

Een lang maar onzeker bestaan

De gedaantewisselingen van het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening

Toon de Gier

1. Inleiding

Een bijdrage voor het liber amicorum van Peter van Buuren, die moet over iets nieuws gaan, of anders ten minste over iets dat al langer bestaat maar dat aan grote verandering onderhevig is. In elk geval moet er beweging in het onderwerp zijn, want in stilstaande zaken is Peter van Buuren als jurist niet geïnteresseerd.¹

Oude liefde roest niet, daarom heb ik de provinciale rol in de ruimtelijke ordening, en meer in het bijzonder het bestuursrechtelijke toezicht van de provincie, als onderwerp van deze bijdrage gekozen. Maar ten minste even belangrijk is dat dit onderwerp ook Peter van Buuren aan het hart gaat, getuige verschillende van zijn geschriften en voordrachten.²

Het gaat mij in deze bijdrage uiteindelijk om de vraag, welke functie het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening naar huidig recht heeft en wat zijn nabije toekomst mogelijk zal inhouden.

Ik start bij de historie. Het tweede onderdeel van mijn bijdrage gaat – summier – in op de bestuursrechtelijke geschiedenis van het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening, die ik gemakshalve laat beginnen bij de inwerkingtreding van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) in 1965.³ De Wet ruimtelijke ordening (Wro) van 2008 heeft grote veranderingen gebracht in de provinciale toezichtsrol en in het daarbij behorende instrumentarium, waarvan de achtergronden in dit onderdeel zullen worden beschreven. In het bijzonder de introductie van de zogenaamde ‘reactieve aanwijzing’ van gedeputeerde staten (GS), in artikel 3.8 lid 6 Wro, is hier in bestuursrechtelijk opzicht van belang.

Onduidelijkheden omtrent die reactieve-aanwijzingsbevoegdheid van GS hebben de Afdeling bestuursrechtspraak (ABRvS) genoopt tot het uitzetten van een koers in haar jurisprudentie, die in onderdeel 3. zal worden beschreven. Ik verwijs hier ook

1 Als mens overigens wel degelijk. Zo was ik, ter plaatse, getuige van Peters grote interesse in de overblijfselen van de Eerste Wereldoorlog, en als iets er stilletjes bijligt dan zijn het wel ‘the places of remembrance’ van die Grote Oorlog.

2 Zie, bijvoorbeeld, zijn Jaarrede als voorzitter van de Vereniging voor Bouwrecht op 25 november 2004: ‘De coördinerende taak van provincies en de nieuwe regels omtrent de ruimtelijke ordening’, *Bouwrecht* 2005, p. 87. Zie ook het laatste onderdeel van mijn bijdrage.

3 Wie nog wat verder terug wil kijken, vanaf het ontstaan van de Woningwet 1901, verwijs ik naar p. 7-21 van mijn proefschrift *De juridische betekenis van het streekplan*, W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

naar de bijdrage van mw. Scholten-Hinloopen in dit boek, die deze jurisprudentie eveneens behandelt.⁴

Een nieuwe, vooral staatsrechtelijke, ontwikkeling die voor deze bijdrage relevant is, is het voorstel van de Wet revitalisering generiek toezicht (Wrgt), dat recent door de regering aan de Tweede Kamer is aangeboden⁵ en waarop in onderdeel 4. zal worden ingegaan. Daarin staat de vraag centraal, hoe het provinciale toezicht in de (Wet) ruimtelijke ordening zich verhoudt tot de nieuwe inzichten neergelegd in dat wetsvoorstel. In de bijdrage van Henk de Vries⁶ aan dit liber amicorum wordt uitgebreid op het wetsvoorstel ingegaan. Ik zal in dit onderdeel dan ook op meerdere plaatsen naar de bijdrage van De Vries verwijzen.

Ik eindig mijn bijdrage met enkele afsluitende opmerkingen.

2. Wat vooraf ging

Samen met de waterstaatszorg is de ruimtelijke ordening altijd een kerntaak van de provincie geweest. De rol die het provinciebestuur daarin heeft vervuld is bovendien een klassieke: die van toezichthouder, wat betreft de waterstaatszorg op de waterschappen en wat de ruimtelijke ordening aangaat op de gemeenten. Waar het provinciale toezicht op de waterschappen in de recente Waterwet (2009) recht overeind is gebleven,⁷ is dat op de gemeentelijke ruimtelijke ordening in de Wro van 2008 echter sterk gewijzigd.

De goedkeuringsbevoegdheid met betrekking tot het bestemmingsplan (artikel 28 WRO) en die inzake de verklaring van geen bezwaar bij voorgenomen gemeentelijke vrijstellingsbesluiten (artikel 19 WRO) van GS zijn met de komst van de Wro vervallen. Deze beide bevoegdheden van preventief toezicht, aan te wenden in *reactie* op (voorgenomen) gemeentelijke besluiten, zijn in de Wro vervangen door andere toezichtsbevoegdheden die in de sleutel staan van het – in de wandelgangen, niet in de wettekst zo genoemde – *proactieve* toezicht. Het betreft dan de bevoegdheden tot vaststellen van een provinciaal inpassingsplan (artikel 3.26 Wro) van een provinciale ruimtelijke verordening (artikel 4.1 Wro) en tot het geven van een ‘proactieve’ aanwijzing (artikel 4.2 Wro).⁸ De twee eerstgenoemde bevoegdheden zijn toebedeeld aan provinciale staten (PS), de laatstgenoemde aan GS. Daaraan zou men de bevoegdheid (en deels verplichting) van PS tot de vaststelling van de provinciale structuurvisie (artikel 2.2 Wro) kunnen toevoegen, zij het dat deze planfiguur *indicatief* is en derhalve niet gebruikt kan worden als een bevoegdheid die een juridische binding van de gemeentebesturen genereert.⁹

4 Nanda Scholten-Hinloopen, *Een nieuwe sturingsfilosofie in de ruimtelijke ordening: vooraf sturen ... of toch maar niet?*

5 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 389, nr. 1-2.

6 Henk de Vries, *Interbestuurlijk toezicht in het omgevingsrecht: een zonnige toekomst voor twee klassieke toezichtsinstrumenten uit de negentiende eeuw?*

7 Zie daarvoor paragraaf 3 van hoofdstuk 3 van de Waterwet, *Stb.* 2009, 489.

8 De laatstgenoemde bevoegdheid is echter niet nieuw, want in hoofdtekken een voortzetting van de aanwijzingsbevoegdheid van GS zoals die geregeld was in artikel 37 leden 4 en 5 WRO.

9 Zie in dit verband ABRvS 27 oktober 2010, *AB* 2010/335.

In plaats van de vereiste provinciale toestemming *achteraf* van (voor)genomen gemeentelijke planologische besluiten behelst het (sinds 2008) nieuwe provinciale toezicht in de Wro vooral een sturing *vooraf* van de door de gemeente te nemen besluiten.¹⁰

Daarbij past echter een belangrijke correctie, die verband houdt met het feit dat de wetgever in de Wro op twee gedachten hinkt. Tegelijk met de introductie van de proactieve (toezichts)bevoegdheden blijft immers een belangrijk onderdeel van de klassieke preventieve toezichtsbevoegdheid, in de vorm van de zogeheten¹¹ reactieve aanwijzing in artikel 3.8 lid 6 Wro, behouden. Met deze bevoegdheid kunnen GS, onder in de wet bepaalde voorwaarden, voorkomen dat een hen onwelgevallig (deel van het) bestemmingsplan, zoals dat door de gemeenteraad is vastgesteld, in werking treedt.¹² In wezen betreft het hier een relic van de bevoegdheid tot *onthouding* van goedkeuring in (artikel 28 van) de WRO.

