

De ontheffing van instructieregels in de Omgevingswet

– Prof. mr. A.G.A. Nijmeijer¹

1. Inleiding

Of in algemene regels als bedoeld in art. 4.1 respectievelijk art. 4.3 van de Wro een ontheffingsbevoegdheid kan worden opgenomen, stond in de literatuur enige tijd ter discussie.² Dat heeft uiteindelijk geleid tot de introductie – met ingang van 1 oktober 2012 – van art. 4.1a Wro en art. 4.3a Wro, waarmee de ontheffingsbevoegdheid door de wetgever uitdrukkelijk is bevestigd.³

Eén van de kerninstrumenten van de Omgevingswet is de instructieregel. Het doel en de werking van de instructieregel zijn vergelijkbaar met die van algemene regels als bedoeld in hoofdstuk 4 van de Wro.⁴ Ook de Omgevingswet biedt de mogelijkheid dat instructieregels worden voorzien van een ontheffingsbevoegdheid. Dat is verstandig, omdat niet alle situaties bij voorbaat in algemene regels kunnen worden gevangen (en dat moet een regelgever ook niet willen) noch kunnen worden voorzien.⁵ De ontheffingsbevoegdheid 'nieuwe stijl' kent in vergelijking tot het huidige art. 4.1a Wro echter een aan-

tal voor de (rechts)praktijk relevante verschillen. In deze bijdrage worden die verschillen belicht. In par. 2 staat de bevoegdheidsgrondslag als zodanig centraal. In par. 3 sta ik stil bij het onderscheid dat in de Omgevingswet wordt gemaakt tussen twee typen omgevingsplanregels en de gevolgen van dat onderscheid voor de ontheffing. Paragraaf 4 gaat over het 'advies met instemming' en de mogelijke samenloop van zo'n advies met een ontheffing. De rechtsbescherming ten aanzien van een besluit omtrent ontheffing komt aan de orde in paragraaf 5. Deze bijdrage eindigt met een aantal concrete aanbevelingen aan de wetgever om de tekst van de Omgevingswet te wijzigen of aan te vullen.

2. De wettelijke grondslag van de ontheffingsbevoegdheid

2.1 Huidig recht

De mogelijkheid om in algemene regels een ontheffingsbevoegdheid⁶ op te nemen is weliswaar door de Wro-wetgever bevestigd, maar een ontheffing kan volgens art. 4.1a Wro alleen worden verleend voor zover de verwezenlijking van het gemeentelijk ruimtelijk beleid wegens bijzondere omstandigheden onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot de met de desbetreffende algemene regels te dienen provinciale belangen.⁷ Deze clausulering betekende voor een aantal provincies dat hun provinciale ruimtelijke verordening moest worden aangepast, omdat de daarin opgenomen ontheffingsbevoegdheid te ruim was geformuleerd.⁸ Inmiddels is de (rechts)praktijk aan art. 4.1a Wro gewend.

¹ Tonny Nijmeijer is hoogleraar Omgevingsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan Hekkelman Advocaten in Nijmegen. De tekst van deze bijdrage is gesloten op 25 mei 2016.

² D. Korsse, C.F. Moet, 'De provinciale ontheffingsbevoegdheid in algemene regels nader bezien', *Gst.* 2010, 10; F.A.G. Groothuijse, D. Korsse, 'De ontheffingsbevoegdheid in provinciale ruimtelijke verordeningen in het licht van de wijzigingswet Wro. Instrument voor gemeentelijke flexibiliteit of provinciale sturing?', *TO* 2011, p. 82-92 en D. Korsse, 'De Wro gewijzigd. Een korte beschouwing van de veranderingen die per 1 oktober 2012 zijn doorgevoerd middels de Spoedwet Wro', *TBR* 2013/3, p. 5-8.

³ Ten behoeve van de leesbaarheid beperk ik mij tot art. 4.1a Wro. Dit artikel is voor zover hier relevant identiek aan art. 4.3a Wro.

⁴ De algemene regels als bedoeld in het eerste lid van art. 4.1 Wro (en art. 4.3 Wro) worden in de literatuur meestal aangeduid als instructieregels. Zie voor diepgaande en instructieve beschouwingen de Utrechtse dissertatie van D. Korsse, *Ruimtelijke ordening op niveau. Een juridisch onderzoek naar provinciale en nationale instructieregels op grond van hoofdstuk 4 van de Wro*, (Bouwrecht Monografieën nr. 37), Den Haag: IBR 2014, p. 13.

