

Mevrouw Ursula von der Leyen
Voorzitter van de Europese Commissie
Wetstraat 200
B-1049 Brussel
België

Onderwerp: toepassing van het Europese Rechtsstaatmechanisme op Nederland

Burgh Haamstede, 20 oktober 2021

Geachte mevrouw Von der Leyen,

Europa en de Europese Unie berusten op een aantal gedeelde waarden, waaronder in het bijzonder grondrechten, democratie en rechtsstaat.

De Nederlandse democratie en rechtsstaat is de resultante van de unieke geschiedenis van ons land en derhalve kennen ze de nodige eigenaardigheden en imperfecties. Enkele daarvan hebben zich in de afgelopen jaren met meer kracht dan voorheen gemanifesteerd, maar de effecten daarvan waren hoofdzakelijk een Nederlands probleem.

Met de introductie van het Europese Rechtsstaatmechanisme zijn eventuele Nederlandse imperfecties evenwel potentieel een probleem voor de gehele EU geworden, zeker als ze van rechtsstatelijke aard zijn. Immers, een doeltreffend gebruik van het Rechtsstaatmechanisme is slechts mogelijk als zoveel mogelijk landen voldoen aan de door de EU aangenomen criteria.

Vanuit dit perspectief willen wij uw aandacht vragen voor een drietal onderwerpen. Het eerste betreft constitutionele toetsing: of wetten in overeenstemming zijn met de grondwet. Het tweede betreft de positie en rol van de Raad van State vanuit de optiek van rechterlijke onafhankelijkheid. En tenslotte vragen we uw aandacht voor de implementatie van Europees recht en de rol daarin van de Raad van State.

Constitutionele toetsing

In de Nederlandse, in het Engels gestelde, bijdrage aan het "Verslag over de rechtsstaat 2020" wordt de organisatie van de Nederlandse rechtsstaat in detail beschreven. Juist omdat die bijdrage in het Engels is geschreven, is het van belang om de positie en rol van de Hoge Raad en de Raad van State goed af te bakenen, met name omdat de Hoge Raad wordt aangeduid met de term "Supreme Court". Die term roept immers al snel het idee op dat de Hoge Raad een constitutioneel hof of grondwettelijk hof zou zijn. Dit is evenwel niet het geval: de Hoge Raad is de hoogste cassatierechter in civiele zaken, strafzaken en belastingrecht, maar het is geen hooggerechtshof in de zin van een grondwettelijk hof. Dat laatste geldt ook voor de Raad van State. De Raad is weliswaar rechter in hoogste instantie in bestuursrechtelijke zaken, maar ook de Raad mag wetten niet toetsen aan de Grondwet

Nederland heeft derhalve als één van de weinige landen in de Europese Unie geen grondwettelijk hof. Zie ook pagina 48 van de zojuist genoemde Nederlandse bijdrage waarin expliciet wordt gemeld dat artikel 120 van de grondwet constitutionele toetsing van wetten niet toestaat. In Nederland ligt de verantwoordelijkheid voor het garanderen dat wetten voldoen aan de grondwet derhalve bij de wetgevende macht zelf, terwijl burgers zich in rechte niet op

de grondwet kunnen beroepen, laat staan via de rechter de overheid kunnen dwingen de grondwet te respecteren.

Dat de wetgevende macht zich ook over grondwettelijke vragen laat adviseren door de Raad van State, terwijl de Eerste Kamer van het parlement geacht wordt te fungeren als "chambre de réflexion", ook als het gaat om grondwettelijke vragen, doet aan het principe geen afbreuk: de wetgever beslist zelf over de grondwettelijkheid van wetten en burgers kunnen in grondwettelijke zaken geen beroep doen op de rechter.

De vraag die dit oproept en die wij bij deze aan u voorleggen is of deze (voor Europa uitzonderlijke situatie) situatie vanuit rechtsstatelijk perspectief wel voldoende garanties biedt om te verzekeren dat wetten in overeenstemming zijn met de grondwet. Het wetgevende proces is immers - zoals het hoort in een democratie - inherent politiek van aard waarbij een enkelvoudige meerderheid beslissend is, terwijl burgers niet als achtervang kunnen fungeren omdat zij geen toegang tot een rechter hebben als zij menen dat een wet in strijd is met de grondwet.

Als het om grondrechten gaat kunnen die burgers zich weliswaar beroepen op het EVRM, maar die omweg toont juist aan waarom een voormalige Nationale Ombudsman, Alex Brenninkmeijer, de Nederlandse grondwet kwalificeerde als een "dode letter".

Onpartijdigheid

De Raad van State heeft een dubbele rol: enerzijds adviseert de Raad regering en parlement *ex ante* over wetgevingsvoorstellen, anderzijds is de Raad de hoogste rechter in geschillen tussen de overheid en burgers. Over die dubbelrol is al jarenlang discussie met als kernvraag of de Raad wel aangemerkt kan worden als een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de zin van artikel 6 EVRM. Sinds 1976 en vooral na een uitspraak van het EHRM in 1986 zijn er, ook bij wet, tal van aanpassingen geweest in de organisatie van de Raad teneinde de adviserende functie en de rechtsprekende functie zoveel mogelijk te scheiden. Toch is de discussie over die dubbele rol nog steeds niet over en wordt er door sommigen gepleit voor een totale splitsing in twee aparte organisaties, dan wel voor het overhevelen van de bestuursrechtspraak in hoogste instantie naar de Hoge Raad,

Wij nemen hier in deze kwestie geen standpunt in, maar wijzen u wel op een aantal factoren die van belang zijn in de discussie over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Raad van State.

