

## Reactieve aanwijzing is voldoende herleidbaar tot zienswijze. Exceptieve toetsing provinciale omgevingsverordening. Reactieve aanwijzing in strijd me...

ABRvS 30-11-2016, ECLI:NL:RVS:2016:3178, m.nt. P.C.M. Heinen

### Essentie

**Reactieve aanwijzing is voldoende herleidbaar tot zienswijze. Exceptieve toetsing provinciale omgevingsverordening. Reactieve aanwijzing in strijd met het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Tussenuitspraak met opdracht aan GS om een nieuw besluit te nemen en dat aan de Afdeling mede te delen. (Eijsden-Margraten I)**

### Samenvatting

*Uit de hiervoor weergegeven bepalingen, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat een reactieve aanwijzing uitsluitend kan worden gegeven indien en voor zover het college met betrekking tot het desbetreffende onderdeel van het bestemmingsplan een zienswijze heeft ingediend en deze bij de vaststelling van het plan niet volledig is overgenomen of indien en voor zover de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan daarin wijzigingen heeft aangebracht ten opzichte van het ontwerp, anders dan op grond van zienswijzen van het college. Gelet op het vorenstaande dient het college in de zienswijze duidelijk aan te geven op welke onderdelen de raad het plan bij de vaststelling dient te wijzigen ten opzichte van het ontwerp om een reactieve aanwijzing te voorkomen. De Afdeling stelt vast dat het college het plan in zijn zienswijze heeft bestreden, voor zover het in strijd met artikel 2.4.2, van de Omgevingsverordening voorziet in de toevoeging van woningen aan de bestaande planvoorraad. Het ontwerp van het bestemmingsplan bestaat uit het plandeel met de bestemming "Wonen" waarmee vijf woningen mogelijk worden gemaakt aan de 12e Septemberlaan. Om deze woningbouwontwikkeling mogelijk te maken met inachtneming van de Omgevingsverordening worden in het plan vijf woningen aan het Amerikaplein aan de bestaande plancapaciteit onttrokken, zo staat in de toelichting bij het ontwerpplan. Nu het ontwerp niet voorziet in andere woningbouwontwikkelingen dan die aan de 12e Septemberlaan, is de Afdeling van oordeel dat het in het aanwijzingsbesluit vervatte standpunt dat het plandeel met de bestemming "Wonen" voor de gronden aan de 12e Septemberlaan is vastgesteld in strijd met de Omgevingsverordening, duidelijk is te herleiden tot de zienswijze. Uit de reactie op de zienswijze blijkt ook dat het gemeentebestuur duidelijk voor ogen had dat de zienswijze op dit plandeel betrekking had.*

### Partij(en)

Tussenuitspraak met toepassing van [artikel 8:51d](#) van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in het geding met zaak nr. 201602319/1/R1 tussen:

de raad van de gemeente Eijsden-Margraten en het college van burgemeester en wethouders van Eijsden-Margraten (hierna: het gemeentebestuur),

appellanten,

en

het college van gedeputeerde staten van Limburg (hierna: het college),

verweerder.

### Uitspraak

### Procesverloop

Bij besluit van 19 januari 2016 heeft het college besloten de raad van de gemeente Eijsden-Margraten een aanwijzing te geven als bedoeld in [artikel 3.8, zesde lid](#), van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) ertoe strekkende dat het plandeel met de bestemming "Wonen" voor de gronden aan de 12e Septemberlaan geen deel blijft uitmaken van het bestemmingsplan "12e Septemberlaan Noorbeek – eerste wijziging BP gemeentehuis Eijsden-Margraten", vastgesteld op 15 september 2015.

Tegen dit besluit heeft het gemeentebestuur beroep ingesteld.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

Het gemeentebestuur heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 18 juli 2016, waar het gemeentebestuur, vertegenwoordigd door A.J.B. Smeets, werkzaam bij de gemeente, bijgestaan door mr. J.L. Stoop, advocaat te Roermond, en het college, vertegenwoordigd door mr. P.F. Winkels en W.H.J. Robben MA, zijn verschenen. Buiten bezwaren van partijen zijn ter zitting nog stukken in het geding gebracht.

## Overwegingen

### Artikel 8:51d van de Awb

1.

Ingevolge [artikel 8:51d](#) van de Awb kan de Afdeling het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen.

### Toetsingskader

2.

Het college heeft de bevoegdheid een reactieve aanwijzing te geven die het ter bescherming van provinciale belangen met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk acht. De Afdeling beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het college in redelijkheid van de noodzaak van het geven van een reactieve aanwijzing heeft kunnen uitgaan. De Afdeling toetst de beslissing van het college om van de bevoegdheid gebruik te maken terughoudend. Voorts beoordeelt de Afdeling aan de hand van de beroepsgronden of het bestreden besluit anderszins is voorbereid of genomen in strijd met het recht.

### De reactieve aanwijzing

3.

Bij het bestreden besluit heeft het college een reactieve aanwijzing gegeven met betrekking tot het plandeel met de bestemming "Wonen" voor de gronden aan de 12e Septemberlaan. Dit plandeel maakt vijf woningen mogelijk. Het heeft aan de aanwijzing ten grondslag gelegd dat het plandeel is vastgesteld in strijd met artikel 2.4.2, eerste lid, van de Omgevingsverordening Limburg 2014 (hierna: de Omgevingsverordening). In dat artikel is een verbod opgenomen om in een ruimtelijk plan te voorzien in de toevoeging van nieuwe woningen aan de bestaande planvoorraad.

