Hekkelman Advocaten N.V.
Prins Bernhardstraat 1
6521 AA Nijmegen
www.hekkelman.nl

Postbus 1094
6501 BB Nijmegen
T 024 - 382 83 84
advocatuur@hekkelman.nl

Hekkelman advocaten | notarissen

Gemeente Utrecht
T.a.v. mevrouw De Groot
Postbus 16200
3500 CE UTRECHT

Per e-mail : eveline.de.groot@utrecht.nl

Nijmegen, 21 februari 2024

Ons kenmerk
Utrecht/Mandaat m.e.r.-beoordelingsbesluit
20231720 - 2807214/2 - MC/

Telefoonnummer
024 - 382 84 95

E-mail
m.copier@hekkelman.nl

Faxnummer
024 - 382 83 88

Geachte mevrouw De Groot,

U heeft mij gevraagd het gemeentebestuur van de gemeente Utrecht (hierna: '*het gemeentebestuur*') te adviseren over het mandateren dan wel delegeren van de bevoegdheid tot het nemen van een mer-beoordelingsbesluit onder de Omgevingswet (hierna: '*de Ow*'). Hierna treft u mijn advies aan.

1. Inleiding en vraagstelling

Met de introductie van de Omgevingswet wijzigt er procedureel het een en ander in de wetgeving rond de milieueffectrapportage (mer). Onder huidig recht bepaalt artikel 7.1, vierde lid, van de Wet milieubeheer (hierna: '*de Wm*') dat zowel het college als de gemeenteraad een mer-beoordelingsbesluit voor bijvoorbeeld een bestemmingsplan kunnen nemen. Onder de Omgevingswet ontbreekt een met artikel 7.1, vierde lid, van de vergelijkbare bepaling. Tegen deze achtergrond heeft u mij de volgende vragen gesteld:

1. Kan het college van burgemeester en wethouders (hierna: '*het college*') naast de gemeenteraad optreden als bevoegd gezag voor het project-mer-beoordelingsbesluit?
2. Kan de gemeenteraad het nemen van een mer-beoordelingsbesluit mandateren aan het college?
3. Kan de gemeenteraad het nemen van een mer-beoordelingsbesluit delegeren aan het college?
4. Is mandaatverlening en/of delegatie met terugwerkende kracht mogelijk?

Hekkelman advocaten en notarissen is de handelsnaam waaronder Hekkelman Advocaten N.V. (KvK nr. 09170462) en Hekkelman Notarissen N.V. (KvK nr. 09170507), beide statutair gevestigd te Nijmegen, ieder voor eigen rekening werken. Op onze dienstverlening zijn van toepassing de algemene voorwaarden (zie www.hekkelman.nl) waarin onder andere een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen.

5. Zijn er nog andere bevoegdheden die in de Wet milieubeheer (mede) bij het college liggen, maar die onder de Omgevingswet bij de gemeenteraad liggen? Is het voor deze bevoegdheden ook mogelijk om deze te mandateren en/of delegeren?

Hierna beantwoord ik deze vragen.

2. Bevoegd gezag mer-beoordelingsbesluit

2.1. Huidig recht

Een mer-beoordelingsbesluit is een besluit van het bevoegd gezag waarin wordt beoordeeld of bij de voorbereiding van het besluit voor de betreffende activiteit, vanwege de belangrijke nadelige gevolgen die zij voor het milieu kan hebben, een milieueffectrapport moet worden gemaakt. In de artikelen 7.17 en 7.19 van de Wm staat dat het bevoegd gezag het mer-beoordelingsbesluit moet nemen Op grond van artikel 7.1, vierde lid, van de Wm, wordt in hoofdstuk 7 van de Wm onder bevoegd gezag verstaan: *"het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het voorbereiden dan wel vaststellen van een plan of een besluit."*

Het college is, op grond van artikel 160, eerste lid, aanhef en onder b, van de Gemeentewet, bevoegd om het bestemmingsplan voor te bereiden. Uit deze bepaling, gelezen in samenhang met artikel 7.1, vierde lid, van de Wm, volgt dat het college en de gemeenteraad (afzonderlijk) bevoegd zijn om een mer-beoordelingsbesluit te nemen dat betrekking heeft op een bestemmingsplan. Zie bijvoorbeeld ook de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: *'de Afdeling'*) van 26 september 2018:

