

6 Eindbalans en aanbevelingen

6.1 Conclusies

De Omgevingswet is erop gericht om te komen tot zowel flexibiliteit als rechtszekerheid in een nieuw wettelijk stelsel voor de leefomgeving. In dit preadvies hebben we duidelijk gemaakt dat er constant een spanningsveld is tussen specialiteit en integraliteit. Bij het stellen van regels moet telkens een keuze worden gemaakt tussen deze twee. Integrale normen leiden tot flexibiliteit, specialistische (sectorale) toetsingskaders tot rechtszekerheid.

Allereerst moest een keuze worden gemaakt door de wetgever bij het vaststellen van de Omgevingswet, maar ook door regering bij het opstellen van de AMvB's en door de planwetgever op decentraal niveau, de raad, bij het vaststellen van het omgevingsplan. De wetgever heeft in het stelsel gekozen voor de doelenbenadering. Voor de inzet van alle taken en bevoegdheden gelden de doelen ex artikel 1.3 Ow, kort samengevat 'het benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving'; dit hoofddoel is nader uitgewerkt in meerdere doelen (art. 2.1 lid 3 Ow, de genoemde doelen zijn niet limitatief). De oogmerken zijn vaak weer een verbijzondering van een doel of een subdoel, de regels worden gesteld met een oogmerk. De wetgever heeft er ook voor gekozen om het aantal typen omgevingsvergunningen te beperken en de oogmerken van de bijbehorende toetsingskaders te benoemen. Op verschillende manieren is afwijking mogelijk gemaakt om flexibiliteit te bieden of als 'noodventiel'. Bovendien geldt dat altijd rekening moet worden gehouden met de samenhang tussen onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving.

Interessant is dat het in het omgevingsrecht niet alleen gaat om afwijkingen per concreet geval, maar ook vaak op decentraal niveau. Provincies en gemeenten kunnen andere regels willen stellen dan de landelijke norm. Men kan zich ook voorstellen dat voor een bepaald gebied moet worden afgeweken van de algemene regels met gebiedsgericht maatwerk. Deze diversiteit is mogelijk gemaakt door zogenoemde instructieregels met instructies voor het gemeentelijk omgevingsplan. De regels kunnen meer of minder dwingend zijn. Als generiek soort maatwerk kan het lokale bestuur ook ontheffing vragen van een regel. De wet stelt niet veel nadere formele voorwaarden aan een ontheffing. In het Bkl is van de figuur van de ontheffing terughoudend gebruik gemaakt. Het verdient natuurlijk de voorkeur dat zowel op rijks- als op provinciaal niveau een algemene regel zo goed is geschreven dat de gemeente er mee uit de voeten kan, zodat een ontheffing niet of nauwelijks nodig is.

In de AMvB's zijn nadere regels gesteld voor verschillende activiteiten en sectoren. Ook hier diende de regering te kiezen tussen integraliteit en specialiteit. Voor een

aantal activiteiten zijn landelijk uitputtende regels gesteld (die niet kunnen worden aangevuld op decentraal niveau); het belangrijkste doel is streven naar helderheid en uniformiteit. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het Besluit bouwwerken leefomgeving, waarbij de uniforme regels ten koste van de samenhang gaan. Men kan zich voorstellen dat in de toekomst bijvoorbeeld afwijking uit oogpunt van klimaat en energie wel gewenst zal zijn. In het Besluit activiteiten leefomgeving zijn ook uniforme regels voor bepaalde typen milieubelastende activiteiten gesteld; de mogelijkheden voor maatwerkregels en maatwerkvoorschriften zijn hierin ruimer opengezet.

Uiteindelijk komen in het omgevingsplan de verschillen regelingen samen: in het omgevingsplan staan de voor de burger rechtstreeks geldende regels. Van het lokaal niveau wordt een integrale benadering van de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan verwacht. Gelet op de sectorale instructieregels, algemene regels en beoordelingsregels is bestuurlijke afwijkingsruimte op lokaal niveau noodzakelijk voor een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving. Daarbij is gekozen voor bestuurlijke afwijkingsruimte op maat. Er zijn verschillende algemene of specifieke afwijkmogelijkheden (zoals maatwerkvoorschriften en inherente afwijking) en mogelijkheden voor concrete gevallen (waarvan de belangrijkste de binnenplanse en buitenplanse omgevingsplanactiviteit).

Voor de toepassing van maatwerk in concrete gevallen voor gemeenten, hebben wij verschillende aanbevelingen gedaan. Deze zetten we in de volgende paragraaf op een rij. De inzet van maatwerk zal uiteindelijk bepalen of het stelsel in de gemeente sectoraal (specialistisch) is of juist integraal. De doelenbenadering kan worden vertaald in een kringenmodel, dat in de praktijk behulpzaam kan zijn bij het vaststellen van de omvang van de afwijking voor het besluit met bestuurlijke afwijkingsruimte. Voor een voorspelbaar en rechtszeker systeem is het van belang dat de bevoegdheden consequent worden ingezet.

Telkens moet vooropstaan waarom de bestuurlijke afwijkingsruimte noodzakelijk is. Daarbij moet er een belangenafweging worden gemaakt tussen de verschillende doelen; de waaier van betrokken belangen in de fysieke leefomgeving kan heel ruim zijn. Het verdient aanbeveling om de belangenafweging inzichtelijk en transparant te maken. De wetgever geeft hiervoor geen nadere eisen, maar deze kunnen wel ontleend worden aan het Europese Unierecht. We stellen voor dat de bestuurlijke afwijking wordt onderbouwd en getoetst door de rechter aan de hand van noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid tussen doel en middel.

