

Regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening
Een verkenning aan de hand van twee casestudy's

Boeve, M.N.; Groothuijse, F.A.G.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Citation (APA)

Boeve, M. N., & Groothuijse, F. A. G. (2023). *Regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening: Een verkenning aan de hand van twee casestudy's*. Raad van State.

Important note

To cite this publication, please use the final published version (if applicable).
Please check the document version above.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download, forward or distribute the text or part of it, without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license such as Creative Commons.

Takedown policy

Please contact us and provide details if you believe this document breaches copyrights.
We will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Regelcomplexiteit

*Een verkenning aan de hand
van twee casestudy's*

Regelcomplexiteit

*Een verkenning aan de hand
van twee casestudy's*

april 2023

Colofon

Tekst

Raad van State – Den Haag

Lay-out

Studio Piraat

Drukwerk

Van Deventer

Contact

Raad van State

Kneuterdijk 22

2514 EN Den Haag

Postbus 20019

2500 EA Den Haag

www.raadvanstate.nl

voorlichting@raadvanstate.nl

Inhoudsopgave

Voorwoord	5
1. Regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening	7
2. Regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht	91
3. Gezamenlijke conclusies met betrekking tot regelcomplexiteit	183
4. Verslag expertmeeting regelcomplexiteit 21 maart 2022	189

Voorwoord

In beide Afdelingen van de Raad van State is regelcomplexiteit een voorwerp van voortdurende aandacht – en soms ergernis.

De start van het project waarvan de bundel die u nu in handen heeft het resultaat is, vond plaats op 6 februari 2019. Toen vond binnen de Raad van State een brainstormbijeenkomst over regelcomplexiteit plaats. Hieraan werd door een aantal staatsraden en een aantal medewerkers van zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Afdeling advisering deelgenomen. In die brainstormbijeenkomst bestond consensus dat er inderdaad sprake is van ongewenste regelcomplexiteit. Vastgesteld werd dat complexiteit van wetgeving aan de ene kant tot op zekere hoogte onvermijdelijk is maar dat deze anderzijds door een aantal hardnekkige verschijnselen onnodig wordt vergroot, zoals bijvoorbeeld de later ook door de Tijdelijke Commissie Uitvoeringsorganisaties (commissie-Bosman) weer geconstateerde regelgevingsreflex.

Conclusie van de brainstormbijeenkomst was dat het op zijn minst de moeite waard zou zijn nader te onderzoeken of en in hoeverre de beide Afdelingen een bijdrage zouden kunnen leveren aan het terugdringen van regelcomplexiteit. Daarvoor is in de eerste plaats van belang zicht te krijgen op de factoren die van invloed zijn op regelcomplexiteit. Uitgaande van de veronderstelling dat deze factoren kunnen verschillen, al naar gelang de sectorale wetgeving die het betreft, is besloten op twee deelterreinen onderzoek te doen naar deze factoren. Aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability van de Universiteit Utrecht en aan Hooghiemstra en Partners is gevraagd onderzoek te verrichten naar de vraag welke factoren van invloed zijn op regelcomplexiteit in het ruimtelijke ordeningsrecht respectievelijk het gegevensbeschermingsrecht.

Deze publicatie bevat de resultaten van deze exercitie. De conclusie van de onderzoekers is dat zowel het ruimtelijke ordeningsrecht als het gegevensbeschermingsrecht in aanmerkelijke mate complex is, zij het om op onderdelen verschillende redenen. Om de regelcomplexiteit voor de rechtzoekende burger te verminderen doen de onderzoekers in een gemeenschappelijk concluderend deel een aantal gemeenschappelijke aanbevelingen.

Op 21 maart 2022 heeft een expertmeeting plaatsgevonden om tot een nadere verdieping van het onderwerp te komen en te reflecteren op de door de onderzoekers geformuleerde conclusies. Omdat regelcomplexiteit een veelomvattend fenomeen is, is deze bijeenkomst toegespitst op het ruimtelijke ordeningsrecht en op de vraag welke mogelijkheden de bestuursrechter, in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak, heeft om regelcomplexiteit terug te dringen. Het verslag van deze bijeenkomst is tevens in deze publicatie opgenomen.

Terugdringing van regelcomplexiteit is niet alleen een voorwerp van zorg voor beide Afdelingen van de Raad van State, maar is een zaak die het gehele openbaar bestuur aangaat. Ik spreek de verwachting uit dat de hier gepresenteerde resultaten een nuttige rol kunnen spelen in de ook in andere gremia zo noodzakelijke discussie daarover.

Tot slot. Dit project is de afgelopen jaren vanuit de Raad van State begeleid door een werkgroep die bestond uit staatsraden van beide Afdelingen: Henk Lubberdink, Ben Schueler, Luc Verhey en Jacques van Eck. Project-secretaris was mr. Michiel Tjepkema. Terwijl de drukproeven nog in de mail zaten bereikte ons het zeer droeve bericht dat Ben Schueler op 20 januari 2023 op 60-jarige leeftijd is overleden. Zoals bij alle projecten waarbij Ben betrokken was, was zijn aandeel ook in dit project groot. Niet alleen had hij een grote hand in het bedenken van de opzet van een onderzoek naar dit weerbarstige onderwerp, maar ook legde hij waardevolle contacten voor de deelrapporten en de expertmeeting. Ben wordt zeer gemist, maar publicaties als deze houden onze vele goede herinneringen aan hem warm.

mr. Th.C. de Graaf
vice-president van de Raad van State

1. Regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening

Prof. mr.dr. Marlon Boeve

Prof. mr.dr. Frank Groothuijse

Auteurs

Prof.mr.dr. M.N. Boeve is hoogleraar Omgevingsrecht in gebiedsontwikkeling, TU Delft en universitair docent omgevingsrecht bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Universiteit Utrecht.

Prof.mr.dr. F.A.G. Groothuijse is hoogleraar Europees en nationaal omgevingsrecht bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law, Universiteit Utrecht.



Regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening

1. Inleiding	9	5. Karakter van het ruimtelijke ordeningsrecht	74
1. Inleiding	9	5.1 Onderlinge afhankelijkheid situerings- beslissingen in een bestemmingsplan	74
2. Vraagstelling	9	5.2 Jurisprudentiële rechtsregels ter invulling van open normen leiden tot complexiteit	76
3. Onderzoeksmethoden	11	5.3 Vereenvoudiging: overzichtsuitspraken en voorlichtende uitspraken	80
2. Gelaagdheid in de nationale ruimtelijke ordening: van decentralisatie naar centralisatie	12	6. Bevindingen regelcomplexiteit ruimtelijke ordeningsrecht	81
2.1 Historische ontwikkeling van de inter- bestuurlijke verhoudingen in de ruimtelijke ordening	12	6.1 Factoren die hebben bijgedragen aan de regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening	81
2.2 Factoren die hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het ruimtelijke ordeningsrecht: centraliserende tendens	22	6.2 De kenmerken van regelcomplexiteit in relatie tot de gevonden factoren	87
2.3 Vereenvoudigingspogingen	23	6.3 Pogingen tot vereenvoudiging	89
3. Spanning tussen snelheid/flexibiliteit en rechtszekerheid	28		
3.1 Het belang van de rechtszekerheid en flexibiliteit en het spanningsveld daartussen	28		
3.3 Standaard overgangsrecht	42		
3.4 De relatie tussen bestemmingsplan en omgevingsvergunning voor bouw- een aanlegactiviteiten	43		
3.5 Factoren die hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit in de ruimtelijke ordening: rechtszekerheid versus flexibiliteit/snelheid	49		
3.6 Vereenvoudigingspogingen	51		
4. Verhouding met sectorale regelgeving: veelheid van belangen	57		
4.1 Inleiding	57		
4.2 Toenemende invloed van milieuwetgeving op de ruimtelijke ordening	57		
4.3 Bestuurlijke verkokering	69		
4.4 Factoren die hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het ruimtelijke ordeningsrecht: verhouding met sectorale regelgeving	70		
4.5 Vereenvoudigingspogingen	71		

1. Inleiding

1.1 Opmerkingen vooraf bij deze casestudy

Het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability van de Universiteit Utrecht (hierna: UCWOSL) is door de Raad van State verzocht om een pilot study te verrichten naar regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening. De pilot study strekt ertoe voldoende kennis te vergaren om uiteindelijk de volgende vraag te beantwoorden: *Welke factoren zijn van invloed op het succes of het falen van vereenvoudigingsmaatregelen in het omgevingsrecht?* Deze verkennende pilot study is niet gericht op de beantwoording van deze vraag, maar daarmee wordt beoogd voldoende kennis te vergaren om deze vraag uiteindelijk te kunnen beantwoorden. Op basis van de resultaten van deze verkennende pilot study zal worden beslist of, en zo ja, hoe deze vraag zal worden onderzocht in een vervolgstudie.

1.2 Vraagstelling

Hoofdvraag

De hoofdvraag van deze verkennende pilot study is de volgende vraag:

Welke lessen kunnen worden geleerd van eerdere vereenvoudigingsoperaties in de ruimtelijke ordening?

In het onderzoek staat de ruimtelijke ordening centraal. Deze kent een groei aan regelcomplexiteit sinds de inwerkingtreding van de WRO in 1965. Regels uit andere deelgebieden van het omgevingsrecht die doorwerken in de ruimtelijke ordening hebben aan deze regelcomplexiteit bijgedragen. Met name in de jaren negentig is daar de invloed van het EU-recht bijgekomen. Ook is van belang dat sinds 1976 tegen in beginsel alle besluiten in de ruimtelijke ordening beroep openstaat (tot 1994 deels bij de Kroon, sindsdien steeds bij de bestuursrechter). Dat heeft tot een grote hoeveelheid jurisprudentie geleid, waarin de beginselen van behoorlijk bestuur een grote rol spelen. Sinds 1994 doet de Awb zijn invloed gelden. Het onderzoek richt zich op ontwikkelingen in het ruimtelijke ordeningsrecht van de jaren '60 tot nu. De Omgevingswet, die naar verwachting op 1 januari 2024 in werking zal treden, blijft daarom in dit onderzoek onbesproken. Dat geldt ook voor de Crisis- en herstelwet, voor zover daarbij vooruit wordt gelopen op de Omgevingswet.

Door de ruimtelijke ordening centraal te stellen, krijgt het onderzoek een perspectief binnen het veelzijdige en breed uitwaaiende omgevingsrecht. Omdat de ruimtelijke ordening een centrale positie inneemt in het

omgevingsrecht, biedt dit perspectief de mogelijkheid om de invloed van op elkaar inwerkende regelcomplexen te analyseren.

Een voorvraag is wat moet worden verstaan onder regelcomplexiteit. Enerzijds is het aantrekkelijk om houvast te hebben bij het gebruik van deze term, anderzijds laat het verschijnsel waar de term op ziet zich moeilijk begrenzen. Daarom wordt de definitie niet geproblematiseerd, maar wordt houvast gezocht in de ervaring dat regelcomplexiteit de volgende kenmerken heeft:

- Toename van het aantal regels die tegelijk op een concreet geval van toepassing zijn;
- Meer lagen van regelgeving die op een bepaald geval van toepassing zijn;
- Betrokkenheid van verschillende bestuursorganen bij de uitvoering van regelgeving
- Snelle veranderingen van geldende regels;
- Een hoge mate van detaillering van de regels;
- Interdependentie: de toepassing (of uitleg) van de ene regel is afhankelijk van de toepassing (of uitleg) van een andere regel (bijvoorbeeld doordat regels naar elkaar verwijzen of doordat zij hetzelfde begrip gebruiken);
- Interferentie: werking (het effect) van de ene regel wordt mede bepaald door de werking van een andere regel.

Complexiteit is dus niet hetzelfde als groei van het aantal regels, maar deze twee verschijnselen hangen wel samen.

Complexiteit is ook niet hetzelfde als onduidelijkheid over de uitleg van regels. Naarmate van meer regels onduidelijk is hoe zij moeten worden uitgelegd, kan dat wel bijdragen aan de groei van complexiteit. Maar een moeilijke interpretatie is niet per se een kenmerk van complexiteit.

Deelvragen

1. Welke factoren hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het ruimtelijke ordeningsrecht?
2. Welke pogingen (vereenvoudigingsmaatregelen) zijn ondernomen om de groei van de complexiteit tegen te gaan en wat kan gezegd worden over het succes van die vereenvoudigingsmaatregelen?

Voor de beantwoording van deze vragen worden de belangrijkste 'bouwstenen' aangeleverd voor vervolgstudie. Het rapport beoogt om de vragen op hoofdlijnen te beantwoorden en de belangrijkste bevindingen en ontwikkelingen in relatie tot regelcomplexiteit weer te geven. Een allesomvattende beantwoording van de deelvragen wordt dus uitdrukkelijk niet beoogd.

1.3 Onderzoeksmethoden

De studie is uitgevoerd door middel van bestudering en analysering van wetgeving, parlementaire geschiedenis, beleidskaders, jurisprudentie en literatuur.

2. Gelaagdheid in de nationale ruimtelijke ordening: van decentralisatie naar centralisatie

Een belangrijke oorzaak van complexiteit in de ruimtelijke ordening wordt veroorzaakt door de verhoudingen tussen de verschillende bestuurslagen die zich met ruimtelijke ordening bezighouden en waaraan wettelijke bevoegdheden zijn toegekend. In de afgelopen eeuw zijn deze verhoudingen en bevoegdheden ten gevolge van verschillende wetswijzigingen in belangrijke mate gewijzigd. Daarbij nemen de onderzoekers centraliserende en juridiserende tendensen waar, die de wet- en regelgeving op het terrein van de ruimtelijke ordening hebben gecompliceerd. Alvorens daar nader op in te gaan, zullen kort de relevante historische ontwikkelingen worden geschetst.

2.1 Historische ontwikkeling van de interbestuurlijke verhoudingen in de ruimtelijke ordening

Het ruimtelijk beleid heeft zich in Nederland ontwikkeld uit volkshuisvestingsbeleid. Voor de Tweede Wereldoorlog was dit beleid beperkt tot het gemeentelijk niveau en gericht op stads- en dorpsuitbreidingen ter leniging van de woningnood. In de jaren dertig ontstond er mondjesmaat ruimtelijke planning op bovenregionaal niveau, aanvankelijk in streekplannen. De bemoeienis van het Rijk met de ruimtelijke ordening bleef beperkt tot de planning van de hoofdinfrastructuur (Rijkswegenplan) en de uitvoering van rijksprojecten, zoals de Afsluitdijk en de inpoldering van de Zuiderzee.¹

De WRO van 1962 gaat ervan uit dat er op drie niveaus ruimtelijke ordening wordt bedreven: op gemeentelijk, provinciaal en nationaal niveau. In de WRO van 1962 is gekozen voor een niet-hiërarchisch planstelsel op bovengemeentelijk niveau, waarbij de provinciale streekplannen en nationale facetplannen geen bindende werking hadden voor burgers en gemeenten.² De bevoegdheid om burgerbindende bestemmingsplannen vast te stellen daarentegen, werd op gemeentelijk niveau bij de gemeenteraad belegd.³ Op grond daarvan konden met het oog op een goede ruimtelijke ordening bestemmingen aan de grond worden toebedeeld en zo nodig voorschriften worden gegeven voor het gebruik van gronden en zich daarop bevindende opstallen. Naast de WRO van 1962

¹ Th.G. Drupsteen, Ruimtelijk bestuursrecht, deel 1 ruimtelijke ordening en volkshuisvesting, Samsom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1983, p. 26.

² Dit planstelsel week af van het hiërarchische planstelsel dat op basis van de Wet voorlopige regeling voor het Nationale Plan en streekplannen en de Wederopbouwwet gold en ook werd voorgesteld door de Staatscommissie Van den Bergh (1950).

³ De vaststelling van een bestemmingsplan werd verplicht voor gebieden buiten de bebouwde kom, voor gebieden binnen de bebouwde kom had de gemeenteraad de keuze om al dan niet een bestemmingsplan vast te stellen.

kwam de Woningwet tot stand. Deze wet voorzag in een bouwvergunningplicht voor het bouwen van bouwwerken, waarbij strijd met het bestemmingsplan als een dwingende weigeringsgrond in het toetsingskader was opgenomen.⁴ De WRO van 1962 voorzag reeds in een algemene vrijstellingsbevoegdheid op grond waarvan B&W vooruitlopend op een bestemmingsplanherziening voor de realisering van een bepaald project alvast vrijstelling van het bestemmingsplan konden te verlenen.⁵

Rijk en provincie hebben in de WRO van 1962 ook bevoegdheden gekregen om de inhoud van bestemmingsplannen juridisch bindend te beïnvloeden. GS moesten het bestemmingsplan immers goedkeuren. Naast het recht vormden het ruimtelijke beleid geformuleerd in streekplannen en nationale plannen belangrijke toetsingskaders bij de goedkeuring van bestemmingsplannen. Over de band van de provinciale goedkeuring werkten het provinciale en nationale ruimtelijke beleid door naar het bestemmingsplan. Hoe concreter het bovengemeentelijke ruimtelijke beleid was geformuleerd, des te sterker dat beleid doorwerkte naar het bestemmingsplan.

Tegen het goedkeuringsbesluit van GS stond (tot januari 1994) beroep op de Kroon open. De Kroon toetste het goedkeuringsbesluit zowel op doelmatigheid als op rechtmatigheid. De toetsing was daarbij niet beperkt tot de bedenkingen of beroepsgronden die door derden waren aangedragen.

Vergelijkbaar aan de goedkeuringseis voor bestemmingsplannen gold voor de verlening van vrijstellingen van het bestemmingsplan dat GS daarvoor hun instemming moesten verlenen door middel van de verlening van een verklaring van geen bezwaar (hierna ook: VVGB). Hoewel het toetsingskader in de WRO van 1962 ontbrak, hanteerden GS bij de beslissing omtrent de verlening van de verklaring van geen bezwaar hetzelfde toetsingskader als bij de beslissing omtrent goedkeuring van bestemmingsplannen.⁶ Als de gemeenteraad niet binnen een jaar na onthouding van goedkeuring een nieuw bestemmingsplan had vastgesteld,⁷ dienden GS dat bestemmingsplan vast te stellen.

4 De Woningwet voorzag in een limitatief imperatief stelsel van weigeringsgronden. Indien de aanvraag om een bouwvergunning in overeenstemming was met het bestemmingsplan, moest deze ook worden verleend.

5 Vereist was dat er een voorbereidingsbesluit was genomen of een ontwerp-herziening van het bestemmingsplan ter inzage was gelegd. Zie art. 19 WRO 1962.

6 Zie M. Gonggrijp-Van Mourik, WRO/Bro 85, 2e druk, Kluwer, Deventer 1991, p. 146. Zie o.m. ook ABRvS 26 juni 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AN4446, AB 1995/547, m.nt. P.J.J. van Buuren.

7 De gemeenteraad was daartoe op grond van art. 30 WRO (1962) gehouden.

Naast het goedkeuringsinstrument beschikten GS over aanwijzingsbevoegdheden op grond waarvan zij de gemeenteraad op basis van provinciaal ruimtelijk beleid, waaronder een streekplan, konden verplichten om een bestemmingsplan (of een niet bindend structuurplan) met een bepaalde inhoud vast te stellen of te herzien.⁸

Ook het Rijk had in de WRO van 1962 bevoegdheden om de inhoud van het bestemmingsplan te beïnvloeden. De WRO van 1962 verschaftte de minister de bevoegdheid om het provinciebestuur bindende aanwijzingen te geven over de inhoud van provinciale streekplannen. Bovendien had de minister de bevoegdheid om GS te verplichten om op een bepaalde wijze gebruik te maken van hun aanwijzingsbevoegdheid jegens gemeenteraden over de inhoud van bestemmingsplannen (getrapte aanwijzing), voor zover bovengemeentelijke belangen dat vorderden. Indien een rijksaanwijzing door het provinciebestuur niet werd opgevolgd, diende de minister daarin plaatsvervangend te voorzien.⁹

Ondanks de toezichtsbevoegdheden die in de WRO van 1962 aan de minister en GS waren toebedeeld, kan worden gesteld dat de wet een sterk gedecentraliseerd karakter had.

Met de wetwijziging WRO van 1985 zette de ontwikkeling naar een sterkere juridische binding van de ruimtelijke plannen van het Rijk door en werd het juridisch instrumentarium voor centrale sturing vanuit het Rijk versterkt. Ook heeft deze wetwijziging – en de uitleg die de Afdeling bestuursrechtspraak daaraan uiteindelijk heeft gegeven¹⁰ – de mogelijkheden van GS om bij de uitoefening van de bevoegdheid tot uitwerking van het streekplan of tot afwijking van het streekplan bij de uitoefening van de goedkeuringsbevoegdheid en VVGB-bevoegdheid aangescherpt. Bij de uitoefening van deze bevoegdheden konden GS namelijk niet afwijken van de in het streekplan aangewezen ‘beslissingen van wezenlijk belang’. Daardoor werden dus ook gemeenteraden indirect juridisch gebonden aan deze van wezenlijk belang zijnde streekplanbeslissingen.

⁸ Art. 37 WRO (1962)

⁹ Art. 41 WRO (1962)

¹⁰ ABRvS 16 januari 1996, *BR* 1996/314, ABRvS 13 oktober 1998, *AB* 1999/7, beide m.nt. A.A.J. de Gier. Anders dan de Afdeling, was de Kroon van oordeel dat de wettelijke begrenzing van de afwijkingsbevoegdheid van de wezenlijk van belang zijnde beslissingen uit het streekplan slechts een interne kwestie was tussen GS en PS, zodat daaruit volgens de Kroon geen (absolute) rechtsplicht voor GS voortvloeide.

Nadat het Rijk enkele jaren had geëxperimenteerd met de vaststelling van buitenwettelijke ruimtelijke plannen,¹¹ werd met de wijziging van de WRO van 1985 ook voor het Rijk een verplichte wettelijke planfiguur in de WRO opgenomen: de planologische kernbeslissing (hierna: pkb).¹² De ministerraad was bevoegd tot het vaststellen van deze planologische kernbeslissingen. Hoewel de inhoud van deze pkb'en op grond van de tekst van de WRO van 1985 – evenals streekplannen – niet rechtstreeks doorwerkten naar streekplannen en bestemmingsplannen en art. 19-vrijstellingen, ging er desondanks een zekere mate van juridische binding vanuit bij vaststelling van deze plannen en vrijstellingen. In de eerste plaats over de boeg van de goedkeuring van bestemmingsplannen en de verlening van verklaringen van geen bezwaar voor vrijstellingen door GS, omdat GS bij de uitoefening van deze bevoegdheden ook moesten toetsen aan de geldende pkb'en.¹³ In deze pkb'en konden volledig en globaal afgewogen beslissingen worden opgenomen, maar ook allerlei tussenvormen.¹⁴ Tevens kon in pkb'en worden aangegeven welke beslissingen van wezenlijk belang waren,¹⁵ hetgeen (doorgaans) betekende dat in de pkb voor afwijkingen of wijzigingen van deze beslissingen een zwaardere procedure werd voorgeschreven.

Ook werd met de WRO van 1985 het juridisch instrumentarium van het Rijk uitgebreid. De getrapte aanwijzingsbevoegdheid van de minister miskende volgens de regering de grote bestuurlijke invloed van bepaalde ruimtelijke beslissingen van de regering op het gemeentelijke bestemmingsplan. Met het oog op een slagvaardiger uitvoering van deze regeringsbeslissingen is de getrapte aanwijzingsbevoegdheid vervangen door een rechtstreekse aanwijzingsbevoegdheid.¹⁶ Op grond van deze aanwijzingsbevoegdheid kon de minister gemeenteraden rechtstreeks bindende aanwijzingen geven omtrent de inhoud van bestemmingsplannen, voor zover een juiste uitvoering van het regeringsbeleid planologische maatregelen en bovengemeentelijke belangen dat vorderden. Voor zover een ministeriële aanwijzing een grondslag had in

¹¹ Zie Eerste t/m Derde Nota Ruimtelijke Ordening. Zie daarover M. Gonggrijp-Van Mourik, WRO/Bro 85, 2e druk, Kluwer, Deventer 1991, p. 161 e.v.

¹² Art. 2a WRO 1985 jo. art. 2 Bro '85. Naast pkb'en konden deze plannen ook structuurschema's en structuurschetsen (zoals de Nota's ruimtelijke ontwikkelingen) bevatten.

¹³ Zie o.m. Contrair KB 17 december 1987, BR 1988/278, m.nt. J. Wessel (Eemshaven). KB 8 mei 1990, BR 1990/696 (Maasvlakte Rotterdam). Zie ook M. Gonggrijp-Van Mourik, WRO/Bro 85, 2e druk, Kluwer, Deventer 1991, p. 170.

¹⁴ In een pkb diende te worden aangegeven welke betekenis aan de daarin opgenomen beslissingen moest worden gehecht (art. 3 lid 1 Bro '85).

¹⁵ Art. 3 lid 2 Bro '85.

¹⁶ *Kamerstukken II, 1977/78, 14 889, nrs. 1-3, p. 22-23.*

een pkb, was voor een dergelijke aanwijzing geen uitdrukkelijke instemming van de Tweede Kamer vereist. De minister had tevens de bevoegdheid om bevoegde bestuursorganen opdracht te geven vergunningen te verlenen voor de uitvoering van werken en werkzaamheden die nodig waren ter uitvoering van een door de minister gegeven aanwijzing. Als deze vergunningen niet tijdig werden verleend, dan kon de minister deze vergunningen plaatsvervangend verlenen.¹⁷

In de WRO van 1985 was niet voorgeschreven op welke wijze de verschillende typen beslissingen in pkb'en en streekplannen naar de besluitvorming (en beleidsvorming) op gemeentelijk en provinciaal niveau doorwerkten of wat de rechtsgevolgen van deze beslissingen waren.¹⁸ Hoewel de WRO van 1985 de rechtsgevolgen van de pkb'en en streekplannen voor 'lagere' decentrale overheden niet voorschreef, werd daaraan in de jurisprudentie en literatuur¹⁹ een grotere mate van juridische binding toegekend dan oorspronkelijk door de regering was bedoeld. Dat deed de vraag rijzen of tegen bepaalde beleidsbeslissingen in streekplannen en pkb'en geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou moeten openstaan. Voor de rechtspraktijk leverde dit rechtsonzekerheid op over de juridische status van de verschillende typen beleidsbeslissingen die in pkb'en en streekplannen werden opgenomen, de doorwerking daarvan naar het 'lagere' decentrale niveau en de appellabiliteit van deze beleidsbeslissingen.

In één van de aanpassingswetten Awb²⁰ heeft de wetgever getracht om de rechtsonzekerheid met betrekking tot de appellabiliteit van beslissingen in pkb'en en streekplannen weg te nemen. Bepaald werd dat een ieder beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak kon instellen tegen een pkb of een streekplan, voor zover één of meerdere onderdelen 'waren aan te merken als besluit in de zin van artikel 1:3 Awb'.²¹ Dat leverde echter niet de gewenste duidelijkheid

¹⁷ Art. 38 WRO (1985).

¹⁸ Na de inwerkingtreding van de Awb in 1994 konden pkb'en en streekplannen bovendien beleidsregels bevatten op grond waarvan weer een nieuwe vorm van juridische binding ontstond, omdat daarvan alleen in de in art. 4:84 Awb omschreven bijzondere omstandigheden kon worden afgeweken. Aangezien beleidsregels tevens worden aangemerkt als besluit in de zin van art. 1:3 Awb, was het eveneens de vraag of dat betekende dat daartegen op grond van de WRO in afwijking van de hoofdregel van de Awb wel rechtsbescherming openstond indien deze in pkb'en of streekplannen waren opgenomen.

¹⁹ Zie o.m. het overzicht bij Widdershoven en Van Buuren, De planologische kernbeslissing – juridische binding en rechtsgevolgen, Onderzoek in opdracht van Evaluatiecommissie WRO/Bro, 's-Gravenhage 1993, p. 44 e.v. en P.J.J. van Buuren, CH. Backes en A.A.J. de Gier, Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 1e druk, Kluwer 1994, p. 323-331.

²⁰ *Stb.* 1993, 650 (Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie).

²¹ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 69.

op, omdat daarmee nog niet duidelijk was wanneer beslissingen uit een pkb of streekplan als een dergelijk besluit konden worden aangemerkt. In de aanpassingswet was tevens bepaald dat tegen een bestemmingsplan geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond, voor zover dat bestemmingsplan zijn grondslag vond in beleidsbeslissingen uit streekplannen en pkb'en die als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb waren aan te merken. Daarmee werd beoogd doublures in de rechtsbescherming te voorkomen. Omdat onduidelijk was welke beleidsbeslissingen als besluit in de zin van art. 1:3 Awb konden worden aangemerkt, was onduidelijk welke delen van het bestemmingsplan hun grondslag daarin vonden en daarmee tevens onduidelijk tegen welke delen van het bestemmingsplan beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak openstond.²²

Met een wetswijziging van de WRO in 1999 heeft de wetgever de rechtsonzekerheid ten aanzien van de juridische binding van pkb'en en streekplannen zoveel mogelijk proberen weg te nemen door de figuur van de *'concrete beleidsbeslissing'* te introduceren.²³ Indien een beslissing in een pkb of streekplan als zodanig werd aangemerkt, dan verbond de WRO van 1999 daaraan het rechtsgevolg dat de bestuursorganen van 'lagere' overheden dergelijke concrete beleidsbeslissingen bij de vaststelling van hun plannen, waaronder bestemmingsplannen, in acht moesten nemen.²⁴ Ook werd bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen concrete beleidsbeslissingen opengesteld. Voor het overige werden pkb'en en streekplannen op de negatieve lijst van art. 8:5 Awb geplaatst.

Ter ondervanging van het verlies aan sturingsmogelijkheden voor het Rijk door het vervallen van het kroonberoep, heeft de minister in 1994 de bevoegdheid gekregen om de beslissing van GS over de goedkeuring van een bestemmingsplan te vervangen, indien het goedkeuringsbesluit kennelijk in strijd was met het nationale ruimtelijk beleid.²⁵

Met het zogenaamde NIMBY-wetje werd het juridisch instrumentarium voor Rijk en provincie verder uitgebreid om efficiënter planologische medewerking bij gemeentebesturen af te dwingen voor (provinciale en nationale)

²² P.J.J. van Buuren, CH.W. Backes en A.A.J. de Gier, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, 4e druk, Kluwer, 2002, p. 356.

²³ Art. 1 WRO (1999).

²⁴ Art. 52 lid 2 sub a WRO (1999).

²⁵ Art. 29 WRO 1994.

projecten met een NIMBY-karakter.²⁶ Rijk en provincie kregen in deze wet de bevoegdheid om ten behoeve van de verwezenlijking van projecten van bovengemeentelijk belang (NIMBY-projecten) die spoedig moesten worden verwezenlijkt en waarover de besluitvorming was vastgelopen, vrijstelling van het geldende bestemmingsplan te verlenen, indien het gemeentebestuur daaraan niet of onvoldoende meewerkte.²⁷ Een expliciete planologische grondslag in een pkb of een streekplan vereiste de WRO niet. Tevens kregen de minister en GS de bevoegdheid om de benodigde vergunningen voor de verwezenlijking van het NIMBY-project te verlenen.²⁸

In 2000 heeft de regering het plan opgevat om de WRO fundamenteel te herzien. Naast de onoverzichtelijkheid en slechte leesbaarheid die volgens de regering was ontstaan door de verschillende wetswijzigingen, is ook de wijze waarop in de WRO bovengemeentelijke sturing was geregeld een reden geweest om over te gaan tot een fundamentele herziening. De regering constateerde namelijk een schaalvergroting van vraagstukken en ontwikkelingen met een ruimtelijke dimensie. Die schaalvergroting werd mede veroorzaakt door de versterkte invloed van Europese milieurichtlijnen, zoals de M.e.r.-richtlijn, de Vogel- en Habitatrichtlijn en de Seveso-richtlijn,²⁹ op de ruimtelijke ordening. Ook de internationalisering van onder meer het mobiliteits-, milieu-, landbouw- en natuurbeleid hebben daaraan bijgedragen. Daardoor zijn beleid en normstelling in streekplannen en pkb'en steeds meer met elkaar vervlochten geraakt en hebben deze plannen een hybride karakter gekregen. Zoals de regering het zelf formuleerde: 'mede daardoor is rond pkb's en streekplannen een web van inspraak-, toetsings- en rechtsbeschermingsprocedures gesponnen.'³⁰ Daardoor staat bij de strategische planvorming de procedurele vormgeving voorop, terwijl het zou moeten gaan om de inhoudelijke afwegingen. De totstandkoming van ruimtelijke strategische visies werd volgens de regering dan ook te vaak door uitvoeringsaspecten opgehouden. Schaalvergroting van ruimtelijke vraagstukken, toenemende economische dynamiek en technologische ontwikkelingen noopten volgens de regering tot snellere, integrale en betere besluitvorming over de ruimtelijke inrichting van Nederland. De doorwerking van het nationale en provinciale ruimtelijke beleid naar

²⁶ *Kamerstukken II* 1992/93, 23 015, nr. 3, p. 2. In de MvT wijst de regering op het feit dat ter uitvoering van het aangescherpte milieubeleid NIMBY-maatregelen nodig zullen zijn. (NIMBY staat voor 'Not In My BackYard')

²⁷ Art. 40 WRO (1994).

²⁸ Op de verlening van deze vrijstelling en de vergunningen is een gecoördineerde procedure van toepassing.

²⁹ Zie ook paragraaf 4.2.1.

³⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 10.

bestemmingsplannen over de band van het hybride planstelsel in samenhang met de provinciale goedkeuring van bestemmingsplannen, aanwijzingen of de omslachtige Nimby-vrijstelling, achtte de regering om bovengenoemde redenen niet langer passend om de provinciale en nationale verantwoordelijkheden voor vraagstukken met een ruimtelijke dimensie waar te maken. Ook de meer verzakelijkte verhoudingen tussen overheid en burger en overheden onderling waren volgens de regering aanleiding om het bovengemeentelijke sturingsinstrumentarium opnieuw vorm te geven.

In de Wro (2008) is er dan ook voor gekozen om een strikte scheiding aan te brengen tussen beleidsvorming en normstelling. Ruimtelijke beleidsvorming op alle overheidsniveaus diende voortaan plaats te vinden door middel van de vaststelling van structuurvisies met een louter indicatief karakter. Vanwege het indicatieve karakter zijn er in de Wro (2008) geen wettelijke procedurevoorschriften³¹ opgenomen en zijn structuurvisies uitdrukkelijk uitgesloten van beroep.³²

Normstelling vindt in de Wro (2008) uitsluitend plaats door middel van de inzet van juridische instrumenten. De Wro gaat bij de toedeling van bevoegdheden uit van het beginsel van het *meest geschikte overheidsorgaan*, hetgeen wil zeggen dat normstelling geschiedt door het meest geschikte orgaan. Welk orgaan het meest geschikt is, hangt af van de aard van de problematiek en de schaal waarop een bepaald onderwerp moet worden geregeld. Het meest geschikte orgaan is het orgaan van het bestuursniveau dat het onderwerp doelmatiger en doeltreffender kan behartigen.

De idee van de Wro (2008) was aanvankelijk dat planologische normstelling in beginsel in het gemeentelijke bestemmingsplan zou plaatsvinden. Alleen indien bovengemeentelijke belangen daartoe noopten, zouden provinciebesturen en de minister(s) de bevoegdheden moeten hebben om met het oog op die belangen juridisch bindende randvoorwaarden en kaders te stellen of aanwijzingen te geven ten aanzien van de inhoud van bestemmingsplannen. Indien bovengemeentelijke ruimtelijke belangen geen beleidsruimte voor de bestemmingsplanwetgever meer laten bij de vaststelling van bestemmingsplannen, zouden provinciebesturen en de minister(s) ook

³¹ Bij een structuurvisie wordt aangegeven op welke wijze burgers en maatschappelijke organisaties bij de voorbereiding daarvan zijn betrokken (art. 2.1.1 Bro).

³² Structuurvisies zijn op de negatieve lijst ex art. 8:5 Awb geplaatst.

over de bevoegdheid moeten beschikken om het bestemmingsplan zelfstandig – zonder tussenkomst van de gemeenteraad – te wijzigen.

De regering introduceerde met het wetsvoorstel Wro (2008) een geheel ander sturingsinstrumentarium voor bovengemeentelijke overheden, waarmee zij hun eigen verantwoordelijkheden voor vraagstukken met een ruimtelijke dimensie zouden kunnen waarmaken. Onder de Wro (2008) verloopt de doorwerking van nationaal en provinciaal ruimtelijk beleid niet langer over de band van de provinciale goedkeuring, waarbij aan dat beleid (o.m. streekplannen en pkb'en) wordt getoetst. Het nationale en provinciale ruimtelijk beleid zal, voor zover het rechtstreeks bindend moet doorwerken naar bestemmingsplannen, moeten worden vertaald in juridisch bindende instructieregels, die de gemeenteraad bij de vaststelling van bestemmingsplannen in acht moet nemen.³³ Indien een instructieregel noopt tot herziening van een geldend bestemmingsplan, dan is de planwetgever verplicht om dat plan aan de instructieregel aan te passen. Volgens de regering zal het opnemen van ruimtelijke kwaliteitseisen of randvoorwaarden voor de ruimtelijke besluitvorming in instructieregels aan de betrokken regionale en lokale overheden en aan burgers duidelijkheid (en dus ook rechtszekerheid) verschaffen over de mate waarin en de wijze waarop die overheden gehouden zijn de beleidsdoelstellingen van provincie en/of Rijk te realiseren.

Indien provincie of Rijk in een specifiek geval op een specifieke locatie in een specifieke gemeente hun beleid bindend willen laten doorwerken in het bestemmingsplan, dan blijven de minister en GS bevoegd om de planwetgever een bindende planologische aanwijzing (instructie) te geven.³⁴

Naast de instructieregel- en instructiebevoegdheid kregen de minister(s) en PS de bevoegdheid om zelfstandig het bestemmingsplan te herzien door het vaststellen van een inpassingsplan. De gemeenteraad kan voor het desbetreffende plangebied gedurende 10 jaar geen bestemmingsplan vaststellen. Tot slot kregen de minister en GS de bevoegdheid om een reactieve aanwijzing te geven, indien een bestemmingsplan in strijd met provinciaal of nationaal ruimtelijk beleid wordt vastgesteld.³⁵ Het kan daarbij gaan om beleid dat is vervat in instructieregels, maar ook om beleid dat is geformuleerd in structuurvisies of andere beleidsdocumenten.

³³ Art. 4.1 en art. 4.3 Wro.

³⁴ Art. 4.2 en 4.4 Wro.

³⁵ Art. 3.8 leden 4, 6 en 7 Wro.

Ter compensatie van het verlies van de provinciale goedkeuringsbevoegdheid en de ministeriële vervangingsbevoegdheid werd in de loop van de parlementaire behandeling voorzien in de introductie van het instrument van de reactieve aanwijzing.³⁶ Hiermee kunnen GS en de minister ter voorkoming van een doorkruising van provinciale onderscheidenlijk nationale belangen interveniëren in een lopende bestemmingsplanprocedure. Een reactieve aanwijzing voorkomt dat onderdelen van een bestemmingsplan die bovengemeentelijke belangen doorkruisen in werking treden. Ook moeten GS onderscheidenlijk de minister zienswijzen tegen het ontwerpplan hebben kenbaar gemaakt die niet door de planwetgever zijn opgevolgd, tenzij de gemeenteraad wijzigingen heeft aangebracht ten opzichte van het ontwerpplan waarin GS of de minister zich niet kunnen vinden. De reactieve aanwijzing was oorspronkelijk bedoeld als *ultimum remedium*. De wetgever heeft dit ook in de wet tot uitdrukking gebracht door een extra motiveringseis op te nemen. Die eis houdt in dat alleen een reactieve aanwijzing kan worden gegeven als het aan de orde zijnde provinciale of nationale belang niet met behulp van andere bevoegdheden kan worden beschermd.

De Wro (2008) verschafte het Rijk het juridisch (sturings)instrumentarium om het toenemende aantal verplichtingen uit Europese milieuriichtlijnen en internationale verdragen met een ruimtelijke dimensie adequaat en efficiënt uit te voeren, toe te passen en te handhaven, waarmee het Rijk zijn verantwoordelijkheden voor nakoming van die verplichtingen (beter) zou kunnen waarmaken.³⁷ Daarnaast hebben Rijk en provincie in de Wro (2008) bevoegdheden gekregen om sturing te geven aan de toenemende ruimtebehoefte voor wonen, werken, infrastructuur, recreatie, water en natuur. Dit ontsteeg steeds meer het lokale niveau, waarbij vele belangen met elkaar strijden om de schaarse ruimte. De Wro (2008) voorziet daarom in bevoegdheden voor hogere overheidsniveaus (provincie en Rijk) 'om een goede afstemming van het ruimtelijk beleid op alle niveaus te waarborgen, effectief te sturen en kaders te stellen voor onderdelen van de ruimtelijke ordening die van provinciaal of nationaal belang zijn.'³⁸

Met het doorwerkingsstelsel van de Wro (2008) heeft de regering gepoogd het doorwerkingsstelsel van de WRO te vereenvoudigen. Volgens de regering is het nieuwe stelsel van bevoegdheden inzichtelijk en bevordert het de

³⁶ Kamerstukken II 2003/04, 28 916, nr. 15.

³⁷ Kamerstukken II, 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 45.

³⁸ Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 37.

rechtszekerheid, omdat vooraf duidelijk is aan welke randvoorwaarden een bestemmingsplan moet voldoen. Het maakte ingewikkelde en procedureel omslachtige figuren uit de WRO, zoals de NIMBY-regeling, de concrete beleidsbeslissing, het vervangingsbesluit en de goedkeuring achteraf, volgens de regering overbodig.³⁹ In de loop van de parlementaire behandeling zijn er echter mede onder druk van belangengroeperingen (overheden, NEPROM, etc.) wijzigingen aangebracht die het wettelijke stelsel, waaronder ook het stelsel van bovengemeentelijke sturing, hebben gecompliceerd ten opzichte van de oorspronkelijke bedoeling om dit stelsel te vereenvoudigen.

2.2 Factoren die hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het ruimtelijke ordeningsrecht: centraliserende tendens

De wetgever heeft o.m. vanwege de schaalvergroting van ruimtelijke vraagstukken en de invloed van het ruimtelijke relevante Europese milieurecht het bovengemeentelijke planologische instrumentarium steeds verder versterkt. Die bovengemeentelijke versterking van het sturingsmechanisme heeft de nodige regelcomplexiteit tot gevolg gehad. Ruimtelijke normstelling vond daardoor niet langer op gemeentelijk niveau plaats, maar kon steeds meer ook op provinciaal en nationaal niveau plaatsvinden.

Tot de fundamentele herziening van de Wro in 2008 bestond die complexiteit uit de vermenging van beleid en normstelling, waardoor de totstandkoming van beleid werd bemoeilijkt en belast vanwege de daarin opgenomen normstellende elementen. Die normstellende elementen waren de concrete beleidsbeslissingen in streekplannen en pkb'en, die de bestemmingsplanwetgever in acht moest nemen. Omdat er tegen concrete beleidsbeslissingen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond, werden deze na afloop van de beroepstermijn of na een uitspraak van de Afdeling onherroepelijk. Het bovengemeentelijke beleid en de daarin opgenomen normstellende elementen, werkte echter tot de inwerkingtreding van de Wro van 2008 nog steeds door naar bestemmingsplannen via het provinciale goedkeuringsvereiste, waarbij ieder bestemmingsplan door GS werd getoetst aan het recht en het bovengemeentelijke beleid. Het goedkeuringsvereiste van GS bleef daarbij onderwerp van rechterlijke toetsing.

³⁹ *Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 52.*

2.3 Vereenvoudigingspogingen

Met de fundamentele herziening van de Wro in 2008 is het stelsel van bovengemeentelijke sturing fundamenteel gewijzigd en daarmee getracht het stelsel te vereenvoudigen. De belangrijkste stelselwijzigingen van deze fundamentele herziening waren:

1. Het aanbrengen van een duidelijke scheiding tussen het ruimtelijk beleid van gemeenten, provincies en het Rijk enerzijds en het juridisch instrumentarium van deze overheden om dat beleid uit te voeren (normstelling) anderzijds; en
2. Versterking van juridisch instrumentarium van Rijk en provincies om hun ruimtelijk beleid rechtstreeks in bindende besluitvorming (instructieregels en inpassingsplannen) om te zetten ter vervanging van de doorwerking van het beleid via het provinciale goedkeuringsvereiste en de ministeriele vervangingsbevoegdheid.

Met deze wijzigingen heeft de wetgever beoogd om het stelsel te vereenvoudigen, maar in onze ogen heeft deze fundamentele herziening de regelcomplexiteit van het stelsel juist in belangrijke mate vergroot, met name waar het de versterking van het bovengemeentelijk juridisch instrumentarium betreft. Dat heeft in onze ogen een aantal oorzaken:

1. **Door het vervallen van het goedkeuringsvereiste is het bestemmingsplan onderwerp geworden van rechtelijke toetsing.** Daardoor is de rechtmatigheidstoetsing van het bestemmingsplan voorop komen te staan, waardoor de doelmatigheidstoetsing van het bestemmingsplan aan het provinciale en nationale beleid naar de achtergrond is verdwenen. Dat beleid kan nog wel de grondslag zijn voor een reactieve aanwijzing, maar omdat de bestemmingsplanwetgever – door de ontvlechting van beleid en normstelling – niet aan dat beleid is gebonden en dat beleid slechts bij de vaststelling van een bestemmingsplan hoeft te worden betrokken, heeft een reactieve aanwijzing weinig kans van slagen.
2. Om hun beleid toch naar bestemmingsplannen te laten doorwerken, zijn het Rijk en de provincies hun beleid, dat voorheen via het goedkeuringsvereiste doorwerkte naar het bestemmingsplan, gaan vertalen in **juridisch bindende instructieregels** die door de planwetgevers in acht moeten worden genomen. Daardoor zijn instructieregels bij de vaststelling van bestemmingsplannen een belangrijke rol gaan spelen bij de rechtmatigheidstoetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak. Aangezien GS ook een doelmatigheidstoetsing moesten verrichten, waarbij zij de nodige

beleidsruimte hadden, was de toetsing van de Afdeling van het goedkeuringsbesluit in zoverre terughoudender dan de toetsing van het bestemmingsplan aan de geldende instructieregels. Omdat instructieregels door bestemmingsplanwetgevers in acht moeten worden genomen en zij daarvan niet kunnen afwijken, maar bij de vaststelling van instructieregels niet alle situaties op voorhand kunnen worden overzien, bevatten de meeste instructieregels de bevoegdheid voor GS of de minister om daarvan in bijzondere omstandigheden op aanvraag van B&W ontheffing te verlenen.⁴⁰ Tegen een weigering kunnen alleen B&W beroep instellen.⁴¹ Een dergelijk ontheffingsstelsel compliceert het wettelijke stelsel. Met het oog op de flexibiliteit zijn in instructieregels bovendien veelal bestuursbevoegdheden opgenomen, zoals bevoegdheden voor GS of de minister om instructieregels uit te werken of de bevoegdheid om de begrenzing van het gebied waar deze van toepassing zijn aan te passen. Dat roept weer juridische vragen op over de appellabiliteit van dergelijke uitvoeringsbesluiten, waarbij van belang is of de uitoefening van deze bestuursbevoegdheden moeten worden beschouwd als concretiserende besluiten van algemene strekking of (wijziging of uitwerking van) algemeen verbindende voorschriften.⁴² Ook daardoor is het systeem complexer geworden.

3. Ook de mogelijkheid om geldende **bestemmingsplannen exceptief door de Afdeling bestuursrechtspraak aan instructieregels te laten toetsen**, kan de (gevolgen van) regelcomplexiteit vergroten. Ten gevolge van die exceptieve toetsing kan een bestemmingsplan (of onderdeel daarvan) wegens evidente strijdigheid met een instructieregel door de Afdeling bestuursrechtspraak onverbindend worden verklaard of buiten toepassing worden gelaten.⁴³ Wanneer bijvoorbeeld een omgevingsvergunning voor een bouwplan dat past binnen het geldende bestemmingsplan wordt verleend, maar dat bestemmingsplan (evident) in strijd met een instructieregel is vastgesteld, dan kan het bestemmingsplan in een

⁴⁰ Om te voorkomen dat het formuleren van zeer restrictieve instructieregels met een zeer ruime ontheffingsbevoegdheid de facto zou neerkomen op een verkapte goedkeuringsbevoegdheid voor GS, heeft de wetgever de ontheffingsmogelijkheid strikt geclausuleerd. Deze kan uitsluitend in een provinciale verordening worden opgenomen, voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met die regels te dienen provinciale belangen.

⁴¹ Zie voor procedurele complexiteit die dit met zich brengt bijvoorbeeld: ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3094, AB 2014/459, m.n.t. D. Korsse.

⁴² Zie o.m. ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4454, N/JB 2020/191.

⁴³ Zie o.m. ABRvS 27 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4266 en ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, TBR 2020/53, m.nt. H.J. de Vries.

beroepsprocedure tegen de desbetreffende omgevingsvergunning voor bouwen in zoverre onverbindend worden verklaard of buiten toepassing worden gelaten, waardoor de vergunning voor het bouwplan niet langer in overeenstemming is met het bestemmingsplan en zal moeten worden geweigerd.⁴⁴ Overigens kunnen instructieregels zelf ook exceptief worden getoetst aan hoger recht, zoals wetten in formele zin en EU-recht.⁴⁵ Dat maakt dat in het kader van beroepsprocedures tegen gemeentelijke planologische besluiten die mogelijk in strijd met instructieregels zijn vastgesteld, ook deze instructieregels bij wijze van exceptieve toetsing aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd en door hem onverbindend kunnen worden verklaard of buiten toepassing worden gelaten.

4. De bevoegdheid tot het vaststellen van voorbereidingsbesluiten, instructieregels, rechtstreeks werkende lid 3-regels, het verlenen van ontheffingen, het vaststellen van inpassingsplannen en het geven van reactieve aanwijzingen door de minister en het provinciebestuur, kunnen de geldende planologische besluiten van het gemeentebestuur en/of de bevoegdheid om dergelijke besluiten vast te stellen rechtstreeks beïnvloeden. Om te kunnen bepalen welke gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie zijn toegestaan of zouden kunnen worden toegestaan, zal een rechtzoekende burger dan ook het samenstel van deze onderling samenhangende en elkaar beïnvloedende regels en besluiten moeten doorgronden. De regelcomplexiteit wordt nog vergroot door het feit dat het provinciebestuur bij de uitoefening van zijn bevoegdheden de nationale regels en besluiten in acht zal moeten nemen, zodat er ook een interferentie is tussen provinciale en nationale bevoegdheidsuitoefening. Het stelsel gaat dan ook uit van op **verschillende overheidslagen met elkaar samenhangende en elkaar beïnvloedende juridisch bindende regels en besluiten die in onderling samenhang uiteindelijk de gebruiksmogelijkheden van de grond op een bepaalde locatie bepalen**. Dat maakt het stelsel complex. Rond bestemmingsplannen is dan ook een web van voorbereidingsbesluiten, provinciale en nationale instructieregels, rechtstreeks werkende regels, ontheffingsbevoegdheden, inpassingsplannen en reactieve aanwijzingen, met bijhorende (exceptieve) toetsings- en rechtsbeschermingsprocedures gesponnen, dat

⁴⁴ Wanneer een bestemmingsplan bij wijze van exceptieve toetsing onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt verklaard, is het de vraag welk planologisch regime in dat geval geldt. De wet geeft daarover geen uitsluitel. Zie ook D. Korsse en R. Widdershoven, Het Unierecht en de doorwerking van interbestuurlijke regels in het ruimtelijk bestuursrecht, in: P. van Buuren, F. Groothuise, D. Korsse e.a. (red.), *Toonbeelden. Gedachte over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier*, Deventer, Kluwer 2013, p. 18-19.

⁴⁵ Zie o.m. ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4454, *NJB* 2020/191 en ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2331, *TBR* 2018/5, m.nt. Heutink.

voor de rechtzoekende burger lastig is te doorgronden. Het stelsel gaat uit van verschillende lagen van met elkaar samenhangende juridisch bindende regels die in onderlinge samenhang de gebruiksmogelijkheden van de grond bepalen.

- Bestuursorganen van Rijk en provincie hebben verschillende normstellende instrumenten om hun nationale onderscheidenlijk provinciale ruimtelijke belangen te laten doorwerken naar de planologische besluitvorming van bestuursorganen van een 'lagere' overheidslaag. **Dat roept ook vragen op over hoe de verschillende normstellende ruimtelijke ordeningsinstrumenten zich tot elkaar verhouden.** De Afdeling heeft daarover regelmatig in haar uitspraken duidelijkheid moeten verschaffen. Bijvoorbeeld over de extra motiveringseis voor het gebruik van de reactieve aanwijzingsbevoegdheid op grond waarvan een reactieve aanwijzing alleen kan worden gegeven indien gemotiveerd wordt waarom het bovengemeentelijke belang met het oog waarop de reactieve aanwijzing wordt gegeven niet met andere instrumenten kan worden beschermd. De Afdeling stelt geen hoge eisen aan deze motiveringseis. De reactieve aanwijzing kan ook worden gebruikt om instructieregels te handhaven en wordt door de Afdeling dan ook niet gezien als een alternatief voor het vaststellen van instructieregels. Ook de proactieve aanwijzing en de inpassingsplanbevoegdheid acht de Afdeling geen reële alternatieven voor het weren van bestemmingsplanregelingen die bovengemeentelijke belangen doorkruisen.⁴⁶ In een andere uitspraak oordeelde de Afdeling dat het geven van een reactieve aanwijzing niet in de weg staat aan het instellen van beroep door GS of de minister tegen een bestemmingsplan dat is vastgesteld na vernietiging van een reactieve aanwijzing door de Afdeling.⁴⁷ Ook heeft de Afdeling de vraag beantwoord of met een proactieve aanwijzing kan worden afgeweken van provinciale instructieregels. Volgens de Afdeling is dat niet mogelijk, omdat dit in strijd is met het stelsel van de Wro. Bovendien zou daarvoor een uitdrukkelijke wettelijke grondslag nodig zijn.⁴⁸ In de literatuur is de vraag opgeworpen of een reactieve aanwijzing is te combineren met een proactieve aanwijzing.⁴⁹

⁴⁶ Zie o.m. ABRvS 19 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8572 en ABRvS 2 februari 2010, *BR* 2011/73 m.nt. W.J. Bosma.

⁴⁷ ABRvS 10 oktober 2012, *AB* 2012, 396, m.nt. A.G.A Nijmeijer en 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:324.

⁴⁸ ABRvS 16 september 2015, *AB* 2015/430, m.nt. D. Korsse

⁴⁹ P.J.J. van Buuren, A.G.A Nijmeijer en J. Robbe, Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht, 10e druk, Kluwer Deventer 2017, p. 325-326. Auteurs achten dit niet mogelijk omdat afd. 3.4 Awb die van toepassing is op de voorbereiding van de proactieve aanwijzing niet binnen de termijn die voor de reactieve aanwijzing geldt (6 weken) kan worden doorlopen.

6. Extra complicerende factor is dat de **ruimtelijke belangen van gemeentebestuur, provinciebestuur en de regering complementair** kunnen zijn,⁵⁰ zodat bestuursorganen van verschillende overheden met het oog op dezelfde ruimtelijke belangen hun bevoegdheden kunnen aanwenden, zonder dat de bovengemeentelijke ruimtelijke belangen ter behartiging waarvan die bevoegdheden kunnen worden ingezet in de wet zijn gespecificeerd. Het enige wettelijke vereiste is dat de uitoefening van deze bovengemeentelijke bevoegdheden noodzakelijk moeten zijn met het oog op nationale onderscheidenlijk provinciale ruimtelijke belangen. Deze ruime afbakening van bovengemeentelijke belangen biedt de hogere overheden veel ruimte om de ruimtelijke ordening op 'lagere' overheidsniveaus te sturen, te beïnvloeden en te bepalen. Deze wijze van afbakening van bevoegdheden beperkt de wettelijke regelcomplexiteit, omdat bij of krachtens de wet geen gedetailleerde afbakeningsregels hoeven te worden gesteld. Bij de toepassing in concrete gevallen kan dit echter leiden tot meer complexiteit, omdat steeds zal moeten worden beoordeeld of de wettelijke afbakeningsclausule juist is toegepast. Een 'eenvoudige' wettelijke regeling voor de afbakening van bevoegdheden leidt met andere woorden tot meer complicaties in de toepassing van deze regeling en de rechterlijke toetsing van die toepassing.

Hoewel de fundamentele herziening van de WRO (Wro 2008) op bovengenoemde aspecten in onze ogen de regelcomplexiteit heeft vergroot, heeft het aanbrengen van een duidelijke scheiding tussen beleid en normstelling naar onze mening ook een vereenvoudiging met zich gebracht. Door de ontvlechting van beleid en normstelling kunnen er — behoudens beleidsregels waarvan toch zeker een juridische binding vanuit gaat — geen juridisch bindende elementen in ruimtelijke beleidsdocumenten (structuurvisies) worden opgenomen. Deze beleidsdocumenten zijn ook niet bindend voor ruimtelijke besluit- en beleidsvorming van 'lagere overheden'.⁵¹ Bovendien is buiten twijfel gesteld dat tegen deze beleidsdocumenten of elementen daarvan geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

⁵⁰ Zij bestaan naast elkaar en vullen elkaar aan. Zie o.m. *Kamerstukken I* 2005/06, 28 916, nr. C, p. 4. Zie ook ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452, r.o. 175 en 176 en ABRvS 21 april 2010, AB 2010/140 m.nt. A.A.J. de Gier.

⁵¹ Bestuursorganen van 'lagere overheden' hoeven structuurvisies van 'hogere' overheden slechts in de afweging te betrekken. Zie o.m. ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8558, AB 2013/134, m.nt. D. Korsse en ABRvS 27 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1832, AB 2010/335, m.nt. A.A.J. de Gier.

3. Spanning tussen snelheid/flexibiliteit en rechtszekerheid

3.1 Het belang van de rechtszekerheid en flexibiliteit en het spanningsveld daartussen

3.1.1 Rechtszekerheid

De rechtszekerheid stelt grenzen aan de flexibiliteit die door een bestemmingsplan kan worden geboden.⁵² Het rechtszekerheidsbeginsel vereist namelijk dat algemene verbindende voorschriften voldoende bepaald zijn om voor rechtssubjecten als toekomstig richtsnoer voor concreet handelen te kunnen dienen. Rechtssubjecten moeten uit deze voorschriften hun rechtspositie kunnen afleiden.

In de ruimtelijke ordening staat het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit van oudsher centraal. In het wettelijke stelsel van de ruimtelijke ordening is aan rechtszekerheid door de wetgever- en in navolging daarvan door de rechter – grote betekenis toegekend. Dat verbaast niet, omdat het wettelijke stelsel – in het bijzonder het bestemmingsplan – voorziet in een juridisch instrumentarium dat een vergaande inbreuk kan maken op het eigendomsrecht van grondeigenaren. Grondgebruik dat niet in overeenstemming is met het bestemmingsplan is immers verboden, tenzij daarvoor uitdrukkelijk toestemming is verleend door het bevoegd gezag.

De andere kant van het wettelijke stelsel is dat grondgebruik dat in overeenstemming is met het bestemmingsplan zonder meer is toegestaan en dus niet door het bevoegd gezag kan worden geweerd. Dit komt ook tot uitdrukking in het limitatief imperatieve stelsel van het toetsingskader voor bouw- en aanlegvergunningen, waarvan het bestemmingsplan onderdeel uitmaakt. Indien aanvragen om dergelijke vergunningen met het bestemmingsplan in overeenstemming zijn, dan kunnen deze niet om planologische redenen worden geweigerd. Het bevoegd gezag heeft daarbij geen beleidsruimte; het betreft een zogenaamde gebonden beschikking. Het bestemmingsplan geeft dan ook een rechtstreekse bouwtitel. Daardoor is het vaststellen van globale (eind) plannen, die de grondgebruiker veel gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden laten, zeker in gebieden waar al veel bestaande belangen gevestigd zijn, lastig. De door het bestemmingsplan rechtstreeks toegestane gebruiks- en bebouwingsmogelijkheden zijn immers zonder meer toegestaan en kunnen door de overheid niet worden geweerd of worden bijgestuurd.

⁵² Zie voor dit klassieke spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid in de ruimtelijke ordening: H.J. de Vries, *De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid* (diss. UU), Kluwer 1996.

Overheden en burgers kunnen daardoor geconfronteerd worden met ongewenste ruimtelijke ontwikkelingen. Dat leidt in veel gevallen tot gedetailleerde bestemmingsplanregelingen.