### Procedureel

Het gemeentebestuur voert aan dat het college geen reactieve aanwijzing had mogen geven. Hiertoe stelt het dat het college geen duidelijke zienswijze heeft ingediend, zoals artikel 3.8, vierde en zesde lid, van de Wro, vereist. In de zienswijze is volgens het gemeentebestuur niet uitdrukkelijk vermeld welk onderdeel van het bestemmingsplan in strijd is met de Omgevingsverordening. Evenmin is aangegeven welk plandeel moet wijzigen om een reactieve aanwijzing te voorkomen, zo stelt het gemeentebestuur.

4.1

Ingevolge artikel 3.8, vierde lid, van de Wro, wordt het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan zes weken na de vaststelling bekendgemaakt, indien door het college van gedeputeerde staten een zienswijze is ingediend en deze niet volledig is overgenomen of indien de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan daarin wijzigingen heeft aangebracht ten opzichte van het ontwerp, anders dan op grond van zienswijzen van het college van gedeputeerde staten. In zodanig geval zendt het college van burgemeester en wethouders na de vaststelling onverwijld langs elektronische weg het raadsbesluit aan het college van gedeputeerde staten.

Ingevolge het zesde lid, eerste volzin, kan gedeputeerde staten, indien aan de in het vierde lid bedoelde voorwaarden is voldaan, onverminderd andere aan hem toekomende bevoegdheden, binnen de in dat lid genoemde termijn met betrekking tot het desbetreffende onderdeel van het vastgestelde bestemmingsplan aan de raad een aanwijzing als bedoeld in artikel 4.2, eerste lid, geven, ertoe strekkende dat dat onderdeel geen deel blijft uitmaken van het bestemmingsplan zoals het is vastgesteld. Ingevolge de vierde volzin vermeldt het college van gedeputeerde staten in de redengeving de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, omstandigheden en overwegingen die de provincie beletten het betrokken provinciaal belang met inzet van andere aan hem toekomende bevoegdheden te beschermen.

Uit de hiervoor weergegeven bepalingen, in onderlinge samenhang bezien, volgt dat een reactieve aanwijzing uitsluitend kan worden gegeven indien en voor zover het college met betrekking tot het desbetreffende onderdeel van het bestemmingsplan een zienswijze heeft ingediend en deze bij de vaststelling van het plan niet volledig is overgenomen of

indien en voor zover de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan daarin wijzigingen heeft aangebracht ten opzichte van het ontwerp, anders dan op grond van zienswijzen van het college.

#### 4.2.

Gelet op het vorenstaande dient het college in de zienswijze duidelijk aan te geven op welke onderdelen de raad het plan bij de vaststelling dient te wijzigen ten opzichte van het ontwerp om een reactieve aanwijzing te voorkomen. De Afdeling stelt vast dat het college het plan in zijn zienswijze heeft bestreden, voor zover het in strijd met artikel 2.4.2, van de Omgevingsverordening voorziet in de toevoeging van woningen aan de bestaande planvoorraad. Het ontwerp van het bestemmingsplan bestaat uit het plandeel met de bestemming "Wonen" waarmee vijf woningen mogelijk worden gemaakt aan de 12e Septemberlaan. Om deze woningbouwontwikkeling mogelijk te maken met inachtneming van de Omgevingsverordening worden in het plan vijf woningen aan het Amerikaplein aan de bestaande plancapaciteit onttrokken, zo staat in de toelichting bij het ontwerpplan. Nu het ontwerp niet voorziet in andere woningbouwontwikkelingen dan die aan de 12e Septemberlaan, is de Afdeling van oordeel dat het in het aanwijzingsbesluit vervatte standpunt dat het plandeel met de bestemming "Wonen" voor de gronden aan de 12e Septemberlaan is vastgesteld in strijd met de Omgevingsverordening, duidelijk is te herleiden tot de zienswijze. Uit de reactie op de zienswijze blijkt ook dat het gemeentebestuur duidelijk voor ogen had dat de zienswijze op dit plandeel betrekking had. Het betoog faalt.

### Inhoudelijk

Het gemeentebestuur voert aan dat het verbod in artikel 2.4.2, eerste lid, van de Omgevingsverordening onevenredige beperkingen tot gevolg heeft voor gemeenten, omdat geen rekening wordt gehouden met specifieke omstandigheden, zoals de belangstelling, de behoefte en de mate van leegstand in een specifieke gemeente.

Het gemeentebestuur betoogt voorts dat de vijf woningen deel uitmaken van de bestaande planvoorraad, zodat het niet in strijd is met artikel 2.4.2, eerste lid, van de Omgevingsverordening om de woningen mogelijk te maken. Hiertoe wijst het erop dat de woningen in het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 17 februari 1977, vastgesteld door de toenmalige gemeente Noorbeek, reeds mogelijk zijn gemaakt met een uit te werken bestemming. Het gemeentebestuur stelt dat deze bestemming nog rechtskracht heeft, omdat de Afdeling in haar uitspraak van 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4923, het plandeel met de bestemming "Wonen" in het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 15 december 2009 voor de locatie aan de 12e Septemberlaan heeft vernietigd, als gevolg waarvan moet worden teruggevallen op het plan uit 1977. Het gemeentebestuur stelt dat artikel 2, lid 2.4.2, tweede lid, aanhef en onder c, van de Omgevingsverordening zijn standpunt bevestigt dat het verbod in het eerste lid in dit geval niet van toepassing is.

Het gemeentebestuur betoogt verder dat het niet in strijd is met de Omgevingsverordening om de woningen mogelijk te maken, omdat per saldo geen sprake is van toevoeging van woningen aan de woningvoorraad. Hiertoe stelt het dat de onbenutte planologische mogelijkheid uit het bestemmingsplan "Gemeentehuis Eijsden-Margraten" van 20 september 2009 voor de realisering van acht woningen aan het Amerikaplein te Margraten is geschrapt in het bestemmingsplan waartegen de reactieve aanwijzing zich richt.

Voorts voert het gemeentebestuur aan dat het college het grote gemeentelijke belang bij de realisering van de woningen heeft miskend. Dit belang is erin gelegen om te kunnen voorzien in een actuele Noorbeekse behoefte aan vijf nieuwbouwwoningen. Voorts is er veel gemeenschapsgeld besteed om de woningbouw mogelijk te maken.

Ten slotte betoogt het gemeentebestuur dat er een samenhang bestaat tussen het plandeel met de bestemming "Wonen" aan de 12e Septemberlaan en het plandeel met de bestemming "Centrum" voor de gronden aan het Amerikaplein. Daarom kan het zich er niet mee verenigen dat de reactieve aanwijzing uitsluitend betrekking heeft op het plandeel voor de 12e Septemberlaan. Het plandeel aan het Amerikaplein had volgens het gemeentebestuur niet ongemoeid mogen worden gelaten.

#### 5.1.

Volgens het college is na de uitspraak van de Afdeling van 18 mei 2011 het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 15 december 2009 het van kracht zijnde planologische regime gebleven voor de gronden aan de 12e Septemberlaan. Hiertoe stelt het dat de Afdeling alleen het plandeel met de bestemming "Wonen" heeft vernietigd, maar de dubbelbestemmingen "Leiding – Brandstof" en "Waarde – Archeologie" in stand heeft gelaten. Volgens het college betekent dit dat het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 17 februari 1977 niet het ter plaatse geldende planologische regime vormt. Nu de woningen aan de 12e Septemberlaan als gevolg van de vernietiging door de Afdeling geen onderdeel meer uitmaakten van het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 15 december 2009, behoren deze volgens het college niet tot de bestaande planvoorraad als bedoeld in artikel 2.4.1, aanhef en onder b, van de Omgevingsverordening.

#### 5.2.

Ingevolge artikel 2.1.1, van de Omgevingsverordening wordt in dit hoofdstuk verstaan onder ruimtelijk plan:

- een bestemmingsplan als bedoeld in artikel 3.1 van de Wro;
- een wijzigings- of uitwerkingsplan als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, onder a of b, van de Wro;
- beheersverordening als bedoeld in artikel 3.38 van de Wro;
- omgevingsvergunning waarbij met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onderdeel a, onder 3<sup>o</sup> van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, van het bestemmingsplan of de beheersverordening wordt afgeweken;
- een projectuitvoeringsbesluit als bedoeld in artikel 2.10 van de Crisis- en herstelwet.

Ingevolge artikel 2.4.1, wordt in deze paragraaf verstaan onder:

- a. regio Zuid-Limburg: gebied bestaande uit de gemeenten Sittard-Geleen, Stein, Beek, Schinnen, Heerlen, Onderbanken, Brunssum, Kerkrade, Landgraaf, Nuth, Simpelveld, Voerendaal, Maastricht, Meerssen, Eijsden-Margraten, Valkenburg aan de Geul, Gulpen-Wittem en Vaals.
- b. bestaande planvoorraad: woningen die zijn opgenomen in de voor 5 juli 2013 vastgestelde ruimtelijke plannen en die nog niet zijn gerealiseerd.
- c. woning: een (gedeelte van een) gebouw dat dient voor de huisvesting van één huishouden.

Ingevolge artikel 2.4.2, eerste lid, voorziet een ruimtelijk plan voor een gebied gelegen in de regio Zuid-Limburg niet in de toevoeging van nieuwe woningen aan de bestaande planvoorraad.

Ingevolge het tweede lid, is het eerste lid niet van toepassing op:

- a. nieuwe woningen die voldoen aan de door gedeputeerde staten vastgestelde “Kwaliteitscriteria nieuwe woningen Zuid-Limburg”;
- b. een ruimtelijk plan dat op grond van een rechterlijke uitspraak moet worden vastgesteld;
- c. een uitwerkingsplan als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, onder b, van de Wro.

### 5.3.

In de beleidsregel “Kwaliteitscriteria nieuwe woningen Zuid-Limburg” staat dat paragraaf 2.4 van de Omgevingsverordening niet van toepassing is indien:

- A. het plan voldoet aan de eisen van artikel 1 én 2, of

[...];

- C. naar het oordeel van het college van gedeputeerde staten wegens bijzondere omstandigheden de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de belangen die worden gediend met de Omgevingsverordening, of

[...].

