

VU Research Portal

Van bierfietsen tot Nutella-shops. De mogelijkheid van zonerings- en gebiedsgerichte gedragsregulering onder de Gemeentewet en de Omgevingswet

van Rooij, Mandy

published in

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Rooij, M. (2019). Van bierfietsen tot Nutella-shops. De mogelijkheid van zonerings- en gebiedsgerichte gedragsregulering onder de Gemeentewet en de Omgevingswet. In P. J. P. Huisman, A. R. R. Neerhof, & F. J. F. van Ommeren (Eds.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap: Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma* (pp. 515-526). Instituut voor Bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

De mogelijkheid van zonerings- en gebiedsgerichte gedragsregulering onder de Gemeentewet en de Omgevingswet

Van bierfietsen tot Nutella-shops

Mr. dr. A.E. (Mandy) van Rooij

1 Inleiding¹

Wie ons land van boven bekijkt, ziet de ruimtelijke verscheidenheid en geordendheid van Nederland. Voor de mensen die niet zelf over een vliegtuig, helikopter of luchtballon beschikken, toont de VPRO in het televisieprogramma 'Nederland van boven' de kijkers - waaronder Jan Struiksma en mijzelf - hoe Nederland door de jaren heen is gemaakt en hoe we ons in het dagelijks leven bewegen, hoe we onze steden bouwen en ons landschap inrichten. Beelden van het geordende Nederland van boven laten volgens de programmamakers een behoefte aan maakbaarheid en regeldrift zien.² De ruimtelijke ordening die van boven te zien is, is soms organisch gegroeid en soms heeft de overheid ingegrepen in de ontwikkeling en het gebruik van de omgeving.³ Jan heeft zich bij uitstek bezig gehouden met het ruimtelijke-ordeningsrecht en het omgevingsrecht: het juridisch kader en instrumentarium om ruimtelijk beleid te kunnen voeren.

De beelden van Nederland van boven laten ook zien hoe deze ruimtelijke ordening en de aanwijzing van gebieden voor gebruik voor onder meer woningbouw, detailhandel en bedrijventerreinen, infrastructuur, sport en recreatie, agrarische werkzaamheden en natuur vervolgens van invloed zijn op hoe wij ons dagelijks gedragen, bewegen, werken en ontspannen. Mijn eigen onderzoeksinteresse is juist de ordening van menselijk gedrag in de openbare ruimte en hoe we dit gedrag kunnen normeren om overlast te voorkomen, openbare orde te handhaven en veiligheid van mens, dier en goed te borgen. Naast gedragsregels die landelijk in wetten zijn vastgesteld, is op gemeentelijk niveau de algemene plaatselijke verordening (apv) een belangrijke bron van gedragsregulering.

1 Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan Constantijn Hageman.

2 Te bekijken via: <https://www.vpro.nl/programmas/nederland-van-boven/kijk/afleveringen.html>.

3 Vgl. Th.G. Drupsteen, *Ruimtelijk bestuursrecht. Deel 1: Ruimtelijke ordening en Volkshuisvesting*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 1983, p. 14.

De ruimtelijke ordening en de ordening van gedrag komen bij elkaar bij zogenoemde 'gebiedsgerichte regulering' of 'zoning': het aanwijzen van ruimtelijk begrensde gebieden waarbinnen bepaalde gedragingen niet, dan wel beperkt of onder bepaalde voorwaarden kunnen worden toegestaan.⁴ Actuele voorbeelden zijn het bierfietsverbod en de beperking van de vestiging van zogenoemde Nutella-shops in het centrum van Amsterdam, de vuurwerkvrije zone in Hilversum en de taxionselverboden rond Schiphol. In deze bijdrage bespreek ik hoe de gemeente zoning juridisch kan vormgeven. In paragraaf 2 bespreek ik eerst de bevoegdheid tot het vaststellen van zoning op grond van de autonome gemeentelijke verordening. Vervolgens gaat paragraaf 3 over zoning via de huidige bestemmingsplannen en, na de inwerkingtreding van de Omgevingswet, omgevingsplannen. Ik sluit af in paragraaf 4.

2 Zoning via de gemeentelijke verordening

'De raad maakt de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt.' Met deze cryptische bepaling uit de Gemeentewet als basis en aan de hand van stokoude arresten over het verbod om te vissen op zondag (1922) en te baliekluiven (1952) leren we eerstejaars rechtenstudenten wat de reikwijdte is van de verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad.⁵ Uit recente jurisprudentie over zoning blijkt de actuele waarde van dit leerstuk. Hierna bespreek ik de bevoegdheid om middels de autonome gemeentelijke verordening gebiedsgerichte verboden in te stellen. Vervolgens geef ik aan de hand van oude en jonge jurisprudentie een overzicht van de invulling van de benedengrens en de bovengrens van de verordenende bevoegdheid van de raad.

