



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nog meer onvrede en onbehagen in de ruimtelijke ordening?!

Kegge, R.

Citation

Kegge, R. (2023). Nog meer onvrede en onbehagen in de ruimtelijke ordening?!. *Vastgoedrecht*, 2023(2), 56-61. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3704698>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3704698>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nog meer onvrede en onbehagen in de ruimtelijke ordening?!



In dit artikel blikt de auteur terug op de verhouding tussen de provincie en de gemeente onder de Wet ruimtelijke ordening (Wro). De sturende en toezichthoudende rol van de provincie op de gemeentelijke ruimtelijke ordening is als gevolg van de nieuwe sturingsfilosofie flink gewijzigd. Met deze sturingsfilosofie is een nieuwe invulling gegeven aan het adagium 'decentraal tenzij'. De gewijzigde rolverdeling heeft de afgelopen jaren vaak geleid tot onvrede en onbehagen bij met name gemeenten. De interbestuurlijke conflicten tussen de gemeente Den Haag en de provincie Zuid-Holland over de bouw van een Decathlon en tussen de gemeente Zeewolde en het Rijk over de bouw van een hyperscale datacenter zijn daarvoor exemplarisch.¹ In dit artikel staat de vraag centraal waar die onvrede en dat onbehagen vandaan komen. Tevens blikt de auteur vooruit op de Omgevingswet en hij voorspelt dat deze wet voer is voor nog meer onvrede en onbehagen tussen de gemeente en de provincie.

1. Inleiding

In zijn artikel '100 jaar onvrede en onbehagen' blikt Jan Struiksma terug op het spanningsveld tussen de bestaande en vaak gedetailleerde bestemmingsplannen en de wens om te komen tot globalere en flexibelere plannen.² Hij begon zijn inleiding met de opmerking dat de datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet ten tijde van het schrijven was bepaald op 1 juli 2022, maar dat hierbij vraagtekens konden worden gezet. Bij het schrijven van dit artikel is de datum van inwerkingtreding na het zoveelste uitstel bepaald op 1 januari 2024.³ Of de Omgevingswet daadwerkelijk op dat moment in werking zal treden, blijft ook nu onzeker.⁴ Zo komen wij echter niet aan te-

rugblikken toe, zoals Struiksma al opmerkte, en dat is wat de redactie wel aan mij heeft gevraagd.

Mijn terugblik beperkt zich tot de rol van de provincie bij het gemeentelijke bestemmingsplan onder de Wro. Daarbij maak ik een onderscheid tussen positief toezicht door middel van sturing voorafgaand aan de vaststelling van een bestemmingsplan en negatief toezicht door middel van instrumenten die na de vaststelling kunnen worden aangewend en de inwerkingtreding van het plan voorkomen. Hierna wordt met toezicht negatief toezicht bedoeld en met sturing positief toezicht. Eerst ga ik in op het onderscheid tussen autonomie en medebewind om te bepalen welke mate van provinciale sturing en toezicht in de ruimtelijke ordening is toegestaan. Vervolgens beschrijf ik de nieuwe sturingsfilosofie onder de Wro en het provinciaal belang als voorwaarde voor de inzet van provinciale instrumenten. Daarna volgt een vooruitblik op de Omgevingswet en daarbij ga ik in op het subsidiariteitsvereiste en het beginsel van de minst belastende interventie. Ik sluit af met enkele conclusies.

2. Autonomie of medebewind

Om de verhouding tussen de provincie en de gemeente goed te kunnen duiden, is het noodzakelijk om vast te stellen welke bevoegdheden aan de bestuursorganen van deze bestuurslagen zijn toegekend. Daarbij is het onderscheid tussen medebewind en autonomie van belang.⁵ Waar bij autonome bevoegdheden sturing en toezicht alleen aan de orde is bij grove taakverwaarlozing, bestaan bij medebewindsbevoegdheden veel ruimere mogelijkheden voor sturing en toezicht.⁶ Een veelgehoord misverstand is dat in de ruimtelijke ordening sprake zou zijn van gemeentelijke autonomie.⁷ Wat daarbij verwarrend kan werken, is het feit dat het Europees Handvest inzake lokale autonomie van de Raad van Europa onder autonomie juist ook medebewind verstaat.⁸ Het Europese begrip 'autonomie' komt dus niet overeen met het nationale begrip 'autonomie'. Van autonomie als bedoeld in arti-

* Mr. dr. R. Kegge is universitair docent bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en is gespecialiseerd in het omgevingsrecht.

