

Reactie op het artikel ‘De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving’

Gst. 2021/107

Met interesse heb ik het artikel ‘De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving’ van De Jong en Broeksteeg in dit blad gelezen.² Zij stellen daarin onder meer: ‘Deze auteurs creëren, zo zeiden wij hiervoor, een nieuwe categorie regels: autonome regels die in een medebewindsregeling worden gegeven. Zij relativeren daarmee de verschuiving van autonomie naar medebewind. Hun opvattingen gaan voorbij aan de rechtsgevolgen die deze verschuiving teweegbrengt. Dat de gemeente veel beleidsvrijheid heeft en soms zelfs agendavrijheid, maakt niet dat er geen sprake is van een toch wezenlijke beperking van de gemeentelijke autonomie en van de rechtsgevolgen daarvan.’³ Als een van deze auteurs wil ik in deze reactie graag reageren op bovenstaande conclusie die De Jong en Broeksteeg trekken.

1. Autonomie of zeer ruim medebewind: wat zijn de gevolgen voor de praktijk?

Het principiële punt waar De Jong en Broeksteeg aandacht voor vragen, is dat De Vries en ik in onze bijdrage⁴ ten onrechte zouden hebben betoogd dat de Omgevingswet (Ow) uitsluitend omgevingsplanregels vordert, voor zover deze nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.⁵ Regels die daarvoor niet nodig zijn, *kunnen* in een omgevingsplan worden opgenomen en worden volgens ons niet door de Ow gevorderd, zodat naar onze mening in zoverre geen medebewind wordt gevorderd. Het enkele feit dat de Ow de vaststelling van een omgevingsplan vordert, waarin de regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen, wil nog niet zeggen dat alle regels die daarin kunnen worden opgenomen ook worden gevorderd. Ten aanzien van de regels die gemeentebesturen over de fysieke omgeving kunnen vaststellen en die dus niet uitdrukkelijk door de Ow worden gevorderd, vordert deze wet in wezen uitsluitend dat deze regels in het

omgevingsplan worden opgenomen, en niet in een gemeentelijke verordening, wanneer een gemeentebestuur toch voor regulering kiest.

Onze bijdrage was niet primair gericht op de theoretische discussie over medebewind en autonomie die Broeksteeg en De Jong in hun bijdrage centraal stellen. Hun bijdrage biedt een mooie gelegenheid om mij in deze principiële discussie te mengen en enkele nuancerende opmerkingen te maken. Kern van mijn stelling is dat de overheveling van regels uit autonome verordeningen naar het omgevingsplan de beleidsruimte van gemeenten in wezen niet aantast. Het gaat mij dan specifiek om de regels die *niet* nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. De regels die nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties moeten echter op grond van art. 4.2 lid 1 Ow in het omgevingsplan worden opgenomen, zodat het gemeentebestuur in zoverre uitdrukkelijk in medebewind wordt geroepen. Andere regels over de fysieke leefomgeving *kunnen* ingevolge art. 4.1 lid 1 Ow in het omgevingsplan worden opgenomen. Dat hoeft dus niet. Ten aanzien van het opnemen van deze regels in het omgevingsplan heeft het gemeentebestuur beleidsvrijheid; dat is niet alleen een ruimer begrip dan beleidsruimte, maar het heeft principiële ook een andere betekenis. Deze beleidsvrijheid wordt slechts in zeer ruime en algemene zin begrensd. In de Omgevingswet is namelijk ten aanzien van de uitoefening van taken en bevoegdheden in algemene zin bepaald dat het gemeentebestuur zijn taken en bevoegdheden vaststelt met het oog op de doelstellingen van de Ow, tenzij daarover specifieke regels zijn gesteld.⁶ Daarbij moet het gemeentebestuur rekening houden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen.⁷ Ook moet het gemeentebestuur rekening houden met de taken en bevoegdheden van andere bestuursorganen en zo nodig de uitoefening van taken en bevoegdheden afstemmen met deze andere bestuursorganen.⁸ Deze algemene en ruime begrenzingen gelden voor de uitoefening van alle taken en bevoegdheden op grond van de Ow, dus ook voor de vaststelling van regels over de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan. Bij de vaststelling van andere dan de door de Ow uitdrukkelijk gevorderde regels in het omgevingsplan, zal het gemeentebestuur deze zeer ruime en algemeen geformuleerde bevoegdheidsclausuleringen dus ook in acht moeten nemen. In zoverre kan met De Jong en Broeksteeg inderdaad worden gesproken van medebewind, maar dan

1 Frank Groothuijse is universitair hoofddocent Omgevingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

2 M.A.D.W. de Jong en J.L.W. Broeksteeg, ‘De Omgevingswet als olifant in de porseleinkast: over haar verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving’, *Gst.* 2020/144.

