niet dan nadat'-dictum), maar maakt geen opmerkingen over het hier gesignaleerde probleem, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 957, nr. 4.