⁵ De (on)mogelijkheden om algemene regels te formuleren werden vroegtijdig gesignaleerd door A.A.J. de Gier, 'Nationaal en provinciaal ruimtelijk beleid bij wettelijk voorschrift. Het (voorgenomen) gebruik van de figuur van algemene regels in de Wet ruimtelijke ordening', *Gst.* 2009/7319, 62.

⁶ Ook andere bestuursbevoegdheden zijn denkbaar, zoals een wijzigingsbevoegdheid of een uitwerkingsbevoegdheid. Bij de toelaatbaarheid van dat soort bestuursbevoegdheden zijn kanttekeningen te plaatsen. Ik verwijs naar D. Korsse, *Ruimtelijke ordening op niveau. Een juridisch onderzoek naar provinciale en nationale instructieregels op grond van hoofdstuk 4 van de Wro*, (Bouwrecht Monografieën nr. 37), Den Haag: IBR 2014, par. 5.5.1 resp. par. 5.6.1. De onderhavige bijdrage is beperkt tot de ontheffingsbevoegdheid.

⁷ Een toepassing van deze clausulering in een concreet geval is bijvoorbeeld te vinden in ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2833.

⁸ O.a. ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:333.

2.2 Omgevingswet

2.2.1 Clausulering bevoegdheid

Artikel 2.32 van de Omgevingswet bepaalt dat een instructieregel een bevoegdheid kan bevatten om ontheffing te verlenen van (onderdelen van) de desbetreffende instructieregel. De bevoegdheid om te beslissen op een verzoek om ontheffing is (wederom) geclausuleerd. Het vierde lid van art. 2.32 Ow bepaalt dat een ontheffing alleen wordt verleend als de uitoefening van de taak of bevoegdheid waarvoor ontheffing wordt gevraagd, onevenredig wordt belemmerd in verhouding tot het belang dat wordt gediend met de regel waarvan ontheffing is gevraagd. Als niet aan deze voorwaarde wordt voldaan, dan moet de ontheffing worden geweigerd. Wordt wel aan de voorwaarde voldaan, dan betekent dat niet dat de ontheffing *moet* worden verleend. Op dat punt heeft het bevoegd gezag beoordelingsvrijheid. Denkbaar is dat de belangenafweging in het concrete geval leidt tot een weigering van de gevraagde ontheffing.

In vergelijking tot de bevoegdheidsclausulering in art. 4.1a lid 1 Wro, valt op dat het element 'bijzondere omstandigheden' is geschrapt. De memorie van toelichting gaat daar niet specifiek op in, maar geeft wel aan dat 'anders dan onder de Wro' de bevoegdheid ook bedoeld is voor ontheffingverlening in gevallen die 'in zijn algemeenheid voorzienbaar zijn maar in hun specifieke casuïstiek niet'.⁹ Dit klinkt behoorlijk 'abracadabra', maar ik neem aan dat de regering hiermee wil onderstrepen dat een ruimer toepassingsbereik van de ontheffingsbevoegdheid is beoogd in die zin, dat het enkele feit dat een situatie bij het vaststellen van een instructieregel is voorzien, niet per definitie betekent dat géén ontheffing kan worden verleend. Een grotere mate van flexibiliteit om van een instructieregel af te wijken, werkt door naar omgevingsplanwetgevers die in een instructieregel een beletsel constateren voor de vaststelling van het door hen gewenste omgevingsplan. Zo'n beweging past bij de doelstellingen van de Omgevingswet. Daar staat tegenover dat een ruimer toepassingsbereik impliceert dat bij een weigering van een gevraagde ontheffing, in rechte meer discussie kan ontstaan over de vraag of die weigering rechtmatig is. Het vergt meer van de motivering van het weigeringsbesluit. Immers, het enkele ontbreken van bijzondere omstandigheden of het voorzien van een situatie ten tijde van het vaststellen van de algemene regels is - anders dan onder vigeur van de Wro - niet voldoende om een gevraagde ontheffing te weigeren.

Voorts wordt in vergelijking tot de huidige bevoegdheidsclausulering het aspect van onevenredigheid niet meer expliciet gekoppeld aan de

uitoefening van het gemeentelijke beleid. Daarin schuilt denk ik geen verruiming van de mogelijkheden om ontheffing te verlenen, omdat in het vierde lid van art. 2.32 Ow wordt gesproken over de uitoefening van de 'taak of bevoegdheid'. Dat kunnen gemeentelijke taken en bevoegdheden zijn, zoals de vaststelling van een omgevingsplan of een programma. Verdedigd kan worden dat de belemmering van het gemeentelijke beleid inherent is aan het vragen van een ontheffing. Zo bezien is van een inhoudelijke wijziging ten opzichte van art. 4.1a Wro geen sprake.

