

Zelfstandigheid in gebondenheid

*Een onderzoek naar de vraag hoe de interbestuurlijke verhoudingen
en het gerevitaliseerde interbestuurlijk toezicht zich verhouden tot
de constitutionele positie van decentrale overheden*



Ine van Haaren-Dresens



Zelfstandigheid in gebondenheid

*Een onderzoek naar de vraag hoe de interbestuurlijke
verhoudingen en het gerevitaliseerde interbestuurlijk
toezicht zich verhouden tot de constitutionele positie
van decentrale overheden*

Ine van Haaren-Dresens



Zelfstandigheid in gebondenheid

Een onderzoek naar de vraag hoe de interbestuurlijke verhoudingen en het gerevitaliseerde interbestuurlijk toezicht zich verhouden tot de constitutionele positie van decentrale overheden

Ine van Haaren-Dresens

ISBN: 978-94-6240-470-0

Bureauredactie en opmaak: John Dohmen

Uitgever:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Talent Square 13

5038 LX Tilburg

E-mail: info@wolfpublishers.nl

Tel.: 013-5821366

www.wolfpublishers.com

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur(s) en de uitgever. Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© De auteur/WLP 2019

Inhoudsopgave

| | |
|---|----|
| Toelichting gehanteerde terminologie en noten | ix |
| Lijst van afkortingen | x |

Hoofdstuk I Inleiding, onderzoeksopzet en probleemstelling

| | |
|---|----|
| I.1 Ten geleide | 1 |
| I.2 Onderzoeksopzet | 5 |
| I.2.1 Probleemstelling en onderzoeksvragen | 5 |
| I.2.2 Maatschappelijke relevantie | 6 |
| I.2.3 Onderzoeksmethoden en indeling onderzoek..... | 11 |

Hoofdstuk II Plaatsbepaling van decentrale overheden in het constitutionele recht

| | |
|--|----|
| II.1 Inleiding | 13 |
| II.2 Historische schets van de grondwettelijke positie van decentrale overheden..... | 14 |
| II.3 Eenheidsstaat | 19 |
| II.4 Spreiding van bevoegdheden | 22 |
| II.4.1 Inleiding | 22 |
| II.4.2 Tocqueville over verticale spreiding van bevoegdheden | 24 |
| II.4.3 Het subsidiariteitsbeginsel en het soevereiniteitsbeginsel..... | 27 |
| II.4.3.1 Het subsidiariteitsbeginsel in de katholieke sociale leer..... | 27 |
| II.4.3.2 Het soevereiniteitsbeginsel in de protestantse staatsleer | 31 |
| II.4.4 Torbecke..... | 34 |
| II.4.5 Het subsidiariteitsbeginsel in het Europese recht | 39 |
| II.4.5.1 Europese Unie..... | 39 |
| II.4.5.2 Raad van Europa | 44 |
| II.4.6 Korte schets van de verticale bevoegdheidsspreiding en de subsidiariteit in de Nederlandse eenheidsstaat..... | 47 |
| II.5 Interbestuurlijk toezicht | 51 |
| II.6 Decentralisatiebeleid sedert 1980..... | 54 |

Hoofdstuk III Positie en bevoegdheden van decentrale overheden in het constitutionele recht

| | |
|---|----|
| III.1 Inleiding | 69 |
| III.2 Het Europees Handvest inzake lokale autonomie | 70 |
| III.2.1 Ten geleide | 70 |

