

# Notitie Invoeringswet Omgevingswet ten behoeve van de Eerste Kamer Commissie IWO

Mr. dr. F.A.G. Groothuijse, 12 april 2019

## 1. Inleiding

In deze korte notitie zal ik ingaan op belangrijke juridische knelpunten die ik zie in het wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet, zoals deze aan de Eerste Kamer is voorgelegd.<sup>1</sup> De Invoeringswet vult de Omgevingswet aan, wijzigt deze op onderdelen en voorziet in de intrekking van thans geldende regelgeving en in overgangsrecht. Aangezien de Omgevingswet een veelheid aan specifieke onderwerpen regelt, zal ik me conform het verzoek van de Commissie IWO daarbij concentreren op de constitutionele aspecten, meer in het bijzonder op de verhouding tussen wet en lagere regelgeving en decentralisatie. Ik zal daarbij alleen inhoudelijk ingaan op de specifieke onderdelen die in het wetsvoorstel worden geregeld, voor zover dat voor het inzichtelijk maken van de constitutionele knelpunten nodig is. Indien er op specifieke onderdelen vragen zijn of behoefte is aan (nadere) duiding, dan ben ik te allen tijde bereid om mijn licht daarover te laten schijnen.

In deze notitie komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan de orde:

- Wetgever/regering: delegatie van regelgevende bevoegdheid (paragraaf 2);
- Decentralisatie (paragraaf 3);
- De positie van de rechter (paragraaf 4).

De te bespreken juridische constitutionele knelpunten zijn niet altijd los te zien van de keuzes die in de Omgevingswet<sup>2</sup> en de vastgestelde amvb's reeds zijn gemaakt.<sup>3</sup>

## 2. Delegatie van regelgevende bevoegdheid door de wetgever

### 2.1 Opmerkingen in algemene zin

De regering heeft met de Omgevingswet (hierna ook: Ow) en het daarbij gehanteerde delegatiebeleid uitdrukkelijk gekozen voor een kaderwet, die de hoofdelementen, ordenende en structurerende elementen bevat, maar waarbij de materiële normstelling wordt uitgewerkt in amvb's. Die keuze is gemaakt om het stelsel toekomstbestendig en flexibel te maken snel te kunnen inspelen op veranderende ontwikkelingen in samenleving. De Afdeling Advisering van Raad van State heeft reeds zeer kritische kanttekeningen geplaatst bij de constitutioneelrechtelijke uitgangspunten van het delegatiebeleid dat bij de Omgevingswet is gehanteerd.<sup>4</sup> In de kern komt die kritiek erop neer dat door de veelvuldige en vergaande delegatie van de regelgevende bevoegdheid, waarbij essentiële normen en zorgvuldige begrenzing van die bevoegdheid in de wet ontbreken, onvoldoende recht doen aan het primaat van de wetgever en de daarmee samenhangende democratische legitimatie van regelgeving.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> De twee nota's van wijziging (*Kamerstukken II* 2018/19, 34 986, nr. 8) en *Kamerstukken II*, 2018/19, 34 986, nr. 9) zijn bij deze notitie betrokken.

<sup>2</sup> *Stb.* 2016, 156.

<sup>3</sup> De op de Omgevingswet gebaseerde amvb's: het Omgevingsbesluit (*Stb.* 2018, 290), Besluit kwaliteitseisen leefomgeving (*Stb.* 2018, 292), Besluit activiteiten leefomgeving (*Stb.* 2018, 293) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (*Stb.* 2018, 291) zijn op 3 juli 2018 in het Staatsblad gepubliceerd en zullen door het Invoeringsbesluit worden gewijzigd.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 17 en 33-34 en het jaarverslag Raad van State 2014, p. 50. Die kritiek heeft Afdeling Advisering herhaald in haar jaarverslagen van 2015 (p. 14), 2016 (p. 48) en 2018 (p. 23-24). De kritiek is overigens niet nieuw. Al in 2006 heeft de Afdeling Advisering in haar jaarverslag bedenkingen geuit tegen het fenomeen 'kaderwetgeving', waaraan vrijwel iedere materiele norm ontbreekt. De veel genoemde argumenten 'flexibiliteit en maatwerk' rechtvaardigen niet dat de wet verwordt tot een gewoon beleidsinstrument. Kaderwetten bieden volgens de Afdeling Advisering de burger geen bescherming tegen de overheid, omdat inhoudelijke normstelling ontbreekt. Zie jaarverslag Raad van State 2006, p. 57.

<sup>5</sup> De rechtszekerheid van het stelsel kan daardoor ook onder druk komen te staan, maar daar zal in deze notitie verder niet op in worden gaan. De Afdeling Advisering heeft op dat punt zorgen geuit. Zie: *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 32 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 9.