Opvallend is dat de regering een soortgelijke toets voorstelt in het Bkl bij de inherente afwijkingsbevoegdheid voor onder andere geur en geluid. Een afwijking van de grenswaarden is mogelijk als er sprake is van een zwaarwegend belang; de gevolgen van de afwijking voor de verschillende doelen (ten gunste en ten nadele), de noodzakelijkheid en doelmatigheid en doeltreffendheid komen aan bod. Wij kunnen ons voorstellen dat in een omgevingsplan voor activiteiten die niet zijn toegestaan op grond van dat plan, onder nader beschreven voorwaarden, een omgevingsplanactiviteit voor afwijken (inherente afwijking) kan worden verleend. Wij stellen

voor om in de voorwaarden voor een dergelijke inherente afwijking de elementen van noodzakelijkheid, geschiktheid en evenredigheid terug te laten komen.

De rechter heeft al enige ervaring opgedaan met deze toets aan de hand van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid, aan de hand van het toetsen van bestemmingsplanregels aan de Dienstenrichtlijn. In 2015 is dit ook al bepleit door Hirsch Ballin als vervanging van de wel heel marginale toets in de bestuursrechtspraak.

Maatwerk in de vorm van bestuurlijke afwijking kan heel goed bijdragen aan meer dynamiek in het omgevingsrecht. Van belang is wel dat de bestuurlijke afwijking incidenteel moet blijven; het stellen van regels moet tenslotte democratisch zijn gelegitimeerd. Indien veel bestuurlijke afwijkingen noodzakelijk zijn, is dat immers een duidelijk signaal voor de planwetgever dat de betreffende activiteit op andere wijze moet worden gereguleerd. De afwijking moet passen bij de doelen en de oorspronkelijke regels en er moet ook altijd rekening worden gehouden met de samenhang. Het onderbouwen van besluiten tot afwijken aan de hand van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid leidt tot meer inzichtelijkheid, dwingt het bestuur de doelen voor ogen te houden en kan bijdragen aan de samenhangende benadering.

6.2 Aanbevelingen voor raad en college van de gemeente bij toepassing van maatwerk

- Zorg ervoor dat beleid is vastgesteld over alle verschillende onderdelen van de fysieke leefomgeving, maar vooral ook over de samenhang tussen de verschillende onderdelen en aspecten (die kan worden afgeleid uit de omgevingsvisie, maar ook uit programma's of andere beleidsstukken).
- Zorg ervoor dat het beleid kenbaar is door het te publiceren en makkelijk vindbaar te maken.
- Handel als gemeente consequent en stelselmatig in lijn met het beleid.
- Bouw het omgevingsplan op aan de hand van de doelenbenadering, met doelen en oogmerken.
- Neem zo veel mogelijk een prioritering van doelen op in het omgevingsplan.
- Stel zo helder mogelijke voorschriften en kies alleen voor open normen indien de feitelijke beoordeling pas later kan plaatsvinden (niet om de politieke afweging uit te stellen).
- Algemene, goed geformuleerde regels hebben de voorkeur boven een vergunningplicht uit het oogpunt van voorspelbaarheid en deregulering.
- Als een ontwikkeling niet verenigbaar is met (de doelen) van het omgevingsplan, maak dan geen gebruik van een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, maar wijzig het omgevingsplan.
- Neem zo mogelijk een inherente afwijking op in het omgevingsplan voor een omgevingsplanactiviteit. Formuleer heldere voorwaarden, zoals voor het bereiken van welke doelen en omgevingswaarden kan worden afgeweken, stel de voorwaarde dat de noodzakelijkheid en geschiktheid moeten vaststaan en dat de afwijking geen onevenredig inbreuk kan maken op de oogmerken en doelen van de oorspronkelijke regel. Betrek daarbij ook alternatieven die met een (minder vergaande) afwijking kunnen worden bereikt.

- Gebruik de afwijkingsbevoegdheid alleen voor uitzonderingen en zorg ervoor dat de algemene regels zo veel mogelijk van toepassing zijn.
- Gebruik de fase van terugkoppeling uit de beleidscyclus om te evalueren of de algemene regels nog voldoen of moeten worden bijgesteld (onder andere aan de hand van het toegepaste maatwerk in de afgelopen periode).
- Kies de bevoegdheid die past bij het oogmerk en doel; maak gebruik van het kringenmodel.
- Stel als raad de gevallen vast voor afwijken van het omgevingsplan (buitenplans) waarover de raad instemming wil; bijvoorbeeld indien de activiteit niet past binnen de doelen van het omgevingsplan, maar wel verenigbaar is met het omgevingsplan.
- Maak de belangenafweging aan de hand van noodzaak, geschiktheid en proportionaliteit; betrek hierin ook mogelijke alternatieven en of het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd.

Stellingen

- Het werken met doelen en oogmerken zal leiden tot minder afwijkingen in vergelijking met de huidige Wro en Wabo en is daarmee een verbetering ten opzichte van het bestaande systeem.
- De mogelijkheden tot maatwerk in het wettelijke stelsel dwingen tot een goede onderbouwing van het bestuur en een indringender toetsing van de bestuursrechter, de onderbouwing en toetsing kunnen worden opgebouwd aan de hand van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid.