

Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?

Frank Groothuijse, Karlijn Landman & Remco Nehmelman¹

De Omgevingswet brengt een aantal constitutioneelrechtelijke verschuivingen met zich mee. Bij de voorbereiding van de wet lijkt de aandacht die is besteed aan flexibiliteit, slagvaardigheid en snelheid ten koste te zijn gegaan van de constitutioneelrechtelijke aspecten. Aan sommige verschuivingen worden in het geheel geen woorden gewijd. Zo is niet ingegaan op de gevolgen van de territoriale bevoegdhedenverschuiving, ondanks de mogelijke consequenties hiervan voor de onderlinge verstandhouding tussen provincies. Hetzelfde geldt ten aanzien van de verschuiving van autonomie naar medebewind, welke gevolgen heeft voor de gemeentelijke sturingsruimte en mogelijk tevens voor het subsidiariteitsbeginsel. Ten aanzien van andere verschuivingen, zoals de horizontale en verticale bevoegdhedenverschuiving, wordt wel ingegaan op de consequenties. Het staatsrechtelijk perspectief blijft echter onderbelicht.

Op 22 maart 2016 is de Omgevingswet aangenomen.² Deze wet beoogt verschillende omgevingsrechtelijke wetten te bundelen in één wet en zo tot een integraal en eenvoudiger omgevingsrecht te komen. De komst van de Omgevingswet brengt vele veranderingen met zich mee.³ Niet alleen zullen alle in het omgevingsrecht betrokken actoren (het Rijk, de provincies, gemeenten en waterschappen, maar ook de omgevingsdiensten, bedrijven en burgers) zich een weg moeten zien te vinden in de nieuwe wetssystematiek, maar tevens brengt de wet vanuit constitutioneelrechtelijk perspectief gezien een aantal cruciale veranderingen met zich mee. Over dat laatste, gaat deze bijdrage.⁴ Hierbij zal de thematiek ‘verschuivingen’ centraal staan en zal achtereenvolgens in worden gegaan op (de gevolgen van) de door de Omgevingswet teweeggebrachte horizontale, territoriale en verticale bevoegdhedenverschuiving. Tevens zal aandacht worden besteed aan de verschuiving van medebewind naar autonomie, waarna zal worden afgesloten met een algehele conclusie.

1. Een horizontale verschuiving van bevoegdheden van het algemeen bestuur naar de executieve macht

Onder de Omgevingswet vindt er een verschuiving van bevoegdheden plaats van het democratisch gelegitimeer-

de algemeen bestuur van het Rijk en de gemeenten, provincies en waterschappen naar de executieve macht. Deze verschuiving heeft naast gevolgen voor de democratische legitimatie van regelgeving, tevens gevolgen voor de rol van het algemeen bestuur.

1.1 Een horizontale verschuiving van bevoegdheden op Rijksniveau

De Omgevingswet is een kaderstellende wet, waarin materiële normen grotendeels ontbreken. Invulling van de materiële normen wordt overgelaten aan de Kroon en dus gereguleerd in algemene maatregelen van bestuur (AMvB's) die onder de Omgevingswet hangen. Daarmee verschuift het zwaartepunt van de materiële omgevingsrechtelijke normering van de formele wetgever naar de uitvoerende macht. Het gebrek aan democratische legitimatie wordt enigszins gecompenseerd door artikel 23.5 Omgevingswet (Ow), waarin is bepaald dat de AMvB's moeten worden ‘voorgehangen’ bij de Staten-Generaal. Door deze geclausuleerde delegatie kunnen voorschriften bij AMvB worden vastgesteld, maar niet eerder dan dat aan de Staten-Generaal de mogelijkheid is geboden zich over de ontwerp-AMvB uit te spreken.⁵ Op deze wijze worden parlementaire sturing en democratische controle gewaarborgd bij de uitwerking van de inhoudelijke normstelling en procedurele waarborgen, terwijl ook enige snel-

heid en flexibiliteit worden geboden.⁶ Deze parlementaire betrokkenheid kan echter niet worden gezien als vervanging van de invloed van de Staten-Generaal tijdens het formele wetgevingsproces, omdat deze democratische legitimatie minder omvattend is dan bij de totstandkoming van formele wetten.⁷

Ten eerste omdat het aan de Tweede en Eerste Kamer zelf is om te bepalen of, en zo ja hoe, ze op de ontwerp-AMvB willen reageren.⁸ Een slapend of traag parlement, kan hierdoor meteen al verstrekkende gevolgen hebben, omdat de AMvB dan in werking treedt zonder dat de

Nu de materiële normstelling van formele wet naar AMvB verschuift, is er veel voor te zeggen om de positie van de Staten-Generaal te versterken

Kamers zich over het ontwerp hebben uitgelaten. Ten tweede is in de voorhangprocedure de rol die het parlement toekomt wezenlijk anders dan in het formele wetgevingsproces. Het ontbreken van bijvoorbeeld het recht van amendement indiceert dit. Tot slot zijn er op de verplichting tot het 'voorhangen' van AMvB's ook uitzonderingen, waardoor alsnog aan deze al beperkte mate van democratische legitimatie kan worden ontkomen.⁹ Dit geldt te meer nu de mogelijke invulling van deze uitzonderingsgronden zeer ruim is. Zo stelt het lid 3 van artikel 23.5 Ow dat een AMvB niet hoeft te worden voorgehangen indien het wijzigingen van 'ondergeschikte betekenis' betreft, die niet leiden tot 'andere of grotere nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving.' Het geven van nadere handvatten ten aanzien van de invulling van deze begrippen blijft echter uit, waardoor het in feite aan de regering wordt overgelaten om te bepalen wanneer betrokkenheid van het parlement als medewetgever is vereist en wanneer niet.

