

4 De bestuursrechtelijke omgeving van de Omgevingswet

Een ambitieuze ‘bijzondere’ wet en het algemeen bestuursrecht

Raymond Schlössels

“De opsomming van de verbeterdoelen in de memorie van toelichting doet zelfs geen enkele moeite om iemand buiten het omgevingsrecht voor de onderneming te interesseren.”¹

1 INLEIDING

In april 2020 werd de op dat moment geplande datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet (1 januari 2021) tot nader bericht uitgesteld.² Debet hieraan was de coronacrisis en vertraging bij de realisatie van een betrouwbare digitale omgeving. Toch lijkt de veelbesproken Omgevingswet na een jarenlang totstandkomingstraject binnen afzienbare termijn haar ambities in de praktijk te gaan waarmaken. Het uitstel toont echter opnieuw aan dat het project complex en kwetsbaar blijft.

De randvoorwaarden voor inwerkingtreding zijn niet op een achternamiddag vervuld. Het gaat om een enorme hoeveelheid uitvoeringsregelingen en aanvullende wetgeving, alsmede om specifieke wetgeving voor de inwerkingtreding. Verder dient het licht op groen te staan voor de hiervoor genoemde digitale infrastructuur en moet de (decentrale) implementatie zijn geborgd.

De perikelen rondom de fundamentele herziening van het omgevingsrecht houden de specialisten overigens al heel lang bezig. Er zijn – voor zover ik dit kan overzien – intensieve debatten, óók principieel-staatsrechtelijke³ gevoerd over de keuzen die bij het ontwerpen van de wet zijn gemaakt. Deze zien onder meer op de verticale en horizontale bevoegdheidsverdeling tussen

¹ G. Boogaard, ‘De thorbeckiaanse omwenteling in de Omgevingswet’, *Recht der Werkelijkheid* 2019, p. 17 e.v.

² Zie de brief van de minister van Milieu en Wonen van 1 april 2020, kenmerk 2020-0000174160. Momenteel (maart 2021) wordt gemikt op 1 januari 2022. Deze bijdrage is gedeels gebaseerd op de stand van zaken begin 2020. Slechts incidenteel zijn latere ontwikkelingen meegenomen.

³ F. Groothuijse, K. Landman & R. Nehmelman, ‘Constitutionele aardverschuivingen in het omgevingsrecht?’, *NJB* 2018/637, p. 848 e.v. Volgens minister Ollongren hebben de ‘staatsrechtelijke aspecten’ ruim aandacht gekregen. De kritiek in de literatuur werd niet gedeeld. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34986, 6.

(en binnen) de Rijksoverheid en de decentrale overheden en op het stelsel van gelede (gedelegeerde) normstelling.

In het startdocument voor deze bundel gaven de initiatiefnemers aan het niet over die keuzen te willen hebben. De blik is gericht op de toekomst. Hoe kan de Omgevingswet bijdragen aan de actuele omgevingsrechtelijke problemen en welke valkuilen zijn te voorzien? Hieraan voegde de redactie nog iets belangrijks toe. Vertrouwen in de gloednieuwe wet dient het vertrekpunt te zijn. Geen gebrom en zwarte verhalen!

Als beoefenaar van het algemeen bestuursrecht – en sinds mijn proefschrift⁴ tegenstander van vergaande ‘integratie’ van wetgeving – was ik overigens niet van plan om een ‘mopperstuk’ te schrijven. De nieuwe wet heeft ongetwijfeld tekortkomingen van rechtsstatelijke aard. Voor een deel is dit inherent aan dit type wetgeving. Bij het ontwerpen van een wet als de Omgevingswet wordt nu eenmaal sterk instrumenteel gedacht. Het gaat om de ordenende en sturende kracht van de regeling. De rechtsstaat geldt uiteraard als een belangrijk kader, maar is niet de ultieme bouwhandleiding. Er resteren altijd rechtsstatelijke discussiepunten, waaronder punten die de aard, intensiteit en omvang van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming raken. Alleen al over het omgevingsplan en rechtsbescherming zijn boeken vol te schrijven.⁵

Mopperen over instrumentele keuzen doe ik hierna (bijna) niet. Hoe regulering en ordening op een bijzonder deel worden vormgegeven is weliswaar interessant, maar het gaat vaak om rechtspolitieke afwegingen. Bovendien ben ik geen omgevingsrechtelijk expert. Wat mij boeit is de vraag hoe we de Omgevingswet vanuit de bestuursrechtelijke dogmatiek en algemene theorie kunnen duiden. Hoe past het instrumentarium in de bestuursrechtelijke (en deels ook staatsrechtelijke) omgeving en wat is er vanuit dit bredere perspectief geslaagd en minder geslaagd aan deze ‘high tech’-wet? Verder is het nuttig de verwachtingen die met betrekking tot de nieuwkomer bestaan te duiden en te waarden tegen de achtergrond van een aantal algemene ontwikkelingen in het bestuursrecht.

De juridische ‘omgeving’ waar de titel van deze bijdrage op doelt, is daarom ruim. Het gaat om de grondslagen van het bestuursrecht, om fundamentele rechten en beginselen, algemene visies op de verhouding overheid-

⁴ R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel. Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsrioriteit* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998. Zie verder R.J.N. Schlössels, ‘De ondraaglijke lichtheid van het specialiteitsbeginsel. Iets over integratie van bestuursbevoegdheden, coördinatie van besluiten en rechtsbescherming’, in: *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel; A.W. Heringa, A.M.L. Jansen, E.C.H.J. van der Linden & L.F.M. Verhey (red.)), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 153 e.v.

⁵ Zie bijv. uitvoerig over het omgevingsplan en rechtsbescherming F.A.G. Groothuijse & R. Kegge, *Het omgevingsplan, integraal en marginaal?*, *Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht* nr. 45, 2017, i.h.b. p. 79 e.v. (van de hand van Kegge).

burger en natuurlijk om de Algemene wet bestuursrecht als dogmatisch referentiekader.

2 UITGANGSPUNTEN EN HET DNA VAN DE OMGEVINGSWET

2.1 Complexiteit

Wie de geconsolideerde⁶ tekst van de Omgevingswet en de parlementaire geschiedenis bestudeert, komt er snel achter dat het gaat om complexe materie. Zelfs een geoefend bestuursrechtelijke jurist, niet zijnde een superspecialist omgevingsrecht, heeft moeite om snel een goed beeld te krijgen van het systeem van omgevingsrechtelijke taken en bevoegdheden. Het doorgronden van de doelstellingen en ambities van de nieuwe wet is evenmin eenvoudig.

De complexiteit van de Omgevingswet heeft verschillende oorzaken. Zo ziet de wet op veel verschillende omgevingsrechtelijke onderwerpen die eigenlijk allemaal vragen om specifieke instrumenten ter regulering. Het geheel der delen wordt dan onvermijdelijk complex. Nijmeijer en Soppe concludeerden in dit verband terecht dat er grenzen zijn aan de vereenvoudiging van wet- en regelgeving.⁷ Het reguleren van geluidhinder is bijvoorbeeld iets anders dan het tegengaan van stankhinder. En dit zijn nog twee 'klassieke' milieuaspecten. Een wet die op veel diversiteit ziet gaat al snel gebukt onder een zekere 'verrommeling'.

De ontwerpers hebben oplossingen gezocht in een vergaande integratie van (bestaande) wetten en in het hanteren van gespecialiseerde bestuursrechtelijke instrumenten (bijv. omgevingswaarden, instructieregels en programma's). Die bijzondere instrumenten zijn dogmatisch niet één-twee-drie in termen van de Algemene wet bestuursrecht te duiden. Ook taalkundig zijn er talrijke lastige begrippen en samentrekkingen⁸ (bijv. omgevingsplanactiviteit, moderniseringslocatie). Ten slotte is de verhouding tussen de wet in formele zin en de daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten (AMvB's) ronduit ingewikkeld.

Een voorbeeld biedt het systeem dat wordt gehanteerd bij de beoordeling van omgevingsvergunningen (art. 5.18 Omgevingswet e.v.). Hier is al lang

⁶ De tekst van de Ow waarin de in het wetsvoorstel Invoeringswet Omgevingswet voorgestelde wijzigingen zijn verwerkt. Beschikbaar via Omgevingswetportaal.nl.

⁷ A.G.A. Nijmeijer & M.A.A. Soppe, 'Alles draait om de eenvoud. De Omgevingswet tussen Haagse bluf en fata morgana?', in: *Goed verdedigbaar* (T. de Gier e.a. red.), Deventer: Kluwer 2011, p. 440.

⁸ Bijv. het in één adem noemen (art. 1.2 lid 3 onder c) van een activiteit waardoor 'emissies, hinder en risico's' worden veroorzaakt. Emissies en hinder zijn fysiek bepaald terwijl een risico een (statistische) factor betreft die strikt genomen niet door een activiteit wordt veroorzaakt maar vanuit de activiteit een verband legt met een toekomstig (maar onzeker) gevolg.

geen sprake meer van een enkelvoudige beschikking die aan een beperkt aantal heldere wettelijke criteria wordt getoetst.

Het wettelijke systeem doorgronden is bijna mandarijnenwetenschap. Dit roept de vraag op hoe private partijen het nieuwe systeem in de praktijk zullen ervaren. Een gemiddelde burger zal vrijwel *niets* van de wettekst begrijpen. Dat staat vast. De Omgevingswet is geen schoolvoorbeeld van een 'responsieve' toegankelijke wet'.⁹ Het is – alle bezwerende taal van bewindspersonen ten spijt – een wet voor superspecialisten. Zelfs bij die specialisten heerst twijfel. Vanuit de advocatuur is erop gewezen dat de Omgevingswet geen vereenvoudiging brengt ten opzichte van het bestaande systeem en dat zelfs de deskundigen die met de huidige (sectorale) wetten werken 'volledig gedesorieënt' zullen raken.¹⁰

Is dit overtrokken? Ik twijfel. Of de betrokken professionele actoren (ook aan de zijde van de overheid!) het nieuwe systeem snel en goed in de vingers krijgen is in ieder geval niet zeker. Het zal nog een forse inspanning vergen, ook van de bestuursrechter.

2.2 Het DNA van de Omgevingswet

Om snel een beeld te krijgen van de uitgangspunten van de Omgevingswet is de (al wat oudere) Engelstalige publicatie 'Simpler and Better' van het ministerie nuttig.¹¹ Volgens deze brochure zijn bij het ontwerpen van de Omgevingswet een vijftal principes gehanteerd (die uiteraard terugkeren in de memorie van toelichting). Het gaat om het borgen van het bestaande beschermingsniveau ten aanzien van de fysieke leefomgeving, het hanteren van een programmatische en geïntegreerde aanpak, het streven naar een betere afstemming met het Unierecht (o.m. met omgevingsrechtelijke richtlijnen), het respecteren van de bestaande verdeling van bestuurlijke verantwoordelijkheden en het versterken van het vertrouwen van de overheid in private partijen: "...giving responsibility for spatial planning back to the community and working on the basis of trust...".

De titel van de Engelstalige brochure verraadt direct het *bestuursrechtelijke DNA* van de Omgevingswet. De titel doet immers denken aan het bekende rapport van de Commissie Elverding over het versnellen van infrastructurele projecten: 'Sneller & Beter'.¹² Dit rapport verscheen tijdens het hoogtepunt van de kredietcrisis aan de vooravond van de economische crisis, de periode

⁹ Hier ligt een grote uitdaging om via toegankelijke informatie een bruikbare 'interface' te realiseren.

¹⁰ J. van der Grinten & T. Kortmann, 'Stop de Omgevingswet', *NJB* 2019/2695, p. 3233.

¹¹ *Simpler and Better. The Environmental Planning Act: the Main Changes*, Ministry of Infrastructure and the Environment 2013.

¹² Advies commissie versnelling besluitvorming infrastructurele projecten 2008.

waarin de plannen voor de Omgevingswet rijpten. De ‘sneller en beter’-aanpak, zoals deze ging heten, is volgens de memorie van toelichting ‘verankerd’ in het voorstel voor de Omgevingswet.¹³

In het regeerakkoord ‘Vrijheid en verantwoordelijkheid’ van het kabinet Rutte I (2010) werd al duidelijk gezinspeeld op een geïntegreerde omgevingswet, die werd aangekondigd in het akkoord van Rutte II (‘Bruggen slaan’, 2012). In 2010 werd fors ingezet op de versoering van de Algemene wet bestuursrecht, het permanent maken van de Crisis- en herstelwet en het bieden van meer verantwoordelijkheid op ruimtelijk gebied aan provincies en gemeenten (en bovendien op het invoeren van de 130 km op autosnelwegen...!). Tien jaar geleden ademde alles nog een sfeer van versnelling en vrij ondernemen (daar veranderde de deelname van de PvdA aan Rutte II weinig aan), vereenvoudiging en maatschappelijke verantwoordelijkheid. Het klimaatbeleid en de baanbrekende Urgenda-rechtspraak¹⁴ (laat staan de coronacrisis) stond ons nog niet op het netvlies. De BV-Nederland en de infrastructuur moesten vooruit: méér asfalt en méér ruimtelijke mogelijkheden om de economie fors aan te jagen (uiteraard ook toen al onder de vlag van ‘duurzame ontwikkeling’; maar dat was nog deels lippendienst).

Het voorafgaande onthult het oer-gedachtengoed waarop de Omgevingswet is gebaseerd; het maakt ook direct duidelijk dat de Omgevingswet een stevige (*recht*)politieke lading heeft. Het is een wet met een uitgesproken beleidsmatige missie, in ieder geval is zij niet primair een neutrale normatieve systeemwet die dogmatische kaders en normering centraal stelt. De Omgevingswet is een rasecht instrumenteel product van de tijdgeest. Daar is niets mis mee, maar het is een belangrijk gegeven. De Omgevingswet is een wet met een flexibel stelsel van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden gericht op het kunnen doorzetten van beleid. Zij kan hierdoor (waarschijnlijk) op veel verschillende situaties inspelen en zo ten dienste staan van het realiseren van politiek-bestuurlijke keuzen.

2.3 Problemen van het heden en het inlossen van verwachtingen

Hoe groter de politiek-beleidsmatige lading van een wet, hoe groter de kans dat de wet snel verouderd en juist niet meer bij de tijd is. Is de Omgevingswet – waarvan indertijd met veel bravoure is gesteld dat zij een adequaat en toekomstbestendig¹⁵ instrumentarium biedt – met de uitgangspunten en basiskeuzen van tien jaar geleden ook in 2021 nog een wet die ‘state of the art’ is? Of is zij al achterhaald? Ook dit kan ik als niet-deskundige moeilijk beoordelen.

¹³ MvT, p. 33.

¹⁴ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*)

¹⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 33118, 3.

Maar het is de vraag of de nieuwe wet de grote problemen waarmee Nederland nu en de komende decennia wordt geconfronteerd (bijv. stikstofproblematiek, de PFAS-crisis, de energietransitie, de zeespiegelstijging en het afbouwen van de aardgaswinning) sneller en beter in goede banen zal leiden dan de wetgeving die zij vervangt. Het vertrouwen is er, maar het zal moeten worden waargemaakt. Nederland staat voor omgevingsrechtelijke vraagstukken van formaat. En de Omgevingswet is bij haar inwerkingtreding al behoorlijk op leeftijd. Zo klinkt de hedendaagse oriëntatie op fundamentele rechten (denk onder meer aan de aardgasproblematiek en het terugdringen van de CO₂-uitstoot) maar beperkt door.

Hoe dan ook, vast staat dat we door de Omgevingswet (of zij nu slaagt of niet) veel kunnen (gaan) leren over de effecten van instrumentele wetgeving met een sterke beleidsmatige dynamiek. De complexe stelselwijziging ziet bovendien op een thema met een enorme impact: onze gezamenlijke leefomgeving.¹⁶ Leidend is de vraag of en in hoeverre dit type wetgeving daadwerkelijk bijdraagt aan het oplossen van grote problemen op de betrokken beleidsterreinen. Zo bezien is de Omgevingswet een pionierende en experimentele wet.