> *"Het college is bevoegd het (ontwerp)plan voor te bereiden en de raad is bevoegd het plan vast te stellen. De Afdeling overweegt dat onder deze omstandigheden zowel het college als de raad op grond van artikel 7.1, vierde lid, van de Wet milieubeheer bevoegd waren om het mer-beoordelingsbesluit als bedoeld in artikel 7.19, eerste lid, te nemen. Het betoog dat de raad dit mer-beoordelingsbesluit heeft genomen zonder daartoe bevoegd te zijn faalt derhalve."*[1]

Deze rechtspraak sluit ook aan bij de praktijk omtrent de voorbereiding en vaststelling van bestemmingsplannen. De gemeenteraad besluit niet zelf tot het ter inzage leggen van een ontwerpbestemmingsplan, dat wordt door het college gedaan. Het zou vreemd zijn als de gemeenteraad over de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan niet, maar over het nemen van een mer-beoordelingsbesluit (dat moet worden genomen vóórdat een ontwerpbestemmingsplan ter inzage wordt gelegd) wél zelfstandig een besluit zou moeten nemen.

[1] AbRS 26 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3131.

2.2. Omgevingswet
Uit artikel 16.43, tweede lid, Omgevingswet volgt dat het bevoegd gezag beoordeelt of sprake is van aanzienlijke milieueffecten die nopen tot het opstellen een MER; het project-mer-beoordelingsbesluit. Zie ook artikel 11.11, eerste lid, Omgevingsbesluit. Onder bevoegd gezag moet worden verstaan het orgaan dat het mer-beoordelingsplichtige besluit neemt. Bij omgevingsplannen is dit in beginsel de gemeenteraad. Als de omgevingsvergunning het mer-beoordelingsplichtige besluit is, dan is dit het college. Zoals gezegd, kent de Omgevingswet niet een met artikel 7.1, vierde lid, van de Wm vergelijkbaar artikel. Als de raad dus het bevoegde gezag is om het mer-beoordelingsplichtige besluit te nemen, dan is de raad ook bevoegd tot het nemen van een mer-beoordelingsbesluit. En het college dus niet.

3. Delegatie en mandaat
U wilt verder weten of het mogelijk is de bevoegdheid tot het nemen van een mer-beoordelingsbesluit te delegeren of mandateren aan het college.

3.1. Delegatie
Bij delegatie draagt de gemeenteraad zijn bevoegdheid om een mer-beoordelingsbesluit te nemen over aan het college, dat de bevoegdheid op eigen naam gaat uitoefenen (artikel 10:13 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: *'de Awb'*)). Er vindt een verschuiving van bevoegdheid van de gemeenteraad naar het college plaats. De gemeenteraad is niet meer verantwoordelijk voor de uitoefening daarvan, en mag deze bevoegdheid ook niet meer zelf uitoefenen (artikel 10:17 van de Awb). Wel is hij bevoegd beleidsregels te geven over de uitoefening van de bevoegdheid (artikel 10:16, eerste lid, van de Awb).

Delegatie van bevoegdheden vereist een wettelijke grondslag (artikel 10:15 van de Awb). Artikel 156 van de Gemeentewet biedt een grondslag voor delegatie van bevoegdheden die aan de gemeenteraad zijn toegekend. In het eerste lid staat dat de gemeenteraad bevoegdheden kan overdragen aan het college. De aard van de bevoegdheid mag zich niet tegen delegatie verzetten.

Het is in dit geval de vraag of de algemene delegatiegrondslag in de Gemeentewet voldoet. In het algemeen kan namelijk gezegd worden dat er voor delegatie een specifieke grondslag is vereist als de formele wetgever in een medebewindswet specifieke bevoegdheden aan specifieke gemeentelijke bestuursorganen heeft toegekend.[2] Een dergelijke specifieke grondslag voor het delegeren van een mer-beoordelingsbesluit ontbreekt in de Omgevingswet. Ik denk dat het in algemene zin delegeren van de bevoegdheid tot het nemen van een mer-beoordelingsbesluit zich niet verdraagt met de systematiek van de Omgevingswet.

[2] J.L.W. Broeksteeg, 'Gebreken van delegatie: over 'eigen verantwoordelijkheid', 'de aard van de bevoegdheid' en 'het stelsel van de wet'', *Tijdschrift voor ambtenarenrecht* 2010/7-8, p. 358.