Los hiervan ontstaat het gevaar dat bepaalde materie van dien aard dat eigenlijk de formele wetsprocedure zou moeten worden gevolgd, onder het mom van 'we hebben toch een voorhangprocedure' op het niveau van de AMvB

wordt doorgeduwd, waardoor een échte parlementaire betrokkenheid wordt omzeild. Hier geldt dan ook het adagium: Staten-Generaal 'let op uw Saeck!'

Nu de materiële normstelling van formele wet naar AMvB verschuift, is er veel voor te zeggen om de positie van de Staten-Generaal te versterken. Daarbij zou kunnen worden aangesloten bij een bestaande figuur uit de Wet milieubeheer (Wm) ten aanzien van AMvB's waarin milieukwaliteitseisen zijn overgenomen.¹⁰ Deze figuur geeft het parlement namelijk meer armslag ten aanzien van de totstandkoming van AMvB's. Nadat de Staten-Generaal zich vier weken heeft kunnen uitlaten over het ontwerp van een voorgehangen AMvB, kan de AMvB in werking treden 'tenzij binnen die termijn door of namens één der Kamers der Staten-Generaal of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een der Kamers de wens te kennen wordt gegeven dat het in de AMvB geregelde onderwerp bij wet wordt geregeld.'¹¹ De betrokken AMvB wordt vervolgens onverwijld ingetrokken en een vervangend wetsvoorstel wordt zo spoedig mogelijk ingediend. Deze bepaling expliciteert niet enkel het recht van de Staten-Generaal om bepaalde materie naar zich toe te trekken, maar kent dit recht tevens toe aan de beide afzonderlijke Kamers, waarbij instemming van ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van deze afzonderlijke Kamers al voldoende is. Hoewel deze figuur wel in de Omgevingswet is overgenomen voor wat betreft ontwerp-AMvB's die omgevingswaarden¹² bevatten, is er niet voor gekozen deze ten aanzien van alle ontwerp-AMvB's van toepassing te verklaren.¹³ Dat is onze inziens spijtig gezien het feit dat dit 'verzwaarde' voorhanginstrument het parlement de mogelijkheid biedt om de democratische legitimatie van de tot stand te brengen AMvB's te bewaken, zonder het gehele regelgevingsproces te verlammen. Dit zou de verschuiving van de formele wetgever naar de executieve macht dan ook enigszins kunnen compenseren.

1.2 Een horizontale verschuiving van bevoegdheden op provinciaal en waterschapsniveau

Een verschuiving van bevoegdheden van het algemeen bestuur naar de executieve macht is niet enkel zichtbaar op Rijksniveau, maar tevens op provinciaal en waterschapsniveau. In het bijzonder kan hierbij worden gedacht aan de verschuiving van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten voor complexe projecten met een publiek belang, zoals de aanleg van wegen, windmolenparken of de verhoging van dijken.¹⁴ Waar onder de huidige regelgeving het algemeen bestuur bevoegd is dergelijke project-

Auteurs

1. Mr. dr. F.A.G. Groothuise is universitair hoofddocent Omgevingsrecht aan de Universiteit Utrecht, mr. K.M. Landman is junior-onderzoeker bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht en prof. mr. R. Nehmelman is hoogleraar Publiek organisatierecht aan de Universiteit Utrecht.

Noten

2. *Stb.* 2016, 156.

3. Het is echter nog wel afwachten wanneer deze wet daadwerkelijk in werking zal treden, nu inwerkingtreding recent is uitgesteld (*Kamerstukken II* 2017/18, 33118, 98).

4. Wij gaan tijdens het schrijven van dit artikel uit van de Omgevingswet zoals aangepast met de Invoeringswet. Raadpleegbaar via: www.omgevingswetportaal.nl.

5. Aanwijzing 2.35 & 2.36 Aanwijzingen voor de regelgeving.

6. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 610.

7. K.J. de Graaf, G.A. van der Veen, H.D. Tolsma & A.T. Marseille, *Het wetsvoorstel Omgevingswet: Een onderzoek naar de reactie van de regering naar aanleiding van het advies van de Raad van State*, Rijksuniversiteit Groningen, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2015, p. 15.

