

**Onderwerp**

Informatie naar aanleiding van interpellatiedebat op 26 januari 2022

Kern mededeling:

Tijdens het interpellatiedebat 'Infomerer Provinciale Staten Datacenter Zeewolde' 26 januari 2022 bestond onduidelijkheid over

1. het door het college betrekken van uw Staten bij de anterieure overeenkomst zoals bedoeld in de Provinciewet (PW) en
2. het kunnen toepassen van de reactieve aanwijzing zoals bedoeld in de Wet ruimtelijke ordening (Wro).

Over deze twee onderwerpen wordt nadere informatie gegeven. Op basis daarvan wordt het volgende geconcludeerd:

- Er staat een 'kennelijke' fout in de Provinciewet, waardoor de conclusie is getrokken dat de anterieure overeenkomst niet vooraf aan PS voorgelegd hoeft te worden voor 'wensen en bedenkingen'. Dit raakt de relatie tussen GS en PS. De rechtsgevolgen van de anterieure overeenkomst blijven in stand.
- Het datacenter te Zeewolde kan niet met een reactieve aanwijzing tegen gehouden worden. Er is geen aanleiding om een proactieve aanwijzing te geven.

Mededeling:

Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op:

1. het betrekken van PS bij de anterieure overeenkomst;
2. de mogelijkheid om een reactieve aanwijzing te geven.

1. Het betrekken van Provinciale Staten bij een anterieure overeenkomst

Tijdens het interpellatiedebat van 26 januari 2022 bestond onduidelijkheid of Gedeputeerde Staten (GS) ook Provinciale Staten (PS) op grond van de Provinciewet (PW) om 'wensen en bedenkingen' hadden moeten vragen voordat de anterieure overeenkomst mede door de provincie werd aangegaan/ondertekend.

Het betrekken van PS middels wensen en bedenkingen bij een anterieure overeenkomst

In artikel 158, lid 1 van de PW staan de bevoegdheden van GS opgesomd. Vervolgens is de betrokkenheid van Provinciale Staten (PS) bij de uitoefening van die bevoegdheden in artikel 167 van de PW vastgelegd. Voor regelgeving die op enig moment geldt, wordt de officiële site van de overheid geraadpleegd (overheid.nl). [wetten.nl - Regeling - Provinciewet - BWBR0005645 \(overheid.nl\)](https://wetten.nl/Regeling-Provinciewet-BWBR0005645/overheid.nl) Gelezen artikel 158, lid 1 onder **d** van de PW zijn GS in ieder geval bevoegd besluiten te nemen m.b.t. tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de provincie. Hieruit blijkt dat GS bevoegd zijn om tot privaatrechtelijke rechtshandelingen te besluiten, waaronder het besluit om een privaatrechtelijke overeenkomst aan te gaan. Een anterieure overeenkomst is een privaatrechtelijke overeenkomst.

In artikel 167, lid 4 van de PW is bepaald dat GS PS vooraf inlichtingen geven over de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in artikel 158, eerste lid, onder **e, f en h**, indien PS daarom verzoeken of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de provincie. In het laatste geval nemen GS geen besluit dan nadat PS hun wensen en bedenkingen terzake ter kennis van GS hebben kunnen brengen.

Registratienummer

2922983

Datum

8 maart 2022

Afdeling/Bureau

SENB

Openbaarheid

Openbaar

Portefeuillehouder

Appelman, J.N.J.

Ter kennisname aan PS en burgerleden

Mededeling

Bladnummer

2

Registratienummer

2922983

Hierin wordt dus **niet** verwezen naar artikel 158, lid 1 onder d, waar de anterieure overeenkomst onder valt.

Een fout in Provinciewet

Naar nu blijkt, staat er in artikel 167, lid 4 van de PW een foutieve verwijzing naar artikel 158.

Per 1 januari 2020 is vanwege een wetswijziging door de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wrna) ook de PW gewijzigd. De wetgever heeft artikel 158, lid 1 onder d ('oud') geschrapt en de onderdelen e t/m h, weer laten aansluiten door deze te verletteren naar d t/m g.