| | | |
|-------------|---|-----|
| III.2.2 | Totstandkoming..... | 73 |
| III.2.2.1 | Handvest | 73 |
| III.2.2.2 | Aanvullend Protocol | 75 |
| III.2.3 | Beginselen van het Handvest en het Protocol | 76 |
| III.2.4 | Inhoud van het Handvest en het Aanvullend Protocol | 77 |
| III.2.4.1 | Inhoud Handvest | 77 |
| III.2.4.2 | Inhoud Protocol..... | 84 |
| III.2.5 | Monitoring door de Raad van Europa | 85 |
| III.2.6 | Het Handvest in Nederland..... | 88 |
| III.2.6.1 | Toetreding tot het Handvest | 88 |
| III.2.6.2 | Verklaringen en voorbehouden..... | 93 |
| III.2.6.3 | Toetreding tot het Aanvullend Protocol..... | 98 |
| III.2.6.4 | Monitoring inzake Nederland..... | 100 |
| III.2.7 | Rechterlijke toetsing | 104 |
| III.3 | Grondwet en organieke wetgeving..... | 128 |
| III.3.1 | Ten geleide | 128 |
| III.3.2 | Grondwet..... | 132 |
| III.3.2.1 | Totstandkoming hoofdstuk 7 | 142 |
| III.3.2.2 | Voorlopers van artikel 124..... | 147 |
| III.3.2.3 | Autonomie en medebewind in de Grondwet | 152 |
| III.3.3 | Gemeenten en provincies en hun organieke wetten | 162 |
| III.3.3.1 | Totstandkoming Gemeente- en Provinciewet..... | 164 |
| III.3.3.2 | Vertegenwoordigend orgaan | 167 |
| III.3.3.3 | Autonomie en medebewind in de organieke wetten .. | 169 |
| III.3.3.4 | Interbestuurlijke verhoudingen in de organieke wetten | 179 |
| III.3.3.5 | Casus | 184 |
| III.3.3.5.1 | Binnengemeentelijke decentralisatie, opheffing deelgemeenten | 184 |
| III.3.3.5.2 | Regulering van prostitutie | 196 |
| III.3.4 | Algemene wet bestuursrecht..... | 205 |
| III.3.5 | Regelgevingshiërarchie | 208 |

Hoofdstuk IV Interbestuurlijk toezicht

| | | |
|--------|--|-----|
| IV.1 | Inleiding | 215 |
| IV.2 | Functie en modaliteiten van toezicht | 216 |
| IV.3 | Interbestuurlijk toezicht in het Europees Handvest inzake lokale autonomie..... | 222 |
| IV.3.1 | Artikel 8 | 222 |
| IV.3.2 | Voorbehouden met betrekking tot toezicht..... | 226 |
| IV.3.3 | Illustratie..... | 228 |
| IV.4 | Interbestuurlijk toezicht in het nationale recht | 230 |
| IV.4.1 | Grondwet..... | 230 |
| IV.4.2 | Gemeentewet, Provinciewet en Algemene wet bestuursrecht..... | 236 |

| | | |
|------------|---|-----|
| IV.4.3 | De Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten..... | 246 |
| IV.4.4 | Revitalisering generiek toezicht | 248 |
| IV.4.4.1 | De Code Interbestuurlijke Verhoudingen..... | 248 |
| IV.4.4.2 | De Bestuurlijke Werkgroep Alders | 252 |
| IV.4.4.3 | Kaderstellende visie op toezicht ‘Minder last, meer effect!’ en Kabinetsstandpunt Interbestuurlijk Toezicht..... | 257 |
| IV.4.4.4 | De commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrangementen (commissie-Oosting)..... | 259 |
| IV.4.4.5 | Kabinetsreactie op het rapport van de commissie Doorlichting Interbestuurlijke Toezichtarrange- menten en Wet revitalisering generiek toezicht..... | 263 |
| IV.4.4.6 | Beoordeling revitalisering generiek toezicht..... | 265 |
| IV.4.4.6.1 | Schorsing en vernietiging | 265 |
| IV.4.4.6.2 | De taakverwaarlozingsregeling | 268 |
| IV.4.4.6.3 | Horizontaal toezicht en democratische legitimatie | 270 |
| IV.4.4.6.4 | Handhavingsverzoeken en rechts- bescherming | 273 |
| IV.4.4.6.5 | Administratief beroep | 277 |
| IV.4.4.6.6 | Artikel 136 Grondwet | 279 |
| IV.4.5 | Ontwikkelingen en jurisprudentie inzake spontane vernietiging wegens strijd met het algemeen belang..... | 286 |
| IV.4.5.1 | Strijd met het algemeen belang: een beknopte historische schets..... | 287 |
| IV.4.5.1.1 | Strijd met het algemeen belang tot 1983..... | 287 |
| IV.4.5.1.2 | Vernietiging wegens strijd met het algemeen belang in de praktijk tot 1983..... | 289 |
| IV.4.5.1.3 | Grondwet 1983..... | 290 |
| IV.4.5.1.4 | Strijd met het recht en strijd met het algemeen belang..... | 291 |
| IV.4.5.2 | Beleidskader spontane vernietiging | 292 |
| IV.4.5.3 | Rechterlijke toetsing | 293 |
| IV.4.5.4 | Beleidskader Schorsing en vernietiging | 297 |

