

Artikel

Programmatische aanpak in de Omgevingswet: ruimte voor ontwikkeling, waarborgen voor kwaliteit?

Wet eenvoudig beter, amvb diffuser en complexer?

Mr. M.N. Boeve en dr. mr. F.A.G. Groothuijse*

1 Inleiding

De programmatische aanpak heeft in de afgelopen jaren in het omgevingsrecht een grote vlucht genomen. Deze ontwikkeling is mede het gevolg van de problemen die volgden uit de directe koppeling die in de omgevingswetgeving werd gelegd tussen milieukwaliteitseisen en de vaststelling van burgers bindende besluiten, zoals bestemmingsplannen en milieuvergunningen. Het luchtkwaliteitsdossier biedt daarvan het duidelijkste voorbeeld. Door die directe koppeling moesten toestemmingen voor projecten van burgers en overheden worden geweigerd als deze projecten een (verdere) overschrijding van de milieukwaliteitseisen tot gevolg zouden hebben. Met de programmatische aanpak is weer lucht gecreëerd voor projecten die een (verdere) overschrijding van de luchtkwaliteitseisen tot gevolg

hebben.¹ Kern van die aanpak is dat de milieukwaliteitseisen niet rechtstreeks worden gekoppeld aan de uitoefening van concrete bevoegdheden waarmee activiteiten of projecten worden toegestaan, maar aan plannen of programma's. Door deze koppeling aan programma's ontstaat ruimte om tegenover de verontreinigende projecten of activiteiten maatregelen te zetten die de milieukwaliteit verbeteren, waardoor de vereiste of gewenste milieukwaliteit toch op een bepaalde termijn kan worden bereikt. Dat maakt het mogelijk om milieugebruiksruimte te creëren en te herverdelen, waardoor een bredere afweging kan worden gemaakt ten aanzien van wenselijke en onwenselijke activiteiten. De populariteit van de programmatische aanpak is mede te danken aan het feit dat milieubelastende activiteiten ook bij een (dreigende) overschrijding nog kunnen worden toegestaan, zolang daartegenover in het plan of programma voldoende verbetermaatregelen worden opgenomen waarmee aannemelijk kan worden gemaakt dat de gewenste of vereiste milieudoelstelling tijdig zal worden

71

* Mr. M.N. (Marlon) Boeve is universitair docent/onderzoeker bij het Amsterdam Centre for Environmental Law and Sustainability/Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam. Zij is tevens redactielid van het Tijdschrift voor Omgevingsrecht. Dr. mr. F.A.G. (Frank) Groothuijse is universitair hoofddocent Omgevingsrecht bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht. Hij is tevens redactielid van het Tijdschrift voor Omgevingsrecht.

1. Zie over het luchtkwaliteitsdossier eerder in dit tijdschrift o.a. C.A.M. van den Brand, H.A.J. Gierveld & C.N. van der Sluis, Jurisprudentie luchtkwaliteit: saldering en maatregelen, TO 2008, afl. 1, p. 17-28, C.A.M. van den Brand & C.N. van der Sluis, Luchtkwaliteit in jurisprudentie en wetgeving. Van onderzoeksverplichtingen tot programma-toetsing, TO 2010, afl. 2, p. 52-60 en C.N. van der Sluis, Luchtkwaliteit in de jurisprudentie. Programmasystematiek blijft haar waarde bewijzen, TO 2011, afl. 4, p. 109-115.

bereikt.² Het verwondert dan ook niet dat in navolging van de programmatische aanpak voor luchtkwaliteit ook voor andere onderdelen van de fysieke leefomgeving, zoals waterkwaliteit, stikstofdepositie (Programmatische Aanpak Stikstof, PAS) en geluid, is gekozen voor een programmatische aanpak. Naast deze sectorale programmatische aanpak kent de Crisis- en herstelwet (Chw) voor ontwikkelingsgebieden een gebiedsgerichte programmatische aanpak. De verschillende vormen van de programmatische aanpak in het huidige recht kennen elk specifieke elementen, van een eenduidige regeling is derhalve geen sprake.³

De programmatische aanpak vormt een belangrijke schakel in de beleidscyclus waarvan de Omgevingswet (Ow) uitgaat.⁴ Die beleidscyclus bestaat uit normeren, monitoren, plannen, uitvoering, reguleren en handhaving, enzovoort en is erop gericht om ruimte voor ontwikkeling te bieden en tegelijkertijd de kwaliteit van de leefomgeving te waarborgen.⁵ In het wetsvoorstel wordt het toepassingsbereik van de programmatische aanpak dan ook verbreed naar in beginsel alle omgevingswaarden en andere doelstellingen die op grond van de Omgevingswet voor de fysieke leefomgeving worden vastgesteld.⁶ Ook poogt het wetsvoorstel om de programmatische aanpak zo veel mogelijk te uniformeren en harmoniseren.⁷ In deze bijdrage bespreken wij de wijze waarop de programmatische aanpak in het wetsvoorstel is verankerd en de kritiek van de Raad van State daarop, om af te sluiten met ons eigen oordeel daarover.

2 De programmatische aanpak in de Omgevingswet

2.1 De plaats van plannen en programma's in de beleidscyclus van de Omgevingswet

Voordat we toekomen aan de bespreking van de programmatische aanpak is het goed om de plaats van dit instrument in de voorgestane beleidscyclus van de Omgevingswet te duiden. De Omgevingswet is, met het oog op een duurzame ontwikkeling, gericht op het in onderlinge samenhang bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit en het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies (art. 1.3 Ow). Deze doelstellingen moeten onder meer worden uitgewerkt in omgevingswaarden voor bepaalde onderdelen van de fysieke leefomgeving, zoals water, lucht, geluid, bodem en natuur. Deze omgevingswaarden geven in objectieve termen weer waaraan de fysieke leefomgeving of een onderdeel daarvan op een bepaalde plaats op een bepaald moment moet voldoen (art. 2.9 Ow). De overheid of de overheden die de zorg voor de fysieke leefomgeving hebben, moeten er zorg voor dragen dat deze omgevingswaarden tijdig worden bereikt. Daartoe verschaft de Omgevingswet de verantwoordelijke overheden bijvoorbeeld instrumenten voor de regulering van activiteiten, zoals de bevoegdheid om algemene regels⁸ te stellen of omgevingsvergunningen⁹ te verlenen voor het uitvoeren van bepaalde activiteiten en de handhaving daarvan. Daarnaast biedt het wetsvoorstel hun instrumenten om actief in te grijpen in de fysieke leefomgeving om bepaalde beleidsdoelen of omgevingswaarden te bereiken. Voor de uitvoering van deze projecten van publiek belang hebben de bevoegde bestuursorganen de bevoegdheid gekregen om een projectbesluit¹⁰ te nemen. Een projectbesluit beschrijft het project en de nut en noodzaak daarvan en verschaft de vaststellende overheid de toestemming(en) om het project uit te voeren. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aanleg en wijziging van waterkeringen, wegen, natuurgebieden, natuurvriendelijke oevers, enzovoort. Daarnaast kunnen de verantwoordelijke overheden andere handelingen verrichten in het belang van de fysieke leefomgeving die niet per definitie een grondslag in de Omgevingswet hebben. Zo kunnen overheden ten behoeve van de verbetering van (onderdelen van) de fysieke leefomgeving feitelijke maatregelen treffen, zoals het openzetten van een sluis en het vergroten van zuiveringscapaciteit van rioolwaterzuiveringsinstallaties, of financiële maatregelen nemen, zoals belastingmaatregelen gebaseerd op het beginsel 'de vervuiler betaalt' (bijvoorbeeld het beprijzen van auto- of watergebruik of subsidies voor zonnepanelen).