De wetgever heeft echter over het hoofd gezien dat er in artikel 167, lid 4 en lid 5 wordt verwezen naar artikel 158, lid 1. Met andere woorden deze verwijzing is niet aangepast.

Deze fout in de PW moet juridisch geduid worden als een 'kennelijke verschrijving'. In een dergelijk geval moet niet de letterlijke tekst van de wet gevolgd worden, maar de bedoeling van de wetgever.

Indien bovenstaande correctie wordt vertaald naar artikel 167 lid 4 van de PW, dan komt deze te luiden:

"Zij (GS) geven provinciale staten vooraf inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in artikel 158, eerste lid, onder d, e en g, indien provinciale staten daarom verzoeken of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de provincie. In het laatste geval nemen gedeputeerde staten geen besluit dan nadat provinciale staten hun wensen en bedenkingen terzake ter kennis van gedeputeerde staten hebben kunnen brengen."

Gelet hierop hadden GS bij het sluiten van de anterieure overeenkomst moeten toetsen of artikel 167, lid 4 PW in dit geval van toepassing is. De bepaling in het vierde lid van artikel 167 van de PW is immers geclausuleerd, namelijk "...indien provinciale staten daarom verzoeken of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de provincie".

Gezien de omvang van het datacenter en de discussie rond het Datacenter Zeewolde hadden GS op grond van artikel 158, lid 1 onder d PW in samenhang gelezen met artikel 167, lid 4 PW de conclusie kunnen trekken dat PS de gelegenheid hadden moeten krijgen om 'wensen en bedenkingen' te uiten. Gelet op het vertrouwelijke karakter van de anterieure overeenkomst had dit dan in een besloten sessie moeten plaatsvinden.

In de voorbereidingsfase van de anterieure overeenkomst is de Provinciewet (PW) geraadpleegd en is de aangetroffen wetstekst gevolgd (met de onjuiste verwijzing naar artikel 158). Dit heeft tot de conclusie geleid dat de anterieure overeenkomst niet vooraf voor 'wensen en bedenkingen' aan PS hoefde te worden voorgelegd. De fout van de wetgever in de Provinciewet heeft dus bijgedragen aan deze situatie. Hoewel de PW de mogelijkheid dus wel biedt, is ook naar de gebruikelijke werkwijze gekeken bij het opstellen van privaatrechtelijke overeenkomsten, waarvoor het college het bevoegde gezag is. Bij nieuwe bedrijfsvestigingen komt het zelden voor dat deze voor wensen en bedenkingen aan PS worden voorgelegd.

Het bieden van de gelegenheid om wensen en bedenkingen ter kennis van GS te brengen heeft verder geen rechtsgevolgen. Het niet volgen van de bepalingen van artikel 158 en artikel 167 PW raakt de relatie tussen het college en PS, maar heeft geen rechtsgevolgen voor de aangegane anterieure overeenkomst.

Ten overvloede het volgende.

De fout in de Provinciewet -die overigens ook in artikel 160, lid 1 juncto artikel 169, lid 4 en 5 van de Gemeentewet zit- is inmiddels gemeld bij het ministerie van BZK. De correcties worden per nota van wijziging toegevoegd aan het Wetsvoorstel bevorderen integriteit en functioneren centraal bestuur, dat binnenkort plenair behandeld zal worden in de Tweede Kamer.

2. De mogelijkheid om een reactieve aanwijzing te geven

Tijdens het interpellatiedebat 26 januari 2022 is gewezen op een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State dat voor het geven van een reactieve aanwijzing op het bestemmingsplan het beleid niet eerst vertaald hoeft te zijn in algemene regels (ABRS 16 februari 2011, 201005138). Gevraagd is hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de situatie met betrekking tot Trekkersveld IV.

Reactieve aanwijzing

Om deze uitspraak goed te duiden is de geschiedenis van de reactieve aanwijzing van belang. Bij de wijziging van de ruimtelijke wetgeving in 2008 verdween de goedkeuring door Gedeputeerde Staten (GS) van alle gemeentelijke bestemmingsplannen. GS kregen daarvoor in de plaats het instrument reactieve aanwijzing dat ze alleen kan inzetten bij bestemmingsplannen die in strijd zijn met een provinciaal belang.