2.4 Maatschappelijke verantwoordelijkheid als missie

De Omgevingswet verwacht veel van private partijen. Zij kiest voor maatschappelijke verantwoordelijkheid. Met de keuzen op het gebied van maatschappelijke verantwoordelijkheid sluit de Omgevingswet naadloos aan bij een veel bredere tendens in het bestuursrecht. We herkennen die tendens bijvoorbeeld eveneens in het kader van de uitvoerige discussies over de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en het beruchte keukentafelgesprek. In de toelichting van de Omgevingswet is zelfs uitdrukkelijk naar dit sociale domein gekeken waar is opgemerkt:

“Naar voorbeeld van de ontwikkelingen in het sociale domein, kan in het omgevingsrecht veel meer worden uitgegaan van het oplossend vermogen van private partijen. De rol van de overheid zou dan beperkt kunnen blijven tot het bieden van een vangnet waar dat vermogen ontbreekt.”¹⁷

Hoe groot is de kans dat deze verwachting uitkomt? Dit is koffiedikkijken. De neoliberale rechtspolitieke filosofie is momenteel in ieder geval aan het kantelen. Naast eigen verantwoordelijkheid en marktwerking is er weer meer aandacht voor de dienende functie van de overheid en de borging van publieke taken. De coronacrisis stelt het marktdenken zwaar op de proef en we zijn een

¹⁶ T. Arnoldussen & D. Chevallier, ‘De Omgevingswet: nieuw ruimtelijk recht (?)’, *Recht der Werkelijkheid* 2019, p. 15.

¹⁷ MvT p. 24-25.

toeslagenaffaire rijker. Binnen het sociale domein zijn inmiddels met groot-schalige wetgevingsprojecten die sterk sturen op maatschappelijke verantwoordelijkheid indringende ervaringen opgedaan. De torenhoge verwachtingen zijn door deze verwante ‘integratieve’ wetgeving met veel aandacht voor ‘private verantwoordelijkheid’ niet ingelost. Ten aanzien van de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Participatiewet – producten van dezelfde tijdgeest als de Omgevingswet – zijn de resultaten weinig rooskleurig.

Wat de laatstgenoemde wet betreft kan worden gewezen op het rapport betreffende de eindevaluatie van het Sociaal Cultureel Planbureau. De idee dat de integratie van bestaande regelingen leidt tot een betere uitvoering en minder complexiteit bleek niet zonder meer te kloppen. Het samenvoegen van regelingen en een ‘integrale’ aanpak van de (arbeidsmarkt)problematiek leidde nog niet tot meer arbeidsparticipatie en evenmin tot een eenvoudiger systeem.¹⁸ De hoofdproblematiek werd niet opgelost. Ook het (fiscale) toeslagensysteem voldeed niet en veroorzaakte zelfs ernstige problemen vanuit het burgerperspectief. Zou het de Omgevingswet anders en beter vergaan?

2.5 Instrumentaliteit en waarborg; Staat en maatschappij

De instrumentele lading van de Omgevingswet klinkt krachtig door in de memorie van toelichting. Hier speelt het begrip ‘beleid’ in al zijn facetten onmiskenbaar de hoofdrol. Er wordt bijna 700 keer (!) melding van gemaakt: beleidskeuzes, integraal beleid, beleidscyclus, beleidsdoelen, beleidsdoorwerking, beleidsontwikkeling, beleidssectoren, beleidsneutraal etc. etc. Het begrip ‘waarborg’ valt opmerkelijk genoeg maar 7 keer (volgens de telling van mijn computer) en dan nog niet eens altijd in relatie met de rechtspositie van de burger. Dit zegt natuurlijk lang niet alles, maar toch wel iets. Er lijkt – laat ik voorzichtig zijn – sprake van een *disbalans* tussen instrumentaliteit en waarborg. Bestuursrechtelijk is dat geen gunstig signaal. Juist op een beleidsterrein waar belangenconflicten een grote rol spelen en fundamentele rechten vaak indringend in geding zijn zou men meer evenwicht verwachten tussen de twee basale dimensies van het bestuursrecht. Waar de wet dit evenwicht onvoldoende biedt, zal de rechter daarom noodzakelijkerwijs moeten bijspringen door fundamentele rechten en algemene rechtsbeginselen te borgen.

De rechter zal in dit verband zijn positie moeten bepalen ten aanzien van (de wil van) de wetgever. Dit is een interessant punt. De Omgevingswet beoogt immers de verhouding tussen waarborg en instrumentaliteit *weloverwogen* bij te stellen. In de memorie van toelichting wordt bijvoorbeeld opgemerkt

¹⁸ Sociaal Cultureel Planbureau, *Eindevaluatie Participatiewet*, Den Haag 2019.

dat in het bestaande omgevingsrechtelijke stelsel te veel de nadruk ligt op zekerheid en te weinig op groei en duurzame ontwikkeling.¹⁹ Ook wordt betoogd dat er een overgang moet komen van een werende benadering in het omgevingsrecht naar een beleidscyclus waarbinnen continue zorg en ruimte voor ontwikkeling centraal staan.²⁰ Omdat flexibiliteit en doorzettingsmacht belangrijke uitgangspunten zijn, is het niet vreemd dat het perspectief van de waarborgen – dat uiteraard wel aanwezig is – weinig aandacht krijgt. Nogmaals: dit is *een bewuste keuze* van de wetgever, maar het is de vraag hoe binnen de ‘trias’ de reactie zal zijn van de rechter.

Het is geen al te gewaagde voorspelling dat een wet als de Omgevingswet op zijn minst voeding geeft (en moet geven) aan een intensievere rechterlijke toets. Ik verwacht vooral het nodige van de toets aan fundamentele rechten en meer aandacht voor het evenredigheidsbeginsel. Wil de Omgevingswet vertrouwen wekken dan zal de basis hiervoor immers niet alleen kunnen volgen uit flexibiliteit en beleidsdynamiek. Een rechtsstatelijke reactie binnen de ‘trias’ zal dan – vgl. ook de Urgenda-rechtspraak – niet uitblijven.

Om dan toch een beetje te mopperen: hier was binnen de gekozen uitgangspunten veel meer mogelijk geweest en de wetgever had die mogelijkheden naar mijn mening met beide handen moeten aangrijpen om de wet toekomstbestendiger te maken! Zo had de Omgevingswet het *burgerperspectief* strak in de verf moeten zetten door bijvoorbeeld in hoofdstuk 1 (‘Algemene bepalingen’) een afdeling te wijden aan de fundamentele rechten van burgers in het omgevingsrecht en aan de algemene omgevingsrechtelijke beginselen.²¹ Subjectieve rechten (m.n. ook fundamentele) en beginselen zijn de rechtsnormen van de toekomst, zeker wanneer het klassieke legaliteits- en bevoegdheidsdenken onder invloed van digitale besluitvorming verder erodeert.²² Nu blijft het vooral bij een duiding van het begrip ‘fysieke leefomgeving’, het formuleren van de maatschappelijke doelen van de wet en een *zorgplicht*-bepaling (art. 1.6).

2.6 Dominant beleidsperspectief

Men kan tegenwerpen dat bij het ontwerpen van de Omgevingswet juist veel aandacht is uitgegaan naar het Unierechtelijke perspectief, waar diverse (omgevingsrechtelijke) rechten van burgers zijn geborgd in talrijke richtlijnen en

¹⁹ MvT, p. 4.

²⁰ MvT, p. 7.

²¹ Pas in art. 3.3 volgt een aantal beginselen gelet op de doorwerking hiervan in een omgevingsvisie.

²² Vgl. bijv. A. Meuwese, ‘Grip op normstelling in het datatijdperk’, in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, VAR-reeks 158, Den Haag: Boomjuridisch 2017, p. 177.

verordeningen en waar omgevingsrechtelijke beginselen een belangrijke rol spelen. Dat is zo, maar ook hier domineert het beleidsperspectief.