2. Koeman sprak in dit verband al over de programmatische aanpak als 'noodzakelijke smeerolie' van het omgevingsrecht, N.S.J. Koeman, De programmatische aanpak, in: N. Teesing (red.), De toekomst van het milieurecht: eenvoudig beter?, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 86.
3. Zie voor een overzicht bijv. F.A.G. Groothuijse, R. Uylenburg & M.N. Boeve, Het omgevingsrecht geprogrammeerd. Verkenning van de juridische mogelijkheden voor het ontwikkelen en harmoniseren van een programmatische aanpak in het omgevingsrecht, Arnhem: STEM 2011. Zie o.m. ook H.F.M.W. van Rijswijk, Actualiteiten waterrecht: de betekenis van de programmatische aanpak voor de landbouw, Agr.r. 2012, p. 32-37, W.M. Janse & H.F.M.W. van Rijswijk, De programmatische aanpak in het waterbeheer: een les voor de Omgevingswet?, M en R 2012/48, p. 242-253, Planbureau voor de Leefomgeving, Beoordeling Programmatische Aanpak Stikstof. De verwachte effecten voor natuur en vergunningverlening, Den Haag 2014 (Kamerstukken II 2014/15, 33 669, nr. 92) en F.A.G. Groothuijse, De programmatische aanpak voor het bereiken van waterkwaliteitsnormen: reddingsboei of tikkende tijdbom?, in: B. Krot & R. Uylenburg (red.), De Omgevingswet: van kwaliteitseisen naar omgevingswaarden, Groningen: Europa Law Publishing 2014, p. 51-83.
4. Deze beleidscyclus is ontleend aan Europese milieuriichtlijnen, waarvan de Kaderrichtlijn water (2000/60/EG) een duidelijk voorbeeld is.
5. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 21-22.
6. Zie reeds de brieven van de regering van 9 maart 2012, Kamerstukken II 2011/12, 30118, 3, p. 17.
7. Zie over de mogelijkheden tot uniformering van de programmatische aanpak ook Groothuijse, Uylenburg & Boeve 2011 en A.G.A. Nijmeijer, Naar een uniforme regeling voor een programmatische aanpak in het omgevingsrecht, in: Ch.W. Backes e.a., Naar een nieuw omgevingsrecht (Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 40), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2012, p. 101-120.

8. Zie hoofdstuk 4 Ow.

9. Zie hoofdstuk 5, afd. 5.1 Ow.

10. Zie hoofdstuk 5, afd. 5.2 Ow.

In een programma geeft de betrokken overheid aan welke instrumenten zij op welke wijze en binnen welke termijn zal inzetten om de gewenste of vereiste kwaliteit van de leefomgeving te bereiken. Cruciaal daarvoor is de continue monitoring van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving of specifieke onderdelen daarvan.¹¹ Op basis van die monitoringsresultaten zullen de verantwoordelijke overheden immers moeten bepalen welke maatregelen naar hun oordeel nodig zijn om de gewenste of vereiste kwaliteit van de fysieke leefomgeving te bereiken en hoeveel milieugebruiksruimte er bestaat voor nieuwe (milieubelastende) ontwikkelingen. Deze keuzes worden uiteindelijk in een plan of programma neergelegd.¹² De veronderstelling is dat de gewenste of vereiste kwaliteit van de fysieke leefomgeving wordt behaald als alle maatregelen en milieubelastende ontwikkelingen worden uitgevoerd. Omdat niet alle gevolgen van positieve maatregelen en negatieve ontwikkelingen voor de fysieke leefomgeving vooraf exact kunnen worden bepaald, gaat het daarbij altijd om een raming of inschatting. Als uit monitoring blijkt dat de gewenste of vereiste kwaliteit van de fysieke leefomgeving niet tijdig wordt behaald, zullen er aanvullende maatregelen moeten worden getroffen of negatieve ontwikkelingen worden geschrapt.

Programma's kunnen zowel sectoraal als gebiedsgericht van aard zijn. Ze kunnen betrekking hebben op het bereiken van doelstellingen of omgevingswaarden voor bepaalde onderdelen van de fysieke leefomgeving, zoals lucht, water of bodem, maar ook zien op het bereiken van meerdere doelstellingen of omgevingswaarden binnen een bepaald gebied. In het laatste geval zal een programma een meer integraal karakter hebben.

Bij de vaststelling van uitvoeringsgerichte programma's, die veelal zien op een bepaald specifiek onderdeel van de fysieke leefomgeving, zoals water-, bodem- of luchtkwaliteit, moet wel rekening worden gehouden met de strategische integrale omgevingsvisies, waarin op een abstracter niveau de hoofdlijnen van het beleid voor de fysieke leefomgeving integraal wordt geschetst. Hoewel omgevingsvisies richtinggevend kunnen zijn voor de uitoefening van de bevoegdheden op grond van de Omgevingswet, voorziet deze wet niet in een juridische koppeling tussen omgevingsvisies en de uitoefening van andere bevoegdheden in het kader van de fysieke leefomgeving.

2.2 Facultatieve en verplichte programma's

De betrokken bestuursorganen kunnen met het oog op hun taken en verantwoordelijkheden voor de fysieke leefomgeving een programma vaststellen (art. 3.3 Ow), waarvan het gemeentelijk rioleringsprogramma expliciet

wordt genoemd (art. 3.13 Ow).¹³ In een aantal gevallen stelt de Omgevingswet, mede ter implementatie van EU-richtlijnen, het vaststellen van programma's verplicht en verbindt daaraan bijzondere rechtsgevolgen (par. 3.2.2 Ow).¹⁴ Verplichte programma's moeten op verschillende overheidsniveaus worden vastgesteld voor onder meer omgevingslawaaï en waterbeheer (art. 3.5-3.8 Ow). Een aparte categorie verplichte programma's vormen de programma's die moeten worden vastgesteld als aannemelijk is dat niet wordt voldaan of niet zal worden voldaan aan een *omgevingswaarde*. Of daarvan sprake is, zal moeten blijken uit de resultaten van de monitoring, die verplicht is als een omgevingswaarde is vastgesteld (art. 20.1 Ow). Blijkt uit die resultaten dat met de uitvoering van het programma niet aan de omgevingswaarde kan worden voldaan, dan verplicht artikel 3.10 Ow tot een zodanige aanpassing van het programma dat wel binnen een passende termijn aan de omgevingswaarde wordt voldaan. In dat programma kunnen bijvoorbeeld extra verbetermaatregelen worden opgenomen of voorziene milieubelastende activiteiten worden geschrapt. Hoewel voor alle programma's het uitgangspunt is dat de daarin opgenomen maatregelen worden uitgevoerd, kan voor verplichte programma's uitdrukkelijk bij amvb worden bepaald dat de in het programma opgenomen maatregelen binnen een bepaalde termijn uitgevoerd of operationeel moeten zijn volgens de daarbij te stellen regels. Deze mogelijkheid is voornamelijk opgenomen ter implementatie van EU-richtlijnen die voorzien in dergelijke uitvoerings- of operationaliseringsplichten.¹⁵

De programma's zijn niet bindend voor burgers, maar binden hooguit de vaststellende organen. Het programma met programmatische aanpak vormt hierop een uitzondering (zie par. 2.3). Evenals onder de huidige wetgeving zal tegen de programma's geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaan.