Met een reactieve aanwijzing kunnen GS corrigerend optreden bij een bestemmingsplan dat door de gemeenteraad is vastgesteld. Dat doet ze door onderdelen uit het bestemmingsplan te halen die in strijd zijn met een provinciaal belang/provinciaal beleid (ze schiet er als het ware gaten in). De reactieve aanwijzing is geregeld in artikel 3.8, lid 4 en lid 6 Wro en artikel 4.2, lid 1 Wro. Hierin zijn voorwaarden voor de toepassing gegeven:

1. Er moet een provinciaal belang in het geding zijn.
2. Een reactieve aanwijzing mag alleen gegeven worden als GS daarvoor een zienswijze tegen het ontwerp-bestemmingsplan hebben ingediend en deze zienswijze is niet geheel door de gemeente overgenomen.
3. Daarnaast is een reactieve aanwijzing alleen nog mogelijk als de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan wijzigingen in het bestemmingsplan hebben aangebracht die niet voortvloeien uit de zienswijze van de provincie. Er mag dan een reactieve aanwijzing gegeven worden over de gewijzigde onderdelen die in strijd zijn met een provinciaal belang.
4. Een reactieve aanwijzing moet binnen 6 weken na vaststelling van het bestemmingsplan worden gegeven.
5. Als er een reactieve aanwijzing wordt gegeven, moeten GS motiveren waarom ze geen andere bevoegdheid of instrument hadden kunnen inzetten. Hiermee heeft de wetgever beoogd dat het instrument bij wijze van uitzondering wordt ingezet als "ultimum remedium". Het is niet bedoeld voor seriële of herhaalde inzet.

Twee uitspraken van de Raad van State

De genoemde motiveringsplicht is door veel mensen zo gelezen dat een reactieve aanwijzing alleen mogelijk is als deze gebaseerd is op een Wro-verordening (= algemene regels). Deze lezing heeft ertoe geleid dat veel provincies bij de invoering van de Wro in 2008 bijna al hun ruimtelijk beleid hebben vertaald in een Wro-verordening (bij een Wro-verordening gaat het om instructieregels aan gemeenteraden om een onderwerp in hun bestemmingsplannen te vertalen). Deze lezing van de Wro is echter niet geheel juist, zoals blijkt uit uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 16 februari 2011 (zaak 201005138) inzake een plan in Zuid-Holland en later uit de uitspraak op 12 juli 2017 (zaak 201607297) inzake Zuiderzee op Zuid in Flevoland. Bij de eerste uitspraak werd door de provincie Zuid-Holland beargumenteerd dat ze het betreffende provinciale beleid in een Wro-verordening wilde vertalen en dat ze daarom een reactieve aanwijzing konden inzetten. Op het moment van de behandeling bij de RvS had de provincie al stappen gezet om die beoogde vertaling in een Wro-verordening op te nemen.

In Flevoland is de lezing gehanteerd dat een reactieve aanwijzing naast een verordening ook gebaseerd kan worden op (bestendig) beleid. Gelet op de beleidsprocessen en de geldende bestemmingsplannen was namelijk gebleken dat gemeenten het doorgaans eens waren met het provinciale beleid: veelal komt het beleid van provincie en gemeenten overeen. Hierdoor is er geen

Mededeling

Bladnummer

4

Registratienummer

2922983

noodzaak om dat beleid te vertalen in een Wro-verordening met instructies aan de gemeenten. Daarom is in Flevoland niet al het ruimtelijk beleid vertaald in (instructie)regels in een verordening, maar is steeds afgewogen wat de meerwaarde van vertaling in een verordening is, om onnodige regeldruk te voorkomen, of heeft ze invulling gegeven aan een opdracht van het Rijk om een onderwerp in een Wro-verordening te vertalen (zoals de NNN).

Bij Zuiderzee op Zuid is vanuit de provincie Flevoland dan ook gemotiveerd dat een reactieve aanwijzing ook gebaseerd kan zijn op beleid en dat vertaling in een Wro-verordening niet nodig is als er sprake is (of tot dan toe was) van beleidscongruentie. De Raad van State is in deze redenatie mee gegaan, alleen is de reactieve aanwijzing om een andere reden vernietigd (er zou sprake zijn van een zeer uitzonderlijke situatie). Gelet hierop kan een reactieve aanwijzing ook gebaseerd zijn op provinciaal beleid, waarvan duidelijk is dat de desbetreffende gemeente zich (tot dan toe) in dat beleid kon vinden.