Ten eerste is van belang dat de systematiek van de Omgevingswet is gebaseerd op de beleidscyclus die tot uitdrukking komt in diverse Europese richtlijnen. Deze cyclus is gericht op het actief realiseren van doelen vanuit een 'nulsituatie' waarbij door middel van monitoring het proces naar de toekomst toe voortdurend kan worden bijgestuurd. Dit verklaart instrumenten zoals het vaststellen van facultatieve en verplichte 'omgevingswaarden'²³ (bijv. met het oog op de kwaliteit van onderdelen van de fysieke leefomgeving) die vervolgens (onder meer) actief worden gerealiseerd door een systeem van facultatieve en verplichte 'programma's'.²⁴ Deze programma's zijn op uitvoering gericht. Zij concretiseren het beleidsmatige kader voor het uitvoeren van taken en bevoegdheden. Tevens formuleren zij maatregelen om aan geformuleerde omgevingswaarden te (kunnen) voldoen. Het gaat hier om een ingenieus systeem van juridische instrumenten dat vooral is gericht op actieve beleidsrealisatie.

Ten tweede worden de omgevingsrechtelijke beginselen die in de wet zijn verankerd in de memorie van toelichting uitdrukkelijk aangemerkt als 'beleidsbeginselen'.²⁵ Dit soort beginselen vervult een andere functie dan de klassieke publiekrechtelijke waarborgbeginselen van de rechtsstaat.²⁶ Zij *sturen* het overheidshandelen beleidsinhoudelijk.

2.7 Ambities op macroniveau

De ambities van de Omgevingswet reiken intussen veel verder dan de omgevingsrechtelijke beleidsrealisatie. De wet koestert, zoals al bleek, een maatschappelijk-juridische sturingsambitie op macro niveau. Zo is de Omgevingswet niet alleen een wet met een duidelijke visie op de verhouding tussen *recht en beleid* maar óók – en dit is nog veel fundamenteeler – op de verdeling van verantwoordelijkheden tussen *Staat en maatschappij*. De Omgevingswet wil de verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en burger in het omgevingsrechtelijke domein herijken. De sturende, regulerende en ordenende overheid dient binnen het omgevingsrecht meer ruimte te laten voor maatschappelijke vrijheid.

²³ Zie Afdeling 2.3 Ow.

²⁴ Zie Afdeling 3.2 Ow.

²⁵ MvT, p. 37.

²⁶ Zie voor een typologie van verschillende soorten (bestuursrechtelijke) beginselen. R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht, in: *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht* (R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, H.J.A.M. van Geest & S. Hilleegers), Deventer: Kluwer 2004, p. 13 e.v.

Dit laat zich bijvoorbeeld vertalen naar een voorkeur voor sturing via algemene regels²⁷ en het terugdringen van toestemmingsinstrumenten in concreto, zoals de vergunning. De eigen verantwoordelijkheid van burgers leidt op haar beurt tot een versterken van het (bestraffende) handhavingsinstrumentarium (i.h.b. de bestuurlijke boete). Meer vrijheid betekent vaak dat de overheid graag een stok achter de maatschappelijke deur plaatst!

Nog afgezien van de vraag of en in hoeverre burgers – een zeer gedifferentieerde groep – in staat zijn om verantwoordelijkheid te nemen en te dragen, is een bindend vertrouwen tussen partijen een randvoorwaarde. Vertrouwen in de overheid is een belangrijk algemeen bestuursrechtelijk thema²⁸ dat óók door de Omgevingswet op de agenda wordt geplaatst. Van belang is echter het inzicht dat nieuwe wetgeving hier niet alleen de sleutel in handen heeft.

3 VERTROUWEN EN BURGERPERSPECTIEF

3.1 Van ‘command en control’ naar ‘netwerkbestuur’

De Omgevingswet sluit goed aan bij fundamentele veranderingen in het denken over de functie van het bestuursrecht en de verhoudingen tussen overheid en burger (s). Zo bezien is het zeker een moderne wet. In de bundel ter gelegenheid van de vijftiende verjaardag van de Algemene wet bestuursrecht karakteriseerde Van den Berge deze veranderingen als volgt:

“Bij het uitvoeren van beleid vertrouwen overheden veelal niet langer op een verticaal en centralistisch model van ‘command and control’, maar op ‘publiek-private samenwerking’, ‘netwerkbestuur’ en ‘regulering op afstand’ als meer horizontaal georiënteerde strategieën om hun doelen te verwezenlijken.”²⁹

Toch is de omslag in de Omgevingswet allesbehalve radicaal. Het verticale ‘command and control’-perspectief is nog duidelijk aanwezig. De Omgevingswet is, ondanks haar uitgesproken intenties op het vlak van maatschappelijke verantwoordelijkheid en vrijheid, een wet die krachtig inzet op (zo nodig eenzijdig te realiseren) sturing, ordening, afstemming, doorzetting, realisatie en

²⁷ Men spreekt over de ‘administrative state’ of de ‘regulatory state’. Controlemogelijkheden in concreto nemen af. Zie bijv. W. Voermans, ‘Besturen met regels, volgens de regels’, in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, VAR-reeks 158, Den Haag: Boomjuridisch 2017, p. 14.

²⁸ Zie de preadviezen van Damen, Kortmann & Van Zutphen in: *Vertrouwen in de overheid*, VAR-reeks 160, Den Haag: Boomjuridisch 2018.

²⁹ L. van den Berge, ‘Macht en tegenmacht in de netwerksamenleving. Drie uitdagingen voor het bestuursrecht van de toekomst.’, in: *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels), Deventer: Wolters-Kluwer 2019, p. 3.

handhaving. Hier gaat het – achter een hedendaags scherm van ‘wederzijds’ vertrouwen – toch om het klassieke gezagmodel dat is gebaseerd op harde juridische bevoegdheden die maatschappelijke interventies mogelijk maken. Te wijzen valt op diverse bevoegdheden waarmee de burger rechtstreeks wordt (of kan worden) geconfronteerd (het stellen van regels in soorten en maten, de omgevingsvergunning als centraal preventief toetsingsinstrument, het projectbesluit (als uiting van de integrale benadering en de ‘sneller en beter’-aanpak³⁰), gedoogplichten en bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden).

Ook in de interbestuurlijke verhoudingen is het arsenaal bestuursbevoegdheden niet mis te verstaan. Illustratief is het stelsel van (proactieve³¹) instructieregels en instructies (Afdeling 2.5). Weliswaar omarmt de Omgevingswet een subsidiariteitsgedachte waarbij het primaat van de gemeentelijke bestuursorganen in theorie voorop staat³², maar dit doet er niet aan af dat het effectief realiseren van ruimtelijk beleid de ‘top down’-benadering niet kan missen. Het spreekt daarom voor zich dat de Omgevingswet met het oog op het provinciale en nationaal belang, alsmede gelet op internationaalrechtelijke verplichtingen interventies juridisch faciliteert, hoewel een terughoudend gebruik van bevoegdheden wordt bepleit.

3.2 Inzetten op een cultuuromslag

De ‘harde kern’ van de Omgevingswet is omgeven met een filosofie van maatschappelijke verantwoordelijkheid (zie hiervoor) en burgerparticipatie. De wetgever wil de overheidscultuur veranderen. Dit streven is misschien *nog* ambitieuzer dan het tot stand brengen van de Omgevingswet als zodanig. Zo wijst de memorie van toelichting erop dat er bij het bestuur een cultuuromslag nodig is.

Grote verwachtingen zijn er wat betreft de *participatieve* aanpak (tegenwoordig gaat het meer over een *responsieve* aanpak), goede informatie-uitwisseling en de kracht van de digitalisering en omgevingsdiensten.³³ Ook van de meer professionele private partijen wordt veel verwacht. Het eigen initiatief

³⁰ In beginsel kan bij *één besluit* een specifiek project (bijv. een windmolenpark) mogelijk worden gemaakt, waarbij het toepasselijke omgevingsplan wordt gewijzigd. Het projectbesluit kan ook de plaats innemen van de benodigde omgevingsvergunningen (zie art. 5.52 Ow).

³¹ Bij het niet naleven van instructieregels en instructies zal het beschikbare (generieke) interbestuurlijke toezichtinstrumentarium uitkomst moeten bieden.

³² Art. 2.3 Ow.