2.3 Programma's met een programmatische aanpak

2.3.1 Toetsingskader voor de uitoefening van taken en bevoegdheden

In juridisch opzicht kan er een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten programma's: een regulier

13. Het gemeentelijk rioleringsplan is onder huidig recht een verplicht plan, waarin de gemeente o.m. aangeeft op welke wijze zij invulling geeft aan haar rioleringszorgplicht, hemelwaterzorgplicht en grondwaterzorgplicht. Naar ons oordeel zou het rioleringsprogramma verplicht moeten worden gesteld, omdat zonder een nadere concretisering van deze zorgplichten in dit programma de verantwoordelijkheidsverdeling tussen perceeleigenaar en gemeente onduidelijk zal blijven.

14. Verschillende EU-richtlijnen eisen voor bepaalde sectoren een programma. Zo eist de Kaderrichtlijn water dat er met oog op het bereiken van de daarin opgenomen milieudoelstellingen een maatregelenprogramma wordt opgesteld. Andere voorbeelden van richtlijnen die de lidstaten verplichten tot het vaststellen van plannen of programma's zijn de Richtlijn overstromingsrisicobeheer, de Richtlijn luchtkwaliteit en de Richtlijn omgevingslawaaï.

15. Zie art. 11 lid 7 en 8 Kaderrichtlijn water (2000/60/EG) en art. 23 Richtlijn luchtkwaliteit (2008/50/EG). Het precieze verschil tussen een operationaliseringsplicht en uitvoeringsplicht is ons overigens niet duidelijk.

11. Zie hoofdstuk 20 Ow.

12. Zie hoofdstuk 3 Ow.

programma en een programma met programmatische aanpak. Inhoudelijk hoeft dat verschil niet altijd direct zichtbaar te zijn. Beide programma's zijn immers gericht op het bereiken van omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving en bevatten daarvoor de maatregelen die het programma-vaststellende orgaan met het oog daarop zal treffen. Het juridische verschil is dat een programma met programmatische aanpak uitdrukkelijk als toetsingskader fungeert voor de uitoefening van één of meer taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet, zoals het verlenen van omgevingsvergunningen, het nemen van projectbesluiten of het vaststellen van omgevingsplannen (art. 3.15 lid 2 Ow). In bepaalde gevallen kunnen daarbij zelfs instructieregels over de uitoefening van taken en bevoegdheden of beoordelingsregels voor de verlening van omgevingsvergunningen (en projectbesluiten) geheel of gedeeltelijk terzijde worden geschoven.

De programmatische aanpak kan van toepassing worden verklaard met het oog op het bereiken van omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Het toepassingsbereik van de programmatische aanpak kan daarmee aanzienlijk worden verruimd ten opzichte van de huidige wet- en regelgeving, waarin toepassing van de programmatische aanpak beperkt is tot enkele onderdelen van de fysieke leefomgeving (zoals water, lucht, stikstof en geluid). Niet alleen wordt de programmatische aanpak een generiek instrument, deze aanpak kan ook op alle overheidsniveaus worden ingezet, met dien verstande dat uitsluitend het bestuursorgaan dat de omgevingswaarde of doelstelling voor de fysieke leefomgeving vaststelt, kan bepalen dat de programmatische aanpak daarop van toepassing is. Afhankelijk van het bestuursniveau waarop een omgevingswaarde of een andere doelstelling wordt vastgesteld, zal de programmatische aanpak bij omgevingsplan, omgevingsverordening of amvb van toepassing moeten worden verklaard. Daarbij zal tevens moeten worden bepaald welk bestuursorgaan een programma met programmatische aanpak kan vaststellen. Wanneer een omgevingswaarde op rijksniveau wordt vastgesteld, kunnen decentrale bestuursorganen dus niet zelfstandig beslissen tot het vaststellen van een programma met programmatische aanpak om te voldoen aan die omgevingswaarde, maar moeten zij daartoe (bij amvb) uitdrukkelijk de bevoegdheid hebben gekregen. In de regeling waarin de programmatische aanpak van toepassing wordt verklaard, zal eveneens moeten worden bepaald bij de uitoefening van welke taken of bevoegdheden het programma moet worden betrokken en op welke wijze. Eventueel kan in die regeling ook worden bepaald dat bij de uitoefening van die taken en bevoegdheden de daarvoor vastgestelde instructieregels en/of beoordelingsregels geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijven.

2.3.2 *Minimumeisen programma-inhoud*

Omdat een programma met programmatische aanpak een toetsingskader vormt voor de uitoefening van andere bevoegdheden, stelt artikel 3.16 Ow minimumeisen aan de inhoud van een dergelijk programma. Een programma met programmatische aanpak bevat ten minste een beschrijving van het gebied waarvoor het programma geldt, de periode waarop het programma betrekking heeft of de mate van doelbereik waarbij het programma eindigt en de omgevingswaarden of de andere doelstellingen met het oog waarop het programma wordt vastgesteld. Ook zal het programma een beschrijving moeten bevatten van de bestaande toestand van het onderdeel of onderdelen van de fysieke leefomgeving ten behoeve waarvan het programma wordt vastgesteld. Daarnaast zullen de verwachte ontwikkelingen, inclusief autonome ontwikkelingen, verbetermaatregelen en nieuwe activiteiten, in het gebied waarop het programma betrekking heeft, moeten worden beschreven. Vanzelfsprekend moeten ook de gevolgen van deze ontwikkelingen voor het bereiken van de omgevingswaarde(n) of andere doelstelling(en) met het oog waarop het programma is vastgesteld, in kaart worden gebracht. In dat geval bevat het programma een concrete lijst van te verwachten activiteiten en de verwachte invloed op het desbetreffende onderdeel van de fysieke leefomgeving, zoals het Nationaal Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL). In plaats van een lijst met concrete negatieve en positieve ontwikkelingen kan in het programma ook worden gekozen voor een beschrijving van de wijze waarop de ruimte die voor activiteiten beschikbaar is, zal worden bepaald en verdeeld, zoals thans in de PAS is geregeld. Een mengvorm van een activiteitenlijst en een beschrijving van de verdelingsmethode is eveneens mogelijk.

2.3.3 *Uitvoeringsplicht voor aangewezen bestuursorganen*

Voor de in het programma aangewezen bestuursorganen geldt de plicht om de in het programma opgenomen maatregelen binnen de daarbij gestelde termijn uit te voeren, voor zover deze bestuursorganen hebben ingestemd met het opnemen van de maatregelen of zij daartoe op grond van een instructie of instructieregel verplicht zijn (art. 3.17 lid 2 Ow). Programma's met een programmatische aanpak kunnen daarmee ook bindend zijn voor andere bestuursorganen dan het vaststellende orgaan.

