

Hoe toetst de bestuursrechter onder de Omgevingswet?

M en R 2019/124



De inwerkingtreding van de Omgevingswet komt steeds dichterbij. Een enorme wetwijziging dient zich aan na een van de allergrootste wetgevingsoperaties. Een operatie die nog geen tien jaar heeft geduurd als de wet per 1 januari 2021 wordt ingevoerd. Of het eenvoudiger en beter gaat worden, zal de praktijk leren. De integrale wijziging van het wettelijke stelsel is een ingreep van de wetgevende macht. Heeft deze ingreep gevolgen voor de rechtsprekende macht? Gaat de rechterlijke macht de besluitvorming anders toetsen dan ze nu doet? In dit artikel wordt kort ingegaan op de huidige (intensiteit) van toetsing, eerst algemeen, vervolgens met betrekking tot specifieke onderdelen in het omgevingsrecht. Ook enkele algemene ontwikkelingen worden besproken. Dan wordt onderzocht of en hoe de wetwijziging de (intensiteit van de) rechterlijke toets kan beïnvloeden. Het artikel biedt geen garanties voor uitspraken na de inwerkingtreding van de Omgevingswet.²

1. De omvang van de rechterlijke toetsing

De intensiteit van de toetsing in het bestuursrecht wordt gekleurd door de verhouding tussen uitvoerende macht en rechterlijke macht. De bestuursrechter toetst besluiten van het bestuur met of zonder terughoudendheid en in verschillende gradaties. Waarom toetst de bestuursrechter eigenlijk met de rem erop? De Algemene wet bestuursrecht bevat geen verplichting om dit te doen. Het komt door een beginsel, de trias politica, de scheiding der machten. Hoe pakt dit in de praktijk uit?

De bestuursrechter toetst de vaststelling van de feiten vol. De bestuursrechter kan ambtshalve feiten aanvullen³ en kan dus ook actief op zoek gaan naar feiten. In het omgevingsrecht kan bovendien de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak om advies worden gevraagd over de juistheid van feiten. Aan een wettelijke bevoegdheid om een besluit te nemen, zijn vaak voorwaarden verbonden. Soms bieden die voorwaarden ruimte voor een oordeel van het betrokken bestuursorgaan. De bestuursrechter heeft deze beoor-

delingsruimte te respecteren en toetst het gebruik ervan terughoudend. Bij het gebruik van de bevoegdheid heeft het bestuursorgaan beleidsruimte. Het bevoegd gezag kan kiezen na een belangenafweging. De bestuursrechter pleegt zich dan te beperken tot de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot dit resultaat van de belangenafweging heeft kunnen komen.

De afgelopen jaren is veel aandacht voor de intensiteit van de toetsing. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) heeft in 2016 in meerdere uitspraken de intensiteit van de toetsing uitdrukkelijk aan de orde gesteld. In het jaarverslag 2017 heeft de ABRvS aangegeven de oude termen 'marginale toetsing, beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid' te vervangen door 'terughoudende toetsing', 'beoordelingsruimte' en 'beleidsruimte' zonder hier iets anders mee te willen bedoelen.⁴

De ABRvS is ook indringender gaan toetsen. Dat wil zeggen dat zij in gevallen waarin de bestuursrechter terughoudender pleegt te toetsen (in geval van beoordelingsruimte of beleidsruimte) niet zomaar de beslissing, kwalificatie of keuze van het bestuursorgaan overneemt, maar nauwkeurig kijkt of deze in overeenstemming is met de wet, berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen en deugdelijk gemotiveerd is. Terughoudend toetsen wil dus niet zeggen dat het bestuursorgaan zich er makkelijk van af kan maken of dat het bestuursorgaan meteen al met 1-0 voorstaat. Een terughoudende toetsing blijft een toetsing met inhoud. Een terughoudende toets staat een indringende toets niet in de weg. Het is moeilijk om in uitspraken te duiden of indringend is getoetst. Het indringend toetsen gebeurt vooral op de zitting, met het actief stellen van kritische vragen. Het kan goed zijn dat vervolgens in de uitspraak nog steeds staat dat het bestuursorgaan zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen enz. Vaak ziet men echter wel dat de bestuursrechter in de bijbehorende overwegingen de antwoorden op de kritische vragen in aanmerking neemt of benadrukt.⁵

2. Toetsingsintensiteit in het bestaande omgevingsrecht

Binnen het omgevingsrecht verschilt de toetsingsintensiteit per deelrechtsgebied (onder de Wabo per activiteit). Niet zo heel gek omdat het omgevingsrecht ondanks de Wabo zwaar leunt op een lange historie van regelgeving gespecialiseerd naar deelonderwerp. De Wabo bewerkstelligt vooral een procedurele integratie maar nog geen inhoudelijke integratie. De inhoudelijke deelrechtsgebieden heb-

1 Maarten Verhoeven is senior rechter bij de rechtbank Oost-Brabant. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

2 De Omgevingswet wijzigt voortdurend in het wetgevingsproces. Eerder verscheen ook een artikel over toetsingsintensiteit onder de Omgevingswet 'Geen marginale toets meer in omgevingsrecht', *Trema* 2017/9 van dezelfde auteur.

3 Zie art. 8:69 derde lid Awb.

4 Zie meer uitgebreid R. Kegge, 'Indringendere toetsing door de bestuursrechter', *JBPlus* 2018/4.

5 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616.

ben hun eigen geschiedenis, rechtspraak en verschillen dus ook qua inhoud en gedetailleerdheid. Daarmee verschillen ook de beoordelingsruimte en beleidsruimte per rechtsgebied alsmede de intensiteit van de toetsing van het gebruik van deze ruimte. De toetsingsintensiteit in het ruimtelijke spoor en in het milieuspoor worden hieronder kort uitgewerkt om later een vergelijking te kunnen maken met de mogelijke toetsingsintensiteit onder de Omgevingswet. In het ruimtelijk spoor wordt vooral ingezoomd op het toetsen van besluiten over bouwen en over (het afwijken van) het bestemmingsplan.

