university of groningen

University Medical Center Groningen

Flexibiliteit in de Omgevingswet

de Graaf, K.J.; Tolsma, Hanna

Published in:
Milieu en Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

Link to publication in University of Groningen/UMCG research database

Citation for published version (APA):
de Graaf, K. J., & Tolsma, H. D. (2014). Flexibiliteit in de Omgevingswet: maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenten. Milieu en Recht, 41(8), 635-642. [2014/126].

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

Take-down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): http://www.rug.nl/research/portal. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Download date: 11-01-2017

Mr. K.J. de Graaf & mr. H.D. Tolsma[1]

Artikel

Flexibiliteit in de Omgevingswet: maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenten

M en R 2014/126

Het streven naar meer flexibiliteit in het stelsel van omgevingsrecht krijgt in de Omgevingswet onder andere vorm door het creëren van mogelijkheden om af te wijken van algemeen geldende regels. In deze bijdrage inventariseren wij de afwijkingsmogelijkheden die het wetsvoorstel Omgevingswet bevat en bespreken vervolgens een aantal van deze flexibiliseringsinstrumenten (maatwerkvoorschriften, maatwerkregels, gelijkwaardigheidsbepaling, experimenteerbepaling). In onze analyse van deze instrumenten besteden wij aandacht aan de vraag in hoeverre het wetsvoorstel verschilt van het huidige recht en de toetsversie Omgevingswet.

1. Inleiding

Volgens velen biedt het huidige stelsel van omgevingsrecht te weinig flexibiliteit. Een knelpunt is dat gewenste (ruimtelijke) ontwikkeling geen doorgang kan vinden vanwege te starre regelgeving.[2] De Omgevingswet is daarom gericht op het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken voor het bereiken van de doelen voor de fysieke leefomgeving.[3] Flexibiliteit is een breed begrip. In de toelichting wordt flexibiliteit omschreven als 'de afwegingsruimte die een actor binnen het wettelijk kader heeft om zelf keuzen over een activiteit te maken, waaronder de mogelijkheden voor maatwerk'.[4] Het is daarom niet verrassend dat het aantal instrumenten geplaatst onder de noemer 'mogelijkheden voor flexibiliteit', relatief groot is. In een overzichtstabel zijn elf verschillende instrumenten opgenomen.[5]

In deze bijdrage bespreken wij de flexibiliseringsinstrumenten uit het wetsvoorstel Omgevingswet die de mogelijkheid bieden af te wijken van algemene regels. Al in de eerste schets van de Omgevingswet in 2011 (beleidsbrief 'Eenvoudig Beter') heeft de regering het afwijken van normen genoemd als een van de oplossingsrichtingen om de bestuurlijke afwegingsruimte te vergroten.[6] Eerst inventariseren wij in paragraaf 2 de afwijkingsmogelijkheden die het wetsvoorstel bevat. Vervolgens gaan wij in paragraaf 3 op een aantal van deze afwijkingsmogelijkheden dieper in: maatwerkvoorschriften, maatwerkregels, het gelijkwaardigheidsprincipe en de experimenteerbepaling. Bij de bespreking van deze instrumenten besteden wij steeds aandacht aan de vraag in hoeverre sprake is van een wijziging ten opzichte van het huidige recht en de zogenoemde toetsversie Omgevingswet.[7] We sluiten in paragraaf 4 af met een slotbeschouwing.

2. Inventarisatie afwijkingsmogelijkheden wetsvoorstel

2.1 *Geen algemene afwijkingsbevoegdheid op wetsniveau*

Als het gaat om afwijkingsmogelijkheden, is in aanloop naar het wetsvoorstel met name gediscussieerd over de vraag of in de Omgevingswet ook een generieke algemene afwijkingsbepaling zou moeten worden opgenomen. In de beleidsbrief 'Stelselwijziging Omgevingswet' zinspeelt het kabinet-Rutte op een afwijkingsbevoegdheid na een brede integrale afweging bij besluitvorming over individuele projecten (via het zogenoemde positieve evenredigheidsbeginsel).[8] De omschrijving van deze algemene afwijkingsbevoegdheid luidt: 'Indien het belang van de leefomgeving zich er niet tegen verzet, kan van individuele normen worden afgeweken, mits bepaalde belangen hierdoor niet onevenredig benadeeld worden'.[9]

De door de regering geopperde algemene afwijkingsbepaling wordt in de literatuur niet positief ontvangen. Naast

1 Kars de Graaf en Hanna Tolsma zijn werkzaam bij de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Het artikel is afgesloten op 15 augustus 2014 en geschreven in het kader van de onderzoeksprogramma's *Public Trust & Public Law* en *Law on Energy and Sustainability*.

2 De F. de Zeeuw, F. Hobma & R. de Boer, Knelpunten omgevingsrecht voor gemeenten, Praktijkleerstoel Gebiedsontwikkeling, TU Delft, 29 oktober 2012.

3 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 25 en 32.

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

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 273. Overigens bevat het wetsvoorstel daarbuiten ook mogelijkheden voor flexibiliteit die blijkbaar niet (of minder goed) onder de hierboven genoemde beschrijving vallen, waaronder de flexibiliteitsregeling bevoegd gezag (art. 5.15 Omgevingswet) en de ruime delegatiemogelijkheid van de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het omgevingsplan (art. 2.8 Omgevingswet).

6 *Kamerstukken II* 2010/11, 31953, nr. 40, p. 7 (beleidsbrief 'Eenvoudig Beter').

7 Het betreft de eerste geheel uitgeschreven versie van de Omgevingswet van 28 februari 2013, die niet officieel is gepubliceerd, maar wel via internet beschikbaar is.

8 *Kamerstukken* II 2011/12, 33118, nr. 3.

9 Zie over deze 'positieve evenredigheidstoets' uitgebreid: H.C. Borgers & 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.

onduidelijkheid over de toepassing en vraagtekens bij de noodzaak, bestaat kritiek van meer fundamentele aard. Een generieke mogelijkheid om af te wijken van alle nationale normen in het belang van de fysieke leefomgeving wordt kort gezegd in strijd geacht met de eisen van de democratische rechtsstaat en het specialiteitsbeginsel.[10] Ook de Raad van State benadrukt – in de door de minister gevraagde voorlichting over de stelselherziening – dat een 'carte-blanche-bepaling', die afwijking van geldende voorschriften mogelijk maakt voor zover het bevoegd gezag dat goeddunkt, ongewenst is omdat te veel afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid.[11]

In de toetsversie Omgevingswet ontbreekt de eerder bediscussieerde afwijkingsbepaling. Volgens de regering zou een dergelijke regeling tal van uitzonderingen krijgen vanwege EU-verplichtingen, bovenregionale belangen, de keuze voor landelijke uniformiteit of omdat het voorgestelde normenstelsel op veel deelgebieden al bestuurlijke afwegingsruimte biedt.[12] Ook het wetsvoorstel bevat niet een dergelijke bepaling. Uit bestudering van de mogelijkheden van een generieke afwijkingsbepaling bleek dat alleen bepaalde normen voor bodem en geluid in aanmerking zouden komen. Juist op deze terreinen wordt de regelgeving echter al inhoudelijk aangepast.[13] Opmerkelijk is dat de regering de in de literatuur naar voren gebrachte fundamentele kritiek op de eerder voorgestelde algemene afwijkingsclausule in de toelichting geheel onbenoemd laat.

2.2 *Afwijkingsmogelijkheden 'aan de voorkant van het beleidsproces'*

In de memorie van toelichting worden diverse instrumenten getypeerd als afwijkingsmogelijkheid. Het begrip afwijkingsmogelijkheid ziet in ieder geval niet enkel – of zelfs juist niet – op een juridisch instrument dat het bestuur een bevoegdheid biedt om na een brede en integrale belangenafweging bij een uitvoeringsbesluit af te wijken van materiële en procedure normen. De toelichting geeft aan dat het uitgangspunt is dat flexibiliteit wordt geïntegreerd in de normstelling zelf. Dit verschilt van een systematiek waarin de ene wettelijke bepaling een harde norm stelt en een andere bepaling stelt dat van die norm beargumenteerd kan worden afgeweken.[14]

De regering biedt in de toelichting geen specifiek overzicht van afwijkingsmogelijkheden. De Raad van State geeft in zijn advies wel een opsomming: afwijken van omgevingswaarden, opnemen van uitzonderingen in instructieregels, toepassen van de programmatische aanpak, salderen en compenseren toestaan, bij lagere regelgeving afwijken van hogere regelgeving, maatwerkregels en maatwerkvoorschriften stellen, toepassen van de generieke gelijkwaardigheidsbepaling en toepassen van de experimenteerbepaling.[15] Uit het nader rapport van de regering blijkt dat dit overzicht niet geheel correct is. De regering benadrukt dat de programmatische aanpak zoals opgenomen in het wetsvoorstel, uitdrukkelijk niet is bedoeld om van normen af te wijken. Het beoordelingskader voor afwijken wordt niet in het programma zelf vastgelegd, maar wordt bepaald bij AMvB, omgevingsverordening of omgevingsplan.[16] Op dit punt verschilt de programmatische aanpak in het wetsvoorstel van de regeling van ontwikkelingsgebieden uit de Chw. Deze regeling van ontwikkelingsgebieden, die in de toetsversie nog was neergelegd in de bepalingen 4.17 en 4.18, heeft uiteindelijk geen plaats gekregen in het wetsvoorstel. De reden: de Omgevingswet biedt tezamen met de uitvoeringsregelgeving aan provincies en gemeenten voldoende instrumenten om de gebruiksruimte te verdelen.[17] Overigens komt ook de afwijkingsmogelijkheid uit de huidige Interimwet stad-en-milieubenadering om dezelfde reden niet terug in het wetsvoorstel.[18] Afwijken van een vastgestelde omgevingswaarde behoort echter uitdrukkelijk wel tot de mogelijkheden. Het verschil met de regeling van ontwikkelingsgebieden uit de Chw is 'dat de afwijking van een reguliere omgevingswaarde wordt ingebouwd in de normstelling zelf'.[19]

Wat wordt daar nu mee bedoeld? Een omgevingswaarde betreft een juridisch bindend beleidsdoel voor de overheid die de omgevingswaarde heeft vastgesteld. De bevoegdheidsgrondslag om omgevingswaarden vast te stellen, is in het wetsvoorstel opgenomen in art. 2.11 (omgevingsplan), art. 2.12 (omgevingsverordening) en art. 2.14 (AMvB). Op gemeentelijk niveau kan niet zomaar van omgevingswaarden worden afgeweken die op provinciaal of rijksniveau zijn vastgesteld, tenzij dat bij de provinciale verordening of AMvB is bepaald (art. 2.11 lid 2). Art. 2.12 lid 2 van het wetsvoorstel bevat met betrekking tot het vaststellen van provinciale omgevingswaarden een vergelijkbare bepaling. Omgevingswaarden werken pas door bij de vaststelling van besluiten indien zij zijn vertaald in instructieregels, algemene regels of beoordelingsregels voor een omgevingsvergunning. Zowel de provincie als het Rijk beschikken over de bevoegdheid om instructieregels vast te stellen (art. 2.22 en art. 2.24 van het wetsvoorstel). Een instructieregel – die wordt vastgesteld bij omgevingsverordening of AMvB – is een algemeen verbindend voorschrift gericht tot een bij die regel aangewezen bestuursorgaan.[20] Volgens de toelichting kan een instructieregel zo worden geformuleerd dat ruimte wordt geboden om af te wijken van de instructieregel.[21] De regering noemt als voorbeeld dat in beginsel een bepaalde waarde geldt, maar dat onder voorwaarden een afwijkende

10 C.H. Backes, 'Integraal en flexibel omgevingsrecht', in: Backes e.a., *Naar een nieuw omgevingsrecht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht (nr. 40) 2012, hoofdstuk 3; B.J. Schueler, 'Of heeft u liever negatieve evenredigheid?', *M en R* 2012/47; H.D. Tolsma, 'Balanceren tussen economie en milieu in de Omgevingswet. De integrale belangenafweging bij besluitvorming', *NJB* 2012/2361.

11 Advies Raad van State inzake Stelselwijziging Omgevingsrecht, *Kamerstukken II* 2011/12, 33118, nr. 3, blg. 158168, p. 19.

12 MvT ontwerp Omgevingswet Consultatieversie 28 februari 2013, p. 162.

13 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 267.

14 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 38.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 26.

16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 96.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 268.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 304-305.

19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 266.

20 Zie over de instructieregels uitgebreid: *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, par. 4.2.6.

21 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 265-266.

waarde is toegestaan. Eveneens kan sprake zijn van een uitruil waarbij een afwijking is toegestaan mits de kwaliteit op andere punten verbeterd. Verder is ook denkbaar om te regelen dat een afwijking is toegestaan, mits het bestuursorgaan een programma opstelt dat erop gericht is de overschrijding binnen een bepaalde termijn ongedaan te maken. In verband met het voorgaande is art. 2.25 lid 5 onder a van het wetsvoorstel relevant. Hierin is bepaald dat rijksinstructieregels over een omgevingsverordening kunnen inhouden dat bij die verordening afwijkende regels kunnen worden gesteld. In art. 2.23 van het wetsvoorstel – dat betrekking heeft op de provinciale instructieregels – ontbreekt een dergelijke bepaling. Hieruit moet echter niet de conclusie worden getrokken dat provinciale instructieregels geen ruimte kunnen bieden voor afwijken van omgevingswaarden. Een verklaring voor het onderscheid tussen beide bepalingen is dat art. 2.25 lid 5 onder a van het wetsvoorstel betrekking heeft op het provinciaal medebewind (zogenoemde getrapte instructieregels). De huidige Wro bevat reeds een vergelijkbare regeling.[22]

In bovengenoemde voorbeelden over omgevingswaarden en instructieregels worden afwijkingsmogelijkheden ingebouwd in de normstelling zelf. Uitgangspunt is dat bestuursorganen beschikken over ruime mogelijkheden om zelf invulling te geven aan het beleid en aan het reguleringskader. In de memorie van toelichting wordt dit omschreven als 'bestuurlijke afwegingsruimte aan de voorkant van het beleidsproces'. Uit de visie van de regering op flexibiliteit blijkt dat uitvoeringsregelgeving zo veel mogelijk speelruimte moet laten aan maatschappelijke activiteiten.[23]

2.3 *Afwijkingsmogelijkheden 'aan de achterkant van het beleidsproces'*

De regering is van oordeel dat 'aan de achterkant van het beleidsproces', dus wanneer beleidskeuzes eenmaal vertaald zijn in bindende regels, de afwijkingsmogelijkheden beperkt moeten zijn. Afwijken wordt in dit verband omschreven als 'dat een bestuursorgaan een 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'.[24] Zijn eenmaal bindende regels vastgesteld, dan moet de samenleving hieraan zo veel mogelijk houvast kunnen ontlenen. De instrumenten die de mogelijkheid bieden om af te wijken van een bindende regel zijn dan ook slechts bedoeld voor uitzonderingssituaties waarin zij echt nodig zijn (complexe gebiedsproblematiek, gebiedsoverstijgende belangen of innovatieve projecten). De flexibiliseringsinstrumenten die aan de achterkant van het beleidsproces de mogelijkheid bieden om af te wijken van algemene regels zijn: de ontheffing van instructieregels, maatwerkregels en maatwerkvoorschriften, de gelijkwaardigheidsbepaling en de experimenteerbepaling. De mogelijkheid om via een ontheffing af te wijken van een instructieregel is geregeld in art. 2.32 van het wetsvoorstel. Deze ontheffing kan ingevolge het vierde lid alleen worden verleend als de uitoefening van de taak of bevoegdheid waarvoor ontheffing wordt gevraagd onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot het belang dat wordt gediend met de regel waarvan ontheffing is gevraagd.[25]

2.4 *Flexibiliteit versus inzichtelijkheid en voorspelbaarheid*

Het wetsvoorstel kent vele afwijkingsmogelijkheden om de flexibiliteit te vergroten. Een van de kritiekpunten in het advies van de Raad van State is dan ook dat het risico bestaat dat de regelgeving minder inzichtelijk en voorspelbaar wordt als van die mogelijkheden op grote schaal gebruik wordt gemaakt. Dit zou zorgen voor rechtsonzekerheid bij burgers en bedrijven en bovendien voor extra bestuurslasten.[26] Of die gevolgen zich daadwerkelijk voor gaan doen, is echter voor een groot deel afhankelijk van de uitvoeringsregelgeving, die momenteel nog in ontwikkeling is. De Raad van State adviseerde de regering nader te bezien of alle geboden mogelijkheden tot flexibilisering noodzakelijk zijn en stelde voor materiële en procedurele waarborgen op te nemen die de zorgvuldige toepassing van afwijkingsmogelijkheden kan garanderen.[27] De regering stelt dat de door de Raad van State bedoelde waarborgen zijn opgenomen in het wetsvoorstel en dat inzichtelijkheid en voorspelbaarheid nadrukkelijk aandacht moeten krijgen in de uitvoeringsregelgeving: 'De door de Afdeling geschetste nadelen van flexibilisering zullen zich dan ook niet per definitie gaan voordoen'.[28] Met aandacht voor deze stelling van de regering analyseren wij in de volgende paragraaf de in het voorstel opgenomen regels omtrent het leveren van maatwerk, de gelijkwaardigheidsbepaling en de experimenteerbepaling.

3. Maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenteren

Hoofdstuk 4 van het wetsvoorstel betreft algemene regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving. Aan het stellen van dergelijke uniforme – de burger rechtstreeks bindende – regels in een omgevingsplan, een waterschapsverordening, een omgevingsverordening of rijksregels, kleeft een potentieel nadeel. Vanwege de specifieke omstandigheden van het geval kan toepassing van de algemene regel tot onnodige beperkingen voor de initiatiefnemer leiden of tot onvoldoende bescherming van de fysieke leefomgeving.[29]

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 106-107.
23 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 264.
24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 270.
25 Volledigheidshalve wijzen wij nog op de afwijkingsmogelijkheid bij het projectbesluit en de omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit. Uit art. 5.51 lid 3 en lid 4, dat ziet op het projectbesluit volgt dat bepalingen en programma's van gemeenten, waterschappen en/of provincies buiten toepassing kunnen worden gelaten als die de uitvoering van dat besluit onevenredig belemmeren. Een omgevingsvergunning voor een afwijkactiviteit (art. 5.1 lid 1 onder b van het wetsvoorstel) is een nieuwe naam voor een omgevingsvergunning op grond van art. 2.12 Wabo. Wij laten beide buiten beschouwing nu deze instrumenten in de toelichting niet zijn opgenomen in het overzicht van mogelijkheden voor flexibiliteit.
26 *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 4, p. 28-29.
27 *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 4, p. 29.
28 *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 4, p. 46.
29 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 53 en 270.

De regering introduceert daarom in de art. 4.6, 4.7 en 4.8 van het wetsvoorstel een drietal instrumenten die meer flexibiliteit (kunnen) bieden. Respectievelijk maatwerkvoorschriften (par. 3.1), maatwerkregels (par. 3.2) en het gelijkwaardigheidsbeginsel (par. 3.3). Interessant is dat de met die instrumenten bereikte flexibiliteit zich ook kan uiten in het afwijken van de gestelde regels. Is voor een activiteit noodzakelijk dat wordt afgeweken bij of krachtens de wet gestelde normen, dan kan wellicht gebruik worden gemaakt van de experimenteerbepaling van art. 2.23 van het wetsvoorstel (par. 3.4).

3.1 *Maatwerkvoorschriften*

Uit het milieurecht kennen we – op rijksniveau – sinds 1 januari 2008 een grondslag om in een AMvB de bevoegdheid op te nemen om maatwerkvoorschriften op te leggen (art. 8:42 Wm).[30] Zo kunnen voor het in werking hebben van een windturbine maatwerkvoorschriften worden gesteld ten behoeve van het voorkomen of beperken van hinder door slagschaduw (art. 3.12, tweede lid, Activiteitenregeling milieubeheer). Art. 4.5 van het wetsvoorstel Omgevingswet introduceert nu een omgevingsrechtbrede bevoegdheid om in omgevingsplannen, waterschapsverordeningen, omgevingsverordeningen en rijksregels onderwerpen aan te wijzen waarvoor het bevoegde gezag (art. 4.8-4.13) maatwerkvoorschriften kan stellen. Het voorstel kent geen definitie van het begrip maatwerkvoorschrift anders dan 'maatwerkvoorschrift als bedoeld in artikel 4.5', maar de toelichting verduidelijkt dat het gaat om een (appellabele) beschikking waarmee het bevoegd gezag (in een individueel geval) de verplichting oplegt te voldoen aan voorschriften in aanvulling op of in afwijking van een geldende algemene regel.[31] Zowel het opleggen van verzwarende (strengere) als van verlichtende (soepelere) maatwerkvoorschriften kan worden toegestaan.[32] Vergelijkbaar met de huidige wettelijke grondslag in de Wet milieubeheer, expliciteert art. 4.5 in het tweede lid ook de mogelijkheid om de bevoegdheid te creëren met maatwerkvoorschriften af te wijken van de regels als bedoeld in paragraaf 4.1.1. Het wetsvoorstel biedt derhalve in potentie een ruim toepasbare bevoegdheid die ingezet kan worden om af te wijken van de gestelde algemene regels, mits die mogelijkheid is gecreëerd door de regelgever. Ook kan bepaald worden in welke mate of hoe lang kan worden afgeweken. Tot slot bepaalt het derde lid van art. 4.5 dat als voor de activiteit ook een omgevingsvergunning is vereist, bij de algemene regels van het Rijk kan worden bepaald dat de maatwerkvoorschriften aan die vergunning worden verbonden.

De toetsversie kende met betrekking tot maatwerkvoorschriften twee verschillende bepalingen voor rijksregels (art. 4.24 toetsversie) en voor de regels in omgevingsplannen, waterschapsverordeningen en omgevingsverordeningen (art. 4.6 toetsversie). In beide bepalingen werd gesteld dat die regels kunnen inhouden dat het bevoegd gezag 'bij beschikking de plicht kan opleggen om aan voorschriften te voldoen', waarmee op een in het milieurecht bekende wijze werd gedoeld op maatwerkvoorschriften (vgl. art. 8.42 Wm). In het wetsvoorstel wordt simpelweg gesteld dat de regels kunnen inhouden dat maatwerkvoorschriften kunnen worden gesteld. Door de beide bepalingen van de toetsversie in art. 4.5 van het wetsvoorstel samen te voegen, lijkt de in art. 4.24 toetsversie nog geboden mogelijkheid om *krachtens* AMvB maatwerkvoorschriften toe te staan, te zijn vervallen. Ook wordt voor de rijksregels niet langer expliciet gesteld dat slechts de aangewezen bestuursorganen de maatwerkvoorschriften kunnen opleggen, maar dat laat zich verklaren door art. 4.9 onder b, waarin in beginsel het college van B&W wordt aangewezen als het bevoegde gezag in dat geval.

De bepaling van het wetsvoorstel kent twee verschillen tussen de door rijksregels toegestane maatwerkvoorschriften en de maatwerkvoorschriften die in andere regels zijn toegestaan. Ten eerste wordt voor rijksregels in het eerste lid van art. 4.5 expliciet bepaald dat paragraaf 4.3.2 van overeenkomstige toepassing is. Daarin zijn de hoofdlijnen van de inhoud van de rijksregels verankerd. Op die manier wil de regering verzekeren dat op het stellen van maatwerkvoorschriften voor een bepaald onderwerp hetzelfde belangenkader van toepassing is als op het stellen van algemene rijksregels van toepassing is. Het is aannemelijk – maar minder duidelijk en zeker – dat hetzelfde geldt voor het stellen van maatwerkvoorschriften op grond van de andere regels bedoeld in paragraaf 4.1.1. Een tweede verschil is dat het derde lid enkel gewijd is aan de rijksregels en bepaalt dat, indien voor een activiteit regels worden gesteld en daarvoor ook een omgevingsvergunning vereist is, bij de regels kan worden bepaald dat de maatwerkvoorschriften aan de omgevingsvergunning worden verbonden. Is een dergelijke bepaling nodig of kan ook daarzonder hetzelfde worden geregeld? Daarnaast vragen we ons af waarom – indien al vereist – een iets meer algemeen geformuleerde bepaling niet van toepassing zou kunnen zijn voor het stellen van maatwerkvoorschriften op grond van alle regels als bedoeld in paragraaf 4.1.1 van het wetsvoorstel.

Opvallend is ook dat de door art. 4.5 geboden mogelijkheden voor AMvB's, zoals het Activiteitenbesluit milieubeheer, niet nieuw zijn, maar nu met gebruik van dezelfde terminologie ook van toepassing worden op de door decentrale overheden en de waterschappen vastgestelde regels voor activiteiten in de fysieke leefomgeving. Dat brengt bijvoorbeeld – ook voor de Raad van State – de vraag met zich of de nadere eisen uit de huidige bestemmingsplannen worden vervangen door maatwerkvoorschriften in omgevingsplannen. Het lijkt aannemelijk.[33] Op welke wijze zullen maatwerkvoorschriften uitpakken op deelterreinen van het omgevingsrecht waar we ze nu nog niet kennen (onder die naam)? Het blijft voorlopig onzeker. De regering beschouwt

30 De term is ingevoerd bij de inwerkingtreding van het Activiteitenbesluit op 1 januari 2008 en verving toen de term 'nadere eis', zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30483, nr. 3, p. 6. Ook in art. 6.6 lid 2 Waterwet en de art. 7.7a en 13 Woningwet kennen we inmiddels maatwerkvoorschriften.

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 389.

32 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 470.

33 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 153.

die verbreding – wellicht ook zeer terecht – als een kans; zo kan de rechtsfiguur maatwerkvoorschrift bruikbaar zijn op andere deelterreinen waar een vergunningstelsel wordt vervangen door het stellen van algemene regels.[34] Duidelijk is dat de daadwerkelijke flexibilisering met behulp van maatwerkvoorschriften wordt bepaald door de inhoud van de omgevingsplannen, waterschapsverordeningen, omgevingsverordeningen en rijksregels. Voor de beantwoording van de vraag wanneer het gerechtvaardigd zou zijn om daarin te regelen dat door middel van maatwerkvoorschriften afgeweken kan worden van de gestelde regels, biedt de toelichting eigenlijk nauwelijks aanwijzingen. De regelgever heeft derhalve veel vrijheid. Tot op heden dient de doorgaans beleidsvrije bevoegdheid om maatwerkvoorschriften op te leggen op grond van het Activiteitenbesluit terughoudend te worden toegepast. Zo stelde de regering daaromtrent dat, gezien de specifieke werkingssfeer, het gebruik tot bijzondere en incidentele gevallen beperkt zal (moeten) blijven.[35] Daar komt bij dat afwijkende maatwerkvoorschriften niet per se soepeler uit hoeven te pakken voor de initiatiefnemer, zodat duidelijk is dat het instrument niet altijd tot verbeterde mogelijkheden voor maatschappelijke activiteiten leidt.[36] Met de bepaling wordt een grondslag geboden om de bestaande milieurechtelijke praktijk omgevingsrechtbreed voort te zetten, maar wordt ook veel ruimte gelaten aan de regelgever voor nieuwe toepassingen.

3.2 *Maatwerkregels*

Art. 4.6 van het wetsvoorstel biedt in het eerste lid expliciet de mogelijkheid om bij de regels die de burgers rechtstreeks binden, neergelegd in de provinciale omgevingsverordening over activiteiten in de fysieke leefomgeving, te bepalen dat in het omgevingsplan of de waterschapsverordening over aangewezen onderwerpen maatwerkregels kunnen worden gesteld (lid 1).[37] Hetzelfde geldt voor de rijksregels (lid 2), die daarenboven diezelfde mogelijkheid voor de provinciale verordeningen kunnen creëren. Voortgebouwd wordt op bestaande regelingen in bijvoorbeeld art. 6.6, derde lid, Waterwet en art. 8.42b Wm. Op grond van laatstgenoemde bepaling is in art. 2.18 lid 5 Activiteitenbesluit milieubeheer onder meer geregeld dat bij gemeentelijke verordening ter voorkoming van geluidhinder regels kunnen worden gesteld over het ten gehore brengen van onversterkte muziek. Worden deze regels gesteld, dan kan ook worden bepaald dat het geluid van onversterkte muziek – anders dan de hoofdregel van het Activiteitenbesluit – niet wordt uitgesloten van de normen die aan geluid zijn gesteld. In art. 4.6 van het wetsvoorstel is – net als bij de regeling over de maatwerkvoorschriften – voor het stellen van maatwerkregels op grond van rijksregels bepaald dat paragraaf 4.3.2 daarop van overeenkomstige toepassing is, zodat daarop hetzelfde belangenkader van toepassing is als op het stellen van de rijksregels zelf.[38] Een maatwerkregel is ingevolge de toelichting een algemene regel in een omgevingsplan, in een waterschapsverordening of in een omgevingsverordening, aanvullend op of afwijkend van de algemene regels van een provincie of het Rijk. De maatwerkregels moeten in het omgevingsplan, de waterschapsverordening of de provinciale verordening zelf worden vastgelegd.[39] Het instrument kan door de regelgever territoriaal begrensd worden of van toepassing worden verklaard voor bepaalde materiële onderwerpen. Maatwerkregels kunnen zowel een aanscherping als een versoepeling betreffen.[40] De mogelijkheid om ook afwijking toe te staan, inclusief de bevoegdheid de mate waarin en de duur te bepalen, is expliciet geregeld in het derde lid van art. 4.6 van het wetsvoorstel.

In de toetsversie van de Omgevingswet bepaalde art. 4.23 dat bij of krachtens AMvB kan worden bepaald dat bij het omgevingsplan, de omgevingsverordening of de waterschapsverordening over daarbij aangewezen onderwerpen regels kunnen worden gesteld en dat daarbij zou kunnen worden bepaald dat van de rijksregels afgeweken zou kunnen worden. Hierin is de aanzet tot de bepaling over maatwerkregels te herkennen, maar die term werd in de toetsversie nog niet gebruikt. Voorts blijkt nu dat de aanduiding van de bepaling, namelijk 'gebiedsgerichte regels omgevingsplan en verordening', te beperkt was omdat niet slechts gebiedsgerichte regels zouden kunnen worden toegestaan, maar ook regels naar materie. Tot slot geldt dat het toestaan van maatwerkregels in de toetsversie – voor zover wij dat nu kunnen overzien – slechts mogelijk was bij of krachtens AMvB,[41] terwijl het wetsvoorstel in art. 4.6 nu ook regelt dat de omgevingsverordening maatwerkregels in het omgevingsplan of de waterschapsverordening kan toestaan. Daar waar de toegestane maatwerkregels nadere invulling, detaillering of aanvulling bieden op provinciale of rijksregels, lijkt hier sprake van een nuttig instrument. Wij vragen ons wel af of niet enerzijds een vergelijkbaar resultaat kan worden behaald met het gebruik van – de mogelijkheden van flexibilisering in – instructieregels en of niet anderzijds een onwenselijke stapeling van de burger bindende normen ontstaat. Dat doet zich ook en met name gevoelen indien de bevoegdheid wordt gecreëerd om in het omgevingsplan af te wijken van de door de provincie of het Rijk gestelde, bindende regels over activiteiten in de fysieke leefomgeving. Is

34 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 41.

35 *Stb.* 2007, 415, p. 116; zie ook ABRvS 7 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010: BN0498, *M en R* 2010/79, m.nt. K.J. de Graaf.

36 Zie in dat verband ook F.P.C.L. Tonnaer, 'Vertrouwen op initiatiefnemers in de Omgevingswet: een stille revolutie in het omgevingsrecht?', *BR* 2014/49, p. 262.

37 Is een verplichting tot uitwerking van een regel beoogd, dan is een instructieregel op zijn plaats; gelet op de mogelijkheden tot flexibilisering in instructieregels, zou het ons niet verbazen als beide instrumenten niet altijd even scherp uit elkaar gehouden kunnen worden, zie daaromtrent ook het verwijt van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 18.

38 Een vergelijkbare bepaling voor de maatwerkregels op grond van een omgevingsverordening lijkt evenwel te ontbreken.

39 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 471.

40 Zo kan een aanscherpingsbevoegdheid bijvoorbeeld aan de orde zijn voor kwetsbare gebieden en een versoepelingsbevoegdheid daar waar de regels bescherming van een netwerk beogen (zoals capaciteit van de riolering), en het netwerk in een bepaald gebied minder kwetsbaar is, vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 272.

41 Anders dan de toetsversie, stelt het wetsvoorstel dat enkel bij AMvB maatwerkregels kunnen worden toegestaan en dus niet ook krachtens AMvB.

de eenvoud en de inzichtelijkheid van de normstelling in het omgevingsrecht daarmee gediend?

3.3 *Gelijkwaardigheidsprincipe*

Art. 4.7 lid 1 van het wetsvoorstel bepaalt dat, als regels als bedoeld in paragraaf 4.1.1 (omgevingsplan, waterschapsverordening, omgevingsverordening of rijksregels) voorschrijven dat een maatregel moet worden getroffen, op verzoek van een belanghebbende bij beschikking door het bevoegd gezag toestemming kan worden verleend om de voorgeschreven maatregel niet te treffen maar een gelijkwaardige maatregel, mits daarmee ten minste hetzelfde resultaat wordt bereikt. Relevant is dat het in de bepaling gebruikte begrip 'maatregel' ruim moet worden uitgelegd en dat daaronder niet alleen toe te passen middelen worden verstaan, maar ook bijvoorbeeld werkprocessen.[42] De regeling biedt burgers en bedrijven de mogelijkheid om op andere manieren aan de – in algemene regels – gestelde normen te voldoen en daar dus van af te wijken. Het tweede lid biedt de regelgever de mogelijkheid om bij de bedoelde regels te bepalen dat een gelijkwaardige maatregel is toegestaan zonder voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag, al dan niet gekoppeld aan het verbod de maatregel toe te passen zonder voorafgaande melding aan dat gezag. Het derde lid bepaalt dat ook nadere regels kunnen worden gesteld over de toepassing van het eerste en tweede lid, waarbij expliciet de bevoegdheid wordt genoemd om het wettelijke uitgangspunt dat een gelijkwaardige maatregel is toegestaan, uit te sluiten. Ook kan gedacht worden aan regels over de door de aanvrager over te leggen gegevens en bewijsstukken en aan procedureregels. Een met art. 4.5 lid 3 van het wetsvoorstel vergelijkbare bepaling waarin de toestemming wordt gekoppeld aan een omgevingsvergunning ontbreekt, maar zou wellicht ook in de nadere regels kunnen worden opgenomen. De gelijkwaardigheidsbepaling is – wellicht ook niet verrassend na de relevante kritiek van zowel Afdeling advisering van de Raad van State als van Nijmeijer[43] – gewijzigd ten opzichte van die in de toetsversie van de Omgevingswet.

Allereerst valt op dat de toetsversie met betrekking tot het gelijkwaardigheidsprincipe twee verschillende bepalingen kende voor rijksregels (art. 4.25 toetsversie) en voor de regels in omgevingsplannen, waterschapsverordeningen en omgevingsverordeningen (art. 4.7 toetsversie). Nijmeijer stelde terecht dat – met name de rechtens relevante – verschillen tussen die bepalingen de eenvoud en de transparantie niet ten goede zouden komen. Waar de toetsversie het beginsel op gemeentelijk niveau nog facultatief maakte, kent het wetsvoorstel als uitgangspunt een generieke werking voor alle verplichte – in regels als bedoeld in paragraaf 4.1.1 neergelegde – maatregelen. Wij merken op dat het derde lid van art. 4.7 weliswaar de mogelijkheid voor de regelgever opent om dat uitgangspunt om zeep te helpen, maar de regering heeft aangegeven dat het de bedoeling is dat met die bevoegdheid terughoudend omgesprongen wordt; uitsluiten zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn in geval van door Europa dwingend voorgeschreven maatregelen.

Wat ten tweede opvalt, is dat het wetsvoorstel – anders dan de toetsversie deed – als hoofdregel stelt dat een voorafgaande toestemming van het bevoegd gezag nodig is om de gelijkwaardige maatregel te mogen treffen.[44] Op aanvraag dient het bevoegd gezag een appellabele beschikking te nemen over de gelijkwaardigheid van de door de aanvragen voorgestelde maatregel; bij die beoordeling komt het bevoegd gezag een zekere beoordelingsvrijheid toe. Gelijkwaardig is die maatregel die ten minste hetzelfde resultaat[45] bereikt als de voorgeschreven maatregel beoogt; de bewijslast ligt te allen tijden bij de initiatiefnemer van de activiteit. Ter verduidelijking van de beoordeling benadrukt de toelichting dat belangen die de voorgeschreven maatregel niet beoogt te beschermen, niet hoeven te worden meegenomen.[46] Het lijkt ons dat hier bedoeld moet zijn dat die belangen ook niet mee kunnen wegen, zodat elke gedachte aan mogelijke compensatie (of: positieve evenredigheid?) verlaten moet worden. Zeker is dat niet. Het wetsvoorstel biedt in het tweede lid van art. 4.7 overigens de regelgever de mogelijkheid om in afwijking van de hoofdregel, net als de toetsversie mogelijk maakte, de eis van voorafgaande toestemming door het bevoegd gezag uit te sluiten. De beoordeling van de gelijkwaardigheid zal dan verschuiven naar het bestuursrechtelijk handhavingstraject. Datzelfde zal ook aan de orde zijn als wordt gekozen voor de eis dat een melding moet worden gedaan alvorens een (vermeend) gelijkwaardige maatregel wordt getroffen. De melding houdt geen toestemming in, zodat de initiatiefnemer geen zekerheid heeft over de gelijkwaardigheid van de maatregel. De keuze van het bevoegd gezag voor het uitsluiten van de toestemming of voor het eisen van enkel een melding, wordt door de regering in de toelichting gekoppeld aan de vraag of er geen of slechts beperkt sprake is van risico's voor de fysieke leefomgeving.

Het Nederlandse omgevingsrecht kent met art. 1.8 Activiteitenbesluit milieubeheer (dat is gebaseerd op art. 8.40a Wm) en art. 1.3 Bouwbesluit bepalingen die vergelijkbaar zijn met art. 4.7 van het wetsvoorstel. Recent is opgeroepen om vaker gebruik te maken van de bepaling in het Bouwbesluit, omdat dat nog te weinig zou gebeuren. Tevens is echter geconstateerd dat op het punt van landelijke uniformiteit bij de beoordeling van gelijkwaardigheid nog veel te winnen valt.[47] Neemt men de verschillen tussen de beide huidige be-

42 En ziet dus zowel op kwantitatieve als – voor zover dat al relevant is – kwalitatieve normen, maar enkel op de maatregelen die zijn voorgeschreven in de regels in de zin van par. 4.1.1 van het wetsvoorstel en derhalve niet op een in een beschikking/vergunning voorgeschreven maatregel, waar onder meer F.P.C.L. Tonnaer, 'Vertrouwen op initiatiefnemers in de Omgevingswet: een stille revolutie in het omgevingsrecht?', *BR* 2014/49, p. 261 voor pleitte. Wenst een vergunninghouder op grond van het gelijkwaardigheid een andere maatregel te treffen dat die in een beschikking is voorgeschreven, dan moet dat worden bewerkstelligd door om wijziging of herziening van die beschikking te verzoeken.

43 A.G.A. Nijmeijer, 'Het gelijkwaardigheidsbeginsel in de Omgevingswet', *M en R* 2013/135.

44 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 42 en 97.

45 Ook met het gebruik van de term 'resultaat', wordt tegemoet gekomen aan de kritiek op de tekst van de toetsversie door Nijmeijer.

46 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 472.

47 Actieteam Praktijktoepassing Bouwbesluit, *Flexibel omgaan met bouwregelgeving*, te raadplegen op internet: www.actieagendabouw.nl.

palingen in aanmerking en bovendien de brede werkingssfeer van het voorgestelde art. 4.7, dan is niet verrassend dat het gelijkwaardigheidsbeginsel zodanig wordt gecodificeerd dat de regelgever een ruime bevoegdheid krijgt om een reguleringskader te creëren dat recht kan doen aan de aard van de in de regels verplicht voorgeschreven maatregel. Naar aanleiding van de kritiek van de Raad van State is het wetsvoorstel er op dat punt overigens beter dan de toetsversie in geslaagd om tegemoet te komen aan de eisen van uniformiteit en rechtszekerheid en aan de wens te komen tot inkadering van de toegekende bevoegdheden. Ook biedt de memorie van toelichting meer aanknopingspunten voor de inhoud van de door het bevoegd gezag vast te stellen regels over (toepassing van) het gelijkwaardigheidsbeginsel. Zelfs met die verbeteringen is een beoordeling van de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel in de omgevingswet in hoge mate afhankelijk van hetgeen daaromtrent in de omgevingsplannen, de waterschapsverordeningen, de omgevingsverordeningen of de rijksregels wordt opgenomen.

3.4 *Experimenteerbepaling*

Art. 23.3 van het wetsvoorstel ('de experimenteerbepaling') biedt veel flexibiliteit voor het uitvoeren van experimenten die bij positieve uitkomst bijdragen aan het realiseren van de maatschappelijke doelen van de wet. De bepaling is bedoeld voor toekomstige ontwikkelingen, technieken en praktijken waarin bestaande regelgeving niet kan voorzien. Is een experiment aangewezen bij AMvB, dan kan worden afgeweken van bepalingen bij of krachtens de Omgevingswet zelf, de Elektriciteitswet 1998 (voor zover dat geen gevolgen heeft voor de opbrengst van de energiebelasting, bedoeld in de Wet belastingen op milieugrondslag) de Warmtewet en de Wet milieubeheer.[48] Uit art. 23.3 lid 3 onder d volgt dat bij AMvB moet worden bepaald van welke specifieke regels kan worden afgeweken. Op grond van art. 2.23 lid 2 is aanwijzing van een experiment mogelijk als dit met het oog op duurzame ontwikkeling beoogt bij te dragen aan het nastreven van het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit inclusief de te volgen procedures en besluitvorming daarover.[49]

De experimenteerbepaling bouwt voort op de experimenteergrondslag in art. 2.4 Chw. Een voorbeeld van een dergelijk experiment is het instellen van 'regelvrije zones' op industrieterreinen ten behoeve van de bouw van kleinschalige windturbines. Colleges van burgemeester en wethouders van de in het Besluit uitvoering Chw genoemde gemeenten, kunnen industrieterreinen aanwijzen waar het mogelijk is om vergunningvrij windturbines te plaatsen.
In vergelijking valt ons ten eerste op dat het toepassingsbereik van de experimenteerbepaling door de koppeling met de ruime maatschappelijke doelstelling van de Omgevingswet uit 1.3 onder a (nog!) ruimer is. Onder de Chw is vereist dat een experiment bijdraagt aan innovatieve ontwikkelingen en dat daarbij voldoende aannemelijk is dat de uitvoering ervan bijdraagt aan duurzaamheid en het bestrijden van de economische crisis. De Raad van State benadrukt in zijn advies dat de in de Omgevingswet voorgestelde experimenteerbepaling niet in overeenstemming is met de vereisten die gelden voor experimentele regelgeving omdat het onderwerp waarop de experimenteerbepaling betrekking kan hebben niet concreet en nauwkeurig is bepaald (vgl. art. 10a en 10b Aanwijzing voor de regelgeving).[50] In art. 19.2 lid 2 toetsversie was het criterium 'beoogt bij de dragen aan de verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving of de besluitvorming daarover'. Backes merkt in reactie op de toetsversie op dat voor bijna alle activiteiten kan worden beweerd dat deze bijdragen aan een verbetering van de kwaliteit van de leefomgeving. Ook een nieuwe straat of de aanleg van een industrieterrein valt onder het ruime begrip.[51] Uit de toelichting blijkt dat de regering op wetsniveau geen nadere duiding van doel en functie van een experiment wenst op te nemen omdat op voorhand niet bekend is waarvoor het experiment zal worden uitgevoerd.[52]
In de tweede plaats valt ons in vergelijking met de experimenteerbepaling uit de Chw op dat de procedurele en materiële waarborgen in het wetsvoorstel aanzienlijk zijn versterkt. Dat was ook wel nodig. De bepaling uit de Chw had in de literatuur voor kritiek gezorgd. Zo is het bijvoorbeeld onder de Chw niet duidelijk hoe het zit met de normen waarvan is afgeweken na afloop van de afwijkingstermijn.[53] In de toetsversie was met deze kritiek niets gedaan (art. 19.2 van de toetsversie komt grotendeels overeen met de bepaling uit de Chw). De Raad van State oordeelt dat het voorstel voor de experimenteerbepaling in de Omgevingswet geen procedurele waarborgen stelt, noch voorwaarden die dienen te waarborgen dat het verloop van het experiment wordt bewaakt en doel van het experiment wordt bereikt.[54] Naar aanleiding van deze kritische opmerkingen is nu als voorwaarde in art. 2.23 lid 3 van het wetsvoorstel opgenomen dat bij AMvB in ieder geval wordt bepaald wat het doel is van het experiment (onder a), welk bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de uitvoering (onder b), wat de tijdsduur is van het experiment (onder c) en welke afwijkingen na afloop van de termijn toegestaan blijven (onder h).[55] Nieuw ten opzichte van de systematiek van art. 2.4 Chw en art. 19.2 toetsversie is ook de eerdergenoemde voorwaarde (onder d) dat bij AMvB wordt bepaald van welke regels kan worden afgeweken.[56] Verder moet daarin worden bepaald

48 Art. 2.23 lid 1 Wetsvoorstel.
49 Art. 2.23 lid 2 Wetsvoorstel.
50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 148-149. Zie daarover ook A.Z.R. Koning, 'De Crisis- en herstelwet: nood, spoed of experiment?', in: A.G. Bregman, H.E. Bröring, K.J. de Graaf (red.), *Onbegrensde rechtsbeoefening* (Lubach-bundel), Den Haag: IBR 2014, p. 35 e.v.
51 Ch.W. Backes, 'Het voorstel voor een Omgevingswet goed voor natuur en milieu?', *TO* 2013, p. 104.
52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 609.
53 Zie voor een beknopt overzicht van de kritiek in de literatuur K.J. de Graaf & H.D. Tolsma, 'Vier jaar ervaring met hoofdstuk 2 van de Crisis- en herstelwet. Over ontwikkelingsgebieden, de experimenteerbepaling en het projectbesluit', *JBplus* 2014, p. 33.
54 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 28.
55 Art. 2.23 lid 3 Wetsvoorstel.
56 Een dergelijke systematiek wordt in de Chw wel toegepast bij de regeling van ontwikkelingsgebieden (vgl. art. 2.3 lid 7 Chw jo. art. 2a Besluit uitvoering Chw) maar ontbreekt bij de experimenteerbepaling.