1. D. Korsse, 'Instructieregels en een goede ruimtelijke ordening, een illustratie aan de hand van de Decathlon-casus', *TBR* 2017/74 en A. Leeuw, 'Weinig opties om onder datacenter Zeewolde uit te komen', *Binnenlands Bestuur* 18 juni 2022.
2. J. Struiksma, '100 jaar onvrede en onbehagen', *VGR* 2021, afl. 6, p. 165-169.
3. Voortgangsbrief implementatie Omgevingswet van 26 januari 2023 van de Minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening, *Kamerstukken I* 2022/23, 33118, EK.
4. Artikel 23.10 Omgevingswet.
5. Zie artikel 124 Grondwet.
6. Zie artikel 132 lid 5 Grondwet.
7. Zie ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331, *Gst.* 2018/15, m.nt. W.P. Adriaanse en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2316, *BR* 2017/99, m.nt. H. Zeilmaker (*Omgevingsvergunningen windturbines Amsterdam*).
8. Artikel 3 en 4 van het Handvest. Zie ook I. van Haaren-Dresens, 'De Europese dimensie van interbestuurlijk toezicht: IBT in relatie tot het Europese Handvest inzake lokale autonomie', in: *Interbestuurlijk toezicht*, Staatsrechtconferentie 2011, Publikaties van de Staatsrechtkring, p. 201-221.

kel 124 lid 1 Grondwet is in de ruimtelijke ordening geen sprake, aangezien de gemeentelijke bevoegdheden op grond van de Wro en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) zogenoemd vrij medebewind betreffen.⁹ Zo vordert artikel 3.1 lid 1 Wro dat een gemeenteraad voor het hele grondgebied van de gemeente één of meer bestemmingsplannen vaststelt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Gevorderd bij wet dus en door de open norm van een goede ruimtelijke ordening een vorm van vrij medebewind. De gemeenteraad is immers beslissingsruimte toegekend bij de invulling van een goede ruimtelijke ordening. Op die invulling is sturing en toezicht door de provincie mogelijk vanwege de gedeelde verantwoordelijkheid voor een goede ruimtelijke ordening tussen onder meer de provincie en de gemeente. Vrij medebewind betekent natuurlijk niet dat de provincie zonder enige beperking gebruik mag maken van haar bevoegdheden en zich in detail met ieder gemeentelijk plan mag bemoeien. Bij medebewindsbevoegdheden hebben hogere overheden weliswaar meer mogelijkheden voor sturing en toezicht dan bij autonome bevoegdheden, maar deze sturing en dat toezicht zijn gebonden aan de voorwaarden die hieraan zijn gesteld bij wet. Die voorwaarden bepalen dus of en in welke mate sturing en toezicht mogelijk is en welke ruimte er resteert voor de gemeente. In de Wro zijn de bevoegdheden van de provincie steeds gekoppeld aan het begrip 'provinciaal belang'. Zo mogen provinciale staten een provinciaal inpassingsplan alleen vaststellen als sprake is van een provinciaal belang en mogen zij instructieregels alleen vaststellen als provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken.¹⁰ Dat brengt mij bij de volgende paragraaf.

3. Een nieuwe sturingsfilosofie

Bij de invoering van de Wro in 2008 werd afscheid genomen van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO), die sinds 1965 had gegolden. De belangrijkste wijziging in de verhouding tussen de provincie en de gemeente was de afschaffing van de verplichte provinciale goedkeuring van onder meer gemeentelijke bestemmingsplannen. Ieder bestemmingsplan, ongeacht aard en omvang, moest op grond van artikel 28 WRO door het college van gedeputeerde staten goedgekeurd worden voordat dit plan in werking kon treden. Het college van gedeputeerde staten kon goedkeuring onthouden als daartoe ingebrachte bedenkingen aanleiding gaven of wegens strijd met een goede ruimtelijke ordening. Het college toetste daarbij

aan het provinciale ruimtelijke beleid en moest een belangenafweging maken met inachtneming van enerzijds dat beleid en anderzijds de beleidsruimte van de gemeenteraad bij de vaststelling van een plan. Het provinciale ruimtelijke beleid was voornamelijk terug te vinden in het streekplan en dat had een belangrijke toetsingsfunctie voor het college van gedeputeerde staten bij de goedkeuring van plannen.¹¹ Zolang de belangenafweging van de gemeenteraad niet onevenredig was en er geen bovengemeentelijke belangen aan de orde waren, was het echter niet aan het college om zijn eigen belangenafweging in de plaats te stellen van die van de raad en om goedkeuring te onthouden aan het gemeentelijke plan.¹² Volgens De Gier leidde deze vorm van toezicht tot een soort voorgd-pupil-relatie tussen de provincie en de gemeente.¹³