2.1 De autonome gemeentelijke verordening

De gemiddelde apv bevat allerlei bepalingen op grond waarvan bepaalde gedragingen in daartoe aangewezen gebieden kunnen worden verboden of aan voorwaarden kunnen worden verbonden. Het in de inleiding genoemde bierfietsverbod is bijvoorbeeld ingesteld op grond van de APV Amsterdam.⁶ Bierfietsen zijn fietsen waarop een bar is gemonteerd en waarop toeristen en deelnemers aan vrijgezellenfeestjes zich als groep drinkend en fietsend door de stad bewegen. Vanwege vele klachten over geluidsoverlast, openbare dronkenschap en wildplassen wilde de gemeente Amsterdam de bierfietsen in het centrum aan banden leggen. Sinds 2017 is in de APV Amsterdam opgenomen dat het een bestuurder van een groepsfiets verboden is zich met die groepsfiets te bevinden binnen door de burgemeester aangewezen gebieden.⁷ De raad attributeert hier een aanwijzingsbevoegdheid aan de burgemeester en hij kan vervolgens bepalen waar het in de

4 E.T. Schutte-Postma, 'Milieuzoning van de binnenstad: ruimte voor nieuwe bouwprojecten', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2008/86. In deze bijdrage zal ik niet ingaan op milieuzones die bij verkeersbesluit worden ingesteld o.g.v. art. 15 WvW 1994.

5 HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473 (*Wilnisse Visser*); HR 4 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1979, *NJ* 1952/365 (*Emmense Baliekluivers*).

6 Rb. Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7934 (*Bierfietsverbod Amsterdam*). J.P. Heinrich, 'De bierfiets: hoeveel reguleringsruimte heeft de gemeentelijke regelgever?', *Blog Bestuursrecht* 16 november 2017.

7 Art. 2.17A APV Amsterdam 2008.

apv geregelde groepsfietsverbod zal gelden.⁸ De daadwerkelijke aanwijzing van een gebied is een concretiserend besluit van algemene strekking: de werking van de algemene norm in de apv is afhankelijk van dit besluit waarin het toepassingsbereik ervan naar plaats wordt geconcretiseerd.⁹ Deze systematiek is in de afgelopen jaren ook gehanteerd voor de instelling van blowverboden,¹⁰ vuurwerkvrije zones tijdens de jaarwisseling¹¹ en het verbod van ronselen van taxidiensten.¹²

Het vertrekpunt bij de bevoegdheid om via de verordening te komen tot gebiedsgerichte regulering is de gemeentelijke *autonomie*: in de Grondwet is verankerd dat regeling en bestuur inzake de eigen huishouding van de gemeente aan het gemeentebestuur wordt overgelaten.¹³ Dit wordt onderscheiden van de taken die gemeenten in *medebewind* uitvoeren; dan vordert de wetgever regeling of bestuur en zijn gemeenten verplicht om binnen de kaders van die sectorale wet uitvoering te geven aan nationale doelstellingen; gemeenten zijn niet meer vrij om die taak al dan niet naar zich toe te trekken.¹⁴ Binnen de gemeente is de raad in de regel bevoegd tot vaststelling van de verordeningen om die eigen huishouding te regelen.¹⁵ De reikwijdte van de autonome verordenende bevoegdheid kent twee belangrijke begrenzings: de raad mag niet treden in de particuliere belangen van de ingezetenen (benedengrens), en niet in onderwerpen waarin hogere regelgevers al uitputtend hebben voorzien en mag ook geen verordeningen opstellen die in strijd komen met hogere regelingen (bovengrens).¹⁶ Ik bespreek beide grenzen hierna.

2.2 Benedengrens: particuliere belangen

De raad oordeelt welke autonome verordeningen hij nodig acht in het gemeentelijke belang, dit volgt uit artikel 149 Gemeentewet. De gemeentelijke politiek kan zich elk publiek belang aantrekken.¹⁷ Binnen de gemeentelijke huishouding vallen onder meer aspecten van veiligheid in brede zin, voorkomen van hinder en gevaar, verdeling van schaarse ruimte en bescherming van de gezondheid. De raad mag met een verordening niet louter treden in de particuliere belangen. Het hiervoor genoemde *Wilnisse Visser*-arrest illustreert de benedengrens: het algeheel verbod om te vissen op zondag, ter bescherming van de zondagsrust, was zo ruim geformuleerd dat het ook gedrag verbood waar geen gemeentelijke belangen mee gediend worden en daarom achtte de rechter de bepaling onverbindend. Het uitgooien van een hengel op privéterrein niet zichtbaar vanaf de openbare weg werd met het verbod immers ook belemmerd.

8 Ik laat in deze bijdrage buiten beschouwing in hoeverre aanwijzingsbevoegdheden t.b.v. het gebiedsgericht voorkomen van overlast aan het college toegekend kunnen of zelfs moeten worden, zie hierover noot Munneke bij Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3634, *Gst.* 2019/22 (*Taxironselverbod Schiphol*).

9 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 208.

10 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, *AB* 2011/250 m.nt. Brouwer en Schilder.