Het primaat van wetgever houdt in dat de wetgever in ieder geval de voornaamste bepalingen of hoofdelementen zelf vaststelt.<sup>6</sup>

Er is verschil van mening mogelijk over wat onder de voornaamste bepalingen of hoofdelementen van een wet moet worden verstaan. Dat geldt ook voor de vraag of de klassieke uitleg van het rechtstatelijke uitgangspunt 'primaat van de wetgever' nog wel bij de huidige tijd past, waarin ontwikkelingen snel gaan en de behoefte bestaat om in de regelgeving daarvoor de ruimte te geven en om daarop snel en slagvaardig te kunnen inspelen.<sup>7</sup> Daarnaast kan nog verschillend worden gedacht over de eis dat delegatie van regelgevende bevoegdheid in de wet *zo concreet en nauwkeurig* mogelijk wordt begrensd.<sup>8</sup> Daarbij kan worden gedacht aan het concretiseren van de omstandigheden waarin van de gedelegeerde bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, van de te regelen onderwerpen en van de doeleinden waartoe zij mag worden gebruikt.<sup>9</sup> Deze verschillen van mening zijn mogelijk, omdat er geen rechter is die de wet in formele zin kan toetsen aan de eisen die Aanwijzingen voor de regelgeving of constitutionele uitgangspunten. Daar gaat de wetgever zelf over, waarbij de Eerste Kamer een bijzondere verantwoordelijkheid heeft om erop toe te zien dat in wetten de constitutionele uitgangspunten worden gewaarborgd.

Dat er verschillend wordt gedacht over de waarde en/of uitleg van deze constitutioneelrechtelijke uitgangspunten komt duidelijk naar voren in het Advies van de Afdeling Advisering en het Nader Rapport over het wetsvoorstel.<sup>10</sup> Waar de Afdeling Advisering veel waarde hecht aan de bovengenoemde constitutionele uitgangspunten, hecht de regering meer waarde aan pragmatisme, snelheid, flexibiliteit en eenvoud van regelgeving.<sup>11</sup> Ondanks dat de Afdeling en de regering oorspronkelijk een ander gewicht aan de constitutioneelrechtelijke uitgangspunt toekennen, is de regering wel (gedeeltelijk) toegekomen aan de kritiek van de Afdeling. Zo is de delegatie van de regelgevende bevoegdheid naar aanleiding van het advies in bepaalde gevallen nader begrensd en is meer sturing gegeven aan de materiële normstelling die daarin plaatsvindt. Ook is voorzien in een lichte voorhangprocedure voor de meeste amvb's.<sup>12</sup> Indien de ontwerp-amvb omgevingswaarden bevat kan de Eerste Kamer en/of de Tweede Kamer eisen dat de omgevingswaarden bij wet worden vastgesteld.<sup>13</sup>

Ofschoon de regering deels tegemoet is gekomen aan de kritiek van de Afdeling Advisering op dit punt, staat de wijze waarop de Omgevingswet de regelgevende bevoegdheid delegeert naar mijn mening op bepaalde punten nog steeds op gespannen voet met de bovengenoemde constitutionele uitgangspunten. Echter, zoals ik eerder opmerkte, kan men daarover van mening verschillen. Het oordeel van de wetgever is uiteindelijk het enige oordeel dat ertoe doet. Ik zal hierna op een aantal in mijn ogen belangrijke en onderbelichte knelpunten ingaan in het licht van de delegatie van regelgevende bevoegdheid door de wetgever. Deze knelpunten betreffen:

- waarborgen voor delegatie van de regelgevende bevoegdheid in de wet;
- het subsidiariteitsvereiste;
- de risico's voor de regelgevende bevoegdheid van het waterschap;

---

<sup>6</sup> Zie ook aanwijzing 2.19 van de Aanwijzing voor de regelgeving. Zie ook Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatuitgeverij 1985.

<sup>7</sup> L.F.M. Verhey en C.S. Aal, Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning, *Regelmaat* 2017/4, p. 241-268. Ook de Afdeling Advisering wijst in haar jaarverslag van 2016 op dat wetgeving steeds sneller lijkt te worden achterhaald. Zie Jaarverslag Raad van State 2016, p. 45.

<sup>8</sup> Zie aanwijzing 2.23 Ar.

<sup>9</sup> Toelichting aanwijzing 2.23 Ar.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 4.

<sup>11</sup> Zie ook L.F.M. Verhey en C.S. Aal, Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning, *Regelmaat* 2017/4, p. 241-268 en R.A.J. van Gestel, Kaderwetgeving en de verstrooiing van de wetgevende macht, *Regelmaat* 2012/3, p. 155

<sup>12</sup> Art. 23.5 lid 1 Ow. De lichte voorhang houdt in dat een voorontwerp van een amvb aan beide kamers van de Staten Generaal wordt overlegd alvorens deze voorgedragen. De Afdeling Advisering heeft er overigens in een voorlichting over boorhangprocedures op gewezen dat het niet de bedoeling is om voorhangprocedures te gebruiken als correctie voor (te) ruime delegatie. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123, VI, L Aanwijzing 2.35 Ar, en L.F.M. Verhey en C.S. Aal, Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning, *Regelmaat* 2017/4, p. 258. Al is de dagelijkse wetgevingspraktijk anders volgens Borman in: T.C. Borman, Het ambacht. Voorhangprocedures voor inwerkingtredingsbesluiten: een staatsrechtelijk gedrocht?, *Regelmaat* 2015/6, p. 459-475.

<sup>13</sup> Art. 23.5 lid 2 Ow.

- de bijzonderheid van voorhang inwerkingtredingsbesluit; en
- experimenteerbepaling.