2.3.4 *Wijzigingsbevoegdheid en wijzigingsplicht*

Een programma met programmatische aanpak kan aan een betrokken bestuursorgaan de *bevoegdheid* toekennen om het programma ambtshalve te wijzigen. Die wijzigingen kunnen bestaan uit het laten vallen, vervangen of wijzigen van maatregelen of activiteiten of juist uit het toevoegen van dergelijke maatregelen of activiteiten. Wijziging van het programma is uitsluitend mogelijk indien aannemelijk is dat de wijzigingen per saldo hetzelfde resultaat opleveren als het oorspronkelijke programma (art. 3.18 lid 1 Ow). Voor zover een betrokken bestuursorgaan geen wijzigingsbevoegdheid heeft gekre-

gen, kan het gemotiveerd verzoeken om de wijziging van het programma (art. 3.18 lid 2 Ow).

Het bestuursorgaan dat het programma heeft vastgesteld, is *verplicht* om het programma (ambtshalve) te wijzigen, indien uit monitoringsresultaten blijkt dat in redelijkheid niet langer kan worden geoordeeld dat het programma is gericht op het bereiken van de omgevingswaarde(n) of andere doelstelling(en) (art. 3.18 lid 3 Ow).¹⁶ Daarbij is van belang dat voor programma's met programmatische aanpak naast de generieke monitoringsverplichting (art. 20.1 lid 2 Ow) een specifieke voortgangsmonitoringsverplichting geldt (art. 20.1 lid 3 Ow). In de regeling waar de programmatische aanpak wordt voorgeschreven, wordt tevens bepaald welk bestuursorgaan of welke instantie de monitoring uitvoert, welke methode daarbij wordt gebruikt en met welke frequentie wordt gemonitord (art. 20.2 Ow).

3 Advies Raad van State ten aanzien van de programmatische aanpak en het nader rapport

De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) is kritisch over het instrument programmatische aanpak zoals voorgesteld. Deze kritiek richt zich op de afwijkingmogelijkheden die worden geboden bij toepassing van de programmatische aanpak. De Afdeling constateert dat met betrekking tot de programma's wordt voorgesteld dat kan worden aangegeven welke instructieregels van provincie en Rijk dan wel welk toetsingskader voor de omgevingsvergunning geheel of gedeeltelijk buiten toepassing blijft. Vervolgens merkt de Afdeling op:

‘Het programma hoeft volgens het voorstel noch een concrete eindterm te bevatten, noch kent het een begrenzing in de normen waarvan kan worden afgeweken. Weliswaar verplicht het voorstel ten aanzien van de programmatische aanpak tot het vaststellen van een periode, doelbereik en omgevingswaarde waarop het programma betrekking heeft, maar daaraan zijn geen grenzen gesteld. Op grond van het voorstel kan bijvoorbeeld permanent worden afgeweken, terwijl thans voor het ontwikkelingsplan een afwijkingperiode van tien jaar geldt en voor het NSL

een periode van vijf jaar. Daarbij veronderstelt de Afdeling dat het programma zelf het kader voor de afwijking vaststelt. In dat geval kan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing niet worden gemist.’¹⁷

De Afdeling adviseert dan ook de afwijkingmogelijkheden te begrenzen en te preciseren naar tijd.

Ook op andere plaatsen in het advies wijst de Afdeling op de ruime flexibiliteitsmogelijkheden die worden geboden door de Omgevingswet. Dit kan leiden tot minder inzichtelijke en voorspelbare regelgeving, rechtsonzekerheid voor burgers en bedrijven en extra bestuurslasten voor burgers.¹⁸ De Afdeling wijst erop dat de afwijkingmogelijkheden in de Ow in beginsel zijn afgeleid van bestaande sectorale wetgeving en in die zin dus niet nieuw zijn. Wel nieuw is dat het voorstel het mogelijk maakt om de afwijkingmogelijkheden op bredere schaal toe te passen en dat deze vaak ongeclausuleerd zijn, aldus de Afdeling. Als voorbeeld wordt hier de regeling inzake de programmatische aanpak aangehaald, waarbij de mogelijkheid bestaat om instructieregels en het toetsingskader voor omgevingsvergunningen buiten toepassing te laten, zonder dat daar grenzen aan zijn gesteld.¹⁹ Elders in het advies wijst de Afdeling er ook op dat het wenselijk is meer inzicht te geven in de afwijkingmogelijkheden bij omgevingswaarden, bijvoorbeeld door het formuleren van algemene criteria waarop in een toetsingskader of instructieregel vorm dient te worden gegeven aan de mogelijkheden tot afwijking van een omgevingswaarde.²⁰

Het nader rapport van de minister komt er, kort gezegd, op neer dat de Afdeling het op de geadviseerde punten met betrekking tot de programmatische aanpak verkeerd heeft begrepen.²¹ De Afdeling lijkt er, volgens de minister, in het advies van uit te gaan dat met de programmatische aanpak van een norm kan worden afgeweken, terwijl dit juist uitdrukkelijk niet de bedoeling is. De programmatische aanpak is juist bedoeld om aan de norm te (gaan) voldoen. Daarmee verschilt de programmatische aanpak in de Omgevingswet van het gebiedsontwikkelingsplan van de Chw, dat wel tijdelijke afwijking van milieukwaliteitsnormen mogelijk maakt, aldus de minister.²² Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat het programma zelf ‘het kader voor afwijking’ vaststelt, is het wetsvoorstel aangepast in de zin dat is verduidelijkt dat niet het programma het beoordelingskader voor de toelaatbaarheid van activiteiten vaststelt, maar dat het beoordelingskader voor een specifiek programma bij amvb, provinciale omgevingsverordening of omgevingsplan wordt bepaald (zie art. 3.15 lid 2 Ow).

16. Deze bepaling lijkt te zijn geïnspireerd op de overweging van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak van 4 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:B02911 (Gst. 2011/6), waarin de voorzitter over de programmatische aanpak voor luchtkwaliteit in hoofdstuk 5 Wm overweegt: ‘Wanneer geen adequate uitvoering wordt gegeven aan de in artikel 5.14 bedoelde jaarlijkse rapportages en de mogelijkheid om het programma naar aanleiding van die rapportages aan te passen, kan dit mogelijk meebrengen dat het programma niet langer kan worden geacht te zijn gericht op het bereiken van de grenswaarden.’ Zie ook ABRvS 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP0566, BR 2011/56, AB 2011/57 en M en R 2011/105.

17. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 77.

18. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 28.

19. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 27.

20. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 74-75.

21. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 96.

22. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 96.

Hoewel het programma met programmatische aanpak inderdaad zelf niet de mogelijkheid biedt tot afwijking van normen, gaat het nader rapport van de minister wel met grote stappen heen over onder andere de afwijkingmogelijkheden die bij de omgevingswaarde zelf kunnen worden gegeven (en de rol van de programmatische aanpak daarbij). In paragraaf 4 komen wij hierop terug.

