

## Van reactieve aanwijzing naar corrigerend instructiebesluit

Gazendam, Joris; de Graaf, K.J.; Winter, Heinrich

*Published in:*  
Tijdschrift voor Bouwrecht

**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:*  
2013

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

*Citation for published version (APA):*

Gazendam, J. C. W., Graaf, K. J. D., & Winter, H. B. (2013). Van reactieve aanwijzing naar corrigerend instructiebesluit. *Tijdschrift voor Bouwrecht*, 6(10), 931-940. [2013/138].

### 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).

### 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.

TBR 2013/138

# Van reactieve aanwijzing naar corrigerend instructiebesluit

Mr. J.C.W. Gazendam, mr. dr. K.J. de Graaf en prof. dr. H.B. Winter<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Volgens een oud gezegde leiden vele wegen naar Rome: voor één probleem zijn vaak meerdere oplossingen. In het ruimtelijke ordeningsrecht is dit niet anders. Is een gemeenteraad voornemens een bestemmingsplan vast te stellen dat in strijd is met een provinciale verordening, dan kunnen Gedeputeerde Staten (GS) meerdere instrumenten inzetten om de provinciale ruimtelijke belangen te waarborgen. GS kunnen in beroep gaan tegen het bestemmingsplan, een reactieve aanwijzing geven (art. 3.8 lid 6 Wro) of zich wenden tot de Kroon met een verzoek om het bestemmingsplan te vernietigen (art. 273a Gem.w).<sup>2</sup>

Met de reactieve aanwijzing uit de Wro en de bevoegdheid van de Kroon om besluiten te schorsen en vernietigen, zoals dat sinds oktober 2012 naar aanleiding van het rapport van de Commissie Oosting is geregeld door de Wet revitalisering generiek toezicht, kunnen vergelijkbare doelen nagestreefd worden.<sup>3</sup> In de aanloop naar het toekomstige wetsvoorstel voor een Omgevingswet is het de vraag of beide instrumenten naast elkaar moeten blijven bestaan of dat het generieke interbestuurlijk toezichtinstrumentarium (IBT-instrumentarium) volstaat. Het Kabinetstandpunt<sup>4</sup> hield in afwijking van het rapport van de Commissie Oosting in dat de reactieve aanwijzing als specifiek instrument van interbestuurlijk toezicht voorlopig behouden zou blijven, in afwachting van de evaluatie van de Wro. De Omgevingswet wacht niet op die evaluatie en een ambtelijke concept van september 2012 stelde expliciet dat de reactieve aanwijzing (Wro) niet zal terugkeren in de Omgevingswet; het generieke IBT-instrumentarium zou toereikend zijn. Tot een soortgelijke conclusie kwam recent ook De Vries.<sup>5</sup> In juni 2013 kwamen het IPO en het Ministerie van

Infrastructuur en Milieu (I&M) echter naar buiten met de tussen hen gemaakte afspraken over de stelselherziening van het omgevingsrecht. Eén van de afspraken is dat in de toekomstige Omgevingswet een bijzondere bevoegdheid voor de provincie zal worden opgenomen om haar verantwoordelijkheid te kunnen waarmaken bij een dreigende lokale inbreuk op het provinciaal ruimtelijke beleid, onder de voorwaarden dat de voorspelbaarheid van het gebruik richting gemeenten zal worden vergroot en dat van de bevoegdheid terughoudend gebruik zal worden gemaakt.<sup>6</sup> Actueel is dus de vraag of het verstandig is een specifiek instrument met de functie van een reactieve aanwijzing in de toekomstige Omgevingswet terug te laten keren en, zo ja, onder welke voorwaarden.

In dit artikel bespreken wij het ruimtelijk planologisch instrumentarium dat de provincie in de toekomst ter beschikking zou moeten staan. Daartoe wordt in paragraaf 2 het instrument van de reactieve aanwijzing nader beschouwd. Uiteen wordt gezet onder welke voorwaarden de reactieve aanwijzing naar het huidige recht kan worden gegeven en hoe deze in de praktijk functioneert. Daarna wordt in paragraaf 3 gekeken naar het mogelijke gebruik en de gevolgen van het IBT-instrumentarium ten behoeve van de provinciale belangen in de ruimtelijke ordening. Die worden in paragraaf 4 in relatie gebracht met de ontwikkelingen rondom de nieuwe Omgevingswet. Wij sluiten af met een conclusie.

1 Joris Gazendam is als promovendus verbonden aan het Groningen Centre of Energy Law van de Rijksuniversiteit Groningen en schreef zijn scriptie over het onderwerp van dit artikel. Kars de Graaf en Heinrich Winter zijn als respectievelijk universitair hoofddocent bestuursrecht en omgevingsrecht en bijzonder hoogleraar toezicht verbonden aan de Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

2 We laten de proactieve aanwijzing (art. 4.2 Wro) en het inpassingsplan (art. 3.26 Wro) hier buiten beschouwing.

3 Cie. Oosting, *Van specifiek naar generiek. Doorlichting en beoordeling van interbestuurlijke toezichtarrangementen*, p. 27 (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 VII, nr. 8).

4 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 VII, nr. 61.

5 H.J. de Vries, 'Waarom aanwijzingen van het Rijk en provincies op grond van de Wro tot het interbestuurlijk toezicht horen en waarom de reactieve aanwijzing kan worden gemist in de nieuwe Omgevingswet', *TO 2013/1*, p. 13 e.v.

6 [http://www.ipo.nl/files/2613/7087/5651/Afsprakenkader\\_IPO\\_en\\_lenM.PDF](http://www.ipo.nl/files/2613/7087/5651/Afsprakenkader_IPO_en_lenM.PDF)

## 2. De reactieve aanwijzing

### 2.1 De ontstaansgeschiedenis van de reactieve aanwijzing

Bekend is dat onder de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) een systeem van preventief toezicht door de provincie gold: een bestemmingsplan diende goedgekeurd te worden door GS (art. 28 lid 1 WRO). Dit goedkeuringsrecht was het belangrijkste instrument van de provincie om de werking van het provinciale beleid te verzekeren.<sup>7</sup> Het was niet alleen van belang om de doorwerking van het provinciale beleid veilig te stellen, maar de voorbereiding functioneerde ook als vorm van rechtsbescherming. Belanghebbenden die tegen een bestemmingsplan zienswijzen hadden ingediend, konden zich immers tot GS wenden met bedenkingen (art. 29 lid 2 WRO). Op de goedkeuring waren de bepalingen uit de Awb met betrekking tot goedkeuring van besluiten uit titel 10.2 van overeenkomstige toepassing. De mogelijkheid om een besluit tot goedkeuring te verdragen was echter uitgesloten (art. 28 lid 2 derde volzin WRO). Van belang is voorts dat GS de mogelijkheid hadden om een bestemmingsplan gedeeltelijk goed te keuren. Het effect daarvan laat zich enigszins vergelijken met de later geïntroduceerde mogelijkheid om een reactieve aanwijzing te geven, die hierna wordt besproken.

Tot 1998 was de toetsingsmaatstaf die GS moesten hanteren in theorie ongeclausuleerd. Sinds 1998 is de toetsingsmaatstaf tweeledig. GS kunnen goedkeuring onthouden als de bedenkingen daartoe aanleiding gaven of als het bestemmingsplan in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Een goede ruimtelijke ordening is meer dan alleen de provinciale ruimtelijke ordening. Op grond van art. 10:27 Awb oordeelde de ABRvS dat GS het bestemmingsplan ook moesten toetsen op eventuele strijdigheid met het recht.<sup>8</sup> Volgens de rechtspraak van de Afdeling dienden GS daarbij rekening te houden met de beleidsvrijheid van de gemeenteraad bij het opstellen van het bestemmingsplan.<sup>9</sup> In de praktijk vond de toetsing veelal plaats aan de hand van het streekplan.<sup>10</sup>

Het oude stelsel van goedkeuringen vooraf werd als te belastend ervaren.<sup>11</sup> Aan de zijde van de provincies bestond weerstand tegen het feit dat alle bestemmingsplannen goedkeuring behoeft. Dit bracht een aanzienlijke werklust met zich mee

die niet altijd noodzakelijk was. Immers, met een (groot) deel van de bestemmingsplannen was vanuit het oogpunt van de provincie niets mis. Daarnaast moest de provincie ook alle bedenkingen van burgers die op de een of andere manier ontevreden waren over het bestemmingsplan, in behandeling nemen. Ook verlengde de voorbereiding van de goedkeuring de termijn waarbinnen een nieuw bestemmingsplan in werking kon treden aanzienlijk. Bij het opstellen van het ontwerp voor de Wro was dan ook uitgangspunt dat de provincie een andere rol zou worden toebedeeld.<sup>12</sup> De gedachte was dat de provincie kaders zou scheppen door algemene regels op te stellen en zodoende voorafgaand normstellend op te treden, waardoor goedkeuring van ieder bestemmingsplan niet meer noodzakelijk zou zijn. Mocht de gemeenteraad de algemene regels niet in acht nemen, dan beschikt de provincie - ook volgens het eerste ontwerp van de Wro - over instrumenten om in te grijpen. Het bestuurlijk overleg,<sup>13</sup> en in voorkomend geval de inspraakmogelijkheden voorafgaand aan de bestemmingsplanprocedure, kunnen snel duidelijk maken of het voorgenomen bestemmingsplan strijdig is met een provinciaal ruimtelijk belang. Uit het ontwerpbestemmingsplan, dat aan GS wordt toegestuurd, zal blijken in hoeverre aan de bezwaren van het college gehoor is gegeven. Mocht dit in onvoldoende mate het geval zijn, dan zal eerst nader bestuurlijk overleg plaatsvinden. Leidt dat niet tot een bevredigende oplossing, dan is het aan GS zich te beraden op de inzet van instrumenten. Het idee bij de indiening van het wetsvoorstel voor de Wro<sup>14</sup> was dat het college een zienswijze in zou dienen met als gevolg dat, indien de zienswijze niet volledig gegrond werd verklaard, het bestemmingsplan niet twee weken na vaststelling wordt bekendgemaakt, maar pas na zes weken. Dat bood GS de tijd om een van de volgende drie instrumenten in te zetten. GS zouden kunnen beslissen dat een provinciaal inpassingsplan wordt voorbereid. Doen GS van dit voornemen mededeling, dan zou het onderdeel van het bestemmingsplan waartegen een zienswijze is ingediend niet in werking treden. GS zouden met dezelfde gevolgen ook kunnen beslissen dat algemene regels worden voorbereid of een (proactieve) aanwijzing kunnen geven. Het oorspronkelijke wetsvoorstel voor een Wro kende al deze instrumenten in art. 3.8 Wro.

De gedachte van de wetgever en ook van de provincies was dat de bevoegdheid om algemene regels te stellen een adequate vervanging zou vormen voor

7 P.J.J. van Buuren, 'De fundamentele herziening van de Wet op de ruimtelijke ordening', *BR* 2002/02, p. 112.

8 ABRvS 14 november 2001, *JM* 2002/23.

9 ABRvS 26 juli 2006, *AB* 2006/367, r.o. 2.6.1.

10 H.J.A.M. van Geest & P.J. Hödl, *Wet op de ruimtelijke ordening*, Deventer: Kluwer 2002, p. 38.

11 P.J.J. van Buuren, 'De fundamentele herziening van de Wet op de ruimtelijke ordening', *BR* 2002/02, p. 113.

12 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 29.

13 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 53-55.

14 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 2.

het verdwijnen van de goedkeuringsbevoegdheid. Daarnaast zou men ook tijdswinst boeken bij het vaststellen van een bestemmingsplan. Deze tijdswinst werd geschat op zeven en een halve maand.<sup>15</sup> De wetgever ging later echter twijfelen of het brede palet van instrumenten wel heilzaam en voldoende effectief zou zijn.<sup>16</sup> Uiteindelijk koos de wetgever er voor de drie hierboven beschreven instrumenten niet in de wet op te nemen. Daarvoor in de plaats is de reactieve aanwijzing gekomen als een bijzondere verschijningsvorm van de 'aanwijzing'; die laatste wordt sindsdien aangeduid als de proactieve aanwijzing (art. 4.2 Wro). Hoewel de reactieve aanwijzing qua effect grote overeenkomsten heeft met het oude instrument van goedkeuring, is het strikt genomen onjuist om te zeggen dat de reactieve aanwijzing het instrument van goedkeuring heeft vervangen.

## 2.2 De bestemmingsplanprocedure en de reactieve aanwijzing

De reactieve aanwijzing kan getypeerd worden als een vorm van interbestuurlijk toezicht. Meer in het bijzonder is sprake van een zware vorm van positief toezicht.<sup>17</sup> De mogelijkheid voor GS om een reactieve aanwijzing te geven, is geïncorporeerd in de gemeentelijke bestemmingsplanprocedure (art. 3.8 Wro). Die procedure is in de kern de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afd. 3.4 Awb met een aantal aanvullingen op deze generieke regeling. Relevant is dat het ontwerpbestemmingsplan wordt toegezonden aan de provincie (art. 3.8 lid 1 sub b Wro). Dienen GS een zienswijze in tegen het ontwerpbestemmingsplan en komt de gemeenteraad niet geheel tegemoet aan die zienswijze, dan heeft dat tot gevolg dat er een vertraagde bekendmakingstermijn van kracht wordt (art. 3.8 lid 4 Wro). Het besluit tot vaststelling wordt dan niet twee, maar zes weken na vaststelling bekendgemaakt en GS worden op de hoogte gebracht van het feit dat het vastgestelde bestemmingsplan afwijkt van de ingediende zienswijzen. Gedurende deze zes weken kunnen GS een reactieve aanwijzing geven. Het overschrijden van deze termijn hoeft overigens niet fataal te zijn. Zo gaven GS van de provincie Noord-Holland in 2011 een reactieve aanwijzing, tweeëntwintig dagen na het verstrijken van de termijn. De Afdeling oordeelde evenwel dat de reactieve aanwijzing tijdig was gegeven, nu het bestemmingsplan pas drie dagen voor het verstrijken van de termijn van zes weken was overgelegd.<sup>18</sup> Het doel van een reactieve aanwijzing is om te voorkomen dat een onderdeel, of een geheel bestemmingsplan, dat in

strijd is met een provinciaal of nationaal belang in werking treedt. Met een reactieve aanwijzing kan worden vermeden dat het bestuur wordt geconfronteerd met onomkeerbare gevolgen van ongewenste regels in een gemeentelijk bestemmingsplan.

