

VU Research Portal

Uitbesteding van wetgeving

van Ommeren, F.J.

published in

Uitbesteding van wetgeving, referaat voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving
2017

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2017). Uitbesteding van wetgeving: op zoek naar waarborgen. In *Uitbesteding van wetgeving, referaat voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving* (pp. 107-122). WLP.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

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.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Uitbesteding van wetgeving: op zoek naar waarborgen¹

Prof. mr. F.J. van Ommeren²

1. Belang van het onderwerp

Laat ik beginnen met te zeggen dat onze vereniging dit jaar voor haar jaarvergadering een prachtig onderwerp bij de kop heeft genomen. Ik hoop niet dat dit obligaat klinkt, want het is echt zeer welgemeend. Nu is het een mooi gebruik dat degene die als eerste reageert, complimenten maakt. Dus het risico is dat U denkt: “Ja, ja dat zal allemaal wel, sla de clichés maar over.” Ik wil daarom graag benadrukken dat het bijzonder goed gekozen is, omdat het een onderwerp betreft dat in de praktijk met enige regelmaat speelt, maar waarover in de literatuur tot nu toe nog vrijwel niets was verschenen.³ Dat heeft natuurlijk iets paradoxaals. Alleen al daarom is het belangrijk dat het onderwerp nu – eindelijk – op de agenda is gezet.

Het onderwerp is niet alleen goed op de agenda gezet, onze preadviseurs hebben de thematiek op een uitstekende wijze opgepakt en er – vanuit verschillende invalshoeken – hun licht over laten schijnen.

2. Een normatieve invalshoek

Mij is gevraagd of ik als eerste op de preadviezen zou willen reflecteren. Het idee was dat ik een soort van nabetrachting zou geven. Ik heb daar meteen ja op gezegd. Ik kende op dat moment de inhoud van de preadviezen nog niet, maar was wel bekend met de namen van de preadviseurs. Dus ik dacht: dat komt zonder twijfel wel goed. Maar toen ik het preadvies – “nabetrachting” zegt hij zelf – van Konijnenbelt zag, keek ik toch wel heel even op. Want Konijnenbelt gaat in op datgene waaraan ik zelf nu ook aandacht zou willen besteden: de behorens-*vraag*. Mag dit nu allemaal wel? En hoe moeten we dit beoordelen? Als staats- en bestuursrechtjurist, wat mijn achtergrond is,

¹ Dit referaat is in verkorte vorm tijdens de jaarvergadering 2017 uitgesproken.

² Prof. mr. F.J. van Ommeren is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en lid van het algemeen bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving.

³ Dat dit in Duitsland anders is, kunnen we leren van het preadvies van Kwast.

ligt het enigszins voor de hand om het toetsingskader van de democratische rechtsstaat tot uitgangspunt te nemen. De nabetrachting blijkt dus al gehouden. Ik gooi het daarom over een iets andere boeg; overigens zonder de normatieve benadering los te laten, want ik denk dat die toch wel zeer van belang blijft.

Van Schoonhoven vertelt ons in haar preadvies dat haar promotor haar leerde dat de vraag naar goed of fout in de wereld van het onderwijs meestal niet zo'n zinnige vraag is. Het gaat er "vooral om wat werkt of niet werkt". Ik denk echter dat dat in de wereld van het recht anders ligt. Ook daar is de vraag of iets werkt zeker uitermate relevant (en soms wordt aan die vraag te weinig aandacht besteed), maar het recht is primair een normatieve zaak. Zoals ik de president van de Hoge Raad – de vorige: Geert Corstens – op een jaarcongres van het *Netherlands Institute for Law and Governance* (NILG)⁴ ooit indringend hoorde zeggen: als jurist heb je altijd behoefte aan een normatief beoordelingskader. Ik denk dat hij daarin volledig gelijk heeft. Ook een praktijk die werkt, kan immers verkeerd of verwerpelijk zijn. Vandaar dat voor mij toch echt de hamvraag is: in hoeverre mag dit nu allemaal en hoe moeten we dat beoordelen?

Nu heb ik, in het voorbijgaan, zowel al de naam van Konijnenbelt als die van Van Schoonhoven laten vallen, maar nog niet die van Kwast. Laat ik daarom nu al meteen zeggen dat ik van zijn preadvies zeer onder de indruk ben. Juist dat preadvies is voorzien van een heel mooi en grondig fundament. Het is een origineel preadvies, waarin de activiteit van het wetgeven als project wordt beschouwd en de uitbesteding ervan als een strategie. Het is een preadvies dat prikkelt tot doordenken en veel "afterthoughts" bij mij opleverde, ook toen ik het uit had.

