

Vergaderjaar 2018–2019

34 986

Aanvulling en wijziging van de Omgevingswet, intrekking van enkele wetten over de fysieke leefomgeving, wijziging van andere wetten en regeling van overgangsrecht voor de invoering van de Omgevingswet (Invoeringswet Omgevingswet)

Nr. 6

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 22 oktober 2018

De vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer heeft mij gevraagd schriftelijk te reageren op het artikel «Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?».¹ Die reactie stuur ik u hierbij toe.

Het verheugt mij dat in de rechtswetenschappelijke literatuur al enkele jaren uitgebreid aandacht wordt besteed aan de Omgevingswet. Dit draagt bij aan het debat over het nieuwe stelsel van omgevingsrecht. Ik hecht veel waarde aan een open debat over dit stelsel, met inbegrip van de staatsrechtelijke aspecten, en vind het belangrijk dat dit debat ook in de toekomst wordt voortgezet.

Het NJB-artikel behandelt een aantal belangwekkende staatsrechtelijke aspecten van de Omgevingswet. De auteurs spreken van horizontale, territoriale en verticale bevoegdheidsverschuivingen en gaan in op de verschuiving van autonomie naar medebewind. Kern van het artikel is dat in het proces van totstandkoming van de Omgevingswet aan deze aspecten weinig aandacht zou zijn besteed. Het verzoek van de vaste Commissie geeft mij de gelegenheid om over deze aspecten mijn visie te geven en te beschrijven op welke wijze hiervoor bij de totstandkoming van de Omgevingswet aandacht is geweest.

Algemene opmerkingen

De besluitvorming over een brede wetgevingsoperatie als de vernieuwing van het omgevingsrecht vindt plaats in een debat tussen regering en parlement waarin verschillende belangen en facetten een rol spelen. Bij de vormgeving van het nieuwe stelsel van omgevingsrecht zijn vier

¹ Frank Groothuijse, Karlijn Landman en Remco Nehmelman (Nederlands Juristenblad 30 maart 2018, afl. 13, blz. 848–855).

verbeterdoelen leidend geweest.² De Omgevingswet zelf is gericht op een tweetal maatschappelijke doelen. Deze zijn in artikel 1.3 van de wet opgenomen.³ De verhoudingen tussen bestuursorganen – het onderwerp van het NJB-artikel – zijn van belang bij het realiseren van die verbeterdoelen en maatschappelijke doelen.

De in het artikel aangesneden onderwerpen raken aan belangrijke uitgangspunten van het nieuwe stelsel van omgevingsrecht, waaronder het subsidiariteitsbeginsel (zoals neergelegd in artikel 2.3 Omgevingswet). Bij het beantwoorden van de vraag in hoeverre het staatsrechtelijke perspectief voldoende aandacht heeft gekregen, verwijzen de auteurs vaak naar de oorspronkelijke memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Omgevingswet uit juni 2014.⁴ Met betrekking tot de meeste onderwerpen heeft in de schriftelijke of mondelinge fase van het parlementaire proces rond het wetsvoorstel Omgevingswet nog een nadere gedachtewisseling tussen regering en parlement plaatsgevonden.⁵ Tijdens dat parlementaire proces is het wetsvoorstel Omgevingswet ook op diverse in het NJB-artikel genoemde punten aangepast, mede als gevolg van aangenomen amendementen en moties. Ook zijn de op de Omgevingswet gebaseerde ontwerpbesluiten, die in het kader van de voorhangprocedure naar beide kamers der Staten-Generaal zijn gezonden, op onderdelen gewijzigd als gevolg van onder meer aangenomen moties. Verderop in deze brief wordt hier nader op ingegaan.

Sommige keuzes in het nieuwe stelsel bouwen voort op keuzes binnen de huidige (omgevingsrechtelijke) wetgeving. Als het gaat over mogelijke verschuivingen met betrekking tot taken en bevoegdheden in verband met de stelselherziening van het omgevingsrecht is het belangrijk om een verband te leggen met de situatie onder de bestaande wetgeving. Of sprake is van een verschuiving, moet immers daartegen worden afgezet. Voorbeelden van regelingen die hun oorsprong hebben in de bestaande wetgeving zijn de subsidiariteitscriteria en het «in hoofdzaak»-criterium dat een rol speelt bij bevoegdheidstoedeling. Hierbij is ook van belang om op te merken dat bij de stelselherziening als uitgangspunt is gehanteerd dat de Omgevingswet zo veel mogelijk aansluit bij de bestaande taakverdeling op het gebied van de fysieke leefomgeving, rekening houdend met gemaakte bestuurlijke afspraken.⁶ Van grote verschuivingen van bevoegdheden is dan ook geen sprake.

Ik acht de toevoeging «constitutionele» – voor «aardverschuivingen» – in de titel van het NJB-artikel niet geheel juist. De Grondwet zwijgt namelijk over de concrete taakverdeling tussen vertegenwoordigende en uitvoerende bestuursorganen. Dat geldt in het bijzonder voor de verdeling tussen de formele wetgever en de regering. Wat gemeenten en provincies betreft, bevat hoofdstuk 7 van de Grondwet slechts de hoofdbeginselen van de bestuurlijke inrichting. De Grondwet erkent de autonomie van

² Deze verbeterdoelen zijn: het vergroten van de inzichtelijkheid, de voorspelbaarheid en het gebruiksgemak van het omgevingsrecht; het bewerkstelligen van een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving in beleid, besluitvorming en regelgeving; het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken voor het bereiken van doelen voor de fysieke leefomgeving; het versnellen en verbeteren van besluitvorming over projecten in de fysieke leefomgeving (memorie van toelichting, Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 7).

³ De Omgevingswet is volgens artikel 1.3 gericht op het, met het oog op duurzame ontwikkeling, de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu, in onderlinge samenhang: a. bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit, en b. doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften.