Hoofdstuk V De slotbeschouwing met conclusies

| | | |
|-----|--|-----|
| V.1 | Subsidiariteit en autonomie in Handvest en nationale wetgeving..... | 303 |
| V.2 | Gedecentraliseerde eenheidsstaat en interbestuurlijke verhoudingen..... | 307 |
| V.3 | ‘Proeve’ voor gewijzigde artikelen 124 en 132 van de Grondwet | 325 |

| | |
|--|-----|
| Bibliografie | 329 |
| Belangrijkste geraadpleegde adviezen en rapporten | 365 |
| Belangrijkste geraadpleegde Kamerstukken, verdrags- en wetteksten..... | 370 |

| | |
|--|-----|
| Behandelde jurisprudentie..... | 372 |
| Belangrijkste geraadpleegde internetbronnen..... | 373 |

Toelichting gehanteerde terminologie en noten

Met de termen decentrale overheden, decentrale (overheids)organen en decentrale (overheids)ambten worden in dit boek de (organen of ambten) van de territoriaal gedecentraliseerde overheidslichamen gemeenten en provincies bedoeld, tenzij uitdrukkelijk anders wordt aangegeven. De termen organen en ambten worden beide gebruikt en duiden in dit boek hetzelfde aan.

In de in Nederland gebruikelijke publiekrechtelijke terminologie komt tot uitdrukking dat bevoegdheden van een overheidslichaam – de publiekrechtelijke rechtspersoon – worden uitgeoefend door hun ambten of organen. In internationaal verband is dat anders. Daarin is vaak sprake van public authorities; waarmee zowel het lichaam als de organen of ambten binnen dat lichaam worden aangeduid. Met name waar het over het Handvest gaat, wordt in dit boek daarom soms gesproken van decentrale overheden als het vanuit de Nederlands staatsrechtelijke terminologie om bevoegdheden van organen van die overheden gaat.

In zijn arrest van 19 april 1865, W. 2706, stelt de Hoge Raad voor het eerst duidelijk vast dat het rechterlijke toetsingsrecht ten aanzien van gemeentelijke verordeningen alleszins kan bestaan naast het vernietigingsrecht dat de Kroon heeft ingeval van strijd van die verordeningen met de wet of het algemeen belang. Sindsdien is het naast elkaar bestaan van het rechterlijk toetsingsrecht en het vernietigingsrecht van het bestuur als vanzelfsprekend dan wel als regel van ongeschreven recht beschouwd. Als een rechter besluiten aan regelgeving toetst, kan hij een regeling onverbindend verklaren of in het hem voorgelegd geval buiten toepassing laten. Maar in die gevallen is geen vernietiging aan de orde. Alleen bij een besluit van een bestuursorgaan dat interbestuurlijk toezicht als bedoeld in artikel 132, vierde lid, van de Grondwet uitoefent, kan een gemeentelijke of een provinciale verordening worden vernietigd. Uiteraard laat dit onverlet dat de rechter op grond van artikel 8:72 van de Algemene wet bestuursrecht andere besluiten dan algemeen verbindende voorschriften (zie artikel 8.3 van die wet) vernietigt als hij een daartegen ingesteld beroep gegrond acht.

