

Het subsidiariteitsvereiste in de Omgevingswet

Mr. dr. D. Korsse¹

1. Inleiding

De Omgevingswet (Ow) bevat het overheidsinstrumentarium om de zorg voor de fysieke leefomgeving vorm te geven. Deze zorg wordt primair als een taak van het gemeentebestuur gezien², maar ook bestuursorganen van de provincies en het Rijk zijn ermee belast. Met het oog op de zorg voor de fysieke leefomgeving kunnen op alle drie de overheidsniveaus regels worden vastgesteld waarin activiteiten in de leefomgeving worden genormeerd.³ Om duidelijk te maken wanneer de regulering van activiteiten kan plaatsvinden op welk overheidsniveau, is in de wet een subsidiariteitsvereiste neergelegd dat is terug te vinden in art. 2.3 Ow. Dat vereiste is in de kern een ‘nee, tenzij’-principe dat enige gelijkenis vertoont met de normering van de bovengemeentelijke bevoegdheden in de huidige Wet ruimtelijke ordening (Wro). Op de systematiek van de Wro is echter de nodige kritiek geuit, omdat daarmee te weinig tegengas zou worden gegeven aan bovengemeentelijke bemoeienis.⁴ In dit artikel wordt stilgestaan bij de vraag of met (de inhoud van) het subsidiariteitsbeginsel uit art. 2.3 Ow betere resultaten zullen worden geboekt.

Ik licht eerst toe waarom een begrenzing van de bevoegdheidsuitoefening op provinciaal en rijksniveau van belang is (achtereenvolgens paragraaf 2 en paragraaf 3). Ik concludeer dat zonder een dergelijke begrenzing een gevaar ontstaat voor dubbele, ondoorzichtige en tegenstrijdige regelgeving en bovendien dat dan het streven naar decentralisatie onder grote druk komt te staan. Vervolgens ga ik na of de begrenzing die wordt gevormd door het subsidiariteitsvereiste zoals dat is neergelegd in art. 2.3 Ow voldoende is om deze gevaren te ondervangen (paragraaf 4). Mijns inziens is dat niet het geval, omdat dit beginsel (in ieder geval juridisch gezien) ongrijpbaar is. Ik sluit af met een conclusie waarin ik enkele oplossingsrichtingen aanstip (paragraaf 5).

2. De noodzaak voor grenzen aan normering van activiteiten op provinciaal en rijksniveau

In de Omgevingswet moeten grenzen worden gesteld aan de mogelijkheid van bestuursorganen van het Rijk en de provincies om activiteiten in de leefomgeving te normeren. De hogere overheden hebben namelijk dezelfde algemene plicht om zorg te betrachten voor de fysieke leefomgeving als het gemeentebestuur, hebben daardoor ook dezelfde vrijheid om ten aanzien van die zorg beleidsdoelstellingen te formuleren en beschikken over dezelfde instrumenten om met het oog op die doelstellingen activiteiten aan banden te leggen. Zonder duidelijke grenzen ontstaat een gevaar voor overvloedige, ontoegankelijke en moeilijk toepasbare regelgeving en komt het streven naar decentralisatie onder druk te staan.

2.1 Een identieke algemene zorgplicht

Door de grote reikwijdte van de Omgevingswet vervagen de grenzen tussen de taken en verantwoordelijkheden van de gemeenten, de provincies en het Rijk. Hoe breder de doelstellingen van de wet, des te meer belangen er bij de besluitvorming betrokken zijn en des te moeilijker het wordt om de taken en verantwoordelijkheden van de verschillende overheidsniveaus ten aanzien van de

¹ Daan Korsse is universitair docent bestuursrecht, in het bijzonder omgevingsrecht bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL) van de Universiteit Utrecht.

² Zo wordt onderstreept in art. 2.3 lid 1 Ow: “De uitoefening van de taken en bevoegdheden op grond van deze wet wordt overgelaten aan de bestuursorganen van een gemeente, tenzij daarover andere regels zijn gesteld”.

³ Meer specifiek met het oog op de maatschappelijke doelen die zijn terug te vinden in art. 1.3 Ow.

⁴ Zie voor een overzicht van enkele kritische notities mijn proefschrift *Ruimtelijke ordening op niveau*, Den Haag: IBR 2015, p. 92.

normering van activiteiten in een concreet geval te ontrafelen. Dat probleem speelt momenteel bij de norm ‘een goede ruimtelijke ordening’, die al een tamelijk onoverzienbaar palet aan belangen bestrijkt. Met de nóg ruimere doelstellingen uit art. 1.3 Ow zijn er vrijwel geen belangen meer die niet bij de besluitvorming in aanmerking kunnen of zelfs moeten worden genomen.

Dat de grenzen tussen de taken en de verantwoordelijkheden van de verschillende overheidsniveaus niet van elkaar te onderscheiden zijn, komt in het wetsvoorstel tot uitdrukking in het feit dat de gemeenten, de provincies en het Rijk dezelfde, algemene zorgplicht hebben, zonder dat die voor de afzonderlijke overheidsniveaus op een limitatieve wijze is uitgewerkt. De reikwijdte van de zorgplicht die in art. 1.6 Ow is neergelegd is voor eenieder gelijk. De memorie van toelichting benadrukt ook dat alle algemene overheden belast zijn met de algemene zorg voor de fysieke leefomgeving.⁵ Een onderscheid tussen activiteiten die (uitsluitend) onder de gemeentelijke, dan wel activiteiten die (tevens) onder de provinciale of nationale zorg vallen, is in algemene zin dus niet te maken. In paragraaf 2.4.1 Ow worden weliswaar enkele specifieke taken toebedeeld aan de verschillende overheden, maar die opsomming is niet limitatief. De memorie van toelichting vermeldt in dit verband:

