

Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet

Mr. dr. M. Lurks & mr. N.A. van Renssen*

1	Inleiding	105
1.1	Maatwerk in het omgevingsrecht	105
1.2	Verantwoording	106
1.3	Plan van Behandeling	108
2	Coördinatie, harmonisatie en integratie in het omgevingsrecht	109
2.1	Aanleiding tot stelselherziening	109
2.2	Integratie van het omgevingsrecht	112
2.2.1	Integratie van wetten	113
2.2.2	Integratie van doelen	114
2.2.3	Specialisatie van doelen	116
2.2.4	Mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking c.q. maatwerk	119
2.3	De Omgevingswet	120
2.4	Tussenbalans I: spanningsveld tussen flexibiliteit en uniformiteit	122
3	AMvB's en de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking	123
3.1	Instructieregels van het Rijk	123
3.2	Bestuurlijke afwijkingmogelijkheden van instructieregels	126
3.2.1	Voorkant- achterkantbenadering	126
3.2.2	Inherente bestuurlijke afwijkingsruimte	127
3.2.3	Ontheffing	130
3.3	Algemene rijksregels over activiteiten	132
3.4	Bestuurlijke afwijkingmogelijkheden van algemene rijksregels	135
3.4.1	Maatwerkmogelijkheden in het Bal	136
3.4.2	Maatwerkmogelijkheden in het Bbl	138
3.4.3	De activerende functie van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel	139
3.5	Tussenbalans II: spanningsveld tussen specialiteit en integraliteit	139

* Marco Lurks en Nienke van Renssen zijn verbonden aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten als jurist in het Programma Omgevingswet.

4	Omgevingsplan en mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking	141
4.1	Functie en inhoud van het omgevingsplan	141
4.2	Juridische doelen en de regulering van activiteiten in het omgevingsplan	144
4.2.1	Juridische doelen in het omgevingsplan	145
4.2.2	De regulering van activiteiten in het omgevingsplan	147
4.3	Bestuurlijke afwijkingmogelijkheden in het omgevingsplan	149
4.4	Bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan	154
4.5	Tussenbalans III: spanningsveld tussen omgevingsplan en de mogelijkheid tot bestuurlijke afwijking	155
5	Toepassing en toetsing van maatwerk in de praktijk	158
5.1	De praktijk van het bieden van maatwerk in de Omgevingswet	158
5.2	De doelenbenadering en het kringenmodel	159
5.3	Consistentie en stelselmatig beleid: rechtszekerheid in een flexibel stelsel	161
5.4	Reikwijdte van de belangenafweging	163
5.5	Belangenafweging en evenredigheid	166
5.5.1	Evenredigheid volgens Maxis en Praxis	167
5.5.2	Een voorbeeld nemen aan de toetsing door het Europese Hof van Justitie	168
5.5.3	Ervaringen met de Dienstenrichtlijn	169
5.5.4	Toets van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid onder de Omgevingswet	172
5.6	Tussenbalans IV: flexibel en integraal afwijken	172
6	Eindbalans en aanbevelingen	174
6.1	Conclusies	174
6.2	Aanbevelingen voor raad en college van de gemeente bij toepassing van maatwerk	176
	Stellingen	178
	Literatuur	179

I Inleiding

1.1 Maatwerk in het omgevingsrecht

Het huidige omgevingsrecht wordt wel eens vergeleken met een lappendeken. Net zoals de aanblik van een Nederlands landschap ons een lappendeken toont. Een samenspel van water, lucht, gras, koeien, akkers, bedrijfjes, bos, parkeerplaatsen, huizen. De omgeving is inderdaad een deken, maar vooral omdat de omgeving uit allerlei onderdelen bestaat die met elkaar in verbinding staan. Net zoals stof geweven is van vele draden die gezamenlijk de deken vormen. De belangrijkste opgave van de Omgevingswet, die naar verwachting in 2021 in werking treedt, is om alle draden van het omgevingsrecht aaneen te weven tot een samenhangend geheel.

De vier verbeteropgaven van de wet zijn: (1) het vergroten van de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid, (2) een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving, (3) het vergroten van bestuurlijke afwegingsruimte met een flexibele aanpak en (4) het versnellen en verbeteren van de besluitvorming. Het doel van voorspelbaarheid en inzichtelijkheid weerspiegelt de roep om meer rechtszekerheid en gebruiksgemak en de doelen van een samenhangende benadering en het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte, weerspiegelen de roep om flexibiliteit voor het bereiken van de doelen in de fysieke leefomgeving.

De Omgevingswet is met de genoemde vier verbeterdoelen al bij voorbaat zwaar beladen. Bezien wij deze opgaven in het licht van de theorie van Nonet en Selznick, zoals in het eerste hoofdstuk van dit preadvies uiteengezet, dan past de vraag naar meer voorspelbaarheid om een bestuur dat handelt in lijn met ‘autonomous law’; handelen volgens de regelen der wet. Daartegen sluiten meer bestuurlijke afwegingsruimte en een flexibele aanpak aan bij een meer responsief bestuur: een bestuur dat oog heeft voor de individuele burger en de specifieke situatie. Daarbij staat het resultaat voorop. Dit verschil zien we ook terug in het spanningsveld tussen specialiteit en integraliteit. De opgaven van de Omgevingswet geven aan dat er een zekere spanning is tussen specialiteit (‘voorspelbaarheid’) en integraliteit (‘flexibele aanpak’). Immers, met specialiteit wordt de rechtszekerheid geborgd (de inzet van bevoegdheden is geclausuleerd) en met de integraliteit wordt de samenhangende benadering geborgd.

De integrale benadering heeft een aantal voordelen, namelijk het bevorderen van de samenhang tussen verschillende (beleids)onderdelen, en kan leiden tot een zekere flexibiliteit. Het nadeel ervan kan zijn dat de integrale normen te vaag en onbepaald zijn. Indien niet helder is wat de norm is, kan de democratische legitimiteit van de inzet van de bevoegdheid ontbreken. Immers, met een heldere norm ontleent het

bestuur zijn gezag aan de wet, tot stand gekomen door de democratisch gelegitimeerde wetgever volgens een vaste procedure. Toepassing van deze wet beschermt de burger tegen 'het gevaar voor willekeur'.

Deze spanning tussen integraliteit en specialiteit komt tot uitdrukking in de Omgevingswet nu meer dan 26 wetten zijn opgenomen in een stelselwijziging. Van belang is echter vooral dat daarbij is gekozen voor procedurele integratie en niet voor volledige materiële integratie. Dat betekent dat er nog steeds sectorale normen gehanteerd kunnen en zullen worden. De integrale doelen van de wet, bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en het benutten van de fysieke leefomgeving voor maatschappelijke behoeften zijn onder andere uitgewerkt in nog steeds zeer sectorale regelingen (bijvoorbeeld voor geluid, externe veiligheid en luchtkwaliteit).

De voordelen van heldere regels die voor eenieder gelden, zijn duidelijk: uniformiteit en voorspelbaarheid. Toch kunnen uniforme regels een ander effect hebben dan gewenst, bijvoorbeeld omdat ze als onnodig knellend worden ervaren of niet het beoogde doel bereiken. Naast meer afwegingsruimte in de (sectorale) norm en versoepeling van de doorwerking ervan, voorziet het stelsel in verschillende mogelijkheden tot maatwerk.

Definiëring van maatwerk

Maatwerk in het omgevingsrecht kan op twee manieren worden uitgelegd. Namelijk maatwerk in de zin van bijzondere regels per overheidslaag (lokaal maatwerk ten opzichte van nationale en provinciale regels) en maatwerk voor specifieke gevallen of initiatieven (van algemeen naar specifiek). Beide vormen van maatwerk hebben een plek gekregen in de Omgevingswet (hierna ook: Ow).

Het omgevingsplan bevat integraal op elkaar afgestemde regels over de fysieke leefomgeving van het gemeentelijk grondgebied en is per definitie lokaal maatwerk. In het omgevingsplan kan – indien de rijksregels daarin voorzien – worden afgeweken van uniforme rijksregels. Voor een concreet geval, project of perceel kan weer worden afgeweken van het omgevingsplan; dat is een voorbeeld van specifiek maatwerk.

Maatwerk in dit preadvies is: de mogelijkheid voor het bevoegd gezag om in aanvulling of afwijking van algemeen verbindende regels afkomstig van de eigen bestuurslaag of een andere bestuurslaag regels of voorschriften te stellen voor een bijzonder geval, gebied of verzameling van gevallen.

1.2 Verantwoording

Omdat de wet op het moment van schrijven nog niet in werking is getreden, kunnen wij het wettelijk stelsel nog niet beproeven; de regelingen dienen zich immers in de praktijk nog te bewijzen. Het voornaamste doel is dan ook om de wijze waarop maatwerk is vormgegeven in het stelsel van de Omgevingswet weer te geven, zodat het in het bredere verband van het preadvies kan worden geplaatst. Het wettelijk stelsel als zodanig is daarbij voor ons een gegeven. We doen dan ook met name

aanbevelingen over de toepassing van maatwerk in de praktijk binnen dit stelsel door het gemeentebestuur en de rechter.

Bij de beschrijving van de mogelijkheden voor decentrale overheden beperken wij ons tot de gemeente. Ten eerste omdat de wetgever de zorg voor de fysieke leefomgeving primair bij gemeenten legt (in art. 2.3 Ow) en ten tweede omdat wij beiden werken voor de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG); ons dagelijks werk is het adviseren en bijstaan van gemeenten in Nederland. In dat kader werken wij onder meer met een team aan voorbeeldregels voor een omgevingsplan in het project 'Gemeentelijke staalkaarten voor het omgevingsplan'. Een deel van onze bevindingen over maatwerk komt voort uit dit project. Ten derde beperken wij ons tot gemeenten omdat de omvang van dit preadvies daartoe noopt: indien wij ook maatwerk door de waterschappen en provincies zouden beschrijven, zou dit de omvang en de complexiteit van deze bijdrage aanzienlijk doen toenemen.

Regelmatig krijgen wij de vraag hoe de invoering van de Omgevingswet zich verhoudt tot de decentralisaties in het sociaal domein, waar ook elders in dit preadvies aandacht aan wordt besteed. In 2015 hebben er decentralisaties plaatsgevonden van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015), de Jeugdzorg en op het gebied van (arbeids)participatie. Hierover merken wij twee zaken op, namelijk dat de verhouding tussen overheid en burger in het sociaal domein anders is dan in het omgevingsrecht en dat er een verschil is tussen de feitelijke decentralisatie in het sociaal domein en de stelselwijziging van de Omgevingswet.

In het sociaal domein heeft er met de invoering van de Wmo een grote verandering plaatsgevonden. De decentralisaties in het sociaal domein gaan over de wijze waarop de overheid de burger helpt terwijl de burger in een kwetsbare positie verkeert; over het verlenen van zorg. Dit is een tweepartijenverhouding, enerzijds de burger die hulp behoeft en anderzijds de overheid. Daarin verschilt het sociaal domein wezenlijk van het omgevingsrecht; het omgevingsrecht gaat over het zoeken van een balans bij het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving. Bij die balans zijn meer partijen betrokken, namelijk alle gebruikers van de fysieke leefomgeving en de overheid, het gaat dan ook minstens om drie, maar vaak nog meer partijen.

Tijdens de decentralisaties in het sociaal domein kregen gemeenten taken en bevoegdheden erbij; op grond van deze wetswijzigingen kregen gemeenten taken die daarvoor niet bij hen lagen. Met de Omgevingswet krijgen gemeenten er geen nieuwe taken en bevoegdheden bij; de bestaande bevoegdheden worden alleen op een andere manier ingezet (bijvoorbeeld het vaststellen van een omgevingsplan in plaats van een bestemmingsplan). In die zin is de wijziging van het stelsel van de Omgevingswet dus geen decentralisatie zoals in het sociaal domein. Wel krijgen gemeenten bij de nieuwe uitvoering op sommige onderdelen meer afwegingsruimte.

Inmiddels, vijf jaar na de invoering van de decentralisaties in het sociaal domein, is men het erover eens dat de gemeenten niet altijd voldoende kennis, middelen en

menskracht hadden om de nieuwe taken op een goede manier uit te voeren.¹ Uiteraard geldt ook voor de invoering van de Omgevingswet dat er voldoende menskracht en middelen beschikbaar moeten zijn om deze stelselwijziging goed uit te kunnen voeren. Niet alleen moet er worden gewerkt met een nieuw stelsel; het bestaande niveau van dienstverlening moet ook kunnen worden voortgezet. Evenals bij het verbouwen van een treinstation is het noodzakelijk dat de bestaande treinen kunnen blijven rijden. Voor het kunnen voortzetten van de ‘dienstregeling’ tijdens de verbouwing zijn voldoende kennis en middelen vereist. Dat is een voorwaarde om de stelselwijziging goed te kunnen uitvoeren.

1.3 Plan van Behandeling

Maatwerk kan niet los worden gezien van het spanningsveld tussen sectorale regels en een integrale benadering. De verschillende verbeteropgaven van de Omgevingswet stellen alle hun eisen aan maatwerk. In dit preadvies beschrijven we het maatwerk in dit spanningsveld. Aan het einde van elk hoofdstuk maken we de tussenbalans op. Uiteindelijk leidt dit tot conclusies en aanbevelingen aan het gemeentebestuur en de decentrale wetgever. Hoofdstuk 2 gaat over de integratie van verschillende sectorale stelsels. De wetgever heeft vooral gekozen voor procedurele integratie en enigszins materiële integratie. Die laatste heeft vorm gekregen door een aantal overkoepelende criteria en de doelenbenadering. Hoofdstuk 3 gaat over de mogelijkheden van maatwerk in relatie tot de rijksregels: afwijkingen en aanvullingen daar waar de rijksregels dat expliciet toestaan. Het volgende hoofdstuk gaat over maatwerkmogelijkheden op lokaal niveau, in het omgevingsplan en de afwijking daarvan. De praktische toepassing voor het gemeentebestuur bij de toepassing van dit maatwerk bespreken we in hoofdstuk 5. We bespreken hoe het kringenmodel van de doelenbenadering een rol kan spelen en waar de belangenafweging aan moet voldoen. Hierbij bevelen we aan om voor de onderbouwing en rechterlijke toetsing aansluiting te zoeken bij het Europees recht. In hoofdstuk 6 zetten we de belangrijkste conclusies en aanbevelingen op een rij. Daarbij geven we ook specifieke aanbevelingen voor gemeenten bij het toepassen van hun bevoegdheden tot maatwerk, zoals die tot uitdrukking komen in het omgevingsplan. Immers, het is een goede VNG-traditie dat onze bijdragen ook tot praktisch nut voor gemeenten dienen.

1 www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/stelselherziening-sociaal-domein-te-rigoreus.11484402.lynkx.

2 Coördinatie, harmonisatie en integratie in het omgevingsrecht

2.1 Aanleiding tot stelselherziening

Naar zijn aard is het omgevingsrecht fragmentarisch ontwikkeld, omdat de wetgeving is ontstaan uit de maatschappelijke behoefte om onderdelen van de fysieke leefomgeving te beschermen.

Fragmentarische ontwikkeling van wetgeving

Het recht dat van toepassing is op de fysieke leefomgeving is niet bedacht vanuit een ‘grand design’ maar heeft zich fragmentarisch ontwikkeld. Bij die fragmentarische ontwikkeling is de wetgever zich onvoldoende bewust geweest van de noodzaak tot coördinatie van wetgeving waardoor een gecoördineerde en integrale benadering in de omgevingsrechtelijke wetgeving grotendeels ontbrak.¹ Voor de verschillende compartimenten van de fysieke leefomgeving (bodem, water, lucht, flora en fauna en de gebouwde constructies) en daarbinnen weer voor verschillende aspecten (archeologie, externe veiligheid, geluid enzovoort) zijn afzonderlijke wetten vastgesteld, zonder daarbij veel aandacht te besteden aan de onderlinge verhouding tussen de betreffende wetten. Vaak zijn de verschillende wetten tot stand gebracht als reactie op specifieke milieuproblemen zoals lucht- of bodemverontreiniging of ter versnelling van de besluitvorming over concrete bovengemeentelijke projecten zoals autosnelwegen, dijken en ontgrondingen.² Zo kende iedere wet zijn eigen invalshoek, instrumenten en afwegingskaders, bevoegdheidsverdeling, procedures en rechtsbescherming. Daarnaast hebben diverse Europese en internationale regels die van toepassing zijn op de fysieke leefomgeving (met name milieu, water en flora en fauna) een grote – vaak complicerende invloed – gehad op het nationale recht.³

1 De Haan heeft in zijn NJV-advies (1973) over de coördinatie van administratieve wetgeving inzake onroerend goed voor het eerst een systematische ordening van onder meer de ruimtelijk relevante wetgeving aangebracht.

2 Vgl. onder meer: de Fabriekswet (1875), later de Hinderwet, de Wet op de Ruimtelijke Ordening (1962), de Ontgrondingenwet (1965), de Natuurbeschermingswet (1967), de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (1969), de Wet inzake de luchtverontreiniging (1970), de Wet geluidhinder (1979), de Wet bodembescherming (1986), de Monumentenwet (1988), de Tracéwet (1993), de Deltawet grote rivieren (1995), de Wet op de Waterkering (1995).

3 Vgl. onder meer: de Vogelrichtlijn (79/409/EEG), VN Verdrag inzake de bescherming van trekende wilde diersoorten (verdrag van Bonn 1979), Seveso-richtlijn (82/501/EG) veiligheid opslag gevaarlijke stoffen, Richtlijn milieueffectbeoordeling (85/337/EG), de Habitatrichtlijn (92/43/EEG), Europees Verdrag inzake de bescherming van het archeologisch erfgoed (verdrag van

Behoeftte aan samenhang

In de jaren zeventig ontstond langzaam het besef dat de verschillende compartimenten van de fysieke leefomgeving niet langer als autonoom, maar als complementair aan elkaar moesten worden benaderd. Erkend werd dat compartimenten gelijkwaardig zijn en dat ieder compartiment een specifieke betekenis in de fysieke leefomgeving heeft. Daarin lag besloten dat een compartiment condities stelt aan één of meer andere compartimenten waardoor sprake is van een onderlinge wisselwerking. Beleidsmatig kwam er langzamerhand steeds meer aandacht voor overkoepelende omgevingsproblemen zoals het verlies van biodiversiteit, de overexploitatie van natuurlijke hulpbronnen en klimaatverandering.

Met name door verplichtingen uit Europese en internationale regels werd vanaf de jaren negentig steeds evidentier dat in de ruimtelijke ordening het toedelen van bestemmingen aan de schaarse ruimte niet langer alleen vanuit planologische motieven kon worden bepaald. Ook dienden daarbij de eisen vanuit onder meer externe veiligheid, luchtkwaliteit, flora en fauna of archeologie afkomstig van Europese en internationale regels en getransformeerd in nationale regelgeving te worden betrokken. Bij complexe projecten en grote gebiedsontwikkelingen kwam dit duidelijk tot uiting.

In het recht kwam daardoor steeds meer aandacht voor de gewenste, bestaande of ontbrekende samenhang binnen en tussen de verschillende rechtsgebieden die betrekking hebben op de fysieke leefomgeving zoals het milieuhygiënerecht, natuurbeschermingsrecht, ruimtelijk bestuursrecht, monumentenrecht, waterrecht en het agrarisch recht.⁴ Dit heeft geleid tot diverse wetgevingsoperaties waardoor meer samenhang en coördinatie binnen en tussen de verschillende rechtsgebieden is aangebracht.⁵

Verskillende codificaties

De behoefte aan meer samenhang en coördinatie van de sectorale wetgeving leidde in 1979 tot de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (Wabm). Deze wet bevatte een regeling waarin (onderdelen van) de verschillende procedures van de vergunningen op grond van verschillende milieuwetten werden geüniformeerd. De Wabm was bedoeld als aanbouwwet; na de inwerkingtreding zijn diverse nieuwe onderdelen die de grenzen van de afzonderlijke sectorwetten overschreden, toegevoegd, waaronder regels over de milieueffectrapportage (1986) en de dwangsom (1990). In 1993 werden hoofdstukken over milieubeleidsplanning, milieukwaliteitseisen en milieuvergunningen en algemene regels voor inrichtingen opgenomen. Met deze ingrijpende wijzigingen is de naam van de wet veranderd in de Wet milieubeheer

Valletta 1992) Kaderrichtlijn water (2000/60/EG), Richtlijn Omgevingslawaaai (2002/49/EG), Richtlijn Industriële Emissies (2010/75/EU).

4 F.C.M.A. Michiels gebruikt in zijn oratie de term omgevingsrecht wanneer de samenhang tussen de onderdelen van het omgevingsrecht in enge zin aan de orde is: Michiels 2001, p. 4.

5 Vgl. de Wet algemene bepalingen milieuhygiëne (1979), later de Wet milieubeheer (1993), de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (2008), de Waterwet (2009) en de Wet natuurbescherming (2017).

(Wm). De nadruk van de Wm ligt op harmonisatie door standaardisering van rechtsfiguren en het zo veel mogelijk beperken van afwijkingen in procedures.

In 2008 vindt met de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) een codificatie plaats van sectorale vergunningstelsels voor activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving en van de handhaving van regelingen op dat gebied. De wet voegt de vergunningstelsels van de Wet ruimtelijke ordening, de Woningwet, de Wet milieubeheer, de Monumentenwet 1988, de Mijnbouwwet en een aantal vergunningen en ontheffingen in provinciale of gemeentelijke verordeningen samen tot een omgevingsvergunning. In de Wabo ligt de nadruk op procedurele integratie door de samenvoeging van verschillende procedures zodat een beoordeling kan plaatsvinden op basis van de verschillende sectorale toetsingskaders.

In 2009 worden acht waterbeheerwetten geheel of gedeeltelijk geïntegreerd.⁶ De vergunningen- of toestemmingsstelsels van deze wetten gaan op in één watervergunning. De Waterwet bevat een vergaande codificatie door opname van één normatief kader voor de bescherming van de verschillende waterbelangen, waarmee sprake is van materiële integratie.

De Natuurbeschermingswet 1998, de Flora- en Faunawet en de Boswet zijn in 2017 opgegaan in de Wet natuurbescherming. Deze wet beoogt met name een vereenvoudiging en modernisering van het natuurbeschermingsrecht door een betere aansluiting op Europese wet- en regelgeving. Door middel van harmonisatie en procedurele integratie wordt beoogd de inzichtelijkheid en voorspelbaarheid te vergroten.

Knelpunten blijven

Ondanks de codificaties binnen de verschillende rechtsgebieden en een fundamentele herziening van de WRO (2008) blijft het omgevingsrecht verbrokkeld en verdeeld over tientallen wetten, meer dan honderd AMvB's en evenzoveel ministeriële regelingen. Er blijven afzonderlijke wetten en uitvoeringsregelingen voor bodem, bouwen, geluid, infrastructuur, mijnbouw, milieu, monumentenzorg, natuur, ruimtelijke ordening en waterbeheer. Het stelsel kent daardoor zowel in het beleid als in de uitvoering nog steeds een sterke sectorale dominantie en is onvoldoende gericht op samenhang. Dit zorgt voor afstemmings- en coördinatieproblemen, verminderde kenbaarheid en bruikbaarheid voor alle gebruikers.⁷

Het omgevingsrecht wordt ervaren als te gecompliceerd, onoverzichtelijk, onzeker, star, stroperig en te uitvoerig. Bij de realisatie van grote projecten zoals infrastructurele werken en omvangrijke gebiedsontwikkelingen waar verschillende rechtsgebieden van toepassing zijn, is een zeer groot aantal besluiten nodig en leidt het

6 De Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de Wet verontreiniging zeewater, de Grondwaterwet, de Wet op de waterhuishouding, de Wet droogmakerijen en indijkingen, de Wet op de waterkering, delen van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken, de Waterstaatswet en de Wet bodembescherming.

7 Kamerstukken II 2013/2014, 33962, nr. 3, p. 6.

ontbreken van samenhang tot een ingewikkeld juridisch proces. In veel gevallen is zelfs een volledige inventarisatie van alle werkelijk benodigde besluiten niet goed mogelijk. Verder bieden de toepasselijke normen te weinig bestuurlijke afwegingsruimte waardoor maatwerk op project- of gebiedsniveau onvoldoende mogelijk is. Ook bieden de normen te weinig afweeg- en experimenteeruimte voor de groeiende behoefte aan duurzaamheid en innovatie.⁸

Voor een aantal knellende situaties zijn nieuwe wettelijke constructies bedacht met bestuursbevoegdheden om van bepaalde normen in de huidige wetten en AMvB's af te wijken (Interimwet stad- en milieubenadering, 2006 (hierna: Interimwet) en de Crisis- en herstelwet, 2010 (Chw)). De Interimwet staat de gemeenteraad toe in een door hem aangewezen projectgebied in het belang van zuinig en doelmatig ruimtegebruik en het bereiken van optimale leefomgevingskwaliteit af te wijken van milieukwaliteitsnormen met betrekking tot bodem, geluid en lucht en van waarden en afstanden in de Wet geurhinder en veehouderij. De Chw biedt de mogelijkheid tijdelijk af te wijken van milieukwaliteitsnormen in bestaande stedelijke gebieden of bedrijventerreinen of voor de uitbreiding van de haven van Rotterdam met het oog op het versterken van een duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling. Bij ministeriële regeling kunnen ontwikkelingsgebieden worden aangewezen waarbinnen bij bestemmingsplan tijdelijk van bepaalde milieukwaliteitsnormen mag worden afgeweken. Voorts biedt de Chw de mogelijkheid bij wijze van experiment via een AMvB⁹ tijdelijk af te wijken van bepaalde milieukwaliteitsnormen en/of bouw- en gebruiksnormen. Het experiment (waaronder het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte) dient met het oog op duurzame ontwikkeling bij te dragen aan innovatieve ontwikkelingen of het versterken van de economische structuur. Beide wetten fungeren als een 'by pass' op de huidige wet- en regelgeving en vormen geen structurele oplossing voor knelpunten binnen het huidige stelsel.

2.2 Integratie van het omgevingsrecht

Tabula rasa

In 2009 verzoekt de Tweede Kamer de regering om vanuit een *tabula rasa*-benadering te komen met voorstellen over een fundamentele herziening van het omgevingsrecht. Overwogen wordt dat indien aan deskundigen gevraagd zou worden om met een schone lei een nieuw stelsel voor omgevingsrecht te ontwerpen, er vele uitkomsten denkbaar zijn behalve het huidige complexe stelsel. Daarbij wordt gewezen op de onvoldoende samenhang tussen de sectorale regelgeving, de talloze uitvoeringsregelingen, de onoverzichtelijkheid en de hoge maatschappelijke kosten (onderzoek, lange doorlooptijden en juridische procedures) van het huidige stelsel.¹⁰ Het

8 De Zeeuw e.a. 2009, p. 12, Drupsteen 2011, p. 277, Borgers en Van der Heijden 2011, p. 59-62.

9 Toevoeging van gebieden aan bestaande experimenten worden bij ministeriële regeling gedaan.

10 Kamerstukken II 2009/10, 32123 XI, nr. 16 (motie-Pieper, Neppérus en Boelhouwer). Het toenmalige ministerie van VROM heeft naar aanleiding van deze aangenomen motie vijftien deskundigen gevraagd een essay te schrijven over de relatie tussen het omgevingsrecht en gebiedsontwikkeling, *Bezinning op het omgevingsrecht, essays over de toekomst van het omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu 2011.

onderwerp wordt opgenomen in de regeerakkoorden van het kabinet-Rutte I en -Rutte II en leidt vervolgens na een periode van zes jaar tot plaatsing van een integrale Omgevingswet in het Staatsblad.¹¹

2.2.1 Integratie van wetten

De Omgevingswet integreert (onderdelen van) wetten op het gebied van het milieuhygiënerecht, natuurbeschermingsrecht, ruimtelijk bestuursrecht, monumentenrecht en het waterrecht.¹² Voor een goede integratie van verschillende wetten in één wet is het van belang dat er duidelijke en eenduidige samenhangcriteria gelden.¹³ Ontbreken dergelijke samenhangcriteria dan blijft onduidelijk op grond waarvan de wetten zijn gebundeld en is de kans aanwezig dat te veel niet met elkaar samenhangende onderwerpen in één wet worden geïntegreerd. Het gevolg is een uiterst complexe wet waardoor belangrijke verbeterdoelen van de integratie zoals meer eenvoud, samenhang en betere toegankelijkheid niet worden gehaald.¹⁴

Vanuit de samenhangcriteria die ten grondslag liggen aan de bundeling van wetten is het van belang op basis van bepaalde criteria de onderling samenhangende regels te ordenen. Een eenduidige wetssystematiek leidt volgens Scheltema in de eerste plaats tot een grotere kenbaarheid van het recht.¹⁵ Door een heldere systematiek sluiten regels logisch op elkaar aan en zijn er minder regels nodig. De gekozen wetssystematiek dient een gemiddelde gebruiker in staat te stellen zijn rechten en plichten op een betrekkelijk eenvoudige manier uit het wettelijk stelsel af te leiden. Volgens Van den Broek is dat de belangrijkste functie van een wetssysteem. In de tweede plaats dwingt een systematische ordening volgens Scheltema tot een meer op doelmatigheid en rechtsgelijkheid gerichte ontwikkeling van het recht. Deze uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de Awb zijn leidend geweest bij de stelselherziening van het Omgevingsrecht.