Aan de Wro is echter een nieuwe sturingsfilosofie ten grondslag gelegd die een einde maakte aan het provinciale goedkeuringsvereiste en de voorgd-pupil-relatie.¹⁴ Deze sturingsfilosofie steunt op twee uitgangspunten, te weten het uitgangspunt dat ruimtelijke ordening zoveel mogelijk decentraal en op het niveau van de gemeente moet worden geregeld en het uitgangspunt dat interbestuurlijk toezicht van de provincie op de gemeentelijke besluitvorming vooraf plaatsvindt in plaats van achteraf.¹⁵ Dat betekende dat de nadruk kwam te liggen op voorafgaande bindende normstelling door middel van het stellen van provinciale instructieregels, die gemeenten bij het nemen van ruimtelijke besluiten in acht moeten nemen. Een verschuiving van negatief toezicht naar positief toezicht dus. Bij de totstandkoming van de Wro was het aanvankelijk zelfs de bedoeling om te volstaan met sturing door middel van instructieregels en niet te voorzien in een toezichtinstrument om achteraf in te kunnen grijpen in gemeentelijke besluiten, maar al snel werd duidelijk dat een dergelijk instrument wel noodzakelijk was.¹⁶ Dat instrument is de reactieve aanwijzing geworden.¹⁷ Bij de invoering van de reactieve aanwijzing werd dit instrument als een ultimum remedium gezien dat door de provincie zeer terughoudend zou moeten worden ingezet en dus niet vergelijkbaar zou zijn met het structurele toezicht door middel van een verplichte vorm van voorafgaande goedkeuring.¹⁸ Zowel de bevoegdheid tot het stellen van instructieregels als de bevoegdheid tot het geven van een reactieve aanwijzing werden gekoppeld aan de vereisten dat nationale of provinciale belangen de inzet van deze bevoegdheden noodzakelijk moeten maken met het oog op een goede

9. Zie M.A.D.W. de Jong & J.L.W. Broeksteeg, 'De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving', *Gst.* 2020/144.

10. Artikel 3.26 lid 1 en artikel 4.1 lid 1 Wro.

11. A.A.J. de Gier, 'Waar zouden wij zijn zonder het streekplan?', *TBR* 2001/737.

12. ABRvS 6 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8753, *BR* 2005/790, m.nt. H.J. de Vries.

13. A.A.J. de Gier, 'Het decentralisatiebeginsel als mantra in het ruimtelijk bestuursrecht', *TBR* 2012/66.

14. J.A.W. Scholten-Hinloopen, 'Een nieuwe sturingsfilosofie in de ruimtelijke ordening: vooraf sturen... of toch maar niet?', in: *Goed Verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht* (Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.J.J. van Buuren ter gelegenheid van diens afscheid als hoogleraar bestuursrecht in het bijzonder ruimtelijk bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 2011, p. 491-499.

15. D. Korsse, *Ruimtelijke ordening op niveau, een juridisch onderzoek naar provinciale en nationale instructieregels op grond van hoofdstuk 4 van de Wro*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2014, p. 57-69.

16. R. Kegge, *Interbestuurlijk toezicht in de ruimtelijke ordening, een juridisch onderzoek naar het nut en de noodzaak van de reactieve aanwijzing als toezichtinstrument in de ruimtelijke ordening*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2015, p. 84-86.

17. Artikel 3.8 lid 4 en 6 Wro.

18. *Kamerstukken I* 2007/08, 30938, C, p. 19.

ruimtelijke ordening. Als gevolg van de koppeling van bevoegdheden aan deze vage open begrippen is in de Wro sprake van een open verantwoordelijkheidsverdeling, die regelmatig tot onvrede en zelfs tot interbestuurlijke conflicten leidt.¹⁹ Die interbestuurlijke conflicten gaan over allerlei onderwerpen, zoals bijvoorbeeld de locaties voor windmolens, perifere detailhandel, hyperscale datacenters, geitenhouderijen en nieuwe kantorenlocaties en laten zien dat er veel discussie mogelijk is over de vraag wanneer sprake is van een provinciaal belang dat sturing en toezicht rechtvaardigt. Dat brengt mij bij het provinciaal belang als norm ter afbakening van provinciale bevoegdheden.