³³ MvT, p. 25. Inmiddels is echter duidelijk dat deze diensten niet naar behoren functioneren. Capaciteit, deskundigheid en slagkracht schieten kennelijk (nog altijd) tekort. Oplossingen lijken opnieuw te worden gezocht in centralisatie en (bedrijfseconomische) schaalvergroting. Zie het rapport van de commissie Van Aartsen ‘*Om de leefomgeving. Omgevingsdiensten als gangmaker voor het bestuur*’, maart 2021.

ziet zelfs op het organiseren van participatie: “De regering verwacht van bedrijven die zelf projecten initiëren dat zij vroegtijdig participatie van de omgeving organiseren en samenwerken met andere initiatiefnemers in een gebied en zo een bijdrage leveren aan de verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving.”³⁴ Dit soort intenties dragen misschien wel de grootste verwachtingen van de Omgevingswet. Het zijn verwachtingen die het hart van het hedendaagse bestuursrecht (kunnen) raken: het faciliteren van een verantwoordelijke, publieke samenleving. Maar is dit streven realistisch?

Opvallend is dat de Omgevingswet sterk vertrouwt op een cultuuromslag. Dit biedt echter weinig garanties. Goede (materiële) participatie is afhankelijk van de betrokkenheid en inzet van overheid en burgers (waaronder bedrijven). Dat valt echter moeilijk af te dwingen. De Omgevingswet is hier afhankelijk van de maatschappij en zij zal niet kunnen bouwen op haar juridische kracht. In de literatuur is er terecht op gewezen dat van de Omgevingswet als juridisch document waarschijnlijk weinig mag worden verwacht.³⁵ De wet legt immers de nadruk op formele aspecten van burgerparticipatie en lijkt dan ook niet meer te bieden dan de bestaande regelingen. De weerbarstige problematiek van stapeling, trechtering en fragmentatie van participatie wordt niet fundamenteel ondervangen. Het zal de overheid moeten zijn die burgers actief begeleidt en ervoor zorgt dat op het juiste moment zinvol kan worden geparticipeerd.

Wie ervaring heeft met belangenconflicten en grootschalige bedrijfsuitbreidingen weet echter dat er nog een lange weg is te gaan om dit ideaal te realiseren. Vaak graven partijen (zowel bedrijven, belangenorganisaties van burgers én de overheid) zich in, waardoor er eerder sprake is van verharding van standpunten dan van samen werken aan een betere fysieke leefomgeving. De gevechten tegen windmolens³⁶ in tijden van verduurzaming zijn exemplarisch. Problematisch is bovendien dat een overheid die zich achter een project schaaft nog maar moeilijk de rol van onpartijdige maatschappelijke coach kan vervullen.

3.3 Drievoudig vertrouwensconcept

De problematiek van de verantwoordelijkheid raakt het drievoudig vertrouwensconcept³⁷ waarop de Omgevingswet steunt. Over dit concept is vanuit het algemeen bestuursrecht veel te zeggen. Het *vertrouwen tussen overheden* laat

³⁴ MvT, p. 41.

³⁵ M. Boeve & F. Groothuijse, ‘Burgerparticipatie onder de Omgevingswet: niet omdat het moet, maar omdat het kan?! De juridische waarborging van burgerparticipatie in de Omgevingswet, *Recht der Werkelijkheid* 2019, p. 22 e.v.

³⁶ Hoe echt kan het verhaal van *Don Quichot van La Mancha* worden...?

³⁷ MvT, p. 45 e.v.

ik hier rusten. Ik vind dit aspect van het vertrouwensconcept gewrongen en denk liever – vgl. het Unierecht – in termen van ambtelijke ‘loyale samenwerking’ en afstemming. Wat resteert, is *het vertrouwen in initiatiefnemers en het vertrouwen in de overheid*.

De eerste dimensie van vertrouwen heeft het meeste van doen met (het laten van) maatschappelijke verantwoordelijkheid. Begrijp ik de intenties van de wetgever goed dan gaat het erom (gecontroleerd) méér verantwoordelijkheid bij maatschappelijke actoren te leggen. Op basis van vertrouwen kan ruimte worden gelaten om zelfstandig projecten en initiatieven voor te bereiden en medeburgers hierover te consulteren. Ook wordt ingezet op het belonen van goed gedrag. Zo kan overheidstoezicht worden teruggeschoefd indien private partijen er blijk van geven het naleven van regels zelf te (kunnen) borgen.

Deze ideeën klinken mooi, maar ze zijn deels idealistisch (zie hiervoor), wellicht mede gebaseerd op oneigenlijke motieven van de overheid en soms zelfs tamelijk naïef. Vooral wanneer fysiek toezicht wordt vervangen door papieren of digitaal systeemtoezicht (bijv. via certificering) kan in de sfeer van publiek-private samenwerking³⁸ onbetrouwbaar gedrag de kop opsteken³⁹, ook bij professionele organisaties.⁴⁰ Onder de Omgevingswet zal dus terdege aandacht naar dit gevaar moeten uitgaan.

Dan is er *het vertrouwen in de overheid*; de onmisbare basis onder ieder duurzaam stelsel van overheidsgezag. De wetgever tempert hier opmerkelijk genoeg de verwachtingen: “De Omgevingswet kan een bescheiden bijdrage leveren aan het herstel van vertrouwen in de overheid door het faciliteren van burgerparticipatie, betere besluitvorming over projecten, inzichtelijker procedures en regelgeving en beter beschikbare informatie over de fysieke leefomgeving.”⁴¹

Wie verder leest na deze opmerking zal vaststellen dat bij het ontwerpen van de Omgevingswet een wat ééndimensionaal burgerbeeld is gehanteerd. Naast de prominente aanwezigheid van ‘bedrijven’ (zeg maar de professionele spelers) is vooral gedacht aan de burger in de hoogopgeleide digitale samenleving die met de overheid in kennis kan concurreren. Deze zelfredzame burger moet serieus worden genomen en terdege bij de besluitvorming worden betrokken.

³⁸ Zie bijv. T. Havinga, ‘Regulering en het belang van het bedrijfsleven’, in: *Reguleren en procederen* (verslag seminar; A. Böcker & P. Minderhout red.), Tilburg: Wolf Legal Publishers 2020, p. 6 e.v.

³⁹ Zie R.J.N. Schlössels, ‘De bestuursrechtelijke horizon voorbij... Over de toekomst van het algemeen bestuursrecht’, in: *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht* (R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen, A.M.M.M. Bots & J.A.F. Peters), Deventer: WoltersKluwer 2018, p. 15-16 onder verwijzing naar L. Michiels, *De taal van het bestuursrecht. Een pleidooi voor verstaanbaarheid* (afscheidsrede Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 28-29.

⁴⁰ Vgl. de berichtgeving op internet door diverse bronnen over de tekortkomingen in het Amerikaanse overheidstoezicht bij de productie van de omstreden Boeing 737 MAX.

⁴¹ MvT, p. 46.

Sinds het schrijven van de memorie van toelichting hebben de ontwikkelingen in het algemeen bestuursrecht echter niet stil gestaan. Inmiddels is glas-helder dat de digitaal-technologische samenleving aanzienlijke groepen van burgers kent die om allerlei redenen de aansluiting verliezen en minder zelfredzaam zijn dan men zou vermoeden.⁴² Het is de vraag of de Omgevingswet op het vlak van het burgerbeeld voldoende bij de tijd is.

Het neoliberale ideaalbeeld van een overheid die maatschappelijke verantwoordelijkheid laat is inmiddels opgevolgd door het beeld van de responsieve overheid, dat wil zeggen een overheid die terdege rekening houdt met de burger zoals die *echt* bestaat.⁴³ Een toegankelijke overheid die de menselijke maat betracht en burgers niet in een (digitaal) systeem laat verdwalen zal haar ware dienende en ondersteunende functie (en dat is echt iets anders dan dienstverlenende functie!) opnieuw moeten ijen.