Het feit dat gebruiksmogelijkheden die het bestemmingsplan bij recht toestaat niet kunnen worden geweerd, kan ook de herziening van geldende bestemmingsplannen belemmeren, indien die herziening beoogt bestaande, maar nog niet gerealiseerde gebruiksmogelijkheden waarin het nog geldende bestemmingsplan voorziet, te laten vervallen. Alvorens een nieuw bestemmingsplan in werking treedt moet namelijk de bestemmingsplan-procedure worden doorlopen. Voorafgaand en gedurende die procedure kunnen grondeigenaren de nog niet gerealiseerde gebruiksmogelijkheden die het geldende plan biedt, maar die in het nieuwe bestemmingsplan zullen komen te vervallen, nog benutten. Daardoor kan de realisering van de nieuwe bestemming worden bemoeilijkt of gefrustreerd. Om dat te kunnen voorkomen voorziet de wet al sinds de WRO van 1962 in een systeem van voorbereidingsbescherming, dat het toekomstige bestemmingsplan tegen de benutting van deze bestaande gebruiksmogelijkheden moet beschermen. Daartoe is aan de gemeenteraad de bevoegdheid toegekend om een voorbereidingsbesluit te nemen, waarin voorschriften kunnen worden gesteld ter bescherming van de toekomstige bestemming.⁵³ Het voorbereidingsbesluit heeft tot gevolg dat binnen het gebied waar dit besluit van toepassing is, vergunningaanvragen voor bouwen en aanleggen (andere werken en werkzaamheden) die op grond van het nog geldende bestemmingsplan niet kunnen worden geweigerd (en vanwege het limitatief imperatieve stelsel moeten worden verleend), moeten worden aangehouden.⁵⁴ Het voorbereidingsbesluit vervalt indien er niet binnen één jaar na dagtekening een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd. Los van het voorbereidingsbesluit geldt er voor vergunningaanvragen voor bouwen en aanleggen die op grond van het nog geldende bestemmingsplan niet kunnen worden geweigerd van rechtswege een aanhoudingsplicht, indien er een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd.

3.1.2 Flexibiliteit

Bestemmingsplannen moeten enerzijds rechtszekerheid bieden aan de burger omtrent de gebruiksmogelijkheden van de grond, anderzijds zal een bestemmingsplan ruimte moeten bieden voor nieuwe ruimtelijke

⁵³ Art. 3.7 Wro.

⁵⁴ Art. 3.3 Wabo.

ontwikkelingen. De regering heeft dit reeds bij de ontwikkeling van de WRO in de jaren '60 onderkend en in de WRO (1962) de volgende binnenplanse flexibiliteitsinstrumenten opgenomen:

- De **uitwerkingsplicht** op grond waarvan B&W een bestemming met inachtneming van de in het moederplan opgenomen uitwerkingsregels moeten uitwerken;⁵⁵
- De **wijzigingsbevoegdheid** op grond waarvan B&W een bestemming met inachtneming van de in het moederplan opgenomen wijzigingsregels kunnen uitwerken;⁵⁶
- De **nadere eisenbevoegdheid** op grond waarvan B&W ten aanzien van in het plan omschreven onderwerpen nadere eisen kunnen stellen;⁵⁷ en
- De **binnenplanse vrijstellingsbevoegdheid** op grond waarvan B&W van de bij het plan te geven bestemmingsplanvoorschriften vrijstelling kan verlenen.⁵⁸

Door de inzet van deze flexibiliteitsinstrumenten kunnen ruimtelijke ontwikkelingen met behulp van een eenvoudigere en snellere procedure tot stand worden gebracht. Naast het voorschrijven van een kortere totstandkomingsprocedure voor de uitoefening van deze bevoegdheden, wordt een procedurele versnelling tevens bereikt door deze bevoegdheden te beleggen bij B&W.⁵⁹ Tot de fundamentele wijziging van de Wro 2008 moesten uitwerkings- en wijzigingsplannen – evenals bestemmingsplannen – worden goedgekeurd door GS. Inhoudelijk zijn deze flexibiliteitsinstrumenten – op enkele tekstuele wijzigingen na – in daaropvolgende wetwijzigingen ongewijzigd gebleven.

Naast de binnenplanse flexibiliteit heeft de wetgever in 1962 reeds voorzien in de mogelijkheid om door middel van de verlening van een vrijstelling buitenplans van het bestemmingsplan af te wijken. De WRO 1962 voorzag reeds in een algemene vrijstellingsbevoegdheid op grond waarvan B&W vooruitlopend op een bestemmingsplanherziening voor de realisering van een bepaald project alvast vrijstelling van het bestemmingsplan kon verlenen.⁶⁰ Het anticipatieve karakter stond lange tijd voorop, aangezien

⁵⁵ Art. 11 WRO, na de wetwijziging van 2008: art. 3.6 lid 1 sub b Wro.

⁵⁶ Art. 11 WRO, na de wetwijziging van 2008: art. 3.6 lid 1 sub a Wro.

⁵⁷ Art. 15 lid 1 sub b WRO, na de wetwijziging van 2008: art. 3.6 lid 1 sub d Wro.

⁵⁸ Art. 15 lid 1 sub b WRO, na de wetwijziging van 2008: art. 3.6 lid 1 sub c Wro.

⁵⁹ De gemeenteraad kon deze bevoegdheid tot de wijziging van Wro 2008 aan zichzelf houden.

⁶⁰ Vereist was dat er een voorbereidingsbesluit was genomen of een ontwerp-herziening van het bestemmingsplan ter inzage was gelegd. Zie art. 19 WRO 1962.

de vrijstelling tot 2000 uitsluitend kon worden verleend als er voor het desbetreffende gebied een voorbereidingsbesluit gold of een ontwerpbestemmingsplan ter inzage was gelegd.

Vanwege de alsnog snellere maatschappelijke ruimtelijke ontwikkelingen is de behoefte aan flexibiliteit steeds groter geworden. Die behoefte wordt nog versterkt door de opkomst van concepten als uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling. Daardoor wordt het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit vergroot, hetgeen ook geleid heeft tot een vergroting van de regelcomplexiteit, zoals hierna zal worden betoogd.

3.2 Flexibiliteitsinstrumenten

Vanwege de behoefte aan flexibiliteit voorziet de ruimtelijke ordeningswetgeving al sinds haar totstandkoming in flexibiliteitsinstrumenten, waarmee ruimtelijke keuzes vooruit kunnen worden geschoven, veranderingen kunnen worden mogelijk gemaakt en uitzonderingen of afwijkingen van het bestemmingsplan kunnen worden toegestaan. Deze instrumenten maken het mogelijk om relatief snel in te spelen op veranderingen, omdat de procedures voor de inzet van deze instrumenten korter zijn dan bestemmingsplanherziening en B&W doorgaans bevoegd zijn om deze instrumenten in te zetten.

Flexibiliteitsinstrumenten staan op gespannen voet met de rechtszekerheid die het bestemmingsplan moet bieden en waaraan in het ruimtelijke ordeningsrecht van oudsher veel belang wordt toegekend. De inzet van flexibiliteitsinstrumenten is of moet op grond van de wet dan ook met het oog op de rechtszekerheid worden begrensd.

Flexibiliteitsinstrumenten compliceren het wettelijke ruimtelijke ordeningssysteem, omdat ruimtelijke ontwikkelingen niet alleen via een herziening van het bestemmingsplan kunnen worden mogelijk gemaakt, maar ook door de inzet van verschillende flexibiliteitsinstrumenten, waarvoor afzonderlijke totstandkomings- en rechtsbeschermingsprocedures (kunnen) gelden en die bovendien een verschillend toepassingsbereik hebben. Daarbij komt dat het aantal flexibiliteitsinstrumenten talrijk is, waarbij de verhouding tussen die instrumenten niet altijd duidelijk is, zeker niet voor een leek.

3.2.1 Binnenplanse flexibiliteit

De mogelijkheid om flexibiliteitsinstrumenten⁶¹ in een bestemmingsplan op te nemen, leidt om verschillende redenen tot regelcomplexiteit. In de

⁶¹ Zie art. 3.6 Wro. In par. 2.1 zijn deze flexibiliteitsinstrumenten reeds beschreven.

eerste plaats omdat voor ruimtelijke ontwikkelingen die met toepassing van binnenplanse flexibiliteitsinstrumenten mogelijk worden gemaakt twee besluiten nodig zijn: allereerst vaststelling van het moederplan waarin een flexibiliteitsinstrument met bijhorende regels is opgenomen en vervolgens het gebruik maken van dat instrument op een later moment. Dat roept de vraag op hoe deze besluiten zich tot elkaar verhouden. Niet in de laatste plaats, omdat tegen beiden besluiten bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

In de tweede plaats moet de inzet van flexibiliteitsbevoegdheden op grond van de Wro in bestemmingsplannen waarin deze bevoegdheden zijn opgenomen worden begrensd. De (rechtmatige) uitoefening van flexibiliteitsbevoegdheden is daarmee afhankelijk van de in het bestemmingsplan opgenomen clausulerende regels, waardoor de ruimtelijke ordeningswetgeving wordt gecompliceerd. Daarbij is van belang dat de wet nauwelijks eisen stelt aan de regels die ter clausulering van flexibiliteitsbevoegdheden in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen. Alleen ten aanzien van de uitwerkingsplicht eist het Bro sinds 1985 dat het bestemmingsplan en de daarin opgenomen uitwerkingsregels voldoende inzicht moeten bieden in de toekomstige ontwikkeling van het plangebied.⁶² In de rechtspraak daarentegen worden aan deze clausulerende regels in verband met de rechtszekerheid des te meer eisen gesteld.

In de rechtspraak worden met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel talrijke aanvullende eisen gesteld aan het opnemen van flexibiliteitsinstrumenten, de objectieve begrenzing daarvan in het bestemmingsplan en het gebruik van deze instrumenten. Hoewel deze jurisprudentiële eisen voortvloeien uit het systeem van de Wro, hebben deze buitenwettelijke eisen de toepassing van de ruimtelijke ordeningsregelgeving gecompliceerd, omdat daarmee aanvullende eisen worden gesteld aan de uitoefening van de wettelijke bevoegdheden, die voor een rechtzoekende burger niet op voorhand kenbaar zijn uit de wet. Bovendien moeten deze algemene eisen veelal worden afgeleid uit een reeks van rechterlijke uitspraken, die in beginsel slechts betrekking hebben op het specifieke geschil dat in de desbetreffende zaak aan de rechter is voorgelegd.⁶³ Dat maakt het ruimtelijke ordeningsrecht voor de rechtzoekende burger lastig te doorgronden.

⁶² Art. 3.1.4 Bro, voorheen art. 11 WRO jo. art. 13 Bro'85.

⁶³ In de laatste jaren doet de Afdeling bestuursrechtspraak steeds vaker voorlichtende uitspraken en overzichtsuitspraken. Daardoor wordt de kenbaarheid van rechtersrecht vergroot.

In de rechtspraak zijn nadere eisen gesteld aan de regels die in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen ter begrenzing van de flexibiliteitsbevoegdheden. Deze regels moeten op grond van deze rechtspraak de uitoefening van de flexibiliteitsbevoegdheden objectief begrenzen.⁶⁴ Dat wil zeggen dat grondgebruikers uit de regels in voldoende mate moeten kunnen afleiden waartoe uitoefening van de bevoegdheid kan leiden.

Voor de uitwerkingsplicht betekent dit dat in voldoende mate inzicht moet worden geboden over de al dan niet op grond van de flexibiliteitsbevoegdheden toegelaten bouw- en gebruiksmogelijkheden. De mate waarin dat inzicht moet worden verschaft is volgens de Afdeling afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij de inrichting van het gebied en de aldaar gevestigde belangen van belang zijn. Hoe meer gevestigde belangen in het uit te werken plangebied, des te hoger de eisen aan het inzicht in de hoofdlijnen van de toekomstige ontwikkeling van het gebied.⁶⁵ Bovendien leidt de Afdeling uit het rechtszekerheidsbeginsel af dat een uitwerkingsplicht onvoorwaardelijk moet worden geformuleerd en niet afhankelijk mag worden gesteld van een onzekere toekomstige gebeurtenis.⁶⁶

Voor de wijzigingsbevoegdheid leidt de Afdeling uit het rechtszekerheidsbeginsel af dat op grond van de wijzigingsregels voldoende duidelijk moet zijn in welke gevallen en op welke wijze gebruik kan worden gemaakt van de wijzigingsbevoegdheid. Of dat zo is hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de Afdeling onder meer belang hecht aan de aard van de wijziging, de omvang van het plangebied en de aanleiding voor het opnemen van de wijzigingsbevoegdheid.⁶⁷ Wijzigingsbevoegdheden mogen volgens al wat oudere rechtspraak niet leiden tot ingrijpende wijziging van de structuur van het plan,⁶⁸ omdat daardoor de verdergaande waarborgen die belanghebbenden bij een planherziening hebben, zouden worden omzeild. Omdat deze toetsingsmaatstaf lastig te hanteren is, wordt deze in recentere rechtspraak niet vaak meer aangetroffen.⁶⁹

⁶⁴ Zie daarover uitbreider: H.J. de Vries, *De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid*, Kluwer 1994.

⁶⁵ ABRvS 27 februari 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AD9752.

⁶⁶ Zie o.m. ABRvS 4 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2205:AT5109.

⁶⁷ Zie o.m. ABRvS 26 augustus ECLI:NL:RVS:2009:BJ6078, ABRvS 17 augustus 2011, *BR* 2011/187 en ABRvS 21 april 2010, *AB* 2010/163, m.nt. A.A.J. de Gier.

⁶⁸ Zie KB 12 juli 1984, *BR* 1984/994 en KB 26 september 1989, *BR* 1990/201.

⁶⁹ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, p. 51. Of sprake is van een ingrijpende wijziging van de structuur van een bestemmingsplan is wederom afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Ook het toepassingsbereik van de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid is in de jurisprudentie beperkt tot de afwijking van de regels die in verband met de bestemming zijn gesteld. Een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid mag volgens deze jurisprudentie dan ook niet leiden tot een onomkeerbare wijziging van de bestemming zelf.⁷⁰ Daarvoor is een met meer waarborgen omkleedde vaststelling van een wijzigingsplan door B&W of – wanneer het een zeer ingrijpende planologische wijziging betreft – een herziening van het bestemmingsplan door de gemeenteraad noodzakelijk. In de jurisprudentie is dan ook een rangorde ontstaan tussen de verschillende bevoegdheden om een wijziging van het geldende planologische regime te bewerkstelligen.⁷¹ Naarmate een wijziging ten opzichte van het geldende planologische regime ingrijpender is, zal de bevoegdheid waarmee die wijziging wordt mogelijk gemaakt met meer waarborgen omkleed moeten zijn. Het gaat daarbij niet alleen om waarborgen van procedurele aard, maar ook om waarborgen die verband houden met democratische legitimatie van besluitvorming.

De Afdeling bestuursrechtspraak gaat er in haar jurisprudentie vanuit dat met het opnemen van een flexibiliteitsinstrument in een bestemmingsplan het gebruik maken daarvan binnen de in het moederplan opgenomen regels in beginsel planologisch aanvaardbaar is. Dat betekent dat de Afdeling eist dat de gemeenteraad bij de beoordeling van de (planologische) aanvaardbaarheid van het opnemen van een flexibiliteitsinstrument in een bestemmingsplan moet uitgaan van de maximale planologische mogelijkheden die met toepassing van dat instrument – met in achtneming van de daarvoor geldende regels – kunnen worden toegestaan. Dat wil niet zeggen dat altijd ook gebruik kan worden gemaakt van de flexibiliteitsinstrumenten die een bestemmingsplan biedt, aangezien bij gebruikmaking daarvan altijd moet worden getoetst of gewijzigde omstandigheden toch niet leiden tot strijd met een goede ruimtelijke ordening. Als dat het geval is, kan er alsnog geen gebruik worden gemaakt van een flexibiliteitsinstrument. Sinds de wetwijziging van 2008 kan een instructieregel die is vastgesteld na de vaststelling van een bestemmingsplan bijvoorbeeld alsnog in de weg staan aan de uitoefening van flexibiliteitsbevoegdheden die in bestemmingsplannen zijn opgenomen.

⁷⁰ Zie o.m. ABRvS 2 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS4706.

⁷¹ P.J.J. van Buuren e.a., Hoofdlijnen ruimtelijke bestuursrecht, 10e druk, Wolters Kluwer, Deventer 2017, p. 47.

Een extra complicerende factor is dat de bestuursrechter niet alleen in bestemmingsplanprocedures toetst of de wijze waarop de daarin opgenomen flexibiliteitsbevoegdheden zijn geclausuleerd voldoet aan de bovengenoemde jurisprudentiële (rechtszekerheids)eisen, maar dat de bestuursrechter ook in het kader van een beroepsprocedure tegen de uitoefening van de flexibiliteitsbevoegdheden het opnemen van deze bevoegdheden in het moederplan en de clausulering daarvan nog exceptief zal toetsen,⁷² indien de beroepsgronden daartoe aanleiding geven.⁷³

3.2.2 Beleidsregels

Naast bovengenoemde flexibiliteitsbevoegdheden kan het gemeentebestuur ook flexibiliteit inbouwen door in beoordelingsregels die in het bestemmingsplan worden opgenomen voor de uitoefening van de binnenplanse flexibiliteitsbevoegdheden en de verlening van omgevingsvergunningen voor bouw- en aanlegactiviteiten te verwijzen naar wetsinterpreterende beleidsregels. Door dynamisch te verwijzen naar beleidsregels kunnen begrippen of normen die in beoordelingsregels zijn gehanteerd eenvoudig en snel worden aangepast door de wijziging van een beleidsregel, zonder dat daarvoor de bestemmingsplanprocedure hoeft te worden doorlopen en zonder dat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.⁷⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze constructie geaccepteerd.⁷⁵ De beoordelingsregels — al dan niet in combinatie met beleidsregels waarnaar wordt verwezen — zullen voldoende inzichtelijk moeten maken in welke gevallen en onder welke voorwaarden de binnenplanse omgevingsvergunning zal worden verleend.⁷⁶ Een goede illustratie daarvan kan worden gevonden in een uitspraak van 26 april 2017.⁷⁷ In die uitspraak acht de Afdeling een planregel op grond waarvan een omgevingsvergunning voor het bouwen van bouwwerken alleen kan worden verleend indien wordt voorzien in voldoende parkeergelegenheid, in strijd met de rechtszekerheid, omdat uit het plan zelf noch uit een

⁷² ABRvS 21 augustus 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE6707 en ABRvS 31 mei 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB 2265.

⁷³ Art. 8:69 Awb.

⁷⁴ Art. 8:3 Awb.

⁷⁵ Uit de uitspraak van 9 september 2015 blijkt dat de Afdeling accepteert dat in bestemmingsplanregels die dienen als toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor bouwen (in ieder geval t.a.v. parkeer-normen) dynamisch wordt verwezen naar beleidsregels. ABRvS 9 september 2015 ECLI:NL:RVS:2015:2837, AB 2015/337, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Duidelijk zal moeten zijn naar welke beleidsregels wordt verwezen: ABRvS 8 maart 2017, AB 2017/133, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

⁷⁶ Eerder is reeds opgemerkt dat de rechtspraak op grond van het rechtszekerheidsbeginsel eist dat binnenplanse flexibiliteitsbevoegdheden in het bestemmingsplan voldoende objectief worden begrensd.

⁷⁷ ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1152, BR 2017/63, m.nt. Breeman en Backer.

wetsinterpreterende beleidsregel⁷⁸ kan worden afgeleid in welke gevallen sprake is van 'voldoende parkeergelegenheid'. De Afdeling overweegt:

'De Afdeling verwijst in dit verband naar haar uitspraken van 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1862, en van 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2851. Uit de genoemde uitspraken volgt dat in een planregel die beoogt te waarborgen dat wordt voorzien in voldoende parkeerplaatsen, duidelijk moet worden aangegeven aan welke normen of – indien toepassing wordt gegeven aan artikel 3.1.2, tweede lid, onder a, van het Bro – aan welke beleidsregels moet worden getoetst.'

In dezelfde uitspraak beoordeelt de Afdeling een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid op grond waarvan in minder parkeergelegenheid kan worden voorzien dan de planregel vereist, mits dit geen onevenredige inbreuk doet aan de parkeersituatie. Ook deze binnenplanse afwijkingsbevoegdheid wordt door de Afdeling in strijd geacht met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat deze bevoegdheid onvoldoende objectief is begrensd. De Afdeling geeft de gemeenteraad vervolgens de suggestie mee om deze bevoegdheid in de afwijkingsregels van het plan zelf en/of in wetsinterpreterende beleidsregels objectief te begrenzen. De Afdeling overweegt:

'Gelet op de algemene formulering van de afwijkingsmogelijkheid en de toelichting van de raad hierop, heeft de raad naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende inzichtelijk gemaakt in welke gevallen en onder welke voorwaarden het bevoegd gezag hiervan gebruik kan maken. Het bestreden besluit verdraagt zich om die reden naar het oordeel van de Afdeling in zoverre niet met het rechtszekerheidsbeginsel. De raad dient daarom in de planregel inzichtelijk te maken onder welke omstandigheden van de afwijkingsbevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, bijvoorbeeld door de planregel te herformuleren en/of toepassing te geven aan artikel 3.1.2, tweede lid, onder a, van het Bro.'

Bij de begrenzing van de binnenplanse afwijkingsbevoegdheden kan het bevoegd gezag wel enige beleidsruimte worden gelaten, zo volgt uit een andere Afdelingsuitspraak:

⁷⁸ Ingevolge art. 3.1.2 lid 2 sub a Bro kan een bestemmingsplan regels bevatten waarvan de uitleg bij de uitoefening van een daarbij aangegeven bevoegdheid, afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels. Deze bevoegdheid vloeit in algemene zin voort uit art. 4:81 Awb. Dat werd bij de introductie van art. 3.1.2 lid 2 onder a Bro ook al onderkend, maar om dit buiten twijfel te stellen is er toch voor gekozen om deze bepaling in het Bro op te nemen. Zie *Stb.* 2016, 333, p. 63.

‘De Afdeling stelt vast dat in artikel 4, lid 4.2, aanhef en onder 1, van de planregels niet is bepaald in welke gevallen het voldoen aan lid 4.1 – kort gezegd het realiseren van voldoende parkeerplaatsen op eigen terrein –, door bijzondere omstandigheden op overwegende bezwaren stuit. Dit biedt het college een zekere mate van flexibiliteit bij het beoordelen van aanvragen om een omgevingsvergunning. Die flexibiliteit is naar het oordeel van de Afdeling niet zo ruim dat de planregel in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Overigens is in de beleidsregels met betrekking tot het parkeren, die op grond van artikel 4, lid 4.4, ook van toepassing zijn op de afwijkingsbevoegdheid, uitleg gegeven over de mogelijkheden om af te wijken van het uitgangspunt van parkeren op eigen terrein. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad zich terecht op het standpunt gesteld dat artikel 4, lid 4.2, aanhef en onder 1, van de planregels niet in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is vastgesteld, omdat de gevallen waarin en de wijze waarop die bevoegdheid kan worden uitgeoefend nader zijn beschreven in beleidsregels als bedoeld in artikel 3.1.2, tweede lid, aanhef en onder a, van het Bro. In het kader van een procedure over de omgevingsvergunning voor afwijking van het plan kunnen eventueel bezwaren naar voren worden gebracht over de toepassing van de beleidsregels. Het betoog faalt. (...)

Het stellen van de voorwaarde in artikel 4, lid 4.3, van de planregels dat geen “onevenredige aantasting” mag plaatsvinden van in dit geval de parkeersituatie in de openbare ruimte en de woon- en leefsituatie is niet ongebruikelijk bij een afwijkingsbevoegdheid. Ook dit begrip biedt het college enige mate van flexibiliteit bij de toepassing van de afwijkingsbevoegdheid, maar die is naar het oordeel van de Afdeling evenmin zodanig ruim dat dit strijdigheid met het rechtszekerheidsbeginsel oplevert. In hetgeen appellante heeft aangevoerd, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat artikel 4, lid 4.3, van de planregels in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is vastgesteld, omdat de omstandigheden waaronder die bevoegdheid kan worden uitgeoefend nader zijn omschreven in beleidsregels als bedoeld in artikel 3.1.2, tweede lid, aanhef en onder a, van het Bro. Zoals hiervoor is overwogen, kunnen bovendien eventuele bezwaren over de toepassing van die beleidsregels naar voren worden gebracht in een procedure over de omgevingsvergunning voor afwijking van het plan. Het betoog faalt.⁷⁹

⁷⁹ ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:607, AB 2017/133, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

In de Belvédère-uitspraak⁸⁰ heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat in bestemmingsplanregels open normen kunnen worden opgenomen, waarvan de uitleg bij de uitoefening van een bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels, mits die open normen voldoende concreet en objectief worden begrensd. De Afdeling bestuursrechtspraak acht die begrenzing in de eerste plaats noodzakelijk voor de rechtszekerheid van (toekomstige) grondeigenaren en -gebruikers. Daarnaast is die concrete en objectieve begrenzing noodzakelijk om te kunnen oordelen of de bestemmingsplanregels in overeenstemming zijn met een goede ruimtelijke ordening. Ook hecht de Afdeling daarbij betekenis aan het feit dat tegen bestemmingsplanregels rechtstreeks rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, terwijl tegen beleidsregels alleen indirect (exceptief) kan worden opgekomen in het kader van de uitoefening van de bevoegdheid waarbij die beleidsregels moeten worden toegepast. Tot slot acht de Afdeling het van belang dat aan beleidsregels inherent is dat daarvan op grond van art. 4:84 Awb kan worden afgeweken. Of een open norm in een bestemmingsplanregel voldoende concreet en objectief is begrensd, hangt volgens de Afdeling af van de omstandigheden van het geval. Wel geeft de Afdeling in deze uitspraak handvatten mee voor de beantwoording van die vraag. Volgens de Afdeling moet daarbij belang worden gehecht aan:

1. de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, zien,
2. het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de figuur van de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de betrokken open norm,
3. de aanleiding voor het werken met een dergelijke figuur, en
4. de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop die figuur ziet. Daarbij is ook van betekenis op welk facet van een goede ruimtelijke ordening de open norm betrekking heeft en wat de aard en omvang van de effecten ervan voor de omgeving zijn.⁸¹

⁸⁰ ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388, *TBR* 2021/141, m.nt. B. Rademaker.

⁸¹ ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388, *TBR* 2021/141, m.nt. B. Rademaker, r.o. 9.4.

Hoewel deze uitspraak een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte (Crisis- en herstelwet) betrof, waarmee vooruit wordt gelopen op de inwerkingtreding van de Omgevingswet, ligt het oordeel van de Afdeling over het opnemen van open normen in bestemmingsplanregels, waarbij voor de uitleg (dynamisch) wordt verwezen naar beleidsregels, in het verlengde van de jurisprudentie over het huidige stelsel. De uitspraak brengt de lijnen in de huidige jurisprudentie op dit punt samen, licht deze nader toe en schetst tegelijkertijd een lijn die de Afdeling onder het nieuwe stelsel zal gaan volgen.

Het werken met open normen en begrippen in de beoordelingsregels die ter clausulering van nadere beslismomenten worden opgenomen, zoals de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid en de beslissing op bouw aanvragen, waarbij ter concretisering of interpretatie van die normen of begrippen (dynamisch) wordt verwezen naar beleidsregels, vergroot weliswaar de flexibiliteit, maar daarmee tevens de regelcomplexiteit. Of een ruimtelijke ontwikkeling is of kan worden toegestaan, en zo ja, onder welke voorwaarden wordt daarmee afhankelijk van zowel de beoordelingsregels uit het bestemmingsplan als de beleidsregels waarnaar wordt verwezen, waarbij de beleidsregels eenvoudig en snel kunnen worden gewijzigd. Bovendien kan dit ertoe leiden dat het zwaartepunt van de normstelling niet langer in het bestemmingsplan plaatsvindt, maar verschuift naar wetsinterpreterende beleidsregels, die snel kunnen worden gewijzigd en waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming⁸² openstaat.⁸³

3.2.3 Buitenplanse flexibiliteit: omgevingsvergunning voor afwijken

Naast de bovengenoemde binnenplanse flexibiliteitsmogelijkheden voorziet de Wabo (en voorheen de WRO) ook nog in buitenplanse mogelijkheden om ter verwezenlijking van een project bij omgevingsvergunning van het bestemmingsplan af te wijken, voor zover de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Het betreft de bevoegdheid in op rijksniveau limitatief opgesomde categorieën van (kruimel)gevallen⁸⁴ een omgevingsvergunning te verlenen voor afwijking van het bestemmingsplan en de bevoegdheid om in overige gevallen ter verwezenlijking van een concreet project een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan te verlenen.

⁸² Wel kan de rechtmatigheid van deze beleidsregels bij wijze van exceptieve toetsing in het kader van een beroep tegen de uitoefening van de bevoegdheid waarop die beleidsregels van toepassing zijn door de bestuursrechter worden beoordeeld.

⁸³ Zie daarover uitgebreider: A.G.A. Nijmeijer, Plannen met beleid, *TBR* 2019/46.

⁸⁴ Art. 2.12 lid 1 sub onder 2 jo. art. 4 Bijlage II Bor.

De Wabo biedt een initiatiefnemer dus drie mogelijkheden om bij omgevingsvergunning af te wijken van het bestemmingsplan. Voor de omgevingsvergunning voor de binnenplanse en kruimelgevallen geldt de reguliere procedure. Kan een omgevingsvergunning niet met de binnenplanse afwijkingsbevoegdheid of de kruimelgevallenregeling worden verleend, dan kan deze in overige gevallen met de uitgebreide voorbereidingsprocedure worden verleend. Voor deze laatstgenoemde afwijkingsvergunning gelden extra waarborgen. Ten aanzien van de laatstgenoemde omgevingsvergunning gelden extra waarborgen naast de procedurele waarborgen die de uitgebreide procedure biedt. De motivering van deze omgevingsvergunning moet een goede ruimtelijke onderbouwing bevatten, waaraan dezelfde eisen worden gesteld als aan de onderbouwing van een bestemmingsplan.⁸⁵ Bovendien moet de gemeenteraad met het oog op de democratische legitimatie voor de omgevingsvergunning een verklaring van geen bedenkingen verlenen, tenzij de raad zelf heeft besloten dat een verklaring van geen bedenkingen voor bepaalde categorieën van gevallen niet is vereist.⁸⁶ Anders dan bij de afwijkingsvergunningen waarop de reguliere procedure van toepassing is, wordt deze afwijkingsvergunning niet van rechtswege verleend als het bevoegd gezag niet tijdig beslist.

De verschillende afwijkingsvergunningen compliceren de ruimtelijke regelgeving, omdat bij ieder project waarvoor een afwijkingsvergunning wordt aangevraagd moet worden beoordeeld met welke van de drie mogelijkheden dit mogelijk is. In de praktijk blijkt dat dit onderscheid niet altijd eenvoudig te maken is. In de jurisprudentie kunnen legio voorbeelden van zaken worden aangetroffen waarin achteraf bleek dat de verkeerde afwijkingsvergunning was verleend. Dat kan grote gevolgen hebben, bijvoorbeeld omdat de verkeerde vergunningprocedure is gevolgd,⁸⁷ er achteraf een verklaring van geen bedenkingen van de raad nodig was⁸⁸ of dat achteraf blijkt dat een afwijkingsvergunning wel of juist niet van rechtswege is verleend.⁸⁹

⁸⁵ Art. 5.20 Bro.

⁸⁶ Art. 6.5 Bor.

⁸⁷ Zie bijv. ABRvS 6 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN9548, AB 2010/299, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Zie ook L.M. Koenraad, Bestuurlijke voorprocedures in het omgevingsrecht. Een pleidooi voor een duidelijke en weloverwogen keuze tussen de reguliere en de uitgebreide procedure, *TBR* 2017/55.

⁸⁸ Bijvoorbeeld omdat de raad het besluit waarin categorieën van gevallen zijn aangewezen waarvoor geen vvgb is vereist niet op de juiste wijze bekend heeft gemaakt of in strijd met art. 6.5 Bor in algemene zin bepaalt dat in geen enkel geval een verklaring van geen bedenkingen is vereist.

⁸⁹ Zie bijv. ABRvS, 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:376, r.o. 2.2 en ABRvS 09 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1465, AB 2013/382, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

Veel jurisprudentie⁹⁰ heeft betrekking op de reikwijdte⁹¹ en de toepassing van de kruimelgevallenregeling, zoals de vraag of en wanneer kruimelgevallen mogen worden gecombineerd of de vraag of een kruimelgeval als m.e.r.-beoordelingsplichtige activiteit moet worden aangemerkt, waardoor de kruimelgevallenregeling in dat geval toch niet van toepassing is.⁹² Ook kan de exceptieve toetsing van een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid tot gevolg hebben dat deze buiten toepassing moet worden gelaten, waardoor het project achteraf niet met een binnenplanse afwijkingsbevoegdheid had mogen worden toegestaan, maar daarvoor de uitgebreide procedure had moeten worden gevolgd.

Ook de relatie tussen de afwijkingsvergunning en het bestemmingsplan leidt tot complexiteit van regelgeving, omdat beide regimes onafhankelijk naast elkaar op één locatie tegelijkertijd van toepassing zijn. Een afwijkingsvergunning heeft namelijk niet tot gevolg dat de bestemmingsplanregels waarvan wordt afwijken hun rechtskracht verliezen.⁹³ Dat beide regimes onafhankelijk van elkaar bestaan blijkt ook uit het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak accepteert dat met het oog op de verwezenlijking van een ruimtelijke ontwikkeling die niet in het geldende bestemmingsplan past, de bestemmingsplanprocedure en de afwijkingsvergunningprocedure parallel aan elkaar

⁹⁰ Zie o.m. H. Koolen en A. Franken van Bloemendaal, De toets der kruimels: geen brokken maken!, *TBR* 2016/3, A. Franken van Bloemendaal en H. Koolen, De kruimelvergunning: gesneden koek? Toepassing van de kruimellijst nader beschouwd, *TBR* 2018/2 en E.A. Minderhoud, drs. D.B. Stadig, Niet alle kruimels tellen mee. Reactie op H. Koolen & A. Franken van Bloemendaal, 'De toets der kruimels: geen brokken maken!', *TBR* 2016/36 en de in deze bijdragen genoemde jurisprudentie.

⁹¹ Die reikwijdte van de kruimelregeling is in de loop der jaren steeds verder door de regering verruimd.

⁹² Zie o.m. M.A.J. West, Kruimelgeval of (toch) een stedelijk ontwikkelingsproject? *Gst.* 2018/3 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

⁹³ Vóór de inwerkingtreding van de Wabo diende een projectbesluit, de voorloper van de omgevingsvergunning voor afwijken, binnen één jaar te worden geïncorporeerd in een ontwerp-bestemmingsplan. (art. 3.13 lid 1 Wro (oud)). Overschrijding van die termijn met zes maanden of meer leidde tot het vervallen van de bevoegdheid om rechten in te vorderen, zoals leges (art. 3.13 lid 4 Wro (oud)). In zoverre is met de wetwijziging van 2008 weer voorzien in gefaseerde besluitvorming, waarmee weer is aangesloten bij het anticipatieve karakter van de vrijstelling van vóór de wetwijziging van 2000, waarmee de band tussen vrijstelling (projectbesluit) en bestemmingsplan juist werd doorgesneden. Zie hierover ook: P.J.J. van Buuren, De relatie tussen projectbesluit en bestemmingsplan, *TBR* 2009, 585-591. Deze regeling was oorspronkelijk materieelrechtelijk overgenomen in de Wabo, maar nog vóórdat de Wabo in werking trad, is de verplichting het vergunde project in het bestemmingsplan te incorporeren komen te vervallen door de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet (*Staatsblad* 2010, 135, art. 3.24 onder bA). De anticipatieve relatie die in de Wro 2008 tussen het projectbesluit (of afwijkingsvergunning) en het toekomstige bestemmingsplan is aangebracht, is daarmee dus weer ongedaan gemaakt. Van Buuren e.a. merken hierover op: 'Men zou ook kunnen zeggen dat daarmee de met de wijziging van de WRO 2000 beoogde regeling van 'zelfstandige projectbesluit' weer in ere is hersteld. Het lijkt dus – eufemistisch gesproken – een cyclisch proces van wetgeving te zijn.' Zie P.J.J. van Buuren e.a. *Hoofddlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, 8e druk, Kluwer, Deventer: 2010, p. 150.

kunnen worden doorlopen. Dit kan gevolgen hebben voor de rechtsbescherming van derdenbelanghebbenden. Zij zullen er immers doorgaans niet op bedacht zijn dat er twee procedures worden gevolgd voor de verwezenlijking van een en hetzelfde project, waardoor het gevaar bestaat dat zij zich slechts op een van beide procedures richten en er te laat achter komen dat zij zich ook in de andere procedure hadden moeten mengen. Daardoor kunnen zij inhoudelijk gelijk krijgen in de ene procedure, maar zullen zij het project desondanks niet kunnen tegenhouden, omdat zij in de andere procedure op grond van art. 6:13 Awb niet ontvankelijk zullen worden verklaard. Vanuit het perspectief van de burger is dat niet goed uit te leggen. Sinds de Varkens in Nood-jurisprudentie moet dit probleem worden genuanceerd. Op grond van deze jurisprudentie mag het recht van belanghebbenden om beroep in te stellen tegen omgevingsrechtelijke besluiten met aanzienlijke milieugevolgen in de zin van art. 6 Verdrag van Aarhus namelijk niet (langer) afhankelijk worden gesteld van deelname aan de uitgebreide voorbereidingsprocedure van afd. 3.4 Awb.⁹⁴

3.3 Standaard overgangsrecht

Een ander onderwerp in relatie tot rechtszekerheid betreft het overgangsrecht in bestemmingsplannen. Bij gewijzigde planologische inzichten kan een bestemmingsplan worden herzien. Het bestaande legale gebruik mag vanuit een oogpunt van rechtszekerheid echter niet zomaar worden 'wegbestemd', maar zal in beginsel onder het overgangsrecht moeten worden gebracht. Dat kan alleen als er zicht is op beëindiging van het bestaande gebruik. Op grond van het bouwovergangsrecht mogen bestaande legale bouwwerken beperkt worden uitgebreid en in geval van calamiteit worden herbouwd.

⁹⁴ HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, AB 2021/200, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en H.D. Tolsma en ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, AB 2021/201, m.nt. A.G.A. Nijmeijer en H.D. Tolsma.

Onder de WRO (oud) dienden gemeenteraden het gebruiks- en bouwovergangsrecht zelf in hun bestemmingsplannen te formuleren. Dit heeft geleid tot regelcomplexiteit. Overgangsrechtelijke bepalingen werden in verschillende varianten in bestemmingsplannen opgenomen. Dit leverde een grote stroom aan jurisprudentie op, waarin gaandeweg eisen aan het overgangsrecht zijn gesteld.⁹⁵ In 2008 werd bij de fundamentele herziening van de WRO gekozen voor het formuleren van standaardovergangsrecht in het Bro,⁹⁶ waarbij de ontwikkelde jurisprudentiële eisen in acht zijn genomen. Deze standaard overgangsregels moeten gemeenteraden verplicht in hun bestemmingplannen opnemen. Deze standaardisering van het overgangsrecht heeft een vereenvoudiging van de regelgeving met zich gebracht (zie par. 3.7).

3.4 De relatie tussen bestemmingsplan en omgevingsvergunning voor bouw- en aanlegactiviteiten

Het grote belang dat tot op heden in de ruimtelijke ordening wordt gehecht aan rechtszekerheid komt ook tot uiting door de sterke relatie die – al sinds de jaren '60 – in de wet wordt gelegd tussen de (omgevings)vergunning voor bouw- en aanlegactiviteiten en het planologische regime, waaronder het bestemmingsplan. Die relatie kwam en komt nog steeds tot uitdrukking in de toetsingskaders voor de (omgevings)vergunning voor deze activiteiten,⁹⁷ waarin limitatief de dwingende weigeringsgronden worden opgesomd, waarvan strijd met het bestemmingsplan⁹⁸ er één van is.⁹⁹ Vanwege het imperatieve karakter van de weigeringsgronden kan de omgevingsvergunning voor een bouw- of aanlegactiviteit niet worden geweigerd als deze in overeenstemming is met het bestemmingsplan.

⁹⁵ P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofddlijnen ruimtelijke bestuursrecht*, 10e druk, Wolters Kluwer, Deventer 2017, p. 58. Zie ook R. van der Keur, *Een overzicht van overgangsrecht. De jurisprudentie inzake overgangsbepalingen in het bestemmingsplan nader belicht*, *BR* 2002, p. 572, J. Struiksma, *De regeling van bestaand gebruik in het nieuwe bestemmingsplan*, *BR* 2007, p. 16-20 en J.J. Scheltens-Fokke en P.J.J. van Buuren, *Overgangsrecht in bestemmingsplannen volgens het ontwerp Bro*, *BR* 2007, p. 831-839.

⁹⁶ Art. 3.2.1 t/m 3.2.3 Bro.

⁹⁷ Art. 2.1 lid 1 sub a jo. art. 2.10 lid 1 sub c Wabo en art. 2.1 lid 1 sub b jo. art. 2.11 lid 1 Wabo.

⁹⁸ Naast het bestemmingsplan kan het planologische regime op een bepaalde locatie ook bestaan uit een inpassingsplan, een beheersverordening of de extern werkende regels die op grond van art. 4.1 lid 1 en 3 Wro met het oog op de implementatie van instructieregels kunnen zijn vastgesteld. Zie art. 2.1 lid 1 sub c Wabo.

⁹⁹ In de literatuur wordt dit toetsingskader ook het 'limitatief imperatieve stelsel' genoemd.

Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel dient naar het oordeel van de Afdeling voor gebruikers en eigenaren een redelijke mate van zekerheid te bestaan over de vraag of voor een bepaald bouwvoornemen een vergunning kan worden verleend en of een bepaald voorgenomen gebruik in overeenstemming met het plan kan worden geacht.¹⁰⁰ Burgers moeten uit het bestemmingsplan zelf kunnen afleiden welke gebruiks- en bebouwingsopties op een bepaalde locatie onder welke voorwaarden zijn toegestaan. De Afdeling bestuursrechtspraak staat daarom in beginsel niet toe dat de toelaatbaarheid van een in het bestemmingsplan opgenomen gebruiksmogelijkheid afhankelijk wordt gesteld van een nader afwegingsmoment, anders dan door middel van het opnemen van binnenplanse flexibiliteitsinstrumenten¹⁰¹ in het bestemmingsplan. Het bestemmingsplan mag het bevoegd gezag bij de toetsing van een bouwvoornemen aan het bestemmingsplan dan ook geen nadere afwegingsruimte bieden. De uitspraak van 1 december 2011 biedt hiervan een goede illustratie:

‘Een bestemmingsplan heeft een goede ruimtelijke ordening tot doel. Deze wordt verkregen door het coördineren van de verschillende belangen tot een harmonisch geheel dat een grotere waarde vertegenwoordigt dan het dienen van de belangen afzonderlijk. Wat betreft de in het plan gegeven bouw- en gebruiksmogelijkheden moet dan ook worden aangenomen dat bij de planvaststelling de ruimtelijke gevolgen hiervan zijn beoordeeld. Uit artikel 4, lid 4.2, onder a, sub 3, aanhef en onder het zesde punt, van de planregels blijkt echter dat ook in de gevallen waarin het bouwen van gebouwen is toegestaan, een nadere afweging door het college van burgemeester en wethouders is vereist bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor bouwen. Het plan biedt daarmee op dit punt onvoldoende zekerheid omtrent de vraag of voor een bouwinitiatief een omgevingsvergunning kan worden verkregen.’¹⁰²

¹⁰⁰ ABRvS 19 januari 2005, ECLI: NL: RVS: 2005: AS3197 en ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1447, TBR 2017/126, m.nt. H.J. de Vries en StAB 2017/17-74, m.nt. Tycho Lam.

¹⁰¹ Zie art. 3.6 Wro. Het betreft de uitwerkingsplicht, een wijzigings-, of nadere eisenbevoegdheid.

¹⁰² ABRvS 1 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7032. Zie ook: ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3971, ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4147, ABRvS 8 februari 2000, AB 2000/363, m.nt. Struiksmā, ABRvS 13 oktober 2004, AB 2005/25, m.nt. F.A.G. Groothuijse.

Uit het bestemmingsplan moet dan ook kunnen worden afgeleid of, en zo ja, onder welke voorwaarden een bouwactiviteit is toegestaan. Het bestemmingsplan voorziet met andere woorden in rechtstreekse bouwtitels. Is een bouwactiviteit toegestaan, dan moet een aanvraag om een (omgevings)vergunning voor deze bouwactiviteit gelet op het limitatieve imperatieve stelsel worden verleend. Deze directe relatie tussen (omgevings)vergunning voor bouwactiviteiten en bestemmingsplan kan tot complexe situaties leiden.

In de eerste plaats kan een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit zijn verleend op basis van een bestemmingsplan dat ten tijde van de verlening van de vergunning in werking is getreden, maar dat nog niet onherroepelijk was. Als het bestemmingsplan dat voorziet in deze bebouwingmogelijkheid vervolgens wordt vernietigd, is het de vraag wat het lot van een omgevingsvergunning voor de bouwactiviteit is. Volgens de hoofdregel van art. 8:72 lid 2 Awb brengt de vernietiging van het bestemmingsplan een vernietiging van de rechtsgevolgen van het bestemmingsplan met zich, zodat de daarop gebaseerde omgevingsvergunning in deze vernietiging deelt. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft echter reeds onder de WRO¹⁰³ een uitzondering aanvaard op de terugwerkende kracht van de vernietiging van een bestemmingsplan voor omgevingsvergunningen die op basis van het achteraf vernietigde bestemmingsplan zijn verleend. Ten tijde van beslissen op de aanvraag was deze immers in overeenstemming met het geldende bestemmingsplan en had de aanvrager gelet op het limitatief imperatieve stelsel immers 'recht' op de vergunning. De Afdeling laat de rechtszekerheid van de aanvrager zwaarder wegen dan de belangen van derden die willen opkomen tegen de vergunning. Derdebelanghebbenden hadden immers kunnen proberen om de vergunningverlening te voorkomen door tegelijkertijd met hun beroep tegen het bestemmingsplan een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen tot schorsing van het bestemmingsplan. Indien de voorlopige voorzieningenrechter naar aanleiding van dat verzoek het bestemmingsplan had geschorst, was de vergunningaanvraag in strijd met het bestemmingsplan geweest en had het bevoegd gezag de vergunning voor de bouwactiviteit moeten weigeren.

¹⁰³ ABRvS 21 december 1999, ECLI:NL:RVS:AA4296 (Tegelen). Zie uitgebreider over deze jurisprudentie: J.M.H.F. Teunissen, De gevolgen van vernietiging van de goedkeuring van een bestemmingsplan, *Gst.* 2000, 7114, p. 89-98. Onder het huidige recht is deze Tegelen-lijn in de jurisprudentie doortrokken. Zie o.m. ABRvS (vz.) 24 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP6324, *AB* 2011/91 m.nt. A.A.J. de Gier en ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1131, *BR* 2015/58, T.D. Rijs.

Het limitatieve imperatieve stelsel in samenhang met het rechtszekerheidsvereiste heeft bovendien tot gevolg dat de Afdeling bestuursrechtspraak in haar jurisprudentie¹⁰⁴ een uitzondering heeft aanvaard op de *ex nunc* toetsing in bezwaar, indien een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit ten tijde van de aanvraag in overeenstemming was met het geldende bestemmingsplan, maar ten tijde van de beslissing op bezwaar niet meer, omdat er in de tussentijd een nieuw bestemmingsplan in werking is getreden. In dat geval moet het bevoegd gezag niet *ex nunc* aan het op dat moment geldende bestemmingsplan toetsen waarmee de bouwactiviteit in strijd is, maar *ex tunc* aan het bestemmingsplan dat gold ten tijde van de beslissing op de bouwaanvraag en waarmee deze aanvraag in overeenstemming was. Voorwaarde is wel dat er ten tijde van het indienen van de aanvraag geen voorbereidingsbesluit gold en geen ontwerp bestemmingsplan ter inzage was gelegd, omdat de aanvrager dan had kunnen weten dat er een nieuw bestemmingsplan in voorbereiding was. De aanvraag had in dat geval ook moeten worden aangehouden.¹⁰⁵ Indien deze uitzondering aan de orde is, kan een omgevingsvergunning voor een bouwactiviteit die in overeenstemming met het destijds geldende bestemmingsplan is verleend dan ook niet in bezwaar tegen die omgevingsvergunning alsnog worden geweigerd wegens strijd met het tussentijds in werking getreden nieuwe bestemmingsplan. De ratio achter deze uitzondering is dat de aanvrager ten tijde van de aanvraag vanwege het limitatief imperatieve stelsel aanspraak kon maken op deze vergunning, omdat deze op dat moment in overeenstemming was met het geldende bestemmingsplan. De rechtszekerheid vereist volgens de Afdeling dat een latere wijziging van het bestemmingsplan die aanspraak niet teniet kan doen.

Vorbereidingsbescherming

De rechtszekerheid die het bestemmingsplan biedt dat de daarin vervatte gebruiksmogelijkheden, waaronder ook bebouwingsmogelijkheden, ook bij recht zijn toegestaan, leidt ook nog om een andere reden tot complexiteit van regelgeving. Indien het gemeentebestuur de gebruiksmogelijkheden die een geldend bestemmingsplan biedt, wil laten vervallen door de herziening van het bestemmingsplan, zullen grondgebruikers mogelijk trachten om deze te benutten voordat de bestemmingsplanherziening in werking treedt. Daardoor kan de realisering van het nieuwe bestemmingsplan worden

¹⁰⁴ ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2935, AB 2015/136, m.nt. A. Snijders ABRvS 6 februari 2002, 200005090/1, Gst. 2002/7, 7169, m.nt. J.M.H.F. Teunisse. ABRvS 8 november 2006, 200602035/1, AB 2007/45, m.nt. A.A.J. de Gier.

¹⁰⁵ Art. 3.3 lid 1 sub a en b Wabo.

gefrustreerd. Daarbij is van belang dat bestaand legaal aangevangen gebruik in een nieuw bestemmingsplan in beginsel positief moet worden bestemd en alleen door het gemeentebestuur onder het overgangsrecht mag worden gebracht als aannemelijk wordt gemaakt dat dit gebruik op termijn wordt beëindigd, desnoods door de inzet van het onteigeningsinstrument. Om te voorkomen dat grondgebruikers een toekomstig bestemmingsplan kunnen belemmeren door het benutten van nog niet gerealiseerde gebruiksmogelijkheden¹⁰⁶ die het geldende bestemmingsplan biedt, voorziet de Wro in wettelijke voorbereidingsbescherming vanaf het moment dat een ontwerp voor een nieuw bestemmingsplan ter inzage wordt gelegd.¹⁰⁷

De voorbereidingsbescherming heeft tot gevolg dat omgevingsvergunningen voor bouw- en aanlegactiviteiten die op grond van het geldende bestemmingsplan niet kunnen worden geweigerd, moeten worden aangehouden totdat het nieuwe plan in werking is getreden.¹⁰⁸ De gemeenteraad kan die voorbereidingsbescherming uitbreiden en aanvullen door het nemen van een voorbereidingsbesluit.¹⁰⁹ Een voorbereidingsbesluit kan reeds worden genomen voordat een ontwerp bestemmingsplan ter inzage wordt gelegd en heeft tot gevolg dat aanvragen om omgevingsvergunningen voor bouw- en aanlegactiviteiten die op grond van het geldende bestemmingsplan niet kunnen worden geweigerd al eerder moeten worden aangehouden.¹¹⁰ Daarnaast kunnen in een voorbereidingsbesluit ter bescherming van het toekomstige planologische regime regels worden gesteld die grondgebruikers verbieden om bestaand gebruik van gronden en bouwwerken te wijzigen.¹¹¹ In plaats van een verbod kan voor werken en werkzaamheden ook een aanlegvergunningstelsel worden opgenomen ter bescherming van het toekomstige planologische regime. Extra complicerende factor is dat met

¹⁰⁶ Gebruik wordt hier in ruime zin gebruikt, zodat daaronder ook bebouwingmogelijkheden worden begrepen.

¹⁰⁷ Zie art. 3.3 lid 1 Wabo.

¹⁰⁸ De bestemmingsplanprocedure moet dan wel binnen de wettelijke termijnen worden afgerond op straffe van het vervallen van de voorbereidingsbescherming. Voorbereidingsbescherming vervalt vanzelfsprekend ook op het moment dat het nieuwe bestemmingsplan in werking treedt, omdat er dan niet langer behoefte bestaat aan voorbereidingsbescherming.

¹⁰⁹ Ook andere bestuursorganen hebben de bevoegdheid om ter bescherming van hun besluiten die gericht zijn op een wijziging van het planologische regime een voorbereidingsbesluit te nemen om te voorkomen dat die wijziging voordat deze in werking treedt wordt belemmerd door benutting van nog bestaande gebruiksmogelijkheden die als gevolg van de voorgenomen wijziging zullen verdwijnen. Zo kunnen GS en de minister van BZK voorafgaand aan de vaststelling van inpassingsplannen (art. 3.28 lid 2 en art. 3.26 lid 2 jo. art. 3.7 Wro) en instructieregels (art. 4.1 lid 5 en art. 4.3 lid 4 jo. art. 3.7 Wro) en instructies (art. 4.2 lid 3 en art. 4.4 lid 3 jo. art. 3.7 Wro) een voorbereidingsbesluit nemen.

¹¹⁰ Art. 3.3 jo. art. 2.1 lid 1 sub a en b Wabo.

¹¹¹ Art. 3.7 lid 4 Wro.

het oog op de flexibiliteit activiteiten die naar verwachting het toekomstige planologische regime niet belemmeren toch kunnen worden toegestaan. Het bevoegd gezag heeft in dergelijke gevallen namelijk de bevoegdheid om de aanhoudingsplicht voor vergunningaanvragen te doorbreken¹¹² en de bevoegdheid om bij omgevingsvergunning af te wijken van een in een voorbereidingsbesluit opgenomen verbod om bestaand gebruik te wijzigen.¹¹³

Een voorbereidingsbesluit vervalt, indien het niet binnen 1 jaar na inwerkingtreding van een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd¹¹⁴ of als het bestemmingsplan in werking treedt.¹¹⁵ Verlening van een voorbereidingsbesluit is niet mogelijk, wel kan een nieuw voorbereidingsbesluit worden genomen.¹¹⁶ Na het vervallen van de voorbereidingsbescherming zal op aangehouden aanvragen om omgevingsvergunningen moeten worden beslist en zal moeten worden getoetst aan het op dat moment geldende planologische regime. Omdat alleen vergunningaanvragen die niet kunnen worden geweigerd worden aangehouden, zullen die aanvragen na het vervallen van het voorbereidingsbesluit in beginsel moeten worden verleend.

Hoewel het hiervoor geschetste systeem van voorbereidingsbescherming een nuttig doel dient, wordt de regelcomplexiteit daardoor vergroot. Met deze voorbereidingsbescherming kan immers (tijdelijk) vooruitlopend op een toekomstig planologisch regime naast het geldende planologische regime een parallel planologisch regime worden gecreëerd met eigen aanlegvergunningstelsels en gebruiksverboden waarvan bij omgevingsvergunning weer kan worden afgeweken. Daarnaast vormt de aanhoudingsplicht en de mogelijkheid om deze in bepaalde gevallen te doorbreken een extra complicatie voor het vergunningstelsel voor bouw- en aanlegactiviteiten.

¹¹² Art. 3.3 lid 3 jo. lid 1 Wabo.

¹¹³ Art. 2.1 lid 1 sub jo. art. 2.12 lid 1 sub d Wabo.

¹¹⁴ Art. 3.7 lid 5 Wro.

¹¹⁵ Art. 3.7 lid 6 Wro.

¹¹⁶ Een nieuw voorbereidingsbesluit kan dan ook alleen een aanhoudingsplicht in het leven roepen voor aanvragen die na de inwerkingtreding van dit besluit zijn ingediend.

3.5 Factoren die hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit in de ruimtelijke ordening: rechtszekerheid versus flexibiliteit/snelheid

- De wijze waarop het spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid tot op heden tot uitdrukking is gekomen in wet- en regelgeving en in de rechtspraak, heeft tot regelcomplexiteit geleid. Door de behoefte aan flexibiliteit is een **opeenstapeling van wettelijke binnen- en buitenplanse bevoegdheden ontstaan om ruimtelijke ontwikkelingen toe te staan die niet in het geldende bestemmingsplan passen**. Afhankelijk van de mate waarin daarmee van het geldende bestemmingsplan kan worden afgeweken, verschillen de procedures en worden aan de begrenzing van deze bevoegdheden in verband met de rechtszekerheid¹¹⁷ en democratische legitimatie van besluitvorming verschillende eisen gesteld. De relatie tussen al deze verschillende flexibiliteitsbevoegdheden onderling is daardoor complex, leidt tot relatief veel jurisprudentie en is aan een rechtzoekende burger lastig uit te leggen. Te meer, omdat in veel (rechterlijke) procedures niet de aanvaardbaarheid van een ruimtelijke ontwikkeling als zodanig centraal staat, maar de vraag of daarvoor het juiste flexibiliteitsinstrument is gebruikt en de juiste procedure is gevolgd.

Voor de binnenplanse flexibiliteitsbevoegdheden komt daar nog bij dat deze moeten worden geclausuleerd in het bestemmingsplan. Daardoor is de uitoefening van deze bevoegdheden afhankelijk van de regels die de gemeenteraad in het bestemmingsplan opneemt. In verband met het rechtszekerheidsbeginsel zijn er in de jurisprudentie talrijke eisen gesteld aan het opnemen en clausuleren van binnenplanse flexibiliteitsbevoegdheden in het bestemmingsplan. Hoe ruimer de wettelijke flexibiliteitsbevoegdheden, des te strikter zullen de eisen zijn die daaraan worden gesteld vanwege het grote gewicht dat tot op heden in de ruimtelijke ordening aan de rechtszekerheid en democratische legitimatie van besluitvorming wordt toegekend. Meer flexibiliteit leidt tot minder rechtszekerheid, zodat het verlies aan rechtszekerheid, vanwege het grote belang dat daaraan tot op heden in de ruimtelijke ordening wordt gehecht, moet worden gecompenseerd door de begrenzing van flexibiliteitsmogelijkheden en het stellen van procedurele waarborgen voor het gebruikmaken van die mogelijkheden. Deze 'compenserende' wettelijke of jurisprudentiële eisen die aan het gebruik van flexibiliteitsmogelijkheden worden gesteld, leiden tot

¹¹⁷ Zoals reeds is opgemerkt zijn deze eisen voornamelijk afkomstig uit de rechtspraak.

regelcomplexiteit. Dat is in versterkte mate het geval in de ruimtelijke ordeningswetgeving, die meerdere (gradaties van) flexibiliteits-instrumenten kent met ieder een eigen toepassingsbereik, begrenzing en procedure. Daar komt bij dat rechtelijke toetsing van bestemmingsplannen waarin flexibiliteitsbevoegdheden zijn opgenomen aan eerdergenoemde eisen niet alleen aan de orde is in de beroepsprocedure tegen deze bestemmingsplannen, maar tevens bij wijze van exceptieve toetsing aan de orde kan komen in beroepsprocedures tegen de uitoefening van de in deze plannen opgenomen flexibiliteitsbevoegdheden. Conclusie is dan ook dat de (rechtmatige) uitoefening van de verschillende binnenplanse flexibiliteitsbevoegdheden afhankelijk is van een veelheid van daarop van toepassing zijnde wettelijke en jurisprudentiële rechtsregels, hetgeen het wettelijke stelsel compliceert.

- Voor de fundamentele herziening in 2008 kende de WRO geen regels inzake standaard overgangsrecht voor bestemmingsplannen. Overgangsrechtelijke bepalingen kwamen in vele varianten in de verschillende bestemmingsplannen voor. Dit leverde een grote stroom aan jurisprudentie op en heeft in die tijd voor de rechtzoekende burger tot regelcomplexiteit geleid.
- De complexe relatie tussen de vergunning voor bouwactiviteiten en het bestemmingsplan vindt zijn grondslag in het belang dat de rechter hecht aan de rechtszekerheid die bestemmingsplannen moeten bieden in combinatie met het limitatieve imperatieve stelsel voor vergunningen voor bouwactiviteiten. Omdat een bestemmingsplan in verband met het rechtszekerheidsbeginsel geen nadere afwegingsmomenten mag bevatten, verschaft het bestemmingsplan directe bouwtitels, zodat een aanvrager daarop ook in rechte aanspraak kan maken. Dat heeft ertoe geleid dat de rechter uitzonderingen heeft moeten formuleren op algemeen bestuursrechtelijke uitgangspunten, zoals de uitzondering op de terugwerkende kracht van vernietiging (Tegelen-jurisprudentie) bij vernietiging van een bestemmingsplan op grond waarvan een vergunning voor een bouwactiviteit is verleend. Een ander voorbeeld daarvan is de uitzondering op de *ex nunc*-toetsing die de Afdeling bestuursrecht aanneemt als een vergunningaanvraag voor een bouwactiviteit ten tijde van de aanvraag in overeenstemming was met het destijds geldende bestemmingsplan, maar op het moment van beslissen op die aanvraag¹¹⁸ door een tussentijdse bestemmingsplanherziening niet langer in overeenstemming is met het op dat moment

118 Of de beslissing op bezwaar tegen een verleende omgevingsvergunning voor bouwen.

geldende bestemmingsplan. Op grond van de hoofdregel van *ex nunc*-toetsing zou de vergunning dan ook moeten worden geweigerd wegens strijd met het herziene bestemmingsplan. De rechtszekerheid die de aanvrager aan het ten tijde van de aanvraag geldende bestemmingsplan kan ontlenu, brengt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak met zich dat in dat geval een uitzondering moet worden gemaakt op de *ex nunc*-toetsing en dat *ex tunc* moet worden getoetst aan het destijds geldende bestemmingsplan. Deze *ex tunc* toetsing heeft tot gevolg dat de vergunning moet worden verleend, omdat het bevoegd gezag moet toetsen aan het bestemmingsplan dat gold ten tijde van de aanvraag, waarmee de aanvraag in overeenstemming is.

- Ook de regeling inzake voorbereidingsbescherming bij planologische besluiten, die eveneens voortvloeit uit de rechtszekerheidsvereisten en het limitatief imperatieve karakter van het toetsingskader voor vergunningaanvragen voor bouw- en aanlegactiviteiten, heeft regelcomplexiteit tot gevolg. Met deze voorbereidingsbescherming kan vooruitlopend op een toekomstig planologisch regime een 'parallel' planologisch regime worden gecreëerd met eigen gebruiksverboden, waarvan bij omgevingsvergunning weer kan worden afgeweken. Daarnaast vormt de aanhoudingsplicht en de mogelijkheid om deze in bepaalde gevallen te doorbreken een extra complicatie voor het vergunningenstelsel voor bouw- en aanlegactiviteiten.

3.6 Vereenvoudigingspogingen

Centrale rol bestemmingsplan

De opeenstapeling van wettelijke binnen- en buitenplanse afwijkingsbevoegdheden van het bestemmingsplan is bij de verschillende wetwijzigingen vaak een aandachtspunt geweest. Daarbij werd veelal een relatie gelegd met de actualiteit van het bestemmingsplan. Zo was er bij de introductie van de zogenoemde zelfstandige projectprocedure in art. 19 WRO in 1999 veel aandacht voor de problematiek van het niet-actualiseren van bestemmingsplannen.¹¹⁹ De zelfstandige projectprocedure maakte het mogelijk van een bestemmingsplan vrijstelling te verlenen voor de realisatie van projecten, mits deze zijn voorzien van een goede ruimtelijke onderbouwing. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel werd de vrees geuit dat door de introductie van deze zelfstandige projectprocedure de rol van het

¹¹⁹ Zie o.a. *Handelingen II* 26 januari 1999, p. 43-2998 e.v.

bestemmingsplan in de ruimtelijke ordening sterk zou verminderen. Verschillende oplossingen passeerden de revue, zoals het bevriezen van de artikel 19-toepassing bij een niet tijdige bestemmingsplanherziening en zelfs het na verloop van tien jaar van rechtswege laten vervallen van het bestemmingsplan.¹²⁰ Uiteindelijk is bij amendement het oorspronkelijke voorstel voor art. 19 WRO gewijzigd en is er een relatie gelegd tussen de vrijstelling en de actualiteit van het bestemmingsplan. In art. 19 lid 4 WRO werd bepaald dat een vrijstelling overeenkomstig art. 19 WRO niet mocht worden verleend indien het bestemmingsplan niet tijdig was herzien (of daarvan tijdelijke vrijstelling was gegeven), tenzij voor het gebied een voorbereidingsbesluit gold of een ontwerp voor een bestemmingsplanherziening ter inzage was gelegd.

Bij de fundamentele herziening van de WRO in 2008 stond de wetgever een belangrijke vereenvoudiging van het stelsel voor. Het bestemmingsplan zou voortaan centraal staan, een besluit tot vrijstelling van het bestemmingsplan voor specifieke projecten kende het oorspronkelijke wetsvoorstel niet. In de MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de WRO in 2008 werd in dit verband opgemerkt:

‘Het bestemmingsplan is dus het centrale normstellende document voor de ruimtelijke ordening. In januari 2000 benadrukte vrijwel de gehele Tweede Kamer de waarde van de dubbele functie van het bestemmingsplan: de sturingsfunctie in die zin dat het plan gewenst gebruik van de grond bevordert en ongewenst gebruik tegengaat en de waarborgfunctie in die zin dat het de juridische basis verschaft voor de overheid, de burgers en het bedrijfsleven ten aanzien van wat wel of niet is toegestaan in een bepaald gebied. De Tweede Kamer gaf aan dat het bestemmingsplan zijn centrale positie in het ruimtelijk planstelsel dient te behouden en dat het wetsvoorstel maatregelen zou dienen te bevatten om deze centrale positie te versterken.’¹²¹

De ‘maatregelen’ die werden genomen om de positie van het bestemmingsplan te versterken waren onder meer een verplichting tot vaststelling van bestemmingsplannen voor het gehele grondgebied van de gemeente,

¹²⁰ Zie o.a. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 311, nr. 6, p. 23-26. Zie hierover M.N. Boeve, N.S.J. Koeman, R. Uylenburg, Bestemmingsplannen; drie deelaspecten, in: *Fundamentele herziening Wet Ruimtelijke Ordening. Bouwstenen voor een nieuwe Wet op de ruimtelijke ordening*, Publicatie Ministerie van VROM, Den Haag, 2000, m.n. p. 107-110.

¹²¹ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3, p. 19.

een vereenvoudiging en verkorting van de bestemmingsplanprocedure en de bevordering van de actualiteit van bestemmingsplannen door onder meer een tienjaarlijkse herzieningsplicht. Een vrijstellings- of afwijkingsbevoegdheid voor concrete projecten zou door deze maatregelen niet meer nodig zijn volgens de regering:

‘Uit de hiervoor beschreven nieuwe bestemmingsplanprocedure blijkt dat deze ten opzichte van de huidige procedure aanzienlijk is vereenvoudigd en verkort, waardoor deze even veel tijd in beslag neemt als de huidige artikel 19 WRO-vrijstelling. Er bestaan daarom geen redenen meer voor een aparte zelfstandige project- vrijstelling. Indien een burger een activiteit wil ondernemen die niet past in het geldende plan en de gemeente daaraan medewerking wil verlenen, zet de gemeente een wijziging van het bestemmingsplan in gang met toepassing van de nieuwe procedure. Dit sluit tevens aan bij de wens van de Tweede Kamer tot de handhaving van het primaat van het bestemmingsplan.’¹²²

Tijdens de parlementaire behandeling bleek al snel dat er vooral vanuit de ‘bouwwereld’ behoefte was aan een aparte, snelle, procedure voor projecten. Om tegemoet te komen aan deze behoefte werd bij de tweede Nota van wijziging alsnog een ‘projectbesluit’ in de Wro geïntroduceerd waardoor ten behoeve van een project kon worden afgeweken van een bestemmingsplan.¹²³ Het verschil met de zelfstandige projectprocedure was dat het projectbesluit moest worden gevolgd door een herziening van het bestemmingsplan (binnen een bepaalde periode). Bij de inwerkingtreding van de Wabo in 2010 is het projectbesluit vervangen door de omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan.¹²⁴

De centrale positie van het bestemmingsplan werd nog verder aangetast door de introductie van een geheel nieuw instrument: ‘de beheersverordening’. Dit instrument werd bij amendement geïntroduceerd. Dit instrument is een alternatief voor het vaststellen van een conserverend bestemmingsplan voor gebieden waar geen of nauwelijks ruimtelijke ontwikkelingen worden voorzien.¹²⁵ In de beheersverordening wordt het geldende planologische

¹²² Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 33.

¹²³ Kamerstukken II 2003/04, 28 916, nr. 9.

¹²⁴ Zie ook par. 3.3.3.

¹²⁵ Kamerstukken II 2003/04, 28 916, nr. 26.

of feitelijk bestaande gebruik juridisch vastgelegd. Een belangrijk verschil met de vaststelling van een bestemmingsplan is dat tegen de vaststelling van een beheersverordening geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.¹²⁶ Met het oog op de flexibiliteit is ook ten aanzien van de beheersverordening voorzien in een bevoegdheid om bij omgevingsvergunning van de beheersverordening af te wijken.¹²⁷ Ook kan een beheersverordening een omgevingsvergunningplicht bevatten voor aanlegactiviteiten en sloopwerkzaamheden.¹²⁸ De beheersverordening als alternatief voor een conserverend bestemmingsplan, heeft de regelcomplexiteit daarmee vergroot.

Ook de verhouding tussen de beheersverordening en het bestemmingsplan heeft vragen opgeroepen, met name rees de vraag wanneer een beheersverordening 'nieuwe ontwikkelingen' mogelijk maakt en om die reden niet kan worden vastgesteld.¹²⁹ Met een verzoek om vaststelling van een bestemmingsplan kan die vraag ook in rechte aan de orde worden gesteld. Ook andere vraagstukken hebben tot lastige vragen in de jurisprudentie geleid, zoals de legalisering van illegaal gebruik door de vaststelling van een beheersverordening¹³⁰ en de rechtsgevolgen van het onverbindend verklaren door de bestuursrechter van een beheersverordening.¹³¹ Voor de rechtzoekende burger heeft de introductie van de beheersverordening daarmee tot extra regelcomplexiteit geleid.

¹²⁶ Exceptieve toetsing door de bestuursrechter is overigens wel mogelijk. Zie o.m. ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2467.

¹²⁷ Art. 3.38 lid 1 Wro.

¹²⁸ Art. 3.38 lid 3 jo. art. 2.1 lid 1 sub b en g Wabo.

¹²⁹ T.E.P.A. Lam en A.G.A. Nijmeijer, Beheersverordening Hellebeuk (gemeente Voerendaal): strijd met het recht maar geen vernietiging door de Kroon, *TBR* 2013/174 en P.J.J. van Buuren e.a., Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, 10e druk, Wolters Kluwer, Deventer 2017, p. 117-119. en ABRvS 18 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4651, *TBR* 2015/28.

¹³⁰ Zie o.m. ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1033, *BR* 2016/58 m.nt. H.J. Breeman en ABRvS 14 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2467, *TBR* 2016/153, waaruit blijkt dat een beheersverordening gebruik dat in strijd was met het voorheen geldende bestemmingsplan kan legaliseren. Zie ook het besluit tot schorsing beheersverordening Hellebeuk, *Stb.* 2013, 216. Rb. 's-Gravenhage 3 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7607, *TBR* 2013/ 142, m.nt. A. Snijders en de reactie daarop van A.G.A. Nijmeijer, *TBR* 2013/160. T.E.P.A. Lam en A.G.A. Nijmeijer, Beheersverordening Hellebeuk (gemeente Voerendaal): strijd met het recht maar geen vernietiging door de Kroon, *TBR* 2013/174 en *Kamerstukken II* 2007/08, 30 218, nr. 24, p. 22-23.

¹³¹ Zie voor die discussie o.m. J.M.H.F. Teunissen, De beheersverordening en het scheermes van Ockham, *Gst.* 2013/72 en P.J.J. van Buuren, De beheersverordening, *TBR* 2009/2, p. 9. Inmiddels heeft de Afdeling bepaald dat het bestemmingsplan herleeft nadat een beheersverordening onverbindend wordt verklaard. Zie ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2016:2467 en ABRvS 27 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3569, *AB* 2018/64, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

Met de introductie van het projectbesluit en de beheersverordening lijkt deze poging tot vereenvoudiging van het stelsel ('het bestemmingsplan centraal') niet zeer geslaagd. De behoefte aan snelheid en flexibiliteit gaf hier de doorslag. Er lijken meerdere oorzaken te kunnen worden aangewezen voor het 'falen' van deze vereenvoudigingspoging gedurende het wetgevingsproces. Volgens Struiksma is de politieke wens die er lijkt te bestaan om de verschillende bij het wetgevingsproces betrokken actoren, met ieder hun eigen belangen tevreden te stellen, één van deze oorzaken.¹³² Een voorbeeld daarvan is de introductie van een afzonderlijke projectprocedure voor projecten, die mede op verzoek van de bouwwereld uiteindelijk in de Wro is opgenomen. Struiksma wijst er daarnaast op dat zijns inziens niet goed is doordacht hoe de verschillende beleidsdoelen van de herziening van het stelsel in samenhang kunnen worden bereikt. De vraag had moeten zijn hoe met een zo eenvoudig mogelijke regeling het bestemmingsplan centraal kan worden gesteld en zo actueel mogelijk kan worden gehouden, terwijl tegelijkertijd wordt voorzien in adequate beïnvloedingsmogelijkheden voor Rijk en provincie en procedures worden bekort.¹³³ Door het antwoord op deze vraag niet helder te hebben, ontstaan gedurende het wetgevingsproces steeds nieuwe ideeën die de regelcomplexiteit hebben vergroot.

Standaard overgangsrecht

Een andere vereenvoudiging die kan worden uitgelicht, is de standaardisering van het overgangsrecht in bestemmingsplannen. Zoals in 3.4 besproken was onder de WRO geen sprake van standaard overgangsrecht. Dit heeft geleid tot regelcomplexiteit. In 2008 werd bij de fundamentele herziening van de WRO gekozen voor het opnemen van standaardovergangsrecht in het Bro. Deze standaardregels moeten gemeenteraden verplicht in bestemmingplannen opnemen. In de NvT bij het Bro wordt over deze keuze onder meer het volgende aangegeven:

¹³² J. Struiksma, Van het een komt het ander, in: J. Struiksma en H.J.M. Besselink, De fundamentele herziening van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 32, Kluwer, 2004, p. 37-39.

¹³³ J. Struiksma, Van het een komt het ander, in: J. Struiksma en H.J.M. Besselink, De fundamentele herziening van de Wet op de Ruimtelijke Ordening. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 32, Kluwer 2004, p. 37.

'Het rechtszekerheidsbeginsel, inhoudende dat gevestigde rechten en belangen alsmede gerechtvaardigde verwachtingen dienen te worden geëerbiedigd, vereist dat in elk bestemmingsplan overgangsrechtelijke bepalingen worden opgenomen. In de bestemmingsplanpraktijk tot op heden worden vele varianten van overgangsrechtelijke bepalingen gebruikt. Deze verscheidenheid bestaat niet alleen tussen gemeenten onderling maar ook tussen bestemmingsplannen binnen één gemeente. Daarnaast zijn er nog enkele andere problemen met betrekking tot het overgangsrecht. Deze betreffen de volgende vragen: moet illegaal gebruik en illegale bebouwing onder het overgangsrecht worden gebracht, hoe verhoudt zich de toepassing daarvan in relatie tot onder andere veranderings-, vernieuwings- en uitbreidingsmogelijkheden, welke peildata moeten worden gehanteerd en welke de relatie is met de Natuurbeschermingswet 1998. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat ervoor is gekozen in het onderhavige besluit de overgangsrechtelijke bepalingen in bestemmingsplannen te standaardiseren.'¹³⁴

Deze standaardisering is in onze ogen een geslaagde vereenvoudigingspoging, in de zin dat het standaardovergangsrecht helderheid biedt over de rechtmatigheid van de overgangsrechtelijke bepalingen die in bestemmingsplannen moeten worden opgenomen. Daardoor wordt tevens duidelijkheid geboden over de rechtspositie van grondgebruikers, indien hun bestaande legale grondgebruik door een herziening van het bestemmingsplan wordt wegbestemd. Hoewel geen onderdeel van dit onderzoek, is het goed om op te merken dat het standaardovergangsrecht onder de Omgevingswet zal verdwijnen.

¹³⁴ *Stb.* 2008, 145, p. 37.

4. Verhouding met sectorale regelgeving: veelheid van belangen

4.1 Inleiding

Een belangrijke factor die bijdraagt aan de complexiteit van het ruimtelijke ordeningsrecht is de relatie met sectorale regelgeving, in het bijzonder de milieu-, water- en natuurregelgeving. In de loop der jaren is deze relatie steeds 'inniger' geworden. Het ruimtelijke ordeningsrecht is gegroeid naar een integraal kader waarin sectorale belangen en doelstellingen een belangrijke, en steeds meer doorslaggevende, rol spelen. Met name de toenemende invloed van het Europese milieurecht op het ruimtelijke ordeningsrecht, maar ook grote calamiteiten zoals de ramp met de vuurwerk-fabriek in Enschede zijn daarbij van invloed geweest. Tegelijkertijd is ook de aloude 'tweesporen-gedachte' niet verlaten. Die gedachte gaat uit van de idee dat het zinvol is ruimtelijk relevante onderwerpen zowel in het kader van de ruimtelijke ordening als in het sectorale spoor te reguleren gelet op de eigen doelstellingen van ieder spoor. Deze tweesporigheid leidt tot overlap en soms tegenstrijdigheid.

4.2 Toenemende invloed van milieuwetgeving op de ruimtelijke ordening

Bij de inwerkingtreding van de WRO in 1965 was de verhouding tussen de ruimtelijke wetgeving en de ruimtelijk relevante sectorale wetgeving nauwelijks een aandachtspunt. Met name de milieuwetgeving stond op dat moment nog in de kinderschoenen. Er waren slechts een handvol milieuwetten in werking, zoals de Hinderwet en de Kernenergiewet. Vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw ging de ontwikkeling van de milieuwetgeving echter snel en kwam een reeks sectorale wetten tot stand zoals de Afvalstoffenwet, de Wet geluidhinder, de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Natuurbeschermingswet 1967 en later ook bijvoorbeeld de Wet bodembescherming.¹³⁵ Daarmee kwam ook de discussie over de afstemming tussen deze ruimtelijk relevante sectorale wetgeving en de ruimtelijke ordeningswetgeving op gang. Brussaard beschrijft in 1991 in een bijdrage aan de bundel '25 Jaar WRO' hoe in de jaren '70 deze (toen vooral op ambtelijk niveau gevoerde) discussie werd gevoerd.¹³⁶ Waren vertegenwoordigers van de

¹³⁵ Zie ook Th.G. Drupsteen, De WRO te midden van milieu- en waterstaatswetgeving, in: P.J.J. van Buuren e.a., 25 jaar WRO. Jubileumuitgave ter gelegenheid van 25 jaar Wet op de ruimtelijke ordening, Deventer, 1991, p. 30-32.

¹³⁶ W. Brussaard, Tweesporigheid in ruimtelijk relevante wetgeving, in: P.J.J. van Buuren e.a., 25 jaar WRO. Jubileumuitgave ter gelegenheid van 25 jaar Wet op de Ruimtelijke Ordening, Deventer, 1991, p. 13-27.

sectordepartementen doorgaans van mening dat ruimtelijke relevante sectorbeslissingen de bepalingen op grond van de WRO op zij mochten zetten, de vertegenwoordigers van de RPD en het ministerie van Volkshuisvesting en Ruimtelijke ordening stonden juist op het standpunt dat ruimtelijke relevante sectorale beslissingen niet in strijd mochten zijn met ruimtelijke plannen en binnen het 'ruimtelijke raamwerk' moesten blijven. Uiteindelijk groeide het inzicht dat de oplossing niet moest worden gevonden in een voorrangregeling, maar dat de besluitvorming langs 'twee sporen' plaats zou moeten vinden, waarbij aan beide sporen betekenis toekomt.

In de loop der jaren is de invloed van milieuwetgeving op de ruimtelijke besluitvorming toegenomen en zijn milieubeslissingen steeds vaker bepalend voor de ruimtelijke besluitvorming.¹³⁷ Dit komt zowel door ontwikkelingen op Europeesrechtelijk niveau als op nationaalrechtelijk niveau. Daarbij is van belang dat de ruimtelijke ordening van oudsher wordt gezien als 'facetbeleid' waar bij het aanwijzen van bestemmingen en het stellen van regels een afweging tussen alle ruimtelijke relevante belangen dient te worden gemaakt, waaronder ook ruimtelijk relevante milieubelangen. Dit vindt zijn weerslag in het centrale inhoudelijke criterium van de Wro (en voorheen de WRO): 'een goede ruimtelijke ordening'. De invulling van dit abstracte begrip 'een goede ruimtelijke ordening' laat ook ruimte voor die belangenafweging en levert in die zin geen beperking of belemmering op voor de, soms doorslaggevende, rol van milieubeslissingen in de ruimtelijke besluitvorming. Of populairder gezegd, het begrip 'een goede ruimtelijke ordening' leent zich hier als het ware goed voor. Daarnaast kent de ruimtelijke ordening ook een zelfstandige werking en moeten soms met het oog op een goede ruimtelijke ordening ook strengere milieueisen worden gesteld, bijvoorbeeld vanwege cumulatie (zie hierover par. 4.2.3).

4.2.1 Ontwikkelingen EU-recht: toenemende invloed EU-milieuwetgeving

Het ruimtelijke orderingsbeleid is een typisch nationale aangelegenheid. Het subsidiariteitsbeginsel (art. 5 VEU) staat in beginsel dan ook in de weg aan een Europees ruimtelijk beleid en de ontwikkeling van Europese regelgeving op het terrein van de ruimtelijke ordening. Indirect heeft het Europese recht, en dan in het bijzonder de Europese milieuwetgeving, echter een belangrijke en toenemende invloed gehad op het nationale ruimtelijke

¹³⁷ Zie reeds in 1980 F.P.J.M. Otten, Ruimtelijke ordening en milieubeheer, diss., uitgeverij VUGA, 's-Gravenhage, 1980.

ordeningsbeleid.¹³⁸ Daarbij wordt niet de ruimtelijke ordening als zodanig gereguleerd, maar bijvoorbeeld activiteiten die significante gevolgen hebben voor natuurgebieden of het onderzoek naar activiteiten die belangrijke milieugevolgen hebben. Omdat in ons nationale recht de ruimtelijke besluitvorming veelal bepalend is voor het toestaan van deze activiteiten, wordt deze besluitvorming ook beïnvloed door de desbetreffende Europese milieuriichtlijn of verordening. Deze richtlijnen of verordeningen hebben veelal een sectoraal karakter in de zin dat er vanuit een bepaald milieuaspect eisen worden gesteld aan de kwaliteit van het milieu. Daarnaast kunnen ook o.a. interne marktregele, het vrij verkeer van kapitaal, invloed hebben op de ruimtelijke besluitvorming.

De invloed van met name de Europese milieuwetgeving op de ruimtelijke besluitvorming heeft geleid tot regelcomplexiteit. Het toestaan van een ruimtelijke ontwikkeling in het bestemmingsplan wordt mede beïnvloed door het Europese recht, waardoor meerdere lagen van regelgeving op die ontwikkeling van toepassing zijn. De uitleg van begrippen en de toepassing is immers afhankelijk van de uitleg van de Europese regelgeving. Bij strijdigheid met het Europese recht kunnen de Europese verplichtingen rechtstreeks werken of richtlijnconform worden uitgelegd, waarbij de nationale regelgeving buiten toepassing wordt gelaten. Dit zorgt dus voor een extra laag aan regels waaraan ruimtelijke besluiten moeten voldoen (zie ook hoofdstuk 2). Deze complexiteit is in bepaalde gevallen versterkt door de wijze waarop de Europese regelgeving is geïmplementeerd. Soms is sprake (geweest) van een onjuiste implementatie en soms hebben de keuzes die zijn gemaakt, geleid tot zeer stringente nationale wetgeving, waarbij de beleidsvrijheid van bestuursorganen ten aanzien van de ruimtelijke besluitvorming in belangrijke mate werd ingeperkt. Om die inperking op te heffen, is vaak in het nationale recht weer gezocht naar oplossingen die de afwegingsruimte trachten te vergroten (zoals een programmatische aanpak). Dit heeft weer geleid tot (snel) veranderende regelgeving en de daarmee gepaard gaande complexiteit.

Enkele voorbeelden kunnen dit verduidelijken:

De eisen die worden gesteld aan de luchtkwaliteit in Nederland zijn in belangrijke mate bepaald door de Europese luchtkwaliteitsrichtlijn (2008/50).¹³⁹ Deze richtlijn bevat grenswaarden en streefwaarden voor verschillende lucht-

¹³⁸ Zie M.N. Boeve, F.A.G. Groothuijse, *Omgevingsrecht*, 2019, p. 51 en uitgebreid o.a. A.A. Freriks, Th. Peters, J. Robbe, J.M. Verschuuren, *De invloed van het Europese recht op het ruimtelijk bestuursrecht*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 30, Kluwer, Deventer 2002.

¹³⁹ Thans richtlijn 2008/50/EU betreffende de luchtkwaliteit en een schonere lucht voor Europa. Deze richtlijn vervangt de eerdere kaderrichtlijn voor de luchtkwaliteit uit 1996 en bijbehorende dochterrichtlijnen.

verontreinigende stoffen die niet mogen worden overschreden. De richtlijn bepaalt niet *hoe* de lidstaten ervoor moeten zorgen dat aan deze normen wordt voldaan op een bepaald tijdstip, wel staat een planmatige aanpak voorop. De wijze van omzetting van de eerste Europese richtlijnen over de luchtkwaliteit in Nederland heeft tot gevolg gehad dat bij ieder besluit dat gevolgen kon hebben voor de luchtkwaliteit getoetst moest worden of aan de grenswaarden voor de luchtkwaliteit kon worden voldaan. In de Wet milieubeheer was gekozen voor een systeem waarbij sprake was van een directe koppeling tussen de grenswaarden voor de luchtkwaliteit en concrete besluiten, waaronder ruimtelijke besluiten. Met name de concentraties fijn stof en stikstofdioxide in de lucht leverden echter op veel plekken overschrijdingen van de luchtkwaliteitsnormen op. In eerste instantie werd in de jurisprudentie nog vrij soepel omgegaan met de toetsing aan de luchtkwaliteitsnormen en stond een enkele overschrijding niet direct in de weg aan het toestaan van een project met gevolgen voor de luchtkwaliteit.¹⁴⁰ Vanaf 2004 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak echter dat de directe toetsing van concrete besluiten aan de grenswaarden voor de luchtkwaliteit strikt moest worden toegepast.¹⁴¹ Nieuwe projecten met gevolgen voor de luchtkwaliteit konden daardoor veelal geen doorgang vinden. Later is deze strikte koppeling deels vervangen door een programmatische aanpak in de vorm van het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit, waarbij voor een groot deel van de projecten niet meer rechtstreeks aan de luchtkwaliteitsnormen hoeft te worden getoetst. Dit leverde meer ruimte op voor bestuurlijke afweging. De keuze voor een programmatische aanpak vond echter niet van de een op de andere dag plaats, eerst werden verschillende (beperkte) aanpassingen in de regelgeving doorgevoerd, zoals de invoering van een salderingsregeling.¹⁴² Deze snel veranderende regelgeving is een aandachtspunt met het oog op regelcomplexiteit.

Ook de Europese Habitatrichtlijn en Vogelrichtlijn hebben een belangrijke invloed op de ruimtelijke besluitvorming. De gebiedsgerichte aanpak van deze richtlijnen heeft uitwerking gekregen in ruimtelijke plannen door onder meer de aanwijzing van Natura 2000-gebieden. Nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen die de kwaliteit van de habitats of de habitats van soorten in die gebieden aantasten, zijn, kort gezegd, niet zonder meer toegestaan

¹⁴⁰ ABRvS 8 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL7623. Zie ook C.W. Backes, De lucht geklaard. 40 jaar luchtkwaliteitswetgeving en-beleid, M en R 2013/68.

¹⁴¹ Bijv. over de verbreding van de A4 Burgerveen-Leiden, ABRvS 25 juli 2007, JM 2007/122.

¹⁴² Zie o.a. M.N. Boeve en FA.G. Groothuijse, Omgevingsrecht, 2019, Groningen Europa Law Publishing, p. 114-115.

en er zal een passende beoordeling moeten worden gemaakt. De aanwijzing van de Natura 2000-gebieden vindt overigens plaats op nationaal niveau, waarbij alleen ecologische motieven een rol mogen spelen.¹⁴³ Van belang is dat het beschermingsregime van de Habitatrichtlijn (art. 6) van toepassing is op bestemmingsplannen. Die toepassing van art. 6 Habitatrichtlijn en de restrictieve uitleg die daaraan in de jurisprudentie wordt gegeven, zorgt ervoor dat dit de vaststelling van bestemmingsplannen compliceert (gebruiksmogelijkheden moeten worden beperkt en salderingsregelingen moeten in het leven worden geroepen), zeker omdat de planologische mogelijkheden van het bestemmingsplan maximaal moeten worden ingevuld.¹⁴⁴ Vanzelfsprekend is één van de bekendste voorbeelden waarbij de invloed van de Europese Habitatrichtlijn zich laat zien, de uitspraak van de ABRvS van 29 mei 2019 over het Programma Aanpak Stikstof (PAS), waarin werd geoordeeld dat deze programmatische aanpak in strijd is met de Habitatrichtlijn.¹⁴⁵ Daarmee zijn vele projecten, waaronder woningbouwprojecten, uitbreiding van landbouwbedrijven etc. tot stilstand gekomen. Hoewel het PAS niet van toepassing was op bestemmingsplannen, kon voor de onderbouwing van de passende beoordeling wel worden verwezen naar het PAS. Voor die bestemmingsplannen zal alsnog een passende beoordeling moeten worden uitgevoerd.

Een ander voorbeeld bieden de Europese richtlijnen op het terrein van milieueffectrapportage. Reeds in 1985 kwam de zogenoemde m.e.r.-richtlijn¹⁴⁶ tot stand die er toe verplicht dat voor sommige voor het milieu relevante ruimtelijke besluiten een milieueffectrapport wordt opgesteld waarin de milieugevolgen van het te nemen besluit in kaart worden gebracht. In 2001 kwam de zogenoemde smb-richtlijn (2001/42) tot stand die een strategische milieubeoordeling verplicht stelt voor bepaalde (veelal ruimtelijke) plannen, die een kader vormen voor m.e.r.(beoordelings)-plichtige vergunningen. Hoewel het instrument 'milieueffectrapportage' niet verplicht tot een bepaalde uitkomst (bepaalde ruimtelijke keuzes), maar er voor zorgt dat

¹⁴³ Eerder is Nederland veroordeeld door het HvJ EU omdat te weinig speciale beschermingszones op grond van de Vogelrichtlijn waren aangewezen, HvJ EU 19 mei 1998, C-3/96.

¹⁴⁴ Zie ook F.A.G. Groothuijse en R. Kegge, Het omgevingsplan, integraal en marginaal?, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 45, 2017, p. 49-56.

¹⁴⁵ ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603. Ook andere uitspraken in het stikstofdossier hebben een belangrijke relevantie voor de ruimtelijke ordening, zoals de uitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van 2 november 2022 waarin is geoordeeld dat de bouwvrijstelling stikstof uit de Wet natuurbescherming niet voldoet aan het Europese natuurbeschermingsrecht, ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159 (Porthos).

¹⁴⁶ Deze richtlijn is enkele malen gewijzigd en thans gecodificeerd in richtlijn 2011/92.

voldoende onderzoek wordt gedaan naar de milieueffecten van bepaalde projecten en plannen, heeft de implementatie van beide richtlijnen geleid tot regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening. Dit werd in belangrijke mate veroorzaakt door de onvoldoende implementatie van de mer-richtlijn in de Nederlandse regelgeving, waarbij de Europese regelgeving telkens vrij 'krampachtig' in het reeds bestaande systeem van de nationale m.e.r.-regelgeving werd ingepast. Zo is Nederland in het verleden meerdere malen in gebreke gesteld vanwege onvoldoende implementatie van de mer-regelgeving. In de jaren '90 waren er enkele belangrijke uitspraken van de AGRvS waarin werd geoordeeld dat de nationale drempelwaarden in strijd waren met de m.e.r.-richtlijn, waarbij de nationale m.e.r.-regelgeving buiten toepassing werd gelaten.¹⁴⁷ In 2009 oordeelde het HvJ EU dat de drempelwaarden in het Besluit m.e.r. (wederom) te absoluut waren geformuleerd.¹⁴⁸ Dat de nationale regels inzake milieueffectrapportage naar aanleiding van jurisprudentie telkens moesten worden aangepast, heeft de complexiteit voor rechtzoekenden versterkt. Daarbij moet ook worden opgemerkt dat het hybride karakter van het bestemmingsplan (plan/ programmafunctie en besluit/verordenende functie) tot complicaties leidt. Het bestemmingsplan is in bepaalde gevallen een plan in de zin van de smb-richtlijn en in andere gevallen een besluit in de zin van m.e.r.-richtlijn.

Opvallend is voorts de Seveso III-richtlijn¹⁴⁹ die van toepassing is op inrichtingen waarin gevaarlijke stoffen in bepaalde hoeveelheden aanwezig zijn of kunnen zijn. Deze richtlijn heeft een specifieke bepaling die ziet op de nationale ruimtelijke ordening. In art. 13 van deze richtlijn is onder meer bepaald dat de lidstaten er voor zorgen dat in hun ruimtelijke ordeningsbeleid rekening wordt gehouden met de noodzaak dat op de lange termijn voldoende afstand wordt gehouden tussen de onder de richtlijn vallende inrichtingen enerzijds en (onder andere) woongebieden anderzijds. Hoewel hier sprake is van een resultaatsverplichting, de verplichting om voldoende afstand aan te houden, biedt deze verplichting discretionaire ruimte. Het bevoegd gezag heeft ruimte om de veiligheidsafstanden zelf te bepalen en te beoordelen welke factoren daarbij relevant zijn.¹⁵⁰ Daarmee heeft deze richtlijnbeepaling een minder dwingende uitkomst voor de ruimtelijke ordening

¹⁴⁷ O.a. AGRvS 29 november 1991, M en R 1992, 99. Zie hierover Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis en N.S.J. Koeman, *Milieurecht*, Kluwer Deventer 2006, p. 136-137.

¹⁴⁸ HvJ EU zaak C-255/08 *Commissie Nederland*.

¹⁴⁹ Richtlijn 2012/18 betreffende de beheersing van de gevaren en zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken.

¹⁵⁰ M.N. Boeve, *Het omgevingsrecht van de compacte stad*, diss. 2017, p. 134.

dan bijvoorbeeld de verplichtingen op grond van de Habitatrichtlijn. Niettemin laat dit voorbeeld zien dat de afweging die moet worden gemaakt in de ruimtelijke ordening complexer wordt door de verschillende lagen van regelgeving die op een concrete ruimtelijke ontwikkeling van toepassing zijn.

4.2.2. Ontwikkelingen nationaal recht

Koppeling milieunormen en ruimtelijke besluitvorming

Niet alleen de omzetting van Europese milieuwetgeving heeft geleid tot een grote verwevenheid tussen de sectorale regelgeving en het ruimtelijke ordeningsrecht en de daarmee gepaard gaande regelcomplexiteit. Ook nationale ontwikkelingen hebben hiertoe geleid. Een voorbeeld biedt de regelgeving op het terrein van externe veiligheid.

Voor 2004 was het externe veiligheidsbeleid vastgelegd in de notitie 'Omgaan met risico's' (1989) en brieven van de toenmalige minister van VROM.¹⁵¹ Vooral naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede in 2000 werd het externe veiligheidsbeleid vastgelegd in regelgeving. In 2004 kwam het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi) en de bijbehorende Regeling externe veiligheid inrichtingen (Revi) tot stand waarin risiconormen (al dan niet vertaald in vaste veiligheidsafstandseisen) zijn opgenomen die rechtstreeks van toepassing zijn in de ruimtelijke besluitvorming. In het Bevi zijn bevoegdheden aangewezen waaraan de risiconormen zijn gekoppeld; dit betreft onder meer het bestemmingsplan en het afwijken van het bestemmingsplan bij omgevingsvergunning (art. 2.12 lid 1 onder a onder 2 of 3 of lid 2 Wabo). Indien de bouw of vestiging van kwetsbare objecten wordt toegestaan in de betreffende ruimtelijke besluiten moeten de risiconormen in de vorm van grenswaarden in acht worden genomen. Hetzelfde geldt voor de vaste veiligheidsafstanden. Daarbij oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak strikt of aan de grenswaarden of vaste veiligheidsafstanden wordt voldaan, waarbij geen ruimte is voor bestuurlijke afweging.

Ook de geluidregelgeving kent al van oudsher een koppeling met de ruimtelijke besluitvorming, waarbij de geluidwetgeving veelal verplicht tot het aanhouden van een bepaalde afstand (zone) tussen geluidhinderveroorzakende activiteiten en geluidgevoelige bestemmingen. Voor zover het daarbij gaat om de Wet geluidhinder, die onder meer van toepassing is op geluidhinder afkomstig van industrieterreinen, worden deels strikte normen (grenswaarden) gesteld die in acht moeten worden genomen en niet mogen worden overschreden.

¹⁵¹ Kamerstukken II 1988/89, 21 137, nr. 5, later bijgesteld bij Kamerstukken II 1991/92, 22 666, nrs. 1-8.

Ruime, soms overlappende, afwijkingmogelijkheden

De (soms strikte) koppeling tussen milieu(kwaliteits)normen en de ruimtelijke besluitvorming heeft geleid tot de roep om meer flexibiliteit, ofwel meer bestuurlijke afwegingsruimte. Milieukwaliteitsnormen kunnen immers dwingen tot het houden van een zekere afstand tussen bijvoorbeeld woningbouw en bedrijvigheid waardoor de mogelijkheid om een integrale afweging te maken van ruimtelijke en milieubelangen wordt beperkt. Om aan deze vraag naar meer ruimte voor afweging op het lokale niveau tegemoet te komen is in sommige gevallen de sectorale wetgeving zelf aangepast en is daarnaast experimenteerwetgeving tot stand gekomen, zoals de Interimwet stad-en-milieubenadering en de Crisis- en herstelwet. Deze ontwikkelingen hebben weliswaar geleid tot meer mogelijkheden voor bestuurlijke afweging, maar hebben ook een grote(re) regelcomplexiteit tot gevolg vanwege de toename van de hoeveelheid regels die op een concreet geval van toepassing kunnen zijn.

Zo kan van de voorkeursgrenswaarde voor geluidhinder afkomstig van industrieterreinen worden afgeweken door middel van het vaststellen van een zogenoemde 'hogere waarde' op grond van de Wet geluidhinder. Van deze 'hogere waarde' kan, onder strikte voorwaarden, weer worden afgeweken op grond van de Interimwet stad-en-milieubenadering. Ook kan een hogere waarde worden vastgesteld indien sprake is van een industrieterrein waar zeehavengebonden activiteiten plaatsvinden. Deze afwijkingmogelijkheid is in de Wet geluidhinder zelf opgenomen. Daarnaast is het mogelijk om op grond van de Crisis- en herstelwet voor bepaalde gebieden of experimenten tijdelijk van de geluidgrenswaarden af te wijken. Het gebruik van verschillende van deze afwijkingmogelijkheden kan soms nodig zijn om een bepaalde woningbouwlocatie toe te staan. Dit levert een hoge mate van complexiteit op, zowel voor bestuursorganen als voor rechtzoekenden.¹⁵²

4.2.3 Zelfstandige werking van de ruimtelijke ordening: overlap en afstemmingsvragen

Naast de toenemende invloed van Europese en nationale milieuwetgeving op de ruimtelijke besluitvorming, levert ook de juist zelfstandige werking van de ruimtelijke ordening in aanvulling op milieuregelgeving complexiteit op. In het kader van het bestemmingsplan dient een eigen, aanvullend, onderzoek

¹⁵² De uitspraak over het Hembrugterrein biedt in dit verband een mooie illustratie, ABRvS 30 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1398.

naar de milieugevolgen van ruimtelijke ontwikkelingen te worden verricht. Dit onderzoek mag niet worden doorgeschoven naar het milieuspoor. Het vereiste van een goede ruimtelijke ordening brengt met zich mee dat het aannemelijk moet zijn dat het bestemmingsplan binnen de planperiode uitvoerbaar is.¹⁵³ Zo zal moeten worden onderzocht of na realisering van de nieuw toegestane ontwikkelingen nog aan de milieunormen van het Activiteitenbesluit kan worden voldaan en ook een reeds verleende omgevingsvergunning voor een inrichting zal moeten worden betrokken bij de belangenafweging die in het kader van het vaststellen van een bestemmingsplan moet worden gemaakt.¹⁵⁴ Het is mogelijk dat de milieugevolgen van een activiteit voldoende zijn gereguleerd door de milieuregelgeving. In het bestemmingsplan hoeven dan geen aanvullende regels te worden opgenomen. Het is echter niet altijd voldoende dat voor een concreet project wordt voldaan aan de (milieu) normen van het Activiteitenbesluit of de omgevingsvergunning milieu. Indien er geen sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat zullen vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening aanvullende regels in het bestemmingsplan moeten worden gesteld.

Van belang daarbij is dat volgens standaardjurisprudentie bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van nieuwe ontwikkelingen moet worden uitgegaan van de maximale planologische mogelijkheden van het bestemmingsplan. Deze mogelijkheden hoeven niet gelijk te zijn aan de ruimte die de omgevingsvergunning milieu biedt en het is dus ook niet voldoende om daar naar te verwijzen. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de ABRvS van 28 december 2011:

‘Een milieuvergunning kent echter een ander toetsingkader dan de Wro en kan in de toekomst worden gewijzigd. In het kader van een goede ruimtelijke ordening dient daarom te worden uitgegaan van de maximale mogelijkheden van het plan. Volgens de raad is de milieuvergunning nog niet geheel benut en is aldus rekening gehouden met een eventuele uitbreiding van het bedrijf op het nieuwe bouwvlak. De raad heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat hetgeen de milieuvergunning nog aan uitbreidingsruimte biedt, overeenkomt met de maximale mogelijkheden van het bestemmingsplan. Gelet hierop is niet zonder meer duidelijk dat het bestemmingsplan in zoverre, zoals

¹⁵³ Zie ook art. 3.1.6 lid 1 onder f Bro.

¹⁵⁴ O.a. ABRvS 12 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7128 en ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2718.

de raad stelt, niet in betekenende mate kan bijdragen aan de concentratie luchtverontreinigende stoffen als gevolg van de inrichting en de daarbij behorende verkeersbewegingen.¹⁵⁵

Ook wanneer milieuaspecten *niet* zijn gereguleerd in het Activiteitenbesluit of in de omgevingsvergunning milieu kan het nodig zijn dat deze aspecten wel worden meegenomen in de ruimtelijke besluitvorming. Een bekend voorbeeld is het reguleren van stemgeluid. Stemgeluid op een onverwarmd en onoverdekt terrein is expliciet uitgezonderd van regulering in het Activiteitenbesluit, tenzij sprake is van een binnenterrein (art. 2.18 lid 1 onder Activiteitenbesluit). Bij de vaststelling van het bestemmingsplan waarin een activiteit wordt toegestaan waarbij overlast kan zijn van stemgeluid, zoals stemgeluid van kinderen op een speelplein van een school, moet deze geluidhinder *wel* worden meegewogen met het oog op het realiseren van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat.¹⁵⁶

Complicerend is dat wanneer sprake is van volledig overlappende motieven regulering van activiteiten in de ruimtelijke ordening niet nodig is en ook niet mogelijk is. Jurisprudentie over de relatie tussen regulering in het ruimtelijke ordeningsplan en/of het waterspoor laat dit zien.¹⁵⁷ Over de relatie tussen regulering in het ruimtelijke ordeningsplan of het monumentspoor bestaat vergelijkbare jurisprudentie.¹⁵⁸ Deze afstemmingsvraagstukken leveren complexiteit op, zo is niet altijd duidelijk wanneer bijvoorbeeld sprake is van volledig overlappende motieven (en dus wanneer wel of niet aanvullende regels in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen).

Milieunormen in het bestemmingsplan

De wijze waarop in het bestemmingsplan gewaarborgd kan worden dat sprake is van een aanvaardbaar woon- en leefklimaat bij een maximale invulling van de mogelijkheden van het plan, heeft een ontwikkeling doorgemaakt. Bij de totstandkoming van de Wet milieubeheer achtte de wetgever het opnemen van milieukwaliteitsnormen in het bestemmingsplan voorstelbaar. Dit zou per geval moeten worden beoordeeld, mede gelet op de eis van uitvoerbaarheid.¹⁵⁹ Volgens standaard Kroonjurisprudentie was dit echter niet

¹⁵⁵ ABRvS 28 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU9438.

¹⁵⁶ O.a. ABRvS 27 mei 2009, M en R 2010, 5 (basisschool Et Buut).

¹⁵⁷ Zie ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:328, AB 2015/179, m.nt. F.A.G. Groothuijse (Water).

¹⁵⁸ Zie ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:167, AB 2015/109, m.nt. F.A.G. Groothuijse (Monumentenwet 1988).

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 1988/89, 22 163, 3, p. 50.

aanvaardbaar. Volgens de Kroon bood de WRO geen grondslag voor 'niet rechtstreeks op het gebruik van de grond en gebouwen, c.q. het uitvoeren van werken en werkzaamheden gerichte normen, die veeleer betrekking hebben op het oprichten, in werking brengen en in werking houden van eventueel op de grond en in de gebouwen te vestigen bedrijven en de uit hoofde van andere wettelijke regelingen daarvoor vereiste vergunningen.'¹⁶⁰ Het opnemen van emissie- en immissienormen in het bestemmingsplan was volgens de Kroonjurisprudentie niet mogelijk. De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak onder de WRO volgde in eerste instantie op hoofdlijnen de jurisprudentie van de Kroon. Een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak in 2003 liet echter zien dat er onder voorwaarden ruimte was voor het opnemen van geluidnormen in het bestemmingsplan.¹⁶¹

Bij de totstandkoming van de nieuwe Wro (2008) was er ruime aandacht voor de relatie tussen het bestemmingsplan en het omgevingsbeleid in brede zin. In de MvT wordt aangegeven dat de regering het denkbaar acht 'dat in bestemmingsplannen wettelijke (milieu)kwaliteitsnormen worden opgenomen, die op grond van de wet of de jurisprudentie (vrijwel) volledig bindend zijn. Aan de hand daarvan kan de toelaatbaarheid van bepaalde vormen van gebruik van de grond en/of bouwwerken worden getoetst. Het is ook denkbaar dat in het bestemmingsplan andere dan de bedoelde kwaliteitsnormen worden opgenomen.'¹⁶² Vervolgens wordt benadrukt dat de kwaliteitseisen 'altijd op de een of andere wijze (..) moeten kunnen worden vertaald in ruimtelijke maatregelen en regels die passen binnen het bestemmingsplan', aldus de MvT. Ook is er aandacht voor de mogelijke complexiteit die het opnemen van (effectgerichte) kwaliteitsnormen in het bestemmingsplan kan opleveren:

'In reactie op het voorontwerp is de vrees geuit dat de bestemmingsplan-procedure hierdoor sterker zal worden gepolitiseerd en gejuridiseerd, hetgeen zou kunnen leiden tot vertraging in de procedure, toename van de regeldichtheid en ondoorzichtigheid van de normstelling. De regering deelt deze vrees niet. Bij de vaststelling van bestemmingsplannen dienen alle betrokken belangen te worden meegewogen. Het bestemmingsplan is als zodanig thans reeds een politiek relevant document, en is dat in het verleden ook altijd geweest. De beschreven ontwikkeling van het bestemmingsplan draagt eraan bij dat het plan

¹⁶⁰ KB 17 december 1987, AB 1988, 388 m.nt. AWK.

¹⁶¹ ABRvS 7 augustus 2002, AB 2003, 192 m.nt. TN.

¹⁶² Kamerstukken II 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 21-22.

een integraal, normatief kader kan worden voor de beheersing en begeleiding van ruimtelijke ontwikkelingen. In een dergelijk bestemmingsplan kan langs deze weg door burgers de na een integrale afweging van alle betrokken belangen vastgelegde ontwikkeling van de leefomgeving in het plangebied worden teruggevonden. Dit leidt tot een verbetering van de inzichtelijkheid en kenbaarheid van de van toepassing zijnde normen.¹⁶³

Op basis van de tekst van de Wro en de MvT kon echter niet met zekerheid worden gesteld dat daadwerkelijk sprake was van een verruimd begrip 'goede ruimtelijke ordening'.¹⁶⁴ De jurisprudentie van de laatste jaren laat echter zien dat het mogelijk, en soms ook nodig is om emissie- en/of immissienormen in het bestemmingsplan op te nemen. Zo mag blijkens jurisprudentie een geluidverkavelingsplan dat per perceel de maximale geluidruimte vastlegt in het bestemmingsplan worden opgenomen¹⁶⁵ en kunnen geluidsnormen voor een maximale geluidsbelasting voor geluidgevoelige gebouwen in de planregels worden opgenomen (voor de geluidsbelasting vanwege een evenemententerrein).¹⁶⁶

Deze ontwikkeling lijkt een logisch gevolg van het feit dat bij de vaststelling van het bestemmingsplan de maximale ontwikkelingsmogelijkheden moeten worden meegenomen en het plan moet voldoen aan het criterium van een goede ruimtelijke ordening. De mogelijkheden van het plan zullen met het oog op een aanvaardbaar woon- en leefklimaat moeten worden beperkt, bijvoorbeeld door het opnemen van een milieunorm.¹⁶⁷ Dit levert echter ook regelcomplexiteit op voor de rechtzoekende, omdat op een concrete activiteit meerdere regels van toepassing zijn, die over hetzelfde onderwerp gaan. Zo kunnen er bijvoorbeeld afstemmingsvragen ontstaan ten aanzien van de omgevingsvergunning milieu, aangezien deze vergunning niet wordt getoetst aan het bestemmingsplan. Voor een concrete activiteit kunnen derhalve verschillende milieunormen gelden (in het bestemmingsplan, de omgevingsvergunning milieu en/of het Activiteitenbesluit).

¹⁶³ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3, p. 23.

¹⁶⁴ M.N. Boeve en N.S.J. Koeman, Milieukwaliteitsnormen in het bestemmingsplan onder de nieuwe Wro, *M en R* 2005/7.

¹⁶⁵ ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:237.

¹⁶⁶ ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1876, *M en R* 2013, 88.

¹⁶⁷ Vgl. M.N. Boeve, *Het omgevingsrecht van de compacte stad*, diss. 2017, p. 71.

Opvallend is dat onder de Wet milieubeheer het bestemmingsplan wel een toetsingsgrond was voor de milieuvergunning. In art. 8.10 lid 3 Wet milieubeheer (oud) was bepaald dat de milieuvergunning kan worden geweigerd bij strijd met het bestemmingsplan. Deze bepaling was in de Wet milieubeheer opgenomen naar aanleiding van de vuurwerkramp in Enschede. Het kabinet had toegezegd de afstemming tussen milieuvorschriften, het bestemmingsplan en de bouwregelgeving te verbeteren en deze bepaling was daarvan één van de uitkomsten.¹⁶⁸ Bij de inwerkingtreding van de Wabo is deze weigeringsgrond voor de milieuvergunning vrij geruisloos weer verdwenen.

4.3 Bestuurlijke verkokering

Een laatste aandachtspunt ten aanzien van de verhouding tussen ruimtelijke ordening en sectorale regelgeving betreft de verkokering van de relevante ministeries. Juist in de ruimtelijke ordening komen de verschillende omgevingsrechtelijke belangen samen en zou het voor de hand liggen de voorbereiding van regelgeving op dit terrein zoveel mogelijk te concentreren. De nationale ruimtelijke relevante regelgeving is echter niet afkomstig van één ministerie. Al vanouds is het omgevingsrechtelijke beleid verspreid over verschillende ministeries. Positief in dit verband was het samengaan van het ministerie van VROM met het ministerie van V en W in 2010 in een ministerie van Infrastructuur en Milieu. Na de departementale herindeling in 2017 zijn de taken op het gebied van het ruimtelijke relevante omgevingsbeleid echter weer in belangrijke mate gesplitst.¹⁶⁹ Zo zijn de taken en bevoegdheden ten aanzien van de ruimtelijke ordening en de toekomstige Omgevingswet neergelegd bij het ministerie van BZK, ten aanzien van milieu en water bij het ministerie van I en W, ten aanzien van mijnbouw en klimaat het ministerie van EZK en ten aanzien van natuur bij het ministerie van LNV. Deze verkokering heeft als

¹⁶⁸ Zie hierover M.N. Boeve, F.A.G. Groothuijse, *Omgevingsrecht, tweede druk*, 2009, p. 169-170.

¹⁶⁹ Zie ook H.A.J. Gierveld, *De stand van zaken van de stelselherziening: een nieuw regeerakkoord, TO 2017/4*.

risico dat regels niet of minder goed op elkaar worden afgestemd, wat de regelcomplexiteit kan versterken.¹⁷⁰

4.4 Factoren die hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het ruimtelijke ordeningsrecht: verhouding met sectorale regelgeving

Concluderend kunnen de volgende factoren worden uitgelicht. Het abstracte begrip ‘een goede ruimtelijke ordening’ dat centraal staat in de Wro en voorheen de WRO, betekent dat bij de keuze voor een bepaalde bestemming telkens een belangenafweging moet worden gemaakt. In deze belangenafweging moeten ook sectorale belangen worden meegenomen. Deze noodzaak tot een integrale belangenafweging en de ruimte die het criterium ‘een goede ruimtelijke ordening’ daarvoor biedt, heeft er toe geleid dat de relatie met sectorale regelgeving bijdraagt aan de regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening.

1. Door de **toenemende invloed van de Europese milieuwetgeving op de ruimtelijke besluitvorming** is op een concrete ruimtelijke ontwikkeling steeds vaker een extra laag van regelgeving (Europees) van toepassing. De uitleg van bepaalde begrippen of van de toepassing van regelgeving is daarbij afhankelijk van de Europese regelgeving. Dit levert regelcomplexiteit op.
2. Daarnaast leidt de (strikte) **doorwerking van nationale milieukwaliteitsnormen naar de ruimtelijke besluitvorming** in sommige gevallen tot een bindende uitkomst. Dit heeft tot gevolg dat er meer behoefte is aan bestuurlijke afwegingsruimte. De (experimenteer)wetgeving die hierin voorziet, houdt

¹⁷⁰ Zie bijvoorbeeld de gebrekkige samenloopregeling van de projectprocedure van de Waterwet en de coördinatieregeling van de Wro en de onduidelijke juridische regeling van bergingsgebieden, die naar ons oordeel mede kunnen worden toegeschreven aan de gebrekkige afstemming bij de voorbereiding van de wetsvoorstellen voor de Wro (2008) en de Waterwet (2009) door het toenmalige ministerie van VROM en het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat. Zie over de samenloopregeling: F.A.G. Groothuijse, ‘De aanleg en wijziging van waterstaatswerken: provinciaal wat kan, decentraal wat resteert? Over de ineffectieve en onnodige centraliserende werking van de regeling ter voorkoming van procedurele samenloop tussen de Wro en de Waterwet’, in: P. van Buuren, F. Groothuijse, D. Korsse e.a. (red.), *‘Toonbeelden. Gedachte over provinciaal omgevingsrecht ter herinnering aan Toon de Gier’*, Deventer, Kluwer 2013, p. 113-128. Over de regeling van bergingsgebieden en de relatie met de Wro heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in een aantal voorlichtende uitspraken duidelijkheid moeten verschaffen. Zie daarvoor: ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3861, AB 2012/178, m.nt. A. van Hall en *MenR* 2012/106, m.nt. F.A.G. Groothuijse (bergingsgebied) en ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3120, AB 2019/4, m.nt. W.J. van Doorn-Hoekveld en F.A.G. Groothuijse (toepassing van de voorrangregeling ex art. 7.16 Wftw).

een toename in van regelgeving die op een concrete ruimtelijke ontwikkeling van toepassing is.

3. **Sectorale eisen spelen ook een rol bij de vraag of een ruimtelijk besluit uitvoerbaar** is. Onderzocht moet worden in hoeverre het aannemelijk is dat sectorale eisen in de weg staan aan die uitvoerbaarheid. Dit leidt tot complexiteit.
4. Daarnaast **leidt de zelfstandige werking van de ruimtelijke ordening tot overlap en afstemmingsvragen met sectorale regelgeving**. Bij de vaststelling van het bestemmingsplan moet uit worden gegaan van de maximale mogelijkheden van het plan en moet worden voldaan aan het criterium van een goede ruimtelijke ordening. Dit betekent dat soms aanvullende (milieu) regels in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen. Voor een concrete activiteit kunnen in voorkomende gevallen dan ook verschillende milieunormen gelden, waarbij zich afstemmingsvragen kunnen voordoen, bijvoorbeeld omdat de omgevingsvergunning milieu niet wordt getoetst aan het bestemmingsplan. Daarbij is niet altijd duidelijk of nog aanvullende regels mogen worden gesteld in het bestemmingsplan. Indien sprake is van volledig overlappende motieven, is er geen ruimte voor een aanvullende werking van de ruimtelijke ordening op het sectorale spoor.
5. Tot slot kan ook de vergaande **verkokering van de ministeries** op het terrein van het omgevingsbeleid leiden tot regelcomplexiteit.

4.5 Vereenvoudigingspogingen

De vereenvoudigingsmaatregelen die door de wetgever zijn getroffen om de relatie tussen de ruimtelijke ordening en sectorale wetgeving minder complex te maken zijn, met uitzondering van de inwerkingtreding van de Wabo, beperkt. Zo is in het bovenstaande al beschreven hoe bij de fundamentele herziening van de WRO in 2008 een poging werd gedaan om duidelijkheid te verschaffen over de relatie tussen milieu(kwaliteits)normen en het bestemmingsplan. In de MvT wordt ingegaan op deze relatie, maar de tekst schept onvoldoende duidelijkheid. Ook de tekst van de Wro zelf bevat geen verdere aanknopingspunten. De jurisprudentie heeft zich op dit punt wel ontwikkeld en meer duidelijkheid verschaft over bijvoorbeeld de vraag of emissie en/of immissie-normen in het bestemmingsplan kunnen of (soms) moeten worden opgenomen. De bijdrage van deze jurisprudentie van de Afdeling bestuurs-rechtspraak aan een vereenvoudiging van de complexe relatie tussen de ruimtelijke ordening en sectorale wetgeving is echter lastig te waarderen. Deze jurisprudentie roept immers ook weer nieuwe afstemmingsvragen op, omdat bijvoorbeeld voor concrete initiatieven verschillende milieunormen

kunnen gelden (in het bestemmingsplan, de omgevingsvergunning milieu en/of het Activiteitenbesluit). Ook is niet altijd duidelijk wanneer wel of niet aanvullende regels in het bestemmingsplan moeten worden opgenomen, indien sprake is van overlappende motieven tussen de ruimtelijke en sectorale wetgeving. Voor een rechtzoekende burger kan de jurisprudentie van de Afdeling in een concreet geval dan ook weer meer complexiteit opleveren (zie in dit verband ook par. 5.2).

Een beperkte 'vereenvoudigingsmaatregel' door de wetgever kan verder worden gezien in het feit dat het bestemmingsplan enige tijd onderdeel was van het toetsingskader van de milieuvergunning. Met de inwerkingtreding van de Wabo is deze toetsingsgrond echter weer met stille trom verdwenen (zie par. 4.2.3).

In 2010 is de Wabo in werking getreden.¹⁷¹ Verschillende vergunningen op het terrein van de fysieke leefomgeving, zoals de bouwvergunning, de milieuvergunning en de afwijkvergunning, zijn daarbij samengevoegd in één omgevingsvergunning. Hiermee is een procedurele vereenvoudiging beoogd van de vergunningenstelsels in het omgevingsrecht. Deze procedurele vereenvoudiging uit zich in het feit dat een initiatiefnemer *kan* volstaan met één vergunningaanvraag, de omgevingsvergunning via één procedure tot stand komt en dat er één rechtsbeschermingsprocedure openstaat tegen een beslissing op de vergunningaanvraag. Voor zover de aanvraag betrekking heeft op onlosmakelijk samenhangende vergunningplichtige activiteiten moet de vergunningaanvraag op al deze activiteiten zien.¹⁷² In andere gevallen heeft de aanvrager de keuze om één omgevingsvergunning aan te vragen of voor deze activiteiten afzonderlijke (deel)vergunningen aan te vragen. Van belang is dat er geen sprake is van een materiële vereenvoudiging (of integratie); de omgevingsvergunning is een optelsom van de voorheen bestaande toestemmingen voor de fysieke leefomgeving waarbij de afzonderlijke toetsingskaders zijn blijven bestaan. Hoewel het de bedoeling was om op termijn ook te komen tot een volledige *inhoudelijke* integratie van toetsingskaders (het zgn. model 4),¹⁷³ heeft deze integratie nooit plaatsgevonden. Ook onder de Omgevingswet zal geen sprake zijn van een dergelijke

¹⁷¹ *Stb.* 2008, 496.