Voor de duidelijkheid citeer ik de in artikel 3.8 lid 6 Wro, in enigszins moeizame bewoordingen, neergelegde essentiële voorwaarden voor de aanwending van de reactieve-aanwijzingsbevoegdheid:

“Indien aan de in het vierde lid bedoelde voorwaarden is voldaan (i.e. de indiening van een zienswijze door GS of de minister tegen het ontwerp van het bestemmingsplan dan wel de gewijzigde vaststelling van het bestemmingsplan door de gemeenteraad, dG) kunnen gedeputeerde staten onderscheidenlijk Onze Minister, onverminderd andere aan hen toekomende bevoegdheden, binnen de in dat lid genoemde termijn met betrekking tot het desbetreffende onderdeel van het vastgestelde bestemmingsplan aan de gemeenteraad een aanwijzing als bedoeld in artikel 4.2, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 4.4, eerste lid, onder a, geven, ertoe strekkende dat dat onderdeel geen deel blijft uitmaken van het bestemmingsplan, zoals het is vastgesteld. (...) Gedeputeerde staten onderscheidenlijk Onze Minister vermelden in de redengeving de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, omstandigheden en overwegingen die de provincie onderscheidenlijk het Rijk beletten het betrokken provinciaal onderscheidenlijk nationaal belang met inzet van andere aan hen toekomende bevoegdheden te beschermen (...)”

Uit de bovenstaande wettekst wordt duidelijk:

- dat de reactieve aanwijzing een bijzondere toepassing is van de figuur van de proactieve aanwijzing van de artikelen 4.2 en 4.4 Wro;

10 Zie ook mijn bijdrage ‘Van controleur naar deelnemer’, in een andere afscheidsbundel, ditmaal ter uitgeleide van Lex Michiels, *Lex Dura Sed Lex*, onder redactie van Chris Backes, Peter van Buuren, Gerdy Jurgens en Rob Widdershoven, Kluwer 2005, p. 73-84.

11 De benaming *reactieve* aanwijzing komt in de wettekst niet voor, maar behoort inmiddels wel tot het vaste spraakgebruik, ook in de jurisprudentie van de ABRvS.

12 Ook de minister van VROM (nu: I&M) heeft deze bevoegdheid, en wel ter verzekering van het nationaal belang. Bij de inwerkingtreding van de Wro in 2008 zag de reactieve aanwijzing overigens tevens op het gemeentelijke projectbesluit (artikel 3.10 Wro, oud), sedert 2010 heeft zij betrekking op de daarmee corresponderende omgevingsvergunning tot afwijken van het bestemmingsplan, als bedoeld in artikel 2.1 lid 1, onder c Wabo en wordt zij geregeld in artikel 3.13 Wabo. Daarnaast wordt artikel 3.8 lid 6 Wro, en daarmee de reactieve aanwijzingsbevoegdheid, in artikel 2.15 onder a van de Crisis- en herstelwet van overeenkomstige toepassing verklaard op het projectuitvoeringsbesluit gebaseerd op afdeling 6 van de Chw.

- dat daarmee de in het eerste lid van die beide artikelen gestelde voorwaarde onverminderd geldt, te weten dat sprake moet zijn van provinciale (dan wel nationale) belangen, die “met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken” dat de aanwijzing gegeven wordt.

Vooralsnog onhelder blijft echter:

- welke nadere inhoud gegeven moet worden aan de criteria “provinciaal en nationaal belang” en
- welke grens het motiveringsvereiste “inzake feiten, omstandigheden en overwegingen die de provincie onderscheidenlijk het Rijk beletten het betrokken provinciaal onderscheidenlijk nationaal belang met inzet van andere aan hen toekomende bevoegdheden te beschermen” beoogt te trekken.

Voor het laatste vraagpunt is van belang, omdat al wél op voorhand duidelijk is dat het hier om de voor de bestuurspraktijk belangrijkste inhoudelijke begrenzing van de reactieve-aanwijzingsbevoegdheid gaat. Dat het bij de *reactieve* aanwijzing om een soort van uiterste bestuurlijk middel gaat en dat de aanwending van de *proactieve* bevoegdheden de voorrang moet krijgen, is wel helder,¹³ maar waar de grenzen precies liggen vooralsnog dus niet.

De parlementaire geschiedenis van (dit onderdeel van) de Wro biedt weliswaar enige uitkomst bij de beantwoording van die vraag (en de andere bovengenoemde vraag) maar geeft daarover toch onvoldoende helderheid.¹⁴ Het duidelijkst is nog de uitleg van de minister van VROM in de memorie van antwoord bij de Invoeringswet Wro aan de Eerste Kamer:

“De (reactieve, dG) aanwijzing heeft een vangnetfunctie voor onvoorziene omstandigheden. (...) Ik vind dus ook dat de vangnetbevoegdheid van de reactieve aanwijzing niet de functie kan vervullen van een permanent inzetbaar handhavingsinstrument voor het naleven van bestuurlijke afspraken of afdwingen van beleidsopvattingen. Seriële aanwending van de reactieve aanwijzing voor borging van bestuurlijke afspraken of beleid of beleidsregels, vastgelegd in nota’s of visies past niet in het stelsel van de Wro”.¹⁵

Ik sluit de rij van citaten met de aanhaling van wat het handboek Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht – toch een favoriet geesteskind van Peter van Buuren – hierover zegt:

“Afgezien van het taalkundige gegeven dat met de werkwoordsvorm ‘beletten’ niet duidelijk wordt of de huidige dan wel de verleden tijd is bedoeld, kan worden aangenomen dat de wetgever tot uitdrukking heeft willen brengen dat het, ingeval sprake is van provinciale of nationale belangen, in de eerste plaats zaak is om de ‘proactieve’ interventiebevoegdheden in stelling te brengen en het

13 Ook omdat voor de reactieve aanwijzing de figuur van de proactieve aanwijzing van de artikelen 4.2 en 4.4 Wro is benut, wordt duidelijk dat ook de eerste bedoeld is als een interventie-instrument voor provincie en Rijk.

14 Daarbij moet nog worden opgemerkt dat de introductie van de figuur van de reactieve aanwijzing, die aanvankelijk “negatieve aanwijzing” is genoemd, eerst in een laat stadium van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wro heeft plaatsgevonden, en wel in de vierde nota van wijziging, *Kamerstukken II 2004/05*, 28 916, nr. 15.

15 *Kamerstukken I 2007/08*, 30 938, C, p. 19 en 20.

niet op een ingrijpen in reactie op gemeentelijke besluitvorming te laten aankomen. Daarmee lijkt de reactieve aanwijzing ook door de wetgever toch vooral als een ingrijpen van hogerhand en niet als een vorm van reguliere toetsing gezien te worden. In hoeverre de Afdeling bestuursrechtspraak de besluiten tot het geven van een reactieve aanwijzing daadwerkelijk aan een verscherpte toets, als hiervóór bedoeld, zal onderwerpen zal nog moeten blijken”.¹⁶

Met de laatst geciteerde zin wordt de Afdeling aan het werk gezet.