2.1 *Bouwen*

De wet voorziet sinds jaar en dag in een uitputtend stelsel van gronden om een vergunning voor bouwen te weigeren in artikel 2.10 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Als de bouwaanvraag voldoet aan deze gronden, dan moet de vergunning worden verleend. De toets aan deze toepassingsvoorwaarden is een volle toets omdat artikel 2.10 van de Wabo geen enkele beleidsruimte gunt aan het bestuursorgaan. Dat wil echter niet zeggen dat in deze toepassingsvoorwaarden geen beoordelingsruimte verstopt zit. Het bestemmingsplan is de belangrijkste toepassingsvoorwaarde. In de planregels van het bestemmingsplan staan begrippen of worden voorwaarden gesteld die voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Het is dus belangrijk om goed te begrijpen wat er in staat. Bij de interpretatie van een bestemmingsplan volgt de bestuursrechter een vast stappenplan. De tekst van de planregels (waaronder de definities van verschillende begrippen) heeft voorrang. Biedt deze tekst geen duidelijkheid, dan kan worden gekeken naar de toelichting op het bestemmingsplan. Staat daar niets in, kan worden aangeknoopt bij het normaal spraakgebruik.⁶ In de toepassingsvoorwaarden kan de planwetgever hebben voorzien in beoordelingsruimte. Een voorbeeld van beoordelingsruimte in een begrip is een definitie waarin een bedrijfswoning in de planregels wordt gedefinieerd als een woning die noodzakelijk is voor het bedrijf gekoppeld aan de voorwaarde dat er slechts één bedrijfswoning mag worden gebouwd. Hier moet het bestaan van de noodzaak worden beoordeeld door het bestuursorgaan. Zo wordt de beoordelingsruimte gecreëerd in het begrip. De bestuursrechter toetst het gebruik van deze beoordelingsruimte terughoudend.⁷ Een voorbeeld van beoordelingsruimte in een toepassingsvoorwaarde kan al zijn gelegen in een simpele eis aan de maximale bebouwingshoogte: Als het bestemmingsplan bepaalt dat de hoogte moet worden gemeten vanaf het gemiddelde omliggende maaiveld, wordt een ogenschijnlijk harde eis al wat vager: wat is het 'omliggend maaiveld'? Zo wordt beoordelingsruimte gegeven in de tekst van het bestemmingsplan en de planregels zouden een duidelijke afbakening van de beoordelingsruimte moeten vormen.

Een eiser kan natuurlijk stellen dat het bestemmingsplan respectievelijk de planregel niet klopt. De beoordeling van

de rechtmatigheid van het bestemmingsplan is normaliter een gepasseerd station. Een bestemmingsplan moet een procedure doorlopen met als sluitstuk het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) op het beroep tegen de vaststelling van het bestemmingsplan zelf. Als het eenmaal onherroepelijk is, gaat de rechter bij het beoordelen van het beroep over de vergunning voor bouwen, het werk van de ABRvS niet overdoen en een bestemmingsplan even streng toetsen. Ook niet als tegen het desbetreffende onderdeel van het bestemmingsplan geen beroep is ingesteld. Een onherroepelijk bestemmingsplan of een planregel kan slechts exceptief worden getoetst. Een mogelijke strijd met een hoger wettelijk voorschrift of een algemeen rechtsbeginsel is niet genoeg, het bestemmingsplan moet evident daarmee in strijd zijn.⁸ In zoverre een goed voorbeeld van de toepassing van de trias politica. De politieke democratische controle van het bestemmingsplan heeft immers plaatsgevonden door de gemeenteraad dus de ruimte voor een toets van de bestuursrechter is beperkt.

De beoordelingsruimte in een toepassingsvoorwaarde kan ook worden ingekleurd door beleidsregels. Denk bijvoorbeeld aan de gemeentelijke parkeernota ter invulling van de open norm van voldoende parkeergelegenheid op eigen terrein). Beleidsregels zelf zijn evenmin vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter.⁹ Ook beleidsregels kunnen indirect worden getoetst. Dan toetst bestuursrechter terughoudend of een beleidsregel kennelijk onredelijk is. De uitwerking van de beleidsregel in een concreet geval kan de bestuursrechter wel indringend toetsen. Dit volgt uit de uitspraak van de ABRvS van 26 oktober 2016,¹⁰ die het bevoegd gezag verplicht alle omstandigheden van het geval te betrekken in zijn beoordeling, ook al is in de beleidsregel met deze omstandigheden rekening gehouden.

2.2. *Ruimtelijke ordening*

Besluiten waarbij wordt afgeweken van het geldende bestemmingsplan mogen niet in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening. De ABRvS hanteert de volgende standaardoverweging:

Bij de vaststelling van een bestemmingsplan moet de raad bestemmingen aanwijzen en regels geven die de gemeenteraad uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening nodig acht. De gemeenteraad heeft daarbij beleidsruimte en moet de betrokken belangen afwegen. De ABRvS beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan in overeenstemming is met het recht. De ABRvS stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van die gronden of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.¹¹

6 Bijvoorbeeld ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:392.

7 Bijvoorbeeld ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8543.

8 ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2235.

9 Art. 8:3 eerste lid Awb.

10 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

11 ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1155.

Min of meer dezelfde formule keert terug in andere besluiten waarbij wordt afgeweken van het bestemmingsplan of waarbij wordt geweigerd af te wijken van het bestemmingsplan.¹² Bestemmingsplannen mogen alleen ruimtelijk relevante regels bevatten. Dit is een harde toepassingsvoorwaarde. De bestuursrechter zal vol toetsen of aan deze voorwaarde wordt voldaan. Planregels over dierenwelzijn zijn niet ruimtelijk relevant en mogen dus niet worden gesteld.¹³ Het criterium 'goede ruimtelijke ordening' scheidt dus in de eerste plaats beoordelingsruimte. De term lijkt erg ruim maar bestaat al 60 jaar en er is dus veel rechtspraak over. Deze rechtspraak kan de bestuursrechter gemakkelijk gebruiken bij de toetsing. Dat doet niet alleen de bestuursrechter, maar het bevoegd gezag hopelijk ook. Er zijn algemeen aanvaarde handvatten, zoals bijvoorbeeld de circulaire van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten "Bedrijven en milieuzonering" of milieuregels met omgekeerde werking. Als het project niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening, komt natuurlijk wel de vraag of je het project moet willen hebben of toestaan. Deze keuze is beleidsruimte. Maar het gebruik van deze beleidsruimte moet wel zijn gebaseerd op een goede belangenafweging om willekeur te voorkomen. De bestuursrechter is terughoudend in de toets over het gebruik van deze beleidsruimte zolang de belangen maar goed in kaart zijn gebracht. Deze terughoudendheid zorgt er ook voor dat de bestuursrechter niet snel zelf in de zaak zal voorzien en toch een vergunning voor het afwijken, zal verlenen of weigeren.¹⁴ Sterker nog, de bestuursrechter wordt teruggefloten als hij dat toch doet.

2.3. Milieubesluiten

De omvang van de rechterlijke toetsing in het milieurecht heeft een hele ontwikkeling doorgemaakt. Aanvankelijk stond tegen milieubeschikkingen slechts beroep open bij de Kroon, een administratief beroep. Hierin werd de milieubeschikking zonder enige terughoudendheid getoetst. Het Kroonberoep werd opgevolgd door (de voorganger van) de ABRvS en die toetste tot 1998 ook vol. Vanaf april 1998 nam de ABRvS een overweging op dat het bevoegd gezag een zekere beoordelingsvrijheid toekomt, die haar begrenzing onder meer vindt in hetgeen voortvloeit uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten. Deze overweging is in 2010 ook door de rechtbanken overgenomen met de invoering van de Wabo.¹⁵ Beoordelingsvrijheid is beoordelingsruimte geworden.¹⁶ Het woordje 'zekere' wordt de laatste jaren vaker weggelaten en de ABRvS volstaat met de opmerking dat het bevoegd gezag beoordelingsruimte heeft. De beoordelingsruimte in het milieurecht is ook ingevuld. Dit kan zijn gebeurd door wetten,¹⁷ beslui-

ten,¹⁸ of veel gebruikte brochures, handreikingen etc.¹⁹ Het gebruik van deze beoordelingsruimte wordt door de ABRvS terughoudend getoetst. Recente voorbeelden zijn de beoordeling van andere maatregelen dan beschreven in PGS 15 met minimaal een gelijkwaardig niveau van bescherming²⁰ of het stellen van een grenswaarde voor piekgeluid. Toch is de bestuursrechter op dit uitermate technische onderdeel van het milieurecht wat minder terughoudend dan op het gebied van ruimtelijke ordening. Dit komt mede door het technische (feitelijke) karakter van het milieurecht. Bovendien bestaat een overvloed van gedetailleerde regels of geaccepteerde methodes van beoordeling en veel rechtspraak. Dit maakt het eenvoudiger voor de bestuursrechter om indringender te toetsen. Tot slot kan een verkeerd gebruik van de beoordeling grote gevolgen hebben voor de leefomgeving en de gezondheid van mensen. Niet voor niets werd in het verleden vol getoetst.

Lastiger wordt het bij milieuaspecten zonder wetenschappelijk onderbouwd regelkader bestaat, zoals volksgezondheid. In onze moderne informatiemaatschappij worden steeds meer risico's voor de volksgezondheid gesignaleerd en onderzocht. Deze risico's worden genoemd in beroepschriften. Deze beroepsgronden stranden doorgaans op de onvoldoende onderbouwing van het bestaan ervan. De meeste bestuursrechters vallen hier terug op geschilbeslechting op basis van stelling en bewijs in plaats van het aannemen van een grotere onderzoeksplicht bij het bestuursorgaan bij een onbekend risico op basis van het voorzorgsbeginsel.²¹

3. Externe invloeden op de rechtsbescherming in het omgevingsrecht en de rechterlijke toetsingsintensiteit

De rechtsbescherming in het omgevingsrecht is niet alleen afhankelijk van de houding van de bestuursrechter. De rechtsbescherming heeft de afgelopen jaren moeten inboeten door keuzes van de nationale wetgever. In 2005 is in het milieurecht al de *actio popularis* afgeschaft (de mogelijkheid voor iedereen om beroep in te stellen tegen milieuvergunningen). In 2013 deed het relativiteitsvereiste²² de intrede en kan slechts een beroep worden gedaan op schending van een norm als deze norm strekt tot bescherming van degene die er een beroep op doet. De bestuursrechter zelf heeft gekozen voor en verfijning van het belanghebbendenbegrip.²³ Met andere woorden, door de jaren heen is er een kleinere groep van appellanten en een afname in het aantal succesvolle beroepsgronden.

12 ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:763.

13 ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:84.

14 ABRvS 11 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5485.

15 Rb. Oost-Brabant 27 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2570.

16 ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:511.

17 Bijvoorbeeld de Wet geurhinder en veehouderij als exclusief toetsingskader (ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1607).

18 Bijvoorbeeld het Besluit emissiearme huisvesting dat als BBT wordt aangemerkt, evenals de voorganger hiervan in ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN7023.

19 Bijvoorbeeld de Handreiking Industrielawaai en vergunningverlening.

20 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2352.

21 Zie J. van der Poel, 'De bescherming van de volksgezondheid in het omgevingsrecht', *StAB* 2014/3 op www.stab.nl.

22 Art. 8:69a Awb.

23 ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:737 en ABRvS 23 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2271.

De overheid neemt af in omvang. Gemeenten worden groter, ambtenarenapparaten worden kleiner. De overheid heeft niet langer altijd alle kennis in eigen huis maar vertrouwt meer en meer op externe deskundigen. Bestemmingsplannen worden gemaakt door adviesbureaus. De aanvraag voor een omgevingsvergunning voor milieu is gevuld met uitgebreide rapporten die zijn gemaakt in opdracht van de aanvrager met (altijd) een positieve uitkomst. Het bevoegd gezag toetst deze informatie maar onderzoekt zelf minder en minder. De omgevingsdiensten hebben weliswaar geleid tot een bundeling van kennis en ervaring maar staan op een grotere afstand van het gemeentebestuur. Ook het maken van beleid wordt uitbesteed. De gemeenteraad moet nog steeds uiteindelijk in de bestemmingsplannen of beleidsregels keuzes maken, maar dat vergt veel tijd. Deze veranderende invulling van de uitvoerende macht en controle van de wetgevende macht heeft mede geleid tot een grotere behoefte aan een meer indringende toetsing in gevallen waar de bestuursrechter terughoudend toetst.

De bestuursrechter is ook toe aan een indringende toetsing. De afgelopen 10 jaar zijn bestuursrechters meer gedreven om geschillen finaal te beslechten. Deze ontwikkeling is begonnen als 'nieuwe zaaksbehandeling'.²⁴ Inmiddels is dit al lang de bestaande praktijk die in de Algemene wet bestuursrecht is gecodificeerd²⁵ en is beschreven als een professionele standaard van de bestuursrechtspraak.²⁶ De bestuursrechter voert regie, lost problemen op en neigt vooral op zitting sneller om door te pakken naar het achterliggende conflict. Deze ontwikkeling vereist ook van de bestuursrechter meer verantwoordelijkheid en meer transparantie.²⁷ De roep om maatschappelijk relevante en effectieve rechtspraak wordt steeds groter. Deze ontwikkelingen vereisen een actievere houding van de bestuursrechter. Deze actievere houding verdraagt zich niet altijd goed met een inhoudsloze terughoudende toetsing. Door de omslag als gevolg van de nieuwe zaaksbehandeling komt de bestuursrechter vanzelf tot een indringender toetsing.

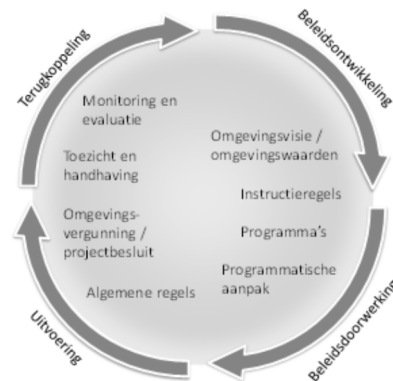
4. Tussenconclusie

In het huidige wettelijke stelsel laat de intensiteit van de rechterlijke toetsing zich in het algemeen goed voorspellen op basis van de aard van de sectorale inhoudelijke regelgeving en het bestaan van jurisprudentie over het betreffende onderwerp. Maatschappelijke ontwikkelingen zoals een terugtrekkende overheid en behoefte aan finale geschilbeslechting en maatschappelijk effectieve rechtspraak leiden tot meer indringende toetsing.

5. De Omgevingswet

5.1 Inleidende schets van de beslisruimte

De Omgevingswet wordt voorgeschoteld als de inhoudelijke integratie van verschillende sectorale wetgeving in één wet, ofwel datgene wat de Wabo nog niet kon bieden. Maar de Omgevingswet is niet alleen een verandering van het wettelijke stelsel. De bedoeling van de wetgever is een paradigmawisseling²⁸ waarbij ontwikkelingen en opgaven in de fysieke leefomgeving zelf centraal staan. Een integraal stelsel past beter bij een veranderende rol van de overheid waarbij initiatieven in de fysieke leefomgeving vooral in de samenleving liggen. De overheid schrijft niet langer voor of legt iets op maar wil gaan faciliteren. Dat faciliteren is onderdeel van een beleidscyclus. Hierbij ontwikkelt de overheid beleid en voert dit uit door middel van algemene regels. Dit mondt uit in concrete projecten en vergunningen. Deze uitwerking wordt gemonitord en kan leiden tot een nieuwe cyclus van ontwikkeling.²⁹



Deze beleidscyclus is het denkmodel voor het ontwerp van de wet. Nog veel meer dan nu het geval is, vindt inkadering van activiteiten door initiatiefnemers plaats door middel van algemene regels waarbij een voorafgaande toestemming van de overheid niet meer nodig is.

Dat is nogal wat. Als de uitvoerende macht meer gaat faciliteren en de wetgevende macht neemt dit over in de eerstkomende beleidscyclus, wie gaat het werk van de overheid dan controleren ten tijde van het bestreden besluit zelf?

In ons kleine landje grenst altijd wel een achtertuin aan het project van een initiatiefnemer en is een buurman of belangvereniging het niet eens met een initiatief. Dat zal onder de Omgevingswet niet veranderen. De behoefte aan controle en rechtsbescherming blijft bestaan. Zolang de overheid voorschrijft wat er moet gebeuren, kunnen initiatiefnemers en hun achterburen hieraan verwachtingen ontleenen en weten zij waar zij aan toe zijn. Als de overheid initiatiefnemers meer faciliteert, bijvoorbeeld door het bieden

²⁴ Zie www.rechtspraak.nl en Marseille, De Waard & Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht in de praktijk', *NJB* 2015/1482.

²⁵ Art. 8:41a Awb, ingevoerd per 1 januari 2013 in de Wet aanpassing bestuursprocesrecht, *Stb.* 2012, 682.

²⁶ Voor de bestuursrechtspraak in eerste aanleg, zie www.rechtspraak.nl, voor de hoger beroepscolleges, zie www.raadvanstate.nl.

²⁷ Zie het proefschrift van A. Verburg, *Bestuursrechtspraak in balans: bejegening, beslechting en bewijs*, Den Haag: Boom juridisch 2019, 267 p.

²⁸ In de wetenschapsfilosofie duidt 'paradigma' op het stelsel van modellen en theorieën dat, binnen een gegeven wetenschappelijke discipline, het denkkader vormt van waaruit de 'werkelijkheid' geanalyseerd en beschreven wordt.

²⁹ Par. 1.4 MvT Omgevingswet.

van meer ruimte voor initiatieven in een globaler, flexibeler omgevingsplan, dan brengt dit ook risico's met zich mee. De initiatiefnemers zullen altijd bepleiten dat hun invulling goed is en dit onderbouwen met rapporten. Als de overheid actiever initiatiefnemers gaat faciliteren, zou dit er toe kunnen leiden dat de overheid minder kritisch wordt. Feitelijk zou de overheid (in ieder geval de uitvoerende macht) nog verder terugtreden om het makkelijker te maken voor initiatiefnemers. Deze terugtrekkende beweging creëert wel een toenemende behoefte aan controle op de uitvoerende macht. Het is te vroeg om te voorspellen of deze toenemende behoefte kan worden ingevuld door meer participatiemogelijkheden vooraf. Het opleggen van participatie is geen garantie voor het voorkomen van escalatie.³⁰ Kan de democratische controle op de uitvoerende macht soelaas bieden? Democratische controle op een uitvoerende macht die van geval tot geval gaat beslissen of zij wel of niet faciliteert, is makkelijker gezegd dan gedaan. Bovendien wordt het moeilijk om in de daaropvolgende beleidscyclus al deze verschillende initiatieven weer te kanaliseren in beleid. Het faciliteren kan tot teveel diversiteit leiden die niet in beleid is samen te vatten. Los daarvan kan binnen de door de wetgever voorgestane beleidscyclus moeilijk worden verdedigd dat het nieuwe beleid terugwerkende kracht heeft (dan zou de pijl in bovenstaande afbeelding de andere kant op komen te staan). Deze terugwerkende kracht staat bovendien op gespannen voet met de rechtszekerheid. Als er dus eenmaal beleid is, heeft dat geen gevolgen voor reeds vergunde initiatieven. Het risico bestaat dus dat ook de democratische controle niet kan voorzien in een toenemende behoefte aan controle. Dat zou kunnen leiden tot een groeiende behoefte aan inhoudelijke, betekenisvolle rechtsbescherming met een hogere toetsingsintensiteit.