Scheltema⁴⁴ merkte in dit kader op dat de burger die een responsieve overheid ervaart meer vertrouwen in besluitvorming door die overheid zal hebben. Hier liggen onder de Omgevingswet uitdagingen, waarbij de werkprocessen binnen en de toegankelijkheid van omgevingsdiensten (typisch organisatorische producten van schaalvergroting en efficiency) onder het vergrootglas liggen. Zo kan aansluiting worden gevonden bij het hedendaagse realistische *burgerbeeld én burgerperspectief*. Of het ook zo zal lopen is intussen maar zeer de vraag. Illustratief is het 'debat' tussen de Nationale ombudsman en de minister op de drempel van 2020, waarbij deze laatste de stelling verdedigde dat het uitgangspunt van het nieuwe digitale omgevingsloket is dat iedereen er straks mee moet kunnen werken.⁴⁵ Nog steeds is het vertrouwen in de digitalisering – soms bijna tegen beter weten in – en het doe-vermogen van burgers torenhoog (zie hierna). Zelfs de coronacrisis lijkt hier geen leereffect te brengen.

4 HET SYSTEEM VAN TAKEN EN BEVOEGDHEDEN

Een van de kernwaarden van het bestuursrecht is dat een bijzondere bestuurswet de bevoegdheden van het openbaar bestuur uitdrukkelijk toekent en duidelijk normeert.⁴⁶ Hier treedt de waarborgfunctie van het bestuursrecht op de voorgrond. Deze functie komt onder meer tot uitdrukking in het legaliteits- en specialiteitsbeginsel.

⁴² Vgl. het WRR rapport '*Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*', Den Haag 2017.

⁴³ M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018/3, p. 121.

⁴⁴ Scheltema 2018, p. 130.

⁴⁵ Zie de brief van de minister voor Milieu en Wonen dd. 18 december 2019 aan de Tweede Kamer, kenmerk 2019-0000672800.

⁴⁶ Zie i.h.b. art. 2:14 Aanwijzingen voor de regelgeving.

4.1 Bevoegdheden, systematiek en dogmatiek

Hoe staat het met de bestuursbevoegdheden in de Omgevingswet? Positief is dat er veel energie is gestoken in het omschrijven en benoemen van de juridische instrumenten en mogelijkheden van de betrokken bestuursorganen. Hoofdstuk 2 draagt de veelbelovende titel 'Taken en bevoegdheden van bestuursorganen'. In dit hoofdstuk vindt men onder meer algemene bepalingen en vervolgens diverse bevoegdheidsinstrumenten. Regelgevende en beschikingsachtige bevoegdheden wisselen elkaar af. In de hoofdstukken 3, 4 en 5 volgen diverse bevoegdheden waarbij de volgorde planning, regelgeving en normstelling in concreto (via de beschikking) op hoofdlijnen doorklinkt. Er zijn veel bekende elementen, maar de ordening vanuit de dogmatiek en systematiek van het algemeen bestuursrecht heeft niet heel veel aandacht gekregen. Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen wat de juiste plek is voor het projectbesluit dat immers een BAS⁴⁷-karakter kan hebben, maar soms ook een beschikking is. Ook de plek van de grondslag voor rijksregels na het instrument van het programma voelt niet top, tenminste indien men klassiek denkt vanuit de staatsrechtelijke status en binding. Dan zouden eerst de algemeen verbindende regels een plek verdienen. Maar de krachtig uitgedragen 'programmatische aanpak' leert wellicht anders.

De bevoegdheid om een programma vast te stellen (vgl. art. 3.4 Omgevingswet) toont direct aan hoe apart de Omgevingswet is. Het is namelijk niet eenvoudig om deze bijzondere 'programmatische' bevoegdheid aan de hand van het algemeen bestuursrecht te duiden. Sterker, het lijkt erop dat doordienking van de figuur van het programma in het licht van het algemeen deel en de Algemene wet bestuursrecht vrijwel geen verdiepende aandacht heeft gekregen. De ontwerpers van de Omgevingswet hebben zich er in ieder geval niet het hoofd over gebroken en ook in de discussies over de implementatie heeft men het volop over een flexibel instrument dat binnen de beleidscyclus een schakel vormt tussen de beleidsontwikkeling en de concrete en juridisch bindende uitvoering. Het beleidsmatige denken staat centraal en juridisch-analytisch wordt het daarbij niet.

Het lijkt bij een programma vooral te gaan om op uitvoering gerichte, samenhangende planning. Dat een programma (of onderdelen daarvan) het karakter heeft of kan hebben van een Awb-besluit staat naar mijn mening echter vast. Bij verplichte programma's is de besluitvormingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing (art. 16.27 Omgevingswet). Of, en in hoeverre, een programma verwant is aan andere bekende rechtsfiguren is minder duidelijk. Een programma kan bijvoorbeeld zien op de uitwerking van te voeren beleid

⁴⁷ Besluit van algemene strekking.

waarmee bij de uitoefening van taken en bevoegdheden rekening moet worden gehouden. Hier is de figuur van de beleidsregel in de zin van de Algemene wet bestuursrecht in beeld.⁴⁸

Een programma kan misschien ook een ander type besluit inhouden. Het is de vraag of er werkelijk alleen sprake is van 'zelfbinding' van de overheid. Zo kan een programma verplichten tot maatregelen om aan een of meer omgevingswaarden te voldoen. Ten aanzien van die maatregelen kunnen bij algemene maatregel van bestuur ook regels worden gesteld (art. 3.12 Omgevingswet). De inhoud van het programma nadert naar mijn smaak dan toch die van een (algemeen) (ver)bindend besluit, of is daarmee in ieder geval verweven. Naar het rechtskarakter van het programma – en de verschillende varianten – kan nog veel onderzoek worden gedaan. Op deze plaats is vooral van belang te signaleren dat de dogmatiek van het bestuursrecht bij de ontwikkeling van de beleidsinstrumenten van de Omgevingswet kennelijk geen of slechts een zeer ondergeschikte rol heeft gespeeld.

4.2 De omgevingsvergunning

Een vertrouwd bestuursrechtelijk reguleringsinstrument dat wordt gehanteerd door de Omgevingswet is de vergunning. Hoewel de Omgevingswet in lijn met het dejuridiseringsstreven fors inzet op algemene regels ter vervanging van normstelling in concreto, is er werk gemaakt van de regeling over de omgevingsvergunning (Afdeling 5.1). Wat hier in positieve zin opvalt, is dat het streven naar integrale en samenhangende bevoegdheden (en besluitvorming) niet heeft geleid tot een verwaarlozing van het specialiteitsbeginsel. Eigenlijk is nog verrassend veel aandacht besteed aan de inhoudelijke (doel)normering van het vergunningstelsel.

Wanneer is de constructie waarbij het zwaartepunt van beoordelingsregels voor de vergunning is verlegd naar het niveau van de algemene maatregel van behoorlijk bestuur. (art. 5.18 Omgevingswet e.v.). Maar deze verschuiving – die gerechtvaardigd is gelet op de complexiteit van het vergunningstelsel – leidt er niet toe dat de wet in formele zin niet langer de kernelementen van de betrokken bestuursbevoegdheid bevat. Het specialiteitsbeginsel vindt namelijk steun in diverse formeelwettelijke bepalingen. Zo geeft de wet op verschillende plaatsen aan met het oog op welke doelen beoordelingsregels mogen worden gesteld. Gelet op bouwen gaat het bijvoorbeeld om het waarborgen van de veiligheid, het beschermen van de gezondheid en de duurzaamheid en bruikbaarheid (art. 5.20 Omgevingswet) Bij de omgevingsplanactiviteit wordt teruggekoppeld met de doelen van de wet (art. 5.21 Omgevingswet). Leidend is hier – kort samengevat – het borgen van een goede fysieke leefomgeving. Dit is een ruim begrip dat echter vatbaar is voor uitwerking en begrenzing

⁴⁸ Vgl. MvT, p. 115.

(vgl. art. 2.1 lid 3 Omgevingswet). Op punten heeft dit in de wet ook concreet plaatsgevonden. Zo worden ten aanzien van de wateractiviteit uitdrukkelijk genoemd het beperken van overstromingen, wateroverlast en waterschaarste (art. 5.24 Omgevingswet).