Fysieke leefomgeving

Voor de integratie van (onderdelen) van de wetten die zijn opgenomen in de Omgevingswet geldt 'de fysieke leefomgeving' als eerste (zakelijk) samenhangcriterium.

11 Kamerstukken II 2010/11, 32417, nr. 15 (Regeerakkoord-Rutte I) en Kamerstukken II 2012/13, 33410, nr. 15 (regeerakkoord-Rutte II). Wet van 23 maart 2016, houdende regels over het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving (Omgevingswet), Stb. 2016, 156. Op 31 augustus 2018 zijn vier AMvB's ter uitvoering van de Omgevingswet in het Staatsblad geplaatst: Stb. 2018, 290, Stb. 2018, 291, Stb. 2018, 292 en Stb. 2018, 293. Vier Aanvullingswetten met bijbehorende aanvullingsbesluiten over respectievelijk bodem, geluid, natuur, grond en eigendom, alsmede een Invoeringswet met inhoudelijke wijzigingen zullen de Omgevingswet respectievelijk de vier AMvB's nog wijzigen. Volgens planning zal het gehele stelsel op 1 januari 2021 in werking treden.

12 Ingetrokken worden onder meer: de Wet ruimtelijke ordening, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Tracéwet, de Wet bodembescherming, de Wet geluidhinder, de Wet Inrichting landelijk gebied, de Wet natuurbescherming, de Wet voorkeursrecht gemeenten, de Crisis- en herstelwet, de Belemmeringenwet Privaatrecht. Gedeeltelijk ingetrokken worden onder meer: de Monumentenwet 1988, de Erfgoedwet, de Waterwet, de Wet milieubeheer, de Wet luchtvaart en de Woningwet.

13 Van den Broek 2012, p. 51 en p. 316.

14 Meijer e.a. 2016, p. 21.

15 Scheltema 1994.

Gelet op de beschreven behoefte aan samenhang binnen het omgevingsrecht is dit een logisch criterium. Alle regels in de Omgevingswet hebben betrekking op de fysieke leefomgeving; daarbij kan het gaan over één of meer compartimenten van de fysieke leefomgeving dan wel over één of meer aspecten binnen een compartiment. De fysieke leefomgeving is geen gesloten begrip doordat artikel 1.2 Ow een niet-limitatieve opsomming bevat van wat in ieder geval onder ‘de fysieke leefomgeving’ moet worden verstaan.¹⁶

Activiteiten in de fysieke leefomgeving

Een tweede aanknopingspunt of (zakelijk) samenhangcriterium voor de integratie van wetten onder de Omgevingswet is dat het gaat om ‘activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving’. Behalve het uitvoeren van activiteiten zoals bouwen, slopen of wonen betreft het ook het nalaten van activiteiten zoals het niet onderhouden van bouwwerken of installaties waardoor hinder, risico’s of schade kunnen ontstaan. Artikel 1.2 lid 3 en 4 Ow bevatten een niet-limitatieve opsomming van mogelijke gevolgen van de fysieke leefomgeving door activiteiten.

2.2.2 Integratie van doelen

Een derde (juridisch) samenhangcriterium ziet op de formulering van gemeenschappelijke doelen voor de regulering van activiteiten in de fysieke leefomgeving. In de huidige wetten zijn vanuit specifieke doelen bevoegdheden toegekend aan bestuursorganen. Dit volgt uit het specialiteitsbeginsel dat is afgeleid van het legaliteitsbeginsel. Bestuursorganen beschikken niet over een algemene bestuursbevoegdheid om het algemeen belang te behartigen, maar hebben uitsluitend specifieke doelgebonden bevoegdheden.¹⁷ In de Omgevingswet worden in artikel 1:3 Ow de verschillende doelen van de bestaande sectorale wetten verenigd in twee maatschappelijke hoofddoelen, te weten: beschermen en benutten.

Het eerste maatschappelijk hoofddoel gaat over het beschermen en ziet op het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit. Het tweede deel van de doelstelling gaat over het benutten en ziet op het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke behoeften. Bij beide doelstellingen zijn een duurzame ontwikkeling, de woonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu van belang. Beide doelstellingen zijn nevenschikkend en dienen volgens artikel 1:3 Ow in onderlinge samenhang te worden gezien.

De wet bevat geen afwegingskader hoe met de belangenafweging tussen de twee doelstellingen moet worden omgegaan. Hoe aan de samenhang en de onderlinge weging van belangen gevolg wordt gegeven, is een bestuurlijke afweging van het betreffende bestuursorgaan dat meer gewicht kan toekennen aan het ene belang

¹⁶ Van den Broek is kritisch over de invulling van het begrip fysieke leefomgeving: Van den Broek 2015-1, p. 32.

¹⁷ Oldenziel 2018, p. 19.

dan aan het andere. De afweging tussen alle sectorale belangen op het gebied van beschermen en benutten is een politieke keuze die gemotiveerd en democratisch gelegitimeerd moet zijn binnen de eisen van de wetgeving.¹⁸ De Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli) merkt op dat er geen objectieve maatstaf is voor een juiste balans tussen de maatschappelijke doelen van de wet. Wanneer bijvoorbeeld ruimte wordt geboden voor economische ontwikkeling zal er altijd een spanningsveld zijn met het behouden en verbeteren van de omgevingskwaliteiten in hetzelfde gebied.¹⁹

Samenhangende benadering

Met het comprimeren van 26 sectorale wettelijke doelen tot twee maatschappelijke integrale doelen beoogt de wetgever een samenhangender benadering van de fysieke leefomgeving te bereiken. Gemeenten, waterschappen, provincies en het Rijk zijn belast met zorg voor de fysieke leefomgeving en dienen hun taken en bevoegdheden uit te oefenen met het oog op de maatschappelijke doelen van de wet. De instrumenten van de Omgevingswet moeten worden ingezet om (blijvend) te voldoen aan de maatschappelijke doeleinden.

Bestuursorganen krijgen daarbij de opdracht om zich gemotiveerd rekenschap te geven van de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen (art. 2.1 lid 2 Ow). Met deze bepaling beoogt de wetgever een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te bewerkstelligen waarbij het niet meer gaat om een optelsom van sectorale taken en bevoegdheden, maar om integrale omgevingszorg.

Integrale omgevingszorg

Met een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving beoogt de wetgever een paradigmawisseling ten opzichte van het huidige recht te bewerkstelligen: van bescherming van de fysieke leefomgeving via een werende benadering van activiteiten (nee, tenzij-benadering) naar een beleidscyclus waarin de continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving centraal staat en ruimte ontstaat voor ontwikkeling (ja, mits-benadering).²⁰ De paradigmawisseling leidt ertoe dat niet de verschillende sectorale belangen en eisen gelden als vertrekpunt, maar de initiatieven en ontwikkelingen in de fysieke leefomgeving. Dit bevordert een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving in zowel beleid als regelgeving en besluitvorming. De paradigmawisseling veronderstelt een cyclische benadering van het recht. Uitgebeeld in een beleidscirkel is achtereenvolgens sprake van beleidsontwikkeling, beleidsdoorwerking, uitvoering en monitoring en naar aanleiding daarvan zo nodig weer beleidsontwikkeling enzovoort.

18 Integrale onafhankelijke adviescommissie, *Recht doen aan de Omgevingswet*, 2019, p. 11.

19 Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli) 2015, p. 67.

20 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7.

2.2.3 Specialisatie van doelen

Artikel 2:1 lid 1 Ow bepaalt dat de uitoefening van taken en bevoegdheden gericht dient te zijn op het bereiken en in stand houden van de brede maatschappelijke doelen van artikel 1:3 Ow. Het tweede lid bepaalt dat daarbij rekening dient te worden gehouden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen. De maatschappelijke doelen omvatten verschillende aspecten en zijn niet per definitie bij iedere taak- of bevoegdheidsuitoefening gericht op alle aspecten. Het eerste en het derde lid bieden derhalve de mogelijkheid om de taak- en bevoegdheidsuitoefening te beperken tot bepaalde aspecten van de maatschappelijke doelen en gericht te laten zijn op bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de fysieke leefomgeving.

In de Omgevingswet zelf, de uitvoeringsregelgeving en decentrale regelgeving kunnen specifieke regels over de doelen worden gesteld die een uitwerking of begrenzing tot bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de maatschappelijke doelen vormen. Deze specifieke regels gaan voor op de algemene verplichting tot het geven van rekenschap over de brede belangenafweging in het kader van de maatschappelijke doelstellingen van artikel 1:3 Ow.

Het derde lid van artikel 2.1 Ow bevat een facultatieve, niet-limitatieve lijst van specifieke subdoelen met het oog waarop onderdelen, aspecten of belangen kunnen worden gediend en begrensd. Genoemd worden onder meer het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid, het beschermen van het milieu, het behoud van cultureel erfgoed, de evenwichtige toedeling van functies aan locaties en de kwaliteit van bouwwerken. De uitwerking van deze specifieke doelen c.q. de achterliggende oogmerken voor de uitoefening van taken en bevoegdheden worden in de Ow en de uitvoeringsregelgeving steeds ingeleid met de zinsnede 'met het oog op'. De subdoelen en oogmerken komen in belangrijke mate overeen met de onderwerpen en doeleinden van de huidige 26 wetten die in de Omgevingswet zijn geïntegreerd.

Procedurele integratie

In het verlengde van de integratie van doelen van de 26 sectorale wetten leefde bij de regering ook de wens tot integratie van de verschillende toetsingskaders. Het streven naar een integraal toetsingskader was een reeds lang gekoesterde wens. In de kabinetsplannen voor een 'brede VROM-vergunning' werd het streven naar integratie van toetsingskaders manifest.²¹ Bij de totstandkoming van de Wabo (2010) bleek een integratie van toetsingskaders op korte termijn niet haalbaar en werd vooralsnog volstaan met een samenvoeging van afzonderlijke bestaande vergunningenstelsels waarbij de toetsingskaders van de geïntegreerde vergunningenstelsels naast elkaar zijn blijven bestaan.²² Niettemin werd de Wabo nadrukkelijk beschouwd als

21 Kamerstukken II 2002/03, 29200 XI, nr. 7, p. 1-70.

22 Bij de voorbereiding van de Wabo werden vier integratiemodellen voor het verlenen van vergunningen gehanteerd: (1) één loket en gelijktijdige bekendmaking van beschikkingen; (2) model 1

een opmaat naar model 4 waarin ook de verschillende toetsingskaders zijn geïntegreerd.²³

In 2011 schetst de minister van I&M in een brief aan de Tweede Kamer de beleidsuitgangspunten om te komen tot een integrale Omgevingswet. De integratie van toetsingskaders maakt onderdeel uit van de prioritaire onderwerpen die in de herziening geregeld moeten worden.²⁴ De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Raad) constateert in zijn advies over de herziening van het omgevingsrecht dat de mogelijkheden om alle betrokken belangen in één besluit af te wegen (materiële integratie) beperkt zijn.²⁵ Het onderbrengen van verschillende wettelijke normen in een nieuw geformuleerde gemeenschappelijke en daarmee abstractere norm maakt het minder voorspelbaar of een bepaalde activiteit al dan niet door de regels wordt toegestaan of in aanmerking komt voor een vergunning, wat afbreuk doet aan de rechtszekerheid en de handhaafbaarheid. Daarnaast zou de effectiviteit van bestuursorganen sterk worden verminderd wanneer eenmaal genomen besluiten bij ieder nieuw te nemen besluit – op de verschillende bestuurlijke niveaus – steeds opnieuw in een volledige integrale belangenafweging zouden moeten worden betrokken. Bovendien worden de mogelijkheden tot materiële integratie sterk beperkt door de afzonderlijke sectoraal beschermde belangen in de EU-wetgeving.²⁶

In aansluiting op de voorlichting van de Raad ziet het kabinet in beginsel af van materiële integratie en kiest het voor verdere samenvoeging van de procedures voor de specifieke activiteiten met een per activiteit specifiek toetsingskader (procedurele integratie). Daar waar materiële integratie mogelijk is, zal die worden nagestreefd, maar de ruimte daarvoor wordt met het oog op de Europese verplichtingen beperkt geacht.²⁷ Dit heeft tot gevolg dat de specifieke toetsingskaders voor activiteiten van de te integreren wetten onder het nieuwe stelsel zo veel mogelijk worden gehandhaafd. Daarmee wordt feitelijk model 3 onder het nieuwe stelsel voortgezet, waarbij ten opzichte van de Wabo meer vergunningstelsels worden samengevoegd. Een belangrijk verschil met de geïntegreerde wetten is dat de toetsingskaders niet meer bij wet, maar bij AMvB worden vastgesteld.

met inhoudelijke coördinatie; (3) model 2 met één vergunningstelsel (Wabo); (4) model 3 met één toetsingskader.

23 In de motie-Koopmans-Vermeij (Kamerstukken II 2007/08, 30844, nr. 23) wordt de regering verzocht met voorstellen te komen voor integratie van de toetsingskaders tot één toetsingskader. Bij brief van 24 april 2009 (Kamerstukken II 2008/09, 30844, nr. 44) geeft de minister aan te komen met voorstellen voor integratie van toetsingskaders binnen de Wabo.

24 Kamerstukken II 2010/11, 31953, nr. 40, p. 2.

25 Zie over de mogelijkheden tot materiële integratie van toetsingskaders in het omgevingsrecht Nijmeijer en Soppe 2011.

26 Voorlichting met betrekking tot de herziening van het omgevingsrecht, 25 januari 2012, par. 4.3.2 Materiële integratie, Bijlage bij Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3. Advies Raad van State 13 januari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 24.

27 Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3, par 4.2 onder e, p. 13 (brief 9 maart 2012).

Het primaat van de wet in formele zin

De Raad had zowel inhoudelijk als procedureel ernstige kritiek op de wijze waarop de activiteiten in de fysieke leefomgeving in het voorstel van wet waren gereguleerd. De Raad wees erop dat algemene uitgangspunten zoals (EU-)beginselen en toetsingskaders op basis waarvan nadere materiële normen worden vastgesteld of vergunningaanvragen worden getoetst, onvoldoende in het voorstel van wet waren opgenomen. Deze uitgangspunten geven richting aan de uitleg en toepassing van regels door bestuursorganen en rechters, leiden tot harmonisering van beleid en uitvoering en dragen bij aan de voorspelbaarheid van het overheidsoptreden, aldus de Raad. Bovendien merkte de Raad op dat artikel 2.1 lid 2 Ow weliswaar de mogelijkheid bood om afwegingskaders uit te werken of te begrenzen, maar geen garantie bevatte dat hiervan gebruik zou worden gemaakt. Ook wanneer gebruik zou worden gemaakt van de specifieke grondslagen behoefde dit nog niet te betekenen dat in de AMvB dezelfde sectorale afwegingskaders zouden worden gehanteerd zoals in de Wabo vastgelegd en zou materieel voor een meer integrale benadering kunnen worden gekozen. Voorts achtte de Raad het opnemen van essentiële normen en een zorgvuldige begrenzing van de aan het bestuur gedelegeerde wetgeving in de wet in formele zin ook van belang in verband met de medewetgevende rol van het parlement.²⁸

Naar aanleiding van het advies zijn in de Omgevingswet specifieke doelen opgenomen waarvoor de betreffende regels kunnen of moeten worden gesteld. Er mogen derhalve geen regels worden gesteld die niet zien op het gemarkeerde specifieke doel. Daardoor blijkt direct uit de wet waarop de regels gericht zijn en wordt de grondslag begrensd. De algemene grondslag om regels te stellen voor activiteiten in de leefomgeving is vervangen door specifieke grondslagen en er zijn regels opgenomen over de toetsingskaders voor vergunningverlening. Voor elk van de vergunningplichtige activiteiten is aangegeven met het oog op welk specifiek doel of belang concrete regels worden gegeven over het nemen van besluiten. Opvallend is dat in het nader rapport wordt gesteld dat hierdoor uit de wet al helder wordt dat voor relatief eenvoudige beschikkingen geen integraal toetsingskader zal gelden.²⁹

De systematiek in de Ow is nu als volgt opgebouwd. Voor een aantal activiteiten is in artikel 4.3 Ow bepaald dat bij AMvB regels over activiteiten moeten of kunnen worden gesteld. Voor activiteiten die niet zijn opgesomd kunnen geen rijksregels worden vastgesteld. In paragraaf 4.3.2 worden voor het stellen van rijksregels per activiteit de oogmerken opgesomd en daarbij wordt aangegeven waartoe de regels in ieder geval moeten strekken. In artikel 5.1 Ow worden de activiteiten vermeld waarvan het verboden is deze zonder omgevingsvergunning te verrichten. Voor de meeste omgevingsvergunningplichtige activiteiten zijn in paragraaf 5.1.3 Ow per activiteit de oogmerken opgesomd en daarbij is aangegeven waartoe de in een AMvB op te nemen beoordelingsregels moeten strekken. Zo is bepaald dat de regels voor een bouwactiviteit gesteld worden met het oog op:

²⁸ Advies Raad van State 13 januari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 3 en 24-25.

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 7.

- a. het waarborgen van de veiligheid;
- b. het beschermen van de gezondheid; en
- c. duurzaamheid en bruikbaarheid.

De opgenomen oogmerken vormen een uitwerking of begrenzing van de subdoelen onder 2.1 lid 3 Ow en zijn onder meer van belang in verband met de rechtszekerheid, de uitvoerbaarheid of de Europeesrechtelijke verplichtingen.

2.2.4 Mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking c.q. maatwerk

Generieke bestuurlijke afwijkingsruimte

Om toch tegemoet te komen aan de wens van samenhangende en integrale besluitvorming kondigde de minister in dezelfde brief waarin van materiële integratie werd afgezien, een algemene bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid aan. Individuele projecten of gebiedsontwikkelingen die weliswaar konden bijdragen aan de gewenste kwaliteit van de samenleving, maar geen doorgang kunnen vinden wegens strijd met één of meer sectorale normen, zouden via bestuurlijke afwijkingsruimte mogelijk gemaakt kunnen worden. Bestuurlijke afwijking zou in die gevallen mogelijk zijn op basis van het zogenoemde positieve evenredigheidsbeginsel, dat als integraal toetsingskader zou dienen bij concrete initiatieven. Hierbij wordt voor het betreffende project of gebied een integrale afweging gemaakt en indien het belang van de leefomgeving zich er niet tegen verzet, kan het decentraal bestuur van specifieke toetsingskaders, normen en regels voor activiteiten afwijken, mits bepaalde belangen hierdoor niet onevenredig benadeeld worden. Voor deze afweging zouden niet alle normen in aanmerking kunnen komen. Dit zou in ieder geval gelden voor dwingende Europese normen; bij of krachtens wet zou worden aangegeven welke normen niet voor afweging in aanmerking komen.³⁰

De bestuurlijke afwijkingsruimte via positieve evenredigheid bouwt voort op de mogelijkheden die nu in de Interimwet en de Chw worden geboden en is nadrukkelijk bedoeld als uitzondering op de regel.³¹ Het 'positieve evenredigheidsbeginsel' is bedacht door Borgers en Van der Heijden en is ontwikkeld vanuit een spiegelbeeld van het bestaande evenredigheidsbeginsel.³² Dat 'klassieke evenredigheidsbeginsel' betreft het verbod van het toebrengen van onevenredig nadeel. Het positieve evenredigheidsbeginsel zou dan een verbod inhouden op het negeren van evident voordeel, zoals de voordelen van windmolens boven generatoren.³³ Aan de hand van een dergelijke toets zou de rechter niet zozeer beleid maken, aldus de auteurs, maar de uitkomst van het positieve beleid toetsen. Een dergelijke toets van de rechter (die behelst of het bevoegd gezag geen evident voordeel over het hoofd heeft gezien), leidt tot duurzamer, innovatiever en daarmee economischer besluiten, aldus het pleidooi.

³⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33118, nr. 3, par. 4.2 onder e, p. 13 (brief 9 maart 2012, p. 18-19).

³¹ Zie par. 2.1 onder het kopje 'Knelpunten blijven'.

³² Borgers en Van der Heijden 2011.

³³ Borgers en Van der Heijden 2011, p. 19.

De algemene bestuurlijke afwijkingsbepaling is in de literatuur kritisch bejegend. Behalve kritiek over de noodzaak en het toepassingsbereik met het oog op het stelsel van het omgevingsrecht was er ook fundamentele kritiek in verband met het specialiteitsbeginsel en de eisen van een democratische rechtsstaat.³⁴ De regering heeft er uiteindelijk voor gekozen niet te voorzien in een generieke bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid. Een dergelijke regeling zou volgens de regering tal van uitzonderingen krijgen vanwege EU-verplichtingen, bovenregionale belangen, de keuze voor landelijke uniformiteit of omdat het normenstelsel voor deelgebieden al bestuurlijke afwegingsruimte zou gaan bieden. Verder bleek na bestudering van de mogelijkheden dat een generieke afwijkingsbevoegdheid alleen voor bepaalde normen voor bodem en geluid zou kunnen worden toegepast, terwijl juist de regelgeving voor deze normen inhoudelijk zou worden aangepast.³⁵

Bestuurlijke afwijkingsruimte op maat

In plaats van een algemene bestuurlijke bevoegdheid tot het afwijken van (instructie)normen voor activiteiten, algemene regels voor activiteiten en de specifieke toetsingskaders voor activiteiten zijn in de Omgevingswet specifieke bestuurlijke afwijkmogelijkheden per categorie opgenomen. Gekozen is voor bestuurlijke afwijkingsruimte op maat. Voor (instructie)normen, algemene regels voor activiteiten en de toetsingskaders voor vergunningen zijn specifieke daarop gerichte bestuurlijke afwijkmogelijkheden in de Omgevingswet opgenomen.

De Raad constateert in zijn advies over het wetsvoorstel dat (decentrale) bestuursorganen de beschikking over een groot aantal instrumenten krijgen om van algemeen verbindende voorschriften af te wijken. Hoewel de mate van flexibiliteit nog precies uit de uitvoeringsregelingen zal moeten blijken, stelt de Raad nu al vast dat als op grote schaal van deze afwijkmogelijkheden gebruik wordt gemaakt, de uitvoeringspraktijk minder inzichtelijk en minder voorspelbaar zal worden. Uit oogpunt van rechtszekerheid acht de Raad dit ongewenst aangezien flexibiliteit daarmee boven rechtszekerheid wordt gesteld.³⁶

2.3 De Omgevingswet

De Omgevingswet telt 23 hoofdstukken; in het preadvies richten wij ons op de hoofdstukken 1 tot en met 5. In het eerste hoofdstuk van de Ow worden het toepassingsgebied (fysieke leefomgeving en activiteiten) en de maatschappelijke doelen (het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving) van de wet aangegeven. Zoals aangegeven zijn de maatschappelijke doelen in artikel 1:3 Ow richtinggevend voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden door een bestuursorgaan van een gemeente, een provincie of het Rijk op grond van deze wet. Maar wanneer in de Ow of in de uitvoeringsregelgeving specifieke regels over deze doelen zijn gesteld, gaan deze specifieke kaders volgens artikel 2.1 lid 1 Ow voor. Deze specifieke regels

34 De Graaf en Tolsma 2014, Backes 2012, Schueler 2012, Tolsma 2012, Van den Broek 2012.

35 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 267-268.

36 Advies Raad van State 13 januari 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 3 en 28-29.

vormen een uitwerking of begrenzing tot bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de maatschappelijke doelen.³⁷

Per hoofdstuk van de Ow is duidelijk wie de normadressaat is, worden eenduidige begrippen gehanteerd en rechtsfiguren gestandaardiseerd. Het aantal instrumenten waarmee sturing aan de fysieke leefomgeving kan worden gegeven is teruggebracht tot zes kerninstrumenten.³⁸

De hoofdstukken 2 en 3 richten zich primair tot de overheid en bevatten regels over taken en bevoegdheden van bestuursorganen, respectievelijk regels over (integrale) omgevingsvisies en programma's (beleid). Hoofdstuk 4 bevat algemene regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving en vormt de grondslag voor het stellen van algemeen verbindende voorschriften door het Rijk, de provincies, de gemeenten en de waterschappen. In hoofdstuk 5 wordt de procedurele integratie van de Wabo voortgezet. Dit hoofdstuk gaat over de omgevingsvergunning en het projectbesluit en richt zich tot eenieder die activiteiten verricht of wil gaan verrichten in de fysieke leefomgeving. De uniformering van de procedures en de regels over handhaving en uitvoering zijn geregeld in hoofdstuk 16 respectievelijk 18.

De materiële normstelling is zo veel mogelijk gebundeld op AMvB-niveau.³⁹ Uit oogpunt van toegankelijkheid en inzichtelijkheid is ervoor gekozen de inhoudelijke regels zo veel mogelijk op één niveau te bundelen. Daarnaast vergemakkelijkt bundeling van de materiële regels op AMvB-niveau een tijdige implementatie van Europese en internationale regelgeving.⁴⁰ Vanuit het primaat van de wetgever is echter een aantal inhoudelijke onderwerpen op wetsniveau in de Ow geregeld. Het betreft onder meer bepalingen die de grondslag vormen voor het vergunningstelsel, de hoofdlijnen van de bevoegdheidsverdeling bij de omgevingsvergunningen en de rechtsbescherming. Bovendien dienen de ontwerpen van de AMvB's, met uitzondering van wijzigingen van ondergeschikte betekenis of wijzigingen ter uitvoering van internationaalrechtelijke verplichtingen, aan de Tweede en de Eerste Kamer overgelegd te worden (art. 23,5 Ow).⁴¹

37 Art. 2.1 Ow lid 3 bevat een opsomming van onderwerpen waarop die uitwerking of begrenzing in ieder geval betrekking kan hebben. Onder meer worden genoemd: het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid, het beschermen van het milieu, het behoud van cultureel erfgoed, de evenwichtige toedeling van functies aan locaties, de kwaliteit van bouwwerken.

38 De omgevingsvisie, het programma; de decentrale regels, de algemene rijksregels, de omgevingsvergunning en het projectbesluit.

39 De uitvoeringsregelgeving is teruggebracht van 120 AMvB's en 75 ministeriële regelingen naar vier AMvB's en één ministeriële regeling.

40 Palm en De Vos 2015, p. 100. In het advies van de Raad van State en de parlementaire behandeling heeft dit onderwerp veel aandacht gekregen.

41 Groothuijse, Landman en Nehmelman 2018 wijzen niettemin op verminderde parlementaire invloed.

2.4 Tussenbalans I: spanningsveld tussen flexibiliteit en uniformiteit

In de vier verbeterdoelstellingen van de Omgevingswet ligt een belangrijk dilemma ingesloten. Een van de vier doelen is het vergroten van de inzichtelijkheid, de voorspelbaarheid en het gebruiksgemak van het omgevingsrecht. Een van de andere vier doelen is het vergroten van bestuurlijke afwegingsruimte door het bieden van ruimte voor het maken van betere en meer samenhangende en integrale afwegingen met het oog op doelen in de fysieke leefomgeving. In het doel van voorspelbaarheid en inzichtelijkheid klinkt de roep om rechtszekerheid door en in het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte de roep om flexibiliteit.