## 2.2 Waarborgen voor delegatie van de regelgevende bevoegdheid in de wet

In algemene zin kan worden opgemerkt dat niet alleen van belang is of met de Omgevingswet en de huidige amvb's de maatschappelijke doelstellingen van de wet en de verbeterdoelstellingen worden bereikt,<sup>14</sup> maar belangrijker nog is of de wet voldoende waarborgen biedt tegen toekomstige wijzigingen van amvb's die deze doelstellingen in gevaar kunnen brengen en waar het parlement weinig juridisch controle op heeft. Vanwege de vele delegatiemogelijkheden en de ruime begrenzing daarvan, kunnen bij amvb ook wezenlijk andere keuzes worden gemaakt dan in de huidige amvb's over onder meer de materiële normstelling<sup>15</sup> en het overheidsniveau waarop die normstelling plaatsvindt. Daarbij is van belang dat de specifieke doelen met het oog waarop bij amvb regels kunnen worden gesteld nog steeds zeer ruim omschreven zijn en de materiele normstelling binnen dat ruime doel niet wordt gestuurd.<sup>16</sup> Ook speelt het veelvuldig bediscussieerde en bekritiseerde subsidiariteitsvereiste, in het bijzonder het begrenzende vermogen daarvan, daarbij een belangrijke rol.

## 2.3 Subsidiariteitsvereiste

Het subsidiariteitsvereiste, dat ook van toepassing is voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid van art. 4.3 Ow op grond waarvan rechtstreeks burgers bindende bepalingen kunnen worden vastgesteld, is in mijn ogen onvoldoende bepaald om te kunnen fungeren als begrenzing van de delegatie van de regelgevende bevoegdheid.<sup>17</sup> Op grond van art. 2.3 lid 3 sub b Ow kan deze regelgevende bevoegdheid namelijk worden uitgeoefend als dat *nodig is voor doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van deze wet* of de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting. Vooral deze (hiervoor gecursiveerd weergegeven) grond geeft naar mijn oordeel weinig sturing aan de regelgevende bevoegdheid, omdat onduidelijk is wat daar precies onder moet worden verstaan en om welke taken en bevoegdheden het in het concrete geval gaat.<sup>18</sup>

De regering heeft met de begrenzing in sub b willen aansluiten bij het criterium van art. 117 lid 2 Gemeentewet en art. 115 lid 2 Provinciewet.<sup>19</sup> Deze bepalingen hebben echter niet het doel om de delegatie van de regelgevende bevoegdheid te begrenzen, maar om de gemeentelijke autonomie te beschermen, en zijn daar ook niet geschikt voor. Volgens Kortmann is art. 117 lid 2 Gemeentewet slechts symbolisch van aard. Het daarin gebezigde criterium nodigt volgens hem uit tot doelredeneringen: 'Veelal wordt met aplomb beweerd dat veranderingen voorgesteld worden ter verbetering van de *doelmatigheid en doeltreffendheid*, waarmee de vraag naar juistheid van die stelling ontgaan wordt. Het gaat dan om apodictische standpunten die nodig zijn om het beoogde te motiveren.'<sup>20</sup> De beantwoording van de vraag naar de draagkracht van de motivering en het oordeel of aan het criterium wordt voldaan, zal ter beoordeling zijn van de desbetreffende wetgever.

<sup>14</sup> De Afdeling Advisering ziet overigens ook met de huidige amvb's vanwege o.m. de verregaande mate van flexibiliteit wezenlijke risico's voor het bereiken van deze doelstellingen. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 8-9.

<sup>15</sup> Als argument voor delegatie van materiele normstelling wordt de Europese aard van die normstelling aangevoerd. Dat argument is valide indien er geen afwijking van de Europese norm mogelijk is. Echter, veel normen uit EU-milieurichtlijnen zijn minimumnormen, zodat een lidstaat ook strengere normen kan vaststellen. Die beleidskeuze wordt door delegatie van deze normstelling aan het parlement onttrokken. Zij het dat er voor amvb's waarin deze normen (omgevingswaarden) worden gesteld wel een verzwaarde voorhang geldt, zodat de Eerste Kamer en de Tweede Kamer kunnen eisen dat de normen bij wet worden vastgesteld (art. 23.5 lid 2 Ow).

<sup>16</sup> Ook in het Jaarverslag van de Raad van de State van 2018 wordt in op de risico's van open normen en ruime delegatiemogelijkheden gewezen (p. 20 t/m 22).

<sup>17</sup> Zie voor andere kritische kanttekeningen bij het subsidiariteitsvereiste: *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 35-38 en de daar in voetnoot 77 genoemde literatuur. Zie ook D. Korsse, Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet, *Gst.* 2016/62;

<sup>18</sup> Aangezien ook de provinciale regelgevende bevoegdheid ook door het subsidiariteitsvereiste wordt begrensd, geldt hetgeen daarover is opgemerkt *mutatis mutandis* ook daarvoor. Zie art. 4.1 lid 1 en 3 jo. art. 2.3 lid 2 sub b Ow.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 44-45.

<sup>20</sup> C.A.J.M Kortmann, De Gemeentewet en haar toepassing, art. 117 Gemeentewet, aant. 3. In vergelijkbare zin D. Korsse, Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet, *Gst.* 2016/62.