5 ALGEMENE WET EN ALGEMENE WET: HET SAMENSPEL MET DE AWB

Een vast onderdeel van de leer- en handboeken algemeen bestuursrecht is de verhouding tussen de 'bijzondere wet' en de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Altijd wordt vermeld dat de bevoegdheden en het materiële recht tot het domein van de bijzondere bestuurswetgeving behoren en dat de Awb in beginsel algemene begrippen en regels voor (uniforme) procedures bevat. Verder regelt de Awb diverse aspecten van de beginselen van behoorlijk bestuur en een aantal algemene leerstukken. Te wijzen valt op delegatie en mandaat, het (algemene) bestuursrechtelijke handhavingsrecht, het handhavingstoezicht en de algemene bepalingen betreffende het toezicht op bestuursorganen (goedkeuring, vernietiging en schorsing).

Rode draad in het verhaal is dat een 'bijzondere wet' niet te veel van de Awb mag afwijken, hoewel dat altijd mogelijk is. De Awb heeft geen bijzondere status ten opzichte van andere wetten in formele zin.

Hoe is nu de verhouding tussen de nieuwe Omgevingswet en de Awb die in 2019 al weer een kwart eeuw oud was? Maakt de eerste optimaal gebruik van de algemene wet of wordt er juist afstand genomen?

5.1 Deelcodificaties

Voordat ik hier iets over zeg, is het nuttig erop te wijzen dat de Omgevingswet geen gewone 'bijzondere wet' is maar het karakter heeft van een bestuursrechtelijke *deelcodificatie*. Zij omspannt een omvangrijk samenhangend deel van het (materiële) bestuursrecht.

Scheltema maakte al lang geleden een aantal belangrijke opmerkingen over bestuursrechtelijke deelcodificaties. In de Drupsteen-bundel⁴⁹ stelde hij dat de voordelen van deelcodificaties – gelet op de inspanningen om ze tot stand te brengen – beperkt zijn. Ook wees hij erop dat de aandacht voor eigen systematiek binnen een deelcodificatie de openheid naar andere deelgebieden verkleint. De aansluiting bij algemene regels kan bovendien door een eigen cultuur worden bemoeilijkt. Een laatste observatie is misschien nog het belangrijkste. Volgens Scheltema zijn de voordelen van een deelcodificatie vaak

⁴⁹ M. Scheltema, 'De Awb en het bijzondere bestuursrecht', in: *De grootste gemene deler* (Opstellen aangeboden aan prof.mr. Th.G. Drupsteen (M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder), Deventer: Kluwer 2002, p. 27.

groter wanneer men vanuit het beleid en de beleidmakers kijkt dan vanuit de burger.

Wie het voorafgaande heeft gelezen zal waarschijnlijk kunnen erkennen dat de opmerkingen van Scheltema voor de Omgevingswet niet zonder betekenis zijn. Hiervoor is al vastgesteld dat er sprake is van een beleidsmatige wet *pur sang*. Beleidsrealisatie en het perspectief van de overheid zijn toonaangevend. Hierbij komt dat de Omgevingswet een eigen cultuur omarmt. Dit is vooral een gevolg van pragmatisch-instrumentele keuzen en hangt niet zozeer samen met rechtsstatelijke of constitutionele argumenten.⁵⁰

5.2 Aansluiting bij en afwijking van de Awb

De Omgevingswet zoekt op diverse punten aansluiting bij Algemene wet bestuursrecht, vult die aan of specificeert die.⁵¹ Dit is positief. Maar er zijn – vooral in het besluitvormingsrecht – ook afwijkingen. Deze afwijkingen zijn opnieuw een bron van complexiteit.

Soms sluit de Omgevingswet naadloos aan bij de Awb, maar dat betreft niet de meest wezenlijke onderwerpen. Zo zijn diverse bepalingen met betrekking tot het handhavingstoezicht van overeenkomstige toepassing op inspecties waarbij een woning kan worden binnengetroden die deel uitmaakt van een waterstaatswerk of daarmee rechtstreeks in verbinding staat (art. 10.5 lid 3 Omgevingswet). Bij de goedkeuring van de tarieven van de Commissie voor de milieueffectrapportage zijn de artikelen 10:28 tot en met 10:31 Awb bijvoorbeeld van overeenkomstige toepassing verklaard.

In de sfeer van de majeure regelingen, zoals de regeling over nadeelcompensatie⁵², de coördinatieregeling van de Awb (waarbij in beginsel wél wordt aangesloten⁵³) en de Uniforme openbare voorbereidingsprocedure (Afdeling

⁵⁰ Zo wezen Vermeulen en Zootjes er indertijd in hun VAR-preadvies op dat het onderwijsrecht op constitutionele gronden (de dualiteit van openbaar en bijzonder onderwijs) reden heeft om het algemene bestuursrecht op afstand te houden. B.P. Vermeulen & P.J.J. Zootjes, 'Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht', in: *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 124), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 181.

⁵¹ Zie bijv. de regeling van de bestuurlijke boete in de Ow, vooral de bevoegdheid om een boete op te leggen (art. 18.12 lid 2 Ow) en de afstemmingsregeling met het openbaar ministerie (art. 18.16 Ow).

⁵² Zie titel 4.5 Awb en afdeling 15.1 Ow. Dit onderwerp blijft hier verder buiten beschouwing. Duidelijk is dat de Ow de schadevergoeding bij rechtmatige daad in het omgevingsrecht (i.h.b. de planschadevergoeding) dichter bij de algemene nadeelcompensatie zal brengen. Maar er blijven domeinspecifieke elementen bestaan.

⁵³ Wat niet onbesproken is gebleven. Zie bijv. H.A.J. Gierveld, 'Een coördinatieregeling voor besluitvorming in het omgevingsrecht hoort thuis in de Omgevingswet en niet in de Awb', *TBR* 2018/102.

3.4 Awb (UOV)) is het beeld anders. Collignon, Ten Veen & Schmidt⁵⁴ geven aan dat de intentie om tot vereenvoudiging te komen door minder af te wijken van de Awb tot een ‘aanzienlijke vereenvoudiging’ leidt. Maar er is nog steeds sprake van bepaalde afwijkingen van de hoofdregels van de Awb. Een voorbeeld betreft de toepasselijkheid van de UOV die op grond van de Awb (art. 3:10 lid 1) zonder clausulering ook ‘bij besluit’ van het bestuursorgaan van toepassing kan worden verklaard. De Omgevingswet kende die optie aanvankelijk niet. Door een aanpassing in het kader van de Invoeringswet Omgevingswet naar aanleiding van de motie Meijer c.s.⁵⁵ is er nu sprake van een wat hybride regeling. Op *verzoek* of met *instemming* van de aanvrager kan toepassing tevens ‘bij besluit’ plaatsvinden. De genoemde auteurs vinden de achterliggende gedachte (de wetgever wil geen vertraging door een frequentere toepassing van de UOV) echter niet overtuigend en benadrukken het belang van de zorgvuldigheid waarover het bestuursorgaan (ambtshalve) heeft te waken.

Ook op het punt van de inwerkingtreding van verschillende besluiten (omgevingsvergunning, projectbesluit en omgevingsplan) zijn er afwijkingen van de Awb of het gangbare systeem (vgl. art. 16.79 Omgevingswet). Collignon c.s. betogen dat deze afwijkingen grondig moeten worden geëvalueerd. Indien ze niet aan de verwachtingen voldoen, dient te worden teruggevallen op de ‘betrekkelijk eenvoudige – en geharmoniseerde – regels van de Awb’.

Wat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming betreft is het beeld op diverse punten afwijkend. Ik laat dit rusten, maar wijs op één afwijkend aspect dat het algemeen deel nog een stukje verder zou kunnen brengen. Door de komst van het integrale omgevingsplan lijkt vooral de rechtstreekse rechtsbescherming tegen algemeen verbindende voorschriften in dit verband een opsteker te krijgen.⁵⁶ De vastgeroeste discussies in het bestuursrecht over rechtstreeks beroep tegen regels kan hierdoor misschien een nieuwe impuls krijgen.

Met betrekking tot de eisen van behoorlijk bestuur kent de Omgevingswet ten slotte een paar (nuttige) aanvullingen of verfijningen ten opzichte van de Awb. Voorbeelden zijn de profilering van de belangenafwegingsplicht (art. 2.1 lid 2 Awb) en het nader omlijnen van de motiveringseisen met het oog op het verlenen en weigeren van een omgevingsvergunning (art. 5.18 lid 2 Awb).