¹⁷² De vergunningplichtige activiteit 'afwijken van het planologische regime' kan ondanks het feit dat deze activiteit onlosmakelijk samenhangt met andere vergunningplichtige activiteiten los worden aangevraagd, mits de aanvraag wordt ingediend voorafgaand aan de aanvraag voor omgevingsvergunning voor de overige activiteiten (art. 2.7 Wabo).

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2006/7, 30 844, nr. 3, p. 9. Zie o.a. H.D. Tolsma, Omgevingsvergunning model 4 stap dichterbij met de Omgevingswet?, *Men R* 2012, 2, p. 82-89.

inhoudelijke integratie van toetsingskaders. In de MvT bij de Omgevingswet wordt hierover opgemerkt dat daarmee 'de toetsing van eenvoudige gevallen overzichtelijk (blijft). Dit is bevorderlijk voor de rechtszekerheid en de mogelijkheid voor toetsing door de rechter.'¹⁷⁴

De introductie van de omgevingsvergunning heeft deels geleid tot minder (procedurele) regelcomplexiteit. Wel heeft het procedurele samengaan van bestaande vergunningen geleid tot de introductie van een nieuw instrument, de verklaring van geen bedenkingen (vvgb). Voor aangewezen gevallen is bepaald dat de omgevingsvergunning niet mag worden verleend dan nadat een aangewezen bestuursorgaan een vvgb heeft afgegeven. Met dit instrument zijn de bestaande bevoegdheidsverdelingen van voor de inwerkingtreding van de Wabo in stand gebleven. Voor de rechtzoekende kan dit wel tot regelcomplexiteit leiden, omdat (nog) meer regels van toepassing zijn op het concrete geval en verschillende bestuursorganen betrokken zijn bij de uitvoering. Ook is met de procedurele integratie het leerstuk van onlosmakelijke samenhangende activiteiten geïntroduceerd. Dat leerstuk is inmiddels in de jurisprudentie en rechtspraak uitgekristalliseerd, maar leverde in de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Wabo vragen op. Aangezien de toepassing van dit leerstuk bepalend is voor de activiteiten waarvoor vergunning moet worden aangevraagd en verleend, kan dit leerstuk ook bepalend zijn voor de voorbereidingsprocedure die op een aanvraag van toepassing is en daarmee ook voor de vraag of een vergunning na niet tijdig beslissen van rechtswege is verleend. Bovendien kan het bevoegd gezag voor de omgevingsvergunning afhankelijk zijn van de toepassing van dit leerstuk. Vanwege de onderlinge relaties tussen de inhoud van de aanvraag, die door dit leerstuk wordt bepaald, de toepasselijke voorbereidingsprocedure, de toepasselijkheid van de vergunning van rechtswege en het bevoegd gezag, heeft het leerstuk van onlosmakelijke samenhangende activiteiten ook tot regelcomplexiteit geleid.

Hoewel geen onderdeel van dit onderzoek, is het goed om aan te geven dat de Omgevingswet belangrijke wijzigingen brengt ten aanzien van de relatie ruimtelijke ordening en sectorale wetgeving, onder meer vanwege de ruimere reikwijdte van het omgevingsplan die zich strekt tot 'de fysieke leefomgeving' in plaats van een 'goede ruimtelijke ordening'.

¹⁷⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 53.

5. Karakter van het ruimtelijke ordeningsrecht

In de vorige hoofdstukken is een aantal belangrijke factoren voor regelcomplexiteit geïnventariseerd en beschreven die voortvloeien uit het wettelijke systeem van de ruimtelijke ordening en de ontwikkeling daarvan. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat regelcomplexiteit inherent is aan het onderwerp van de regelgeving 'ruimtelijke ordening', aangezien een situeringsbeslissing ten aanzien van een bepaalde locatie niet alleen de situeringsmogelijkheden van die locatie bepaald, maar daarmee ook de situeringsmogelijkheden van de directe omgeving beïnvloedt. Situeringbeslissingen zijn naar hun aard wederkerig (onderling afhankelijk) en om die reden een bron van regelcomplexiteit. Dit zal in paragraaf 5.1 nader worden toegelicht.

Een andere karaktertrek van het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht is dat de bevoegdheden om ruimtelijke besluiten te nemen veelal door de wet- en regelgevers worden geclausuleerd met behulp van open normen. De rechter heeft bij de toetsing van de wijze waarop die open normen worden toegepast dan ook weinig houvast aan die clausulering, waardoor hij de toepassing zal moeten toetsen aan de algemenere normen voor bestuurshandelen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en art. 1 EP EVRM, aangezien het ruimtelijke ordeningsrecht ingrijpende inbreuk kan maken op eigendomsrechten. De rechter heeft hierdoor een belangrijke rol gespeeld in de uitleg en de ontwikkeling van het ruimtelijke ordeningsrecht, zoals ook in de vorige hoofdstukken is gebleken. Die rol speelt de rechter nog steeds en mogelijk dat die rol na de inwerkingtreding van de Omgevingswet alleen maar belangrijker wordt, omdat de materiële normstelling in wet- en regelgeving ten behoeve van flexibiliteit alleen maar zal afnemen. Dat de belangrijke rol die de rechter in het ruimtelijke ordeningsrecht vanwege de ruime begrenzing van bestuursbevoegdheden speelt ook leidt of kan leiden tot regelcomplexiteit, zal in paragraaf 5.2 worden toegelicht.

5.1 Onderlinge afhankelijkheid situeringsbeslissingen in een bestemmingsplan

Welke gebruiksmogelijkheden het bestemmingsplan op een perceel biedt, is niet alleen relevant voor de eigenaar van dat perceel, maar ook voor de eigenaren van omliggende percelen. De gebruiksmogelijkheden die op de ene locatie worden toegestaan, kunnen namelijk invloed hebben op de gebruiksmogelijkheden die aan andere locaties in de omgeving zijn toegekend of op de mogelijkheid om aan die locaties gebruiksmogelijkheden toe te kennen. Deze wederkerigheid is inherent aan de ruimtelijke afweging die de

gemeenteraad op grond van art. 3.1 lid 1 Wro bij de situering van bestemmingen en het stellen van regels met het oog daarop moet maken. Steeds moet worden afgewogen of de situering van bestemmingen ten opzichte van elkaar, inclusief de (beperkende) regels ten behoeve van die situering, een goede ruimtelijke ordening opleveren. Perceeleigenaren moeten daarom uit het bestemmingsplan niet alleen kunnen afleiden welke gebruiksmogelijkheden op het eigen perceel zijn toegestaan, maar ook welke gebruiksmogelijkheden op omliggende locaties zijn toegestaan.¹⁷⁵ Dit wederkerige karakter van de ruimtelijke afweging die de gemeenteraad bij situeringsbeslissingen en het stellen van regels gelet op art. 3.1 Wro in het bestemmingsplan moet maken,¹⁷⁶ onderscheidt zich daarmee van een 'reguliere' verordening, die meestal eendimensionaal is en waarbij het wederkerige karakter ontbreekt.

Het wederkerige karakter van situeringsbeslissingen heeft ook invloed op de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel zijn uitwerking krijgt. Aangezien een situeringsbeslissing ten aanzien van een locatie ingrijpende gevolgen kan hebben voor het functioneren van de functies die aan locaties in de omgeving zijn toebedeeld (en/of de mogelijkheid om functies aan die andere locaties toe te kennen), zijn bij een situeringsbeslissing vele belangen betrokken die tegen elkaar moeten worden afgewogen. Om te kunnen bepalen of een situeringsbeslissing aan het evenredigheidsbeginsel voldoet, zal die situeringsbeslissing dus wel in voldoende mate duidelijk moeten maken welke gebruiksmogelijkheden er onder welke voorwaarden op een bepaalde locatie zijn toegestaan. De wederkerigheid van de concrete situeringsbeslissingen die in een bestemmingsplan worden genomen, compliceren bestemmingsplanregels, zeker in gebieden met veel gevestigde belangen waar de druk op de ruimte hoog is of als ontwikkelingen worden toegestaan die ingrijpende gevolgen hebben voor de nabije omgeving. In die gevallen moeten verschillende ruimtelijke functies (of belangen) met elkaar in evenwicht worden gebracht door voorwaardelijke verplichtingen of vergunningstelsels, die het bevoegd gezag in staat stellen om de planologische aanvaardbaarheid van (de realisering van) een bepaalde functie vooraf in een concreet geval te beoordelen en zo nodig voorschriften aan de vergunning te verbinden ter

¹⁷⁵ Daar komt nog bij dat planologische gebruiksmogelijkheden van omliggende percelen de waarde van onroerend goed kunnen beperken (indirecte planschade). In zoverre kunnen planologische besluiten dan ook een grondslag zijn voor de toekenning van planschadevergoeding (art. 6.1 Wro).

¹⁷⁶ Ook De Vries spreekt over het aan situeringskenmerken verbonden proces van wederkerigheid. Zie H.J. de Vries, *De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid* (diss. UU), Kluwer, Deventer 1994, p. 18. Zie voor situeringskenmerken: P van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling* (diss. UU), Kluwer, Deventer 2000, p. 249 e.v. en p. 356-358.

bescherming van een toegekende ruimtelijke functie. De rechtszekerheid die bestemmingsplanregels moeten bieden ten aanzien van de aanvaardbaarheid van de in het plan voorziene gebruiks- en bebouwingmogelijkheden ten opzichte van elkaar, zorgt dan ook voor gedetailleerde bestemmingsplanregels. Gedetailleerde bestemmingsplanregels vergroten de behoefte aan flexibiliteitsinstrumenten waarmee ten behoeve van nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen die ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan nog niet waren voorzien, op een relatief snelle wijze van de geldende bestemmingsplanregels kan worden afgeweken.

5.2 Jurisprudentiële rechtsregels ter invulling van open normen leiden tot complexiteit

In het ruimtelijke ordeningsrecht worden de belangrijkste bevoegdheden van bestuursorganen op verschillende bestuursniveaus om ruimtelijke besluiten te nemen genormeerd door middel van open normen. Zo wordt de vaststelling van bestemmingsplannen in algemene zin begrensd door het begrip 'goede ruimtelijke ordening' en wordt de uitoefening van de bovengemeentelijke bevoegdheden begrensd door 'provinciaal' en 'nationaal' belang. Een ander voorbeeld is het begrip 'delen van het grondgebied van de gemeente waar geen ruimtelijke ontwikkeling wordt voorzien' die de bevoegdheid van de gemeenteraad tot het vaststellen van een beheersverordening begrenst. Deze open normen moeten vervolgens door bestuursorganen naar locatie worden geconcretiseerd in burgers bindende ruimtelijke besluiten, waartegen rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. Hoewel bestuursorganen daarbij vanwege het gebruik van open normen een ruime mate van beleids- of beoordelingsruimte hebben, zullen rechtstreeks burgers bindende ruimtelijke besluiten vanwege het rechtszekerheidsbeginsel en de grote waarde die de bestuursrechter daaraan in het ruimtelijke ordeningsrecht toekent uiteindelijk zodanig concreet moeten zijn dat burgers daaraan hun rechtspositie kunnen ontlenuen.¹⁷⁷

De rechter zal uiteindelijk naar aanleiding van een concreet beroep van een belanghebbende tegen een concreet ruimtelijk besluit moeten beoordelen of de bevoegdheidsuitoefening door het bevoegde bestuursorgaan binnen de ruime begrenzing van die open normen is gebleven. Daarnaast zal de bestuursrechter het bestemmingsplan aan eventuele specifieke wettelijke

¹⁷⁷ Zoals eerder betoogd zijn nadere afwegingsmomenten daarbij niet toegestaan.

eisen of normen toetsen die op het ruimtelijke besluit van toepassing zijn, zoals de Wet geluidhinder, instructieregels uit het Barro of de provinciale verordening of de milieukwaliteitseisen waaraan een bestemmingsplan op grond van hoofdstuk 5 Wm moet voldoen. Ook zal de bestuursrechter moeten toetsen of het ruimtelijke besluit is vastgesteld in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het evenredigheidsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel.

Met name vanwege de introductie van de bevoegdheid tot het vaststellen van instructieregels in de Wro 2008 zijn er een veelheid aan de juridische normen toegevoegd waaraan ruimtelijke besluiten moeten voldoen. Deze normen kunnen in instructieregels open geformuleerd zijn. De bevoegdheid tot het stellen van instructieregels zelf is ook begrensd door een open norm: 'Indien provinciale onderscheidenlijk nationale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken'. Niet alleen moeten ruimtelijke besluiten aan de vastgestelde instructieregels worden getoetst, ook de instructieregels zelf kunnen bij wijze van exceptieve toetsing door de bestuursrechter worden getoetst aan hogere rechtsregels, wanneer het beroep van een belanghebbende daar aanleiding toe geeft. De rol van bestuursrechtelijke toetsing is in het ruimtelijk ordeningsrecht daardoor aanzienlijk vergroot.

De open normering van bevoegdheden tot het nemen van ruimtelijke besluiten, geeft de rechter weinig houvast bij de toetsing van de uitoefening van deze bevoegdheden. De rechter zal dan vooral moeten toetsen of de uitoefening van deze ruimtelijke bevoegdheden door het bestuur in het concrete geval aan de beginselen van behoorlijk bestuur, andere rechtsbeginselen of mensenrechtenverdragen voldoet. Die toetsing is veelal afhankelijk van de (locatie-specifieke) omstandigheden van het geval, zodat het voor de rechter lastig is om in algemene zin uitspraken te doen over de betekenis van die open normen. De bestuursrechter hoeft dat ook niet te doen, omdat het primair zijn taak is om het concrete geschil te beslechten.

Voor wat de Afdeling bestuursrechtspraak betreft staat deze taak op gespannen voet met haar rechtsvormende taak als rechter in hoogste instantie en de behoefte van de rechtspraak aan algemene rechtsregels. De Afdeling bestuursrechtspraak moet echter in een concreet geval de concrete toepassing van open normen door één of meer bestuursorganen die hebben geleid tot een ruimtelijk besluit toetsen. Het kan dan ook enige tijd duren voordat aan de hand van een verzameling Afdelingsuitspraken in concrete gevallen een algemene(re) lijn in de jurisprudentie is uitgekristalliseerd. De verzameling

uitspraken die tezamen een algemene(re) jurisprudentiële vorm ten aanzien van de invulling of uitleg van een open norm of de toepassing van één of meer algemene (rechts)beginselen van behoorlijk bestuur leveren een extra laag van (jurisprudentiële) rechtsregels op voor het nemen van ruimtelijke besluiten. De rechtspositie die de burger aan ruimtelijke besluiten kan ontleen, is dan ook uiteindelijk mede afhankelijk van de aan de Afdelings-jurisprudentie te ontleen rechtsregels. De regelcomplexiteit neemt door deze jurisprudentiële rechtsregels dan ook toe.

Aangezien de rechtspositie van de burger uiteindelijk afhankelijk is van de wijze waarop de hoogste rechter de toepassing van open normen bij het nemen van ruimtelijke besluiten rechtmatig acht, zullen rechtzoekende burgers (en bestuursorganen) voor de bepaling van hun rechtspositie totdat uitkristallisering in de jurisprudentie heeft plaatsgevonden, houvast proberen te zoeken bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak over de toepassing van die open normen bij het nemen van ruimtelijke besluiten. Die uitspraken zijn echter lang niet altijd rechtsvormend bedoeld. Veelal is dat echter niet uit de Afdelingsuitspraken zelf duidelijk af te leiden. Daardoor ontleen burgers en bestuursorganen mogelijk ten onrechte algemene rechtsregels (of wijzigingen daarvan) aan uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak die enkel strekken tot beslechting van een concreet geschil. Een groot deel van de Afdelingsjurisprudentie gaat op deze manier voor de rechtspraak onbedoeld en onterecht fungeren als een extra laag van rechtsregels over de uitleg van open normen die de bevoegdheid om ruimtelijke besluiten te nemen clauseert. Dat kan ook tot gevolg hebben dat onduidelijk is hoe uitspraken, waarin slechts een concreet geschil wordt beslecht en die niet rechtsvormend bedoeld zijn, zich verhouden tot een uitgekristalliseerde jurisprudentiële of een jurisprudentiële die in ontwikkeling is. Het spanningsveld tussen de geschilbeslechtende en rechtsvormende taak van de Afdeling bestuursrechtspraak kan op deze wijze leiden tot extra (onnodige) regelcomplexiteit.

Het paradoxaal is dat de wetgever en andere regelgevers juist uit het oogpunt van flexibiliteit en eenvoud bewust kiezen voor het opnemen van open normen of het ongeregeld laten van bepaalde onderwerpen, maar dat deze open normen door de Afdeling bestuursrechtspraak op den duur in haar jurisprudentie nader worden ingevuld of uitgelegd. Voor de burger wordt een bepaalde mate van rechtsonzekerheid en flexibiliteit die regels met open normen hebben daardoor langzamerhand ingevuld door jurisprudentiële regels die de Afdeling in haar jurisprudentie formuleert. Hoewel er kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij de democratische legitimatie van

deze jurisprudentiële regels, kan de wetgever (of een andere regelgever) vanzelfsprekend wel in reactie op deze jurisprudentie een correctie aanbrenge(n) op de wijze waarop de Afdeling deze open normen of niet geregelde onderwerpen op basis van rechtsbeginselen (nader) invult.

Een voorbeeld van een geval waarin de wetgever/regelgever in reactie op jurisprudentie van de Afdeling de regelgeving heeft aangepast was aan de orde bij de vereenvoudiging van de ladder voor duurzame verstedelijking. In de jurisprudentie leidde niet gedefinieerde begrippen in de aanvankelijk opgenomen ladder tot een stortvloed aan jurisprudentie. Naar aanleiding daarvan heeft de amvb-regelgever de ladder aangepast. Een ander voorbeeld is de introductie van een wettelijke grondslag voor de planschadevergoedingsovereenkomst. Zonder wettelijke grondslag was het sluiten van deze overeenkomsten volgens de Hoge Raad namelijk niet toegestaan.¹⁷⁸ Dat had mede te maken met het feit dat de Afdeling contracterende initiatiefnemers niet als belanghebbende bij de beslissing op het planschadeverzoek aanmerkte, omdat zij slechts een afgeleid belang zouden hebben. Daardoor konden zij geen rechtsbescherming aanwenden tegen de hoogte van de uit te keren planschade, maar deze schade kon op grond van de planschadevergoedingsovereenkomst wel door de gemeente op de initiatiefnemer worden verhaald. In reactie op deze jurisprudentie heeft de wetgever een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor het sluiten van de planschadevergoedingsovereenkomst opgenomen en bij wet bepaald dat een contracterende initiatiefnemer belanghebbende is bij de beslissing op een planschadeverzoek naar aanleiding van een planologisch besluit dat voorziet in zijn initiatief.¹⁷⁹ Voor de contracterende initiatiefnemer staat dan ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen de beslissing op het planschadeverzoek.

Ook kan de wetgever de jurisprudentiële invulling omarmen en deze codificeren in regelgeving. Een voorbeeld daarvan is de jurisprudentie van de Afdeling ten aanzien van het opnemen van overgangsrecht in bestemmingsplannen, die uiteindelijk door de amvb-regelgever als standaard overgangsrecht voor het bestemmingsplan in het Besluit ruimtelijke ordening is voorgeschreven.

¹⁷⁸ HR 2 mei 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF2848, NJ 2003/485, m.nt. PC. van Wijmen.

Zie ook J.A.M. van den Berk, Vergoeding van planschade: een exclusieve overheidstaak, BR 2003/585.

¹⁷⁹ Art. 49a WRO (oud), thans art. 6.4a lid 1 en 2 Wro. Zie *Stb.* 2005, 305 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 490, nr. 3.

5.3 Vereenvoudiging: overzichtsuitspraken en voorlichtende uitspraken

De regelcomplexiteit die veroorzaakt wordt door de spanning tussen de rechtsvormende en geschilbeslechtende taak van de Afdeling bestuursrechtspraak neemt de Afdeling steeds vaker weg door het doen van overzichtsuitspraken¹⁸⁰ en voorlichtende uitspraken.¹⁸¹ In sommige uitspraken beantwoordt de Afdeling bestuursrechtspraak in het belang van de rechtseenheid en/of de rechtspraak rechtsvragen die in het geschil naar aanleiding waarvan de uitspraak is gedaan niet aan de orde zijn. Daarbij oordeelt de Afdeling een enkele keer zelfs over de wijze waarop zij een toekomstige wettelijke regeling zal toepassen.¹⁸² Daarmee wordt voorzien in een behoefte van de rechtspraak en de burger, omdat deze uitspraken op bepaalde onderwerpen duidelijk maken wat de lijn van de Afdeling ten aanzien van een bepaald onderwerp of leerstuk is. De rechtzoekende burger hoeft dan niet meer zelf uit een veelheid van uitspraken, waarvan niet altijd duidelijk is of en in hoeverre deze rechtsvormend of geschil beslechtend van aard zijn, een lijn te ontwaren om zijn rechtspositie te bepalen.

¹⁸⁰ Zie onder meer de overzichtsuitspraken over de toepassing van het relativiteitsvereiste (ABRvS 11 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2706), planschade (ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2582, AB 2016/399, m.nt. G.M van den Broek en M.K.G Tjepkema), Ladder voor duurzame verstedelijking (ABRvS 28 juni 2017, AB 2017/233, m.nt. T.E.PA. Lam) en beperkte kennisneming van een stuk ingevolge art. 8:29 Awb (ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:1367, Gst. 2020/131, m.nt. C.N. van der Sluis).

¹⁸¹ Zie o.m. de uitspraken over de toepassing van de onderdelenfuik en het belanghebbendebegrip ten aanzien van omgevingsvergunningen in de zin van de Wabo (ABRvS 9 maart 2011, ECLIN:NL:RVS:BP7155, AB 2011/130, m.nt. A. B. Blomberg en M.A. Grapperhaus en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:BQ1081, TBR 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer), toepassing van de regelgeving ten aanzien van bergingsgebieden (ABRvS 25 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW3861, AB 2012/178, m.nt. A. van Hall en *MenR* 2012/106, m.nt. F.A.G. Groothuijse), toepassing van de voorrangsregeling ex art. 7:16 Wttv (ABRvS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3120, AB 2019/4, m.nt. W.J. van Doorn-Hoekveld en F.A.G. Groothuijse).

¹⁸² Daarbij gaat het om de uitspraken, waarin de Afdeling aangeeft hoe zij zal oordelen over de toepassing van de onderdelenfuik ex art. 6:13 Awb en het belanghebbendebegrip ten aanzien van omgevingsvergunningen in de zin van de Wabo, terwijl op deze zaken de Wabo nog niet van toepassing was (ABRvS 9 maart 2011, ECLIN:NL:RVS:BP7155, AB 2011/130, m.nt. A. B. Blomberg en M.A. Grapperhaus en ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:BQ1081, TBR 2011/86, m.nt. A.G.A. Nijmeijer).

6. Bevindingen regelcomplexiteit ruimtelijke ordeningsrecht

6.1 Factoren die hebben bijgedragen aan de regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening

Complexe karakter van ruimtelijke ordening

Voorafgaand aan de bespreking van gevonden factoren van regelcomplexiteit die volgen uit het wettelijke systeem van ruimtelijke ordening, is het goed om te benadrukken dat het object en karakter van de ruimtelijke ordening de wet- en regelgeving daarover naar zijn aard complex maakt. De wederkerigheid van ruimtelijke besluiten leidt tot complexiteit van regelgeving, omdat de planologische gebruiksmogelijkheden die een ruimtelijk besluit op een bepaalde locatie toestaat de planologische gebruiksmogelijkheden van de directe omgeving bepalen. De onderlinge afhankelijkheid van situeringsbeslissingen die in ruimtelijke besluiten moeten worden gemaakt, maken deze besluiten naar hun aard complex en leiden tot juridisering. Bovendien heeft dit tot gevolg dat er bij ruimtelijke besluiten veelal meerdere belangen en belanghebbenden betrokken zijn. Die belangen kunnen bovendien groot zijn, omdat de situeringsbeslissingen in ruimtelijke besluiten direct en indirect de waarde van onroerend goed in sterke mate kunnen beïnvloeden. Dat de complexe maatschappelijke werkelijkheid niet eenvoudig kan worden geregeld, is in onze ogen dan ook tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Daarbij is van belang dat die werkelijkheid sinds de WRO (1965) complexer is geworden. De druk op de ruimte en het milieu is ten gevolge van sterke economische groei en bevolkingsgroei van de afgelopen decennia namelijk sterk toegenomen, waardoor de druk op het ruimtelijke ordeningsrecht, dat een belangrijke rol speelt bij het sturen van de verdeling van de schaarse ruimte en de milieudruk, eveneens sterk is toegenomen.¹⁸³ Dat heeft de belangentegenstellingen van de verschillende (belangen)groepen en overheden in de samenleving vergroot en heeft het in evenwicht brengen van die belangen door middel van ruimtelijke wet- en regelgeving steeds complexer gemaakt. Hoewel dit factoren zijn die buiten de ruimtelijke ordeningswetgeving zelf zijn gelegen en die daarom niet in dit onderzoek worden onderzocht, kunnen de ontwikkelingen in het ruimtelijke ordeningsrecht niet geheel los van worden gezien van deze externe factoren.

Factoren

De belangrijkste bevindingen van het onderzoek naar mogelijke factoren die bij hebben gedragen aan de regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening zijn de volgende.

¹⁸³ Zie o.a. Planbureau voor de Leefomgeving, Balans van de Leefomgeving 2020, <https://www.pbl.nl/publicaties/balans-van-de-leefomgeving-2020>.

I Gelaagdheid in de ruimtelijke ordening: van decentralisatie naar centralisatie

- a. Gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie kunnen worden gereguleerd op verschillende bestuursniveaus. Het geldende planologische regime op een bepaalde locatie kan dan ook zijn samengesteld uit regels afkomstig uit meerdere planologische besluiten die op verschillende overheidsniveaus met het oog op verschillende ruimtelijke belangen zijn genomen. Denk daarbij aan regels in een bestemmingsplan, een rijksinpassingsplan, een provinciaal inpassingsplan, rechtstreeks werkende regels van Rijk en provincie ter implementatie van instructieregels, gebruiksverboden opgenomen in een voorbereidingsbesluit en verleende omgevingsvergunningen voor afwijken van het bestemmingsplan. Een rechtzoekende die wil weten wat de gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie zijn, zal deze besluiten dan ook moeten raadplegen en veelal in samenhang moeten bezien. Bij de verlening van een afwijkingvergunning ter verwezenlijking van een project, blijft de bestemmingsplanregeling waarvan wordt afgeweken gelden, zodat er in dat geval ter plaatse van de locatie van het project twee verschillende planologische regimes naast elkaar gelden: de vergunning met eventuele voorschriften en het bestemmingsplan.
- b. Niet alleen kunnen gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie door meerdere besluiten op meerdere bestuursniveaus worden gereguleerd, ook kunnen Rijk en provincie instructieregels vaststellen of instructies geven die bij de vaststelling van ruimtelijke besluiten door een bestuursorgaan op een lager bestuursniveau in acht moeten worden genomen. Deze instructieregels bepalen dan ook indirect welke gebruiksmogelijkheden in een bestemmingsplan kunnen — of zelfs moeten — worden opgenomen. Aangezien de juridische doorwerking van provinciaal en nationaal ruimtelijk beleid naar het bestemmingsplan, na het vervallen van de provinciale goedkeuringsvereiste in 2008, voornamelijk via instructieregels (en instructies) zal moeten plaatsvinden, heeft dit geleid tot een jurisdisering van de interbestuurlijke verhoudingen in de ruimtelijke ordening.
- c. Dat stelsel wordt bovendien gecompliceerd door de reactieve aanwijzingsbevoegdheid die aan het Rijk en provincie zijn toegekend om in de bestemmingsplanprocedure in te grijpen als het bestemmingsplan nationale en provinciale ruimtelijke belangen doorkruist. Dit instrument heeft extra complicaties tot gevolg, omdat daarmee gaten kunnen worden geschoten in een bestemmingsplan, dat deels inwerking treedt en deels niet. Dat kan vragen oproepen over de relatie tussen de getroffen plandelen en de niet getroffen delen. Voor rechtzoekenden kan het daardoor lastiger zijn om te bepalen welke regels op een bepaalde locatie van toepassing zijn.

II Spanning rechtszekerheid en flexibiliteit/snelheid

- d. De wijze waarop het spanningsveld tussen flexibiliteit en rechtszekerheid tot op heden tot uitdrukking is gekomen in wet- en regelgeving en in de rechtspraak, heeft tot regelcomplexiteit geleid. Door de behoefte aan flexibiliteit is een opeenstapeling van wettelijke binnen- en buitenplanse bevoegdheden ontstaan om ruimtelijke ontwikkelingen toe te staan die niet in het geldende planologische regime passen. Afhankelijk van de mate waarin daarmee van het geldende planologische regime kan worden afgeweken, verschilt het toepassingsbereik van deze flexibiliteitsbevoegdheden, verschillen de procedures en worden aan de begrenzing van deze bevoegdheden in verband met de rechtszekerheid en democratische legitimatie van besluitvorming verschillende eisen gesteld. Hoe ruimer de wettelijke flexibiliteitsbevoegdheid, des te strikter de eisen moeten zijn die daaraan worden gesteld vanwege het grote gewicht dat tot op heden in de ruimtelijke ordening aan de rechtszekerheid (en democratische legitimatie van besluitvorming) wordt toegekend. Indien deze eisen niet in wet- en regelgeving worden geformuleerd, is gebleken dat de rechter deze in de rechtspraak formuleert. Meer flexibiliteit leidt tot minder rechtszekerheid, zodat het verlies aan rechtszekerheid, vanwege het grote belang dat daaraan tot op heden in de ruimtelijke ordening wordt gehecht, moet worden gecompenseerd door een begrenzing van de flexibiliteitsmogelijkheden en het opnemen van meer procedurele waarborgen voor het gebruikmaken van deze mogelijkheden. Deze 'compenserende' wettelijke of jurisprudentiële eisen aan het gebruik van flexibiliteitsmogelijkheden leiden tot regelcomplexiteit en een verminderde kenbaarheid van ruimtelijke wet- en regelgeving. Dat is in versterkte mate het geval als de wet, zoals de Wro en haar voorgangers, meerdere flexibiliteitsinstrumenten kent die ieder een eigen toepassingsbereik, begrenzing en procedure hebben. De relatie tussen al deze verschillende flexibiliteitsbevoegdheden onderling is daardoor complex en leidt dan ook tot relatief veel jurisprudentie. Te meer, omdat in veel (rechterlijke) procedures niet de aanvaardbaarheid van een ruimtelijke ontwikkeling als zodanig centraal staat, maar de vraag of daarvoor het juiste flexibiliteitsinstrument is gebruikt en de juiste procedure is gevolgd.
- e. Het werken met open normen en begrippen in de beoordelingsregels die ter clausulering van nadere beslismomenten in bestemmingsplannen worden opgenomen, waarbij ter concretisering of interpretatie van die normen of begrippen (dynamisch) wordt verwezen naar beleidsregels, vergroot weliswaar de flexibiliteit, maar leidt daarmee tevens de regelcomplexiteit. Of een ruimtelijke ontwikkeling is of kan worden toegestaan, en zo ja, onder welke voorwaarden wordt daarmee afhankelijk van zowel de beoordelingsregels uit het bestemmingsplan als de beleidsregels

waarnaar wordt verwezen. Bovendien kan dit ertoe leiden dat het zwaartepunt van de normstelling niet langer in het bestemmingsplan plaatsvindt, maar verschuift naar wetsinterpreterende beleidsregels, die snel kunnen worden gewijzigd en waartegen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

- f. Door de afwezigheid van standaard overgangsrecht voor bestemmingsplannen onder de WRO (oud) kwamen overgangsrechtelijke bepalingen in vele varianten in de verschillende bestemmingsplannen voor. Dit leverde een grote stroom aan jurisprudentie op en heeft in die tijd voor de rechtzoekende burger tot complexiteit geleid.
- g. De complexe relatie tussen de vergunning voor bouwactiviteiten en het bestemmingsplan vindt zijn grondslag in het belang dat de rechter hecht aan de rechtszekerheid die bestemmingsplannen moeten bieden in combinatie met het limitatieve imperatieve stelsel voor vergunningen voor bouwactiviteiten. Omdat een bestemmingsplan in verband met het rechtszekerheidsbeginsel geen nadere afwegingsmomenten mag bevatten, verschaft het bestemmingsplan directe bouwtitels, zodat een aanvrager daarop ook in rechte aanspraak kan maken. Dat heeft ertoe geleid dat de rechter uitzonderingen heeft moeten formuleren op algemeen bestuursrechtelijke uitgangspunten. Voorbeelden zijn de uitzondering op de terugwerkende kracht van vernietiging (Tegelen-jurisprudentie) bij vernietiging van een bestemmingsplan op grond waarvan reeds een vergunning voor een bouwactiviteit is verleend en de uitzondering op de ex nunc-toetsing indien ten tijde van een beslissing op bezwaar tegen een verleende vergunning voor een bouwactiviteit het bestemmingsplan door een tussentijdse planherziening de bouwactiviteit niet langer toestaat, waardoor de vergunning in bezwaar alsnog zou moeten geweigerd.
- h. Ook de regeling inzake voorbereidingsbescherming bij planologische besluiten, die eveneens voortvloeit uit het rechtszekerheidsvereiste en het limitatief imperatieve stelsel van het toetsingskader voor vergunningaanvragen voor bouw- en aanlegactiviteiten, heeft regelcomplexiteit tot gevolg. Met deze voorbereidingsbescherming kan vooruitlopend op een toekomstig planologisch regime een 'parallel' planologisch regime worden gecreëerd met eigen gebruiksverboden, waarvan bij omgevingsvergunning weer kan worden afgeweken. Daarnaast vormt de aanhoudingsplicht en de mogelijkheid om deze in bepaalde gevallen te doorbreken een extra complicatie voor het vergunningstelsel voor bouw- en aanlegactiviteiten.

II Verhouding met sectorale regelgeving

- i. Gebruiksmogelijkheden van een bepaalde locatie worden niet alleen bepaald door planologische besluiten, maar ook door eisen die vanuit sectorale wet- en regelgeving in algemene regels of vergunningen worden gesteld. De wettelijke motieven waarmee die sectorale eisen worden gesteld kunnen soms (deels) overlappen met de motieven van ruimtelijke ordeningswetgeving, waardoor de vraag is in welk spoor de gebruiksmogelijkheden met het sectorale motief moeten worden gereguleerd. In de jurisprudentie is uiteindelijk bepaald dat er uitsluitend planologische regels kunnen worden gesteld, voor zover een goede ruimtelijke ordening (een goed woon- en leefklimaat) noopt tot een verdergaande regulering van ruimtelijke relevante sectorale (milieu) gevolgen. Dit kan betekenen dat in het ruimtelijke spoor aanvullende eisen moeten worden gesteld; het is niet altijd voldoende indien een concrete ruimtelijke ontwikkeling voldoet aan de eisen vanuit het milieuspoor. De ruimtelijke ordening heeft in die zin een zelfstandige werking naast de sectorale regelgeving. Ten aanzien van een concrete activiteit kunnen dan ook verschillende milieunormen gelden (sectoraal en volgend uit het ruimtelijke besluit), waarbij zich afstemmingsvragen kunnen voordoen.
- j. Sectorale eisen spelen ook in het kader van de vraag of een ruimtelijk besluit uitvoerbaar is een rol. In rechtspraak wordt namelijk de eis gesteld dat aannemelijk moet zijn dat een ruimtelijk besluit binnen een bepaalde termijn uitvoerbaar is. Bezien moet dan ook worden in hoeverre sectorale wet- en regelgeving aan de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan in de weg staat. Ook in zoverre levert de relatie tussen ruimtelijke besluiten en sectorale wet- en regelgeving complicaties op.
- k. Ook worden vanuit bepaalde sectoren eisen gesteld aan ruimtelijke besluiten, zoals eisen ten aanzien van geluid, externe veiligheid, natuurbescherming, etc. Die eisen vloeien niet zelden voort uit EU-richtlijnen, die veelal ook een sectoraal karakter hebben, in die zin dat er vanuit een bepaald milieuaspect eisen worden gesteld aan de kwaliteit van milieu, zoals de eisen aan de luchtkwaliteit of eisen aan beschermde natuurgebieden. De relatie tussen ruimtelijke besluiten en eisen die het EU-recht aan de milieukwaliteit stelt is complex, omdat een ruimtelijk besluit alleen niet kan waarborgen dat de vereiste milieukwaliteit wordt bereikt. Zo zorgde een directe koppeling die in de nationale wet- en regelgeving een tijd werd gelegd met luchtkwaliteitseisen voor complicaties. Ook de directe koppeling die in de nationale wet- en regelgeving wordt gelegd tussen het beschermingsregime van art. 6 Habitatrichtlijn en het bestemmingsplan kan als complex worden

gekwalificeerd, zeker als het gaat om een bestemmingsplan die voor een groot gebied (buitengebied) vele activiteiten reguleert die (significante) gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Ook stelt het EU-recht in de M.e.r.-richtlijn en de Smb-richtlijn eisen aan de totstandkoming van besluiten en plannen die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben. Aangezien ruimtelijke besluiten activiteiten kunnen toestaan die van invloed zijn op de milieukwaliteit waaraan het EU-recht eisen stelt of kaderstellend kunnen zijn voor deze besluiten, moeten deze verplichtingen uit EU-richtlijnen ook doorwerken naar ruimtelijke besluiten. Het hybride karakter van het bestemmingsplan, dat zowel een besluit kan zijn als een kaderstellend plan, maakt de implementatie van deze richtlijnen complex en heeft in de praktijk regelmatig voor problemen gezorgd. Een andere reden dat het EU-recht het ruimtelijke ordeningsrecht compliceert hangt samen met het juridische karakter daarvan, waardoor het bij onjuiste implementatie bij de vaststelling van ruimtelijke besluiten richtlijnconform moet worden uitgelegd of rechtstreeks kan werken. Daardoor kunnen ruimtelijke besluiten die aan alle nationale eisen voldoen, alsnog door de rechter wegens strijd met EU-recht worden vernietigd. Het EU-recht creëert met andere woorden een extra (sectorale) laag van regelgeving waaraan ruimtelijke besluiten aan moeten voldoen. Dat maakt het voor de rechtzoekende burger complexer om te bepalen of bepaalde gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie al dan niet zijn toegestaan en zijn rechtspositie te bepalen. Het (complexe) nationale omgevingsrecht is daarvoor geen garantie, zo is uit jurisprudentie gebleken.

- l. In sommige gevallen leidt de strikte doorwerking van nationale milieukwaliteitsnormen naar de ruimtelijke besluitvorming tot een bindende uitkomst. Dit heeft tot gevolg dat er meer behoefte is aan bestuurlijke afwegingsruimte. De (experimenteer)wetgeving die hierin voorziet, houdt een toename in van regelgeving die op een concrete ruimtelijke ontwikkeling van toepassing is.
- m. Een apart aandachtspunt vormt het feit dat de vergaande verkokering van de ministeries op het terrein van het omgevingsbeleid leidt tot een versnipperde vaststelling van de wet- en regelgeving en daarmee tot een verdergaande noodzaak tot afstemming. Dit vergroot het risico op regelcomplexiteit.

6.2 De kenmerken van regelcomplexiteit in relatie tot de gevonden factoren

In dit onderzoek is uitgegaan van een zevental kenmerken van regelcomplexiteit. Hier herhalen wij deze kenmerken:

- Toename van het aantal regels die tegelijk op een concreet geval van toepassing zijn;
- Meer lagen van regelgeving die op een bepaald geval van toepassing zijn;
- Betrokkenheid van verschillende bestuursorganen bij de uitvoering van regelgeving
- Snelle veranderingen van geldende regels;
- Een hoge mate van detaillering van de regels;
- Interdependentie: de toepassing (of uitleg) van de ene regel is afhankelijk van de toepassing (of uitleg) van een andere regel (bijvoorbeeld doordat regels naar elkaar verwijzen of doordat zij hetzelfde begrip gebruiken);
- Interferentie: werking (het effect) van de ene regel wordt mede bepaald door de werking van een andere regel.

Bezien we de gevonden factoren die de ruimtelijke ordening complex maken per kenmerk, dan valt op dat alle kenmerken van regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening in meer of mindere mate aan de orde zijn. Dit volgt ook uit de aard van de ruimtelijke besluitvorming. Gebruiksmogelijkheden in een bepaald gebied moeten met elkaar verenigbaar worden gemaakt door middel van gebruiksbepalende regels en voorschriften in één of meerdere ruimtelijke besluiten. Dat zorgt in gebieden met veel gevestigde belangen veelal voor gedetailleerde planologische regels en voorschriften waarmee milieubelastende en milieugevoelige gebruiksmogelijkheden met elkaar moeten worden verenigd. Het wettelijk systeem kent daarbij een grote gelaagdheid in de ruimtelijke regelgeving. Telkens is ook een sectorale toets van belang, waarin het wettelijk systeem soms leidt tot overlap en afstemmingsproblematiek.

Wat betekent dit voor de rechtzoekende burger?

De burger beziet de (complexiteit) van de ruimtelijke regelgeving vanuit een bepaalde locatie, namelijk die locatie waar zijn beoogde ruimtelijke ontwikkeling is voorzien, of juist vanuit de omliggende locatie van die ontwikkeling. Daarbij kunnen tegengestelde belangen aan de orde zijn. Op die ene locatie daalt alle complexiteit van de ruimtelijke orderingsregelgeving als het ware neer.

Ten eerste heeft de burger te maken met de *gevonden factoren die uit het wettelijk systeem* zelf volgen. Zo kunnen voor de realisering van zijn beoogde ruimtelijke ontwikkeling bijvoorbeeld tegelijkertijd afwijkingen van het bestemmingsplan nodig zijn, instructieregels gelden en kunnen recent gewijzigde beleidsregels een nadere invulling geven aan een toepasselijke open norm. Daarnaast gelden wellicht geur, geluid of andere sectorale regels ter bescherming van de omgeving, die in de ruimtelijke afweging worden meegenomen en daar een bepalende rol spelen.

De regelcomplexiteit kan voor de burger nog verder worden vergroot door de *toepassing van de regels door het bestuur*. Zo wordt de regelgeving complexer indien in de toepasselijke instructieregel bijvoorbeeld open normen zijn opgenomen.

Tot slot kan in het concrete geval ook de *uitleg door de rechter de regelcomplexiteit voor de rechtzoekende vergroten*. Waar de wetgever of een regelgever bij de clausulering van ruimtelijke besluiten open normen hanteert, zal de rechter de toepassing van die open normen bij het nemen van ruimtelijke besluiten in concrete gevallen toetsen aan onder meer de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Geleidelijk kan zich aan de hand van uitspraken in concrete gevallen een jurisprudentiële ontwikkeling ontwikkelen over de toepassing van die open normen, zodat een extra laag van rechtsregels ontstaat waaraan ruimtelijke besluiten moeten worden getoetst. De rechtzoekende burger, wiens rechtspositie door deze ruimtelijke besluiten wordt bepaald, zal die jurisprudentiële echter veelal wel zelf uit de Afdelingsuitspraken moeten destilleren. De regelcomplexiteit voor de rechtzoekende burger neemt daardoor toe.

Uit Afdelingsuitspraken blijkt veelal niet of deze een rechtsvormend karakter hebben of dat daarin slechts een concreet geschil wordt beslecht waaraan in het kader van de uitkristallisering van een jurisprudentiële geen betekenis moet worden gehecht. Daardoor kunnen rechtzoekende burgers ten onrechte algemene(re) rechtsregels aan Afdelingsuitspraken ontleen, waarbij bovendien onduidelijk is hoe deze uitspraken te rijmen zijn met een bestaande of in ontwikkeling zijnde jurisprudentiële. De regelcomplexiteit kan daardoor voor de rechtzoekende burger groter lijken dan deze daadwerkelijk is.

6.3 Pogingen tot vereenvoudiging

In dit onderzoek zijn een aantal (pogingen tot) vereenvoudigingsmaatregelen beschreven. De kwalificatie 'vereenvoudiging' is niet altijd gemakkelijk te geven, omdat de regering aanpassingen meestal niet als zodanig benoemd. Wij hebben 'vereenvoudiging' dan ook als tegengestelde gezien van regelcomplexiteit en bij de kwalificatie van de vereenvoudigingsmaatregelen dezelfde kenmerken gehanteerd, maar dan in spiegelbeeld.

- Met de fundamentele herziening van de WRO is een duidelijke scheiding tussen het ruimtelijk beleid van gemeenten, provincies en het Rijk enerzijds en het juridisch instrumentarium van deze overheden om dat beleid uit te (laten) voeren, anderzijds. Deze ontvlechting van beleid en normstelling heeft naar onze mening de interbestuurlijke relaties en daarmee tevens het wettelijk stelsel vereenvoudigd, omdat het bovengemeentelijke beleid is gedejuridiseerd. Daardoor zijn er minder lagen van regelgeving op een concreet geval van toepassing, is de uitoefening van het ruimtelijke ordeningsinstrumentarium op decentraal niveau minder afhankelijk van normstelling op een hoger niveau en zijn er minder bestuursorganen betrokken bij de uitvoering. Echter, de versterking van het juridisch instrumentarium van Rijk en provincies om hun ruimtelijk beleid rechtstreeks in bindende instructieregels om te zetten ter vervanging het provinciale goedkeuringsvereiste en de ministeriele vervangingsbevoegdheid, heeft de relaties tussen de verschillende overheidslagen in de ruimtelijke ordening in sterke mate gejuridiseerd en daarmee de vermindering van regelcomplexiteit tenietgedaan en juist aanzienlijk versterkt.
- Een ander uitgangspunt van de fundamentele herziening van de WRO betrof het centraal stellen van het bestemmingsplan, waarbij vrijstellingen en afwijkingen van dit plan niet langer in het wettelijk systeem zouden worden opgenomen. Deze aanpassing had expliciet als doel een vereenvoudiging van het stelsel. Op een concreet geval zouden daardoor minder regels van toepassing zijn en zouden bij de uitvoering minder verschillende bestuursorganen betrokken zijn. Deze vereenvoudiging mislukte al tijdens het wetgevingsproces, o.a. vanwege druk van verschillende actoren met verschillende belangen (zowel vanuit de politiek als de bouwpraktijk). Er werden juist extra instrumenten toegevoegd (zoals de beheersverordening).
- Wel geslaagd vanuit een oogpunt van vereenvoudiging is de codificatie van het standaard overgangsrecht (zoals dat in jurisprudentie was gevormd) in het Bro. Hierdoor is de uitleg van de verschillende vormen van overgangsrecht in het concrete geval niet meer afhankelijk van de

uitleg van de bestuursrechter. Daardoor is de regelcomplexiteit voor rechtzoekenden afgenomen.

- De introductie van de Wabo kan worden bestempeld als een geslaagde vereenvoudigingsmaatregel in de zin dat de procedurele regelcomplexiteit bij omgevingsvergunningverlening is verminderd. Op een concreet geval zijn minder verschillende (procedurele) regels van toepassing en minder betrokken bestuursorganen bij de uitvoering. Het succes van de vereenvoudiging moet echter worden genuanceerd, omdat bijvoorbeeld de introductie van de verklaring van geen bedenkingen er voor heeft gezorgd dat juist weer meer bestuursorganen bij de uitvoering in een concreet geval worden betrokken. Verder zijn er weinig maatregelen of aanpassingen te benoemen waarin de wetgever heeft getracht de relatie tussen de ruimtelijke ordening en sectorale wetgeving te vereenvoudigen. Ondanks aanzetten in de memorie van toelichting kent de tekst van de Wro (2008) op dit punt weinig verduidelijkingen of vereenvoudigingen. Jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft zich wel ontwikkeld en op onderdelen meer duidelijkheid verschaft, maar roept ook weer nieuwe afstemmingsvragen op.
- De regelcomplexiteit die veroorzaakt wordt door de spanning tussen de rechtsvormende en geschilbeslechtende taak van de Afdeling bestuursrechtspraak neemt de Afdeling steeds vaker weg door het doen van overzichtsuitspraken en voorlichtende uitspraken. Daarmee wordt voorzien in de behoefte van de rechtspraktijk en de rechtzoekende burger, omdat deze uitspraken ten aanzien van bepaalde onderwerpen duidelijk maken wat de jurisprudentielijn van de Afdeling is. Om zijn rechtspositie te bepalen hoeft de rechtzoekende burger dan niet meer zelf uit een veelheid van uitspraken, waarvan niet altijd duidelijk is of en in hoeverre deze rechtsvormend van aard zijn, een lijn ontwaren. De hoeveelheid aan (vermeende) rechtsregels die een rechtzoekende uit jurisprudentie kan afleiden, wordt minder. Daardoor neemt de regelcomplexiteit voor de burger af.

2. Regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht

Mr. Thijs Drouen

Mr. dr. Theo Hooghiemstra

Opgeleverd op 30 december 2020

Geactualiseerd op 18 maart 2023

Auteurs

Mr. T.L.J. Drouen is partner bij Hooghiemstra en Partners.

Mr. dr. T.F.M. Hooghiemstra is oprichter en partner bij Hooghiemstra en Partners.

Regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht

1. Inleiding	93
1.1 Opmerkingen vooraf bij deze casestudy	93
1.2 Probleemstelling	93
1.3 Methode van onderzoek	94
2. Regelcomplexiteit	95
3. Een korte geschiedenis	96
3.1 Inleiding	96
3.2 Wet persoonsregistraties	100
3.3 Wet bescherming persoonsgegevens	106
3.4 Algemene Verordening Gegevens- bescherming	118
4. Factoren die het gegevens- beschermingsrecht compliceren	130
4.1 Inleiding	130
4.2 Gelaagde Regelgeving	131
4.3 Verschuiving van bevoegdheden	136
4.4 Interdependentie	145
4.5 De invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving	151
5. Complexiteitsreductie	157
5.1 Inleiding	157
5.2 Vereenvoudigingspogingen	157
5.3 Vereenvoudigingsmaatregelen	158
6. Bevindingen regelcomplexiteit gegevensbeschermingsrecht	171
6.1 Factoren die hebben bijgedragen aan de regelcomplexiteit in het gegevens- beschermingsrecht	172
6.2 De kenmerken van regelcomplexiteit in relatie tot de gevonden factoren	174
6.3 Pogingen tot vereenvoudiging	177
6.4 Tabel oorzaken complexiteit in het gegevensbeschermingsrecht	180

1. Inleiding

1.1 Opmerkingen vooraf bij deze casestudy

De Raad van State heeft Hooghiemstra & Partners gevraagd een case study te verrichten naar regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht. In het jaarverslag 2017 heeft de Raad van State reeds aandacht gevraagd voor de groeiende complexiteit van regelgeving waar de Afdeling bestuursrechtspraak en de Afdeling advisering van de Raad van State in hun dagelijkse praktijk regelmatig tegen aan lopen.

Deze case study strekt ertoe voldoende kennis te vergaren om uiteindelijk de volgende vraag te beantwoorden:

Welke factoren zijn van invloed op het succes of het falen van vereenvoudigingsmaatregelen?

Deze case study is bedoeld als een verkenning en zal bovenstaande vraag nog niet beantwoorden. Wél wordt met deze case study beoogd voldoende kennis te vergaren om deze vraag uiteindelijk te kunnen beantwoorden. Op basis van de resultaten zal worden beslist of, en zo ja, hoe deze vraag zal worden onderzocht in een vervolgstudie.

1.2 Probleemstelling

De hoofdvraag van deze case study is de volgende vraag:

Welke factoren hebben invloed op de complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht en met welke maatregelen kan het worden vereenvoudigd?

Om te komen tot een antwoord op de hoofdvraag dienen drie deelvragen te worden beantwoord:

1. Welke factoren hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht?
2. Welke pogingen (vereenvoudigingsmaatregelen) zijn ondernomen om de groei aan complexiteit tegen te gaan?
3. In hoeverre hebben die vereenvoudigingsmaatregelen succes gehad en wat is de verklaring daarvoor?

Voor de beantwoording van deze vragen worden de belangrijkste 'bouwstenen' aangeleverd voor vervolgstudie. Het rapport als resultaat van het onderzoek beoogt om de vragen op hoofdlijnen te beantwoorden en de belangrijkste bevindingen en ontwikkelingen in relatie tot regelcomplexiteit weer te geven.

Eerst zal in dit rapport de methode van onderzoek aan de orde komen (paragraaf 1.2), waarna wordt ingegaan op de kenmerken van regelcomplexiteit (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 worden, voor zover relevant, de geschiedenis en achtergronden van het gegevensbeschermingsrecht in Nederland behandeld. Hoofdstuk 4 behandelt de eerste deelvraag. De beantwoording van de eerste vraag zal plaatsvinden op basis van thema's en de geïdentificeerde kenmerken van regelcomplexiteit. In hoofdstuk 5 worden de tweede en derde deelvraag beantwoord. In hoofdstuk 6 worden de bevindingen op een rij gezet. In dit hoofdstuk is tevens een tabel gevoegd, waarin de impact die de kenmerken hebben op de regelcomplexiteit schematisch worden weergegeven.

1.3 Methode van onderzoek

Voor dit onderzoek is het doen van bureau-onderzoek tot uitgangspunt genomen. De deelvragen 1 en 2 zijn onderzocht door middel van de bestudering van de wetsgeschiedenis, wetenschappelijke literatuur en vakliteratuur. Ten behoeve van deelvraag 3 en ter beantwoording van de hoofdvraag zou idealiter veldonderzoek gedaan moeten worden. Gezien het tijdspad is voor deze studie gekozen om geen veldonderzoek te doen. Aan de hand van literatuur en eerder opgedane ervaring in de praktijk kan wel een inschatting worden gemaakt op basis waarvan hypothesen kunnen worden opgesteld.

2. Regelcomplexiteit

Een voorvraag is wat moet worden verstaan onder regelcomplexiteit. Enerzijds is het aantrekkelijk om houvast te hebben bij het gebruik van deze term, anderzijds laat het verschijnsel waar de term op ziet zich moeilijk begrenzen. Daarom wordt de definitie niet geproblematiseerd maar wordt houvast gezocht in de ervaring dat regelcomplexiteit de volgende kenmerken heeft:

- toename van het aantal regels die tegelijk op een concreet geval van toepassing zijn;
- meer lagen van regelgeving die op een bepaald geval van toepassing zijn;
- betrokkenheid van verschillende bestuursorganen bij de uitvoering van regelgeving, maar ook de afname van de centrale rol van de wetgever en de deconcentratie en spreiding van overheidsbevoegdheden;
- snelle veranderingen van geldende regels;
- een hoge mate van detaillering van de regels;
- interdependentie: de toepassing (of uitleg) van de ene regel is afhankelijk van de toepassing (of uitleg) van een andere regel (bijvoorbeeld doordat regels naar elkaar verwijzen of doordat zij hetzelfde begrip gebruiken);
- interferentie: werking (het effect) van de ene regel wordt mede bepaald door de werking van een andere regel;
- de invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving.

Complexiteit is dus niet hetzelfde als groei van het aantal regels, maar deze twee verschijnselen hangen wel samen. Complexiteit is ook niet hetzelfde als onduidelijkheid over de uitleg van regels. Naarmate van meer regels onduidelijk is hoe zij moeten worden uitgelegd, kan dat wel bijdragen aan de groei van complexiteit. Maar een moeilijke interpretatie is niet per se een teken van complexiteit.

3. Een korte geschiedenis

3.1 Inleiding

Om mogelijke factoren te kunnen identificeren die de regelgeving binnen het gegevensbeschermingsrecht complex maken, is het eerst zaak om op hoofdlijnen vanuit Nederlands perspectief de geschiedenis van en de rechtsontwikkeling binnen dit rechtsgebied te schetsen.

Wat voorafging

Tot 1970 bestaat voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer nog relatief weinig belangstelling in de maatschappij en de politiek. Weliswaar vormt de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de tweede helft van de zestiger jaren van de vorige eeuw voor het eerst een belangrijk uitgangspunt van de totstandkoming van strafbepalingen inzake de schending van het telefoongeheim, het afluisteren en opnemen van gesprekken en vervaardigen van afbeeldingen van personen op bepaalde plaatsen, maar de grote omslag in het denken komt met het maatschappelijke verzet dat ontstaat rond de 14e Algemene volkstelling van 1971.

Parallel aan de voorbereiding en besluitvorming omtrent de automatisering van de bevolkingsadministratie en wijziging en aanpassing van de regelgeving, werd ook de periodieke volkstelling in dit moderniseringsproces betrokken. Het ging hierbij zowel om een herziening van werkwijzen en methoden van gegevensverwerking (automatisering) – voor het eerst bij de volkstelling in 1971¹⁸⁴ – als om een ingrijpende herziening van de wettelijke grondslag, resulterend in een nieuwe Volkstellingenwet (Stb. 1970, 323)¹⁸⁵.

Het verzet tegen de volkstelling kende verschillende motieven, maar de vrees dat door het verzamelen en gebruiken van persoonsgegevens de persoonlijke vrijheid of privacy werd ingeperkt, was de belangrijkste aanleiding.

Deze vrees kwam voort uit het ontbreken van anonimiteit door gebruik van een hard nummer en de identificerende gegevens op het schutblad, het verplichte karakter van de telling met strafbaarstelling, de angst voor registratie en automatisering en het wantrouwen ten aanzien van de overheid. Veel aandacht was er voor (potentiële) koppelingen, resulterend in persoons- en groeps(minderheids)profielen.

¹⁸⁴ L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. UU), Tjeenk Willink 1992, paragraaf 9.3. Zie ook J. Holvast, 'Staatscommissie-Koopmans, de trage wegbereider van de huidige Wet bescherming persoonsgegevens, P&I 2016/1.

¹⁸⁵ G. Overkleeft-Verburg, *De wet persoonsregistraties: norm, toepassing en evaluatie* (diss. UT), 1995, p. 38.

Vóór de volkstelling van 1971 wisten de meeste mensen nog niets van computers en werd het woord privacy voornamelijk in relatie gebracht met huisvrede. Computers en de hiermee samenhangende vraagstukken zijn door de discussie rond de volkstelling in het middelpunt van de belangstelling geplaatst. Vier principes ter beheersing van de risico's die tijdens de discussie naar voren kwamen, zijn doelbinding en daarmee de verenigbaarheid van doelen, transparantie, de rechten van burgers en consumenten en beveiliging.¹⁸⁶

Na de onrust rond en het mislukken van de volkstelling werd het kritische publieke debat vervolgd en lag de focus op het eigenlijke thema: de ontwikkeling van een geautomatiseerde centrale persoonsregistratie.

In deze jaren worden door het Kabinet-Den Uyl de lijnen voor privacy-bescherming uitgezet in de vorm van een driesporen-aanpak.

- Het eerste spoor is de beslissing tot voorbereiding van een algemene privacywet, geldend voor zowel overheid als bedrijfsleven. Hierin zou de rechtspositie van de geregistreerde en het toezicht op geautomatiseerde gegevensbestanden geregeld gaan worden.
- Het tweede spoor betrof de wettelijke grondslag van de automatisering van de bevolkingsboekhouding, in hoofdzaak de inrichting van een centrale persoonsadministratie.
- Het derde spoor betrof de uitbreiding van grondrechtsbescherming.¹⁸⁷

Ten behoeve van de case study zullen sporen een en drie nader worden uitgewerkt.

Staatscommissie Koopmans

In 1972 werd de Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties ingesteld bij KB van 21 februari 1972 no. 70. Deze staatscommissie bracht in 1974 en 1976, onder voorzitterschap van prof. mr. T. Koopmans, adviezen uit over het tot stand brengen van een wettelijke regeling inzake de bescherming van persoonsgegevens.¹⁸⁸ De Staatscommissie kwam in het eindrapport tot de conclusie dat wetgeving niet kan worden gemist. Alleen langs deze weg zou een kader kunnen

¹⁸⁶ J. Holvast, *De Volkstelling van 1971: verslag van de eerste brede maatschappelijke discussie over aantasting van privacy*, Uitgeverij Paris 2013, p. 386-387.

¹⁸⁷ Overkleef-Verburg 1995, p.42-43.