Een ander kenmerk van de Omgevingswet is het bewust vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak. Hierbij heeft de overheid twee rollen: het waarborgen van een bepaalde kwaliteit van de fysieke leefomgeving en ruimte voor ontwikkeling. De beleidsruimte van de overheid, vooral de lagere overheid, zal onder de Omgevingswet fors toenemen. We gaan een toename zien van algemene regels op verschillende bestuurlijke niveaus. Voor veel milieubelastende activiteiten, zoals horeca en recreatie, worden niet op rijksniveau regels gesteld maar komen algemene regels in omgevingsplannen. Ook voor bepaalde locatie afhankelijke milieugevolgen zoals geur en geluid gaan de omgevingsplannen het normatieve kader bieden. Dat is een verschil met het huidige stelsel waar bijna alle algemene regels voor alle milieubelastende activiteiten door de centrale overheid worden gemaakt met slechts beperkte ruimte voor lokale normstelling. Daarnaast biedt het Besluit activiteiten leefomgeving³¹ de mogelijkheid om maatwerkregels voor milieubelastende activiteiten te geven. Daar waar in het huidige stelsel sprake is van een

uniform beschermingsniveau met ruimte voor maatwerk, geeft de Omgevingswet de gemeenten meer vrijheid om deze niveaus zelf te bepalen, binnen de grenzen van het Bal en het Besluit kwaliteit leefomgeving³² en de daarop gebaseerde omgevingswaarden, maar ook weer met de mogelijkheid tot maatwerk.³³ De wetgever staat een flexibel omgevingsplan voor met open normen. Dat is een verschil met de huidige situatie waar veel bestemmingsplannen gedetailleerd van aard zijn. Hoe flexibeler, hoe meer afwegingsruimte maar ook onzekerheid. De wetgever zal het gebruik van beleidsregels hier verwelkomen. Het omgevingsplan heeft een verbrede reikwijdte. Ook (de aanvaardbaarheid van) geluids- en geurbelasting krijgen een plaats in het Omgevingsplan.³⁴ Dit leidt tot een integrale beoordeling van de fysieke leefomgeving waarbij ruimtelijke ordening, milieu en andere aspecten van de leefomgeving naadloos in elkaar overvloeien, elkaar aanvullen maar ook tegen elkaar zouden kunnen worden uitgewisseld.

De wetgever ziet geen achteruitgang in de rechtsbescherming. Wel wordt meermalen opgemerkt dat de keuzes binnen de door de Omgevingswet en de onderliggende AMvB's gecreëerde bestuurlijke afwegingsruimte door de bestuursrechter marginaal (lees terughoudend) worden getoetst.³⁵

5.2 Gevolgen voor de bestuursrechter

De Omgevingswet gaat grote gevolgen hebben voor de bestuursrechter. In de eerste plaats wordt het druk. Een complete wisseling van het wettelijke systeem zal leiden tot veel nieuwe jurisprudentie. Soms beoogt de wetgever nadrukkelijk aan te sluiten bij bestaande rechtspraak.³⁶ Maar de wetgever laat ook wel veel over aan de rechtsvorming door de bestuursrechter, zoals de precieze afbakening van de fysieke leefomgeving. Doordat de reguliere vergunningsprocedure meer zal worden gevolgd, zullen er meer bezwaarprocedures komen. Dit kan leiden tot een toename van het aantal voorlopige voorzieningen. De toename van algemene regels in plaats van specifieke toestemmingen, zal (normaliter) moeten leiden tot meer handavingsprocedures. Het overgangsrecht zoals dat wordt voorgestaan in de Invoeringswet Omgevingswet leidt er bovendien toe dat bestuursrechters het nieuwe recht en het oude recht nog jarenlang naast elkaar moeten toepassen. De Raad voor de Rechtspraak verwacht reeds daarom een toename van het aantal zaken en een toename van de zaakzwaarte.³⁷

30 Het voorschrijven van een verplichte omgevingsdialoog in de provinciale verordening Noord-Brabant leidt ogenschijnlijk niet tot minder procedures.

31 Een AMvB ter uitvoering van de Omgevingswet. Verder: Bal.

32 Ook een AMvB ter uitvoering van de Omgevingswet, verder: Bkl.

33 Zie M.C. Brans, 'Flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet; de AMvB's verkend (deel 1)', BR 2016/87.

34 Zie M.C. Brans, 'Flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet; de AMvB's verkend (deel 2)', BR 2016/96.

35 NvT Besluit kwaliteit Leefomgeving par. 7.5, NvT Besluit activiteiten leefomgeving par. 16.4, NvT Omgevingsbesluit par. 7.5.

36 Bijvoorbeeld bij de definitie van 'ongewoon voorval', zie par. 4.19.4 MvT Omgevingswet.

37 Zie het advies van de Raad voor de Rechtspraak van 26 oktober 2016 op het concept Bkl, Bal, het Omgevingsbesluit en het Besluit bouwen leefomgeving, te vinden op www.rechtspraak.nl.

Verandert de intensiteit van de toetsing? Inherent aan de paradigmawisseling en de daarbij horende faciliterende overheid en afnemende democratische controle, is de groei aan de behoefte aan een betekenisvolle rechterlijke toetsing. Deze behoefte is afhankelijk van de manier waarop de overheid haar faciliterende rol invult. Als de uitvoerende macht initiatieven zelf kritisch en intensief zal toetsen en dit tot uitdrukking laat komen in haar besluitvorming, dan is de behoefte aan een actieve bestuursrechter wellicht minder groot. Wordt de faciliterende overheid slechts een standpuntenmakelaar, dan is er juist meer behoefte aan een betekenisvolle toetsing van de besluiten van deze overheid. Dit zal vooral besluiten betreffen die niet alleen de initiatiefnemer maar ook diens achterbuurman of een belangenorganisatie raken. Zo kan teveel faciliteren leiden tot een groter risico op escalatie en conflicten tussen burgers onderling over de rug van de overheid. Naarmate deze overheid zelf minder kritisch is, is een grotere rol weggelegd voor de bestuursrechter.

Ongeacht de manier waarop de uitvoerende macht gaat faciliteren, betwijfel ik bovendien of aan de democratische controle op dezelfde wijze invulling kan worden gegeven als nu het geval is. Het risico bestaat dat deze democratische controle geleidelijk zal afnemen. Als de democratische controle zich slechts achteraf doet gelden in de volgende beleidscyclus, dan heeft de tegenstander van de initiatiefnemer hier niets aan. Het is immers moeilijk voor te stellen dat de beleidskeuzes die worden genomen na de verlening van een vergunning voor een project, gevolgen kunnen hebben voor het project zelf. De democratische controle zal vooraf of tijdens de besluitvorming over het project moeten plaatsvinden. Dit valt echter moeilijk te rijmen met een faciliterende overheid die de initiatiefnemer welwillend tegemoet treedt door middel van flexibele algemene regels.