- Waar de leden van de Hoge Raad worden benoemd uit een drievoudige voordracht opgemaakt door de Tweede Kamer (dus door de wetgevende macht) worden leden van de Raad van State benoemd op basis van een enkelvoudige voordracht van de verantwoordelijke minister (dus door de uitvoerende macht).
- De Raad van State heeft maximaal 10 leden en daarnaast circa 60 staatsraden, werkzaam in twee afdelingen: één voor advisering en één voor rechtspraak. Uiteraard is er binnen de groep van leden en staatsraden sprake van diversiteit qua achtergrond en ervaring, maar dit neemt niet weg dat relatief veel leden en staatsraden een achtergrond hebben in het openbaar bestuur.
- Hoewel er tussen de afdelingen advisering en rechtspraak schotten zijn geplaatst, zijn een aantal staatsraden nog steeds lid van beide afdelingen. Jarenlang werd dat niet gezien als problematisch. Daarom is pas recent de regel ingevoerd dat een staatsraad die betrokken was bij advisering over een wetsvoorstel niet als rechter kan optreden in een geschil tussen burger en overheid over diezelfde wet.

Of het samenhangt met bovenstaande factoren laten we in het midden, maar feit is dat de Raad van State veelal blind vaart op de feiten die door de overheid worden aangedragen; maar hoogst zelden zelf een onafhankelijk onderzoek gelast; van burgers eist dat ze bewijzen dat de overheid in redelijkheid niet het bestreden besluit had kunnen nemen; en dat meer in het algemeen de Raad zeer gezagsgetrouw is als het gaat om het interpreteren van wetten, zelfs als dit - ook in de ogen van rechters - leidt voor burgers leidt tot onbedoeld en disproportioneel nadeel. Zie de "Toeslagenaffaire" waarin rechters thans (na jaren) openlijk spijt betuigen over de manier waarop ze burgers in de steek hebben gelaten. Maar, zo zeggen die rechters ook, vaak konden ze niet anders wetende dat de Raad van State een andersluidende uitspraak zou vernietigen.

De zo gezagsgetrouwe Raad van State die strikt genomen geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht legt aldus die gezagsgetrouwheid ook op aan lagere rechters die wel deel uitmaken van de rechterlijke macht. Wat betekent dit voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg?

Wij menen dat de kwestie van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Raad van State - juridisch, organisatorisch en feitelijk - aan de orde moet komen het kader van een volgend "Verslag over de rechtsstaat". Nog steeds ligt de vraag op tafel of de organisatie en de werkwijze van de hoogste bestuursrechter in Nederland wel voldoende garanties bieden dat de uitvoerende macht de rechtspraak over het eigen handelen niet teveel kan beïnvloeden - een vraag die ook aan de orde is bij andere lidstaten.

Europees recht

Tenslotte willen wij u opmerkzaam maken op het feit dat naar ons oordeel de Raad van State in het verleden steken heeft laten vallen in relatie tot de tijdige en voortvarende implementatie van het Unierecht. Zonder uitpuittend te willen zijn, noemen we een drietal voorbeelden.

- Hoewel deskundigen al langer vraagtekens plaatsten bij de Unierechtelijke rechtsgeldigheid van het "Programma Aanpak Stikstof" uit 2015 duurde het tot mei 2019 voordat de Raad oordeelde dat die regeling inderdaad in strijd was met het Unierecht - en dit pas na een opinie van de Advocaat-generaal van het Europese Hof van Justitie die daarover geen enkel misverstand liet bestaan.
- In de Crisis- en Herstelwet uit 2010 werd de toegang tot de rechter in geschillen over projecten die onder die wet vallen, beperkt tot personen en instanties die eerder in de (politieke) besluitvorming een zienswijze hadden ingediend. De Raad van State accepteerde jarenlang die regeling totdat het Europese Hof in een prejudicieel advies van januari 2021 oordeelde dat het in strijd met het Unierecht is om toegang tot de rechter afhankelijk te stellen van deelname aan het voorafgaande politieke proces.
- Meest recent en wellicht meest aansprekend is de gang van zaken met betrekking tot wettelijke voorschriften en normen voor windturbines, in het bijzonder in relatie tot geluid en slagschaduw. En korte chronologie.
 - In 2016 oordeelde het Europese Hof dat windturbinevoorschriften van het Gewest Wallonië in strijd waren met het Unierecht omdat die voorschriften waren vastgesteld zonder voorafgaande milieueffectrapportage ("m.e.r.") zoals geëist wordt door de SMB-richtlijn van 2001.
 - Direct daarna werd er in publicaties op gewezen dat die uitspraak ook van belang was voor Nederland omdat het Rijk in 2010 soortgelijke voorschriften had vastgesteld zonder voorafgaande m.e.r.
 - Niettemin oordeelde de Raad van State in een uitspraak van 2019 dat er met de Nederlandse windturbinevoorschriften niets mis was omdat, zo stelde de Raad zonder

overtuigende motivering, die voorschriften geen “plan” of “programma” waren in de zin van de SMB-richtlijn zodat die richtlijn niet van toepassing zou zijn.