11 Art. 2.7.3 APV Hilversum 2017.

12 Art. 5:14E APV Haarlemmermeer.

13 Art. 124 lid 1 Grondwet.

14 Art. 124 lid 2 Grondwet en art. 108 lid 2 Gemeentewet.

15 Art. 127 Grondwet en art. 147 Gemeentewet.

16 Verder geldt voor de reikwijdte de territoriale grens van de gemeente.

17 De rechter toetst dit aspect terughoudend, HR 8 april 1980, *NJ* 1980/330.

Het is niet zo dat de raad in het geheel niet in de privébelangen van burgers mag treden; bij de beoordeling van de benedengrens houdt de rechter ook rekening met de reflexwerking of het uitstralende effect.¹⁸ Een gedraging die zich niet afspeelt in de openbare ruimte, maar wel effect heeft op de omgeving, bijvoorbeeld omdat het hinder of gevaar veroorzaakt in de openbare ruimte, raakt ook gemeentelijke belangen. Of de raad overgaat tot regulering komt neer op een afweging tussen het belang van regulering en het belang van vrijheid om zo publieke en private belangen in balans te brengen.

In dit verband is ook artikel 10 Grondwet van betekenis: mocht een gemeentelijke maatregel een beperking van het recht op privacy van burgers inhouden, zoals het instellen van preventief fouilleren, cameratoezicht of het sluiten van woningen, dan moet deze herleidbaar zijn tot een expliciete formeel-wettelijke grondslag. Het ruim geformuleerde artikel 149 Gemeentewet is geen toereikende basis voor beperkende maatregelen, zelfs als hier gemeentelijke belangen mee gediend worden.¹⁹

2.3 Hogere wet- en regelgeving als bovengrens

De bovengrens is relevant voor zonerings via de gemeentelijke verordening als het gaat om de beperking van gedrag waarop ook al formele wetgeving van toepassing is.²⁰ Het toelaten of verbieden van een bepaald soort voertuigen op de openbare weg wordt beheerst door de Wegenverkeerswet 1994 (Wvw 1994), het voorhanden hebben van wiet of hasjes om te kunnen blowen valt binnen het bereik van de Opiumwet, het afsteken van consumentenvuurwerk is in het Vuurwerkbesluit geregeld dat berust op de Wet milieubeheer en het aanbieden van taxidiensten is gereguleerd in de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000). Het uitgangspunt van de Gemeentewet is dat de autonome gemeentelijke verordening hogere regelgeving onder bepaalde voorwaarden mag aanvullen; de verordening is dan zogenoemd *posterieur*. Artikel 121 Gemeentewet bepaalt dat de bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, blijft gehandhaafd, voor zover de verordeningen met die wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen niet in strijd zijn. Bij de toepassing van deze bepaling zijn twee elementen in het bijzonder relevant: of sprake is van hetzelfde onderwerp en of de hogere regeling uitputtend bedoeld is; er is geen ruimte voor aanvulling als de hogere regelgever voor dat onderwerp een gesloten systeem tot stand heeft willen brengen. Beide elementen bespreek ik hierna.

Het onderwerp

Eerst moet worden bepaald of de autonome verordening en de hogere regeling over hetzelfde 'onderwerp' gaan. Dat is het geval als de beide regelingen iets beogen te regelen

18 Van der Laan in T&C Gemeentewet Provinciewet, art. 149 Gemeentewet.

19 ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164, AB 1996/204 m.nt. Rogier (*Drugspand Venlo*). Zie wel art. 151b en 151c Gemeentewet op grond waarvan de raad aan de burgemeester de bevoegdheden kan attribueren tot aanwijzing van gebieden voor preventief fouilleren en cameratoezicht.

20 Ik richt mij op de bevoegdheid die de gemeenteraad heeft gezien bestaande wet- en regelgeving. Het is ook denkbaar dat t.a.v. eenzelfde onderwerp van een verordening naderhand een hogere regeling wordt vastgesteld. O.g.v. art. 122 Gemeentewet vervalt de verordening dan van rechtswege.

- een verbod, gebod - met hetzelfde motief.²¹ Bij een motief valt te denken aan voorkomen van overlast en hinder, gezondheid of gebruik van de weg. Het groepsfietsverbod in Amsterdam strekt er bijvoorbeeld volgens de toelichting bij artikel 2.17A van de APV Amsterdam toe hinderlijk gedrag en geluidsoverlast te voorkomen, en ook verkeershinder vanwege de langzame voortgang van deze voertuigen. De rechtbank Amsterdam beoordeelde of sprake was van strijd met de Wv 1994 die ook beoogt verkeershinder en verkeersonveilige situaties tegen te gaan.²² Vanwege de plaatsing van de aanwijzingsbevoegdheid in het hoofdstuk van de APV genoemd 'Orde en veiligheid' en meer specifiek de paragraaf 'Hinderlijk gedrag', en vanwege de toelichting stelt de rechtbank vast dat het motief van het groepsfietsverbod is om baldadig gedrag en overlast tegen te gaan. Daarmee regelt artikel 2.17A een ander onderwerp dan Wv 1994. Voor zover aan de bepaling mede verkeersmotieven ten grondslag zijn gelegd, zoals de verkeershinder en verkeersonveilige situaties, is wel sprake van hetzelfde onderwerp.