Kortom, in mijn ogen zijn art. 115 lid 2 en 117 lid 2 Gemeentewet geen bepalingen om delegatie van de regelgevende bevoegdheid in de Omgevingswet op te baseren, zeker als de wet zelf niet aangeeft met het oog op welke specifieke belangen de regelgevende bevoegdheid is gedelegeerd en deze bevoegdheid uitsluitend wordt begrensd door het subsidiariteitsvereiste van art. 2.3 lid 3 Ow. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij de aanwijzing vergunningvrije omgevingsplanactiviteiten.<sup>21</sup> Een dergelijke aanwijzing heeft namelijk tot gevolg dat de geldende omgevingsplanregels voor deze vergunningvrije activiteiten buiten werking worden gesteld onder de bij amvb te stellen voorwaarden. Bij diezelfde amvb kunnen ook gevallen worden aangewezen, waarin binnen de bij die aanwijzing aangegeven grenzen, in het omgevingsplan van die amvb kan worden afgeweken. Voor zover de amvb daartoe de bevoegdheid geeft, kunnen in een omgevingsplan vergunningvrije omgevingsplanactiviteiten dus alsnog worden gereguleerd. Men zou kunnen spreken van een ‘oneigenlijke maatwerkregelbevoegdheid’.

Met de aanwijzing van vergunningvrije omgevingsplanactiviteiten kan het Rijk de gemeentelijke omgevingsplanbevoegdheid en -regels buiten werking stellen, indien het dit noodzakelijk acht voor een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet. Deze bevoegdheid wordt in dat geval uitsluitend begrensd door het subsidiariteitsbeginsel en niet tevens door een specifiek belang, zoals dat bij de regelgevende bevoegdheden die de regering op grond van hoofdstuk 4 Ow heeft, wel het geval is. Die begrenzing is in mijn ogen echter alsnog te weinig concreet en nauwkeurig.<sup>22</sup>

Als de regelgevende bevoegdheid in de Omgevingswet eenmaal is gedelegeerd aan de regering, kan de Eerste Kamer naar aanleiding van de lichte voorhangprocedure nog maar beperkt invloed uitoefenen op de uitoefening van die bevoegdheid. Alleen ten aanzien van amvb's waarin omgevingswaarden zijn opgenomen, kan de Eerste Kamer eisen dat deze in de wet worden opgenomen.<sup>23</sup> Na de inwerkingtreding van de amvb kan alleen de rechter de uitoefening van de gedelegeerde regelgevende bevoegdheid nog controleren.<sup>24</sup>

#### **2.4 *Risico's regelgevende bevoegdheid waterschap***

De regelgevende bevoegdheid van het Rijk voor wateractiviteiten<sup>25</sup> overlapt met de regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur dat wateractiviteiten ter behartiging van de aan het waterschap opgedragen taken eveneens kan reguleren.<sup>26</sup> De doelstellingen waarop die regelgevende bevoegdheid is gericht zijn dezelfde.<sup>27</sup> Dat betekent dat de reikwijdte van de regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur afhangt van de vraag in hoeverre wateractiviteiten bij amvb (Besluit activiteiten leefomgeving) worden gereguleerd.<sup>28</sup> Bovendien kan de regering wateractiviteiten bij amvb aan een vergunningplicht onderwerpen of deze juist als vergunningvrij aanwijzen.<sup>29</sup> Beide bevoegdheden worden slechts begrensd door het subsidiariteitsvereiste van art. 2.3 lid 3 sub b Ow, waarvan ik hiervoor reeds heb betoogd dat het begrenzend vermogen daarvan te wensen overlaat. Art. 2.3 lid 3 sub a Ow speelt in de verhouding tussen waterschapbestuur en het Rijk geen rol, omdat dit slechts ziet op de verhoudingen tussen het Rijk enerzijds en provincie en gemeentebestuur anderzijds. Een subsidiariteitsvereiste dat specifiek de bevoegdheden van het waterschapsbestuur beschermt tegen rijksbemoeienis is niet in de Omgevingswet opgenomen. Kortom, de Omgevingswet biedt in mijn ogen slechts beperkte waarborgen tegen potentiële aantastingen van de regelgevende bevoegdheid van het waterschapsbestuur door de regering.

#### **2.5 *Bijzonderheid van voorhang inwerkingtredingsbesluit (go/no-go-moment)***

<sup>21</sup> Art. 5.1 lid 1 sub a jo. art. 5.2 lid 1 sub a Ow.

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld de regeling voor vergunningvrije bouwactiviteiten in 2.3.3. Bbl (Invoeringsbesluit). Die regeling kan niet worden gebaseerd op art. 4.3 jo. 4.23 Ow, omdat deze regeling niet is vastgesteld met het oog op de in art. 4.23 lid 1 Ow belangen (waarborgen van de veiligheid, beschermen van de gezondheid en bruikbaarheid en duurzaamheid).

<sup>23</sup> Art. 23.5 lid 2 Ow.

<sup>24</sup> Zie daarvoor paragraaf 4..

<sup>25</sup> Art. 4.23 lid 1 Ow en art. 2.5 jo. 4.4 jo. bijlage sub A.

<sup>26</sup> Art. 2.5 art. 4.4 Ow jo. art. 78 lid 1 Wsw.

<sup>27</sup> Zie art. 4.23 lid 1

<sup>28</sup> Art. 59 Waterschapswet.

<sup>29</sup> Art. 5.1 lid 2 Ow jo. art. 5.2 lid 1 Ow.