2.2.2 Aanvragen ontheffing

Volgens art. 4.1a Wro kunnen alleen B&W om een ontheffing vragen. De Ow kent die bevoegdheid toe aan alle bestuursorganen van een gemeente, provincie of waterschap. Dat vind ik nuttig, omdat op die manier kan worden bereikt dat het bestuursorgaan dat het besluit neemt waarvoor de ontheffing is vereist, steeds ook het bestuursorgaan is dat de ontheffing aanvraagt. Naar huidig recht moet bij de vaststelling van een bestemmingsplan als bedoeld in art. 3.1 Wro waarvoor een ontheffing is vereist, steeds afstemming plaatsvinden tussen B&W en de gemeenteraad (vaststeller bestemmingsplan). Dat is best te organiseren, maar de in de Ow voorgestelde regeling maakt het makkelijker.

2.2.3 Voorschriften en beperkte geldingsduur ontheffing

Het verbinden van voorschriften aan een ontheffing is in de Wro gekoppeld aan de aanwezigheid van provinciale of nationale belangen. Die koppeling is in het vijfde lid van art. 2.32 Ow los gelaten. Daar wordt kortweg gesteld dat aan een ontheffing voorschriften kunnen worden verbonden. De memorie van toelichting licht deze wijziging niet toe. Ik denk echter dat het verbinden van voorschriften aan een ontheffing ook in de context van de Omgevingswet moet worden gemotiveerd vanuit provinciale (of nationale) belangen. Een aanknopingspunt daarvoor vind ik in art. 2.3, eerste en tweede lid van de Ow. Daaruit volgt samengevat dat de uitoefening van taken en bevoegdheden als bedoeld in de Omgevingswet, in de regel wordt overgelaten aan bestuursorganen van een gemeente en dat een provincie haar taken en bevoegdheden alleen uitoefent met het oog op een provinciaal belang. Het had geen kwaad gekund om de noodzaak voor het opnemen van voorschriften in de ontheffing, in art. 2.32 Ow expliciet te relateren aan de bescherming van provinciale of nationale belangen.

Nieuw is dat de ontheffing voor een bepaalde tijd kan worden verleend. De Wro kent die variant niet. De memorie van toelichting rept niet over deze verandering. Dat is jammer, omdat er naar mijn idee discussie mogelijk is over de vraag of een ontheffing voor bepaalde tijd in de context van een

9 Kamerstukken II 2013/14, 33 963, nr. 3, p. 435.

instructieregel toegevoegde waarde heeft. Beoogt een tijdelijke ontheffing dat het besluit waarvoor de ontheffing wordt gevraagd binnen het in de ontheffing genoemde tijdvak daadwerkelijk wordt genomen? Als dat zo is, dan moet worden bedacht dat tegen het genomen besluit (vaststellen omgevingsplan of verlenen omgevingsvergunning) bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open staan. Wordt het besluit door de bestuursrechter vernietigd, dan zal ten tijde van het nemen van een nieuw besluit (bijvoorbeeld het opnieuw vaststellen van een omgevingsplan) een geldige ontheffing beschikbaar moeten zijn. Is een tijdelijke ontheffing op dat moment niet meer geldig, dan zal hangende de hernieuwde besluitvorming na vernietiging opnieuw om een ontheffing van de instructieregel moeten worden gevraagd. Dat is nogal omslachtig, temeer omdat het bestuursorgaan het niet in de hand heeft of rechtsmiddelen worden aangewend en zo ja hoe lang een gerechtelijke procedure gaat duren. Bovendien, als de reden van het kunnen verbinden van een geldingsduur aan de ontheffing is gelegen in het voorkomen dat een ontheffing 'boven de markt' blijft hangen, dan kan hetzelfde resultaat volgens mij worden bereikt door een verleende ontheffing in te trekken als het besluit waarop de ontheffing ziet, (te lang) uitblijft. Die weg heeft wat mij betreft de voorkeur boven het verbinden van een voorschrift aan een ontheffing, omdat het moment van intrekking kan worden afgestemd op de stand van zaken in de besluitvormingsprocedure waarop de ontheffing betrekking heeft (en zo kan worden voorkomen dat door een bestuursorgaan meerdere malen om ontheffing moet worden verzocht).

Wellicht heeft de wetgever een andere bedoeling met het kunnen verbinden van een geldingsduur aan een ontheffing, die mij ontgaat. Vooralsnog geloof ik dat deze noviteit geen toegevoegde waarde heeft maar wel aanleiding kan geven tot procedurele complicaties die het huidige recht niet kent. Ik zou het desbetreffende onderdeel van het vijfde lid van art. 2.32 Ow daarom liever schrappen.

3. Reikwijdte instructieregel in relatie tot omgevingsplan en ontheffing

Het toepassingsbereik van een ontheffing is in art. 2.32 Ow niet beperkt tot bepaalde onderdelen of tot bepaalde elementen van een instructieregel. Artikel 2.23 Ow geeft aan op welke bevoegdheden (van andere bestuursorganen) provinciale instructieregels betrekking kunnen hebben.¹⁰ In de Wro betreft het de vaststelling van een bestemmingsplan (of een beheersverordening) of de verlening van een omgevingsvergunning (voorzien van een goede ruimtelijke onderbouwing) voor gebruik in strijd

met het bestemmingsplan.¹¹ Voorts geldt dat een algemene regel in de Wro noodzakelijk moet zijn met het oog op een 'goede ruimtelijke ordening'.¹² De reikwijdte van de Omgevingswet is - zo volgt uit art. 1.2 van de wet - veel ruimer dan enkel de ruimtelijke ordening en die ruime reikwijdte werkt logischerwijs door naar de inhoud van instructieregels. Die is niet beperkt tot ruimtelijk relevante aspecten maar betreft het berekenen van de doelstellingen die de Omgevingswet heeft ten aanzien van de fysieke leefomgeving, aldus het eerste lid van art. 2.22 van de Omgevingswet. Die doelstellingen staan in algemene termen in art. 1.3 van de Omgevingswet verwoord, zodat de conclusie is dat een instructieregel een (zeer) ruime reikwijdte kan hebben.

Het feit dat verschillende wetten met hun eigen (vergunning)instrumentarium in de Omgevingswet worden samengebracht, betekent bovendien dat de doorwerking van beleid met betrekking tot de fysieke leefomgeving vanwege instructieregels niet meer louter loopt via de vaststelling van gemeentelijke plannen of het verlenen van omgevingsvergunningen. Doorwerking kan bijvoorbeeld ook plaatsvinden in de vaststelling van programma's als bedoeld in par. 3.2.2 van de Omgevingswet of de legger van het waterschap.¹³ Ik verwacht echter dat het leeuwendeel van de doorwerking van beleid ook onder vigeur van de Omgevingswet tot stand komt via gemeentelijke planvorming - het omgevingsplan - of het door B&W verlenen van omgevingsvergunningen voor activiteiten die afwijken van het omgevingsplan.

In dat verband verdient art. 2.23, lid 3, onder c Ow de aandacht. Het artikel bepaalt dat voor zover een instructieregel betrekking heeft op het stellen van regels in een omgevingsplan¹⁴, het alleen kan gaan om de regels van het omgevingsplan die op grond van art. 4.2 Ow in dat plan moeten zijn opgenomen. Het betreft de planregels die functies toedelen aan locaties (in de kern vergelijkbaar met geven van bestemmingen aan gronden en bouwwerken). Dit impliceert dat een ontheffing die nodig is om een omgevingsplan vast te stellen, alleen maar betrekking kan hebben op instructieregels die verband

¹¹ Als bedoeld in art. 2.12 lid 1 onder a onder 3o van de Wabo.

¹² Zie de aanhef van art. 4.1 Wro en art. 4.3 Wro. In dit verband is ABR-VS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:84 illustratief. In die zaak werd de zogenoemde 'maatlat duurzame veehouderij' die was opgenomen in de provinciale ruimtelijke verordening van Noord-Brabant, niet ruimtelijk relevant geacht. Het desbetreffende deel van de verordening was onverbindend.

¹³ Zie de opsomming in art. 2.23 lid 1 onder a Ow. Terzijde: de verruiming van de bevoegdheden waarop de instructieregel doorwerkt, zal een andere wijze van opbouw en redactie van de instructieregels vergen. Het vaststellen van een programma vergt andere 'instructies' dan het verlenen van een omgevingsvergunning, om maar wat te noemen.