3. Twee voorbeelden uit de praktijk

Ik kies voor lezing van de preadviezen vanuit een iets meer persoonlijke invalshoek en begin met twee associaties. De eerste is van wat langer geleden. Ik werkte nog niet zo heel lang op het ministerie van Justitie en daar werd, in opdracht van de toenmalige staatssecretaris, Job Cohen, een nieuwe Vreemdelingenwet voorbereid. Dat betrof, ook toen al, een politiek buitengewoon gevoelig dossier. Het bijzondere was echter dat de

⁴ NILG jaarcongres Law & Governance: voorbij de tweedeling tussen publiekrecht en privaatrecht? (Wageningen 2011). Waarover: A.L.B. Colombi Ciacchi e.a. (red.), *Law & Governance. Beyond the Public-Private Law Divide?*, Den Haag: Eleven international publishing 2013.

voorbereiding van die wet grotendeels buiten de deur plaatsvond. Letterlijk, de projectgroep zat in een ander gebouw buiten het departement. Maar ook organisatorisch: Cohen had een – welbekend – commercieel adviesbureau in de arm genomen dat het totstandkomingstraject begeleidde, managede en naar verluidt er ook aan meeschreef. Wij vonden dat wel een beetje bijzonder, maar ook weer niet veel meer dan dat, want het werkte! En hoe, want Cohen loodste die lastige wet soepel door het parlement. Veel kritische vragen werden bij mijn weten over die aanpak niet gesteld. Men was op het departement vooral onder de indruk van de manier waarop het proces was verlopen. Je zou het bij wijze van spreken iedere bewindspersoon met een dergelijk gevoelig dossier willen aanraden.

Mijn tweede associatie is van veel recentere datum. Iets meer dan een jaar geleden verschenen grote koppen in het nieuws, in de krant en ook op internet:

ING schreef zelf wet die banken 350 mln scheelt

“ING heeft vorig jaar belangrijke onderdelen geschreven van de wet die Nederlandse banken een fiscale aftrek van 350 miljoen euro per jaar geeft op coco’s: een nieuw type obligatie. Ondanks waarschuwingen uit zijn ministerie voor staatssteun koos minister Dijsselbloem (PvdA) er bovendien voor de aftrek alleen voor banken te laten gelden.”⁵

Wat bleek? ING had belangrijke onderdelen geschreven van de wet die Nederlandse banken een fiscale aftrek geeft op een nieuw type obligatie (de zogeheten coco’s). Op die fiscale aftrek was door het bankwezen al lange tijd aangedrongen. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) een belangrijke partij in dit geheel, had naar eigen zeggen ING naar voren geschoven, omdat zij bij dit soort dossiers altijd de leiding geeft aan één van de banken.

De reactie van de minister van Financiën is voorspelbaar; zeker – kunnen we achteraf zeggen – voor wie net de preadviezen heeft gelezen. Volgens Dijsselbloem is er niets aan de hand en is dit de gewone praktijk. Er worden:

⁵ NRC 4 november 2015.

“steeds vaker belanghebbenden, deskundigen, organisaties of personen geconsulteerd bij concept wetsvoorstellen.”⁶

Een kwestie van *down playen* dus, zoals de Engelsen dat zo mooi zeggen.

“We laten ons door niemand de wet voorschrijven”, zo luidt het mantra van de minister in de krant.⁷

In de Kamerstukken zijn de bewoordingen iets bedaagder, maar is de strekking precies hetzelfde:

“Het consulteren van belanghebbenden, deskundigen, organisaties of personen bij concept wetsvoorstellen is tegenwoordig steeds vaker standaardprocedure. (...) Dit draagt bij aan de vormgeving en uitvoerbaarheid van de wetgeving. Goede suggesties, ook tekstvoorstellen kunnen daarbij worden overgenomen maar steeds onder volledige verantwoordelijkheid van ons als bewindspersonen.”⁸

In dit geval heeft het ministerie van Financiën een concept wetsvoorstel opgesteld en daarna met de NVB gedeeld. De van ING ontvangen suggesties zijn op hun merites beoordeeld en zijn deels wel en deels niet overgenomen, aldus de minister in de Kamer.⁹ Kortom: er is niets aan de hand: dit is *business as usual*.

Is dit iets bijzonders? Dit roept nogal wat vragen op. Volgens de preadviseurs moet sprake zijn van *onpartijdigheid* of onafhankelijkheid en gerichtheid op het *algemeen belang*. Dat zijn mooie woorden, wie kan daar tegen zijn? Maar dit is wel vatbaar voor problematisering: waarom is eigenlijk onpartijdigheid vereist als de minister eindverantwoordelijk is? En wat betekent hier de gerichtheid op het algemeen belang? Het wetsvoorstel werkt een eerder genomen politiek besluit uit, namelijk dat de *coco's* aftrekbaar zullen worden voor banken. (In veel lidstaten waren ze al aftrekbaar.) Blijkbaar was het te duur om ze voor alle bedrijven aftrekbaar te maken; dus wat is nu het algemeen belang?

Bezien met de preadviezen in het achterhoofd, koos de minister van Financiën een verstandige lijn van reageren. Ook de preadviezen stralen dit immers uit: uitbesteden is niet iets heel bijzonders. Het is eigenlijk alledaagse

⁶ Volkskrant 5 november 2015.

⁷ Volkskrant 5 november 2015.

⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 32 013, nr. 107, p. 2.

⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 32 013, nr. 107, p. 3.

praktijk. Konijnenbelt zegt het fraai aan het slot van zijn bijdrage. Voor grote kwalen heb je grote remedies nodig. Voor kleine kwalen, kleine... Veel revolutionairs, zegt hij, wordt er in de preadviezen niet voorgesteld.

En toch knaagt er iets. Houd je dit wel vol? Is het onderscheid tussen consultatie en uitbesteding echt zo flinterdun? Ik waag dat te betwijfelen. Is het voldoende om zo zwaar te leunen op de eindverantwoordelijkheid van de bewindspersonen? Je kunt wel haast aan je water aanvoelen dat dat niet goed kan gaan.

Laten we nog eens verder kijken naar de realiteit. De ING-casus wordt echt boeiend als we een paar maanden wachten. Want het gaat niet goed. De minister van Financiën moet opnieuw naar de Kamer. Dit keer slaat hij een andere toon aan:

“Minister van Financiën Jeroen Dijsselbloem erkent dat hij fouten heeft gemaakt in de wettelijke procedure waardoor banken sinds 2014 een belastingvoordeel van 350 mln opstrijken. (...) ‘De gang van zaken was ongelukkig. Dat moeten we niet meer doen’, aldus Dijsselbloem.”¹⁰

Dit is toch echt heel ander geluid. De minister lijkt een draai te hebben gemaakt. Maar dit is de weergave in de dagbladen. U weet het: de krant brengt de leugen in het land.

Het loont de moeite om ook even in de Kamerhandelingen te kijken. Daar blijkt dat de minister dit inderdaad heeft gezegd. Maar de “fouten” blijken op een ander aspect te slaan. Het gaat hem er niet om dat ING heeft meegeschreven:

“Het was één artikel en dat ene artikel met vier pagina’s toelichting is in een nota van wijziging naar de Kamer gestuurd. De les die we daaruit trekken, is dat we dat dus niet meer moeten doen. We moeten ervoor zorgen dat we onze beslissingen tijdig nemen en dat we die in een regulier wetgevingsproces meenemen.”¹¹

De fout die hij achteraf ziet, is dat het artikel over coco’s bij *nota van wijziging* in het wetsvoorstel is gefietst. Dat was een beetje laat, en daardoor heeft

¹⁰ Financieel Dagblad 19 februari 2016.

¹¹ *Handelingen Tweede Kamer* 18 februari 2016 (57-23-21).

de Raad van State er niet over kunnen adviseren. Ik hoef niet uit te leggen dat dat een bekend probleem is, maar wel een heel andere kwestie dan de uitbesteding van wetgeving.

De vraag is natuurlijk hoezeer deze reactie in de hoofdlijn van de preadviezen is te plaatsen. Kwast wijst er in zijn preadvies terecht op dat deze kwestie aanleiding gaf voor het opnemen van een zogenaemde *lobbyparagraaf* in de memorie van toelichting, hoewel die officieel niet zo heet. Mooi, zult u zeggen, probleem opgelost. En tot op zekere hoogte is dat ook zo. Maar ik geloof niet dat het probleem echt helemaal is opgelost. Want lobbyen is iets anders dan meeschrijven en uitbesteden. En op de opvatting dat ING (die evident belang heeft) mag meeschrijven, heeft de minister in feite niets ingeleverd. De minister drukt dit als volgt uit:

“Ik heb mij dat ook niet gerealiseerd, maar sommige teksten zijn gewoon overgenomen van de banken. Maar ik heb uiteraard wel het voorstel gezien en gelezen. (...) Wij hebben vervolgens onze handtekening eronder gezet. De politieke verantwoordelijkheid voor elk zinnetje dat van wie dan ook is overgenomen, ligt bij ons. Toch moeten we dat in het vervolg nog beter doen. Alles gaat in principe de internetconsultatie in. (...) We zullen voortaan in wetgeving een lobbyparagraaf opnemen.”¹²

4. De preadviezen

Tegen deze achtergrond komen we nu toe aan de beoordeling van het fenomeen van de uitbesteding van wetgeving. Ik ga uiteraard over alle drie de preadviezen nog wat zeggen. Ik bespreek ze kort in omgekeerde volgorde en begin dus bij de laatste bijdrage, die van Konijnenbelt, want hij is degene die in de nabetrachting de behorens-vraag uitdrukkelijk aan de orde stelt.

4.1. Het preadvies van Konijnenbelt

Konijnenbelt presenteert een toetsingskader, of eigenlijk twee toetsingskaders. Hij kijkt eerst naar de eisen van de *democratische rechtsstaat*. Dat toetsingskader blijkt weinig drempels op te werpen. In ieder geval is hij voorzichtig. Vanuit democratisch oogpunt, zo zou ik hem willen parafraseren, kan er “een risico zijn van *oneigenlijke invloed*, die afbreuk doet aan de organisatie van de *zeggenschap* of een *evenwichtige belangenbehartiging*.” Bovendien, zo merkt hij op, kan het gelijkheidsbeginsel, de *gelijke behandeling*, “misschien tot enige zorg aanleiding geven”.

¹² *Handelingen Tweede Kamer* 18 februari 2016 (57-23-21).

Onze preadviseur is voorzichtig. Ik denk nog even aan de ING-casus en vraag mij af of hij niet iets te voorzichtig is. In ieder geval zijn we het met elkaar eens dat voor oneigenlijk invloed – hij spreekt ook van “ongemerkte en onbetamelijke invloed (OOI)” – gewaakt moet worden.

Konijnenbelt voert, enigszins *en passant*, nog een tweede toetsingskader ten tonele. Hij kijkt – terecht – naar de set van normen die voor *ambtenaren* geldt. De gedachtegang is duidelijk. Normaal gesproken worden wetten voorbereid door ambtenaren; als we de voorbereiding van wetgeving, om welke reden dan ook uitbesteden, dan mogen we die set van normen niet buiten de deur zetten. Een ambtenaar dient zich te gedragen “zoals een goed ambtenaar betaamt” (art. 6 Ambtenarenwet 2017). Het gaat in concreto om drie normen:

- *loyaal* zijn jegens het bevoegd gezag (bewindspersoon);
- *onpartijdigheid*;
- gerichtheid op het *algemene belang*.

U begrijpt het denk ik wel. Ik denk nog even aan de ING-casus en vind het niet moeilijk om die in het licht van deze normen te beoordelen. Wel aarzel ik steeds meer over de geruststellende slotbewoordingen van Konijnenbelt. Is er toch niet meer aan de hand?

4.2. *Het preadvies van Renée van Schoonhoven*

Ik heb voor alle drie de preadviezen veel bewondering, maar zeker ook voor dat van mijn VU-collega Van Schoonhoven. Zij moet zich hier een beetje in het hol van de leeuw voelen. Van Schoonhoven is geen jurist, maar van huis uit socioloog. Wie haar stukken leest, weet dat zij over een uiterst zorgvuldige en precieze pen beschikt. Het is – gezien haar vak: uiteraard – geen normatief verhaal dat zij ons heeft voorgeschoteld, maar een adequate gevalsbeschrijving. Een geval waarvan zij zelf onderdeel uitmaakte. ‘Participatieve observatie’ heet dat in de wereld van de empirische wetenschappen. Wij mogen daar blij mee zijn, want er valt veel van te leren.

Van Schoonhoven volgt voor haar beschrijving van de voorbereiding van de Wet op het lerarenregister het fasenmodel dat enige jaren geleden door Ramlal in zijn proefschrift is ontwikkeld. Nauwgezet volgen wij haar in de *kiemfase* (strikt vertrouwelijk!), de *coalitiefase* (semi-besloten) en de *presentatiefase* (open of semi-vertrouwelijk). Daar valt van alles over te zeggen. Ik denk, met Konijnenbelt en Kwast, aan de voor wetgevingsjuristen zo befaamde “macht van het eerste concept”.