In artikel 1 staat de eis dat kwantitatief minimaal hetzelfde aantal woningen wordt gesloopt als het aantal dat wordt toegevoegd door het nieuwe plan.

In artikel 2 staat dat aan ten minste vier van de onderstaande zes criteria moet zijn voldaan:

1. het plan betreft een inbreidingslocatie, volledig gelegen binnen het bestaand bebouwd gebied;
2. het plan is voorzien van een gezamenlijke verklaring van de (woon)regiogemeenten, waarin staat dat het plan bijdraagt aan een versterking van de woonmilieus.
3. het plan is voorzien van een gezamenlijke verklaring van de (woon)regiogemeenten, waarin staat dat het plan bijdraagt aan kansrijke woningmarktsegmenten.
4. het plan is voorzien van een gezamenlijke verklaring van de (woon)regiogemeenten, waarin staat dat het aantal te realiseren woningen is opgenomen in de regionale woningbouwprogrammering.
5. het plan betreft één of meer van de volgende situaties:
  - a. een binnenstedelijk revitaliserings- of herstructureringsproject;
  - b. kwantitatieve toevoeging van woningen binnen een bestaand gebouw (met maximaal 10% toename van de bebouwde oppervlakte).
6. Het schrappen van bestaande, harde plancapaciteit van kwantitatief minimaal hetzelfde aantal woningen als wordt toegevoegd door het nieuwe plan.

### 5.4.

De verordening is een algemeen verbindend voorschrift waartegen ingevolge artikel 8.3, eerste lid, onder a, van de Awb geen beroep openstaat. Het is echter wel mogelijk om een algemeen verbindend voorschrift exceptief te toetsen.

Deze exceptieve toetsing houdt in dat de rechter een niet door de formele wetgever gegeven voorschrift buiten toepassing dient te laten, indien dit voorschrift in strijd is met een hogere regeling. Een zodanig voorschrift kan voorts wegens strijd met een algemeen rechtsbeginsel buiten toepassing worden gelaten indien het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de feitelijke omstandigheden en de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voorschrift bekend waren of op grond van deugdelijk onderzoek behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot vaststelling van dat voorschrift heeft kunnen komen. De rechter heeft echter niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan

de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Het is aan het regelgevend bevoegd gezag de verschillende belangen en de feiten en omstandigheden die bij het nemen van een besluit inhoudende algemeen verbindende voorschriften betrokken zijn, tegen elkaar af te wegen.

### 5.5.

De Afdeling vat hetgeen is aangevoerd over de onevenredige nadelige gevolgen van artikel 2.4.2, eerste lid, van de Omgevingsverordening aldus op dat die regeling volgens het gemeentebestuur in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Aan de regeling in artikel 2.4.2, eerste lid, van de Omgevingsverordening ligt ten grondslag dat de problematiek op de woningmarkt in Zuid-Limburg zoveel als mogelijk wordt hersteld. Het college heeft ter zitting toegelicht dat niet wordt gedifferentieerd naar gemeenten, omdat de problematiek zich door een toenemende bevolkingskrimp voordoet of voor zal gaan doen in geheel Zuid-Limburg, ook in kleine kernen. Gelet hierop ziet de Afdeling in het aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat de verordening op dit punt de exceptieve toets niet kan doorstaan. Het betoog faalt.

### 5.6.

De Afdeling stelt vast dat in het dictum van de uitspraak van 18 mei 2011 staat dat het besluit van de raad van de gemeente Margraten van 15 december 2009 tot vaststelling van het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" wordt vernietigd, voor zover het betreft het plandeel met de bestemming "Wonen" aan de 12e Septemberlaan. Bij de vernietiging van een plandeel gaan de dubbelbestemmingen in beginsel mee in de vernietiging, tenzij er aanknopingspunten zijn om hierover anders te oordelen. In dit geval zijn dergelijke aanknopingspunten er niet. Gelet hierop is het standpunt van het college dat ondanks de uitspraak van de Afdeling van 18 mei 2011 het bestemmingsplan uit 2009 van kracht bleef, onjuist. Het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 17 februari 1977 ging aan het bestemmingsplan van 15 september 2015 vooraf.

Vaststaat dat in het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 17 februari 1977 een uitwerkingsplicht is opgenomen om woningen mogelijk te maken aan de 12e Septemberlaan. Hierbij geldt naar het oordeel van het college van burgemeester en wethouders als regel dat de bebouwingsdichtheid niet meer dan 20 eengezinshuizen per hectare zal bedragen. Het college van burgemeester en wethouders stelt dat het de voorliggende woningbouwontwikkeling ook mogelijk had kunnen maken door een uitwerkingsplan vast te stellen als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, onder b, van de Wro. Indien hiervoor zou zijn gekozen, dan zou het verbod in artikel 2.4.2, eerste lid, van de Omgevingsverordening niet van toepassing zijn geweest, aldus het gemeentebestuur. Ingevolge het tweede lid, onder c, is het verbod immers niet van toepassing op een uitwerkingsplan. Ter zitting is aan het college gevraagd waarom het in een situatie als deze van mening is dat desondanks een reden aanwezig was om een reactieve aanwijzing te geven. Hierop heeft het college geantwoord dat het de omstandigheid dat mogelijk ook een uitwerkingsplan had kunnen worden vastgesteld – hetgeen de Afdeling zelf niet onomstotelijk heeft kunnen vaststellen – niet in de besluitvorming heeft betrokken, omdat het in de veronderstelling verkeerde dat het bestemmingsplan "Kern Noorbeek" van 15 september 2009 het ter plaatse geldende planologische regime vormde. De Afdeling acht het bestreden besluit in zoverre genomen in strijd met artikel 3:2 en artikel 3:46 van de Awb.