¹⁴ Of de beoordelingsregels voor het verlenen van een omgevingsvergunning voor gebruik dat afwijkt van een omgevingsplan als bedoeld in art. 5.19 Ow.

¹⁰ Art. 2.25 Ow voor instructieregels van het Rijk.

houden met het toedelen van functies aan locaties. In een ander verband heb ik betoogd dat het onderscheid tussen regels die in een omgevingsplan kunnen worden opgenomen als bedoeld in art. 4.1 Ow en regels die daarin moeten worden opgenomen volgens art. 4.2 Ow, niet glashelder is.¹⁵ Onduidelijkheid op dat punt heeft ook gevolgen voor de vraag wanneer voor de vaststelling van een omgevingsplan een ontheffing van een instructieregel is vereist.¹⁶ Immers, als geconcludeerd wordt dat een instructieregel geen betrekking heeft op het toedelen van een functie aan een locatie maar die regel wél is vastgesteld met het oog op doorwerking in de inhoud van een omgevingsplan, dan lijkt mij verdedigbaar dat de desbetreffende instructieregel onverbindend is. Denk - bij wijze van willekeurig voorbeeld - aan een instructieregel waarin is bepaald dat een omgevingsplan voor het buitengebied van een gemeente moet voorzien in regels die waarborgen dat in het buitengebied in de nachtelijke uren geen straatverlichting brandt. Als de conclusie luidt dat zo'n regel geen betrekking heeft op het toedelen van functies aan locaties - van die conclusie ga ik nu maar even uit - dan is een ontheffing van die regel niet nodig om een omgevingsplan vast te kunnen stellen waarin onder meer is voorzien in de aanleg van een parkeerterrein voor vrachtwagens dat voor de veiligheid 's nachts wordt verlicht.¹⁷ Onzekerheid over het onderscheid tussen art. 4.1 Ow-regels en art. 4.2 Ow-regels kan er toe leiden dat bij een beroep tegen het vastgestelde omgevingsplan door de Afdeling wordt geoordeeld dat de desbetreffende instructieregel wél bindende werking heeft, dat er voor het vaststellen van het omgevingsplan dus een ontheffing was vereist, en dat het omgevingsplan wogens het ontbreken van die ontheffing onrechtmatig is vastgesteld. Dat is geen aantrekkelijk vooruitzicht.

Er zullen ongetwijfeld lezers zijn die vinden dat de (rechts)praktijk straks maar moet uitwijzen hoe het onderscheid tussen de twee typen omgevingsplanregels uitpakt. Persoonlijk meen ik dat onduidelijkheden over de reikwijdte van een (regelgevende) bevoegdheid en daarmee direct samenhangende vragen over de rechtmatigheid van een vastgesteld omgevingsplan (of verleende omgevingsvergunning)

bij voorbaat zoveel mogelijk moeten worden weggenomen. Naarmate ik er langer over nadenk, betwijfel ik steeds meer de noodzaak van het onderscheid tussen de twee typen omgevingsplanregels. Belangrijk: voor de appellabiliteit van het omgevingsplan is het onderscheid volstrekt irrelevant. Een reden om het onderscheid in de context van de instructieregel dan toch te handhaven, kan zijn dat de beïnvloeding van het gemeentelijke bestuursniveau die in de Wro door het vaststellen van algemene regels mogelijk is, zich met de komst van de Omgevingswet en het omgevingsplan niet mag gaan uitstrekken over lokale regels ten aanzien waarvan de provincie thans geen voorafgaande 'instructies' kan geven of achteraf met een 'reactief ingrijpen' kan optreden. Daar zit wel wat in. Aan de andere kant: de provincie kan als iedere andere belanghebbende beroep instellen tegen het omgevingsplan en als gezegd blijft dat beroep niet beperkt tot regels als bedoeld in art. 4.2 Ow maar betreft het zonder meer ook de regels als bedoeld in art. 4.1 Ow.