8. H.E. Woldendorp, 'Parlementaire betrokkenheid bij algemene maatregelen van bestuur', *M&R* 2015/80.

9. Zie art. 23.5 lid 3 Ow.

10. Zie art. 21.6 lid 5 en 5.1 lid 1 Wm.

11. Zie verder aanwijzing 2.37 Aanwijzingen voor de regelgeving.

12. Omgevingswaarden zijn in objectieve termen uitgedrukte maatstaven voor de gewenste staat of kwaliteit van de leefomgeving, bijvoorbeeld geluidswaarden.

13. Zie art. 23.5 lid 2 Ow.

14. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 54.



Bleus mouvants / Shifting blue, 1923/24, Frantisek Kupka (1871-1957), Musée des beaux-arts, Rennes © Alamy

besluiten te nemen, verschuift met de komst van de Omgevingswet deze bevoegdheid naar het dagelijks bestuur. Dit geldt zowel voor de provincies als de waterschappen.¹⁵

In de memorie van toelichting (MvT) wordt niet ingegaan op de gevolgen van deze verschuiving voor de onderlinge verhoudingen tussen het algemeen en dagelijks bestuur.¹⁶ Dit terwijl deze verschuiving wel een andere houding van het algemeen bestuur vergt. Het algemeen bestuur zal ter compensatie van het verlies van bevoegdheden aan het dagelijks bestuur de inzet op controle van het dagelijks bestuur namelijk flink moeten intensiveren om een serieuze tegenmacht te bieden aan het dagelijks bestuur. Vertrouwen is goed, maar controle is

beter. Of zoals de MvT bij de Omgevingswet stelt: *Vertrouwen gaat hand in hand met het nemen van verantwoordelijkheid en het elkaar aanspreken op de naleving van wat is afgesproken.*¹⁷

1.3 Een horizontale verschuiving van bevoegdheden op gemeentelijk niveau

Opvallend is dat in de Omgevingswet de mogelijkheid wordt gecreëerd om de vaststelling van delen van het omgevingsplan (ter vervanging van o.m. het huidige bestemmingsplan), de waterschapsverordening of de omgevingsverordening (ter vervanging van onder meer het huidige provinciaal inpassingsplan) te delegeren aan het college van burgemeester en wethouders, het dagelijks

bestuur van het waterschap respectievelijk Gedeputeerde Staten.¹⁸ Een van de kenmerken van de democratische rechtsstaat is dat de overheid slechts kan optreden op grondslag van democratisch tot stand gekomen regelgeving. Door een dergelijke verschuiving wordt deze democratische legitimiteit echter aangetast. Hoewel het hier een horizontale bevoegdhedenverschuiving betreft op alle decentrale overheidsniveaus waardoor deze verschuiving eveneens in de voorgaande paragraaf besproken zou kunnen worden, zal in deze paragraaf de gemeente als uitgangspunt worden genomen. Hetgeen zal worden besproken geldt echter mutatis mutandis voor de provincie en het waterschap.

Delegatie van de bestemmingsplanbevoegdheid is onder het huidige regime ondenkbaar vanwege het bestaan van een delegatieverbod.¹⁹ Ook de regering heeft zich in het verleden negatief uitgesproken over het delegeren van deze regelgevende bevoegdheden: *'Het bevoegde orgaan voor het vaststellen van het bestemmingsplan is de gemeenteraad. Er is wel gesuggereerd dat een delegatiebevoegdheid voor burgemeester en wethouders hier in de praktijk goede diensten zou kunnen bewijzen. Niet moet echter uit het oog worden verloren dat naar zijn aard het bestemmingsplan een besluit van algemene strekking is, dat een verordenend karakter heeft voor zover het de bij het plan behorende regels omtrent het gebruik van de grond en de opstallen betreft. Overtreding van die regels kan een strafbaar feit opleveren. Voorts zullen in het kader van de besluitvorming omtrent de financiële uitvoerbaarheid van het plan de nodige posten op de gemeentelijke begroting moeten worden gereserveerd. Om die redenen is de regering van mening dat de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan voorbehouden dient te zijn aan de gemeenteraad.'*²⁰

Wel bestaat in het huidige stelsel op grond van art. 3.6 Wet ruimtelijke ordening (Wro) de mogelijkheid om een aantal bevoegdheden aan het college te delegeren onder de condities die in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om het, met inachtneming van de in het bestemmingsplan opgenomen regels, wijzigen of uitwerken van het bestemmingsplan, het toestaan van kleinschalige afwijkingen en het stellen van nadere eisen.²¹ De bevoegdheid tot blanco delegatie zoals opgenomen in art. 2.8 Ow heeft echter een ruimere strekking dan deze bepaling, omdat een inhoudelijke of geografische begrenzing van de delegatiebevoegdheid ontbreekt.²²

Uit de formulering van art. 2.8, waarin wordt bepaald dat *'delen van'* het omgevingsplan, de waterschapsverordening of de omgevingsverordening kunnen worden gedelegeerd, blijkt dat regelgevende bevoegdheden niet integraal kunnen worden gedelegeerd, zodat de bevoegdheid tot