Het betoog slaagt.

## Bestuurlijke lus

### 6.

De Afdeling ziet in het belang bij een spoedige beslechting van het geschil aanleiding het college op de voet van [artikel 8:51d](#) van de Awb op te dragen de gebreken in het bestreden besluit binnen de hierna te noemen termijn te herstellen. Het college dient daartoe met inachtneming van overweging 5.6 de motivering voor het geven van de reactieve aanwijzing aan te passen of het besluit tot het geven van de reactieve aanwijzing in te trekken.

### 7.

Ter voorlichting aan partijen merkt de Afdeling het volgende op. Indien het college naar aanleiding van deze uitspraak het besluit tot het geven van de reactieve aanwijzing intrekt, dient het gemeentebestuur het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan, voor zover dat betrekking heeft op het plandeel met de bestemming "Wonen" voor de gronden aan de 12e Septemberlaan te Eijsden-Margraten, onverwijld met inachtneming van de daarvoor geldende voorschriften bekend te maken. Daarna staat daartegen gedurende de in artikel 6:7 van de Awb genoemde termijn voor het indienen van een beroepsschrift, voor belanghebbenden bij de Afdeling beroep open.

## Proceskosten

8.

In de einduitspraak zal worden beslist over de proceskosten en de vergoeding van het betaalde griffierecht.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

draagt het college van gedeputeerde staten van Limburg op om binnen 12 weken na de verzending van deze tussenuitspraak:

- met inachtneming van overweging 5.6 het daar omschreven gebrek te herstellen; en
- de Afdeling de uitkomst mede te delen.

## Noot

Auteur: P.C.M. Heinen<sup>[1]</sup>

## Naschrift

1.

Zowel de bovenstaande tussenuitspraak als de einduitspraak van ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1033 (hierna opgenomen onder *Gst.* 2017/158) in het aanwijzingsdebat tussen GS Limburg en het gemeentebestuur (gemeenteraad en B&W) van Eijsden-Margraten biedt mij de gelegenheid om stil te staan bij een interessante vorm van repressief toezicht, namelijk de figuur van de provinciale reactieve aanwijzing. Het gaat hier om de toepassing van een provinciale interventiebevoegdheid ingevolge art. 3.8 lid 6 juncto art. 4.2 Wro. Die bevoegdheid strekt ertoe dat GS van de provincie Limburg jegens de gemeenteraad van Eijsden-Margraten aanwijzen dat een plandeel met de bestemming 'wonen' voor de gronden aan de 12<sup>e</sup> Septemberlaan – dat 5 woningen mogelijk maakt – geen deel blijft uitmaken van het desbetreffende bestemmingsplan. Volgens GS was het aangewezen plandeel door de gemeenteraad in strijd met de vigerende provinciale Omgevingsverordening vastgesteld. In die provinciale verordening is namelijk bepaald dat het verboden is om in een ruimtelijk plan te voorzien in de toevoeging van nieuwe woningen aan de bestaande planvoorraad. Het formele gemeentelijke verweer dat de (wettelijk verplicht ex art. 3.8 lid 4 van de Wro) vooraf ingediende zienswijze niet voldoende duidelijk zou aangeven welk plandeel in het geding was, slaagt niet. De Afdeling oordeelt hierover dat, waar het bewuste ontwerpbestemmingsplan niet voorziet in andere woningbouwontwikkelingen dan op de gronden aan de 12<sup>e</sup> Septemberlaan, het in het aanwijzingsbesluit vervatte standpunt, dat het plandeel met de bestemming 'wonen' voor die gronden is vastgesteld, in strijd is met de provinciale verordening. Aldus is dat standpunt in het aanwijzingsbesluit volgens de Afdeling voldoende duidelijk te herleiden tot de zienswijze. Het inhoudelijke gemeentelijke verweer tegen het aanwijzingsbesluit treft op een belangrijk onderdeel wel doel. In het beroep tegen dat besluit komt naar voren dat de vernietiging van een voorgaand bestemmingsplan uit 2009 een ouder plan uit 1977 doet 'herleven'. Dat ouder plan uit 1977 maakte via een uitwerkingsregeling (o.g.v. thans art. 3.6 lid 1 onder b van de Wro; art. 11 lid 1 WRO oud) deze woningbouwontwikkeling op de locatie 12<sup>e</sup> Septemberlaan reeds mogelijk. Dan zou de verbodsbepaling in de verordening niet hebben gegolden, aangezien er dan geen sprake zou zijn van de daarin bedoelde 'toevoeging van woningen aan de woningvoorraad'. Zo is er m.i. sprake van een behoorlijke juridische misslag. GS zijn er ten onrechte aan voorbijgegaan dat de door hen gewraakte woningbouwontwikkeling ook al verwezenlijkt had kunnen worden d.m.v. een uitwerkingsplan. (Op p. 154 rept H.J. de Vries in diens noot onder de bovenstaande uitspraak in *TBR* 2017/28 in dit verband van een 'rechtsdwaling over het toepasselijk recht')

2.

