

Artikel

De regelgevende bevoegdheid en het omgevingsplan: het raadsprimaat gerelativeerd.

Dr. L.J. (Lilian) van Karnenbeek*

1 Inleiding

Sinds de grondwetswijziging van 1848, sterk beïnvloed door staatsman Johan Rudolf Thorbecke, staat de gekozen gemeenteraad aan het hoofd van de gemeente.¹ Het raadshoofdschap kent geen eenduidige betekenis, toch is het een belangrijk constitutioneel uitgangspunt dat doet vermoeden dat de gemeenteraad, als democratisch vertegenwoordigend orgaan, de hoogste positie in het gemeentebestuur heeft.² Deze centrale positie van de gemeenteraad werd door Thorbecke juridisch sterk gewaarborgd: in de door hem ontworpen Gemeentewet van 1851 werden de regelgevende bevoegdheid en de bestuursbevoegdheid in beginsel aan de gemeenteraad geattribueerd. De gemeenteraad werd daarbij bijgestaan door wethouders, die het dagelijks bestuur op zich namen.³ Deze bevoegdheidsverdeling tussen gemeenteraad en wethouders heeft bijna anderhalve eeuw stand-

gehouden, maar eindigde met de dualisering van het gemeentebestuur aan het begin van de 21ste eeuw. Vanaf dat moment zijn de gemeenteraad en wethouders van elkaar gescheiden, en is de bestuursbevoegdheid overgeheveld naar het dagelijks bestuur.⁴ Daarmee kwam ook het raadshoofdschap een andere betekenis toe:⁵ de Staatscommissie Elzinga introduceerde het begrip ‘eindverantwoordelijkheid’, dat sindsdien aan het hoofdschap wordt verbonden.⁶

De toekenning van de regelgevende bevoegdheid aan de gemeenteraad is een constitutionele constante, en hangt nauw samen met democratische legitimatie.⁷ Uit de Grondwet en Gemeentewet kan worden afgeleid dat de gemeenteraad het regelgevende primaat heeft, inhoudende dat de gemeenteraad in beginsel de regels vaststelt.⁸ Toch houdt het primaat niet in dat de gemeenteraad alle regels vaststelt.⁹ Bovendien kan de gemeenteraad een deel van de regelgevende bevoegdheid binnen wettelijke grenzen overdragen.¹⁰ Al sinds het begin van de twintigste eeuw staat de wetgever in de Ge-

55

* Dr. L.J. van Karnenbeek is als postdoctoraal onderzoeker verbonden aan het Utrecht University Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht.

1 J. Westerweel, Lokale democratische innovatie. Een juridische analyse (diss. Leiden; Recht en Praktijk nr. DR2), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 161-164.

2 Art. 125, eerste lid, Gw. Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan H. Warmelink, D. Elzinga, J. Broeksteeg, M. de Jong, D. Bunschoten & P. Boven' Eert, Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet, Radboud Universiteit Nijmegen en Rijksuniversiteit Groningen, mei 2010, p. 86-119 en Westerweel 2021, p. 161-182.

3 Zie voor de geschiedenis over de verhouding tussen de gemeenteraad en BenW onder meer Westerweel 2021, p. 161-182.

4 Zie voor details over de dualisering Staatscommissie Elzinga, Dualisme en lokale democratie, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2000 en Westerweel 2021, p. 175-182.

5 Zie voor de veranderende betekenis van het hoofdschap van de raad Warmelink e.a. 2010, p. 86-119.

6 Staatscommissie Elzinga 2000, p. 359-362; Westerweel 2021, p. 181-182.

7 D. Elzinga, Gedeelde regelgevende bevoegdheid en ontbindingsbevoegdheid op decentraal niveau, in: Raad voor het openbaar bestuur (red.), Provincies en gemeenten in de Grondwet. Advies modernisering hoofdstuk 7 van de Grondwet deel II, Den Haag: Raad voor het openbaar bestuur 2002, p. 83-84.

8 Art. 127 Gw en art. 147 Gemw; Elzinga 2002, p. 78.

9 BenW kan ook de regelgevende bevoegdheid toekomen direct door de Gemw of als dat in medebewind is bepaald. Elzinga 2002, p. 74.

10 Art. 156 Gemw; Elzinga 2002, p. 74.

meentewet begrensde delegatie van de regelgevende bevoegdheid door de gemeenteraad aan het college van burgemeester en wethouders (BenW) toe.¹¹ De vigerende Gemeentewet bepaalt dat de gemeenteraad het stellen van straf op overtreding van gemeentelijke verordeningen niet mag overdragen, evenmin als de vaststelling van bepaalde verordeningen betreffende de gemeentelijke financiën.¹² Verder is de overdracht van regels die door bestuursdwang en strafbepaling te handhaven zijn, in de Gemeentewet beperkt tot het stellen van nadere regels.¹³ Toch is de begrenzing van delegatie relatief: de Gemeentewet staat op gelijke voet met andere wetten in formele zin.¹⁴ Met andere woorden: de formele wetgever is vrij om een ruimere delegatie van de regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad aan BenW toe te staan.

De Omgevingswet illustreert dat treffend.¹⁵ De wetgever attribueert de belangrijkste regelgevende bevoegdheid op gemeentelijk niveau aan de gemeenteraad: hij stelt algemeen verbindende voorschriften in het omgevingsplan vast.¹⁶ De wetgever continueert daarmee de historisch gegroeide praktijk: al in Thorbeckes ontworpen Gemeentewet van 1851 wordt de regelgevende bevoegdheid inzake de ruimtelijke ordening aan de gemeenteraad geattribueerd.¹⁷ Maar tegelijkertijd kent de Omgevingswet een ruime delegatie van de omgevingsplanbevoegdheid.¹⁸ Om redenen van snelheid en flexibiliteit wordt het wenselijk geacht dat de regelgevende bevoegdheid van de gemeenteraad voor het (over)grote deel naar BenW kan worden verlegd.¹⁹ De vraag rijst wat het regelgevende primaat van de gemeenteraad nog voorstelt bij vergaande delegatie, en de democratische legitimatie van omgevingsplanregels in het verlengde daarvan.²⁰ Daartoe wordt in dit artikel antwoord gegeven op de vraag:

Hoe verhoudt de delegatiebepaling in de Omgevingswet zich tot het regelgevende primaat van de raad?

Om het ontstaan van delegatie te begrijpen wordt eerst de historische ontwikkeling van de delegatiebevoegdheid in het ruimtelijk ordeningsrecht beschreven (par. 2). Daarna worden de onderlinge verhoudingen tussen de gemeenteraad en BenW onder de Omgevingswet uiteengezet aan de hand van de delegatiebepaling (par. 3). Tot slot wordt bediscussieerd in hoeverre de gemeenteraad het regelgevende primaat in de ruimtelijke ordening (nog) toekomt (par. 4 en 5).

11 Art. 169 Gemw 1931; Westerweel 2021, p. 165, bij voetnoot 88.

12 Art. 156, tweede lid, onder e en f, Gemw; C. Kortmann, Delegatie: twee handen op één buik, AA 2004/53, p. 514.

13 Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 139.

14 K. Landman, J. Goossens & R. Nehmelman, De Grondwet uit het beton. Naar een tussencategorie van organieke wetsbepalingen met bijzondere meerderheid, TvCR 2018, afl. 2, p. 128-147.

15 F. Groothuijse, K. Landman & R. Nehmelman, Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?, NJB 2018/637, p. 851.

16 Art. 2.4 Ow.

17 Art. 141 Gemw 1851.

18 Art. 2.8 Ow.

19 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 89 en 403.

20 Groothuijse, Landman & Nehmelman 2018, p. 851.

2 'Delegatie' in het ruimtelijke ordeningsrecht

2.1 De Woningwet: de eerste delegatiebepaling

De mogelijkheid tot delegatie van de regelgevende bevoegdheid is niets nieuws in het ruimtelijk ordeningsrecht. Sterker nog, de Woningwet van 1901 kende al een dergelijke bepaling, luidende: 'voorzoover eene verordening met betrekking tot woningen of andere gebouwen BenW daartoe uitdrukkelijk bevoegd verklaart, kunnen zij nadere eischen vaststellen ten opzichte van in die verordening bepaaldelijk aangewezen punten'.²¹ Een deel van de regelgevende bevoegdheid kon daarmee – zij het sterk begrensd – worden overgedragen.²² BenW kon alleen nadere eisen stellen als de gemeenteraad hem daartoe bevoegd had verklaard. Het ging dus niet om een algemene bevoegdheid. Bovendien was het stellen van die eisen enkel mogelijk op de door de gemeenteraad aangewezen onderwerpen (toen: punten).²³ Volgens Sleutelaar was het belangrijk dat 'in de verordening min of meer nauwkeurig worde aangewezen, om welk deel der voorschriften nadere eischen kunnen worden gesteld'.²⁴

De noodzaak voor delegatie had een praktische reden:

'Zonder delegatie van macht, als hier wordt toegelaten, is behoorlijk toezicht van overheidswege onbestaanbaar. De praktijk dwong tot een zekere mate van vrijheid in het overdragen van de bevoegdheid'.²⁵

De realiteit was immers dat BenW al nadere eisen in afzonderlijke besluiten stelde, maar zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestond.²⁶ Volgens Sleutelaar had de gemeenteraad te weinig verstand van gedetailleerde technische onderwerpen die in de bouwverordening stonden,²⁷ zoals de hoogte van gebouwen, de afmetingen van vertrekken, trappen en portalen, het voorkomen van brandgevaar, en de vochtigheid en toevoer van licht en lucht.²⁸ Deze onderwerpen wijzigden bovendien vaak, waardoor het doelmatiger werd bevonden om BenW daarover algemene voorschriften te laten stellen.²⁹ De bepaling maakte een eind aan de onduidelijk-

21 Art. 6, eerste lid, onder a, Woningwet 1901 (in de Woningwet van 1931 werd dat art. 9); De raad kon ook een vrijstelling verlenen aan BenW. De vrijstelling is een beschikking. Omdat het hier gaat om de regelgevende bevoegdheid wordt de vrijstelling niet verder behandeld.

22 Kamerstukken II 1899/1900, 74, nr. 3, p. 13.

23 F. Sleutelaar, Woningwet met inleiding en aantekeningen benevens tekst der gezondheidswet en der algemeene maatregelen van bestuur tot uitvoering van beide wetten, Haarlem: De Erven F. Bohn 1902, p. 98-99.

24 Sleutelaar 1902, p. 98-99.

25 Kamerstukken II 1899/1900, 74, nr. 3, p. 13.

26 Kamerstukken II 1899/1900, 74, nr. 3, p. 13.

27 Deze bouwtechnische aspecten worden niet meer op gemeentelijk niveau maar op rijksniveau geregeld. Onder de Omgevingswet worden in het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) uniforme technische eisen gesteld aan bouwwerken.

28 Zie voor een aantal technische punten art. 3 Woningwet 1901. Sleutelaar 1902, p. 98.

29 Sleutelaar 1902, p. 98.

heid die bestond over de al dan niet geoorloofdheid van delegatie bij de bouwverordening.³⁰

In de Tweede Kamer werden tijdens de bespreking van het wetsvoorstel Woningwet 1901 bedenkingen over de delegatiebepaling geuit. Sommige Tweede Kamerleden waren bang dat door het opnemen van de delegatiebepaling in de Woningwet de twijfel, die in algemene zin bestond over de geoorloofdheid van het overdragen van bevoegdheden van gemeenteraad naar BenW, zou blijven rondzingen. Om duidelijkheid te scheppen opperde een aantal Kamerleden om ‘het geven van nadere eisen’ onder het begrip uitvoering te plaatsen, waardoor het automatisch tot de werkzaamheden van BenW zou behoren.³¹ De vraag of het stellen van nadere eisen al dan niet onder de uitvoering viel, was volgens de regering weinig zinvol: het had geen toegevoegde waarde voor de praktijk.³² Weer andere Kamerleden huldigden de opvatting dat in de Gemeentewet eerst maar eens een algemene delegatiebepaling moest worden opgenomen. Het antwoord van de regering luidde als volgt: ‘[H]ier wordt ook geene oplossing gegeven van dit ingewikkelde vraagstuk in het algemeen.’³³ De regering wierp tegen dat de opgelaaide discussie over delegatie maar gevoerd moest worden bij de wijziging van de Gemeentewet.³⁴ Het ging erom in de Woningwet een duidelijke en begrensde omschrijving van de bevoegdheidsverdracht te geven en zo mee te kunnen bewegen met de ‘eischen der praktijk’.³⁵

Het opnemen van een delegatiebepaling in de Woningwet van 1901 is vanuit een constitutioneel perspectief visionair. De door Thorbecke ontworpen Gemeentewet van 1851 kende geen delegatiebepaling. Bij de eerstvolgende ingrijpende wijziging van de Gemeentewet in 1931 werd het delegatievraagstuk inderdaad in algemene zin bediscussieerd.³⁶ Bij de gewijzigde Gemeentewet werd delegatie van de regelgevende bevoegdheid begraansd toegelaten:

‘Hij [de gemeenteraad; LvK] kan in die verordeningen burgemeester en wethouders bevoegd verklaren nadere regels te stellen nopens bepaalde, in die verordening aangewezen, onderwerpen.’³⁷

Wie deze bepaling met de delegatiebepaling uit de Woningwet vergelijkt, ziet de taalkundige overeenkomsten. De gemeentewetgever had zich laten inspireren door de Woningwet:

‘Dan is het noodig dat, op het voorbeeld van artikel 6 der Woningwet, de raad in het algemeen de bevoegdheid krijgt in zijne verordeningen aan burgemeester

en wethouders over te laten het stellen van nadere regels omtrent bepaalde in de verordeningen aangegeven onderwerpen.’³⁸

De inhoud en reikwijdte van de delegatiebepaling in de Gemeentewet waren logischerwijs ruimer, omdat het een bepaling van algemene gelding was.

2.2 ‘Delegatie’ in de WRO en Wro?

In de loop van de twintigste eeuw ging de overheid zich in toenemende mate bemoeien met de ruimtelijke ordening, en eigen wetgeving was daarbij gewenst: het resulteerde in het Ontwerp op de Wet Ruimtelijke Ordening (1956). Bij het bediscussieren ervan bleek al dat het streven naar een goede ruimtelijke ordening een uiterst gecompliceerde opdracht was: de maatschappij veranderde snel. Er was behoefte aan betere wetgeving, dat wil zeggen: wetgeving die om kon gaan met de maatschappelijke realiteit.³⁹ Daartoe werd in het Ontwerp (1956) de delegatiebepaling uit de Woningwet overgenomen, en toegespitst op het nieuwe ruimtelijk ordeningsinstrument: het bestemmingsplan. In het bestemmingsplan kon de gemeenteraad BenW ‘met inachtneming van de in het plan vervatte regelen’ bevoegd verklaren om ten opzichte van in het plan omschreven punten *nadere eisen* te stellen.⁴⁰ In de Tweede Kamer keurden enkele leden de bepaling af: het ging volgens hen om een ongeoorloofde overdracht van de gemeenteraadsbevoegdheid. Maar volgens de regering berustte die opvatting ‘op een abuis’, immers ‘artikel 9 [eerst: artikel 6; LvK] van de huidige Woningwet kent deze bevoegdheid sinds jaar en dag toe aan burgemeester en wethouders’.⁴¹

Bij de uiteindelijke Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) werden nog twee geclausuleerde bepalingen juridisch verankerd die resulteerden in een flexibele omgang met het bestemmingsplan (en de maatschappij in het verlengde daarvan): het *wijzigen* en *uitwerken* van het bestemmingsplan voor toekomstig te bebouwen gronden.⁴² De praktijk stuitte immers op een probleem: voor een goede ruimtelijke ordening werd samenwerking met initiatiefnemers onmisbaar bevonden, maar initiatiefnemers voor de te bebouwen grond(en) waren dikwijls nog niet geselecteerd op het moment dat het bestemmingsplan werd vastgesteld. Een mogelijkheid tot afwijking en uitwerking van de regelgevende bevoegdheid werd de juridische oplossing voor het probleem, zoals de gemeenten Den Haag en Amsterdam dat al praktiseerden.⁴³ Hoewel die praktijken toen onwettig

30 Kamerstukken II 1900/01, 34, nr. 1, p. 16.

31 Kamerstukken II 1900/01, 34, nr. 1, p. 16.

32 Tegenwoordig zou dat wel uitmaken vanwege de appellabiliteit van het bestemmingsplan.

33 Kamerstukken II 1900/01, 34, nr. 1, p. 16.

34 Kamerstukken II 1900/01, 34, nr. 1, p. 16.

35 Kamerstukken II 1900/01, 34, nr. 1, p. 16.

36 Kamerstukken II 1922/23, 515, nr. 3, p. 22-23.

37 Art. 169 Gemw 1931.

38 Kamerstukken II 1922/23, 515, nr. 3, p. 22-23.

39 Kamerstukken II 1955/56, 4233, nr. 3, p. 10.

40 Art. 15 WRO, eerste lid, onder b, luidende: ‘Bij een bestemmingsplan kan worden bepaald, dat burgemeester en wethouders met inachtneming van de in het plan vervatte regelen bevoegd zijn ten opzichte van in het plan omschreven punten nadere eisen te stellen.’