Wederom wint hier het belang van snelheid en efficiëntie van het belang van betrokkenheid van een democratisch gelegitimeerd orgaan bij het nemen van beslissingen waarbij zwaarwegende belangen in het geding kunnen zijn

delegatie toch enigszins is begrensd. Een nadere definiëring van *'delen van'* blijft echter uit, waardoor het maar de vraag is of daadwerkelijk sprake is van een begrenzing. Immers, het delegeren van de bevoegdheid tot het vaststellen van het omgevingsplan voor 99,9% van het gemeentelijke grondgebied is in theorie ook nog in overeenstemming met deze bepaling. Als reden voor het toekennen van deze weinig geclausuleerde delegatiebevoegdheid geeft de MvT dat dit de ruimte biedt voor toedeling van bevoegdheden op maat: *'Met delegatie kunnen deze bestuursorganen er immers voor zorgen dat de uitvoering van het beleid, ook als dat een aanpassing van het omgevingsplan, de omgevingsverordening of de waterschapsverordening betreft, bij het uitvoerende orgaan neergelegd wordt. Ook vanuit het oogpunt van efficiency kan delegatie wenselijk zijn.'*²³ Hoewel snelheid en efficiëntie van wetgeving en de uitvoering daarvan het hier van het belang van democratische legitimiteit lijken te hebben gewonnen, is het echter uiteindelijk aan de democratisch gelegitimeerde organen zelf om te bepalen of wordt overgegaan tot delegatie van regelgevende bevoegdheden en vervolgens in het delegatiebesluit eventueel grenzen en voorwaarden aan de gedelegeerde bevoegdheid te stellen. Daarnaast kan het delegerende orgaan beleidsregels vaststellen over de gedelegeerde bevoegdheid.²⁴ De decentrale democratisch gelegitimeerde organen zijn hierdoor zelf de hoeders van de democratie.

Waar de gemeenteraad bij het delegeren van de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het omgevingsplan nog zelf de touwtjes in handen heeft, doordat zij zelf kan bepalen of en onder welke voorwaarden tot delegatie wordt overgegaan, is dat bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor activiteiten die in strijd zijn met het omgevingsplan onder de Omgevingswet anders.²⁵ De bevoegdheid van het democratisch gelegiti-

15. Onder het huidige regime is Provinciale Staten op grond van art. 3.26 Wro bevoegd gezag, waar dat onder de Omgevingswet Gedeputeerde Staten is (art. 5.44 Ow). In het oog moet worden gehouden dat het tevens mogelijk is dergelijke projecten te verwezenlijken middels het verlenen van een omgevingsvergunning voor afwijken waarvoor Gedeputeerde Staten bevoegd gezag is (art. 3.1 sub b Bor (Besluit omge-

vingsrecht)). Ook ten aanzien van deze bevoegdheid wordt de rol van het algemeen bestuur echter ingeperkt, nu de onder het huidige regime van Provinciale Staten verlangde verklaring van geen bedenkingen (art. 6.5 lid 4 Bor) met de Omgevingswet komt te vervallen. Ten aanzien van de waterschappen is onder het huidige regime het algemeen waterschapsbestuur bevoegd gezag (art. 5.4 Wtw (Waterwet)) en art. 56

jo. art. 77 Wschw (Waterschapswet)). Onder de Omgevingswet is dat het dagelijks bestuur (art. 5.44 lid 1 Ow).
16. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 510-512.
17. Idem, p. 48.
18. Art. 2.8 Ow.
19. ABRvS 15 februari 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AH6679.
20. Kamerstukken II 2002/03, 28916, 3,

p. 93.
21. Idem, p. 96.
22. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 403.
23. Idem.
24. Idem en art. 4:81 lid 1 Awb.
25. Zie art. 5.1 lid 1 onder a Ow.

Het gevolg van het weinig beperkende karakter van deze gronden is dat het decentralisatiebeginsel kan worden aangetast, doordat de provincie en het Rijk zichzelf tot machtig speler kunnen maken in de Omgevingswet

meerde algemeen bestuur wordt op dit terrein stevig ingeperkt. Onder het huidige stelsel kan een dergelijke afwijkingvergunning door het bevoegd gezag (het college) uitsluitend worden verleend met instemming van de gemeenteraad in de vorm van een verklaring van geen bedenkingen.²⁶ Onder de Omgevingswet wordt dit instemmingsrecht verruild voor een adviesrecht.²⁷ De MvT stelt dat de betrokkenheid van de gemeenteraad bij het verlenen van een afwijkingvergunning in de vorm van een verklaring van geen bedenkingen niet wordt overgenomen in de Omgevingswet om de procedure voor deze afwijkingvergunningen te flexibiliseren en te versnellen.²⁸ Wederom wint hier dus het belang van snelheid en efficiëntie van het belang van betrokkenheid van een democratisch gelegitimeerd orgaan bij het nemen van beslissingen waarbij zwaarwegende belangen in het geding kunnen zijn. De algemene controle-instrumenten die de gemeenteraad op grond van de Gemeentewet heeft, zoals bijvoorbeeld het inlichtingenrecht, zullen daarom in dit kader nog belangrijker worden dan voorheen.