Andere instrumenten in de ruimtelijke ordening die de provincie kan inzetten teneinde de provinciale ruimtelijke belangen te behartigen, zoals het inpasingsplan (art. 3.26 Wro), de verordening (art. 4.1 Wro) en de 'proactieve' aanwijzing (art. 4.2 Wro), zijn bindend voor de gemeenteraad bij het vaststellen van een bestemmingsplan, maar kunnen pas worden ingezet als het bestemmingsplan in werking is getreden. Anders dan bij de reactieve aanwijzing, kunnen wel onomkeerbare gevolgen ontstaan. De provinciale structuurvisie (art. 2.2 Wro) schept geen juridische binding, doch vormt een factor die de gemeenteraad dient te betrekken in zijn belangenafweging.<sup>19</sup> Een alternatief is ten slotte het instellen van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Geen wettelijke regeling verzet zich er tegen dat GS die mogelijkheid benutten om het onwettige bestemmingsplan ter toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter; er is geen sprake van exclusiviteit.<sup>20</sup>

## 2.3 Wettelijke voorwaarden voor de reactieve aanwijzing

Voordat GS over kunnen gaan tot het geven van een reactieve aanwijzing, moet allereerst zijn voldaan aan twee wettelijke voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat GS een zienswijze hebben ingediend tegen het ontwerpbestemmingsplan die niet is overgenomen door de gemeenteraad (art. 3.8 lid 4 jo. 6 Wro). Onder meer om te waarborgen dat andere overheden niet verrast worden door de vaststelling van een bestemmingsplan, is voorgeschreven dat een kennisgeving van de voorbereiding van het bestemmingsplan wordt gegeven (art. 1.3.1 Bro). Op deze manier kunnen bestuursorganen van andere overheden anticiperen, en mogelijk al een zienswijze voorbereiden. De tweede voorwaarde is dat de reactieve aanwijzing gebruikt wordt als ultimum remedium. Niet alleen zal voorafgaand aan de inzet van bestuurlijke instrumenten moeten worden gepoogd door bestuurlijk overleg tot een vergelijk te komen (art. 3.1.1 Bro). De reactieve aanwijzing heeft ook een subsidiair karakter ten opzichte van de provinciale verordening, het provinciale inpasingsplan en de 'proactieve' aanwijzing. Aan dit vereiste van subsidiariteit wordt door de Afdeling

15 P.J.J. van Buuren, 'De fundamentele herziening van de Wet op de ruimtelijke ordening', *BR* 2002/02, p. 112.

16 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 15, p. 5-6.

17 A.H.M. Dölle, D.J. Elzinga & J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 735.

18 ABRvS 6 februari 2013, *BR* 2013/65, r.o. 4.3.

19 ABRvS 27 oktober 2010, *AB* 2010/335, r.o. 2.2.2.

20 ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2010/298, r.o. 2.8.

bestuursrechtspraak echter weinig belang gehecht. Dit standpunt heeft de Afdeling reeds vroeg ingenomen, bij de beoordeling van een reactieve aanwijzing uit 2009.<sup>21</sup> Zo achtte zij het feit dat een onderwerp in de toekomst geregeld zou worden in een provinciale verordening die in voorbereiding was, geen beletsel voor GS om een reactieve aanwijzing te geven.<sup>22</sup> In een andere zaak werd geoordeeld dat een reactieve aanwijzing ook gegeven kon worden indien slechts overwogen werd algemene regels vast te stellen.<sup>23</sup>

Wordt er een reactieve aanwijzing gegeven, dan geldt voor GS een verzwaarde, dubbele, motiveeringsplicht vanwege het subsidiaire karakter van het instrument. In de eerste plaats moet worden onderbouwd dat een bestemmingsplan in strijd zal zijn met een provinciaal ruimtelijk belang. In de tweede plaats moeten GS duidelijk maken waarom niet voor de inzet van een ander instrument is gekozen. Het provinciaal ruimtelijke belang kan neergelegd zijn in een provinciale verordening en de Afdeling bestuursrechtspraak kan beoordelen of terecht beroep is gedaan op dat belang. Daarbij lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak een vast stramien te hantieren.<sup>24</sup> Eerst stelt de Afdeling vast welke ruimtelijke ontwikkelingen op basis van het plan mogelijk zijn. Vervolgens beziet zij welke beleidsdoelstellingen met betrekking tot deze ontwikkelingen bestaan en of deze in redelijkheid aangemerkt kunnen worden als een provinciaal ruimtelijk belang. Tot slot wordt bezien of een verband bestaat tussen de omstreden ruimtelijke ontwikkeling en de provinciale beleidsdoelstelling. Behalve in een verordening kan het provinciaal belang ook neergelegd zijn in een structuurvisie of een ander beleidsdocument. Naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak is het college van GS bevoegd een reactieve aanwijzing te geven, ook als het provinciaal beleid niet is vastgelegd in een (ontwerp)verordening.<sup>25</sup> Dat is een opmerkelijk standpunt omdat de Afdeling tegelijkertijd van oordeel is dat de gemeenteraad niet gebonden is aan beleid dat is neergelegd in een provinciale structuurvisie.<sup>26</sup> In het verlengde van het voorgaande kan men zich de vraag stellen

of een provinciaal ruimtelijk belang neergelegd in een overeenkomst tussen provincie en gemeente, aanleiding kan zijn voor het geven van een reactieve aanwijzing. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft bepaald dat een dergelijke overeenkomst de gemeenteraad niet bindt bij het vaststellen van het bestemmingsplan.<sup>27</sup>

De vraag of een provinciaal belang de reactieve aanwijzing rechtvaardigt, wordt door de Afdeling relatief eenvoudig beantwoord. Vereist is dat er sprake is van een belang dat zich leent voor behartiging op provinciaal niveau vanwege de daaraan klevende bovengemeentelijke aspecten.<sup>28</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in het verlengde daarvan aangenomen dat sprake kan zijn van 'complementaire belangen', waarbij de provincie een nationaal ruimtelijk belang mede ten grondslag mag leggen aan een reactieve aanwijzing.<sup>29</sup> De Afdeling toetst het oordeel van GS dat sprake is van een bovengemeentelijk belang, slechts marginaal.<sup>30</sup>

De noodzaak om een reactieve aanwijzing te geven wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak intensiever getoetst.<sup>31</sup> Zo moet duidelijk zijn hoe het bestemmingsplan het provinciaal beleid frustreert. Is het provinciaal beleid dusdanig geformuleerd dat daarvoor geen concrete aanknopingspunten bestaan, dan is aan te nemen dat de reactieve aanwijzing in redelijkheid niet gegeven had mogen worden.<sup>32</sup>

## 2.4 De gevolgen van een reactieve aanwijzing

Een reactieve aanwijzing is een besluit waartegen direct beroep openstaat bij de Afdeling. Tegen de weigering een dergelijk besluit te nemen staat geen beroep open; de belanghebbende kan zelf immers beroep instellen tegen een vastgesteld bestemmingsplan.<sup>33</sup> Wordt een reactieve aanwijzing onherroepelijk, dan vervalt daarmee het vastgestelde planonderdeel (art. 3.8 lid 6 laatste volzin Wro), zodat het oude bestemmingsplan herleeft. Een verschil met art. 30 lid 1 WRO is dat de reactieve aanwijzing geen opdracht bevat tot het opnieuw vaststellen

21 ABRvS 15 april 2011, AB 2011/228.

22 ABRvS 15 april 2011, AB 2011/228, r.o. 2.6.3.

23 ABRvS 20 oktober 2010, AB 2010/298, r.o. 2.7.2; ABRvS 16 februari 2011, AB 2011/119, r.o. 2.4.2.

24 Vgl. ABRvS 16 februari 2011, AB 2011/119, r.o. 2.1 t/m 2.3.

25 ABRvS 29 juni 2011, AB 2011/347, r.o. 2.3.

26 Volgens de Afdeling is de gemeenteraad slechts gehouden het beleid dat is neergelegd in een structuurvisie te betrekken in de belangenafweging: ABRvS 27 oktober 2010, AB 2010/335, r.o. 2.2.2.

27 ABRvS 27 juni 2012, AB 2012/287, r.o. 2.10.3.

28 ABRvS 16 februari 2011, AB 2011/119, r.o. 2.4.1.

29 ABRvS 21 april 2010, AB 2010/149, r.o. 2.3.4.

30 A.A.J. de Gier, 'Een lang maar onzeker bestaan', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 287-302.

31 A.A.J. de Gier, 'Van oude dingen die maar moeizaam voorbij gaan. Provinciaal reactief toezicht ingevolge de Wet ruimtelijke ordening', *TvAR* 2012/2, p. 30.

32 ABRvS 29 juni 2011, AB 2011/347, r.o. 2.8.

33 ABRvS 1 september 2009, No. 200904113/3/R3, r.o. 2.2.1.



van een bestemmingsplan met inachtneming van de reactieve aanwijzing. Wordt de reactieve aanwijzing door de Afdeling vernietigd, dan heeft dat tot gevolg dat de gemeente het onderdeel waartegen een reactieve aanwijzing is gegeven onverwijld bekend moet maken met inachtneming van de daarvoor geldende voorschriften, waarna gedurende de termijn van art. 6:7 Awb voor belanghebbenden, inclusief GS, de mogelijkheid bestaat om beroep in te stellen.<sup>34</sup> Dat eerder een reactieve aanwijzing werd vernietigd, sluit de beroepsmogelijkheid van GS niet uit.<sup>35</sup>

### 3. Generiek interbestuurlijk toezicht

#### 3.1 Inleiding

Op 1 oktober 2012 is de Wet revitalisering generiek toezicht in werking getreden. De wet volgt op een rapportage door de Commissie Oosting uit 2008 waarin is geadviseerd het specifieke interbestuurlijk toezicht op het terrein van het ruimtelijke ordeningsrecht af te schaffen en te vervangen door interbestuurlijk toezicht op basis van de generieke toezichtinstrumenten.<sup>36</sup> De Commissie stelt als hoofdregel dat sturing zo veel mogelijk vooraf plaats dient te vinden, op basis van de instrumenten uit de Wro. Te denken valt daarbij met name aan het vaststellen van een provinciale verordening. Het toezicht dat achteraf plaatsvindt zou moeten worden uitgevoerd met de instrumenten van het generiek interbestuurlijk toezicht, waarbij moet worden gedacht aan de vernietigingsbevoegdheid. De bevoegdheid van de Kroon besluiten te vernietigen werd vroeger gezien als ultimum remedium en werd als zodanig dan ook (relatief) weinig toegepast.<sup>37</sup> Het was de bedoeling dat deze bevoegdheid als generiek interbestuurlijk toezichtinstrument de reactieve aanwijzing als specifiek instrument zou vervangen. In deze paragraaf bespreken wij de tekst van de wet en betrekken daarbij het beleidskader uit 2010, dat als beleidsregel bij de toepassing van deze bevoegdheid gehanteerd wordt.<sup>38</sup> Tot slot staan we stil bij de verhouding tussen het algemeen belang dat de aanleiding vormt voor een vernietigingsbesluit door de Kroon en het provinciaal belang dat de aanleiding vormt voor het geven van een reactieve aanwijzing. Uitgangspunt van deze paragraaf is dat het generiek toezicht volledig van kracht zal zijn.

Daar de reactieve aanwijzing op dit moment nog niet is afgeschaft, geeft het beleidskader aan dat de instrumenten van het generieke toezicht nu enkel als ultimum remedium kunnen worden ingezet als het bestemmingsplannen betreft.<sup>39</sup>

#### 3.2 Vernietiging op voordracht van GS

Indien een voor de provincie onwettig bestemmingsplan is vastgesteld en GS doen hiervan binnen tien dagen mededeling aan de Minister van I&M, dan – zo volgt uit de bepalingen in de Gemeentewet – geldt van rechtswege dat het vastgestelde bestemmingsplan voor een termijn van maximaal vier weken niet verder wordt uitgevoerd (art. 273a lid 1 en 2 Gem.w). De generieke regeling in de Gemeentewet stelt dat als er binnen deze vier weken geen vernietiging of schorsing door de Kroon volgt, de uitvoering kan worden hervat. Overschrijding van de termijn van tien dagen om een mededeling te doen, staat er overigens niet aan in de weg dat de Kroon op eigen initiatief overgaat tot vernietiging.<sup>40</sup> Ook voor de periode tussen de vaststelling van het bestemmingsplan en het doen van de zojuist bedoelde mededeling geeft de wet een voorziening. Doen GS aan de gemeenteraad mededeling van het voornemen het bestemmingsplan voor vernietiging voor te dragen, dan wordt het bestemmingsplan niet langer uitgevoerd (art. 273a lid 3 Gem.w). Hebben GS door het doen van een mededeling het traject dat kan leiden tot vernietiging in gang gezet, dan beoordeelt de Minister van IenM eerst of het verzoek om vernietiging in behandeling kan worden genomen.<sup>41</sup> Ten eerste moet worden vastgesteld of het verzoek betrekking heeft op een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, waarbij overigens niet-schriftelijke beslissingen gelijk worden gesteld met een dergelijk besluit.<sup>42</sup> Een besluit moet gericht zijn op een rechtsgevolg. Op dit punt is relevant dat de Minister van IenM heeft aangegeven dat de vernietigingsbevoegdheid op dezelfde wijze kan worden toegepast als de reactieve aanwijzing.<sup>43</sup> Een reactieve aanwijzing wordt gegeven na de vaststelling en voor de bekendmaking van een bestemmingsplan. Een verzoek om een bestemmingsplan te vernietigen voordat het bij besluit is vastgesteld, zal volgens de beleidsregel dan ook niet in behandeling worden genomen (niet-ontvankelijk worden verklaard). Ten tweede moet worden vastgesteld of het bestemmingsplan, op het moment dat om ver-

34 Verg. ABRvS 15 april 2011, AB 2011/228, r.o. 2.13.8.

35 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2012/396, r.o. 2.2.

36 Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen, *Van specifiek naar generiek*, p. 79-81.

37 R.J.M.H. de Greef, 'Inventarisatie spontane vernietigingsbesluiten van de Kroon 1993-2004', *Gst.* 2006, 55.

38 Bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 32 389, nr. 5.

39 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 10.

40 T&C Gemeentewet Provinciewet, commentaar op artikel 273 Gem.w, aant. 2.

41 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 10.

42 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 280, nr. 3, p. 72.