In het navolgende onderdeel zal worden gezien wat inmiddels zoal is gebleken.

3. De Afdeling zet een koers uit

De reactieve aanwijzing is, ingevolge artikel 8.2 lid 1, onder d Wro, rechtstreeks appellabel bij de ABRvS.¹⁷ Tijdens de afgelopen twee jaren is een wassende stroom van uitspraken van de Afdeling tot stand gekomen, waarin een lijn is uitgezet in de beantwoording van de twee voorgaande vragen die over de voorwaarden voor toepassing van de reactieve aanwijzing zijn gerezen.¹⁸ Hierna zal, aan de hand van die vragen, de jurisprudentie van de Afdeling worden geschetst.

Provinciaal of nationaal belang?

Het vereiste dat een reactieve aanwijzing slechts gegeven mag worden, wanneer het bestemmingsplan een provinciaal dan wel nationaal belang raakt, blijkt tot de verbeelding van menige appellant te spreken, maar hem uiteindelijk weinig op te leveren. Het vereiste kan, behalve uit artikel 3.8 lid 6 zelf, vooral worden afgeleid uit het eerste lid van de artikelen 4.2 en 4.4 Wro. Deze beide artikelen stellen aan de bevoegdheid om een (proactieve) aanwijzing te geven immers de voorwaarde, dat de aanwijzing met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk moet zijn wegens een provinciaal dan wel een nationaal belang. Geen belang, dan ook geen rechtmatige uitoefening van deze interventie-bevoegdheid door provincie of Rijk, derhalve.

Dezelfde norm geldt overigens bij de bevoegdheid van provincie (PS) en Rijk (minister van I&M) om een inpassingsplan vast te stellen, zoals die is neergelegd in de artikelen 3.26 respectievelijk 3.28 Wro. Daarin wordt immers ook gesproken van provinciale en nationale belangen die tot een dergelijk vaststellingsbesluit aanleiding kunnen geven.¹⁹

16 P. J. J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, achtste druk, Kluwer 2010, p. 386 en 387.

17 Ingevolge artikel 8.1 onder c Wro is de reactieve aanwijzing bovendien uitgezonderd van de verplichte bezwaarschriftprocedure van artikel 7:1 Awb.

18 Een overzicht van deze jurisprudentie is ook te lezen in mijn noot bij de uitspraak van de ABRvS van 12 april 2011 (reactieve aanwijzingen Heeze-Leende), AB 2011, 228 (AB 95-special).

19 Over de bevoegdheid om een provinciale of een Rijkscoördinatieregeling toe te passen kan men in wezen hetzelfde zeggen: ook die bestaat slechts wanneer ‘een onderdeel van het provinciaal of nationaal ruimtelijk beleid’ in het geding is. Zie de eerste leden van de artikelen 3.33 en 3.35 Wro, waarbij het gegeven dat daarin van een ‘wenselijkheid’ tot het optreden van het hoger gezag wordt gesproken aan het voorgaande niet afdoet.

Bij de toepassing van de bevoegdheid tot vaststelling van een inpassingsplan heeft de jurisprudentie van de Afdeling op dit onderdeel ook een aanvang genomen. In haar uitspraak over het provinciaal inpassingsplan 'Overdiepse polder',²⁰ waarin het ging om waterstaatkundige belangen in het kader van de rivierverruiming, spreekt de Afdeling – met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wro – van “een eigen belang en taak” van de provincie “complementair aan die van de rijksoverheid”. Uit de laatste toevoeging blijkt overigens dat het in de (bestuurs)praktijk in veel gevallen om een verwevenheid van belangen van meerdere overheidslagen gaat.

In haar uitspraak²¹ over een Groningse reactieve aanwijzing, die zag op een bestemmingsplan voor het stedelijk gebied van de gemeente Groningen waarin de bouw mogelijk was gemaakt van antennemasten hoger dan 6 meter, gebruikte de Afdeling nóg algemener bewoordingen: van een provinciaal belang kan sprake zijn, wanneer “de kwaliteit van het stedelijk gebied” in het geding is; en in een latere uitspraak²² kon dat ook het geval zijn waar het “de kwaliteit van het landelijk gebied” betreft, zodat we nu wel zo'n beetje alles de revue hebben zien passeren. In die uitspraken gaf de Afdeling bovendien aan, dat het provinciaal belang niet beperkt blijft tot de “bijzonder zwaarwegende belangen” (zoals de appellanten beweerd hadden).

Wat dan eigenlijk alleen nog resteert, is een toetsing door de ABRvS of het provinciaal bestuur (dan wel de minister) ‘in redelijkheid’ heeft kunnen oordelen dat sprake is van een provinciaal (dan wel nationaal) belang. Men mag op grond van het voorgaande wel concluderen dat alleen gevallen die *evident* niet aan dat criterium voldoen door de mand zullen vallen. Met het onderscheid tussen het gemeentelijk en het bovengemeentelijk belang komt men bij de rechter als appellant dus niet ver.²³

In dit verband kan – ten overvloede – nog worden opgemerkt dat het criterium, in artikel 4.2 lid 1 Wro, dat de aanwijzing slechts gegeven kan worden “indien provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken”, van een andere aard en ook beperkter is dan de oude norm “strijd met een goede ruimtelijke ordening” van artikel 28 lid 2 WRO die ten grondslag lag aan het besluit van GS tot onthouding van goedkeuring aan een bestemmingsplan. Dat verbaast ook niet, want de bevoegdheid tot (onthouding van) goedkeuring was onder de WRO een reguliere bestuursbevoegdheid, waar de reactieve aanwijzing in de Wro eerst en vooral een interventiebevoegdheid is. Beter dan in Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht kan ik het niet zeggen: “Waar in het verleden, buiten het streekplan of andere wettelijke provinciale plannen, allerlei niet door enige wet geëiste beleidsnota's en -notities bij het besluit van GS inzake goedkeuring betrokken konden worden, ligt dat bij de hantering van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid veel

20 ABRvS 21 april 2010, AB 2010/149.

21 ABRvS 20 oktober 2010 (bestemmingsplan Peizerweg), AB 2010/298.

22 ABRvS 2 februari 2011 (bestemmingsplan Waalre), TBR 2011/62.

23 Zie ook J.M.H.F. Teunissen, *Alternatieve regelgeving en eigen verantwoordelijkheid* (oratie Open Universiteit), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 67, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, t.a. p., p. 357 en 358 en mijn essay i.o.v. de Raden voor de leefomgeving en infrastructuur, *Kan het tij worden gekeerd?*, Essaybundel over decentralisatie ruimtelijk beleid, voorjaar 2011, <http://www.rli.nl/toekomst-van-het-ruimtelijk-beleid/essays>.

minder voor de hand. Dat lijkt ons althans in ieder geval zo te moeten zijn, wanneer in die beleidsnota's en -notities niet een duidelijk verband met het provinciaal belang kan worden gelegd".²⁴

Het subsidiaire karakter van de reactieve aanwijzing als interventie-instrument

Met de motiveringsplicht die de wetgever GS (en de minister) in artikel 3.8 lid 6 Wro heeft opgelegd om "de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, omstandigheden en overwegingen (te vermelden) die de provincie onderscheidenlijk het Rijk beletten het betrokken provinciaal onderscheidenlijk nationaal belang met inzet van andere aan hen toekomende bevoegdheden te beschermen", is de belangrijkste inhoudelijke clausulering van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid gegeven. Daarmee wordt tevens het subsidiaire karakter van de reactieve aanwijzing duidelijk: om te voorkomen dat een gemeentebestuur de provincie en het Rijk onwelgevallige planologische besluiten neemt, staan in de eerste plaats "andere aan hen toekomende bevoegdheden" ten dienste. Slechts wanneer die bevoegdheden onvoldoende soelaas bieden, om nader aan te geven redenen, is er plaats voor de hantering van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid.