Waar in dit boek in relatie tot regelgeving de begrippen vernietiging(en) en vernietigingsbesluit(en) worden gehanteerd, gaat het om vernietiging in het kader van bestuurlijk optreden. Als in het kader van het interbestuurlijk toezicht een hoger bestuursorgaan besluiten van een lager bestuursorgaan vernietigt, spreekt men van spontane vernietiging. Rechterlijke tussenkomst is bij die vernietiging niet aan de orde. In het kader van de rechtsbescherming kan ingevolge artikel 281a van de Gemeentewet respectievelijk 2.74a van de Provinciewet tegen vernietigingsbesluiten wel beroep worden ingesteld bij de rechter.

Om de noodzaak van terugzoeken te beperken zijn in noten, ook als wordt verwezen naar reeds eerder aangehaalde bronnen, steeds de volledige gegevens opgenomen.

Dit boek is de handelseditie van het proefschrift waarop de auteur op 8 november 2018 is gepromoveerd aan de Vrije Universiteit te Amsterdam; de tekst is eerder afgesloten.

Lijst van afkortingen

Omwille van de toegankelijkheid van de tekst is getracht afkortingen daarin zoveel mogelijk te vermijden. Toch maakt de leesbaarheid het soms noodzakelijk om, met name in de noten, gebruik te maken van afkortingen. Die worden hieronder verklaard.

| | |
|-----------|--|
| AA | Ars Aequi |
| AB | Administratiefrechtelijke Beslissingen |
| AARvS | Afdeling advisering Raad van State |
| ABRvS | Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| bijv. | bijvoorbeeld |
| BZK | binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties |
| c.a. | cum annexis |
| CLRAE | Congress of Local and Regional Authorities in Europe |
| CRvB | Centrale Raad van Beroep |
| c.s. | cum sociis |
| e.a. | en anderen |
| ECLI | European Case Law Identifier |
| EHLA | Europees Handvest inzake Lokale Autonomie |
| etc. | etcetera |
| EK | Eerste Kamer |
| Gemwet | Gemeentewet |
| G(r)w | Grondwet |
| Gst. | de Gemeentestem |
| i.e. | id est |
| e.v. | en volgenden |
| IPO | Interprovinciaal Overleg |
| m.i. | mijns inziens |
| m.nt. | met noot |
| Nimby | not in my backyard |
| no. | nummer |
| nr. | nummer |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NJB | Nederlands Juristenblad |
| NTB | Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht |
| PbEG | Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen |
| p(p). | pagina('s) |
| Pwet | Participatiewet |
| Prw | Provinciewet |
| red. | redactie |
| RM Themis | Rechtsgeleerd Magazijn Themis |
| RSV | Rechtspraak sociale verzekeringen |
| Stb. | Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden |
| TvCR | Tijdschrift voor constitutioneel recht |

| | |
|----------|--|
| TK | Tweede Kamer |
| Trb. | Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden |
| TvO | Tijdschrift voor Openbaar bestuur |
| VAR | Vereniging voor bestuursrecht |
| VMR | Vereniging voor milieurecht |
| VNG | Vereniging van Nederlandse Gemeenten |
| Wet arhi | Wet algemene regels herindeling |