43 Brief van de Minister van Infrastructuur en Milieu, kenmerk: IENM/BSK-2012, punt 3.

nietiging wordt verzocht, nog vatbaar is voor beroep (art. 10:38 lid 2 Awb). Is dat het geval, dan zal niet worden overgegaan tot vernietiging. Schorsing is onder die omstandigheden wel mogelijk, maar de bestuursrechtelijke rechtsmiddelen genieten een zekere voorrang op de instrumenten van het interbestuurlijk toezicht.<sup>44</sup>

Kan een verzoek om vernietiging worden behandeld, dan kan het onderzoek naar de strijdigheid met het recht en het algemeen belang worden gestart. In het kader hiervan kan van het college van B&W informatie worden verlangd (art. 118 Gem.w) en vindt overleg plaats met GS.

Gedurende de termijn van vier weken waarin het bestemmingsplan van rechtswege niet uitgevoerd wordt, kan de Kroon op grond van art. 10:44 Awb besluiten het voor langere tijd te schorsen. Hoewel is bepaald dat de schorsing eenmaal verlengd kan worden en een maximale duur van één jaar heeft, is relevant dat de schorsing voortduurt tot dertien weken nadat op het beroep is beslist indien beroep is ingesteld. (art. 10:44 lid 4 Awb). Voor de duur van de schorsing kan ook een voorziening worden getroffen (art. 275 Gem.w); zo kan het deel van het bestemmingsplan dat niet in aanmerking komt voor vernietiging buiten de schorsing gehouden worden. Indien de Kroon van oordeel is dat een bestemmingsplan vatbaar is voor vernietiging, vindt overleg plaats met de gemeenteraad (art. 10:41 Awb). Dit overleg kan er uiteraard toe leiden dat van vernietiging wordt afgezien<sup>45</sup>, maar als de minister ook na het overleg van oordeel blijft dat het bestemmingsplan dient te worden vernietigd, dan wordt het daarvoor voorgedragen aan de Kroon. Het besluit tot vernietiging bevat een motivering waarom, ondanks het overleg, vernietigd moet worden. Vernietiging heeft terugwerkende kracht en treft in beginsel ook de rechtsgevolgen die voortvloeien uit het bestemmingsplan (art. 10:42 Awb jo 278a lid 5 Gem.w), hoewel dat laatste een discretionaire bevoegdheid van de Kroon betreft. Op grond van het Beleidskader dient de Kroon zich ervan te vergewissen of dit gelet op de concrete omstandigheden noodzakelijk is en of vernietiging niet in strijd is met de rechtszekerheid. Ook kan het bestemmingsplan gedeeltelijk worden vernietigd (art. 10:36 Awb). Het Beleidskader stelt met nadruk dat indien GS een bestemmingsplan hebben voorgedragen voor vernietiging, de gronden die daarvoor zijn aangevoerd zwaarwegend zijn bij de oordeels-

vorming van de Kroon, maar niet doorslaggevend.<sup>46</sup> De discretionaire aard van de bevoegdheid van de Kroon om besluiten te vernietigen is grondwettelijk gegarandeerd.<sup>47</sup>

Gaat de Kroon niet over tot vernietiging, dan wordt dit aan GS medegedeeld en zorgvuldig gemotiveerd. Tegen deze weigering om een besluit te vernietigen staat, in afwijking van art. 6:2 Awb, geen beroep open (art. 273a Gem.w. jo. 8:5 Awb). Deze uitsluiting van de mogelijkheid om beroep in te stellen was aanvankelijk geregeld in art. 281a lid 2 Gem.w. Per 1 januari 2013 is deze beroepsuitsluiting ondergebracht in de Awb krachtens de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.<sup>48</sup> De wetgever heeft deze bepaling wat ongelukkig geformuleerd, waardoor gedacht zou kunnen worden dat beroep openstaat tegen de weigering van de Kroon om een besluit te vernietigen.<sup>49</sup> Inmiddels is een herstelwet in voorbereiding<sup>50</sup>; de Kroon kan niet in rechte gedwongen worden verantwoording af te leggen over de redenen waarom hij heeft geweigerd te vernietigen. Juridisch staan GS met lege handen indien de Kroon weigert te vernietigen op grond van een verzoek.

### 3.3 Gevolgen van vernietiging

Na vernietiging van het bestemmingsplan door de Kroon moet de gemeenteraad een nieuw bestemmingsplan vaststellen, met inachtneming van het vernietigingsbesluit (art. 281 lid 1 Gem.w). In het vernietigingsbesluit kan hiervoor een termijn worden gesteld (art. art. 281 lid 2 Gem.w.). Met de Wet revitalisering generiek toezicht heeft de Kroon extra bevoegdheden gekregen. Ten eerste kan de Kroon zelf in de zaak voorzien (art. 278a lid 2 Gem.w). Deze bevoegdheid lijkt niet direct toepasbaar. Aan de gemeenteraad komt bij de inrichting van het bestemmingsplan nu eenmaal een ruime mate van beleidsvrijheid toe.<sup>51</sup> Ten tweede kan de Kroon een voorlopige voorziening treffen die van kracht blijft tot het moment dat er een nieuw bestemmingsplan is vastgesteld (art. 278a lid 1 Gem.w). Ten derde kan de Kroon besluiten dat geen nieuw bestemmingsplan zal worden vastgesteld (art. 278a lid 3 Gem.w), bijvoorbeeld indien er een oud en nog niet verlopen bestemmingsplan is. Ten vierde kan de Kroon een aanwijzing geven met betrekking tot het nieuw vast te stellen bestemmingsplan (art. 278a lid 4 Gem.w). Wordt deze aanwijzing niet opgevolgd, dan kunnen GS op grond van taakverwaarlozing

44 ABRvS 20 november 2002, AB 2003/02, r.o. 2.12.

45 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 12.

46 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 12.

47 Kamerstukken II 1996/97, 32 389, nr. 3, p. 11.

48 Stb. 2012, 684.

49 Vgl. H.J. de Vries, 'Waarom aanwijzingen van het Rijk en provincies op grond van de Wro tot het interbestuurlijk toezicht horen en waarom de reactieve aanwijzing kan worden gemist in de nieuwe Omgevingswet', TO 2013/1, p. 13-14.

50 Kamerstukken II 2012/13, 33 455, nr. 7, p. 20.

51 T&C Ruimtelijk bestuursrecht, commentaar op artikel 3.1 Wro, aant. 2.

zelf een bestemmingsplan vaststellen (art. 124 lid 1 Gem.w). Ten vijfde kan de Kroon beslissen dat besluiten die zijn genomen naar aanleiding van de algemene regels die zijn opgenomen in het bestemmingsplan, eveneens worden vernietigd (art. 278a lid 5 Gem.w). Te denken valt aan een omgevingsvergunning die is verleend op grond van dat bestemmingsplan. Tegen de vernietiging door de Kroon staat direct beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak voor de gemeenteraad en andere belanghebbenden (art. 281a lid 1 Gem.w). Gezien de beleidsvrijheid van de Kroon bij het nemen van een vernietigingsbesluit, zal de Afdeling het vernietigingsbesluit marginaal toetsen.

### 3.4 Algemeen belang ten opzichte van het provinciaal belang

De reactieve aanwijzing wordt gestoeld op strijdigheid van een bestemmingsplan met een provinciaal ruimtelijk belang, vernietiging door de Kroon is gebaseerd op strijdigheid met het recht of het algemeen belang. Onder strijd met het recht wordt strijd met de wet en de algemene rechtsbeginselen verstaan.<sup>52</sup> Hieronder wordt eveneens lagere regelgeving verstaan, zoals een provinciale verordening. Het beleidskader stelt dat niet iedere strijdigheid met regelgeving aanleiding kan geven om gebruik te maken van de vernietigingsbevoegdheid; het is een bestuurlijk middel.<sup>53</sup> Per situatie moet worden bezien of het proportioneel is om over te gaan tot vernietiging. Terughoudendheid is geboden nu vernietiging een inbreuk is op de eigen bevoegdheid van de gemeenteraad om een bestemmingsplan vast te stellen. Hier openbaart zich een relevant verschil met de reactieve aanwijzing. Waar terughoudendheid op grond van een proportionaliteitstoets de uitgangspositie van de Kroon is, geldt diezelfde terughoudendheid niet voor de wijze waarop GS toepassing geven aan de bevoegdheid een reactieve aanwijzing te geven.

Wat precies onder strijdigheid met het algemeen belang moet worden verstaan, is bijzonder moeilijk te zeggen. In beginsel kunnen alle belangen relevant zijn. Bij de totstandkoming van de Grondwet is er uitdrukkelijk voor gekozen niet één specifiek belang te noemen, met name ter voorkoming van het rangschikken van algemene belangen.<sup>54</sup> Dit maakt de bevoegdheid om een bestemmingsplan te vernietigen wegens strijd met het algemeen belang, in theorie ongeclausuleerd.

Wanneer de reactieve aanwijzing zou vervallen en het generieke toezicht van toepassing is, kunnen GS niet meer zelfstandig ingrijpen, maar moet de Kroon worden ingeschakeld. De gronden waarop de Kroon al dan niet tot vernietiging overgaat, zijn niet zonder meer helder. Een laatste constatering bij de toepassing van het generiek toezicht op bestemmingsplannen is dat het beginsel van nabijheid en enkelvoudigheid dat nagestreefd werd bij de invoering van de Wet revitalisering generiek toezicht, juist ondergraven wordt.<sup>55</sup> De gemeente wordt niet alleen geconfronteerd met de provincie die vooraf sturend optreedt, maar ook nog eens met het Rijk dat achteraf het interbestuurlijk toezichtinstrumentarium kan toepassen. Daarbij kan verwacht worden dat de bestuurlijke drukte tussen provincie en Rijk zal toenemen.

## 4. De komende Omgevingswet

### 4.1 Naar een nieuw stelsel

De regering is van plan spoedig een Omgevingswet het licht te doen zien. Hoewel de oorspronkelijke doelstelling om de wet in 2013 in werking te laten treden niet is gehaald<sup>56</sup>, en de Omgevingswet zich nog altijd op de tekentafel bevindt, is de verwachting dat eind dit jaar of begin volgend jaar een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer zal worden gestuurd. Tot die tijd baseren geïnteresseerde bodevenaars van het omgevingsrecht zich op met name de zogenaamde toetsversie van de Omgevingswet (februari 2013). Is daarin plaats voor de reactieve aanwijzing?

Het ambitieniveau van de wetgever bij het opstellen van de Omgevingswet is hoog. De Omgevingswet leidt tot een fundamentele herziening van het omgevingsrecht: ‘Daarom ga ik een vergaand vereenvoudigd en gebundeld omgevingsrecht als geheel neerzetten, dat niet alleen de knelpunten van vandaag oplost, maar ook een goede wettelijke basis biedt voor de maatschappelijke opgaven van morgen.’<sup>57</sup> Een dergelijke doelstelling laat onverlet dat de invoering van een Omgevingswet niet een *Stunde null* kan zijn. Ook het nieuwe, geheel herziene omgevingsrecht zal de zichtbare sporen dragen van het recht dat vervangen wordt.

Afdeling 2.2 van de toetsversie geeft regels over de toedeling van de overheidszorg. Art. 2.3 geeft in het eerste lid het kader weer voor het handelen van de bestuursorganen van de provincie. Deze bestuursorganen zijn bevoegd tot handelen wanneer het een

52 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 4.

53 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 5.

54 Kamerstukken II 1975/76, 13 990, nr. 3, p. 20.

55 Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen, *Van specifiek naar generiek*, p. 65.

56 Kamerstukken II 2010/11, 31 953, nr. 40, p. 9.

57 Kamerstukken II 2010/11, 31 953, nr. 40, p. 2.



gemeente overstijgend belang betreft (sub a) of als het een taak betreft die specifiek aan het provinciale bestuursorgaan is toebedeeld (sub b). Provinciale Staten kunnen algemene instructieregels vaststellen (art. 2.8 toetsversie). Het karakter van deze algemene instructieregels is vergelijkbaar met de algemene regels zoals die nu in een provinciale verordening kunnen worden neergelegd. De toelichting bevestigt dat deze bepaling een voortzetting vormt van wat nu in de Wro is geregeld.<sup>58</sup> Met betrekking tot de algemene instructieregels is de volgende volzin uit de toelichting intrigerend: 'Instructieregels zijn samen met instructiebesluiten (zie de art. 2.15 e.v.) instrumenten voor beleidsdoorwerking ofwel voor het geven van een proactieve beleidsmatige, inhoudelijke sturing richting andere overheden.'<sup>59</sup> Hiermee komt tot uitdrukking dat deze instrumenten niet tot het interbestuurlijk toezicht behoren en rijst onmiddellijk de vraag hoe het instructiebesluit (art. 2.15 toetsversie) gekwalificeerd dient te worden.

## 4.2 Instructiebesluit

De toetsversie van de Omgevingswet kent het instructiebesluit (art. 2.15 toetsversie). GS kunnen een instructie geven over de uitoefening van een taak of bevoegdheid op grond van de Omgevingswet. Deze beleidsvrije bevoegdheid is niet gekoppeld aan een bepaald deelaspect van de fysieke leefomgeving of een bepaalde handeling.<sup>60</sup> Een tweetal vragen behoeft beantwoording.