Resteert het punt van de beïnvloeding vooraf. Een reëlenlijke vraag is of een reëel risico bestaat dat provincies (of het Rijk) zich na inwerkingtreding van de Omgevingswet op onaanvaardbare schaal gaan bemoeien met regels die de fysieke leefomgeving betreffen en die thans in lokale (autonome) verordeningen staan. Mij zijn daarover geen onderzoeksgegevens of concrete aanwijzingen bekend. De juridische complicaties die in relatie tot verschillende onderdelen van de Omgevingswet voortvloeien uit het diffuse onderscheid tussen omgevingsplanregels ex art. 4.1 Ow respectievelijk art. 4.2 Ow, staan wat mij betreft vast. Het onderscheid verdient daarom mijns inziens heroverweging, waarbij de vrees voor een onaanvaardbare bemoeienis met gemeentelijke of provinciale aangelegenheden moet worden afgezet tegen het feit dat het onderscheid in de beroepsfase er niet toe doet én het schrappen van het onderscheid de Omgevingswet op verschillende onderdelen, waaronder de ontheffingsbevoegdheid, eenvoudiger (en voorspelbaarder) maakt. Inmiddels ben ik op het standpunt beland dat schrappen de voorkeur verdient.

4. Ontheffing en advies met instemming

Als een ontheffing wordt aangevraagd met het oog op een voorgenomen besluit tot verlening van een omgevingsvergunning waarbij met toepassing van art. 2.12, eerste lid, onderdeel a, onder 2^o of 3^o van de Wabo van het bestemmingsplan of de beheersverordening wordt afgeweken, dan wordt de verleende ontheffing aangemerkt als een verklaring van geen bedenkingen als bedoeld in art. 2.27, eerste lid, van de Wabo. Dat volgt uit het tweede lid van art. 4.1a Wro. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de Omgevingswet. Begrijpelijk, want de verklaring van geen bedenkingen keert in het systeem van de Omgevingswet niet terug.

¹⁵ Zie mijn bijdrage: A.G.A. Nijmeijer, 'Het omgevingsplan. Een stap verder?', *M&R* 2014/121.

¹⁶ De onduidelijkheid wordt versterkt doordat in de memorie van toelichting de volgende passage staat: 'Regels (instructieregels, TN) over onverplicht in het omgevingsplan of de waterschapsverordening op te nemen onderdelen of onderwerpen kunnen er niet toe strekken dat deze alsnog in het omgevingsplan of de verordening moeten worden opgenomen. Zij kunnen er uitsluitend toe strekken om beperkingen of inhoudelijke regels te stellen voor het geval een onverplicht onderdeel/onderwerp in het omgevingsplan of de waterschapsverordening wordt of is opgenomen.' *Kamerstukken II* 2013/14, 33 963, nr. 3, p. 427.

¹⁷ Overigens speelt het onderscheid tussen regels ex art. 4.1 Ow resp. art. 4.2 Ow ook een bepalende rol bij het geven van een 'reactieve aanwijzing' met betrekking tot een omgevingsplan: zie art. 16.21 lid 2 Ow.

Tegelijkertijd is het zo dat ook met de komst van de Omgevingswet situaties blijven bestaan waarbij een ander bestuursorgaan dan het volgens de Omgevingswet voor de omgevingsvergunning bevoegde gezag (in de regel B&W; zie art. 5.8 Ow), een beslissende stem heeft bij de beslissing op een aanvraag om omgevingsvergunning. Bijvoorbeeld vanwege de bijzondere deskundigheid waarover dat andere bestuursorgaan beschikt. Om welke gevallen het gaat, zal bij amvb worden aangegeven.¹⁸ De beslissende stem van het andere bestuursorgaan heeft in de Omgevingswet de vorm van een *advies met instemming*. Zo'n advies heeft dezelfde werking als een verklaring van geen bedenkingen: als instemming is vereist maar niet wordt verleend, dan moet het bevoegde gezag de omgevingsvergunning weigeren.¹⁹

Het gegeven dat een met de verklaring van geen bedenkingen vergelijkbare figuur terugkeert in de Omgevingswet én het gegeven dat een pendant van de Wro-ontheffingsbevoegdheid in die wet terugkeert, roept de vraag op of het achterwege laten van een met art. 4.1a lid 2 Wro vergelijkbare bepaling verstandig is. Ik denk het niet. Als gezegd is een advies met instemming bij amvb aangewezen gevallen een voorwaarde om een omgevingsvergunning te kunnen verlenen. Is de activiteit waarvoor omgevingsvergunning is gevraagd in strijd met instructieregels en bevatten die regels een bevoegdheid tot het verlenen van ontheffing, dan is voor het verlenen van de omgevingsvergunning ook een ontheffing als bedoeld in art. 2.32 Ow vereist. Denkbaar is dat voor de instemming en de ontheffing hetzelfde bestuursorgaan is aangewezen. In dat geval is sprake van een vergelijkbare samenloop als naar huidig recht aan de orde is bij een verklaring van geen bedenkingen en een ontheffing als bedoeld in art. 4.1a lid 2 Wro. Naar mijn idee is (ook) onder vigeur van de Omgevingswet een 'dubbele toestemming' onnodig en kan één van beide toestemmingen ex lege worden gelijkgesteld met de andere.²⁰ Mijn voorkeur heeft het om aan te sluiten bij de bekende regeling uit de Wro en te bepalen dat een ontheffing die op basis van art. 2.32 Ow wordt verleend met het oog op een te verlenen omgevingsvergunning, wordt aangemerkt als een advies met instemming indien het een geval betreft waarin een dergelijk advies bij amvb is vereist.