Bij flexibilisering gaat het, anders dan bij harmonisatie en bundeling, om het verruimen van de wettelijke kaders waarbinnen rekening kan worden gehouden met lokale omstandigheden en ontwikkelingen. Flexibiliteit is altijd bedoeld om de maatschappelijke doelen te verwezenlijken c.q. de fysieke leefomgeving te beschermen en doelmatig te benutten. Flexibiliteit kan worden bereikt door het bieden van bestuurlijke afwegingsruimte in de regel zelf of door mogelijkheden om van de regel af te wijken in de vorm van bestuurlijke afwijkingsruimte. Uit oogpunt van het specialiteitsbeginsel en de eisen van een democratische rechtsstaat roept de mogelijkheid tot het bieden van bestuurlijke afwijkingsruimte vragen op. Nadat algemeen verbindende voorschriften zijn vastgesteld wordt immers de mogelijkheid geboden daar vervolgens weer van te wijken.

Hoewel flexibilisering is bedoeld om de maatschappelijke doelen van de Omgevingswet te verwezenlijken kan een groot arsenaal aan bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden en veelvuldige toepassing daarvan ertoe leiden dat de regelgeving minder inzichtelijk en voorspelbaar wordt en het gebruiksgemak daardoor juist afneemt. De vraag is of en in hoeverre de geboden bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden een eenduidige wetssystematiek in de weg staan, wat een nadeel kan zijn voor de kenbaarheid van het recht en een op doelmatigheid en rechtsgelijkheid gerichte ontwikkeling van het recht. Indien veelvuldig gebruik van de bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden ten behoeve van maatwerk mogelijk(er)wijs kan leiden tot een complex van regels dat moeilijk inzichtelijk en voorspelbaar en rechtsonzeker is, zou een van de belangrijkste verbeterdoelstellingen c.q. de aanleiding van de stelselherziening niet worden gehaald. Ook zou dit ten koste gaan van de handhaafbaarheid en de rechtsbescherming.

3 AMvB's en de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking

Inleiding

In hoofdstuk 2 bleek dat de Raad van State ernstige kritiek had op de vele mogelijkheden in het wetsvoorstel om van algemeen verbindende voorschriften af te wijken. Onderzocht zou moeten worden of alle afwijkingsmogelijkheden die in het wetsvoorstel over de volle breedte van het omgevingsrecht mogelijk zijn gemaakt ook werkelijk noodzakelijk zijn. Verder zouden er in de wet materiële en procedurele waarborgen moeten worden opgenomen die een zorgvuldige toepassing van de afwijkingsmogelijkheden garanderen. Welke mate van flexibiliteit wordt geboden, kan immers pas uit de uitvoeringsregelingen worden afgeleid.

In dit hoofdstuk onderzoeken wij de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking die zijn opgenomen in de Omgevingswet en uitgewerkt in de AMvB's.¹ Voor het gemeentelijk niveau gaan wij na in hoeverre voor een lokaal project of een gebied kan worden afgeweken van rijksinstructieregels en algemene rijksregels voor activiteiten. De mogelijkheid om af te wijken van specifieke toetsingskaders voor vergunningen via een programmatische aanpak bespreken wij in relatie tot het omgevingsplan. Een algemene beschouwing over de (on)mogelijkheden van programmatische aanpak in het omgevingsrecht zou een mooi onderwerp zijn voor een volgend preadvies.²

3.1 Instructieregels van het Rijk

Overeenkomstig het huidige recht ligt de primaire bevoegdheid tot het beslissen over het beheer, het gebruik en de ontwikkeling van de fysieke leefomgeving in de Ow op gemeentelijk niveau en hebben provincies en Rijk een daarvan afgeleide bevoegdheid. Artikel 2.3 Ow bepaalt dat de uitoefening van taken en bevoegdheden krachtens de Ow wordt overgelaten aan de bestuursorganen van de gemeente,

1 Zie voor een uitgebreid overzicht van de flexibiliteitsmogelijkheden op basis van de consultatieversies van de AMvB's, Brans 2016.

2 Een bijzondere vorm van bestuurlijke afwijking betreft de in de Ow opgenomen experimenteerbepaling (art. 23.3 Ow). Deze bepaling biedt de mogelijkheid om via een AMvB af te wijken van de Omgevingswet, de Elektriciteitswet, de Warmtewet en de Wet milieubeheer. Deze bijzondere vorm van maatwerk laten wij vanwege het ontbreken van een directe relatie met het omgevingsplan in dit preadvies verder buiten beschouwing. Ook de mogelijkheid tot het afwijken van het omgevingsplan via een projectbesluit door het waterschap, de provincie of het Rijk laten wij hier buiten beschouwing (art. 5.44 Ow).

tenzij daarover andere regels zijn gesteld. Provincie en Rijk kunnen via instructies of instructieregels beleidsdoorwerking afdwingen.

Vanuit nationaal of provinciaal belang dan wel vanuit een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden of voor de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting, kunnen het Rijk en de provincies instructieregels stellen over de fysieke leefomgeving (art. 2.3 Ow). Wij beperken ons hier weliswaar tot de instructieregels van het Rijk, maar het is goed zich te realiseren dat via de provinciale omgevingsverordening meer regels zullen gaan gelden die van invloed zijn op de inhoud van het omgevingsplan.

Krachtens artikel 2.24 Ow kan het Rijk via een AMvB instructieregels stellen als dat nodig is voor het voldoen aan omgevingswaarden³ of het bereiken van de andere (maatschappelijke) doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Voor de inhoud of motivering van het omgevingsplan geldt dat instructieregels daarover alleen kunnen worden gesteld voor zover het gaat om de uitoefening van specifieke in de Ow genoemde taken of over de toedeling van functies aan locaties en andere daarmee samenhangende regels (art. 2.25 Ow). Het derde lid biedt de mogelijkheid tot het geven van instructieregels over de instructieregels in de omgevingsverordening. Bij deze zogenoemde getrapte instructieregels kiest het Rijk ervoor om niet zelf instructieregels vast te stellen, maar de provincies op te dragen om getrapte gebiedsgerichte instructieregels in de omgevingsverordening op te nemen.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in artikel 2.28 Ow een inhoudelijke beschrijving van de oogmerken opgenomen waarvoor in ieder geval instructieregels door het Rijk moeten worden gesteld. Er dienen bijvoorbeeld instructieregels over omgevingsplannen te worden gesteld met het oog op het beschermen van de gezondheid en het milieu, met betrekking tot het beschermen van de bodem of het voorkomen van onaanvaardbare risico's voor de gezondheid vanwege het gebruik van de bodem (art. 2.28 onder i Ow).⁴

Instructieregels in het Bkl

De materiële regels voor de overheid zijn opgenomen in Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) dat inhoudelijke regels bevat voor bestuursorganen. Het Bkl bevat in hoofdstuk 5 instructieregels over de inhoud van het omgevingsplan. Afdeling 5.1 bevat instructieregels met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en Afdeling 5.2 met het oog op uitoefening van specifieke taken voor de

³ Omgevingswaarden zijn bijzondere doelstellingen die de gewenste staat of kwaliteit van (een onderdeel van) de fysieke leefomgeving aangeven. In hoofdstuk 4 besteden wij nader aandacht aan omgevingswaarden.

⁴ Het betreft de volgende onderwerpen: cultureel en werelderfgoed, externe veiligheid, geluid, infrastructuur, toegankelijkheid openbare ruimte, Waddenzee, bodem, jacht, houtopstanden.

fysieke leefomgeving.⁵ Per paragraaf is het oogmerk van de regels vermeld waarmee het belang c.q. de reden wordt aangeduid waarvoor de regels zijn gesteld.

Zo bevatten de paragrafen van Afdeling 5.1 (regels over een evenwichtige toedeling van functies aan locaties) oogmerken als ‘Beschermen van de gezondheid en van het milieu (par. 5.1.4), ‘Beschermen van landschappelijke of stedenbouwkundige waarden en cultureel erfgoed’ (par. 5.1.5), ‘Behoud van ruimte voor toekomstige functies’ (par. 5.1.6), enzovoort. Vervolgens zijn in subparagrafen de begrenzingsaspecten van de fysieke leefomgeving aangeduid: bijvoorbeeld de genoemde paragraaf 5.1.4 is weer onderverdeeld in subparagrafen waaronder ‘Kwaliteit van de buitenlucht’ (par. 5.1.4.1), ‘Geluid door activiteiten (par. 5.1.4.2), ‘Bodemkwaliteit’ (par. 5.1.4.5), ‘Geur’ (par. 5.1.4.6), enzovoort.

De instructieregels van genoemde paragraaf 5.1.6 zijn onderverdeeld in subparagrafen over onder meer autosnelwegen, buisleidingen, Project Mainportontwikkeling Rotterdam, Kaagbaan, enzovoort. Van belang is dat alle instructieregels in Afdeling 5.1 betrekking hebben op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en dus niet zien op regels die een gemeente in het omgevingsplan kan opnemen die niet gesteld zijn met het oog op een evenwichtige toedeling aan locaties.

Uit oogpunt van decentralisatie en flexibiliteit is in de instructieregels ten opzichte van het huidige recht voorzien in meer bestuurlijke afwegingsruimte. Gemeenten worden daardoor beter in staat gesteld de inhoud van het omgevingsplan af te stemmen op specifieke lokale omstandigheden en ontwikkelingen en daarover een politiek debat te voeren. Uit oogpunt van harmonisering zijn de diverse doorwerkingsconstructies onder het huidige recht teruggebracht naar drie basistypen. Deze basistypen (‘betrekken bij’, ‘rekening houden met’ en ‘in acht nemen’) bepalen de wijze waarop een bevoegdheid mag of moet worden uitgeoefend. Volgens het beginsel van de minst belastende interventie (artikel 2.2, lid 3 Ow) moet in de instructieregel worden gekozen voor de lichtste vorm die past bij de aard van het te beschermen belang waardoor zo veel mogelijk bestuurlijke afwegingsruimte kan worden gecreëerd.⁶

‘Betrekken bij’ betekent dat aandacht moet worden besteed aan (te verwachten) feiten of feitelijke ontwikkelingen die kunnen worden beschouwd als aandachtscriteria bij de toepassing van artikel 3:2 Awb. ‘Rekening houden met’ stuurt inhoudelijk de belangenafweging, maar gemotiveerd afwijken (art. 3:46 en 3:47 Awb) is toegestaan. Afwijkingen van de norm mogen op grond van het evenredigheidsbeginsel nooit groter zijn dan noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken (art. 3:4 Awb). Dit kan betekenen dat eventuele mitigerende of compenserende maatregelen in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. ‘In acht nemen’ is de zwaarste

5 De specifieke taken voor de fysieke leefomgeving hebben betrekking op ‘het behouden van de staat en werking van infrastructuur voor nadelige gevolgen van activiteiten’, ‘het beheer van infrastructuur’ en ‘het beheer van watersystemen’.

6 Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 217-220.

dwingende vorm van doorwerking; deze instructieregels geven aan met welk oogmerk het bevoegd gezag moet beslissen. Van deze beslissingscriteria kan niet worden afgeweken.

De bestuurlijke afwegingsruimte is verder vergroot door randvoorwaarden en bandbreedten in de normen op te nemen waarbinnen gemeenten in het kader van gebiedsontwikkeling zelf kunnen bepalen welke ruimte aan activiteiten in het omgevingsplan wordt geboden. Ook kan worden gekozen voor instructieregels die saldering, mitigatie of compensatie toestaan zoals bij regels over natuurbescherming.⁷ Ten aanzien van de aspecten luchtkwaliteit en externe veiligheid is vrijwel geen bestuurlijke afwegingsruimte opgenomen; voor de overige aspecten is wel voorzien in bestuurlijke afwegingsruimte. De mogelijkheden voor specifieke afwegingsruimte zoals die zijn geregeld in de Interimwet en de Chw zijn gedeeltelijk verdisconteerd in de bandbreedte van de normstelling.

3.2 Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden van instructieregels

De Omgevingswet biedt twee mogelijkheden om van instructieregels af te wijken. Artikel 2.25, lid 5 Ow biedt de mogelijkheid tot het opnemen van de bestuurlijke afwijking in de instructieregel zelf. Het gemeentebestuur kan dan na een goede motivering zelf van de regel afwijken; de afwijkingsbevoegdheid is als het ware inherent aan de regel gemaakt. Een tweede vorm van bestuurlijke afwijking betreft de mogelijkheid tot het opnemen van een ontheffingsbevoegdheid in de instructieregel. Anders dan bij inherente bestuurlijke afwijkingsruimte is voorafgaande bestuurlijke toestemming van een ander bestuursorgaan i.c. de minister of Gedeputeerde Staten nodig (art. 2.32 Ow).

3.2.1 Voorkant-achterkantbenadering

In de memorie van toelichting stelt de regering dat mogelijkheden van bestuurlijke afwijking als uitzonderingen op het reguliere stelsel worden gezien en daarom maar beperkt mogelijk worden gemaakt.⁸ Zodra een bestuursorgaan beleidskeuzen in bindende regels heeft vertaald moeten burgers, bedrijven en de overheid zelf op basis van die regels zo veel mogelijk voorafgaand houvast over de aanvaardbaarheid van een activiteit aan die regels kunnen ontleen. Als uitgangspunt geldt dat het reguliere stelsel de vereiste afwegingsruimte moet bieden. Dit betekent dat bestuurlijke afwegingsruimte zo veel mogelijk ‘aan de voorkant van het beleidsproces’ in de vorm van bestuurlijke afwegingsruimte in de normstelling zelf moet worden aangebracht. Hiermee wordt recht gedaan aan het politieke primaat van bestuursorganen bij het begrenzen van activiteiten.

Bestuurlijke afwegingsruimte ‘aan de achterkant van het beleidsproces’ in de vorm van bestuurlijke afwijkingsruimte geldt als een uitzondering op het reguliere stelsel c.q. als maatwerk en moet dan ook zo beperkt mogelijk zijn. Nadat de instrumenten

⁷ Zie over de mogelijkheden tot compensatie in het omgevingsrecht Tolsma 2012.

⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 265-273.

zijn ingezet bestaat dan immers de mogelijkheid voor het bestuur om van de geldende algemeen verbindende voorschriften af te wijken. Een bestuurlijke afwijking kan eruit bestaan dat een bestuursorgaan ontheffing van een eis mag verlenen, een strengere of lichtere eis dan de in de regel opgenomen eis mag stellen of een nadere eis mag stellen.

De regering stelt dat bestuurlijke afwijkingsruimte vooral bedoeld is waar die ruimte bij de toepassing van bindende regels echt nodig is. Dit is het geval wanneer de reguliere regels leiden tot onredelijke belemmeringen in verband met bijvoorbeeld bijzondere lokale situaties, complexe gebieden, gebiedsoverstijgende belangen of innovatieve experimenten. Ten slotte stelt de regering dat waar de regels de mogelijkheid tot bestuurlijke afwijking bieden, zij zo geclausuleerd dienen te zijn dat duidelijk is waar de grenzen van de afwijkingsbevoegdheid liggen zodat ze burgers, bedrijven en de overheid zo veel mogelijk houvast bieden en de bestuurlijke afwijkingsruimte niet groter is dan strikt noodzakelijk. Als uitgangspunt geldt dat de bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden binnen dezelfde materiële en formele begrenzings moeten blijven die aan de voorkant bij het stellen van de regels van toepassing zijn.⁹

3.2.2 *Inherente bestuurlijke afwijkingsruimte*

De Ow verplicht in artikel 2.25 en 2.23 lid 5 Ow het Rijk en de provincies in hun instructieregels te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden van de regels kan worden afgeweken als de toepassing van de regels niet toereikend is voor, of in de weg staat aan het bereiken van de doelen van de wet. Daarbij kan dus kennelijk worden voorbijgegaan aan paragraaf 4.3.2 waarin de oogmerken en de strekking van de rijksregels staan vermeld. Deze bepaling vloeit voort uit een door de minister ondersteund amendement, is verder niet geclausuleerd en bevat evenmin procedurele waarborgen die een zorgvuldige toepassing van de afwijkingsmogelijkheden garanderen. Uit de toelichting bij het amendement blijkt dat beoogd wordt te waarborgen dat de instructieregels in dezelfde mogelijkheden dienen te voorzien als de regeling voor ontwikkelingsgebieden in de Chw en de mogelijkheden onder de Interimwet.¹⁰ Zoals beschreven in hoofdstuk 2 voorzien beide wetten in mogelijkheden om in specifieke situaties af te wijken van milieukwaliteitsnormen.

Ten slotte biedt artikel 2.25 lid 6 Ow de mogelijkheid om bij het stellen van een getrapte instructieregel te bepalen dat onder daarbij aan te geven voorwaarden bij provinciale omgevingsverordening afwijkende regels kunnen worden gesteld of dat nadere regels kunnen worden gesteld.¹¹

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 40.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 68, amendement-Veldman.

¹¹ In art. 7.2 Bkl is aan de provincie Fryslân de bevoegdheid toegedeeld om af te wijken van art. 5.40 lid 1 Bkl en bouwen toe te staan aan de Friese Waddeneilanden in gebieden die tot het kustfundament horen. Art. 2.32 lid 4 Ow biedt ten slotte de mogelijkheid in de getrapte rijksinstructieregel te bepalen dat Gedeputeerde Staten op verzoek van een bestuursorgaan van een gemeente ontheffing kunnen verlenen van die regel of nadere regels.

Inherente bestuurlijke afwijkingsruimte Bkl

De voorkeur van de regering ging ernaar uit het decentraal bestuur zo veel mogelijk zelf ruimte te geven om in bijzondere omstandigheden te kunnen afwijken van de reguliere normen in een instructieregel. Bijzondere omstandigheden doen zich vaak voor bij gebiedsopgaven waar meer instructieregels (bijvoorbeeld geluid, geur en trilling) van toepassing zijn die gezamenlijk de ontwikkelmogelijkheden zo beperken dat er geen economisch haalbare mogelijkheden resteren. Het Bkl biedt in een aantal specifieke bepalingen aanvullende mogelijkheden om in bijzondere omstandigheden, wanneer geen andere oplossingen mogelijk zijn, af te wijken van de reguliere beslisregels en specifiek op een gebied afgestemde afwegingen te maken.

– Bijzondere omstandigheden

Voor geluid, trillingen en voor geur van veehouderijen zijn standaardwaarden opgenomen voor immissies op gevoelige gebouwen en locaties. Voor zover de standaardwaarden niet leiden tot het gewenste evenwicht tussen het beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving in een gebied, kan de gemeente hogere of lagere waarden stellen. De mogelijkheid om hogere waarden te stellen voor geluid, trillingen en geur is begrensd met grenswaarden, die het basisbeschermingsniveau aangeven. Het afwijken van de standaardwaarden vereist een deugdelijke motivering in het omgevingsplan waarbij moet worden aangegeven waarom een hogere of lagere waarde dan de standaardwaarde gerechtvaardigd is; bijvoorbeeld bij eventuele cumulatie. Bij sommige grenswaarden is in het Bkl de mogelijkheid opgenomen om bij omgevingsplan de grenswaarde te overschrijden. Deze toegestane afwijking van het basisbeschermingsniveau is een inherente bestuurlijke afwijkingsmogelijkheid.

Van deze mogelijkheid kan gebruik worden gemaakt indien sprake is van zwaarwegende economische belangen (bijvoorbeeld werkgelegenheid) of zwaarwegende andere maatschappelijke belangen (bijvoorbeeld maatschappelijke voorzieningen) dit rechtvaardigen.¹² Evenals bij het afwijken van de standaardimmissiewaarde geldt dat het basisbeschermingsniveau het in onderlinge samenhang realiseren van de doelen van de wet (beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving) belemmert. Het Bkl noemt een aantal voorbeelden waarin dergelijke belemmeringen zich voordoen: bijvoorbeeld wanneer een ontwikkeling per saldo leidt tot een hogere en duurzamere kwaliteit van de fysieke leefomgeving, maar leidt tot een slechtere omgevingskwaliteit op één of meer aspecten (trillingen, geur). Ook kan een hogere belasting van de fysieke leefomgeving op één of meer aspecten (trilling, geur) in de weg staan aan een in hoge mate gewenste ruimtelijke ontwikkeling.

Het afwijken van het basisbeschermingsniveau in het omgevingsplan vergt volgens het Bkl een indringende inhoudelijke motivering. In het licht van het zorgvuldig-

12 Dit geldt voor de grenswaarden voor trillingen (art. 5.89 Bkl), geur van rioolwaterzuiveringsinstallaties (art. 5.102 Bkl), geur door het houden van landbouwhuisdieren (art. 5.117 Bkl) en geluidimmissie (art. 5.78aa Bkl). In sommige gevallen is er de mogelijkheid om in specifiek geclausuleerde gevallen van grenswaarden af te wijken Dit geldt voor geluidimmissie (art. 5.78 v, 5.78w, 5.78x en 5.78y Bkl) en geur (art. 5.101, art. 5.127 Bkl).

heidsbeginsel en het motiveringsbeginsel moet aandacht worden besteed aan de volgende aspecten. Ten eerste moet worden gemotiveerd dat er met het afwijken van het basisbeschermingsniveau sprake is van een gerechtvaardigd doel met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, gelet op het doel van de instructieregels in hoofdstuk 5 Bkl (art. 5.1 Bkl). Duidelijk zal moeten worden gemotiveerd hoe de belangenafweging ten nadele van het te beschermen belang van trilling en geur in het kader van de bescherming van de gezondheid en het milieu en ten gunste van een ander belang ex artikel 1.3 Ow in het kader van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties is gemaakt. Daarbij moet worden ingegaan op het zwaarwegende economische of andere maatschappelijke belang dat aan de orde is en hoe dat belang een afwijking van het basisbeschermingsniveau rechtvaardigt. Ten tweede moet worden aangegeven of het afwijken van het basisbeschermingsniveau doelmatig en doeltreffend is om het beoogde doel te bereiken. Ten derde moet een evenredigheids- en proportionaliteitsafweging worden gemaakt waaruit blijkt of de afwijking van het basisbeschermingsniveau in redelijke verhouding staat tot het doel. Ten vierde moet worden beoordeeld of de afwijking van het basisbeschermingsniveau noodzakelijk is; zijn er bijvoorbeeld reële alternatieven, zijn er minder vergaande oplossingen mogelijk en is compensatie of monitoring nodig? Ten slotte moet worden beoordeeld of er voldoende maatschappelijk draagvlak aanwezig is voor de afwijking van het beschermingsniveau.¹³

– Voormalige bedrijfswoningen

De meest vergaande en meest specifieke vorm van maatwerk is de in het Bkl opgenomen regeling voor voormalige bedrijfswoningen.¹⁴ Het Bkl voorziet in de mogelijkheid dat in het omgevingsplan kan worden bepaald dat de normen voor geur (art. 5.96 Bkl), geluid (art. 5.62 Bkl) en trillingen (art. 5.85 Bkl) niet van toepassing zijn op woningen die eerder functioneel verbonden waren met activiteiten in de agrarische sector, zuiveringstechnische werken, bedrijventerreinen of de horecasector. Voor één of meer van de genoemde aspecten is het dus mogelijk om de gehele bescherming tegen hinder van de (voormalig) bijbehorende activiteit uit te schakelen. De regering acht de mogelijkheid van deze uitzondering aanvaardbaar omdat mensen er bewust voor kiezen op het platteland of op het bedrijventerrein te wonen. Niettemin brengt een evenwichtige toedeling van functies aan locaties met zich mee dat alle belangen moeten worden afgewogen met het oog op een van de doelen van de wet, namelijk het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit.¹⁵

– Afwijken van omgevingswaarden

Het Bkl biedt de mogelijkheid van de verplicht voorgeschreven nationale omgevingswaarden (art. 2.15 Ow) voor luchtkwaliteit (art. 2.1a lid 3 Bkl) afwijkende (strenkere) of aanvullende omgevingswaarden (andere parameters zoals roet in de lucht of plastic in water) in het omgevingsplan op te nemen. De reden daarvoor is dat het

¹³ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 322-324.

¹⁴ Vgl. Bregman 2017.

¹⁵ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 246.

Rijk decentrale bestuursorganen niet wil verbieden een hoger kwaliteitsniveau na te streven dan het Europees en nationaal voorgeschreven niveau. Deze bestuurlijke afwijkingmogelijkheid geeft decentrale overheden extra ruimte bepaalde lokale of regionale kwaliteitsambities na te streven. Wel wordt in genoemde artikelen voorgeschreven dat bij de vaststelling van strengere of afwijkende omgevingswaarden de economische effecten moeten worden betrokken.¹⁶

3.2.3 Ontheffing

Bij een nationale of provinciale instructieregel kan op grond van artikel 2.32 Ow worden bepaald dat op verzoek van een bestuursorgaan van i.c. het college van burgemeester en wethouders ontheffing kan worden verleend door de minister respectievelijk Gedeputeerde Staten. Volgens lid 5 kan een ontheffing alleen worden verleend in situaties waarbij de uitoefening van de taak of bevoegdheid waarvoor ontheffing wordt gevraagd onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot met die regel te dienen belangen. Volgens artikel 2.32 Ow komt in beginsel iedere instructieregel in aanmerking voor de mogelijkheid tot ontheffing en bij de inhoudelijke beoordeling van een ontheffingsverzoek behoeft alleen de evenredigheidstoets te worden verricht.

In vergelijking met de ontheffingsmogelijkheid in de Wro is sprake van een verruiming, aangezien de instructieregels in de Ow en daarmee ook de mogelijkheid tot ontheffing niet meer zijn beperkt tot alleen ruimtelijke belangen. Verder vereist de Wro (art. 4.1a en 4.3a) voor de inhoudelijke beoordeling van een ontheffingsverzoek dat de onevenredige belemmering wordt veroorzaakt door bijzondere omstandigheden.¹⁷ In de Ow is dit criterium geschrapt zodat de ontheffingsmogelijkheid voortaan ook kan worden toegepast in gevallen die in zijn algemeenheid voorzienbaar zijn, maar in het specifieke geval niet. Met het schrappen van dit criterium wordt beoogd meer ruimte te scheppen voor een integrale afweging in het concrete geval van alle aspecten op het terrein van de fysieke leefomgeving.¹⁸ In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het niet bij alle regels wenselijk is dat daarvan ontheffing kan worden verleend. Wanneer een ontheffing van de regel zou kunnen leiden tot strijd met internationale verplichtingen, bijvoorbeeld de EU-richtlijnen, wordt een ontheffingsmogelijkheid onwenselijk geacht. Ook kan een ontheffingsmogelijkheid onwenselijk zijn uit oogpunt van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid. Voorts wordt aangegeven dat ontheffing van instructieregels die in zichzelf al voldoende afwegingsruimte bieden en van instructieregels over de inhoud van een op te stellen programma, onwenselijk is.¹⁹

De beoordeling van een aanvraag voor een ontheffingsbesluit vormt een nader afwegingsmoment, waarbij de minister in het concrete geval moet bezien of het belang van de beoogde ontwikkeling prevaleert boven het belang dat wordt beschermd

¹⁶ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 223.

¹⁷ Nijmeijer 2016.

¹⁸ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 397.

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 436.

door de instructieregel. Van een onevenredige belemmering kan geen sprake zijn als het verlenen van de ontheffing zou leiden tot strijd met internationale verplichtingen. De ontheffing wordt voor de mogelijkheid van beroep geacht deel uit te maken van het besluit waarvoor de ontheffing is verleend. Voor de beroepsmogelijkheid en de bevoegde rechter volgt de verleende ontheffing derhalve de regeling van het besluit waarvoor ontheffing is verleend (art. 16.85 Ow). Tegen een besluit tot weigering van een ontheffing staat in principe bezwaar en beroep open. Hierop gelden twee uitzonderingen. Wanneer tegen het besluit waarvoor ontheffing is verleend geen bezwaar kan worden gemaakt, kan ook geen bezwaar tegen de ontheffing worden gemaakt (Bijlage 1 Awb). Indien tegen het besluit waarvoor ontheffing is verleend alleen in eerste enige aanleg beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) openstaat, kan geen bezwaar tegen de ontheffing worden gemaakt (art. 2 Bijlage 2 Awb).