41 Kamerstukken II 1958/59, 4233, nr. 6, p. 13.

42 Ook de vrijstelling is een zogenaamd flexibiliteitsinstrument. Maar omdat de vrijstelling een beschikking is, wordt de vrijstelling hier buiten beschouwing gelaten. Zie ook noot 21. Het uitwerken en wijzigen worden wel behandeld, omdat het hier om de regelgevende bevoegdheid gaat.

43 Kamerstukken II 1955/56, 4233, nr. 3, p. 14: ‘In het Haagse uitbreidingsplan “Morgenstond” had de gemeenteraad de bevoegdheid aan burge-

waren,⁴⁴ bleek het praktische nut dusdanig hoog dat de wetgever ze bij de WRO juridisch mogelijk maakte.⁴⁵ Voortaan kon BenW, volgens bij het bestemmingsplan te geven regels, het plan *uitwerken* of binnen bij het plan te bepalen grenzen het plan *wijzigen*, mits Gedeputeerde Staten daaraan hun goedkeuring verleenden.⁴⁶ De planologische hoofdstructuur was voorbehouden aan de gemeenteraad.⁴⁷

Na de inwerkingtreding van de WRO heeft de rechter een sterke rechtsvormende rol gehad ten aanzien van het wijzigen en uitwerken van het bestemmingsplan en het stellen van nadere eisen bij de in het plan omschreven punten. Uit de rechtspraak vloeide voort dat deze inmiddels zo genoemde flexibiliteitsbepalingen objectief en concreet begrensd moesten worden.⁴⁸ Deze objectieve en concrete begrenzing is een afgeleide van het rechtszekerheidsbeginsel en hield, volgens De Vries, 'een norm voor concreet toekomstig handelen' in.⁴⁹ Het betekende dat de grenzen van de bevoegdheid voor eenieder voldoende duidelijk en nauwkeurig omschreven moesten zijn.⁵⁰ Uit rechterlijke uitspraken volgde eveneens dat een significante wijziging, dat wil zeggen: een structurele verandering in de planologische hoofdstructuur, alleen door een planherziening kon worden verwezenlijkt.⁵¹

De rechter schepte ook duidelijkheid over het gebruik van het woord 'delegatie'. Bij de discussies over de Woningwet werd het woord delegatie steevast gebruikt als over 'nadere eisen' werd gesproken. Maar bij de WRO werd het woord delegatie niet meer gebruikt, en raakte het woord flexibiliteit in zwang. Dat is begrijpelijk: het valt te beargumenteren dat de gemeenteraadsbevoegdheid (het vaststellen van het bestemmingsplan) niet wordt overgedragen, maar dat BenW een bevoegdheid wordt geattribueerd die de gemeenteraad niet toekomt (zoals het bestemmingsplan uitwerken of wijzigen). Bij een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) uit 1999 werd het overdragen van de bestemmingsplanbevoegdheid zelfs nadrukkelijk verboden, aangezien de WRO geen nadrukkelijke grondslag voor delegatie bood. Uit de jurisprudentie vloeit aldus voort dat delegatie van de bestemmings-

planbevoegdheid strijdig is met het wettelijke stelsel. Alleen de gemeenteraad is door de formele wetgever aangewezen als het bevoegde gezag om een bestemmingsplan vast te stellen.⁵²

De snel veranderende maatschappij maakte dat BenW met regelmaat het bestemmingsplan wijzigde of uitwerkte ofwel nadere eisen stelde.⁵³ Bij de inwerkingtreding van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) in 2008 werden de bepalingen dan ook inhoudelijk overgenomen, zij het dat ze zijn samengevoegd in één artikel en er redactioneel wat aanpassingen hebben plaatsgevonden.⁵⁴ Ook bleef de jurisprudentie, en de aldaar gestelde eisen van objectieve en concrete begrenzing, geldend.⁵⁵ En ook het delegatieverbod bleef onaangetast. In de memorie van toelichting leek de regering overigens wel overtuigd van het idee dat delegatie de praktijk zou kunnen dienen: 'een delegatiebevoegdheid voor burgemeester en wethouders [zou] in de praktijk goede diensten kunnen bewijzen'.⁵⁶

Maar de regering hechtte uiteindelijk sterker aan de opvatting dat de gemeenteraad het bevoegde orgaan is dat de algemeen verordenende regels dient vast te stellen. Bovendien ging de uitvoering van het bestemmingsplan gepaard met het reserveren van flinke posten op de gemeentelijke begroting. Ook dat was een zwaarwegende reden om af te zien van een wettelijke grondslag voor delegatie van de bestemmingsplanbevoegdheid in de Wro.⁵⁷ Overigens spreekt de regering in diezelfde memorie van toelichting wel over delegatie als het om de flexibiliteitsbepalingen gaat.⁵⁸ Door het woord 'delegeren' aldaar te bezigen lijkt het er haast op dat de regering het delegeren van de regelgevende bevoegdheid zeer ruim opvat: ook het verfijnen of wijzigen van bestemmingsplanregels valt onder de bestemmingsplanbevoegdheid, en wordt daarom onder delegatie geschaard. Maar een dergelijk ruime opvatting is wel tegenstrijdig met het delegatieverbod dat uit de jurisprudentie voortvloeit. Sterker nog, op basis van de jurisprudentie spreekt de regering ten onrechte over delegatie voor zover het de flexibiliteitsbepalingen betreft.

meester en wethouders verleend om van het door de raad vastgestelde plan af te wijken, onder goedkeuring van Gedeputeerde Staten (Koninklijk Besluit van 7 december 1951, Stb. 548). De gemeenteraad in Amsterdam stelde in het uitbreidingsplan in onderdelen alleen de hoofdelementen vast, terwijl het volledig gedetailleerde plan (...) eerst wordt vastgesteld, nadat de bestemming is verwezenlijkt.'

44 In de Woningwet kon bij het uitbreidingsplan in onderdelen door BenW binnen bepaalde grenzen al wel worden afgeweken, mits bevoegd verklaard door de raad, art. 36, derde lid, Woningwet 1931.

45 Kamerstukken II 1955/56, 4233, nr. 3, p. 14.

46 Art. 11 WRO.

47 Kamerstukken II 1955/56, 4233, nr. 3, p. 14-15.

48 Zie H. de Vries, De ruimte begrensd: het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid, Deventer: Kluwer 1994, p. 75-94 voor een overzicht van de Kroonjurisprudentie over art. 11 en 15 WRO.

49 De Vries 1994, p. 97.

50 De Vries 1994, p. 97.

51 De Vries 1994, p. 114-120.

52 ABRvS 15 februari 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AH6679, Gst. 1999/7098 m.nt. Hennekens.

53 Zie De Vries 1994 voor velerlei rechterlijke uitspraken over de flexibiliteitsbepalingen, p. 72-125.

54 Art. 3.6 Wro; Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 96; P. van Buuren, A. de Gier, A. Nijmeijer & J. Robbe, Van WRO naar Wro, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008, p. 96-86; P. van Buuren, A. de Gier, A. Nijmeijer & J. Robbe, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, Deventer: Kluwer 2010, p. 60-72.

55 Van Buuren e.a. 2008, p. 96-98; 2010, p. 60-72.

56 Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 93.

57 Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 93.

58 Zie bijv. de zin: '[D]e raad kan bij het plan een aantal bevoegdheden aan burgemeester en wethouders delegeren onder bepaalde condities die in het plan moeten zijn opgenomen.' Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 96.

3 Delegatie in de Omgevingswet

Ook onder de Omgevingswet blijft de regelgevende bevoegdheid in beginsel bij de gemeenteraad.⁵⁹ De gemeenteraad stelt één omgevingsplan vast, waarin regels inzake de fysieke leefomgeving voor het gemeentelijke grondgebied worden vastgelegd. Maar, anders dan bij de voorgaande ruimtelijk ordeningswetten, komen de flexibiliteitsbepalingen onder de Omgevingswet niet terug.⁶⁰ Wel heeft de wetgever een delegatiebevoegdheid aan de nieuwe wet toegevoegd:⁶¹ '[D]e gemeenteraad [kan] de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het omgevingsplan delegeren aan het college van burgemeester en wethouders.'⁶² Bij het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw), zevende tranche, is deze bepaling vooruitlopend op de Omgevingswet reeds in 2014 aan het omgevingsrecht toegevoegd.⁶³ De gewijzigde terminologie laat duidelijk een breuk met het huidige ruimtelijk ordeningsrecht zien. Het woord 'delegeren' staat letterlijk in de bepaling, en ook in de memorie van toelichting wordt herhaaldelijk over 'delegeren' en over 'de overdracht van de bevoegdheid' gesproken. Eén ding is duidelijk: de formele wetgever biedt met art. 2.8 van de Ow uitdrukkelijk een grondslag voor delegatie van de omgevingsplanbevoegdheid. Het delegatieverbod wordt met de inwerkingtreding van de Omgevingswet aldus opgeheven.⁶⁴

De regering stelt dat met de delegatiebepaling ruimte wordt geboden om te komen tot een 'toedeling van de regelgevende bevoegdheid op maat'.⁶⁵ Andere benoemde redenen zijn dat 'gedelegeerde onderdelen snel kunnen worden gewijzigd naar aanleiding van actuele inzichten of omstandigheden'⁶⁶ en dat 'de uitvoering van beleid, ook als dat aanpassing van het omgevingsplan betreft, bij het uitvoerende orgaan kan worden neergelegd'.⁶⁷ Ook 'efficiency' en het beperken van gelaagde regelgeving en onderzoekslasten⁶⁸ staan op de lijst van

benoemde motieven.⁶⁹ Volgens de regering is de bepaling een 'evenwichtige regeling waarin zowel de democratische legitimatie als aspecten van flexibiliteit en snelheid van procedure zijn meegenomen'.⁷⁰ Bovendien stelt de regering dat de delegatiebepaling daarmee naadloos aansluit op de verbeterdoelen van de nieuwe wet (zoals het creëren van meer flexibiliteit).⁷¹

In het geval van delegatie moet de gemeenteraad een delegatiebesluit vaststellen, met de reikwijdte van de delegerende bevoegdheid en ook de randvoorwaarden waaronder de bevoegdheid kan of moet worden uitgeoefend. Eventueel kan een termijn – waarbinnen de bevoegdheid moet worden uitgevoerd – aan het besluit worden toegevoegd.⁷² Het delegatiebesluit is 'een afzonderlijk besluit, dat geen onderdeel uitmaakt van het omgevingsplan'.⁷³ Verder geldt dat als BenW bevoegd is om het omgevingsplan te wijzigen, het aan dezelfde eisen gebonden is als de gemeenteraad bij het wijzigen van het omgevingsplan.⁷⁴ Indien de gemeenteraad dat nodig acht, kan hij beleidsregels vaststellen over de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid door BenW.⁷⁵

De gemeenteraad kan niet alle planregels delegeren, zoals kan worden afgeleid uit de woorden 'delen van'. Deze woorden zijn toegevoegd na fikse kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State (Afdeling advisering) op het ontwerp van de nieuwe wet. In het ontwerp Omgevingswet was de delegatiebepaling volledig ongeclausuleerd: '[D]e gemeenteraad [kan; LvK] de bevoegdheid tot het vaststellen van het omgevingsplan delegeren aan het college van burgemeester en wethouders'.⁷⁶ De Afdeling advisering beargumenteerde dat een 'sterke democratische legitimatie' bij de vaststelling van omgevingsplanregels wenselijk is, waardoor een (mogelijk) volledige overdracht ongepast is.⁷⁷ De wetgever heeft het advies ter harte genomen en de delegatiebepaling met de woorden 'delen van' geclausuleerd. Daarmee is een integrale overdracht van de regelgevende bevoegdheid naar BenW onmogelijk gemaakt.⁷⁸ 'Een dergelijke vergaande delegatie is niet beoogd', aldus de regering.⁷⁹ De wetgever heeft de zinsnede 'delen van' verder geen betekenis gegeven. De volksvertegenwoordiging bepaalt zelf 'in hoeverre en onder welke restricties zij haar bevoegdheden delegeert'.⁸⁰

Bij de bespreking van de Omgevingswet in de Tweede Kamer spreken twee fracties zich kritisch uit over de delegatiebepaling. Leden van de ChristenUnie vragen zich

59 Art. 2.4 Ow; Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 93.

60 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403.

61 Art. 2.8 Ow.

62 Provincies en waterschappen hebben eenzelfde bevoegdheid, zie art. 2.8 Ow. De gemeenteraad kan ook het voorbereidingsbesluit voor een locatie delegeren aan het dagelijks bestuur, met het oog op de voorbereiding, vaststelling en inwerkingtreding van het omgevingsplan. Zie art. 4.14 Ow.

63 Art. 7c, dertiende lid, BuChw luidt nu: 'De raad kan de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het bestemmingsplan delegeren aan burgemeester en wethouders.' In 2014 luidde de bepaling nog net iets anders, art. 7c, (toen) twaalfde lid: 'De raad kan de bevoegdheid tot het wijzigen van onderdelen van het bestemmingsplan delegeren aan burgemeester en wethouders.' Stb. 2014, 168.

64 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403.

65 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403.

66 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 89.

67 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403.

68 De wetgever heeft de onderzoekslasten bij het omgevingsplan willen verminderen door het onderzoek te verleggen naar het daadwerkelijke moment van uitoefening van de activiteit. De globale bestemmingsplannen evenals de uitwerkings- en wijzigingsplannen gaan onder de Wro immers gepaard met hoge onderzoekslasten. Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 154.

69 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403-405.

70 Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 5.

71 Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 4-5.

72 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403-404.

73 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403; Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 4-6.

74 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403; zie bijv. art. 4.2 Ow.

75 Art. 4:81, eerste lid, Awb.

76 Art. 4.4 ontwerp Ow.

77 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 78.

78 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403.

79 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 4, p. 97.

80 Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 4-5.

af of de delegatiebepaling niet stringenter begrensd moet worden.⁸¹ De repliek van de regering is dat ‘het aan het democratisch meest gelegitimeerde orgaan is om de regelgevende bevoegdheid al dan niet over te dragen’.⁸² Volgens de regering is een verdere begrenzing van het delegatiebesluit een ongewenste beperking van de vrijheid van de gemeenteraad. Bovendien wijst de regering op de algemene controlemiddelen in de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht (Awb): zo moet BenW informatie verschaffen over de uitoefening van de bevoegdheid als de gemeenteraad daarom vraagt.⁸³ De leden van de PvdA-fractie benadrukken de prominente rol van burgers bij besluitvorming, en bestempelen delegatie als ‘een omgekeerde richting’.⁸⁴ De regering onderstreept die burgerbetrokkenheid, maar die is volgens haar voldoende geborgd door de appellabiliteit van omgevingsplanregels. Bovendien is inspraak geboden bij omgevingsplanregels (tegen het ontwerp-omgevingsplan kunnen zienswijzen worden ingebracht).^{85, 86}

3.1 De woorden ‘delen van’ verder bediscussieerd

Naar aanleiding van het geschil over delegatie bij het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte in Boekel⁸⁷ ontstaat bij de Afdeling twijfel over de toelaatbaarheid van delegatie aldaar. In het belang van de rechtsontwikkeling vraagt de Afdeling advocaat-generaal Nijmeijer (hierna: de A-G) om een conclusie te nemen over delegatie. Ik sta kort stil bij die conclusie⁸⁸, en de tussenuitspraak van de Afdeling daarop.⁸⁹ Voor een uitvoerige bespreking van de conclusie verwijs ik naar de bijdrage van Van Oosten en Span, in het vorige nummer van dit tijdschrift.⁹⁰

In de conclusie, die ook van toepassing is op de delegatiebepaling in de Omgevingswet, wordt gepoogd de woorden ‘delen van’ te duiden. De A-G onderscheidt daarbij een geografische en inhoudelijke uitleg.⁹¹ De geografische uitleg houdt in dat ‘delen van’ verwijst

naar delen van het grondgebied. Volgens de A-G wordt er in principe aan de woorden ‘delen van’ voldaan ‘als de gemeenteraad ten aanzien van één perceel de planbevoegdheid niet delegeert’.⁹² In de inhoudelijke uitleg verwijst ‘delen van’ naar ‘onderdelen van het voor een locatie geldende samenstel van planregels’, hetgeen volgens de A-G betekent ‘dat de gemeenteraad voor iedere locatie binnen de gemeente zelf een deel van de planregeling vaststelt en aan het college de bevoegdheid delegeert om de geldende planregeling aan te vullen of anderszins te wijzigen’.⁹³

De voorkeur van de A-G gaat uit naar de inhoudelijke uitleg, onderbouwd met voorbeelden uit de memories van toelichting van het BuChw en de Omgevingswet. De A-G benoemt in de eerste plaats de wetshistorie en de volgende passage uit de nota van toelichting bij art. 7c van het BuChw van 2014: ‘[H]et twaalfde lid [nu: dertiende lid] biedt de raad de mogelijkheid om de bevoegdheid tot het wijzigen van (ondergeschikte)⁹⁴ onderdelen van het bestemmingsplan aan burgemeester en wethouders te delegeren.’ De woorden ‘(ondergeschikte) onderdelen’ wekken volgens de A-G de indruk dat ter afbakening van de delegatiebevoegdheid aan een inhoudelijke uitleg is gedacht, ondanks dat de Omgevingswet en het huidige BuChw die woorden niet bezigen. De woorden ‘het wijzigen van onderdelen’ zijn in 2017 bij het BuChw, vijftiende tranche, vervangen door ‘het vaststellen van delen’. De regering merkt daarbij op:

‘Bij de uitvoering van dit experiment door de deelnemende gemeenten is gebleken dat de delegatiebevoegdheid in het voorheen twaalfde, thans dertiende lid van dit artikel tot vragen leidt. Daarom is de formulering hiervan verduidelijkt.’⁹⁵

Deze passage roept mijns inziens de vraag op of de regering ook aan een inhoudelijke uitleg heeft gedacht. Het verwijderen van de woorden ‘wijzigen’ en ‘onderdelen’ en het bezigen van het werkwoord ‘vaststellen’ geven daar geen blijk van.

Ten tweede wijst de A-G op voorbeelden uit de memorie van toelichting van de Omgevingswet bij art. 2.8 (de delegatiebepaling), waarin de gemeenteraad eerst een deel van de planregeling vaststelt om vervolgens een nadere invulling of aanvulling aan BenW te delegeren.⁹⁶ Maar wederom blijft het in mijn optiek twijfelachtig of ook de regering aan een inhoudelijke uitleg heeft gedacht. Het is immers de vraag of in andere Kamerstukken weer niet de geografische uitleg valt te ontwaren:

‘Een praktisch voorbeeld is dat de gemeenteraad in het delegatiebesluit bijvoorbeeld één of meer locaties aanwijst waarvoor het college van burgemeester en

81 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 282-283.

82 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 282.

83 Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 5; Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 282-283; art. 10:16, tweede lid, Awb.

84 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 282-283.

85 Afd. 3.4 Awb.

86 Tegen het delegatiebesluit zelf staat geen rechtsbescherming open. Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 282-283.

87 In deze casus is de herziening van het bestemmingsplan gedelegeerd aan BenW op grond van art. 7c, dertiende lid, BuChw, dat vooruitlopend op de Omgevingswet delegatie van de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het bestemmingsplan aan BenW mogelijk maakt.

88 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109.

89 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394.

90 J. van Oosten & A. Span, Het delegeren van de bevoegdheid tot vaststelling van delen van een bestemmingsplan onder de Crisis- en herstelwet en de Omgevingswet: de eerste inzichten van de Afdeling en de A-G, TO 2023, afl. 1, p. 5-12.

91 Aan deze uitleggen kunnen mijns inziens ook nog andere uitleggen worden toegevoegd. Een sectorale uitleg zou kunnen inhouden dat ‘delen van’ verwijst naar sectorale regels, zoals regels over milieu of ruimtelijke ordening. ‘Delen van’ zou ook kunnen inhouden dat het vaststellen van een bepaald type regel aan BenW wordt overgedragen, zoals het delegeren van regels die toezien op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties of binnenplanse beoordelingsregels.

92 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 11-12.

93 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 12.

94 Het woord ‘ondergeschikte’ is nooit in de definitieve tekst van het BuChw opgenomen. ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109.

95 Stb. 2017, 275.

96 Zie daarvoor Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 404.

wethouders de daarop betrekking hebbende onderdelen van het omgevingsplan mag [LvK] of moet [LvK] vaststellen.⁹⁷

Het antwoord op die vraag is lastig te formuleren, omdat onduidelijk is wat met het woord ‘onderdelen’ precies wordt bedoeld. Ten derde verwijst de A-G nog naar art. 156, derde lid, van de Gemw (in samenhang met het primaat van de gemeenteraad) op grond waarvan delegatie van de regelgevende bevoegdheid is beperkt tot het stellen van nadere regels (indien door strafbepaling en bestuursdwang te handhaven).⁹⁸

De inhoudelijke uitleg moet volgens de A-G niet zo worden opgevat dat BenW alleen regels kan stellen over onderwerpen waarover de gemeenteraad al regels heeft gesteld, dat zou de reikwijdte ervan te sterk beperken.⁹⁹ Volgens de A-G ‘impliceert de ruime reikwijdte dat het in eerste instantie aan de gemeenteraad zélf is om in het delegatiebesluit tot uitdrukking te brengen wat in het kader van het desbetreffende delegatiebesluit moet worden verstaan onder “delen van het plan”’.¹⁰⁰ De gemeenteraad heeft in die opvatting veel beleidsruimte. In de tussenuitspraak van de Afdeling over het delegatiebesluit in de zaak Boekel wordt deze opvatting gedeeld: ‘[H]et is dus aan de raad om te besluiten over het al dan niet delegeren van de bevoegdheid om delen van het plan vast te stellen.’ De gemeenteraad bepaalt wat ‘delen van’ betekent door aan te geven wat onder welke voorwaarden wordt gedelegeerd.¹⁰¹ De A-G en de Afdeling delen dan ook de opvatting die de regering reeds herhaaldelijk heeft geuit in verschillende Kamerstukken: de gemeenteraad als vertegenwoordigd orgaan bepaalt zelf de betekenis van de woorden ‘delen van’.¹⁰²

3.2 Concrete en objectieve begrenzing

In verband met het rechtszekerheidsbeginsel hechten de A-G en de Afdeling wel sterk aan het objectief en concreet begrenzen van het delegatiebesluit (dat wil zeggen in welke gevallen en onder welke voorwaarden).¹⁰³ De A-G zoekt daarbij aansluiting bij de rechtspraak over de objectieve begrenzing van de wijzigingsbevoegdheden, maar zonder deze een-op-een over te nemen. De Afdeling benadrukt: ‘[D]e beantwoording van de vraag of in een concreet geval een delegatiebevoegdheid voldoende concreet en objectief is begrensd, hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van dat geval.’¹⁰⁴ Of de regering ook voorstander is van een concrete en objectieve begrenzing is niet geheel duidelijk, al wekt onderstaande passage niet per se dat vermoeden:

‘Nu komt het in de rechtspraak nog geregeld voor dat dergelijke in bestemmingsplannen aan het college van burgemeester en wethouders gegeven bevoegdheden onverbindend worden geacht, omdat deze onvoldoende objectief zijn begrensd en om die reden in strijd worden geacht met de Wro. Om overeenkomstig de verbeterdoelen van de stelselherziening meer beslissruimte en flexibiliteit te kunnen creëren, worden wettelijke belemmeringen weggenomen, zodat het primair aan het democratisch meest gelegitimeerde orgaan zelf wordt overgelaten in hoeverre en onder welke restricties het vaststellen van delen van het omgevingsplan aan het dagelijks bestuur wordt opgedragen.’¹⁰⁵