Op voorstel van uw commissie is met de Invoeringswet voorzien in een voorhang van het inwerkingtredings-KB van de Omgevingswet op grond waarvan beide Kamers kunnen besluiten om uiteindelijk toch niet in te stemmen met de inwerkingtreding van de Omgevingswet. Op deze wijze kunnen beide Kamers op het moment waarop alle relevante wetgeving is gepasseerd, een eindoordeel te kunnen vellen over het gehele stelsel van de Omgevingswet en de inwerkingtreding daarvan.

Hoewel een dergelijke voorziening gelet op het bijzondere en omvangrijke karakter van deze wetgevingsoperatie begrijpelijk is, is deze vanuit staatsrechtelijk oogpunt bedenkelijk.<sup>30</sup> De beide Kamers kunnen een door hen reeds aanvaard wetsvoorstel namelijk opnieuw ter discussie te stellen en er zelfs voor zorgen dat de wet überhaupt niet inwerking treedt. Borman betitelt deze voorziening als een staatsrechtelijk gedrocht:

‘Als echter duidelijk het oogmerk is om het parlement nogmaals een integrale afweging te laten maken over (een gedeelte van) een aanvaarde wet, dan is deze karakterisering (als staatsrechtelijk gedrocht, FG) niet onterecht. In die gevallen ligt het meer voor de hand om ofwel de behandeling van het wetsvoorstel op te schorten, ofwel gewoon tegen te stemmen, ofwel een motie in te dienen om bepaalde dingen gedaan te krijgen.’<sup>31</sup>

Daarbij moet ervoor worden gewaakt dat de inhoud van de huidige amvb's bij de beoordeling van de stelselherziening als uitgangspunt wordt genomen, omdat deze amvb's vanwege de ruim begrensde delegatiemogelijkheden aanzienlijk kunnen worden gewijzigd zonder dat het parlement daar zeggenschap van betekenis over heeft.

## **2.6 Experimenteerbepaling**

Met de experimenteerbepaling kan ten behoeve van experimenten bij amvb worden afgeweken van de wet in formele zin. Dat noopt vanuit constitutioneelrechtelijk oogpunt tot een terughoudend gebruik van experimenteerbepalingen, een zo concreet en nauwkeurig mogelijke begrenzing van de delegatie grondslag, een duidelijke omschrijving van doel en functie van de experimenten, een zo scherp mogelijke afbakening van het bereik en een duidelijke omschrijving van welke bepalingen of onderdelen van de wet tijdelijk kan worden afgeweken.<sup>32</sup>

In navolging van de Afdeling Advisering kan worden opgemerkt dat de experimenteerbepaling ex art. 23.3 Ow op grond waarvan bij amvb bij wijze van experiment kan worden afgeweken van de Omgevingswet, de Wet milieubeheer, de Warmtewet en de Elektriciteitswet 1998, een zeer ruim bereik heeft en nauwelijks wettelijk is begrensd. Naar aanleiding daarvan heeft de regering de bepaling enigszins aangepast, maar die aanpassing heeft niet geleid tot een nadere begrenzing van de experimenteermogelijkheden in de wet zelf. De regering is van oordeel dat een nadere begrenzing van doel, tijdsduur, locatie en wettelijke bepalingen waarvan afwijking mogelijk is, op amvb-niveau mogelijk is en ook is aangewezen om in te kunnen spelen op toekomstige ontwikkelingen. Daarmee heeft de regering het advies van de Afdeling Advisering en Aanwijzing 2.41 Ar<sup>33</sup> naast zich neergelegd. Door deze behoefte aan flexibiliteit en pragmatisme kunnen constitutioneelrechtelijke beginselen als machtscheiding, primaat van de wet en democratische legitimatie van regelgeving (wederom) in de verdrukking komen. Bovendien kan een in de wet vrijwel onbegrensde mogelijkheid om bij amvb van zeer veel wettelijke bepalingen (tijdelijk) af te wijken, de rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid, die inherent is aan experimenteerregeling, vergroten.

## **3. Decentralisatie**

---

<sup>30</sup> Invoering van een dergelijke voorziening in een wet door middel van een invoeringswet is bij mijn weten niet eerder voorgekomen. Aangezien de Omgevingswet al in het Staatsblad staat, is opschorting van het wetsvoorstel of tegen stemmen niet meer mogelijk. De voorziening zou dan ook kunnen worden gekarakteriseerd als van een noodrem die tijdens de rit van een voortdenderende trein is gemonteerd.

<sup>31</sup> T.C. Borman, Het ambacht. Voorhangprocedures voor inwerkingtredingsbesluiten: een staatsrechtelijk gedrocht?, *Regelmaat* 2015/6, p. 473-474.

<sup>32</sup> Zie Aanwijzing 2.41 Ar.

<sup>33</sup> Het kabinet verkennt in hoeverre in algemene zin meer wettelijke experimenteeruimte nodig en mogelijk is gelet op de huidige kaders voor experimentele regelgeving. Zie *Kamerstukken II*, 2017/18, 34 775-VI nr. 114.

### 3.1 Algemene delegatiebevoegdheid decentrale regels

De algemene delegatiebepaling van art. 2.8 Ow is ruimer dan de delegatiemogelijkheden ten aanzien van het vaststellen van verordeningen in organieke wetten (art. 152 lid 3 Provinciewet en art. 78 lid 1 Waterschapswet jo. art. 83 lid 2 sub e jo. lid 3 Waterschapswet) en bestemmingsplannen. De Afdeling Advisering was van oordeel dat deze onbegrensde delegatiebevoegdheid te vergaand was:

‘Het algemeen verbindende karakter van deze plannen en verordeningen, en de centrale positie die zij in het stelsel innemen, vergen een sterke democratische legitimatie van de vaststelling van deze besluiten door middel van bespreking en vaststelling door de volksvertegenwoordiging.’<sup>34</sup>

De regering heeft daarop de delegatiebevoegdheid nader begrensd tot *delen* van het omgevingsplan, de waterschapsverordening en de omgevingsverordening. De vraag is of de delegatiebevoegdheid daarmee wel voldoende begrensd is, omdat ‘een deel’ ook 99% van een verordening of omgevingsplan kan betekenen. Aangezien het hier gaat om verordenende bevoegdheden, die op grond van de organieke wet niet voor niets aan de volksvertegenwoordigende organen zijn toebedeeld en waarvan de bevoegdheid tot delegatie slechts bestaat ten aanzien van nadere onderwerpen, zou dat ervoor pleiten om de algemene delegatiebevoegdheid in de Omgevingswet in beginsel niet ruimer te begrenzen dan de delegatiebevoegdheid uit de organieke wetten.<sup>35</sup> Dat geldt in mijn ogen in het bijzonder voor de delegatiemogelijkheid van de omgevingsplanbevoegdheid.

Delegatie van de bestemmingsplanbevoegdheid is - anders dan op grond van de in art. 3.6 Wro nader begrensde uitwerkingsplicht en wijzigingsbevoegdheid – op grond van het huidige recht niet toegestaan, omdat daarin regels met een verordenend karakter worden vastgesteld over het gebruik van de grond en bebouwing. Regels die bovendien strafrechtelijk handhaafbaar zijn. Het is niet voor niets dat de totstandkoming van bestemmingsplannen met veel procedurele waarborgen is omkleed en dat er – anders dan tegen andere verordeningen – bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat.

In het stelsel van de Omgevingswet neemt het omgevingsplan nog een belangrijkere positie in dan het bestemmingsplan in het huidige omgevingsrecht. De vaststelling daarvan kan, onder meer vanwege de verruimde reikwijdte en de mogelijkheid om daarin gebodsbepalingen op te nemen, nog ingrijpender gevolgen hebben voor de burger dan de vaststelling van een bestemmingsplan, waarvan de gevolgen voor de burger doorgaans al ingrijpender zijn dan de vaststelling van een autonome gemeentelijke verordening. Uit het oogpunt van democratische legitimatie van regelgeving zou dat er wat mij betreft dan ook voor pleiten om de vrijwel onbegrensde mogelijkheid<sup>36</sup> voor de raad om de vaststelling van delen van het omgevingsplan ingevolge art. 2.8 Ow aan B&W te delegeren nader te begrenzen.

In het verlengde hiervan zou het voor de hand liggen om de mogelijkheden om het nemen van voorbereidingsbesluiten te delegeren nader te begrenzen. Een advies van de Afdeling Advisering met die strekking is niet opgevolgd.<sup>37</sup> Daartoe is te meer aanleiding vanwege de in het voorstel voor de Invoeringswet gewijzigde werking van het voorbereidingsbesluit. Op grond van die wijziging kunnen door het nemen van een voorbereidingsbesluit de regels van het omgevingsplan namelijk gedurende maximaal 1,5 jaar worden gewijzigd of buiten toepassing worden gelaten.<sup>38</sup>

De verminderde betrokkenheid van de raad bij de verlening van de omgevingsvergunningen voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten, waarbij een verklaring van geen bedenkingenbevoegdheid wordt ingeruild voor een adviesbevoegdheid, hangt met bovenstaande samen. Opvallend is dat de

---

<sup>34</sup> De Afdeling Advisering was van oordeel dat delegatiebevoegdheid van art. 2.8 Ow te ruim was. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 78. Ook is in het parlementaire debat de begrenzing van de delegatiemogelijkheid van het omgevingsplan aan de orde geweest, zie daarvoor; *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr.12, p. 282-283 en *Kamerstukken II* 33 962, nr. 23, p. 45-46.

<sup>35</sup> De argumenten van de regering om in de Omgevingswet in een aanzienlijk ruimere delegatie van de decentrale regelgevende bevoegdheid te voorzien dan in de organieke wetten, raken aan een meer principiële vraag of de regelgevende bevoegdheid in de organieke wetten ook niet zouden moeten worden verruimd en wat de positie van het volksvertegenwoordigend orgaan binnen het decentrale bestuur is of zou moeten zijn.

<sup>36</sup> Een inhoudelijke of geografische begrenzing van de delegatiebevoegdheid ontbreekt.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 79.

<sup>38</sup> Art. 4.14, 4.15 en 4.16 Ow. Het waterschapsbestuur heeft niet de bevoegdheid gekregen om een met het oog op de voorbereiding van een projectbesluit een voorbereidingsbesluit te nemen.

regering ter onderbouwing van deze systeembreuk met het huidige recht wel aansluit bij het algemene stelsel van de Gemeentewet. Volgens de regering kan de raad met de generieke controle-instrumenten, zijn verantwoordelijkheid als volksvertegenwoordigend orgaan waarmaken bij grootschalige afwijkingen van het omgevingsplan. Ik vraag me af of deze generieke controle-instrumenten geschikt zijn om B&W in concrete gevallen bij te sturen. Het gevaar bestaat dat de besluitvorming over grootschalige afwijkingen van het geldende omgevingsplan zich, nadat de raad een advies heeft gegeven, onttrekt aan het zicht van de raad. Bovendien kunnen B&W gemotiveerd van het advies afwijken.

Bovenstaande roept ook vragen op over de verschillen tussen delegatie van de omgevingsplanbevoegdheid en de omgevingsvergunning voor buitenplanse afwijkactiviteit bij het mogelijk maken van nieuwe ontwikkelingen. Waar de raad bij verlening van de omgevingsvergunning het moet doen met een adviesrecht, kan hij bij de delegatie van de omgevingsplanbevoegdheid aan B&W ter verwezenlijking van deze ontwikkelingen wel wezenlijke invloed uitoefenen. De raad bepaalt immers zelf of, en zo ja, in welke gevallen en onder welke voorwaarden hij de omgevingsplanbevoegdheid aan B&W delegeert. In het delegatiebesluit<sup>39</sup> kan de raad zelf de reikwijdte van de delegatie bepalen en beleidsregels stellen voor de uitoefening van de gedelegeerde omgevingsplanbevoegdheid door B&W, waarvan B&W slechts in uitzonderlijke gevallen kan afwijken.<sup>40</sup> Ook kan de raad het delegatiebesluit te allen tijde intrekken.<sup>41</sup>

Delegatie van de omgevingsplanbevoegdheid kan overigens vanuit constitutioneelrechtelijk perspectief een knelpunt opleveren. Het is namelijk niet uitgesloten dat een ruime delegatie van omgevingsplanbevoegdheid in combinatie met de bevoegdheid om een delegatiebesluit te allen tijde in te trekken, zou kunnen worden gebruikt als een verkapt goedkeuringsinstrument zonder dat de bestuursrechter daarover kan oordelen.<sup>42</sup> Tegen het nemen van een delegatiebesluit en de intrekking daarvan staan immers geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.

Afgezien van het constitutionele waardeoordeel over de ruime delegatiemogelijkheden van de omgevingsplanbevoegdheid en de beperkte (adviserende) rol van de raad bij buitenplanse afwijkingen van het omgevingsplan, is duidelijk dat de verhouding tussen raad en B&W ingrijpend zal wijzigen. De raad zal alert moeten zijn en zal waarschijnlijk vaker het generieke controle-instrument moeten inzetten in vergunningenprocedures tot verlening van omgevingsvergunningen voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten. Door in de omgevingsvisie zo concreet mogelijke uitspraken te doen over de wenselijke en niet wenselijke ontwikkelingen op bepaalde locaties, kan de raad zijn positie enigszins versterken. Derdebelanghebbenden kunnen in een beroepsprocedure een beroep doen op concrete en duidelijke beleidsuitspraken van de raad waarmee de vergunning in strijd is en het negatieve advies van de raad dat op die beleidsuitspraken gebaseerd.<sup>43</sup> Het bevoegd gezag (doorgaans B&W) wordt daardoor gedwongen om afwijkingen van die beleidsuitspraken deugdelijk te motiveren.

### **3.2 Projectbesluiten van het waterschapsbestuur**

Waterschapsbesturen zullen in een projectbesluit omgevingsplannen moeten wijzigen als dat nodig is voor de realisering van het projectbesluit. Indien zij een integraal projectbesluit nemen moeten zij het besluit bovendien toetsen aan de beoordelingsregels voor de daarin geïntegreerde uitvoeringsbesluiten. Voor zover er beleidsruimte bestaat ten aanzien van niet water-gerateerde beoordelingskaders, zullen waterschapsbesturen dus beslissingen moeten nemen die niet gerelateerd zijn aan hun wettelijke opgedragen taken. Tegelijkertijd zijn de oorspronkelijk bevoegde organen hun bevoegdheid kwijt. Dat een projectbesluit van het waterschapsbestuur moet worden goedgekeurd door GS, biedt daarvoor in mijn ogen onvoldoende legitimatie. GS kunnen immers het integrale projectbesluit uitsluitend aan een *rechtmatigheidstoets* en niet tevens aan een beleidsmatige toetsing onderwerpen, terwijl de

---

<sup>39</sup> Tegen het delegatiebesluit staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open.

<sup>40</sup> Art. 4:84 Awb.

<sup>41</sup> Art. 10:18 Awb.

<sup>42</sup> Een dergelijk gebruik staat op gespannen voet met de eis van art. 10:26 Awb dat besluiten slechts aan goedkeuring worden onderworpen bij of krachtens de wet bepaalde gevallen. Zie ook art. 259 lid 1 Gemeentewet.

<sup>43</sup> De raad zelf heeft geen van B&W te onderscheiden belang en zal daarom geen belanghebbende zijn en dus ook geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming kunnen aanwenden tegen een omgevingsvergunning die in strijd met het advies van de raad is verleend. ABRvS 17 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5303, *Gst.* 2011/96, m.nt. P.C.M. Heinen.

beleidsmatige toetsing van het projectbesluit onder het huidige recht juist de toegevoegde waarde is van de provinciale goedkeuring. De wijze waarop het waterschapsbestuur de hem wezensvreemde beleidsruimte bij de vaststelling van projectbesluiten zal invullen, zal dan ook slechts terughoudend door GS kunnen worden getoetst. De toets die GS moeten verrichten in het kader van de goedkeuring van projectbesluiten onder de Omgevingswet is dan ook een wezenlijk andere toets dan de huidige toets. De vraag is of provinciebesturen in staat zijn om de verruimde rechtmatigheidstoets in het kader van de goedkeuring van integrale projectbesluiten goed te verrichten.