Ontheffing in Bkl

In artikel 5.166 Bkl is bepaald dat de minister op verzoek van burgemeester en wethouders ontheffing kan verlenen van instructieregels over de inhoud van het omgevingsplan in hoofdstuk 5. Niet van alle regels in hoofdstuk 5 kan ontheffing worden verleend; in artikel 5.166 Bkl worden de instructieregels vermeld waarvan de minister ontheffing kan verlenen.²⁰

Zoals beschreven is, wordt in de Ow de eis gesteld dat een ontheffing van een instructieregel alleen kan worden verleend in de gevallen waarin de voorgenomen inhoud van een omgevingsplan of afwijking daarvan onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot met die regel te dienen belangen. Het belang dat met de instructieregel wordt gediend c.q. het oogmerk van de regel die betrekking heeft op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, kan worden afgeleid uit de paragraaf-aanduidingen in hoofdstuk 5 van het Bkl.

In de meeste gevallen waarin is voorzien in een ontheffingsmogelijkheid is sprake van specifieke rijkstaken (bijvoorbeeld op het gebied van hoofdinfrastructuur) met daaruit voortvloeiende specifieke belangen waar in de instructieregels zelf geen of zeer beperkte afwegingsruimte is opgenomen. De regering acht het niet wenselijk de belangenafweging bij die specifieke taken over te laten aan het bestuursorgaan waartoe de instructieregel is gericht. Voor de instructieregels waarvan op voorhand vaststaat dat een ontheffing zou leiden tot strijd met het internationaal recht, zoals bij instructieregels over cultureel erfgoed en over werelderfgoed, is geen ontheffingsmogelijkheid opgenomen. Evenmin is bij een aantal instructieregels uit overwegingen van rechtszekerheid of rechtsgelijkheid geen ontheffingsmogelijkheid opgesteld, bijvoorbeeld bij instructieregels over geluid.

²⁰ Van sommige instructieregels over primaire waterkeringen, kust, behoud vrije horizon, het behoud van ruimte voor toekomstige functies, behoeden van de staat en werking van infrastructuur of voorzieningen voor nadelige gevolgen van activiteiten en het voorkomen van belemmeringen, gebruik en beheer hoofdspoorweginfrastructuur en rijkswegen.

Ook is onderzocht of in aanvulling op de bestuurlijke afwegingsruimte in de instructieregel zelf, een ontheffing nog gewenst is; bij de instructieregels over geluid en externe veiligheid was dit niet het geval. Indien de beslisruimte al aan 'de voorkant' in de instructieregel zelf, zo ruim mogelijk is gemaakt, inclusief uitzonderingen en extra ruimte voor bijzondere gevallen, is het niet wenselijk om daarnaast nog aan 'de achterkant' via een ontheffing extra beslisruimte toe te kennen. Bovendien zou volgens de regering een ontheffingsmogelijkheid in die gevallen leiden tot onduidelijkheden over de reikwijdte van het belang dat de instructieregels beogen te beschermen. Bij deze instructieregels heeft aan de voorkant immers een algemene belangenafweging plaatsgevonden over de resterende beslisruimte voor bestuursorganen. Het toekennen van extra beslisruimte in de vorm van een bestuurlijke ontheffing aan een ander bestuursorgaan dat daarop aanvullend een belangenafweging dient te maken vanuit een bepaald concreet aspect, zou leiden tot onduidelijkheden over het belang dat de instructieregel beoogt te beschermen.²¹

Bij de instructieregels over het omgevingsplan is de regering terughoudend geweest met het opnemen van een ontheffingsbevoegdheid; met name bij specifieke rijksstaten is een ontheffingsmogelijkheid bij wijze van 'noodventiel' noodzakelijk geacht. Het is de vraag in hoeverre provincies bereid zullen zijn de afwegingsruimte voor bijzondere gevallen in de instructieregel op te nemen en de belangenafweging daarmee over te laten aan gemeenten dan wel in plaats daarvan een ontheffingsmogelijkheid op te nemen. Veelvuldig gebruik van ontheffingsmogelijkheden in instructieregels staat op gespannen voet met de decentralisatiegedachte en leidt tot onnodige bestuurlijke lasten. Zoals eerder opgemerkt bevat artikel 2.32 Ow weinig restricties voor het opnemen van een ontheffingsmogelijkheid.

3.3 Algemene rijksregels over activiteiten

Paradigmawisseling

Een belangrijk uitgangspunt bij de stelselherziening is het terugdringen van de veelheid aan uitvoeringsregelgeving op rijks- en decentraal niveau met gedetailleerde regels en vergunningplichten. Juist deze specifieke uitvoeringsregels onder het huidige recht veroorzaken knelpunten bij initiatieven en leiden bij gebiedsontwikkelingen tot een samenloop van regelgeving die slecht uitvoerbaar is.²² Vanuit de eerdergenoemde paradigmawisseling en de daarbij veronderstelde cyclische benadering van het recht wordt onder het nieuwe stelsel daarom meer de nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van gebruikers en initiatiefnemers in de fysieke leefomgeving.

Onder het nieuwe stelsel vormt de algemene wettelijke zorgplicht het vertrekpunt voor het uitvoeren van activiteiten (art. 1.6 en 1.7a Ow). Iedereen die activiteiten uitvoert of laat uitvoeren is in beginsel vrij te bepalen welke mate van zorg hij of zij voldeende acht. Waar in aanvulling op de algemene zorgplicht een nadere inkadering

²¹ Stb. 2018, 292, Bkl, NvT, p. 397-398.

²² Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 6 en 14.

door de overheid nodig wordt geacht, is het de bedoeling dat dit zo veel mogelijk gebeurt zonder het vereiste van voorafgaande toestemming door de overheid in de vorm van algemene regels zonder vergunningplicht. Zo nodig wordt in die algemene regels het vereiste van een melding van de voorgenomen activiteit opgenomen. Wanneer in voorkomende gevallen voorafgaande toestemming van de overheid nodig is, verloopt dit via een omgevingsvergunning.

De mogelijkheid om op rijksniveau algemene regels in te zetten voor het reguleren van activiteiten wordt in belangrijke mate bepaald door de gewenste mate van uniformiteit. Naarmate sprake is van in de praktijk vaak voorkomende situaties en gelijke omstandigheden van de initiatiefnemers is meer uniforme regelgeving aangewezen. Bij complexe gevallen die maatoplossingen vereisen waarvoor nadere afwegingen noodzakelijk zijn, ligt het opnemen van een vergunningvereiste meer in de rede dan het stellen van een algemene regel. Daarnaast kan het vanuit het landelijk niveau wenselijk zijn om uniforme regels te stellen uit het oogpunt van een gelijk speelveld voor bedrijven (bijvoorbeeld de stand der techniek bij milieubelastende activiteiten) of een gelijk beschermingsniveau voor burgers (bijvoorbeeld constructieve eisen aan bouwwerken).²³

Omgevingswet

Of en welke regels vanuit welk doel, subdoel of oogmerk aan een activiteit in het omgevingsplan worden gesteld staat primair ter beoordeling aan de gemeente. Vanuit nationaal of provinciaal belang dan wel vanuit een doelmatige en doeltreffende uitoefening van taken en bevoegdheden of voor de uitvoering van een internationaalrechtelijke verplichting kunnen het Rijk en de provincies algemene regels stellen over de fysieke leefomgeving (art. 2.3 Ow). Wij beperken ons hier weliswaar tot de regels van het Rijk, maar het is goed zich te realiseren dat via provinciale en waterschapsverordeningen nog meer regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving zullen gaan gelden (art. 4.1 Ow).

In artikel 4.3 Ow is aangegeven over welke activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving het Rijk regels bij AMvB moet (lid 1 en 2) of mag (lid 3) stellen. Activiteiten waarvoor het Rijk regels móet stellen zijn onder meer bouwactiviteiten, milieubelastende activiteiten, wateractiviteiten en flora- en fauna-activiteiten. Activiteiten waarvoor het Rijk regels mág stellen zijn onder meer ontgrondingsactiviteiten en stortingsactiviteiten op zee. Naar aanleiding van het advies van de Raad zijn in paragraaf 4.3.2 van de wet voor de activiteiten waarvoor rijksregels moeten worden gesteld, inhoudelijke beschrijvingen van de oogmerken opgenomen en soms beschrijvingen waartoe de regels in ieder geval moeten strekken.

Voor bijvoorbeeld milieubelastende activiteiten bepaalt artikel 4.22 lid 1 Ow dat regels over milieubelastende activiteiten worden gesteld met het oog op het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid en het beschermen van

²³ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 39-40.

het milieu waaronder het verbeteren van de kwaliteit van in dat lid genoemde aspecten van de fysieke leefomgeving. In lid 2 wordt beschreven waartoe de regels in ieder geval dienen te strekken; onder meer dat alle preventieve maatregelen tegen verontreiniging worden getroffen. In artikel 4.20 Ow worden alle toepasselijke internationaalrechtelijke verplichtingen opgesomd waaraan uitvoering moet worden gegeven bij het stellen van rijksregels voor de betreffende activiteiten.

Over activiteiten die niet onder een van de genoemde twee categorieën van artikel 4.3 Ow vallen, mag het Rijk geen regels stellen. Voor de overige activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving dan wel voor de betreffende activiteiten vanuit een ander oogmerk, zijn de decentrale overheden bevoegd om regels te stellen in een omgevingsplan, omgevingsverordening of waterschapsverordening.

Algemene rijksregels in het Bal en Bbl

Het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) richten zich tot eenieder die in de fysieke leefomgeving een activiteit verricht of wil verrichten. Voor de activiteiten bouwen, slopen, gebruiken en in stand houden van bouwwerken zijn de algemene rijksregels in het Bbl opgenomen. Het Bal bevat de overige algemene rijksregels waarvan de milieubelastende activiteiten het grootste deel vormen. De basisfilosofie van beide AMvB's is dat de gebruiker of initiatiefnemer een grote mate van zelfverantwoordelijkheid draagt bij de ontwikkeling en het beheer van de fysieke leefomgeving.

In het Bal zijn regels opgenomen over activiteiten voor onder meer de bescherming van het milieu, flora-en fauna-activiteiten, Natura 2000-activiteiten, waterstaatswerken, de Noordzee, Rijkswegen, spoorwegen, luchthavens en cultureel- en werelderfgoed. De algemene rijksmilieuregels maken het grootste deel uit van het besluit en bevatten technische, locatieonafhankelijke eisen en gaan in hoofdzaak over de emissies (milieueffect vanuit het bedrijf) naar water, lucht en bodem. Voor activiteiten waarvan de milieugevolgen slechts een beperkt lokaal effect hebben waarin het Bal ook niet in voorziet, kunnen regels (emissienormen) daarover worden opgenomen in het omgevingsplan. In artikel 2.2 Bal worden de oogmerken van artikel 4.22 Ow herhaald waarvoor regels over milieubelastende activiteiten moeten worden gesteld.

Het vertrekpunt van de regels over milieubelastende activiteiten is een specifieke zorgplicht die is opgenomen in artikel 2.11 Bal waaraan iedereen die een milieubelastende activiteit verricht, moet voldoen. Vervolgens zijn in hoofdstuk 3 verschillende milieubelastende activiteiten aangewezen en is bepaald welke daarvan vergunningplichtig zijn. In hoofdstuk 3 tot en met 5 zijn inhoudelijke regels gesteld die van toepassing kunnen zijn op zowel de vergunningplichtige als de niet-vergunningplichtige milieubelastende activiteiten. De noodzaak voor een vergunningplicht vloeit voornamelijk voort uit internationaalrechtelijke verplichtingen of uit de gevallen vanwege mogelijk ingrijpende milieugevolgen waarin niet kan worden volstaan met algemene regels en de regels specifiek op de activiteit moeten worden afgestemd. Voor zover de betreffende activiteit niet als vergunningplichtig is aangemerkt wordt in hoofdstuk 4 aangegeven of voor de betreffende activiteit eventueel een meldplicht geldt.

Het Bbl bevat regels over bouwwerken met betrekking tot bestaande bouw, nieuwbouw, verbouw, gebruik en bouw- en sloopwerkzaamheden. Hoofdstuk 2 bevat een afbakening van de vergunningplichten voor bouwactiviteiten waarna regels voor de genoemde onderwerpen per hoofdstuk zijn opgenomen. De hoofdstukken bevatten oogmerken, enkele specifieke zorgplichten en inhoudelijke regels over de genoemde onderwerpen.

3.4 Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden van algemene rijksregels

Een nadeel van algemene regels zonder vergunningplicht kan zijn dat deze in specifieke situaties onvoldoende duidelijk zijn, niet leiden tot het gewenste niveau van bescherming van de fysieke leefomgeving of onnodig beperkend zijn voor de initiatiefnemer. In die gevallen kan het wenselijk zijn te voorzien in de mogelijkheid de algemene regels nader in te vullen, aan te vullen of ervan af te wijken. De regering heeft er niet voor gekozen te voorzien in een algemene mogelijkheid voor het bevoegd gezag om algemeen of per geval nadere of afwijkende regels te stellen. Een dergelijke mogelijkheid zou ten koste gaan van de duidelijkheid van de door de algemene regel te beschermen belangen en risico's inhouden voor het beschermingsniveau.²⁴

Omgevingswet

De Ow biedt de mogelijkheid in de algemene rijksregels te bepalen dat over daarbij aangewezen onderwerpen in het omgevingsplan maatwerkregels (art. 4.6 lid 3 Ow) of bij beschikking maatwerkvoorschriften (art. 4.5 lid 1 Ow) kunnen worden gesteld. De in paragraaf 3.3 genoemde inhoudelijke kaders die van toepassing zijn bij het stellen van algemene rijksregels (par. 4.3.2 Ow) zijn ook kaderstellend voor de maatwerkregels en maatwerkvoorschriften. Dit betekent dat de mogelijkheid tot het opnemen van deze bestuurlijke afwijkingsbevoegdheden inhoudelijk is begrensd tot de oogmerken waarvoor en de strekking waartoe de rijksregels zijn gesteld. Het kan gaan om een invulling of aanvulling van de algemene regels, maar ook om afwijkingen van die regels voor zover dat bij die regels is bepaald (art. 4.6 lid 3 en 4.5 lid 2 Ow). In de algemene regels kan daarbij worden bepaald in welke mate (hoger of lager beschermingsniveau) of hoe lang kan worden afgeweken.

Maatwerkregels worden door de gemeenteraad vastgesteld in het omgevingsplan, behoeven een deugdelijke motivering, volgen de voorbereidingsprocedure van het plan en genieten dezelfde rechtsbescherming tegen het plan (afdeling 3.4 Awb). Voor het vaststellen van maatwerkvoorschriften is het college van burgemeester en wethouders aangewezen als het bevoegd gezag tenzij elders in de Ow anders is bepaald (art. 4.9 Ow). Maatwerkvoorschriften worden voorbereid met de reguliere procedure van afdeling 4.1.2. Awb tenzij het bevoegd gezag in een concreet geval besluit afdeling 3.4 Awb toe te passen.

²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 144-145.

3.4.1 Maatwerkmogelijkheden in het Bal

Maatwerkregels

In vergelijking met het huidige recht wordt de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels en maatwerkvoorschriften in het Bal ruim geboden; ook bij activiteiten waar deze mogelijkheid nu niet of slechts beperkt aanwezig is, wordt de mogelijkheid tot maatwerk geboden. In de nota van toelichting wordt aangegeven dat een belangrijke reden om maatwerkmogelijkheden ruim te bieden, voortkomt uit de wenselijkheid gemeenten de mogelijkheid te bieden de regels op de specifieke situatie toe te spitsen.²⁵

In paragraaf 3.3 hebben we geconstateerd dat de algemene rijksmilieuregels in het Bal in hoofdzaak gaan over emissies (milieueffect vanuit het bedrijf) naar water, lucht en bodem. Deze algemene rijksmilieuregels zijn landelijke locatieafhankelijke milieuregels waardoor het mogelijk is dat zich op lokaal niveau een ongewenste cumulatie van milieugevolgen van door de rijksregels toegestane activiteiten kan voordoen die tot een overschrijding leidt van de gewenste kwaliteit van de leefomgeving in het omgevingsplan. Zoals we hebben gezien bevat het Bkl instructieregels over immissienormen (milieueffect op de woning) over geluid, trilling, geur, bodem en externe veiligheid die locatieafhankelijk zijn, waarover regels in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Voorts kunnen in een omgevingsplan specifieke eisen aan de kwaliteit van de leefomgeving zijn verbonden in verband met een bestaande slechte lokale omgevingskwaliteit of kan het plan bijzondere ambities bevatten in de vorm van omgevingswaarden of andere doelstellingen. Mede met het oog hierop voorzien de regels over milieubelastende activiteiten in het Bal in ruime mogelijkheden tot het stellen van maatwerkregels in het omgevingsplan. Door het stellen van maatwerkregels in het omgevingsplan kunnen in het betreffende gebied strengere regels gelden dan in het Bal, waarmee de nadelige gevolgen van cumulatie kunnen worden tegengegaan.²⁶

Artikel 2.12 lid 1 Bal bepaalt in z'n algemeenheid dat over de hoofdstukken 3 tot en met 5 (zie par. 3.3.2) maatwerkregels kunnen worden gesteld met uitzondering van (lozings)activiteiten op een oppervlaktewaterlichaam of op een zuiveringstechnisch werk.

Lid 2 bepaalt dat met een maatwerkregel van de regels in de genoemde hoofdstukken kan worden afgeweken, tenzij anders is bepaald.²⁷ Afwijken betekent hier dat andere eisen (strenger of soepeler) worden gesteld aan belangen waarover in het Besluit expliciet regels zijn gesteld.

²⁵ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 537.

²⁶ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 50.

²⁷ Deze mogelijkheid is in het Bal op enkele plaatsen opgenomen en betreft veelal de provinciale omgevingsverordening.

Volgens lid 3 moeten bij het stellen van maatwerkregels de belangen uit artikel 2.2 Bal in acht worden genomen. Deze belangen zijn de oogmerken waartoe de algemene rijksregels over milieubelastende activiteiten in het Bal zijn vastgesteld en vormen een nadere uitwerking van de oogmerken in artikel 4.22 lid 1 Ow; de strekking van de algemene regels genoemd in lid 2 moeten ook in acht worden genomen.

Maatwerkvoorschriften

Onder vrijwel dezelfde condities maakt het Bal het in artikel 2.13 in lid 1 en 2 mogelijk om maatwerkvoorschriften of vergunningvoorschriften te stellen aan en af te wijken van de hoofdstukken 3 tot en met 5. Met dien verstande dat bij het stellen van maatwerkvoorschriften niet wordt verwezen naar de belangen genoemd in artikel 2.2 Bal, maar naar de beoordelingsregels voor vergunningen voor milieubelastende activiteiten en met name genoemde bepalingen over vergunningvoorschriften. Voor de beoordelingsregels over milieubelastende activiteiten in het Bkl zijn de oogmerken en de strekking waaraan die regels moeten voldoen, opgenomen in artikel 5.26 Ow.

Keuze tussen maatwerkregels of maatwerkvoorschriften

De keuze tussen het stellen van maatwerkregels of maatwerkvoorschriften wordt overgelaten aan de decentrale overheden. Het Bal bevat geen regels die een bepaalde keuze afdwingen. Waarbij geldt dat maatwerkregels met name proactief en gebiedsgericht zullen worden toegepast en maatwerkvoorschriften reactief en specifiek gericht op een activiteit zullen worden ingezet. Voor zover beide mogelijk zijn, gaat de voorkeur van de wetgever uit naar een maatwerkregel gelet op het proactieve karakter en het politiek primaat, maar hij laat de keus nadrukkelijk over aan het decentraal bestuur.²⁸

Voorts geldt zowel voor maatwerkregels als voor maatwerkvoorschriften dat de mogelijkheden voor maatwerk beperkt kunnen zijn als gevolg van Europees- en internationaalrechtelijke verplichtingen. In de nota van toelichting wordt daarover opgemerkt dat geen maatwerk mogelijk is gemaakt waar verdragen of besluiten zelf ook geen afwijking toestaan.²⁹ In de gevallen waarin EU-richtlijnen alleen minimumvereisten bevatten en ruimte laten om zo nodig strengere voorschriften te stellen, is dat in het Bal bij de inhoudelijke bepaling steeds expliciet vermeld. Zo is bijvoorbeeld in artikel 4.8 Bal aangegeven dat maatwerk bij de algemene regels over het exploiteren van een Seveso-inrichting (Seveso-richtlijn) alleen aanvullende maatregelen bevat. Een minder strenge maatregel dan voorgeschreven, kan dus niet met een maatwerkvoorschrift of maatwerkregel worden geregeld.

²⁸ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 541-542.

²⁹ Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 541.

3.4.2 Maatwerkmogelijkheden in het Bbl

Maatwerkregels

In het Bbl is daarentegen de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels en maatwerkvoorschriften zeer beperkt open gezet. Het Bbl bevat voornamelijk regels over veiligheid, gezondheid en duurzaamheid bij (ver)bouwen, gebruiken en slopen van bouwwerken. De normering van deze onderwerpen bestaat voornamelijk uit technische eisen die van toepassing zijn op individuele bouwwerken. De mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels is in het Bbl beperkt opengesteld, omdat volgens de regering maatwerkregels alleen functioneel zouden zijn voor onderwerpen met een gebiedsgerichte component. In het omgevingsplan kunnen gebieden of wijken worden aangewezen waar voor nieuwbouw strengere energiezuinigheidseisen gelden of strengere milieuprestatie-eisen aan de toe te passen bouwmaterialen. Ook kunnen in het omgevingsplan maatwerkregels worden opgenomen voor bepaalde eisen bij nieuwbouw en voor een versoepeling van bruikbaarheidseisen voor woonfuncties. Het is opmerkelijk dat de begrenzing van de maatwerkregels niet is beperkt tot de belangen genoemd in artikel 4.21 Ow, hoewel artikel 4.6 lid 2 Ow dit voorschrijft.³⁰

De VNG stelt in zijn inspraakreactie over het Invoeringsbesluit dat in verband met lokale duurzaamheidsdoelen in het kader van de energietransitie, circulair bouwen en overige aspecten in verband met het klimaat, verdergaande afwijkingen van het Bbl noodzakelijk zijn. Voor de realisering van deze doelen zouden via maatwerkregels strengere en mindere strenge eisen in het omgevingsplan en niet alleen per gebied of wijk, maar voor het gehele gemeentelijk grondgebied moeten kunnen worden opgenomen.³¹ Auteurs menen dat het antwoord op de vraag van welke eisen precies moet kunnen worden afgeweken gelet op de innovatieve en snelle ontwikkelingen op genoemde gebieden, moeilijk valt te overzien. Het zijn juist die ontwikkelingen die maken dat we de behoefte voelen om het uitputtende karakter van het Bbl ter discussie te stellen zodat er op decentraal niveau meer mogelijkheden zijn om daarvan af te wijken. Wij pleiten in dat licht voor een fundamentele aanpassing van het Bbl waarbij overeenkomstig de gevolgde systematiek in het Bal het uitputtende karakter aan het gehele besluit komt te ontvallen en waarbij op onderdelen wordt aangegeven waar het besluit wél uitputtend is bedoeld (bijvoorbeeld onderdelen over veiligheid van bouwwerken en de bescherming van de gezondheid).³²

Maatwerkvoorschriften

In het Bbl is anders dan bij het Bal de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften per hoofdstuk zo specifiek mogelijk open gezet.

³⁰ Een maatwerkregel kan worden gesteld over afdeling 4.5 en art. 4.149 en 4.159, met uitzondering van bepalingen over meet- of rekenmethoden (art. 4.7 maatwerkregel nieuwbouw). Zie ook art. 4.160 (maatwerkregel milieuprestatie) en 4.161 (maatwerkregel bruikbaarheid).

³¹ VNG, Reactie ontwerp-Invoeringsbesluit Omgevingswet, 28 januari 2019, p. 6.

³² Anders Moesker en De Haan 2019. Auteurs zijn tegen maatwerk in het bouwrecht.

Anders dan bij het Bal is in het Bbl expliciet bij ieder hoofdstuk aangegeven of en waar maatwerkmogelijkheden open staan. In de nota van toelichting wordt geconstateerd dat de landelijke uniformiteit van de bouwregelgeving sinds 1992 als een groot goed wordt beschouwd, vanwege de zekerheid die dit aan partijen geeft.³³ Het Bbl biedt daarom slechts beperkte mogelijkheden tot het stellen van maatwerkvoorschriften. Het is opmerkelijk dat ook de begrenzing van de maatwerkvoorschriften niet is beperkt tot de belangen genoemd in artikel 4.21 Ow, hoewel artikel 4.5 lid 1 Ow dit voorschrijft. In bijvoorbeeld het hoofdstuk over nieuwbouw worden weliswaar de oogmerken van artikel 4. 21 Ow in artikel 4.2 Bbl herhaald, maar vervolgens is het mogelijk bij maatwerkvoorschrift met het oog op andere belangen daarvan af te wijken voor zover de belangen in artikel 4.2 Bbl zich daartegen niet verzetten (art. 4.5 lid 5 Bbl).³⁴

3.4.3 De activerende functie van het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel

Zowel in de nota van toelichting bij het Bal als die bij het Bbl merkt de regering op dat erkend moet worden dat zowel de regels in het Bal als in het Bbl in zeer uiteenlopende omstandigheden van toepassing zijn ten gevolge waarvan een aanpassing of aanvulling van de regels via maatwerkregels of maatwerkvoorschriften nodig kan zijn om tot de beste regel voor die situatie te komen. De beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid hebben vanuit die optiek niet alleen een beschermende functie (duidelijke en ondubbelzinnige regels) maar ook een activerende functie.³⁵ Laatstgenoemde functie houdt in dat van het bevoegd gezag een actieve houding wordt verwacht bij het realiseren van het doel en de strekking van de regels van het Bal en het Bbl. Dit leidt tot het toepassen van maatwerk om de regels goed te laten aansluiten bij de omstandigheden van het geval.³⁶ In die zin betoogt de regering dat met ruime maatwerkmogelijkheden geborgd kan worden dat de regels ook in een gevoelige situatie voldoen aan het oogmerk en de strekking van de wet.³⁷

3.5 Tussenbalans II: spanningsveld tussen specialiteit en integraliteit

De wetgever beoogt een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te bewerkstelligen in zowel beleid als regelgeving en besluitvorming. Het gaat daarbij niet meer om een optelsom van sectorale taken en bevoegdheden, maar om integrale omgevingszorg. Artikel 2.1 Ow bepaalt dat bij de uitoefening van taken en bevoegdheden rekening dient te worden gehouden met de samenhang van de

33 Stb. 2018, 291, Bbl, NvT, p. 180.

34 Zie tevens art. 6.5 lid 2 (maatwerkvoorschriften over het gebruik van bouwwerken), art. 7.5 lid 4 (maatwerkvoorschriften over bouw- en sloopwerkzaamheden), art. 7.31 lid 3 (maatwerkvoorschrift over mobiel breken van bouw- en sloopafval).

35 Damen 2013, p. 61-65.

36 Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 539; Stb. 2018, 291, Bbl, NvT, p. 178-179.

37 Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 544, Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 104. Vgl. Van den Broek 2015-2: 'In termen van koorddans: flexibiliteitsbepalingen bieden ruimte om de fysieke leefomgeving intensiever te benutten waar dat mogelijk is, en beter te beschermen waar dat gewenst is.'

relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en de rechtstreeks daarbij betrokken belangen.

Hetzelfde artikel bepaalt dat het mogelijk is de taak- en bevoegdheidsuitoefening te beperken tot bepaalde onderdelen, aspecten of belangen van de fysieke leefomgeving. Op basis hiervan is bij het opstellen van de rijksinstructieregels, de algemene rijksregels voor activiteiten en de toetsingskaders voor vergunningen gekozen voor een sectorale begrenzing van de regels. De reikwijdte van deze regels is beperkt door doelen, subdoelen en oogmerken.