2. Een territoriale verschuiving van bevoegdheden

Niet enkel brengt de Omgevingswet een verschuiving van bevoegdheden binnen een en hetzelfde overheidslichaam met zich mee, maar tevens is sprake van een territoriale verschuiving van bevoegdheden tussen gelijkwaardige overheidslichamen. Zo kan onder de Omgevingswet het ene openbaar lichaam besluiten nemen die tevens het territorium van een ander openbaar lichaam raken. Dat zien we bijvoorbeeld bij de bevoegdheid tot het nemen van projectbesluiten, zoals in par. 1.2 aan bod is gekomen. Ten aanzien van deze bevoegdheid kiest de Omgevingswet voor het 'in hoofdzaak-criterium', hetgeen erop neerkomt dat bij provinciegrensoverschrijdende projecten de provincie waar het project in hoofdzaak wordt uitgevoerd bevoegd gezag is.²⁹ Deze provincie kan de andere betrokken provincies dan ook binden aan besluiten die zonder hun medewerking tot stand zijn gekomen. Hetzelfde geldt wanneer het waterschapsbestuur bevoegd gezag is.³⁰

De zeggenschap van andere betrokken provincies bij grensoverschrijdende projecten wordt met de Omgevingswet dan ook teruggedrongen, terwijl aan de provincie waar een project in hoofdzaak wordt uitgevoerd meer bevoegdheden worden toegekend op dit gebied dan voorheen. In de MvT is echter niks opgemerkt over deze territoriale verschuiving en is evenmin ingegaan op de gevolgen hiervan voor de onderlinge verstandhouding tussen provincies.

3. Een verticale verschuiving van bevoegdheden?

Naast een verschuiving van bevoegdheden binnen én tussen gelijkwaardige overheidslichamen, is mogelijk tevens sprake van een verticale verschuiving van bevoegdheden. Van belang in dit kader is of sprake is van een voldoende afbakening van bevoegdheden tussen de verschillende overheidsniveaus. Een gebrek aan een dergelijke duidelijke afbakening kan niet enkel leiden tot een verticale bevoegdhedenverschuiving, maar kan daarnaast tevens op gespannen voet komen te staan met het subsidiariteitsbeginsel en het beginsel van verticale machtenscheiding.

Uitgangspunt onder de Omgevingswet is dat de integrale overheidszorg voor de fysieke leefomgeving in eerste instantie bij de gemeenten ligt; ook wel getypeerd als het beginsel van subsidiariteit. Dit is vastgelegd in artikel 2.3 lid 1 Ow, waarmee het principe 'decentraal, tenzij' wettelijk is verankerd. Omdat ook de hogere overheden de algemene plicht hebben om zorg voor de fysieke leefomgeving te dragen (artikel 1.6 Ow), is het van belang dat bevoegdheidsuitoefening door deze hogere overheden wordt afgebakend. Door deze algemene zorgplicht ontstaat namelijk het risico dat op de verschillende bestuursniveaus overlappende of zelfs tegenstrijdige beleidsdoelstellingen worden geformuleerd waardoor een onoverzichtelijk doolhof van taken en verantwoordelijkheden ontstaat.³¹ Daarnaast kan het ontbreken van een duidelijke afbakening het uitgangspunt van decentralisatie onder druk zetten.

'Hogere' overheden hebben op grond van de Omgevingswet niet alleen de bevoegdheid om zelf activiteiten in de fysieke leefomgeving te reguleren, maar ook om regulering op het niveau van de gemeente te sturen door onder andere gebruik te maken van het instrument van instructies en instructieregels.³² Ook in dit kader is het van belang dat de Omgevingswet voldoende juridische waarborgen biedt tegen al te lichtvaardige inbreuken op het decentralisatiebeginsel.

In het tweede en derde lid van artikel 2.3 wordt de uitoefening van taken en bevoegdheden door provincies en het Rijk enigszins begrensd. Bevoegdheden kunnen volgens artikel 2.3 alleen worden uitgeoefend wanneer er sprake is van een provinciaal respectievelijk nationaal belang én dat belang niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur kan worden behartigd (sub a); of wanneer deze bevoegdheidsuitoefening noodzakelijk is voor een doelmatige of doeltreffende uitoefening van de taken en bevoegdheden krachtens de Omgevingswet (of de uitvoering van een internationaal-rechtelijke verplichting) (sub b). In de Omgevingswet wordt in verschillende artikelen (zie bijvoorbeeld artikelen 2.22, 4.3 en 5.10) bepaald dat deze begrenzing in acht moet worden genomen.³³

Men kan zich afvragen of deze begrenzing wel voldoende sturend en concreet is. Wanneer is immers sprake van een provinciaal of nationaal belang?