De bestaansreden voor de terughoudende toets is gelegen in de scheiding der machten. Maar de scheiding der machten werkt uitsluitend bij een evenwicht in de machten. Nu al zien we een ingewikkelde maatschappij die noodzaakt tot ingewikkelde wetgeving. Nu al is de democratische controle van de uitvoerende macht door de wetgevende macht niet eenvoudig. Als deze democratische controle minder wordt, dreigt een vacuüm te ontstaan en verdwijnt tegelijkertijd een van de bestaansredenen voor terughoudende toetsing in het omgevingsrecht. Bij een meer faciliterende rol van de uitvoerende macht, is een actievere rol van de bestuursrechter door een indringender toetsing ter herstel van het evenwicht geen gek idee. De beleidscyclus in de Omgevingswet die de wetgever voorstaat, zal zelfs wel moeten leiden tot een indringender toets. Zolang de democratische controle achteraf niet heeft plaatsgevonden en er nog geen beleidsregels of algemene regels zijn over de uitvoeringspraktijk van de uitvoerende macht, is die uitvoerende macht in haar uitvoeringspraktijk vrij. Maar deze vrijheid is niet onbeperkt en zal binnen de scheiding der machten dus moeten worden gecontroleerd door de bestuursrechter. Hoe gaat die dat doen? Laten we dat eens verkennen in de be-

sluitvorming in het ruimtelijke spoor en in het milieuspoor, ook al komen die sporen in de Omgevingswet bij elkaar.

5.3 *de toetsingsintensiteit bij bouwen en afwijken omgevingsplan*

Het toetsingskader voor bouwactiviteiten wordt in de Omgevingswet nog steeds mede gevormd door het omgevingsplan. Dit omgevingsplan heeft een ruimere reikwijdte dan het huidige bestemmingsplan, het is flexibeler en de uitvoerbaarheid wordt anders getoetst. Deze drie elementen worden hieronder uitgewerkt. Het omgevingsplan wordt onder de Omgevingswet getoetst door de ABRvS als er beroep tegen wordt ingesteld. De ABRvS gaat het overigens niet gemakkelijk krijgen. In de eerste plaats zullen een aantal gemeentelijke verordeningen ook in het Omgevingsplan worden geïncorporeerd en daarmee (anders dan nu) appel-label worden.

Het omgevingsplan mag regels stellen over activiteiten die gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving. Het begrip 'fysieke leefomgeving' is echter niet limitatief begrensd in artikel 1.2, tweede lid van de Omgevingswet en dit zal moeten worden ingevuld. Overigens is dit wel een bevoegdheidsgrondslag die de ABRvS vol zal toetsen. Verder wordt het mogelijk om lokale milieunormen in het omgevingsplan op te nemen. Dat wordt in het volgende hoofdstuk verder toegelicht.

Het omgevingsplan wordt naar verwachting veel flexibeler dan het huidige bestemmingsplan. Hierin schuilt de grootste verandering. In verschillende experimenten met omgevingsplannen duiken al formuleringen op waarbij een grote beoordelingsruimte wordt gecreëerd. In een artikel over bestemmingsplannen met een verbrede reikwijdte³⁸ werd als voorbeeld een norm genoemd waarbij een ontwikkeling doorgang mag vinden 'als aangetoond wordt dat er geen onaanvaardbare effecten zijn voor een veilige en gezonde leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit'. Bedoeling is dat deze norm wordt ingekaderd door beleidsregels. Voor initiatiefnemers biedt deze norm een enorme ruimte. Hun tegenstanders zullen er van gruwen. Het bevoegd gezag heeft beoordelingsruimte: zij bepaalt wanneer aan de norm wordt voldaan, zij bepalen wat onaanvaardbaar is, wat gezond en veilig is. Het is goed denkbaar dat in de toekomst veel omgevingsplannen op deze leest worden geschoeid: ruime normen die worden ingekaderd door beleidsregels. Als er nog geen algemene regels of beleidsregels zijn, dan is de beleidsruimte meteen heel erg groot. Deze ruimte biedt het bevoegd gezag echter geen vrijbrief. Bij gebrek aan beleidsregels toetst de bestuursrechter indringend in iedere concrete zaak. Vrijheid betekent dat het bevoegd gezag haar keuze iedere keer uitvoerig zal moeten verantwoorden.

Maar bij een voortdraaiende cyclus komen er beleidsregels die gaan gelden voor de projecten die nog niet zijn aangevraagd. Het voorbeeld illustreert al dat onder de Omge-

38 A. Snijders, 'Leuk dat omgevingsplan maar wat heb je eraan', *Stadswerk magazine* 05/2017, p. 8-10, te vinden op www.tonnaer.nl.

vingswet de beleidsregels een grotere normatieve rol gaan krijgen dan nu. Het kan goed zijn dat deze beleidsregels in de plaats komen van veel van de huidige gedetailleerde planregels in het bestemmingsplan. Kunnen die toekomstige beleidsregels de huidige planregels wel vervangen? Er zijn wel wat verschillen: De huidige planregels maken onderdeel uit van het bestemmingsplan en zijn vatbaar voor beroep bij de ABRvS. De beleidsregels zijn nu en in de toekomst niet vatbaar voor beroep. Dit verschil zal gevolgen hebben voor de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter. De toepassing van beleidsregels in een concreet geval zal even indringend worden getoetst als nu in de geest van de uitspraak van de ABRvS van 26 oktober 2016.³⁹ Als beleidsregels het normatieve inhoudelijke toetsingskader gaan vormen, sluit ik niet uit dat de bestuursrechter minder terughoudend de rechtmatigheid van deze beleidsregels zal toetsen dan nu het geval is. Deze beleidsregel is immers nooit vatbaar geweest voor beroep. Een even terughoudende toets van de houdbaarheid van de beleidsregel zelf onder de Omgevingswet zou leiden tot een uitholling van de rechtsbescherming, zeker in de gevallen waarin het echt om essentiële grondrechten van burgers gaat. Dit geluid is niet nieuw. De wetgever gaat uit van de traditionele opvatting over de toetsing door de bestuursrechter en veronderstelt bij de toetsing aan het flexibele open omgevingsplan een terughoudende opstelling van de bestuursrechter. In het advies van de Raad voor de Rechtspraak op de ontwerp-AMvB's van 26 oktober 2016 is aangegeven dat dit afbreuk kan doen aan de rechtsbescherming. Het is denkbaar volgens de Raad dat door de toename van meer vrije bevoegdheden in de Omgevingswet in het nieuwe stelsel, rechters iets minder terughoudend zouden kunnen gaan toetsen om aldus toch een zinvolle rechtsbescherming te kunnen bieden.