4. Het provinciaal belang

Bij de totstandkoming van de Wro heeft de wetgever nadrukkelijk stilgestaan bij de vraag of het provinciaal belang als vereiste voor de uitoefening van provinciale bevoegdheden een voldoende duidelijke norm is. Daarbij wordt aangegeven dat de WRO ook al open begrippen, zoals nationaal en provinciaal belang kende. Daarnaast wordt erop gewezen dat de begrippen in de tijd aan verandering onderhevig zijn geweest en het politieke, sociaal-economische en maatschappelijke opvattingen zijn die op enig moment bepalen of de behartiging van een bepaald belang op het gemeentelijke, provinciale of rijksniveau dient te geschieden of op welk van die drie niveaus een maatschappelijke opgave het meest adequaat kan of moet worden aangepakt.²⁰ Op de vraag of het nationaal of provinciaal belang niet verder kon worden gespecificeerd antwoordde de wetgever dat een dergelijke verfijning zou leiden tot een cumulatie van subnormen die op het punt van rechtszekerheid geen meerwaarde zouden hebben, de wet zouden compliceren en zouden kunnen leiden tot juridische discussies.²¹ Er is dus heel bewust gekozen voor het provinciaal belang als open norm, die het provinciebestuur veel beslissingsruimte geeft. De Afdeling heeft in dit verband geoordeeld dat de gemeentelijke, provinciale en nationale belangen elkaar kunnen overlappen en geen exclusief karakter hebben.²² Van een provinciaal belang is volgens de Afdeling sprake als aan een belang bovengemeentelijke aspecten kleven, hetgeen vanwege de beoordelingsruimte van de provincie bij de invulling van dit begrip terughoudend wordt getoetst.²³ Die terughoudende toets van het provinciale belang is, gelet op de bewust toegekende beslissingsruimte, goed verklaarbaar. Op de mate van terughoudendheid is in de literatuur echter veel kritiek geweest. Zo stelde Teunissen zelfs dat het vereiste van het provinciaal belang niet of nauwelijks onderscheidend vermogen heeft en dat daar-

mee in strijd met artikel 124 Grondwet in feite blanco bevoegdheden aan de provincie werden gegeven.²⁴ Met Korsse ben ik van mening dat dit niet het geval is, maar dat wel kan worden geconcludeerd dat het provinciaal belang een betrekkelijk lage drempel is gebleken voor het vaststellen van provinciale instructieregels en het geven van reactieve aanwijzingen.²⁵

In het kader van het provinciaal belang is verder van belang dat van de beoogde strikte scheiding tussen beleid en bindende normstelling, die aan de Wro ten grondslag ligt, uiteindelijk vrij weinig terecht is gekomen.²⁶ In de memorie van toelichting bij de Wro staat dat Rijk en provincies bij de vaststelling van hun strategische beleid steeds moeten afwegen welke onderdelen van de door hen voorgestane ruimtelijke ontwikkelingen zo belangrijk zijn dat deze ook in acht moeten worden genomen bij de ruimtelijke besluiten van andere overheden.²⁷ Een element bij de afweging is volgens de wetgever de vraag of verantwoordelijkheid voor de beleidsonderdelen daadwerkelijk op nationaal of provinciaal niveau thuishoort en of het noodzakelijk is om dat beleid te verankeren in juridisch bindende normen. Dit dwingt tot selectiviteit, aldus de memorie van toelichting. Er was dus een duidelijk verschil in rechtsgevolg voorzien bij de keuze om beleid vast te leggen in een provinciale structuurvisie, die niet bindend is voor gemeenten, of het vaststellen van bindende nationale of provinciale instructieregels. De Afdeling oordeelde echter dat de bevoegdheid om een reactieve aanwijzing te geven niet is beperkt tot de gevallen waarin provinciale instructieregels zijn vastgesteld dan wel in ontwerp aanwezig zijn en dat ook in andere gevallen een provinciaal ruimtelijk relevant belang het geven van een reactieve aanwijzing noodzakelijk kan maken.²⁸ Dat betekende dat ook op basis van provinciaal beleid dat niet is omgezet in bindende instructieregels kan worden ingegrepen in gemeentelijke ruimtelijke besluiten. De door de Afdeling gekozen lijn is goed te verdedigen, voor zover het onvoorzienbare situaties betreft, aangezien het niet van provinciale staten verwacht kan worden dat zij over iedere mogelijk denkbare ruimtelijke ontwikkeling instructieregels vaststellen. Dat zou immers leiden tot een stortvloed van wellicht onnodige instructieregels. Indien het echter duidelijk voorzienbare situaties betreft waarin door het provinciebestuur bewust een keuze is gemaakt tussen beleid of bindende normstelling, is de gekozen lijn van de Afdeling minder goed verklaarbaar. Bovendien staat deze jurisprudentie op gespannen voet met de uitspraak *Hotel Gronsveld*, waarin de Afdeling oordeelde dat een gemeenteraad bij de vaststelling van een bestemmingsplan

19. Korsse 2014, p. 235.

20. *Kamerstukken I* 2005/06, 28916, C, p. 3.

21. *Kamerstukken I* 2005/06, 28916, C, p. 5.

22. ABRvS 21 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM1799, AB 2010/149, m.nt. A.A.J. de Gier (*Inpassingsplan Overdiepe polder*).

23. ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1178, AB 2010/298, m.nt. A.A.J. de Gier en ABRvS 4 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2233, AB 2018/342, m.nt. R. Kegge (*Reactieve aanwijzing Gemert-Bakel*).

24. J.M.H.F. Teunissen, 'Nieuw omgevingsrecht: lokale autonomie in geding', *Gst.* 2007/38.

25. D. Korsse, 'Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet', *Gst.* 2016/62.

26. H.J. de Vries, 'Canon van het bouwrecht: de Wro. De sturingsfilosofie van de Wet ruimtelijke ordening en de niet geslaagde poging tot scheiding tussen beleid en normstelling: wat betekent dat voor de omgevingsvisie onder de Omgevingswet?', *TBR* 2017/191.