3.2. Mandaat
Bij mandaat is het college bevoegd om in naam van de gemeenteraad een mer-beoordelingsbesluit te nemen (artikel 10:1 van de Awb). Er vindt – in tegenstelling tot delegatie – geen verschuiving van bevoegdheid van de gemeenteraad naar het college plaats. Het in mandaat genomen besluit wordt de gemeenteraad toegerekend (artikel 10:2 van de Awb). De gemeenteraad kan het college per geval of in het algemeen instructies geven over de uitoefening van de bevoegdheid (artikel 10:6 van de Awb).

Mandaat behoeft geen wettelijke grondslag. Een bestuursorgaan kan mandaat verlenen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet (artikel 10:3, eerste lid, van de Awb). Daarnaast geeft de Algemene wet bestuursrecht in artikel 10:3, tweede t/m vierde lid, een aantal gevallen waarin mandaatverlening niet is toegestaan.

In dit geval verzet de aard van de bevoegdheid tot het nemen van een mer-beoordelingsbesluit zich mijn idee niet tegen de mandaatverlening aan het college. Ik zie daarvoor een aantal redenen:

- onder huidig recht kunnen zowel de raad als het college een mer-beoordelingsbesluit nemen;
- onder huidig recht wordt de bevoegdheid tot het nemen van een mer-beoordelingsbesluit gekoppeld aan het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het voorbereiden van het plan. Onder de Omgevingswet bereidt het college nog steeds het besluit tot wijziging van het omgevingsplan voor;
- sterker nog: de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het omgevingsplan kan op grond van artikel 2.8 van de Ow zelfs worden gedelegeerd aan het college.

Hierbij wijs ik erop dat, nu de gemandateerde (het college) niet werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van de mandaatgever (de raad), er verstandig aan wordt gedaan dat het college instemt met de mandaatverlening. Zie artikel 10:4 Awb.

Mijn conclusie is dat delegatie niet mogelijk lijkt. Mandaat wel. Mocht blijken dat het mandateren van een mer-beoordelingsbesluit juridisch niet mogelijk is of mocht daarover discussie ontstaan, dan is er overigens geen man overboord. De gemeenteraad kan het mer-beoordelingsbesluit van het college bekrachtigen.

4. Terugwerkende kracht
Ook wilt u weten of mandaatverlening of delegatie met terugwerkende kracht mogelijk is.

De literatuur lijkt mandaatverlening met terugwerkende kracht te aanvaarden.[3] Dit volgt ook uit een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (hierna: *'de CRvB'*) van 15 maart 2001, waarin de CRvB aanvaardde dat het college van bestuur van een universiteit een besluit had genomen op grond van een (met terugwerkende kracht) door de minister

[3] Zie bijvoorbeeld S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 25.

verleend algemeen mandaat.[4] En zie ook de uitspraak van de CRvB van 31 januari 2002, waarin werd geoordeeld:

> *"4.3. De Raad overweegt dat het onderhavige besluit krachtens delegatie is genomen hoewel aan die delegatie de rechtsgeldige basis was komen te ontvallen. Door met terugwerkende kracht (onder)mandaat te verlenen is beoogd in deze situatie alsnog te voorzien in een juiste bevoegdheidsgrondslag en wel in die zin dat de C-RMCO thans niet meer op eigen titel besloot, doch namens de Staatssecretaris. De Raad neemt voorts in aanmerking dat het bestreden besluit bovendien expliciet door de Staatssecretaris voor zijn rekening is genomen. Onder deze omstandigheden acht de Raad onvoldoende termen aanwezig het bestreden besluit als onbevoegd genomen te vernietigen. Hij merkt daarbij op dat betrokkene door deze gang van zaken niet in haar belang is getroffen."*[5]

In de praktijk zie ik verder ook voorbeelden voorbijkomen van mandaten die met terugwerkende kracht worden verleend.[6]

Over de mogelijkheid om met terugwerkende kracht bevoegdheden te delegeren, gaat een uitspraak van de CRvB van 13 november 2007. Daarin wordt overwogen:

> *"Bij brief van 9 augustus 2007 heeft het Dagelijks Bestuur een besluit van het College van burgemeester en wethouders van de gemeente Voerendaal van 21 december 2006 overgelegd, waarbij dit College de hem toekomende bevoegdheden op grond van onder meer de WWB heeft overgedragen aan het Dagelijks Bestuur en wel met terugwerkende kracht tot 1 januari 2004. Dit besluit brengt naar het oordeel van de Raad niet met zich dat ervan moet worden uitgegaan dat het Dagelijks Bestuur de hier aan de orde zijnde besluiten van 5 december 2005 en 20 maart 2006 bevoegdelijk heeft genomen. Het besluit van het College acht de Raad uitsluitend van betekenis voor besluiten van het Dagelijks Bestuur genomen na de datum van dit besluit. Het met terugwerkende kracht toekennen van bevoegdheden aan een ander bestuursorgaan behoort rechtens niet tot de mogelijkheden om een bevoegdheidsgebrek als hier aan de orde te helen. Wel had het College de besluiten van 5 december 2005 en 20 maart 2006 alsnog voor zijn rekening kunnen nemen, doch zulks is niet geschied."*[7]

Uit deze uitspraak volgt dat delegatie met terugwerkende kracht niet mogelijk is.

5. Overige bevoegdheden uit de Wm

Tot slot wilt u weten of er andere bevoegdheden zijn die in de Wm (mede) aan het college toekomen, maar onder de Omgevingswet alleen aan de gemeenteraad.

---

[4] CRvB 15 maart 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:ZF5434. Zie ook AbRS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2677, *AB* 2018/100, m.nt. H.E. Bröring, waarin machtiging met terugwerkende kracht wordt aanvaard.
[5] CRvB 31 januari 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE8361.
[6] Zie bijv. *Stcrt*. 2021, 39396; AbRS 2 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9731; Mandaatbesluit van burgemeester en wethouders van Terneuzen van 16 december 2009.
[7] CRvB 13 november 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB7724.

Wat betreft de mer-regelgeving kan ik mij voorstellen dat de bevoegdheid uit artikel 16.38 en 16.36, vijfde lid, Omgevingswet eveneens in hetzelfde mandaatbesluit beschreven wordt. Dit artikel luidt:

> *"1. Over de reikwijdte en het detailniveau van de informatie in het milieueffectrapport raadpleegt het bevoegd gezag de bestuursorganen en instanties, bedoeld in 16.36, vijfde lid, onder a en b.*
> *2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over de procedure voor de raadpleging."*

Artikel 16.36, vijfde lid, onder a en b Omgevingswet luidt:

> *"Het bevoegd gezag beoordeelt of sprake is van aanzienlijke milieueffecten als bedoeld in het derde en vierde lid, tenzij het zonder een voorafgaande beoordeling een milieueffectrapport maakt. Het bevoegd gezag houdt bij het besluit over de beoordeling van de milieueffecten rekening met de criteria van bijlage II bij de smb-richtlijn. Het bevoegd gezag raadpleegt daarvoor:*
> *a. de bestuursorganen en instanties die op grond van een wettelijk voorschrift adviseren over de besluiten, bedoeld in artikel 16.43, eerste lid, waarvoor het plan of programma het kader vormt, en*
> *b. Onze Minister van Infrastructuur en Waterstaat, Onze Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Onze Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap of in plaats van de betrokken Minister een door hem aangewezen bestuursorgaan."*

Artikel 16.38 Omgevingswet voorziet in een procedurestap uit de plan-mer-procedure. In de huidige praktijk geeft het college veelal uitvoering aan dit artikel. Het college stuurt dan vaak een door hen vastgestelde concept-Notitie Reikwijdte en Detailniveau (concept-NRD) ter raadpleging aan de betreffende bestuursorganen en instanties. Vervolgens stelt de raad de NRD vast. Onder de Omgevingswet zou, gelet op artikel 16.38, de raad (als bevoegd gezag) ook de raadpleging moeten verzorgen.

Artikel 16.36, vijfde lid, Omgevingswet voorziet in de plan-mer-beoordeling en de in dat kader eveneens verplichte raadpleging van de betreffende bestuursorganen en instanties. Met name als sprake is van een gecombineerd plan- en project-mer-beoordelingsplicht is het handig als dat (ook) door het college kan gebeuren.

6. Afsluiting

Ik hoop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,
Hekkelman Advocaten N.V.

M.J.O. Copier
Advocaat