4 Enkele kanttekeningen bij de programmatische aanpak in de Omgevingswet

In deze paragraaf plaatsen wij enkele kanttekeningen bij de wijze waarop de programmatische aanpak in de Omgevingswet is geregeld, waarbij we ook nadrukkelijk zullen bezien in hoeverre enkele belangrijke knelpunten van de huidige programmatische aanpak met de Omgevingswet worden opgelost.

Wij waarderen de heldere en logische opbouw van de Omgevingswet. De beleidscyclus die in de Omgevingswet het uitgangspunt is en de instrumenten die daarbij een rol spelen, waaronder ook de programma's en de programmatische aanpak, komen daarin naar ons oordeel goed tot uitdrukking. Ook staan wij positief tegenover het streven van het wetsvoorstel om de verschillende varianten van de programmatische aanpak, die de huidige wet- en regelgeving kent,²³ zo veel mogelijk te harmoniseren en uniformeren. Tot op zekere hoogte is dat in de Omgevingswet ook gelukt, maar een eindoordeel is daarover nog niet te vellen, omdat veel afhangt van de inhoud van de amvb's op dit punt. Wij sluiten niet uit dat de verschillende varianten van de programmatische aanpak in de amvb weer zullen terugkeren, hetgeen vanwege de verschillende Europeesrechtelijke achtergronden voor de verschillende sectoren ook onvermijdelijk zal zijn.

4.1 Opbouw afdeling 3.2 Ow

Een eerste opmerking betreft de verhouding tussen de verschillende paragrafen van afdeling 3.2 Ow (programma's). Die verhouding is onduidelijk. We gaan ervan uit dat paragraaf 3.2.1 Ow (algemene bepalingen) op alle programma's als bedoeld in afdeling 3.2 Ow van toepassing is. Dat zou betekenen dat de bestuursorganen die op basis van artikel 3.14 lid 3 Ow verplicht kunnen worden een programma met programmatische aanpak vast te stellen, enkel de bestuursorganen genoemd in artikel 3.3 Ow kunnen zijn. In hoeverre paragraaf 3.2.2 Ow (verplichte programma's) van toepassing is op de overige paragrafen van afdeling 3.2 Ow is voor ons onduidelijk. Zo is de vraag of aan een verplicht programma ook

een programmatische aanpak kan worden gekoppeld en of dan zowel paragraaf 3.2.2 als 3.2.4 Ow van toepassing is. De memorie van toelichting (MvT) lijkt te suggereren dat beide paragrafen van toepassing zijn.²⁴ Uit de tekst van de wet is dit evenwel niet duidelijk af te leiden.

4.2 Toetsingskader en afwijkingmogelijkheden

Evenals in het nader rapport (zie hierboven) is in de MvT te lezen dat afwijking van een omgevingswaarde of andere doelstelling voor de fysieke leefomgeving bij de programmatische aanpak expliciet niet aan de orde is. 'Een programmatische aanpak heeft dus niet hetzelfde karakter als een bestemmingsplan voor een ontwikkelingsgebied, zoals dat op grond van de Crisis- en herstelwet kan worden vastgesteld. Bij een dergelijk plan is immers wel een (tijdelijke) afwijking van de norm mogelijk', aldus de MvT.²⁵ Deze passage is naar ons oordeel misleidend. Weliswaar verschaft de Omgevingswet niet de mogelijkheid om in een programma van bepaalde omgevingsrechtelijke voorschriften af te wijken, maar de Omgevingswet verschaft wel de bevoegdheid om bij de vaststelling van de omgevingswaarde(n) of andere doelstelling(en) (in een amvb, omgevingsverordening of omgevingsplan) aan te geven in welke gevallen kan worden afgeweken van omgevingswaarden en doelstellingen. Zo is volgens de MvT een regeling denkbaar waarin een afwijking van een omgevingswaarde is toegestaan, mits er een programma wordt opgesteld dat erop is gericht de overschrijding binnen een bepaalde periode ongedaan te maken.²⁶ In de MvT wordt daarbij ook expliciet erkend dat dit vergelijkbaar is met de aanpak in ontwikkelingsgebieden in de Chw, maar dat de mogelijkheid tot afwijking in de normstelling zelf is ingebouwd. De flexibiliteit wordt derhalve bij de vaststelling van de omgevingswaarde of doelstelling zelf bepaald.

Deze flexibiliteit bij het vaststellen van omgevingswaarden blijkt niet uit de tekst van de Omgevingswet zelf. In artikel 2.10 Ow is bepaald dat bij de vaststelling van de omgevingswaarde wordt bepaald of sprake is van een resultaatsverplichting, inspanningsverplichting of andere te omschrijven verplichting (vergelijk de huidige indeling in grenswaarden, richtwaarden en overige verplichtingen, art. 5.2 van de Wet milieubeheer, Wm). Ook moet worden aangegeven op welk tijdstip of binnen welke termijn aan de verplichting moet worden voldaan en op welke locaties. Dat ook kan worden bepaald van de omgevingswaarde zelf kan worden afgeweken, blijkt niet uit deze bepaling. Deze, toch belangrijke, flexibiliteitsmogelijkheid zit als het ware 'verstopt' in de MvT, waarin expliciet wordt opgemerkt dat het denkbaar is dat 'in beginsel een bepaalde waarde geldt, maar dat onder voorwaarden een afwijkende waarde is toege-

23. Het waterrecht, het natuurbeschermingsrecht, het gebiedsontwikkelingsplan (bestemmingsplan plus) uit de Chw, de luchtkwaliteitsparagraaf van hoofdstuk 5 Wm en de Wet geluidhinder kennen elk hun eigen variant van een programmatische aanpak.

24. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 462, de toelichting bij art. 3.18 lid 3 Ow. Zie in het bijzonder de zinsnede: 'Dit lid voegt daaraan toe (...)' (curs. auteurs).

25. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 124.

26. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 265-266.

staan'.²⁷ De programmatische aanpak kan daarbij, zoals hierboven opgemerkt, volgens de MvT een rol spelen.

Anders dan bij de Chw worden de flexibiliteitsmogelijkheden en de begrenzings dus niet in de wet vastgelegd, maar bij amvb, omgevingsverordening of omgevingsplan, afhankelijk van het overheidsniveau waarop de omgevingswaarde of andere doelstelling voor de fysieke leefomgeving wordt vastgesteld.²⁸ Daardoor kan, evenals in de huidige omgevingswetgeving, een brij aan flexibiliteitsmogelijkheden ontstaan.²⁹ Wellicht wordt die brij zelfs onoverzichtelijker dan thans het geval is, omdat omgevingswaarden en de daarbij behorende afwijkingmogelijkheden op alle overheidsniveaus op verschillende wijze kunnen worden vastgesteld.³⁰ Bovendien blijft er een mogelijkheid om bij amvb te bepalen dat voor de daarin aangewezen experimenten binnen internationaalrechtelijke grenzen van het bepaalde bij of krachtens onder andere de Omgevingswet kan worden afgeweken (art. 23.3 Ow).

4.2.1 Parlementaire betrokkenheid omgevingswaarden

Het uitgangspunt dat de flexibiliteitsmogelijkheden worden ingebouwd in amvb, omgevingsverordening of omgevingsplan waarin de omgevingswaarden worden vastgesteld, leidt bovendien tot een verminderde democratische legitimiteit dan thans het geval is. De mogelijkheden tot het afwijken van bepaalde normen zijn in de Chw immers geclausuleerd naar tijd en plaats.³¹ Die wettelijke clausulering ontbreekt in de Omgevingswet, omdat volgens de MvT de bevoegdheid om omgevingswaarden vast te stellen tevens de bevoegdheid behelst om daarin voor bepaalde gevallen afwijkingmogelijkheden op te nemen. In dat verband is van belang dat parlementaire betrokkenheid bij de vaststelling van omgevingswaarden (inclusief eventuele afwijkingmogelijkheden) op rijksniveau aanzienlijk wordt verminderd ten opzichte van de huidige wetgeving. De verzwaarde voorhangprocedure voor amvb's waarin milieukwaliteitseisen worden vastgesteld (ex art. 21.6 lid 5 Wm), keert immers in de Omgevingswet niet terug. Deze verzwaarde voorhangprocedure houdt in dat een amvb, voordat deze in werking treedt, aan de Kamers der Staten-Generaal wordt voorgelegd en dat deze wordt ingetrokken als minimaal een vijfde van het ledental van een van de Kamers verlangt dat de milieukwaliteitseisen bij

wet worden vastgelegd. In dat geval dient zo spoedig mogelijk een daartoe strekkend wetsvoorstel te worden ingediend. In de parlementaire geschiedenis is over de reden van de zware voorhang te lezen: 'Deze procedure werd gemotiveerd vanuit het gegeven dat een amvb als bedoeld in artikel 5.1 (milieukwaliteitseisen) verstrekkende gevolgen kan hebben, terwijl de amvb-bevoegdheid in de wet slechts een geringe materiële inbedding zou hebben.'³² Deze redenering lijkt ons ook relevant voor de Omgevingswet, op grond waarvan de regeling met betrekking tot omgevingswaarden moet worden ingevuld bij amvb en daarbij weinig houvast wordt geboden over de inhoud van de amvb. De Tweede Kamer heeft in het verleden daadwerkelijk gebruik gemaakt van de verzwaarde voorhang. Dit betrof de vaststelling van de luchtkwaliteitsnormen, die thans zijn opgenomen in bijlage 2 Wm.³³

De in het wetsvoorstel voor de Omgevingswet voorziene voorhangprocedure bestaat slechts uit de plicht om de ontwerp-amvb gedurende vier weken aan de beide Kamers voor te leggen, voordat de voordracht voor de amvb wordt gedaan (art. 23.5 Ow). Deze voorhangprocedure is in het wetsvoorstel opgenomen naar aanleiding van het advies van de Afdeling, zo blijkt uit het nader rapport.³⁴ De Afdeling had in het advies onder meer opgemerkt dat de omgevingswet onvoldoende recht doet aan de medewetgevende rol van het parlement.³⁵ In het nader rapport wordt verschillende malen benadrukt dat met de voorhangprocedure een waarborg is opgenomen voor de parlementaire betrokkenheid bij de uitwerking van de normstelling.³⁶ Voor zover wij overzien, wordt echter nergens vermeld dat de huidige verzwaarde voorhangprocedure bij het vaststellen van omgevingswaarden niet terugkomt in de Omgevingswet. De beïnvloedingsmogelijkheden van de Eerste en Tweede Kamer op dit punt worden daardoor aanzienlijk ingeperkt.

4.3 Looptijd van de programmatische aanpak afhankelijk van mate van doelbereik

Een programma met programmatische aanpak moet ingevolge artikel 3.16 onder b Ow een beschrijving bevatten van de periode waarop het programma betrekking heeft of de mate van doelbereik waarbij het programma eindigt. Wij vragen ons terdege af of het koppelen van de looptijd van het programma aan de mate van doelbereik voldoende rechtszekerheid biedt. Aangezien het programma als direct toetsingskader fungeert voor de uitoefening van taken en bevoegdheden, zoals vergunningverlening, zal het exacte moment moeten worden vastgesteld wanneer dat doel bereikt is. Vanaf dat moment zal het programma immers niet meer recht-

27. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 265.

28. Daarbij zullen overigens Europeesrechtelijke grenzen vanzelfsprekend in acht moeten worden genomen.

29. Zie M.N. Boeve, Flexibel onderweg of een flexibel eindpunt?, in: B. Krot & R. Uylenburg, De Omgevingswet: van kwaliteitseisen naar omgevingswaarden, Groningen: Europa Law Publishing 2014, p. 117.

30. Daarbij is wel van belang dat de bevoegdheid tot het vaststellen van omgevingswaarden niet bestaat, voor zover deze uitputtend op een hoger bestuursniveau zijn vastgesteld (art. 2.11 lid 2 en 2.12 lid 2 Ow).

31. Afwijking kan ingevolge art. 2.2 Chw alleen bij wijze van experiment, in een bestaand stedelijk gebied, bestaand bedrijventerrein of gebied ter uitbreiding van de haven van Rotterdam, dat wordt aangewezen voor de duur van maximaal tien jaar. Indien wordt afgeweken van milieukwaliteitsnormen moet ingevolge art. 2.3 lid 7 Ow binnen tien jaar nadat het bestemmingsplan onherroepelijk is geworden alsnog aan die normen worden voldaan.

32. Kamerstukken II 1991/92, 21246, 10, p. 65.

33. Zie Kamerstukken II 2000/01, 27793, 2. Juist bij de luchtkwaliteitsnormen kan overigens worden getwijfeld over het belang om deze bij wet in plaats van bij amvb te regelen. Gelet op de Europeesrechtelijke achtergrond van de normen is er immers weinig tot geen afwijking op nationaal niveau mogelijk.

34. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 6.

35. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 3.

36. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 6, 52 en 150.

streeks als toetsingskader (kunnen) fungeren. Uit monitoring zal moeten blijken wanneer het doel is bereikt, het programma vervalt en niet langer als toetsingskader dient. Als men ervoor kiest om de mogelijkheid om de looptijd van het programma afhankelijk te maken van de mate van doelbereik te behouden, zal wat ons betreft met het oog op de rechtszekerheid door het voor monitoring verantwoordelijke bestuursorgaan moeten worden vastgesteld op welk moment de mate van doelbereik is bereikt en het programma is beëindigd. Van die vaststelling zal openbaar kennis moeten worden gegeven. Nog afgezien van deze praktische problemen spreekt uit de koppeling van de looptijd van het programma aan een mate van doelbereik weinig daadkracht, omdat het programma in theorie eeuwig zou kunnen gelden. Het stellen van een duidelijke termijn waarbinnen de overheid een bepaald doel wil hebben bereikt, komt wat ons betreft daadkrachtiger over. Het zal niet verbazen dat onze voorkeur uitgaat naar het vaststellen van een periode waarvoor een programma geldt, met eventuele mogelijkheden om het programma te verlengen als het gestelde doel onverhoopt nog niet bereikt is.

Een vergelijkbaar probleem speelt bij de koppeling van de programmatische aanpak aan een inspanningsverplichting. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat een programmatische aanpak niet alleen aan resultaatsverplichtingen wordt gekoppeld, maar ook aan omgevingswaarden met inspanningsverplichtingen.³⁷ Ook hier doet zich vanuit rechtszekerheidsperspectief de vraag voor of het programma niet zou moeten worden gekoppeld aan een concreet bepaalde milieukwaliteit. Een inspanningsverplichting geeft wel een bepaalde milieukwaliteit aan, maar daar kan van worden afgeweken. Daarmee kan onduidelijkheid ontstaan over de vraag wanneer het doel is bereikt en het programma niet langer als toetsingskader dient.

4.4 Relativering verschil tussen programma-aanpak en programmatische aanpak

Het wetsvoorstel maakt een uitdrukkelijk onderscheid tussen een programma met en zonder programmatische aanpak. Een programma met programmatische aanpak is immers een rechtstreeks toetsingskader voor de uitoefening van bepaalde bevoegdheden, zoals vergunningverlening, terwijl een regulier programma die functie niet vervult. In de MvT wordt naar ons oordeel echter ten onrechte gesuggereerd dat een regulier programma in het geheel geen betekenis kan hebben voor de uitoefening van bevoegdheden.³⁸ Een regulier programma bevat immers beleidsuitspraken van het programmavaststellende orgaan over de wijze waarop het bepaalde omgevingswaarden of andere doelstellingen voor de fysieke leefomgeving wil bereiken. Hoewel een regulier programma niet uitdrukkelijk is aangemerkt als een direct toetsingskader voor de uitoefening van taken en bevoegdheden, speelt het op indirecte wijze wel een rol. Voor zover organen over beoordelings- of beleidsruimte

beschikken, zullen zij op grond van de amvb's toch ook de beleidsuitspraken die zij in hun reguliere programma's (en omgevingsvisies) hebben gedaan, in aanmerking moeten nemen. In onze ogen moet het verschil tussen programma's met en zonder programmatische aanpak in zoverre worden genuanceerd.

4.5 Afstemming tussen programma's

De Omgevingswet sluit niet uit dat voor een omgevingswaarde of doelstelling meerdere programma's met een programmatische aanpak op verschillende overheidsniveaus worden vastgesteld.³⁹ Hoeveel ruimte decentrale overheden hebben om een programma met programmatische aanpak vast te stellen, zal afhangen van de mogelijkheden die de hogere regelgeving hun daarvoor biedt. In de eerste plaats kunnen zij worden verplicht om een programma vast te stellen voor het bereiken van een provinciale of nationale omgevingswaarde of andere doelstelling voor de fysieke leefomgeving. In de tweede plaats kunnen zij een programma met programmatische aanpak vaststellen ten behoeve van eigen omgevingswaarden of doelstellingen voor de fysieke leefomgeving. Deze mogelijkheid hangt echter af van de ruimte die de hogere regelgeving de decentrale bestuursorganen laat om eigen omgevingswaarden of doelstellingen voor de fysieke leefomgeving vast te stellen. Ons is niet helemaal duidelijk in hoeverre decentrale overheden op eigen initiatief programma's met een programmatische aanpak kunnen vaststellen ten behoeve van omgevingswaarden of andere doelstellingen die zijn vastgesteld op een hoger bestuursniveau. De tekst van artikel 3.14 lid 2 Ow lijkt dit niet uit te sluiten. In de MvT wordt opgemerkt dat dit moet worden voorgelegd aan het Rijk.⁴⁰ Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat bij amvb moet worden bepaald of de decentrale overheid de bevoegdheid heeft een programma met programmatische aanpak vast te stellen ten behoeve van een omgevingswaarde of doelstelling die op rijksniveau is vastgesteld.

Aangezien er op verschillende bestuursniveaus programma's al dan niet met programmatische aanpak kunnen worden vastgesteld, is het denkbaar dat met het oog op een omgevingswaarde zowel een programma met programmatische aanpak wordt vastgesteld voor een bepaald onderdeel van de fysieke leefomgeving (lucht, geluid, geur, enzovoort) als een gebiedsgericht programma met programmatische aanpak. Ook is voorstelbaar dat voor een omgevingswaarde verplicht een (regulier) programma moet worden vastgesteld door B&W vanwege een (dreigende) overschrijding van een omgevingswaarde (art. 3.9 Ow), terwijl met het oog op het behalen van die omgevingswaarde reeds een programma met programmatische aanpak geldt. De verhouding tussen de verschillende programma's – al dan niet met pro-

37. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 4, p. 96.

38. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 124.

39. Een programma kan overigens ook door verschillende bestuursorganen gezamenlijk worden vastgesteld.

40. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 127, waar wordt opgemerkt: 'Mochten op gemeentelijk niveau of provinciaal niveau initiatieven ontstaan om de programmatische aanpak in te zetten voor situaties waarvoor zij geen omgevingswaarde hebben vastgesteld, dan moet dat worden voorgelegd aan het Rijk.'

grammatische aanpak – op verschillende bestuursniveaus is evenwel niet geregeld in de Omgevingswet en wordt uit de MvT evenmin duidelijk. Hierdoor kunnen onduidelijkheden ontstaan of overlappende programma-toepassingen. Een goede afstemming is derhalve noodzakelijk.⁴¹

Hoewel dat niet expliciet uit de Omgevingswet blijkt, kan de programmatische aanpak naar ons oordeel overigens geen omgekeerde verticale werking hebben. Dat wil zeggen dat uit het van toepassing verklaren van de programmatische aanpak door een bestuursorgaan uitsluitend rechtsgevolgen voortvloeien voor bestuursorganen van hetzelfde of een lager overheidsniveau. Dat betekent bijvoorbeeld dat door het van toepassing verklaren van de programmatische aanpak in een omgevingsplan de bevoegdheid om een programma met programmatische aanpak vast te stellen niet kan worden toebedeeld aan bestuursorganen van de provincie of het Rijk. Evenmin is het mogelijk om in een omgevingsplan, waarin de programmatische aanpak van toepassing wordt verklaard op een daarin opgenomen omgevingswaarde, te bepalen dat bestuursorganen van de provincie of het Rijk het in dat kader vastgestelde programma bij de uitoefening van hun taken of bevoegdheden moeten betrekken. Dit betekent dat een omgevingsplan geen provinciale of nationale instructie- en beoordelingsregels voor de uitoefening van gemeentelijke taken of bevoegdheden geheel of gedeeltelijk terzijde kan schuiven ten behoeve van een gemeentelijke programmatische aanpak gericht op het bereiken van een gemeentelijke omgevingswaarde.

Een verticale werking van de programmatische aanpak is daarentegen wel mogelijk. Met het oog op een door het Rijk vastgestelde omgevingswaarde of andere doelstelling ten behoeve waarvan een instructieregel is vastgesteld, kan bij amvb de programmatische aanpak van toepassing worden verklaard, waarbij de bevoegdheid om programma's vast te stellen aan decentrale bestuursorganen kan worden toebedeeld.