27. *Kamerstukken II* 2002/03, 28916, nr. 3, p. 42.

28. ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9621, AB 2011/347, m.nt. A.A.J. de Gier en ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1887, *TBR* 2017/144, m.nt. H.J. de Vries.

niet is gebonden aan provinciaal beleid (en daarop gebaseerde bestuurlijke afspraken) en dat een verdergaande juridische binding slechts kan worden bereikt door het stellen van instructieregels als bedoeld in artikel 4.1 lid 1 Wro.²⁹

Hebben de geringe afbakenende werking van het provinciaal belang en het mislukte uitgangspunt van een strikte scheiding tussen beleid en bindende normstelling geleid tot een mate van provinciale sturing en toezicht die niet past bij de sturingsfilosofie? Dat valt te bezien. Het aantal gegeven reactieve aanwijzingen is immers zeer beperkt gebleven.³⁰ De invloed van de provincie heeft zich vooral beperkt tot sturing vooraf door middel van het stellen van bindende instructieregels. Dat past juist naadloos bij de sturingsfilosofie van de Wro. Over de aard van provinciale instructieregels en de mate waarin provincies instructieregels stellen, bestaat echter wel veel onvrede en onbehagen. Korsse geeft terecht aan dat de weinig beperkte bevoegdheid tot het stellen van instructieregels op gespannen voet kan staan met het decentralisatiestreven in de ruimtelijke ordening als hier veelvuldig gebruik van wordt gemaakt.³¹ Koolen stelt zich in dit verband de vraag of provincies hun hand niet overspelen.³² Of dat echt zo is, is afhankelijk van welke bevoegdheden aan de provincie zijn toegekend en aan welke voorwaarden die zijn verbonden. Op grond van de huidige bevoegdheden in de Wro kan niet worden gesteld dat de provincies hun hand overspelen. De bevoegdheid tot het stellen van instructieregels is immers een ruime bevoegdheid die door het vereiste van het provinciaal belang niet wezenlijk wordt beperkt. De instructieregel is verreweg het belangrijkste instrument geworden om provinciale belangen te waarborgen en sturing te geven aan gemeenten.³³ Alle provincies beschikken inmiddels over omvangrijke ruimtelijke verordeningen met instructieregels. Daarin wordt een groot scala aan ruimtelijke onderwerpen gereguleerd, zoals bijvoorbeeld nieuwe bedrijventerreinen, perifere detailhandel, glastuinbouw, veehouderij, waterwingebieden en provinciale natuurgebieden. Veelal onderwerpen waarbij vrij evident is dat er sprake is van een provinciaal en ruimtelijk relevant belang om regels te stellen.

Dat ligt echter anders bij instructieregels, die zeer open normen als 'ruimtelijke kwaliteit' hanteren die naar hun aard weinig sturing geven en slechts zeer algemene kwaliteitseisen stellen aan bestemmingsplannen.³⁴ Dergelijke

regels hebben voor de provincie weliswaar een handige vangnetfunctie om mogelijk onvoorziene ruimtelijke ontwikkelingen te voorkomen, maar beperken ook de beoordelingsruimte van gemeenten aanzienlijk en maken provinciale sturing en toezicht minder voorspelbaar. De Afdeling was aanvankelijk kritisch en oordeelde dat de provinciale zorgplicht voor ruimtelijke kwaliteit in de Brabantse ruimtelijke verordening zodanig algemeen was dat daaruit geen concrete norm voor de maximale inhoud van burgerwoningen in het buitengebied kon worden afgeleid en dat deze zorgplicht slechts een motiveringsplicht voor de gemeenteraad kan inhouden.³⁵ In latere jurisprudentie neemt de Afdeling echter duidelijk gas terug en overweegt zij dat het bij dergelijke provinciale zorgplichten voor ruimtelijke kwaliteit of open normen voor zorgvuldig ruimtegebruik aan gemeenten is om hier in het concrete geval invulling aan te geven en het college van gedeputeerde staten bij het geven van een aanwijzing aannemelijk moet maken dat de gemeente de grenzen van haar beoordelingsruimte heeft overschreden.³⁶ Opvallend is dat als een reactieve aanwijzing is gebaseerd op een relatief vage instructieregel en het college er niet in slaagt om aannemelijk te maken dat de gemeenteraad heeft gekozen voor een onredelijke invulling van die instructieregel in het concrete geval, de Afdeling er bovendien voor kiest om de aanwijzing te vernietigen wegens strijd met het noodzakere van artikel 3.8 lid 6 Wro.³⁷ De vage instructieregel blijft dus steeds ongemoed. Bij mijn weten heeft de Afdeling provinciale instructieregels die vage open normen bevatten, zoals een generieke zorgplicht voor ruimtelijke kwaliteit of algemene kwaliteitseis, namelijk nog nooit wegens strijd met de rechtszekerheid of artikel 4.1 lid 1 Wro buiten toepassing gelaten of onverbindend verklaard.³⁸