3 Zie par. 5 van hun artikel.

4 F.A.G. Groothuijse en H.J. de Vries, ‘Na 55 jaar (?) ‘goede ruimtelijke ordening’ naar ‘evenwichtige toedeling van functies aan locaties’: oude wijn in nieuwe zakken?’, in: P.J. Huisman e.a. (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, 's-Gravenhage: IBR 2019, p. 351-373, in het bijzonder par. 5-7.

5 Art. 4.2 lid 1 Ow.

6 Art. 2.1 lid 1 Ow.

7 Art. 2.1 lid 2 Ow.

8 Art. 2.2 lid 1 Ow.

wel van zeer ruim medebewind. Zo ruim dat het wat mij betreft aanschurkt tegen autonomie.

De discussie over de vraag of sprake is van autonomie of zeer vrij medebewind is weliswaar theoretisch interessant, maar de hamvraag is natuurlijk wat de overheveling van de gemeentelijk bevoegdheid om regels te stellen over de fysieke leefomgeving van de gemeentelijke verordening naar het omgevingsplan in de praktijk betekent of kan betekenen voor de beleidsvrijheid die de gemeente ten aanzien daarvan heeft. Of met andere woorden: in hoeverre wordt de gemeentelijke beleidsvrijheid door de overheveling van de regelgevende bevoegdheid van de autonome verordening naar het omgevingsplan aangetast of in hoeverre kan deze beleidsvrijheid daardoor worden aangetast? Naar mijn mening is dat niet of nauwelijks het geval. Ik zal dat toelichten.

2. Beperking van gemeentelijke beleidsruimte door provincie en Rijk?

De beleidsvrijheid voor gemeentebesturen om regels op te kunnen nemen in het omgevingsplan die niet zien op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties kan niet worden beperkt door provinciale of nationale instructieregels of instructies van bestuursorganen van provincies of het Rijk. Deze instructieregels en instructies kunnen immers uitsluitend zien op het opnemen van regels in een omgevingsplan die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (en op regels die verband houden met specifieke wettelijke medebewindstaken).⁹

Ook zal het toepassen van de taakverwaarlozingsregeling¹⁰ in de praktijk niet aan de orde zijn ten aanzien van het opnemen van regels die niet gericht zijn op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Vanwege de eerder besproken zeer ruime begrenzing van deze bevoegdheid, die kort gezegd neerkomt op de doelstellingen van de Omgevingswet, zal van taakverwaarlozing dan ook niet snel kunnen worden gesproken. Daarvan zal slechts sprake zijn, indien gesteld kan worden dat de doelstellingen van de Ow zouden nopen tot het opnemen van bepaalde regels over de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan en dat het gemeentebestuur de grenzen van zijn zeer ruime beleidsvrijheid heeft overschreden door dergelijke regels ten onrechte niet in het omgevingsplan op te nemen. Het is dan ook niet of nauwelijks voorstelbaar dat het gemeentebestuur de grenzen van deze zeer ruime beleidsvrijheid overschrijdt door ten onrechte geen regels over de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan op te nemen, die niet nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. De taakverwaarlozingsregeling zal dan ook niet of nauwelijks kunnen worden toegepast op de bevoegdheid van het gemeentebestuur om dergelijke regels in het omgevingsplan op te nemen.¹¹ Wel is voorstelbaar

dat de taakverwaarlozingsregeling kan worden toegepast, als een regel over de fysieke leefomgeving die niet nodig is voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, in strijd met art. 2.7 Ow niet is opgenomen in het omgevingsplan, maar in een autonome gemeentelijke verordening. In dat geval gaat het echter niet om de inhoud van de regel als zodanig, maar om de plaats waar deze regel is opgenomen. Toepassing van de taakverwaarlozingsregeling kan er echter alleen toe leiden dat de desbetreffende regel alsnog in het omgevingsplan wordt opgenomen. De regel is daarmee echter nog niet uit de gemeentelijke verordening verwijderd. Dat zal moeten gebeuren met toepassing van het generieke schorsings- en vernietigingsinstrumentarium.¹² De rechter zal een regel die in strijd met art. 2.7 Ow in een autonome verordening is opgenomen exceptief toetsend onverbindend verklaren.