⁴ Kamerstuk 33 962, nr. 3.

⁵ In het bijzonder Kamerstuk 33 962, nrs. 12 en 23, en Kamerstuk 33 962, E en H.

⁶ Memorie van toelichting, Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 43–44.

gemeenten en provincies en vestigt het politieke primaat bij de gekozen volksvertegenwoordiging, de raad respectievelijk provinciale staten, als hoogste orgaan. De nadere invulling van de onderlinge verhouding tussen bestuursorganen binnen provincies, gemeenten en waterschappen wordt door hoofdstuk 7 van de Grondwet overgelaten aan de gewone wetgever. De wijzigingen die de Omgevingswet met zich brengt, passen binnen dat staatsrechtelijke kader.

Horizontale verschuiving van bevoegdheden

De auteurs signaleren op rijksniveau een verschuiving van het zwaartepunt van de materiële omgevingsrechtelijke normering van de formele wetgever naar de uitvoerende macht (de AMvB-regelgever). Dit is eerder een harmonisering dan een verschuiving, want ook onder de huidige omgevingsrechtelijke wetgeving worden materiële normen grotendeels op het niveau van algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) gesteld.⁷ De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in recente adviezen aangegeven het door de wetgever gehanteerde delegatiebeleid als uitgangspunt te nemen voor de verdere advisering over de stelselherziening.⁸

Wat betreft de parlementaire betrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving schetsen de auteurs een in mijn ogen te negatief beeld van de rolopvatting van de Tweede en Eerste Kamer. Uitgangspunt is dat de ontwerp-AMvB's en ook toekomstige wijzigingen daarvan bij het parlement worden voorgehangen. Dit geeft beide kamers van de Staten-Generaal de mogelijkheid om over de inhoud van de AMvB's met de verantwoordelijke bewindspersoon van gedachten te wisselen. Hoewel het recht van amendement ontbreekt, kunnen beide kamers via moties aandringen op wijzigingen in de AMvB's. Van deze mogelijkheid is ook reeds gebruik gemaakt in het proces van totstandkoming van de AMvB's. In mijn brief van 9 juli 2018 over de hoofdlijnen van het ontwerp-Invoeringsbesluit Omgevingswet is een overzicht opgenomen van de wijzigingen die als gevolg van moties worden aangebracht in de Omgevingswet of in de daarop gebaseerde uitvoeringsregelgeving.⁹ Ook al eerder, bij de totstandkoming van de vier basis-AMvB's onder de Omgevingswet, hebben aangenomen moties en toezeggingen aan het parlement tijdens de voorhang geleid tot aanpassingen in de betrokken besluiten of de daarbij behorende toelichting. Een voorbeeld hiervan is de aanpassing van het Besluit bouwwerken leefomgeving op het punt van de bruikbaarheidseisen voor gebouwen naar aanleiding van ingediende moties.¹⁰ De parlementaire betrokkenheid bij de uitvoeringsregelgeving wordt voortgezet bij volgende stappen binnen de stelselherziening. In mijn brief van 8 maart 2018 heb ik het parlement geïnformeerd over de regelgevingsproducten die nog zullen volgen in het kader van de stelselherziening, waaronder het ontwerp-Invoeringsbesluit Omgevingswet en ontwerpbesluiten in het kader van de aanvullingssporen, en over de daarbij te volgen voorhangprocedure.¹¹

Met betrekking tot provincies en waterschappen wijzen de auteurs op een verschuiving van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten voor complexe projecten met een publiek belang van het algemeen bestuur naar het dagelijks bestuur. In de memorie van toelichting is de achterlig-

⁷ Zie onder meer de memorie van antwoord, Kamerstuk 33 962, E, p. 71.

⁸ Advies van 19 mei 2017 over het voorstel voor de Aanvullingswet bodem Omgevingswet, Kamerstuk 34 864, nr. 4, p. 2–5.

⁹ Kamerstuk 33 118, nr. 111.

¹⁰ Nota van toelichting bij het Besluit bouwwerken leefomgeving (Stb. 2018, nr. 291, p. 217–218).

¹¹ Kamerstukken 33 118 en 34 682, nr. 102; Kamerstuk 33 118, AF.

gende reden voor deze bevoegdheidsverdeling aangegeven. Een project waarvoor een projectbesluit wordt vastgesteld, kan desgewenst ook door middel van een omgevingsvergunning worden gerealiseerd. Daarvoor is het dagelijks bestuur van het waterschap of gedeputeerde staten bevoegd gezag. De strekking van de omgevingsvergunning of het projectbesluit is hetzelfde en ook is hetzelfde resultaat beoogd, namelijk het toelaten van een concreet op uitvoering gericht project. Daarom is onder de Omgevingswet het dagelijks bestuur van het waterschap of gedeputeerde staten bevoegd gezag voor het projectbesluit.¹² Een projectbesluit vloeit veelal voort uit beleidsvoornemens die zijn opgenomen in een omgevingsvisie of een programma. De omgevingsvisie van de provincie wordt vastgesteld door provinciale staten en het waterbeheerprogramma wordt vastgesteld door het algemeen bestuur van het waterschap.¹³ Daarnaast kunnen vertegenwoordigende organen in hun controlerende rol altijd het bevoegde bestuursorgaan ter verantwoording roepen, ook als het gaat om het vaststellen van een projectbesluit.