Ik vraag mij af waarom de Afdeling GS nog een mogelijkheid heeft geboden om op de voet van de bestuurlijke lus ex art. 8:51d Awb het gebrekkige aanwijzingsbesluit te herstellen. Gelet op de ernst van deze inhoudelijke misslag lijkt mij een nieuw aanwijzingsbesluit op basis van een herstelde of andere rechtsgrondslag toch niet snel in de rede liggen. Dat er eigenlijk geen ruimte meer was om het aanwijzingsbesluit in positieve zin door GS te laten aanpassen, volgt m.i. dan ook terecht uit de hieronder opgenomen einduitspraak van de Afdeling. Er bleef voor GS geen andere weg over dan het overgaan tot intrekking van het door het gemeentebestuur bestreden aanwijzingsbesluit. N.m.m. had de Afdeling ook kunnen opteren voor een onmiddellijke einduitspraak en ingevolge het bepaalde in art. 8:72 lid 1 Awb het gemeentelijk beroep gegrond kunnen verklaren en daarbij het aanwijzingsbesluit meteen kunnen vernietigen. Dat ademt immers eveneens de gedachte van een finale en effectieve geschilbeslechting. Wellicht heeft de Afdeling de bestuurlijke lus hier ingezet om GS 'de bestuurlijke eer' aan henzelf te laten houden. Met het oog op de onderstaande einduitspraak merk ik nog op dat een intrekking van een reactieve aanwijzing slechts mogelijk is zolang zij nog niet onherroepelijk is geworden. In de

laatste volzin van art. 3.8 lid 6 van de Wro is namelijk bepaald dat het planvaststellingsbesluit voor het desbetreffende onderdeel vervalt, zodra het aanwijzingsbesluit onherroepelijk is geworden. (Zie: ABRvS 5 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6660, BR 2012/16, m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker)

### 3.

De bovenstaande Afdelingsuitspraak leidt mij tot nog een aantal opmerkingen.

- In r.o. 5.3 betreft de Afdeling in haar tussenuitspraak de provinciale beleidsregel 'Kwaliteitscriteria nieuwe woningen Zuid-Limburg' bij de grondslag van het aanwijzingsbesluit. In dit geval maakt die beleidsregel onderdeel uit van de provinciale verordening. Interessant is de vraag of een provinciale beleidsregel sec de grondslag voor een aanwijzing kan vormen. Bij het vaststellen van een bestemmingsplan dient de gemeenteraad wel rekening te houden met zo'n beleidsregel c.q. hij mag er mits draagkrachtig gemotiveerd van afwijken, maar hij hoeft zo'n regel niet in acht te nemen. (Vgl. A.A.J. de Gier in diens noot onder ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9597, AB 2012/287 en ABRvS 27 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1832, AB 2010/335, m.nt. A.A.J. de Gier en H.J. de Vries, 'Reactieve aanwijzing in de nieuwe Omgevingswet', in: 'Toonbeelden; Gedachten over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier', Deventer: Kluwer 2013, p. 65-76) Niettemin had de Afdeling al eens uitgemaakt dat het geven van een reactieve aanwijzing niet beperkt is tot de gevallen waarin provinciale algemene regels (avv's) zijn vastgesteld dan wel in ontwerp aanwezig zijn. De reactieve aanwijzing mocht ook op regulier of bestendig provinciaal beleid worden gegrond. (Zie: ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS: 2011:BQ9621, AB 2011/347, m.nt. A.A.J. de Gier (Rijwijk). Uit de parlementaire geschiedenis (o.a. [Kamerstukken I 2007/08, 30938 C](#) op p. 2) over de inzet van het interventie-instrumentarium volgt dat seriële aanwending van de reactieve aanwijzing voor de borging van bestuurlijke afspraken, beleid of beleidsregels vastgelegd in nota's of visies niet past in het stelsel van de Wro. De wetgever heeft bedoeld om zo te voorkomen dat de reactieve aanwijzing de functie zou gaan vervullen van een permanent inzetbaar toezichtscriterium vergelijkbaar met de goedkeuring onder de oude WRO. In de literatuur is wel betoogd dat dit serieel toepassen zou kunnen volgen in gevallen waarbij de aanwijzing zou zijn gebaseerd op beleidsregels sec, terwijl de gemeenteraad (mits goed gemotiveerd) mag afwijken van provinciale beleidsregels bij de vaststelling van zijn bestemmingsplan. (Vgl. A.A.J. de Gier, 'Een lang maar onzeker bestaan; De gedaantewisselingen over het provinciale toezicht in de ruimtelijke ordening', in: A.A.J. de Gier e.a. (red.): *Goed verdedigbaar. Vernieuwing van bestuursrecht en omgevingsrecht*, (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 301 e.v.: volgens hem gaat het erom dat de provincie erop kan toezien dat de verbindendheid van het gemeentelijke planologische besluit in relatie tot de inhoud van de (in voorbereiding zijnde) provinciale verordening o.g.v. art. 4.1 Wro niet in strijd komt met een hogere (provinciale) regeling. Zie voor kritiek op beleidsregels als grondslag van een aanwijzing tevens: C.P. Hageman, *Sturing in de ruimtelijke ordening door Rijk en provincies; Een juridisch onderzoek naar sturingsinstrumenten van Rijk en provincies en hun verenigbaarheid met de gedecentraliseerde bevoegdheidsverdeling* in het ruimtelijk bestuursrecht, (diss) Bouwrechtmonografie nr. 40, Den Haag: IBR 2016, p. 197-199 en R. Kegge, *Interbestuurlijk toezicht in de ruimtelijke ordening; Een juridisch onderzoek naar het nut en de noodzaak van de reactieve aanwijzing als toezichtsinstrument in de ruimtelijke ordening*, (diss) Bouwrechtmonografie nr. 38, Den Haag: IBR 2015, p. 108-109: beiden lijken – kort gesteld – alleen ruimte te zien bij een dergelijke beleidsgrondslag indien sprake is van een onvoorzien(baar) geval of een onvoorzien uitzonderingsgeval. Inmiddels heeft de Afdeling evenwel bevestigd dat een aanwijzingsbesluit ook zijn grondslag kan vinden in bestendig provinciaal beleid, zonder anticipatie op (aanstaande) algemene regels van de provincie in de vorm van een verordening. (Zie: ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1635 (*Flevoland*))
- R.o. 4.2. in bovenstaande tussenuitspraak, betreffende de vereiste duidelijkheid van de provinciale zienswijze, is in lijn met vaste Afdelingsjurisprudentie die erop neerkomt dat GS in hun zienswijze over het ontwerpplan duidelijk moeten aangeven op welke onderdelen de gemeenteraad het plan bij de vaststelling moet wijzigen t.o.v. het ontwerpplan om een reactieve aanwijzing te voorkomen. (Vgl. ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:502 (*Coevorden*), ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1268, *ABkort* 2015/199 en ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:913, *ABkort* 2015/173) Dat de zienswijze voldoende duidelijk moet zijn, doet ook denken aan art. 6:13 Awb en de daarop gebaseerde Afdelingsrechtspraak in verband met de bezwaar-, zienswijze-, en beroepsmogelijkheden van belanghebbenden bij het aanvechten van besluiten. Daarbij speelt de zogenoemde 'onderdelenfuik' een rol. Als gevolg van zo'n fuik wordt een belanghebbende in zoverre beperkt dat hij geen nieuwe gronden, argumenten, feiten en bewijzen in beroep mag aanvoeren voor zover die "niet zijn terug te voeren" op zijn bezwaar of zienswijze in de bestuurlijke voorfase. (zie voor de bestemmingsplanprocedure: ABRvS 27 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE9308, *AB* 2008/377, m.nt. A.A.J. de Gier)
- In r.o. 5.4 merkt de Afdeling op dat de provinciale verordening als algemeen verbindend voorschrift (avv's) is