“Los van de vraag of een uitputtende verwoording van die taken voor elk schaalniveau wel mogelijk is, zou dit leiden tot een lange opsomming met dikwijls elkaar overlappende beschrijvingen. En hoe gedetailleerder deze lijst zou worden, des te meer vragen deze zou oproepen. Want zou dan een ontbrekende beschrijving impliceren dat het ontbrekende deel niet tot een taak zou horen, of zou het dan voortvloeien uit of vallen onder een andere beschrijving? Als daarbij bovendien een strikte scheiding van verantwoordelijkheden tussen de overheidsniveaus zou moeten worden aangebracht, zou dat leiden tot ingrijpende voorstellen voor een nieuw organisatiepatroon, waarbij taken of bevoegdheden op een geheel nieuwe wijze zouden worden toegedeeld. De regering vindt het niet nodig en ook niet wenselijk om een uitputtende regeling en afbakening te geven van welk overheidsniveau voor welk deel van de overheidszorg verantwoordelijk is en welke taken daarvoor moeten worden verricht of welke bevoegdheden daartoe moeten worden aangewend.”⁶

Dit is allemaal zo vanzelfsprekend, dat je haast zou vergeten dat de wetgever zichzelf met dit vraagstuk heeft opgezadeld door te kiezen voor een vergaande integratie van omgevingsrechtelijke wetgeving. Een dergelijke integratie is namelijk alleen mogelijk door een dusdanig brede, nieuwe wettelijke doelstelling te formuleren dat alle bestaande wetgeving daaronder kan worden geschaard. Er wordt dus afstand genomen van meer specifieke normen, met het oog waarop de taken van de gemeenten, de provincies en het Rijk veel gemakkelijker van elkaar onderscheiden kunnen worden.

2.2 Identieke beleidsdomeinen en instrumenten

Als gevolg van de ruime strekking van de omgevingsrechtelijke zorgplicht zullen de gemeenten, de provincies en het Rijk zelf hun doelstellingen moeten formuleren met betrekking tot de zorg voor de fysieke leefomgeving en (op grond daarvan) hun eigen taken en verantwoordelijkheden moeten onderscheiden. De algemene bevoegdheid van de zorgplicht impliceert dat op alle drie de overheidsniveaus dezelfde algemene bevoegdheid bestaat om beleid te voeren waarin wordt aangegeven welke doelstellingen men nastreeft en hoe men die doelstellingen wil bereiken.⁷ In de parlementaire stukken wordt benadrukt dat een bestuursorgaan bij de beantwoording van de vraag waarvoor het

⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 82.

⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 83.

⁷ Deze algemene bevoegdheid wordt onderstreept door de keuze om het subsidiariteitsvereiste niet te verbinden aan het vaststellen van omgevingsvisies. In art. 3.1 Ow is namelijk geen verwijzing opgenomen naar art. 2.3 Ow. Voor kritiek daarop, zie *Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 107 en p. 38-39* van het rapport van de Rijksuniversiteit Groningen dat als bijlage is gevoegd bij *Kamerstukken II 2014/15, 33962, 14*. Voor de reactie van de regering op deze kritiek, zie onder meer *Kamerstukken II 2014/15, 33962, 12, p. 171-172*, alsmede *Kamerstukken I 2015/16, 33962, A, p. 6-7*. Mijns inziens merkt de minister terecht op dat het verwarrend zou zijn om het subsidiariteitsbeginsel te verbinden aan het vaststellen van een omgevingsvisie, omdat in de omgevingsvisie juist een beleidsmatig onderscheid wordt aangebracht tussen gemeentelijke en bovengemeentelijke taken en verantwoordelijkheden (zie *Kamerstukken II 2014/15, 33962, 61, p. 75*).

verantwoordelijk is, beleidsvrijheid heeft.⁸ De Omgevingswet staat er daardoor niet aan in de weg dat op gemeentelijk, provinciaal en rijksniveau overlappende of zelfs tegenstrijdige beleidsdoelstellingen worden geformuleerd als gevolg waarvan ook de taken en verantwoordelijkheden van de verschillende overheden op gespannen voet met elkaar kunnen komen te staan.

Het bestaan van overlappende en tegenstrijdige taken en verantwoordelijkheden is problematisch omdat de bestuursorganen van de gemeenten, de provincies en het Rijk onder de Omgevingswet over dezelfde (kern)instrumenten beschikken waarmee zij activiteiten in de fysieke leefomgeving met het oog op die taken en verantwoordelijkheden kunnen reguleren⁹, zonder dat de wet bepalingen bevat waarin wordt aangegeven hoe de regulering op de verschillende overheidsniveaus zich tot elkaar verhoudt.¹⁰ Zonder een duidelijke begrenzing van de bevoegdheidsuitoefening ontstaat dan een gevaar voor gestapelde en ondoorzichtige regulering van activiteiten. Wat dat betreft is de huidige ladder voor duurzame verstedelijking illustratief. Deze ladder is op nationaal niveau neergelegd in het Bro, maar is binnen veel provincies uitgewerkt in provinciale verordeningen. Dat leidt bij de toepassing op gemeentelijk niveau tot problemen.¹¹ Onder de Omgevingswet kunnen in dit kader bijvoorbeeld problemen ontstaan doordat op ieder overheidsniveau een programmatische aanpak kan worden opgetuigd om aan bepaalde omgevingswaarden te voldoen. Dat kan ertoe leiden dat op één locatie tegelijkertijd meerdere programma's bindend zijn bij de vergunningverlening, hetgeen het er voor de initiatiefnemer en het bevoegd gezag niet eenvoudiger op maakt.