Het derde element, de andere toetsing van de uitvoerbaarheid kan worden toegelicht aan de hand van en ander voorbeeld van een omgevingsplan in het artikel van Snijders, het voorbeeld van een brede bestemming waar meerdere functies onder vallen, zoals 'verkeer', 'groen' en 'water'. De brede bestemming maakt het eenvoudiger om met een reguliere procedure te vergunnen maar herbergt het risico dat een bepaalde functie, bijvoorbeeld 'verkeer', onevenredig veel wordt benut en dat er te weinig ruimte voor 'groen' overblijft.

Een huidig risico van flexibele bestemmingsplannen is dat de ABRvS toetst of een maximale uitvoering van plan zich nog steeds verdraagt met een goede ruimtelijke ordening.⁴⁰ De Omgevingswet verplicht de ABRvS slechts te onderzoeken of uitvoering van het omgevingsplan niet *bij voorbaat* onmogelijk moet worden geacht.⁴¹ In het verlengde hiervan wordt ook de noodzaak voor onderzoek verschoven naar de realisatiefase. In de realisatiefase (bij verlening van een omgevingsvergunning of benutting van de ruimte op basis van algemene regels) kan pas worden beoordeeld wat de gevol-

gen zijn van de uitvoering van het plan voor de omgeving en of de flexibele norm in het omgevingsplan nu wel zo rechtmatig is.⁴² Ook hier zal meer indringend op worden getoetst. Er zijn meer risico's door het wegvallen van de uitvoerbaarheidstoets bij de ABRvS. Een omgevingsplan hoeft niet te zijn voorzien van de uitgebreide onderzoeken waarmee op dit moment de vaststelling van een bestemmingsplan gepaard gaat. Bovendien valt niet uit te sluiten dat minder mensen beroep gaan instellen tegen de vaststelling van een omgevingsplan. Als een omgevingsplan flexibel is, zullen bedrijven of omwonenden niet direct wakker schrikken. Op perceelniveau kan niet zonder nader onderzoek worden bepaald of die nomen knellen dan wel (te) veel ruimte bieden. Dat weten ze pas bij de uitvoering van dat omgevingsplan. De flexibiliteit in een omgevingsplan kan zo leiden tot meer beroepen bij de bestuursrechter in de realisatiefase. Maar ja, ten tijde van de realisatie is het omgevingsplan zelf wel onherroepelijk. Gelet op de (mogelijk) andere manier van toetsen door de ABRvS en de toenemende onvoorspelbaarheid van de mogelijkheden op basis van een omgevingsplan, is het de vraag of het nog net zo vanzelfsprekend is als nu, dat na de uitspraak van de ABRvS van de rechtmatigheid van het volledige omgevingsplan moet worden uitgegaan. In het verlengde daarvan kan men zich ook afvragen of het gewenst is dat het onherroepelijke omgevingsplan met dezelfde terughoudendheid als nu desgevraagd exceptief door de bestuursrechter wordt getoetst. Als de ABRvS zich in een eventuele procedure over het omgevingsplan zelf niet heeft uitgelaten of als pas bij de realisatiefase kan worden beoordeeld of planregels onevenredig uitpakken, is een minder terughoudende exceptieve toets op zijn plaats. Dat zou betekenen dat niet langer sprake zou hoeven te zijn van een evidente onrechtmatigheid om een planregel buiten toepassing te laten.

5.4 de toetsingsintensiteit bij milieu

Ook op het milieugebied verandert er veel. De beslissruimte op lokaal niveau wordt groter. Dit kan leiden tot lokale verschillen binnen het land of binnen het arrondissement. De bestuursrechter wordt met deze verschillen geconfronteerd. Twee voorbeelden:

De instructieregels in het Besluit kwaliteit leefomgeving bieden de gemeente grote vrijheid in het vormen van een lokaal toetsingskader voor onderwerpen zoals geluid en industriële geur. De grotere reikwijdte van een omgevingsplan biedt hiervoor de basis. Maar geluid en geur zijn nu juist ook de vormen van hinder waar mensen het meeste last van hebben. Wat betreft geluid wordt bij de normstelling sinds jaar en dag aangesloten bij de Handreiking industriëlawaaier en vergunningverlening 1998. Daarnaast kent het Activiteitenbesluit milieubeheer een vaste normstelling en een voorgeschreven wijze van meten en berekenen van geluid. In de Omgevingswet krijgt de overheid wat meer ruimte voor maatwerk. Het geluid klinkt echter nog

39 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

40 Bijvoorbeeld ABRvS 20 augustus 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BE8836.

41 Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 962, nr. 3, p. 153/154.

42 Zie hierover A.G.A. Nijmeijer, 'Het omgevingsplan en het toenemende belang van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg', *Trema* 2016/11.

steeds hetzelfde. De rook uit de schoorsteen ruikt hetzelfde. Waarom zou de bestuursrechter niet minimaal op dezelfde indringende manier toetsen als nu? Het geluid in de ene gemeente klinkt bovendien net zo hard als in de andere gemeente. Het valt niet uit te sluiten dat een gemeente (een gemeenteraad of B&W in een concrete zaak) zal moeten verantwoorden waarom er een verschil is met een andere gemeente bij een lokale geluid-normstelling.

In de Omgevingswet wordt het voorzorgsbeginsel nadrukkelijk verankerd in artikel 3.3 van de Omgevingswet. Op basis van dit artikel wordt in de Omgevingsvisie rekening gehouden met het voorzorgsbeginsel. Een omgevingsvergunning kan worden geweigerd indien naar het oordeel van het bevoegd gezag sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het verlenen van de vergunning zou leiden tot ernstige nadelige of mogelijk nadelige gevolgen voor de gezondheid. De tekst van artikel 5.32 van de Omgevingswet creëert nadrukkelijk beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag. Toetsing van het gebruik van deze beoordelingsruimte door de bestuursrechter wordt niet eenvoudig. Wat als de ene gemeente wel rekening gaat houden met mogelijke gezondheidsrisico's en de andere gemeente niet? De gezondheidsrisico's zijn er of ze zijn er niet. Dat is doorgaans niet afhankelijk van de ligging van de gemeentegrens. Op dit moment zien we echter dat de ABRvS deze beoordelingsruimte respecteert. De risico's vanwege de uitstoot van endotoxinen door een intensieve veehouderij zijn in Limburg⁴³ geen reden voor weigering van een vergunning en in Noord-Brabant⁴⁴ wel. Dit onderscheid valt echter niet goed uit te leggen aan de agrariër wiens vergunning wordt geweigerd of de omwonende van een veehouderij waar vergunning wel wordt verleend.