We leren er ook weer eens van hoe belangrijk de *timing* van een en ander is. Van Schoonhoven beveelt aan tijdig – dat wil zeggen: eerder – contact te leggen met het ministerie van Veiligheid en Justitie voor de wetgevingstoets, want in haar geval kwam het zinnige commentaar te laat om er nog iets mee te kunnen doen. Laat ik zeggen dat, als oud-wetgevingstoetsers bij de sector WKB, mij dit probleem uiterst bekend voorkomt.

Ik laat dat nu verder rusten, want het interessante is dat de gevalsbeschrijving toch ook enige beoordelingsmaatstaven bevat. Die ontleent zij opnieuw aan Ramlal. Het normenkader laat zich samenvatten in drie punten:

- de inbreng van de belangen dient *representatief* te zijn;
- de afweging van de ingebrachte standpunten en visies moet *evenwichtig* zijn;
- zowel inbreng als afweging dienen zo veel als mogelijk is *transparant* te worden gemaakt.

Aan de hand van deze drieslag loopt zij alle fasen door en komt zij voor een belangrijk deel tot haar bevindingen.

Ik moet nog steeds denken aan de ING-casus. Was ING *representatief*? ING kwam zeker op voor haar eigen belang. Maar dit was een *gedeeld belang*. Het was het belang van de gehele beroepsgroep: ING was de vooruitgeschoven post van de NVB. En dat waren de enigen die voor deze aftrek in aanmerking kwamen. De minister had met instemming van de Kamer al besloten dat het te veel geld zou kosten deze aftrek voor het gehele bedrijfsleven te laten gelden.

Was de inbreng van ING *evenwichtig*? Ik kan dat zo niet beoordelen, maar het ligt in de rede om aan te nemen dat ING bij uitstek deskundig is. En daar is het bij uitbesteding van wetgeving zeker ook om te doen. Het ministerie heeft zoals zeker bij technische zaken niet ongebruikelijk, de hulp van buitenaf ingeroepen.

Ten slotte de *transparantie*. Dat is het punt – het enige punt – waarop de minister een verbetering belooft, namelijk de *lobbyparagraaf*, eigenlijk een overzicht van degenen met wie geconsulteerd is. Is dat voldoende? Ik herinner eraan dat uitbesteden niet hetzelfde is als consulteren.

4.3. Het preadvies van Kwast

Kwast neemt ons om te beginnen mee in de wereld van de 19^e eeuw. Dat vind ik een goede zet, want daar ligt het begin van de moderne tijd. Veel van onze staatsrechtelijke kaders zijn toen geschapen. Het is dikwijls een goed idee om bij nieuwe ontwikkelingen naar de oude kaders te kijken. (De vraag die

dan wel rijst, is wat moet worden bijgesteld: het oude kader of de nieuwe praktijk?) Kwast is – net als Van Schoonhoven – ervaringsdeskundige. Hij neemt ons ook mee in de huidige wereld van concurrentie in wetgevingsland. Er is een markt, niet alleen voor opdrachtnemers, zoals ik op het eerste gezicht zou denken, maar ook voor opdrachtgevers. Voor u dus, als wetgevingsorganisaties. Zelfs de rol van de Aanbestedingswet komt langs, die overigens vrij beperkt is.

Ook zijn preadvies bevat een normatieve en vooral principiële dimensie. Die zoekt hij in het verleden. Hij ziet *geen* aanknopingspunten voor de denkbare opvatting dat wetgevingsjuridisch werk dermate belangrijk is voor de uitoefening van wetgevende macht, dat dit *door de overheid zelf* dient te worden uitgevoerd. Kwast komt tot deze gevolgtrekking langs een tweetal lijnen.

Hij begint daarvoor met Thorbecke en wel met diens concept van het *staatsburgerschap*. Kwast heeft volstrekt gelijk als hij schrijft dat de staatsrechtelijke doctrine aan het staatsburgerschap opmerkelijk weinig aandacht besteedt. Onze preadviseur betreurt dat en ik ben dat met hem eens. Het idee van staatsburgerschap is ontzettend belangrijk. Het is echter zozeer geïnternaliseerd in ons huidige systeem, dat we het vanzelfsprekend zijn gaan vinden; met als gevolg dat het in de wereld van het recht nog maar weinig aandacht krijgt. Het is heel goed dat Kwast het bijzondere ervan weer voor het voetlicht brengt. Het kernpunt van de Thorbeckiaanse lijn die hij naar voren wil brengen, is dat eenieder staatsburger is. En dat maakt dat eenieder – mits verkozen of benoemd – Kamerlid of minister kan worden en daardoor het recht van initiatief heeft. Dat kunnen wij allen vanwege ons lidmaatschap van de Staat.