Het is duidelijk dat met die bevoegdheden de publiek- en niet de privaatrechtelijke bevoegdheden van provincie en Rijk worden bedoeld, en wel die opgenomen in de Wro. Daarbij kan het dan alleen gaan om de bevoegdheden van provincie en Rijk om te interveniëren in het gemeentelijk ruimtelijk beleid of – ruimer gesproken – de gemeentelijke besluitvorming in juridische zin te beïnvloeden.²⁵ Dan gaat het dus om de bevoegdheid om algemene regels te stellen, in de vorm van een provinciale ruimtelijke verordening dan wel een amvb (Ruimte), om een proactieve aanwijzing te geven of om in plaats van een gemeentelijk bestemmingsplan een inpassingsplan vast te stellen.²⁶

De provinciale of rijksstructuurvisie lijkt in het voorgaande rijtje niet thuis te horen, omdat zij geen juridische gebondenheid van de gemeente kan genereren en derhalve geen bevoegdheid inhoudt die het provinciaal of rijksbelang *in juridische zin* kan 'beschermen', zoals artikel 3.8 lid 6 Wro dat bepaalt. Het laatste heeft bovendien alles te maken met de in de Wro beoogde scherpe scheiding tussen de juridische bindende normstelling en de indicatieve beleidsvorming.²⁷

24 T.a.p., p. 386. Hier ligt bovendien een duidelijk verband met de beperkende clausulering van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid die ik hierna zal bespreken.

25 Zie in dit verband, en in het bijzonder over de verhouding van (privaatrechtelijke) convenanten en afspraken tussen overheden met de 'sturingsfilosofie' van de Wro, A.G.A. Nijmeijer, 'Afspraken van belang, over sturing en regie in het omgevingsrecht' (oratie Radboud Universiteit Nijmegen), *IBR* 2009, p. 24 en 25 alsook p. 44-49.

26 Al valt de figuur van het provinciaal of Rijksinpassingsplan in eigenlijke zin niet te karakteriseren als een interventie-instrument, omdat het in de opzet van paragraaf 3.5.2. van de Wro gaat om een ruimtelijk belang van provincie of Rijk dat (naar hun oordeel bij voorbaat) niet op het gemeentelijk, maar op het *bovengemeentelijk* niveau thuishoort. Van een *interventie* in het gemeentelijke beleid is dan geen sprake.

27 Voor zover een dergelijke scherpe scheiding althans mogelijk is, zou men daaraan kunnen toevoegen. Ik kom op de betekenis van de (provinciale) structuurvisie voor de beperking van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid in het slot van dit onderdeel van mijn bijdrage nog terug.

In de Wro is derhalve, zeker wat de provinciale rol in de ruimtelijke ordening betreft, de wissel omgezet van het reactieve toezicht naar de proactieve sturing.²⁸

Wat de provinciale interventie-instrumenten betreft is, vanuit het perspectief van de gewenste sturing *vooraf*, de figuur van de provinciale ruimtelijke verordening op grond van artikel 4.1 Wro de belangrijkste bevoegdheid. Alle provincies minus Limburg hebben inmiddels een provinciale ruimtelijke verordening vastgesteld.²⁹

De provincies (PS) is in de Wro een ruime mate van beslisvrijheid gelaten inzake de inhoud van de verordening. Artikel 4.1 lid 1 bepaalt dienaangaande slechts dat “indien provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken” PS regels kunnen stellen omtrent de inhoud van bestemmingsplannen, met inbegrip van de toelichting daarop of de onderbouwing daarvan, beheersverordeningen en bepaalde omgevingsvergunningen tot afwijken van het bestemmingsplan.³⁰ Dat maakt de mogelijkheden voor PS om het gemeentelijk beleid proactief te sturen zeer ruim, waarbij de gemeenteraad op grond van het tweede lid van artikel 4.1 Wro verplicht is om de verordening binnen in beginsel een jaar in een bestemmingsplan te ‘implementeren’.³¹

Een gemeentelijk (algemeen verbindend) voorschrift mag niet in strijd zijn met een provinciale verordening en dus ook een bestemmingsplan niet. Zo bezien, zou het provinciaal bestuur kunnen volstaan met de vaststelling van de verordening, omdat de rechter een bestemmingsplan dat daarmee in strijd zou zijn onverbindend zou verklaren. GS zouden, met het oog daarop, niet eens de moeite hoeven nemen om de vaststelling van een met de provinciale verordening strijdig bestemmingsplan met een reactieve aanwijzing te torpederen. Dat daarmee door de provincie procesrechtelijke risico's worden gelopen is echter duidelijk, want wat als niemand tegen (een uitvoeringsbesluit van) dat bestemmingsplan in rechte opkomt, dan wel de strijdigheid van het bestemmingsplan met de provinciale verordening niet als beroepsgrond wordt aangevoerd? Bovendien zou een dergelijke provinciale houding van bestuurlijke passiviteit getuigen. Om die redenen verdient het optreden door GS met een reactieve aanwijzing tijdens de bestemmingsplanprocedure de voorkeur. Daarmee is het procesrechtelijke risico echter niet geheel geweken, of liever: ontstaat er een ander risico, namelijk dat in een beroep tegen de reactieve aanwijzing juist de onderliggende provinciale verordening door de ABRvS onverbindend wordt geacht. Maar dan ligt het natuurlijk anders, want is er simpelweg sprake van een onrechtmatige provinciale interventie.

28 Onder het banier: “Centraal wat moet, decentraal wat kan”.

29 Ook het Rijk heeft inmiddels, na lange discussies en overweging, een ontwerp-amvb (Ruimte) het licht doen zien. Omdat ik mij in deze bijdrage concentreer op het provinciale toezicht, laat ik de inhoud van de ontwerp-amvb in deze bijdrage rusten.

30 Als bedoeld in artikel 2.1 lid, onder c jo artikel 2.12 lid 1, onder a, ten derde Wabo (de voormalige projectbesluiten van artikel 3.10 Wro, oud).

31 Dit is een belangrijk verschil met de zogeheten ‘concrete beleidsbeslissing’, als bedoeld in artikel 1 van de WRO, in het voormalige streekplan die immers niet (proactief) tot een dergelijke ‘implementatie’ in het bestemmingsplan verplichtte.