Kortom, de beleidsvrijheid voor gemeentebesturen om regels over de fysieke leefomgeving te stellen in omgevingsplannen die niet nodig zijn voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, wordt door de overheveling van regels uit de autonome verordening naar het omgevingsplan in mijn ogen dan ook niet of nauwelijks aangetast.¹³ De kern is dat het hierbij nog steeds om een autonome keuze gaat. Maar wordt de keuze gemaakt om tot regulering over te gaan, dan kan dat uitsluitend door middel van het omgevingsplan, en niet langer door middel van een autonome verordening. Bestuursorganen van Rijk en provincie kunnen ten aanzien van deze regelgevende bevoegdheid geen gebruik maken van hun instructieregel- en instructiebevoegdheid. Bovendien is het vanwege deze zeer ruime beleidsvrijheid van gemeentebesturen niet of nauwelijks voorstelbaar dat zij ten aanzien van deze bevoegdheid de taakverwaarlozingsregeling kunnen inzetten.

3. Rechtsbescherming

Op het punt van rechtsbescherming is er wel een belangrijk verschil. Voor zover deze regels in het omgevingsplan worden opgenomen, staat daartegen immers bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, terwijl dat voor algemeen verbindende voorschriften die op grond van de Gemeentewet zijn vastgesteld niet het geval is. Ten aanzien van de rechtsbescherming kan daarbij nog de nuancerende opmerking worden gemaakt dat tegen de regels in autonome gemeentelijke verordeningen weliswaar niet rechtstreeks beroep op de bestuursrechter openstaat, maar dat wel bij wijze van exceptief verweer tegen deze regels kan worden opgekomen in het kader van een beroep tegen een besluit dat zijn grondslag vindt in deze regels. De vervolgens door de bestuursrechter te verrichten exceptieve toetsing kan

⁹ Zie art. 2.23 lid 3 sub c onder 1 Ow en art. 2.25 lid 3 sub c onder 2 Ow.

¹⁰ Hoofdstuk VIII, paragraaf 3 Gemeentewet.

¹¹ Zie F.A.G. Groothuijse en H.J. de Vries, 'Na 55 jaar (?) 'goede ruimtelijke ordening' naar 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties': oude wijn in nieuwe zakken?', in: P.J. Huisman e.a. (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap*, 's-Gravenhage: IBR 2019, p. 370-371.

¹² Hoofdstuk XVII Gemeentewet.

¹³ Zie ook de MvT bij de Omgevingswet: 'Inhoudelijk is dit onderscheid (tussen autonomie en medebewind, FG) in het omgevingsrecht soms van beperkte betekenis, omdat decentrale overheden grote beleidsvrijheid wordt gelaten bij bepaalde taken die in medebewind worden uitgevoerd zoals ruimtelijke ordening. Men kan dan spreken van "vrij" medebewind. Het bestaande onderscheid en daarmee de bestaande beslissruimte worden in het wetsvoorstel gerespecteerd. Dat staat de gewenste verbeteringen niet in de weg.' Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, nr. 3.

ertoe leiden dat deze regels onverbindend worden verklaard of buiten toepassing worden laten. Ik vraag me dan ook af of het verschil ten aanzien van de rechtsbeschermingsmogelijkheden nu de kern van gemeentelijke autonomie raakt. Het is de Awb die bepaalt tegen welke besluiten – waaronder ook decentrale regels kunnen vallen – bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Of die regels in autonomie of medebewind worden vastgesteld, is daarbij mijns inziens niet van belang.