Artikel 121 Gemeentewet is niet toepasselijk in het geval dat de regelingen een ander motief en dus een ander onderwerp hebben. De raad kan dan de hogere regeling aanvullen, ongeacht of deze uitputtend bedoeld is of niet. Echter, ook bij een ander motief mag de gemeentelijke verordening de hogere regeling niet doorkruisen of materieel uithollen. Dat volgt uit het klassieke APV *Schiernonnikoog*-arrest over een autoverbod ingesteld met het motief om het natuurlijker karakter van het eiland te behouden en niet uit verkeersmotieven.²³ Toch vond de Hoge Raad dit een 'zo algemeen en diep in het normale verkeer op de wegen ingrijpend verbod', dat het concludeerde tot strijd met de destijds geldende wegenverkeerswetgeving.

Het uitputtende karakter van de hogere regeling

De vervolgvraag in jurisprudentie over de aanvulling van hogere regelingen bij gemeentelijke verordeningen is of de hogere regeling datzelfde onderwerp al uitputtend heeft beoogd te regelen. De rechter hanteert verschillende interpretatiemethoden om deze vraag te beantwoorden. Ten eerste kan de wettekst duidelijkheid bieden, dat was het geval bij het Amsterdamse bierfietsverbod. Artikel 2a Wv 1994 luidt: 'Provincies, gemeenten en waterschappen behouden hun bevoegdheid om bij verordening regels vast te stellen ten aanzien van het onderwerp waarin deze wet voorziet, voorzover die regels niet in strijd zijn met de bij of krachtens deze wet vastgestelde regels (...).' De rechtbank Amsterdam besliste daarom dat de gemeenteraad de aanvullende verordenende bevoegdheid heeft om ten aanzien van groepsfietsen, ook vanwege verkeersmotieven.²⁴

Vaak biedt de wettekst geen duidelijkheid en zal de rechter uit de aard van de regels, systematiek van de regeling of parlementaire geschiedenis moeten afleiden of de hogere regelgever beoogd heeft het onderwerp uitputtend te regelen. In de uitspraak over het *Hilversumse vuurwerkverbod* is een teleologische interpretatie te herkennen.²⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak beschouwt de regels in het Vuurwerkbesluit als minimale

21 HR 4 maart 1952, ECLI:NL:HR:1952:AG1979, NJ 1952/365 (*Emmense Baliekluivers*).

22 Rb. Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7934 (*Bierfietsverbod Amsterdam*).

23 HR 23 december 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7081, VR 1981/18 (*APV Schiernonnikoog*).

24 Rb. Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7934 (*Bierfietsverbod Amsterdam*).

25 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, AB 2011/250 m.nt. Brouwer en Schilder (*Vuurwerkverbod Hilversum*), r.o. 3.3.

waarborgen, die met name betrekking hebben op technische vereisten. De Afdeling is kort over de aard van de regels in het Vuurwerkbesluit: ‘Regels over het aanwijzen van plaatsen voor het al dan niet bezigen van vuurwerk zijn in het Vuurwerkbesluit niet opgenomen.’ De Afdeling beschouwt het Vuurwerkbesluit niet als een uitputtend beoogde regeling en de raad van Hilversum mocht daarom het Vuurwerkbesluit aanvullen met de betreffende apv-bepaling.

Een voorbeeld van een redenering aan de hand van de parlementaire geschiedenis is de (tussen)uitspraak van het Hof Amsterdam over het *Taxironselverbod Schiphol*.²⁶ Het ging om het verbod om rond Schiphol taxidiensten aan te bieden, met uitzondering van taxidiensten die vanuit de taxi worden aangeboden, om een einde te maken aan de overlast van taxironseleers rond de luchthaven. Sinds 2011 is expliciet in de Wp 2000 opgenomen dat bij gemeentelijke verordening nadere regels kunnen worden gesteld ter bevordering van de kwaliteit van het taxivervoer.²⁷ De gedetailleerde lijst in de Wp 2000 maakt duidelijk over welke onderwerpen de raad regels mag stellen. De wijze waarop het taxivervoer wordt aangeboden staat niet op de lijst. De wet bepaalt niet expliciet of de raad buiten deze lijst regels over taxivervoer mag aanvullen, maar het Hof vindt het antwoord in de artikelsgewijze toelichting: ‘De artikelen 82 tot en met 82b stellen binnen dit speelveld de gemeentelijke bevoegdheden buiten twijfel. Voor het overige wordt met dit wetsvoorstel niet beoogd om veranderingen in de bestaande gemeentelijke bevoegdheden aan te brengen.’²⁸ Het Hof redeneert dat het bij de regeling van het ronselverbod niet gaat om een verordening op grond van deze wet, maar om een aanvullende autonome verordening.²⁹

Als de hogere regelgever geen uitputtende regeling heeft beoogd, dan mag de raad aanvullende regels stellen over hetzelfde onderwerp. Alsnog mag de verordening dan niet in strijd komen met de hogere regeling en die regeling doorkruisen - een verbod en een gebod kunnen bijvoorbeeld niet tegelijkertijd gelden. De jurisprudentie over het *Blowverbod* leert dat in het geval van gelijkkluidende bepalingen eveneens sprake is van strijd. Hier ging het om de aanwijzing van gebieden waarbinnen het verboden was om softdrugs te gebruiken of openlijk voorhanden te hebben.³⁰ De Opiumwet verbood ook al de aanwezigheid en dus gebruik van deze middelen.³¹ De apv dupliceerde de Opiumwet en kwam daarmee in strijd.³²

26 Hof Amsterdam 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3634, *Gst.* 2019/22 m.nt. Munneke (*Taxironselverbod Schiphol*).