De jurisprudentie van de ABRvS inzake de reactieve aanwijzing heeft tot nu toe in alle gevallen betrekking op aanwijzingen met een provinciale verordening als grondslag. Een onverbindendverklaring door de Afdeling van de provinciale verordening heeft zich daarbij niet voorgedaan. Wél het oordeel van de Afdeling dat een reactieve aanwijzing (inhoudelijk) niet in redelijkheid gebaseerd kon worden op de provinciale verordening.³²

De jurisprudentie van de Afdeling is tot op heden voornamelijk geconcentreerd op de vraag – naast de stelling van appellanten dat in casu niet sprake was van een provinciaal belang dat met de verordening en de aanwijzing gediend werd (zie daarover het voorgaande) – of een reactieve aanwijzing uitsluitend gebaseerd kan worden op een reeds door PS vastgestelde en in werking getreden verordening, of dat door GS ook op de totstandkoming en inwerkingtreding van de verordening mag worden *geanticipeerd*. Teruggebracht naar de juridische kern houdt deze vraag in, of in het laatstgenoemde geval voldaan wordt aan de clausule in artikel 3.8 lid 6 Wro, namelijk dat in voldoende mate wordt gemotiveerd dat “de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, omstandigheden en overwegingen (...) beletten het betrokken provinciaal belang met inzet van andere bevoegdheden te beschermen”.

Bij het beantwoorden van die vraag had de Afdeling voor de redenering kunnen kiezen, dat PS de verordening maar tijdig hadden moeten (en kunnen) vaststellen en bekendmaken en dat zij, nu zij dat niet hebben gedaan, dus op de blaren moeten zitten. Dat heeft de Afdeling echter niet gedaan en in plaats daarvan heeft zij van een zekere lankmoedigheid laten blijken, door te accepteren dat met de reactieve aanwijzing op de inwerkingtreding of zelfs vaststelling van de provinciale verordening kan worden vooruitgelopen. De ‘omstandigheid’ en de ‘overweging’, waarvan artikel 3.8 lid 6 Wro in deze spreekt, zijn volgens de Afdeling blijkbaar gelegen in het gegeven dat, zo lang de provinciale verordening nog niet in werking is getreden (maar al wel in voorbereiding is genomen), slechts door het geven van een reactieve aanwijzing voorkomen kan worden dat ingediende aanvragen om omgevingsvergunningen voor het bouwen en voor aanlegactiviteiten, indien van toepassing, beoordeeld moeten worden naar het door de gemeenteraad gewenste nieuwe bestemmingsplanregime, dat door het provinciaal bestuur juist niet gewenst wordt. Die omstandigheid en overweging waren naar het oordeel van de Afdeling voldoende zwaarwegend om aan de motiveringsplicht, opgelegd in de beperkingsclausule van artikel 3.8 lid 6 Wro, te voldoen. In haar uitspraak van 15 april 2011 (Heeze-Leende) oordeelt de Afdeling, onder verwijzing naar haar uitspraak van 20 oktober 2010 (Peizerweg Groningen), “dat het college gebruik kan maken van de bevoegdheid tot het geven van een reactieve aanwijzing in gevallen waarin het stellen van algemene regels wordt overwogen of voorbereid”. Vooral in de werkwoordsvorm “overwogen” schuilt, naar mijn mening, de eerder genoemde lankmoedigheid die men de Afdeling kan toedichten. Is alleen het ‘overwogen’ van de vaststelling van een provinciale verordening dan voldoende om, in verband met de voorbereidingsbescherming van het toekomstige regime ingevolge de verordening, de reactieve aanwijzing rechtmatig te achten?

32 Dit was het geval in de genoemde uitspraak van 15 april 2009 (reactieve aanwijzingen Heeze-Leende).

Als ik het goed zie, waren echter in alle gevallen die aan de Afdeling werden voorgelegd de desbetreffende provinciale verordeningen, in ieder geval op het moment waarop uitspraak werd gedaan, uiteindelijk ook daadwerkelijk vastgesteld.³³ Dit betekent dat de Afdeling – in retrospectie – heeft kunnen constateren dat het bij een ‘overweging’ of ‘voornemen’ van PS daaromtrent niet is gebleven. Onder de premisse dat van een reëel provinciaal belang dat met de verordening wordt behartigd sprake is, getuigt de benadering van de ABRvS, naast van een zekere souplesse in de richting van het provinciaal bestuur, echter ook van realiteitszin en is zij met een beroep op de parlementaire geschiedenis van de Wro bovendien goed verdedigbaar.³⁴ Maar dat laatste lijkt mij niet het geval, wanneer bij het geven van de reactieve aanwijzing melding is gemaakt van een ‘overweging of voornemen’ van PS om de verordening vast te stellen en het daar vervolgens bij gebleven is. In dat geval wordt bovendien het, bij de totstandkoming van de Wro breeduit gepropageerde, uitgangspunt van de scheiding van bindende rechtsnormen en indicatief beleid geweld aangedaan.³⁵

Vergeleken met de vragen die rond de provinciale verordening als grondslag van de reactieve aanwijzing in de jurisprudentie gerezen zijn, lijkt de mogelijk beperkende betekenis van het bestaan van de proactieve aanwijzingsbevoegdheid voor het gebruik van de reactieve, van minder belang. Voorstelbaar is natuurlijk dat in slepende bestuurlijke kwesties, wanneer in plaats van (eindelijk) een proactieve aanwijzing gekozen wordt voor een reactieve tijdens de totstandkomingsprocedure van een het hoger gezag onwettig bestemmingsplan, de rechtmatigheid van de laatste ter discussie wordt gesteld, omdat niet aan het beperkende motiveringsvereiste van artikel 3.8 lid 6 Wro zou worden voldaan. Daarbij valt vooral te denken aan de situatie waarin het provinciaal bestuur een nieuwe ruimtelijke ontwikkeling

33 In de casus ‘Peizerweg Groningen’ was de verordening ten tijde van de reactieve aanwijzing al vastgesteld, maar nog niet bekendgemaakt. Het instrument van de ‘voorbereidingsverklaring’ met betrekking tot de verordening van PS, geregeld in artikel 4.1 lid 5 Wro, bood in die situatie geen soelaas, de verordening was immers al vastgesteld. Een dergelijke ‘voorbereidingsverklaring’ heeft nagenoeg dezelfde rechtswerking als een gemeentelijk voorbereidingsbesluit van artikel 3.7 Wro en brengt in ieder geval een aanhoudingsplicht voor nadien ingediende aanvragen om een omgevingsvergunning voor bouwen en aanleggen met zich. Het lijkt er overigens op, dat de Afdeling de ‘voorbereidingsverklaring’ niet ziet als een instrument dat, in het geschetste geval, voorrang heeft op de reactieve aanwijzing, en in die zin exclusief zou zijn, maar zeker is dat niet.

34 De Afdeling verwijst in haar uitspraak van 20 oktober 2010 naar de, ook in noot 14 genoemde, memorie van antwoord bij de Invoeringswet Wro, waarin de minister van VROM opmerkte: “De (reactieve, dG) aanwijzing heeft een vangnetfunctie voor onvoorziene omstandigheden. Denkbaar is ook dat die wordt ingezet voor gevallen waarin het stellen van algemene regels overwogen of voorbereid worden (lees: wordt)”.