De Afdeling wijst er bovendien op dat niet alleen het delegatiebesluit, maar ook beleidsregels van de gemeenteraad die de delegatiebevoegdheid begrenzen concreet en objectief geformuleerd moeten zijn. De Afdeling erkent dat binnen de grenzen van het delegatiebesluit en de (mogelijk) gestelde beleidsregels van de gemeenteraad BenW ook zelf beleidsregels kan vaststellen over de toepassing van de gedelegeerde regelgeving.¹⁰⁶ Op dit punt wijkt de Afdeling af van de conclusie van de A-G. De A-G acht het stellen van beleidsregels in relatie tot de delegatie van de regelgevende bevoegdheid door BenW niet wenselijk, omdat de begrenzing van delegatie dan niet volgt uit het delegatiebesluit (hetgeen volgens de A-G niet past bij het uitgangspunt van objectieve en concrete begrenzing).¹⁰⁷ Verder benadrukt de Afdeling, in navolging van de conclusie van de A-G, dat het delegatiebesluit officieel bekend moet worden gemaakt, overeenkomstig de Bekendmakingswet.¹⁰⁸

3.3 De appellabiliteit van het delegatiebesluit

Tegen het opnemen van de flexibiliteitsbepalingen in het bestemmingsplan staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open:¹⁰⁹ het besluit omtrent de toekenning van een flexibiliteitsinstrument aan BenW is immers onderdeel van het appellabele bestemmingsplan.¹¹⁰ Dat geldt voor het delegatiebesluit in de Omgevingswet niet: daartegen staat geen rechtsbescherming open.¹¹¹ De leden van de CDA-fracties stellen tijdens de bespreking van de Omgevingswet de vraag ‘waarom het delegatiebesluit geen deel uitmaakt van het omgevingsplan en daarmee, als onderdeel van het omgevingsplan, appellabel is?’¹¹² De regering beargumenteert dat het overdragen van de regelgevende bevoegdheid een ‘interne bestuursaangelegenheid’ is ‘zonder burgerbinden-

97 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 45-46.

98 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 12.

99 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 13.

100 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 13.

101 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 13.

102 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 403; Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 45-46; Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 4-5.

103 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 13.

104 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 13.

105 Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6, p. 4-5.

106 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 13.

107 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 15.

108 Art. 6 Bekendmakingswet. De A-G kwalificeert een delegatiebesluit als een algemeen verbindend voorschrift. ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, p. 8-9; ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 12.

109 Als een flexibiliteitsbepaling in het ruimtelijk ordeningsrecht niet voldoende concreet en objectief werd begrensd, dan werd de betreffende flexibiliteitsbepaling door de rechter dikwijls onverbindend verklaard.

110 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 45-46.

111 Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 404.

112 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 23, p. 45.

de elementen'.¹¹³ Bovendien doen, naar oordeel van de regering, de rechtsgevolgen voor belanghebbenden er pas toe bij daadwerkelijke toepassing van de gedelegeerde regelgeving.¹¹⁴ Zoals het bij de flexibiliteitsbepalingen geregeld is, acht de regering dan ook niet het 'meest doelmatig en transparant'.¹¹⁵

De regering geeft eveneens aan dat 'delegatiebesluiten (...) gewoonlijk in het generieke bestuursrecht niet appellabel [zijn; LvK]'.¹¹⁶ Of de regering hier bedoelt dat een delegatiebesluit gekwalificeerd kan worden als een algemeen verbindend voorschrift wordt echter niet duidelijk. In de memorie van toelichting bij de Derde tranche van de Awb is een delegatiebesluit in algemene zin wel gekwalificeerd als een algemeen verbindend voorschrift.¹¹⁷ Ook de Afdeling heeft eerder geoordeeld dat een besluit tot delegatie van een vrijstellingsbevoegdheid een algemeen verbindend voorschrift is.¹¹⁸ Hieruit kan worden opgemaakt dat het delegatiebesluit op grond van art. 2.8 Ow ook een algemeen verbindend voorschrift is.¹¹⁹ Tegen een delegatiebesluit staat aldus geen beroep open. Toch zal met de Invoeringswet Omgevingswet een delegatiebesluit op grond van artikel 2.8 Ow op de negatieve lijst van de Awb worden geplaatst.¹²⁰ De regering beargumenteert dat 'gezien het bestuurlijke karakter hiervan [delegatiebesluit; LvK], beroep tegen een dergelijk besluit [wordt; LvK] uitgesloten.' Door het delegatiebesluit op de negatieve lijst van de Awb te zetten lijkt het er haast op dat de regering het besluit niet als een algemeen verbindend voorschrift ziet. Het valt immers te beargumenteren dat het plaatsen van een algemeen verbindend voorschrift op de negatieve lijst overbodig is.¹²¹

Het delegatiebesluit is aldus niet appellabel. Maar in een beroepsprocedure tegen herzieningen van het omgevingsplan, die zijn gebaseerd op het delegatiebesluit, kan de rechtmatigheid van een delegatiebesluit wel exceptief door de bestuursrechter worden getoetst, indien de beroepsgronden daar aanleiding toe geven.¹²² Indien de bestuursrechter het delegatiebesluit onrechtmatig

acht, kan het delegatiebesluit buiten toepassing worden gelaten in het desbetreffende geval of onverbindend worden verklaard waardoor het ook niet meer kan worden gebruikt als grondslag voor toekomstige omgevingsplan herzieningen. Het ligt in de lijn der verwachting dat de Afdeling het delegatiebesluit exceptief zal gaan toetsen aan het rechtzekerheidsbeginsel. Die verwachting wordt gewekt door het reeds uitgesproken belang van objectieve begrenzing van het delegatiebesluit door de A-G en Afdeling in de Boekelse zaak.¹²³ Tot op heden is de exceptieve toets van de bestuursrechter vaak terughoudend.¹²⁴ Het is mijns inziens niet ondenkbaar dat de exceptieve toetsing aan het rechtzekerheidsbeginsel indringender zal worden, gezien het huidige verlangen naar een bestuursrechter die indringender exceptief toetst.¹²⁵ Een indringendere toetsing aan het rechtzekerheidsbeginsel is in mijn optiek niet onwenselijk: het kan de rechtzekerheid bevorderen terwijl tegelijkertijd de beslissingsruimte en beleidsruimte van de gemeenteraad worden gerespecteerd. Om rechtsonzekere situaties te voorkomen is het immers van groot belang dat de gemeenteraad de overdracht van delen van het omgevingsplan naar BenW duidelijk afbakt in het delegatiebesluit (dat wil zeggen welke delen en onder welke voorwaarden).

4 De gemeenteraad en het gedelegeerde omgevingsplan: een analyse

4.1 De juridische begrenzing van delegatie

In het ruimtelijk ordeningsrecht gold (en geldt tot 1 januari 2024) dat de gemeenteraad zelf de voornaamste regelgevende keuzes maakt. BenW kan, als de gemeenteraad dat verlangt, alleen regels stellen over onderwerpen waarover de gemeenteraad zelf al regels heeft gesteld. De gemeenteraad schrijft daarmee de planologische hoofdstructuur verordenend voor. BenW heeft op die structuur enkel een afgeleide regelgevende bevoegdheid.¹²⁶ Hieruit kan het primaat van de gemeenteraad worden afgeleid: de gemeenteraad trekt de regelgevende grenzen. Maar met de inwerkingtreding van de Omgevingswet kan dit regelgevende primaat aanzienlijk worden gerelativeerd. De delegatiebevoegdheid is in art. 2.8 van de Ow immers minimaal begrensd. De woorden 'delen van' sluiten mijns inziens niet uit dat de re-

wensbeginsel en het beginsel van zorgvuldige besluitvorming genoemd; ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 10.

113 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 45-46.

114 De regering acht de positie van belanghebbenden beschermd: de wijzigingen van het omgevingsplan als gevolg van het delegatiebesluit kunnen immers wel door de rechter worden getoetst. Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 282-283.

115 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 45-46.

116 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 23, p. 45.

117 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 181. ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 12. Anders: H. Hennekens, 'Delegatie en mandaat in het licht van het voorontwerp voor de Algemene wet bestuursrecht (I)', Gst. 1992/6955, p. 615.

118 ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0733, onder punt 2.3.