27 In art. 82, 82a en 82b. Wet van 26 mei 2011 tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000, houdende regels ter bevordering van de kwaliteit in het taxivervoer, *Stb.* 2011, 289.

28 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 424, nr. 3, p. 27.

29 Regels over de kwaliteit van het taxivervoer zijn gesteld in medebewind en behartigen het doel van de Wp 2000.

30 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, *AB* 2011/250 (*Blowverbod Amsterdam*).

31 Dit volgde eerder uit HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4923, *verw. Kamerstukken II* 1974/75, 13 407, nr. 3, p. 14, 19 en 20.

32 De Afdeling liet in het midden of sprake was van hetzelfde motief. Uit HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3031 volgt dat een verbod van openbaar drugsgebruik dat ertoe strekt gevoelens van onveiligheid bij het publiek te voorkomen het motief heeft de openbare orde te handhaven en daarom niet strijdig is, tenzij de Opiumwet wordt gedupliceerd.

Slotsom: verhouding tot hogere regelingen

De ruimte die gemeenteraden hebben om te komen tot gebiedsgerichte regulering in hun verordeningen hangt dus af van de tekst van hogere regelingen die al gelden op dat onderwerp, de aard van de regels, de structuur van de regeling en de wetsgeschiedenis. De hogere regelgever kan hier in de eerste plaats duidelijkheid over bieden en anders is het aan de rechter. Vanwege de grote verscheidenheid van de onderwerpen enerzijds en de formulering, toelichting en achtergronden van gemeentelijke en hogere regelgeving anderzijds lijkt de jurisprudentie casuïstisch en van weinig voorspellende waarde. Toch heeft de rechter in de recente zaken wel degelijk geredeneerd langs de bekende lijnen van het leerstuk; de manier waarop de rechter het recht zal toepassen is bekend.³³ Jonge maatschappelijke problemen - bierfietsen, taxironselaars, vuurwerkoverlast - krijgen zo hun plaats in het aloude leerstuk van de bovengrens van de gemeentelijke verordenende bevoegdheid.

3 Zonering via ruimtelijke ordening en omgevingsrecht

Zonering gebeurt ook via de ruimtelijke ordening en het omgevingsrecht, het domein van Jan. Het onderverdelen van de gemeente in verschillende gebieden en de toewijzing van functies heeft grote invloed op wat waar gebeurt en waar men kan wonen, werken, winkelen en ga zo maar door. Op dit moment is het bestemmingsplan bij uitstrek het instrument voor de gemeenteraad om per gebied, binnen ruimtelijke begrenzingen, te regelen op welke wijze gebruik gemaakt mag worden van de grond en de bouwwerken die daarop staan. Met de komst van de Omgevingswet krijgen gemeenten een nog grotere bestuurlijke afwegingsruimte voor het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving.³⁴ Het bestemmingsplan gaat dan over in het omgevingsplan. Hierna bespreek ik hoe het ruimtelijke-orderingsrecht en omgevingsrecht benut kunnen worden om ook gedragingen van mensen gebiedsgericht te reguleren.

3.1 Het bestemmingsplan en het omgevingsplan

De gemeenteraad is nu op grond van artikel 3.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro) verplicht om voor het gehele grondgebied van de gemeente één of meer bestemmingsplannen vast te stellen, waarbij de bestemming van de grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming regels worden gegeven over het gebruik van de grond en de bouwwerken op die grond. Verschillende gemeenten gebruiken de ogenschijnlijke technische bestemmingsplannen met enige lenigheid en sturen zo menselijk gedrag om onwenselijke gedragingen uit te bannen. Dit laat zich illustreren met de regulering van het toeristisch winkelaanbod in het centrum van Amsterdam, met als doel de vestiging van etablissementen die bekend staan als 'Nutella-shops' te kunnen beperken. In 2015 ontstond ophef in de gemeenteraad over de wildgroei aan ijs- en wafelwinkels in de binnenstad. Een buurtbewoner verzucht in de media dat dat hij het gevoel heeft in een

33 J. Struiksma, *Het geschil als spel. De empirische cyclus van rechtswetenschap*, Zaandam: Struiksma 2012, p. 52-53.

34 B. Schueler, 'Kroniek van het omgevingsrecht', *NJB* 2018/1875.

oliebollenkraam te wonen.³⁵ De borging van de diversiteit van het winkelaanbod is één van de manieren waarmee de gemeente Amsterdam de uitwassen van het toerisme tegengaat en de leefbaarheid in de binnenstad bevordert.³⁶ De gemeenteraad heeft in het bestemmingsplan de generieke functietoewijzing van de branche ‘horeca’ verder gespecificeerd in categorieën als fastfood, restaurants en hotelhoreca om vervolgens bepaalde categorieën te kunnen uitsluiten, beperken of juist stimuleren in aangewezen gebieden. Op grond van de Wro is dit soort specifieke functietoedeling en branchering toegestaan, mits dit in het belang van een goede leefomgeving en een duurzame ruimtelijke ontwikkeling is.³⁷ Deze systematiek om toeristenwinkels te weren heeft stand gehouden bij de rechter.³⁸ Het leidt tot mooie uitspraken waarin de rechter zich bijvoorbeeld buigt over de vraag of New York Pizza een fastfoodrestaurant is of een gewoon restaurant.³⁹