35 Op die scheiding heeft ook de overweging van de Afdeling betrekking in haar uitspraak van 16 februari 2011 (bestemmingsplan Roosendaal, AB 2011/119, m.nt. D. Korsse), waarin de Afdeling alleen uit wenst te gaan van de in de (in voorbereiding genomen en uiteindelijk ook vastgestelde) provinciale verordening neergelegde norm en het daarop betrekking hebbende provinciale ‘beleid’ buiten beschouwing laat. Ik citeer Korsse in het onderdeel 5. van zijn noot: “De redenering van GS dat de speelruimte van de algemene regel moet worden ingekleurd op basis van het provinciale beleid wordt door de Afdeling niet gevolgd”. Anderzijds kan uit een overweging van de Afdeling in haar uitspraak van 2 februari 2011 (bestemmingsplan Waalre), waarin zij constateert dat sprake is van ‘bestendig beleid’ dat al enige tijd ‘door het provinciebestuur ongewijzigd wordt voorgestaan’, worden afgeleid dat de wijze waarop het beleid wordt gevoerd wél relevant is voor de vraag of (werkelijk) sprake is van een provinciaal belang.

voorstaat, maar de gemeenteraad besluit die niet toe te laten in een nieuw bestemmingsplan. Verdedigbaar lijkt de stelling, dat in zo'n geval door GS gekozen had moeten worden voor de proactieve aanwijzing en niet voor de reactieve. Maar wat, als GS de ene met de andere zouden willen combineren, in die zin dat zij eerst het vastgestelde onwelgevallige bestemmingsplan van tafel willen krijgen met de reactieve aanwijzing en vervolgens (alsnog en al dan niet in combinatie daarmee) een proactieve aanwijzing willen geven gericht op het door hen gewenste bestemmingsplan? Ik kan niet goed hard maken dat de Wro zich tegen een dergelijke handelwijze zou verzetten.

Nog minder problematisch lijkt mij de beperking die, nog steeds in relatie met de clausulering in artikel 3.8 lid 6 Wro, uit de bevoegdheid tot vaststelling van een provinciaal inpassingsplan voor het gebruik van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid zou voortvloeien. De beslissing of het provinciaal belang vergt dat door PS een inpassingsplan wordt vastgesteld, heeft in hoge mate een bestuurlijk karakter met de daarbij intrinsieke ruime mate van beleidsvrijheid. Een dictaat om een inpassingsplan vast te stellen in plaats van een reactieve aanwijzing te geven, ontleend aan de beperkingsclausule van artikel 3.8 lid 6 Wro, lijkt mij om die reden niet bestaanbaar.

Wegens het eerder vermelde uitgangspunt dat de (provinciale) structuurvisie geen juridische binding van het gemeentebestuur genereert, althans niet in de klassieke zin, lijkt zij in het kader van de clausulering van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid een *quantité négligeable*. De op 29 juni 2011 door de Afdeling gewezen uitspraak inzake de reactieve aanwijzing van GS van Zuid-Holland met betrekking tot het bestemmingsplan "Landgoederenzone" van de gemeente Rijswijk nuanceert het voorgaande echter in belangrijke mate.³⁶

In die uitspraak oordeelt de Afdeling dat de aanwending van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid "(...) niet beperkt is tot de gevallen waarin provinciale algemene regels zijn vastgesteld dan wel in ontwerp aanwezig zijn. Ook in andere gevallen kan een provinciaal ruimtelijk belang het geven van een reactieve aanwijzing noodzakelijk maken". In het geval van het Rijswijkse bestemmingsplan was daarvan mogelijk sprake wegens het bestaan van een provinciaal ruimtelijk 'interimbeleid', bestaande uit een nota 'Regels voor Ruimte' en het (voormalige) streekplan Zuid-Holland West, welk laatste plan ingevolge het overgangsrecht bij de opvolging van de WRO door de Wro de status van provinciale structuurvisie als bedoeld in artikel 2.2 Wro heeft. Het laatste betekent volgens de Afdeling, dat de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan met het provinciale interimbeleid 'rekening dient te houden'. Wanneer blijkt dat de gemeenteraad dat niet heeft gedaan, kan – indien van een provinciaal belang sprake is – het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan door GS met een reactieve aanwijzing worden getroffen. Omdat in het Rijswijkse geval echter niet sprake was van 'concrete aanknopingspunten' in het provinciale interimbeleid waarmee de gemeenteraad geen rekening zou hebben gehouden, werd het beroep van het gemeentebestuur tegen de Zuid-Hollandse reactieve aanwijzing gegrond geacht.

³⁶ ABRvS 29 juni 2011, nr. 201002266/1/R2 (reactieve aanwijzing Rijswijk).

Ik lees de uitspraak van de Afdeling zo, dat schending door de gemeenteraad van het 'rekening-houden-met-vereiste', voor zover sprake is van een provinciaal belang, kan leiden tot een rechtmatige uitoefening van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid door GS. Dat kan echter slechts het geval zijn, wanneer het provinciale beleid (in de vorm van een structuurvisie) voldoende concreet is en derhalve helder is *waarmee* de gemeenteraad 'rekening dient te houden'. Bovendien laat dit vereiste onverlet dat de gemeenteraad de beleidsruimte behoudt om, mits deugdelijk gemotiveerd, van het provinciale beleid af te wijken. Van een juridische gebondenheid van het gemeentebestuur aan het provinciale beleid is daarmee, althans in de klassieke zin (zoals in geval van een provinciale ruimtelijke verordening), nog geen sprake.

Het valt dus, al met al, goed te begrijpen dat de jurisprudentie van de ABRvS over de beperking van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid die mogelijk uit artikel 3.8 lid 6 Wro voortvloeit, geconcentreerd is op de betekenis en de reikwijdte van de (in voorbereiding genomen) provinciale ruimtelijke verordening.³⁷

In de jurisprudentie inzake de reactieve aanwijzing wordt, tot slot van dit onderdeel, nog een andere belangrijke vraag beantwoord: zijn GS wel bevoegd om een reactieve aanwijzing te geven, wanneer zij ook bij de ABRvS in beroep kunnen opkomen tegen het besluit van de gemeenteraad tot vaststelling van het bestemmingsplan?³⁸

In haar uitspraak van 20 oktober 2010 (Peizerweg Groningen) oordeelt de ABRvS eenvoudig: "Dat het college van gedeputeerde staten ook beroep had kunnen instellen, maakt niet dat daarmee zijn vrijheid om te kiezen voor het geven van een reactieve aanwijzing is beperkt". Die overweging wordt door de Afdeling in latere uitspraken herhaald.³⁹ Dat oordeel ligt ook voor de hand, omdat de wetgever (onder andere) in artikel 3.8 lid 6 Wro de reactieve aanwijzingsbevoegdheid als specifiek instrument in het leven heeft geroepen, te benutten in het geval dat een het hoger gezag onwettig gemeentelijk planologisch besluit wordt genomen.