¹⁸⁸ Voor een nadere uiteenzetting over de werking van de Staatscommissie Koopmans verwijzen wij graag naar het artikel van J. Holvast, 'Staatscommissie-Koopmans, de trage wegbereider van de huidige Wet bescherming persoonsgegevens', *P&I* 2016/1.

worden geschapen, waarbinnen de ontwikkelingen op het gebied van persoonsregistraties blijvend in goede banen geleid konden worden. Anderzijds wenste de Staatscommissie te benadrukken dat een afdoende bescherming van de persoonlijke levenssfeer nimmer door de wetgever alleen kon worden verwezenlijkt. Een concept voor een wettelijke regeling die het eindrapport bevatte was voornamelijk gericht op zelfregulering en een uitgebreid, administratiefrechtelijk proceduremodel van voorafgaande toetsing op rechtmatigheid van de gegevensverwerking door de toezichthouder. De handhaving van dit model werd ondersteund door een aantal strafrechtelijke sancties¹⁸⁹.

Dit leidde tot de indiening van twee wetsvoorstellen, het voorstel voor de Wet op de persoonsregistraties¹⁹⁰ en het voorstel voor de Tijdelijke wet aanmelding geautomatiseerde persoonsgegevens¹⁹¹. Beide wetsvoorstellen werden enkele jaren later weer ingetrokken.

De Minister van Justitie was tot de slotsom gekomen dat het oorspronkelijke wetsvoorstel vereenvoudigd moest worden. Dit oordeel werd later bevestigd in de adviezen van de Commissie Deregulering in verband met de economische ontwikkeling (Commissie Van der Grinten). Verder vond de Minister van Justitie dat het wetsvoorstel ook moest worden aangepast aan de snelle technische ontwikkelingen. Door de ontwikkeling van de informatietechnologie en de snelle opmars van geautomatiseerde informatiesystemen, nog eens versterkt door de introductie van de personal computer, bleek met name het voorgestelde toelatingsstelsel met preventieve toetsing op rechtmatigheid van de gegevensverwerking, in redelijkheid niet meer uitvoerbaar. Bovendien kreeg het wetsvoorstel zware kritiek te verduren vanuit de Tweede Kamer¹⁹².

De beide wetsvoorstellen werden vervangen door één nieuw voorstel van Wet, houdende regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties (Wet persoonsregistraties). Een wet die ook wel aangeduid kan worden als omnibuswetgeving. In het nieuwe wetsvoorstel werd het eerder beoogde toelatingsstelsel verlaten en vervangen door een systeem van toetsbare materiële normen en verplichte zelf-

¹⁸⁹ *Privacy en persoonsregistratie*, Eindrapport Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties, 1976, p.18, 28 en 94 ev.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II 1981/82*, 17 207, nrs. 1-3.

¹⁹¹ *Kamerstukken II 1981/82*, 17 498, nrs. 1-3.

¹⁹² *Kamerstukken II 1984/85*, 19 095, nrs. 1-3.

regulering. Na een lange en moeizame behandeling haalde het wetsvoorstel in 1988 het Staatsblad en kon de Wet persoonsregistraties (Wpr) in 1989 in werking treden. Nederland was niet het enige en evenmin het eerste Europese land dat regelgeving ter bescherming van persoonsgegevens kende. In de Duitse deelstaat Hessen bijvoorbeeld werd reeds in 1970 een Datenschutzgesetz vastgesteld. Frankrijk had sinds 1978 de Loi No 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en het Verenigd Koninkrijk had de 1984 Data Protection Act.¹⁹³

Het grondrecht ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Anticiperend op de conclusie van Staatscommissie Koopmans, dat de tussenkomst van de wetgever niet gemist kon worden, had de regering in de voorstellen tot algehele grondwetsherziening een opdracht aan de formele wetgever opgenomen.¹⁹⁴ Gedurende de totstandkoming van de Wpr werd in een grondwettelijke basis in artikel 10 van de Grondwet voorzien dat de wetgever ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer regels moet stellen in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.

Gezien de reikwijdte van de Wpr, de in aansluiting op de Wpr gerealiseerde wetgeving voor bijzondere sectoren, met name de Wet politieregisters en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens, werd daarmee in beginsel voldaan aan de grondwettelijke regelingsopdracht in het tweede en derde lid van artikel 10 van de Grondwet.

Ook in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en in artikel 17 van het Internationale verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten was voorzien in een recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Daarnaast had de Raad van Europa op 28 januari 1981 te Straatsburg Verdrag nr. 108 tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens tot stand gebracht, waarbij Nederland op dat moment nog geen partij was. Dit verdrag bevat algemene beginselen die tot de dag van vandaag de basis zijn van het gegevensbeschermingsrecht en die hun weg gevonden hebben in de Wpr, de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Het gaat hierbij om de in hoofdstuk II van dit

¹⁹³ A.L.C. Roos, 'De Wet bescherming persoonsgegevens', AA 49 (2000) 11.

¹⁹⁴ Verhey 1992, p. 346.

verdrag weergegeven algemene beginselen die zien op onder meer doelbinding, rechtmatigheid, juistheid van de persoonsgegevens, verenigbaarheid, dataminimalisatie, opslagbeperking, bijzondere persoonsgegevens, beveiliging en rechten van betrokkenen.

3.2 Wet persoonsregistraties

3.2.1. Uitgangspunten en strekking van de Wpr

De invoering van de Wpr is gebaseerd op de in de memorie van toelichting¹⁹⁵ weergegeven uitgangspunten.

1. Uitvoering wordt gegeven aan artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet.
2. Het onderscheid tussen geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde registraties wordt niet gemaakt. De reikwijdte van de wettelijke bescherming van de geregistreerde ziet daarmee op beide registraties.
3. In de wet worden, voor zover mogelijk, materiële normen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgenomen, samen met een doeltreffend inzage- en correctierecht.
4. De wet stelt een systeem van controleerbare zelfregulering ter beschikking, doch schept een mogelijkheid van nadere regeling, als zelfregulering uitblijft.
5. Ook overigens wordt differentiatie mogelijk gemaakt naar het gebied waarvoor de registratie is ingesteld. De zelfregulering zal tot differentiatie naar de diverse sectoren van de maatschappij leiden. Daarnaast is een differentiatie in het bestuurlijk systeem voorzien tussen de sectoren van de overheid, het onderwijs, de gezondheidszorg en de maatschappelijke dienstverlening enerzijds en de sector van bedrijf en beroep en andere gebieden anderzijds.
6. Registratie van persoonsregistraties is beperkt tot het strikt noodzakelijke voor een goede werking van de wet. Dit was te meer geïndiceerd, omdat door het doen vervallen van elk onderscheid tussen geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde registraties de werkingssfeer van de wet in al haar onderdelen veel groter is dan in het oorspronkelijke wetsontwerp was voorzien.
7. Bij de taak van de Registratiekamer is het accent gelegd op bevordering van de naleving van de wet, advisering aan de regering, het behandelen van klachten en het bemiddelen in geschillen tussen geregistreerden en houders van registraties.

¹⁹⁵ Kamerstukken II 1984/85, 19 095, nrs. 1-3.

8. De Wpr diende het mogelijk te maken dat het Verdrag van Straatsburg door Nederland werd geratificeerd. Het verdrag is door Nederland bekrachtigd op 24 augustus 1993 en is voor Nederland in werking getreden op 1 december 1993.¹⁹⁶

De Wpr roept een zelfstandige ordening in het leven die ertoe strekt een behoorlijke en zorgvuldige omgang met persoonsgegevens te verzekeren. Deze ordening voorkomt dat op grond van onjuiste gegevens in een registratie verkeerde beslissingen worden genomen of dat door de opnemings van bepaalde gevoelige gegevens een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. De Wpr biedt daarmee bescherming tegen de gevaren die verbonden zijn aan het onbelemmerd en onzorgvuldig gebruik van persoonsregistraties door te trachten duidelijkheid en rechtszekerheid te geven. De Wpr strekt daarmee verder dan alleen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en raakt ook aan andere fundamentele normen zoals zorgvuldigheid, fair play en gelijke behandeling van burgers met het oog op de aanleg van persoonsregistraties en het gebruik van persoonsgegevens.

3.2.2. Evaluatie van de Wpr

In 1995 zijn een tweetal onderzoeken uitgevoerd ter evaluatie van de Wpr, de wet die zes jaar eerder (deels) in werking trad. Het gaat hierbij om een juridisch evaluatieonderzoek van prof. mr. Overkleeft-Verburg¹⁹⁷ en een sociaal wetenschappelijke evaluatie van prof. mr. Prins en anderen.¹⁹⁸ De laatstgenoemde evaluatie is mede gebaseerd op interviews met velddeskundigen. Hieronder zal geen uitputtende weergave van deze evaluatie plaatsvinden, maar zal vooral de focus gelegd worden op de thema's die raken aan het vraagstuk van de regelcomplexiteit.

3.2.2.1. Positionering Wpr in het nationale rechtssysteem

Overkleeft-Verburg wijst op het feit dat de Wpr al op voorhand een status aparte kreeg onder meer vanwege het destijds sterke geloof in de effectieve ordenings- en beschermingsfunctie van de wet en de primaire oriëntatie op een ander rechtssysteem. De kiem werd daarmee gelegd voor een moeizame integratie van de materiële normen uit de Wpr in het nationale rechtssysteem, waardoor de Wpr in de praktijk niet de in artikel 10, tweede en derde lid, van

¹⁹⁶ Trb, 1993, 157.

¹⁹⁷ Overkleeft-Verburg 1995.

¹⁹⁸ J.E.J. Prins e.a., *In het licht van de Wet persoonsregistraties: Zon, maan of ster?*, Alphen aan de Rijn/Diegem, 1995.

de Grondwet beoogde centrale regeling is geworden. Dit omdat op het moment van inwerkingtreding de materiële rechtsontwikkeling op basis van open privaatrechtelijke normen in samenhang met de grondrechten, Wet openbaarheid van bestuur, specifieke regelgeving en vormen van zelfregulering al min of meer was voltooid. Dit stelsel van gedifferentieerde rechtsvorming en daarmee de verbrokkeling is ook na het van toepassing worden van de Wpr blijven bestaan.¹⁹⁹

Deze verbrokkeling correspondeert met een verscheidenheid aan instanties die in die tijd bevoegd was om zich uit te spreken over invulling en ontwikkeling van de materiële normen binnen het gegevensbeschermingsrecht. Niet alleen waren de civiele en bestuursrechter bevoegd, maar vormden uitspraken van de Registratiekamer als toezichthouder, de Nationale ombudsman en specifieke klachtinstanties onderdeel van de rechtsvorming. Deze verscheidenheid aan ingangen leidde tot forumshoppen. Met name het veelvuldig terugvallen op de vertrouwde structuur van het BW en het leerstuk van de onrechtmatige daad had volgens Overkleeft-Verburg bovendien tot gevolg dat de Wpr als normenstelsel zich onvoldoende in de jurisprudentie uitkristalliseerde. Geconcludeerd wordt dat dit de verbrokkeling heeft versterkt.²⁰⁰

3.2.2.2. Wpr als een stelsel van open normen

De complexiteit van het stelsel van open normen, waaronder de eerder aangehaalde algemene beginselen, was volgens Overkleeft-Verburg als zodanig oorzaak van toepassingsproblemen en de daarmee samenhangende rechtsonzekerheid in de vorm van een gebrek aan inzichtelijkheid en voorspelbaarheid. Dit gold ook voor de afbakening met andere wetten, zoals de WOB, de Wet politieregistraties (voorloper van de Wpg) en de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)²⁰¹ vanwege overlappende begrippen dan wel onduidelijkheid over de afbakening van stelsels.

De complexiteit van het stelsel van de Wpr kan niet los gezien worden van de technologische en maatschappelijke ontwikkelingen die zich voordeden in de jaren na inwerkingtreding van de Wpr.

¹⁹⁹ Overkleeft-Verburg 1995, p. 45.

²⁰⁰ Overkleeft-Verburg 1995, p. 79-80.

²⁰¹ Overigens is de WGBO geen lex specialis ten opzichte van de Wpr, Wbp of UAVG. De WGBO vervult een aanvullende rol.

De jaren na de inwerkingtreding van de Wpr blijft een levendig publiek debat over de bescherming van persoonsgegevens uit. Hetgeen in contrast staat met de toename van reële aanwezige risico's van de informatiemaatschappij en de mate waarin burgers aanspraak kunnen maken op het recht op informatiële zelfbeschikking. Door de technologische ontwikkelingen verschuift de perceptie van privacy van een meer algemeen recht op privacy naar het recht van burgers om inzicht en controle te krijgen op het gebruik van hun persoonsgegevens. De informatiemaatschappij leidt in die periode ook tot nieuwe maatschappelijke verhoudingen tussen burgers onderling, burgers en overheid en binnen de private sector, waarbij het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in toenemende mate wordt afgezet tegen en gewogen wordt ten opzichte van andere bestuurlijke en maatschappelijke belangen.²⁰²

De Wpr was bij de inwerkingtreding al een vanuit technologisch perspectief achterhaalde wet. Het langdurige wetgevingsproces is daar debet aan, nu een dergelijk proces in de regel slechts in beperkte mate nog openstaat voor wijzigingen in omgevingsfactoren.²⁰³

De "technology push" sinds het midden van de jaren 70, evenals de schaalvergroting in automatiseringstoepassingen, was slechts in beperkte mate in de Wpr verdisconteerd. Het begrip persoonsregistratie als regelingsobject was gehandhaafd. De toepassing van de Wpr op toen nieuwe informatieproducten, zoals op CD-ROM vastgelegde gegevensverzamelingen, wrong. Evenmin bood de Wpr een antwoord op de problematiek van de informatievoorziening op basis van omvangrijke geïntegreerde databases in netwerkverband, ad hoc en toegesneden op de specifiek geformuleerde informatiebehoefte van het moment. In dit tijdperk veroverde de PC een vaste plek waardoor een sterke groei van persoonlijke (geselecteerde) gegevensbestanden ontstond gecombineerd met een brede toepassing van het internet. Dit correspondeerde niet meer met de registratie als uitgangspunt van de Wpr. Hetgeen afbreuk deed aan brede acceptatie en een redelijke naleving van de Wpr.²⁰⁴

²⁰² Prins e.a. 1995, p. 19-22.

²⁰³ Overkleef-Verburg 1995, p. 99.

²⁰⁴ Prins e.a. 1995, p. 24-25, Overkleef-Verburg 1995, p. 99.

Dat de Wpr in zoverre achterhaald was, gold volgens Prins ea niet enkel voor de afbakening, maar ook voor de gehanteerde begrippen en instrumenten. Het ontbrak naast technologie-onafhankelijke normering ook aan voldoende (flexibele) context-gebonden normering. Dit laatste hing samen met het besef dat de toepassing van technologieën binnen bepaalde sectoren, ondanks grote overeenkomsten, vanwege de specifieke context van regels, verhoudingen en belangen, ook sterk verschillend kon zijn.²⁰⁵

De verandering op politiek en bestuurlijk vlak leidde niet alleen tot verschillende modaliteiten van verzelfstandigingen (waaronder privatisering van overheidsdiensten) alsook tot een sterk groeiende variëteit van verschijningsvormen van samenwerkingsverbanden in de publieke sector en tussen publieke en andere (ook private) sectoren. De in de Wpr opgenomen sectorindeling was daarmee steeds minder een vanzelfsprekend en bruikbaar aangrijpingspunt voor regulering.²⁰⁶

3.2.2.3 Inpasbaarheid Wpr in de dagelijkse praktijk

Ook ten aanzien van de inpassing van de Wpr in de dagelijkse praktijk is de duur van het wetgevingsproces een obstakel gebleken, in het bijzonder waar het gaat om de invulling van de zelfregulering uit de Wpr in de vorm van reglementen en gedragscodes.

In de aanloop naar de Wpr was zelfregulering een goed instrument gebleken om de tussenliggende periode te overbruggen. Tevens werd de verwachting gewekt dat het door organisaties reeds gedane werk gemakkelijk inpasbaar zou zijn in de nieuwe wet en de invoering van de Wpr daardoor zou worden vergemakkelijkt. Geen rekening was gehouden met het feit dat ingeslepen praktijken en routines zich moeilijk laten bijbuigen. Bij de invoering van de Wpr leefde bij organisaties breed de opvatting dat het "huiswerk" door te anticiperen op de Wpr door middel van zelfregulering al was gemaakt.²⁰⁷ Dit bleek niet het geval. Meer dan zelfregulering bleek er vooral sprake van de uitwerking van procedures en bepalingen uit de Wpr. Hetgeen soms leidde tot ingewikkelde vertaalslagen. De uiteindelijke speelruimte was relatief beperkt. Dit hing samen met de interveniërende rol van de Registratiekamer

²⁰⁵ Prins e.a. 1995, p. 60.

²⁰⁶ Prins e.a. 1995, p. 20-22.

²⁰⁷ Overkleef-Verburg 1995, p. 95.

en de dreiging van nadere regelgeving door de regering. Van ruimte binnen deze verplichte zelfregulering voor ontwikkeling van eigen normen en regels was geen sprake.²⁰⁸

Bij de ontwikkeling van computersystemen in de private sector was nauwelijks rekening gehouden met de komst van de Wpr. Het ontwikkelproces was in dat licht niet of onvoldoende gedocumenteerd. De implementatie van de Wpr bracht daardoor beheerisico's (functionaliteit en kosten) met zich mee. Deze risico's speelden een belangrijke rol bij de bereidheid tot naleving van de nieuwe regelgeving. Ook het besef dat handhavend optreden door de Registratiekamer zou uitblijven heeft de bereidheid tot naleving verder negatief beïnvloed. Normconform handelen wordt door Prins ea verklaard door de omstandigheid dat organisaties vanwege andere gronden dan de Wpr, bijvoorbeeld het medisch beroepsgeheim, een 'stalen' organisatiecultuur, professionele opvattingen en maatstaven, zich gehouden voelen om de materiële normen na te leven.

Prins ea komen tot de conclusie dat de Wpr tijdens haar bestaan vrijwel ontsnapt is aan de aandacht van diegenen voor wie de wet was bedoeld, namelijk de burgers wiens persoonsgegevens worden verwerkt. De Wpr is in de praktijk moeilijk toepasbaar gebleken door het in geringe mate bruikbaar regelsysteem. De Wpr bleef daarmee een wet voor ingewijden.²⁰⁹

Overkleef-Verburg wijst op een ander aspect waarop tijdsverloop van invloed bleek. Vrij snel na de inwerkingtreding van Wpr begonnen op Europees niveau de voorbereidingen om tot een harmonisering op het gebied van gegevensbescherming te komen. De Wpr was daardoor onvoldoende tijd gegund om in rustig vaarwater uit te kristalliseren.²¹⁰

²⁰⁸ Prins e.a.1995, p. 61.

²⁰⁹ Prins e.a. 1995, p. 50, 55, 66.

²¹⁰ Overkleef-Verburg 1995, p. 102-103.

3.3 Wet bescherming persoonsgegevens

3.3.1. Europese richtlijn 95/46/EG en de omzetting daarvan in de nationale regelgeving

Eind jaren 70 en begin jaren tachtig van de vorige eeuw²¹¹ vroeg het Europees Parlement in een drietal resoluties aandacht voor de bescherming van de rechten van het individu. De resoluties kwamen voort uit de onderkenning van de mogelijke risico's die voortkomen uit de ontwikkeling van de informatietechnologie voor de persoonlijke levenssfeer van het individu. Ook wees het Europees Parlement op het belang van een vrij verkeer van (persoons) gegevens binnen de Gemeenschap. De Europese Commissie werd uitdrukkelijk gevraagd een richtlijn te ontwerpen rekening houdend met de wensen van het Europees Parlement. In 27 juli 1990 kwam de Europese Commissie met het gevraagde voorstel dat, in gewijzigde vorm, op 24 juli 1995 door de Raad werd aanvaard.

Op 24 oktober 1995 is de richtlijn betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens vastgesteld.²¹² De lidstaten moesten voor 24 oktober 1998 de nodige wettelijke bepalingen in werking laten treden. Met de richtlijn heeft de gemeenschapswetgever invulling gegeven aan de resoluties van het Europees Parlement door met de richtlijn bij te dragen aan de verwezenlijking van de algemene doelstellingen van de Gemeenschap door (1) een bijdrage te leveren aan de totstandbrenging en werking van de interne markt en (2) waarborgen te bieden voor de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden.

Dit heeft de gemeenschapswetgever getracht te bereiken door de marktbelemmeringen die kunnen voortvloeien uit de verschillen tussen nationale wettelijke regimes voor de verwerking van persoonsgegevens weg te nemen door een gelijkwaardig beschermingsniveau te creëren en een hoog beschermingsniveau na te streven. In verband daarmee verwijst de richtlijn naar het EVRM en versterkt de richtlijn de beginselen, zoals neergelegd in het Verdrag inzake gegevensbescherming. Het beoogde beschermingsniveau wordt bereikt door de toegankelijkheid van gegevensverwerkingen te verbeteren en te voorzien in waarborgen voor betrokkenen.

²¹¹ PbEG C 100, PbEG C 140, PbEG C 87.

²¹² PbEG L 281.

Ook heeft gemeenschapswetgever beoogd om de richtlijn technologie-onafhankelijk te laten zijn om zo te voorkomen dat de richtlijn bij technologische ontwikkelingen niet meer zou gelden of ontdoken kon worden, doordat gebruik wordt gemaakt van een technologie waarin de gemeenschapswetgever niet had voorzien.²¹³

Verder heeft de gemeenschapswetgever lidstaten een zekere ruimte gegeven om in bijzondere voorwaarden te voorzien voor de verwerking van gegevens in specifieke sectoren en voor de specifieke gegevenscategorieën.²¹⁴ De richtlijn voorziet daartoe in de mogelijkheid om op branche- en sectorniveau gedragscodes op te stellen.

Op 14 februari 1998 bood de regering het wetsvoorstel inzake de bescherming van persoonsgegevens aan.²¹⁵ Nadat het wetsvoorstel tot vijfmaal toe werd gewijzigd²¹⁶ werd het wetsvoorstel op 23 november 1999 aanvaard met inbegrip van een aantal amendementen.²¹⁷ Nu de implementatietermijn reeds was verstreken, was de Europese Commissie tegen Nederland en enkele andere lidstaten op grond van artikel 226 van het EG Verdrag een ingebrekestellingsprocedure gestart vanwege het niet tijdig implementeren van de richtlijn.²¹⁸ Op 3 juli 2000 vond de plenaire behandeling in de Eerste Kamer plaats en werd het wetsvoorstel zonder stemming aangenomen. Op 1 september 2001 trad de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) in werking.²¹⁹

3.3.2. WP29

Artikel 29 van de richtlijn voorzag in een *Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens*. Deze zogenoemde Artikel 29 Groep (WP29) was onafhankelijk en had een adviserende taak bijvoorbeeld door uitleg te geven aan de open normen uit de richtlijn. WP29 bestond uit vertegenwoordigers van de nationale toezichhoudende

²¹³ Overweging 27 van de richtlijn.

²¹⁴ De richtlijn had geen betrekking op de activiteiten die niet onder de toepassing van het gemeenschapsrecht vielen, te weten de in titels V en VI van het Verdrag van de Europese Unie bedoelde activiteiten met betrekking tot openbare veiligheid, defensie, staatsveiligheid en de activiteiten van de Staat op strafrechtelijk gebied (overwegingen 13 en 16 van de richtlijn).

²¹⁵ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nrs. 1-2.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 892, nrs. 7,10,12, *Kamerstukken II* 1999-2000, 25 892, nrs 33,35.

²¹⁷ *Kamerstukken I* 1999/00, 25 892, nr. 92.

²¹⁸ *Kamerstukken I* 1999/00, 25 892, nr. 92b.

²¹⁹ Besluit van 5 juli 2001, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens (*Stb* 2001, 337).

autoriteiten — voor Nederland het College bescherming persoonsgegevens — een vertegenwoordiger van de Europese Commissie en een vertegenwoordiger van de door de communautaire instellingen en organen opgerichte toezicht-houdende autoriteit, de EDPS.

3.3.3. Uitgangspunten en strekking Wbp

De Wbp beoogde bovenal de richtlijn te implementeren en binnen de door de richtlijn gegeven bandbreedte gedeeltelijk nadere invulling te geven aan de voorwaarden waaronder verwerkingen rechtmatig zijn, uitvoering te geven aan de in artikel 10 van de Grondwet gegeven opdracht van de grondwetgever om regels te stellen in verband met de vastlegging en verstrekking van persoonsgegevens, uitvoering te geven aan het Verdrag inzake gegevensbescherming, aan te sluiten bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 8 EVRM en het stellen van waarborgen voor de bescherming van de werking van andere grondrechten. Bovendien beoogde de wetgever continuïteit van wetgeving te bieden, maar daarbij wel oog te hebben voor de tijdens de evaluatie van de Wpr geconstateerde knelpunten.²²⁰

Voor zover mogelijk binnen de door de richtlijn gegeven ruimte beoogde de Wbp in beginsel niet minder bescherming te bieden dan de Wpr. In de Wbp is zoveel mogelijk uitgegaan van het bestaande begrippenkader om gebruik te kunnen maken van de in het kader van deze wet ontwikkelde jurisprudentie. Om vragen over de verhouding tussen de Wbp en sectorale wetten te voorkomen hanteerde de wetgever het uitgangspunt dat de wet van toepassing is, tenzij het in een sectorale wet anders is bepaald. Voor zover mogelijk maakte de wet geen onderscheid tussen verwerkingen die wél en verwerkingen die niet onder het gemeenschapsrecht vallen. De Wbp beoogde voorts een evenwicht te bewerkstelligen tussen privacybescherming en andere grondrechten, meer in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting.

Met de Wbp werd bovendien getracht de wet — beter dan onder de Wpr — ingebed te laten zijn in het rechtsstelsel en daarmee aan te sluiten bij overige wetgeving. Dit doel werd bereikt door te voorzien in open en vage normen bedoeld om een afweging van de bij specifieke gegevensverwerking betrokken belangen te kunnen maken. Ook werd in dat kader voor de rechtsbescherming van betrokkenen en verantwoordelijke zoveel mogelijk aangesloten bij het algemene recht.

²²⁰ *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 16-17.*

Verder werd het begrip “persoonsregistratie” uit de Wpr vervangen door het technologie-onafhankelijke “verwerking van persoonsgegevens”²²¹. Het begrip “houder” werd vervangen door “verantwoordelijke”. Met het laatste begrip werd beoogd aan te sluiten bij bestaande privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verhoudingen. Ook werd het onderscheid tussen de private en de publieke sector opgeheven.

De Wbp versterkte voorts in lijn met de richtlijn de positie van betrokkenen tegenover verantwoordelijken door de transparantie van gegevensverwerkingen te vergroten. De wet deed dit door rechten toe te kennen aan betrokkenen en daarmee corresponderende verplichtingen op te leggen aan verantwoordelijken. Ook werd een toezichthouder, het College bescherming persoonsgegevens, ingesteld en deze werd voorzien van meer bevoegdheden dan de Registratiekamer onder de Wpr.

De Wbp benadrukte net als de Wpr – in lijn met de richtlijn – het bevorderen van de naleving van de materiële normen door middel van zelfregulering. Instrumenten zoals de gedragscodes, de functionaris gegevensbescherming en het systeem van meldingen van verwerking van persoonsgegevens gaven daar invulling aan en gaven de mogelijkheid om te differentiëren naar de context waarbinnen de verwerkingen plaatsvonden.

Ten behoeve van de internationale doorgifte verschaft de Wbp – in lijn met de richtlijn – een instrumentarium om onnodige belemmeringen van het internationale handelsverkeer te voorkomen en het beschermingsniveau hoog te houden.

3.3.4. Evaluatie van de Wbp

In 2007 en 2008 zijn een tweetal onderzoeken uitgevoerd ter evaluatie van de Wbp. Het doel van de evaluatie was om te beschrijven of, en op welke wijze, de Wbp bijdraagt aan de beoogde doelstellingen van de wet en welke knelpunten zich in de praktijk voordoen. Vanwege de omvang van het terrein waarop de Wbp van toepassing was, werd de evaluatie van de Wbp opgesplitst in twee fases. De eerste fase bestond uit een literatuurstudie/knelpuntenanalyse door Zwenne en anderen.²²² De tweede fase bestond uit een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk

²²¹ U. van der Pol, ‘Toekomstig toezicht op bescherming van persoonsgegevens: van Registratiekamer naar College bescherming persoonsgegevens’, *NJCM-Bulletin* 2000, nr. 7/8.

²²² G.-J. Zwenne e.a., *Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens: Literatuuronderzoek en knelpuntenanalyse*, WODC 2007.

door Winter en anderen²²³. Los daarvan kwam in 2009 de Adviescommissie Veiligheid en persoonlijke levenssfeer (commissie Brouwer-Korf) met haar bevindingen.²²⁴

Hieronder zal gelijk aan de behandeling van de evaluatie van de Wpr geen uitputtende weergave van deze evaluaties plaatsvinden, maar zal vooral de focus gelegd worden op de thema's die raken aan het vraagstuk van regelcomplexiteit.

3.3.4.1. Positionering Wbp in het (nationale) rechtssysteem

Ondanks het oogmerk van de wetgever om de Wbp beter ingebed te laten zijn in het nationale rechtsstelsel, constateren Zwenne ea dat de Wbp niet aansluit op specifieke regelgeving in de private sector doordat begrippenkaders niet waren geharmoniseerd.²²⁵ De cumulatie van regelingen in bijvoorbeeld de semipublieke sector zorgde bovendien voor overlap en onduidelijkheid. De Wbp was daar onderdeel van. Hetgeen leidde tot afstemmingsproblemen. Daarbij komt dat in vergelijking met andere regelingen de Wbp, vanwege haar omnibuskarakter, niet uitblonk in duidelijkheid en helderheid.²²⁶

De regels in de Wbp over bijzondere persoonsgegevens werden genoemd als voorbeeld van het feit dat de wet in sommige gevallen tendeert naar overregulering door overlap met sectorale regelgeving. Deze regels hadden volgens Zwenne ea ook in sectorale wetgeving opgenomen kunnen worden.²²⁷

Zwenne ea constateren tevens dat de nationale wetgever bij het bepalen van de primaire doelstellingen van de Wbp niet nader was ingegaan op de primaire doelstellingen van de gemeenschapswetgever met betrekking tot de werking van de interne markt en de harmonisatie. Ook de gelijkwaardigheid van het beschermingsniveau was geen punt van nadere deliberatie door de nationale wetgever gebleken. Ondanks dat door de feitelijke implementatie van de richtlijn de nationale wetgever, zij het impliciet, de doelstellingen van de gemeenschapswetgever heeft overgenomen, kan hieruit een gebrek aan aandacht voor de Europese dimensie van de Wbp worden afgeleid. De nationale

²²³ H.B. Winter e.a., *Wat niet weet, wat niet deert. Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk*, WODC 2008.

²²⁴ Commissie Brouwer-Korf, *Gewoon doen: beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*, Den Haag, 2009.

²²⁵ Zwenne e.a. 2007, p. 101.

²²⁶ Zwenne e.a. 2007, p. 67, 101, 138-140 en 158.

²²⁷ Zwenne e.a. 2007, p. 168-169.

wetgever heeft daardoor niet expliciet rekening gehouden met het realiseren van een gelijkwaardig beschermingsniveau en een goede werking van de interne markt. Gezien de verschillende toepassing en interpretatie van de richtlijn en de daaruit voortvloeiende wetgeving in de verschillende lidstaten was meer nationale aandacht voor een gelijkwaardig beschermingsniveau en een goede werking van de interne markt wenselijk geweest.²²⁸ Een daaraan gerelateerd knelpunt voor verantwoordelijken met vestigingen in meerdere lidstaten of verantwoordelijken die in meerdere lidstaten diensten leveren, was dat verschillende nationale wetten op het gebied van gegevensbeschermingsrecht van toepassing waren op de verwerkingen van deze vestigingen en diensten, zodat er binnen één en hetzelfde concern of op de levering van een en dezelfde dienst meerdere regimes van toepassing waren.²²⁹

De keuze van de wetgever om de definitie van het begrip ‘verantwoordelijke’ aan te laten sluiten bij bestaande privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verhoudingen om daarmee de kenbaarheid daarvan voor betrokkenen te vergroten, heeft volgens Zwenne ea bijgedragen dat de Wbp beter dan de Wpr was ingebed in het rechtstelsel. Immers voor betrokkenen werd daarmee de inzichtelijkheid vergroot wie kon worden aangesproken over de wettelijke verplichtingen en aanspraken. Betrokkenen werden daarmee beter in staat gesteld om hun rechten te effectueren.

Ondanks de keuze van de wetgever om de rechtsbescherming voor verantwoordelijken en betrokkenen te laten aansluiten bij het algemene nationale recht om zo te zorgen voor een betere inbedding van het gegevensbeschermingsrecht, worden de verschillende bestuurs- en civielrechtelijke procedures als knelpunt ervaren. Dit vanwege de mogelijkheid tot forum-shopping en afbreuk die de rechtsmachtsverdeling tussen de verschillende rechtelijke instanties doet aan de rechtseenheid. Een ondubbelzinnige en laagdrempelige rechtsingang werd gemist. Bovendien werd het systeem van gedifferentieerde rechtsbescherming als complex ervaren. Voorts kwam de Wbp beperkte betekenis toe in de gerechtelijke procedures doordat, gezien de grote reikwijdte van de wet, betrekkelijk weinig wordt geprocedeerd over de toepassing en werking van de Wbp, rechtsbijstandverleners en rechters niet voldoende in staat waren om de Wbp in procedures te betrekken, een ondeugdelijke juridische toetsing aan de Wbp plaatsvond en er dus sprake was van gemiste kansen als het gaat om de interpretatie van open en vage

²²⁸ Zwenne e.a. 2007, p. 162.

²²⁹ Zwenne e.a. 2007, p. 97.

normen. Daarbij is van belang dat het ‘testen’ van de verhouding tussen Cbp en verantwoordelijken voor de bestuurs- of civiele rechter onder de Wbp in de praktijk nauwelijks is uitgekristalliseerd. Motieven als vrees voor publicitaire repercussies (reputatiemanagement) vanwege een actief publicatiebeleid van het Cbp en tot dan toe vaak relatief geringe financiële belang van de specifieke zaak speelden daarbij mogelijk een rol. Het beoogde stelsel van checks and balances kreeg daardoor beperkt vorm door het gebrek aan feitelijke rechterlijke toetsing van de beginselen die in de Wbp waren vervat.²³⁰

3.3.4.2. Wbp als een stelsel van open normen

Winter ea stellen op basis van het evaluatieonderzoek vast dat de keuze van de regelgever voor open en vage normen breed wordt gedeeld, nu binnen het gegevensbeschermingsrecht opennormstelling nodig is om flexibel te kunnen inspelen op technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.²³¹ Echter de gemeenschappelijke conclusie in beide evaluatierapporten is dat deze normen een knelpunt vormden bij de naleving van de wet. De onduidelijkheid over de invulling van de open normen leidde tot onzekerheid over de toepassing van de wet en veroorzaakte een negatief effect op de tevredenheid over de wet. Dit volgens Winter ea vanwege de moeilijk in te schatten juridische risico’s voor organisaties en de daaruit voortkomende terughoudendheid om tot verwerking van persoonsgegevens over te gaan.²³² De Wbp was volgens Zwenne ea vanwege de onvoldoende specificiteit kwetsbaar voor de wijze waarop zij in de praktijk vorm kreeg. Hoewel dit voor elke wet geldt, leverde het stelsel van open normen van de Wbp extra kwetsbaarheid op.²³³

Een ander knelpunt in dat licht was het onderscheid in de wet tussen ‘gewone’ en ‘bijzondere categorieën’ persoonsgegevens. De kritiek spitst zich vooral toe op de contextafhankelijkheid van de gevoeligheid van gegevens.²³⁴

²³⁰ Zwenne e.a. 2007, p. 86-87, 172, 175.

²³¹ Winter e.a. 2008, p. 146.

²³² Winter e.a. 2008, p. 147.

²³³ Zwenne e.a. 2007, p. 168.

²³⁴ Zwenne e.a. 2007, p. 168-169

Ook bij deze evaluatie werd geconstateerd dat complexiteit van het stelsel niet los gezien kon worden van de technologische ontwikkelingen. Ondanks het streven van de wetgever naar technologie-onafhankelijkheid werd als algemeen knelpunt gezien dat de wet reeds bij de totstandkoming niet aansloot bij de technologische ontwikkelingen en meer in het bijzonder de wereld van internet.²³⁵

3.3.4.3. Inpasbaarheid Wbp in de dagelijkse praktijk

Winter ea concluderen dat evenals in andere evaluatiestudies naar de werking van wetgeving ook uit dit onderzoek volgt dat het tijd kost voordat wettelijke normen ingang vinden in de praktijk. Juist omdat de Wbp veel open normen bevatte, stellen Winter ea vast dat de rechtsontwikkeling in de vorm van nadere normstelling en jurisprudentie tijd moet worden gegund om de kennis over de wet en daarmee de bewustwording bij verantwoordelijken en betrokkenen te laten groeien. Dit ondanks de constatering dat de Wbp met de Wpr een verwante rechtsvoorganger had. Voorzien wordt dat door technologische ontwikkelingen het belang van privacybescherming zal toenemen. Het intensiveren van de toezichtsinspanningen kan daarbij een rol spelen, maar ook zouden betrokkenen kunnen worden geactiveerd inspanningen te leveren ten behoeve van het privacybelang. Normontwikkeling, voorlichting en advisering op maat behoeven nadrukkelijk aandacht. Hetgeen om veelal contextspecifieke kennis vraagt.²³⁶

In beide evaluatieonderzoeken wordt in het licht van de informatie-verschaffing aan individuele betrokkenen en verwerkingsverantwoordelijken gewezen op keuze die het Cbp in 2007 maakt. Het Cbp besloot om de prioriteit te verleggen naar handhaving, omdat volgens het Cbp voorlichting en advisering er niet toe hebben geleid dat de Wbp voldoende werd nageleefd. Hetgeen aansloot bij de aanbevelingen van de commissie Brouwer-Korf om tot robuust en extern toezicht te komen ten aanzien van de Wbp.²³⁷ Enkel werd nog hulp en bijstand verleend aan betrokkenen bij ernstige overtredingen met een structureel karakter en die grote gevolgen hadden voor een flink aantal burgers of voor groepen van burgers. Wel gaven het Cbp en WP29 algemene uitleg over normen aan de hand van richtsnoeren en werd door het Cbp op de website inhoudelijke informatie verstrekt.

²³⁵ Zwenne e.a. 2007, p. 95-96.

²³⁶ Winter e.a. 2008, p. 159.

²³⁷ Commissie Brouwer-Korf, *Gewoon doen: beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*, Den Haag, 2009, p. 102.

Ondanks het positieve effect van deze koerswijziging dat verantwoordelijken nu werden gedwongen om de Wbp na te leven, werd geconstateerd dat het overgrote deel van de verantwoordelijken niet kon worden aangemerkt als professional en de gestelde regels niet duidelijk waren. Om die duidelijkheid te verkrijgen dienden verantwoordelijken, maar ook betrokkenen zelf actie te ondernemen om inzicht te krijgen in de rechten en plichten die voortvloeiden uit de Wbp. Gelet op het feit dat er weinig andere belangenbehartigers waren, werd de vraag opgeworpen of de positie van partijen hierdoor zou verbeteren.²³⁸

3.3.5. De Wbp tot 25 mei 2018

De Wbp is tot 25 mei 2018 in werking geweest. De uitkomsten van de uitgevoerde evaluaties kunnen ook voor die periode als representatief worden beschouwd. De oorzaak daarvan lijkt te zijn gelegen in de beperkte mate waarin rechtsontwikkeling ook in die periode plaatsvond. De wijze waarop het Cbp in die periode zijn toezicht had ingericht is daar mede debet aan geweest.

Vanaf 2007 zet het Cbp zijn beperkte capaciteit in op het doen van onderzoek naar de wijze waarop de relevante wettelijke bepalingen worden nageleefd en, bij geconstateerde overtreding daarvan, handhavend op te treden. Vanwege de beperkte capaciteit kiest de toezichthouder ervoor om in te zetten op die zaken die een effect hebben voor iedereen en richt zich op grove schendingen van de Wbp.²³⁹ ²⁴⁰ Wat betreft door betrokkenen ingediende handhavingsverzoeken beperkt het Cbp zich tot die verzoeken die zien op ernstige overtredingen met een structureel karakter en die grote gevolgen hebben voor een flink aantal burgers of voor groepen van burgers. Het Cbp gaf echter op zodanige wijze toepassing aan het eigen prioriteringsbeleid dat het Cbp een door een betrokkene ingediende klacht effectief niet in behandeling nam.²⁴¹ Pas in aanloop naar de AVG zou hier structureel verandering in komen.

De ondersteuning van burgers is beperkt. Betrokkenen worden voorgelicht door middel van de website van de toezichthouder en een helpdesk waar betrokkenen gedurende een beperkt aantal uren per dag vragen kunnen stellen.

²³⁸ Winter e.a. 2008, p. 48-49.

²³⁹ B. Heilbron, E. Koopman, 'De tragedie van het privacytoezicht', *De Groene Amsterdammer*, 16 januari 2019, nr. 3, <https://www.groene.nl/artikel/de-tragedie-van-het-privacytoezicht>.

²⁴⁰ Jaarverslagen College bescherming persoonsgegevens 2007 en 2008.

²⁴¹ ABRvS 15 april 2015, 201403756/1/A3, ECLI:NL:RVS:2015:1185.

Het Cbp publiceert ook in die periode richtsnoeren waarin uitleg wordt gegeven over normen in relatie tot technische en maatschappelijke ontwikkelingen. De nadere uitleg van Richtlijn 95/46/EG en daarmee ook van de begrippen uit de Wbp vond in toenemende mate plaats door richtinggevende opinies van WP29.

Overleg wordt gevoerd met sectoren. Er is weinig tot geen dialoog tussen het Cbp en de individuele organisaties waarop toezicht gehouden wordt,²⁴²²⁴³ waardoor deze aan de hand van de beschikbare informatie zelf tot de concrete invulling van de norm dienen over te gaan.²⁴⁴ Dit legt een behoorlijke last op de verantwoordelijken, nu het in de eerdere genoemde richtsnoeren en richtinggevende opinies veelal gaat om een afweging van vaag omschreven belangen die pas bij de concrete toepassing van die normen betekenis krijgen.²⁴⁵ Kortom: er is weinig tot geen begeleiding van en overleg met degenen op wie toezicht wordt gehouden.

Bij signalen van mogelijke overtredingen zet het Cbp in op alternatieve interventies bijvoorbeeld door te bemiddelen dan wel door een waarschuwingsbrief te zenden.

Maximaal een derde van de ambtshalve gestarte onderzoeken worden in die periode opgevolgd door het starten van een handhavingstraject. De bevoegdheid van het Cbp om handhavend op te treden tegen overtredingen van de materiële normen uit de Wbp was tot 1 januari 2016 beperkt tot het opleggen van een last onder dwangsom, waardoor tegen reeds beëindigde overtredingen niet meer handhavend kon worden opgetreden. Zo namen veelal de onderzochte verantwoordelijken gedurende de onderzoeksfase of in aanloop van de handhavingsfase echter al maatregelen om de geconstateerde overtredingen te beëindigen voordat het Cbp daadwerkelijk een last onder dwangsom kon opleggen.²⁴⁶ Ook de enkele dreiging van een dergelijke sanctie leidde tot aanpassing van de handelswijze.²⁴⁷ Het actieve openbaarmakingsbeleid van rapporten na afloop van de onderzoeksfase en het vooruitzicht van actieve openbaarmaking van het handhavingsbesluit speelden

²⁴² Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 3.

²⁴³ B.H.M. Custers e.a. *De bescherming van persoonsgegevens: acht Europese landen vergeleken*, Den Haag, 2017, p. 227-228.

²⁴⁴ Voordracht van J. Kohnstamm, Data Protection Conference 2009 Brussels, 19-20 mei 2009, 'Data subject, data controller and the role of the supervisory authority'.

²⁴⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 19 februari 2014, W03.13.0464/II.

²⁴⁶ Zie bijvoorbeeld het jaarverslag College bescherming persoonsgegevens 2014 en 2015.

²⁴⁷ Kamerstukken II 2014/15, 33 662, nr. 9.

daarbij voor verantwoordelijken een rol. Gelet hierop en op het gehanteerde prioriteringsbeleid vinden rechtszaken over de invulling van materiële normen naar aanleiding van het handhavend optreden van de toezichthouder nagenoeg niet plaats. De procedures die wel plaatsvinden richten zich bijna uitsluitend op de toepassing van het prioriteringsbeleid, zodat er relatief weinig rechtspraak over de concrete invulling van het stelsel van open normen ontstaat ²⁴⁸ en de wijze waarop het Cbp invulling geeft aan die normen.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) geeft in die periode uitleg over enkele kernbegrippen uit de Richtlijn 95/46/EG, zoals over het begrip persoonsgegevens²⁴⁹, verwerkingsverantwoordelijkheid²⁵⁰ en vestiging²⁵¹, en de uitleg van de uitzonderingen op het toepassingsbereik van deze richtlijn.²⁵² Het HvJEU oordeelt verder dat de activiteiten van een zoekmachine zijn aan te merken als een verwerking van persoonsgegevens en bepaalt dat de betrokkene op basis van zijn door de artikelen 7 en 8 Handvest gewaarborgde grondrechten kan verlangen dat de informatie in een resultatenlijst op grond van een zoekopdracht niet meer ter beschikking wordt gesteld.²⁵³ Het HvJEU introduceert hiermee het zogenoemde recht op vergetelheid. De zaak Schrems tegen de Ierse Data Protection Authority inzake Facebook leidde tot beëindiging van het Safe Harbour Agreement op grond waarvan persoonsgegevens vanuit Europa naar de VS mochten.²⁵⁴

Na de evaluatie van de Wbp deed het Cbp een beroep op de wetgever om onder meer een plicht tot het melden van datalekken op te nemen in de wet en een versterking van het sanctiestelsel in de Wbp met een bestuurlijke boete. Vanwege de generaal preventieve werking werd de dreiging en afschrikwekkende werking van een dergelijke sanctie gemist. Dit zou de effectiviteit en efficiëntie van het optreden van het Cbp, zo was de verwachting, ten goede komen.²⁵⁵

²⁴⁸ Zie ook op dit punt het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 23 maart 2018 met kenmerk W16.18.0006/II.

²⁴⁹ HvJEU 17 juli 2014, C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081, HvJEU 19 oktober 2016, C582/14, ECLI:EU:C:2016:779.

²⁵⁰ HvJEU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, HvJEU 5 juni 2018, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388.

²⁵¹ HvJEU 1 oktober 2015, C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639.

²⁵² HvJEU 6 november 2003, C-101-01, ECLI:EU:C:2003:596, HvJEU 10 juli 2018, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, HvJEU 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:727.

²⁵³ HvJEU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

²⁵⁴ HvJEU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.

²⁵⁵ Jaarverslag 2009 College bescherming persoonsgegevens 2009 (kort).

Op 1 januari 2016 werd de Wbp uitgebreid met een meldplicht datalekken en kreeg de toezichthouder, die zich vanaf dat moment Autoriteit Persoonsgegevens (AP) mocht noemen, een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete ter hoogte van € 820.000,- dan wel 10% van de jaaromzet.

De aanpassing van de Wbp voorzag daarnaast in een tweetal voorzieningen die tegemoet moesten komen aan de behoefte om meer checks and balances in het systeem in te bouwen en om de waarborgen voor de verantwoordelijken te versterken. De behoefte aan meer checks and balances hing samen met het feit dat een sterkere concentratie van uiteenlopende taken bij de toezichthouder zou komen te liggen. Een deel van de normstelling kwam te liggen bij het orgaan dat vervolgens werd geacht dezelfde normen door middel van punitieve sancties te handhaven, waarmee de normstelling en handhaving in belangrijke mate in één hand kwamen te liggen. Dit resulteerde in een bepaling die inhoudt dat beleidsregels van de AP die uitleg geven aan de materiële normen van de Wbp waarvan overtreding door de AP met een bestuurlijke boete kan worden bestraft, aan ministeriële goedkeuring werden onderworpen. Tevens werd, in verband met het algemeen-abstrakte karakter van de normen van de Wbp en het lex certa-beginsel²⁵⁶, een bepaling opgenomen die inhield dat de AP bij een vermoeden van overtreding van deze open normen in de regel niet zonder meer een bestuurlijke boete kon opleggen, maar dat het eerst een bindende aanwijzing moest geven. Een de bindende aanwijzing hield in dat de toezichthouder ter concretisering van de wettelijke norm moest aangeven welke gedraging op grond van de Wbp van de verantwoordelijke werden verwacht en hem zo mogelijk moest opdragen om de overtreding geheel of gedeeltelijk te herstellen.²⁵⁷

²⁵⁶ Het betreft een subbeginsel van het legaliteitsbeginsel en houdt kort in dat voor iedereen duidelijk moet zijn welk handelen en nalaten leidt tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsmede welke sancties daar op kunnen volgen. Deze duidelijkheid moet in de wet besloten zijn. Maar daarbij doet zich een tegenstrijdigheid voor omdat de wetgever soms met een zekere vaagheid, door het gebruik van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verrijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt. Uit EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD001786291 volgt dat art. 7 EVRM mede het lex certa-beginsel inhoudt.

²⁵⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 33 662, nr. 9 in samenhang bezien met het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 19 februari 2014, W03.13.0464/II.

Een bindende aanwijzing noch een bestuurlijke boete zou na deze wijziging van de Wbp worden opgelegd. Ook in de periode na 1 januari 2016 geeft de toezichthouder blijk van een voorkeur om gebruik te maken van de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom.²⁵⁸

3.4 Algemene Verordening Gegevensbescherming

3.4.1. De totstandkoming van de AVG

Op 4 november 2010 schetst de Europese Commissie de kaders voor een herziening van de Richtlijn 95/46/EG. Deze herziening werd ingegeven door voortschrijdende technische ontwikkelingen. Sinds 1995 neemt de informatisering van het maatschappelijk leven een enorme vlucht. Het internet biedt ongekende mogelijkheden, niet alleen voor burgers maar ook voor bedrijven. Het aanbod van goederen en diensten op het internet is vrijwel onbegrensd. Persoonsgegevens worden op grootschalige wijze met anderen gedeeld. Dit stelt nieuwe eisen aan de bescherming van persoonsgegevens, aldus de Europese Commissie.²⁵⁹

Op 25 januari 2012 kiest de Europese Commissie voor het indienen van een ontwerp-verordening in plaats van een ontwerp-richtlijn. Door de rechtstreekse toepasselijkheid zal een verordening de juridische fragmentatie verminderen en de rechtszekerheid bevorderen door een geharmoniseerd pakket basisregels in te voeren, de bescherming van de grondrechten van natuurlijke personen te verbeteren en bij te dragen aan de werking van de interne markt.²⁶⁰

Dit uitgangspunt komt onder druk te staan wanneer een aanmerkelijk aantal lidstaten uit het noorden van de Unie zich op het standpunt stelt dat hun huidige wetgeving met betrekking tot verwerkingen voor overheidsdoeleinden zeer specifieke en deels ook strengere normen gaf voor de overheid dan de verordening zou doen. Deze lidstaten wensen te voorkomen dat aanvaarding van de verordening zou leiden tot een lager beschermingsniveau en scharen zich achter de mogelijkheid tot het vaststellen van strengere voorschriften voor verwerkingen in de sfeer van de overheid. Samenhangend met het vraagstuk van de overheidsverwerkingen wordt ook ruimte gezocht voor onderwerpen die sterk met de nationale rechtsorde zijn verbonden.

²⁵⁸ Jaarverslagen 2016, 2017 en 2018 Autoriteit Persoonsgegevens.

²⁵⁹ COM (2010) 609.

²⁶⁰ COM (2012) 11 final.

Het betreft de gegevensverwerking in het kader van de vrijheid van meningsuiting, de gezondheidszorg, het arbeidsrecht, wetenschappelijk en historisch onderzoek en statistische doeleinden en archivering in het algemeen belang en de verwerking van persoonsgegevens door beroepen die een geheimhoudingsregime hebben.²⁶¹ Dit resulteerde in keuze voor een verordening met op onderdelen richtlijnachtige eigenschappen.

Na ruim vier jaar onderhandelen door 28 lidstaten²⁶² wordt op 27 april 2016 door het Europees Parlement en de Raad de verordening 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (AVG) vastgesteld. De verordening wordt op 4 mei 2016 in het Publicatieblad van de EU bekendgemaakt, treedt op 24 mei 2016 in werking en zal vanaf 25 mei 2018 gelden.²⁶³

Die uitgestelde gelding wordt noodzakelijk geacht om de lidstaten de gelegenheid te geven om de AVG te implementeren door middel van vaststelling van regelgeving en intrekking van bestaande wetten. In Nederland komt dit tot uiting in de intrekking van de Wbp en de vaststelling van de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (UAVG) en de Aanpassingswet Algemene Verordening Gegevensbescherming. Beide wetten gelden vanaf 25 mei 2018.²⁶⁴

3.4.2. Uitgangspunten en strekking AVG en UAVG

Met deze verordening wordt gekozen voor een eenvormige en gelijkwaardige bescherming van persoonsgegevens en daarmee van het harmoniseren van het gegevensbeschermingsrecht binnen de Europese Unie. Dit gaat gepaard met een versterking en nadere omschrijving van de rechten van betrokkenen en van de verplichtingen van degenen die gegevens verwerken. Om de werking van het beoogde level playing field te versterken worden gelijkwaardige bevoegdheden op het gebied van toezicht en handhaving en vergelijkbare sancties voor overtredingen in alle lidstaten noodzakelijk geacht. Bovendien wordt ter bevordering van de interne markt voorzien in een één-loket-mechanisme. Het één-loketmechanisme houdt in dat organisaties die grensoverschrijdende verwerkingen uitvoeren, nog maar met één privacy

²⁶¹ Kamerstukken II 2014/15, 32 761, nrs. 75, 80.

²⁶² In die tijd is door het Europees Parlement een recordaantal van 3999 amendementen ingediend.

²⁶³ PbEU 2016, L 119.

²⁶⁴ Stb 2018, 145 en Stb 2018, 248.

toezichthouder, de zogenoemde leidende toezichthouder, zaken hoeven te doen. Dat is de toezichthouder van de lidstaat waarin de hoofdvestiging van de organisatie is gevestigd. Daarnaast behelst de verordening een innovatief governance model om de samenwerking tussen toezichthouders vorm te geven door bijvoorbeeld het doen van gezamenlijk onderzoek en te komen tot onderlinge afstemming. De toezichthouders nemen daarvoor zitting in het Comité dat net als WP29 opinies formuleert en bovendien aan geschilbeslechting doet tussen toezichthouders door middel van een coherentie-mechanisme. Dit ter vergroting van de eenduidigheid van onder meer de uitleg van de open en vage normen die ook de AVG kent.

Wat betreft de materiële normen stemt de verordening nagenoeg overeen met de Richtlijn 95/46/EG. Wel geldt dat de verwerkingsverantwoordelijke²⁶⁵ uitdrukkelijk wordt aangewezen als degene die verantwoordelijk is voor de naleving van de beginselen en dat de bewijslast daarvoor in beginsel ook bij hem ligt. De verwerkingsverantwoordelijke dient technische en organisatorische maatregelen te treffen om te kunnen waarborgen en aantonen dat hij aan de AVG voldoet. Daarnaast gelden voor de verwerkingsverantwoordelijke een meer omvangrijke documentatieplicht, een beveiligingsplicht, een meldplicht voor datalekken, een verplichting tot het opstellen van een gegevensbeschermingseffectbeoordeling, indien de verwerking waarschijnlijk een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen, met daaraan onder voorwaarden gekoppeld een voorafgaande raadpleging bij de toezichthouder en dient in enkele categorieën van gevallen een functionaris te worden aangesteld.

²⁶⁵ De nieuwe benaming voor verantwoordelijke.

De bepalingen over privacy by design en privacy by default dienen ertoe dat de verwerkingsverantwoordelijke van het begin af aan overwegingen aangaande gegevensbescherming betreft bij het opstellen van nieuw beleid of het ontwerp van nieuwe systemen, waarbij persoonsgegevens worden verwerkt. Ook stelt de AVG regels over automatische besluitvorming en geeft het een definitie voor pseudonimiseren. Op deze wijze tracht de AVG te voorzien in een technologie onafhankelijke normering.

Naast de reeds bestaande rechten van betrokkenen wordt het recht op vergetelheid gecodificeerd en geldt het recht van dataportabiliteit. De transparantieverplichting van de verwerkingsverantwoordelijke richting betrokkenen wordt in de AVG nadrukkelijk in samenhang gezien met de rechten van die betrokkenen. De toezichthouder wordt bovendien verplicht om in de mate waarin dit gepast is klachten van betrokkenen, waaronder verzoeken om handhaving, te behandelen.

Daar waar de verordening nog ruimte laat voor nationale keuzes, of met het oog op een nadere invulling van regels, wordt door de nationale wetgever uitdrukkelijk gekozen om in de UAVG voort te bouwen op het huidige normenkader uit Richtlijn 95/46/EG en de Wbp. Enerzijds omdat als gevolg van de inwerkingtreding van de verordening op 25 mei 2018 de tijd ontbrak om een geheel nieuw kader te ontwikkelen. Anderzijds om de overgang van de oude naar de nieuwe situatie zo soepel mogelijk te laten verlopen. Hoe kleiner die verschillen zijn, des te vloeiender de overgang naar het nieuwe regime. Bovendien achtte de wetgever het zinvol om eerst een aantal jaren ervaring op te doen met de verordening alvorens ook op die punten waar nog keuzevrijheid bestaat, af te wijken van het bestaande kader.²⁶⁶

Waar echter onder de Wbp een bindende aanwijzing gekoppeld was aan de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, komt dit voorportaal tot boeteoplegging niet terug in de UAVG. De reden daarvoor is dat de toezichthouder op grond van de AVG beschikken over een scala aan bevoegdheden om toezicht te houden op de naleving daarvan en om zo nodig handhavend op te treden. Binnen deze systematiek ziet de wetgever geen ruimte om de toezichthouder te verplichten tot het geven van een bindende aanwijzing voorafgaand aan het opleggen van een bestuurlijke boete.²⁶⁷

²⁶⁶ Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 3.

²⁶⁷ Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4.

3.4.3. Evaluatie AVG

De Europese Commissie dient op grond van artikel 97 van de AVG uiterlijk op 25 mei 2020 een evaluatieverslag aan te bieden aan het Europees Parlement en de Raad over de evaluatie en toetsing van de AVG.²⁶⁸ In dat kader heeft de Minister voor Rechtsbescherming de Tweede Kamer geïnformeerd over de aanpassing van de UAVG en de evaluatie van de AVG.²⁶⁹ Eerder informeerde hij de Tweede Kamer over de eerste ervaringen met de UAVG.²⁷⁰

Het beeld dat uit deze brieven naar voren komt is dat alleen al de komst van de AVG en de UAVG tot een grote toename van aandacht voor de bescherming van persoonsgegevens heeft geleid. De behoefte aan goede voorlichting is groot. Geconstateerd kan worden dat over de hele linie sprake is van achterstallig onderhoud door onbekendheid met het gegevensbeschermingsrecht. Dit leidt er eveneens toe dat er zorgen zijn over de ruimte die er is om persoonsgegevens te mogen verwerken. Ook bestaat er bij verwerkingsverantwoordelijken de behoefte aan meer duidelijkheid of in specifieke gevallen de (U)AVG door hen op toereikende wijze wordt nageleefd. Tot eenzelfde constatering komen meerdere Europese lidstaten ten behoeve van de evaluatie van de AVG.²⁷¹

De minister wijst in zijn brief van 31 oktober 2019 op de verschillende initiatieven die ertoe moeten bijdragen dat in voldoende mate voorlichting plaatsvindt. Zo is de AP in vervolg op haar voorlichtingscampagne in 2018 rond de inwerkingtreding van de AVG de campagne “Wat betekent de privacywet voor jou(w bedrijf)?” gestart, die MKB-ers praktische hulp bij de naleving van de AVG biedt. Tevens wordt gewezen op het webportaal “www.hulpbijprivacy.nl” van de AP. Daarnaast beantwoordt het Kennisdocument Privacy dat door het ministerie van SZW in samenspraak met de betrokken partijen is opgesteld, veel vragen die bij werkgevers leven over privacy-aspecten bij werving en selectie en het in dienst nemen van mensen met een arbeidsbeperking. De AVG-helptdesk Zorg, Welzijn en Sport, biedt voorlichting en ondersteuning aan kleinere verenigingen en organisaties in de sport- en welzijnssectoren, bijvoorbeeld in de vorm van een stappenplannen om aan de AVG te voldoen, en voorbeelddocumenten.

²⁶⁸ De UAVG dient uiterlijk op 25 mei 2021 te zijn geëvalueerd.

²⁶⁹ Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 31 oktober 2019, kenmerk 2706355.

²⁷⁰ Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 1 april 2019, kenmerk 2483711.

²⁷¹ Notitie van het Europees Parlement aan de delegaties van 9 oktober 2019, 12756/1/19 REV 1. Zie ook Independent German Federal and State Data, Protection Supervisory Authorities, ‘Report on Experience Gained in the Implementation of the GDPR’, November 2019.