119 Zie voetnoot 26 van F. Groothuijse, D. Korsse & B. Schueler, 'Rechterlijke toetsing van globale bestemmingsplannen zonder horizon', in: Rolf Ortlepe e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 136. Ook de A-G en de Afdeling kwalificeren het delegatiebesluit als een algemeen verbindend voorschrift. ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, p. 7; ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 12.

120 Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 91, 349-350; art. 8:5 Awb.

121 Gelet op art. 8:3, eerste lid, onder a, Awb.

122 In het ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452 worden het evenredigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, het vertrou-

123 ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109; ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394, onder punt 13.

124 F. Groothuijse, 'Notitie Invoeringswet Omgevingswet ten behoeve van de Eerste Kamer Commissie IWO', 12 april 2019, p. 8.

125 Zie de conclusie van A-G Widdershoven, ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557; R. Kegge, Indringende(re) toetsing door de bestuursrechter. Over veranderende toetsingsintensiteiten en de nieuwe terminologie van de Afdeling, JBplus 2018/04.

126 De afgeleide regelgevende bevoegdheid verwijst naar de vier flexibiliteitsinstrumenten in het vigerend recht.

gelgevende bevoegdheid over sommige onderwerpen volledig door de gemeenteraad kan worden overgedragen, ook als de gemeenteraad daar zelf nog niets over geregeld heeft.

Er is wel een juridische grens te ontwaren: niet *alle* planregels van het omgevingsplan kunnen door BenW worden vastgesteld. Maar het valt te beargumenteren dat al aan de delegatiebepaling is voldaan als slechts één bepaling niet aan BenW wordt gedelegeerd.¹²⁷ De delegatiebepaling komt – op die manier uitgelegd – dicht in de buurt van blanco delegatie. De regering heeft aangegeven dat blanco delegatie niet is beoogd. Maar wat wel is beoogd met de woorden ‘delen van’ wordt mijns inziens niet geheel duidelijk. De feitelijke omvang van delegatie zal worden bepaald door de gemeenteraad. Het is de gemeenteraad die moet gaan beslissen welke betekenis de woorden ‘delen van’ toekomt en in hoeverre het omgevingsplan wordt gedelegeerd.

4.2 De democratische legitimatie

Het feit dat de gemeenteraden veel vrijheid hebben bij het verdelen van de regelgevende bevoegdheid heeft het veronderstelde voordeel van flexibiliteit, een van de belangrijkste doelen van de Omgevingswet.¹²⁸ Maar daar staat dan wel tegenover dat de Omgevingswet geen juridische garantie biedt dat het regelgevende kader wordt vastgesteld door de gemeenteraad, ofwel de gekozen vertegenwoordiging. Als een gemeenteraad de regelgevende ruimte waarbinnen BenW kan opereren niet of nauwelijks vaststelt dan neemt de machtsinvloed van de gekozen vertegenwoordiging af. Dat geldt in het bijzonder voor gedelegeerde planregels die gaan over onderwerpen waarover de gemeenteraad niets verordend heeft. De vraag rijst of het democratische gehalte van die gedelegeerde planregels niet onder druk komt (of kan komen) te staan.¹²⁹ Het argument van mogelijk afnemende democratische legitimatie wordt dikwijls weerlegd met het tegenargument dat de gemeenteraad, als meest democratisch gelegitimeerd orgaan, zelf beslist over de overdracht van de bevoegdheid.¹³⁰ Die beslissing tot overdracht is dan allicht democratisch legitiem, maar dat betekent niet automatisch dat de inhoud van die planregels dat ook is. Wel kan de gemeenteraad invloed uitoefenen op die planregels door in het delegatiebesluit of in beleidsregels voorwaarden te verbinden aan de uitoefening van gedelegeerde omgevingsplanbevoegdheid door BenW. Een ander gehoord tegenargument is dat het gemeentelijke beleid, zoals de gemeenteraad dat kan vastleggen in de omgevingsvisie, voldoende kaders biedt aan BenW.¹³¹ BenW is inderdaad verplicht rekening te houden met de omgevingsvisie,¹³²

maar bindend is die visie alleen voor het orgaan dat haar heeft vastgesteld: de gemeenteraad.¹³³

4.3 Controlemogelijkheden voor de gemeenteraad

Als de democratische legitimatie bij de vaststelling van omgevingsplanregels afneemt, dan valt het te beargumenteren dat de nadruk op de democratische controle moet komen te liggen.¹³⁴ De Omgevingswet kent de gemeenteraad geen specifieke controle-instrumenten toe, maar de gemeenteraad beschikt wel over de generieke controle-instrumenten in de Gemeentewet en de Awb.¹³⁵ Een aantal instrumenten is gericht op de informatievervalsing, zoals de verplichting tot inlichtingen (bij gedelegeerde regelgeving¹³⁶),¹³⁷ het vragenrecht,¹³⁸ het recht om vragen te stellen aan BenW over een onderwerp dat niet op de agenda staat,¹³⁹ en de raadsenquête.¹⁴⁰ Een gemeenteraad kan BenW controleren door, op basis van de verstrekte informatie, de gedelegeerde regelgeving te toetsen aan beleidskaders. In theorie zou de gemeenteraad ook een of meerdere wethouders kunnen ontslaan, nadat hij zijn vertrouwen in hen heeft verloren en opgezegd.¹⁴¹ Dat de gemeenteraad zijn vertrouwen zal verliezen door een ondermaatse uitoefening van gedelegeerde regelgeving ligt misschien niet voor de hand, maar het is ook niet uitgesloten.

Op grond van de Awb kan de gemeenteraad ook het delegatiebesluit te allen tijde intrekken,¹⁴² bijvoorbeeld als de gemeenteraad de manier waarop BenW het gedelegeerde besluit uitoefent onjuist of ondoelmatig acht. Het intrekken van een delegatiebesluit heeft geen terugwerkende kracht. Dat wil zeggen dat het intrekken van een delegatiebesluit ná een omgevingsplanherziening door BenW geen effect meer heeft op de op grond van het delegatiebesluit doorgevoerde herziening. Dat de gemeenteraad het delegatiebesluit te allen tijde kan intrekken kan in lopende procedures wel tot rechtsonzekere situaties leiden. De gemeenteraad kan een delegatiebesluit intrekken tot het moment waarop een besluit van herziening van een deel van het omgevingsplan wordt genomen. Dat betekent dat op het moment dat het ontwerp-omgevingsplan ter inzage ligt de gemeenteraad nog kan besluiten om het delegatiebesluit in te trekken. De gemeenteraad kan als het ware de manier waarop BenW het gedelegeerde besluit beoogt te gaan uitoefenen beoordelen. Op die manier zou de intrekkingbevoegdheid als een verkapt goedkeuringsinstrument kunnen worden gebruikt: de gemeenteraad

127 Ook: Groothuijse, Landman & Nehmelman 2018, p. 851.

128 L. van Karnenbeek, F. Groothuijse & H. van Rijswijk, Interbestuurlijke verhoudingen in de Omgevingswet: ordeloos of een thorbeckiaans evenwicht?, RegelMaat 2022, afl. 3, p. 230-252.

129 Ook: Groothuijse, Landman & Nehmelman 2018, p. 851.

130 Kamerstukken II 2018/19, 34 986, nr. 6.

131 J. van Zundert, Vaststelling omgevingsplan door de gemeenteraad?, Gst. 2017/16.

132 Art. 2.2, eerste lid, Ow.

133 Art. 3.1 Ow. Bovendien kan BenW daarvan afwijken, mits goed gemotiveerd.

134 Van Zundert is een sterke voorstander van democratische controle op omgevingsplanregels, zie Van Zundert 2017.

135 Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 12, p. 282-283.