welke afwijkingen in de aangewezen gevallen zijn toegestaan (onder e), voor welk gebied of voor welke besluiten die afwijkingen zijn toegestaan (onder f) en hoe lang die afwijking ten hoogste kan worden toegestaan (onder g). Anders dan voorheen is expliciet bepaald dat van omgevingswaarden voor een termijn van ten hoogste tien jaar kan worden afgeweken. Ten opzichte van de Chw en de toetsversie is ook verduidelijkt dat bij AMvB moet worden bepaald hoe de monitoring en evaluatie van het experiment wordt uitgevoerd (onder h). Nieuw is art. 2.23 lid 4 dat bepaalt dat een experiment door kan lopen als de uitkomsten van het experiment na evaluatie aanleiding geven tot het wijzigen van regelgeving. In dat geval kan de minister met het oog op het aanpassen van die regelgeving in afwijking van de AMvB waarbij de tijdsduur van het experiment is bepaald een besluit nemen om die tijdsduur met ten hoogste vijf jaar te verlengen. Tot slot wordt in de toelichting nog benadrukt dat het wetsvoorstel teneinde de parlementaire betrokkenheid te verzekeren een zogenoemde voorhangprocedure voorschrijft voor de AMvB.[57] Ook de Chw bevat een dergelijke procedurele waarborg in art. 5.2 Chw.

Met de Raad van State zijn wij van oordeel dat het criterium om aangewezen te worden als experiment onvoldoende nauwkeurig en concreet is, zodat met de bepaling wordt afgeweken van de vereisten uit de Aanwijzing voor de regelgeving. Consequentie is dat het toepassingsbereik van de experimenteerbepaling op wetsniveau nauwelijks is ingekaderd. Dat is ook exact wat de regering beoogt. Noemenswaardig is dat de experimenteerbepaling uit de Chw van de Raad van State dezelfde kritiek ontving en het advies tot inkadering destijds door de regering evenmin werd overgenomen.[58] Hoewel wij de kritiek van de Raad van State op dit punt onderstrepen, verwachten wij op basis van de ervaring die is opgedaan met de experimenteerbepaling uit de Chw overigens niet dat in de praktijk onverantwoorde keuzes worden gemaakt of op grote schaal via de experimenteerbepaling van normen zal worden afgeweken. Dat risico is naar onze inschatting beperkt nu de grondslag om af te wijken met de toevoeging van procedurele en materiële waarborgen anders dan voorheen nader is geclausuleerd.

4. Slotbeschouwing

In het voorgaande analyseerden wij een aantal flexibiliseringsinstrumenten die de mogelijkheid bieden om af te wijken van algemene regels. Voorafgaand aan de toetsversie van 2013 en het wetsvoorstel van 2014 was veel aandacht gericht op de wenselijkheid van het introduceren van een generieke bevoegdheid om af te wijken van wettelijke normen. Door de regering is geopperd dat een dergelijke bevoegdheid toegepast zou kunnen worden indien een integrale afweging van belangen door het bevoegd gezag had uitgewezen dat de gevolgen van een maatschappelijke activiteit, ondanks strijd met een enkele wettelijke norm, positief zou uitpakken voor de fysieke leefomgeving (positieve evenredigheid). De keuze van de regering om – in de toetsversie en het wetsvoorstel – niet een dergelijke bevoegdheid op te nemen, onderschrijven wij. Met de regering zijn wij van oordeel dat zwaarwegend is dat de noodzaak van een dergelijk instrument kan worden betwijfeld. Zo is van de huidige afwijkingsbevoegdheden in zowel de Interimwet stad-en-milieubenadering als de Chw bekend dat deze in de praktijk nauwelijks worden toegepast en, als al sprake is van toepassing, afwijken enkel aan de orde is als het gaat om geluidnormering. Ook gelet op de verschillende, ruime mogelijkheden om in de instrumenten van de Omgevingswet zelf de afwijkingsmogelijkheden in te bouwen, is het onze inschatting dat het vervallen van de mogelijkheden van de Interimwet stad-en-milieubenadering en de Chw door de praktijk niet gemist zullen worden.

Het wetsvoorstel kent wel een mogelijkheid om af te wijken van wettelijke normen. De experimenteerbepaling van art. 2.23 biedt in potentie een zeer breed toepasbare, ruime mogelijkheid om afwijking van wettelijke normen toe te staan. Ondanks de verbreding van dat instrument, welke natuurlijk te verwachten was bij de introductie van een brede wet, moet positief worden gewaardeerd dat de regering de kritiek van de Raad van State heeft aangegrepen om de juridische randvoorwaarden bij toepassing van de experimenteerbepaling in het uiteindelijke wetsvoorstel Omgevingswet in belangrijke mate te verstevigen.

De overige in paragraaf 3 besproken instrumenten zijn – evenals de experimenteerbepaling – al min of meer bekend in het huidige omgevingsrecht. Maatwerkvoorschriften, maatwerkregels en het gelijkwaardigheidprincipe worden door de regering nu geframed als flexibiliserings- en/of afwijkingsbevoegdheden. Het verbreden van die op deelterreinen bekende instrumenten, noopte de Raad van State te adviseren de bevoegdheden nader in te kaderen.[59] Op punten is dat ook gelukt, maar het kan niet helemaal verhullen dat de bepalingen een zeer brede toepassing kunnen krijgen en dat zij voldoende flexibiliteit moeten bieden om de huidige regelgeving en de daarop gebaseerde praktijk op de verschillende deelterreinen te accommoderen. Aan die flexibilisering kleven ook mogelijke nadelen, zoals dat de regelgeving minder inzichtelijk en voorspelbaar wordt, dat de rechtsonzekerheid voor burgers en bedrijven toeneemt en dat extra bestuurslasten voor bestuursorganen ontstaan.[60] Hoewel het is te verwachten van een zo breed toepasbare wet als de Omgevingswet en het de vraag is of het echt anders kan, is in het algemeen onwenselijk dat op veel punten en in zo hoge mate pas uit de – nu nog onbekende – uitvoeringsregelgeving zal moeten blijken in welke mate flexibiliteit en afwijkingsmogelijkheden daadwerkelijk worden geboden.

57 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 609.

58 Zie hierover A.R. Klijnen & H.A.M. Stam, 'Gebieds- en innovatie- experimenten in de Crisis- en herstelwet', *TBR* 2010, p. 63.

59 De regering is – na aanpassing van het voorstel op grond van die kritiek – daarover nu tevreden, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 47. Zie over de vraag of dat voldoende gebeurde ook F.P.C.L. Tonnaer, 'Balanceren tussen markt en milieu', *NJB* 2014/1337.

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 4, p. 46.