Op gemeentelijk niveau wordt een integrale benadering van de fysieke leefomgeving in het omgevingsplan verwacht. Artikel 2.4 Ow bepaalt dat voor het hele grondgebied één omgevingsplan wordt vastgesteld waarin de regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen. De sectoraal opgestelde rijksregels bieden met inachtneming van het beginsel van de minst belastende interventie enige ruimte voor een samenhangende benadering door zoveel mogelijk te voorzien in een vergroting van de bestuurlijke afwegingsruimte in de normering en te kiezen voor een zo licht mogelijke vorm van doorwerking van de regel. Met behulp van de metafoor van een mengpaneel laat de regering zien hoe onderlinge afstemming tussen de verschillende aspecten van de sectorale rijksregels kan worden bereikt. Deze voorzieningen zijn echter onvoldoende om in het omgevingsplan tot een goede samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving te kunnen komen.

Dit heeft tot gevolg dat bestuurlijke afwijking van de sectorale rijksregels ten behoeve van een samenhangende integrale benadering noodzakelijk blijft. Daarbij is in de rijksregels niet gekozen voor een algemene bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid, maar voor bestuurlijke afwijking op maat.

Bij instructieregels wordt bestuurlijke afwijking beschouwd als uitzondering op het reguliere stelsel. Hoewel de mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking van instructieregels in de Omgevingswet ruim zijn gesteld hebben ze in het Bkl beperkt toepassing gevonden. De ruime bevoegdheid in de Omgevingswet tot het opnemen van ontheffingen in instructieregels draagt het risico van een bonus op onzorgvuldige wetgeving in zich.

Bij de algemene rijksregels over activiteiten zonder vergunningplicht wordt bestuurlijke afwijking wel als onderdeel van het regulier stelsel beschouwd. Een potentieel nadeel van algemene regels is dat daarin in beginsel geen rekening kan worden gehouden met specifieke situaties, wat het opnemen van maatwerkmogelijkheden noodzakelijk maakt. Gelet op de activerende rol van de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel acht de regering het opnemen van ruime maatwerkmogelijkheden geboden. In het Bal is daarin voorzien, in het Bbl echter niet. Wij pleiten in dat verband voor een fundamentele aanpassing van het Bbl met het oog op de mogelijkheid om adequate regels in het omgevingsplan over duurzaamheidsaspecten te kunnen opnemen.

4 Omgevingsplan en mogelijkheden tot bestuurlijke afwijking

Inleiding

Het zwaartepunt voor het vaststellen van algemeen verbindende regels over de fysieke leefomgeving ligt op het gemeentelijk niveau. Deze regels dienen te worden opgenomen in het omgevingsplan, waarmee dit instrument tot een van de belangrijkste kerninstrumenten van de Omgevingswet kan worden gerekend. De wetgever heeft met het oog op de doelen van artikel 1.3 Ow bepaald dat in het omgevingsplan regels over de fysieke leefomgeving worden opgenomen en daartoe in ieder geval regels behoren die nodig zijn met oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Gelet op de verbrede functie van het omgevingsplan ten opzichte van het bestemmingsplan zijn er naast het genoemde doel nog diverse andere (sub)doelen die van belang zijn voor de inhoud van het omgevingsplan. Het is van belang de verschillende doelen die van toepassing (kunnen) zijn voor de inhoud van het omgevingsplan te inventariseren, af te wegen en te coördineren met het oog op samenhangende regels in het omgevingsplan.

In dit hoofdstuk bespreken wij eerst de de functie en de inhoud van het omgevingsplan, de doelenbenadering en de regulering van activiteiten in het omgevingsplan. Daarna behandelen wij de bestuurlijke afwijkingmogelijkheden in het omgevingsplan en ten slotte de bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan zelf.

4.1 Functie en inhoud van het omgevingsplan

De gemeenteraad is verplicht één omgevingsplan voor het gehele gemeentelijk grondgebied vast te stellen waardoor het niet meer mogelijk is om verschillende op zichzelf staande omgevingsplannen vast te stellen, zoals bij bestemmingsplannen het geval is. Een omgevingsplan bevat regels over de gehele fysieke leefomgeving en heeft daarmee een breder toepassingsbereik dan het huidige bestemmingsplan dat alleen ziet op het aspect ruimtelijke ordening van de fysieke leefomgeving. Het omgevingsplan moet volgens artikel 2.1 Ow worden vastgesteld met het oog op de maatschappelijke doelen van artikel 1.3 Ow. Het bredere toepassingsbereik en de één-plan-gedachte dragen bij tot een samenhangende benadering van de verschillende onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving.

Naast een goede indeling, inrichting en benutting van de ruimte zal het omgevingsplan ook gericht moeten zijn op de ontwikkeling, de verbetering en het behoud van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving in brede zin. Dit betekent dat bij het opstellen van een omgevingsplan meer onderwerpen in samenhang moeten worden

betrokken dan bij een bestemmingsplan. Een brede afweging en coördinatie van aspecten en effecten op het gebied van ruimte, water, infrastructuur, gezondheid en milieu, natuur, cultuurhistorie en wonen is vereist.

Bronnen voor de inhoud van het omgevingsplan

Hieronder worden de bronnen die van betekenis zijn voor de inhoud van het omgevingsplan kort opgesomd. Uit deze bronnen worden de doelen gededuceerd met het oog waarop in het omgevingsplan regels moeten worden opgenomen. De Omgevingswet vereist in ieder geval dat regels in het omgevingsplan moeten worden opgenomen die nodig zijn voor evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 2.1 lid 3 en art. 4.2 Ow),¹ daarbij rekening houdend met het belang van het beschermen van de gezondheid (art. 2.1 lid 4 Ow).

– Omgevingsvisie

De maatschappelijke doelen vinden hun eerste uitwerking bij het ontwikkelen van beleid over de fysieke leefomgeving. De instrumenten die zien op beleidsontwikkeling zijn de omgevingsvisie en het programma. Het gemeenschappelijk kenmerk van deze instrumenten is dat de beslissingen een indicatief karakter hebben en richtinggevend zijn voor de inzet van andere instrumenten.

Gemeenten zijn naast provincies en Rijk verplicht een omgevingsvisie vast te stellen met het oog op de doelen in artikel 1:3 Ow. De gemeenteraad stelt de omgevingsvisie vast. De verplichting om te volstaan met één omgevingsvisie voor het door de overheden bestreken grondgebied dwingt overheden tot het vaststellen van één kenbaar en integraal beleidsdocument met het gehele strategisch omgevingsbeleid. Daarmee vervangt de omgevingsvisie de huidige beleidsvisies over de verschillende onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving (ruimtelijke ordening, milieu, verkeer en vervoer, water, natuur, enzovoort) en vormt daardoor een belangrijk vertrekpunt voor een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving. Niet alleen de hoofdlijnen van de voorgenomen ontwikkeling van het grondgebied dienen in de omgevingsvisie te worden opgenomen zoals het geval is bij de verplichte structuurvisies krachtens de Wro, maar ook die van het gebruik, het beheer, de bescherming en het behoud van het grondgebied. De omgevingsvisie dient krachtens artikel 3.2 onder c Ow integraal beleid te bevatten voor de fysieke leefomgeving.

¹ Een evenwichtige toedeling van functies aan locaties wordt in het omgevingsplan bereikt door activiteiten onderling evenwichtig over locaties te reguleren. Evenwichtig reguleren van activiteiten, impliceert een locatiegerichte benadering waarbij de schaarse ruimte binnen de fysieke leefomgeving op een zo goed mogelijke wijze wordt verdeeld, ingericht en benut, Kamerstukken II 2017/18, 34 986, p. 59 (Invoeringswet). Volgens de regering mag een evenwichtige toedeling van functies aan locaties niet gelijk worden gesteld aan de norm van een goede ruimtelijke ordening, Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3. p. 139. Groothuijse en De Vries menen echter dat deze nieuwe verplichte ruimtelijke afweging niet wezenlijk anders is dan de ruimtelijke afweging die bij de vaststelling van bestemmingsplannen moet worden gemaakt, Groothuijse en De Vries, 2019, p. 373.

De opgenomen beleidsdoelen in de omgevingsvisie vormen een samenhangende beleidsmatige basis voor de inzet van juridische, financiële of andere instrumenten. De Ow kent noch rechtstreeks, noch langs de doorwerking via andere instrumenten rechtsgevolgen toe aan een omgevingsvisie. Het is te verwachten dat in de rechtspraak aan een omgevingsvisie dezelfde juridische relevantie zal worden toegekend als aan een structuurvisie op grond van de Wro. Op grond van het motiverings- en vertrouwensbeginsel zal de gemeente bij de inzet van andere instrumenten rekening moeten houden met het eigen beleid dat is vastgelegd in de omgevingsvisie.

Voor de beleidsdoelstellingen in de nationale en provinciale omgevingsvisies geldt een dergelijke binding voor gemeenten niet. Gemeenten dienen op grond van het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel – voor zover van belang – bij nadere besluitvorming aan te geven op welke wijze rekenschap is gegeven van de beleidsdoelstellingen in de nationale en provinciale omgevingsvisies. Rijk en provincies kunnen ervoor kiezen de doorwerking van nationale of provinciale beleidsdoelstellingen te verplichten door de inzet van instructies, instructieregels of algemene regels.

– Programma's

Naast de verplichte omgevingsvisie als integraal beleidsdocument waarin het gehele strategisch omgevingsbeleid is vastgelegd, bestaat de mogelijkheid om concreet op de uitvoering gericht beleid in programma's op te nemen. Programma's bevatten een nadere concretisering van het strategisch omgevingsbeleid voor bepaalde onderdelen of aspecten van de fysieke leefomgeving. Naast specifieke programma's voor sectorale doeleinden zoals riolering, luchtkwaliteit of water kunnen ook programma's worden vastgesteld voor gebiedsontwikkeling. Op grond van EU-recht zijn gemeenten, waterschappen, provincies en het Rijk verplicht programma's op te stellen voor onder meer water, natuur, lucht en geluid. Voor gemeenten geldt een bijzondere verplichting tot het opstellen van een programma bij een (dreigende) overschrijding van een omgevingswaarde.² Evenals bij een omgevingsvisie is het programma alleen bindend op grond van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel voor het bestuursorgaan dat het programma heeft vastgesteld.

– Gemeentelijke verordeningen

Alle regels in gemeentelijke verordeningen die betrekking hebben op activiteiten die de fysieke leefomgeving wijzigen, moeten in het omgevingsplan worden opgenomen.³ Verordeningen die betrekking hebben op activiteiten in de fysieke leefomgeving, maar de leefomgeving niet wijzigen, mogen naar het omgevingsplan worden verplaatst voor zover de regels geen betrekking hebben op de openbare orde, burgemeestersbevoegdheden of financiën (art. 2.7 Ow jo. art. 2.1 Ob). Gedacht kan worden aan specifieke regels over de fysieke leefomgeving in gemeentelijke verordeningen over bijvoorbeeld parkeerexcessen, het buitenzetten van huisvuilcontainers of het onderhoud van begraaftplaatsen. Ter bevordering van de samenhangende

² Art. 3.10. lid 1 Ow; zie verder par. 4.2.1.

³ Kritisch Nijmeijer 2019-1.

benadering van de fysieke leefomgeving bevelen wij gemeenten aan zo veel mogelijk regels uit verordeningen over de fysieke leefomgeving te verplaatsen naar het omgevingsplan.

– Bkl en Bal

Zoals we in hoofdstuk 3 hebben beschreven, moeten gemeenten voldoen aan de instructieregels over de inhoud van het omgevingsplan uit de provinciale omgevingsverordening en uit de AMvB's. Voor zover expliciet is toegestaan, kunnen in het omgevingsplan maatwerkregels worden opgenomen die rechtstreeks werkende regels uit AMvB's, provinciale omgevingsverordeningen aanvullen of ervan afwijken.

4.2 Juridische doelen en de regulering van activiteiten in het omgevingsplan

Inleiding

Gelet op de in paragraaf 4.1 beschreven diversiteit aan bronnen die van betekenis zijn voor de inhoud van het omgevingsplan is het van belang vast te stellen met het oog op welke doelen (delen van) het omgevingsplan zal worden opgesteld. De gemeentelijk omgevingsvisie bevat weliswaar het integraal beleid op hoofdlijnen voor de fysieke leefomgeving, maar dit betekent niet dat de functie van het omgevingsplan is beperkt tot een zuivere juridische vertaling van de omgevingsvisie. In de eerste plaats is het mogelijk in het omgevingsplan aanvullende of andere doelen op te nemen en kan, mits goed gemotiveerd, van de opgenomen doelen in de omgevingsvisie worden afgeweken. Bovendien zullen de doelen die ten grondslag liggen aan de specifieke onderwerpen in de nationale en provinciale instructieregels, alsmede de doelen die ten grondslag liggen aan de gemeentelijke verordeningen niet allemaal zijn terug te vinden in de omgevingsvisie.

Doelen zijn de gecondenseerde redenen waarom de regels in het omgevingsplan worden opgenomen. Door de doelen expliciet te benoemen ontstaat inzicht in de consistentie van de verschillende doelen; dit biedt goede aanknopingspunten voor de structuur en inhoud van het omgevingsplan en het consequent inzetten van de bevoegdheden. Tegenstrijdigheden tussen doelen kunnen op die manier worden voorkomen. Overigens betekent dit niet dat doelen elkaar niet mogen overlappen. Het beschermen van het milieu zal bijvoorbeeld overlap hebben met het beschermen van de gezondheid en het tegengaan van klimaatverandering. Van belang is de aspecten met het oog op het doel zo concreet mogelijk in de betreffende regels te formuleren.

Het specialiteitsbeginsel heeft een duidelijke rol bij de totstandkoming van de wettelijke regeling ten aanzien van het omgevingsplan. Het specialiteitsbeginsel is samen met de rechtszekerheid de reden geweest voor het beperken van het toetsingskader van verschillende activiteiten tot de belangen genoemd in de wet, dan wel bij wettelijk voorschrift. Interessant in dit verband is wel om op te merken dat volgens Stoter het specialiteitsbeginsel de wetgever noopt tot het maken van drie stappen bij het opstellen van de wet, namelijk (1) welke publieke belangen met deze wet worden gediend, (2) onderlinge prioritering van betrokken belangen: aan welke

moet het meeste gewicht worden toegekend en (3) welke particuliere belangen een rol spelen en op welke wijze.⁴ Voor het omgevingsplan is vooral (2) de ‘onderlinge prioritering’ van belang. Het toekennen van een relatief gewicht aan verschillende beleidsdoelen wordt als een belangrijk element van het specialiteitsbeginsel gezien. Dat is in het kader van ‘samenhang’ en flexibiliteit aan de decentrale wetgever c.q. het bestuur overgelaten; deze samenhang moet onder andere in het omgevingsplan gestalte krijgen. Voor de decentrale wetgever ligt er dus een belangrijke taak om, bij het vaststellen van het omgevingsplan, een prioritering in beleidsdoelen aan te brengen en de prioritering zo mogelijk ook inzichtelijk te maken.

Inzicht in de structuur en de samenhang van doelen helpen gemeenten bij het voldoen aan artikel 2.1 lid 2 Ow, dat bestuursorganen verplicht bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden rekening te houden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving. Voorts zal de doelenbenadering de uitlegbaarheid, voorspelbaarheid en de verantwoording van de in het omgevingsplan opgenomen regels vergemakkelijken en kan het in die zin behulpzaam zijn bij de onderbouwing van de omgevingsplanregels. De doelenbenadering draagt ook bij aan het op een coherent en systematische wijze toepassen van beleid, dit speelt ook een rol bij de vraag of een maatregel geschikt is om het doel te bereiken, zoals volgt uit Europese jurisprudentie. In paragraaf 5.3 staan we nader stil bij het belang van consequent en stelselmatig beleid.

4.2.1 Juridische doelen in het omgevingsplan

Het is mogelijk en zelfs aan te bevelen om de doelen expliciet als regels in het omgevingsplan op te nemen. In een handreiking voor het opstellen van een omgevingsplan van de VNG waarin een mogelijke structuur voor de regels is opgenomen (hierna: ‘het Casco’), is hiervoor gekozen. Deze benaderingswijze is ook gevolgd bij de toepassing van instructieregels en algemene regels in de AMvB’s (Bkl, Bal en Bbl) en wordt eveneens aanbevolen in de handreikingen voor het opstellen van provinciale omgevingsverordeningen en waterschapsverordeningen.⁵

– Algemene doelen

In de inleiding hebben wij geconstateerd dat het bereiken van een eenduidige wets-systematiek een belangrijk uitgangspunt is van de stelselherziening van het Omgevingsrecht. Ook bij het opstellen van het omgevingsplan is het van belang te streven naar een zo eenduidig mogelijke regelsystematiek. Een heldere systematische ordening van de regels leidt tot een grotere kenbaarheid van het omgevingsplan. Regels hangen logisch met elkaar samen en er zijn minder regels nodig. Het opnemen van doelen in het omgevingsplan kan in belangrijke mate bijdragen aan een systematische ordening van samenhangende regels. Gelet op de beoogde samenhang in het omgevingsplan en de veelheid aan verschillende belangen die in het omgevingsplan moeten en mogen worden gereguleerd, bevelen wij derhalve aan concrete doelen in het omgevingsplan te formuleren. Hierdoor wordt duidelijk welke doelen door de

4 Stoter 2000, p. 161 en 323-333.

5 Zie <https://vng.nl/publicaties/het-casco-voor-het-omgevingsplan>.

gemeente met het omgevingsplan worden nagestreefd met het oog op de doelen van artikel 1:3 Ow en met welke redenen de regels in het plan worden gesteld.

Eerder hebben wij geconstateerd dat krachtens artikel 2.1 lid 3 Ow het omgevingsplan voor één of meer doelen voor zover van belang voor de brede maatschappelijke doelen specifieke regels mag stellen. Het is daarbij niet verplicht om uit te gaan van de in artikel 2.1 lid 3 Ow genoemde doelen; ook voor andere doelen, mits met het oog op artikel 1:3 Ow, mogen specifieke regels worden gesteld in het omgevingsplan. Indien het omgevingsplan echter helemaal niet aangeeft welke doelen met het oog op de doelen in artikel 1.3 Ow worden nagestreefd, gelden de maatschappelijke doelen onverkort. Bij de verschillende omgevingsplanregels zal dan moeten worden gemotiveerd hoe en op welke wijze de regels bijdragen aan de verwezenlijking van de maatschappelijke doelen van artikel 1.3 Ow. In ieder geval moet kunnen worden vastgesteld dat het omgevingsplan de regels bevat die nodig zijn met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (artikel 4.2, lid 1 Ow). Daarbij moet kunnen worden aangetoond dat in ieder geval rekening is gehouden met het belang van het beschermen van de gezondheid (artikel 2.1, lid 4 Ow).

– Gebiedsdoelen

De toepasselijke doelen uit het derde lid of andere doelen in het omgevingsplan kunnen worden gecombineerd en geconcretiseerd in één doel of enkele specifieke doelen voor gebieden met het oog op bescherming en/of de benutting van de fysieke leefomgeving. Gelet op de inhoudelijke eisen die de Ow aan een omgevingsvisie stelt – beschrijving van de bestaande omgevingskwaliteit in hoofdlijnen, de voorgenomen ambities en de hoofdzaken van het integrale omgevingsbeleid – zullen de beleidsdoelen voor de verschillende delen van het gemeentelijk grondgebied daaruit kunnen worden afgeleid. Deze globale gebiedsdoelen kunnen in het omgevingsplan zodanig worden geconcretiseerd tot samenhangende doelen met specifieke kwaliteiten per gebied dat daarmee een concrete basis wordt gelegd voor het stellen van regels over activiteiten in het betreffende gebied, bijvoorbeeld voor herstructurerings- of transformatiegebieden.

– Specifieke doelen

Het is ook mogelijk de algemeen gerichte doelen in het omgevingsplan nader te concretiseren in samenhangende doelen per thema zoals energietransitie, gezondheid of duurzaamheid, al dan niet wijkgericht.

– Omgevingswaarden of andere doelstellingen

Naast de gebiedsgerichte en de specifieke doelen is het ook mogelijk om met omgevingswaarden de betekenis van de doelen in het omgevingsplan te specificeren door vast te leggen onder welke omstandigheden een bepaald doel is bereikt. Omgevingswaarden zijn bijzondere doelstellingen die de gewenste staat of kwaliteit van (een onderdeel van) de fysieke leefomgeving aangeven. Gedacht kan worden aan omgevingswaarden voor de bodem, verkeerscirculatie enzovoort.

De Ow verbindt aan het vaststellen van een omgevingswaarde twee rechtsgevolgen: een monitoringsplicht en een programmaplicht bij (dreigende) overschrijding van

de omgevingswaarde (art. 3.10 Ow). Daarvoor is het noodzakelijk dat een omgevingswaarde wordt uitgedrukt in eenheden of objectieve termen (art. 2.9 Ow). Evenals bij de andere doelstellingen krijgt een omgevingswaarde pas rechtstreekse werking indien in het omgevingsplan juridische regels zijn gesteld om die doelstelling te bereiken. Voor bepaalde aspecten van de fysieke leefomgeving zijn Rijk, provincie en gemeenten verplicht omgevingswaarden vast te stellen, voor andere aspecten kunnen naast het omgevingsplan, bij AMvB of provinciale omgevingsverordening, omgevingswaarden worden vastgesteld.⁶

Het vaststellen van omgevingswaarden past geheel in de beoogde paradigmawisseling waarin wordt gestreefd naar een beleidscyclus waarin de continue zorg voor de kwaliteit van de fysieke leefomgeving centraal staat. Afgezien van de verplichte omgevingswaarden is het ook mogelijk omgevingsdoelen zonder omgevingswaarden vast te stellen voor andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Hiervoor kan bijvoorbeeld worden gekozen indien het niet mogelijk is om aan de doelstelling eenheden of objectieve termen te verbinden, zoals bij cultureel erfgoed. Voor deze doelstellingen geldt de monitoringsplicht en programmaplicht dan ook niet.

4.2.2 De regulering van activiteiten in het omgevingsplan

In de vorige paragraaf hebben we laten zien dat de doelen in het omgevingsplan (en specificaties daarvan per gebied of thema, in omgevingswaarden of andere doelstellingen) de grondslag vormen en richtinggevend zijn voor het stellen van regels over activiteiten in de zin van artikel 1.2 lid 3 Ow. Bij het reguleren van activiteiten in het omgevingsplan zullen niet bij iedere activiteit alle doelen steeds van belang zijn. In het kader van de rechtszekerheid is het van belang om bij de regels over de activiteiten in het omgevingsplan steeds uitdrukkelijk de belangen c.q. de oogmerken te vermelden, waaruit de redenen voor de gestelde regels (de te dienen belangen) duidelijk kunnen worden afgeleid. Oogmerken kunnen één of meer doelen of een uitwerking of begrenzing van de doelen in het omgevingsplan zijn. Oogmerken zijn derhalve de concrete belangen die de redenen weergeven van de regulering van een activiteit. De oogmerken van het omgevingsplan vormen de specialiteit van de bevoegdheid en zijn bepalend voor regels en de afwegingsruimte voor bevoegdheden in het omgevingsplan. Ook zijn oogmerken bepalend voor het beschermingsbereik (de relativiteit) van de concrete rechtsnormen.

Welke regels vanuit de oogmerken aan activiteiten in het omgevingsplan worden gesteld behoort tot de beleidsvrijheid van de gemeenteraad. Die beleidsvrijheid wordt ingeperkt door nationale en provinciale instructieregels. In veel gevallen bevatten rijksinstructieregels bestuurlijke afwegingsruimte waardoor gemeenten in staat worden gesteld in het omgevingsplan een nadere belangenafweging te maken met het oog op de lokale omstandigheden. In aanvulling daarop is in een aantal instructieregels bestuurlijke afwijkingruimte opgenomen waarmee bij omgevingsplan

⁶ Gemeenten zijn verplicht omgevingswaarden voor geluidsproductie bij industrieterreinen vast te stellen (art. 2.11a). Voor het Rijk gelden verplichte omgevingswaarden voor de buitenlucht, water, waterkeringen en voor de provincie voor geluid.

van de betreffende regel kan worden afgeweken. In paragraaf 3.2 is de bestuurlijke afwijkingsruimte van de rijksinstructieregels over de inhoud van het omgevingsplan besproken.

Voorts wordt de beleidsvrijheid van de gemeente begrensd door rechtstreeks werkende rijksregels (en eventuele provinciale regels) over activiteiten. Over deze activiteiten mogen geen regels worden gesteld in het omgevingsplan, tenzij in de rijksregels bestuurlijke afwijkingsruimte is opgenomen waarmee via maatwerkregels in het omgevingsplan de betreffende rijksregel kan worden aangevuld of ervan kan worden afgeweken. Voor deze activiteiten zijn – in het kader van het specialiteitsbeginsel – dus al uitputtende en uniforme regels gesteld, bijvoorbeeld voor de technische bouwactiviteit. In paragraaf 3.4 is de bestuurlijke afwijkingsruimte van de algemene rijksregels besproken.

Wanneer de doelen, de activiteiten en de oogmerken voor het stellen van regels over die activiteiten vaststaan, moet worden bepaald of en op welke wijze de activiteiten worden gereguleerd. Concreet gaat het over de vraag of een regel geschikt is en zo ja welke soort het meest geschikt is om de betreffende activiteit te reguleren met het oog op de met de regel te dienen belangen. Uitgangspunt van het nieuwe wettelijke stelsel is het betrachten van terughoudendheid bij het stellen van regels aan activiteiten en zo veel mogelijk verantwoordelijkheid ten aanzien van de zorg voor de fysieke leefomgeving over te laten aan burgers en bedrijven.⁷ Voor zover regels aan activiteiten worden gesteld moet, volgens het stelsel van de wet, aan de initiatiefnemers en uitvoerders zo veel mogelijk speelruimte worden gelaten. De wetgever erkent echter dat het stellen van regels onvermijdelijk is om de door de overheid gestelde doelen voor de fysieke leefomgeving te bereiken en dat regels voorzien in de behoefte aan rechtszekerheid, een gelijk speelveld en een voorspelbare overheid. Bovendien geldt dat kwetsbare belangen goed kunnen worden beschermd door een heldere regeling. Geconstateerd wordt dat tussen beide behoeften een spanningsveld bestaat en dat met beide behoeften op een evenwichtige wijze moet worden omgegaan. Van belang is vanuit een noodzakelijkheidstoets te kiezen voor de lichtste soort regel die past bij het te beschermen belang.⁸ Uiteraard kunnen de regels uit een omgevingsplan in beroep aan de rechter worden voorgelegd, waarbij de rechter uiteindelijk zal toetsen of de regels in het omgevingsplan in overeenstemming zijn met de eisen die de wet daaraan stelt.

Van algemeen naar specifiek

Het vertrekpunt voor het reguleren van activiteiten vormt dan ook de algemene wettelijke zorgplicht zo nodig aangevuld met een specifieke zorgplicht in het omgevingsplan.⁹ Kenmerk van zorgplichten is dat geen concrete regels over de activiteit worden gesteld. Indien in aanvulling op de zorgplicht behoefte is aan concrete

7 Zie in par. 3.3 de bedoeling van de wetgever om de veelheid aan uitvoeringsregelgeving op decentraal niveau met gedetailleerde regels en vergunningplichten zo veel mogelijk terug te dringen.

8 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 264.

9 Zie uitgebreid over de mogelijkheden van de zorgplicht, Tonnaer 2019.

voorwaarden waaraan een ieder die de activiteit uitvoert, moet voldoen, kunnen deze voorwaarden worden opgenomen in algemene rechtstreeks werkende regels. Aan een rechtstreeks werkende regel kan een informatieplicht of een meldplicht worden gekoppeld. Voor activiteiten die niet kunnen worden gereguleerd met alleen een zorgplicht of direct werkende regels worden vergunningplichten opgenomen. Een (omgevings)vergunningplicht is geschikt voor activiteiten die redelijk uniek zijn en activiteiten waarvoor een nader afwegingsmoment op het moment dat een concreet initiatief zich aandient wenselijk is. Laatstgenoemde mogelijkheid doet zich voor indien in de beoordelingsregels open normen worden opgenomen. Alle activiteiten waarvoor in het omgevingsplan een vergunning nodig is, worden in artikel 5.1 Ow als omgevingsplanactiviteiten gedefinieerd.

In het kader van het type regels merken wij het volgende op over ‘open normen’. Met open normen kan enige mate van ruimte worden geboden in een algemene regel; dat kan nuttig zijn in sommige complexe gevallen. In het kader van specialiteit en rechtszekerheid is het echter van belang dat normen zo concreet mogelijk zijn. Het verwijzen naar ‘open normen’ kan worden ingezet om ruimte te laten aan het bestuur voor beoordeling van de feiten, niet om de afweging uit te stellen. Indien er tevens gebruik wordt gemaakt van ‘wetsinterpreterende beleidsregels’ waarin mogelijk wel concrete normen zijn opgenomen, kan de rechtszekerheid in gevaar komen.¹⁰ Normen moeten worden vastgesteld door het orgaan dat democratisch is gelegitimeerd: door de raad. Bovendien geldt dat van een beleidsregel ex artikel 4:84 Awb kan worden afgeweken. Voorts zijn beleidsregels uitgezonderd van beroep bij de bestuursrechter, terwijl het omgevingsplan wel appellabel is. Het gebruikmaken van wetsinterpreterende beleidsregels met concrete normen, zou een soort extra afwijkingsmogelijkheid creëren. Het instrument is alleen bedoeld voor het bieden van inzicht over hoe beoordelingsruimte wordt ingevuld. Het kan niet de bedoeling zijn dat met wetsinterpreterende beleidsregels alsnog ‘aan de voorkant’ een flexibele norm in het omgevingsplan wordt opgenomen. Dit zou afbreuk doen aan de samenhang van het stelsel en de voorspelbaarheid.

4.3 Bestuurlijke afwijkingsmogelijkheden in het omgevingsplan

In aanvulling op de in paragraaf 4.2.2 aangegeven voorkeursvolgorde voor regulering van activiteiten is het voor specifieke situaties en gevallen mogelijk in het omgevingsplan bestuurlijke afwijking toe te staan. Het is zowel mogelijk om de zorgplicht nader in te vullen, als om aan te vullen of af te wijken van de algemene regels en beoordelingsregels voor specifieke gevallen.

Zorgplichten hebben het nadeel dat daarmee in beginsel geen rekening kan worden gehouden met specifieke situaties. Ook over algemene regels hebben wij eerder al opgemerkt dat een potentieel nadeel is, dat geen rekening kan worden gehouden

¹⁰ In de toelichting bij het Ob wordt gesteld dat normstelling niet ‘volledig afhankelijk’ mag zijn van wetsinterpreterende beleidsregels. Zie ook noot Benhadi en Nijmeijer 2019 en Nijmeijer 2019-2, p. 468.

met specifieke situaties. Dit kan leiden tot onnodige beperkingen voor degene die de activiteit wil verrichten of juist tot onvoldoende bescherming van de fysieke leefomgeving. Binnen de categorie van activiteiten waarvoor de algemene regels gelden, is het gelet op de uiteenlopende situaties die de regels bestrijken niet mogelijk op basis van objectieve criteria aan te geven welke gevallen dat zijn. Via maatwerkvoorschriften kan worden voorkomen dat de gehele categorie activiteiten vergunningplichtig moet worden gemaakt indien maar voor enkele specifieke gevallen een individuele beoordeling gewenst is.

Met de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan een activiteit afhankelijk worden gesteld van voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag via een vergunningstelsel in het omgevingsplan. Hoewel de beoordelingsregels van de vergunningplichten zijn bedoeld voor het beoordelen van concrete situaties kan het voorkomen dat een activiteit niet aan de regels voldoet, maar toch wenselijk is. Voor activiteiten waarvoor op grond van de toepasselijke beoordelingsregels in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning kan worden verleend en voor activiteiten die niet overeenkomstig de algemene regels van het omgevingsplan kunnen worden uitgevoerd, kan een inherente afwijkingsbevoegdheid met omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit in het omgevingsplan worden opgenomen.

Ten slotte biedt de Omgevingswet de mogelijkheid in het omgevingsplan via een zogenoemde programmatische aanpak omgevingswaarden of andere doelstellingen te realiseren waarbij de toelaatbaarheid van activiteiten niet aan de beoordelingsregels wordt getoetst maar specifiek aan de in het programma bepaalde wijze.

Hieronder gaan wij afzonderlijk in op de bovengenoemde mogelijkheden van maatwerk binnen het omgevingsplan.

– Maatwerkvoorschriften

Krachtens artikel 4.5 Ow is het mogelijk via het omgevingsplan maatwerkvoorschriften te verbinden aan algemene regels of voorschriften aan een omgevingsvergunning.¹¹ Het stellen van maatwerkvoorschriften is alleen mogelijk voor zover dat in het omgevingsplan is bepaald. Via maatwerkvoorschriften in een beschikking of vergunningvoorschriften¹² kunnen onderwerpen nader worden ingevuld of aangevuld, strengere of minder strenge eisen worden opgelegd. Zo is het mogelijk een open norm in het omgevingsplan in een beschikking te vertalen in een concrete plicht om iets te doen of na te laten.¹³

11 Art. 4.4 Ow maakt het mogelijk in het omgevingsplan, de waterschapsverordening, de omgevingsverordening en de rijksregels een bevoegdheid op te nemen tot het stellen van maatwerkvoorschriften.

12 Het is ook mogelijk bij vergunningvoorschrift van algemene regels af te wijken omdat deze regels ook geheel of gedeeltelijk van toepassing kunnen zijn op vergunningplichtige activiteiten.

13 Stb. 2018, 290, Ob, NvT, p. 104.

Het tweede lid van artikel 4.5 Ow bepaalt dat alleen van algemene regels afwijkende voorschriften kunnen worden gesteld wanneer dat expliciet voor de betreffende regels in het omgevingsplan mogelijk is gemaakt. Daarbij kan worden bepaald in welke mate of hoe lang kan worden afgeweken. In de memorie van toelichting wordt nadrukkelijk opgemerkt dat niet gekozen is voor het bieden van een algemene mogelijkheid voor het bevoegd gezag om algemeen of per geval nadere of afwijkende regels te stellen. Volgens de regering zou een algemene afwijkingsbevoegdheid ten koste gaan van de duidelijkheid die met de algemene regels wordt beoogd en risico's inhouden voor het beschermingsniveau.¹⁴ De vraag is of het materieel gezien veel uitmaakt, aangezien artikel 4.5 Ow de mogelijk biedt om voor alle algemene regels te voorzien in een afwijkingsbevoegdheid.

In het kader van de doelenbenadering achten wij het noodzakelijk de bevoegdheid tot het stellen van maatwerkschriften te beperken tot de oogmerken waarvoor een specifieke zorgplicht of de algemene regel is gesteld. Het college van burgemeester en wethouders is in artikel 4.8 Ow aangewezen als het bevoegd gezag dat een maatwerkvoorschrift kan stellen. Maatwerkvoorschriften worden bij beschikking gesteld zodat daartegen bezwaar en beroep openstaat. Bij de voorbereiding moet het gezag onderzoek doen naar de belangen die met het maatwerkvoorschrift zijn gemoeid.

– Omgevingsplanactiviteit (“binnenplans”)

Het gaat in deze paragraaf specifiek om de omgevingsplanactiviteit die in overeenstemming is met het omgevingsplan.¹⁵ In de volgende paragraaf gaan we nader in op de buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Met de omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan een activiteit in het omgevingsplan afhankelijk worden gesteld aan voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag, via een vergunning. De mogelijkheid tot het verlenen van een vergunning kan ook worden ingezet als een vorm van maatwerk. Onder welke voorwaarden het college van burgemeester en wethouders een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit kan verlenen, wordt nader omschreven in het omgevingsplan. Dit zijn de beoordelingsregels. Uitgangspunt is dat de regels zo voorspelbaar mogelijk dienen te zijn, de regels zijn limitatief-imperatief, dat wil zeggen dat als een aanvraag past binnen de beoordelingsregels, het college van B&W de vergunning moet verlenen.¹⁶ Zoals eerder opgemerkt in paragraaf 4.2.2 is een (omgevings)vergunningplicht bijvoorbeeld geschikt voor activiteiten die redelijk uniek zijn (zodat het opnemen van algemene regels voor een situatie die zich slechts een enkele keer voordoet tot onnodig veel regelgeving leidt) en activiteiten waarvoor een nadere afweging vereist is, op het moment dat een concreet initiatief zich aandient. Deze laatste variant kan leiden tot (inherente) afwijking, ook een vorm van maatwerk, dit is mede afhankelijk van

¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 144-145.

¹⁵ Sub a) van de definitie van ‘omgevingsplanactiviteit’ in Bijlage bij art. 1.1. van de Ow: “een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die niet in strijd is met het omgevingsplan”.

¹⁶ MvT Invoeringswet Ow, Kamerstukken II 2017/2018, 34986, 3, p. 58. Zie art. 5.21 Ow.

de mate van concreetheid van de voorwaarden in de omgevingsplanregels die aan de bevoegdheid zijn verbonden. Hieronder beschrijven we waar wat ons betreft een inherente afwijkingsbevoegdheid aan zou moeten voldoen.

Algemeen inherente afwijkingsruimte

De Omgevingswet laat ons inziens de ruimte om in het omgevingsplan een afwijkingsbevoegdheid op te nemen in de vorm van een vergunning voor een (binnenplanse) omgevingsplanactiviteit. Het college van burgemeester en wethouders kan voor activiteiten die niet overeenkomstig de regels van het omgevingsplan zijn, een omgevingsvergunning verlenen. Het betreft activiteiten waarvoor op grond van de toepasselijke beoordelingsregels in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning kan worden verleend én activiteiten die niet overeenkomstig de algemene regels van het omgevingsplan kunnen worden uitgevoerd. Indien blijkt dat de activiteit wel past binnen de bredere doelen van het omgevingsplan kan ondanks strijd met de oogmerken waartoe de beoordelingsregels of de algemene regels zijn opgesteld, onder bepaalde voorwaarden toch een omgevingsvergunning worden verleend.

Belangrijk is dat de gevallen waarvoor de inherente afwijkingsbevoegdheid kan worden toegepast, zijn voorzien in het omgevingsplan.

De vraag is welke voorwaarden aan deze inherente afwijkingbevoegdheid moeten worden gesteld. Het is van belang dat de gevallen waarin van deze bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt, zijn begrensd door de planwetgever.

Ten eerste dienen deze gevallen passend te zijn binnen de strekking, structuur en de doelen van het omgevingsplan.

Ten tweede dient in het omgevingsplan te worden vermeld van welke regels mag worden afgeweken. In onze optiek kan het daarbij gaan om in het omgevingsplan voorziene activiteiten of projecten waarvan de uitkomst van de optelsom van de verschillende toepasselijke omgevingsplanregels tot onredelijke belemmeringen blijkt te leiden. Ook kan het gaan om nieuwe activiteiten of (innovatieve) projecten die bijdragen aan het verwezenlijken van een of meerdere doelen in het omgevingsplan en weliswaar zijn voorzien in het omgevingsplan, maar niet passen binnen de reguliere beoordelingsregels of de algemene regels voor activiteiten. Beide genoemde categorieën van activiteiten en projecten kunnen onder bepaalde voorwaarden en omstandigheden in afwijking of aanvulling van de regels worden toegestaan.

Ten derde geldt voor beide situaties dat dezelfde materiele en formele begrenzingen gelden die ook aan de voorkant bij het stellen van de regels van toepassing zijn. Dit betekent onder meer dat eventuele extra benodigde (milieu)gebruiksruimte reeds moet zijn verdisconteerd bij de vaststelling van het omgevingsplan.¹⁷

¹⁷ Voor de uitvoerbaarheid van het omgevingsplan is het voldoende dat vastgesteld kan worden dat zich geen omstandigheden voordoen op grond waarvan het op voorhand aannemelijk is dat de ontwikkeling die in het omgevingsplan is voorzien niet kan worden gerealiseerd. In combinatie

Vervolgens kan er een aantal voorwaarden worden geformuleerd, bijvoorbeeld dat de afwijking noodzakelijk is met het oog op het bereiken van een van de doelstellingen (doelen en omgevingswaarden), zoals genomen in het omgevingsplan. Ten tweede kan de eis worden gesteld dat de afwijking geschikt is om het doel te bereiken. Ten derde kan worden bepaald dat de afwijking alleen kan worden verleend als deze geen onevenredige inbreuk maakt op het oogmerk van de regel waarvan wordt afgeweken. Bij de vraag of de inbreuk niet onevenredig is, kan ook compensatie van de effecten een rol spelen. Daarbij kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan de voorwaarde dat er geen alternatieven voor handen zijn, waarvoor niet of in mindere mate van de oorspronkelijk regels hoeft te worden afgeweken.

Uiteindelijk zal het aan de planwetgever zijn om op een doelmatige en evenwichtige manier de voorwaarden voor de inherente afwijking te formuleren. Verwijzing naar de doelenbenadering, zoals wij hiervoor hebben geschetst, zal bijdragen aan een voorspelbaar en consequente toepassing van maatwerk. Zie voor de concrete toepassing van de inherente afwijking hoofdstuk 5.

– Programmatische aanpak

De Omgevingswet voorziet in de mogelijkheid om behalve op rijksniveau¹⁸ ook op provinciaal en gemeentelijk niveau de programmatische aanpak toe te passen. Deze aanpak is een specifiek soort programma, waarbij kan worden afgeweken van de beoordelingsregels voor vergunningplichtige activiteiten in het omgevingsplan.¹⁹ Bij omgevingsplan kunnen programma's worden aangewezen die betrekking hebben op omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving waarvoor in het plan een regel over het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit is gesteld (art. 3.15 Ow). Deze programma's worden ingezet wanneer op gebiedsniveau de gebruikruimte onder druk staat en een reguliere beoordeling van de activiteiten ertoe zou leiden dat bij (dreigende) overschrijding van een omgevingswaarde of een andere doelstelling het gebied 'op slot' gaat. De programma's zijn erop gericht een omgevingswaarde of een ander doel voor de fysieke leefomgeving te bereiken en bevatten daartoe een programmatische verdeling van de daarvoor beschikbare ruimte in een bepaald gebied voor bepaalde activiteiten. In het omgevingsplan wordt bepaald hoe de omgevingswaarde of andere doelstelling bij de uitoefening van taken en bevoegdheden wordt betrokken. Ook wordt bepaald of en welke in het omgevingsplan gestelde regels over het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijven (art. 3.16 lid 2 Ow).

met open normen kan de inhoudelijke beoordeling of activiteiten aanvaardbaar zijn, worden verlegd naar het moment waarop deze daadwerkelijk zullen plaatsvinden. Stb. 2018, 290, Ob, NvT, p. 105-109.

18 Het nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit en de Programmatische aanpak stikstof zijn voorbeelden van een nationale toepassing op grond van het huidig recht.

19 Voor andere beoordelingsregels zal het bestuursorgaan dat ze heeft gesteld moeten bepalen of ze buiten beschouwing kunnen blijven in het geval van een programmatische aanpak, *Kamerstukken I 2015/16*, 33962, E, p. 77.

De beoordeling van de vergunningaanvraag voor de betreffende activiteiten vindt plaats op basis van het programma. In het omgevingsplan wordt bepaald welk bestuursorgaan het programma kan vaststellen. Artikel 3.18 Ow verplicht de bestuursorganen die daarvoor in het programma zijn aangewezen tot uitvoering van de daarin opgenomen maatregelen. Programma's worden voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 Awb. Een programma is niet rechtstreeks voor beroep vatbaar bij de rechter, tenzij in het programma een activiteit wordt toegestaan (Bijlage 2, Awb). De aanwijzing van een programma in het omgevingsplan maakt onderdeel uit van het omgevingsplan en is daardoor wel vatbaar voor beroep. Uit de ervaringen met het PAS is gebleken dat het uitermate belangrijk is hoe en wanneer wordt gecontroleerd of de programmatische doelstelling wordt behaald en welke maatregelen worden genomen als dit niet het geval is.

4.4 Bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan

De Omgevingswet biedt de mogelijkheid aan initiatiefnemers gelijkwaardige maar andere maatregelen te nemen dan die in de algemene regels van het Bal, Bbl en het omgevingsplan zijn voorgeschreven (art. 4.7 Ow). Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel mag ook een andere dan de voorgeschreven maatregel worden toegepast. Voorwaarde daarbij is dat met die andere maatregel ten minste hetzelfde resultaat wordt bereikt als met de voorgeschreven maatregel is beoogd. Bij toepassing van een gelijkwaardige maatregel is dus aan de regel voldaan en is er dus geen sprake van afwijken.²⁰

Artikel 5.1 Ow biedt de bevoegdheid om van alle regels van het omgevingsplan af te wijken door middel van een vergunning voor een omgevingsplanactiviteit. Uit de Bijlage bij artikel 1.1. van de Omgevingswet met begripsomschrijvingen wordt onder buitenplanse omgevingsplanactiviteit verstaan: een activiteit die in strijd is met het omgevingsplan.²¹ Het kan daarbij gaan om activiteiten waarvoor een vergunningplicht geldt in het omgevingsplan of om andere activiteiten. Krachtens artikel 8.0a Bkl en artikel 5.21 lid 2 sub b Ow mag een vergunning voor een buitenplanse omgevingsactiviteit alleen worden verleend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Voorts gelden de specifieke beoordelingsregels voor de aanvraag omgevingsvergunning omgevingsplanactiviteit zoals opgenomen in hoofdstuk 8 Bkl. Deze regels komen overeen met de regels die gelden bij het opstellen van een omgevingsplan.

Het college van burgemeester en wethouders is het bevoegd gezag voor het beslissen op de aanvraag. Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een door gemeenteraad

²⁰ Stb. 2018, 291, Bbl, NvT, p. 181.

²¹ Bijlage I bij art. 1.1 Ow: Buitenplanse omgevingsplanactiviteit: "een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die in strijd is met het omgevingsplan, of een andere activiteit die in strijd is met het omgevingsplan."

aangewezen geval (ex artikel 16.15b Ow) is advies door de gemeenteraad vereist.²² Een buitenplanse omgevingsplanactiviteit voor afwijken zal na vijf jaar in het omgevingsplan moeten worden opgenomen.²³ Het wordt aan de gemeente gelaten om een doelmatig en geschikt moment te vinden om de afwijking in het omgevingsplan op te nemen, met een maximale termijn van vijf jaar.²⁴ We gaan nader in op de reikwijdte van de belangenafweging ten aanzien van de (binnenplanse en buitenplanse) omgevingsplanactiviteit in paragraaf 5.3.

Daarbij zullen we in hoofdstuk 5 aantonen hoe de doelenbenadering een belangrijke functie heeft. Hoewel het omgevingsplan ten opzichte van het bestemmingsplan een verbrede reikwijdte kent, verwachten wij dat met de toepassing van de doelenbenadering en algemene regels zonder vergunningplicht minder vaak met een omgevingsvergunning van het omgevingsplan zal worden afgeweken.

4.5 Tussenbalans III: spanningsveld tussen omgevingsplan en de mogelijkheid tot bestuurlijke afwijking

Naar analogie van de gevolgde doelenbenadering in de Omgevingswet en de AMvB's achten wij het raadzaam om ten behoeve van het opstellen van het omgevingsplan de verschillende beleidsdoelen te identificeren en die op te nemen in het plan. Deze juridische doelen met een uitwerking in subdoelen en oogmerken zijn richtinggevend voor de regels in het omgevingsplan over activiteiten in de fysieke leefomgeving. Naast een vergroting van de inzichtelijkheid leidt een doelenbenadering tot betere en samenhangende regels en het consequent toepassen van beleid, zoals ook is vereist op grond van (Europese) jurisprudentie. Ook kunnen doelen een belangrijke juridische betekenis vervullen voor het bestuur om in voorkomende gevallen te kunnen afwijken van die regels als daarmee het doel van de regel alsnog wordt gediend.

Bij het reguleren van de activiteiten in het omgevingsplan dient in ieder geval te worden voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Voor zover regulering van activiteiten noodzakelijk is, kan de voorkeursvolgorde van de regels in het Bal en het Bbl als uitgangspunt worden genomen. Dit betekent dat als vertrekpunt een specifieke zorgplicht geldt en voor zover een nadere inkadering noodzakelijk wordt geacht dient eerst te worden onderzocht of kan worden volstaan met algemene regels zonder vergunningplicht. Een potentieel nadeel van algemene regels is dat daarin in beginsel geen rekening kan worden gehouden met specifieke situaties. Door het opnemen van een bevoegdheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften kan worden voorkomen dat een gehele categorie activiteiten vergunningplichtig moet worden gemaakt, terwijl maar voor enkele specifieke gevallen een individuele benadering gewenst is. Het is aan te bevelen de reikwijdte tot het stellen van maatwerkvoorschriften te beperken tot de in het omgevingsplan opgenomen oogmerken.

²² Zie ook Bregman 2019, p. 271.

²³ Art. 4.17 Ow (niet tijdens overgangsfase, zie het overgangsrecht).

²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, 476.

Een (omgevings)vergunningplicht is geschikt voor activiteiten die redelijk uniek zijn en activiteiten waarvoor een nader afwegingsmoment op het moment dat een concreet initiatief zich aandient, wenselijk is. Uit oogpunt van specialiteit en rechtszekerheid bevelen wij aan de beoordelingskaders voor vergunningplichtige activiteiten per doel c.q. belang zo helder en eenduidig mogelijk aan de hand van oogmerken in het omgevingsplan te formuleren.

Voor activiteiten waarvoor op grond van de toepasselijke beoordelingsregels in het omgevingsplan geen omgevingsvergunning kan worden verleend en voor activiteiten die niet overeenkomstig de algemene regels van het omgevingsplan kunnen worden uitgevoerd, kan een afwijkingsbevoegdheid worden opgenomen in de vorm van een vergunning voor een (binnenplanse) omgevingsplanactiviteit.

Indien blijkt dat de activiteit wel past binnen de bredere doelen van het omgevingsplan kan ondanks strijd met de oogmerken waartoe de beoordelingsregels of de algemene regels zijn opgesteld, onder bepaalde voorwaarden toch een omgevingsvergunning worden verleend.

Zoals we hebben aangegeven is het opnemen van juridische doelen in het omgevingsplan van belang voor een samenhangende benadering van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving op lokaal niveau. Evenals bij de AMvB's hanteren wij de voorkantbenadering waar bij het formuleren van regels voor de doelen zoveel mogelijk bestuurlijke afwegingsruimte wordt verdisconteerd in de regels zelf. Voor uitzonderingssituaties geldt de achterkantbenadering waarbij van de regels kan worden afgeweken door een nieuwe belangenafweging buiten de belangen waarvoor de regel is vastgesteld. Dit kan zijn een ander belang ten behoeve van een ander subdoel of een andere grond binnen een oogmerk voor hetzelfde subdoel. De ruimte om af te wijken wordt in ieder geval begrensd door de in het omgevingsplan opgenomen samenhangende structuur en samenhang via de doelen.

Juist vanwege de eis dat de activiteit moet passen binnen de bredere doelen van het omgevingsplan achten wij onder bepaalde voorwaarden een bestuurlijke afwijking van de specifieke reguliere kaders voor activiteiten goed verdedigbaar. Wij sluiten in dit verband aan bij Tolsma die erop wijst dat het specialiteitsbeginsel niet absoluut is en relativering gerechtvaardigd kan zijn in verband met de effectiviteit en doelmatigheid van regelgeving.²⁵

Hoewel de Omgevingswet de mogelijkheid biedt voor een buitenplanse bestuurlijke afwijking van het omgevingsplan hebben wij een sterke voorkeur de ruimte primair binnen de samenhangende structuur en doelen van het omgevingsplan te zoeken.

25 Tolsma 2013, p. 127.

Een goed geclausuleerde binnenplanse c.q. inherente bestuurlijke afwijking leidt tot een betere kenbaarheid van een samenhangende benadering en een op doelmatigheid en rechtsgelijkheid gerichte ontwikkeling dan een buitenplanse bestuurlijke afwijking waar de in het plan opgenomen clausering niet geldt. Belangrijk zijn derhalve de voorwaarden in het omgevingsplan waaronder de inherente bestuurlijke afwijkingsbevoegdheid mag worden toegepast. De voorwaarden dienen zo te worden geclausuleerd dat duidelijk is waar de grenzen van de afwijkingsbevoegdheid liggen zodat ze burgers, bedrijven en de overheid zoveel mogelijk houvast bieden en de bestuurlijke afwijkingsruimte niet groter is dan strikt noodzakelijk.

Indien de voorgenomen activiteit niet binnen de brede doelen van het omgevingsplan past, kan via een (buitenplanse) vergunning voor een omgevingsplanactiviteit van alle regels en daarmee ook van de doelen van het omgevingsplan worden afgeweken. In het kader van het specialiteitsbeginsel verdient het aanbeveling dat de raad als democratisch gekozen bestuur zeggenschap heeft over de doelen in het omgevingsplan en de prioritering van de verschillende doelen onderling. Afwijkingen die bij de latere (verplichte) actualisering van het omgevingsplan niet kunnen worden ingepast zonder een heroverweging van de samenhangende doelen van het plan, dienen volgens ons niet met een buitenplanse afwijking te worden vergund. Daarvoor vinden wij het noodzakelijk dat het omgevingsplan wordt gewijzigd. In hoofdstuk 5 zullen wij dit nader toelichten.

5 Toepassing en toetsing van maatwerk in de praktijk

5.1 De praktijk van het bieden van maatwerk in de Omgevingswet

Het uitgangspunt voor bestuurlijke afwijking blijft dat het een uitzondering is. Bestuurlijke afwijkingsruimte is vooral bedoeld voor die gevallen waar die ruimte echt nodig is. Dit is het geval wanneer de reguliere regels leiden tot onredelijke belemmeringen in verband met bijvoorbeeld bijzondere lokale situaties, complexe gebieden, gebiedsoverstijgende en vaak sector overstijgende belangen of innovatieve experimenten. Als we spreken over toepassing van maatwerk, dan hebben we het over deze bestuurlijke afwijkingsruimte. In dit hoofdstuk bespreken we waar de toepassing van maatwerk in de praktijk aan zal moeten voldoen.

Binnen de kaders van de wet en de AMvB's zoals in de hoofdstukken 3 en 4 hiervoor geschetst, is er nog een ruim speelveld dat wordt opengelaten voor het bestuur en de decentrale wetgever. De raad als gemeentelijke wetgever stelt het omgevingsplan vast. Binnen en buiten het omgevingsplan is er echter een mogelijkheid om van de regels af te wijken; deze bevoegdheid heeft het college van burgemeester en wethouders, met een omgevingsplanactiviteit. Zoals we bespraken in hoofdstuk 4 is dat bijvoorbeeld het geval indien een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit voor afwijken van het omgevingsplan wordt verleend. De regels die gelden voor het omgevingsplan gelden ook voor de afwijkactiviteit.

Hoe aan de samenhang en de onderlinge weging van belangen gevolg wordt gegeven is een bestuurlijke afweging van het betreffende bestuursorgaan, dat meer gewicht kan toekennen aan het ene belang dan aan het andere. De afweging tussen alle sectorale belangen op het gebied van beschermen en benutten, is een politieke keuze die gemotiveerd en democratisch gelegitimeerd moet zijn binnen de eisen van de wetgeving.¹ Deze opmerking geldt in ieder geval voor het opnemen van beoordelingsruimte in de norm (bestuurlijke afweging aan de voorkant). Deze geldt echter ook voor bestuurlijke afwijkingsruimte ('aan de achterkant'). Indien in ruime mate gebruik wordt gemaakt door het bestuur van de bevoegdheid om af te wijken van de algemeen verbindende voorschriften, leidt dit tot een zekere mate van onzekerheid.