De eerste vraag is wat het karakter van een dergelijke instructie is. De toelichting stelt dat het geven van een instructie een ander resultaat heeft dan het geven van een proactieve aanwijzing (art. 4.2 Wro). Zo laat een proactieve aanwijzing de gemeenteraad in een voorkomend geval beleidsvrijheid bij de uitwerking van de aanwijzing in het bestemmingsplan. Ook een instructiebesluit kan beleidsvrijheid laten bestaan voor de gemeenteraad.<sup>61</sup> In het algemene deel van de memorie van toelichting bij de toetsversie van de Omgevingswet wordt gesteld dat een instructiebesluit vergelijkbaar is met een proactieve aanwijzing en dat uitdrukkelijk geen sprake is van interbestuurlijk toezicht.<sup>62</sup> Dit is opmerkelijk nu

de Commissie Oosting de proactieve aanwijzing als een instrument van preventief interbestuurlijk toezicht bestempelde.<sup>63</sup> Het is niet ondenkbaar dat is gekozen voor deze formulering in de memorie van toelichting om daarmee het verwijt te kunnen pareren dat sprake is van de introductie van een instrument dat strijdig is met de geest van de Wet revitalisering interbestuurlijk toezicht. Zou dat zo zijn, dan zou immers al snel na de inwerkingtreding van het gerevitaliseerde stelsel sprake zijn van een belangrijke inbreuk.<sup>64</sup>

De tweede vraag die beantwoord dient te worden, is wanneer een instructiebesluit genomen kan worden. GS zijn bevoegd een instructiebesluit te nemen<sup>65</sup>, tenzij er toepassing gegeven kan worden aan het instrumentarium van het gerevitaliseerde generieke interbestuurlijk toezicht (art. 2.15 lid 2 sub a toetsversie).<sup>66</sup> Dit betekent dat als GS worden geconfronteerd met een onwelgevallig omgevingsplan (art. 4.1 toetsversie), dit plan bij de Kroon kan worden voorgedragen voor vernietiging (art. 273a Gem.w). Wel kan het college proactief de totstandkoming van een omgevingsplan beïnvloeden door een instructiebesluit te nemen. Het vierde lid bepaalt dat een instructie op de juiste wijze en binnen de daarvoor gestelde termijn uitgevoerd moet worden. Mocht de gemeenteraad hierin niet slagen, dan kan het college van GS gebruik maken van de mogelijkheid van indeplaatsstreding (art. 124 Gem.w), doch deze optie dient als ultimum remedium toegepast te worden. De wetgever lijkt dus te kiezen voor een exclusiviteitregeling. Kunnen de instrumenten van interbestuurlijk toezicht worden toegepast, dan is er geen ruimte voor het nemen van een instructiebesluit.

In de toetsversie van de Omgevingswet van februari 2013 is met andere woorden geen spoor van de reactieve aanwijzing te bekennen. Dit instrument wordt uitdrukkelijk voor overbodig gehouden, nu - in de woorden van de wetgever - de verticale sturingsinstrumenten beter gepositioneerd zijn.<sup>67</sup> Dat is niet opmerkelijk in het licht van de conclusies over de reactieve aanwijzing in het rapport van de Commissie Oosting, de eerdere ambtelijke concepten van het ministerie en de recente conclusies van

58 MvT toetsversie, artikelsgewijs deel, p. 17.

59 MvT toetsversie, artikelsgewijs deel, p. 17.

60 MvT toetsversie, algemeen deel, p. 59.

61 MvT toetsversie, artikelsgewijs deel, p. 20-21.

62 MvT toetsversie, algemeen deel, p. 59.

63 Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen, *Van specifiek naar generiek*, p. 27; zie voorts Bijlage 3.1.1. Doorlichtingsrapportage VROM, p. 53.

64 Zie over de stelling dat de Wet revitalisering geen succes zal worden: Heinrich Winter, 'Waar blijft het interbestuurlijk toezicht? Over de sanering van het specifiek interbestuurlijk toezicht en de "revitalisering" van het generiek interbestuurlijk toezicht', in: Ine van Haaren-Dresens, Huub Spoormans & Jos Teunissen (red.), *Interbestuurlijk toezicht* (Staatsrechtconferentie 2011; Publicaties van de Staatsrechtkring nr. 16), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 49-60.

65 Een dergelijk besluit zal worden voorbereid met toepassing van afd. 3.4 Awb (art. 6.22 Toetsversie).

66 MvT toetsversie, artikelsgewijs, p. 21; MvT toetsversie, algemeen deel, p. 60.

67 MvT toetsversie, algemeen deel, p. 68.

De Vries.<sup>68</sup> Van de zijde van de provincies heeft echter steeds een duidelijke voorkeur bestaan voor het behoud van een instrument waarmee op effectieve wijze het provinciale ruimtelijke belang kan worden beschermd tegen inbreuken daarop. Voorts zijn de provincies kritisch over het gerevitaliseerde interbestuurlijk toezicht, althans voor zover dat het exclusieve instrumentarium zou zijn waarvan het provinciebestuur zich in het omgevingsrecht zou moeten bedienen. Dit heeft er dan ook toe geleid dat het IPO en de minister zijn overeengekomen in de Omgevingswet een interventie-instrument op te nemen.<sup>69</sup> Dit instrument zal *corrigerend instructiebesluit* worden genoemd. De contouren van deze regeling zijn nog niet duidelijk, nu daarover nog slechts een ‘afsprakenkader’ is gepubliceerd. Het moet er voor worden gehouden dat de provincie met de Omgevingswet een planologisch interventie-instrument in handen krijgt dat doorwerking van het provinciale ruimtelijke beleid waarborgt, maar desalniettemin terughoudend zou moeten worden toegepast en waarvoor - voor de gemeenteraad - voorspelbaar moet zijn wanneer het wordt ingezet. De wijze waarop de wetgever zal trachten de bevoegdheid van de provincies te clausuleren en eventueel de terughoudendheid en de voorspelbaarheid te reguleren, lijkt daarmee cruciaal. Het is niet ondenkbaar dat beoogd wordt die terughoudendheid en voorspelbaarheid te bereiken door hetzij afspraken tussen provincies en gemeenten hetzij provinciale beleidsregels. In welke mate gemeenten daaraan daadwerkelijk zekerheid kunnen ontleen is, gelet op de ervaringen met de reactieve aanwijzing en de toetsing door de bestuursrechter van de toepassing van die bevoegdheid (die immers ook geclausuleerd is), onzeker. De (her)introductie van een dergelijk instrument in een toekomstig wetsvoorstel voor een Omgevingswet is wellicht verrassend tegen de achtergrond van de nog maar recent, op 1 oktober 2012, ingevoerde Wet revitalisering interbestuurlijk toezicht. Het onderstreept echter dat die wettelijke regeling wellicht de schoonheid van de eenvoud en uniformiteit dient, maar dat die in de praktijk toch niet altijd passend is.

Zijn corrigerend instructiebesluit en reactieve aanwijzing toezichtinstrumenten? Of zijn het beleidsinstrumenten ter verzekering van de provinciale planologische verantwoordelijkheid? Op die vragen lijkt geen eenduidig antwoord te geven. De instrumenten hebben kenmerken van beide. Meer relevant is de vraag of het interbestuurlijk toezicht-instrumentarium kan leiden tot dezelfde resultaten als het corrigerend instructiebesluit of de reactieve

aanwijzing. De provincies stellen ons inziens terecht dat het afschaffen van de reactieve aanwijzing en het terugvallen op het generieke instrumentarium van met name schorsing en vernietiging een afhankelijkheid van andere actoren in het leven roept voor het realiseren van de eigen provinciale beleidsdoelstellingen. Niet zonder belang is daarbij dat de voordracht voor vernietiging van GS door de Minister van I&M moet worden doorgeleid naar de Kroon, die daarop vervolgens een beslissing moet nemen. De provincie is kortom voor de bescherming van provinciale planologische belangen sterk afhankelijkheid van andere, politieke actoren. Bij de toepassing geldt bovendien een heel ander, ruimer en minder bepaald afwegingskader. Waar nu de reactieve aanwijzing specifieke provinciale ruimtelijke belangen moet betreffen, wordt in het kader van het interbestuurlijk toezicht getoetst aan strijd met het recht en het algemeen belang. Daarbij is in hoge mate onduidelijk en onvoorspelbaar hoe de proportionaliteitseis zal worden ingevuld. Duidelijk is dat dit IBT-instrumentarium tot nu toe slechts zeer zelden wordt ingezet. Uiteindelijk is dus onzeker hoe zwaar de provinciale ruimtelijke belangen in het kader van de toetsing aan het algemeen belang zullen wegen, ondanks het gewicht dat de Kroon blijkens het Beleidskader schorsing en vernietiging 2010 aan de voordracht van GS zal toekennen. Een doelmatigheidsbeoordeling, zoals tot nu toe bij Kroonbesluiten gehanteerd, kan funest uitpakken voor de bescherming van de provinciale ruimtelijke belangen. Beroep tegen de weigering van de Kroon om een gemeentelijk besluit te vernietigen staat bovendien niet open. Een niet onbelangrijk nadeel is voorts dat de keuze voor het interbestuurlijk toezichtinstrumentarium kan leiden tot een ongewenst neveneffect: de veelal ‘kwalitatief’ geformuleerde provinciale verordeningen zullen worden dichtgetimmerd om ongewenste ruimtelijke ontwikkelingen tegen te gaan en de kans op een geslaagd beroep op de bestuursrechter te vergroten. Wij vrezen dat het schrappen van de reactieve aanwijzing zou hebben geleid tot het tegendeel van hetgeen met de Omgevingswet wordt beoogd: jurisdisering, het verkleinen van decentrale afwegingsruimte en het vergroten van administratieve lasten, ook bij de Kroon. Om die reden is van belang dat in de Omgevingswet alsnog ruimte lijkt te zijn gevonden voor wat kennelijk een corrigerend instructiebesluit gaat heten.

68 H.J. de Vries, ‘Waarom aanwijzingen van het Rijk en provincies op grond van de Wro tot het interbestuurlijk toezicht horen en waarom de reactieve aanwijzing kan worden gemist in de nieuwe Omgevingswet’, *TO* 2013/1, p. 13 e.v.

69 Voorlopige IPO-reactie Omgevingswet van 6 mei 2013. Te raadplegen op: <http://www.ipo.nl/publicaties/ipo-positief-over-behoud-doorzettingskracht-omgevingswet>. Kennelijk zijn IPO en het Rijk er gezamenlijk uitgekomen in afwezigheid van de VNG. De VNG geeft aan het er niet bij te willen laten zitten. Zie ook <http://www.binnenlandsbestuur.nl/provinciesbotsen>.

## 5. Afronding

Met het vooruitzicht dat een corrigerend instructiebesluit zal worden opgenomen in het toekomstige wetsvoorstel voor een Omgevingswet, lijkt het er op dat die wet een minder grote cesuur in de ontwikkeling van het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht zal blijken te zijn dan gedacht in 2011. Ondanks de groots opgezette revitalisering van het generiek interbestuurlijk toezicht in 2012, kan een specifiek instrument dat lijkt op de reactieve aanwijzing en dat in hoge mate karaktertrekken vertoont van interbestuurlijk toezicht, niet worden gemist. Aanwending van het instrumentarium van het generieke interbestuurlijke toezicht ter realisatie van provinciale ruimtelijke belangen kan niet tot hetzelfde resultaat leiden als de inzet van de reactieve aanwijzing, of wat straks het corrigerend instructiebesluit gaat heten. Het interbestuurlijk toezicht werkt onvoldoende onmiddellijk en is onvoldoende effectief. Toepassing van dat instrumentarium is bovendien niet alleen omslachtig vanwege de inschakeling van zowel de minister als de Kroon, maar ook onzeker vanwege de aan de Kroon verleende discretionaire bevoegdheid en de afwezigheid van de mogelijkheid om bij afwijzing van een verzoek om vernietiging beroep op de rechter in te stellen.

Voor het waarborgen van provinciale ruimtelijke belangen heeft het provinciebestuur een instrumen-

tarium nodig dat het zelfstandig en onmiddellijk kan hanteren wanneer die belangen worden gefrustreerd. De reactieve aanwijzing die daarvoor op dit moment effectief wordt gehanteerd, voorafgaand aan de inwerkingtreding van een bestemmingsplan en dus zonder dat de rechtszekerheid van de betrokken partijen wordt gefrustreerd, kan niet worden gelijkgesteld aan het instrument van de schorsing tot het moment waarop het (eventuele) beroep tegen het bestemmingsplan tot een onherroepelijke uitspraak heeft geleid, waarna desgewenst kan worden overgegaan tot vernietiging. Mocht met het instrumentarium van het interbestuurlijk toezicht in beginsel al eenzelfde resultaat kunnen worden bereikt, dan nog geldt dat die uitkomst in veel gevallen hoogst onzeker is en gepaard zal gaan met aanzienlijke bestuurslasten. Het instrumentarium van het interbestuurlijk toezicht is minder effectief, levert grotere bestuurlijke lasten en meer rechtsonzekerheid op. Voor degenen die hebben gestreefd naar een gerevitaliseerd generiek interbestuurlijk toezicht en een afschaffing van het specifieke interbestuurlijk toezicht, zal dit een enigszins wrange conclusie zijn. Het generieke interbestuurlijke toezicht zal dus toch moeten concurreren met meer specifieke instrumenten. De wetgevingsoperatie om het generieke interbestuurlijke toezicht te herpositioneren heeft hiermee al heel snel een deel van haar glans verloren.

# Actualiteiten, mededelingen, reacties van lezers

TBR 2013/158

## Waarom in de nieuwe Omgevingswet kan worden volstaan met het generieke schorsings- en vernietigingsrecht en specifieke interventie-instrumenten niet nodig zijn

### Reactie op TBR 2013/138, J.C.W. Gazendam c.s., Van reactieve aanwijzing naar corrigerend instructiebesluit

Mr. dr. H.J. de Vries<sup>1</sup>

#### 1. Inleiding

‘Ondanks de groots opgezette revitalisering van het generiek interbestuurlijk toezicht in 2012, kan een specifiek instrument dat lijkt op de reactieve aanwijzing en dat in hoge mate karaktertrekken vertoont van interbestuurlijk toezicht niet worden gemist. Aanwending van het instrumentarium van het generieke interbestuurlijke toezicht ter realisatie van provinciale ruimtelijke belangen kan niet tot hetzelfde resultaat leiden als de inzet van de reactieve aanwijzing, of wat straks het corrigerend instructiebesluit gaat heten’.

Zie hier een deel van de conclusie van Gazendam, De Graaf en Winter in de afronding van hun artikel.

Zij betonen zich, evenals Korsse in zijn reactie, voorstander van het opnemen van een specifiek toezichtinstrument in de nieuwe Omgevingswet: dat zou het corrigerend instructiebesluit moeten worden.

Voor degenen die mijn publicaties over het onderwerp interbestuurlijk toezicht (IBT) gelezen hebben, zal het niet verbazen dat ik de opvattingen van genoemde auteurs niet deel.<sup>2</sup> Ik krijg de indruk dat zij allerlei argumenten uit de kast halen om vooral het nieuwe en gerevitaliseerde schorsings- en vernietigingsrecht buiten de deur te houden, nog voordat dit instrument de kans gekregen heeft zich te bewijzen als een volwaardig interventie-instrument. De Wet revitalisering generiek toezicht (Wrgt) -

1 1 Henk de Vries is beleidsadviseur bij de provincie Utrecht.