De MvT poogt enkele handvatten te geven, maar een heldere uiteenzetting van deze begrippen blijft uit.³⁴ Hoewel het bestuursorgaan moet motiveren dat van een dergelijk belang sprake is, ontstaat door het ontbreken van duidelijke handvatten het risico van een te ruimhartig gebruik van de rechtvaardigingsgronden voor optreden door de hogere overheden en het steeds verder oprekken hiervan. Daarnaast laat onderdeel b voor de hogere bestuurslichamen veel ruimte voor interventie nu hier slechts aan één voorwaarde moet worden voldaan en niet

Deze omslag van autonomie naar medebewind brengt niet alleen een beperking van de autonome verordeningsruimte met zich mee maar tevens dat de (lichte) taakverwaarlozingsregeling zoals neergelegd in artikel 124 Gemeentewet toepassing kan vinden

hoeft te worden aangetoond dat de taak of bevoegdheid niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur kan worden behartigd, zoals bij onderdeel a wel degelijk het geval is. Ook ontbreken indicaties wanneer bevoegdheidsuitoefening op provinciaal of Rijksniveau noodzakelijk is voor de doelmatige of doeltreffende uitoefening van de taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet. Tot slot is het opvallend dat bij onderdeel a wordt gesproken over een doelmatige en doeltreffende bevoegdheidsuitoefening, terwijl deze onderdelen bij onderdeel b niet cumulatief zijn, waardoor deze rechtvaardigingsgrond nog ruimer is.

Het gevolg van het weinig beperkende karakter van deze gronden is dat het decentralisatiebeginsel kan worden aangetast, doordat de provincie en het Rijk zichzelf tot machtig speler kunnen maken in de Omgevingswet.

26. Art. 2.27 lid 1 Wabo en art. 6.5 lid 1 Bor.

27. Zie art. 16.15 & 16.15a sub b onder 1 Ow.

28. *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 212.

29. Art. 5.44 lid 4 Ow.

30. Volgens art. 16.72 lid 1 Ow behoeft

een door het dagelijks bestuur van het waterschap genomen projectbesluit dat ziet op meer provincies, goedkeuring van Gedeputeerde Staten van de provincie waar het project in hoofdzaak zal worden uitgeoefend. Onder het huidige regime is dit anders, nu art. 5.7 lid 2 Wtw stelt dat 'indien het een waterstaatswerk betreft dat

Zo is in artikel 4.3 een veelomvattende lijst van onderwerpen opgenomen, ten aanzien waarvan de regering de bevoegdheid heeft dan wel verplicht is om bij AMvB regels te stellen. Hoewel lid 4 artikel 2.3 lid 3 van toepassing verklaart, is van een echte begrenzing nauwelijks sprake. Het staat het Rijk op grond van deze gronden immers vrij om rijksregels vast te stellen indien zij dit nodig acht voor een doelmatige of doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden krachtens de Omgevingswet, zonder daarbij aan te hoeven tonen dat dergelijke regulering zich niet leent voor totstandkoming op gemeentelijk niveau. Het Rijk is blijkens de consultatieversies van de AMvB's hiermee redelijk terughoudend geweest, maar dat kan veranderen. In dat geval biedt de formele wet weinig waarborgen tegen centraliserende tendensen. Voor de bevoegdheid tot het geven van instructies en het vaststellen van instructieregels ten aanzien van lagere overheden, geldt hetzelfde.

Doordat de provincies en het Rijk de gemeente(n) van bovenaf kunnen aansturen met deze instrumenten, zal bij een overmatig gebruik hiervan een verticale verschuiving van bevoegdheden plaatsvinden waardoor het decentralisatiebeginsel en de verticale machtenscheiding kunnen worden aangetast. Voornamelijk van belang in dit kader is hoe de provincies invulling zullen geven aan hun bevoegdheden. Dat is nog niet duidelijk en kan natuurlijk ook per provincie verschillen.

De rechtvaardigingsgronden voor ingrijpen door hogere overheidsorganen geven niet alleen weinig aanknopingspunten voor toepassing door de hogere bestuursorganen zelf, maar evenmin voor rechterlijke toetsing achteraf. Het is niet aan de bestuursrechter om te bepalen of aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan, maar aan het bestuursorgaan zelf. De rechter kan daarom slechts toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat het gerechtvaardigd was de betrokken bevoegdheid op het hogere bestuursniveau uit te oefenen.³⁵ Deze terughoudende toetsing maakt het voor de bestuursrechter lastig om te beoordelen of de provincie of het Rijk wellicht buiten haar bevoegdheid is getreden. Dit gebrek aan sturing achteraf roept het risico van een 'deresponsabel' bestuur in het leven waardoor het subsidiariteitsbeginsel uiteindelijk tot dode letter wordt.

4. Een verschuiving van autonomie naar medebewind

Tot slot is onder de Omgevingswet een verschuiving van autonomie naar medebewind zichtbaar voor wat betreft de bevoegdheid tot het vaststellen van regels omtrent de fysieke leefomgeving. De raad heeft op grond van artikel 147 Gemeentewet (Gemw) de autonome bevoegdheid bij

in meer dan één provincie is gelegen, gedeputeerde staten van de desbetreffende provincies bij overeenstemmende besluiten kunnen bepalen dat Gedeputeerde Staten van de provincie waarin het waterstaatswerk in hoofdzaak is gelegen, belast zijn met de goedkeuring van het projectplan.'