Op gemeentelijk niveau wijzen de auteurs op de ruimere mogelijkheid om de vaststelling van (delen van) het omgevingsplan te delegeren aan het college van burgemeester en wethouders (artikel 2.8 Omgevingswet). Een vergelijkbare delegatiemogelijkheid is opgenomen voor de waterschapsverordening en de omgevingsverordening van de provincie. Volgens de auteurs tast dit de democratische legitimatie aan, maar ze wijzen er hierbij zelf ook al op dat het uiteindelijk aan de democratisch gelegitimeerde organen zelf is om te bepalen of wordt overgegaan tot delegatie van regelgevende bevoegdheden en vervolgens in het delegatiebeleid eventueel grenzen en voorwaarden aan de gedelegeerde bevoegdheid te stellen. Ook kan het delegerende orgaan beleidsregels vaststellen over de gedelegeerde bevoegdheid. Bovendien kan een delegatiebesluit altijd worden ingetrokken. Op deze aspecten is ook in de memorie van toelichting gewezen.¹⁴ Tijdens het verdere parlementaire debat is deze delegatiemogelijkheid aan de orde geweest, waarbij nadrukkelijk ook rechtsstatelijke argumenten zijn gewisseld.¹⁵ Ook onder de huidige wetgeving bestaan er diverse mogelijkheden die het uitvoerende bestuur ruimte geven om algemeen verbindende voorschriften te stellen. Zo bevatten provinciale verordeningen vaak de bevoegdheid voor gedeputeerde staten om de werkingsgebieden van regels vast te stellen. De Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) biedt de mogelijkheid tot het vaststellen van wijzigings- en uitwerkingsplannen door het college van burgemeester en wethouders. De keuze voor één omgevingsplan, één waterschapsverordening en één omgevingsverordening vereist dat dergelijke regels van het uitvoerende bestuur in dat plan of die verordening zelf worden opgenomen. De delegatiemogelijkheid biedt ruimte voor het continueren van dergelijke bestaande mogelijkheden zonder dat er gelaagdheid in regelgeving ontstaat. De volksvertegenwoordiging bepaalt zelf in hoeverre en onder welke restricties zij haar bevoegdheden delegeert. Daarmee ontstaat meer ruimte dan onder de huidige Wro om de bevoegdheid tot vaststelling van het omgevingsplan aan het college van burgemeester en wethouders over te dragen. Dat geldt overigens ook voor het opnemen van vergunningstelsels met beslissruimte en binnenplanse mogelijkheden om van in het plan opgenomen normen af te wijken. Nu komt het in de rechtspraak nog geregeld voor dat dergelijke in

¹² Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 512.

¹³ Artikel 3.7 van de Omgevingswet, zoals te wijzingen bij Invoeringswet Omgevingswet; Kamerstuk 34 986, nr. 2, blz. 11, en nr. 3, blz. 154.

¹⁴ Memorie van toelichting, Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 403.

¹⁵ Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstuk 33 962, nr. 12, p. 282–283) en nota naar aanleiding van het nader verslag (Kamerstuk 33 962, nr. 23, p. 45–46). Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en het nader rapport (Kamerstuk 33 962, nr. 4, p. 97).

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 beslisruimte 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. Ook bij andere in een omgevingsplan, waterschapsverordening of omgevingsverordening op te nemen bevoegdheden wordt de mate waarin beslisruimte aan het dagelijks bestuur wordt gegeven, aan het democratisch meest gelegitimeerde orgaan overgelaten.

In de literatuur wordt overigens ten aanzien van het omgevingsplan ook betoogd dat de Omgevingswet niet ver genoeg gaat en de bevoegdheid tot vaststelling van het omgevingsplan direct en geheel aan het college van burgemeester en wethouders zou moeten attribueren.¹⁶ De primaire overwegingen daarbij zijn dat het de rol van de gemeenteraad is om de hoofdlijnen van beleid te bepalen. Op grond van de Omgevingswet wordt dit beleid vastgelegd in de omgevingsvisie. De omgevingsvisie wordt vastgesteld door de gemeenteraad. De gemeenteraad controleert vervolgens het college van burgemeester en wethouders op de uitvoering van het beleid. Naast het uitvoerende karakter wordt ook betoogd dat de dynamiek van het omgevingsplan een besluitbevoegdheid bij het dagelijks bestuur rechtvaardigt, onder aanwijzing en controle van de raad. Tot de controlemiddelen die de raad kan inzetten, behoren het vragenrecht in verbinding met de inlichtingenplicht en het laten uitvoeren van onderzoek door de gemeentelijke rekenkamer of zelfs het houden van een raadsenquête. De uiteenlopende standpunten in de literatuur laten zien dat je verschillend kunt denken over het vraagstuk van delegatie bij de vaststelling van het omgevingsplan. De regeling zoals opgenomen in de Omgevingswet is een evenwichtige regeling waarin zowel de democratische legitimatie als aspecten van flexibiliteit en snelheid van procedure zijn meegenomen. Uiteindelijk ligt het politieke primaat bij de raad en blijft er voor de raad materieel voldoende politiseerbare ruimte over om een inhoudelijk debat te voeren en uiteenlopende politieke keuzes te maken.

Bij een omgevingsvergunning voor activiteiten in strijd met het omgevingsplan wordt het instemmingsrecht van de gemeenteraad – thans onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) genaamd: verklaring van geen bedenkingen (hierna: vvgb) – omgezet in een adviesrecht. De auteurs merken op dat hierdoor de algemene controle-instrumenten op grond van de Gemeentewet, zoals het inlichtingenrecht, belangrijker worden. Dit past ook in de lijn om aan te sluiten bij de generieke instrumenten die de Gemeentewet biedt. In de regel is het college van burgemeester en wethouders het bevoegd gezag voor dergelijke omgevingsvergunningen voor activiteiten die afwijken van het omgevingsplan. Naast de gebruikelijke betrokkenheid van de gemeenteraad binnen de duale verhoudingen bij de uitvoering van taken en bevoegdheden door het college, wordt aanvullend voorzien in een adviesbevoegdheid. De gemeenteraad bepaalt zelf of en zo ja, voor welke