5. Veranderingen in de Omgevingswet

Aan de Omgevingswet ligt dezelfde sturingsfilosofie ten grondslag als aan de Wro.³⁹ Er is geen andere bestuurlijke taakverdeling beoogd en er wordt nog steeds uitgegaan van complementaire belangen in vrij medebewind, waarbij 'decentraal tenzij' als uitgangspunt blijft gelden.⁴⁰ In zoverre is er weinig nieuws onder de zon. Toch zijn er opvallende veranderingen met de huidige Wro, die moeten leiden tot meer bestuurlijke afwegingsruimte voor gemeenten en minder en voorspelbaarder provinciale sturing en toezicht.⁴¹ Groothuijse, Landman en Nehmelman spreken

29. ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9573. Zie ook A.G.A. Nijmeijer, 'Nationale ruimtelijke ordening en Hotel Gronsveld', *TBR* 2022/101.

30. Kegge 2015, p. 134-134. Een kort onderzoekje op raadvanstate.nl laat na 2015 geen wezenlijk ander beeld zien. Slechts een zeer klein percentage van de vastgestelde plannen wordt geraakt door een reactieve aanwijzing.

31. D. Korsse, 'De instructieregelbevoegdheid in de Omgevingswet', *TBR* 2014/165.

32. H. Koolen, 'Instructieregels in de provinciale verordening: overspelen de provincies hun ruimtelijke ordeningshand?', *TBR* 2015/109.

33. Planbureau voor de Leefomgeving, *Ex-durante evaluatie Wet ruimtelijke ordening*, tweede rapportage, 2012, p. 76.

34. Planbureau voor de Leefomgeving, *Ex-durante evaluatie Wet ruimtelijke ordening*, tweede rapportage, 2012, p. 85-87.

35. ABRvS 18 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU5400, r.o. 2.62.2.

36. ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:602 en ABRvS 10 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4437.

37. ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2480.

38. Wel om andere redenen uiteraard. Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

39. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 72-75.

40. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 49.

41. Zie onder meer het Afsprakenkader tussen de VNG en het Ministerie van I en M over de stelselherziening van het omgevingsrecht van 15 februari 2013 en het Afsprakenkader tussen het IPO en het Ministerie van I en M van 6 juni 2013.

zelfs van constitutionele aardverschuivingen.⁴² Dat is misschien wat sterk verwoord, maar in het kader van sturing en toezicht vallen drie veranderingen in ieder geval op.

Ten eerste de verandering dat een aantal onderwerpen dat verband houdt met de fysieke leefomgeving en nu in autonome verordeningen is geregeld straks in het omgevingsplan moet worden opgenomen.⁴³ Dit roept de vraag op of daarmee sprake is van een verschuiving van autonomie naar medebewind. Teunissen stelt dat hier inderdaad sprake van is en acht dit zelfs in strijd met artikel 124 lid 1 Grondwet.⁴⁴ De Graaf stelt daarentegen dat sprake blijft van autonomie, omdat de gemeenteraad nog steeds zelf het initiatief heeft om over deze onderwerpen regels te stellen en daarvan de inhoud te bepalen.⁴⁵ Hij wees er daarbij op dat in de Omgevingswet een onderscheid was gemaakt tussen de regels in het omgevingsplan op grond van artikel 4.1 en de regels op grond van artikel 4.2, die moeten strekken tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en dat de bevoegdheid tot het stellen van nationale en provinciale instructieregels op grond van artikel 2.23 en 2.25 is beperkt tot die laatste categorie van regels. Dat was destijds een juiste constatering. Bij de Invoeringswet Omgevingswet is dat onderscheid echter komen te vervallen en als gevolg daarvan moet artikel 4.2 Omgevingswet niet meer worden beschouwd als een afzonderlijke grondslag om regels in een omgevingsplan te stellen, maar als een taak waar het omgevingsplan voor moet zorgen.⁴⁶ Het onderscheid is logischerwijs dus ook komen te vervallen bij de bevoegdheid tot het stellen van nationale en provinciale instructieregels en deze regels kunnen nu worden gesteld ten aanzien van alle onderdelen van een omgevingsplan. In zoverre is er volgens mij wel een beperkte verschuiving van autonomie naar medebewind. Artikel 2.4 Omgevingswet vordert immers dat de gemeenteraad voor het gehele grondgebied van de gemeente één omgevingsplan vaststelt waarin regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen en artikel 2.7 verplicht ertoe om bepaalde regels uit autonome verordeningen in dit plan op te nemen. De ruimere reikwijdte van het omgevingsplan maakt daarmee ook meer provinciale sturing en toezicht mogelijk, aangezien de provincie over het hele omgevingsplan instructieregels mag stellen en reactief mag interveniëren.