Maar de vraag andersom gesteld, namelijk of naast de reactieve aanwijzing nog wel een beroepsrecht voor GS (en de minister) op de ABRvS bestaat, is natuurlijk interessanter. Met het gebruik van het woord "vrijheid" in het hiervóór opgenomen citaat lijkt de Afdeling aan te willen geven, dat er ook andersom niet sprake is van een exclusieve weg, die van de reactieve aanwijzing, die de meer algemene weg van het

37 Wonderlijk is overigens dat in artikel 3.13 lid 2 Wabo, waarin de reactieve aanwijzing met betrekking tot de omgevingsvergunning tot afwijken van het bestemmingsplan wordt geregeld, slechts gerefereerd wordt aan de andere aan GS toekomende bevoegdheden om te interveniëren en niet, zoals in artikel 3.8 lid 6 Wro, de in deze aan "de provincie" toekomende andere bevoegdheden. De provinciale verordening kan immers ook op deze omgevingsvergunning (het voormalige projectbesluit) betrekking hebben.

38 Dat zou, gelet op de formele toegangseis in artikel 3.8 lid 4 Wro namelijk dat door GS een zienswijze tegen het ontwerp-bestemmingsplan is ingediend dan wel de gemeenteraad het plan afwijkend van zijn ontwerp heeft vastgesteld, het geval kunnen zijn. Van een keuzemogelijkheid tussen beide opties is geen sprake in de gevallen beschreven in onderdeel 10. van de bijdrage van De Vries, omdat in die gevallen – vanwege een manco in artikel 3.13 van de Wabo – het geven van een reactieve aanwijzing niet mogelijk is, en evenmin wanneer de Chw van toepassing is op het desbetreffende gemeentelijke planologische besluit, omdat in dat geval artikel 1.4 Chw aan een beroep van GS op de bestuursrechter in de weg staat (zie daarover onderdeel 9.2 van de bijdrage van De Vries).

39 Onder meer in die van 15 april 2011 (Heeze-Leende) en in die van 23 maart 2011 (bestemmingsplan Houten), nr. 201001881/1/R2.

beroep bij de bestuursrechter zou afsluiten. Daar wordt echter door De Vries anders over gedacht, zie onderdeel 9.2 van diens bijdrage in dit boek, en ook door Van Ettekoven: “G.S. en minister (inspecteur) kunnen participeren in de procedure via zienswijzen, en hebben het in hun macht dat het bestemmingsplan niet in werking treedt via de reactieve aanwijzingsbevoegdheid. Indien men van die mogelijkheden geen gebruik maakt, past het niet dat vervolgens in beroep kan worden gegaan bij de bestuursrechter ook al is sprake van “toevertrouwde belangen” in de zin van het tweede lid (van artikel 1:2 Awb)”.⁴⁰ Mij lijkt dat ook te veel van het goede, zij het dat dit natuurlijk niet opgaat in de gevallen waarin – als gevolg van een onachtzaamheid van de wetgever in artikel 3.13 Wabo – de reactieve aanwijzingsbevoegdheid geheel ontbreekt en er daarom geen sprake kan zijn van een keuze tussen twee opties.⁴¹ Daarbij komt dat met een eventuele keuze door GS voor het beroep op de bestuursrechter, de beperkende clausule van artikel 3.8 lid 6 Wro (formeel-wettelijk gezien althans) zou kunnen worden ontdoken.

4. De wetgever gooit het roer om?

Algemeen

Zoals in de inleiding al werd vermeld, heeft de regering in mei 2010 het voorstel van de Wet revitalisering generiek toezicht (Wrgt) bij de Tweede kamer ingediend. In de bijdrage van Henk de Vries in dit boek wordt gedetailleerd ingegaan op de inhoud van het wetsvoorstel en wordt het voorstel van commentaar voorzien. Ik vermeld in het navolgende slechts de essentie van de voorgestelde Wrgt en spitst mijn bijdrage verder toe op de veranderingen die deze zou kunnen gaan brengen in het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening. Ik laat daarbij de regeling van de indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing overigens buiten beschouwing.⁴²

In essentie behelst het wetsvoorstel de herijking van de bepalingen in de Gemeentewet en de Provinciewet die schorsing en vernietiging, en indeplaatsstelling bij taakverwaarlozing van medebewind, tot onderwerp hebben.⁴³ De bedoeling van het wetsvoorstel is om de bestaande vormen van specifiek interbestuurlijk toezicht, uitgezonderd enkele, te vervangen door de generieke vormen van toezicht: in het bijzonder de schorsing en vernietiging door de Kroon. Door de toezichthoudende bestuursorganen van Rijk en provincies worden beleidskaders opgesteld, waarin zij aangeven hoe zij toepassing zullen geven aan de wettelijke voorschriften in de Wrgt.⁴⁴ Deze beleidskaders zullen de juridische status van beleidsregels als bedoeld in artikel 1:3 lid 4 Awb hebben.

40 B.J. van Ettekoven, 'Rechtsbescherming in het omgevingsrecht', *preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht*, publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 37, p. 87.

41 Zie noot 37 en onderdeel 10. van de bijdrage van Henk de Vries.

42 Zie daarover onderdeel 11 van de bijdrage van De Vries.

43 Aan het wetsvoorstel ligt met name het (kabinetsstandpunt over het) rapport Van specifiek naar generiek van de Commissie Doorlichting Interbestuurlijke toezichtarrangementen (Commissie Oosting) ten grondslag.

44 Het herziene Beleidskader schorsing en vernietiging is inmiddels aan de Tweede Kamer toegezonden, *Kamerstukken II 2009/10*, 32 389, nr. 5.

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat het interbestuurlijke toezicht wordt vormgegeven vanuit de beginselen van nabijheid (toezicht door de naast hogere overheid) en enkelvoudigheid (per beleidsterrein slechts één toezichthoudend bestuursorgaan).

Het interbestuurlijke toezicht ziet niet op handelingen en besluiten van hogere bestuursorganen die het lagere tot het nemen van een bepaald besluit aanzetten of dwingen. De laatste behoren tot de fase van de 'beleidsdoorwerking', die voorafgaat aan een nog door een (gemeentelijk) bestuursorgaan te nemen besluit.⁴⁵ Zo valt het indienen van een zienswijze door het hogere bestuursorgaan niet onder het interbestuurlijke toezicht. De reactieve aanwijzing valt daar echter wel onder, omdat zij betrekking heeft op een gemeentelijk planologisch besluit dat al genomen is. Dit kan men weer niet zeggen van de 'normale toepassing' van de proactieve aanwijzing van de artikelen 4.2 en 4.4 Wro (en evenmin van de algemene regels van de artikelen 4.1 en 4.3 Wro) die immers de gemeentelijke besluitvorming in gang zet en om die reden buiten het bestek van het interbestuurlijk toezicht als geregeld in de Wrgt valt.⁴⁶

De inwerkingtreding van de Wrgt wordt voorzien op 1 januari 2012. Die datum zal echter met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet worden gehaald.