2 2 a. H.J. de Vries, ‘Ingrijpende veranderingen in het interbestuurlijk toezicht tussen overheden en de gevolgen voor het omgevingsrecht’, *TO* 2009, nr. 1, p. 1-6; b. H.J. de Vries, ‘Interbestuurlijk toezicht ‘nieuwe stijl’ een stap dichterbij: voorlopig nog dubbel toezicht op gemeentelijke planologische besluiten’, *TO* 2011, nr. 1, p. 3-12; c. H.J. de Vries, ‘Interbestuurlijk toezicht in het omgevingsrecht: een zonnige toekomst voor twee klassieke toezichtinstrumenten uit de negentiende eeuw?’ in: *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.J.J. van Buuren ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar (ruimtelijk) bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 553-570 (hierna: Van Buuren-bundel); d. H.J. de Vries, ‘Waarom de aanwijzingsbevoegdheden uit de Wet ruimtelijke ordening tot het interbestuurlijk toezicht behoren’, in: *Interbestuurlijk toezicht*, Staatsrechtconferentie 2011, Publikaties van de Staatsrechtkring Staatsrechtconferenties 16, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 121-132; e. H.J. de Vries, ‘Waarom aanwijzingen van Rijk en provincies op grond van de Wro tot het interbestuurlijk toezicht horen en waarom de reactieve aanwijzing kan worden gemist in de nieuwe Omgevingswet’, *TO* 2013, nr. 1, p. 3-15; f. H.J. de Vries, ‘Geen toekomst voor de reactieve aanwijzing in de nieuwe Omgevingswet’ in: *Toonbeelden. Gedachten over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier*, Deventer: Kluwer 2013, p. 65-76.

waarin het nieuwe gerevitaliseerde IBT is opgenomen - is immers nog maar kort geleden in werking getreden, te weten op 1 oktober 2012.<sup>3</sup>

## 2. Waarom geen specifiek interventie-instrument in de nieuwe Omgevingswet

Ik kan in deze reactie slechts beknopt ingaan op dit onderwerp en zal af en toe dan ook verwijzen naar mijn in noot 2 genoemde publicaties. Ik beperk mij in deze reactie tot de betekenis en de mogelijkheden van het schorsings- en vernietigingsrecht en laat het instrument indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing verder buiten beschouwing. Ik geef hieronder enkele argumenten waarom ik tegenstander ben van het opnemen van een specifiek interventie-instrument voor provincies (en natuurlijk ook het Rijk) in de nieuwe Omgevingswet:

- a. met de Wrgt wordt beoogd te komen tot een drastische sanering van interbestuurlijke toezichtarrangementen door het vernieuwen en opschonen van deze arrangementen, het verbeteren van de kwaliteit hiervan en het stroomlijnen en vereenvoudigen van het IBT tussen overheden;
- b. in de bijzondere bestuurswetgeving worden zoveel mogelijk specifieke toezichtfiguren zoals de goedkeuring en de verklaring van geen bezwaar vervangen door het generieke schorsings- en vernietigingsrecht;
- c. Nederland is een gedecentraliseerde eenheidsstaat waarin het toezicht op het functioneren van bestuursorganen van de (territoriale) decentrale overheden - provincies en gemeenten - bij de Kroon berust, die daartoe over het schorsings- en vernietigingsrecht beschikt<sup>4</sup>;
- d. tot op heden is op geen enkele wijze gebleken dat het vernieuwde schorsings- en vernietigingsrecht niet in staat zou zijn op adequate wijze de huidige reactieve aanwijzing (RA) te vervangen;
- e. door het opnemen van een specifiek interventie-instrument in de Omgevingswet neemt de bijzondere wetgever de Wrgt niet serieus.

Eerder dit jaar ben ik in een artikel in *TO* nader ingegaan op de samenloop tussen het bestemmings-

planberoep en het schorsings- en vernietigingsrecht en heb daarbij geconcludeerd dat:

- a. in redelijkheid niet kan worden volgehouden dat aan toepassing van het gerevitaliseerde schorsings- en vernietigingsrecht meer (juridische) beperkingen verbonden zouden zijn dan aan toepassing van de RA;
- b. ik geen gepondeerde en objectieve argumenten zie om de RA in de nieuwe Omgevingswet te laten terugkeren.<sup>5</sup>

Het artikel van Gazendam, De Graaf en Winter heeft mij bepaald niet kunnen overtuigen. De auteurs gaan er kennelijk vanuit dat wanneer door de raad een bestemmingsplan wordt vastgesteld dat in strijd is met een provinciaal ruimtelijk belang, vernietiging zal plaatsvinden wegens strijd met het algemeen belang.<sup>6</sup> Zij schrijven immers: 'Wat precies onder strijdigheid met het algemeen belang moet worden verstaan, is bijzonder moeilijk te zeggen. In beginsel kunnen alle belangen relevant zijn. Bij de totstandkoming van de Grondwet is er uitdrukkelijk voor gekozen niet één specifiek belang te noemen, met name ter voorkoming van het rangschikken van algemene belangen. Dit maakt de bevoegdheid om een bestemmingsplan te vernietigen wegens strijd met het algemeen belang, in theorie ongeclausuleerd.'<sup>7</sup>

Ik heb in mijn artikel in *TO* laten zien dat wanneer een bestemmingsplan door de raad wordt vastgesteld in strijd met een provinciaal ruimtelijk belang, altijd strijd met het recht kan worden geconstrueerd.<sup>7</sup> Dat is relevant in verband met het vernietigingsrecht van de Kroon en het Beleidskader schorsing en vernietiging dat daarbij gehanteerd wordt.<sup>8</sup> In dit Beleidskader wordt onder meer aangegeven dat de Kroon zich terughoudend opstelt bij vernietiging van een besluit wegens strijd met het algemeen belang omdat niet lichtvaardig wordt ingegrepen op de constitutioneel verankerde vrijheid van gemeenten en provincies om de belangen te dienen die aan hen zijn toevertrouwd. Ook wordt gesteld dat het criterium strijd met het algemeen belang sinds de Grondwetswijziging van 1983 alleen nog ziet op die gevallen waarin beleidsmatige argumenten aan de orde zijn.<sup>9</sup> Deze terughoudendheid geldt niet wanneer het gaat om de vernietigingsgrond 'strijd met het recht'. Weliswaar hanteert de Kroon bij deze vernietigingsgrond de eis van proportionaliteit,

3 De wet is geplaatst in *Stb.* 2012, 233. Zie voor de inwerkingtreding *Stb.* 2012, 276.

4 Art. 132 lid 4 Grondwet en nader uitgewerkt in hoofdstuk XVII Gemeentewet, hoofdstuk XVIII Provinciewet en de afdelingen 10.2.2 en 10.2.3 Algemene wet bestuursrecht.

5 *TO* 2013, nr. 1, p. 12-15.

6 Vernietiging van een besluit kan uitsluitend plaatsvinden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Zie art. 132 lid 4 Grondwet, nader uitgewerkt in art. 10:35 Algemene wet bestuursrecht.

7 *TO* 2013, nr. 1, p. 12.

8 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 3895, nr. 5.

9 Bij die Grondwetswijziging werd het criterium strijd met de wet verruimd tot strijd met het recht. Daarmee is de ruimte voor toepassing van het criterium strijd met het algemeen belang kleiner geworden. Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 6.



maar niet vergeten mag worden dat ook de RA - zo volgt uit de parlementaire geschiedenis - als een ultimum remedium of noodrembevoegdheid moet worden ingezet.<sup>10</sup>

Van de colleges van GS mag worden verwacht dat zij niet elk vastgesteld bestemmingsplan dat een inbreuk maakt op een provinciaal ruimtelijk belang, ter schorsing en vernietiging bij de Minister van I en M zullen voordragen, maar dat zij bij hun afweging zelf ook een proportionaliteitstoets verrichten. Het lijkt mij dat nu ook niet voor elke inbreuk van een bestemmingsplan op een provinciaal ruimtelijk belang een RA wordt gegeven maar dat in het kader van deze afweging door GS evenzeer een proportionaliteitstoets wordt uitgevoerd omdat de noodzaak tot het geven van een RA moet worden aangetoond.<sup>11</sup> Wanneer GS vervolgens concluderen dat de inbreuk van het vastgestelde bestemmingsplan op een provinciaal ruimtelijk belang zodanig nadelige gevolgen heeft dat het bestemmingsplan om die reden niet in stand kan blijven, zullen zij in hun schorsings- en vernietigingsvoordracht deugdelijk moeten motiveren waarom vernietiging van het bestemmingsplan proportioneel te achten is ten opzichte van het doel dat met de vernietiging gediend wordt. Zo'n klus kan dat toch niet zijn! Wanneer GS met een goed onderbouwde schorsings- en vernietigingsvoordracht komen, mogen zij in redelijkheid ook verwachten dat de Minister van I en M deze voordracht zal volgen en het betrokken bestemmingsplan ter vernietiging bij de Kroon zal voordragen. In het Beleidskader schorsing en vernietiging staat immers niet voor niets dat aan het oordeel van GS een gedegen bestuurlijke en juridische afweging ten grondslag ligt en dat het dan ook eerder in de rede ligt dat in die gevallen een voordracht tot vernietiging wordt gedaan.<sup>12</sup>

### 3. IBT op de Wro bij de provincies

Gazendam, De Graaf en Winter zijn in hun artikel (helaas) niet ingegaan op het feit dat sinds de inwerkingtreding van de Wrgt op 1 oktober 2012, het IBT op het grootste deel van de wetgeving van het Ministerie van I en M bij de provincies ligt.<sup>13</sup> Dat geldt dus ook voor de Wro. Het toezicht op de uitvoering van de Wro door gemeentebesturen ligt dus bij de colleges van GS en niet bij de Minister van I en M. Zij moeten erop toezien dat door gemeentebesturen geen planologische besluiten worden genomen die in strijd zijn met het recht (of het algemeen belang).

Wanneer door de gemeenteraad een bestemmingsplan wordt vastgesteld dat in strijd is met een nationaal belang kunnen GS geen RA aanwijzing geven. Dat zou alleen anders zijn wanneer dat nationaal belang ook zou samenvallen met een provinciaal belang. Toepassing van het schorsings- en vernietigingsrecht is dan de aangewezen weg. Gelet op de beginselplicht tot handhaving, is een college van GS in beginsel gehouden een bestemmingsplan dat is vastgesteld in strijd met een nationaal belang, ter schorsing en vernietiging bij de Minister van I en M voor te dragen. Uiteraard geldt hierbij ook de hiervoor genoemde proportionaliteitseis. Natuurlijk kan worden betoogd dat de Minister van I en M in een dergelijk geval zelf een RA had kunnen geven. Het uitblijven van een RA van deze bewindspersoon - om wat voor reden dan ook - ontslaat het betreffende college van GS echter niet van zijn wettelijke verplichting om toe te zien op de uitvoering van de Wro door gemeentebesturen. De Minister van I en M zou ook kunnen redeneren dat nu het IBT op de Wro bij de provincies ligt, de colleges van GS verantwoordelijk zijn voor het toezicht op een correcte vaststelling van bestemmingsplannen door de gemeenteraad, ook als het om louter nationale belangen gaat, en dat om die reden geen RA meer wordt gegeven wanneer er sprake is van strijd van een vastgesteld bestemmingsplan met een nationaal belang. In het Beleidskader schorsing en vernietiging is echter aangegeven dat waar binnen het herziene toezichtstelsel ruimte is gelaten voor specifiek toezicht, blijft gelden dat eerst de specifieke toezichtsinstrumenten moeten worden aangewend, voordat tot vernietiging kan worden overgegaan. In die gevallen blijft vernietiging dus een ultimum remedium.<sup>14</sup> Het is duidelijk dat hier natuurlijk toch wel wat wringt. De minister heeft een eigen specifiek interventie-instrument - de RA - maar het toezicht op de uitvoering van de Wro door gemeentebesturen ligt bij de colleges van GS. Voor mij een reden temeer om de RA morgen nog af te schaffen!

### 4. Verkleining decentrale afwegingsruimte

Gazendam, De Graaf, Winter en Korsse zijn eendrachtig in hun vrees dat het afschaffen van de RA zal leiden tot het verkleinen van de afwegingsruimte door gemeentebesturen. De redenering is dat PS in dat geval bij de vaststelling van algemene regels op grond van art. 4.1 Wro die afwegingsruimte zullen

10 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 5, alsmede TO 2013, nr. 1, p. 14 en 15.

11 11 Gazendam c.s. hebben er terecht op gewezen dat de noodzaak om een RA te geven door de ABRvS intensiever wordt getoetst dan de vraag of een provinciaal belang aanwezig is.

12 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 12.

13 Zie hierover TO 2013, nr. 1, p. 7 en p. 14.

14 14 Beleidskader schorsing en vernietiging, p. 10. Zie hierover ook de punten 2 t/m 5 van mijn noot bij ABRvS 9 oktober 2014 (*Reactieve aanwijzing Lansingerland*), elders in dit tijdschrift.

verkleinen. Zoals Korsse stelt: '(...). Er kan dus een provinciale neiging ontstaan om de verordening dicht te timmeren door de interbestuurlijke regels zoveel mogelijk in objectieve, concrete normen te gieten, zodat geen twijfel kan ontstaan over hoe zij in een concreet geval moeten worden toegepast.'

Ik zou een ontwikkeling als geschetst door Korsse van harte toejuichen. Provincies zouden zich bij het bepalen van wat een provinciaal ruimtelijk belang is moeten beperken tot de kern van het provinciale ruimtelijke beleid. Echte gemeentelijke beleidsruimte ontstaat alleen wanneer de provincies zich tot deze kern zouden weten te beperken. Maar deze kern moet dan ook in duidelijke, objectieve regels in een provinciale ruimtelijke verordening worden vastgelegd, zodat iedereen weet waar de gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan aan toe is: niet alleen de gemeenteraad zelf, maar ook de belanghebbende bij een bestemmingsplan. Het is allemaal niet zo erg ingewikkeld maar het vraagt om duidelijke en heldere beleidskeuzes op provinciaal niveau. Daartoe behoort ook het loslaten van bepaalde zaken!

Kort geleden heeft de ABRvS in enkele uitspraken over de verbindendheid van op grond van art. 4.1 lid 1 Wro vastgestelde algemene regels overwo-

gen:<sup>15</sup>

'Aan algemeen verbindende voorschriften, zoals neergelegd in artikel 9.4, eerste lid, aanhef en onder a, en artikel 9.5 van de Verordening 2011, kan slechts verbindende kracht worden ontzegd, indien deze in strijd zijn met een hoger wettelijk voorschrift, dan wel indien deze in strijd zijn met een algemeen rechtsbeginsel.'