Naast het streven naar eenduidige en overzichtelijke regelgeving komt ook het decentralisatiebeginsel onder druk te staan als in de Omgevingswet niet wordt voorzien in een duidelijke begrenzing van de bevoegdheidsuitoefening. Het Rijk en de provincies hebben immers toegang tot instrumenten waarmee de gemeentelijke normering van activiteiten terzijde geschoven kan worden. Dat staat op gespannen voet met het idee dat de zorg voor de fysieke leefomgeving primair bij de gemeente ligt.¹²

3. De noodzaak voor grenzen aan sturing van gemeentelijke normering van activiteiten

Met het oog op het streven naar decentralisatie moet de Omgevingswet ook waarborgen dat de betrokkenheid van bestuursorganen bij de besluitvorming op andere overheidsniveaus beperkt blijft. Bestuursorganen van de provincies en het Rijk hebben onder de Omgevingswet niet alleen de mogelijkheid om zelf activiteiten in de fysieke leefomgeving te normeren, maar ook om de normering door gemeentelijke bestuursorganen te sturen. De belangrijkste instrumenten hiervoor zijn instructies en instructieregels.¹³ Met deze instrumenten kunnen bindende aanwijzingen worden gegeven over de inhoud van (rechts)handelingen van bestuursorganen van andere overheden. Met het oog op het streven naar decentralisatie en, in het verlengde daarvan, subsidiariteit, is het van belang dat bij de sturing van de decentrale besluitvorming terughoudendheid wordt betracht. De juridische waarborgen voor een terughoudende sturing van de gemeentelijke normstelling moeten in de Omgevingswet zelf worden neergelegd. Want in de Grondwet zijn dergelijke waarborgen naar mijn mening niet te vinden.

⁸ Zie onder meer *Kamerstukken II 2014/15*, 33962, 61, p. 75; *Kamerstukken I 2015/16*, 33962, E, p. 6.

⁹ Zie voor een overzicht van deze instrumenten *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 51 e.v.

¹⁰ Bijvoorbeeld voor een geval waarin provinciale staten op grond van art. 4.2 lid 2 Ow een functie toedelen aan een locatie, bepaalt de Omgevingswet niet hoe die functie zich verhoudt tot de functies die zijn toegekend in het gemeentelijke omgevingsplan. Ter vergelijking: onder de huidige Wro moet een provinciaal inpassingsplan bepalen in hoeverre de geldende bestemmingsplannen hun werking behouden. Als dat niet gebeurt, gaat het inpassingsplan van rechtswege onderdeel uitmaken van die bestemmingsplannen, zie art. 3.26 lid 3 Wro. Onder de Omgevingswet moet blijkbaar worden teruggevallen op de algemene regels uit art. 121 en art. 122 Gemeentewet, dan wel art. 118 en art. 119 Provinciewet. Die bieden echter maar weinig houvast.

¹¹ Hierover uitgebreid H.A.J. Gierveld, 'De provinciale ladders voor duurzame verstedelijking', *TO* 2015, p. 174-181.

¹² *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 82.

¹³ Zie afd. 2.5 Ow.

3.1 Art. 124 lid 1 Grondwet en interbestuurlijke sturing

De eerste potentiële waarborg voor een terughoudend gebruik van het interbestuurlijke sturingsinstrumentarium in de Omgevingswet is art. 124 lid 1 Grondwet, waarin de autonomie van de besturen van gemeenten wordt beschermd. Dit artikel is echter niet van toepassing, omdat de Omgevingswet de normering van activiteiten in de fysieke leefomgeving nu juist onttrekt aan de eigen huishouding van de decentrale overheden en die normering in de sfeer van het medebewind plaatst - in de sfeer van art. 124 lid 2 Grondwet dus.

De Graaf is dit overigens niet geheel met mij eens. Volgens hem wordt een gemeentelijk omgevingsplan deels in autonomie en deels in medebewind vastgesteld, waarbij hij een onderscheid maakt tussen regels over activiteiten op grond van art. 4.1 lid 1 Ow en de toedeling van functies aan locaties als bedoeld in art. 4.2 lid 1 Ow. Onder verwijzing naar Elzinga, De Lange en Hoogers stelt De Graaf namelijk dat het belangrijkste kenmerk van autonomie het recht van initiatief en vrije agendavorming is. Dat kenmerk zou niet worden aangetast door art. 2.4 Ow jo. art. 4.1 lid 1 Ow, omdat de gemeenteraad - tenminste in theorie - zelf kan bepalen of er regels over activiteiten in het omgevingsplan worden opgenomen. 'Met deze bepaling wordt enkel tot uitdrukking gebracht dat het omgevingsplan regels kan bevatten over de bedoelde activiteiten en dat - gelet op het gebruik van de term 'kunnen' - gemeenten in beginsel vrij zijn om daarover al dan niet regels te stellen. Met die bepaling is niet beoogd wijziging te brengen in de gemeentelijke autonomie', aldus De Graaf. Dit is volgens hem een belangrijk verschil met art. 4.2 lid 1 Ow, waarin valt te lezen dat zo'n plan voor het gehele grondgebied van de gemeente een toedeling van functies aan locaties *moet* bevatten.¹⁴ In de opvatting van De Graaf zou geen inbreuk kunnen worden gemaakt op de beleidsvrijheid die een gemeenteraad heeft bij het vaststellen van regels over activiteiten op grond van art. 4.1 lid 1 Ow, omdat art. 124 lid 1 Grondwet daaraan in de weg staat.