¹ Integrale onafhankelijke adviescommissie, Recht doen aan de Omgevingswet, november 2019, p. 11.

Stel dat we ervan uitgaan dat het omgevingsplan is vastgesteld, volgens de aanbevelingen in hoofdstuk 4. Daarbij gaan we ervan uit dat het beleid van de gemeente is vertaald in de regels in het omgevingsplan. We gaan ervan uit dat het omgevingsplan heldere doelen bevat, eventueel uitgewerkt in subdoelen, maar in ieder geval uitgewerkt in oogmerken. Het omgevingsplan is inmiddels onherroepelijk. Uiteraard bestaat er de mogelijkheid van exceptieve toetsing van het omgevingsplan, zoals bij alle algemeen verbindende voorschriften.² We gaan er in dit voorbeeld echter van uit dat het omgevingsplan evenwichtig tot stand is gekomen, waarbij alle hogere regels in acht zijn genomen, zodat in geval van exceptieve toetsing delen van het omgevingsplan niet onverbindend zullen worden verklaard.

Hoe werkt het toepassen van deze bestuurlijke afwijking dan in de praktijk? Het uitgangspunt van de stelselherziening is dat Awb en Ow elkaar zo veel mogelijk dienen aan te vullen. Vandaar dat we bij het toepassen van maatwerk onder de Ow, uiteraard ook de Awb en de geschreven en ongeschreven beginselen van het recht betrekken. Uiteraard spelen de procedurele waarborgen een rol (een procedure en rechtsbescherming), maar we kiezen ervoor om hierna vooral in te gaan op de materiële vereisten die aan besluitvorming worden gesteld. Met de doelenbenadering biedt de Omgevingswet een kader voor (enige) materiële integratie. In aansluiting op de voorgaande hoofdstukken bespreken we hierna hoe de doelenbenadering door kan werken in de onderbouwing van concrete besluiten. Immers, zoals Schueler opmerkt, hoe meer afwegingsvrijheid het bestuur heeft, des te meer zal het erop aangesproken worden welke keuzes het maakt.³

De Omgevingswet is nog niet in werking getreden en zal zich in de praktijk moeten bewijzen; we kunnen dus nog niet verwijzen naar jurisprudentie over de Omgevingswet. Waar moet de onderbouwing van een concreet besluit tot toepassing van maatwerk (de bestuurlijke afwijkingsruimte) aan voldoen? Eerst bespreken we het kringenmodel van de doelenbenadering, om inzicht te bieden hoe de doelen zich tot elkaar verhouden. Vervolgens gaan we in op het uitgangspunt van coherent en stelselmatig beleid, met de doelenbenadering kan stelselmatig beleid worden bevorderd. Daarna gaan we in op de reikwijdte van de belangenafweging bij maatwerk en staan we specifiek stil bij de evenredigheid. Daarbij gaan we ook in op de mogelijke toetsing door de rechter en recente ontwikkelingen in de rechtspraak.

5.2 De doelenbenadering en het kringenmodel

Van het bevoegd gezag wordt een actieve houding verwacht om doel en strekking van de regels te realiseren. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4 geeft de doelenbenadering van de Omgevingswet inhoud aan het specialiteitsbeginsel. Artikel 3:3 Awb stelt dat een bevoegdheid niet kan worden gebruikt ‘voor een ander doel dan waarvoor

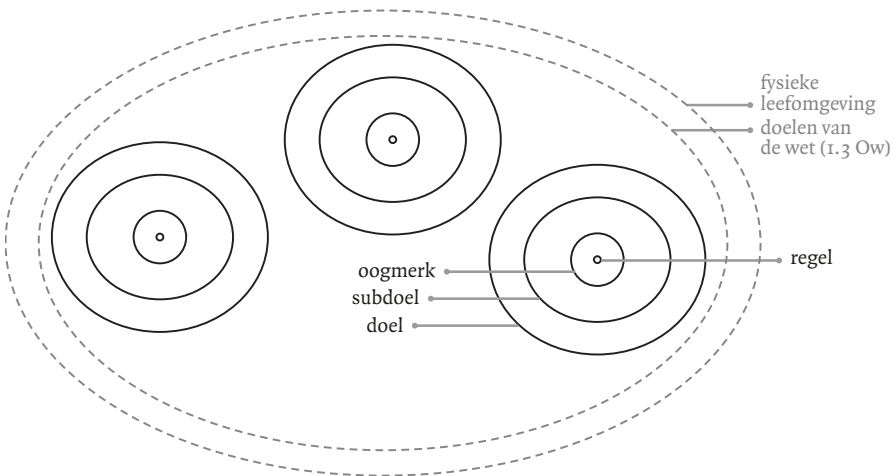
2 Daarvoor zal waarschijnlijk wel gelden dat er sprake moet zijn van ‘evidente strijd’ met hogere regelgeving, ook omdat dublures voorkomen moeten tussen de exceptieve toetsing en de feitelijke beroepsprocedure, zie ook Groothuijse en Kegge 2017, p. 110.

3 Schueler 2019, p. 534.

die bevoegdheid is verleend'; dit uitgangspunt werkt door in de doelenbenadering. Zoals we bespraken in hoofdstuk 2 zijn gemeenten belast met de zorg voor de fysieke leefomgeving en geldt dat zij hun taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet dienen uit te oefenen met het oog op de doelen van de wet. Rekening wordt gehouden met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen. De toepassing van de bevoegdheden onder de Omgevingswet wordt aldus enerzijds door de aard van de bevoegdheid en anderzijds door het wettelijke voorschrift, begrensd tot de doelen van de wet.

Kringenmodel

De doelenbenadering, zoals beschreven in paragraaf 2.2.3, is de manier waarop de bevoegdheden van het bestuur bij de inzet van maatwerk zijn begrensd in de Omgevingswet. Deze doelenbenadering kan wel worden afgebeeld als verschillende kringen rondom de regel, waarbij de kring van binnen naar buiten steeds groter wordt.



Figuur 1 Kringenmodel van de doelenbenadering

De buitenste kring wordt gevormd door de fysieke leefomgeving en de doelen van de wet ex artikel 1.3 Ow, kort samengevat 'het benutten en beschermen van de fysieke leefomgeving'. Daarbinnen staan in verschillende kringen de andere doelen van de wet (art. 2.1 lid 3 Ow, de genoemde doelen zijn niet limitatief). Eén daarvan is de evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Daarin staan de subdoelen of de lokale doelen, gevolgd door het oogmerk van de regel (bijvoorbeeld: 'beschermen van een rustig woonklimaat' of 'zorgdragen voor voldoende woningen'), de regel zelf vormt het hart van de kring.

Uiteraard kunnen aspecten en onderdelen van de fysieke leefomgeving en ook doelen van de wet elkaar overlappen. Zo kan 'beschermen van het milieu' ook samenvallen

met 'gezondheid' of een 'goed woonklimaat'.⁴ In werkelijkheid zullen de kringen dan ook niet van elkaar zijn gescheiden maar juist door elkaar lopen. Omwille van de overzichtelijkheid staan de verschillende kringen in dit model naast elkaar. In ieder geval zijn ze alle onderdeel van de fysieke leefomgeving.

Gelet op het kringenmodel kan als stelregel gelden dat, naarmate de afwijking verder van de kern van de cirkel is verwijderd, de afwijking van de originele regel groter zal zijn. Als het gaat over toepassing van maatwerk is dus relevant hoe het besluit past in de doelenbenadering. Bijvoorbeeld: met een maatwerkvoorschrift (ex art. 4.5 Ow) wordt afgeweken van de feitelijke regel; een dergelijk maatwerkvoorschrift zal dan binnen het oogmerk van de regel passen. Indien de afwijking buiten de oogmerken valt, maar wel binnen de doelen van het omgevingsplan, is het mogelijk dat deze binnen de inherente afwijking voor activiteiten valt, mocht die zijn opgenomen in het omgevingsplan. Mogelijk valt de afwijking niet binnen deze inherente afwijkingsregels, maar wel binnen de doelen van het omgevingsplan. Dan is de afwijking waarschijnlijk groter dan bij toepassing van een maatwerkvoorschrift, maar nog wel binnen de door de raad gestelde doelen.

Maatwerk dat mogelijk is binnen het omgevingsplan, dient ook binnen de doelen van het omgevingsplan te blijven en liever nog binnen het oogmerk van de regel waarvan het afwijkt. Dat geldt ook voor maatwerk dat mogelijk is op grond van een inherente afwijkingmogelijkheid van het omgevingsplan (maatwerk binnen het omgevingsplan) maar ook voor afwijken van het omgevingsplan (maatwerk buiten het omgevingsplan). Wat ons betreft zou alle bestuurlijke afwijking passend moeten zijn bij (de doelen van) het omgevingsplan. In ieder geval moet een buitenplanse omgevingsplanactiviteit na vijf jaar in het omgevingsplan worden opgenomen.⁵ Deze dient derhalve ook te passen bij de doelen van het omgevingsplan.

5.3 Consistentie en stelselmatig beleid: rechtszekerheid in een flexibel stelsel

Bij de totstandkoming van de wet is uiteraard stilgestaan bij het spanningsveld tussen rechtszekerheid en flexibiliteit. Indien er ruimte is om af te wijken, wordt de toepassing van de norm voor burgers minder voorspelbaar. Een manier om de voorspelbaarheid te vergroten, is werken met kenbaar en consistent beleid. Dit vloeit ook voort uit de activerende functie van de rechtszekerheid. Damen heeft opgemerkt dat juist in het bestuursrecht het rechtszekerheidsbeginsel niet alleen een afwerende, maar ook een activerende functie heeft. Het rechtszekerheidsbeginsel kan worden omschreven als het beginsel dat 'de overheid de rechtszekerheid van de burgers moet waarborgen en bevorderen'.⁶ In de geschiedenis van de Omgevingswet is ook verwezen naar deze activerende functie; de beginselen van rechtszekerheid en gelijkheid hebben niet alleen een beschermende functie (ondubbelzinnige regels)

4 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 396.

5 Art. 4.17 Ow (niet tijdens overgangsfase, zie het overgangsrecht).

6 Damen 2013, p. 60.

maar ook een activerende functie.⁷ Zoals ook opgemerkt in paragraaf 3.4.3 is de activerende functie van de rechtszekerheid en consistent beleid noodzakelijk voor het behalen van de doelen van de wet.

Deze taak van de overheid, zorg te dragen voor de waarborging en bevordering van de rechtszekerheid, komt eigenlijk neer op het principe van een consistent beleid. Daarbij is van belang dat dit beleid kenbaar is voor burgers. Een manier om die kenbaarheid te bereiken, is door het beleid ook te publiceren. De regering stelde terecht bij de Omgevingswet dat elk bestuursorgaan een belang kan hebben bij het vooraf kenbaar maken hoe het zal omgaan met de bestuurlijke afwegingsruimte, bijvoorbeeld in de vorm van kenbare beleidsdocumenten of beleidsregels.⁸

Niet alleen de rechtszekerheid, ook het gelijkheidsbeginsel noopt tot consistent beleid. Met name in handhavingzaken wordt een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. De uitwerking van de criteria zijn echter ook op de onderbouwing van andere besluiten van toepassing. Het gelijkheidsbeginsel vergt een consistent en doordacht bestuursbeleid, aldus de Afdeling in een handhavingzaak ten aanzien van gevelreclame in Utrecht: 'Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt ten aanzien van zijn optreden in vergelijkbare gevallen.'⁹ Immers, ook uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat de overheid zorgdraagt voor een consistente toepassing van haar bevoegdheden; uitzonderingen op de regel moeten immers objectief en redelijk zijn en, als het even kan, kenbaar zijn voor burgers.

Uit de beginselen van (de activerende functie) van de rechtszekerheid en gelijkheid komt de eis voort dat er sprake is van een consistent en stelselmatig (en daarmee voorspelbaar) beleid van het bestuursorgaan. Daarvoor is dus allereerst relevant dat dit beleid er is. Maar het gaat niet zozeer om het hebben van beleid (eventueel vastgelegd in schriftelijke documenten). Naast (a) het hebben van beleid en (b) de publicatie van beleid, is met name ook de handelswijze van het bestuursorgaan van belang om de voorspelbaarheid te realiseren. Immers, 'the proof of the pudding is in the eating'. Het gaat er derhalve om dat het beleid (c) stelselmatig en consequent wordt toegepast. Dat geldt dus ook voor de inzet van bestuurlijke afwijkingsruimte. Daarbij gaat het om het beleid in de brede zin van het woord, dus alle inzet van de gemeente (bijvoorbeeld ten aanzien van subsidie, uitvoering, feitelijk handelen). Het volgen van de verschillende stappen in de doelenbenadering en het bewust omgaan met de verschillende typen afwijkingsbevoegdheden, kan een bijdrage leveren aan het consequent toepassen van beleid. Bestuurlijke afwijkingsruimte die niet in lijn is met het stelselmatig en consequent toepassen van beleid, doet afbreuk aan de voorspelbaarheid en daarmee aan het vertrouwen in de overheid. Zoals benoemd in paragraaf 2.2.2 gaat de Omgevingswet uit van de beleidscyclus, van beleidsontwikkeling tot terugkoppeling. Indien de beleidscyclus stelselmatig wordt gevolgd, kan

7 Stb. 2018, 293, Bal, NvT, p. 539.

8 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 111-112.

9 ABRvS 11 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3618, AB 2008/228.

dit bijdragen aan een consequent en voorspelbaar systeem. Belangrijke voorwaarde is dat de uitvoering, onder andere door toepassing van bestuurlijke afwijkingsruimte, via terugkoppeling ook weer gevolgen kan hebben voor de beleidsontwikkeling. Dat wil zeggen dat in geval veelvuldig afwijken nodig blijkt, de terugkoppeling zal nopen tot herziening van de algemene regel.

Uiteindelijk kan de wijze waarop met maatwerk wordt omgegaan doorslaggevend zijn voor de voorspelbaarheid en daarmee de rechtszekerheid. Het voeren van een consistent beleid, oftewel stelselmatig handelen, en het weloverwogen inzetten van maatwerk is daarbij van groot belang.

5.4 Reikwijdte van de belangenafweging

De bestuurlijke afwijkingsruimte kan worden ingezet op verschillende niveaus van de doelenbenadering, waarbij geldt dat het ene type maatwerk passend is bij het ene niveau en het andere type beter bij het andere niveau past. Ter bevordering van de voorspelbaarheid van de toepassing van maatwerk, is het van belang dat het maatwerk wordt gebaseerd op beleid, dat consequent wordt toegepast en bekend is. Uiteraard geldt dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen dient te vergaren (art. 3:2 Awb). Bovendien dient een besluit te berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). De vraag is dan ook waar de inhoudelijke onderbouwing en de belangenafweging betrekking op kan hebben. Welke belangen kunnen worden meegenomen?

Het eerste lid van 3:4 Awb bepaalt dat alle bij het besluit betrokken belangen moeten worden afgewogen door het bevoegd gezag. Dit wordt slechts beperkt door de aard van de bevoegdheid of bij wettelijk voorschrift. Zoals in paragraaf 2.2.2 en paragraaf 5.2 beschreven, geven de doelen en het oogmerk (naast andere beperkingen uit de wet en hogere regelgeving) de grenzen van de bevoegdheid aan.

Het materiële zorgvuldigheidsbeginsel hangt nauw samen met het verbod tot willekeur, te weten het beginsel dat een besluit niet zodanig mag zijn dat de overheid, bij de afweging van de betrokken belangen, in redelijkheid niet tot het desbetreffende besluit heeft kunnen komen. Dit verbod van willekeur staat bovendien weer in nauw verband met het evenredigheidsbeginsel. Op de evenredigheid als apart onderdeel komen we in de volgende paragraaf uitgebreider terug. Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb blijkt dat de gehele bepaling van artikel 3:4 Awb ertoe strekt om het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in hoofdzaak te codificeren. Daarbij heeft de Awb-wetgever aangegeven dat deze drie beginselen niet scherp ten opzichte van elkaar kunnen worden afgegrensd.¹⁰ Zoals de Awb-wetgever het verwoordde in 1993: 'Artikel 3:4 Awb scherp het bestuur om binnen de ruimte die de wet daarvoor laat, in beginsel alle relevante

¹⁰ Parlementaire geschiedenis Awb, p. 210.

belangen die door de te nemen beslissing zullen worden geraakt, af te wegen'.¹¹ Deze opdracht uit de Awb om 'alle relevante belangen' mee te nemen, lijkt in zekere zin op de opdracht aan bestuursorganen in artikel 2.1 lid 2 Ow: 'Het bestuursorgaan houdt daarbij rekening met de samenhang van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving en van de rechtstreeks daarbij betrokken belangen.'

De vraag is wat het verschil is tussen artikel 2.1 lid 2 Ow ten opzichte van de algemene opdracht uit het materiële zorgvuldigheidsvereiste van artikel 3:4 lid 1 Awb. Het voornaamste verschil is dat artikel 2.1 Ow aangeeft dat rekening moet worden gehouden met 'de samenhang' (van de relevante onderdelen en aspecten van de fysieke leefomgeving). Waar artikel 3:4 Awb spreekt over 'bij het besluit betrokken belangen' spreekt de Ow over 'rechtstreeks daarbij betrokken belangen'. De Awb stelt dat het bestuursorgaan de belangen moet afwegen, terwijl de Ow de opdracht geeft om 'rekening te houden met'. Uit de systematiek van de Ow volgt echter dat 'rekening houden met' ook de belangenafweging stuurt (maar het is minder sterk dan 'in acht nemen', zoals voor de concrete norm geldt). Er lijkt dus geen verschil te zijn beoogd tussen de opdracht 'rekening te houden met' en 'af te wegen'. Of er een onderscheid is tussen 'betrokken' en 'rechtstreeks betrokken' zal de praktijk moeten uitwijzen. De opdracht om de samenhang te betrekken is een duidelijke aanvulling op artikel 3:4 Awb. Vanuit de integrale benadering van de wet is de gedachte daarachter dat de samenhang meer is dan een optelsom van alle losse onderdelen en aspecten (de sectorale taken en bevoegdheden), zie ook paragraaf 2.2.2. De opdracht is om rekening te houden met integrale omgevingszorg.

Er geldt dus in beginsel geen beperking op de belangen die meegenomen moeten worden in de belangenafweging; het dient te gaan om betrokken belangen c.q. rechtstreeks betrokken belangen. Het staat een bestuursorgaan, zoals het college van burgemeester en wethouders, vrij om betrokken belangen die een positief gewicht in de schaal leggen, mee te nemen.¹² Het is echter niet zo dat een kleine selectie kan worden gemaakt en andere belangen kunnen worden genegeerd en ten onrechte niet worden meegenomen. Artikel 3:4 Awb geldt immers ook als codificatie van het verbod tot willekeur.

De buitenste cirkel van het kringenmodel, van 'de fysieke leefomgeving' is een duidelijke begrenzing: wordt buiten die wettelijke grens getreden dan is er sprake van 'détournement de pouvoir'.¹³ De wet kan verdere beperkingen opleggen, afhankelijk van de bevoegdheid en de nationale en lokale regels. Voor een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit geldt bijvoorbeeld, dat deze wordt verleend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (zie art. 5.21 lid 2 onder b Ow en art. 8.0a Bkl). Voor deze vergunning gelden

¹¹ Parlementaire geschiedenis Awb, p. 209.

¹² Parlementaire geschiedenis Awb, p. 210.

¹³ Artikel 1.4 Ow is ook van belang voor het bepalen van de buitenste grenzen: de Ow is niet van toepassing op onderwerpen van de fysieke leefomgeving die op grond van een andere wet uitputtend zijn geregeld.

dezelfde grenzen als voor het omgevingsplan.¹⁴ Afhankelijk van de regeling waarvan wordt afgeweken kunnen bijna alle belangen zoals die worden bestreken door de fysieke leefomgeving een rol spelen. Het maatwerk moet in ieder geval gericht zijn op het bereiken van de doelen van de wet, zoals geformuleerd in artikel 1.3 Ow. Bovendien dient rekening te worden gehouden met de samenhang tussen de onderlinge aspecten.

Belangenafweging en kringenmodel

Dat brengt ons op de vraag waar de belangenafweging bij de toepassing van maatwerk aan moet voldoen in de praktijk. Het kringenmodel, zoals hierboven beschreven, kan houvast bieden. Kijken wij naar de kring van de doelenbenadering (het kringenmodel, zie figuur I), dan zou de belangenafweging in ieder geval betrekking moeten hebben op het oogmerk of doel van de regel waarvan wordt afgeweken. Indien het besluit hoofdzakelijk een ander oogmerk of doel dient dan de oorspronkelijke regel, dan zal dit doel of oogmerk ook in de afweging moeten worden betrokken. Daarbij moet ook worden afgewogen of het besluit geen inbreuk maakt op het oorspronkelijke oogmerk of de oorspronkelijke regel. Voor alle afwijkingen geldt dat ze aan de algemene eisen van de Ow moeten voldoen, namelijk: past de afwijking binnen de doelen van de wet (art. 1.3 Ow) en betreft het de fysieke leefomgeving?

Indien wij de cirkels van het kringenmodel van binnen naar buiten volgen, dienen de volgende vragen te worden beantwoord:

1. Past de afwijking binnen het oogmerk van de regel waarvan wordt afgeweken?
2. Past de afwijking binnen de beoordelingsregels voor inherent afwijken?
3.
 - a. Past de afwijking binnen de doelen van de regels, te weten het omgevingsplan?
 - b. Wordt voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties?
4.
 - a. Past de afwijking binnen een ander doel van de wet (zie ook art. 2.1 lid 3 Ow, niet-limitatief) en is het verenigbaar met het omgevingsplan?
 - b. Wordt voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties?
5.
 - a. Past de afwijking binnen een ander doel van de wet (zie ook art. 2.1 lid 3 Ow, niet-limitatief) en is het niet verenigbaar met het omgevingsplan?
 - b. Wordt voldaan aan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties?

Met elk van de vijf genoemde stappen is de afwijking van de originele regel groter. De belangenafweging kan worden opgebouwd aan de hand van de stappen die worden gezet in het kringenmodel. Voor elke stap geldt dat er een motivering en belangenafweging moet liggen, waarin het bestuur onderbouwt of er sprake is van een afwijking en zo ja, inzicht geeft in de reden van afwijking en de mate waarin er een inbreuk wordt gemaakt op de oorspronkelijke oogmerken en doelen.

¹⁴ Afwijken van algemene regels is mogelijk binnen dezelfde materiële en formele begrenzingsen die van toepassing zijn bij het stellen van de regels waarvan afwijking gewenst is, Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 40.

In het huidige omgevingsrecht (de Wabo) geldt dat aan de ruimtelijke onderbouwing van een project zwaardere eisen worden gesteld naarmate de inbreuk ervan op het geldende planologische regime groter is.¹⁵ Naar analogie daarvan kan worden gesteld dat naarmate er sprake is van een grotere afwijking, er zwaardere eisen zullen worden gesteld aan de onderbouwing van maatwerk. Hoe verder wordt afgeveken van de ‘kern van de regel’, des te zwaardere eisen aan dat maatwerk zullen worden gesteld.

Stap 1 vraagt of de afwijking binnen het oogmerk past; waarschijnlijk is de afwijking dan niet zo groot. Stap 2 past binnen de inherente afwijking van het omgevingsplan. Stap 3 en 4 zijn van toepassing op een omgevingsplanactiviteit voor afwijken van het omgevingsplan. Bij stap 3 wordt nog voldaan aan de doelen van het omgevingsplan en is daarmee verenigbaar met het omgevingsplan. Een afwijking die volgt uit stap 4 is per definitie groot en in dat geval dient het besluit zeer goed onderbouwd te zijn. Het betreft immers een afwijking van de geldende regels en geldend beleid. Voor stap 5, een afwijking die niet verenigbaar is met het omgevingsplan, zou het omgevingsplan moeten worden gewijzigd.

Zoals gesteld in paragraaf 4.4 dient een buitenplanse omgevingsplanactiviteit na vijf jaar te worden ingepast in het omgevingsplan. De regering stelde dat de besluitvorming over de afwijkactiviteit minder vergaand is dan de besluitvorming over de wijze waarop deze afwijkactiviteit op beleidsmatig verantwoorde en consistente wijze wordt ingepast in het omgevingsplan.¹⁶ Als de doelenbenadering echter goed wordt toegepast, zal de afwijkactiviteit aansluiten op de doelen van het omgevingsplan en dit maakt het inpassen in het omgevingsplan een stuk eenvoudiger. Geldt echter dat de afwijking in stap 4 terecht komt, dan is er sprake van een afwijking die niet binnen de doelen van het omgevingsplan past. Binnen vijf jaar zal deze afwijking wel in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Wij menen dat een omgevingsplanactiviteit voor afwijken die uitkomt in stap 4 (dus afwijkt van de doelen van het omgevingsplan), door de raad kan worden aangewezen als geval dat advies van de raad behoeft (ex art. 16.15a Ow). De laatste stap is een afwijking die niet verenigbaar is met (de doelen van het) het omgevingsplan, in dat geval ligt – in overeenstemming met de wet – een wijziging van het omgevingsplan meer voor de hand. Immers, over vijf jaar kan de afwijking dan ook niet in het omgevingsplan worden opgenomen en zal het ook tot een wijziging van het plan nopen. Dan past het beter in het systeem van de wet en het streven naar rechtszekerheid, om het omgevingsplan te wijzigen.

5.5 Belangenafweging en evenredigheid

Hiervoor gaven wij een indruk hoe een belangenafweging over maatwerk in de praktijk kan worden opgebouwd. Daarbij speelt een rol in hoeverre het ene doel moet

¹⁵ Bijv. ABRvS 11 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1044 en ook Rb. Oost-Brabant 16 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6397.

¹⁶ Kamerstukken II, 2013–2014, 33 962, nr. 3, p. 476.

wijken voor het andere doel. In het voorbeeld hebben wij dit verwoord in de vraag: in hoeverre is er sprake van een inbreuk op het oogmerk of doel van de oorspronkelijk regel? Dit is een essentieel onderdeel van de afweging die het bestuur moet maken. Het resultaat van een dergelijke afweging komt met name aan de orde als er een beroep tegen een besluit wordt ingediend en de rechter het besluit zal toetsen.

Indien het gaat om een toets tussen twee doelen (of beter gezegd: doel en gevolgen van het middel voor een ander doel) dan komt men in het bestuursrecht al vrij snel op het terrein van het evenredigheidsbeginsel. In het omgevingsrecht is het evenredigheidsbeginsel echter altijd zeer beperkt toegepast. De toepassing van de doelenbenadering uit de Omgevingswet door het bestuur zal op een of andere wijze getoetst moeten worden door de rechter, al is het maar vanwege de opdracht uit de wet om ook 'rekening te houden met de samenhang'. We kunnen ons voorstellen dat de wijze van toetsen aan de evenredigheid, zoals het Europese Hof van Justitie dat toepast, aanknopingspunten kan bieden voor de onderbouwing en toetsing van bestuurlijke afwijking.

5.5.1 Evenredigheid volgens *Maxis en Praxis*

Artikel 3:4 lid 2 Awb bepaalt dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Dit evenredigheidsbeginsel wordt terughoudend toegepast in het omgevingsrecht. De Awb-wetgever was in 1993 ook terughoudend door de toen bekende rechtspraak over het beginsel alleen te codificeren als (evidente) onevenredigheid tussen doel en middel voor één of meer belanghebbenden. Overigens diende niet alleen het tweede lid ter codificatie van het evenredigheidsbeginsel, de wetgever merkte op dat ook het eerste lid van artikel 3:4 Awb deels een codificatie was van de evenredigheid.