Bij de uitoefening van de eigen taken en bevoegdheden zal op provinciaal en nationaal niveau wel rekening moeten worden gehouden met de programma's met programmatische aanpak van de lagere bestuursniveaus. Ingevolge artikel 2.2 Ow bestaat immers een algemene verplichting voor alle bestuursorganen om bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden op grond van de Omgevingswet rekening te houden met de taken en bevoegdheden van andere bestuursorganen. In de MvT wordt in dit verband bijvoorbeeld opgemerkt dat het Rijk bij de eigen projectbesluiten niet gebonden is aan een programmatische aanpak van provincies of gemeenten, als deze onevenredig belemmerend is voor die besluiten. De betrokken minister zal bij de afwegingen

over het projectbesluit echter wel rekening moeten houden met de regionale problematiek.⁴²

4.6 Rechtsbescherming en handhaving

De rechtsbescherming tegen programma's zal niet afwijken van de huidige situatie. Net als onder het huidige recht (bijvoorbeeld NSL, waterplannen) zal tegen een programma geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaan. Te verwachten is dat, evenals op grond van de huidige jurisprudentie,⁴³ programma's met een programmatische aanpak bij wijze van exceptief verweer in rechte ter discussie worden gesteld bij een beroep tegen de uitoefening van een bevoegdheid waarvoor het programma toetsingskader is. De vraag die daarbij aan de orde zal zijn, is of het programma, mede gelet op de monitoringsresultaten, redelijkerwijs nog kan worden geacht te zijn gericht op de omgevingswaarde(n). Als dat niet het geval is, dan zal het programma niet langer kunnen dienen als toetsingskader voor de uitoefening van taken en bevoegdheden (art. 3.18 lid 3 Ow).

Een andere vraag is of tegen de vantoepassingverklaring van de programmatische aanpak bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. Voor zover de programmatische aanpak van toepassing wordt verklaard in een amvb of omgevingsverordening, waarin tevens wordt aangegeven voor welke bevoegdheden het programma als toetsingskader zal fungeren en welke instructie- en beoordelingsregels buiten toepassing zullen blijven, zal dat niet het geval zijn. De vraag is of dat ook zo is als de programmatische aanpak in een omgevingsplan van toepassing wordt verklaard, aangezien tegen het omgevingsplan bestuursrechtelijke rechtsbescherming zal openstaan.⁴⁴ Dezelfde vraag kan worden gesteld met betrekking tot de vaststelling van omgevingswaarden en de eventuele afwijkingmogelijkheden in een omgevingsplan. Mogelijk is dat in de Invoeringswet Omgevingswet de vaststelling van een omgevingsplan wordt uitgezonderd van beroep op basis van artikel 8.5 lid 1 jo. hoofdstuk 1, bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), voor zover daarin omgevingswaarden worden vastgesteld en de programmatische aanpak van toepassing wordt verklaard.

De vraag is of er naast de mogelijkheid van exceptieve toetsing van het programma in het kader van de afzonderlijke besluiten die daarop zijn gebaseerd, mogelijkheden zijn voor burgers om de uitvoering van de maatregelen uit het programma af te dwingen. Naar ons oordeel is dat mogelijk door een verzoek tot handhaving in te dienen bij het daartoe bevoegde bestuursorgaan.⁴⁵ Voor zover bestuursorganen de maatregelen waarvoor zij op grond van artikel 3.17 Ow een uitvoeringsplicht hebben niet treffen, handelen zij immers in strijd met

41. Zie ook M.C. Brans, *Over(heid) tot actie: programma's in de Omgevingswet*, TBR 2014/166, die een korte praktijk-'botsproef' uitvoert en laat zien dat een burger of bedrijf met verschillende programmavarianten kan worden geconfronteerd.

42. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 128, zie ook p. 57.

43. Zo kan het NSL exceptief door de bestuursrechter worden getoetst in het kader van een beroep tegen een bestemmingsplan. Zie ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5452, BR 2011/57 en ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4429.

44. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 91-92.

45. Zie ook Groothuijse 2014, p. 78-79.

een wettelijke plicht, waartegen bevoegd gezag in beginsel handhavend moet optreden. Weigert het bevoegd gezag dat, dan kunnen belanghebbenden bij handhaving van de uitvoeringsplicht daartegen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden.⁴⁶ Ook indien een bestuursorgaan niet voldoet aan de wettelijke plicht om een programma vast te stellen (par. 3.2.2 Ow) of te wijzigen, als blijkt dat met het plan niet aan de omgevingswaarde kan worden voldaan (art. 3.10 lid 1 en 3.18 lid 3 Ow), kunnen belanghebbenden door het indienen van een handhavingsverzoek het bestuursorgaan trachten aan te zetten tot het voldoen aan zijn wettelijke plicht.

5 Conclusie

De programmatische aanpak lijkt in het huidige omgevingsrecht vooralsnog goed te werken en het is dan ook begrijpelijk dat dit instrument in de Omgevingswet terugkomt. Het wetsvoorstel beoogt een brede en meer uniforme toepassing van dit instrument. De tekst van de Omgevingswet laat echter nog veel vragen open. In deze bijdrage hebben wij een aantal kanttekeningen geplaatst bij de wijze waarop de programmatische aanpak in de Omgevingswet is geregeld. Zo wordt in de MvT gesuggereerd dat, anders dan onder het huidige recht, er geen mogelijkheid is tot normafwijking bij de programmatische aanpak. Daarbij wordt echter voorbijgegaan aan het feit dat bij de omgevingswaarden zelf flexibiliteit wordt geboden, waarbij de programmatische aanpak een rol kan spelen. Ook bestaat bij de programmatische aanpak de mogelijkheid om instructieregels en het toetsingskader voor omgevingsvergunningen buiten toepassing te laten. Zoals de Raad van State al heeft opgemerkt, ontbreken ten aanzien van deze flexibiliteitsmogelijkheden begrenzings in de wet. Bovendien worden de parlementaire betrokkenheid bij de vaststelling van omgevingswaarden en de daarin opgenomen afwijkingsmogelijkheden op rijksniveau teruggeschoefd. Andere aandachtspunten betreffen de onduidelijke afstemming tussen de verschillende programma's, de looptijd van de programmatische aanpak indien deze is gekoppeld aan doelbereik en de rechtsbescherming en handhaving. Ook hebben wij het verschil tussen reguliere programma's en programma's met een programmatische aanpak genuanceerd in de zin dat ook de reguliere programma's een (indirecte) rol zullen spelen bij het toetsingskader voor de uitoefening van taken en bevoegdheden. Al met al is een eindoordeel over de in het wetsvoorstel Omgevingswet gepresenteerde regeling inzake de programmatische aanpak thans nog lastig te geven. Veel hangt nog af van de nadere vormgeving van de programmatische aanpak in instructieregels, omgevingsverordening en omgevingsplan. Het uitgangspunt van de Omgevingswet om de programmatische aanpak op belangrijke punten in lagere regelgeving uit te werken, kan leiden tot een weinig overzichtelijk geheel van programmatoepas-

singen. Daarbij komt dat de beïnvloedingsmogelijkheden van de Eerste en Tweede Kamer door het verdwijnen van de verzwaarde voorhangprocedure zijn ingeperkt, zodat er sprake is van minder democratische legitimiteit. Een mogelijk diffuse en complexe regeling in amvb, omgevingsverordening en omgevingsplan kan daarmee nog wel eens de achilleshiel van de 'eenvoudige' Omgevingswet worden.

46. Art. 1:3 lid 2 Awb. Vgl. ABRvS 16 juli 2008, AB 2008/307.