¹⁶ J.W. van Zundert, Vaststelling omgevingsplan door de gemeenteraad?, Gemeentestem 2017/16.

gevallen deze adviesrol zal gaan gelden door de aanwijzing van gevallen.¹⁷

De aan de gemeenteraad gegeven adviesbevoegdheid is minder zwaar dan de momenteel in de Wabo opgenomen bevoegdheid tot het afgeven van een verklaring van geen bedenkingen. Deze vvgb-bevoegdheid in de Wabo is overigens alleen gegeven in een categorie van meer ingrijpende ruimtelijke ingrepen. Voor een bij AMvB aangewezen categorie van gevallen (zogenoemde «ruimtelijke kruimelgevallen») geldt dat het college van burgemeester en wethouders zonder vvgb-bevoegdheid of adviesrol van de gemeenteraad beslist op aanvragen. Om de procedure voor een omgevingsvergunning voor activiteiten die in strijd zijn met het omgevingsplan te kunnen flexibiliseren en versnellen komt de vvgb-bevoegdheid onder de Omgevingswet niet terug in de vorm van de daarmee vergelijkbare instemmingsbevoegdheid. Verwezen wordt naar de memorie van toelichting bij de Omgevingswet.¹⁸ Een amendement om de gemeenteraad toch de verdergaande instemmingsbevoegdheid te geven werd verworpen.¹⁹ Gegeven de waarborgen binnen het decentrale democratische bestel wordt een extra instemmingsbevoegdheid niet nodig geacht.

Binnen de duale verhoudingen bestaan er voldoende controlemechanismen voor de gemeenteraad. Om daar goede invulling aan te kunnen geven, is een adviesrol toereikend geacht. Deze adviesrol wordt wel verbreed en kan ook betrekking hebben op gevallen die nu nog bij AMvB zijn aangewezen («planologische kruimelgevallen»). In het kader van de voorhangprocedure voor de vier ontwerp-AMvB's onder de Omgevingswet is in antwoord op een vraag van de Eerste Kamer beschreven hoe de adviesbevoegdheid zich vanuit de optiek van de Gemeentewet verdraagt met de positie van de gemeenteraad.²⁰

Los van de adviesrol is het uitgangspunt dat de gemeenteraad zijn visie en beleidsvoornemens met betrekking tot de fysieke leefomgeving neerlegt in de omgevingsvisie. Daarmee wordt eveneens primair inzicht gegeven in zijn visie welke afwijkingen van een omgevingsplan wel of niet toelaatbaar worden geacht. De gemeenteraad kan ervoor kiezen om daarnaast, voor bijvoorbeeld ingrijpende afwijkingen op kwetsbare plekken, categorieën van gevallen aan te wijzen waarin advies gevraagd moet worden. De gemeenteraad kan dat ook geheel nalaten, in welk geval dus geen advies behoeft te worden gevraagd. De gemeenteraad kan ook alle afwijkactiviteiten aanwijzen, waarmee dus in alle gevallen advies moet worden gevraagd. De gemeenteraad kan daarmee zelf bepalen in welke gevallen hij gebruik wenst te maken van het adviesrecht. De gemeenteraad is door zijn betrokkenheid bij de omgevingsvisie en door het adviesrecht bij bepaalde omgevingsvergunningen in verschillende fasen van de besluitvorming voldoende betrokken. Daarnaast moet het college van burgemeester en wethouders altijd verantwoording afleggen over het gevoerde beleid.

¹⁷ Het bij de Invoeringswet Omgevingswet in te voegen artikel 16.15a creëert de wettelijke grondslag voor de gemeenteraad om gevallen aan te wijzen waarin hij gebruik wenst te maken van zijn adviesrecht bij aanvragen om een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit (Kamerstuk 34 986, nr. 3, p. 255).

¹⁸ Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 212.

¹⁹ Kamerstuk 33 962, nr. 100, p. 13.

²⁰ Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstuk 33 118, N, p. 41–43.

Het gaat hierbij om gevallen waarin een openbaar lichaam besluiten kan nemen die tevens het territoir van een ander openbaar lichaam raken. Als voorbeeld wordt genoemd de bevoegdheid tot het vaststellen van een projectbesluit, waarbij de Omgevingswet bij provinciegrensoverschrijdende projecten het «in hoofdzaak»-criterium hanteert. De auteurs stellen dat de provincie de andere betrokken provincie kan binden aan besluiten die zonder hun medewerking tot stand zijn gekomen, wat zou leiden tot minder zeggenschap van die andere provincie vergeleken met nu. Hetzelfde geldt volgens de auteurs voor waterschappen. De verminderde zeggenschap van die andere betrokken provincie en de gevolgen hiervan voor de onderlinge verhouding tussen provincies zouden in de memorie van toelichting onderbelicht zijn gebleven.

Al in de laatste decennia van de 20^e eeuw is geconstateerd dat voor besluitvorming over grote projecten met een publiek belang een andere bevoegdheidsverdeling nodig is dan voor reguliere activiteiten van burgers en bedrijven. Het bestuursorgaan dat politiek verantwoordelijk is voor het project moet beschikken over de bevoegdheden die nodig zijn om het project tot stand te brengen, omdat anders de besluitvorming stroperig verloopt. Dat inzicht heeft onder meer geleid tot de Tracéwet en procedures in de Wro die nu samenkomen in het projectbesluit. Die doorbreking van de reguliere bestuurlijke taakverdeling wordt met de Omgevingswet, zoals die door het parlement is aanvaard, op twee punten verder doorgetrokken: ten eerste kan een projectbesluit gelden als een omgevingsvergunning en ten tweede wordt een projectbesluit (in gevallen waarin de provincie bevoegd is) vastgesteld door gedeputeerde staten van de provincie waar het project in hoofdzaak wordt uitgevoerd. Deze regeling kan op draagvlak bij de provincies rekenen. Het voorstel voor de Invoeringswet voorziet in een soortgelijke regeling voor de waterschappen.²¹

Het «in hoofdzaak»-criterium is ontleend aan de regeling voor omgevingsvergunningen uit de Wabo die is gecontinueerd in de Omgevingswet: ook besluiten op een vergunningaanvraag worden genomen door het bestuursorgaan van de provincie of gemeente waar de activiteit in hoofdzaak wordt verricht. Uiteraard is bij de toepassing van het «in hoofdzaak-criterium» de algemene lijn van (inter)bestuurlijke samenwerking in de Omgevingswet zeer van belang: niet voor niets schrijft de Omgevingswet in algemene zin voor dat een bestuursorgaan bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden op grond van die wet rekening houdt met de taken en bevoegdheden van andere bestuursorganen en zo nodig met die andere bestuursorganen afstemt (artikel 2.2, eerste lid). Ook gelden bij de uitoefening van taken en bevoegdheden uiteraard de beginselen van behoorlijk bestuur. Verder is van belang dat bij de stelselherziening wordt uitgegaan van het uitgangspunt vertrouwen, waaronder vertrouwen tussen overheden.²² Daarbij is in de procedure van het projectbesluit bovendien voorzien in diverse waarborgen voor betrokkenheid van andere bestuursorganen. Zo schrijft de Omgevingswet voor dat het bevoegd gezag voor het projectbesluit uiterlijk bij aanvang van de verkenning van de opgave in de fysieke leefomgeving aangeeft op welke wijze burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen zullen worden betrokken (artikel 5.47, vierde lid). Verder geldt er in het kader van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure een brede inspraakmogelijkheid, waarbij in het uiteindelijke projectbesluit wordt aangegeven hoe deze

²¹ Zie het voorgestelde artikel 5.44a.

²² Memorie van toelichting, Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 45–48.

betrokkenheid van onder meer bestuursorganen bij de voorbereiding gestalte heeft gekregen (artikel 5.51). Bestuursorganen van andere provincies of gemeenten zijn in die gevallen te beschouwen als belanghebbende bij de besluitvorming. Als een projectbesluit van een provincie of waterschap ook geldt als een omgevingsvergunning voor een activiteit waarvoor het waterschap of de provincie waar het project niet in hoofdzaak wordt verricht bevoegd gezag zou zijn, geldt er voor hen daarnaast veelal ook nog een adviesrecht. Kortom, de bekendheid en betrokkenheid bij de besluitvorming van andere provincies en waterschappen zijn op diverse manieren geborgd.

Een projectbesluit van een provincie kan bijvoorbeeld de aansluiting op een weg bevatten die in een andere provincie gelegen is. Dat past bij de lijn dat één bestuursorgaan integraal verantwoordelijk is voor het project. Bij de verplichte participatieprocedure zijn uiteraard de betrokken gemeente en de buurprovincie betrokken. Verder moet de provincie zich bij een dergelijk project houden aan de geldende instructieregels en andere provinciale regels binnen de buurprovincie. Tenzij er sprake is van een interbestuurlijk samenwerkingsverband zal een projectbesluit nooit grootschalig kunnen ingrijpen op het grondgebied van een andere provincie omdat een provincie die een dergelijk projectbesluit zou willen vaststellen stuit op het gebrek aan een provinciaal belang (artikel 5.44, derde lid, Omgevingswet).²³ Denk bijvoorbeeld aan het aanleggen van een weg die vervolgens bij de buurprovincie in beheer komt, of het realiseren van de taakstellingen voor windenergie of natuurdoelstellingen van een buurprovincie.

Verticale verschuiving van bevoegdheden

Het is volgens de auteurs van belang dat bevoegdheden tussen de verschillende overheidsniveaus voldoende worden afgebakend. Anders kan een verticale bevoegdheidsverschuiving optreden en kunnen het subsidiariteitsbeginsel en het beginsel van verticale machtenscheiding onder druk komen te staan. Ik onderschrijf het belang van een voldoende duidelijke afbakening van bevoegdheden.

De auteurs gaan in dit kader in op de overheidszorg voor de fysieke leefomgeving en leggen daarbij een verband met de algemene zorgplicht van artikel 1.6 van de Omgevingswet. Dit berust op een verkeerde lezing van de Omgevingswet. Artikel 1.6 van de Omgevingswet is niet sturend voor de overheidszorg voor de fysieke leefomgeving, maar stuurt op de zorg die eenieder (dus burgers, bedrijven en overheden in hun feitelijk handelen) draagt voor de fysieke leefomgeving.²⁴ De publieke zorg van de overheid voor de fysieke leefomgeving berust op artikel 21 van de Grondwet.²⁵ Dat artikel bepaalt dat de zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Deze opdracht aan de overheid is neergelegd in artikel 1.3 van de Omgevingswet dat de maatschappelijke doelen van die wet vastlegt.

Ter concretisering van die algemene taakopdracht bevatten de Omgevingswet en de vier daarop gebaseerde AMvB's, in lijn met de huidige regelgeving, diverse bepalingen waarin of op grond waarvan specifieke taken en bevoegdheden aan de afzonderlijke bestuursorganen

²³ Zoals dat artikel komt te luiden ingevolge de Invoeringswet Omgevingswet.

²⁴ Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 68.

²⁵ Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 20.

zijn toegedeeld.²⁶ Hiermee deelt de Omgevingswet niet meer of minder taken en bevoegdheden toe dan de huidige wetgeving. Voor de bij AMvB te stellen regels is ter sturing en begrenzing in de wet bepaald: a. over welke onderwerpen regels gesteld moeten of kunnen worden, b. met het oog op welk specifiek doel of belang concrete regels worden gesteld en c. dat het subsidiariteitsbeginsel (artikel 2.3) in acht moet worden genomen. Dit betekent dat in elke delegatiebepaling een inhoudelijke opdracht is opgenomen met het oog waarop de regelstellende bevoegdheid moet worden aangewend en ingevuld.²⁷ In een aantal delegatiebepalingen worden daarbij meer begrenzende criteria gesteld dan onder de huidige wetgeving het geval is. Zo is bijvoorbeeld de toepasselijkheid van het subsidiariteitsbeginsel op het stellen van regels over bouwwerken en over milieubelastende activiteiten nieuw. Artikel 2 van de Woningwet en artikel 8.40 van de Wet milieubeheer kennen geen beperking voor het Rijk om onderwerpen aan zich te trekken. Door deze toedeling van taken en bevoegdheden en door de sturing en begrenzing van de bevoegdheid om bij AMvB regels te stellen geeft de Omgevingswet zoveel mogelijk duidelijkheid en houvast voor het bepalen van ieders rol.

Voor beleidsdoelstellingen waarvan niet op voorhand vast te stellen is door welke overheid zij het beste kunnen worden behartigd, bevat artikel 2.3 van de Omgevingswet een, naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over het wetsvoorstel Omgevingswet aangescherpte, regeling die moet worden toegepast in de fase van de uitoefening van taken en bevoegdheden.²⁸ Dit artikel bevat het beginsel van subsidiariteit en bepaalt dat de gemeente in beginsel als eerste aan de lat staat bij de uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet. In sommige gevallen kan een onderwerp beter door de inzet van bevoegdheden door de provincie of het Rijk worden behartigd. Het tweede en derde lid van artikel 2.3 bevatten de criteria op grond waarvan de provincie of het Rijk daartoe kunnen besluiten. Dit artikel is in de Omgevingswet van toepassing verklaard op de inzet van die bevoegdheden die een verschuiving van de verantwoordelijkheid teweegbrengen: instructieregels (op grond van hoofdstuk 2), direct werkende regels op provinciaal en rijksniveau (op grond van hoofdstuk 4), toekenning van bevoegdheden bij vergunningverlening (op grond van hoofdstuk 5) en het vaststellen van projectbesluiten (op grond van hoofdstuk 5). Door toepassing van dergelijke bevoegdheden kan de zorg voor het desbetreffende onderwerp in meer of mindere mate aan de gemeenten respectievelijk provincies worden onttrokken.²⁹

Naar aanleiding van de vraag of de in artikel 2.3 van de Omgevingswet opgenomen begrenzing voldoende sturend, concreet en beperkend is merk ik het volgende op. Over de inhoud en formulering van artikel 2.3 heeft een uitgebreid debat plaatsgevonden met het parlement.³⁰ Ook in

²⁶ Zie onder meer de toedeling van de verschillende beheertaken in afdeling 2.4 van de Omgevingswet, de toedeling van het bevoegd gezag voor vergunningverlening in paragraaf 5.1.2 van de wet die is uitgewerkt in hoofdstuk 3 van het Omgevingsbesluit, de toedeling van het bevoegd gezag voor maatwerk die is uitgewerkt in het Besluit activiteiten leefomgeving en het Besluit bouwwerken leefomgeving en de toedeling van het bevoegd gezag voor handhaving in afdeling 18.1 van de wet en hoofdstuk 11 van het Omgevingsbesluit.

²⁷ Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 292.

²⁸ Kamerstuk 33 962, nr. 4, p. 116–119.

²⁹ Er wordt dan immers een medebewindsverplichting gecreëerd die zij moeten uitvoeren, een hogere regel in het leven roepen die decentrale bestuursorganen in hun besluitvorming of taakuitoefening in acht moeten nemen, waarmee ze rekening moeten houden of die ze moeten betrekken, een hogere regel in het leven roepen ten aanzien waarvan zij geen strijdige eigen regels mogen stellen of een beslisbevoegdheid aan een andere bestuurslaag toegekend.

³⁰ Zie onder meer de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstuk 33 962, nr. 12), de nota naar aanleiding van het nader verslag (Kamerstuk 33 962, nr. 23), de memorie van antwoord (Kamerstuk 33 962, E) en de nadere memorie van antwoord (Kamerstuk 33 962, H).

het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State bij de Omgevingswet en het nader rapport kwam dit onderwerp aan de orde.³¹ Naar aanleiding van dat advies is artikel 2.3 op onderdelen aangepast en verduidelijkt. In het nader rapport bij de Invoeringswet Omgevingswet en de op de Omgevingswet gebaseerde AMvB's is ook op de werking van dit artikel ingegaan.³² Daarbij is onder andere aangegeven dat bij toepassing van onderdeel a van het tweede en derde lid niet alleen de begrippen «provinciaal belang» en «nationaal belang» cruciaal zijn. De inzet van de bevoegdheid moet ook nodig zijn omdat het provinciale belang «niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur kan worden behartigd» of het nationale belang «niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het provinciebestuur of gemeentebestuur kan worden behartigd». De te maken afweging bestaat dus niet enkel uit een belangbenadering zoals thans onder de Wro het geval is, maar omvat ook een doelmatigheids- en doeltreffendheidsafweging.

Op de werking van onderdeel b van het tweede en derde lid van artikel 2.3 is uitgebreid ingegaan in de memorie van antwoord in reactie op het voorlopig verslag van de Eerste Kamer.³³ Dit onderdeel maakt bevoegdheidsuitoefening door het Rijk of de provincie mogelijk zonder dat er sprake is van een nationaal of provinciaal belang, dus zonder dat er sprake is van een provincie-overstijgende of regio-overstijgende nationale problematiek respectievelijk gemeente-overstijgende bovenlokale of bovenregionale problematiek. Dit onderdeel vergt echter wel dat uitoefening van de bevoegdheid nodig is voor een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de wet of de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting. Dit criterium uit onderdeel b, sluit aan op artikel 117, tweede lid, van de Gemeentewet en artikel 115, tweede lid, van de Provinciewet en omvat, anders dan de auteurs veronderstellen, dezelfde doelmatigheids- en doeltreffendheidsafweging als onderdeel a. Ook hierbij dient bijvoorbeeld afhankelijk van de aard en het schaalniveau van de problematiek, de vereiste deskundigheid en ervaring of argumenten van een gelijk speelveld of gelijke bescherming te worden beoordeeld op welk overheidsniveau de overheidsinterventie het meest doelmatig, doeltreffend en noodzakelijk wordt geacht.

De criteria onder a en b hebben dus gemeen dat de inzet van een bevoegdheid door de provincie of het Rijk meerwaarde moet hebben ten opzichte van de enkele behartiging van dat belang door de gemeente respectievelijk provincie. Hoewel deze criteria ruimte bieden voor interpretatie en ook een overlap van belangen toestaan, geven zij voldoende houvast – en zeker niet minder dan onder de huidige regelgeving het geval is – voor de begrenzing van de uitoefening van bevoegdheden door provincies en het Rijk. En daarmee geeft artikel 2.3 voldoende sturing vanuit het decentralisatiebeginsel om te waarborgen tegen te centraliserende tendensen. Dit geldt ook voor de uitoefening van de bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen, waarop artikel 2.3, derde lid, van toepassing is (artikel 4.3, derde lid, Omgevingswet).

Naast de hiervoor beschreven wettelijke regeling is, zoals de auteurs terecht opmerken, belangrijk hoe de verschillende sturingsinstrumenten in de praktijk worden ingezet. Wat betreft de rijksregelgeving vormt de voorhangprocedure voor het ontwerp van AMvB's op grond van de Omgevingswet (artikel 23.5 Omgevingswet) een belangrijke waarborg

³¹ Kamerstuk 33 962, nr. 4. Zie met name paragraaf 5.1 (Subsidiariteitsbeginsel), p. 105 e.v.

³² Kamerstuk 34 986, nr. 4, p. 44–45.

³³ Kamerstuk 33 962, E, p. 8.

voor een zorgvuldige bevoegdheidsuitoefening. Verder is van belang dat de toepasselijkheid van artikel 2.3 dwingt tot motivering van de inzet van de desbetreffende bevoegdheid. Dit artikel nodigt dus uit tot debat over welke overheid of overheden gezamenlijk het beste de niet reeds op wetsniveau toegedeelde onderwerpen van zorg voor de fysieke leefomgeving kunnen behartigen. Zoals in het nader rapport bij de Invoeringswet Omgevingswet is aangegeven,³⁴ verdient het aanbeveling dat al in de beleidsvormende fase, in afstemming met andere bestuursorganen en andere belanghebbenden, wordt bepaald met de inzet van welke en wiens uitvoeringsinstrumenten de beleidsdoelstellingen het meest doelmatig en doeltreffend kunnen worden gerealiseerd. Op die afstemming wordt vanuit het wettelijk stelsel ook gestuurd met de in artikel 2.2 van de Omgevingswet vervatte opdracht tot onderlinge afstemming en de mogelijkheid tot samenwerking. Ook kan het daarbij aanbevelenswaardig zijn om hierover bestuurlijke afspraken te maken. Rondom de totstandkoming van de Omgevingswet zijn op nationaal niveau tweemaal bestuurlijke afspraken gemaakt over de uitoefening van taken en bevoegdheden. In 2013 heeft het Rijk met de afzonderlijke koepels afsprakenkaders opgesteld; in 2015 is het Bestuursakkoord Implementatie Omgevingswet vastgesteld. Hierin zijn afspraken opgenomen over de toepasbaarheid van bovengemeentelijke instrumenten. Zie over die bestuurlijke afspraken en de rol die deze kunnen vervullen het nader rapport bij de Invoeringswet Omgevingswet.³⁵ Over de rechterlijke toetsing van ingrijpen door hogere overheidsorganen kan worden opgemerkt dat deze niet wezenlijk verschilt van de toetsing in vergelijkbare gevallen onder de huidige wetgeving. Naar mijn mening zijn aldus met het oog op het decentralisatiebeginsel voldoende «checks and balances» ingebouwd.

Verschuiving van autonomie naar medebewind

Tot slot signaleren de auteurs een verschuiving van autonomie naar medebewind voor wat betreft de bevoegdheid tot het vaststellen van regels over de fysieke leefomgeving. Dit leidt volgens hen tot beperking van de autonome verordeningruimte en heeft gevolgen voor de gemeentelijke sturingsruimte. Anders dan de auteurs aangeven, is aan dit onderwerp in de parlementaire geschiedenis wel degelijk uitgebreid aandacht besteed, vooral in het schriftelijke³⁶ en mondelinge debat met de Eerste Kamer. Voor wat betreft de plaats waar regels worden opgenomen, beperkt de Omgevingswet de keuzevrijheid voor gemeenten en is het omgevingsplan het aangewezen instrument. In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of hierdoor sprake is van medebewind in plaats van autonomie. Zo is hoogleraar De Graaf van mening dat geen sprake is van medebewind. Het belangrijkste kenmerk van autonomie – het recht van initiatief en de vrije agendavorming – laat artikel 2.4 van de Omgevingswet namelijk onveranderd.³⁷ De keuze voor bundeling van gemeentelijke regels over de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan houdt verband met het eerste verbeterdoel van de stelselherziening: het vergroten van de inzichtelijkheid, de voorspelbaarheid en het gebruiksgemak van het omgevingsrecht. Inhoudelijk houden gemeenten veel ruimte bij de invulling van het omgevingsplan.³⁸ Voor wat betreft de verplichting dat het omgevingsplan moet voorzien in

³⁴ Kamerstuk 34 986, nr. 4, p. 44.

³⁵ Kamerstuk 34 986, nr. 4, p. 45–46.

³⁶ Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstuk 33 962, nr. 12); memorie van antwoord (Kamerstuk 33 962, E).

³⁷ K.J. de Graaf, De Omgevingswet: subsidiariteit verankerd en gemeentelijke autonomie gehandhaafd?, Tijdschrift voor constitutioneel recht, 2015/1, p. 72.

³⁸ Memorie van antwoord, Kamerstuk 33 962, E, p. 12.

een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (artikel 4.2 Omgevingswet) is, net als bij het huidige bestemmingsplan, sprake van medebewind, maar nog steeds met een grote mate van beleidsvrijheid.³⁹ Wel is hier sprake van een beperkte verschuiving van autonomie naar medebewind. Er vindt immers een verbreding plaats van «een goede ruimtelijke ordening» naar «een evenwichtige toedeling van functies aan locaties» waaronder ook gemeentelijke regels vallen die thans in autonome gemeentelijke verordeningen zijn opgenomen. Gedacht kan worden aan het aanwijzen van beeldbepalende bomen, of onderwerpen die naar keuze in het bestemmingsplan of een verordening worden geregeld zoals gemeentelijke monumenten, standplaatsen voor woonwagens en ligplaatsen voor woonboten. Daar tegenover staat dat de reikwijdte van de bevoegdheid van Rijk en provincie om instructieregels te stellen over het omgevingsplan in hoofdstuk 2 van de Omgevingswet strikt is afgebakend.⁴⁰ Daardoor is de mogelijkheid van inhoudelijke aansturing door Rijk en provincie beperkt tot regels in het omgevingsplan die te maken hebben met wettelijke medebewindstaken (zoals watertaken) of die worden gesteld met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.

Verder wijzen de auteurs op het van toepassing worden van de taakverwaarlozingsregeling uit artikel 124 van de Gemeentewet waar dat voorheen niet het geval was. Deze taakverwaarlozingsregeling is inderdaad niet van toepassing op autonome bevoegdheden en wel op medebewindsbevoegdheden. Ik ben niet van mening dat deze regeling in meer gevallen kan worden toegepast dan voorheen. Voor toepassing van deze taakverwaarlozingsregeling is namelijk vereist dat een bij of krachtens een andere wet dan de Gemeentewet gevorderd(e) beslissing, handeling of resultaat niet of niet naar behoren is genomen, verricht respectievelijk tot stand gebracht. Als aan die criteria is voldaan, kunnen gedeputeerde staten in de plaats treden en alsnog in het gevorderde voorzien. Bij de in artikel 2.4 van de Omgevingswet opgenomen verplichting om de regels over de fysieke leefomgeving te bundelen in één omgevingsplan is het gevorderde slechts de integratie van de regels in het omgevingsplan. Welke regels of waarover precies regels moeten worden gesteld wordt in dit artikel immers niet bepaald. Van taakverwaarlozing zou slechts sprake zijn als een gemeente bepaalde regels over de fysieke leefomgeving die in het omgevingsplan thuishoren toch in een aparte verordening plaatst. Artikel 2.4 van de Omgevingswet leidt dus op zichzelf niet tot een verschuiving van autonomie naar medebewind, althans ten aanzien van de verplichting om de regels over de fysieke leefomgeving te bundelen in één omgevingsplan. De verplichting uit artikel 4.2 van de Omgevingswet om te voorzien in een evenwichtige toedeling van functies aan locaties continueert wel een medebewindsverplichting. In de praktijk zal op grond van dit artikel echter ook niet snel sprake zijn van een taakverwaarlozing die toepassing van de indeplaatsredingsbevoegdheid rechtvaardigt, want ook dit artikel geeft slechts een abstracte duiding van het gevorderde resultaat. Deze artikelen leiden, anders dan de auteurs stellen, daarmee niet tot een vergroting van de mogelijkheden voor gedeputeerde staten om via toepassing van de taakverwaarlozingsregeling in de gemeentelijke sturingsruimte te treden. Van taakverwaarlozing kan, net als onder de huidige wetgeving, wel sprake zijn als gemeenten concrete instructieregels niet naleven.⁴¹ Opgemerkt kan worden dat de Omgevingswet ook geen wijziging brengt

³⁹ K.J. de Graaf, De Omgevingswet: subsidiariteit verankerd en gemeentelijke autonomie gehandhaafd?, Tijdschrift voor constitutioneel recht, 2015/1, p. 73.

⁴⁰ Artikelen 2.23, derde lid, en 2.25, derde lid.

⁴¹ Zie ook: Kamerstuk 33 962, nr. 3, p. 106.

in de mogelijkheden tot toepassing van het andere generieke interbestuurlijke toezichtsinstrument: de schorsing en vernietiging van besluiten.

In algemene zin merk ik nog op dat de werking van de Omgevingswet mede afhankelijk is van de wijze waarop bestuursorganen hun rol invullen en bevoegdheden uitoefenen. Hierop zet het kabinet in samenwerking met gemeenten, waterschappen en provincies volop in met een Invoeringsondersteuningsprogramma dat deel uitmaakt van het programma «Aan de Slag met de Omgevingswet.»

Slotopmerkingen

Alles overziende ben ik van mening dat staatsrechtelijke aspecten bij de totstandkoming van de Omgevingswet al ruime aandacht hebben gekregen. Door regering en parlement zijn afgewogen keuzes gemaakt in het kader van de Omgevingswet en de bijbehorende AMvB's. Van (constitutionele) aardverschuivingen is geen sprake. De eerder gemaakte keuzes zijn doorgetrokken in het voorstel voor de Invoeringswet Omgevingswet dat nu bij uw Kamer voorligt.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
K.H. Ollongren