

Wot-paper 12, December 2011

Achtergronden van deze paper zijn te vinden in Wot-werkdocument 280: Kistenkas, F.H. & W. Nieuwenhuizen (2011). *Rechtsontwikkelingen landschapsbeleid: landschapsrecht in wording. Bijlage bij Wot-paper 12 - Recht versus beleid.*

© 2011

Alterra Wageningen UR
Postbus 47, 6700 AA Wageningen
Tel: (0317) 48 07 00
E-mail: info.alterra@wur.nl

ISSN 1879-4688

Project WOT-04-010-012

Recht versus beleid

Rechtsontwikkelingen landschapsbeleid

Fred H. Kistenkas en Wim Nieuwenhuizen (beiden Alterra, onderdeel van Wageningen UR)

Met de ontwerp-Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte (SVIR) laat het Kabinet het landschapsbeleid aan de provincie. Het landschapsbeleid van het Rijk komt daarmee te vervallen. De ervaring die het Rijk tot dusverre heeft opgedaan met de juridische kanten van zijn landschapsbeleid kan zeer wel bruikbaar zijn voor de provincies. Alterra heeft deze juridische kanten samen met provinciale ervaringen voor het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) op een rij gezet. In deze paper gaan we in op de rechtsontwikkelingen van de afgelopen twee jaar in het landschapsbeleid.

Tussen 1 januari 2010 en 1 november 2011 hebben we de rechtsontwikkelingen gevolgd van (1) de landschapsjurisprudentie, (2) nieuwe wetgeving, (3) het interbestuurlijk toezicht van rijks- en/of provinciale overheid op gemeentelijke overheid zoals die blijkt uit de landschapsjurisprudentie. Ten slotte geven we (4) aanbevelingen voor nader juridisch onderzoek.

Landschapsjurisprudentie

Volledige rechterlijke toetsing aan landschapswaarden vindt in de jurisprudentie over de verslagperiode van 2010-2011 vooralsnog niet of nauwelijks plaats. Enkel beleidsnota's volstaan juridisch gezien niet. Centrale (Algemene Maatregel van Bestuur; AMvB) en/of provinciale wetgeving (Provinciale Ruimtelijke Verordening) is voor rechterlijke toetsbaarheid nodig. Zolang dat niet in voldoende mate het geval is, is doorwerking van het landschapsbeleid naar de gemeenten niet verzekerd.

Zonder juridische sturing door afdwingbare wetgeving zoals een AMvB (bijvoorbeeld het Besluit algemene regels ruimtelijke ordening, hierna: Barro) blijkt het landschapsbeleid bij de rechter vooralsnog krachteloos. Burgers kunnen zich nergens op beroepen; zij hebben rechtsregels nodig om ruimtelijke kwaliteit af te dwingen. Dit klemmt te meer daar vanouds in de ruimtelijke ordening het piepsysteem een belangrijke rol in de handhaving van landschapskwaliteit speelt: burgers kunnen via de rechter gemeentelijke bouwplannen blokkeren die in strijd zijn met het recht. Naast het provinciale ingrijpen door de reactieve aanwijzing (RA) is het van belang voor de handhaving van het landschapsrecht dat ook burgers naar de bestuursrechter kunnen stappen. Er is dan behoefte aan dwingende wettelijke regels. Een beroep op die regels door burgers of groepen van burgers zoals milieufederaties zal dan echter vervolgens weer niet moeten afketsen op de nieuw ingevoerde relativiteitseis.

De Crisis- en Herstelwet (Chw) introduceerde in 2010 het *relativiteitsvereiste* als extra eis voor de bestuursrechter om overheidsbesluiten te kunnen vernietigen. In het privaatrecht bestond deze eis al langer (onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW e.v.), maar art. 1.9 Chw stelt nu ook in het publiekrecht deze relativiteitseis. Ingevolge art. 1.9 Chw dient de bestuursrechter een overheidsbesluit niet te vernietigen op de grond dat het in strijd is met het recht, indien deze rechtsnorm kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept.



In toekomstige jurisprudentie kan het gaan voorkomen dat een beroep van een burger op een rechtsnorm (bijvoorbeeld een in een provinciale ruimtelijke verordening inmiddels vastgelegde kernkwaliteit voor het landschap) door de rechter toch wordt gepasseerd omdat die norm niet zijn of haar belang beschermt. De rechter zou dan bijvoorbeeld kunnen opmerken dat de desbetreffende burger (of de desbetreffende groep burgers zoals bij een milieuorganisatie) niet in het gebied woonachtig is of dat de kernkwaliteit een bepaalde soort of habitatype beschermt en niet die burger. Het is echter nog onduidelijk hoe de rechter uiteindelijk met deze nieuwe eis zal omgaan.

In de rechtsliteratuur is er op gewezen dat het Duitse relativiteitsvereiste inmiddels al tot beperkingen voor milieuorganisaties heeft geleid. Mogelijk is dat in strijd met Europees (Richtlijn 2003/35) en internationaal recht (Verdrag van Aarhus). Desalniettemin beoogt men in Nederland deze nieuwe extra eis permanent te maken door de Awb aan te passen. Een nieuw in te voeren art. 8:69a Awb maakt als het ware art. 1.9 van de aanvankelijk als tijdelijk bedoelde Chw permanent.

De rechter kan dus niet zonder meer vernietigen indien een overheidsbesluit strijdig is met een rechtsnorm en dus onrechtmatig is; het moet ook nog eens onrechtmatig zijn vanwege schending van een rechtsnorm die ook moet zijn geschreven ter bescherming van degene die zich in de procedure op die norm heeft beroepen. De relativiteitseis vormt dus een extra drempel voor het zogenaamde piepsysteem in de ruimtelijke ordening.

Volgens ons zou in het publiekrecht de rechtsvinding aan de hand van publiekrechtelijke normen centraal moeten staan en niet de vraag wie zich op een publiekrechtelijke norm beroept. Anders dan in het privaatrecht gaat het in het publiekrecht niet om particuliere belangen maar om het algemeen belang en rechtmatige uitoefening van het overheidsgezag is in het belang van iedereen. Ook in de rechtsliteratuur is deze 'experimentele' introductie van het relativiteitsvereiste omstreven. Het tast de publiekrechtelijke rechtsbescherming aan.

Nieuwe wetgeving

Landschapsrecht is juridisch gesproken een onderdeel van het ruimtelijke ordeningsrecht (RO-recht). De nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening (Wro) biedt alle overheidslagen in principe dezelfde instrumenten. Daarmee hebben Rijk en provincie de mogelijkheid gekregen om hun belangen indien gewenst zelf met Wro-instrumenten te borgen (met reactieve aanwijzing, inpassingsplannen en provinciale ruimtelijke verordeningen). Dit is inmiddels in de jurisprudentie bevestigd (terughoudende, zeer marginale

rechterlijke natoetsing van inzet van nieuwe - met name provinciale - instrumenten om gemeenten te overrulen). Voor verklaarde rijksbelangen of provinciale belangen is daarmee een tendens zichtbaar in de richting van voortgaande centralisatie en regulering, mogelijk gemaakt door de nieuwe wetgeving. Waar het Rijk (bijvoorbeeld landschap) en provincies geen belangen zien, is juist sprake van een verdere decentralisatie en deregulering van beleid. Ook is in sommige provincies een ontwikkeling zichtbaar van het borgen van landschapswaarden naar het bieden van ontwikkelingsruimte binnen de randvoorwaarde van een kwaliteits-toename. Deze nieuwe ontwikkelingsgerichte kwaliteitsaanpak laat tot dusverre een wisselend beeld zien.

Het Barro van juni 2011 introduceert voor 'zorgvuldige benutting van ruimte' een drietredige ladder voor alle ruimtelijke besluiten: een generieke ladder dus (in te voegen in het Besluit ruimtelijke ordening (Bro), in nieuw art. 3.1.6 Bro). De *ontwerp-Nota van toelichting* geeft daarbij aan dat het dan gaat om slechts een motiveringsvereiste (onderbouwing van nut en noodzaak middels processtappen). De SVIR spreekt van 'een procesvereiste' (SVIR, 2011: p. 49).

Wellicht gaat het slechts om een formele zorgvuldigheid (zorgvuldige voorbereiding van bestemmingsplannen) die toch al gold ex art. 3:2 Awb: dit is geen inhoudelijk (materieel) beginsel van behoorlijk bestuur doch slechts een formele vereiste. Genoeg lijkt het enkel motiveren in de toelichting van het ruimtelijk plan hoe rekening is gehouden met de drie stappen: (a) het voorzien in regionale of intergemeentelijke vraag, (b) mogelijkheden binnen bestaand bebouwd gebied en (c) passende ontsluiting. Volgens het recht (iure geheten) is dit dus slechts een inspanningseis en niet een inhoudelijke resultaatsverplichting.

Interbestuurlijk toezicht

Het nieuwe provinciale Wro-instrument van de *reactieve aanwijzing* (RA) ex art. 3.8 lid 6 Wro blijkt de rol van provinciale goedkeuring van concrete gemeentelijke bestemmingsplannen (afgeschaft met de nieuwe Wro) inmiddels probleemloos over te kunnen nemen. De reactieve aanwijzing zetten provincies in voor zeer concrete casusposities zoals uitbreiding van een illegaal gebouwde veldschuur of de bouwhoogte van reclamemasten. De provincie kan de RA blijkens de huidige landschaps-jurisprudentie succesvol inzetten om onwelgevallige ontwerpbestemmingsplannen tegen te houden.

Er is thans een duidelijke jurisprudentiële ontwikkeling te zien waarbij de bestuursrechter provinciaal of centraal ingrijpen in

de lokale ruimtelijke ordening zeer terughoudend en welwillend toetst (zgn. marginale toetsing) en dus gemakkelijk toelaat: het instrument van de RA kan telkens zonder problemen door de provincie worden ingezet en de eis van aanwezigheid van bovengemeentelijke belangen en consistentie van beleid wordt in rechte snel aangenomen. Nog geen enkele RA werd door de rechter vernietigd.

Het voorgaande spoort ook met de centraliserende tendens in de RO-wetgeving: gemeenten zijn met de nieuwe Wro hun *monopoliepositie* kwijt (onder de oude WRO konden alleen gemeenten bestemmingsplannen maken). Ook provincies en het Rijk kunnen immers inpassingsplannen maken en bovendien ook algemene regels opstellen. En de zogeheten *ontvoogding* (vervallen van provinciale goedkeuring van bestemmingsplannen) lijkt thans gemakkelijk gecompenseerd te worden door de nieuwe reactieve aanwijzing (RA-bevoegdheid) van de provincies. Overigens zij vermeld dat de provincies onderling zeer uiteenlopend van hun bevoegdheden gebruik maken (IPO, 2011).

De reactieve aanwijzing staat inmiddels ter discussie. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft de minister van Infrastructuur & Milieu (I&M) verzocht om de reactieve aanwijzing overeenkomstig de aanbevelingen van de commissie Oosting uit de Wro te halen, zodra de Wet Revitalisering Generiek Toezicht van kracht is. Dit wetsvoorstel is ingediend om het toezicht op provincies en gemeenten uit specifieke wetgeving zoals de Wro te verminderen. Daartoe worden de *algemene* regels in Provinciewet en Gemeentewet inzake vernietiging (algemeen repressief toezicht) beter toepasbaar gemaakt, zodat *bijzondere* vormen van toezicht op provincies en gemeenten in andere wetten zouden kunnen vervallen.

Aanbevelingen voor nader juridisch onderzoek

De nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening (Wro) biedt alle overheidslagen in principe dezelfde instrumenten. Daarmee hebben Rijk en provincie de mogelijkheid gekregen om hun belangen indien gewenst zelf met Wro-instrumenten te borgen. Voor sommige beleidsterreinen, waar Rijk en provincies hun belangen zien, biedt de Wro daarmee gelegenheid voor juist verdere centralisatie en regulering in plaats van decentralisatie en deregulering en er zou in die gevallen dus een contrapunt van recht versus beleid kunnen gaan ontstaan.

Ook is in sommige provincies een ontwikkeling zichtbaar van borging van landschapswaarden naar het bieden van ontwikkelingsruimte binnen de randvoorwaarde van een toename van kwaliteit. Deze nieuwe ontwikkelingsgerichte kwaliteitsaanpak laat tot dusverre een wisselend beeld zien. Of deze rechtsontwikkeling

zich ook in de toekomst doorzet en wat de consequenties hiervan kunnen zijn, zou onderwerp kunnen zijn voor longitudinaal rechtswetenschappelijk onderzoek.

Zonder juridische sturing door afdwingbare wetgeving zoals een algemene maatregel van bestuur (Barro) en/of een provinciale ruimtelijke verordening (PRV) blijkt het landschapsbeleid bij de rechter vooralsnog krachteloos. Toekomstig rechtswetenschappelijk onderzoek zou kunnen vaststellen of met de inwerking-treding van de Barro en daarop gebaseerde provinciale ruimtelijke verordeningen het groenblauwe omgevingsrecht beter geborgd en afdwingbaar is geworden.

Niet alleen het interbestuurlijk toezicht (van bijvoorbeeld de provincie) op gemeentelijke bouwplannen maar ook burgers en groepen van burgers (milieugroepen bijvoorbeeld) zijn van belang voor de rechtshandhaving van het landschaps- en omgevingsbeleid. Zij kunnen via een rechtsgang landschapswaarden doen naleven. Dwingende rechtsregels zijn dan van belang (nota's zijn in rechte niet afdwingbaar), maar zelfs als er dan rechtsregels zijn, dan nog kan er weer een tweede drempel zijn. De nieuwe *relativiteitseis* uit de Crisis- en Herstelwet zou zo'n tweede drempel voor de burger kunnen zijn; niet iedere burger kan zich beroepen op een door de (lagere) overheid geschonden rechtsnorm. Deze rechtsontwikkeling zet het piepsysteem bij de rechtshandhaving van het omgevingsbeleid op losse schroeven en zou aldus kritisch gevolgd moeten worden.