Ik kan me niet vinden in het onderscheid van De Graaf. Begrijp ik het goed, dan bedoelen Elzinga c.s. met het 'vrije initiatiefrecht' als belangrijkste kenmerk van autonomie niet de beleidsvrijheid die bij het uitoefenen van een bevoegdheid kan bestaan en op grond van art. 4.1 lid 1 Ow ook zal bestaan. Het vrije initiatiefrecht is niet de vrijheid om te bepalen of een bepaalde bevoegdheid zal worden ingezet, maar de vrijheid om te bepalen of over een bepaald onderwerp beleid wordt gevoerd. Elzinga schrijft over het onderscheid tussen beleidsvrijheid en het vrije initiatiefrecht bijvoorbeeld:

"Het belangrijkste kenmerk van die open huishouding is het recht om in vrijheid initiatief te nemen al dan niet beleid te voeren; hoofdkenmerk van de grondwettelijke autonomie is derhalve *de beslissing om wel of geen beleid te voeren*. Zo kunnen nieuwe beleidsterreinen die nog niet door de overheid zijn betreden door decentrale overheden worden aangevat; de keuze om dat wel of niet te doen, is een substantieel onderdeel van de decentrale autonomie, onder meer tot uitdrukking gebracht in het woord 'overgelaten' uit artikel 124 Grondwet. Dit aspect van de decentrale autonomie impliceert dan ook dat de beleidsvrijheid voor de decentrale overheden niet enkel via de figuur van het medebewind in het leven geroepen kan worden. Anders gezegd: een gesloten decentrale huishouding - met misschien nog meer decentrale beleidsvrijheid dan thans - die in zijn geheel wordt gecreëerd via de figuur van het medebewind, is in strijd met de Grondwet."¹⁵

Ook andere auteurs wijzen erop dat de keuze om *eigen* beleid te voeren niet moet worden verward met beleidsvrijheid, omdat beleidsvrijheid ook kan bestaan bij de uitoefening van medebewind. Is dat het geval, dan wordt doorgaans gesproken van 'facultatief medebewind'.¹⁶

¹⁴ K.J. de Graaf, 'De Omgevingswet: subsidiariteit verankerd en gemeentelijke autonomie gehandhaafd?', *TvCR* 2015, p. 73.

¹⁵ D.J. Elzinga, 'Decentrale autonomie als rechtsbeginsel en als politiek beginsel', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 478-479. Zie ook A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 156-157.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Kortmann. Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 517-518 en A.E. Schilder, 'Bevoegdheid tot wetgeving bij decentrale overheden', in: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 361-362. Zie ook H.P.J.A.M. Hennekens, H.J.A.M. van Geest en R. Fernhout, *Decentralisatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998,

Omdat in art. 1.6 Ow eenieder een zorgplicht voor de fysieke leefomgeving wordt opgelegd, is het gemeentebestuur niet langer vrij om te beslissen om wel of geen beleid te voeren. Daartoe bestaat een verplichting. Er is dus geen sprake van een vrij initiatiefrecht, en dus ook niet van autonomie. Dat het omgevingsbeleid (tenminste in theorie) kan inhouden dat in het omgevingsplan geen specifieke regels over activiteiten worden opgenomen als bedoeld in art. 4.1 lid 1 Ow, doet hier niet aan af. Kortom, mijns inziens is sprake van facultatief medebewind, want art. 4.1 lid 1 Ow biedt de gemeenteraad een bevoegdheid om de zorgplicht uit art. 1.6 Ow tot gelding te brengen.¹⁷ De gemeentelijke beleidsvrijheid bij de normering van activiteiten in de fysieke leefomgeving valt daarom niet onder de bescherming van art. 124 lid 1 Grondwet.

3.2 Art. 124 lid 2 en interbestuurlijke sturing

Het feit dat de normering van activiteiten in de fysieke leefomgeving onder de Omgevingswet plaatsvindt in medebewind is ook van belang voor de tweede potentiële waarborg voor een terughoudende interbestuurlijke sturing van die normering. Het gaat dan om art. 124 lid 2 Grondwet, dat de mogelijkheid om medebewind te vorderen beperkt. Teunissen heeft tijdens de totstandkoming van de Wro betoogd dat de bevoegdheid van provinciale staten om met instructieregels medebewind te vorderen van de gemeentelijke bestuursorganen in strijd is met art. 124 Grondwet.¹⁸ Dat idee baseert hij op een interpretatie van de grondwetsgeschiedenis. Daarin valt te lezen dat de bevoegdheid van de formele wetgever om medebewind te vorderen niet ongeclausuleerd gedelegeerd mag worden. Er zou dan sprake zijn van een ‘blanco aanwijzingsbevoegdheid’ waartegen het stelsel van hoofdstuk 7 van de Grondwet zich verzet. Volgens Teunissen is de instructieregelbevoegdheid een dergelijke blanco aanwijzingsbevoegdheid. De voorwaarde die aan het gebruik van deze bevoegdheid verbonden is, te weten dat sprake moet zijn van een provinciaal belang, is naar zijn mening vrijwel betekenisloos. Instructieregels zouden daarom kunnen worden gebruikt om gemeenten onder een ‘permanente voorgedij’ te plaatsen.

Met de constatering van Teunissen dat de voorwaarde ‘provinciaal belang’ een betrekkelijk lage drempel vormt voor het vaststellen van instructieregels ben ik het eens. Met zijn constatering dat de instructieregelbevoegdheid daarom moet worden aangemerkt als een blanco aanwijzingsbevoegdheid als bedoeld in de grondwetsgeschiedenis niet. Het probleem is dat de term ‘blanco aanwijzingsbevoegdheid’ in de grondwetsgeschiedenis niet wordt gedefinieerd. Teunissen doet dat evenmin. Maar uit de context van de passages uit de grondwetsgeschiedenis waarin over blanco aanwijzingsbevoegdheden wordt gerept en uit de voorbeelden die daarvan in de parlementaire stukken worden gegeven, kan worden afgeleid dat wordt bedoeld op aanwijzingsbevoegdheden die zich niet beperken tot een terrein van medebewind.¹⁹ Dergelijke bevoegdheden zouden dus gebruikt kunnen worden om de ‘eigen huishouding’ van de gemeente aan aanwijzingen te onderwerpen. Dat zou in strijd komen met art. 124 lid 1 Grondwet, omdat daarmee de autonomie van gemeenten - in de uitleg van Elzinga: het vrije initiatiefrecht - teniet wordt gedaan, althans, - in de woorden van Teunissen - onder een permanente voorgedij wordt geplaatst. Maar dat is onder de Wro niet het geval, want

p. 17-18, die stellen voor de vraag of sprake is van medebewind bepalend is dat het gaat ‘om een *specifieke* wet of soms zelfs een *specifieke* bepaling, waaraan het medewerkende ambt, dankzij een door de wetgever toegekende bevoegdheid, uitvoering geeft om die wets(bepaling) tot gelding te brengen’, en dat het er niet toe doet of ‘het medewerkend ambt vrij is ten aanzien van de vraag of uitvoering gegeven *moet* worden dan wel *de mate waarin* uitvoering gegeven wordt’.