Het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening onder de Wrgt

De reactieve aanwijzing is welhaast een schoolvoorbeeld van een vorm van specifiek interbestuurlijk toezicht. Uitgaande van de bedoeling van het wetsvoorstel Wrgt, dat maximaal inzet op de kaart van het generieke toezicht, zouden alle pijlen zich dan ook op de figuur van de reactieve aanwijzing moeten richten. Dat blijkt echter – vooralsnog – niet het geval. Zoals blijkt uit het kabinetsstandpunt inzake het rapport van de Commissie Oosting zal de reactieve aanwijzing – naar aan te nemen valt in de volle breedte, dat wil zeggen ook met betrekking tot de omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan en tot het projectuitvoeringsbesluit ingevolge de Chw – in elk geval gehandhaafd blijven tot de voorziene evaluatie van de Wro in 2013.⁴⁷ Bovendien wordt daarmee een belangrijk uitgangspunt van het wetsvoorstel geweld aangedaan: omdat zowel Rijk als provincie de reactieve bevoegdheid bezitten, wordt niet voldaan aan het principe van "enkelvoudigheid" van het interbestuurlijk toezicht.

⁴⁵ Zie de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wrgt, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nr. 3, p. 2 en 3 alsook 16.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 16: "Ook de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing kan een vorm van repressief toezicht zijn, als de aanwijzing dient tot herstel van een tekortkoming in de uitoefening van een taak. Een aanwijzing kan echter ook dienen om de uitoefening van een wettelijke taak door een ander bestuursorgaan te sturen, zonder dat sprake is van een tekortkoming van het bestuursorgaan tot wie de aanwijzing is gericht. Te denken valt aan hoofdstuk 4 van de Wet ruimtelijke ordening (...) Bij een dergelijke aanwijzing is geen sprake van interbestuurlijk toezicht, maar van een nadere invulling van een wettelijk opgedragen taak (namelijk tot vaststelling van een bestemmingsplan, dG)".

⁴⁷ Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VII, nr. 61. De Commissie Oosting pleitte overigens voor het afschaffen van de reactieve aanwijzing.

Tot het moment waarop – na de evaluatie van de Wro – door de wetgever beslist zal worden over de handhaving van de reactieve aanwijzing, zal het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening een ruim schootsveld bestrijken: naast de reactieve aanwijzing bestaat immers de bevoegdheid van GS om een met het recht of het algemeen belang strijdig gemeentelijk besluit voor te dragen voor vernietiging door de Kroon en bestaat nog steeds – naar de huidige stand van de jurisprudentie van de ABRvS, zo kan men aannemen – bovendien het recht van GS om bij de Afdeling in beroep te gaan tegen een onwettig planologisch besluit van de gemeente, het laatste uitgezonderd wanneer artikel 1.4 Chw van toepassing is. Dat lijkt op een overdadig trommelvuur.

Ik waag een schot voor de boeg van de evaluator van de Wro. Om de provinciale artilleriestellingen tot aanvaardbaarder, en werkbaarder, proporties terug te brengen zou ervoor gepleit kunnen worden om de reactieve aanwijzing te doen vervallen in de Wro. Een belangrijk argument voor die stelling zou wat mij betreft zijn, dat de jurisprudentie van de ABRvS tot nu toe heeft geleerd dat het toch eerst en vooral gaat om de verbindendheid van het gemeentelijke planologische besluit in relatie tot de inhoud van de (in voorbereiding zijnde) provinciale verordening op grond van artikel 4.1 Wro, er is dus mogelijk sprake van strijd met een hogere regeling. Dan hebben we het over het criterium 'strijd met het recht' binnen het generieke toezicht door de Kroon. Dat kan in de bestuurspraktijk weliswaar een strijd op heel specifieke punten (in de provinciale verordening) zijn, maar dat doet aan het van toepassing zijn van het criterium 'strijd met het recht' en daarmee van de mogelijkheid tot 'spontane' vernietiging door de Kroon niet af.

Tegen het voorgaande kan men weliswaar inbrengen, dat de voordracht voor de (niet erg spontane) vernietiging door de Kroon in sommige gevallen kan lijken op "het schieten met een kanon op een mug", namelijk ingeval van mineure afwijkingen van, misschien op onderdelen inhoudelijk heel specifieke, provinciale verordeningen, anderzijds kan die praktijk zich ook nu bij het gebruik van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid voordoen. Het gevaar van het laatste lijkt mij bovendien groter dan dat van het eerste.

Als tweede tegenwerping tegen het vervallen van het specifieke toezichtsinstrument van de reactieve aanwijzing ten faveure van het generieke toezicht kan gelden, dat daardoor alles op de kaart van de provinciale verordening wordt gezet, hetgeen leidt tot een (nog verdere) juridisering van de ruimtelijke ordening. Daartegen heb ik minder verweer, want die tegenwerping is op zich juist, in die zin dat het gesignaleerde risico inderdaad bestaat. Maar wel kan worden gezegd dat wanneer het zou gaan om incidentele planologische besluiten van de gemeente, die haaks staan op het provinciaal ruimtelijk beleid maar die in een provinciale verordening niet werden (en konden worden) voorzien, evengoed door GS voor vernietiging door de Kroon kunnen worden voorgedragen, maar dan wegens 'strijd met het algemeen belang'. Ik zie, met andere woorden, niet dat het generieke toezicht onbekwaam zou zijn om het grootste deel van dergelijke ongewenste gevallen te pareren.

5. Ten uitgeleide

“U begrijpt nu waarom ik mij zorgen maak. Ik vrees dat de wetgever in navolging van de provincies zelf onderschat wat de gevolgen zullen zijn van de afschaffing van het vereiste van provinciale goedkeuring van bestemmingsplannen. (...) Om allerlei redenen zullen gemeenteraden de vrijheid nemen om van het provinciale beleid af te wijken. Gemeentebestuurders zullen snel in de gaten krijgen dat de ‘pakkans’ onder het nieuwe regime maar gering is. Ik pleit er daarom voor het vereiste van goedkeuring op de een of andere manier weer in de Wro op te nemen.”⁴⁸

Bovenstaande uitspraak van Peter van Buuren dateert van vóór de introductie van de reactieve aanwijzing in het oorspronkelijke wetsvoorstel Wro. En als hij zich zorgen maakt, wordt door de wetgever blijkbaar wél geluisterd. De reactieve aanwijzing is immers – met enige fantasie – te kenschetsen als “goedkeuring op de een of andere manier”. Na kennisname van de jurisprudentie van de Afdeling, waaraan Peter zijn substantiële bijdrage heeft geleverd, zou men bovendien kunnen beweren dat de reactieve aanwijzing trekken van de aloude ‘onthouding van goedkeuring’ van artikel 28 WRO is gaan vertonen.

Maar de zaken staan niet stil. De introductie van het wetsvoorstel Wrgt noodzaakt opnieuw tot herijking van het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening, want het stelt (op termijn) het bestaansrecht van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid weer ter discussie. De gewenste uitkomst van die discussie zou moeten zijn het behoud van de essentiële waarden van dat toezicht, maar met verbetering van zijn methodiek.

48 P. J. J. van Buuren, ‘Jaarrede van de voorzitter van de Vereniging voor Bouwrecht 2004’, *BR* 2005, p. 91 en 92. Een soort van: “Ils ne passeront pas”, zoals op het bekende megalomane monument in Verdun (“Kermesse de la gloire”, zie het onvolprezen boek *Velden van weleer. Reisgids naar de Eerste Wereldoorlog* van Chrisje en Kees Brants, Nijgh & Van Ditmar, zevende druk 2005, p. 235) te lezen staat.