In het geval van datacenters heeft de provincie nog geen toegesneden beleid. Zoals uitgelegd in de mededeling aan PS van 19 januari 2022 (#2904010) kan met een reactieve aanwijzing de komst van het datacenter niet tegen gehouden worden. De provincie heeft met een amendement wel aangegeven dat zij voorlopig een stop op nieuwe datacenters willen hebben. Het amendement eerbiedigt de ruimte in bestaande bestemmingsplannen en lopende procedures – waaronder het datacenter bij Zeewolde. [Amendement-A-GroenLinks-PvdD-50PLUS-JA21-Geen-medewerking-aan-nieuwe-datacenters-1.pdf \(gemeenteoplossingen.nl\)](#). De provincie heeft dus geen bestendig beleid waarop een reactieve aanwijzing die gericht is om het datacenter in Zeewolde tegen te houden, kan worden gebaseerd.

Proactieve aanwijzing

Naast de reactieve aanwijzing is er ook het instrument proactieve aanwijzing. Met een proactieve aanwijzing kunnen GS een gemeenteraad de opdracht geven om iets in een bestemmingsplan te gaan regelen. Waar de reactieve aanwijzing binnen zes weken na vaststelling van het bestemmingsplan gegeven moet worden, kan de proactieve aanwijzing op ieder moment ingezet worden. Tot op heden heeft de provincie met haar correctief instrumentarium (reactieve aanwijzing) ervoor kunnen zorgen dat de gemeentelijke bestemmingsplannen geen strijdigheden vertonen met het provinciale beleid. Voor het toepassen van de proactieve aanwijzing gaat het daarom om nieuwe zaken die verankering in een bestemmingsplan behoeven. Dat kan gaan om nieuw beleid, maar ook om de realisatie van een specifiek project. Een proactieve aanwijzing is geregeld in artikel 4.2, lid 1 tot en met lid 5 Wro. Een proactieve aanwijzing is een schriftelijk verzoek tot aanpassing van het bestemmingsplan. Een gemeente kan te maken krijgen met zogenoemde 'hogere kosten' voor het aanpassen van het bestemmingsplan en de aanpassing kan leiden tot planschade. De gemeente kan die hogere kosten en planschade (deels) in rekening brengen bij de verzoeker (de provincie). Afhankelijk van de rol van de provincie in het traject totdat er een proactieve aanwijzing wordt gegeven, kan de inzet van het instrument ook wat betekenen voor het imago van de provincie. Dat is dan wel mede afhankelijk van de inhoud en zwaarte van de proactieve aanwijzing. Gelet op het provinciale beleid en de reactie van de gemeente om zó zodanig in het bestemmingsplan te regelen dat daarmee recht wordt gedaan aan het provinciale beleid, is er op dit moment geen aanleiding om een proactieve aanwijzing te geven.

Bijlagen

Naam bijlage:	eDocs nummer:	Openbaar in de zin van de WOB (ja/nee aangeven)

Mededeling

Bladnummer

5

Registratienummer

2922983

Bijlage: wetsteksten voor betrekken van Provinciale Staten bij uitoefening GS-bevoegdheden

*Wetstekst over bevoegdheid GS inzake een anterieure overeenkomst:
artikel 158, lid 1 onder d Provinciewet*

1. Gedeputeerde Staten zijn in ieder geval bevoegd:

(...)

d. tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van de provincie te besluiten;

(...)

*Wetstekst over betrekken PS bij de uitoefening van GS-bevoegdheden:
artikel 167, lid 4, Provinciewet*

4. Zij geven provinciale staten vooraf inlichtingen over de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in artikel 158, eerste lid, onder d, e en g [correctie door steller; wetstekst luidt nu nog: onder e, f en h], indien provinciale staten daarom verzoeken of indien de uitoefening ingrijpende gevolgen kan hebben voor de provincie. In het laatste geval nemen gedeputeerde staten geen besluit dan nadat provinciale staten hun wensen en bedenkingen terzake ter kennis van gedeputeerde staten hebben kunnen brengen.