Inleiding, onderzoeksofzet en probleemstelling

I.1 Ten geleide

Evenals in de verhoudingen tussen overheid en private (rechts)personen wordt ook binnen het publiekrecht, en dan met name in het constitutionele recht, in de relatie tussen de verschillende lagen van het openbaar bestuur steeds meer gerefereerd aan de eigen verantwoordelijkheid van de te onderscheiden bestuursniveaus. In het openbaar bestuur ligt op verschillende beleidsterreinen de primaire verantwoordelijkheid bij gemeenten en/of provincies, waar de kennis van het te besturen maatschappelijk veld het grootste is. Kijkend naar de afgelopen decennia, kan een ontwikkeling worden ontwaard die – onder het motto ‘lokaal (of regionaal) wat kan, centraal wat moet’ – erop gericht is om méér dan voorheen de eigen verantwoordelijkheid van decentrale overheden te benadrukken in veelal heel open geformuleerde wettelijke zorgplichten. Om de decentrale taakbehartigers optimaal de ruimte te bieden om, in samenspraak met de betrokken maatschappelijke actoren – burgers, instellingen en bedrijven –, lokaal of regionaal maatwerk te bieden, draagt de rijksoverheid steeds meer taken over aan besturen van decentrale overheden en volstaat het rijk met het stellen van algemene kaders, vaak op het niveau van doelen en/of prestaties. Wetgeving wordt aldus steeds vaker kaderstellende ‘doelgeving’.¹⁴ De centrale overheid formuleert dan gedragsnormen die door de normadressaten in acht moeten worden genomen om bepaalde belangen te verwezenlijken. De normadressaten dienen die open normen in acht te nemen bij hun handelen. Als ambten van decentrale overheden worden geadresseerd moeten zij binnen door de wetgever gestelde kaders de door hem gestelde doelen trachten te bereiken om de door hem geformuleerde belangen te dienen. Zorgplichten vormen aldus een sturingsinstrument voor de centrale overheid dat zich een plaats heeft verworven in het wetgevingsbeleid van het rijk. De positie van ambten van decentrale overheden ten opzichte van de centrale overheid en hun beleidsvrijheid worden erdoor beïnvloed omdat zij op steeds meer terreinen niet meer zelf kunnen bepalen welke taken zij moeten behartigen en hoe zij dat willen doen. Dat heeft ook gevolgen voor de positie van (ambten van) decentrale overheden jegens (ambten van) de centrale overheid in de interbestuurlijke toezichtsverhoudingen.¹⁵

In de laatste decennia zijn traditionele instrumenten van interbestuurlijk toezicht, zoals het vereiste van goedkeuring, afgeschaft of vervangen door nieuwe,

14. Term ontleend aan J.M.H.F. Teunissen, *Alternatieve regelgeving en eigen verantwoordelijkheid*, oratie Open Universiteit, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2007, pp. 6 en 89.

15. Zie voor beschouwingen over diverse aspecten van zorgplichten in het privaatrecht en in het publiek recht C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren, J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, VU University Amsterdam, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2011.

Zelfstandigheid in gebondenheid

Een onderzoek naar de vraag hoe de interbestuurlijke verhoudingen en het gerevitaliseerde interbestuurlijk toezicht zich verhouden tot de constitutionele positie van decentrale overheden

Ine van Haaren-Dresens

De mate van autonomie van decentrale overheidsambten in een staat wordt wel een graadmeter voor het bestaan van daadwerkelijke democratie genoemd. De gedachte daarachter is dat overheidsmacht zo lokaal mogelijk dient te worden uitgeoefend zodat optimaal rekening kan worden gehouden met de situatie van de burger. Dat sluit aan bij het subsidiariteitsbeginsel dat we kennen uit de rooms-katholieke sociale leer en bij het gedachtegoed van Tocqueville over decentrale gemeenschappen; ook met de uit de protestantse staatsleer bekende soevereiniteit in eigen kring bestaan raakvlakken. Op deze ideeën en hun context wordt in dit boek ingegaan. In een gedecentraliseerde eenheidsstaat strijden de uitgangspunten van decentralisatie van bevoegdheid en van eenheid binnen de staat met elkaar. Die eenheid kan alleen worden verzekerd als er mechanismen zijn die kunnen bewerkstelligen dat ambten van de drie bestuurslagen met elkaar in de pas lopen. Daartoe dient het interbestuurlijk toezicht. Verschillende vormen van en ontwikkelingen in het toezicht worden besproken. Geconcludeerd wordt dat er reden is het onderscheid tussen autonome en medebewindsbevoegdheden te vervangen door een concept waarin decentrale overheidsambten enerzijds zo veel mogelijk bevoegdheid in zelfstandigheid uitoefenen maar zich anderzijds omwille van de eenheidsstaat gebonden weten aan hun medeoverheden.



NUR 820