¹⁷ Sterker nog, het is verdedigbaar dat als de gemeenteraad regels wil stellen over de fysieke leefomgeving, die regels dan in de medebewindsfiguur van het omgevingsplan *moeten* worden neergelegd. Zie daarover A.G.A. Nijmeijer, ‘Het omgevingsplan. Een stap verder?’, *M&R* 2014/121, p. 2.2.1 en de reactie daarop van A.E. Kneepkens, K. Krijt en B. Rademaker in *M&R* 2014/122. Blijkens de memorie van antwoord is momenteel een werkgroep bezig om een voor de praktijk helder beeld te geven van de onderwerpen die wel en niet in het omgevingsplan hoeven te worden opgenomen. Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 33962, E, p. 65.

¹⁸ Zie onder meer J.M.F.H. Teunissen, ‘Instructieregels in de nieuwe Wet ruimtelijke ordening’, *TBR* 2009, p. 296.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1981/82, 16905-16938, 5, p. 30 en *Kamerstukken II* 1981/82, 16905-16938, 47a, p. 25-26. Zie hierover ook mijn proefschrift, *Ruimtelijke ordening op niveau*, Den Haag: *IBR* 2015, p. 86-88.

instructieregels hebben uitsluitend betrekking op de inhoud van besluiten die op grond van die wet genomen worden. Het gaat om regelingen die met het oog op een goede ruimtelijke ordening gevorderd worden door de formele wetgever en waarbij het vrije initiatiefrecht ontbreekt.

Deze constatering is ook van belang voor de Omgevingswet, omdat daarin aan het gebruik van de bevoegdheden om instructieregels vast te stellen en om instructieregels te geven geen strikte voorwaarden zijn gesteld (zie hierna). Aan de normering van deze bevoegdheden kleefdt dus hetzelfde manco als onder de Wro. Daar kan je van alles van vinden, maar strijd met de Grondwet levert het mijns inziens niet op. Als de formele wetgever de zorg voor de fysieke leefomgeving aan de autonomie van de gemeenten onttrekt - voor zover die zorg daar überhaupt nog rust, maar dat terzijde -, dan is hij in gevolge art. 124 lid 2 Grondwet vrij om zijn bevoegdheid om ten aanzien van die zorg nadere regeling en nader bestuur te vorderen, te delegeren aan een bestuursorgaan van provincie of Rijk.

4. De grenzen van het subsidiariteitsvereiste

Gezien het ontbreken van een grondwettelijke drempel voor het bovengemeentelijk optreden en met de risico's voor overvloedige, ontoegankelijke en slecht toepasbare regelgeving, alsmede het risico voor centralisatie in het achterhoofd, is het interessant om na te gaan in hoeverre de Omgevingswet hiertegen een barrière opwerpt. Die barrière moet worden gevonden in het subsidiariteitsvereiste dat is neergelegd in art. 2.3 Ow. De inhoud van dit beginsel is echter dermate ruim en onduidelijk, dat in juridische zin mijns inziens geen sprake is van een begrenzing van de uitoefening van bevoegdheden op provinciaal en rijksniveau.

4.1 Inhoud van het subsidiariteitsvereiste

Het optreden van bestuursorganen van provincie en Rijk wordt in de Omgevingswet beperkt door een 'nee, tenzij'-principe. Art. 2.3 lid 1 Ow bepaalt namelijk dat de uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de wet in beginsel wordt overgelaten aan bestuursorganen van een gemeente, tenzij daarover andere regels zijn gesteld. Wat betreft het inzetten van bevoegdheden op provinciaal en rijksniveau waarmee activiteiten in de fysieke leefomgeving op directe of indirecte wijze kunnen worden gereguleerd, geldt dat gemotiveerd moet worden dat die inzet nodig²⁰ is met het oog op één van de twee gronden die zijn terug te vinden in respectievelijk het tweede en derde lid van art. 2.3 Ow.²¹ Dit 'nee, tenzij'-principe wordt het subsidiariteitsvereiste genoemd.

De rechtsvaardigingsgronden voor een bovengemeentelijke regulering van activiteiten uit art. 2.3 Ow zijn alternatief geformuleerd.²² De eerste (a-grond) is vergelijkbaar met het criterium dat is terug te vinden in de Wro. Het houdt in dat sprake moet zijn van een provinciaal of een nationaal belang. Daaraan voegt de Omgevingswet ten opzichte van de Wro uitdrukkelijk toe dat het desbetreffende belang niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het gemeentebestuur (of het provinciebestuur) behartigd moet kunnen worden. De tweede (b-)grond bepaalt dat een bestuursorgaan van een provincie of het Rijk een bevoegdheid kan uitoefenen als dat nodig is voor een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet.²³

In de parlementaire stukken wordt het standpunt ingenomen dat het subsidiariteitsvereiste een heldere en voldoende strikte begrenzing is van de inzet van de bovengemeentelijke bevoegdheden waarmee activiteiten in de fysieke leefomgeving (indirect) gereguleerd kunnen worden. In de memorie van toelichting valt bijvoorbeeld te lezen: 'de expliciete wettelijke begrenzingen die aan de aanwending van die bevoegdheden (voor het vaststellen van instructieregels en het geven van instructies - DK) zijn gesteld (...) zijn naar het oordeel van de regering zo helder, dat voor een vrijpostig en al te ruimhartig

²⁰ Met het woord 'nodig' wordt tot uitdrukking gebracht dat proportionaliteit onderdeel moet uitmaken van de subsidiariteitsafweging. Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 399.