31. D. Korsche, 'Het subsidiariteitsvereiste in

de Omgevingswet', *Gst.* 2016/62.

32. Idem.

33. *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 399.

34. Idem, p. 102-103 en p. 399-401.

35. D. Korsche, 'Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet', *Gst.* 2016/62.

verordening dergelijke aspecten te reguleren. In de afgelopen jaren heeft de raad ook zeker van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. Zo zijn er in de algemene plaatselijke verordeningen van gemeenten vele regels te vinden met betrekking tot bijvoorbeeld lucht, natuur en cultureel erfgoed en hebben gemeenten vaak tevens afzonderlijke regelingen die zien op de fysieke leefomgeving, zoals bijvoorbeeld een ligplaats- en kapverordening. Onder de Omgevingswet bestaat het streven deze regels te bundelen in één omgevingsplan.³⁶ Artikel 2.4 bevestigt dit door te stellen dat de gemeenteraad één omgevingsplan vaststelt waarin regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen. Hierbij kan worden gedacht aan algemene regels met betrekking tot de fysieke leefomgeving (artikel 4.1 lid 1 Ow) oftewel: regels over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving en regels die voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties nodig zijn (artikel 4.2 lid 1 Ow). Het betreft in dit kader veelal regels die thans zijn verspreid over de verschillende gemeentelijke verordeningen en bestemmingsplannen en vaak slechts één onderwerp of deelgebied beslaan. Zo kennen gemeenten vaak op zijn minst tientallen bestemmingsplannen en andere verordeningen die zien op de fysieke leefomgeving.³⁷ Voor wat betreft de bevoegdheid tot het opstellen van dit omgevingsplan wordt de gemeenteraad door de formele wetgever in medebewind geroepen. Artikel 2.4 Ow is immers imperatief geformuleerd. Wel betreft het hier een vrije vorm van medebewind doordat de enige begrenzing is dat het omgevingsplan regels omtrent 'de fysieke leefomgeving' moet bevatten. Nu het omgevingsplan alle relevante regels omtrent de fysieke leefomgeving dient te omvatten, heeft de raad in beginsel ten aanzien van deze materie geen autonome verordeningbevoegdheid meer: zij zal in medebewind (oftewel verplicht) relevante regelgeving aangaande de fysieke leefomgeving tot stand moeten brengen en in het omgevingsplan moeten opnemen.³⁸

Deze omslag van autonomie naar medebewind brengt niet alleen een beperking van de autonome verordeningruimte met zich mee, hetgeen gevolgen heeft voor de gemeentelijke sturingsruimte, maar tevens dat de (lichte) taakverwaarlozingsregeling zoals neergelegd in artikel 124 Gemw toepassing kan vinden. Hierdoor kan, indien de gemeenteraad nalaat bepaalde regels te stellen met betrekking tot de fysieke leefomgeving, Gedeputeerde Staten in deze bevoegdheid voorzien, waarmee nog meer in de gemeentelijke sturingsruimte wordt getreden. Voorheen was dit niet het geval doordat de taakverwaarlozingsregeling enkel toepassing vindt ten aanzien van in medebewind gevorderde bevoegdheden.

Opgemerkt dient te worden dat het feit dat een deel van de thans geldende gemeentelijke verordeningbepalingen deel zal gaan uitmaken van het omgevingsplan, tevens een verandering met zich meebrengt voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van deze bepalingen. Thans staat tegen verordeningbepalingen namelijk geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open op grond van artikel 8:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb), gezien het feit dat het hier algemeen verbindende voorschriften betreft. Doordat tegen een omgevingsplan wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat en er

hierbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten regels (appellabele en niet-appellabele regels) komt ook tegen deze van het omgevingsplan deel gaan uitmakende bepalingen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open te staan. Hiermee wordt dan ook afgeweken van de generieke lijn van de Awb over appellabiliteit van algemeen verbindende voorschriften.³⁹

Opvallend in dit kader is dat tegen gelijkwaardige algemene regels van het Rijk, de provincie en het waterschap geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open komt te staan.

5. Afsluiting

Zoals in deze bijdrage is gebleken, brengt de Omgevingswet een aantal constitutioneelrechtelijke verschuivingen met zich mee. Wij vragen ons af of de (staatsrechtelijke) gevolgen van deze verschuivingen voldoende zijn doordacht.

Raadpleging van de parlementaire geschiedenis van de Omgevingswet leert dat bij de voorbereiding van deze wet met name aandacht is besteed aan flexibiliteit, slagvaardigheid en snelheid van de betrokken regelgeving. Belangrijke constitutioneelrechtelijke aspecten lijken het hierdoor te hebben moeten ontgelden.

Aan sommige verschuivingen worden in het geheel geen woorden gewijd. Zo is niet ingegaan op de gevolgen van de territoriale bevoegdhedenverschuiving, ondanks de mogelijke consequenties hiervan voor de onderlinge verstandhouding tussen provincies. Hetzelfde geldt ten aanzien van de verschuiving van autonomie naar medebewind, welke verschuiving gevolgen heeft voor de gemeentelijke sturingsruimte en daarmee mogelijk tevens voor het subsidiariteitsbeginsel.