- In de jaren daarna handhaafde de Raad van Staten dat standpunt in tal van zaken die mede daardoor door klagende burgers werden verloren.
- In juni 2021 herhaalde het Europese Hof in niet mis te verstane bewoordingen de uitspraak in de d’Oultremont zaak in een prejudicieel advies over windturbinevoorschriften van Vlaanderen. Ook in dat advies - de Nevele zaak - oordeelde het Hof dat die voorschriften in strijd zijn met het Unierecht wegens het ontbreken van een voorafgaande m.e.r.
- Toen aan die Nevele uitspraak ook in Nederland de nodige publiciteit was gegeven, besloot de Raad van State in januari 2021 zich opnieuw en nu ten principale te buigen over de vraag of de Nederlandse windturbinevoorschriften wel of niet in overeenstemming waren met het Unierecht.
- Op 30 juni 2021 - dus ruim tien jaar na het vaststellen van die voorschriften en vijf jaar na de d’Oultremont zaak - kwam het verlossende woord: de Raad van State ging om en oordeelde dat ook de Nederlandse windturbinevoorschriften in strijd waren met het Unierecht - en dus buiten toepassing moeten blijven - wegens het ontbreken van een m.e.r. voorafgaand aan de vaststelling van die voorschriften.
- Wat onverlet laat dat in de jaren daarvoor tal van beroepschriften van burgers door de Raad werden afgewezen mede op basis van het oordeel uit 2019 dat er met de Nederlandse windturbinevoorschriften niets aan de hand was.

We voegen daar nog aan toe dat het de civiele rechter - en dus niet de Raad van State - was die in 2015 (rechtbank), 2018 (gerechtshof) en 2020 (Hoge Raad) oordeelde dat internationale verdragen de overheid verplichtten meer te doen om de CO2 uitstoot terug te dringen. Er zijn meer voorbeelden van procedures die welbewust werden voorgelegd aan de civiele rechter en niet aan de bestuursrechter/Raad van State omdat burgers (en hun advocaten) al op voorhand betwijfelden of die bestuursrechter/Raad van State hen recht zou doen.

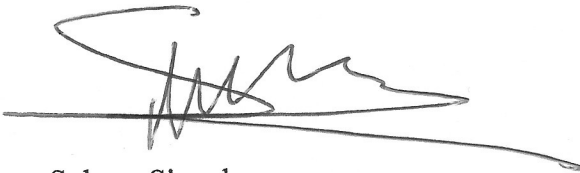
Uit deze voorbeelden - er zijn er meer - blijkt dat de Raad van State als bestuursrechter in hoogste instantie maar al te vaak pas toepassing geeft aan het Unierecht als het niet anders kan vanwege een eerdere uitspraak van het Europese Hof.

Wij laten in het midden of die opstelling van de Raad een gevolg is van de banden die de Raad en zijn leden hebben met de uitvoerende macht en het openbaar bestuur. Feit is ook dat in een eerdere fase de Raad in de rol van adviseur van regering en parlement niet aan de bel trok met de vraag of de (voorgenomen) wettelijke regelingen die in bovenstaande voorbeelden aan de orde zijn wel in overeenstemming waren met het Unierecht. Terwijl daar, zo bleek later, goede redenen voor waren,

Ons beeld is derhalve dat de Raad van State initieel in zijn adviserende rol de neiging heeft zoveel mogelijk mee te gaan met de wensen en het beleid van de uitvoerende macht ten koste van een correcte en loyale toepassing van Europees recht volgens artikel 4, lid 3 VEU, terwijl in tweede instantie de Raad in zijn bestuursrechtelijke rol pas uitvoering geeft aan artikel 4 als het niet anders kan vanwege een uitspraak van het Europese Hof van Justitie.

Het voorafgaande samenvattend: de ondertekenaar van deze brief verzoekt u in uw volgende rapportage in het kader van het Europese Rechtsstaatmechanisme in te gaan op de staat van de Nederlandse rechtsstaat en daarbij in elk geval de in deze brief genoemde punten aan de orde te stellen.

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Sybren Singelsma', written over a horizontal line.

Sybren Singelsma

Cc: Dhr. Mark Rutte, *Minister-president, minister van Algemene Zaken*
Dhr. Ferdinand Grapperhaus, *Minister van Justitie en Veiligheid*
Dhr. Thom de Graaf, *Vice-President Raad van State*
Dhr. Reinier van Zutphen, *Nationale ombudsman*
Dhr. Arno Visser, *President van de Algemene Rekenkamer*

Drs. Sybren Singelsma
Kamillelaan 19
4328KS Burgh Haamstede
Nederland
sybren.singelsma@gmail.com