²¹ Dit geldt voor het vaststellen van omgevingswaarden (art. 2.12 lid 1 en art. 2.14 Ow), het vaststellen van instructieregels (art. 2.22 lid 1 en art. 2.24 lid 1 Ow), het geven van een instructie (art. 2.33 lid 1 en art. 2.34 lid 1 Ow) en de regulering van activiteiten (art. 4.1 lid 2 en art. 4.3 lid 4 Ow).

²² Zo blijkt uit het woord 'of' aan het eind van art. 2.3 lid 2 onder a Ow en art. 2.3 lid 3 onder a Ow.

²³ En voor de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting, maar dat laat ik hier verder buiten beschouwing.

gebruik van deze bevoegdheden niet hoeft te worden gevreesd'.²⁵ Bovendien wordt in de memorie van antwoord het standpunt ingenomen dat de begrenzing van het gebruik van bovengemeentelijke bevoegdheden wordt aangescherpt ten opzichte van de huidige wetgeving:

“Artikel 2.3 van het wetsvoorstel dwingt het Rijk en de provincies naar het oordeel van de regering namelijk, meer dan onder de huidige wetgeving het geval is, tot een terughoudende inzet van bevoegdheden richting gemeenten en provincies. (...) Artikel 2.3 eist dat de provincies daadwerkelijk motiveren waarom het doelmatig en doeltreffend is om de betreffende bevoegdheid op provinciaal niveau uit te oefenen en eist daarnaast een motivering waarom de gemeentebesturen dat niet doelmatig en doeltreffend zouden kunnen doen.”²⁶

Ik denk dat hier juridisch gezien een te rooskleurig beeld wordt geschetst van de begrenzendende werking van het subsidiariteitsvereiste. Mijns inziens vormt dat vereiste geen heldere en strikte begrenzing van het bovengemeentelijke optreden, enerzijds omdat er geen sturende werking van uitgaat en anderzijds omdat het te weinig aanknopingspunten biedt voor een rechterlijke toetsing.

4.2 Het gebrek aan sturende werking van het subsidiariteitsvereiste

Het subsidiariteitsvereiste lijkt geen richting te geven aan de inhoud van de beleidsdoelstellingen die op provinciaal en rijksniveau nagestreefd kunnen worden met betrekking tot de zorg voor de fysieke leefomgeving, omdat het criterium dat sprake moet zijn van een provinciaal of een nationaal belang (de a-grond) daarin buitenspel wordt gezet door de b-grond.

De b-grond uit het tweede en derde lid van art. 2.3 Ow is volgens de parlementaire stukken noodzakelijk voor de mogelijkheid om ook op bovengemeentelijk niveau bevoegdheden aan te wenden vanuit enkel een doelmatigheids- en doeltreffendheidsoogmerk, dus zonder dat sprake is van een bovengemeentelijk belang.²⁷ Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om ordenende wetgeving, zoals het Bouwbesluit 2012 en het Activiteitenbesluit milieubeheer, waaraan overwegingen ten grondslag liggen als het bieden van een gelijk beschermingsniveau aan burgers, een gelijk kwaliteitsniveau van voorzieningen of de fysieke leefomgeving en het bieden van een gelijk speelveld voor deelnemers aan het handelsverkeer. Volgens de parlementaire stukken zou lastig te betogen zijn dat er een provinciaal of nationaal belang bij dergelijke regels betrokken is. Zonder de b-grond ‘zou het erg moeilijk of zelfs onmogelijk worden’ om op bovengemeentelijk niveau ordenende wetgeving vast te stellen.²⁸

Deze onderbouwing is opvallend omdat daarover in de parlementaire stukken met betrekking het wetsvoorstel Wro een ander standpunt werd ingenomen. Ten aanzien van de bevoegdheden van bestuursorganen van de provincies en het Rijk in het ruimtelijk spoor, die alleen kunnen worden toegepast als er een provinciaal of een nationaal belang aan de orde is, werd aangegeven dat het gebruik daarvan ook gerechtvaardigd kan zijn met het oog op het voorkomen van een onaanvaardbare rechtsongelijkheid voor burgers.²⁹ Blijkbaar wordt in de parlementaire stukken over het wetsvoorstel Omgevingswet uitgegaan van een andere betekenis van het criterium provinciaal of nationaal belang. Wat die betekenis dan precies is, wordt echter nergens uiteengezet of verduidelijkt. Er kan slechts worden geconcludeerd dat ordenende wetgeving daar niet (meer) onder valt.

Meer problematisch is dat de toepassing van de b-grond niet is beperkt tot ordenende wetgeving of iets dergelijks. Deze rechtvaardigingsgrond is een volwaardig alternatief voor de a-grond en kan te allen tijde worden ingezet. In de parlementaire stukken wordt ordenende wetgeving slechts als voorbeeld genoemd van een geval waarin een bevoegdheid wordt aangewend vanuit enkel een doelmatigheids- en doeltreffendheidsoogmerk. De b-grond heeft dus een ruimere reikwijdte, maar waar de grenzen liggen wordt in de wet niet aangegeven. Het criterium dat sprake moet zijn van een provinciaal of een

²⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 103-104.

²⁶ *Kamerstukken I* 2015/16, 33962, E, p. 132. Zie ook p. 22, waar wordt gesproken van een ‘krachtige werking’ van de doelmatigheids- en doeltreffendheidstoets, die zou leiden tot ‘een extra sturing op een terughoudende inzet van normstellende bevoegdheden door de provincies en het Rijk’.

²⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, 23, p. 12-13 en p. 112; *Kamerstukken I* 2015/16, 33962, E, p. 8.

²⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 33962, 23, p. 113.

²⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28916 3, p. 11.

nationaal belang om een bevoegdheid in te kunnen zetten op bovengemeentelijk niveau lijkt daarmee naar de zijlijn te verdwijnen. Het is immers voldoende als het desbetreffende bestuursorgaan van de provincie of het Rijk kan motiveren dat het gebruik van de bevoegdheid doelmatig en doeltreffend is. In de memorie van antwoord wordt dan ook geconcludeerd:

“De regering heeft geen redenen gezien waarom in afwijking van de Gemeentewet en de Provinciewet, inzet van bevoegdheden op grond van de Omgevingswet altijd de aanwezigheid van een nationaal of provinciaal belang zou moeten vergen. De kern van het subsidiariteitsbeginsel is immers die doelmatigheids- en doeltreffendheidstoets en niet zozeer of iets aangemerkt wordt als van een “hoger belang”. ”³⁰

Ik ben het in zoverre met dit standpunt eens dat bij een toetsing van een bovengemeentelijke regulering van activiteiten niet kan worden volstaan met een beoordeling of de achterliggende beleidsdoelstelling bovengemeentelijke aspecten heeft, omdat dergelijke aspecten vrijwel altijd aanwezig zijn. Illusterend is een onderzoek uit 2014 over de doorwerking van provinciaal beleid onder de Wro.³¹ Daarin wordt geconcludeerd dat bij vrijwel alle bepalingen uit de geldende provinciale verordeningen die zijn vastgesteld op grond van art. 4.1 lid 1 Wro een provinciaal belang betrokken is. Mijns inziens wordt de toetsing van de uitoefening van een bevoegdheid door een bestuursorgaan van een provincie of het Rijk pas interessant als in een concreet geval wordt nagegaan of het bovengemeentelijk belang - en meer specifiek, de bovengemeentelijke aspecten die kleven aan dat belang - de beperking kunnen dragen die met de bevoegdheidsuitoefening wordt aangebracht in de gemeentelijke beleidsvrijheid.

Dat betekent echter niet dat het criterium ‘provinciaal of nationaal belang’ overboord kan worden gegooid. Om de proportionaliteit, doelmatigheid en doeltreffendheid van een maatregel te kunnen beoordelen, moet de achterliggende beleidsdoelstelling die op provinciaal of rijksniveau wordt nagestreefd namelijk als referentiepunt worden gebruikt. Zonder het criterium dat sprake moet zijn van een provinciaal of nationaal belang kan dat referentiepunt als zodanig echter niet meer ter discussie worden gesteld. De objectieve eis dat aan die beleidsdoelstellingen bovengemeentelijke aspecten moeten kleven - hoe ruim ook - is dan immers niet meer van toepassing, en er komt geen andere objectieve eis voor in de plaats.

Het subsidiariteitsvereiste kan alleen een beperking zijn van het bovengemeentelijk optreden als daarin ook beperkingen worden gesteld aan de beleidsdoelstellingen die aan dat optreden ten grondslag kunnen worden gelegd. Het subsidiariteitsvereiste is in de kern immers een doel-middeltoetsing, waarin de beoogde regulering van een activiteit wordt afgezet tegen de beleidsdoelstelling die met die regulering wordt nagestreefd. Maar hoe kan een doel-middeltoetsing een beperking zijn als het doel volledig naar eigen inzicht kan worden vastgesteld? Van doelmatigheid en doeltreffendheid van de uitoefening van een bovengemeentelijke bevoegdheid is als zodanig immers al sprake als bestuursorganen van de gemeente niet op een efficiënte en effectieve wijze kunnen of willen meewerken aan de verwezenlijking van een provinciale of nationale beleidsdoelstelling. Daar komt nog bij dat de bovengemeentelijke beleidsdoelstellingen op ieder willekeurig moment kunnen worden aangevuld of gewijzigd. De Omgevingswet vereist in beginsel immers niet dat die doelstellingen ergens worden vastgelegd. Er bestaat daarom een risico dat als een bestuursorgaan van een provincie of het Rijk tot de conclusie komt dat een (beoogde) regulering van een activiteit niet doelmatig- of doeltreffend is, niet de regulering, maar de achterliggende doelstelling wordt aangepast.

Natuurlijk zou kunnen worden betoogd dat een bovengemeentelijke bevoegdheidsuitoefening alleen doelmatig en doeltreffend kan zijn als sprake is van bovengemeentelijke aspecten. Maar dan is de vraag wat nog het verschil is tussen de a- en de b-grond. Mijns inziens gaan het bestaan van een bovengemeentelijk belang en een bovengemeentelijke taak in die optiek hand in hand. Als een

³⁰ Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 8.

³¹ Edwin Buitelaar, Arjan Bregman, Pieter van Ree en Friso de Zeeuw, *Ervaringen met de doorwerking van provinciaal beleid onder de Wro*, Amsterdam School of Real Estate, oktober 2014, te raadplegen via http://files.vastgoedbibliotheek.nl/Server/getfile.aspx?file=docs/publicaties/ASRE_paper_14_09_Ervaringen.pdf.

provincie of het Rijk een bepaald belang aan zich getrokken heeft met het oog op de daaraan klevende bovengemeentelijke aspecten, dan bestaat er een taak van die provincie of het Rijk om dat belang te behartigen. En andersom, als de provincie zichzelf een taak heeft toebedeeld vanwege de bovengemeentelijke aspecten die daarbij betrokken zijn, dan lijkt mij dat er een provinciaal belang bestaat bij de normering van activiteiten die van invloed zijn op het vervullen van die taak.

4.3. Gebrekkige mogelijkheden voor een rechterlijke toetsing aan het subsidiariteitsvereiste

In de parlementaire stukken wordt de verwachting uitgesproken dat de bestuursrechter bij een toetsing van bovengemeentelijke regulering van activiteiten in de fysieke leefomgeving aan het subsidiariteitsvereiste zal nagaan of voldoende recht is gedaan aan de aspecten van doelmatigheid, doeltreffendheid en proportionaliteit/minst belastende interventie.³² De aanname dat de bestuursrechter op basis van art. 2.3 Ow in staat is om het optreden van bestuursorganen van de provincies en het Rijk kritisch te beoordelen, veronderstelt dat de bestuursrechter bereid is om de regulering van een activiteit te vernietigen of onverbindend te verklaren wegens het ontbreken van een draagkrachtige motivering. Gezien de huidige jurisprudentie is de bestuursrechter daar echter niet erg happig op. Ook op grond van de Wro heeft de rechter de mogelijkheid om te beoordelen of de aanwezigheid van een provinciaal of een nationaal belang, alsmede de noodzakelijkheid van de bovengemeentelijke maatregel met het oog op dat belang, voldoende draagkrachtig is gemotiveerd. Zeker waar het gaat om algemeen verbindende voorschriften (zoals instructieregels), die slechts bij wijze van exceptie ter toetsing kunnen worden voorgelegd, is de toetsing echter zeer marginaal. Het is zeer de vraag of de bestuursrechter onder de Omgevingswet meer geneigd zal zijn om algemeen verbindende voorschriften onverbindend te verklaren wegens strijd met het motiveringsbeginsel.

Dat staat nog los van de vraag of het subsidiariteitsvereiste de rechter mogelijkheden biedt voor een meer inhoudelijke toetsing van de bovengemeentelijke bevoegdheidsuitoefening. De vernietiging of onverbindendverklaring van een besluit dat op provinciaal of rijksniveau genomen is wegens een gebrekkige motivering dat aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan, kan slechts aan de orde zijn als de bestuursrechter oordeelt dat een bepaalde, door een bestuursorgaan van provincie of Rijk naar eigen inzicht vastgestelde beleidsdoelstelling effectiever en efficiënter verwezenlijkt kan worden op gemeentelijk niveau. Ik zie dat niet snel gebeuren, omdat de bestuursrechter niet de aangewezen persoon is om te bepalen hoe een beleidsdoelstelling het beste kan worden gerealiseerd. Het is primair aan het bestuursorgaan van de provincie of het Rijk om te beoordelen of aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan. De rechter kan slechts toetsen of het bestuursorgaan dat oordeel in redelijkheid heeft kunnen vellen.

De rechterlijke toetsing wordt verder bemoeilijkt doordat de Omgevingswet geen eisen stelt aan de vormgeving van de motivering dat aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan. De ladder voor duurzame verstedelijking uit art. 3.1.6 lid 2 Bro laat zien dat de onderbouwing van een besluit een belangrijkere rol kan spelen in de gerechtelijke procedure als een opsomming wordt gegeven van de elementen waaruit de motivering in ieder geval moet bestaan. Een dergelijke opsomming zou ook in de jurisprudentie zelf ontwikkeld kunnen worden. Maar gezien het voorgaande is het de vraag of daaraan wordt toegekomen. Onder de Wro is dat in ieder geval nog niet gebeurd.

5. Conclusie

Het subsidiariteitsvereiste lijkt al met al niet meer dan een politiek-bestuurlijk appèl aan de provincies en het Rijk te zijn om toch vooral zo veel mogelijk beleidsruimte te laten aan het gemeentebestuur, zonder hen overigens een strobreed in de weg te leggen om die ruimte te beknotten. Het vereiste stelt vooraf geen beperkingen aan de beleidsdoelstellingen die op bovengemeentelijk niveau kunnen worden nagestreefd en biedt achteraf geen aanknopingspunten om de regulering van activiteiten die met het oog op die doelstellingen wordt vastgesteld kritisch te laten beoordelen door de bestuursrechter. Hierdoor werpt de Omgevingswet juridisch gezien geen barrière op tegen een marginalisering van de gemeentelijke beleidsvrijheid. Bovendien bestaat het gevaar voor een stapeling van normen die voor het bevoegd gezag en voor de burger moeilijk toegankelijk en slecht toepasbaar zijn.

³² Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 132.

Om deze problemen weg te nemen zal het subsidiariteitsvereiste moeten worden aangescherpt. Het is in ieder geval nodig dat er in objectieve termen beperkingen worden gesteld aan de mogelijkheid om op provinciaal en rijksniveau beleidsdoelstellingen na te streven. Zonder dergelijke beperkingen wordt de doelmatigheids- en doeltreffendheidstoetsing betekenisloos. Dat pleit ervoor om tenminste de eis dat sprake moet zijn van een provinciaal of een nationaal belang onverkort te laten gelden. Daarnaast zou kunnen worden gedacht aan een opsomming van elementen die niet mogen ontbreken in de motivering dat aan het subsidiariteitsvereiste is voldaan. Het kan bijvoorbeeld gaan om een verwijzing naar een belang zoals dat is opgenomen in een openbaar gemaakt beleidsdocument, vergelijkbaar met art. 2.35 lid 2 Ow. Daarbij zouden eisen kunnen worden gesteld aan de manier waarop een provinciaal of nationaal belang beschreven moet zijn en hoe moet worden beoordeeld of een dergelijk belang het bovengemeentelijke optreden doelmatig en doeltreffend maakt. Ook lijkt het raadzaam om bij de normstelling op bovengemeentelijk niveau steeds uitdrukkelijk stil te staan bij de mogelijkheid om die normstelling op andere overheidsniveaus aan te vullen. Of deze suggesties inderdaad werkbare oplossingsrichtingen zijn, is voorwerp van nader onderzoek.