Ten aanzien van andere verschuivingen, zoals de horizontale en verticale bevoegdhedenverschuiving, wordt wel ingegaan op de consequenties. Het staatsrechtelijk perspectief blijft in dit kader echter onderbelicht.

Wellicht is het zo dat in deze veranderende tijd belangen als snelheid, slagvaardigheid en flexibiliteit van de betrokken regelgeving meer gewicht in de schaal leggen dan belangrijke constitutioneelrechtelijke noties als democratische legitimatie en (verticale) machtenscheiding en we ons dan ook in een transitie van wetgeving bevinden. Wel menen wij dat het van belang is alert te zijn op de constitutioneelrechtelijke implicaties van de Omgevingswet in het specifiek en de wet in het algemeen. Te vaak worden dergelijke constitutioneelrechtelijke noties namelijk als blokkades op de weg naar het te realiseren doel gezien, waardoor zonder slag of stoot aan deze noties voorbij wordt gegaan. Dat deze noties elementen vormen van rechtsstatelijkheid, lijkt daarbij gemakshalve te worden vergeten. Het is echter niet zonder reden geweest dat de grondwetgever heeft besloten dat parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van regelgeving in beginsel uitgangspunt dient te zijn en zowel een horizontale als verticale machtenscheiding is aangebracht. Het is dan ook zaak deze noties in het oog te houden en aandacht te besteden aan het feit dat sommige ontwikkelingen niet ten goede zullen komen aan deze noties. Zo is een verschuiving van regulering bij formele wet naar AMvB wellicht wenselijk vanuit het oogpunt van snelheid en efficiëntie, maar kan een derge-

lijke verschuiving wel gevolgen hebben voor het machtscheidings-principe en het democratiebeginsel. Uiteraard is het zo dat het belang van snelheid en het belang van efficiëntie ook te respecteren belangen zijn en dat daardoor een dergelijke verschuiving soms als gewenst

Het is zaak de betrokken bestuursorganen te wijzen op de consequenties van de gemaakte keuze(s), de hiermee samenhangende verandering in onderlinge verhoudingen en de in dit kader van hen verlangde rol

kan worden gezien. Echter, een zodanige keuze dient slechts te worden gemaakt na een volledige overweging van de consequenties hiervan voor de rechtsstatelijkheid. Door onvoldoende aandacht te besteden aan de

constitutioneelrechtelijke gevolgen van dergelijke ontwikkelingen, kunnen (en zullen) deze belangrijke noties op den duur worden aangetast.

Door het in kaart brengen van de consequenties kan niet enkel zicht worden verkregen op de eventuele (on)wenselijkheid van beoogde ontwikkelingen voor wat betreft de rechtsstatelijkheid, maar kan tevens worden gepoogd de hiermee gepaard gaande nadelen te onderwerpen. Zo vergt de verschuiving van het democratisch gelegitimeerde algemeen bestuur naar de executieve macht, die zowel op rijksniveau als op lokaal niveau zichtbaar is, een cultuuromslag bij het algemeen bestuur, waarbij meer dan voorheen moet worden ingezet op controle om een serieus tegengewicht te bieden aan de executieve macht. Door een dergelijke intensivering van controle kan de uit evenwicht gebrachte balans mogelijk weer worden hersteld. Het is dan ook zaak de betrokken bestuursorganen te wijzen op de consequenties van de gemaakte keuze(s), de hiermee samenhangende verandering in onderlinge verhoudingen en de in dit kader van hen verlangde rol.

Het valt te hopen dat bij de parlementaire behandeling van de Invoeringswet niet aan deze constitutioneelrechtelijke noties voorbij zal worden gegaan en zal worden ingegaan op (het ondervangen van) de consequenties van de gemaakte keuzes. Het recente nieuws dat de Omgevingswet naar het Ministerie van Binnenlandse Zaken & Koninkrijksrelaties verhuist, zorgt hopelijk in de toekomst voor een scherpere blik van de regering (en Staten-Generaal) op de constitutioneelrechtelijke aspecten van deze wet. •

36. *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3*, p. 88.

37. *Idem*.

38. Dit moet enigszins worden genuanceerd. Op grond van art. 2.7 Ow kan namelijk bij AMvB worden bepaald dat

bepaalde regels omtrent de fysieke leefomgeving niet (of juist wel) in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Wanneer dit het geval is blijft de bevoegdheid bestaan deze materie bij verordening te reguleren. In dit kader kan het echter niet

regels aangaande de evenwichtige toedeling van functies aan locaties betreffen, gezien het imperatieve karakter van art. 4.2 Ow. Zie hierover uitgebreider: J. Struiksma, 'Verordeningsbepalingen in het omgevingsplan', *TBR 2017/21* en F.A.G. Groothuijse &

R. Kegge, 'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?', *Preadviezen VBR 2017*, nr. 45, p. 12 e.v.

39. *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3*, p. 91-92.