Kort na de introductie van artikel 3:4 in de Awb volgde in 1996 de uitspraak *Kwantum/Maxis en Praxis*, waarin de Afdeling een belangenafweging terughoudend toetst.¹⁷ In deze uitspraak ging het eveneens om maatwerk in het omgevingsrecht, namelijk de artikel 19 WRO-vrijstelling. De rechtbank in eerste aanleg had het verlenen van een vrijstelling voor een nieuwe vestiging van de bouwmarkt Kwantum getoetst aan artikel 3:4 lid 2 Awb en kwam tot de conclusie dat het besluit in strijd was met het evenredigheidsbeginsel, omdat het onevenredige gevolgen voor *Maxis en Praxis* zou hebben. Met name achtte de rechtbank het bezwaarlijk dat met de vrijstelling een voorschot werd genomen op de toekomstige besluitvorming door de raad over een woonthema-centrum en de herziening van het bestemmingsplan. De Afdeling maakte korte metten met deze uitspraak en overwoog dat het beginsel niet ertoe zou strekken dat de rechter een uitspraak doet over welke uitkomst van de belangenafweging als het meest evenwichtig moet worden beschouwd.¹⁸ De Waard merkte destijds in een annotatie al op dat de uitleg die de Afdeling in die uitspraak

¹⁷ Schlössels e.a. 2017, p. 374-375.

¹⁸ ABRvS 9 mei 1996, AB 1997/93.

aan artikel 3:4 Awb gaf, onnodig terughoudend is: ‘de parlementaire geschiedenis is minder eenduidig en minder dwingend’.¹⁹

De conclusie kan worden getrokken dat het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 3:4 lid 2 Awb en toegepast in het omgevingsrecht, de evenredigheid slechts beperkt tot de toets of (a) gelet op de gevolgen voor één of meer belanghebbenden er (b) geen sprake is van onevenredigheid tussen doel en gevolgen van het middel.

In andere delen van het bestuursrecht geldt echter al langer een minder marginale toets. Door de bestuursrechter wordt een volle toets namelijk al wel toegepast. Situaties waarbij een indringende toetsing van het evenredigheidsbeginsel al aan de orde is, zijn volgens Schlössels bij bestraffende sancties, bij de bevoegdheden in de sfeer van het financiële bestuursrecht, bij de uitoefening van bevoegdheden waarbij andere fundamentele rechten in het geding zijn en bij de uitoefening van bevoegdheden waarbij het Europese Unierecht daartoe dwingt.²⁰

Uiteraard is voor de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing relevant of er sprake is van beoordelingsruimte of beleidsruimte.²¹ Voorts geldt vaak, maar niet altijd, dat die evenredigheidstoets indringender wordt, naarmate een besluit belastender is.²²

5.5.2 Een voorbeeld nemen aan de toetsing door het Europese Hof van Justitie

Recent zijn er echter meerdere ontwikkelingen die de richting op gaan van een indringender toetsing in het omgevingsrecht. In het Jaarverslag 2017 sprak de Raad al niet meer van ‘marginale toetsing’; dit zou een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereren.²³

Enige tijd daarvoor, in 2015, pleitte Hirsch Ballin in het preadvies voor deze verenging voor vervanging van de marginale toetsingsleer, in het kader van rechtsontwikkeling in het bestuursrecht. Hij stelde een integrale toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit voor, zoals die van oorsprong stamt uit het Duitse bestuursrecht en vervolgens tot ontwikkeling kwam in het EU-recht.²⁴ Het beginsel betreft de doel-middelverhouding in het overheidshandelen. Allereerst wordt onderzocht of het middel geschikt is om het doel te bereiken (*Geeignetheit*), vervolgens of dit middel noodzakelijk is dan wel minder belastende alternatieven beschikbaar zijn (*Erforderlichkeit*) en ten slotte of de inzet van dat middel niet in een wanverhouding staat tot het doel (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).²⁵ Die laatste verhouding tussen doel-middel wordt door Widdershoven ook wel omschreven als ‘evenwichtig’. Volgens Gerards (2007) en De Moor-van Vugt (1995) zou de structuur

19 De Waard 2009.

20 Schlössels e.a. 2017, p. 377.

21 Zie voor een goed overzicht Huisman en Jak 2019.

22 Stijnen 2003.

23 Jaarverslag 2017 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, www.raadvanstate.nl.

24 Hirsch Ballin 2015, p. 47 e.v.

25 Hirsch Ballin 2015, p. 48.

van de evenredigheidstoetsing die onder meer in de Europese jurisprudentie wordt teruggevonden, kunnen bijdragen aan verheldering van de toetsing van discretionaire bevoegdheden in de Nederlandse rechtspraak en ten goede komen aan 'de zorgvuldigheid en gestructureerde opbouw van de rechterlijke argumentatie'.

In het eerste deel van dit preadvies staat Van den Berge ook al stil bij de meerwaarde van de toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit als een aantrekkelijk kader voor de bestuurlijke belangenafweging waarbij 'de rechter zich kan ontwikkelen tot een kritisch gesprekspartner van het bestuur'. Juist onder de Omgevingswet zou een dergelijke gesprekspartner het bestuur behulpzaam kunnen zijn bij het gestalte geven aan de doelenbenadering.²⁶ Zoals we al eerder concludeerden, wordt een prioritering tussen de verschillende doelen in de fysieke leefomgeving overgelaten aan het bestuur. Schueler stelt dat meer afwegingsruimte – meer vrijheid – gevolgen heeft voor de rechterlijke toetsing: 'Die vrijheid is nooit absoluut, omdat rechtsbeginselen, grondrechten en de eis van een consistent beleid de uitoefening normeren.'²⁷ Hirsch Ballin merkt hierover op dat juist wanneer de wetgeving, zelfs gedelegeerde wetgeving, terugtredt en geen kaders geeft voor de belangenafweging van het bestuur, de rechter dit moet aanvullen. 'De rechter moet hier, juist omwille van de democratische legitimiteit, op discursieve wijze completeren wat begonnen is met de terugtred van de wetgever.'

In het omgevingsrecht is vaak sprake van een driepartijenverhouding of, sterker nog, van een meerpartijenverhouding. Interessant in dat verband is dat het vaak gaat om een overheid die zich verhoudt tot een aanvrager (een burger) en een veelheid aan andere belangen in de fysieke leefomgeving, vaak vertegenwoordigd door andere burgers. Uiteraard geldt wel dat indien het om meerpartijenverhoudingen gaat, de rechter niet op dezelfde manier kan optreden als bij de bescherming van (fundamentele) subjectieve rechten in een tweepartijenverhouding. Damen stelt dat bij een meerpartijenverhouding meer gestrengheid past uit het oogpunt van de rechtszekerheid van de aanvrager; dat geldt wellicht voor de formele kanten van een procedure.²⁸ Juist in het omgevingsrecht gaat het om meer dan alleen de klassieke evenredigheid van 'niet- onevenredige gevolgen voor een of meer belanghebbenden', namelijk ook om intrinsieke waarden van het milieu, natuur en de gezondheid. In dat kader kan niet alleen worden volstaan met de gevolgen voor één of meer belanghebbenden; de intrinsieke kwetsbare waarden dienen ook in de afweging te worden betrokken. Juist het feit dat het om een meerpartijenverhouding gaat waarbij een veelheid aan belangen een rol speelt, is een reden om te komen tot een inzichtelijke en transparante belangenafweging.

5.5.3 Ervaringen met de Dienstenrichtlijn

De Nederlandse bestuursrechter heeft onder invloed van het Europese Unierecht inmiddels enige ervaring met het toetsen aan de drie onderdelen van de

26 Zie anders Groothuijse en Kegge 2017, p. 158.

27 Schueler in Huisman 2019, p. 534.

28 Damen 2020.

evenredigheid: noodzaak, geschiktheid en evenredigheid. Sinds de uitspraak over detailhandel in Appingedam is de toets aan de Dienstenrichtlijn relevant in het ruimtelijke ordeningsrecht.²⁹ In de richtlijn is een dwingende voorwaarde ten aanzien van de ‘evenredigheid’ van een eis opgenomen. Het gevolg daarvan is dat de rechter besluiten in het omgevingsrecht (zoals de vaststelling van een bestemmingsplan) dient te toetsen aan deze voorwaarde uit de Dienstenrichtlijn (‘Drl’). Overigens geldt op grond van artikel 5.1a Bkl voor een omgevingsplan (en een buitenplanse omgevingsplanactiviteit) dat deze in overeenstemming moet zijn met artikel 14 lid 5 van de Drl. Die bepaling staat niet toe dat de toegang tot de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk wordt gesteld van economische criteria.³⁰

Voorop moet worden gesteld dat deze jurisprudentie gaat over regels in een bestemmingsplan (en inmiddels ook over regels in een provinciale verordening). Een regel in een bestemmingsplan is in ieder geval een ‘eis’ in de zin van de Dienstenrichtlijn.³¹ Het is de vraag of deze jurisprudentie ook van toepassing zal zijn op het toepassen van bestuurlijk afwijken onder de Omgevingswet, zoals een omgevingsvergunning voor een omgevingsplanactiviteit voor afwijken. Zie hierover uitgebreid Van Oosten en Drahmman. Zij zijn van mening dat een regel in een dergelijke omgevingsvergunning ook kan worden aangemerkt als ‘eis’ in de zin van de Dienstenrichtlijn.³² Dat zou betekenen dat de Appingedam-jurisprudentie ook op deze vorm van bestuurlijke afwijking van toepassing zal zijn. Dogmatisch klopt dat, nu de regels voor afwijken materieel moeten voldoen aan dezelfde vereisten als de regels waarvan wordt afgeweken (zoals het omgevingsplan).³³ Op grond van artikel 5.1a Bkl geldt dat een buitenplanse omgevingsplanactiviteit moet voldoen aan de Dienstenrichtlijn. In ieder geval is het relevant om de onderdelen van de toetsing, zoals die volgt uit de Nederlandse jurisprudentie over de Dienstenrichtlijn, tegen het licht te houden. Juist ook omdat de door het Hof van Justitie genoemde onderdelen van de toetsing aan de evenredigheid hierin terugkomen.

Artikel 15, derde lid van de Dienstenrichtlijn stelt dat de lidstaten controleren of verboden of verdachte eisen (die beperkingen stellen aan het vrij verkeer van diensten) voldoen aan de voorwaarden van (a) non-discriminatie, (b) noodzakelijkheid en (c) evenredigheid. De voorwaarde over de evenredigheid is als volgt geformuleerd: (c) de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

29 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

30 5.1a Bkl, zie ook Nota van Toelichting bij het Invoeringsbesluit (versie mei 2019), p. 459-460.

31 Zie artikel 15, eerste lid Dienstenrichtlijn, (richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376): “De lidstaten onderzoeken of in hun rechtsstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en zien erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden.”

32 Van Oosten en Drahmman 2018, par. 4.1.

33 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 40.

In de zaak Appingedam betrof de maatregel de brancheringsregeling (geen mode op het Woonplein) en het beoogde doel was behoud van leefbaarheid en voorkoming van leegstand. De toets beperkt zich dus niet tot de vraag of de inbreuk op het vrij vestigen van diensten gerechtvaardigd is, maar de Dienstenrichtlijn dwingt de rechter na te gaan of het middel geschikt is om het doel van voorkomen van leegstand te rechtvaardigen. Het Hof van Justitie oordeelde dat behoud van leefbaarheid en voorkoming van leegstand, algemeen gesproken, redenen kunnen zijn die een beperking rechtvaardigen (noodzakelijkheid).³⁴ In de jurisprudentie valt de ‘evenredigheid’ uiteen in (1) geschiktheid om het doel te bereiken en (2) de vraag of het doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt en de maatregelen niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken. In combinatie met de ‘proportionaliteit’ (of evenwichtigheid) komen deze eisen dan overeen met de drie elementen van de Duits/Europese evenredigheidstoets zoals genoemd door Hirsch Ballin.

Bij de vraag of een maatregel geschikt is om een doel te bereiken komt ook aan de orde of een doel ‘systematisch en coherent wordt nagestreefd’. In de uitspraak Maastricht overwoog de Afdeling: ‘zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof is voor het oordeel dat een eis geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken onder meer vereist dat het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd.’³⁵ Bovendien geldt dat de maatregel kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en dat deze niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling hoeft te kunnen verwezenlijken.³⁶

Deze nadere uitwerking van de geschiktheid om het doel te bereiken, ligt in lijn met de aanbeveling dat – voor het bereiken van een voorspelbaar overheidsoptreden – beleid op een consequente en stelselmatige manier moet worden ingezet, zoals wij hebben beschreven in paragraaf 5.3. Zowel voor de vraag of een maatregel geschikt is om een doel te bereiken (zoals voorkoming van leegstand in het centrum) als voor voorspelbaar overheidsoptreden, is dus een coherente en stelselmatige inzet van bevoegdheden vereist.

De toets van de Afdeling in Appingedam is heel goed te volgen, omdat de evenredigheidstoets uit elkaar is getrokken in noodzaak, geschiktheid en evenredigheid tussen doel en middel.³⁷ Daarbij hoeft de rechter nog niet volledig op ‘de stoel van het bestuursorgaan te gaan zitten’; de Afdeling toetst uiteindelijk vooral aan de hand van de overgelegde gegevens of de raad redelijkerwijs tot zijn conclusie heeft kunnen komen. In die zin is de beoordeling nog steeds terughoudend. Net als het Hof van Justitie kiest de Afdeling vooral voor een procedurele toetsing, zoals recent door

34 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

35 ABRvS, 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:419 (Maastricht), Afdeling verwijst naar HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer Handelsgesellschaft mbH) en HvJ EU 12 januari 2010, zaak C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4 (Domnica Petersen).

36 ABRvS, 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (Maastricht), de Afdeling verwijst HvJ EU 13 juni 2018, zaak C-683/16, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring), r.o. 49.

37 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

Huisman en Jak ook is betoogd.³⁸ Dat wil zeggen dat de nadruk ligt op de zorgvuldigheid van het onderzoek en de aangedragen argumenten en of deze gegevens de onderbouwing kunnen dragen.

5.5.4 Toets van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid onder de Omgevingswet

De drieslag die wordt gehanteerd in het Europese Unierecht (geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid), waarvan met name noodzakelijkheid en geschiktheid zijn uitgewerkt in de *Appingedam*-jurisprudentie, kan handvatten bieden aan bestuur en rechter onder de Omgevingswet. De onderbouwing van een besluit onder de Omgevingswet kan worden opgebouwd aan de hand van het kringenmodel (afwijking ten opzichte van het doel van de oorspronkelijke regel). Vervolgens kan de belangenafweging en onderbouwing van deze afwijking worden opgebouwd aan de hand van de drieslag. Daarbij kan het bestuur aandacht besteden aan het feitelijke doel dat wordt bereikt, aan de wijze waarop dit wordt nagestreefd in het beleid en aan de mogelijke aanwezige alternatieven. Als de rechter aan wie het besluit wordt voorgelegd vervolgens toetst aan 'noodzaak', 'geschiktheid' en 'evenredigheid', kan dit de transparantie en inzichtelijkheid van de toetsing vergroten, zoals recent ook door Huisman en Jak werd betoogd.³⁹ Hierbij kan de rechter toetsen als kritische gesprekspartner, aan de hand van de procedurele vereisten en zorgvuldigheid, zonder daarbij vergaand in de ruimte van het bestuur te treden. Een andere belangrijke meerwaarde is dat in het kader van de geschiktheid de vraag meespeelt of het doel van het beleid coherent en systematisch wordt nagestreefd. Dat is juist van belang bij toepassing van bestuurlijke afwijking. Dit draagt bij aan een voorspelbaarder overheidsoptreden.

Een dergelijke toets aan de evenredigheid van de belangenafweging door de rechter zou goed passen bij het stelsel van de Omgevingswet. Het stelsel gaat immers uit van een dynamisch stelsel, waarbij een balans tussen flexibiliteit en rechtszekerheid wordt gevonden. Inhoudelijk moet de Omgevingswet ook leiden tot een integrale benadering. Door de elementen van noodzaak, geschiktheid en evenredigheid (of evenwicht) van de afwijking te onderbouwen en te toetsen, kan inzicht worden gegeven op welke manier rekening is gehouden met de samenhang in de fysieke leefomgeving.

5.6 Tussenbalans IV: flexibel en integraal afwijken

Gemeenten hebben verschillende mogelijkheden voor bestuurlijke afwijking: in concrete besluiten kan bijvoorbeeld worden afgeweken van het omgevingsplan. Van belang is om na te gaan hoe groot de afwijking is van het doel van de oorspronkelijk regel; dit kan aan de hand van het kringenmodel.

Dit model maakt inzichtelijk hoe het besluit afwijkt van de doelen en oogmerken. Vervolgens kan het bestuur de afwijking onderbouwen. De belangenafweging wordt

³⁸ Huisman en Jak 2019, par. 4.3.1.

³⁹ Zie ook Barkhuysen 2018 en Verhoeven 2019.

door de Omgevingswet in ieder geval begrensd tot de doelen van de wet (beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving). De Awb noopt tot het afwegen van alle relevante belangen die door de te nemen beslissing zullen worden geraakt. In aanvulling daarop stelt de Ow dat rekening moet worden gehouden met de samenhang van verschillende aspecten en onderdelen in de fysieke leefomgeving. Van belang is hierbij de integrale omgevingszorg.

Voor een voorspelbaar en rechtszeker stelsel is het van belang dat de gemeente beleid heeft over de doelen voor de fysieke leefomgeving, dat dit beleid kenbaar is en dat dit beleid 'levend' is, oftewel dat dit consistent en stelselmatig wordt toegepast. Het is van belang dat de bestuurlijke afwijkingsruimte ook wordt ingezet in lijn met het consistente en stelselmatige beleid. De belangenafweging wordt door de Omgevingswet in ieder geval begrensd tot de doelen van de wet (beschermen en benutten van de fysieke leefomgeving). De vraag is hoe de belangenafweging vorm kan krijgen. Nadat de mogelijke of gewenste afwijkingen van de doelen in kaart zijn gebracht, kunnen deze afwijkingen worden getoetst aan de evenredigheid. Daarbij kan gebruik worden gemaakt van de drie elementen uit het Europese Unierecht: noodzakelijkheid, geschiktheid en proportionaliteit. De klassieke evenredigheid is wat ons betreft niet meer passend bij het systeem van de Omgevingswet. Voor de noodzaak wordt nagegaan of er sprake is van een dwingende reden voor de afwijking en of dat doel niet met andere middelen (met minder vergaande afwijking) kan worden bepaald. Voor de geschiktheid van de afwijking weegt mee of het doel (deels) kan worden verwezenlijkt met de maatregel uit het besluit en of het doel waartoe de afwijking dient op een coherente en systematische manier wordt nagestreefd. Ten slotte dient ook te worden nagegaan of de afwijking (het middel) proportioneel is ten opzichte van het doel. Deze toets op evenwicht gaat verder dan alleen de vraag of het besluit niet onevenredig is ten opzichte van één of meer belanghebbenden. Daarbij kan juist de samenhang van de aspecten en onderdelen van de fysieke leefomgeving een rol spelen, waarmee het bestuur volgens de Ow rekening moet houden. Indien een besluit op een dergelijke manier wordt onderbouwd, wordt de belangenafweging inzichtelijker. De rechter kan deze afweging ook toetsen, aan de hand van dezelfde drie elementen, zodat ook de rechterlijke uitspraak transparant is en meer inzicht kan bieden. Uit de (Europese) jurisprudentie blijkt dat een dergelijke toetsing mogelijk is, zonder dat te veel in de bevoegdheden van het bestuur wordt getreden.

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 afwijking 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.

Literatuur

Anzion 2015

S. Anzion, *Het specialiteitsbeginsel: onverminderd noodzakelijk, de effecten van integratie van toetsingskaders in het omgevingsrecht op de werking van het specialiteitsbeginsel*, Scriptie Radboud Universiteit 2015.

Bäcker en Van Midden 2018

R.J.G. Bäcker en G.J. van Midden, “Appingedam”: toepassing van de Europese Dienstenrichtlijn en de gevolgen voor de omgevingsrechtelijke praktijk’, BR 2018/61.

Backes 2012

Ch.W. Bacjes, ‘Integraal en flexibel omgevingsrecht – droom of drogbeeld?’, *Regelmaat* 2012/27, p. 347-362.

Barkhuysen 2018

T. Barkhuysen, ‘De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht’, NJB 2018/445.

Benhadi en Nijmeijer 2019

R. Benhadi en A.G.A. Nijmeijer, Noot onder ABRvS 30 april 2019, TBR 2019/111.

Borgers en Van der Heijden 2011

H.C. Borgers en G.M.A. van der Heijden, *Evenredig de ruimte. Bestuurlijke ruimte in het afwegingskader van het omgevingsrecht op basis van een evenredige ruimte*, Delft: Eburon 2011.

Brans 2016

M.C. Brans, ‘Flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet, de AMvB’s verkend (deel I)’, BR 2016/87 en deel II, BR 2016/96.

Bregman 2017

A.G. Bregman, ‘Plattelandswoningen en bestuurlijke afwegingsruimte in de Omgevingswet’, TBR 2017/96.

Bregman 2019

A.G. Bregman, ‘De positie van de gemeenteraad bij gebiedsontwikkelingen’, in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksmā*, Den Haag, IBR, 2019.

Van den Broek 2012

J.H.G. van den Broek, *Bundeling van omgevingsrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2012.

Van den Broek 2015-1

J.H.G. van den Broek, 'Wetssystematiek Omgevingswet moet eenvoudig beter', M&R 2015/32, p. 159-157.

Van den Broek 2015-2

J.H.G. van den Broek, 'Funambulisme in de Omgevingswet', TBR 2015/96.

Damen 2013

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Damen 2020

L.J.A. Damen, 'Op naar 2GST in het bestuursrecht', NTB 2020/2.

Drupsteen 2011

Th.G. Drupsteen, 'Een Omgevingswet', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing in bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 273-285.

Gerards 2007

J.H. Gerards 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europese recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 73-113.

De Graaf en Tolsma 2014

K.J. de Graaf en H.D. Tolsma, 'Flexibiliteit in de Omgevingswet; maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenten', M&R 2014/126, p. 635-642.

Groothuijse en Kegge 2017

F.A.G. Groothuijse en R. Kegge, 'Het omgevingsplan, integraal en marginaal?' (VBR preadvies, nr. 45), 2017.

Groothuijse, Landman en Nehmelman 2018

F.A.G. Groothuijse, K. Landman en O.R. Nehmelman, 'Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?', NJB 2018/637.

Groothuijse en De Vries 2019

F.A.G. Groothuijse en H.J. de Vries, 'Na 55 jaar (?) 'goede ruimtelijke ordening' naar 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties': oude wijn in nieuwe zakken?' in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag, IBR, 2019.

De Haan 1973

P. de Haan, 'Coördinatie van de administratieve wetgeving inzake onroerend goed' in: *Handelingen 1973 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel I, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 3-153.

Hirsch Ballin 1998

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Object en methode van de wetenschap van het staatsrecht en het bestuursrecht', in: O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman en C.W. Maris, *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep, mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015 (VAR-reeks, nr. 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Huisman en Jak 2019

P. J. Huisman en N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20.

Integrale onafhankelijke adviescommissie 2019

Integrale onafhankelijke adviescommissie, *Recht doen aan de Omgevingswet*, Den Haag 2019.

Kamroun en Groenleer 2018

N. Kamroun en M.L.P. Groenleer, 'Implementatie van de Omgevingswet; flexibiliteit en rechtszekerheid in de waterschapsverordening', *MenR* 2018/120, p. 704-711.

Meijer e.a. 2016

J.H. Meijer, H.A. Oldenziel en H.W. de Vos, 'The making of' van de stelselherziening omgevingsrecht, in *Stelselherzieningen*, Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2016.

Michiels 2001

F.C.M.A. Michiels, *Kleur in het omgevingsrecht*, Den Haag 2001: Boom Juridische uitgevers.

Moesker en De Haan 2019

H.C.W.M. Moesker en P.M.J. de Haan, 'Maatwerk technische bouwregelgeving in de Omgevingswet, zegen of zorg?', *TBR* 2019/120.

De Moor-van Vugt 1995

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Nijmeijer 2016

A.G.A. Nijmeijer, 'De ontheffing van instructieregels in de Omgevingswet', *TBR* 2016/81.

Nijmeijer 2018

A.G.A. Nijmeijer, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een "goede ruimtelijke ordening" en de "twijfel aan de juistheid"-toets', *TO* 2018/1.

Nijmeijer 2019-1

A.G.A. Nijmeijer, 'Invoeringsbesluit Omgevingswet: Van één-document-gedachte naar gedeeltelijke keuzevrijheid bij de vaststelling van decentrale regels', TBR 2019/122.

Nijmeijer 2019-2

A.G. A. Nijmeijer, 'Beleidsregels horen in een omgevingsplan niet thuis', in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag, IBR, 2019.

Nijmeijer en Soppe 2011

T. Nijmeijer en M. Soppe, 'Alles draait om de eenvoud. De Omgevingswet tussen Haagse bluf en fata morgana?', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar. Vernieuwing in bestuursrecht en omgevingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 427-440.

Oldenziel en De Vos 2018

H.A. Oldenziel en H.W. de Vos, *Systeem en kerninstrumenten van de Omgevingswet* (Serie Bestuursrecht in de praktijk), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Oosten en Drahmman 2018

J.C. van Oosten en A. Drahmman, 'De gevolgen van Appingedam en Zeewolde voor het Nederlands bestuursrecht, in het bijzonder voor ruimtelijk besluiten', JBplus 2018/3.

Palm en De Vos 2015

C.D. Palm en H.W. de Vos, 'De Tweede Kamerbehandeling van het wetsvoorstel Omgevingsrecht: de politieke waardering van de stelselherziening', TvO 2015/3.

Raad van State

Raad van State, *Jaarverslag 2017*.

Rli 2015

Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur, *Vernieuwing omgevingsrecht: maak de ambities waar*, Den Haag 2015.

Rutteman 2009

J. Rutteman, 'Impasse tussen milieu en gebiedsontwikkeling?', TO 2009/2.

Scheltema 1994

M. Scheltema, 'Hoe belangrijk is systematiek in het recht?', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1994, themanummer 'Awb in stukjes', p. 3-5.

Schlössels e.a. 2017

R.J.N. Schlössels e.a., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band I*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schueler 2012

B. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve onevenredigheid?', *Milieu en Recht* 2012/4, p. 241.

Schueler 2019

B.J. Schueler, 'De bestuursrechter en de afwegingsruimte in het nieuwe omgevingsrecht,' in *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap, Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag, IBR, 2019.

Stoter 2000

W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever: een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Stijnen 2003

R. Stijnen, 'Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter', *NJB* 2003, p. 1945-1953.

Tolsma 2011

H.D. Tolsma, 'Fundamentele herziening omgevingsrecht noodzakelijk? De Omgevingswet en het integraal afwegen van belangen', *TBR* 2011/166.

Tolsma 2012

H.D. Tolsma, 'Naar meer flexibiliteit in het omgevingsrecht; het compensatiebeginsel centraal', *TO* 2011/2, p. 44-51.

Tolsma 2013

H.D. Tolsma, 'De betekenis van het specialiteitsbeginsel in de context van het omgevingsrecht', *NTB* 2013/6.

Tonnaer 2019

F.P.C.L. Tonnaer, 'Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst? Een goed gekozen zorgplicht leidt tot wetgeving die aannemelijk bestendiger is dan gedetailleerde regels...', *TvO* 2019/3.

Verhoeven 2019

M.J.M. Verhoeven, 'Hoe toetst de bestuursrechter onder de Omgevingswet', *M&R* 2019/124, p. 775-783.

De Waard 2009

B.W.N. de Waard, 'Maxis en Praxis. Verbod van willekeur', in: *AB Klassiek. Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw en thematisch geannoteerd*, Deventer: Kluwer 2009, p. 417-426.

De Zeeuw e.a. 2009

F. de Zeeuw, H. Puylaert en H. Werksma, *Doorbreek de impasse tussen milieu en gebiedsontwikkeling*, Informeel Platform Milieu en Gebiedsontwikkeling, Praktijkleerstoel Gebiedsontwikkeling TU Delft, februari 2009.

Zijlstra 2015

S.E. Zijlstra, 'E.M.H. Hirsch Ballin. Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', *NTB* 2015/16.