De tweede belangrijke verandering is dat de wetgever ervoor heeft gekozen om het zogenoemde subsidiariteitsvereiste wettelijk te verankeren in de Omgevingswet.⁴⁷

Dit moet ertoe leiden dat de provincie de beslissingsruimte van de gemeente zoveel mogelijk respecteert en zich terughoudend opstelt bij de aanwending van haar bevoegdheden, waardoor een scherpere afbakening zal ontstaan tussen gemeentelijke en nationale en provinciale belangen.⁴⁸ Korsse wijst er terecht op dat het subsidiariteitsvereiste echter zodanig ruim en onduidelijk is dat hier in juridische zin geen extra begrenzing van de uitoefening van bevoegdheden op rijks- en provinciaal niveau van uit zal gaan.⁴⁹ Dat is ook niet verwonderlijk, aangezien het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet een vrijwel letterlijke vertaling is van het in artikel 115 lid 2 Provinciewet en in artikel 117 lid 2 Gemeentewet neergelegde decentralisatiebeginsel. Daarover is in de parlementaire geschiedenis juist opgemerkt dat dit slechts een bestuurlijke instructienorm is, die geen waarborg kan bieden die via de rechter kan worden afgedwongen.⁵⁰ Het is dan ook niet te verwachten dat de wettelijke verankering van het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet de toetsing van het provinciaal belang door de bestuursrechter wettelijk zal veranderen.⁵¹

En de derde verandering is de introductie van het beginsel van de minst belastende interventie.⁵² Dit beginsel is bij amendement aan de Omgevingswet toegevoegd en moet worden beschouwd als een verdere uitwerking van het uitgangspunt 'decentraal, tenzij'.⁵³ Waar het subsidiariteitsvereiste ziet op de vraag *of* een bepaalde bevoegdheid door het Rijk of de provincie wordt aangewend, ziet het beginsel van de minst belastende interventie op de vraag *hoe* gebruik zal worden gemaakt van een aangewende bevoegdheid. De achterliggende gedachte is dat het Rijk en de provincie de beoordelingsruimte van de gemeente zoveel mogelijk respecteren. In de toelichting bij voormeld amendement staat als voorbeeld dat bij het vaststellen van instructieregels zoveel mogelijk moet worden gewerkt met open normen, zodat de gemeente zelf de mogelijkheid krijgt om hier invulling aan te geven. Hierbij past, gelet op paragraaf 4, wel een belangrijke kanttekening. Indien het college van gedeputeerde staten een reactief interventiebesluit neemt op basis van een instructieregel met open normen, zal de afwegingsruimte in eerste instantie bij het college liggen en niet bij het gemeentebestuur.⁵⁴ De bestuursrechter zal immers moeten beoordelen of het college van gedeputeerde staten terecht is overgegaan tot een reactieve interventie. Als een open norm in een provinciale instructieregel het gemeentebestuur beoordelingsruimte laat, zal het college van gedeputeerde staten in dat geval moeten beoordelen of het

42. F. Groothuijse, K. Landman & R. Nehmelman, 'Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?', *NJB* 2018/637.

43. Artikel 2.4 Omgevingswet en artikel 2.7 Omgevingswet, gelezen in samenhang met artikel 2.1 Omgevingsbesluit.

44. J.M.H.F. Teunissen, 'De Omgevingswet: (bijna-)afschaffing van de autonome verordeningbevoegdheid en andere redenen om deze wet niet in te voeren', *Gst.* 2020/154.

45. K.J. de Graaf, 'De Omgevingswet: subsidiariteit verankerd en gemeentelijke autonomie gehandhaafd?', *TvCR* 2015, afl. 1.

46. *Kamerstukken II* 2017/18, 34896, nr. 3, p. 58-59.

47. Artikel 2.3 lid 1 Omgevingswet.

48. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 75-78.

49. D. Korsse, 'Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet', *Gst.* 2016/62.

50. *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, nr. 10, p. 22.

51. Zie hierover ook J.S. Haakmeester, 'Het provinciaal belang in de Omgevingswet', *JM* 2021/89.

52. Zie artikel 2.2 lid 3 Omgevingswet.

53. *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, nr. 35.