Ten behoeve van het verkrijgen van duidelijkheid over de naleving wijst de minister op de mogelijkheid voor sectoren om een gedragscode op te stellen die door de AP wordt goedgekeurd en de mogelijkheid van AVG-certificering. Dit laatste heeft in de praktijk nog geen toepassing gevonden. Wanneer een hoog risico kleeft aan een voorgenomen verwerking moet de AP, na het uitvoeren van een gegevensbeschermingseffectbeoordeling, om voorafgaande raadpleging worden verzocht.

De minister acht het niet nodig dat de AP beleidsregels opstelt waarin zij de toepassing van de AVG voor een groot aantal standaardverwerkingen uitwerkt, om op die manier met name voor kleinere verwerkingsverantwoordelijken de rechtszekerheid te vergroten.²⁷² De minister wijst hierbij op de voorlichting die reeds gegeven wordt.

In het licht van de evaluatie van de AVG en voor zover van belang voor deze case study brengt de minister naar voren dat een aantal uitvoeringswetten van lidstaten een extraterritoriale werking heeft²⁷³, waardoor voor internationaal werkende organisaties opnieuw een lappendeken van wetgeving ontstaat. Hetgeen de AVG juist beoogt te voorkomen. Om deze extraterritoriale werking te vermijden, stelt Nederland voor om dit als principe expliciet in de AVG op te nemen.

3.4.4. Evaluatieverslag Europese Commissie

In het evaluatieverslag²⁷⁴ benadrukt de Europese Commissie het belang van de AVG om te komen tot een mensgerichte benadering van technologie. Tevens wordt benadrukt dat de AVG richtinggevend is voor het gebruik van technologie in het licht van de digitale transformatie dat het EU-beleid karakteriseert. In een steeds meer datagedreven economie is de AVG een essentieel instrument om de controle van betrokkenen over hun persoonsgegevens te garanderen. Evenals een rechtmatige en transparante wijze van gegevensverwerking. Daarnaast bevordert de AVG innovatie door middel van een risico gestuurde benadering en de beginselen zoals privacy by design en privacy by default.

²⁷² Motie leden Van Gent en Van Nispen, *Kamerstukken II* 2018/19, 32 761, nr. 143.

²⁷³ Zie bijvoorbeeld artikel 1, vierde lid, Bundesdatenschutzgesetz en artikel 3, tweede lid, Loi à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²⁷⁴ COM(2020) 264 final.

Onderkend wordt dat het ten tijde van de evaluatie nog prematuur was om definitieve conclusies te trekken over de toepassing van de AVG. Met dat in gedachte komt de Europese Commissie tot enkele bevindingen. Daarvan zijn in het licht van het onderzoek de volgende bevindingen van belang.

- **Eén-loketmechanisme**

Dit mechanisme is van groot belang in de interne markt om te kunnen beslissen over grensoverschrijdende zaken. De instrumenten die de AVG daarvoor biedt worden door de toezichthouders onvoldoende ingezet. Het vinden van een gezamenlijke benadering is onderdeel van een voortgaande ontwikkeling om tot een gezamenlijk toezicht te komen, zoals de AVG ook beoogt. Er ontbreekt harmonisatie op dit vlak. In het bijzonder wordt hierbij aandacht gevraagd voor procedurele verschillen op administratief-rechtelijk vlak, waardoor het lastig is om tot een efficiënte aanpak van grensoverschrijdende zaken te komen.

- **Richtsnoeren**

De Europese Commissie benadrukt dat het formuleren van Europese richtsnoeren van groot belang is voor de consistentie van de uitleg en ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht op Europees niveau. Aandacht wordt gevraagd voor de inconsistentie tussen normuitleg door de nationale toezichthouders en de richtsnoeren van het Comité. Ook wordt gevraagd om in de richtsnoeren op meer praktische wijze richting te geven door middel van concrete voorbeelden.

- **Lidstatelijk recht**

Ten behoeve van het functioneren van de interne markt en om onnodige belasting van bedrijven tegen te gaan, is het volgens de Europese Commissie noodzakelijk om nationale regelgeving binnen de kaders van de AVG te brengen en daaraan aan te passen.

- **Rechten betrokkenen**

Ondanks de bekendheid met de AVG en de nationale toezichthouders²⁷⁵ en de groeiende bewustwording ten aanzien van de rechten van betrokkenen en het gebruik van die rechten, is het nodig om de uitoefening van die rechten verder te faciliteren, zodat deze ten volle kunnen worden benut. Zo zal het recht op dataportabiliteit verder tot wasdom moeten komen. Dit zal de innovatie van diensten om dataportabiliteit mogelijk te maken een impuls geven.

²⁷⁵ Uit de Fundamental Right Survey blijkt dat 69% van de Europese bevolking boven de 16 jaar over de AVG gehoord heeft en is 71% van de bevolking bekend met de nationale toezichthouder.

- **Midden- en kleinbedrijf**

De AVG blijkt een uitdaging voor kleine en middelgrote bedrijven. Bezien vanuit een risicogestuurde benadering is er, mede ten behoeve van het functioneren van de interne markt, behoefte aan een gezamenlijke Europese benadering om bedrijven met een vanuit AVG-perspectief laag risicoprofiel praktische instrumenten te bieden om aan de AVG te voldoen. Het gebruik van en het stimuleren van de totstandkoming van gedragscodes wordt in dat kader genoemd.

- **Nieuwe technologieën**

De AVG beoogt technologieën neutraal te zijn. Met gebruikmaking van beginselen zoals privacy by design en privacy by default acht de Europese Commissie de AVG toegesneden op nieuwe technologieën. Dit vergt wel van de toezichthoudende autoriteiten dat deze de kennis bezitten en erop gericht zijn om technologische ontwikkelingen met advies te begeleiden. Daarnaast is effectieve handhaving van de AVG noodzakelijk om het individu te beschermen tegen zaken zoals online advertising en micro-targeting.

- **Territoriale scope**

Om naleving van de AVG te versterken is het van belang dat organisaties van buiten de Europese Unie die actief zijn op de Europese markt en geen vestiging hebben binnen de Europese Unie, op grond van artikel 27 van de AVG een EU-vertegenwoordiger aanwijzen. Dit om daadwerkelijk te komen tot een gelijk speelveld.

3.4.5. Evaluatie van de UAVG

In 2022 werd door prof. dr. Winter en anderen een onderzoek uitgevoerd ter evaluatie van de werking van de UAVG,²⁷⁶ en de naleving en effectiviteit van de meldplicht datalekken en de toepassing en effectiviteit van de bestuurlijke boete. Deze laatste onderdelen werden aan de evaluatie toegevoegd naar aanleiding van de motie van de Kamerleden Schouw en Segers uit 2015 waarin de regering wordt verzocht de Wet meldplicht datalekken en boetebevoegdheid binnen vier jaar na inwerkingtreding te evalueren.²⁷⁷ Hierna zal overigens niet verder worden ingegaan op de meldplicht datalekken, maar zal de focus worden gelegd op de thema's die raken aan het vraagstuk van regelcomplexiteit.

²⁷⁶ H.B. Winter, T.L.-J. Drouen, B.M.A. van Eck, L. Kramer, J.G. Geertsema, J. Cazemier, C.M. Ridderbos-Hovingh, *Bescherming gegeven? Evaluatie UAVG, meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid*, Groningen: Pro Facto 2022.

²⁷⁷ *Kamerstukken II 2015/16*, 33662, nr. 20.

Het onderzoek maakt duidelijk dat de UAVG eigenlijk maar een beperkte betekenis heeft in de dagelijkse praktijk. Duidelijk is in ieder geval dat de wet geen nadere invulling biedt aan de AVG normen. Dat is volgens de onderzoekers wellicht begrijpelijk, gelet op de ontstaansgeschiedenis van de UAVG, de beperkte tijd die voor de totstandkoming beschikbaar was en de keuze voor een 'beleidsneutrale' omzetting van de bestaande normen die destijds is gemaakt. Daarmee is de toegevoegde waarde van de UAVG slechts beperkt.

In de systematiek van het gegevensbeschermingsrecht werd in het samenstel AVG, UAVG en sectorale gedragscodes juist van die gedragscodes een operationalisering van de normen in het gegevensbeschermingsrecht verwacht. Tegen die achtergrond constateren Winter e.a. dat de ontwikkeling van gedragscodes niet van de grond is gekomen. Gedragscodes hebben de potentie de naleving van de AVG-normen te verstevigen door die in concrete situaties voor een bepaalde branche te operationaliseren dan wel door het bieden van keuzeopties waartussen in een concreet geval kan worden gekozen. Er zijn verschillende redenen waarom er niet meer gedragscodes zijn gekomen, maar een belangrijke reden lijkt de eis van een onafhankelijk en effectief toezichtsmechanisme te zijn, dat onderdeel moet zijn van een gedragscode.²⁷⁸

De UAVG voorziet bovendien niet in bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen feitelijk bestuurshandelingen op grond van de (U)AVG. Evenmin bevat de UAVG een bevoegdheid voor de bestuursrechter om te veroordelen tot het vergoeden van schade als gevolg van een onrechtmatige gegevensverwerking door een bestuursorgaan. Dit laatste komt voort uit het fundamentele verschil tussen de bestuursrechtelijke systematiek en het gegevensbeschermingsrecht. In het gegevensbeschermingsrecht gaat het om feitelijke bestuurshandelingen. In het bestuursrecht gaat het om besluiten van bestuursorganen waarmee een eenzijdige rechtshandeling wordt bewerkstelligd. In de uitspraak van 2 februari 2022 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak door het hanteren van een ruime

²⁷⁸ Winter e.a., *Bescherming gegeven? Evaluatie UAVG, meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid*, Groningen: Pro Facto 2022, p. 96-97.

connexiteitseis ruimte geboden²⁷⁹ om een verzoek als bedoeld in artikel 82 AVG overeenkomstig artikel 8:88 Awb aan de bestuursrechter voor te leggen zonder dat betrokkene eerst een beroep heeft gedaan op zijn rechten genoemd in de artikelen 15 tot en met 22 AVG.²⁸⁰

De onderzoeksbevindingen met betrekking tot de boetebevoegdheid wijzen erop dat het instrument nuttig is om het stelsel van het gegevensbeschermingsrecht als het gaat om het toezicht op de naleving goed te laten functioneren. Dat neemt niet weg dat Winter ea kanttekeningen plaatsent bij de wijze waarop de toezichthouder uitvoering geeft aan de boetebevoegdheid.

Wat de onderzoekers opvalt bij de handhaving door de Autoriteit Persoonsgegevens is dat een beleidsregel waarin het toezichts- en handhavingsbeleid is vastgelegd ontbreekt. Voor zover de onderzoekers konden nagaan is geen sprake van kenbaar beleid op dit punt. Op welke wijze de toezichthouder in zijn handelen een escalatiestrategie toepast is daardoor niet duidelijk. In de bestudeerde casusposities die onderdeel uitmaken van de evaluatie leek niet of nauwelijks sprake te zijn van een escalatiestrategie. Daarbij valt het de onderzoekers op dat een dialoog tussen de onder toezicht gestelde en de toezichthouder in een aantal gevallen geheel of vrijwel geheel ontbrak. Het vaststellen van toezichts- en handhavingsbeleid waarin de bestuurlijke boete een plaats krijgt in het escalatiemodel van de AP zou volgens Winter ea veel duidelijkheid scheppen over de wijze van opereren van de toezichthouder. Daarvan is een grotere acceptatie door de onder toezicht gestelden te verwachten van de wijze waarop zij door de toezichthouder worden bejegend. Dat maakt het gedrag van de toezichthouder immers beter voorspelbaar en zorgt daarmee voor meer begrip.²⁸¹

²⁷⁹ Zie in dat kader de eerder zogenoemde 1-april jurisprudentie. De Afdeling bestuursrechtspraak kiest ervoor om artikel 8:88 Awb ruim uit te leggen in die zin dat er voor de bevoegdheid van de bestuursrechter 'minder strikt' wordt vastgehouden aan de eis van een onrechtmatig besluit, omdat wel een verband moet zijn met een besluit als bedoeld in artikel 34 UAVG, maar dit besluit (bijvoorbeeld een verzoek om inzage) niet onrechtmatig hoeft te zijn (ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:957, r.o. 22). Hoewel dit in strijd is met de letter van de wet (dat wil zeggen de Awb), is dit in de context van de AVG-aansprakelijkheid en de UAVG alleszins verdedigbaar. Sterker, het leidt tot een beter stelsel van rechtsbescherming dat recht doet aan de intentie van de wetgever. Ter zijde dient te worden opgemerkt dat de verruiming van artikel 8:88 Awb ziet op de specifieke materie en context en dat de bestuursrechter hier in de regel toch zeer strikt is, aldus R.J.N. Schlössels, JB 2020/104.

²⁸⁰ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:319, r.o. 14.1.

²⁸¹ Winter e.a. 2022, p. 86-87, 130.

3.4.6. Wetsvoorstel verzamelwet gegevensbescherming

Om de UAVG zo soepel mogelijk en gelijktijdig met de inwerkingtreding van de AVG in werking te laten treden, is in Nederland gekozen om niet bovenop de veranderingen die de AVG meebracht nieuwe nationaalrechtelijke regels te introduceren. Wel is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voorgesteld direct na de afronding van het wetsvoorstel te verkennen of er mogelijkheden zijn tot verbetering en verdere modernisering van het gegevensbeschermingsrecht. Naar aanleiding van de behandeling en de constatering dat er binnen de Tweede Kamer nog diverse vragen en wensen leefden, is de motie-Koopmans ingediend en overgenomen. In deze motie werd de regering verzocht de ervaringen met de nieuwe wetgeving binnen een half jaar na inwerkingtreding met de Tweede Kamer te delen, en zo nodig maatregelen te treffen. De Tweede kamer is vervolgens op 1 april 2019 geïnformeerd over de resultaten van de inventarisatie, waarbij vooral uit de punten uit de motie-Koopmans werd ingegaan. Uit de inventarisatie kwam naar voren dat er over de uitleg van de AVG en UAVG veel vragen leefden en er behoefte was aan voorlichting. Ook kwam naar voren dat er zorgen bestonden over de ruimte voor gegevensverwerking. Daarnaast waren er klachten over de toename van administratieve lasten, was er behoefte aan duidelijkheid of men in specifieke gevallen de (U)AVG goed naleefde, en bestond er een knelpunt op het element van de leeftijdsgrens. Verder werd aangegeven dat de Tweede Kamer geïnformeerd zou worden over punten die onder de aandacht waren gebracht en op welke punten een wijziging van de UAVG zal worden voorbereid. De Tweede Kamer is een half jaar later op 31 oktober 2019 geïnformeerd over de punten waarop de UAVG zou moeten worden gewijzigd. Met betrekking tot de onderdelen waarvoor een wijziging in de UAVG wenselijk was, gaf de minister aan dat een wetsvoorstel zou worden opgesteld.²⁸² Dit wetsvoorstel is 1 december 2022 aan de Tweede Kamer gezonden.²⁸³

²⁸² *Kamerstukken II 2022/23, 36 264, nr. 3.*

²⁸³ *Kamerstukken II 2022/23, 36 264, nrs. 1 en 2.*

In dit wetsvoorstel worden, naast wijzigingen van meer technische en verduidelijkende aard, onder meer de hierna volgende wijzigingen voorgesteld.

- De leeftijdsgrens van kinderen, voor zover dat ziet op de rechtsgrondslag toestemming en de uitvoering van de rechten van betrokkenen;
- Het verbod om bijzondere categorieën van persoonsgegevens te verwerken is niet langer van toepassing indien de verwerking noodzakelijk is voor een door een accountant te verrichten bij wettelijk voorschrift voorgeschreven opdracht. In het verlengde hiervan wordt geregeld dat onder meer ook toezichthouders van de AFM en de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) bijzondere categorieën van persoonsgegevens mogen verwerken, voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van hun taken.
- In de regeling van de uitzondering op het verbod om biometrische gegevens te verwerken met het oog op de unieke identificatie van een persoon, indien de verwerking noodzakelijk is voor authenticatie of beveiligingsdoeleinden, is onder meer de doelbeperking expliciet gemaakt, namelijk de rechtmatige toegang tot bepaalde plaatsen, gebouwen, diensten, producten, informatiesystemen of werkprocessystemen.
- Er wordt een regeling opgenomen om de overdracht van medische dossiers door hulpverleners en niet hulpverleners te verduidelijken.
- De in artikel 45 UAVG geregelde uitzondering voor archiefbewaarplaatsen om rechten van betrokkenen te moeten honoreren als het recht op correctie of het recht op vernietiging gaat ook gelden voor andere voor het publiek toegankelijke instellingen die archieven van blijvende waarde voor het algemeen en historisch belang beheren en die geen winstoogmerk hebben.
- Voor het geval dat een tijdelijke onafhankelijke commissie of een eenmalig adviescollege wordt ingesteld, met als opdracht om voortvarend onderzoek te doen naar een specifiek en afgebakend onderwerp van aanmerkelijk maatschappelijk belang waarbij persoonsgegevens moeten worden verwerkt, wordt in de UAVG bepaald dat in de ministeriële regeling ter instelling van deze commissie of dit adviescollege tevens een aantal onderwerpen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens regelt.
- In de Faillissementswet wordt verduidelijkt dat de curator bij de uitoefening van zijn wettelijke taken persoonsgegevens, waaronder bijzondere categorieën van persoonsgegevens, persoonsgegevens van strafrechtelijke aard en identificerende nummers, als bedoeld in de UAVG en AVG rechtmatig kan verwerken.

4. Factoren die het gegevensbeschermingsrecht compliceren

4.1 Inleiding

In het voorgaand hoofdstuk is de ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht in Nederland uiteengezet. De evaluaties van de Wpr en de Wbp zijn geanalyseerd vanuit de kenmerken die raken aan wat het gegevensbeschermingsrecht complex maakt. Tevens is ingegaan op een eerste analyse van de toepassing van de (U)AVG en de eerste evaluatie daarvan door de Europese Commissie, de evaluatie van de UAVG en het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de eerste deelvraag: welke factoren hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht. Dit zal primair worden gezien vanuit het oogpunt van de verwerkingsverantwoordelijke, nu de normen uit het gegevensbeschermingsrecht primair op hem van toepassing zijn.

Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, is gekozen om de term regelcomplexiteit niet te definiëren maar om kenmerken van regelcomplexiteit, die zich in de praktijk openbaren, te benoemen. Aan de hand van de in dat hoofdstuk beschreven kenmerken, wordt nagegaan in hoeverre regelcomplexiteit zich binnen het gegevensbeschermingsrecht voordoet en welke kenmerken daarbij op de voorgrond treden. De vraagstelling zal worden gezien vanuit de gelaagdheid van regelgeving, de concentratie van bevoegdheden, interdependentie en de toepassing van regelgeving in relatie tot technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.

Gezien de ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht en de wijze waarop het stelsel van regelgeving is ingericht, spelen de andere geïdentificeerde kenmerken van regelcomplexiteit geen rol binnen het gegevensbeschermingsrecht.

Zo is een toename van het aantal regels die tegelijk op een concreet geval van toepassing zijn en interferentie niet kenmerkend voor het stelsel van grondslagen en beginselen dat het gegevensbeschermingsrecht kenschetst en is eerder sprake van gelaagdheid van regelgeving.

Naast de toezichthoudende autoriteit zijn geen andere bestuursorganen als uitvoeringsorganisatie bij de uitvoering van de AVG betrokken, zodat betrokkenheid van verschillende bestuursorganen bij de uitvoering van regelgeving zich als kenmerk niet voordoet.

Zoals in hoofdstuk 3 is geschetst, heeft zich binnen het gegevensbeschermingsrecht en met name voor de komst van de AVG geen snelle verandering van regelgeving en rechtsontwikkeling voorgedaan. Ook kenmerkt het stelsel van open en vage normen zich niet door een hoge mate van gedetailleerdheid van regelgeving.

4.2 Gelaagde Regelgeving

4.2.1 Inleiding

Sinds de totstandkoming van de Wpr heeft een graduele verschuiving plaatsgevonden in de bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Europese Unie; de bescherming van het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens wordt daarbij hoofdzakelijk geregeld en bepaald op EU-niveau. De bewegingsruimte van de lidstaten is hierdoor geleidelijk beperkt. De betekenis van de in artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet voorziene rol van de nationale wetgever is daarmee afgenomen.²⁸⁴ De centrale rol van de nationale wetgever heeft plaats gemaakt voor een hoofdrol voor de Europese regelgever.

Deze ontwikkeling valt samen met het besef dat door de voortschrijdende technische ontwikkelingen en de grootschalige wijze waarop persoonsgegevens worden gedeeld over de landsgrenzen heen het noodzakelijk is om een geharmoniseerd pakket basisregels in te voeren, om gezien vanuit het bredere perspectief van de bescherming van grondrechten een consistent en hoog beschermingsniveau te bieden en de belemmeringen voor het vrij verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie op te heffen. Met de AVG als (voorlopig) sluitstuk.

Bijzonder aan deze verordening is dat op onderdelen relatief veel ruimte is gelaten aan de nationale wetgever voor afwijkingen of aanvullingen, waaronder beperkingen, in de nationale wetgeving. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de mogelijkheid om af te wijken van het algemene verbod op de verwerking van bijzondere categorieën persoonsgegevens, beperkingen van onder andere de rechten van betrokkene en een aantal aangelegenheden waar over geen consensus bestond. Te denken valt daarbij aan de verwerking van het nationaal identificatienummer, verwerkingen binnen de arbeidsverhoudingen en verwerkingen ten behoeve van wetenschappelijk of historisch onderzoek

²⁸⁴ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 10 oktober 2017, W03.17.0166/II.

of statistische doeleinden en archivering in het algemeen belang. Ook zullen de rechtsgrondslagen voor verwerking van persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor het vervullen van een publieke taak, of voor verwerkingen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan een wettelijke verplichting, in beginsel gegeven zijn in specifieke wetgeving.

De gelaagdheid van deze regelgeving laat zich als volgt samenvatten:

- a. de verordening is de hoofdregel, waarvan de materiële verplichtingen, inclusief een aantal rechtsgrondslagen voor gegevensverwerking, rechtstreeks gelden.
- b. In het nationale recht zijn de algemene regels voor de uitvoering van de verordening neergelegd in de UAVG, waaronder de algemene regels inzake afwijkingen en uitzonderingen op grond van lidstatelijk recht.
- c. In sectorspecifieke wetten kunnen de concrete rechtsgrondslagen voor verwerking van persoonsgegevens en bijzondere categorieën van persoonsgegevens worden opgenomen. Dit geldt ook voor sector-specifieke uitzonderingen en afwijkingen.²⁸⁵

4.2.2. Uitwerking gelaagdheid

Een verwerkingsverantwoordelijke, waarop sectorspecifieke regelgeving van toepassing is, dient zich ervan bewust te zijn dat naast die regelgeving ook telkens getoetst moet worden of ook aan de algemene bepalingen van de AVG wordt voldaan. In aanmerking moet daarbij worden genomen dat de verwerkingsverantwoordelijke op grond van de verantwoordingsplicht uit de AVG moet kunnen aantonen dat deze in overeenstemming handelt met de verordening en in het verlengde daarvan met de sectorspecifieke regelgeving. Een complicatie daarbij is dat dit in sommige gevallen een interpretatieslag vraagt doordat stelsels en begrippenkaders naast elkaar en door elkaar heen bewegen of dat de verwerkingsverantwoordelijke geconfronteerd wordt met een opeenstapeling van regelgeving die in acht genomen moet worden bij de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens. In een enkel geval doet zich de situatie voor dat de sectorale wetgeving nog niet in lijn is gebracht met de AVG.²⁸⁶

Als voorbeeld van gelaagde regelgeving geldt de zorg, waarin de WGBO regels stelt over de geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de patiënt en zorgverlener. Het gaat hierbij om bepalingen inzake de voorlichting,

²⁸⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 3.

²⁸⁶ COM(2020) 264 final.

dossiervorming, bewaartermijnen, geheimhoudingsplicht en het beschikbaar stellen van gegevens voor wetenschappelijk en statistisch onderzoek. De WBGO ziet in de praktijk meestal op een keten van zorgverleners die rechtstreeks bij de behandeling betrokken zijn. Om te weten welke verplichtingen uit de AVG op wie van toepassing zijn, dient in het stelsel en begrippenkader van de WGBO nagegaan te worden wie binnen een keten welke AVG-rol (verwerkingsverantwoordelijke of (sub)verwerker) vervult. Vervolgens geldt voor Academische ziekenhuizen aanvullend op de WGBO voor het bepalen van de bewaartermijnen ook de Archiefwet.

De Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg stelt vervolgens in aanvulling op de AVG regels aan de zorgaanbieder over het beschikbaar stellen van informatie over een cliënt door middel van een elektronisch uitwisselingssysteem en benoemt de eisen wanneer beschikbaar stellen is toegestaan (eisen over toestemming, binnen de behandelrelatie of bij spoed, en de rechten van de cliënt omtrent inzage en afschriften) en wie toegang heeft. De Wet Elektronische gegevensuitwisseling in de zorg verplicht zorgaanbieders om gegevens, als randvoorwaarde voor het leveren van goede zorg, ten minste elektronisch uit te wisselen. Het voorstel maakt het mogelijk om per gegevensuitwisseling eisen aan taal en techniek te stellen om een efficiënte elektronische gegevensuitwisseling tussen zorgaanbieders mogelijk te maken.

4.2.3. Extraterritoriale werking

Wanneer een verwerkingsverantwoordelijke in meerdere landen binnen de EU actief is, is deze aangewezen op een goede werking van de interne markt zonder daarin te worden belemmerd. De verwerkingsverantwoordelijke is daarbij afhankelijk van het level playing field dat de AVG beoogt te creëren. Belangrijk daarbij is dat de werking van de te onderscheiden uitvoeringswetten er niet toe leidt dat opnieuw een lappendeken van wetten ontstaat, zoals ten tijde van de Richtlijn 95/46/EG.

Als hoofdregel geldt dat het recht van de lidstaat waar de hoofdvestiging van de verwerkingsverantwoordelijke is gelegen leidend is en daarmee de nationale beperkingen en uitzonderingen van toepassing zijn. Dit houdt in dat wanneer een verwerkingsverantwoordelijke in Nederland gevestigd is en deze (bijzondere) persoonsgegevens verwerkt van betrokkenen die woonachtig zijn in een andere lidstaat dat wat betreft de desbetreffende beperkingen en uitzonderingen het uitgangspunt is dat het Nederlands recht van toepassing is.

Eerder is gewezen op de extraterritoriale werking van enkele uitvoeringswetten, zoals de Duitse en Franse uitvoeringswet. Zo bepaalt de Bundesdatenschutzgesetz dat de wet van toepassing is op private organisaties die persoonsgegevens verwerken in Duitsland ongeacht de vestigingsplaats van de verwerkingsverantwoordelijke. Ingevolge de Loi à l'informatique, aux fichiers et aux libertés is deze uitvoeringswetgeving van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens wanneer de betrokkene in Frankrijk woont. Dit geldt ook in het geval de gegevensbeheerder *niet* in Frankrijk gevestigd is behoudens de verwerkingen voor journalistieke doeleinden en academische, artistieke en literaire uitdrukingsvormen.

Dat leidt ertoe dat wanneer een in Nederland gevestigde verwerkingsverantwoordelijke gezondheidsgegevens verwerkt van personen in Nederland en Duitsland de verwerkingsverantwoordelijke niet alleen in overeenstemming dient te handelen met de UAVG en de sectorspecifieke regelgeving maar, in afwijking van de voorgestane systematiek van de AVG, ook dient te voldoen aan de Duitse uitvoeringswetgeving. Deze doorwerking van uitvoeringswetten heeft tot gevolg dat in deze casus de Nederlandse toezichthouder naar aanleiding van een klacht van een Duitse burger ook de Duitse uitvoeringswetgeving bij de beoordeling van de casuspositie moet betrekken. Voor deze problematiek vraagt ook de Europese Commissie aandacht in haar evaluatieverslag.

Overigens kan de Duitse burger in de geschetste casuspositie een klacht indienen bij de eigen toezichthouder. Deze zet de klacht door naar de Autoriteit Persoonsgegevens. De Nederlandse toezichthouder bepaalt de afdoening van de klacht. De betrokken Duitse toezichthouder wordt over de uitkomst geïnformeerd en stelt de betrokkene van de beslissing op de hoogte. Bij een negatieve beslissing kan daartegen conform het Duitse recht rechtsmiddelen worden aangewend. Indien tot handhaving wordt overgegaan en de betrokkene vindt dat de sanctie niet verstrekkend genoeg is, dan dient de Duitse burger in Nederland rechtsmiddelen aan te wenden.

4.2.4. Gegevensverwerking binnen het Koninkrijk

Binnen het Koninkrijk vindt de verwerkingsverantwoordelijke (of deze nu actief is in het private of publieke domein) bij de verwerking van persoonsgegevens sinds de komst van de AVG een complex aan regels en afwijkende normenkaders op zijn weg. Binnen het Koninkrijk zijn, voor zover hier van belang, zes wettelijke regelingen van toepassing.

Naast de AVG en de UAVG die enkel gelden voor het Europese deel van het Koninkrijk²⁸⁷ beschikken de landen van Caribisch Nederland over een eigen landsverordening (Aruba: Landsverordening persoonsregistratie; Sint Maarten: Landsverordening bescherming persoonsgegevens; Curaçao: Landsverordening bescherming persoonsgegevens). Daarnaast geldt voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba de Wet bescherming persoonsgegevens BES.

Doordat de AVG niet op het Caribisch deel van het Koninkrijk van toepassing is, is onder de AVG dat deel van het Koninkrijk een 'derde land'.²⁸⁸ De AVG eist voor de doorgifte van persoonsgegevens naar 'derde landen' dat aldaar sprake moet zijn van een 'passend beschermingsniveau'.

De regelingen van Europees Nederland, Caribisch Nederland en de Caribische landen lopen uiteen. Zeker ook wat betreft het beoogde beschermingsniveau. Het toezicht wordt wisselend uitgevoerd. Afgezien van de BES beschikken Aruba, Curaçao en Sint Maarten niet over een toezichthoudend orgaan. Daarmee is het uitwisselen van persoonsgegevens tussen de delen van het Koninkrijk niet zonder meer toegestaan, terwijl uitwisseling van gegevens tussen de landen en openbaar lichamen op grote schaal nodig is voor de uitvoering van publieke taken. Door de invoering van de AVG is het beschermingsniveau in het Europees deel van het Koninkrijk verhoogd. Er kan niet zonder meer verondersteld worden dat het beschermingsniveau in het Caribische deel van het Koninkrijk voldoende passend is voor het verkrijgen van een adequaatheidsbeslissing of een andere juridische grondslag als passende waarborg voor de doorgifte met AVGlanden, waaronder het Europees deel van het Koninkrijk. Dit sluit aan bij uitkomsten van de evaluatie van de Wet bescherming persoonsgegevens BES.²⁸⁹

4.2.5. Deelconclusie

De systematiek van de AVG biedt de mogelijkheid om op onderdelen als lidstaat nadere regels te stellen. Deze gelaagdheid van regelgeving kan ertoe leiden dat wettelijke regimes en systemen over elkaar heen schuiven. Dit maakt het gegevensbeschermingsrecht in zoverre complex. Dit doet zich

²⁸⁷ Er geldt geen Europeesrechtelijke verplichting om de AVG in het Caribische deel van het Koninkrijk der Nederlanden in te voeren, omdat de eilanden een LGO-status hebben in de zin van artikel 355, tweede lid, VWEU (LGO staat voor 'Landen en Gebieden Overzee') en geen 'Ultraperifeer Gebied' (UPG) zijn (*Kamerstukken II 2007/2008, 31200 IV, nr. 56*).

²⁸⁸ Artikel 44 van de AVG.

²⁸⁹ *Kamerstukken II 2019/20, 32761, nr. 154*.

onder meer voor op het niveau van sectorale regelgeving doordat stelsels en begrippenkaders naast elkaar en door elkaar heen bewegen of dat de verwerkingsverantwoordelijke geconfronteerd wordt met een opeenstapeling van regelgeving die in acht genomen moet worden bij de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens. Daarnaast ontstaat door de extraterritoriale werking van enkele nationale uitvoeringswetten een lappendeken aan regelgeving. Iets wat de AVG uit het oogpunt van harmonisatie nu juist beoogt tegen te gaan. Ook binnen het Koninkrijk is met de komst van de AVG de complexiteit van de gelaagdheid van regelgeving toegenomen doordat de AVG slechts op het Europees deel van het Koninkrijk van toepassing is en het Caribisch deel als 'derde land' wordt aangemerkt.

4.3 Verschuiving van bevoegdheden

4.3.1. Inleiding

Met de komst van de AVG heeft binnen het gegevensbeschermingsrecht een verschuiving van overheidsbevoegdheden plaatsgevonden. De concretisering van de normen en de handhaving daarvan zijn in één hand komen te liggen, namelijk die van de door de lidstaat aangewezen nationale toezichhouders met het Comité als overkoepelend orgaan daarboven.

Een bundeling van deze taken biedt voordelen. Op deze wijze kan voortvarend ingesprongen worden op technische en maatschappelijke ontwikkelingen die zich voordoen en kunnen deze ontwikkelingen geduid worden in het licht van de AVG. Bovendien kan handhaving in een concreet geval binnen een bepaalde sector eenvoudig worden doorvertaald naar sectorbrede nadere uitleg hoe met een bepaalde norm dient te worden omgegaan in de praktijk. Daarnaast kunnen richtsnoeren naar aanleiding van ontwikkelingen in de jurisprudentie snel worden geactualiseerd en in het kader van de handhaving worden betrokken.

De bundeling van taken brengt ook uitdagingen met zich mee gelet op de wijze waarop richtsnoeren tot stand komen, maar ook als gaat om de kenbaarheid van de normuitleg.

4.3.2. Democratische legitimatie

De bundeling van concretisering van normen en handhaving daarvan bij één overheidsorgaan sluit aan bij een reeds ten tijde van de Wbp ingezette ontwikkeling dat door de nationale wetgever zelf geen uitleg werd gegeven van begrippen en normen uit de Richtlijn 95/46/EG.²⁹⁰ De invulling daarvan werd reeds overgelaten aan de nationale toezichthouder, WP29, de rechter en uiteindelijk aan het HvJEU. Voor zover het Cbp gedurende de periode van 1 januari 2016 tot en met 25 mei 2018 uit het oogpunt van checks and balances ingevolge artikel 67 van de Wbp ministeriële goedkeuring diende te verkrijgen voorafgaand aan het vaststellen van een beleidsregel omtrent de beboetbare bepalingen, heeft het Cbp éénmaal deze procedure doorlopen.²⁹¹ Dat is te verklaren doordat de gezamenlijke toezichthouders in WP29-verband vanaf mei 2016 ter voorbereiding van de AVG zich gingen richten op de uitleg van de daarin opgenomen begrippen en normen door middel van het publiceren van richtsnoeren.²⁹²

Het Comité draagt ingevolge artikel 70 van de AVG zorg voor de consequente toepassing van de verordening. Daartoe vaardigt het Comité onder meer richtsnoeren uit. Dit doet het Comité ambtshalve dan wel op verzoek van de Europese Commissie. Deze richtsnoeren zijn aan te merken als Europese administratieve soft law.²⁹³

Hoewel de rechtspraak van het HvJEU op grond van artikel 19, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie de enige gezaghebbende interpretatiebron van Unierecht is, bevredigt die interpretatie(bevoegdheid) niet de behoeften van de dagelijkse wetgevings-, administratieve- en rechterlijke praktijk. Het doel van soft law is het bieden van transparantie, rechtszekerheid en rechtseenheid in de uitleg van Europese 'hard law' in de lidstaten. Dit draagt

²⁹⁰ In de memorie van toelichting op de UAVG wordt dan ook geen definitieve uitleg gegeven over de precieze betekenis van de normen van de verordening. Het is volgens de wetgever aan de Autoriteit persoonsgegevens die, als toezichthoudende autoriteit, hierover helderheid dient verschaffen. In de toelichting op de artikelen, die zien op bijzondere categorieën van persoonsgegevens, heeft de wetgever overigens wel de ruimte genomen om uitleg te bieden door aansluiting te zoeken bij de memorie van toelichting van de Wbp aangevuld met actuele ontwikkelingen op dat vlak.

²⁹¹ College bescherming persoonsgegevens, 'Beleidsregels machtigingsvereiste' van 17 december 2016, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0038875/2016-12-17>. Begin 2016 werden ook twee andere beleidsregels (de beleidsregels 'Cameratoezicht' en 'Zieke werknemer') gepubliceerd. Bij de totstandkoming van deze beleidsregels is de hierboven genoemde procedure niet gevolgd.

²⁹² Autoriteit Persoonsgegevens, Jaarverslag 2016, p. 37-39.

²⁹³ Onder soft law wordt verstaan: gedragsregels die worden vastgelegd in instrumenten waaraan als zodanig geen verbindende kracht is toegekend, maar die desalniettemin bepaalde (indirecte) juridische effecten kunnen hebben in de praktijk.

bij aan een correcte en uniforme implementatie van het Unierecht in de lidstaten. De rechtspraak van het HvJEU, op zichzelf genomen, is daar maar beperkt toe in staat omdat het enkel een retrospectieve interpretatie van Unierecht kan geven, vaak na een lange gerechtelijke procedure. Daarbij is interpretatie door het HvJEU afhankelijk van een omvang van het geding voor een nationale rechter.²⁹⁴

Daar waar rechtspraak voorhanden is, is dat niet altijd een toegankelijke informatiebron die verwerkingsverantwoordelijken in staat stelt om het recht op een consistente en coherente wijze toe te passen. Gegeven de complexiteit van de rechtspraak en de veelal stapsgewijze ontwikkeling ervan, zijn de precieze implicaties en praktische gevolgen van de jurisprudentie niet op voorhand evident en de strekking en uitleg van Europese wetgeving en rechtspraak spreken dan ook niet altijd voor zich. De op uitvoering gerichte vertaling daarvan door het Comité in veelal interpretatieve soft law levert een bijdrage aan een grotere transparantie en adequate en uniforme toepassing van de normen uit de AVG in de lidstaten.

Een nadeel van door het Comité opgestelde en uitgevaardigde soft law is dat de totstandkoming buiten de gebruikelijke democratische besluitvormingsprocedures plaatsvindt. De desbetreffende richtsnoeren missen derhalve democratische legitimatie ook al komen deze na consultatie van belanghebbenden tot stand.²⁹⁵

De totstandkoming van 'soft law' door het Comité verdiende volgens de Raad, het Europees Parlement, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, vele nationale toezichthouders en vele nationale parlementen, waaronder ook beide Kamers der Staten-Generaal, de voorkeur boven de vaststelling van gedelegeerde regelgeving door de Commissie.²⁹⁶ Deze keuze wringt omdat deze strikt genomen juridisch niet bindende richtsnoeren in hoge mate de inhoud van de te handhaven normen bepalen maar ook een doorwerking hebben op vele aspecten van het maatschappelijk leven.

Dit indirecte juridische effect vergt dat de nationale rechter zich duidelijker uitsprekt over de reden waarom en de mate waarin hij zich gebonden acht aan die richtsnoeren.

²⁹⁴ L.A.J. Senden en J. Luyendijk, *De gelaagde doorwerking van Europees administratieve soft law in de nationale rechtsorde*, Preadvies NVER, SEW 2011/7, p. 318.

²⁹⁵ Senden en Luyendijk 2011, p. 313, 319.

²⁹⁶ *Kamerstukken II 2017/2018*, 34 851, nr. 3.

De nationale rechter is gehouden de richtsnoeren als een interpretatiemiddel in acht te nemen. Afwijking daarvan is dus mogelijk, mits gemotiveerd en zo nodig, na het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU. Dit uitgangspunt zou in de nationale jurisprudentie nadrukkelijk tot uitdrukking dienen te komen ook vanuit een oogpunt van rechtszekerheid. Het blijkt geven van een kritische beoordeling van de richtsnoeren alvorens deze te volgen en waar nodig een prejudiciële procedure te doorlopen, vergroot de rechtszekerheid voor betrokken partijen, zoals verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen en het verkleint de risico's op het doen van uitspraken, die achteraf mogelijk in strijd zijn met de door het HvJEU of het Gerecht gegeven uitleg aan de normen uit de AVG.²⁹⁷

4.3.3. Kenbaarheid normuitleg

Uit het oogpunt van rechtszekerheid is het van belang dat de richtsnoeren van het Comité voldoende kenbaar zijn voor betrokken partijen, maar ook dat de normuitleg die de nationale toezichthouder zelf verschaft in lijn is met de richtsnoeren van het Comité en de consistentie daarvan actief wordt bewaakt.

De kenbaarheid van de normuitleg doet zich voor op twee niveaus. Allereerst dienen de nationale toezichthouders te voorzien in een generieke uitleg van het stelsel van de AVG en de uitleg die wordt gegeven aan de open normen. Dit kan worden gedaan door richtsnoeren op de eigen website te publiceren, maar ook door aan de hand van veelvoorkomende vragen en praktische voorbeelden de normuitleg voor verwerkingsverantwoordelijken en burgers toegankelijk en herkenbaar te maken. Dit leidt er niet alleen toe dat het norm-conform handelen wordt vergroot, maar ook dat het draagvlak en daarmee de acceptatie van de norm wordt vergroot. Dit vergt van de nationale toezichthouders, gezien de wijze waarop richtsnoeren tot stand komen, een proactieve houding bij het geven van voorlichting, waarbij niet alleen de website goed toegankelijk is, maar ook sectoren actief worden benaderd over de gevolgen van de gekozen normuitleg. Daarbij dienen de toezichthouders niet alleen oog te hebben voor de complexe gegevensverwerkingen, maar ook voor organisaties met een laag risico door de uitleg, mede met oog op de interne markt, door de normuitleg eenduidig en behapbaar te maken.

²⁹⁷ Senden en Luyendijk 2011, p. 347.

De kenbaarheid van normuitleg is niet alleen van belang voor verwerkingsverantwoordelijken, maar ook voor betrokkenen. Ook zullen verwerkingsverantwoordelijken de relevante wet- en regelgeving eerder naleven. Ten eerste omdat zij bij een kenbare normuitleg beter begrijpen hoe zij persoonsgegevens op een rechtmatige wijze kunnen verwerken. Ten tweede omdat een kenbare normuitleg in belangrijke mate bedraagt aan de bredere naleving van de AVG, waaronder de rechten van betrokkenen wiens persoonsgegevens zij verwerken. Betrokkenen zullen – mits ook goed geïnformeerd over de verwerking van hun persoonsgegevens²⁹⁸ – immers beter kunnen inschatten of de verwerkingsverantwoordelijke wel of niet in overeenstemming met de AVG handelt. Hierdoor zijn betrokkenen eerder in staat te acteren op niet-naleving. Bijvoorbeeld door een verwerkingsverantwoordelijke onder verwijzing naar normuitleg aan te spreken, ‘rechten van betrokkenen’ (zoals recht op verwijdering, rectificatie of bezwaar) uit te oefenen en/of een klacht in te dienen bij de AP dan wel zich rechtstreeks tot de rechter te wenden. Zodoende draagt de kenbaarheid van normuitleg zowel bij aan een sterkere positie van betrokkenen als aan naleving door verwerkingsverantwoordelijken.

Daarnaast is het voor verwerkingsverantwoordelijken van belang dat de toezichthouder in het kader van de handhaving in een concreet geval zich ervan vergewist of de invulling van de norm in de specifieke casus redelijkerwijs duidelijk, voorzienbaar en transparant is. Dit betreft telkens een afweging op dat vlak voorafgaande aan de beslissing of al dan niet handhavend wordt opgetreden. Waar de Wbp voorzag in een beginselplicht²⁹⁹ voor de toezichthouder om een bindende aanwijzing te geven als voorwaarde om een bestuurlijke boete te kunnen opleggen, kent de AVG een dergelijke randvoorwaardelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen niet.

Dit betekent echter niet dat toezichthoudende autoriteiten zich niet bewust zijn van hun verantwoordelijkheid in deze. In de WP29-opinie WP253 wordt,

²⁹⁸ Op de verwerkingsverantwoordelijke rust een transparantieverplichting jegens betrokkene (artikel 12 tot en met 14 van de AVG) op het moment dat hij diens persoonsgegevens verzamelt. Daarnaast is het ‘recht op inzage’ (artikel 15 van de AVG) een van de rechten die betrokkene bij de verwerkingsverantwoordelijke kan uitoefenen om na te gaan of, en zo ja welke, persoonsgegevens van hem worden verwerkt en of dit op rechtmatige wijze plaatsvindt. Voormelde artikelen komen voort uit het meer algemene beginsel van transparantie dat is opgenomen in artikel 5, eerste lid, onder a, van de AVG.

²⁹⁹ In artikel 66, derde lid, van de Wbp was bepaald dat – kort weergegeven – het Cbp geen bestuurlijke boete oplegt wegens overtreding van het bij of krachtens het bepaalde in artikel 66, tweede lid genoemde artikelen, dan nadat het een bindende aanwijzing heeft gegeven. In het vierde lid is bepaald dat het derde lid niet van toepassing is indien de overtreding opzettelijk is gepleegd of het gevolg is van ernstige verwijtbare nalatigheid.

zij het op hoofdlijnen, richting gegeven aan de toepassing en vaststelling van administratieve geldboetes onder de AVG.³⁰⁰

Het opleggen van een administratieve geldboete wordt in deze opinie gezien als een belangrijk instrument dat de toezichthoudende autoriteiten in passende omstandigheden moeten gebruiken. Deze autoriteiten worden aangemoedigd om bij het gebruik van corrigerende maatregelen een weloverwogen en evenwichtige aanpak te hanteren teneinde zowel een doeltreffende en afschrikkende als een evenredige reactie op de inbreuk te bewerkstelligen. Het gaat er niet om de geldboete als laatste redmiddel aan te merken, noch om ervoor terug te deinzen een geldboete op te leggen, maar wel om deze niet zodanig te gebruiken dat de doeltreffendheid als instrument wordt aangetast. Bij het bepalen of een administratieve geldboete wordt opgelegd dienen toezichthoudende autoriteiten alle feiten van het geval op een consistente en objectief gerechtvaardigde wijze te beoordelen.³⁰¹

Of de toezichthoudende autoriteiten de eerdergenoemde beoordeling op consistente en objectief gerechtvaardigde wijze uitvoeren, kan door de rechter en in het kader van de geschilbeslechting tussen de autoriteiten achteraf door het Comité worden beoordeeld en uiteindelijk door het HvJEU in de daar voorliggende casuspositie.

Met het oog op de kenbaarheid van de invulling van de open normen in het concrete geval dient het voor de verwerkingsverantwoordelijke niet alleen voorspelbaar te zijn hoe de normuitleg in het concrete geval uitwerkt, maar ook welke termijn gegund wordt om normconform te handelen voordat tot handhaving wordt overgegaan en of in dat geval een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Daarbij speelt een belangrijke rol dat het toezichtsveld divers is en het gegevensbeschermingsrecht alle maatschappelijke terreinen raakt met een grote diversiteit in de mate van aanwezige kennis over de AVG en de wendbaarheid om snel te kunnen acteren wanneer zich wijzigingen in de normuitleg voordoen.

³⁰⁰ De AP heeft aanleiding gezien om beleid vast te stellen inzake de invulling van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete onder de AVG en UAVG. Meer specifiek heeft dit beleid – Boetebeleidsregels Autoriteit Persoonsgegevens 2019 – betrekking op het bepalen van de hoogte van een boete, omwille van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Het Comité heeft in mei 2022 de Guidelines 04/2022 'on the calculation of administrative fines under the GDPR' in consultatie gedaan, waarmee het Comité invulling heeft aan de gemeenschappelijke uitgangspunten voor de berekening van de boetehoogtes. Deze zijn tot op heden niet vastgesteld.

³⁰¹ WP29, WP253: "Richt snoeren voor de toepassing en vaststelling van administratieve geldboeten in de zin van Verordening (EU) 2016/679"; 3 oktober 2017, p. 6-8.

Het vorenstaande kan in de praktijk leiden tot complicaties. Wanneer de toezichthouder uitleg geeft aan bepaalde normen in de context van één specifieke verwerking van persoonsgegevens door één bepaald type verwerkingsverantwoordelijke, kan de toezichthouder niet zonder meer volstaan met het weergeven van de normuitleg in dat concrete geval. Een dergelijke invulling van normen kan voor verwerkingsverantwoordelijken betekenen dat producten dienen te worden aangepast of diensten niet meer mogen worden geleverd. Het is voor verwerkingsverantwoordelijken van belang dat een dergelijke uitleg ter toetsing aan de rechter kan worden voorgelegd. De toezichthouder dient bij het kenbaar maken van een normuitleg aan te geven welke termijn wordt gegund om producten of diensten aan te passen. Na die termijn dient de toezichthouder op gepaste wijze tot onderzoek en handhaving over te gaan. Tegen het handhavingsbesluit kunnen rechtsmiddelen worden aangewend.

Ter illustratie kan gewezen worden op het normenkader rondom digitale billboards van de AP van 25 juni 2018, waarin kenbaar werd gemaakt dat voor de verwerking van persoonsgegevens via camera's in digitale billboards vrijwel alleen een geslaagd beroep kon worden gedaan op de grondslag van toestemming, als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onder a, van de AVG.³⁰² Deze normuitleg was tevens een waarschuwing in de zin van artikel 58, tweede lid, onder a, van de AVG. Een dergelijke waarschuwing is een niet op rechtsgevolg gerichte corrigerende maatregel. Het bezwaar van een leverancier tegen deze normuitleg werd om deze reden nietontvankelijk verklaard. Het beroep bij de bestuursrechter werd vervolgens ongegrond verklaard.³⁰³ De verwerkingsverantwoordelijken die dit product aanboden konden dus geen rechtsmiddelen aanwenden tegen deze normuitleg, terwijl de impact daarvan voor hen groot was. Het gevolg van deze uitleg is immers dat het product niet meer wordt geleverd en dat de camera's in de reeds geleverde billboards moesten worden uitgezet. De AP is, voor zover bekend, tot op heden nimmer tot handhaving overgegaan, waardoor de normuitleg nog steeds niet ter inhoudelijke toetsing aan de rechter kan worden voorgelegd. Dit komt de rechtszekerheid die aan deze normuitleg kan worden ontleend niet ten goede. Een vergelijkbare wijze van handelen door de toezichthouder deed zich voor wat betreft het normenkader over cookiewalls van 7 maart 2019.³⁰⁴

³⁰² www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/brief_branche_normkader_digitale_billboards.pdf.

³⁰³ Rb. Amsterdam 16 juli 2019, AMS 18/7038 (niet gepubliceerd).

³⁰⁴ www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_ap_cookieswalls.pdf.

Op 1 november 2019 gaf de AP inzicht in de wijze waarop zij invulling geeft aan de grondslag gerechtvaardigd belang³⁰⁵. Een uitleg die zeker voor het commercieel gebruik strikter is dan de opinie van WP29 uit 2014,³⁰⁶ omdat een verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van een louter commercieel belang in de ogen van de nationale toezichthouder niet als een gerechtvaardigd belang kan worden aangemerkt. Op 20 december 2019 legde de AP een bestuurlijke boete op aan de KNLTB³⁰⁷ en op 16 juli 2020 aan VoetbalTV.³⁰⁸ Deze boetes zagen (mede) op gedragingen van vóór voormelde normuitleg van de AP. Desalniettemin werd de sinds november 2019 gegeven uitleg van de grondslag gerechtvaardigd belang door de AP in beide boetebesluiten gehanteerd en konden KNLTB en VoetbalTV in hun geval geen beroep doen op de grondslag gerechtvaardigd belang. De vraag is of deze invulling van de norm voor de KNLTB en VoetbalTV in de jaren daaraan voorafgaand duidelijk, voorzienbaar en helder was en of het handelen van de AP in die zin in voldoende mate voorspelbaar was. In dit kader is interessant dat VoetbalTV in de beroepsprocedure die zij tegen voormeld boetebesluit van de AP is gestart, aanvoert dat de normuitleg van de AP over het gerechtvaardigd belang in strijd is met de uitleg die de toezichthouder hier eerder aan gaf.³⁰⁹ Rechtbank Midden-Nederland behandelt dit punt echter niet en gaat in plaats daarvan direct over op de behandeling van de vraag of zij de normuitleg van de AP inhoudelijk wel of niet volgt. Overigens beantwoordt de rechtbank onder verwijzing naar de jurisprudentie van het HvJ EU deze vraag ontkennend en vernietigt de boete.³¹⁰ Deze uitspraak is in hoger beroep bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak.³¹¹ De Rechtbank Amsterdam heeft ten aanzien van de boete aan de KNLTB een tussenuitspraak gedaan, waarbij de rechtbank prejudiciële vragen heeft gesteld aan het HvJEU over de uitleg van gerechtvaardigd belang.³¹²

³⁰⁵ www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_gerechtvaardigd_belang.pdf.

³⁰⁶ WP 29, 'Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG' (WP217)', 9 april 2014.

³⁰⁷ www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/boetebesluit_knlbt.pdf.

³⁰⁸ Dit boetebesluit is niet gepubliceerd.

³⁰⁹ Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 12.

³¹⁰ Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 13 t/m 21.

³¹¹ ABRvS 27 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2173.

³¹² Rb. Amsterdam 22 september 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5565.

Voorgaande casuïstiek illustreert dat het zaak is dat de toezichthouder verwerkingsverantwoordelijken voldoende tijd gunt om hun handelswijze aan te passen. Of de gegeven termijn toereikend is, hangt samen met de impact die de normuitleg heeft op het toezichtsveld. Dit betekent, zoals reeds eerder in dit hoofdstuk is weergegeven, dat in een dergelijk geval de toezichthoudende autoriteit de belangen van de verwerkingsverantwoordelijken dient af te zetten tegen de impact van de overtreding maar ook tegen de impact van de wijziging in de normuitleg.

4.3.4. Deelconclusie

De bundeling van concretiserende normuitleg en handhaving bij één overheidsorgaan, de toezichthouder, biedt de mogelijkheid om snel te kunnen inspelen op technische en maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie, maar ook om bevindingen vanuit concrete handhavingsbesluiten een sectorbrede vertaling in de vorm van concretiserende normuitleg te geven die met het oog op de interne markt een uniforme werking heeft binnen de Europese Unie. Het gebruik van (interpretatieve) soft law door het Comité in de vorm van richtsnoeren levert daarmee een bijdrage aan een grotere transparantie, adequate en uniforme toepassing van de normen uit de AVG in de lidstaten.

Deze richtsnoeren komen echter tot stand buiten de bestaande democratische besluitvormingsprocedures. De desbetreffende richtsnoeren missen daarmee democratische legitimatie. Door het indirecte juridische effect en de doorwerking van de richtsnoeren op vele aspecten in het maatschappelijk leven is het niet alleen van belang dat de nationale rechter, al dan niet met behulp van prejudiciële vragen, zich nadrukkelijk uitspreekt over de reden waarom en de mate waarin hij zich gebonden acht aan die richtsnoeren, maar ook dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de toezichthoudende autoriteiten de richtsnoeren en de praktische uitwerking daarvan toegankelijk en herkenbaar maken. Dit leidt er niet alleen toe dat het normconform handelen, maar ook dat het draagvlak en daarmee de acceptatie van de norm wordt vergroot.

Voorafgaand aan de beslissing of al dan niet handhavend wordt opgetreden, dient de toezichthoudende autoriteit na te gaan of verwerkingsverantwoordelijken weten of behoorde te weten wat van hen wordt verwacht om aan de in het geding zijnde norm te voldoen. Ook dient het voor verwerkingsverantwoordelijken voorspelbaar te zijn welke weging wordt gemaakt en of er een termijn wordt gegund om normconform te gaan handelen, voordat tot (verdere) handhaving wordt overgegaan.

Het verschuiven van bevoegdheden leidt op zichzelf niet tot regelcomplexiteit. Echter, indien de uitleg van normen onvoldoende kenbaar is voor verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen en de toezichthoudende autoriteit onvoldoende het precaire evenwicht tussen de concentratie van die taken bewaart, maakt dat de werking van het stelsel waarop de AVG berust kwetsbaar. Dit kan de rechtsonzekerheid bij de toepassing van het stelsel van open normen versterken.

4.4 Interdependentie

4.4.1. Rechtszekerheid in relatie tot het stelsel van open normen

Uit de hiervoor besproken evaluaties van de Wpr en de Wbp komt het beeld naar voren dat de open en vage normen als problematisch worden ervaren om te komen tot naleving van het gegevensbeschermingsrecht. Tegelijkertijd wordt ook onderkend dat een opennormstelling nodig is om flexibel te kunnen inspelen op de ontwikkelingen die zich voordoen.

Zoals reeds in paragraaf 2.1 is geconstateerd zijn open normen op zichzelf geen kenmerk van complexiteit van regelgeving. De AVG is net als de Wbp te kenmerken als omnibuswetgeving. Door de brede toepasselijkheid van deze regelgeving is gebruik gemaakt van open begripsbepalingen en normen, waarbij de invulling van open begripsbepalingen in de concrete casuspositie bepaalt welke verplichtingen gelden. Het gaat hierbij om sleutelbegrippen zoals persoonsgegevens, verwerking, pseudonimisering, verwerkingsverantwoordelijk, verwerker en hoofdvestiging. Tevens dient in veel gevallen de concrete invulling van de beginselen, zoals doelbinding en verenigbaarheid, gegevensminimalisatie, juistheid, opslagbeperking en integriteit door de verwerkingsverantwoordelijke zelf te worden gegeven.

Dit bouwsel maakt het ingewikkeld voor partijen om aan het gegevensbeschermingsrecht toepassing te geven. Anderzijds bestaat het veld voor het overgrote deel uit verwerkingsverantwoordelijken die niet vooroplopen in de ontwikkeling van nieuwe technologieën. Deze worstelen met de vraag of ze verwerkingsverantwoordelijke of verwerker zijn en daarmee of zij doel en middelen van de verwerking bepalen. Een aspect ten aanzien waarvan het Comité en het HvJEU nog geen afgebakende definitie heeft kunnen geven³¹³

³¹³ Zie onder meer J.M.A. Berkvens, 'AVG: rollenspel of schimmenspel, de zevende Grondslag', P&I 2019/6, p. 243.

en waarvan de invulling zeer feitelijk van aard is dan wel samenhangt met de definiëring van rollen in ander wettelijke stelsels, zoals de WGBO. Andere vragen die spelen zijn of een bepaald gegeven een persoonsgegeven is, de juiste grondslag gebruikt wordt en of de verwerking van persoonsgegevens juist en actueel is en bij het verder verwerken verenigbaar is met het oorspronkelijke doel. Nationale regelgeving die een nadere invulling geeft van de AVG dan wel in de toepassing daarvan in onderlinge samenhang moeten worden bezien met de AVG draagt bij aan de ingewikkeldheid daarvan.

Het gegevensbeschermingsrecht is daarin echter niet uniek. Ook het omgevingsrecht en in het bijzonder het milieurecht kent open sleutelbepalingen, zoals het begrip inrichting, en een normenkader, zoals best beschikbare techniek, waarvan de invulling afhankelijk is van de feitelijke situatie en de invulling daarvan in nadere regelgeving.

Anders dan in het milieurecht voorziet het gegevensbeschermingsrecht niet in een vergunningstelsel of algemene maatregelen van bestuur met een precieze uitwerking van normen aan de hand van doel- en middelvoorschriften op basis waarvan voldoende zekerheid kan worden verkregen of de ontplooiende activiteiten in overeenstemming zijn met wet- en regelgeving. In het gegevensbeschermingsrecht zal de verwerkingsverantwoordelijke het moet stellen zonder een appellabel besluit vooraf, waarin de verwerking al dan niet onder voorwaarden is goedgekeurd. De verwerkingsverantwoordelijke zal zelf in het concrete geval invulling moeten geven aan de open normen en een weg moeten vinden in het stelsel van de AVG. Het zal niet altijd duidelijk zijn welke wegging hij moet maken, waardoor het risico bestaat dat niet in overeenstemming met de AVG wordt gehandeld. Deze situatie doet zich niet alleen voor bij organisaties die risicovolle verwerkingen van persoonsgegevens verrichten (zoals een huisartsenpraktijk). Ook organisaties die verwerkingen verrichten met een laag risico (zoals een bakkerij) hebben hiermee te maken.

De vraag is of het bouwwerk van open normen zodanig onduidelijk is dat er onzekerheid is over de toepassing van het stelsel van open normen en of de toepassing van de uitkomsten daarvan ongewis is en welke aspecten uit dat stelsel daarbij een rol spelen.

Zowel onder de Wbp³¹⁴ als onder de AVG kenmerkt het stelsel zich als een mix van overheidsregulering en zelfregulering om tot naleving te komen.