¹⁸ Art. 16.16 lid 1 Ow.

¹⁹ Vgl. art. 2.20a Wabo. Zie ook mijn bijdrage: A.G.A. Nijmeijer, 'Toetsversie Omgevingswet. Besluitbevoegdheid en meebeslissende bestuursorganen: van verklaring van geen bedenkingen naar advies met instemming', *TBR* 2013/76.

²⁰ Nota bene: in het hierna nog te bespreken art. 16.85 Ow is bepaald dat een 'besluit over het verlenen van instemming' wordt geacht onderdeel uit te maken van het besluit waarop dat besluit betrekking heeft. Onder het laatstbedoelde besluit moet de beslissing op de aanvraag om omgevingsvergunning worden begrepen en dus niet een besluit tot verlening van een ontheffing.

5. Rechtsbescherming

5.1 Huidig recht

In het systeem van de Wro is een besluit tot verlening van een ontheffing niet afzonderlijk appellabel. Dat besluit gaat op in de procedure met betrekking tot het planologische besluit waarop de ontheffing ziet.²¹ Een afwijzende beslissing op een verzoek om ontheffing is naar huidig recht wél afzonderlijk appellabel.²²

5.2 Omgevingswet

Artikel 16.85 van de Ow - dat de 'bundeling van beroep' regelt - bepaalt dat een besluit *over* een ontheffing op grond van art. 2.32 van de Ow, wordt geacht deel uit te maken van het *besluit waarop dat besluit betrekking heeft*. Aldus geformuleerd, treft de bundeling van beroep dus zowel positieve als afwijzende beslissingen op een verzoek om ontheffing. Bundeling levert geen problemen op als de beslissing op het verzoek om ontheffing begunstigend is. Aannemelijk is dat er dan een appellabel besluit van B&W of de gemeenteraad volgt (strikt noodzakelijk is dat overigens niet), veelal het vaststellen van een omgevingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning (waarbij wordt afgeweken van het omgevingsplan).

Omdat het besluit waarbij ontheffing wordt geweigerd volgens de tekst van art. 16.85 Ow niet langer afzonderlijk appellabel is, zal door het bevoegd gezag dat om de ontheffing had verzocht eerst een besluit moeten worden genomen alvorens tegen de weigering om ontheffing te verlenen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Was de ontheffing nodig om een omgevingsvergunning in strijd met de instructieregels te kunnen verlenen, dan wordt die omgevingsvergunning geweigerd. In een in te stellen beroep tegen dat weigeringsbesluit, kan dan het niet verlenen van de ontheffing aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Is verzocht om de vaststelling van (een deel van) een omgevingsplan, dan kan op dat verzoek afwijzend worden beslist en loopt de rechtsbescherming tegen het besluit waarbij de ontheffing is geweigerd mee in de beroepsprocedure tegen de afwijzing om een omgevingsplan vast te stellen.

Laastiger ligt het bij een ambtshalve te nemen besluit tot vaststelling van (een deel) van het omgevingsplan. Als een ontheffing van de instructieregel niet wordt verleend, dan kan het zijn dat de

²¹ ABRvS 6 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW7636, met name r.o. 2.3.2.