Ik heb er in mijn proefschrift uit 1994 op gewezen dat het rechtszekerheidsbeginsel wellicht als het belangrijkste rechtsbeginsel kan worden beschouwd.<sup>16</sup> Een bepaling in een provinciale ruimtelijke verordening kan - gelet op deze Afdelingsuitspraken - dus onverbindend worden verklaard wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Ik heb in mijn noot in *TBR* bij deze uitspraken een vergelijking getrokken met de eis van een objectieve begrenzing van een in een bestemmingsplan opgenomen flexibiliteitsregeling. De overeenkomst tussen een algemene regel in een provinciale ruimtelijke verordening en een flexibiliteitsregel in een bestemmingsplan is dat het om instructienormen gaat. In het ene geval is de instructienorm gericht tot de raad, in het andere geval tot B en W. Het rechtszekerheidsbeginsel vormt de basis van al

sinds jaar en dag geldende jurisprudentie, dat een belanghebbende burger er aanspraak op kan maken dat een flexibiliteitsregel in een bestemmingsplan voldoende objectief begrensd is, dit op straffe van onverbindendheid van die flexibiliteitsregel. Ik zou niet weten waarom deze eis ook niet zou gelden voor op grond van art. 4.1 lid 1 Wro vastgestelde algemene regels die immers consequenties hebben voor toekomstig grondgebruik binnen de provinciale grenzen. Betoogd kan worden dat het rechtszekerheidsbeginsel met zich meebrengt dat zowel de gemeenteraad als de belanghebbende bij een bestemmingsplan uit een algemene regel in een provinciale verordening op basis van art. 4.1 lid 1 Wro een voldoende concrete norm voor toekomstig handelen moet kunnen afleiden. Dat heeft in het geheel niets met juridisering etc. te maken maar alles met het bieden van (zoveel mogelijk) duidelijkheid door middel van heldere en niet voor multi-interpretabele uitleg vatbare algemene regels van de provincie. Waarom zou dat niet mogelijk zijn?

Een objectieve begrenzing van een flexibiliteitsregeling in een bestemmingsplan kan ook kwalitatief worden geformuleerd, dus beschrijvend in plaats van het voorschrijven van harde concrete planologische normen zoals de bouwhoogte, het bebouwingspercentage van het bouwperceel etc. Dat zijn typisch kwantitatief geformuleerde objectieve begrenzingen. Kwalitatief geformuleerde objectieve begrenzingen worden al sinds het begin van de jaren 80 aanvaard in de jurisprudentie. Over de ontwikkeling van kwantitatieve naar kwalitatief geformuleerde objectieve begrenzingen verwijs ik naar mijn hiervoor genoemde proefschrift, p. 75-90, alsmede mijn noot bij ABRvS 13 januari 2010, *TBR* 2010/44 (*Weigering toepassing wijzigingsbevoegdheid Westland*) en mijn noot bij ABRvS 23 april 2008, *TBR* 2008/105 (*Wijzigingsplan Smalingerland*).

Zoals al gezegd valt, geredeneerd vanuit het essentiële rechtszekerheidsbeginsel, niet in te zien waarom de eis van een objectieve begrenzing niet ook zou (moeten) gelden voor door PS op grond van art. 4.1 lid 1 Wro vastgestelde algemene regels. Door hierbij gebruik te maken van kwalitatief geformuleerde begrenzingen kan toch voldoende beoordelingsruimte voor het gemeentebestuur bij de vaststelling van een bestemmingsplan in het leven worden geroepen.

## 5. Afronding

Er valt hoe dan ook nog veel meer te zeggen over dit onderwerp maar dat gaat nu eenmaal niet. Zo-

15 ABRvS 13 maart 2013, *TBR* 2013/146 (*Weigering ontheffing Verordening ruimte Noord-Brabant 2011 t.b.v. nieuwwestiging intensieve veehouderij Sint Anthonis*) en ABRvS 4 september 2013, *TBR* 2013/147 (*Weigering ontheffing Verordening ruimte Noord-Brabant 2011 t.b.v. uitbreiding intensieve veehouderij Landerd*), beide m.nt. H.J. de Vries.

16 H.J. de Vries, 'De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid', diss. Utrecht 1994, Deventer: Kluwer 1994, p. 47-53.

lang de Wro nog bestaat zal de RA wel niet worden afgeschaf. Het concept voor de Omgevingswet ligt momenteel voor advies bij de Raad van State. Wat mij betreft komt de Afdeling Advies met een zgn. categorie 5 advies waar het gaat om de specifieke interventie-instrumenten:

‘De Raad van State heeft mitsdien bezwaar tegen het voorstel van wet en geeft U in overweging dit niet aldus aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.’

Het wordt tijd om terug te keren naar het ambtelijk concept van 21 september 2012, waarin onder meer staat dat de RA niet zal terugkeren in de Omgevingswet en dat het algemene instrumentarium voor het toezicht op de taakuitoefening toereikend wordt geacht. Het is wel duidelijk dat de RA inderdaad niet terugkomt in de Omgevingswet, maar inmiddels is er weer vrolijk iets nieuws bedacht: het correctieve instructiebesluit. Zo blijven we in dit land maar doormodderen met het bedenken van weer nieuwe specifieke interventie-instrumenten, in plaats van nu eens zo optimaal mogelijk gebruik te gaan maken van het nog maar kort geleden gerevitaliseerde schorsings- en vernietigingsrecht. De nieuwe Omgevingswet wordt al complex en ingewikkeld genoeg. Dat wordt alleen nog maar erger wanneer er ook nog weer eens nieuwe specifieke interventie-instrumenten in worden opgenomen!

## Naschrift

Dat De Vries het niet met ons eens is als wij stellen dat het interbestuurlijk toezicht (IBT) het moet afleggen tegen de inzet van een specifiek instrument als de reactieve aanwijzing of het toekomstige corrigerend instructiebesluit, verbaast ons niet. In het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* heeft hij eerder dit jaar zijn standpunt immers al uitvoerig uiteengezet. Opmerkelijk is vooral de manier waarop hij met ons de discussie aangaat. De kern van zijn argumentatie is te vinden in onderdeel 2 van zijn betoog. Hij stelt daarin dat hij tegen het opnemen van een specifiek interventie-instrument voor provincies in de nieuwe Omgevingswet is, omdat hij voor het instrumentarium van het generiek interbestuurlijk toezicht is. Wij hebben de indruk dat wij op deze manier langs elkaar heen praten. Wij zijn geen tegenstanders van het generiek interbestuurlijk toezicht, maar we vinden wel dat het provinciebestuur in de ruimtelijke ordening moet beschikken over serieuze instrumenten die het zelfstandig en onmiddellijk

moet kunnen hanteren om de eigen ruimtelijke belangen te beschermen. Naar onze overtuiging voldoet het instrumentarium van het generieke interbestuurlijk toezicht op geen enkele manier aan die eisen. Sterker nog: de uitkomst is onzeker, toepassing van het interbestuurlijk instrumentarium leidt tot aanzienlijke bestuurlijke lasten en vergroot bovendien de kans op rechtsonzekerheid. De doelstellingen van de revitalisering zijn het verminderen van juridisering, het vergroten van de decentrale afwegingsruimte en het verkleinen van administratieve lasten. Naar onze overtuiging lukt het in het omgevingsrecht niet die doelstellingen van het IBT te realiseren.

Wij zijn wel verbaasd te vernemen dat De Vries een ontwikkeling toejuicht waarin provinciebesturen provinciale verordeningen gaan dichttimmeren door het formuleren van objectieve, concrete normen. Wij nemen aan dat hij hoopt op meer rechtszekerheid. Maar, zo vragen wij ons af, realiseert De Vries zich dat de toename van rechtszekerheid een hoge prijs kan hebben? Die kan gemakkelijk leiden tot gedetailleerdere normstelling op provinciaal niveau, stijging van de regeldruk en vermindering van de gemeentelijke vrijheid.

De reactie van De Vries kan kort worden samengevat: heb vertrouwen! Het gerevitaliseerde IBT moet een kans krijgen en uit niets blijkt dat het vernieuwde schorsings- en vernietigingsrecht niet in staat is het huidige instrumentarium te vervangen. Deze redenering kan echter ook eenvoudig worden omgedraaid: op welke feiten baseert De Vries dit vertrouwen? Het is toch niet zo vreemd dat de provincies groot belang hechten aan gebleken effectieve instrumenten, die zonder afhankelijkheid van anderen direct tot resultaat kunnen leiden? Het zou toch merkwaardig zijn als provincies er voor zouden kiezen dat instrumentarium eenvoudig in te wisselen voor een ander instrumentarium waarbij afhankelijkheid van anderen (de vakminister en de Kroon) wordt geïntroduceerd, tegen hogere bestuurslasten en een lagere kans op succes! Wij vrezen dat De Vries gevangen is in het ‘frame’ van het IBT waarin drastische sanering, revitalisering, vernieuwing van instrumenten in een eenheidsstaat de voorkeur heeft. Maar De Vries ziet over het hoofd dat de werkelijkheid vaak weerbarstiger is en zich niet altijd gedraagt zoals gedacht op de tekentafel van de wetgever.

mr. J.C.W. Gazendam, mr. dr. K.J. de Graaf en prof. dr. H.B. Winter<sup>17</sup>

17 Joris Gazendam is als promovendus verbonden aan het Groningen Centre of Energy Law van de Rijksuniversiteit Groningen. Kars de Graaf en Heinrich Winter zijn als respectievelijk universitair hoofddocent bestuursrecht en omgevingsrecht en bijzonder hoogleraar toezicht verbonden aan de Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

TBR 2013/159

# Het schrappen van de reactieve aanwijzing gaat ten koste van flexibele provinciale sturing

## Reactie op TBR 2013/138, J.C.W. Gazendam c.s., Van reactieve aanwijzing naar corrigerend instructiebesluit

Mr. drs. D. Korsse<sup>1</sup>

De conclusie van Gazendam, de Graaf en Winter dat een met de reactieve aanwijzing vergelijkbaar instrument in het ruimtelijk spoor niet gemist kan worden, wil ik van harte onderschrijven. Ik wil me in deze reactie dan ook bij hen aansluiten, en hun betoog op een specifiek punt nader onderbouwen. Het gaat mij er om dat het schrappen van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid wel eens ten koste zou kunnen gaan van de gemeentelijke bewegingsvrijheid in het ruimtelijk spoor. Dat lijkt mij een belangrijk argument om die bevoegdheid niet te offeren op het altaar van het generieke toezicht.

Dat de gemeentelijke bewegingsvrijheid in ieder geval weinig heeft te winnen bij het schrappen van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid kan voorzichtig worden afgeleid uit het aantal reactieve aanwijzingen dat wordt gegeven. In tegenstelling tot wat wel eens wordt beweerd, lijkt dat aantal niet erg hoog te zijn.<sup>2</sup> Sinds de inwerkingtreding van de Wro heeft de Afdeling bestuursrechtspraak 52 uitspraken gewezen over een reactieve aanwijzing.<sup>3</sup> Dat is een gemiddelde van tien per jaar. Dat suggereert nou niet bepaald dat de provinciebesturen overtollig gebruik maken van hun bevoegdheid.<sup>4</sup> Dat 32 van de aangevochten aanwijzingsbesluiten betrekking hebben op een bestemmingsplan dat het woord 'buitengebied' in de titel draagt is bovendien een indicatie dat bij het gebruik van de bevoegdheid een zekere terughoudendheid wordt betracht.

Het gevaar is nu dat het verdwijnen van deze terughoudende vorm van reactieve interventie er toe zal leiden dat de provinciale bemoeienis voorafgaand aan de ruimtelijke besluitvorming aanzienlijk toe zal nemen. Ik licht dit toe.

Als provinciale belangen dat noodzakelijk maken, kunnen provinciale staten op grond van artikel 4.1, eerste lid, van de Wro regels stellen omtrent de inhoud van bestemmingsplannen. Met deze 'interbestuurlijke regels' wordt de bestemmingsplanbevoegdheid uit artikel 3.1, eerste lid, van de Wro ingekaderd. Zij markeren de grens tussen het gemeentelijk domein binnen het ruimtelijk spoor en het provinciaal terrein dat het gemeentebestuur niet betreden mag.

Het mes van de provinciale kaderstelling snijdt aan twee kanten. Enerzijds moet de gemeenteraad de interbestuurlijke regels in acht nemen bij het vaststellen van een bestemmingsplan. Het plan moet binnen de grenzen blijven die daar in de regels aan zijn gesteld. Als de raad die grenzen overschrijdt, dan is het plan in strijd met een hogere regeling en komt het voor vernietiging in aanmerking. Interbestuurlijke regels fungeren op die manier als voorwaarden die aan het gebruik van de bestemmingsplanbevoegdheid verbonden zijn. Anderzijds geldt echter dat het provinciebestuur zich binnen de gestelde kaders in beginsel niet mag betrekken bij de gemeentelijke besluitvorming, omdat de provin-

1 Daan Korsse is als promovendus verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht.

2 Anders Van Zundert 2012, p. 138, die uit de 'aard en de omvang' van de 'toepassingspraktijk' van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid concludeert dat het instrument op gespannen voet staat met de sturingsfilosofie van de Wro. Daarbij wijst hij er onder meer op dat GS van de provincie Noord-Brabant 'al' 44 aanwijzingen hebben gegeven.

3 De uitspraken zijn geteld tot en met 10 september 2013.

4 Zo ook Planbureau voor de Leefomgeving, *Ex-durante evaluatie Wet ruimtelijke ordening. Eerste resultaten*, Den Haag/Bilthoven: PBL 2010, p. 88.

ciale belangen binnen die kaders over het algemeen niet in het geding zijn.<sup>5</sup> Binnen de provinciale grenzen behoudt de gemeenteraad dus de beleidsvrijheid die hem in artikel 3.1, eerste lid, van de Wro wordt toegekend. Daar is het aan de raad om de betrokken ruimtelijk relevante belangen tegen elkaar af te wegen en vast te stellen welke beperkingen aan het ruimtegebruik met het oog op een goede ruimtelijke ordening zijn vereist.