4. **Regels in APV's met een ruimtelijk motief horen ook nu al thuis in het bestemmingsplan**

Ook om een andere reden ben ik van mening dat de aantasting van de gemeentelijke beleidsvrijheid kan worden genuanceerd. In mijn ogen worden in veel APV's namelijk regels opgenomen die een zuiver ruimtelijk motief hebben en die de gemeenteraad blijkbaar nodig acht met het oog op een goede ruimtelijke ordening, want anders hadden ze die regels niet in de APV opgenomen. Ik noem een voorbeeld. In de art. 3:10 lid 2 APV 2016 van de gemeente Utrecht is bijvoorbeeld de exploitatie van een seksbedrijf gereguleerd door middel van een vergunning. Deze vergunning kan worden geweigerd in het belang van:

“b. Het voorkomen of beperken van aantasting van het woon- en leefklimaat;”

Bij de toepassing van deze weigeringsgrond moet het bevoegd bestuursorgaan o.m. rekening houden met:

“bijzondere gebruiksfuncties in de omgeving waarmee de vestiging of uitbreiding van de seksinrichting of van het escortbedrijf zich niet verdraagt.” (art. 3:10 lid 4 sub c APV 2016)

Wij betogen in onze bijdrage dat regels die met een zuiver ruimtelijk motief in een gemeentelijke verordening zijn opgenomen, zoals in het bovenstaande voorbeeld, ook nu al op grond van art. 3.1 lid 1 Wro in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen. In zoverre wordt van gemeentebesturen medebewind gevorderd en kunnen dergelijke regels op grond van art. 124 Grondwet niet met hetzelfde motief in een autonome verordening worden opgenomen. Sterker nog, indien dergelijke regels in een autonome verordening zijn opgenomen, zijn deze op grond van art. 121 Gemeentewet onverbindend.

De regels die op grond van art. 4.2 lid 1 Ow met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan moeten worden opgenomen omvatten in ieder geval de regels die nu met het oog op de een goede ruimtelijke ordening op grond van art. 3.1 lid 1 Wro in een bestemmingsplan moeten worden opgenomen.¹⁴ Voor zover er thans regels in autonome gemeentelijke verordeningen

zijn opgenomen met een zuiver ruimtelijk motief, is er van een overheveling van autonomie naar medebewind ten gevolge van de Omgevingswet naar mijn mening dan ook geen sprake. Deze regels (zouden) ook op grond van art. 3.1 lid 1 Wro al in de vorm van medebewind in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen en kunnen op grond van art. 121 Gemeentewet niet (tevens) op grond van de autonome regelgevende bevoegdheid worden vastgesteld. Na de inwerkingtreding van de Ow verandert er in dat opzicht naar mijn mening dan ook niets, omdat art. 4.2 lid 1 Ow – evenals art. 3.1 lid 1 Wro – vordert dat de regels die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan (thans het bestemmingsplan) worden opgenomen.

De overheveling van regels over de fysieke leefomgeving uit de gemeentelijke verordening naar het omgevingsplan waarin de Omgevingswet voorziet, zorgt ervoor dat de discussie over de vraag welke regels in het omgevingsplan en welke regels in de autonome gemeentelijke verordening moeten worden opgenomen in de schijnwerpers komt te staan. Dat is in mijn ogen echter geen nieuwe discussie. Die discussie speelt ook al onder het huidige recht, maar dan ten aanzien van de vraag welke regels op grond van art. 3.1 lid 1 Wro in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen en op grond van art. 121 Gemeentewet dus niet met hetzelfde motief in een autonome gemeentelijke verordening kunnen worden opgenomen. Deze vraag is tot op heden echter altijd wat onderbelicht gebleven, zo is mijn indruk.

5. **Verbreding van goede ruimtelijke ordening naar evenwichtige toedeling van functies aan locaties: onnodig en complicerend**

Door de verbreding van het begrip ‘ruimtelijke ordening’ naar een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, vallen daaronder nu ook gemeentelijke regels die thans in gemeentelijke verordeningen zijn opgenomen. In zoverre is er volgens de regering sprake van een beperkte verschuiving van autonomie naar medebewind.¹⁵ De regering is namelijk van oordeel dat beeldbepalende bomen, gemeentelijke monumenten en ligplaatsen voor woonboten bijvoorbeeld ook functies zijn. Regels ter bescherming van deze functies, die thans in gemeentelijke verordeningen zijn opgenomen, zijn volgens de regering regels in de zin van art. 4.2 Ow.¹⁶ In mijn ogen zijn het weliswaar regels ter bescherming van een bepaalde functie die zich op een bepaalde locatie bevindt, zoals een monument of een boom, maar betreft het geen regels die nodig zijn voor evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Daarbij gaat het naar mijn mening om de situering van bepaalde functies ten opzichte van elkaar. Functietoekenning en het stellen van regels in verband met die functie vanuit een ruimtelijk ordeningsperspectief zou in mijn ogen dan ook moeten worden onderscheiden van functietoekenning vanuit een ander perspectief, waarbij de