### **3.3 Bruidsschat**

Vanuit het oogpunt van decentralisatie is kritiek<sup>44</sup> mogelijk op de bruidsschat op grond waarvan de gedecentraliseerde rijksregels van rechtswege onderdeel uitmaken van het omgevingsplan en de waterschapsverordening.<sup>45</sup> In mijn ogen is echter sprake van een evenwichtige en praktische regeling. Deze zorgt er enerzijds voor dat er in de overgangsfase geen gaten in de omgevingsrechtelijke regulering vallen en anderzijds bepaalt deze dat de rijksregels uit het omgevingsplan, onderscheidenlijk de waterschapsverordening, per direct door het gemeentebestuur, onderscheidenlijk het waterschapbestuur, kunnen worden gewijzigd met inachtneming van de toepasselijke instructieregels.

### **3.4 Risico's digitalisering gelaagde regelgeving**

De vraag is hoe is gewaarborgd is dat het van rechtswege vervallen van regels in een lagere regeling ten gevolge van de inwerkingtreding van een hogere regeling die hetzelfde onderwerp met hetzelfde motief uitputtend regelen,<sup>46</sup> tijdig in het digitale stelsel worden verwerkt. Bij het niet tijdig schrappen van de vervallen regels in het Digitaal Stelsel Omgevingswet ontstaat er namelijk onduidelijkheid over de toepasselijke regels.

## **4. Positie van de rechter**

Anders dan de wet in formele zin, kan de uitoefening van gedelegeerde regelgevende bevoegdheid door de (bestuurs)rechter exceptief worden getoetst aan rechtsbeginselen. Door een veelvuldige en ruime delegatie van de regelgevende bevoegdheid door de wetgever aan de regering in Omgevingswet, verschuift de controle op de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid van het parlement naar de rechter. Dat geldt ook op decentraal niveau als de volksvertegenwoordigende organen veelvuldig gebruik zullen maken van de mogelijkheden om hun regelgevende bevoegdheid aan het dagelijks bestuur te delegeren.<sup>47</sup>

Tot voor kort was de exceptieve rechterlijke toets van de inhoud van algemeen verbindende voorschriften terughoudend, maar daarin lijkt een kentering te komen.<sup>48</sup> Er is een beweging waarneembaar naar een indringendere rechterlijke toets van algemeen verbindende voorschriften aan het motiverings- en evenredigheidsbeginsel. De indringendere evenredigheidstoets houdt in dat de rechter uitdrukkelijk toetst of de bij of krachtens amvb gestelde regels geschikt en noodzakelijk zijn om het daarmee nagestreefde doel te bereiken en of deze regels evenwichtig uitpakken.<sup>49</sup> In dat kader toetst de rechter ook of er geen minder ingrijpende alternatieven zijn waarmee het omschreven doel ook kan worden bereikt. De regering zal dan ook duidelijk in de toelichting van de amvb's het doel van de gestelde regels moeten omschrijven en moeten motiveren dat deze regels geschikt,

---

<sup>44</sup> Zie o.m. F.P.C.L. Tonnaer, Bestuurlijke relatieproblemen, een opgelegde bruidsschat en een afgewezen vrijbrief. Raad van state en de tweede fase stelselherziening omgevingsrecht, *Gst.* 2018/165, par. 5.2.

<sup>45</sup> Art. 22.2 Ow.

<sup>46</sup> Zie art. 122 Gemeentewet, art. 119 Provinciewet en art. 59 Waterschapswet.

<sup>47</sup> Zie paragraaf 3.1...

<sup>48</sup> Zie o.m. E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep en A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, VAR-preadviezen (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015 en R. Kegge, Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over veranderende toetsingsintensiteiten en de nieuwe terminologie van de Afdeling, *JBplus* 2018/4.

<sup>49</sup> Zie de conclusie van AG Widdershoven van 22 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3557), waarin hij in overweging 8.7 overweegt: 'Bij de verdere invulling van de doel-middeltoets aan evenredigheid - en daarmee volg ik het spoor van Hirsch Ballin en De Poorter & Capkurt - zouden de rechters zich meer dan thans kunnen oriënteren op de door het Hof van Justitie in het kader van evenredigheid toegepaste drietrapstoets aan geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid (punt 7.8).'



noodzakelijk en evenwichtig zijn om dat doel te bereiken, waarbij ook zal moeten worden gemotiveerd of er daarvoor geen minder ingrijpende alternatieven zijn. Deze rechterlijke toets kan binnen de Trias enig tegengewicht bieden aan het gebrek aan democratische legitimatie, dat ontstaat door de uitoefening van de in de Omgevingswet aan de regering gedelegeerde zeer ruime en nauwelijks begrensde regelgevende bevoegdheid. Dat gebrek kan echter niet in het geheel door deze rechterlijke toets worden weggenomen. De rechter is immers niet democratisch verkozen. Democratische controle tijdens de totstandkoming van wet- en regelgeving en rechterlijke (exceptieve) toetsing achteraf in concrete gevallen zijn dan ook twee verschillende en niet inwisselbare vormen van controle.