Bestemmingsplannen strekken tot een goede ruimtelijke ordening, waarbij de verdeling en de ruimte en toewijzing van bestemmingen van grond centraal staat en het noodzakelijk is ruimtelijk relevante regels te stellen.⁴⁰ In het nieuwe stelsel van de Omgevingswet zal het bestemmingsplan opgaan in het omgevingsplan.⁴¹ Het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving is een doelstelling van het nieuwe stelsel en volgens de memorie van toelichting van de Omgevingswet gaat het hierbij om het verdelen van de fysieke ruimte tussen maatschappelijke functies als wonen, werken, leren, spelen, zorgen, verplaatsen en recreëren.⁴² Het benutten van de leefomgeving vindt plaats in onderlinge samenhang met een andere doelstelling: het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving. Het omgevingsplan is binnen het stelsel op gemeentelijkniveau het aangewezen instrument om regels te stellen over de fysieke leefomgeving. In het omgevingsplan kunnen naast functietoedeling (voorheen ‘goede ruimtelijke ordening’) ook regels worden gesteld over activiteiten die gevolgen (kunnen) hebben voor de fysieke leefomgeving.⁴³ Dit is met name relevant in de context van gebiedsgerichte gedragsregulering die ertoe strekt overlast voor anderen te bestrijden.

De reikwijdte van het omgevingsplan is bepalend voor de mogelijkheden die de raad heeft om via dit instrument te komen tot gebiedsgerichte regulering van gedrag teneinde overlast in de openbare ruimte te voorkomen. Het voert te ver voor deze bijdrage om alle finesses van het omgevingsplan te bespreken, ik licht er twee elementen uit die

35 ‘Amsterdam zucht onder de Nutella’, *NRCQ* 4 oktober 2015.

36 Rapportage ‘Sturen op een divers winkelgebied. Bevindingen bestuursopdracht Diversiteit winkel- en voorzieningenaanbod’, Gemeente Amsterdam (28 februari 2017).

37 Art. 3.1.2 lid 2 Besluit ruimtelijke ordening, zie *Kamerstukken II* 2002/2003, 289 16, nr. 3, p. 21-22. Omdat de gemeente met deze vorm van branchering ingrijpt in de vestiging van ondernemers is de Dienstenrichtlijn relevant, ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062 (*Appingedam*). Zie ook: E. Steyger, J. Struikisma & M.R. Botman, *Vestiging van detailhandel: de toepassing van de verdragsvrijheden van het VWEU en de toepassing van de Dienstenrichtlijn* (i.o. Ministerie van Infrastructuur en Milieu), Amsterdam: VU 2015.

38 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173 (*Cheese Company*); Rb. Amsterdam 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6258 (*Maria*) en ECLI:NL:RBAMS:2018:6261 (*Koel*).

39 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5556 (*New York Pizza*).

40 C.W.M. van Alphen, *Module Ruimtelijke ordening*, artikel 3.1 Wro, aant. 1.1.

41 Art. 2.4 Omgevingswet, *Stb.* 2016, 156.

42 Art. 1.3 sub b Omgevingswet. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, 3, p. 63.

43 Art. 4.1 lid 1 Omgevingswet.

ik in de volgende paragrafen bespreek. Ten eerste bepaalt artikel 2.4 Omgevingswet dat in het omgevingsplan regels worden opgenomen over de ‘fysieke leefomgeving’, dus de invulling van dit centrale begrip is ook bepalend voor de vraag wat de raad wel en niet in het omgevingsplan kan opnemen. Het tweede element is de verhouding tot specifieke hogere wet- en regelgeving.

3.2 Fysieke leefomgeving

Het begrip fysieke leefomgeving is zeer breed: hieronder vallen naast bouwwerken en infrastructuur ook alomvattende categorieën als water, bodem en lucht.⁴⁴ Activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving vallen onder het bereik van de Omgevingswet. Het gaat volgens de memorie van toelichting om activiteiten die leiden tot emissies naar water, bodem of lucht of tot hinder van bijvoorbeeld geluid en licht, en activiteiten met directe veiligheidsrisico’s als brand, explosies, verzakkingen en structurele schade aan bouwwerken.⁴⁵ De toelichting noemt ook gevolgen voor de mens, die vallen binnen de reikwijdte als de fysieke leefomgeving het medium is waarlangs activiteiten van de één gevolgen hebben voor de ander. Met deze ruime reikwijdte lijkt de Omgevingswet op het eerste gezicht over het gehele openbare leven te gaan, daar waar mensen elkaar in de open lucht tegenkomen en activiteiten ontplooiën die effect hebben op veiligheid en gezondheid van anderen. Gedragingen binnenshuis lijken wel uitgesloten, in die zin is er een gelijkenis met de benedengrens van de autonome gemeentelijke verordening die ik eerder besprak. De memorie van toelichting vermeldt bij de afbakening nog wel dat onderwerpen als veilig verkeersgedrag en openbare orde niet tot de reikwijdte van het wetsvoorstel worden gerekend.