De provinciale kaderstelling middels interbestuurlijke regels is echter minder zwart-wit dan het voorgaande wellicht suggereert. De grensovergang bestaat in veel gevallen uit een grijs gebied, waarbinnen op voorhand niet duidelijk is waar het gemeentelijk domein ophoudt en het provinciaal terrein begint. Neem bijvoorbeeld een regel waarin wordt voorgeschreven dat bestemmingsplannen kunnen voorzien in 'nieuwvestiging en grootschalige uitbreidingen van bestaande functies in de groene omgeving, uitsluitend indien hier sociaal-economische en/of maatschappelijke redenen voor zijn en is aangetoond dat het verlies aan ecologische en/of landschappelijke waarden in voldoende mate wordt gecompenseerd door investeringen ter versterking van de ruimtelijke kwaliteit in de omgeving'.<sup>6</sup> Dit voorbeeld laat zien dat interbestuurlijke regels niet altijd eenduidig zijn geformuleerd. Om te achterhalen aan welke voorwaarden precies voldaan moet worden, moeten de regels worden toegepast op de concrete ruimtelijke situatie. Want wanneer is bijvoorbeeld sprake van een 'grootschalige' uitbreiding? En wanneer is de compensatie van het verlies aan ecologische waarden 'voldoende'? De toepassing van de regel vindt primair plaats op gemeentelijk niveau, aangezien de gemeenteraad moet beoordelen of een door hem beoogd bestemmingsplan aan de interbestuurlijke regels voldoet. Kortom, in verreweg de meeste gevallen beschikt de gemeenteraad over beoordelingsruimte bij de toepassing van een interbestuurlijke regel.

Een belangrijk voordeel van beoordelingsruimte in een interbestuurlijke regel is dat daarmee bewegingsvrijheid ontstaat op gemeentelijk niveau. De gemeenteraad kan de relevante feiten en omstandigheden van de concrete ruimtelijke situatie immers betrekken bij de toepassing van de regel.

De algemene en vaag geformuleerde provinciale grens krijgt dan pas een vaste vorm in het licht van de ruimtelijke bijzonderheden van het plangebied. Beoordelingsruimte verzacht op die manier het knellend karakter van de provinciale kaderstelling.

Een belangrijke vraag is nog of de beoordelingsruimte ook het karakter kan hebben van *beoordelingsvrijheid*. Ik denk dat dit inderdaad mogelijk is. De zojuist genoemde voorbeeldregel wijst hier ook op. Als een interbestuurlijke regel beoordelingsvrijheid biedt, dan is de toepassing van die regel dan een discretionaire bevoegdheid van de gemeenteraad. Het is aan de raad overgelaten om zelfstandig - en in beginsel met uitsluiting van ieder ander - te beoordelen of gezien de ruimtelijke situatie aan de voorwaarden is voldaan die in de interbestuurlijke regel zijn neergelegd.<sup>7</sup> In zo'n geval kan de bestuursrechter slechts marginaal toetsen of de toepassing van de interbestuurlijke regel rechtmatig is. Hij kan het voorliggende bestemmingsplan alleen vernietigen als de gemeenteraad in redelijkheid niet tot de conclusie heeft kunnen komen dat het plan aan de in de regels vervatte eisen voldoet.

Beoordelingsruimte kan de gemeenteraad bij de toepassing van interbestuurlijke regels dus een zekere vrijheid bieden ten opzichte van de rechter. Is dat het geval, dan heeft de raad die vrijheid in belangrijke mate ook ten opzichte van de belanghebbende grondgebruiker. Die is immers van de rechter afhankelijk als hij de naleving van een interbestuurlijke regel af wil dwingen. Hij kan niet veel anders dan tegen dat plan in beroep gaan en aanvoeren dat het in strijd is met een interbestuurlijke regel, waarna de rechter de knoop moet doorhakken middels een (marginale) rechtmatigheidstoets.<sup>8</sup> Het bestaan van deze vrijheid ten opzichte van de rechter én (indirect) ten opzichte van de grondgebruiker lijkt mij een belangrijke reden te zijn dat de grond dat een bestemmingsplan is vastgesteld in strijd met een interbestuurlijke regel in verreweg een minderheid van de gevallen leidt tot vernietiging. Over heel 2013 tel ik 78 uitspraken in een bodemprocedure waarin de Afdeling het plan op één of meerdere onderdelen inhoudelijk toetst aan een regel.<sup>9</sup> In 26 zaken wordt een onderlinge strijdigheid geconstateerd, 24 maal volgt daarop een

5 Ik gebruik hier bewust de woorden 'over het algemeen niet in het geding zijn'. Het is namelijk niet zo dat er binnen de kaders uit de interbestuurlijke regels geen provinciale belangen bestaan. Maar blijkbaar verwachten PS niet dat er ondanks de gemeentelijke beleidsvrijheid een inbreuk op die belangen zal worden gemaakt, en achten zij het voor de bescherming van die belangen daarom niet noodzakelijk om die vrijheid te beperken.

6 Deze regel is aan de orde in ABRvS 26 september 2012, No. 201105898/1/R1 (*Bestemmingsplan 'Buitengebied' Almelo*), r.o. 10.

7 Vgl. in algemene zin bijvoorbeeld L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 1: Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 349.

8 Een tweede (theoretische) optie is om bij GS een aanvraag in te dienen voor een reactieve aanwijzing. In het geval dat GS die aanvraag weigeren, is de weigering echter niet vatbaar voor beroep. Zie ABRvS 1 september 2009, No. 200904113/3/R3.

9 Om precies te zijn in de periode van 1 januari tot en met 10 september 2013. Daarnaast worden andere ruimtelijke besluiten aan interbestuurlijke regels getoetst: omgevingsvergunningen of projectbesluiten (3 maal), gemeentelijke wijzigingsplannen (5 maal) en, opmerkelijk genoeg, provinciale inpassingsplannen (2 maal) en één provinciaal wijzigingsplan.



vernietiging<sup>10</sup>, waarna in vier gevallen de rechtsgevolgen van het plan in stand worden gelaten. Kortom, slechts in ongeveer een kwart van de gevallen worden de ruimtelijke ontwikkelingsmogelijkheden waarin het plan voorziet in strijd geacht met de interbestuurlijke regels die op provinciaal niveau zijn vastgesteld.

Het bestaan van beoordelingsruimte bij de toepassing van een interbestuurlijke regel veronderstelt dat het provinciebestuur over een middel beschikt waarmee het kan toezien op de manier waarop die vrijheid op gemeentelijk niveau gebruikt wordt. Zo'n toezichtsinstrument maakt het mogelijk de gemeenteraad een maximum aan bewegingsvrijheid te bieden, zonder dat daarmee de bescherming van provinciale belangen in het geding wordt gebracht.<sup>11</sup> Het provinciebestuur kan de gemeenteraad dan immers terugfluiten als het oordeelt dat een interbestuurlijke regel verkeerd is toegepast, ook in situaties dat de rechter dit wegens de marginale rechtmatigheidstoetsing niet zou kunnen. Tot nu toe wordt deze functie vervuld door de reactieve aanwijzingsbevoegdheid.

Aan de reactieve aanwijzingsbevoegdheid zijn drie inhoudelijke toepassingsvoorwaarden verbonden.<sup>12</sup> Bij het geven van een reactieve aanwijzing moeten GS motiveren dat er a) een inbreuk wordt gemaakt op een provinciaal belang, waardoor b) het geven van de aanwijzing noodzakelijk is, omdat c) er feiten, omstandigheden en overwegingen bestaan die het provinciebestuur beletten het betrokken belang te beschermen met inzet van andere aan hem toekomende bevoegdheden. De laatste voorwaarde wordt wel aangeduid als het subsidiariteitsvereiste. Wie een onbevangen blik op het subsidiariteitsvereiste werpt, zou het idee kunnen krijgen dat de reactieve aanwijzingsbevoegdheid alleen kan worden gebruikt in gevallen waarin het provinciebestuur geen andere instrumenten heeft ingezet om de inbreuk op het provinciaal belang te voorkomen. Voor dat idee kan ook steun worden gevonden in de totstandkomingsgeschiedenis van de Wro, waar wordt opgemerkt dat 'bij een reactieve aanwijzing moet worden gemotiveerd waarom ter bescherming van het betrokken belang *geen gebruik is gemaakt* van de andere wettelijke bevoegdheden die de Wro

biedt, namelijk de pro-actieve aanwijzing, de algemene regels en het inpassingsplan.'<sup>13</sup> Inmiddels is echter duidelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak het subsidiariteitsvereiste veel ruimer opvat. Er kan ook een reactieve aanwijzing worden gegeven als het provinciebestuur wel degelijk andere instrumenten heeft ingezet om het betrokken provinciaal belang te beschermen. De Afdeling heeft uitdrukkelijk overwogen dat de reactieve aanwijzingsbevoegdheid kan worden ingezet om de naleving van interbestuurlijke regels te handhaven.<sup>14</sup>

De crux is nu dat de reactieve aanwijzingsbevoegdheid GS de mogelijkheid biedt om geheel zelfstandig te beoordelen of een bestemmingsplan voldoet aan de voorwaarden die daar in de provinciale interbestuurlijke regels aan zijn gesteld en om die beoordeling vervolgens in de plaats te stellen van het oordeel van de gemeenteraad in de bestemmingsplanprocedure. Zij kunnen de toepassing van die regels door de gemeenteraad bij het geven van zo'n aanwijzing niet alleen op rechtmatigheid, maar ook op *doelmatigheid* toetsen. GS zijn immers geen rechterlijke instantie, en zijn in die zin dus niet geroepen zich te beperken tot een objectieve rechtmatigheidstoets. Evenmin staan de voorwaarden dat de reactieve aanwijzing noodzakelijk moet zijn om het provinciaal belang in kwestie te beschermen er aan in de weg dat GS de gemeentelijke toepassing van de betrokken interbestuurlijke regel nog eens overdoen. Het is vervolgens het provinciale en dus niet het gemeentelijke doelmatigheidsoordeel dat rechtens ter discussie kan komen te staan, aangezien die discussie plaatsvindt in het kader van het beroep tegen het reactieve aanwijzingsbesluit en niet tegen het bestemmingsplan dat door die aanwijzing getroffen is.

Met het schrappen van de reactieve aanwijzing verliezen GS de mogelijkheid om hun eigen toepassing van de betrokken interbestuurlijke regel in de plaats te stellen van die van de gemeenteraad. Het nadeel van handhaving van interbestuurlijke regels middels het generieke toezicht is dat de doelmatigheidstoetsing van de toepassing van die regels in handen is van de Kroon.<sup>15</sup> Het feit dat GS aanvoeren dat de regel anders had moeten worden toegepast is wellicht zwaarwegend bij de oordeelsvorming van de

10 In twee gevallen wordt het gebrek gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 Awb.

11 Vgl. in algemene zin B.L.W. Visser, *Toezicht in bestuurlijke rechtsverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 32.

12 Merkwaardig genoeg worden die voorwaarden nog wel eens aangeduid als 'de dubbele motiveringsplicht'.

13 *Kamerstukken I* 2007/08, 30 938, nr. C, p. 19, cursivering toegevoegd.

14 Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 oktober 2012, AB 2013, 2. In algemene zin lijkt aan het subsidiariteitsvereiste te zijn voldaan als aan het bestemmingsplan een rechtmatigheidsgebrek kleefde dat verband houdt met de toepassing van het provinciaal ruimtelijk beleid. Het is niet uitgesloten dat zo'n rechtmatigheidsgebrek bestaat als de gemeenteraad geen rekening heeft gehouden met een provinciale structuurvisie of een ander beleidsdocument, of niet heeft voldaan aan een inspanningsverplichting die voortvloeit uit een bevoegdhedenovereenkomst die hij met de provincie gesloten heeft. Dat sluit aan bij de opmerking in voetnoot 4, dat er ook provinciale belangen bestaan binnen de kaders van de interbestuurlijke regels.

15 Dat past op zichzelf al slecht in het stelsel van de Wro, dat immers uitgaat van het adagium 'bevoegdheid volgt verantwoordelijkheid'.

Kroon, maar daarmee is allerminst gezegd dat de Kroon het oordeel van GS blindelings zal volgen.<sup>16</sup> Dit leidt tot provinciale onzekerheid over de bescherming van provinciale belangen in gemeentelijke bestemmingsplannen.

Het ligt in de lijn der verwachting dat PS deze onzekerheid zullen proberen weg te nemen door de ruimte die wordt geboden bij de toepassing van interbestuurlijke regels aanzienlijk te beperken. Er kan dus een provinciale neiging ontstaan om de verordening dicht te timmeren door de interbestuurlijke regels zoveel mogelijk in objectieve, concrete normen te gieten, zodat geen twijfel kan bestaan over hoe zij in een concreet geval moeten worden toegepast. Dat gaat ten koste van de gemeentelijke flexibiliteit om de provinciale begrenzing van de ruimtelijke beleidsvrijheid zelfstandig af te stemmen op de ruimtelijke bijzonderheden van het plangebied.

Een bijkomend nadeel voor de gemeenteraad is dat 'dichtgetimmerde' verordeningen meer houvast bieden voor een rechtmatigheidstoetsing door de bestuursrechter. De rechter hoeft bij de toetsing aan de regel dan geen terughoudendheid te betrachten en kan gemakkelijker oordelen dat een voorliggend bestemmingsplan met een interbestuurlijke regel in strijd is. Bedacht moet worden dat in dat geval ook een toename te verwachten is van het aantal geslaagde beroepen van belanghebbende grondgebruikers die aanvoeren dat een plan in strijd met een provinciale regel is vastgesteld. Kortom, de gemeenteraad zal niet alleen beperkt worden in zijn bewegingsvrijheid bij de toepassing van interbestuurlijke regels, maar tegelijkertijd worden geconfronteerd met een aanzienlijk zwaardere (rechterlijke) controle op de naleving van die regels.

Ik ben dan ook van mening dat het huidige samenspel tussen de reactieve aanwijzingsbevoegdheid en de regelgevende bevoegdheid op grond van artikel 4.1, eerste lid, van de Wro, PS de mogelijkheid

biedt om flexibele kaders te stellen zonder dat dit ten koste hoeft te gaan van de bescherming van de provinciale belangen. Die mogelijkheid verdwijnt met het schrappen van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid, hetgeen wel eens zeer nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor de ruimtelijke besluitvorming op gemeentelijk niveau. Ik denk dan ook dat de Omgevingswet het niet kan stellen zonder iets als een reactieve aanwijzingsbevoegdheid.