Recht versus beleid: De vijver op een landschappelijk mooie plek is een oude bomkrater uit de Eerste Wereldoorlog nabij Ieper (B). De overheid heeft dit gebied *beleidsmatig* onbeschermd gelaten, maar omdat de Britse overheid het gebied heeft aangekocht is het gelukkig wel door het *recht* beschermd.

Geraadpleegde literatuur

- AMvB Ruimte (2011). *Ontwerp-Besluit algemene regels ruimtelijke ordening*, incl. ontwerp-Nota van Toelichting, Den Haag juni 2011.
- Berg, M.A.M.C. van den, A.G. Bregman, M.A.B. Chao-Duivis (red) (2010). *Bouwrecht in kort bestek*. Stichting Instituut voor Bouwrecht, Den Haag (Uitgave 2010, 7e druk).
- Boeve, M.N. & V.M.Y. van 't Lam (2009). *Omgevingsrecht*. Groningen (Uitgave 2009, 2e druk).
- Gier, A.A.J. de (2011). *Kan het tij worden gekeerd? In hoeverre is de weg terug naar een gedecentraliseerde ruimtelijke ordening begaanbaar?* in: Essaybundel over decentralisatie ruimtelijk beleid. Raad voor het Landelijk Gebied, Den Haag.
- Grijzen, J. (2010). *Outsourcing planning. What do consultants do in regional spatial planning in the Netherlands*, Amsterdam University Press.
- IPO (2011). *Provincies gaan door*. IPO, Den Haag.
- Jans, J.H. (2009). *Vloerbare rechtsbescherming*. In: *Kansen in het omgevingsrecht*. Groningen ELP 2009, p. 327-342.
- Jonkhout, J. (2010). *Art. 4.1 en 4.3 Wro in strijd met art. 124 Gw?!*, Bouwrecht 2010, p. 561-571
- Kistenkas, F.H. (1994). *Problemen van regelgeving*, Vermande Lelystad 1994.
- Kistenkas, F.H. (2008). *Recht voor de groene ruimte*. Wageningen 2008, p. 52/3.
- Kistenkas, F.H. (2009a). *Naar een juridische erfgoedtoets*. Openbaar Bestuur 2009-6/7, p. 19-21.
- Kistenkas, F.H. (2009b). *Landschapstoets*. Vakblad Natuur Bos Landschap 2009-9, p. 28.
- Kistenkas, F.H. (2011). *Ruimtelijke ordening uitbesteden?* Openbaar Bestuur 2011-6/7, p. 29-30.
- Kuiper, R. & D. Evers (2011). *Ex-ante evaluatie Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte*, Planbureau voor de Leefomgeving, Den Haag.
- PBL (2008). *Landschap beschermen en ontwikkelen. Evaluaties en beleidsopties*. Planbureau voor de Leefomgeving, Bilthoven.
- SVIR (2011). *Ontwerp-Structuurvisie Infrastructuur en Ruimte*. Den Haag, juni 2011
- Teunissen, J. (2009). *Instructieregels in de nieuwe Wro*. TBR 2009/4, p. 296-297.
- Tolsma, H., K. de Graaf & J. Jans (2009). *The rise and fall of access to justice in the Netherlands*, Journal of Environmental Law 2009-21, p. 309-321.
- Wulp, N.Y. van der, F. Veeneklaas & J.M.J. Farjon (2009). *Krassen op het landschap; over de beleving van storende elementen*. WOT-paper 1. WOT Natuur & Milieu, Wageningen UR, Wageningen.

Colofon

De reeks 'WOT-papers' is een uitgave van de Wettelijke Onderzoekstaken (WOT) Natuur & Milieu, onderdeel van Wageningen UR. Een WOT-paper bevat resultaten van afgerond onderzoek op een voor de doelgroep zo toegankelijk mogelijke wijze. De maatschappelijke discussie waarbinnen en waarom het onderzoek is uitgevoerd, komt daarbij nadrukkelijk aan de orde, evenals de beleidsrelevantie en mogelijk de wetenschappelijke relevantie van de resultaten.

Onderzoeksopdrachten van de WOT Natuur & Milieu worden gefinancierd door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie (EL&I).

Deze paper is gemaakt conform het Kwaliteitshandboek van de unit WOT Natuur & Milieu.

Project WOT-04-010-012

Wettelijke Onderzoekstaken Natuur & Milieu

Postbus 47
6700 AA Wageningen
t (0317) 48 54 71
f (0317) 41 90 00
info.wnm@wur.nl
www.wotnatuurenmilieu.wur.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.