136 Art. 10:16, tweede lid, Awb.

137 Art. 169 Gemw.

138 Art. 155, eerste lid, Gemw.

139 Art. 155, tweede lid, Gemw.

140 Art. 155a, eerste lid, Gemw.

141 Art. 49 Gemw.

142 Art. 10:18 Awb.

kan het delegatiebesluit immers goedkeuren of afkeuren door het al dan niet in te trekken.¹⁴³ Het gebruik van de intrekingsbevoegdheid als verkapt goedkeuringsinstrument is strijdig met de Awb, waarin staat dat besluiten slechts aan goedkeuring kunnen worden onderworpen in bij of krachtens de wet bepaalde gevallen.¹⁴⁴

In het scenario dat een gemeenteraad veel omgevingsplanregels delegeert, verschuift het democratische zwaartepunt naar de raadscontrole. De controle-instrumenten van een gemeenteraad zijn divers en toereikend, maar veelzeggender zal de toepassing ervan in de praktijk zijn. Het recentelijk onderzoek van Peters en Castenmiller naar de toepassing van controle-instrumenten door gemeenteraden laat enkele zorgwekkende bevindingen zien. In de onderzochte gemeenten worden grote verschillen aangetroffen in de toepassing van controle-instrumenten, waarbij in sommige gemeenten die instrumenten weinig of soms zelfs helemaal niet worden ingezet.¹⁴⁵ Ook merkten zij op dat wanneer informatie wordt ingewonnen, er niet altijd actie wordt ondernomen op basis van die informatie. Zij stellen zelfs: ‘De vraag wat de controlerende taak eigenlijk behelst, en waartoe je als gemeenteraad en als gemeenteraadslid eigenlijk controleert, wordt in de praktijk niet gesteld of besproken.’¹⁴⁶ Als democratische controle bij gedelegeerde planregels ontbreekt, dan kan een goeddeels gedelegeerd omgevingsplan zijn democratische legitimatie verliezen. Dat is vooralsnog nog niet aan de orde en de mate van delegatie van de omgevingsplannen zal moeten worden afgewacht.

4.4 Een constitutioneel bezwaar?

De wetgever in formele zin was voorstander van een ruime delegatiebepaling, om redenen van snelheid, flexibiliteit en het beperken van onderzoekslasten. De vraag rijst echter of de delegatiebepaling in de Omgevingswet op constitutionele bezwaren stuit. Art. 156, derde lid, van de Gemw luidt:

‘De bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen, door strafbepaling of bestuursdwang te handhaven, kan de raad slechts overdragen voor zover het betreft de vaststelling van nadere regels met betrekking tot bepaalde door hem in zijn verordeningen aangewezen onderwerpen.’

Aangezien omgevingsplanregels door bestuursdwang en strafbepalingen kunnen worden gehandhaafd, mag de overdracht van de regelgevende bevoegdheid – op grond van de Gemeentewet – niet verder reiken dan het stellen van ‘nadere regels’. Wat nadere regels zijn, wordt niet direct duidelijk uit de Gemeentewet, maar Konijnenbelt wijst op de aanknopingspunten in de Aanwij-

zingen voor de regelgeving (Ar).¹⁴⁷ Aldaar is het begrip ‘regels’ in relatie tot delegatie gedefinieerd als: ‘[Er] wordt over “regels” gesproken, indien in de delegerende regeling over het betrokken onderwerp nog niets is geregeld. In andere gevallen wordt over “nadere regels” gesproken.’¹⁴⁸ Bij ‘nadere regels’ gaat het aldus om regels over een onderwerp waarover in de verordening zelf al regels zijn gesteld.¹⁴⁹ Op grond van de Gemeentewet kan BenW aldus alleen ‘nadere regels’ stellen, dat wil zeggen: regels over onderwerpen waarover de gemeenteraad al heeft verordend in het omgevingsplan. De delegatiebepaling in de Omgevingswet sluit een grondslag voor het stellen van ‘regels’ door BenW mijns inziens niet uit. Vanuit die optiek staat de delegatiebepaling in de Omgevingswet op gespannen voet met de Gemeentewet, voor zover daarbij de definitie uit de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt gebruikt.

5 Slotbeschouwing

De regelgevende bevoegdheid is van oudsher geattribueerd aan de gemeenteraad. Toch laat de historische bespreking zien dat delegatie van de regelgevende bevoegdheid tussen gemeenteraad en BenW in het ruimtelijk ordeningsrecht altijd al onderwerp van discussie is geweest. De vraag die in dit artikel werd opgeworpen is:

Hoe verhoudt de delegatiebepaling in de Omgevingswet zich tot het regelgevende primaat van de raad?

Het regelgevende primaat van de gemeenteraad zoals we dat nu in het omgevingsrecht kennen, namelijk de totstandbrenging van de voornaamste regels in de ruimtelijke ordening, kan onder de Omgevingswet behoorlijk worden uitgehold. De formele wetgever heeft bewust afstand genomen van het delegatieverbod, dat lang een waarborg is geweest voor het regelgevende primaat van de gemeenteraad. De gemeenteraad hoeft aldus niet langer de voornaamste keuzes over de inhoud van omgevingsplanregels zelf te maken. De gemeenteraad kan ervoor kiezen de regelgevende bevoegdheid goeddeels niet zelf vast te stellen, maar over te laten aan BenW. De keuze daarover ligt bij de gemeenteraad. De gemeenteraad heeft daarbij bijna volledige vrijheid, de formele wetgever heeft de bevoegdheid daartoe maar minimaal begrensd.

Dat de formele wetgever de gemeenteraad veel beslissingsmacht geeft om al dan niet de regelgevende bevoegdheid te delegeren wijst veeleer op een politiek primaat. In juridische discussies is het raadsprimaat vaker gekoppeld aan het hebben van beslissingsmacht.¹⁵⁰ Wie

143 Grootthuijse 2019.

144 Art. 10:26 Awb; Grootthuijse 2019.

145 K. Peters & P. Castenmiller, Kaderstellen en controleren door de gemeenteraad: een zware opgave, Bestuurswetenschappen 2020, afl. 2, p. 29.

146 Peters & Castenmiller 2020, p. 29.

147 W. Konijnenbelt, Delegatie aan B&W van verordenende bevoegdheid en de betekenis van het derde lid van artikel 156 Gemeentewet, Gst. 2013/132, p. 708-710. Ook: ABRvS 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109, onder punt 12-13.

148 Ar 2.29.

149 Konijnenbelt 2013.

150 Westerweel 2021, p. 161-182.

die betekenis hanteert komt allicht tot de conclusie dat de gemeenteraad alsnog het primaat bezit. De gemeenteraad heeft immers bijna volledige beslissingsmacht over het al dan niet delegeren van omgevingsplanregels. Bovendien kan de gemeenteraad voorwaarden verbinden aan de uitoefening van gedelegeerde bevoegdheid. Maar dan wordt er wel een andere betekenis gegeven aan het primaat. Het is dan niet zozeer dat de gemeenteraad de voornaamste regels *zelf* vaststelt, maar veeleer dat de gemeenteraad bepaalt *wie* de voornaamste regels vaststelt. Welke definitie van het primaat ook wordt gehanteerd, één ding is duidelijk: BenW komt niet enkel nog een afgeleide regelgevende bevoegdheid onder de Omgevingswet toe. Het gevolg is dat de democratische legitimatie van omgevingsplanregels niet zonder meer vanzelfsprekend is, zeker nu blijkt dat de controlerende taak in de praktijk lastig te vervullen is.

De vraag die opgeworpen kan worden, is of de wetgever de positie van de gemeenteraad als volksvertegenwoordiger niet beter zou moeten beschermen. Indien men van mening is dat de volksvertegenwoordiging de voornaamste keuzes in de fysieke leefomgeving zou moeten maken, dan zou een juridisch stringenter begrensde delegatiebepaling in de Omgevingswet voor de hand liggen. Het valt te beargumenteren dat de begrenzing van de delegatiebepaling in ieder geval overeen moet komen met de begrenzing van delegatie van de regelgevende bevoegdheid in de organieke wetgeving.¹⁵¹ Aan de andere kant rijst de vraag of de praktijk niet dusdanig veranderd is dat delegatie van de regelgevende bevoegdheid beperkt tot nadere regelstelling niet meer past bij de eisen van de tijd. Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, dan voldoet de Omgevingswet allicht aan de eisen van de tijd, maar zonder dat zij op een sterk constitutioneel fundament berust. Dat zou overigens niet voor het eerst zijn. De Woningwet van 1901 was immers ook al dé inspiratiebron voor de Gemeentewet om geclausuleerde delegatie van de regelgevende bevoegdheid in 1931 toe te staan. Vanuit een constitutioneel perspectief geredeneerd vereist vergaande delegatie van de regelgevende bevoegdheid wel dat de positie van de gemeenteraad ten opzichte van BenW op een andere manier wordt gesterkt. Zonder een prominente rol van de gemeenteraad bij het stellen van regels boet het constitutioneel verankerde hoofdschap immers te veel aan waarde in.

151 Ook Groothuijse 2019, p. 6.