54. Zie artikel 16.21 Omgevingswet.

gemeentebestuur binnen de grenzen van die ruimte is gebleven en als dat niet het geval is of een interventie noodzakelijk is. Die beoordeling toetst de bestuursrechter terughoudend. Hoe indringend die terughoudende toetsing is, hangt af van de mate van beoordelingsruimte in de instructieregel.⁵⁵ Het beginsel van de minst belastende interventie beoogt dus dat instructieregels zoveel mogelijk open normen bevatten, waardoor voor de gemeente zoveel mogelijk beslissingsruimte resteert. Daarmee ontstaat echter ook het risico dat instructieregels steeds vager worden en aan sturend vermogen zullen inboeten. Die vaagheid kan ook de beslissingsruimte van gemeenten juist flink gaan inperken en aanleiding geven tot interbestuurlijke conflicten bij interpretatieverschillen tussen de gemeente en de provincie.⁵⁶ Daarmee bedoel ik dat een gemeentebestuur bij een instructieregel met open normen een invulling zal kiezen die het redelijk en passend acht bij de lokale situatie, maar dat het provinciebestuur een andere invulling van de instructieregel beoogt. Als het college van gedeputeerde staten een interventiebesluit neemt en het gemeentebestuur daartegen beroep instelt, zal de bestuursrechter toetsen of het college een redelijke invulling heeft gegeven aan de instructieregel en niet of de gekozen invulling van het gemeentebestuur ook kan worden gezien als een redelijke invulling. Het interventiebesluit ligt immers ter beoordeling voor.

6. Conclusies

De verhoudingen tussen het Rijk, de provincie en de gemeente hebben onder de WRO en Wro vaak aanleiding gegeven tot onvrede en onbehagen. Die onvrede en dat onbehagen bestaan meestal aan de kant van de gemeenten. Daarbij speelt soms het hardnekkige misverstand dat de gemeentelijke autonomie wordt aangetast door nationale en provinciale sturing en toezicht. In de ruimtelijke ordening is namelijk geen sprake van autonomie, maar van vrij medebewind. In dat kader hebben zowel het Rijk als de provincie dan ook terecht sturings- en toezichtsbevoegdheden gekregen. In zoverre is de onvrede en het onbehagen bij gemeenten dan ook onterecht. Het provinciale toezicht bij bestemmingsplannen heeft zich ontwikkeld van structureel negatief toezicht door middel van goedkeuring onder de WRO naar een systeem onder de Wro waarbij de nadruk ligt op sturing vooraf door middel van instructieregels en waarbij interventie achteraf door middel van een reactieve aanwijzing de uitzondering is. Dit past binnen de sturingsfilosofie die aan de Wro ten grondslag ligt. Die sturingsfilosofie moet ervoor zorgen dat ruimtelijke ordening zoveel mogelijk decentraal wordt geregeld en met name gemeenten veel beslissingsruimte laat. In dat verband heeft de wetgever er in de Wro voor gekozen om nationale en provinciale bevoegdheden te koppelen aan het vereiste van een nationaal of provinciaal belang. Dat vereiste heeft echter geen of weinig afbakende werking gekregen. Met name over de aard van en de hoeveelheid provinciale instructieregels is vaak onvrede en onbehagen geuit. Soms is dat ten onrechte, omdat nu eenmaal sprake is van complementaire ruimtelijke belan-

gen tussen de provincie en de gemeente en bij de meeste provinciale instructieregels een duidelijk bovengemeentelijk belang aanwezig is dat de regel rechtvaardigt. Dat is echter niet het geval bij instructieregels met zeer vage open normen als zorgvuldig ruimtegebruik. Dergelijke instructieregels hebben de sturingsfilosofie onder de Wro zwaar onder druk gezet. Dergelijke beleidsachtige regels zijn niet geschikt om te functioneren als bindende instructieregels en maken provinciale sturing en toezicht onvoorspelbaar. Onder de Omgevingswet is de sturingsfilosofie van de Wro onverkort gehandhaafd en zijn de instrumenten vrijwel ongewijzigd gebleven. Wel wordt er gestreefd naar terughoudender en voorspelbaarder toezicht. Daarvoor zijn in de Omgevingswet het subsidiariteitsvereiste en het beginsel van de minst belastende interventie opgenomen. Deze bepalingen zullen waarschijnlijk echter niet gaan leiden tot terughoudender en voorspelbaarder toezicht. Het subsidiariteitsvereiste is namelijk niet meer dan een bestuurlijke instructienorm die niet kan worden afgedwongen. Het beginsel van de minst belastende interventie kan zelfs een averechtse werking hebben, aangezien dat provincies er juist toe aanzet om zoveel mogelijk vage instructieregels te stellen. Voer voor nog meer onvrede en onbehagen tussen de gemeente en de provincie dus.

55. ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965, AB 2019/255, m.nt. R. Kegge. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling dat een provinciale instructieregel richtlijnconform moest worden uitgelegd om te voldoen aan artikel 15 Dienstenrichtlijn. De beslissingsruimte kan dus worden beperkt door hoger recht, zoals een EU-richtlijn.

56. R. Kegge, 'Van provinciale bemoeizucht terug naar lokale autonomie?', *Gst.* 2017/80.