Waarom is dit nu een belangrijk fundament voor een preadvies over uitbesteding van wetgeving? Uiteraard heb ik mij dat afgevraagd. Op het eerste gezicht is dat niet helemaal evident. Kwast benadrukt dat het staatsburgerschap als een “*collectieve competentie* tot regeling en bestuur” moet worden beschouwd. Dat brengt met zich dat als de wet door een *ander* dan door de overheid wordt voorbereid, dat geen fundamentele stap is. Aldus maakt Kwast, met Thorbecke in de hand, de scheidslijn tussen overheid en samenleving flinterdun. Zolang de wet door staatsburgers wordt voorbereid, is er principieel gezien niet zo veel aan de hand. Premisse is slechts dat de samenleving voor een belangrijk deel uit staatsburgers bestaat.

Ik vind het origineel en mooi gevonden en ik bewonder de fundamentele benadering. Alleen, ik wil daar graag iets tegenover stellen. Eerlijk gezegd, denk ik dat Thorbecke zich in z'n graf zou omdraaien. Ik zal proberen

dat heel kort te onderbouwen. Thorbecke was juist de man van de aparte overheid die relatief ver van de burger afstaat. Thorbecke is degene geweest die in ons land definitief een einde heeft gemaakt aan overheidsrechten die, zoals vroeger bij de adel, persoonsgebonden waren. In de eerste helft van de 19^e eeuw, dus vóór de Grondwet van 1848, herleefden allerlei *landsheerlijke* rechten. Heerlijke rechten waren een uitvloeisel van het van oorsprong middeleeuwse leenstelsel. Het waren persoonsgebonden rechten, zoals het recht om recht te spreken of rechters of nachtwakers te benoemen, het recht om belasting te heffen, het muntrecht et cetera. Kortom, allerlei rechten die wij nu bij uitstek als klassieke rechten of bevoegdheden van de overheid beschouwen. Mede door toedoen van Thorbecke werden de heerlijke rechten helemaal afgeschaft met de Grondwet van 1848.¹³ De destijds nog bestaande landsheerlijke rechten gingen over naar de overheid – veelal naar de gemeenten maar ook naar andere overheden zoals het Rijk – en waren daarmee dus niet meer persoonsgebonden. Daarom hing Thorbecke ook zo aan zijn eigen gemeentewet, met een eigen “huishouding van de gemeente”! (Ik noem dit laatste met nadruk, omdat Kwast ook uitdrukkelijk aandacht vraagt voor de van oorsprong economische connotatie van het woord ‘huishouding’ in deze wetgeving.)

Juist aan Thorbecke hebben wij dus te danken dat we definitief een *separate* overheid – een separate Staat / regering / wetgever – hebben die helemaal los staat van de persoonlijke rechten en dus ook los van de samenleving, los van het private. Thorbecke is, met andere woorden, de man van de scherpe *scheiding* tussen de *publieke* en de *private* wereld.¹⁴ De Staat, ook als wetgever, staat bij hem geheel apart van de burgerij, ook van de burger met staatsburgerschap! Overbodig te zeggen dat in zo’n benadering een staatsburger die wetten mag voorbereiden juist helemaal niet zo goed past.

Kwast heeft nog een tweede lijn, dat is de economische lijn (economie als “*raison d’etat*”). Hij beschrijft daarin de terughoudendheid die van de wetgever ten aanzien van zijn huishouding werd gevergd. De wetgever diende te beseffen wanneer niet te handelen in het belang van de welvaart van de staat. Terecht wijst Kwast erop dat in de 20^e eeuw dit is losgelaten en vervangen door een meer sociale conceptie van het publiekrecht, waarbij hij aandacht vraagt voor de sterke opkomst van wetgeving met een sociaal karakter. Hij verwijst daarvoor onder meer naar Foucault die een scherpe analyse heeft gegeven van de politieke economie en de “*principle of limitation*” die vroeger intrinsiek was aan “*the art of government*”. Ook dat is scherp gezien. Ik heb

¹³ Zie E. Poortinga, *De scheiding tussen publiek- en privaatrecht bij Johan Rudolph Thorbecke (1798 – 1872)* (diss. UU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1987, p. 147 e.v.

¹⁴ Zie daarover het in de vorige noot genoemde boek.

bewondering voor de diepte waarmee deze tweede lijn is uitgewerkt. De beschouwingen van Foucault over de overheid en de kunst van het besturen zijn weinig conventioneel en zouden mijns inziens door juristen meer in hun gedachtevorming moeten worden betrokken.

Terecht wijst Kwast op deze verandering. In de bestuursrechtelijke literatuur wordt een wat andere terminologie gehanteerd, maar wordt hetzelfde bedoeld. Daar wordt gesproken van de overgang van de *liberale* naar de *sociale rechtsstaat*. Er is een zeer bekend bestuursrechtelijk handboek dat niet voor niets ‘Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat’ heet.¹⁵ Een van de twee bewerkers is onze voorzitter. Ik heb wel eens gedacht dat als de eerste druk van dat boek later was verschenen, het wellicht bestuursrecht in de *democratische rechtsstaat* had geheten. Hoe dan ook, ik deel de conclusie van Kwast dat de rechtsstaat – van welk adjectief voorzien dan ook: democratisch, liberaal of sociaal – weinig fundamentele belemmeringen opwerpt tegen de uitbesteding van de voorbereiding van wetgeving.

Na die fundamentele stappen volgt de derde lijn van Kwast. Dat is de lijn over het maken van wetgeving als uitvoering van een project. Dat is de lijn waarin wetgeving wordt gezien in haar maatschappelijke context – en waarin de (verborgen) maker van wetgeving in de schijnwerpers wordt gezet. Dat blijkt geen echt normatieve lijn, maar er zitten wel enige normatieve puntjes in. Kwast onderscheidt drie soorten opdrachtnemers:

- de politieke opdrachtnemers;
- de professionele opdrachtnemers;
- de oneigenlijke opdrachtnemers.

De kern van zijn preadvies gaat over die professionele opdrachtnemers. Ik ga er voetstoots van uit dat we zijn bureau Wetgevingswerken als zo’n professionele opdrachtnemer moeten zien. Maar wat mij fascineert zijn de “*oneigenlijke* opdrachtnemers”. Mijn vraag is welke opdrachtnemers oneigenlijk zijn en welke niet. Wat zijn de criteria om dat vast te stellen? Kwast noemt de ING-bank bij de oneigenlijke opdrachtnemers. Maar waarom is dat eigenlijk zo? Duidelijk is dat de minister van Financiën dat anders ziet, zeker als ING netjes staat vermeld in het consultatieoverzicht (de lobbyparagraaf). Bovendien mag worden aangenomen dat ING echt een opdracht heeft gehad, via tussenkomst van de NVB, terwijl Kwast bij de oneigenlijke opdrachtnemers aan opdrachtnemers zonder echte opdracht denkt.

¹⁵ R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel I, 7^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

4.4. De paradox van de preadviezen

Daarmee heb ik over alle drie de preadviezen het nodige gezegd en wordt het tijd voor een afronding. De paradox van de preadviezen is dat het van die mooie, geruststellende, verhalen zijn: uitbesteden moet kunnen, is eigenlijk niet heel bijzonder, je moet wel wat waarborgen in acht nemen, maar dan kan het best. Geen heel grote problemen. Aan de andere kant houd ik toch het gevoel dat dit niet helemaal waar kan zijn. Dit is wel heel gemakkelijk; er mist iets en dat wringt. Wat wringt er? Uiteraard het risico dat de burger wetgever in eigen zaak wordt. Dan is er pas echt sprake van belangenverstrengeling.

Bij consultatie worden – per definitie – buitenstaanders ingeschakeld. Uiteraard, dat is de functie van consultatie. Bij consultatie is de zorg al *emigszins* dat er sprake is van onevenredige beïnvloeding van de wetgever. Maar daar is een waarborg voor: er is een *filter*. Dat filter zijn de wetgevingsambtenaren en later natuurlijk het officiële behandelingstraject. De eindverantwoordelijkheid ligt bij de minister (zoals de minister van Financiën ook al benadrukte).

Het verschil tussen consulteren en uitbesteden wordt nu wel heel wezenlijk. Uitbesteding van wetgeving gaat een hele stap verder dan meepraten bij een consultatie. Het gevaar van onevenredige beïnvloeding (de OOI van Konijnenbelt) lijkt dan veel groter. Wat we hier dus zien is dat het filter ontbreekt. Dat levert gevaar op voor, wat ik nu maar noem, *belangenverstrengeling in het kwadraat*. Dat gevaar moeten we niet zomaar wegedeneren!

5. Op zoek naar waarborgen

Ik ben niet tegen uitbesteding van het voorbereiden van wetgeving. Integendeel, er zijn niet zoveel exclusieve overheidstaken als men wel eens denkt en het voorbereiden van wetgeving zit daar evenmin bij. Ik ben – met preadviseur Kwast – van mening dat er ruimte is om eerder meer dan minder wetgevingswerk uit te besteden. De tijd dat de overheid alles zelf kan doen, is allang voorbij.

Maar, er is wel een heel groot *maar*. Er moeten voor die uitbesteding wel voldoende *waarborgen* zijn. Daarover zijn de preadviezen naar mijn smaak nog te luchthartig. Zonder die waarborgen moeten we mijns inziens heel voorzichtig zijn met uitbesteding van wetgeving. Ik denk dat de wetgevingspraktijk – samen met de wetenschap – hard door moet gaan met het ontwikkelen van die waarborgen.

Ik loop nogmaals heel snel door de preadviezen heen. Welke waarborgen worden door onze preadviseurs genoemd?

- De eerste is die van de transparantie: zowel Kwast, Van Schoonhoven als Konijnenbelt wijzen daar op.
- De tweede is die van het voorkomen van belangenverstrengeling.
- Daarmee hangt ook samen de eis dat:
 - o de uitbesteder gericht moet zijn op het algemeen belang; en de
 - o de eis van representativiteit.
- Ik zie ook wel wat in de “kernwaarden” die Kwast tegen het eind van zijn preadvies noemt. Hij denkt aan kernwaarden die ook in de advocatuur een nuttige functie vervullen. Dat zijn normen waaraan de externe wetsvoorbereider zich moet houden. Het zijn normen die in gedragscodes plegen te worden opgenomen. Het zou inderdaad goed zijn als er een gedragscode komt – met kernwaarden – voor de extern werkende wetgevingsjurist.
- Aandacht verdient ook de “verklaring” – eed of belofte – van Konijnenbelt. Dat is een verklaring vooraf van de wetgevingsmakers dat ze geen eigen belang hebben bij de inhoud. Ook de instemming met zo’n verklaring moet een zekere waarborg bieden.
- Hoewel Van Schoonhovens preadvies er eigenlijk niet direct betrekking op heeft, sluit ook zij af met aandacht voor de waarborgen. Zij bepleit na te denken over de *checks and balances*. Zij denkt aan een onafhankelijke commissie, bijvoorbeeld een commissie van wijzen, een *reviewboard* of een onafhankelijke instantie die meekijkt bij het verloop van het proces.

Al met al zijn er dus, soms *en passant*, heel wat waarborgen genoemd. Ik denk dat die heel hard nodig zijn. Ik vind ook dat die verder moeten worden uitgewerkt en verdiept.

Zo zullen er toch echt kwaliteitsmaatstaven moeten gaan gelden: beheersen de externe wettenmakers het ambacht van wetgevingsjurist wel? Waar hebben zij geleerd wetgeving te concipiëren? Zijn zij in staat om, wanneer nodig, de betrokken bewindspersonen tegen te spreken? Zijn zij daarvoor in de positie en wat betekent dat voor de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer? Veel meer aandacht verdient de norm van onpartijdigheid, het voorkomen van belangenverstrengeling en de gerichtheid op het algemeen belang. Die norm moet heel zwaar wegen in het *begin* van het proces, als de (politieke) beslissingen nog genomen moeten worden. Maar als de knopen eenmaal zijn doorgelicht en het wetgeven voornamelijk een kwestie van het uitschrijven van de beslissingen is geworden, ligt dat anders. Wat is erop tegen dat ING zijn eigen wet schrijft, nadat het besluit is genomen dat het bankwezen voor een fiscale aftrek in aanmerking komt?

Ik zou aan de preadviseurs willen vragen met name op het punt van de genoemde waarborgen nog wat dieper in te gaan. Zijn die inderdaad zo belangrijk als ik hier nu betoog? En zo ja, hoe zouden die eruit moeten zien? Ik zou aan de aanwezigen in de zaal willen vragen hoe zij er nu tegen aankijken. Uitbesteding is, denk ik, een onderwerp waar iedereen wel een mening over heeft. Moet uitbesteding van wetgeving inderdaad mogelijk zijn en, zo ja, onder welke voorwaarden?