uitgezonderd van een rechtstreeks beroep (zie: art. 8:3 lid 1 onder a van de Awb). In de literatuur gaan weer stemmen op om art. 8:3 lid 1 onder a van de Awb te schrappen, zodat er rechtstreeks beroep tegen avv's zal kunnen openstaan bij de bestuursrechter. (Zie: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meeuwese, 'Algemene regel in het bestuursrecht', VAR-reeks nr. 158, Den Haag: BJu 2017. Ook wordt er gepleit om de bestuursrechter de avv's indringender te laten toetsen. (Zie: J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, 'Rechterlijke toetsing van algemene verbindende voorschriften, Over de indringendheid van de rechterlijke toetsing in een toekomstig direct beroep tegen algemeen verbindende voorschriften', *NTB* 2017/10. De Afdeling verwijst vervolgens naar de mogelijkheid van exceptieve toetsing van de provinciale verordening aan een hogere regeling of algemene rechtsbeginselen. Indien de provinciale verordening daarmee in strijd is, zal het bewuste voorschrift buiten toepassing worden gelaten. Het gemeentebestuur voert nog aan dat de provinciale verordening vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel buiten toepassing dient te worden gelaten. De Afdeling pleegt met oog op de rechtszekerheid op dit punt tamelijk terughoudend te toetsen. Als het aankomt op een exceptieve toetsing van een bestemmingsplanregel, dan overweegt de Afdeling doorgaans dat die bestemmingsplanregel slechts onverbindend moet worden geacht of buiten toepassing moet worden gelaten als de bestemmingsplanregel 'evident' in strijd is met een hogere regeling. Voor die evidentie is dan vereist dat die hogere regeling zodanig concreet en voldoende geobjectiveerd is dat zij zich voor toetsing bij wijze van exceptie leent. In de bovenstaande tussenuitspraak komt de strenge eis van de evidentie niet terug. Misschien heeft dat te maken met het gegeven dat tegen een provinciale verordening (avv's) voor belanghebbenden geen rechtstreeks beroep of anderszins valide rechtsbescherming open heeft gestaan, terwijl dat bij een bestemmingsplanregel wel het geval is geweest. Zou de Afdeling dan het rechtszekerheidsbeginsel en de leer van de formele rechtskracht bij een bestemmingsplanregel daarom zwaarder laten wegen wanneer die algemene regel door een belanghebbende indirect (exceptief) over de band van een nader of concreet uitvoeringsbesluit (omgevingsvergunning voor bouwactiviteiten) wordt aanvochten? Zou het in dit verband nog van belang zijn dat een planregel in beginsel alleen maar exceptief wordt getoetst als de provinciale (hogere) regeling daadwerkelijk een implementatieverplichting voor de gemeenteraad in het leven roept? Waarom de Afdeling bij een exceptieve toets van een planregel 'strenger' lijkt te zijn dan in een geval als in de onderhavige casus over een provinciale verordening, is mij niet duidelijk. Evenmin is het voor mij duidelijk wanneer de Afdeling concreet toetst, wat leidt tot een buiten toepassing laten van een algemene regel die in strijd wordt bevonden met een hogere algemene regel. Soms lijkt de Afdeling abstract te toetsen, hetgeen leidt tot een onverbindendheid van een bepaalde 'lagere' regeling wegens strijd met een 'hogere' regeling. In de bovenstaande zaak gaat de voorkeur van de Afdeling uit naar een concrete toetsing. Wil de Afdeling daarmee een slag om de arm houden om zo via een eventueel buiten toepassing laten van een bepaalde regel niet op voorhand al toekomstige gevallen te raken? Zo'n oordeel leidt er immers toe dat de regeling meestal feitelijk ook in andere gevallen niet meer zal kunnen worden toegepast, omdat die rechter en 'lagere' rechters in latere geschillen zich zullen richten naar dat oordeel. Het is de vraag of het gevolg van een onverbindend verklaren van een algemene regel zoveel verschilt met het buiten toepassing laten ervan. Een rechterlijke onverbindendverklaring houdt rechtens niet meer in dan dat de desbetreffende regeling – voor zover onverbindend geacht – in het voorliggende geval niet kan worden toegepast/niet kan verbinden (ook al zal die regeling- zeker als de onverbindendverklaring geschiedt door een hoogste rechter (ABRvS) doorgaans feitelijk niet meer kunnen worden toegepast. Dat verschilt weer wel evident met een rechterlijke vernietiging. (Vgl. J.M.H.F. Teunissen, 'Instructieregels in de nieuwe Wet ruimtelijke ordening', *TBR* 2009/65, op p. 303-304 en de aldaar door hem besproken Afdelingsrechtspraak, waaruit hij terecht afleidt dat de mogelijkheid om de verbindendheid van de toepasselijke bestemmingsplanregeling exceptief aan de orde te stellen, bijv. in het kader van een bouwvergunning, ook weer niet zóver gaat dat de betrokken planregeling aldus opnieuw kan worden onderworpen aan dezelfde toetsingsmaatstaven die in de bestemmingsplanprocedure konden of moesten worden gehanteerd. Het is geen mogelijkheid tot 'herkansing'; zie verder ook: ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2842, *AB* 2015/439, m.nt. D. Korsse, *BR* 2016/29, m.nt. W.J. Bosma en ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS: 2016:2235, *TBR* 2017/12, m.nt. H.J. de Vries. Waarschijnlijk komt er nu spoedig meer duidelijkheid, want inmiddels is door de Vz. ABRvS aan staatsraad advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven verzocht om een conclusie uit te brengen over exceptieve toetsing van regelgeving zie het persbericht van de RvS van 14 juli 2017).