¹⁴ *Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 3, p. 59 en Kamerstukken II 2015/16, 33962, nr. 3, p. 137 e.v.*

¹⁵ Zie brief van minister Ollongren d.d. 22 oktober 2018, kenmerk 2018-0000814507, p. 12-13.

¹⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 138-139.*

locatie in wezen niet van belang is (zoals de bescherming van een monument). Een monument of een boom is bijvoorbeeld beschermingswaardig, omdat dit object een bepaalde waarde vertegenwoordigt, niet omdat het (min of meer toevallig) op een bepaalde locatie aanwezig is. De locatie is voor het stellen van regels ter bescherming van de functie in wezen niet ter zake doende. Of anders gezegd: de functie 'monument' heeft als zodanig geen situeringskenmerken. Als de locatie van het monument voor het stellen van regels wel relevant is, bijvoorbeeld vanwege de zichtbaarheid van het monument, dan stelt het monument bijzondere eisen aan de omgeving (bijvoorbeeld geen zicht ontnemende bebouwing) en zijn regels die met het oog op die zichtbaarheid worden gesteld wel nodig met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. De regels die ter bescherming van de monumentale waarde van het monument worden gesteld zijn dat niet, of zouden dat naar mijn oordeel niet moeten zijn.

Het onderscheid tussen regels die nodig zijn voor de evenwichtige toedeling van functies aan locaties – en die dus vanuit ruimtelijkeordeningsperspectief worden gesteld – en regels die beogen een beschermingswaardige functie (of object) te beschermen die zich (toevalligerwijs) op een bepaalde locatie bevindt vanuit een ander perspectief, zou in die zin ook verhelderend kunnen werken. Alleen de regels met een ruimtelijk motief zouden dan vallen onder de regels als bedoeld in art. 4.2 lid 1 Ow. De regels die ook zien op een bepaalde functie, maar geen ruimtelijk motief hebben zouden daar dan niet onder vallen, maar op grond van art. 4.1 lid 1 Ow wel in het omgevingsplan *kunnen* worden opgenomen. Dat benadrukt de beleidsvrijheid van het gemeentebestuur om hierover regels in het omgevingsplan op te nemen. En belangrijker nog, daarmee kan ook worden voorkomen dat bestuursorganen van het Rijk en de provincie ten aanzien van deze regels hun instructieregel- en instructiebevoegdheid kunnen aanwenden en daarmee de gemeentelijke beleidsvrijheid kunnen beperken.

6. Conclusie

Gelet op het voorgaande kom ik tot de conclusie dat de overheveling van regels van de autonome verordening naar het omgevingsplan onder de Omgevingswet niet of nauwelijks van invloed is of kan zijn op de ruime mate van beleidsvrijheid die het gemeentebestuur op grond van het geldende recht heeft. Met Broeksteeg en De Jong ben ik het eens dat in theoretische zin sprake is van een verschuiving van autonomie naar medebewind, maar voor de praktijk lijken de gevolge daarvan beperkt voor de beleidsvrijheid van het gemeentebestuur en de juridische mogelijkheden van 'hogere' overheden om die beleidsvrijheid te beperken. Dat is zeker het geval als het begrip 'regels nodig voor een evenwichtige toedeling van functies aan locaties' beperkt(er) zou worden uitgelegd, waarvoor De Vries en ik in onze bijdrage pleiten. Mede in het licht hiervan moet de relativering van de verschuiving van autonomie naar medebewind, die De Vries en ik in die bijdrage aanbrengen, worden gezien. Om in de beeldspraak te blijven: door te stellen dat de Omgevingswet

wat betreft de verhouding tot gemeentelijke autonome regelgeving een olifant in de porseleinkast is, maken De Jong en Broeksteeg naar mijn mening van een mug te veel een olifant.