²² Zie ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3094. In deze zaak oordeelde de Afdeling (r.o. 1.4) dat tegen de weigering om ontheffing te verlenen geen bezwaar kan worden gemaakt en dat de Afdeling in eerste en enige aanleg bevoegd is van een beroep tegen zo'n besluit kennis te nemen.

gemeenteraad geen besluit neemt en het omgevingsplan bij het oude laat. In dat geval is de geweigerde ontheffing volgens de tekst van art. 16.85 Ow niet appellabel. Appellabiliteit van een negatieve beslissing op een verzoek om ontheffing, vereist dat er door het verzoekende bestuursorgaan een appellabel besluit wordt genomen. De memorie van toelichting verkondigt een andere opvatting.²³ Gezegd wordt namelijk dat als na de weigering om ontheffing te verlenen geen ander besluit wordt genomen, die weigering zelfstandig appellabel is conform het systeem van de Awb. Die conclusie staat mijns inziens haaks op de tekst van art. 16.85 Ow. Los daarvan ligt het niet voor de hand dat de Awb onverkort van toepassing is. Net als het bestemmingsplan, is een omgevingsplan immers in eerste en enige aanleg appellabel bij de ABRvS. Het openstellen van rechtspraak in twee instanties tegen een geweigerde ontheffing die is aangevraagd met het oog op een vast te stellen omgevingsplan, vind ik in dat verband niet consequent. Dat geldt ook voor het kunnen maken van bezwaar tegen een geweigerde ontheffing, hetgeen momenteel niet mogelijk is.²⁴ Dergelijke veranderingen ten opzichte van het huidige recht verdienen een toelichting van de regering, maar die ontbreekt helaas.

Omgeacht die toelichting begrijp ik niet waarom art. 16.85 onder a Ow niet beperkt is tot het *begunstigende* besluit. Mijns inziens heeft het de voorkeur dat de weigering om ontheffing te verlenen afzonderlijk appellabel blijft, zodat het bevoegd gezag zich niet genoodzaakt ziet om een afwijzend besluit te nemen om op die manier een mogelijkheid tot rechtsbescherming tegen de geweigerde ontheffing te openen. In art. 16.85 Ow is overigens niet consequent voor één lijn gekozen. Ten aanzien van een besluit tot instemming wordt in onderdeel c van genoemd artikel namelijk alleen het positieve besluit genoemd. Dat betekent dat een geweigerde instemming afzonderlijk appellabel is terwijl juist ook hier gekozen had kunnen worden voor een bundeling, want zonder instemming zal er altijd een afwijzende beslissing op een aanvraag

om omgevingsvergunning volgen. Vreemd genoeg zegt de memorie op dit punt juist dat een weigering van de instemming 'wordt gebundeld' en dus niet afzonderlijk appellabel is.²⁵ Hier lopen toelichting en wettekst uiteen en is alleen al om die reden heroverweging geboden.

6. Conclusie en aanbevelingen

Artikel 2.32 van de Omgevingswet voorziet in een wettelijke grondslag voor het opnemen van ontheffingsbevoegdheden in instructieregels van provincie of Rijk. De reikwijdte van de ontheffingsbevoegdheid is in vergelijking tot art. 4.1a Wro/art. 4.3a Wro ruimer, omdat de in de Wro genoemde voorwaarde dat het moet gaan om 'bijzondere omstandigheden', niet in de Omgevingswet is overgenomen. Dat een ontheffing ook door andere bestuursorganen dan B&W kan worden aangevraagd, valt toe te juichen.

Ten aanzien van art. 2.32 Ow is echter ook een aantal aandachtspunten gesignaleerd die leiden tot de volgende aanbevelingen:

1. Heroverweeg het onderscheid tussen omgevingsplanregels als bedoeld in art. 4.1 en art. 4.2 van de Omgevingswet;
2. Neem een regeling op voor het geval dat voor één besluit een advies met instemming en een ontheffing van een instructieregel nodig is;
3. Schrap de mogelijkheid om een ontheffing te verlenen die slechts een bepaalde tijd geldig is;
4. Zorg ervoor dat de weigering om een ontheffing te verlenen afzonderlijk appellabel is.

In de brief van 19 mei 2016 kondigt de regering aan dat de Invoeringswet Omgevingswet een aantal aanvullingen en wijzigingen zal bevatten ten opzichte van de Omgevingswet zoals die op 22 maart 2016 door de Eerste Kamer is aangenomen.²⁶ Bij de totstandkoming van de Invoeringswet zouden voornoemde aanbevelingen kunnen worden betrokken. ●

²³ NB: in de toelichting wordt in dit verband art. 16.83, dat is in het uiteindelijke wetsvoorstel art. 16.85 geworden.

²⁴ ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3094 (r.o. 1.4).

²⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 963, nr. 3, p. 576.

²⁶ Zie Brief van de Minister van Infrastructuur en Milieu, d.d. 19 mei 2016 (IENM/BSK-2016/99390). De aanvulling betreft onder meer een planschaderegeling en het kunnen opnemen van een omgevingsvergunningstelsel in een omgevingsplan.