#### 4.

Tot slot nog een korte doorkijk naar de Omgevingswet. Die wet zal als fenomeen van generiek interbestuurlijk toezicht de zogeheten 'reactieve instructie' kennen als vervanger van de reactieve aanwijzing.

Om provincies voldoende "doorzettingsmacht en slagkracht" te bieden, is voor provincies in een specifieke reactieve interventiemogelijkheid voorzien ([Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3](#), p. 212). Die interventiemogelijkheid toont een vrij sterke gelijkenis met de huidige reactieve aanwijzing. GS kunnen o.g.v. art. 16.21 lid 1 Omgevingswet bepalen dat een onderdeel van een omgevingsplan daarvan geen onderdeel uitmaakt. Bij een reactieve instructie gelden dezelfde



formele eisen als bij de reactieve aanwijzing. Zo moeten GS tijdig een zienswijze naar voren hebben gebracht die in het omgevingsplan niet volledig is overgenomen. De reikwijdte van het instrument blijft onveranderd. Wel is van belang dat het strijdige provinciaal belang in een door een provinciaal bestuursorgaan openbaar gemaakt document moet zijn vastgelegd. Wat provinciaal van belang is zal voortaan primair worden bepaald door PS. GS kunnen het provinciaal belang ook bepalen voor zover het hun bevoegdheid betreft. (Zie: *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3, p. 553) Een dergelijk openbaar document kan derhalve ook een van GS afkomstige beleidsbrief of beleidsnota zijn. De wetgever heeft hierbij wellicht art. 4:83 Awb voor ogen gehad dat ziet op de bekendmakingseis voor beleidsregels. Een bestendig provinciaal beleid als grondslag voor een reactieve instructie lijkt daarmee niet meer voldoende.

Overigens lijkt mij de Afdelingsrechtspraak die op de reactieve aanwijzing betrekking heeft, grotendeels van betekenis te blijven voor de reactieve instructie.

Voetnoten

[1]

Mr. P.C.M. Heinen is werkzaam bij De Kempnaer Advocaten N.V. te Arnhem.