Ik geeft direct toe dat deze stelling voor discussie vatbaar is. De Vries heeft bijvoorbeeld veel meer vertrouwen in het generieke toezicht, en zal dus ongetwijfeld het standpunt innemen dat de flexibele kaders uit de interbestuurlijke regels ook na het verdwijnen van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid gewoon gehandhaafd zullen worden. Bovendien zijn er wellicht nadelen verbonden aan de flexibele kaderstelling als zodanig, op grond waarvan betwijfeld zou kunnen worden of deze praktijk in stand moet worden gelaten.<sup>17</sup> Hoe dan ook, de discussie over het behoud van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid in de Omgevingswet moet uitdrukkelijker worden gevoerd. Het artikel van Gazendam, de Graaf en Winter vormt daar een mooi startpunt voor.

## Naschrift

Korsse - die zich geheel bij ons standpunt aansluit - spreekt in zijn reactie over het offeren van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid op het altaar van het generieke toezicht. Vertrouwen is bij hem dus 'geloven' en anders dan De Vries kijkt hij liever naar de feiten. Wij zien - het mag duidelijk zijn - ook meer in die benadering en zullen ook daarom de behandeling van de Omgevingswet met belangstelling blijven volgen.

mr. J.C.W. Gazendam, mr. dr. K.J. de Graaf en prof. dr. H.B. Winter<sup>18</sup>

16 Zou dat wel het geval zijn, dan is het natuurlijk uitermate omslachtig om een extra bestuursorgaan bij de handhaving van de interbestuurlijke regel te betrekken.

17 Zo dreigt het gevaar dat toepassing van dezelfde interbestuurlijke regel in achtereenvolgende gevallen op gemeentelijk niveau tot andere resultaten leidt dan op provinciaal niveau, waar de rechter zonder provinciaal ingrijpen iets aan kan doen. Ook moet worden gehoeft voor onnodig ruim geformuleerde regels, waardoor de handhaving daarvan minder voorspelbaar wordt. Hier lijkt overigens wél een taak te zijn weggelegd voor de Afdeling bestuursrechtspraak. Vgl. ABRVS 16 februari 2011, AB 2011, 119, waar de Afdeling de door GS aan de reactieve aanwijzing ten grondslag gelegde interpretatie van de interbestuurlijke regel in kwestie niet volgt.

18 Joris Gazendam is als promovendus verbonden aan het Groningen Centre of Energy Law van de Rijksuniversiteit Groningen. Kars de Graaf en Heinrich Winter zijn als respectievelijk universitair hoofddocent bestuursrecht en omgevingsrecht en bijzonder hoogleraar toezicht verbonden aan de Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

# Actualiteiten, mededelingen, reacties van lezers

TBR 2013/179

## Reactie op naschrift van J.C.W. Gazendam c.s. bij: 'Waarom in de nieuwe Omgevingswet kan worden volstaan met het generieke schorsings- en vernietigingsrecht en specifieke interventie-instrumenten niet nodig zijn', TBR 2013/158

Mr. dr. H.J. de Vries<sup>1</sup>

In TBR 2013/158 hebben Gazendam c.s. een naschrift geplaatst bij mijn reactie op J.C.W. Gazendam c.s., 'Van reactieve aanwijzing naar corrigerend instructiebesluit' (TBR 2013/138). Kort samengevat wordt in dat naschrift gesteld dat:

- a. ik tegen het opnemen van een specifiek interventie-instrument voor provincies in de nieuwe Omgevingswet ben omdat ik voor het instrumentarium van het generieke interbestuurlijk toezicht (IBT) ben;
- b. mijn reactie kort kan worden samengevat als: 'heb vertrouwen';
- c. de vraag is op welke feiten dit vertrouwen gebaseerd is;
- d. ik gevangen zit in het 'frame' van het IBT waarin een drastische sanering, revitalisering en vernieuwing van instrumenten in een eenheidsstaat de voorkeur heeft maar de werkelijkheid weerbarstiger is dan de tekentafel van de wetgever;
- e. auteurs verbaasd zijn te vernemen dat ik een ontwikkeling toejuich waarin provinciebesturen provinciale verordeningen gaan dichttimmeren door het formuleren van objectieve, concrete normen.

### *Reactie ad a*

Het lijkt mij goed mijn standpunt nog eens toe te lichten. De op 1 oktober 2012 in werking getreden Wet revitalisering generiek toezicht (Wrgt) is een uitvloeisel van het rapport 'Van specifiek naar generiek' van de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen, de zogenoemde Commissie-Oosting.<sup>2</sup> De kern van dit rapport was een drastische sanering van allerlei vormen van specifiek toezicht in bijzondere wetten. Met de Wrgt werd uitvoering aan het gedachtegoed van de Commissie Oosting gegeven. Daartoe werden de Gemeentewet en de Provinciewet - beide toch uiterst relevante organieke wetten die betrekking hebben op de organisatie van het binnenlands bestuur en de verhouding tussen de samenstellende onderdelen van onze decentrale eenheidsstaat - op het punt van schorsing/vernietiging en taakverwaarlozing ingrijpend gewijzigd. Dat geldt ook voor het Beleidskader schorsing en vernietiging, waarin de kaders voor toepassing van het schorsings- en vernietigingsrecht zijn opgenomen.<sup>3</sup> Vernietiging wordt niet langer als een ultimum remedium beschouwd maar wordt nu gezien als een regulier interventie-instrument in het interbestuurlijk verkeer tussen overheden.

<sup>1</sup> Henk de Vries is beleidsadviseur bij de provincie Utrecht.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VII, nr. 8.

<sup>3</sup> Bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 32 389, nr. 5.

De wetgever heeft met de Wrgt dus een weloverwogen keuze gemaakt voor een drastische sanering van specifieke toezichtinstrumenten, waarbij tijdelijk een uitzondering werd gemaakt voor de reactieve aanwijzing (RA) uit de Wro. Met de Wrgt heeft de wetgever een bepaalde systeemkeuze gemaakt door het aantal specifieke interventie-instrumenten uit bijzondere wetten zoveel mogelijk te beperken. Dat spreekt mij aan. Ik kan iedereen die benieuwd is wat voor ratjetoe aan specifieke toezichtinstrumenten er bestonden, van harte aanbevelen het rapport van de Commissie Oosting (nog eens) goed te lezen. Een drastische sanering van al die verschillende instrumenten kan alleen maar worden toegejuicht omdat het de uniformiteit van ons toch al complexe bestuursrecht ten goede komt en daarmee ook de rechtszekerheid - in de betekenis van duidelijkheid en herkenbaarheid - bevordert. Ik zie geen aanleiding om daarbij voor het omgevingsrecht een uitzondering te maken. Dat GS dan niet langer beschikken over een eigen interventie-instrument - nu nog de RA - is in mijn optiek geen probleem. Dat provincies hechten aan handhaving van een eigen interventie-instrument zoals auteurs terecht stellen, is natuurlijk niet verbazingwekkend. Het is een menselijke eigenschap dat iemand niet graag iets kwijt raakt. Dat ligt bij bestuursorganen (en hun ambtenaren) natuurlijk niet anders. Dat het naar de overtuiging van auteurs in het omgevingsrecht niet lukt de doelstellingen van IBT te realiseren - genoemd worden vermindering van juridisering, het vergroten van decentrale afwegingsruimte en het verkleinen van administratieve lasten - wordt verder niet onderbouwd. Maar gaat het daarom ook niet om een overtuiging?

#### *Reactie ad b t/m d*

'Heb vertrouwen'! Zo kan volgens de auteurs mijn reactie worden samengevat. Daarbij stellen zij dat mijn redenering ook kan worden omgedraaid. Op welke feiten baseer ik mijn vertrouwen dat het vernieuwde schorsings- en vernietigingsrecht in staat is het huidige interventie-instrumentarium te vervangen?

Mijn antwoord is eenvoudig en duidelijk: dat is het in verband met de invoering van de Wrgt (ingrijpend) gewijzigde Beleidskader schorsing en vernietiging. In het tot dat tijdstip geldende Beleidskader werd uitgegaan van de aanvullende rol van het generieke schorsings- en vernietigingsrecht ten opzichte van specifieke interventie-instrumenten (schorsing en vernietiging als ultimum remedium). Om die reden werd in het verleden dan ook een terughoudend gebruik gemaakt van het schorsings- en vernietigingsrecht. Het nieuwe Beleidskader is voldoende adequaat om het gerevitaliseerde schorsings-

en vernietigingsrecht in staat te stellen de huidige RA te vervangen. Ik heb in mijn artikel dit voorjaar in TO laten zien dat dit generieke interventie-instrument evengoed als de RA in staat is een door GS als toezichthouder onaanvaardbaar geacht bestemmingsplan te elimineren.<sup>4</sup>

Een geheel andere vraag is op welke wijze de minister die verantwoordelijk is voor een voordracht bij de Kroon tot vernietiging van een besluit dat door GS is ingezonden wegens strijd met het recht - bijvoorbeeld een door de raad vastgesteld bestemmingsplan - met het nieuwe Beleidskader zal omgaan. Het lijkt mij niet onredelijk om van de vooronderstelling en daarmee van het vertrouwen uit te gaan dat de betreffende bewindspersoon zich serieus aan dit Beleidskader zal houden en daar niet voortdurend (ongemotiveerd) van zal afwijken. Mocht dat laatste toch het geval blijken te zijn, dan hebben degenen die pleiten voor handhaving van de RA en de introductie van een specifiek interventie-instrument in de nieuwe Omgevingswet, natuurlijk een heel sterk punt. Vooral snog heb ik echter geen aanwijzingen dat het Beleidskader niet serieus genomen zou worden. In de punten 2 t/m 5 van mijn noot bij een Afdelingsuitspraak van 9 oktober 2013 heb ik een casus besproken waarin de minister van I en M geweigerd heeft de vernietiging te bevorderen van enkele onderdelen van een door de raad van de gemeente Zoeterwoude vastgesteld bestemmingsplan, alsmede enkele onderdelen van een door B&W van die gemeente vastgesteld uitwerkingsplan.<sup>5</sup> GS hadden deze planonderdelen ter schorsing en vernietiging ingezonden. Mijn conclusie was dat het standpunt van de minister juist was en dat gehandeld is conform het Beleidskader schorsing en vernietiging.

'Gevangen in het frame van het IBT', aldus de Gazendam c.s. Ik zou daarbij over het hoofd zien dat de werkelijkheid vaak weerbarstiger is en zich niet altijd gedraagt zoals gedacht op de tekentafel van de wetgever.

Waar ik voor pleit is dat wanneer de wetgever nog maar net (1 oktober 2012) een bepaalde systeemkeuze gemaakt heeft - namelijk het zoveel mogelijk vervangen van specifiek toezicht door generiek toezicht - er bij het opstellen van nieuwe wetgeving ook van deze systeemkeuze wordt uitgegaan. Dat het gerevitaliseerde schorsings- en vernietigingsrecht niet ook adequaat in het ruimtelijk bestuursrecht (omgevingsrecht) zou kunnen werken, kan op dit moment in ieder geval niet met feiten worden onderbouwd. Zolang dat niet het geval is pleit ik er voor om in de Omgevingswet geen specifieke interventie-instrumenten op te nemen maar te vol-

4 'Waarom aanwijzingen van Rijk en provincies op grond van de Wro tot het interbestuurlijk toezicht horen en waarom de reactieve aanwijzing kan worden gemist in de nieuwe Omgevingswet', TO 2013, afl. 1, p. 12.

5 ABRvS 9 oktober 2013, TBR 2013/165 (Reactieve aanwijzing Lansingerland).

staan met de generieke toezichtinstrumenten. Dat heeft volgens mij niet zoveel met gevangenschap te maken maar wel alles met een pleidooi voor een zo consequent mogelijke toepassing van een gemaakte systeemkeuze!

#### *Reactie ad e*

De verbazing van auteurs begrijp ik eerlijk gezegd niet want ik heb er alleen maar voor gepleit dat door PS op grond van artikel 4.1 lid 1 Wro vast te stellen algemene regels objectief begrensd moeten zijn. Ik heb er daarbij op gewezen dat het hierbij niet alleen hoeft te gaan om kwantitatieve begrenzingen (harde planologische normen zoals hoogte- en oppervlaktenormen) maar dat kwalitatieve begrenzingen (beschrijvend geformuleerde kwaliteiten die bij nadere besluitvorming in acht moeten worden genomen) even goed mogelijk zijn.<sup>6</sup> Ik heb daarbij ook een vergelijking getrokken met in een bestemmingsplan opgenomen uitwerkings- en/of wijzigingsregels die objectief begrensd moeten zijn. Dat heeft niets te maken met het dichttimmeren van een regeling en/

of gedetailleerde normstelling, maar alles met het vergroten van de voorspelbaarheid waardoor de rechtszekerheid wordt vergroot. Op bestemmingsplanniveau hebben we al sinds de jaren 80 ervaring met objectieve begrenzingen die kwalitatief geformuleerd zijn en die in de jurisprudentie - eerst van de Kroon en vanaf 1994 van de ABRvS - geaccepteerd worden. In mijn proefschrift uit 1994 heb ik deze ontwikkeling uitvoerig beschreven en geanalyseerd.<sup>7</sup> Niet valt in te zien waarom algemene regels in een provinciale ruimtelijke verordening niet ook objectief begrensd zouden moeten zijn, gelet op de grote betekenis van het rechtszekerheidsbeginsel. Juist vage en multi-interpretabele normen zoals die nu nog al eens voorkomen in provinciale ruimtelijke verordeningen, zijn dikwijls een bron van jurisdisering omdat zij voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Tegen objectieve begrenzingen van algemene regels in een provinciale ruimtelijke ordening zeg ik dus volmondig ja, tegen het dichttimmeren van dergelijke regels zeg ik een even volmondig nee. Maar zij hebben niets met elkaar te maken!

6 Zie hierover ook mijn noot bij ABRvS 13 maart 2013, *TBR 2013/146 (Weigering ontheffing Verordening ruimte Noord-Brabant 2011 t.b.v. nieuwvestiging intensieve veehouderij Sint Anthonis)* en ABRvS 4 september 2013, *TBR 2013/147 (Weigering ontheffing Verordening ruimte Noord-Brabant 2011 t.b.v. uitbreiding intensieve veehouderij Landerd)*.

7 H.J. de Vries, 'De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid', diss. Utrecht 1994, Deventer: Kluwer, p. 47-53.