Door de brede invulling van ‘fysieke leefomgeving’ heeft het op de Omgevingswet gebaseerde omgevingsplan een bredere strekking dan enkel de functietoedeling en regeling ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening die nu in de bestemmingsplannen is opgenomen. Gemeenten kunnen in het omgevingsplan regels stellen over activiteiten die effect (kunnen) hebben op de fysieke leefomgeving, ook als zij die leefomgeving zelf niet direct wijzigen.⁴⁶ Jan Struiksma signaleerde in 2017 dat vanwege deze ruime reikwijdte allerlei regels over de leefomgeving - functies en activiteiten - overgeheveld moeten worden uit autonome gemeentelijke verordeningen naar het omgevingsplan en zo het omgevingsrecht binnengehaald worden.⁴⁷ Hiervoor zagen we dat leefbaarheid, veiligheid en gezondheid als motieven worden gebruikt voor de beperkingen van de toeristenwinkels in het bestemmingsplan, maar ook voor het instellen van bierfietsverboden, vuurwerkverboden en blowverboden: onderwerpen die nu geregeld worden in autonome verordeningen. Jan voorspelde dat het in de praktijk lastig zal zijn voor gemeenten om te vast te stellen welke bepalingen uit de apv over moeten en kunnen naar het omgevingsplan. Hij wijst vooral op de bepalingen die niet primair zijn ingegeven vanuit de zorg voor de leefomgeving, maar daar wel gevolgen voor (kunnen) hebben.

44 Art. 1.2 lid 2 Omgevingswet.

45 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, 3, p. 62.

46 Art. 4.1 lid 1 Omgevingswet.

47 J. Struiksma, ‘Verordeningsbepalingen in het omgevingsplan’, *TBR* 2017/21.

Op grond van artikel 2.7 Omgevingswet - zoals zal luiden als de Invoeringswet wordt aangenomen⁴⁸ - bepaalt dat bij amvb gevallen kan worden aangewezen welke regels over de fysieke leefomgeving *alleen* in het omgevingsplan mogen worden opgenomen en welke regels daarin juist *niet mogen* worden opgenomen. Artikel 2.1 Omgevingsbesluit gaat uit van drie categorieën:⁴⁹

(1) Als de gemeenteraad ervoor kiest regels te stellen over activiteiten die onderdelen van de leefomgeving *wijzigen*, dan *moeten* die regels in het omgevingsplan worden opgenomen. Genoemde voorbeelden zijn het kappen van bomen en het aanleggen van een weg.

(2) De regels over andere activiteiten die *gevolgen* kunnen hebben op de fysieke leefomgeving, maar deze niet wijzigen, *mag* de raad opnemen in het omgevingsplan. De raad kan er ook voor kiezen deze in de autonome gemeentelijke verordening te behouden. Genoemd worden regels over het gebruik van de fysieke leefomgeving en activiteiten die leiden tot emissies, hinder of risico's.

(3) De regels over de *handhaving van de openbare orde en veiligheid* zijn ten slotte expliciet uitgezonderd van het omgevingsplan en die *mogen niet* worden opgenomen.⁵⁰ De toelichting verduidelijkt dat het gaat om regels over gedrag van personen dat een effect heeft op de openbare orde. Genoemde voorbeelden zijn de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden en gebieden waarin cameratoezicht wordt toegepast. Dit zijn regels die de burgemeester uitvoert en ook niet kunnen worden opgenomen in het omgevingsplan aangezien het college het aangewezen gezag is belast met de uitvoering van het plan. In de concept-toelichting bij het Invoeringsbesluit wordt ingegaan op de samenloop van functies, waar Struiksma al op wees, namelijk regels over gedragingen strekken tot de handhaving van de openbare orde die tevens gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving. De bedoeling is dan dat het tweede lid voorgaat: die regels mogen niet in het omgevingsplan.

In de context van gebiedsgerichte gedragsregulering zal het naar mijn inschatting gaan om regels over gedragingen die de fysieke leefomgeving niet wijzigen, dus die in elk geval niet verplicht in het omgevingsplan hoeven. Of zij wel in het omgevingsplan mogen of juist niet, dat zal afhangen van de motivering van de regels. Na de inwerkingtreding van het Omgevingsstelsel moeten gemeenten zelf aan de slag met de bovenstaande driedeling. Dat is een lastige klus alleen al omdat de afbakening van wat al dan niet tot de handhaving van de openbare orde behoort lastig is. Dat is echter geen mankement in het stelsel van de Omgevingswet, maar inherent aan het vage karakter van het openbare ordebegrip. Recent noemde de Afdeling advisering van de Raad van State de handhaving van de openbare orde een open en ruim terrein dat een op de lokale omstandigheden toegespitste beoordeling vergt.⁵¹ Een scherpe afbakening tussen het omgevingsplan en de autonome verordening is daarom niet te maken. Voor de consistentie meen ik wel

48 Op moment van schrijven aanhangig in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2018/19, 34 986, nr. A.

49 Zoals opnieuw wordt vastgesteld met het Invoeringsbesluit Wijzigingen Omgevingsbesluit, volgens het concept dat in consultatie is gegeven, versie d.d. 29 oktober 2018.