(...)

Bijlage: wetsteksten voor reactieve aanwijzing en proactieve aanwijzing

Wetstekst over reactieve aanwijzing: artikel 3.8, lid 4 en lid 6 Wro

4. In afwijking van het derde lid wordt het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan zes weken na de vaststelling bekendgemaakt, indien door gedeputeerde staten, Onze Minister of Onze Minister wie het aangaat een zienswijze is ingediend en deze niet volledig is overgenomen of indien de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan daarin wijzigingen heeft aangebracht ten opzichte van het ontwerp, anders dan op grond van zienswijzen van gedeputeerde staten, Onze Minister of Onze Minister wie het aangaat. In zodanig geval zenden burgemeester en wethouders na de vaststelling onverwijld langs elektronische weg het raadsbesluit aan gedeputeerde staten onderscheidenlijk Onze Minister of Onze Minister wie het aangaat.

6. Indien aan de in het vierde lid bedoelde voorwaarden is voldaan kunnen gedeputeerde staten onderscheidenlijk Onze Minister, onverminderd andere aan hen toekomende bevoegdheden, binnen de in dat lid genoemde termijn met betrekking tot het desbetreffende onderdeel van het vastgestelde bestemmingsplan aan de gemeenteraad een aanwijzing als bedoeld in [artikel 4.2, eerste lid](#), onderscheidenlijk [artikel 4.4, eerste lid, onder a](#), geven, ertoe strekkende dat dat onderdeel geen deel blijft uitmaken van het bestemmingsplan zoals het is vastgesteld. [Artikel 4.2, tweede tot en met vierde lid](#), onderscheidenlijk [artikel 4.4, tweede tot en met vierde lid](#), zijn op deze aanwijzing niet van toepassing. Gedeputeerde staten onderscheidenlijk Onze Minister vermelden in de redengeving de aan het besluit ten grondslag liggende feiten, omstandigheden en overwegingen die de provincie onderscheidenlijk het Rijk beletten het betrokken provinciaal onderscheidenlijk nationaal belang met inzet van andere aan hen toekomende bevoegdheden te beschermen. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan wordt alsdan met uitsluiting van dat onderdeel, samen met het aanwijzingsbesluit en op gelijke wijze door burgemeester en wethouders bekendgemaakt. De in het vierde lid genoemde termijn wordt hiertoe met een week verlengd. De termijn voor indiening van een beroepschrift tegen het aanwijzingsbesluit vangt aan met ingang van de dag na die waarop dit besluit ter inzage is gelegd. Zodra het aanwijzingsbesluit onherroepelijk is geworden vervalt het vaststellingsbesluit voor dat onderdeel.

Mededeling

Bladnummer

6

Registratienummer

2922983

Wetstekst over pro-actieve aanwijzing: artikel 4.2 Wro

1. Indien provinciale belangen dat met het oog op een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk maken, kunnen gedeputeerde staten aan de gemeenteraad een aanwijzing geven om binnen een daarbij te bepalen termijn een bestemmingsplan vast te stellen overeenkomstig daarbij gegeven voorschriften omtrent de inhoud van dat bestemmingsplan.
2. Er wordt niet overgegaan tot toepassing van het eerste lid dan na overleg met burgemeester en wethouders en niet eerder dan vier weken nadat provinciale staten in kennis zijn gesteld van het voornemen tot het nemen van het besluit.
3. Bij het toepassen van het eerste lid kunnen gedeputeerde staten tevens verklaren dat een bestemmingsplan als bedoeld in het eerste lid door de gemeente wordt voorbereid. [Artikel 3.7](#) is van overeenkomstige toepassing. Een door gedeputeerde staten vastgesteld voorbereidingsbesluit wordt gelijkgesteld met een door de gemeenteraad vastgesteld voorbereidingsbesluit.
4. Op de voorbereiding van een besluit tot aanwijzing als bedoeld in het eerste lid is [afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht](#) van toepassing.
5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gegeven over de vormgeving, inrichting en beschikbaarstelling van de aanwijzing.