³¹⁴ Custers e.a. 2017, p. 219.

4.4.2. Zelfregulering

Zekerheid over de toepassing van het stelsel en de gewisheid van de uitkomst van de toepassing van de begripsbepalingen en normen is daarbij niet alleen afhankelijk van de taakuitoefening van de toezichthouder, maar wordt door sectoren en binnen organisaties zelf gereguleerd. De AVG voorziet in het gebruik van gedragscodes, de gegevensbeschermingseffectbeoordeling, de voorafgaande raadpleging, certificering en het intern toezicht door functionarissen gegevensbescherming. Ook de Wbp kende vormen van zelfregulering, zoals de gedragscode, het voorafgaand onderzoek en het gebruik van de gegevensbeschermingseffectbeoordeling. Ook de functionaris gegevensbescherming trad bij een beperkt aantal organisaties op als intern toezichthouder. Bovendien kent de AVG, anders dan de Richtlijn 95/46/EG, een structuur om een gelijk speelveld voor verwerkingsverantwoordelijken te garanderen en een coherentiemechanisme om tot harmonisatie van normuitleg te komen.

Deze mix zou, indien in evenwicht, tot voldoende rechtszekerheid moeten leiden bij verwerkingsverantwoordelijken om ten volle binnen de kaders van de AVG tot het verwerken van persoonsgegevens te kunnen overgaan. Toch blijkt dit niet het geval te zijn.

Een belangrijk instrument om te komen tot zelfregulering is de gedragscode. Deze geeft een sectorspecifieke invulling van het normenkader van de AVG. Een gedragscode wordt goedgekeurd door de toezichthouder, zodat verwerkingsverantwoordelijken de zekerheid hebben dat als zij in overeenstemming met de gedragscode handelen ook voldaan wordt aan de normen uit de AVG. De goedkeuring van een gedragscode is een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

In de praktijk blijkt het opstellen van een gedragscode en het proces van afstemming met en het verkrijgen van goedkeuring van de toezichthouder een tijdrovend, langdurig en kostbaar proces met uiteindelijk weinig concrete voordelen voor sectoren en daarmee de verwerkingsverantwoordelijken. Tevens ervaren sectoren de aanstelling van een eigen toezichthouder om toezicht te houden op de naleving van de gedragscode – een door het Comité gestelde verplichting³¹⁵ – en de daaraan gekoppelde financiële verplichtingen als een obstakel. Het animo binnen sectoren om te komen tot een gedragscode

³¹⁵ Guidelines 1/2019 on Codes of Conduct and Monitoring Bodies under Regulation 2016/679, p. 11.

is daarmee laag. Dit komt tot uitdrukking in het beperkt aantal gedragscodes dat aan de toezichthouder zijn voorgelegd en goedgekeurd. Onder de Wbp in de periode tussen 2012 en 2018 ging het om gemiddeld minder dan twee gedragscodes per jaar, waarbij in de jaren 2017 en 2018 geen enkele gedragscode ter goedkeuring aan de toezichthouder is voorgelegd. In 2019 is één ontwerpbesluit tot goedkeuring van een gedragscode gepubliceerd. In 2020 is deze gedragscode met een definitief besluit goedgekeurd. Een en ander duidt erop dat de gedragscode niet (meer) een effectief instrument is om rechtszekerheid voor verwerkingsverantwoordelijken te garanderen en om een juiste balans van overheidsregulering en zelfregulering te bewerkstelligen. Dat klemmt te meer nu de balans van overheidsregulering en zelfregulering niet kan worden bereikt met in plaats van een gedragscode op brancheniveau ontwikkelde richtsnoeren die formeel geen status hebben. Dit ondanks de bijdrage die deze richtsnoeren bieden om tot de naleving van de (U)AVG te komen.³¹⁶

Om als verwerkingsverantwoordelijke zekerheid te krijgen of een nieuwe verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is op grond van de AVG kan aan de toezichthouder een voorafgaande raadpleging worden gevraagd. Een dergelijke raadpleging is mogelijk, indien uit de gegevensbeschermings-effectbeoordeling blijkt dat de verwerking een hoog risico zal opleveren en dit risico met maatregelen niet kan worden gemitigeerd³¹⁷ dan wel dat de nationale wetgever daartoe verplicht waar het gaat om verwerkingen ter vervulling van een taak in het algemeen belang. Een voorafgaande raadpleging leidt tot een advies van de toezichthouder over de rechtmatigheid van de verwerking. Dit advies is geen besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de algemene wet bestuursrecht. Tegen het advies kunnen dan ook geen rechtsmiddelen worden aangewend. De gegeven adviezen dan wel een samenvatting daarvan worden door de Autoriteit Persoonsgegevens niet gepubliceerd, waardoor het rechtsvormende karakter daarvan beperkt is tot individuele verwerkingsverantwoordelijken.

Tevens voorziet de AVG in het instellen van een certificeringsmechanisme. De certificering ziet op de verwerking van persoonsgegevens en bijvoorbeeld niet op de certificering van een functie van de functionaris gegevensbescherming. Het doel van certificering is het versterken van de transparantie naar betrokkenen en de naleving van de verordening. Ook bevordert de AVG

³¹⁶ Winter e.a. 2022, p. 97.

³¹⁷ Deze beoordeling dient door de verwerkingsverantwoordelijke zelf te worden uitgevoerd.

gegevensbeschermingszegels en -merktekens, zodat betrokkenen snel het gegevensbeschermingsniveau van producten en diensten ter zake kunnen beoordelen. Deze instrumenten geven verwerkingsverantwoordelijken de mogelijkheid om zelf inzichtelijk te krijgen of producten en diensten en de daaruit voortkomende verwerking van persoonsgegevens voldoen aan de AVG. In Nederland ligt het eerstelijnstoezicht bij de certificerende en accrediterende instellingen. De AP fungeert in dit kader als stelseltoezichthouder.

Tot op heden is de certificering van verwerkingen en de uitgifte van gegevensbeschermingszegels en -merktekens nog niet tot ontwikkeling gekomen. Wel vindt in het private domein certificering plaats op basis van ISO- en NEN-normen³¹⁸. Deze normen zijn een hulpmiddel om tot een goede governancestructuur te komen, waardoor de naleving van de AVG ingebed raakt in de organisatie. Het gaat hierbij echter niet om AVG-certificering.

4.4.3. Normuitleg Comité en toezichhoudende autoriteit

Gezien de beperkte inzet van zelfregulering tot op heden, zal het geven van (rechts)zekerheid over de werking van het stelsel van begripsbepaling en normen en de concrete uitwerking daarvan voor verwerkingsverantwoordelijke in belangrijke mate op de weg liggen van de toezichthouder, het Comité en uiteindelijk de rechter.

Het Comité geeft, zoals eerder is weergegeven, net als haar voorganger een nadere invulling van de begripsbepalingen en normen door middel van richtsnoeren, aanbevelingen en best practices. Ook de Autoriteit Persoonsgegevens verschaft onder meer aan de hand van veel voorkomende vragen uitleg op haar websites en door middel van eigen soms vrij operationele handreikingen.³¹⁹ Eerder werd opgemerkt dat de toezichthouder onder de Wbp niet in overleg trad met dan wel advies gaf aan individuele verwerkingsverantwoordelijken. Daar is ook onder de AVG geen verandering in opgetreden. Wel is voorzien in een mogelijkheid om functionarissen gegevensbescherming bij de uitoefening van hun taak te ondersteunen door middel van het geven van advies. Echter niet elke verwerkingsverantwoordelijke is verplicht tot het hebben van een dergelijke functionaris.

³¹⁸ Zie bijvoorbeeld de NEN-ISO 27001 en de NEN 7510.

³¹⁹ Cbp, 'Richtsnoeren: Beveiliging van persoonsgegevens', *Stcrt.* 2013, 5174, Autoriteit Persoonsgegevens, 'Praktijkids Patiëntgegevens in de cloud', 7 juli 2017 www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/praktijkids_patiëntgegevens_in_de_cloud_def.pdf.

4.4.4. Rechtsvorming

Waar jurisprudentievorming in andere rechtsgebieden door de jaren heen een belangrijke bijdrage levert om inzichtelijk te maken wat de toepassing van regelgeving in een concrete situatie betekent en de onderlinge wisselwerking tussen literatuur en rechtspraak leidt tot verdere rechtsontwikkeling, heeft deze ontwikkeling zich de afgelopen 30 jaar in het gegevensbeschermingsrecht maar in beperkte mate voorgedaan. Zeker op nationaal niveau heeft rechtsvorming amper plaatsgevonden, waardoor de toetsing van de norminvulling in specifieke casuïstiek onvoldoende heeft plaatsgevonden. De wijze waarop de toezichthouder destijds haar toezicht had ingericht, was, zoals reeds hiervoor is uiteengezet, daar in belangrijke mate debet aan. Dat geldt ook voor de relatieve onbekendheid met het gegevensbeschermingsrecht.

4.4.5. Deelconclusie

De onzekerheid over de toepassing van het bouwsel van open begripsbepalingen en normen, waarbij niet alleen sprake is van een onderlinge afhankelijkheid, maar die ook telkens in onderlinge samenhang dienen te worden gezien, en de ongewisheid van de uitkomsten daarvan worden door de mix van overheidsregulering en zelfregulering vooralsnog niet weggenomen, nu de werking van de instrumenten die moeten bijdragen aan zelfregulering in de praktijk nog onvoldoende worden gebruikt. Dit in aanmerking genomen en de omstandigheid dat de ontwikkeling van jurisprudentie zich de afgelopen 30 jaar vergeleken met andere rechtsgebieden maar in relatief beperkte mate heeft voorgedaan, staat de rechtszekerheid in relatie tot de toepassing van het stelsel daarmee onder druk. Hierdoor is het voor verwerkingsverantwoordelijken complex om te bepalen hoe ten aanzien van specifieke verwerkingen invulling moet worden gegeven aan de verschillende van elkaar afhankelijk zijnde sleutelbepalingen uit de AVG en de daarin opgenomen beginselen zonder daar doorgaans vooraf zekerheid over te verkrijgen van de toezichthoudende autoriteit. Het stelsel dient dan ook vooralsnog als complex te worden bestempeld.

4.5 De invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving

4.5.1. De digitale samenleving

Regelcomplexiteit kan ook zien op de uitvoering van regelgeving. Het gaat daarbij onder meer over de mate waarin nieuwe regelgeving in de praktijk toepasbaar is. Hiermee hangt samen de vraag in hoeverre regelgeving en de daarin gestelde normen en gedefinieerde rollen, voldoende zijn toegesneden op de technische en maatschappelijke ontwikkelingen die zich in de praktijk voordoen.

De maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die zich sedert eind jaren 80 van de vorige eeuw hebben voorgedaan op het vlak van het gebruik en de toepassing van data en de context waarbinnen dat gebeurt, zijn groot geweest. Waar de verwerking van persoonsgegevens voorheen een meer ondersteunend karakter had ten behoeve van de uitvoering van een bepaalde taak of dienst, hebben persoonsgegevens en de bescherming daarvan de laatste jaren zowel een maatschappelijke als economische waarde³²⁰ gekregen.

De Wetenschappelijke Raad voor de Regeringsbeleid en de Cyber Security Raad hebben geconstateerd dat de toegenomen digitalisering voor Nederland niet alleen grote economische en maatschappelijke kansen, maar ook grote risico's met zich brengt, zoals grootschalig inmenging in de persoonlijke levenssfeer. Nederland heeft zich ontwikkeld tot één van de meest ICT-intensieve economieën van Europa. Ruim 5 procent van het bruto binnenlands product wordt verdiend met ICT. Deze digitale economie groeit de afgelopen jaren sneller dan andere economische sectoren.³²¹ Het Rathenau Instituut³²² beschrijft hoe de verregaande digitalisering van de samenleving fundamentele ethische en maatschappelijke vragen oproept en stelt dat overheid, toezicht-houders, bedrijfsleven en de samenleving nog niet voldoende zijn toegerust om met deze nieuwe vragen om te gaan. Ook wijst het Rathenau Instituut³²³ op de aandacht die er inmiddels is voor de eerdergenoemde ethische

³²⁰ Zie onder meer S. Zuboff, 'Opinion: You are now remotely controlled. Surveillance capitalists control the science and the scientist, the secrets en de truth', *New York Times*, 24 januari 2020.

³²¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Big data in een vrije en veilige samenleving', 2016 en de Interdisciplinaire expertgroep Big data en Privacy (ministerie van EZK), 'Licht op de digitale schaduw. Verantwoord innoveren met big data', 2016.

³²² Rathenau Instituut, *Opwaarderen: Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, 2017.

³²³ Rathenau Instituut, *Doelgericht digitaliseren: Hoe Nederland werkt aan een digitale transitie waarin mensen en waarden centraal staan*, 2018.

kwesties en het besef dat digitalisering leidt tot een nieuwe wereld, een nieuwe economie, een nieuwe democratie. Kortom: een nieuwe samenleving die door nieuwe digitale middelen voortdurend verandert. Digitalisering wordt daardoor steeds meer als een transitie gezien. Het vormgeven daarvan ziet het Rathenau Instituut als een belangrijke opgave, nu de urgentie om daadwerkelijk vanuit een digitale transitie te denken groot is. De betrokkenheid van de maatschappij en burgers is belangrijk voor het richting geven aan innovatie. Het in 2021 verschenen rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR)³²⁴ wijst daarnaast op de groeiende rol van de overheid, en daarmee ook van wetgeving en toezicht, naarmate complexere algoritmische systemen meer ingebed raken in de gehele samenleving. De Auditdienst Rijk waarschuwt in haar rapport er onder andere voor dat vaak tijdens het ontwikkelproces van algoritmen vooraf geen (duidelijke) criteria worden gesteld waaraan algoritmen moeten voldoen. Ook ontbreekt het veelal aan het inrichten van controles achteraf. Een continu leer- en verbeterproces is daarom nodig om vat te krijgen op de inzet van (overheids)algoritmen.³²⁵

De digitale transitie wordt ook door de Europese Commissie onderkend. Hetgeen in 2020 heeft geresulteerd in twee beleidsdocumenten: 'White paper on Artificial Intelligence'³²⁶ en 'Communication on a European Strategy for Data',³²⁷ De Europese Commissie heeft op 26 januari 2022 de inhoud van de digitale rechten en principes voorgesteld. In de EU Digital Rights and Principles wordt beschreven hoe de grondrechten en de Europese waarden toegepast moeten worden in de digitale wereld.³²⁸

Twee strategieën zetten de digitale rechten en principes om in praktijk, toezicht en regelgeving:

- De Europese digitale strategie, en
- De Europese datastrategie.

³²⁴ WRR (2021), Opgave AI: de nieuwe systeemtechnologie.

³²⁵ ADR (2022), «Onderzoeksrapport beheersing algoritmes binnen het Rijk» (Bijlage bij Kamerstuk 26 643, nr. 854).

³²⁶ COM(2020) 65 final.

³²⁷ COM(2020) 66 final.

³²⁸ COM(2022) 27 final.

Europese Digitale Strategie

Er zijn drie juridische instrumenten door de Europese Commissie voorgesteld als onderdeel van de Digitale Strategie:

- De Digital Markets Act (DMA, Digitale Marktenverordening), gericht op zogenaamde 'gatekeepers' / poortwachters met een dominante positie;
- De Digital Services Act (DSA, Digitale Dienstenverordening), gericht op alle intermediaire digitale dienstverleners (inclusief de 'gatekeepers');
- De AI Regulation (AI verordening), gericht op de toelating van AI producten.

Europese Data Strategie

De Europese Data Strategie streeft naar een eenheidsmarkt voor de beschikbaarheid en het gebruik van data. De strategie is daarbij gericht op het wereldwijd concurrentievermogen van Europa en op datasoevereiniteit.

In de praktijk wordt naar een pan-Europese dataspace (dataruimte) gestreefd om te zorgen dat er meer data beschikbaar komt voor socio-economisch gebruik, terwijl bedrijven en individuen die data genereren er wel zeggenschap over blijven houden. Die pan-Europese dataspace wordt opgebouwd met meerdere sectorale data spaces waarbinnen afspraken worden gemaakt over de omgang met data.

Binnen de Europese Data Strategie spelen drie juridische bouwstenen een rol:

- de Data Governance Act (DGA, Data governance verordening).
- de Data Act (DA, Data verordening)
- de Open Data Directive (ODD, Open Data Richtlijn) met daarin opgenomen de High Value Data lijst.

Data Governance Act (DGA)

De DGA wil de hoeveelheid data die beschikbaar is voor (her)gebruik vergroten, door het vertrouwen in data-intermediairs te verstevigen, en de mechanismen om data te delen te versterken. Hierbij gaat het onder meer om het gebruik van persoonsgegevens waarbij het uitoefenen van AVG-rechten door individuen makkelijk moet zijn. Ook wordt een nieuwe gebruikstoestemming geïntroduceerd, namelijk het toestaan van gebruik van (persoons)gegevens om altruïstische redenen. Bovendien komen er op grond van de DGA per zogenaamde 'dataspace' afzonderlijke organisaties voor governance en toezicht. Daarmee wordt toezicht op data ook steeds concreter vormgegeven. De DGA is 23 juni 2022 in werking getreden en zal vanaf 24 september 2023 van toepassing zijn.³²⁹

³²⁹ Verordening (EU) 2022/868.

Data Act (DA)

Het voorstel voor de Data Act (DA, Data verordening) is gepubliceerd op 23 februari 2022. De Data Act geeft praktische uitvoering aan de DGA. Op basis van de DGA en de DA worden zogenaamde 'Dataspace's' ingericht, waarvan de European Health Data Space (EHDS) de eerste is. Een voorstel voor de EHDS is 3 mei 2022 door de Europese Commissie gepubliceerd. Na de EHDS volgen nog 'dataspace's' voor onder andere mobiliteit, landbouw, financiën, energie, openbaar bestuur en onderwijs.³³⁰

4.5.2. Inpasbaarheid technologische ontwikkelingen in systematiek en stelsel AVG

Waar onder de Wpr onder meer het begrip persoonsregistratie en de persoonsregistratie als uitgangspunt van het stelsel niet meer correspondeerde met de technologische ontwikkelingen, zo speelt thans de vraag of de systematiek en het stelsel van normen, rechten en plichten uit de AVG binnen de huidige digitale structuren nog wel passend zijn en daarmee in de praktijk nog van voldoende betekenis zijn. Dit gezien de complexiteit van de soms in tijd vluchtige netwerkverbanden en de rol van de spelers die daarbinnen opereren. Dit geldt bijvoorbeeld in de context van online adverteren in de vorm van real-time bidding,³³¹ connected cars, smart cities en andere data-platformen. Ook kan in dat licht gedacht worden aan het gebruik van blockchain en meer in het bijzonder permissionless blockchain³³², waarbinnen het lastig is een verwerkingsverantwoordelijke aan te wijzen. Hierdoor en door de technische werking van blockchain kan het uitoefenen van de rechten van betrokkenen, zoals het recht op vergetelheid en het recht op rectificatie, onder druk komen te staan.³³³

Dit vraagt om een beoordeling of de geldende normen en daaraan gegeven uitleg nog passend zijn in het licht van de ontwikkelingen die zich voordoen.

³³⁰ COM(2022) 68 final.

³³¹ Real-time bidding: a big data application within the organizational field of marketing to improve sales by real-time data-driven marketing and personalized (behavioral) advertising. It's a software-based system to automate the buying, delivery, and optimization of ad campaigns. Zie R.J.W. van Eijk, 'Web privacy measurement in real-time bidding systems', Den Haag, 2018.

³³² In permissionless blockchains zijn diensten die uitsluitend bouwen op core code meervoudig duidelijk. Tot een permissionless blockchain kan een ieder vrijelijk als beheerder toetreden. De coördinatie binnen de blockchain, bijvoorbeeld ter uitvoering van een betaling met cryptocurrency, berust in beginsel niet op vooraf gemaakte afspraken of overeenkomsten, maar op een systeem van crypto-economische prikkels. Zie F. Schemkes e.a., *Blockchain en het recht: Een verkenning van de regelingsbehoefte*. Tilburg University 2019, p. 65-67.

³³³ Zie ook de notitie van het Europees Parlement aan de delegaties van 9 oktober 2019, 12756/1/19 REV 1, p. 44-45.

Dit vergt van de toezichthouder en, in het verlengde daarvan, het Comité dat kennis wordt opgedaan over de technologische ontwikkelingen die zich in het veld voordoen. Hiervoor is een voortdurende dialoog met de verschillende sectoren en de grote data verwerkende bedrijven cruciaal. Vervolgens dienen deze ontwikkelingen naast het normenstelsel van de AVG geplaatst te worden, moet een beoordeling plaatsvinden of de gegeven normuitleg nog toereikend is en dient een toezichtvisie geformuleerd te worden. Als toezichthouder loop je daarin per definitie achter de feiten aan. Toch verwacht het toezichtsveld sturing van de toezichthouder.

Ter illustratie kan gewezen worden op de omgang van toezichthouders met het fenomeen artificial intelligence. Hoewel deze technologische ontwikkeling jaren geleden in gang is gezet, verkeren de toezichthouders met de invulling van hun toezichtstaak nog met name in een verkennende fase,³³⁴ waarin een visie op artificial intelligence in relatie tot de AVG wordt geformuleerd dan wel experimenteeruimte wordt gecreëerd om samen met het veld de effecten van deze ontwikkelingen op de bescherming van persoonsgegevens te identificeren.³³⁵

Bij de beantwoording van de vraag of de systematiek van de AVG is toegesneden op een bepaalde technologische ontwikkeling, dient in ogenschouw te worden genomen dat dit niet wordt verward met de vraag of nieuwe producten of diensten strijdig zijn met de AVG. Het tempo waarin de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen zich voordoen en de complexe vraagstukken die daaruit voortkomen, zorgen voor een juridische uitdaging om deze binnen de systematiek van voorheen de Wbp en thans de AVG te plaatsen. Uit de eerder aangehaalde jurisprudentie van het HvJEU volgt dat de normen en gedefinieerde rollen tot op heden in voldoende mate lijken te zijn toegesneden op deze ontwikkelingen. Ook de Europese Commissie komt in haar Evaluatieverslag tot deze conclusie. Echter bij de doorontwikkelingen van nieuwe technologieën en de voortschrijdende digitale transitie, waarbinnen de verwerking van data, waaronder persoonsgegevens, een steeds belangrijke rol speelt en het op grote schaal delen van data steeds minder technologische hindernissen kent, is het primair aan verwerkingsverantwoordelijken om te bepalen hoe deze nieuwe technologieën passen

³³⁴ Zie onder meer V.A.J. Frissen, B.M.A. van Eck en T.L.J. Drouen, *Toezicht op het gebruik van algoritmen door de overheid*, 2019 (www.hooghiemstra-en-partners.nl/wp-content/uploads/2020/01/Hooghiemstra-Partners-Rapport-Toezicht-op-het-gebruik-van-algoritmen-door-de-overheid.pdf).

³³⁵ www.ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/03/combining-privacy-and-innovation-ico-sandbox-six-months-on/.

binnen de systematiek van de AVG, wat hun verantwoordelijkheid daarbinnen is en hoe zij daar op toereikende wijze invulling aan kunnen geven. De Europese Commissie wijst er in het Evaluatieverslag terecht op dat thans richtsnoeren van het Comité ontbreken op het gebied van technologische ontwikkelingen (zoals blockchain en AI) maar ook over het doen van wetenschappelijk onderzoek onder de AVG. De toezichthoudende autoriteiten zouden volgens de Europese Commissie technische ontwerpprocessen van nieuwe technologische ontwikkelingen vroegtijdig moeten kunnen volgen en guidance moeten bieden³³⁶ aan verwerkingsverantwoordelijken dan wel, indien aanwezig, aan de functionaris gegevensbescherming. Echter, dit gebeurt door gebrek aan capaciteit en voldoende expertise op dit moment niet of in zeer beperkte mate. Niet alleen brengt dit rechtsonzekerheid met zich mee voor organisaties, die dergelijke technologieën ontwikkelen, en partijen, die dergelijke producten of diensten afnemen, maar ook betrokkenen worden hierdoor in hun positie geraakt. Dit doordat betrokkenen geen weet hebben of en door wie hun persoonsgegevens verwerkt worden, of deze gegevens juist zijn, of de verwerking rechtmatig plaatsvindt, met wie deze gegevens worden gedeeld en hoe geautomatiseerde beslissingen tot stand komen. Hierdoor wordt het uitoefenen van de rechten van betrokkenen onnodig belemmerd.

4.5.3. Deelconclusie

De normen en gedefinieerde rollen uit de Wbp en thans de AVG, gelet op de eerder aangehaalde jurisprudentie van het HvJEU, lijken tot op heden in voldoende mate te zijn toegesneden op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die zich de laatste decennia in hoog tempo hebben voorgedaan. Hiermee is echter niet gezegd dat daarmee de invloed van deze technologische ontwikkelingen de toepasbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht niet complex maakt. Het gebrek aan voldoende richtinggevende uitspraken van het Comité en de toezichthoudende autoriteiten over de toepasbaarheid van de AVG in relatie tot nieuwe technologieën, zoals AI en blockchain en gebruik van persoonsgegevens in relatie tot wetenschappelijk onderzoek, dragen eraan bij dat de toepassing van de AVG voor verwerkingsverantwoordelijken maar ook voor betrokkenen complex is.

³³⁶ COM(2020) 264 final, p. 10.

5. Complexiteitsreductie

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de eerste deelvraag: welke factoren hebben bijgedragen aan de groeiende complexiteit van het gegevensbeschermingsrecht? Daarbij is het vraagstuk rondom de regelcomplexiteit benaderd vanuit de gelaagdheid van regelgeving, de concentratie van bevoegdheden, interdependentie en de toepassing van regelgeving in relatie tot technologische en maatschappelijke ontwikkelingen.

In dit hoofdstuk staan de tweede en derde deelvraag centraal. De tweede deelvraag spreekt over de pogingen (vereenvoudigingsmaatregelen) die ondernomen zijn om de groei aan complexiteit tegen te gaan. Allereerst wordt stilgestaan bij de vraag of en in hoeverre de regelgever beoogd heeft om tot vereenvoudiging te komen. Vervolgens komen maatregelen aan bod die een bijdrage kunnen leveren aan complexiteitsreductie en wordt besproken in hoeverre deze vereenvoudigingsmaatregelen succes hebben gehad en wat de verklaring daarvan is. Gezien het feit dat een merendeel van de pogingen om tot vereenvoudiging te komen van recente datum zijn, zal het niet altijd mogelijk zijn om daarop een sluitend antwoord te geven.

5.2 Vereenvoudigingspogingen

De formulering van de tweede deelvraag gaat uit van een oogmerk om tot complexiteitsreductie te komen. In het gegevensbeschermingsrecht is de intentie om de groei aan complexiteit tegen te gaan, behoudens het Vrijstellingsbesluit Wbp, nimmer het leidende motief geweest om tot de aanpassing van regelgeving te komen. Ondanks het ontbreken van die intentie kunnen aanpassingen in regelgeving toch worden gekwalificeerd als vereenvoudigingsmaatregelen, nu deze aanpassingen toch als effect hebben dat de factoren die leiden tot regelcomplexiteit in zekere mate kunnen worden gereduceerd. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de verscheidene vereenvoudigingsmaatregelen. Voor daarop wordt ingegaan, wordt kort stilgestaan bij het vrijstellingsbesluit Wbp.

5.2.1. Het Vrijstellingsbesluit Wbp

Het Vrijstellingsbesluit Wbp gaf uitvoering aan artikel 29, eerste en tweede lid, van de Wbp. Deze artikelleden strekten op hun beurt tot implementatie van artikel 18, tweede en vierde lid, van EURichtlijn 95/46/EG. Ingevolge het eerste lid van artikel 29 van de Wbp kon bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat daarin weergegeven gegevensverwerkingen, 'waarbij

de inbreuk op de fundamentele rechten en vrijheden van betrokkene onwaarschijnlijk is', worden vrijgesteld van de melding, bedoeld in artikel 27 van die wet. In het tweede lid van artikel 29 was bepaald dat in de algemene maatregel van bestuur werden vastgesteld: de doeleinden van de verwerking, de verwerkte gegevens of categorieën van verwerkte gegevens, de categorieën van betrokkenen, de ontvangers of categorieën van ontvangers aan wie de gegevens werden verstrekt en de periode gedurende welke de gegevens werden bewaard.

Het Vrijstellingsbesluit Wbp hield daarmee in dat de meldplicht als bedoeld in artikel 27 van de Wbp niet van toepassing was op de in dat besluit bedoelde verwerkingen van persoonsgegevens door of ten behoeve van één (verwerkings)verantwoordelijke. Het Vrijstellingsbesluit volgde daarmee het op de Wet persoonsregistraties (Wpr) gebaseerde Besluit genormeerde vrijstelling (Bgv) op.

Het Vrijstellingsbesluit heeft destijds, gelet op het procesmatige karakter (het al dan niet laten registreren van een verwerking), vooral geleid tot een administratieve lastenverlichting en, hoewel in mindere mate, ook tot een reductie van de (procedurele) regelcomplexiteit.

5.3 Vereenvoudigingsmaatregelen

5.3.1. Gelaagde regelgeving

In paragraaf 4.2 is ingegaan op het gelaagde stelsel dat de AVG voorstaat, waarbij (a) de verordening de hoofdregel is, (b) in het nationale recht de algemene regels voor de uitvoering van de verordening zijn neergelegd, waaronder de algemene regels inzake afwijkingen en uitzonderingen op grond van lidstatelijk recht, (c) in sectorspecifieke wetten de concrete rechtsgrondslagen voor verwerking van persoonsgegevens en bijzondere categorieën van persoonsgegevens en sectorspecifieke uitzonderingen en afwijkingen zijn opgenomen.

Met de AVG is gekozen voor een eenvormige en gelijkwaardige bescherming van persoonsgegevens en daarmee voor het harmoniseren van het gegevensbeschermingsrecht binnen de EU. De AVG is rechtstreeks van toepassing in lidstaten en biedt een dwingend kader dat bij het verwerken van persoonsgegevens in acht genomen dient te worden. Er is dus geen ruimte voor de nationale wetgever om daarvan af te wijken. Wel geeft de AVG op onderdelen de lidstaten ruimte om nadere invulling te geven, dan wel om aanvullende

regels te stellen. Daarmee zou het stelsel van de AVG vanuit het perspectief van de bescherming van grondrechten en het bieden van een consistent en hoog beschermingsniveau en het opheffen van belemmeringen voor het vrij verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie, in zichzelf een vereenvoudiging moeten opleveren ten opzichte van privacyregelgeving per lidstaat met extraterritoriale werking, zoals onder de Europese richtlijn 95/46/EG.

Eerder werd geconstateerd dat deze gelaagdheid eveneens tot gevolg kan hebben dat wettelijke regimes en systemen over elkaar heen schuiven, hetgeen het gegevensbeschermingsrecht in zoverre complex maakt voor verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen bij de toepassing van bijvoorbeeld sectorale regelgeving. Ook werd in dat licht gewezen op de extraterritoriale werking van de uitvoeringswetgeving in enkele lidstaten en het binnen het Koninkrijk aanwezige complex aan regels en afwijkende normenkaders op het gebied van gegevensbescherming. Inmiddels wordt gewerkt aan de totstandkoming van een consensus Rijkswet gegevensbescherming, waarin voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES wordt voorzien in een passend, adequaat en gelijkwaardig beschermingsniveau voor de verwerking van persoonsgegevens, politiegegevens en justitiële en strafvorderlijke gegevens.³³⁷

De Europese Commissie heeft in het kader van de evaluatie van de AVG kenbaar gemaakt dat zij het essentieel acht dat bij de invulling van de aan de lidstaten toekomende marges niet verder wordt gegaan dan hen is toegestaan. Daarbij geeft zij lidstaten in overweging het gebruik van specificatieclausules, waar die de werking van de interne markt kunnen belemmeren, te beperken. Tevens concludeert de Europese Commissie dat de benadering van lidstaten bij het vaststellen van de nadere invulling van artikel 9 van de AVG (het verbod op de verwerking van bijzondere persoonsgegevens) soms verschilt. De Europese Commissie heeft in dat licht aangekondigd te monitoren of de nationale uitvoeringswetgeving rechtmatig is. Zij zal zich ook inzetten om de verschillende benaderingen nader tot elkaar te brengen en een consistente aanpak te bevorderen, specifiek ook ten aanzien van nieuwe technologieën. Deze acties van de Europese Commissie kunnen, indien succesvol, bijdragen aan de rechtszekerheid en de rechtseenheid, waardoor tegelijkertijd de complexiteit van het gelaagde stelsel van de AVG en met name de verhouding tussen de AVG en de uitvoeringswetgeving wordt gereduceerd of in ieder geval niet wordt vergroot.

³³⁷ Kamerstukken II 2022/23, 29 279, nr. 770.

Om de complexiteit ten aanzien van de gelaagdheid van regelgeving te reduceren, lijken de inspanningen op nationaal niveau met name te liggen in de aanpassing van de sectorale regelgeving en het in lijn brengen daarvan met de AVG en het bieden van inzicht in de relatie van deze regelgeving tot de AVG.

Bij het van toepassing worden van de AVG is in de Aanpassingswet Algemene verordening gegevensbescherming een aanzienlijke slag gemaakt om nationale sectorale regelgeving aan te passen aan en in lijn te brengen met de AVG, waaronder onder meer de Kieswet en de Wet basisregistratie personen.³³⁸ Waar gebruik is gemaakt van de in de AVG opgenomen mogelijkheid om daarvan af te wijken, bijvoorbeeld ten aanzien van de rechten van betrokkenen is dit nader gemotiveerd. Met wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming wordt naast het op onderdelen wijzigen van de UAVG een volgende stap gezet met de aanpassing van en het in lijn brengen met de AVG van sectorale regelgeving. Op deze wijze wordt het niet alleen voor verwerkingsverantwoordelijken maar ook betrokkenen inzichtelijk gemaakt en verduidelijkt onder welke omstandigheden persoonsgegevens, bijzondere categorieën persoonsgegevens en gegevens van strafrechtelijke aard kunnen worden verwerkt en hoe dit zich verhoudt tot (het stelsel van) de AVG.

De wetgever zal telkens nauwkeurig moeten bezien of in de sectorale wetgeving een uitzondering aanwezig is voor het verbod dat geldt voor de verwerking van bijzondere categorieën persoonsgegevens door de verwerkingsverantwoordelijke. De wetgever dient dus ook te bezien of een uitzondering in sectorale wetgeving nodig is.

Ter ondersteuning van de hiervoor genoemde afweging door de wetgever heeft het kabinet reeds onder de Wbp de gegevensbeschermings-effectbeoordeling als verplichte kwaliteitseis opgenomen in het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (hierna: IAK).³³⁹ Op 9 november

³³⁸ Aanpassing van wetten ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119) en de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (Aanpassingswet Algemene verordening gegevensbescherming).

³³⁹ Brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst en van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 21 juni 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 26643, nr. 282.

2021 is het Rijksmodel PIA Rijksdienst³⁴⁰ van 29 september 2017³⁴¹ geactualiseerd. Dit model is gebaseerd op de AVG evenals op de Europese richtlijn 2016/680 en de mede daarop gebaseerde nationale regelgeving. Het doel van een PIA is de bescherming van persoonsgegevens onderdeel te maken van het afwegingsproces bij de beleidsvorming. Een PIA moet volgens het model worden uitgevoerd bij:

- de ontwikkeling van beleid en regelgeving die betrekking hebben op verwerkingen van persoonsgegevens of waaruit verwerkingen van persoonsgegevens voortvloeien;
- wanneer sprake is van een verplichting op basis van departementaal beleid of;
- voorgenomen verwerkingen van persoonsgegevens die waarschijnlijk een hoog risico inhouden voor de rechten en vrijheden van betrokkenen (artikel 35 van de Algemene verordening gegevensbescherming).

Het hanteren van dit model geeft uitvoering aan de Motie Franken c.s.³⁴² Wanneer beleid wordt beoogd waarin persoonsgegevens worden gevraagd, verstrekt, bewerkt of uitgewisseld, vraagt deze motie om uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de vraag of deze beperkingen op het grondrecht tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd zijn en daarmee of er sprake is van een “pressing social need”

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft in haar (eerste) advies over het voorstel van wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden³⁴³ inzichtelijk gemaakt hoe aan de Grondwettelijke toetsing aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit bij de bevoegdheid van de wetgever om te delegeren aan lagere regelgevers kan worden voldaan. Zij overweegt daartoe in het advies dat artikel 10 van de Grondwet bepaalt dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door de formele wetgever mag worden beperkt en dat de wetgever die bevoegdheid mag delegeren aan lagere regelgevers. Maar deze heeft hierin geen carte blanche. De beperkingen op het grondrecht moeten worden gespecificeerd en er dient, in elk geval op hoofdlijnen, een belangenafweging plaats te vinden in het licht van artikel 10 van de Grondwet op het niveau van

³⁴⁰ <https://www.kcbr.nl/beleid-en-regelgeving-ontwikkelen/integraal-afwegingskader-voor-beleid-en-regelgeving/verplichte-kwaliteitseisen/data-protection-impact-assessment> .

³⁴¹ Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 490.

³⁴² Kamerstukken I 2010/11, 31051, D.

³⁴³ Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

de formele wet. De Grondwet geeft aan de wetgever een belangrijke verantwoordelijkheid: deze moet beoordelen of de beperking van fundamentele rechten van burgers blijft binnen de grenzen die de Grondwet stelt. Aan deze verantwoordelijkheid wordt geen recht gedaan als de concrete invulling vrijwel geheel wordt overgelaten aan de AMvB. De hoofdelementen die in algemene zin in ieder geval in de formele wet moeten worden neergelegd zijn de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling. Het niet uitwerken van deze hoofdelementen in de wet zelf leidt ertoe dat het bereik en de proportionaliteit van de beperkingen in de zin van artikel 10 van de Grondwet onvoldoende in concreto door de wetgever worden bepaald. Hierdoor wordt de wetgever (regering en parlement) de eigen verantwoordelijkheid voor de wezenlijke beleidskeuzes ontnomen. Meer daarop toegespitste wetgeving is niet alleen effectiever, maar doet tevens meer recht aan eveneens benodigde waarborgen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

De resultaten van de PIA worden ingevolge artikel 4.43, onderdeel d, van de Aanwijzingen voor de regelgeving in de memorie van toelichting verwerkt door stil te staan bij de effecten van het wetsvoorstel op de bescherming van persoonsgegevens. Tevens dient te worden ingegaan op de verhouding van het wetsvoorstel tot het hoger recht, waaronder de AVG.

Door het uitvoeren van een PIA verplicht te stellen en bij de totstandkoming van regelgeving de bescherming van persoonsgegevens een vaste plek te geven in de memorie van toelichting is hiermee een basis gelegd die bijdraagt aan een succesvolle vereenvoudiging van regelcomplexiteit waar het gaat om gelaagde regelgeving. Dit door op het niveau van de wetgever in het licht van artikel 10 van de Grondwet nadrukkelijk de belangenafweging te maken of een wetsvoorstel recht doet aan de benodigde waarborgen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, stil te staan bij de verhouding van het wetsvoorstel tot het stelsel van de AVG en hierover in de memorie van toelichting, maar ook tijdens de verdere parlementaire behandeling verantwoording af te leggen.³⁴⁴

Een andere maatregel die de complexiteit wat betreft gelaagde regelgeving verder kan wegnemen, is in de AVG zelf gelegen, namelijk in artikel 36, vierde lid, van deze verordening, waarin voor de toezichthoudende autoriteit

³⁴⁴ Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij het voorstel van wet gegevensdeling samenwerkingsverbanden, maar ook de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2019/20, 35447, nrs. 3 en 6) en de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer (ongecorrigeerd stenogram 2020D51422).

de bevoegdheid is gelegen om over wetgevingsmaatregelen of daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerkingen te adviseren. Dit houdt in dat de AP niet alleen over wetten, maar ook AMvB's en ministeriële regelingen in verband met de verwerking van persoonsgegevens dient te worden geraadpleegd. Hiermee schept de AVG voor de AP de bevoegdheid om de juiste toepassing van de AVG te controleren ook wanneer er toepassing wordt gegeven aan in de wet opgenomen delegatiebepalingen.

Tot slot zet de overheid zich ook steeds meer in om aan verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen uit te leggen hoe sectorale wetgeving zich verhoudt tot de AVG en wat dit voor hen betekent. Gewezen kan worden op de website van de AVG-helppesdesk voor Zorg, Welzijn en Sport waarop factsheets zijn gepubliceerd bijvoorbeeld over de Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens zorg³⁴⁵, maar ook de website van het Programma Elektronische Gegevensuitwisseling³⁴⁶ en het Programma sociaal domein.³⁴⁷ Een dergelijke actieve inzet van de overheid helpt sectoren, maar ook betrokkenen, de weg te wijzen welke regels voor wie gelden en hoe sectorale regelgeving zich tot de AVG verhoudt. Dit bevordert in zoverre de reductie van regelcomplexiteit.

5.3.2. Interdependentie

In paragraaf 4.3 werd geconcludeerd dat het verschuiven van bevoegdheden op zichzelf niet leidt tot regelcomplexiteit, maar dat, indien de uitleg van normen onvoldoende kenbaar is en de toezichthoudende autoriteit onvoldoende het precaire evenwicht tussen de concentratie van haar voorlichtende en handhavende taak bewaart, tot gevolg heeft dat de werking van het stelsel van de AVG kwetsbaar is. Dit kan de rechtsonzekerheid bij de toepassing van het stelsel van open normen versterken. Bovendien maken de onzekerheid over de toepassing van het bouwsel van openbegrripsbepalingen en normen en de ongewisheid van de uitkomsten daarvan het complex voor de verwerkingsverantwoordelijken en daarmee ook voor betrokkenen om te bepalen hoe ten aanzien van specifieke verwerkingen invulling moet worden gegeven aan de verschillende sleutelbepalingen uit de AVG en de daarin opgenomen beginselen, zonder doorgaans vooraf zekerheid te verkrijgen van de toezichthoudende autoriteit.

³⁴⁵ <https://www.AVGhelpdeskszorg.nl/documenten/brochures/2020/07/01/vws-factsheet-wet-aanvullende-bepalingen-verwerking-persoonsgegevens-zorg>.

³⁴⁶ <https://www.gegevensuitwisselingindezorg.nl>

³⁴⁷ <https://www.programmasociaaldomein.nl/trajecten/uitwisseling-persoonsgegevens-en-privacy-upp>.

In de voorgaande hoofdstukken is reeds stilgestaan bij het wettelijk stelsel van de Wpr, de Wbp en de AVG. Een rode draad die daarin te herkennen is, is dat in opeenvolgende stelsels gekozen is voor een mix van overheidsregulering en zelfregulering, waarbij het instrumentarium om tot zelfregulering te komen in de loop der tijd is uitgebouwd, de rechten van betrokkenen zijn versterkt en de waarborgen rond transparantie over gegevensverwerking en gegevensdeling verder zijn vormgegeven. Met de komst van de AVG is tevens een fundament gelegd in de vorm van het samenwerkings- en coherentie-mechanisme tussen toezichthouders met een sleutelpositie voor het Comité om te komen tot een adequaat beschermingsniveau binnen de EU en om te komen tot vrij verkeer van persoonsgegevens tussen de lidstaten door middel van een level playing field voor verwerkingsverantwoordelijken.

In deze mix van overheidsregulering en zelfregulering en het daarbij behorende instrumentarium is de basis gelegen om de rechtsonzekerheid over de uitleg van open normen en sleutelbepalingen en de onzekerheid bij de toepassing van dit bouwsel te reduceren door vooraf zekerheid van de toezichthoudende autoriteit te verkrijgen.

Zowel onder de Wbp als onder de AVG ligt de verantwoordelijkheid voor de rechtmatige verwerking van persoonsgegevens bij de verwerkingsverantwoordelijke. Onder de AVG is dit verder benadrukt door in artikel 5, tweede lid, van de AVG een verantwoordingsplicht op te nemen. In paragraaf 4.4 is ingegaan op het instrumentarium dat verwerkingsverantwoordelijken zelf kunnen aanwenden om door middel van collectieve en individuele zelfregulering tot complexiteitsreductie te komen. Ook is geconstateerd dat het instrumentarium om tot collectieve zelfregulering te komen niet breed (gedragscode³⁴⁸) of zelfs niet (certificering³⁴⁹) door verwerkingsverantwoordelijken wordt ingezet, waardoor een belangrijk middel om tot reductie van complexiteit te komen in de praktijk niet wordt aangewend. Eerder zijn factoren benoemd die volgens verwerkingsverantwoordelijken aan deze vormen van collectieve zelfregulering in de weg staan.

³⁴⁸ In het register van het Comité staan nochtans twee gedragscodes genoemd die door toezichthoudende autoriteiten zijn goedgekeurd (https://edpb.europa.eu/our-work-tools/accountability-tools/register-codes-conduct-amendments-and-extensions-art-4011_en).

³⁴⁹ In het register van het Comité zijn nochtans geen goedgekeurde certificaten geregistreerd (https://edpb.europa.eu/our-work-tools/accountability-tools/certification-mechanisms-seals-and-marks_en).

In de Evaluatie van de AVG constateert ook de Europese Commissie dat het volledige AVGINstrumentarium, zoals certificeringsmechanismes en gedragscodes, beter benut moet worden, specifiek ook om naleving van de AVG voor het MKB beter werkbaar te maken. Zelf stimuleert de Europese Commissie dit mede door verlening van financiële steun aan de totstandkoming van EU-gedragscodes op het gebied van gezondheid en onderzoek. Daarbij roept zij het Comité op om verdere ondersteuning te bieden bij de volledige inzet van het AVG-instrumentarium Anders dan de inzet van de Europese Commissie op dit vlak zijn in zoverre geen factoren te noemen die de toepassing van het instrumentarium hebben vergemakkelijkt of die tot een bredere inzet van collectieve zelfregulering hebben geleid.

De individuele zelfregulering door een verplichte bredere inzet van de functionaris gegevensbescherming lijkt bij te dragen aan de vermindering van de regelcomplexiteit binnen individuele organisaties. In deze organisaties lukt het de functionaris gegevensbescherming steeds beter een volwaardige positie te verwerven³⁵⁰, zodat onder meer 'maatwerk' bij de uitleg van open normen en sleutelbepalingen beter mogelijk is. Documentatie ontbreekt over in hoeverre verwerkingsverantwoordelijken voldoen aan de verplichting uit artikel 35 van de AVG om een gegevensbeschermingseffectbeoordeling uitvoeren en of, wanneer deze beoordeling daartoe aanleiding geeft, ook daadwerkelijk aan de toezichthouder om een voorafgaande raadpleging wordt gevraagd. Wel is het de verwachting dat binnen organisaties waar een functionaris gegevensbescherming een volwaardige positie inneemt eerder aan deze verplichting uit de AVG wordt voldaan.³⁵¹

Om tot vergroting van de rechtszekerheid en rechtseenheid te komen, wijst de Europese Commissie de toezichthoudende autoriteiten op het belang om met name bij grensoverschrijdende verwerkingen het toezicht hierop beter te harmoniseren en klachten hierover efficiënter en succesvoller af te doen. Het Comité is met een reflectieproces hierover gestart. Verder merkt de Europese Commissie op dat de richtsnoeren van het Comité over het algemeen leiden tot tevredenheid bij de verschillende belanghebbenden, maar dat er wel behoefte is aan nadere duiding over een aantal belangrijke begrippen. Daarnaast zijn nationale richtsnoeren die volledig in overeenstemming zijn met die van het Comité van cruciaal belang voor een consequente toepassing van de AVG en om zodoende rechtseenheid te verkrijgen. Het is aan het

³⁵⁰ https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoeksrapport_def_-_na_bo.pdf.

³⁵¹ Winter e.a. 2022, p. 98.

Comité en de nationale toezichthouders om dit te waarborgen. Het is nog te vroeg om te kunnen beoordelen of deze oproep van de Europese Commissie en het proces van zelfreflectie door het Comité leidt tot vereenvoudiging van de regelcomplexiteit.

Een andere manier om rechtszekerheid en rechtseenheid te vergroten is de vorming van jurisprudentie. De verwachting is dat, anders dan onder de Wpr en Wbp, de jurisprudentievorming onder de AVG beter op gang komt, waardoor de regelcomplexiteit kan worden verminderd. Een positieve ontwikkeling op dat vlak kan worden ontwaard. Immers, sinds het van toepassing worden van de AVG dienen toezichthouders in de mate waarin het gepast is, te beslissen op klachten van betrokkenen, waaronder handhavingsverzoeken. Het aantal appellabele besluiten zal daardoor verder toenemen.³⁵² Ook de uitbreiding van het handavingsinstrumentarium en de geschilbeslechtsingsprocedure bij het Comité zullen tot een toename van het aantal (bestuurs) rechtelijke procedures leiden op nationaal niveau en op Europees niveau bij het Gerecht en het HvJEU. Dit laatste als gevolg van het stellen van prejudiciële vragen. Door de harmoniserende werking van de verordening kunnen ook besluiten van andere toezichthouders en de uitkomsten van de daaruit voortkomende procedures bij de nationale rechters in de verschillende lidstaten bijdragen tot een versnelde jurisprudentievorming en rechtsontwikkeling. Echter, of deze ontwikkeling ook daadwerkelijk zal doorzetten, moet de komende jaren verder blijken. Dit valt of staat met een goede informatie-deling zowel tussen toezichthouders als tussen rechterlijke instanties binnen de Europese Unie, waardoor de jurisprudentie per lidstaat in onderlinge samenhang kan worden gezien. Hetgeen uiteindelijk ertoe moet leiden dat de informatievoorziening door het Comité en de toezichthoudende autoriteiten op uniforme wijze voorziet in actuele richtsnoeren die beter dan tot op heden als operationele handreikingen voor de praktijk kunnen dienen. Behulpzaam kan daarbij zijn dat de rechter vanuit haar rechtsvormende taak, meer dan tot nu toe het geval is, nadrukkelijk de richtsnoeren en aanbevelingen van het Comité en richtsnoeren van de toezichthoudende autoriteit in haar overwegingen betreft en deze al dan niet in onderlinge samenhang exceptief toetst, waardoor voor verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen een beter zicht ontstaat op hoe aan de open normen en sleutelbepalingen in de praktijk toepassing moet worden gegeven.

³⁵² Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de AP kampt met een achterstand van 3.000 zaken in de afdoening van klachten. Het gemiddelde termijn, waarbinnen een klacht wordt afgedaan, betreft minimaal zes maanden (*Kamerstukken II 2019/20, aanhangsel van de Handelingen, nr 2177*).

Daarnaast kunnen twee andere ontwikkelingen worden genoemd die mogelijk zelfs kunnen bijdragen aan de complexiteitsreductie op dit vlak en de toegang tot de rechter voor betrokkenen kunnen bevorderen.

- In de uitspraak van 2 februari 2022 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in navolging van de 1 april-uitspraken door het hanteren van een ruime connexiteitseis ruimte geboden om een verzoek als bedoeld in artikel 82 AVG overeenkomstig artikel 8:88 Awb aan de bestuursrechter voor te leggen zonder dat betrokkene eerst een beroep heeft gedaan op zijn rechten genoemd in de artikelen 15 tot en met 22 AVG.³⁵³
- Op 1 januari 2020 is de Wet afwikkeling massaschade in collectieve acties in werking getreden. Deze wet maakt het eenvoudiger om massaschadegevallen via de Nederlandse rechter collectief af te wikkelen. Anders dan voorheen kan een belangenorganisatie voor haar achterban ook schadevergoeding in geld vorderen. Voor betrokkenen lijkt deze ingang voldoende effectief te zijn. Dit geteeld op het groeiend aantal collectieve rechtszaken.³⁵⁴

5.3.3. De invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving

Zoals reeds in paragraaf 4.5 werd geconcludeerd, lijken de normen en gedefinieerde rollen uit de Wbp en de AVG tot op heden in voldoende mate te zijn toegesneden op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die zich de laatste decennia in hoog tempo hebben voorgedaan. De invloed van deze ontwikkelingen op de toepasbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht maakt bij gebrek aan richtinggevende uitspraken van het Comité en de toezichthoudende autoriteiten de toepasbaarheid van de AVG voor verwerkingsverantwoordelijken maar ook voor betrokkenen complex. De door de Europese Commissie opgemerkte behoefte aan nadere duiding over een aantal belangrijke begrippen houdt hiermee verband. Ook de Minister voor Rechtsbescherming vraagt aandacht voor deze nadere duiding met name waar het gaat om begrippen die relevant zijn bij het gebruik van nieuwe technologie. Een voorbeeld hiervan betreft de verduidelijking van het begrip 'menselijke tussenkomst' als bedoeld in artikel 22 van de AVG. Hetgeen van groot belang is bij de inzet van autonome systemen.³⁵⁵

³⁵³ ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898, r.o. 22; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899, r.o. 19; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900, r.o. 21; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901, r.o. 27 en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:319, r.o. 14.1.

³⁵⁴ Als voorbeeld wordt bijvoorbeeld gewezen op Rb. Amsterdam 15 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1407.

³⁵⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 32761, nr. 2994.

De invloed van met name de technologische ontwikkelingen beperken zich niet tot het gegevensbeschermingsrecht. De digitale samenleving plaatst de Europese Commissie maar ook de Rijksoverheid voor nieuwe vraagstukken waarin strategische keuzes moeten worden gemaakt die zien op zowel het mogelijk maken van innovatie, als ook het bieden van een normatief kader. Deze keuzes raken ook aan op de toepasbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht. Daarmee leggen de Europese Commissie en de Rijksoverheid een basis om in potentie tot een succesvolle vereenvoudiging van regelcomplexiteit op dit vlak te komen. Hieronder wordt dit verder uitgewerkt.

De in paragraaf 4.5.1 weergegeven ontwikkeling in Europa tezamen met het voorstel van de Europese Commissie voor een verordening tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie³⁵⁶ raken rechtstreeks de relatie tussen het gebruik van nieuwe technieken en de verwerking van persoonsgegevens en zullen naast de AVG kaderstellend zijn voor de vraag of en in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden deze technieken mogen worden toegepast.

In Nederland heeft de ministerraad in november 2022 ingestemd met de werkagenda voor een veilige, inclusieve en kansrijke digitale samenleving. Het kabinet heeft in deze eerste werkagenda de thema's 'digitaal fundament' en 'digitale overheid' uit de hoofdlijnenbrief van 8 maart 2022 verder uitgewerkt en gespecificeerd. Een van de aspecten betreft het bouwen aan vertrouwen dat digitale systemen, waaronder algoritmes, aan publieke waarden voldoen en dat men begrijpt hoe deze werken. Om dit te bereiken wordt het gebruik van algoritmes bij de overheid transparant gemaakt in een toegankelijk algoritmeregister. Daarnaast heeft het kabinet een model voor een impact assessment met betrekking tot algoritmen en mensenrechten ontwikkeld, zodat overheden in een vroeg stadium risico's van algoritmen voor mensenrechten kunnen inventariseren en ondervangen.³⁵⁷ Dit is aanvulling op de gegevensbeschermingseffectbeoordeling op grond van de AVG. Ondanks dat deze instrumenten enkel van toepassing zijn of zullen zijn op de overheid zal daarvan wel een olievlekwerking uitgaan richting de private sector, nu bijvoorbeeld de richtlijnen ook van toepassing zijn op door de overheid ingekochte systemen, waar algoritmen onderdeel van zijn. Dit zal ook gelden voor het algoritme- en mensenrechten impact assessment. Om een

³⁵⁶ COM(2021) 206 final.

³⁵⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/25/impact-assessment-mensenrechten-en-algoritmes>.

referentiekader te bieden voor de overheid, heeft het kabinet eigen richtlijnen opgesteld voor het gebruik van algoritmen door overheden. Deze richtlijnen van 8 maart 2021 strekken ertoe de transparantie en uitlegbaarheid van data-analyses te vergroten, de kwaliteit en deugdelijkheid daarvan en de onderliggende algoritmen te verbeteren en bevatten concrete op de stand van de technologie afgestemde waarborgen die zien op bewustzijn van risico's, uitlegbaarheid, gegevensherkenning, auditeerbaarheid, verantwoording, validatie, toetsbaarheid en informatievoorziening aan het publiek.³⁵⁸ Hiermee wordt primair aan de overheid maar ook voor private partijen een handvat geboden om invulling te geven aan de informatieverplichting bij geautomatiseerde besluitvorming met in begrip van profilering als bedoeld artikel 14, tweede lid, aanhef onder g, van de AVG. Om de bescherming van horizontale privacy te verbeteren en om burgers meer mogelijkheden te bieden om tegen privacyschendingen op te komen heeft het kabinet een visie ontwikkeld, waarin wordt ingezet op vergroting van het privacy-bewustzijn bij en het handelingsperspectief van burgers en het versterken van de normering.³⁵⁹

Op 15 december 2021 werd in het coalitieakkoord aangekondigd dat zal worden geregeld dat algoritmen gecontroleerd worden op transparantie, discriminatie en willekeur en dat een algoritmetoezichthouder dit bewaakt.³⁶⁰ De algoritmetoezichthouder signaleert en analyseert risico's en effecten over alle sectoren en domeinen van de samenleving heen. Daarbij wordt samen- gewerkt met huidige toezichthouders, worden eventuele lacunes in toezicht geadresseerd en wordt waar mogelijk gezamenlijke normuitleg gestimuleerd. De algoritmetoezichthouder faciliteert en stimuleert samenwerking tussen colleges, markttoezichthouders en rijksinspecties, vooral in het digitale domein. Bij haar activiteiten heeft de algoritmetoezichthouder bijzondere aandacht voor de bevordering van transparantie en de risico's op het gebied van discriminatie en willekeur. Dit draagt eraan bij dat de negatieve effecten van algoritme-inzet worden tegengegaan en dat de positieve effecten optimaal kunnen worden benut. Het oprichten van een algoritmetoezicht- houder is onderdeel van de bredere opgave om algoritmen beter te reguleren en discriminatie en willekeur tegen te gaan en transparantie te bevorderen. Zodat volgens het kabinet mensen erop kunnen vertrouwen dat algoritmen

³⁵⁸ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2021/09/24/richtlijnen-voor-het-toepassen-van-algoritmen-door-overheden-en-publieksvoorlichting-over-data-analyses>.

³⁵⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, 34926, nr. 11.

³⁶⁰ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/01/10/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst>.

en AI-systemen aan publieke waarden voldoen, er zicht ontstaat op risicovolle inzet en het duidelijk is hoe deze werken.³⁶¹ De AP vervult de rol van algoritmetoezichthouder.

De open normen van de gegevensbescherming worden onder invloed van de Europese digitale strategie, de Europese datastrategie en de komst van de AI-verordening steeds verder en concreter ingevuld. Dat kan naar de toekomst toe mogelijk bijdragen aan het verminderen van de regelcomplexiteit, hoewel de interactie tussen de vele verordeningen voorlopig nog een uitdaging zal geven bij de beantwoording hoe de verschillende verordeningen zich tot elkaar zullen verhouden. Op nationaal niveau wordt enerzijds ingezet op het bieden van handvaten voor (met name) de (overheids)praktijk hoe dient te worden omgegaan met de toepassing van AI en het gebruik van algoritmen. Tevens zorgt de komst van een algoritmetoezichthouder ervoor dat op het toezicht op algoritme wordt gecoördineerd en de aandacht wordt dit onderwerp wordt vergroot. De verwachting is dat deze aanpak naar de toekomst toe zal bijdragen tot de reductie van regelcomplexiteit.

³⁶¹ Kamerstukken II 2022/23, 26 643, nr. 953.