De Omgevingswet leunt meer op specifieke zorgplichten. Het bevoegd gezag moet beoordelen hoe invulling wordt gegeven aan deze zorgplicht en op basis daarvan handhaven of nadere regels stellen. Hierin verschilt de Omgevingswet van de huidige regelgeving waar meer wordt vastgelegd in harde algemene regels of vergunningsvoorschriften. De keuze voor het gebruik van zorgplichten zal leiden tot meer beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag. Het al dan niet invullen van de zorgplicht heeft gevolgen voor de omgeving. Deze omgeving heeft dezelfde bescherming nodig na 1 januari 2021 als daarvoor. De bestuursrechter (of de strafrechter) zal deze beoordelingsruimte minder terughoudend moeten toetsen om uitholling van de rechtsbescherming te voorkomen.

Het summum van de Omgevingswet is de integrale beoordeling van de bescherming van de fysieke leefomgeving waarbinnen het mogelijk kan zijn dat sommige aspecten van deze omgeving aan bescherming inboeten ten faveure van andere aspecten. Men kan zich afvragen of deze integrale beoordeling niet veel meer een belangenafweging is.

De feiten die ten grondslag hebben gelegen aan deze belangenafweging zal de bestuursrechter vol toetsen. Ook zal de bestuursrechter zonder terughoudendheid kunnen toetsen of binnen deze integrale beoordeling bepaalde grenswaarden ter bescherming van deelaspecten niet worden overtreden. Stel dat in het omgevingsplan een bepaald maximaal geluidsniveau binnen een woning is geborgd, is dat een keiharde voorwaarde en zal de bestuursrechter vol toetsen of hieraan wordt voldaan. Het wordt moeilijker als bijvoorbeeld een hoog geluidsniveau wordt toegelaten in ruil voor een uitgebreide mooie groenzone. De boze buurman zat echter niet te wachten op die groene haag maar wil vooral stilte en stelt beroep in. De toetsing van dit maatwerk is eigenlijk het toetsen van een naar een bepaald doel toegeschreven belangenafweging (meer groen maar minder stilte). Moet de bestuursrechter zich daaraan branden? Met een indringende toetsing kan hij de diverse ingrediënten van die belangenafweging wel scherp krijgen, maar als dit eenmaal scherp genoeg is gemotiveerd, resteert slechts een terughoudende evenredigheidstoets.

5.5 Gevolgen voor de bestuursrechter

De toename in beoordelings- en beleidsruimte zal er toe leiden dat de bestuursrechter minder snel geneigd zal zijn zelf in de zaak te voorzien. Op dit moment wordt de bestuursrechter die zelf een vergunning verleent of weigert, teruggelaten door de ABRvS op het moment dat het bevoegd gezag nog een keuze moet maken.⁴⁵ Dat zal onder de Omgevingswet zeker niet anders zijn. Enerzijds pleit de scheiding der machten ervoor dat de bestuursrechter de bal terugspeelt naar het bevoegd gezag. Anderzijds staat een terugspeelbal ook weer op gespannen voet met de gedachte aan finale geschilbeslechting en maatschappelijk effectieve rechtspraak. Het terugspelen van de bal naar de keeper leidt niet noodzakelijkerwijs tot attractiever of sneller voetbal.

Gesteld dat de bestuursrechter minder terughoudend of meer indringend moet gaan toetsen, kan hij dit wel? Bij het toetsen van het gebruik van beoordelingsruimte zie ik op het eerste gezicht niet snel waarom de bestuursrechter onder de Omgevingswet niet hetzelfde zou kunnen toetsen als nu het geval is. Het enige manco is dat de bestuursrechter niet zonder meer zal kunnen terugvallen op jurisprudentie of vergelijkingsmateriaal van eerdere gevallen. Toch moet ook dit worden gerelativeerd. Ook al keert het begrip 'goede ruimtelijke ordening' niet terug in de Omgevingswet, de achterliggende gedachte blijft bestaan. Het blijft nog steeds geen goed idee een categorie 5 bedrijf direct naast een woonwijk te positioneren.

Bij het toetsen van gebruik van beleidsruimte respectievelijk de uitkomst van een integrale beoordeling, wordt het lastiger. Als het gebruik van beleidsruimte wordt begrensd in algemene regels of beleidsregels en pas bij de realisatie op basis van de algemene regels de effecten van de het gebruik van de beleidsruimte duidelijk worden, moet de bestuursrechter deze algemene regels minder exceptief

43 ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2395.

44 Rechtbank Oost-Brabant 12 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:1974 en ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2496 (in een zaak over een OBM).

45 ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2459.

toetsen dan nu. Als bij een omgevingsplan geen uitvoerbaarheidstoets heeft plaatsgevonden en de uitvoering van het omgevingsplan vragen oproept, kan het bevoegd gezag zich niet verschuilen achter de formele rechtskracht van het omgevingsplan. De bestuursrechter zal hier wel in toenemende mate behoefte gaan krijgen aan instructienormen of omgevingswaarden ter bescherming van een leefomgeving van een minimaal aanvaardbaar niveau. Deze begrenzing zal hij moeten ontleen aan de rechtspraak in het verleden om vervolgens in het heden een bepaald minimum beschermingsniveau te bepalen. Dit is alleen nodig als de uitvoerende of wetgevende macht geen begrenzing stelt met het instrumentarium dat de Omgevingswet hen gaat bieden of als de begrenzing zelf onderwerp van geschil is.

6. Conclusie

De instrumenten en de mogelijkheden onder de Omgevingswet bieden het bevoegd gezag meer beoordelingsruimte en meer beleidsruimte. Dit noodzaakt echter niet tot een meer terughoudende toetsing door de bestuursrechter. De faciliterende overheid met maatwerkoplossingen klinkt goed voor initiatiefnemers. Maatwerkoplossingen kunnen leiden tot verrassende uitkomsten en daarmee tot meer meer-partijengeschillen over deze uitkomsten. Als participatie niet leidt tot het voorkomen van dit soort geschillen en als democratische controle later in de beleidscontrole partijen in een procedure geen soelaas kan bieden, zal er een toenemende behoefte aan rechtsbescherming ontstaan. Om betekenisvolle rechtsbescherming te bieden, zal de bestuursrechter niet moeten schromen om minimaal dezelfde toetsingsintensiteit aan te houden en mogelijk (nog) indringender moeten toetsen. Als de bestuursrechter op voorhand wordt gemaand tot terughoudendheid, wordt hij beperkt in de mogelijkheid om tot een bevredigende oplossing voor alle partijen te komen. De verkenningen in dit artikel zijn aanleiding voor de bestuursrechter om nu al goed te gaan nadenken over de intensiteit van de rechterlijke toetsing. De verschuivingen in de omvang van beslissingsruimte in de Omgevingswet geven ook de uitvoerende en de wetgevende macht de komende jaren genoeg stof tot nadenken.