50 Art. 2.1 lid 2 Omgevingsbesluit (nieuw). Ook regels over gemeentelijke belastingen mogen niet in het omgevingsplan.

51 Vgl. Advies RvS bij wijziging van de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Kamerstukken II* 2018/19, 4, p. 4.

dat het wenselijk is dat gemeenten bij de derde categorie in artikel 2.1 Omgevingsbesluit aansluiten bij de taakstelling en de afbakening van de exclusieve competentie van de burgemeester ten opzichte van het college die bedoeld is in artikel 172 lid 1 Gemeentewet, zodat er geen licht komt tussen verschillende openbare ordebegrippen ten aanzien van gemeentelijke bevoegdheden. Geeft dit meer duidelijkheid voor gemeenten? Vermoedelijk niet: deze competentieverdeling is een langlopende discussie in wetenschap en rechtspraak.⁵² Hierin kan het nieuwe stelsel Omgevingswet geen verandering brengen en dat zou ook de reikwijdte van het nieuwe stelsel overstijgen.

3.3 Verhouding tot hogere specifieke wetgeving

Ten slotte is het de vraag hoe het omgevingsplan zich verhoudt tot hogere regelgeving. Artikel 1.4 Omgevingswet bepaalt dat de wet niet van toepassing is op onderwerpen met betrekking tot de fysieke leefomgeving die bij of krachtens een andere wet uitputtend geregeld zijn. Over deze onderwerpen kan de raad dus ook niet in het omgevingsplan aanvullende regels stellen. De Omgevingswet is te beschouwen als een algemene wet die terugtreedt als een specifieke wet als *lex specialis* reeds een uitputtende regeling bevat.⁵³ Volgens de regering wordt de al dan niet uitputtende bedoeling van de wetgever meestal afgeleid uit de memorie van toelichting en soms is deze gedetailleerd in de wet uitgeschreven.⁵⁴ Dit is vergelijkbaar met hoe in de rechtspraak invulling is gegeven aan artikel 121 Gemeentewet en die werkwijze heb ik besproken in paragraaf 2.3. ‘Onderwerpen’ en ‘uitputtend’ zijn begrippen die bekend in de oren klinken. Ik meen dat het wenselijk is om bij de beoordeling van de bovengrens van omgevingsplannen en toepassing van artikel 1.4 Omgevingswet aan te sluiten bij de in de jurisprudentie ontwikkelde invulling van deze begrippen, om te voorkomen dat binnen de gemeente twee verschillende bovengrenzen zouden gelden bij het vaststellen van algemene regels, of dat nu in omgevingsplannen of autonome verordeningen is.

4 Afsluiting

Het televisieprogramma ‘Nederland van boven’ laat de behoefte aan maakbaarheid en regeldrift zien en die zie ik ook terug bij de zonering en gebiedsgerichte gedragsregulering door gemeenten die ik in deze bijdrage heb beschreven. Gemeenten maken zowel gebruik van het omgevingsrecht als de autonome gemeentelijke verordening om gebiedsgericht overlastgevendende effecten van mensen in de openbare ruimte weg te nemen. De voorbeelden zijn aansprekend: bierfietsverboden, blowverboden, vuurwerk-vrije zones, taxironselverboden, verbod van Nutella-shops, bedenk het maar. En waar gedrag aan beperkingen wordt onderworpen, ontstaan geschillen. Aan de hand van jurisprudentie heb ik geschetst hoe wordt beoordeeld welke ruimte de gemeente heeft om onderwerpen aan zich te trekken en te regelen, ook als hierover een hogere regelgever al regels heeft gesteld.

52 Zie uitgebreid M.A.D.W. de Jong e.a., *Orde in de openbare orde* (WODC), Deventer: Kluwer 2016, p. 281-289.

53 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, 3, p. 64-65.

54 Bv. art. 22.1 Wet milieubeheer en art. 6.12 Waterwet.

Jan Struiksma heeft voorspeld dat met de Omgevingswet allerlei regels over de fysieke leefomgeving uit autonome gemeentelijke verordeningen het omgevingsrecht binnengehaald worden. Gezien de ruime reikwijdte van de fysieke leefomgeving en het open karakter van het openbare ordebegrip is een scherpe afbakening tussen het omgevingsplan en de autonome verordening moeilijk te maken, gemeenten moeten hiermee straks zelf aan de slag. De rechter heeft voor de beoordeling of een hogere regeling ruimte laat voor autonome gemeentelijke gebiedsgerichte regulering een bestendige lijn ontwikkeld, ter beoordeling van het onderwerp en uitputtendheid van hogere regelingen. Ik meen dat dit beoordelingskader eveneens bruikbaar is voor de invulling van de bovengrens van omgevingsplannen. Het is mijns inziens van belang dat het gemeenterecht en het omgevingsrecht, beiden rechtsgebieden met een algemeen karakter, niet onnodig uit elkaar gaan lopen.