6. Bevindingen regelcomplexiteit gegevens- beschermingsrecht

Het karakter van het gegevensbeschermingsrecht

Voordat de factoren die hebben bijgedragen aan de regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht worden besproken, wordt kort stilgestaan bij het karakter daarvan. Uit hoofdstuk 3 blijkt dat ook onder de Wpr en de Wbp open en vage normen als problematisch werden ervaren om te komen tot naleving van het gegevensbeschermingsrecht. Tegelijkertijd werd ook onderkend dat een opennormstelling nodig is om flexibel te kunnen inspelen op de ontwikkelingen die zich voordoen. De AVG is net als de Wbp te kenmerken als omnibuswetgeving. Door de brede toepasselijkheid van deze regelgeving is gebruik gemaakt van open begripsbepalingen en normen, waarbij de invulling van open begripsbepalingen in de concrete casuspositie bepaalt welke verplichtingen gelden. Het gaat hierbij om sleutelbegrippen zoals persoonsgegevens, verwerking, pseudonimisering, verwerkingsverantwoordelijk, verwerker en hoofdvestiging. Tevens dient in veel gevallen de concrete invulling van de beginselen, zoals doelbinding en verenigbaarheid, gegevensminimalisatie, juistheid, opslagbeperking en integriteit door de verwerkingsverantwoordelijke zelf te worden gegeven. Dit bouwsel maakt het ingewikkeld en daarmee complex voor partijen om aan het gegevensbeschermingsrecht toepassing te geven. Het stelsel van de AVG, als ook eerder de Wbp en in mindere mate de Wpr, kenmerkt zich als een mix van overheidsregulering en zelfregulering. Deze mix zou met de instrumenten om tot individuele en collectieve zelfregulering te komen, de rechten van betrokkenen, de transparantieplichtingen voor verwerkingsverantwoordelijken, het samenwerkings- en coherentiemechanisme en de bundeling van taken bij de toezichthoudende autoriteiten om snel te kunnen inspelen op technische en maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie met het oog op de adequate en uniforme toepassing van de normen uit de AVG binnen de Europese Unie, de complexiteit van het stelsel in belangrijke mate moeten kunnen wegnemen. In de praktijk blijkt dit echter nog niet het geval te zijn bijvoorbeeld doordat niet wordt gekomen tot collectieve zelfregulering, de toezichthoudende autoriteiten, mede in het licht van het samenwerkings- en coherentiemechanisme, tot op heden onvoldoende in staat zijn gebleken om bij te dragen aan het wegnemen van die complexiteit en om richting te geven aan de ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht. Daarnaast heeft de ontwikkeling van jurisprudentie zich in beperkte mate heeft voorgedaan. Dit maakt tevens dat de rechtszekerheid en de rechtseenheid in het gedrag komen.

6.1 Factoren die hebben bijgedragen aan de regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht

De belangrijkste bevindingen van het onderzoek naar de factoren die bij hebben gedragen aan de regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht zijn de hierna volgende.

I Gelaagde regelgeving

- De systematiek van de AVG biedt de mogelijkheid om op onderdelen als lidstaat nadere regels te stellen. Deze gelaagdheid van regelgeving kan ertoe leiden dat wettelijke regimes en systemen over elkaar heen schuiven. Dit maakt het gegevensbeschermingsrecht in zoverre complex. Dit doet zich voor in algemene uitvoeringswetgeving (de UAVG) maar ook op het niveau van sectorale regelgeving doordat stelsels en begrippenkaders naast elkaar en door elkaar heen bewegen of dat de verwerkingsverantwoordelijke geconfronteerd wordt met een opeenstapeling van regelgeving die in acht genomen moet worden bij de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens. Daarnaast ontstaat door de extraterritoriale werking van enkele nationale uitvoeringswetten een lappendeken aan regelgeving. Iets wat de AVG uit het oogpunt van harmonisatie nu juist beoogt tegen te gaan. Ook binnen het Koninkrijk is met de AVG de complexiteit van de gelaagdheid van regelgeving toegenomen doordat de AVG slechts op het Europees deel van het Koninkrijk van toepassing is en het Caribisch deel als 'derde land' wordt aangemerkt.

II Verschuiving van bevoegdheden

- De bundeling van concretiserende normuitleg en handhaving bij één overheidsorgaan, de toezichthouder, biedt de mogelijkheid om snel te kunnen inspelen op technische en maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie, maar ook om bevindingen vanuit concrete handhavingsbesluiten een sectorbrede vertaling in de vorm van concretiserende normuitleg te geven die met het oog op de interne markt een uniforme werking heeft binnen de Europese Unie. Het gebruik van soft law door het Comité in de vorm van richtsnoeren levert daarmee een bijdrage aan een grotere transparantie en adequate en uniforme toepassing van de normen uit de AVG in de lidstaten. Deze richtsnoeren komen tot stand buiten de bestaande democratische besluitvormingsprocedures. De desbetreffende richtsnoeren missen daarmee democratische legitimatie. Door het indirecte juridische effect en de doorwerking van de richtsnoeren op vele aspecten in het maatschappelijk leven is het niet alleen van belang dat de nationale rechter al dan niet met behulp van

prejudiciële vragen zich nadrukkelijk uitspreekt over de reden waarom en de mate waarin hij zich gebonden acht aan die richtsnoeren, maar ook dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de toezichthoudende autoriteiten de richtsnoeren en de praktische uitwerking daarvan toegankelijk en herkenbaar maken. Dit leidt er niet alleen toe dat het normconform handelen wordt vergroot, maar ook dat het draagvlak en daarmee de acceptatie van de norm wordt vergroot. Telkens dient door de toezichthoudende autoriteit voorafgaande aan de beslissing of al dan niet handhavend wordt opgetreden, te worden nagegaan of de verwerkingsverantwoordelijke weet of behoorde te weten wat van hem verwacht wordt om aan de in het geding zijnde norm te voldoen. Ook dient de weging of en wat voor termijn wordt gegund om normconform te handelen voordat tot handhaving wordt overgegaan en of een bestuurlijke boete wordt opgelegd voor verwerkingsverantwoordelijken voorspelbaar te zijn.

- Het verschuiven van bevoegdheden leidt op zichzelf niet tot regelcomplexiteit. Echter, indien de uitleg van normen onvoldoende kenbaar is voor verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen en de toezichthoudende autoriteit onvoldoende het precaire evenwicht tussen de concentratie van haar voorlichtende en handhavende taken bewaart, maakt dat de werking van het stelsel waarop de AVG berust kwetsbaar en kan de rechtsonzekerheid bij de toepassing van het stelsel van open normen versterken.

III Interdependentie

- De onzekerheid over de toepassing van het bouwsel van open begripsbepalingen en normen en de ongewisheid van de uitkomsten daarvan worden door de mix van overheidsregulering en zelfregulering vooralsnog niet weggenomen, nu de werking van de instrumenten die moeten bijdragen aan zelfregulering in de praktijk nog onvoldoende worden gebruikt. Dit in aanmerking genomen en de omstandigheid dat de ontwikkeling van jurisprudentie zich de afgelopen 30 jaar maar in beperkte mate heeft voorgedaan, staat de rechtszekerheid daarmee onder druk. Hierdoor is het voor verwerkingsverantwoordelijken complex om te bepalen hoe ten aanzien van specifieke verwerkingen invulling moet worden gegeven aan de verschillende sleutelbepalingen uit de AVG en de daarin opgenomen beginselen zonder daar doorgaans vooraf zekerheid over te verkrijgen van de toezichthoudende autoriteit. Het stelsel dient dan ook vooralsnog als complex te worden bestempeld.

IV De invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving

- De normen en gedefinieerde rollen uit de Wbp en de AVG lijken tot op heden in voldoende mate te zijn toegesneden op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die zich de laatste decennia in hoog tempo hebben voorgedaan. Hiermee is echter niet gezegd dat daarmee de invloed van deze technologische ontwikkelingen de toepasbaarheid van het gegevensbeschermingsrecht niet complex maakt. Het gebrek aan richtinggevende uitspraken van het Comité en de toezichthoudende autoriteiten over de toepasbaarheid van de AVG in relatie tot nieuwe technologieën, zoals AI en blockchain en gebruik van persoonsgegevens in relatie tot wetenschappelijk onderzoek, dragen eraan bij dat de toepassing van de AVG voor verwerkingsverantwoordelijken, maar ook voor betrokkenen complex is.

6.2 De kenmerken van regelcomplexiteit in relatie tot de gevonden factoren

In dit onderzoek is uitgegaan van een achttal kenmerken van regelcomplexiteit. Het gaat hierbij om de volgende in hoofdstuk 2 opgenomen kenmerken:

- toename van het aantal regels dat tegelijk op een concreet geval van toepassing is;
- meer lagen van regelgeving die op een bepaald geval van toepassing zijn;
- betrokkenheid van verschillende bestuursorganen bij de uitvoering van regelgeving, maar ook de afname van de centrale rol van de wetgever en de deconcentratie en spreiding van overheidsbevoegdheden;
- snelle veranderingen van geldende regels;
- een hoge mate van detaillering van de regels;
- interdependentie: de toepassing (of uitleg) van de ene regel is afhankelijk van de toepassing (of uitleg) van een andere regel (bijvoorbeeld doordat regels naar elkaar verwijzen of doordat zij hetzelfde begrip gebruiken);
- interferentie: werking (het effect) van de ene regel wordt mede bepaald door de werking van een andere regel;
- de invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving.

De gevonden factoren die hebben bijgedragen aan regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht zijn in een tabel per kenmerk in beeld gebracht in paragraaf 6.4. Hiermee is niet beoogd een gedetailleerde indeling te maken van factoren en kenmerken, maar vooral om een beeld (of grove indicatie) te geven welke kenmerken aan de hand van de factoren van regelcomplexiteit

prominent naar voren komen in het gegevensbeschermingsrecht. Deze indeling kan een vergelijking met de regelcomplexiteit in de ruimtelijke ordening vergemakkelijken, waarbij dient te worden opgemerkt dat het kenmerk van regelcomplexiteit 'de invloed van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen op de toepasbaarheid van regelgeving' enkel in het gegevensbeschermingsrecht relevant is.

Wat naar voren komt is, dat niet alle kenmerken van regelcomplexiteit zich voordoen. Gezien de ontwikkeling van het gegevensbeschermingsrecht en de wijze waarop het stelsel van regelgeving is ingericht, zijn de gelaagdheid van regelgeving, de concentratie van bevoegdheden, interdependentie en de toepassing van regelgeving in relatie tot technologische en maatschappelijke ontwikkelingen kenmerkend voor de regelcomplexiteit. De andere geïdentificeerde kenmerken van regelcomplexiteit spelen geen rol binnen het gegevensbeschermingsrecht. Zo is een toename van het aantal regels die tegelijk op een concreet geval van toepassing zijn en interferentie niet kenmerkend voor het stelsel van grondslagen en beginselen dat het gegevensbeschermingsrecht kenschetst en is eerder sprake van gelaagdheid van regelgeving. Naast de toezichthoudende autoriteit zijn geen andere bestuursorganen als uitvoeringsorganisatie aangewezen om uitvoering aan de AVG te geven, zodat betrokkenheid van verschillende bestuursorganen bij de uitvoering van regelgeving zich als kenmerk niet voordoet. Evenmin heeft zich binnen het gegevensbeschermingsrecht een snelle verandering van regelgeving en rechtsontwikkeling voorgedaan, maar volgt uit hoofdstuk 3 eerder het tegenovergestelde. Ook kenmerkt het gekozen stelsel van open en vage normen zich niet door een hoge mate van gedetailleerdheid van regelgeving.

De burger en het gegevensbeschermingsrecht

De burger is in het gegevensbeschermingsrecht niet alleen degene wiens persoonsgegevens worden verwerkt, maar ook degene die zelf persoonsgegevens verwerkt. De digitalisering van de samenleving maakt dat die rollen niet makkelijk meer te onderscheiden zijn en de aandacht voor het borgen van privacy en de bescherming van persoonsgegevens in de horizontale sfeer steeds belangrijker wordt. Dit vergt een andere kijk op hoe burgers zich in de samenleving zich tot elkaar verhouden, nu de digitale en analoge werkelijkheid steeds meer versmelten. Met de agenda horizontale privacy doet het kabinet hier een eerste aanzet toe.

Uit onderzoek blijkt dat EU-burgers zich in toenemende mate bewust zijn van de mogelijkheden die de AVG biedt om controle over hun gegevens te hebben, zowel door uitoefening van hun rechten (bijv. op wissing of rectificatie) maar ook door de procedurele mogelijkheden (bijv. om een klacht in te dienen over een gegevensverwerking).³⁶²³⁶³

Om de burger als betrokkene effectief haar rechten te laten uitoefenen is het zaak voor de toezichthoudende autoriteiten en het Comité om niet alleen aan verwerkingsverantwoordelijken maar ook aan betrokkenen meer in het algemeen voorlichting te geven over de definities uit de AVG, de grondslagen, de beginselen en de rechten van betrokkenen. Dit bijvoorbeeld om specifiek op betrokkenen gerichte informatie in de vorm van QenA's, factsheets, modelformulieren te verstrekken en informatiecampagnes te voeren. De AP doet dit bijvoorbeeld door middel van haar websites. Het vergt echter ook dat de verwerkingsverantwoordelijken weten hoe zij normconform kunnen handelen en hoe voldaan kan worden aan bijvoorbeeld de transparantieverplichtingen uit artikel 14 van de AVG. Immers wanneer betrokkenen niet weten dat hun persoonsgegevens worden verwerkt, komt aan het hebben van rechten in praktijk geen of ieder geval weinig betekenis toe. Zeker in een tijd van elkaar opvolgende technologische ontwikkelingen en de toename van geautomatiseerde gegevensanalyse is dit van groot belang. In dat kader is het niet alleen van belangrijk dat de toezichthoudende autoriteiten en het Comité uitleg geven over de invullingen van normen en sleutelbepalingen ook dienen zij op het niveau van sectoren of met meerdere verwerkingsverantwoordelijken die vooruitlopen in het ontwikkelen van nieuwe technologieën al dan niet in gezamenlijkheid in gesprek te gaan over welke onderwerpen spelen en waar een specifieke uitspraak over normen van de toezichthoudende autoriteiten wordt verwacht. Door hierover ook richting de betrokkenen te communiceren en daar een handelingsperspectief aan te koppelen, zorgt dit ervoor dat in een vroegtijdig stadium duidelijkheid wordt geboden niet alleen aan verwerkingsverantwoordelijken maar ook aan betrokkenen. Betrokkenen kunnen zo beter inschatten of de verwerkingsverantwoordelijke conform de AVG handelt en kunnen zo actie ondernemen, indien dit naar hun idee niet het geval is. In combinatie met besluitvorming door de toezichthoudende autoriteit naar aanleiding van klachten en handhavend optreden, zorgt dit ervoor dat de ontwikkelde normen ook

³⁶² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_2956.

³⁶³ European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) (2020): Fundamental Rights Survey 2019. Data protection and technology: <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/fundamental-rights-survey-data-protection>.

frequenter door de rechter worden getoetst, waarmee de rechtsontwikkeling verder op gang komt. Dit maakt het mogelijk om het stelsel verder te ontwikkelen en te verfijnen en vooral ook voor de burger beter toegankelijk te maken.

6.3 Pogingen tot vereenvoudiging

In dit rapport is ingegaan op maatregelen die mogelijk zouden kunnen bijdragen om tot vereenvoudiging te komen. De kwalificatie 'vereenvoudiging' is niet altijd even makkelijk te benoemen. Daarbij komt dat de analyse of een dergelijk maatregel succesvol is geweest in beperkte mate of zelfs nog niet kan plaatsvinden. Twee hierna genoemde elementen spelen daarbij een rol.

- In het gegevensbeschermingsrecht is de intentie om de groei aan complexiteit tegen te gaan en daarmee om tot vereenvoudiging te komen, behoudens het Vrijstellingsbesluit Wbp, nimmer het leidende motief geweest om tot de aanpassing van regelgeving over te gaan;
- De maatregelen die tot vereenvoudiging zouden kunnen leiden, zijn vaak zeer recent in gang gezet of bestaan nog slechts uit intenties, zodat de uitwerking daarvan naar de toekomst toe nog niet zichtbaar is.

Met gebrek aan een sluitende definitie over wat onder 'vereenvoudiging' zouden moeten worden verstaan, is aan de hand van de eerdergenoemde kenmerken gekeken welke maatregelen of ontwikkelen zich voor doen of hebben voorgedaan die in de praktijk bijdragen of hebben bijgedragen aan de reductie van de verschillende kenmerken van regelcomplexiteit en daarmee aan het bieden van meer rechtszekerheid en rechtseenheid.

- Om ten aanzien van de gelaagdheid van regelgeving de complexiteit te verminderen, is een regierol van de Europese Commissie noodzakelijk. De Europese Commissie heeft in het kader van de evaluatie te kennen gegeven deze rol op zich te nemen door de rechtmatigheid van de uitvoeringswetgeving van de lidstaten te blijven monitoren en de consistente van de nadere invulling van de AVG te bevorderen. Indien de Europese Commissie daarin slaagt, kan daarin een succesvolle maatregel tot vereenvoudiging zijn gelegen of wordt daarmee in ieder geval voorkomen dat de complexiteit verder toeneemt. Naast de voortdurende inspanningen van de wetgever op nationaal niveau om bestaande sectorale regelgeving in lijn te brengen met de AVG, kan het opnemen van een gegevensbeschermings-effectbeoordeling als verplichte kwaliteitseis in het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving als succesvol worden bestempeld om de

complexiteit te reduceren. Zeker nu daaraan ingevolge de Aanwijzingen voor de regelgeving gekoppeld is dat in de memorie van toelichting inzichtelijk wordt gemaakt wat de effecten van een wetsvoorstel op de bescherming van persoonsgegevens zijn en hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de AVG. Hierdoor wordt niet alleen geborgd dat door de wetgever wordt stilgestaan bij de verhouding van het wetsvoorstel tot het stelsel van de AVG en de daarin opgenomen grondslagen en beginselen, maar dat hierover in de memorie van toelichting, maar ook tijdens de verdere parlementaire behandeling verantwoording wordt afgelegd. Een andere maatregel die de complexiteit in zoverre verder kan wegnemen, is in de AVG zelf gelegen, namelijk in artikel 36, vierde lid, van deze verordening. De AP dient op grond daarvan niet alleen over wetten, maar ook AMvB's en ministeriële regelingen in verband met de verwerking van persoonsgegevens te worden geraadpleegd. Hiermee schept de AVG voor de AP de bevoegdheid om de juiste toepassing van de AVG te controleren ook wanneer er toepassing wordt gegeven aan in de wet opgenomen delegatiebepalingen.

- Sinds de Wpr wordt zelfregulering en met name collectieve zelfregulering als een belangrijk instrument gezien om het stelsel van open normen en sleutelbepalingen door te vertalen naar wat dit concreet betekent voor branches en sectoren en zou daarmee een succesvolle manier zijn om de complexiteit als gevolg van interdependentie weg te nemen. Zeker omdat een gedragscode instemming behoeft van de toezichthoudende autoriteit, waardoor in een vroeg stadium duidelijkheid ontstaat over de rechtmatigheid van verwerkingen van persoonsgegevens. Deze maatregel om tot vereenvoudiging te komen, is vooralsnog niet succesvol. In de praktijk blijkt het opstellen van een gedragscode en het proces van afstemming met en het verkrijgen van goedkeuring van de toezichthouder een tijdrovend, langdurig en kostbaar proces te zijn met uiteindelijk weinig concrete voordelen voor sectoren en daarmee verwerkingsverantwoordelijken. Tevens ervaren sectoren de aanstelling van een eigen toezichthouder om toezicht te houden op de naleving van de gedragscode — een door het Comité gestelde verplichting — als een obstakel. Een ander instrument om tot zelfregulering te komen, is wel succesvol gebleken. De functionaris gegevensbescherming is in staat gebleken een volwaardige positie te verwerven binnen organisaties die verplicht zijn om een dergelijke functionaris te hebben. Dit bevordert de naleving van de AVG binnen deze organisaties zal de inzet van andere instrumenten, zoals de gegevensbeschermingseffectbeoordeling, ten goede komen.

- Het Comité en de toezichthoudende autoriteiten hebben vanuit de taken die zij in de AVG toebedeeld hebben gekregen een belangrijke sleutelpositie wat betreft de uitleg van de open normen en begrippen en het toezicht op de naleving van de AVG. Deze bundeling stelt hen in de gelegenheid om snel te kunnen anticiperen op maatschappelijke en technologische ontwikkelingen en ontwikkelingen in de jurisprudentie. Hiermee bezitten zij een krachtig middel om rechtszekerheid voor verwerkingsverantwoordelijken en betrokkenen te bieden en rechtseenheid te bevorderen ten behoeve van het level playing field. Tot op heden is het Comité niet in staat gebleken om daaraan op succesvolle wijze invulling te geven, onder meer omdat uitspraken over de invulling van normen geen gelijke tred houden met de technologische ontwikkelingen en lopen richtsnoeren van nationale toezichthouders niet altijd in pas met die van het Comité. In Nederland lijkt de AP nog zoekende naar het evenwicht tussen normuitleg en handhaving en in dat licht het bieden van rechtszekerheid voor verwerkingsverantwoordelijken. Een in potentie succesvolle maatregel om meer grip te krijgen op de invloed van technologische ontwikkelingen en de toepasbaarheid van de AVG komt van de Europese Commissie en de invulling die zij geeft aan haar digitale strategie en datastrategie, maar ook op nationaal niveau onder meer door het in het leven roepen van een algoritmetoezichthouder.
- Anders dan onder de Wpr en Wbp het geval was, is de verwachting dat de jurisprudentievorming onder de AVG verder of versneld op gang komt, waardoor de regelcomplexiteit als gevolg van interdependentie kan worden vermindert. Immers, sinds het van toepassing worden van de AVG dienen toezichthouders in de mate waarin het gepast is, te beslissen op klachten van betrokkenen, waaronder handhavingsverzoeken, het aantal appellabele besluiten verder zal toenemen. Ook de uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium en de geschilbeslechtsingsprocedure bij het Comité zullen tot een toename van het aantal (bestuurs)rechtelijke procedures leiden op nationaal niveau en op Europees niveau bij het Gerecht en het HvJEU. Dit laatste als gevolg van het stellen van prejudiciële vragen. Door de harmoniserende werking van de verordening kunnen ook besluiten van andere toezichthouders en de uitkomsten van de daaruit voortvloeiende procedures bij de nationale rechters in de verschillende lidstaten bijdragen tot een versnelde jurisprudentievorming en rechtsontwikkeling. Echter, of deze ontwikkeling succesvol zal zijn om tot reductie van complexiteit te komen, moet de komende jaren blijken.

6.4 Tabel oorzaken complexiteit in het gegevensbeschermingsrecht

Toelichting tabel:
De symbolen geven een indicatie van de mate waarin de complicerende oorzaak in het gegevensbeschermingsrecht bijdraagt aan de regelcomplexiteit (per standaardfactor).

Oorzaken regelcomplexiteit in gegevensbeschermingsrecht	Toename aantal regels tegelijk van toepassing op een concreet geval	
Europese/nationale verhoudingen		
a. Onvoldoende informatiedeling toezichthouders (waardoor niet altijd geharmoniseerde normuitleg)	-	
Spanning rechtszekerheid en flexibiliteit		
b. Open normen	-	
c. Onvoldoende (operationele) normuitleg (nationaal en Europees)	-	
d. Onvoldoende kenbaarheid nationale normuitleg	-	
e. Technologie-neutrale wet- en regelgeving (gebrek aan duidelijkheid over toepassing AVG)	-	
f. Ruimte voor zelfregulering (onvoldoende benut)	-	
g. Niet-appellabele adviezen nationale toezichthouder	-	
h. (Beperkte) ontwikkeling jurisprudentie	-	
i. Verhouding met sectorale regelgeving	-	
j. Elke lidstaat eigen uitvoerings-wetgeving, soms met extraterritoriale werking	-	
k. Uiteenlopende regelingen binnen Koninkrijk (Europees Nederland, Caribisch Nederland en	X	

Draagt bij: + Kan bijdragen: +/- Draagt niet bij: - Niet onderzocht: X

2. Regelcomplexiteit in het gegevensbeschermingsrecht

Standaardfactoren regelcomplexiteit

	Meer lagen van regelgeving van toepassing op een concreet geval	Deconcentratie en spreiding van bevoegdheden Europees en nationaal niveau	Snelle veranderingen geldende regels (incl. afwijkingsmogelijkheden)	Gedetailleerde regels	Interdependentie	Interferentie	Toepasbaarheid regelgeving i.r.t. maatschappelijke en technologische ontwikkelingen
	-	+	-	-	+	-	+/-
	-	-	-	-	+	-	+
	-	+	-	-	+	-	+
	-	-	-	-	+/-	-	+/-
	-	+	-	-	+	-	+
	-	+	-	-	+	-	+/-
	-	+/-	-	-	+/-	-	+/-
	-	+/-	-	-	+	-	+
	+	-	-	-	+	-	-
	+	-	-	-	-	-	-
	+	X	X	X	X	X	X

3. Gezamenlijke conclusies met betrekking tot regelcomplexiteit

Inleiding

Op verzoek van de Raad van State hebben het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability van de Universiteit Utrecht en Hooghiemstra & Partners een pilot study uitgevoerd naar regelcomplexiteit in, respectievelijk, het ruimtelijke ordeningsrecht en het gegevensbeschermingsrecht. In de delen over het ruimtelijke ordeningsrecht en het gegevensbeschermingsrecht zijn de factoren van regelcomplexiteit geïnventariseerd en geanalyseerd. In deze gezamenlijke conclusies brengen wij de overeenkomsten ten aanzien van regelcomplexiteit met elkaar in verband en trachten we wetmatigheden in regelcomplexiteit te identificeren. Daarnaast stellen wij enkele oplossingsrichtingen voor om regelcomplexiteit voor de rechtzoekende burger te reduceren.

Gezamenlijke kenmerken regelcomplexiteit

De volgende kenmerken van regelcomplexiteit komen in zowel het gegevensbeschermingsrecht als het ruimtelijke ordeningsrecht naar voren:

- **Meer lagen van regelgeving die op een concreet geval van toepassing zijn**
Uit beide studies blijkt dat de burger geconfronteerd wordt met verschillende lagen van regelgeving. Wij onderscheiden daarbij een verticale en horizontale gelaagdheid. De verticale gelaagdheid ziet op hiërarchie van regelgeving, waarbij ook het EU-recht in beide rechtsgebieden een belangrijke rol speelt. De rechtspositie van de burger is daarmee afhankelijk van (onderling samenhangende) rechtsregels die op verschillende overheidsniveaus worden gesteld, de uitleg daarvan door de bestuursorganen die deze regels moeten toepassen en de rechter die deze regels, de toepassing en uitleg daarvan uiteindelijk toetst. Daarnaast zien we in beide studies 'horizontale gelaagdheid', waarbij op een concreet geval ook sectorale regelgeving van toepassing is. Deze gelaagdheid van regelgeving kan ertoe leiden dat wettelijke regimes en systemen (deels) over elkaar heen schuiven, waardoor deze regimes en systemen voor de rechtzoekende burger niet altijd duidelijk zijn.
- **De betrokkenheid van verschillende bestuursorganen/overheden bij de uitvoering van regelgeving**
Dit kenmerk hangt samen met het hierboven genoemde kenmerk dat de rechtspositie van de burger in een concreet geval afhankelijk is van het stellen, uitleggen en toepassen van (onderling samenhangende) rechtsregels door meerdere overheden. In het gegevensbeschermingsrecht betreft dit de deconcentratie en spreiding van bevoegdheden die sinds de inwerkingtreding van de Avg hebben plaatsgevonden over Europese en nationale overheidsorganen. Hierdoor is er onvoldoende uniforme

Europese normuitleg en wordt afbreuk gedaan aan de voortvarendheid waarmee uniforme normuitleg kan worden gegeven. Bovendien is normuitleg over gegevensbeschermingsrecht door de nationale toezichthouder soms onvoldoende kenbaar voor verwerkingsverantwoordelijken en burgers en is er weinig jurisprudentie waarin normuitleg wordt getoetst. In het ruimtelijke ordeningsrecht betreft het vooral de decentralisatie en fragmentatie van bevoegdheden, waarbij Rijk en provincie met het oog op nationale onderscheidenlijk provinciale belangen rechtstreeks rechtsregels voor de burger kunnen. Maar het betreft ook verschillende interbestuurlijke bevoegdheden om te interveniëren in de ruimtelijke besluitvorming op decentraal niveau. Op Rijksniveau is er bovendien sprake van fragmentatie van ruimtelijke bevoegdheden over de verschillende ministeries.

- **Interdependentie**

Zowel het gegevensbeschermingsrecht als het ruimtelijke ordeningsrecht kent veel open begripsbepalingen en open normen die in veel gevallen in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Wat deze open normen in een concreet geval betekenen voor de rechtspositie van de burger, is veelal afhankelijk van de wijze waarop andere overheden deze normen nader invullen/uitleggen in regelgeving (m.n. in het ruimtelijke ordeningsrecht) en de besluitvorming en het oordeel van de rechter daarover. Dit maakt dat de vraag of, en zo ja, welke regels in een concreet geval van toepassing zijn en hoe deze moeten worden geïnterpreteerd niet altijd eenvoudig te beantwoorden is. Het ontbreken van (kenbare) normuitleg (zie hiervoor) en het achterblijven van de ontwikkeling in de jurisprudentie (vooral in het gegevensbeschermingsrecht) veroorzaken regelcomplexiteit.

Oplossingsrichtingen reductie regelcomplexiteit

Om de regelcomplexiteit (met de hiervoor genoemde gezamenlijk kenmerken) voor de rechtzoekende burger te verminderen, stellen de onderzoekers de volgende oplossingsrichtingen voor:

1. Overzichts- en voorlichtende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak

In zowel het ruimtelijke ordeningsrecht als het gegevensbeschermingsrecht is de rechtspositie van de burger in een concreet geval afhankelijk van de interpretatie van open normen door bestuursorganen en uiteindelijk door de rechter (interdependentie). In die gevallen vormt de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een bron van recht(sregels). De rechtzoekende burger zal uit die jurisprudentie moeten afleiden wat zijn rechtspositie in een concreet geval is. De spanning tussen de rechtsvormende en geschilbeslechtende taak van de Afdeling is daarbij een complicerende factor,

omdat niet altijd duidelijk is of een uitspraak van de Afdeling een rechtsvormend karakter heeft. De rechtszoekende burger moet daardoor – in het ruimtelijke ordeningsrecht vaak uit een veelheid van uitspraken – algemene rechtsregels ontwaren om zijn rechtspositie in een concreet geval goed te kunnen bepalen. Bij de introductie van nieuwe wet- en regelgeving moet de jurisprudentie zich nog ontwikkelen, zodat de burger in die gevallen geen houvast heeft aan de jurisprudentie van de Afdeling. De Afdeling bestuursrechtspraak zou de regelcomplexiteit kunnen verminderen door in overzichts- en voorlichtende uitspraken aan te geven op welke wijze de Afdeling bestuursrechtspraak wet- en regelgeving en daarin opgenomen open normen interpreteert, toepast of invult, zodat de rechtzoekende burger meer houvast wordt geboden bij het bepalen van zijn rechtspositie en de regelcomplexiteit voor hem afneemt. In het ruimtelijke ordeningsrecht is die ontwikkeling al ingezet. Deze ontwikkeling heeft zich bij de Afdeling bestuursrechtspraak nog niet ingezet ten aanzien van het gegevensbeschermingsrecht.

Daarmee samenhangend zou de Afdeling bestuursrechtspraak duidelijkheid kunnen verschaffen over de status van uitspraken. Waar overzichtsuitspraken en voorlichtende uitspraken voor het publiek duidelijk herkenbaar zijn qua opzet en structuur zijn richtinggevende uitspraken niet direct herkenbaar. Dergelijke uitspraken zouden duidelijk kunnen worden gemarkeerd en zouden bijvoorbeeld in een persbericht ook als zodanig kunnen worden aangemerkt.

2. Codificatie van rechterlijke uitspraken in wet- en regelgeving

Indien de betekenis van een rechtsregel (open norm) is geconcretiseerd in jurisprudentie, dan kan de codificatie van die jurisprudentie door de wet- en/of regelgever regelcomplexiteit verminderen en kan de wetgever of regelgever die jurisprudentie in wet- of regelgeving eventueel bijsturen. Een voorbeeld hiervan is de codificatie van de jurisprudentielijn van de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van het overgangsrecht in bestemmingsplannen, dat zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld. Er zijn bij de Afdeling bestuursrechtspraak nog geen voorbeelden van codificatie in wet- en regelgeving ten aanzien van het gegevensbeschermingsrecht.

3) Maak regelcomplexiteit onderdeel van de uitvoeringstoetsen en wetgevingsadvisering bij de totstandkoming van wetten en Algemene Maatregelen van Bestuur (AMvB's).

Om regelcomplexiteit proactief tegen te gaan, wordt aanbevolen om bij de totstandkoming van wetgeving en AMvB's in het kader van de uitvoeringstoetsen de gevolgen van de introductie van nieuwe wet- en regelgeving

voor de regelcomplexiteit (van het gehele stelsel) te beoordelen. De kenmerken die in deze studies zijn gehanteerd zouden daarbij onder meer als beoordelingscriteria kunnen fungeren. Deze beoordeling is niet alleen nuttig bij grote stelselwijzigingen, maar juist ook bij beperktere wijzigingen van wet- en regelgeving, omdat daarbij het risico bestaat dat deze wijzigingen niet worden gezien in het licht van de structuur van het hele wettelijke stelsel. Dit geldt ook voor sectorale wet- en regelgeving die een relatie heeft met het bestaande stelsel. De Afdeling advisering van de Raad van State kan in het kader van de wetgevingsadviesing beoordelen of regelcomplexiteit zich (alsnog) voordoet en adviseren op welke wijze deze kan worden gereduceerd.

4. Evaluatie van wet- en regelgeving op regelcomplexiteit

In het verlengde van punt 3 zou het nuttig zijn om ook los van wijzigingen van wet- en regelgeving regelmatig de regelcomplexiteit van het gehele stelsel tegen het licht te houden. Daartoe zou in (bestaande) evaluatiebepalingen expliciet kunnen worden benoemd dat bij de evaluatie regelcomplexiteit een van de evaluatiecriteria is. Zeker wanneer regelcomplexiteit in het kader van de uitvoeringstoetsen of in het kader van de wetgevingsadviesing als een risico gesignaleerd is, kan een evaluatie een duidelijke meerwaarde hebben. Tevens kan daarmee de effectiviteit van eventuele getroffen reducerende maatregelen worden onderzocht. De gevolgen van regelcomplexiteit zouden daarbij nadrukkelijk in kaart kunnen worden gebracht vanuit het perspectief van de burger.

5. Normuitleg door overheden en belangen- en deskundigenorganisaties

Voor de invulling van open normen in concrete gevallen of categorieën van gevallen kunnen norminterpreterende documenten worden opgesteld, zodat de burger in 'standaard gevallen' zijn rechtspositie beter kan bepalen. Bestaande voorbeelden zijn de VNG-Brochure, modelverordeningen, gedragscodes en staalkaarten. Ook zou bij het geven van normuitleg door het Europees Comité voor gegevensbescherming en de Autoriteit Persoonsgegevens meer aandacht gegeven kunnen worden aan de 'standaard gevallen' door voorbeelden daarvan uit te werken op een voor de burger en het MKB toegankelijke wijze.

6. Draag bij aan vereenvoudiging door voorlichting en het geven van uitleg

Voor zover regelcomplexiteit niet wordt of kan worden opgelost, kunnen de gevolgen daarvan voor de burger worden gereduceerd door het bieden van digitale hulpmiddelen (en voorlichting), zoals het omgevingsloket, ruimtelijkeplannen.nl, Infomil, hulpbijprivacy.nl.

4. Verslag expertmeeting
regelcomplexiteit
21 maart 2022

Aanwezig:

Marlon Boeve, Eric Daalder, Thijs Drouen, Jacques van Eck, Hanneke Ellerman, Jan-Joost van Gastel, Wim van Gelder, Frank Groothuijse, Eric Helder, Theo Hooghiemstra, Jasper Krommendijk, Henk Lubberdink (vz), Tonny Nijmeijer, Ben Schueler, Michiel Tjepkema (verslag), Luc Verhey, Ben Vermeulen.

Opzet expertmeeting

De expertmeeting bestond uit een algemeen deel, een bijzonder deel met vijf korte presentaties van experts uit de praktijk. In het algemeen deel werd de aanwezigen gevraagd om hun reactie op de deelrapporten en de gezamenlijke conclusie. Ook werd aan hen gevraagd aan te geven, wat naar hun mening kenmerken en oorzaken van regelcomplexiteit zijn en welke remedies mogelijk zijn.

In het bijzonder deel hebben vijf genodigden ieder een korte presentatie gehouden waarin zij het thema regelcomplexiteit vanuit hun eigen invalshoek en expertise hebben verkend: Hanneke Ellerman (advocaat-partner bij Six advocaten), Wim van Gelder (jurist gemeente Utrecht en adviseur omgevingsrecht bij Van Gelder & De Vries), Jasper Krommendijk (universitair hoofd-docent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit), Tonny Nijmeijer (staatsraad advocaat-generaal en hoogleraar Omgevingsrecht aan de Radboud Universiteit), en Jan-Joost van Gastel (oud-rechter in de rechtbank Arnhem en staatsraad bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State).

In de presentaties en in de discussies die daarop volgde is alle genodigden gevraagd in het bijzonder aandacht te besteden aan de volgende vragen:

- Welke bijdrage kan de (bestuurs)rechter leveren om door de burger ondervonden regelcomplexiteit te verminderen?
- Welke instrumenten kunnen daarbij van nut zijn (bijv. overzichtsuitspraken, andere manier van opstellen van uitspraken)?

Algemeen deel

De discussie start met een debat over de vraag wat 'regelcomplexiteit' eigenlijk is. Een probleem is volgens *Nijmeijer* dat het niet alleen gaat om wettelijke regels die complex zijn maar dat ook rechtspraak een bron van regelcomplexiteit is. *Schueler* licht toe dat het inderdaad de opzet was om ook jurisprudentierecht mee te nemen. Er is een wisselwerking: het gaat niet alleen om ingewikkelde wetten, maar in bredere zin om ingewikkelde rechtsregels. Vandaar dat de onderzoekers is gevraagd om ook aanbevelingen te doen voor de wijze waarop de (bestuurs)rechter regelcomplexiteit kan verminderen.

Helder vraagt zich af hoe regelcomplexiteit zich verhoudt tot regeldruk. Is regeldruk in de rapporten niet ondergewaardeerd? Een veel voorkomende oorzaak van ervaren regeldruk is de snelheid waarmee wijzigingen in regelgeving elkaar opvolgen. Als sprake is van zich opeenstapelende materiële veranderingen, levert dit veel regeldruk op.

Daarnaast mag niet uit het oog worden verloren dat het voor de waardering van het fenomeen regelcomplexiteit uitmaakt met welke burger je te maken hebt; de grote ondernemer die zich juridisch kan laten bijstaan ervaart regeldruk en -complexiteit als minder groot probleem dan de aanvrager van kinderopvangtoeslag.

Vermeulen observeert dat in het rapport regelcomplexiteit wordt gedefinieerd aan de hand van een aantal kenmerken, zoals de overlap van regels en de betrokkenheid van actoren van meerdere overheidsniveaus. De oplossingsrichtingen zijn vooral procedureel van aard. Helaas ontbreken inhoudelijke aanknopingspunten voor het oplossen van regelcomplexiteit. Zo kan gesteld worden dat een regelsysteem soms eenvoudiger wordt als je de regels op één niveau toepast, zoals in het strafrecht en het burgerlijk recht. Het bestuursrecht kan niet op die manier worden vorm gegeven: bestuursrecht moet per definitie veellagig worden vormgegeven, hetgeen hoe dan ook tot een grotere complexiteit leidt.

Verhey wijst erop dat in het gegevensbeschermingsrecht te zien is dat regelgeving op verschillende niveaus aan verschillende actoren wordt overgelaten. Zo laat de AVG veel over aan nationale regelgevers. Dat is een duidelijke overeenkomst met het omgevingsrecht. Belangrijk verschil is dat het probleem bij in het gegevensbeschermingsrecht de vaagheid van de open norm is, daar waar het omgevingsrecht juist uitgaat van gedetailleerdheid. De rapporten laten zien dat er weliswaar veel overeenkomsten bestaan tussen het gegevensbeschermingsrecht en het omgevingsrecht, maar dat er ook belangrijke verschillen tussen de rechtsgebieden bestaan. Voor de analyse van het fenomeen regelcomplexiteit is dat belangrijk: er is niet een *one size fits all*-oplossing beschikbaar.

In hoeverre is de rechtspraak zelf onderdeel van het probleem? *Daalder* stelt dat de rapporten enigszins de suggestie wekken dat alles wat de Afdeling doet goed is, maar klopt dat wel? De ABRvS draagt zelf ook bij aan complexiteit door bijvoorbeeld uitzonderingen op een hoofdregel toe te staan. Dat is typisch iets des rechters, die in zoverre het recht compliceren.

Groothuijse en Boeve antwoorden dat zij een spanning signaleren tussen de rechtsvormende taak van de rechter en de noodzaak om een concreet geschil op te lossen. Bij de Hoge Raad speelt dit spanningsveld minder, gelet op diens rechtsvormende taak. Moet de Afdeling die kant op willen? Zij zien bij de Afdeling in elk geval meer aandacht voor de rechtsvormende taak. Overzichtsuitspraken dragen aan duidelijkheid bij en zijn een manier om ervaren complexiteit door ordening te verminderen.

Presentatie Hanneke Ellerman

Ellerman stelt dat in het omgevingsrecht bij uitstek gelaagdheid van regels een rol speelt. Zij bespreekt een uitspraak die het probleem van regelcomplexiteit illustreert: ABRvS 16 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2896. In deze zaak was woningbouw voorzien op een voormalig kassengebied bij Rijsenhout. Naast het bestemmingsplan en het Bro was ook het Luchthaven-indelingsbesluit (LIB, onder meer ter voorkoming van geluidsoverlast) van toepassing. In het Bro en het LIB kwam het begrip “bestaand stedelijk gebied” voor maar de vraag was of daarmee hetzelfde werd bedoeld. De regelgeving was daarover niet zonder meer duidelijk en de toelichting en de wet-geschiedenis gaven die duidelijkheid ook niet. Appellanten beriepen zich op jurisprudentie van de Afdeling maar die is vaak casuïstisch geeft daarmee niet altijd de door de praktijk gevraagde richting. Dit leidt soms tot verwarring in de praktijk over de reikwijdte van de uitspraak: reikt die verder dan beslechting van het voorliggende geschil? De Afdeling kan de complexiteit soms verminderen door duidelijkheid te bieden over de interpretatie van een open norm. Dat gebeurde in deze zaak: de Afdeling vernietigde de uitspraak van de rechtbank omdat deze het begrip ‘bestaand stedelijk gebied’ in het geldende LIB anders had geïnterpreteerd dan in het Bro, terwijl dat begrip naar het oordeel van de Afdeling op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het gelijklopende begrip in het Bro. De uitspraak bevat een aantal aspecten die in het licht van regelcomplexiteit ook interessant zijn: de Afdeling verwijst namelijk naar haar overzichtsuitspraak van 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1724. Verder stelt de Afdeling uitdrukkelijk dat een uitspraak van haar over deze materie was ‘toegespitst op die concrete situatie, zodat aan die overweging geen algemene betekenis kan worden toegekend’. Het ware misschien beter geweest als in de betreffende uitspraak nog meer was benadrukt dat de concrete omstandigheden in dat geval tot deze uitspraak hebben geleid en daar dus geen verder reikende betekenis aan toekwam maar in ieder geval verschafte de voorliggende uitspraak (achteraf en voor de toekomst) die duidelijkheid.

Ellerman vervolgt naar aanleiding van dit laatste punt dat de praktijk soms aan de haal gaat met een uitspraak van de Afdeling zonder dat duidelijk is of de uitspraak bedoeld is louter als geschilbeslechting in het individuele geval of juist een bredere strekking heeft. Zij noemt dat een “wapperuitspraak” omdat het een uitspraak is waar in veel situaties een beroep op kan worden gedaan. Grote bestemmingsplanzaken bevatten soms passages die een ‘let op’- aspect bevatten, waarin een nieuwe lijn wordt ingezet. Een uitspraak kan 80% op het individuele geval zijn toegespitst maar ook principiële passages bevatten. Het zou de praktijk helpen als de Afdeling duidelijker zou zijn wanneer een uitspraak bedoeld is als een rechtsvormende en dus meer algemeen toepasbare uitspraak, bijvoorbeeld door op te merken: ‘anders dan voorheen’. Wellicht kan door verwijzing naar eerdere uitspraken een soort Droste-effect worden gecreëerd. Dit is volgens haar ook een taak voor de Afdeling, niet alleen voor de wetenschap. Het zou goed zijn als de Afdeling in haar overwegingen explicieter is waar zij op voortbouwt.

Schueler antwoordt dat het voor colleges met een primair rechtsvormende taak makkelijker is om rechtsvormende van casuïstische te onderscheiden. Hij is er niet voor om vaker aan te geven dat een uitspraak geen bredere strekking dan het onderhavige geval heeft. Dat is vaak pas later te beoordelen. Niet één zaak is precies hetzelfde als een andere. Je wil niet op de rem trappen door te zeggen ‘ziet enkel op dit geval’: zaken zijn onvoorspelbaar. Wel zou in een uitspraak kunnen worden opgenomen dat een aangedragen uitspraak geen wapperuitspraak was maar geen verdere strekking had dan het onderhavige geval. .

Presentatie Wim van Gelder

Van Gelder bereidt de gemeente Utrecht voor op de komst van de Omgevingswet.

Hij wijst erop dat regelcomplexiteit in Utrecht soms een rol speelt als de gemeente – Utrecht is een GroenLinks-gemeente – hoge ambities heeft (bijvoorbeeld in de klimaatopgave, CO2-reductie en beperken van het autoverkeer), maar hogere regels een remmende werking hebben. De ambities zijn soms hoger dan de rijksregels toestaan. Dus probeert Utrecht de regels soms te omzeilen door via een andere route, zoals private overeenkomsten, de beleidsdoelen te halen. Vanuit het gezichtspunt van de ontwikkelaar leidt dit tot een hogere complexiteit.

Van Gelder stelt dat hij in het rapport aandacht heeft gemist voor de verhouding tussen verschillende bestuursorganen. Een burger klaagt makkelijker bij een

raadslid dan bij een wethouder. Dat leidt ertoe dat de gemeenteraad graag wil meepraten over een concrete uitvoeringskwestie, wat bijvoorbeeld blijkt uit moties en amendementen die niet stroken met de wettelijke bevoegdheidstoedeling. Die amendementen worden soms door de ABRvS onderuit gehaald. Soms is de wet zelf verwarrend: het is bijvoorbeeld onlogisch dat de gemeenteraad in een planschadeverordening procesregels moet stellen over de wettelijke bevoegdheid van het college om te beslissen op planschadeverzoeken.

Lubberdink vraagt wat de bestuursrechter kan doen om het leven van de gemeente makkelijker te maken.

Van Gelder stelt dat hij in elk geval graag bezwaar en beroep overslaat. Dat gaat wellicht ten koste van de inhoudelijke heroverweging maar in principiële zaken, waarin partijen hoe dan ook in hoger beroep gaan, behoud je het tempo. Verder bevreemdt het hem dat in het omgevingsrecht vaak sprake is van beroep bij één instantie, maar twee instanties in zaken die inhoudelijk niet altijd ergens over gaan.

Van Eck vraagt in hoeverre ervaringen van gemeenten met complexe regels gebundeld worden door gemeenten, met een boodschap aan de wetgever om het anders te doen. Hij deed zelf twee ingewikkelde uitspraken over woningsplitsing, waarvan hij zich kan voorstellen dat de gemeente verzucht dat er sprake is van een 'onhanteerbaar regelwoud'.

Van Gelder antwoordt dat de G4 wel overleg heeft met het ministerie. Soms ziet het ministerie het ook als probleem en wordt het wel opgelost. Ook wijst hij erop dat beleidsstukken vaak tot complexiteit leiden. Deze hebben niet het doel om iets helder te regelen; de juridische toepasbaarheid staat in zulke stukken minder voorop.

Presentatie Jasper Krommendijk

Krommendijk staat stil bij de vraag hoe de prejudiciële procedure zich verhoudt tot regelcomplexiteit. In hoeverre kan deze procedure bijdragen aan het terugdringen van complexiteit. Of is het middel erger dan de kwaal en zijn we met de procedure juist verder van huis?

Het doel van de prejudiciële procedure is het bieden van duidelijkheid wanneer die er niet is, namelijk wanneer de nationale rechter vragen heeft over de uitleg (of geldigheid) van het Unierecht. Deze functie komt ook in beide rapporten naar voren. Drouen en Hooghiemstra wijzen er bijvoorbeeld op dat het Hof van Justitie een rol kan hebben in de uitleg van de status en inhoud van

soft law richtsnoeren van het Europees Comité voor Gegevensbescherming. Zij stellen dat het belangrijk is dat nationale rechters zich, al dan niet met behulp van prejudiciële vragen, nadrukkelijk uitspreken over de reden waarom en de mate waarom zij zich gebonden achten aan die richtsnoeren. De procedure draagt aldus bij aan de vorming van (Europese) jurisprudentie, het zorgt voor rechtseenheid en het vergroot de rechtszekerheid door bijvoorbeeld strijdigheden tussen het nationale en het Unierecht te voorkomen of op te lossen.

Tegelijkertijd weten we dat de procedure en antwoorden van het HvJ ook kunnen leiden tot méér onduidelijkheid. Het kan zijn dat het antwoord zich niet eenduidig laat interpreteren of dat de uitspraak niet goed aansluit op nationaal recht. Het kan ook in Luxemburg misgaan, wanneer nationaalrechtelijke finesses verloren raken in Luxemburg. Het HvJ vertaalt de vragen van de nationale rechter namelijk altijd naar de Europese context zodat deze te begrijpen zijn voor alle rechters. Soms slaat het HvJ een geheel andere weg in dan de verwijzende rechter voor ogen staat, of haalt er andere begrippen bij waar de nationale rechter bewust niet op in is gegaan. Deze problemen zijn soms ook het gevolg van gebrekkige informatieverstrekking door de verwijzende nationale rechter.

Krommendijk wijst erop dat ook andere meer contextuele aspecten kunnen maken dat het EU-recht en de opzet van de procedure in bredere zin complexiteit in de hand werken: casuïstische rechtspraak en een niet meewerkende wetgever of uitvoerder.

Het zal immer lastig zijn voor het Hof om definities te geven van open sleutelbepalingen. Zoals ook Thijs Drouen en Theo Hooghiemstra stellen is de invulling vaak afhankelijk van de feitelijke situatie (p. 146). Denk aan de afbakening tussen ‘verwerkingsverantwoordelijke’ en ‘verwerker’. Dit zie je op praktisch alle terreinen. Dit betekent dus ook dat rechtspraak zeer casuïstisch van aard is en zich stapsgewijs ontwikkelt. Rechters moeten dus steeds opnieuw naar Luxemburg met vragen over gevallen die op bepaalde punten weer afwijken van reeds verwezen casusposities, met het risico van inconsistenties.

De rechter is soms ook afhankelijk van de wetgever en uitvoerder. Groothuijse en Boeve beschrijven op pagina's 61-62 hoe een krampachtige en minimalistische implementatie van de M.E.R.-richtlijn over milieueffectrapportages steeds opnieuw een gang naar Luxemburg nodig maakte. Een restrictieve wetgever die de Unierechtelijke kantjes er van af loopt draagt aldus niet echt bij aan eenvoudiger regels. Dit geldt zeker ook voor het migratierecht.

Hoe te voorkomen dat de procedure er voor zorgt dat we door de bomen het bos niet meer zien? De oplossing ligt niet in het stellen van minder vragen. Een deel van de oplossing zit in een betere bewustwording. Nationale rechters, maar ook de partijen en hun advocaten, moeten zich bewust zijn hun verantwoordelijkheid in het samenspel met Luxemburg. Zij moeten er voor zorgen dat een antwoord uit Luxemburg inderdaad bijdraagt aan het terugdringen van regelcomplexiteit en past op het voorliggende geschil en de nationale context van wet- en regelgeving.

Hoe dit te doen? De verwijzende rechter moet een discursieve, goed onderbouwde verwijzingsuitspraak doen die voorkomt dat het HvJ zelf lacunes moet opvullen door op internet te zoeken of partijen te bevragen met het risico dat er foute aannames worden gedaan. Hij dient daartoe (1) helder de nationale feitencomplex schetsen; (2) een complete uiteenzetting geven van het kader van nationale wet- en regelgeving, (3) de redenen en noodzaak voor verwijzing uiteenzetten, zeker als ook andere dan juridische motieven reden voor verwijzing zijn en (4) proberen een voorkeursantwoord op te nemen.

Daalder wijst op een praktisch aspect: bij prejudiciële verwijzing is je zaak 2,5 jaar weg en kan je in de tussentijd niets doen. Is een systeem denkbaar dat je vraag stelt, maar intussen ook doorgaat?

Krommendijk antwoordt dat op nationaal niveau meer zou kunnen worden gecoördineerd door de vraag aan andere rechters informeel voor te leggen. Internationaal zou afstemming via het ACA-netwerk kunnen worden bereikt, zodat je zelf in de hand houdt welke zaken moeten worden aangehouden en welke niet.

Daalder werpt tegen dat Duitsers en Oostenrijkers een hele andere privacy-cultuur hebben. Het moeilijke is dat wij niet aan de vragen gebonden zijn die zij stellen (dus hoeven we niet aan te houden als zij prejudicieel verwijzen) maar het is ook moeilijk onze keuzes helemaal los te zien van keuzes die in buitenlandse stelsels worden gemaakt. De vraag is of er op Europees niveau gedachten bestaan om zaken toch door te laten gaan. Het systeem is nu heel centralistisch. *Krommendijk* antwoordt dat hem niet bekend is uit andere stelsels dat zaken toch doorlopen na verwijzing.

Presentatie Nijmeijer

Nijmeijer start met de stelling dat regelcomplexiteit in belangrijke mate het gevolg is van ondeskundigheid van de regelgever. Dit kan op verschillende manieren blijken:

A Onduidelijke regel:

- doel/resultaat niet doordacht.
- formulering ingewikkeld: verwijzing naar andere regels, die ook weer extra complex zijn,
- ondeugdelijke verwijzing naar andere (beleids)regels
- onlogische plaats in samenstel van regels.

Nijmeijer illustreert deze gebreken met voorbeelden uit onder meer het omgevingsplan Binckhorst (Den Haag).

B De regel is niet bedoeld als regel:

- 'knippen en plakken' (bijv. stedenbouwkundige bureaus knippen en plakken en spreken van een molenbiotoop in een gebied zonder molens)
- Privaatrechtelijke figuren worden publiekrechtelijk gemaakt: Rood voor Rood-contracten worden door de gemeenteraad als bijlage bij een bestemmings- of omgevingsplan gevoegd maar die contracten zijn niet bedoeld als toetsingsnorm in dat plan.
- Beleidsdocumenten worden opgenomen in een bijlage, wat de suggestie wekt dat het een aanhangsel is, maar dat document fungeert soms feitelijk als norm. *Nijmeijer* illustreert dit aan de hand van het Omgevingsplan Buitengebied 2016 (Boekel).

C Onvoldoende kennis van instrumentarium:

- De melding wordt gehanteerd in plaats van het besluit.
- De plaats van het instrument in het (wettelijk) systeem wordt miskend.

Nijmeijer is van oordeel dat de Afdeling soms duidelijker signalen aan de wetgever kan geven. Ook kan zij nadrukkelijker de staf breken over een aantal van de onder A, B en C genoemde gebreken. Zo zou de Afdeling iets kunnen zeggen over de vraag of een regel zich leent als toetsingsnorm en over het gebruik van de melding in plaats van een besluit. Dan moet je echter wel buiten de beroepsgronden durven treden. *Helder* werpt tegen dat daar een spanning zit en dat je niet te veel buiten die gronden kunt treden.

Schueler stelt dat het ultra petitum gaan niet verboden is, maar niet mag in het nadeel van de burger. Wellicht zijn we daarin te terughoudend en moeten we vaker doen als het in het voordeel van de burger is.

Verhey vraagt zich af we het vandaag niet te veel over symptoombestrijding hebben. Als ondeskundige en rommelige wetgeving een belangrijke oorzaak is van regelcomplexiteit, moeten we dan niet meer investeren in de opleiding van regelgevers? Doen we daaraan nu genoeg? In Leiden is wetgevingsvraagstukken een keuzevak in de master. De master is sterk gericht op togaberoepen en veel op casuïstiek. Moeten we niet een ander gesprek voeren?

Nijmeijer is het Verhey eens dat onder veel juristen de kennis over regelgeving erbarmelijk is. Er is wel een Academie voor wetgeving, maar dit is een heel beperkte oplossing voor het probleem met maar circa 22 deelnemers per jaar.

Vermeulen vindt wetgevingskwaliteit weliswaar heel belangrijk, maar wijst er op dat het maken van goede wetgeving een hele zware opgave is. Bij de Afdeling advisering is al wel aandacht voor regelcomplexiteit: dit aspect kan aan de orde komen bij de toets naar de burgervriendelijkheid en de 'doenbaarheid' van een wet. Maar misschien moet de AARvS daar nog meer werk van maken.

Vermeulen stelt ook nog een vraag over de Omgevingswet. Deze was bedoeld om het systeem van het omgevingsrecht overzichtelijker te maken. Bijna alle collega's vinden het enorm ingewikkeld geworden. Hoe kan deze wet zo ver zijn losgezongen van de oorspronkelijke bedoelingen van mindere complexiteit en zelfs eenvoud?

Volgens *Nijmeijer* zijn er twee fouten gemaakt. Ten eerste is van meet af aan volgehouden dat het huidige recht ingewikkeld is. Dat verhaal klopt gewoon niet; in 1985 is al gekeken naar globalere bestemmingsplannen – dat kon toen al en dat kan nu dus ook. Maar gemeenteraden wilden dat niet, je gaat al snel detailleren. Die behoefte zal ook bestaan onder de Omgevingswet. Het gros van de Kamerleden weet niet waar ze voor hebben gestemd. Nu begint door te dringen waarmee ze akkoord zijn gegaan. Analyse van het werkelijke probleem deugt niet. Ten tweede hangen veel ongelukken samen met het feit dat de Crisis- en herstelwet gebruikt is om volop te experimenteren. Stedenbouwkundige bureaus zijn gaan experimenteren.

Volgens *Schueler* is het probleem dat de weg naar eenvoud is gezocht in integratie, terwijl dit de zaken juist ingewikkelder maakt. Als je overzicht wil bewaren haal je ze juist uit elkaar. Alles integreren betekent ook alle risicofactoren integreren.

Presentatie Jan-Joost van Gastel

In zijn presentatie staat Van Gastel stil bij zijn ervaring als eerste lijnsrechter met de wijze waarop moest worden omgegaan met de rechtspraak van de Afdeling. Wat kan de ABRvS nu doen voor eerste lijn, zodat er geen of minder complexiteit wordt ervaren?

- communicatie: hoe gaat dat in uitspraken
- informatieverstrekking aan rechtbanken
- rechtsvinding

Van Gastel stelt allereerst dat het lastig is om conclusies te trekken uit de vraag of een uitspraak door een enkel- of een meervoudige kamer is gedaan. De buitenwereld kan nu niet zien dat een uitspraak in concept uitvoerig in allerlei beraden is besproken. Hij spreekt dan ook de wens uit dat belangrijke uitspraken altijd meervoudig worden gedaan en het belang van de uitspraak ook iets principiëler/duidelijker maken.

Hij komt ook terug op het fenomeen van de wapperzaak en deelt de aanbeveling dat duidelijk moet worden gemaakt dat een uitspraak rechtsvormend is.

Rechtbankrechters willen zaken afdoen en willen geen vergezichten. Voor hen kunnen overzichtsuitspraken erg handig zijn om te weten wat de jurisprudentielijnen zijn. Opmerkelijk is het onderwerp en de timing van veel overzichtsuitspraken. Keuzes voor onderwerpen relativiteit, 8:29 (geheimhouding stukken) en art. 91-2Vw zijn duidelijk niet met het oog de rechtbanken gemaakt. Indien mogelijk pleit *Van Gastel* daarom het gesprek met de rechtbanken aan te gaan en te vragen over welk onderwerp zij behoefte zouden hebben aan een overzichtsuitspraak.

Van Eck vraagt zich af hoe de conclusies van de staatsraden-advocaat-generaal zich verhouden tot regelcomplexiteit. In zijn beleving kunnen conclusies leiden tot verdere juridisering, waarbij hij wijst op de correctie-Widdershoven en het vertrouwensbeginsel. De vraag is of de conclusies voldoende vanuit het belang van de burger geschreven worden.

Volgens *Van Gastel* dragen sommige conclusies het risico in zich dat je door de veelheid van besproken onderwerpen door de bomen het bos niet meer ziet. Soms is er ook onduidelijkheid over de precieze strekking van een uitspraak naar aanleiding van een conclusie. De conclusie en uitspraak over de houtverordening hebben nieuwe nuanceringen over ex tunc- en ex nunc-toetsing bewerkstelligd. Maar voor de rechtbanken is ongewis wanneer we welke elementen in de beoordeling moeten betrekken. Een conclusie die tot minder houvast leidt, is lastig, daar moet de Afdeling ook oog voor hebben. Een ander voorbeeld van complicerende rechtspraak is de nuancering op de belanghebbendheid via het criterium 'gevolgen van enige betekenis'. Was die correctie nou zo verstandig? Daarbij zou ook het perspectief van de gemiddelde jurist moeten gelden: zou deze met deze uitspraak ook aan de slag kunnen?