⁵⁴ A. Collignon, A. ten Veen & B. Schmidt, ‘Het complexe omgevingsprocesrecht: laat de Awb het eenvoudiger maken’, in: *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels (red.)), Deventer: WoltersKluwer 2019, p. 355 e.v.

⁵⁵ *Kamerstukken I* 2016/17, 33118, AB.

⁵⁶ Zie bijv. Kegge 2017, p. 152. Zie ook J.R. van Angeren, ‘Rechtsbescherming tegen omgevingsplannen onder de Omgevingswet’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2016, p. 66 e.v.

6 DIGITALISERING EN TOEKOMST

6.1 Het DSO

“Het leidende motto is daarbij dat niet alles af hoeft te zijn om er klaar voor te zijn. Ook na inwerkingtreding zal nog aan het implementatieproces moeten worden gewerkt.” Met deze gevleugelde (maar niet zonder meer overtuigende) woorden eindigde de minister voor Milieu en Wonen in november 2019 de voortgangsbrieff betreffende de inwerkingtreding van de Omgevingswet.⁵⁷ De brief volgde op een lange periode waarin zich donkere wolken samenpakten boven het project. Er rezen wezenlijke vragen over de (tijdige) haalbaarheid van het zgn. Digitale Stelsel Omgevingswet (DSO) dat als een *conditio sine qua non* is opgevoerd voor de inwerkingtreding. Door dit geavanceerde en geïntegreerde digitaal stelsel moeten informatie-ontsluiting en procedures (waaronder het indienen van een aanvraag) in het omgevingsrechtelijke domein sneller, beter en eenvoudiger worden, zowel voor de overheid als voor de burger. Het hart van het DSO is de zgn. ‘landelijke voorziening’ (LV) die is gebaseerd op art. 20.21 Omgevingswet. Het realiseren van het stelsel bleek echter de Achilleshiel van het project. In november 2019 kopte de NRC zelfs dat de Omgevingswet dreigde te stranden.⁵⁸ Inmiddels is duidelijk (zie de inleiding) dat de inwerkingtreding van de Omgevingswet inderdaad verder is vertraagd en dat dit onder meer samenhangt met de digitale perikelen. Het Gateway Reviewrapport⁵⁹ van aanvang 2020 gaf een overzicht van de problematiek vlak voor de coronacrisis de kop opstak.

Het is niet de plaats om uitvoerig in te gaan op het DSO⁶⁰ en de decentrale implementatie. De problematiek is daarvoor te omvangrijk en de materie te complex. Maar een aantal opmerkingen is ook hier van belang. Net als bij de grote digitaliseringsprojecten bij de belastingdienst en de rechtspraak (die, zoals bekend, allesbehalve goed van de grond kwamen en zelfs (deels) stranden), ligt de digitale lat in het omgevingsrecht hoog. Een belangrijke drijfveer is –

⁵⁷ Brief dd. 29 november 2019, nr. 2019-0000634024.

⁵⁸ NRC 27 november 2019.

⁵⁹ Gateway Reviewrapport Implementatie van het Digitaal Stelsel Omgevingswet (DSO) ‘*Samen sprinten naar de start*’, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) 2020. De tweede ‘review’ toonde eind van 2020 aan dat de uitdagingen groot blijven, maar dat een tijdige realisatie realistisch wordt geoordeeld. De omslag van ontwikkeling naar implementatie werd benadrukt. De minister van BZK toonde oog te hebben voor onzekerheden, maar liet tevens doorschemeren dat de baten van het project uiteindelijk moeten worden gerealiseerd ook om te voorkomen dat de kosten blijven stijgen. Zie de voortgangsbrieff dd. 13 november 2020, nr. 2020-0000652216.

⁶⁰ Zie voor beschouwingen bijv. G. van der Veen, ‘Digitalisering in het omgevingsrecht en mogelijke invloed op de Awb’, in: *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels (red.)), Deventer: WoltersKluwer 2019, p. 739 e.v. en J. Struiksma, ‘Digitaal Stelsel Omgevingswet. Uithuilen en op nieuw beginnen’, *WPNR*, 7179, p. 58.

zoals meestal – kostenbesparing. Tegenover de (mogelijke) toekomstige voordelen stonden en staan echter snel en hoog oplopende ontwikkelings- en implementatiekosten van de digitale infrastructuur. Bovendien worden deze kosten in belangrijke mate afgewenteld op de decentrale overheden. Inmiddels zijn de ambities bijgesteld. Voorlopig wordt gestreefd naar gebruiksvriendelijkheid en een basisniveau dat minimaal op een gelijk niveau staat als de bestaande voorzieningen.

Het valt op dat de digitale ambities van de overheid vaak in het teken staan van kostenbesparing bij de uitvoering van taken en het vergroten van de bestuurlijke beheerfunctionaliteit. Haalbaarheid, kostenbeheersing bij de ontwikkeling en het burgerperspectief zijn niet de sterkste troeven. Soms lijkt realiteitszin zelfs te ontbreken waarbij de overheid te gemakkelijk de digitale advieswereld volgt. Ook de coronacrisis vertoonde weer snel dit bekende beeld met luchtfietserij betreffende ‘corona-apps’ en een slechte digitale beveiliging bij het RIVM. Meer fundamentele vragen over E-overheid en rechtsstaat krijgen (te) beperkt aandacht. Een positieve uitzondering is de groeiende aandacht voor elektronische besluitvorming.⁶¹

Ik beperk mij hier tot het DSO. De belangrijke spelers zijn in dit verband de overheid (als typische systeemplayer), het bedrijfsleven en andere professionele partijen (bijv. de advocatuur en de stedenbouwkundige adviesbureaus). Het basale burgerperspectief en het doe-vermogen van burgers (zie hiervoor onder 3) sneeuwen snel onder, hoewel juist deze factoren van groot belang zijn voor een duurzaam vertrouwen in digitalisering en in een E-overheid. Toch dreigt de overheid in het omgevingsrecht, onder meer door het DSO, voor verschillende groepen burgers (vooral zij die digitaal minder vaardig zijn) verder uit beeld te raken. Voor anderen kan het DSO – mits alle functionaliteiten operationeel worden – echter veel voordelen brengen. Deze tweedeling is een punt van aandacht dat ook door de Nationale ombudsman op de agenda is geplaatst.⁶² In een klein land met schaarse ruimte en veel ruimtelijke claims moeten alle burgers optimaal betrokken worden en blijven bij de realisatie van de fysieke omgeving. Indien dit doel wordt gemist, daalt de legitimiteit van het ruimtelijke beleid.

6.2 De Omgevingswet als gids

Er valt ten slotte toch het nodige positiefs te melden over de voortschrijdende digitalisering in het omgevingsrecht. De Omgevingswet kan namelijk een gids zijn en via het DSO belangrijke inzichten opleveren voor de te volgen koers op

⁶¹ Hierover T. Nijmeijer, ‘Elektronisch besluiten in het ruimtelijke domein’, in: *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid* (T. Barkhuysen, B. Marseille, W. den Ouden, H. Peters & R. Schlössels (red.)), Deventer: WoltersKluwer 2019, p. 749 e.v.

⁶² Zie de publicatie ‘Breng het burgerperspectief in de Omgevingswet’, december 2019.

het terrein van elektronisch verkeer met de overheid. Ook met het oog op andere digitale domeinen biedt zij inspiratie.⁶³ Op dit moment gaat de Awb bijvoorbeeld nog uit van nevenschikking van de papieren en de elektronische weg. Binnen de context van Afdeling 2.3 Awb geldt dat een burger op grond van de Awb niet verplicht kan worden om de elektronische weg te volgen (een verplichting kan wel volgen uit een bijzondere wet). Verder heeft een burger evenmin een *recht* op elektronisch verkeer met het bestuur. Een bestuursorgaan zal de elektronische weg dus moeten openstellen (art. 2:15 lid 1 Awb).

Met het oog op de verdere digitalisering van de samenleving zal dit stelsel vrijwel zeker veranderen. De Omgevingswet zet als bijzondere wet een duidelijk stap vooruit (zie art. 16.1 Omgevingswet). Bij algemene maatregel van bestuur kan de elektronische weg worden opengesteld en zelfs (in bepaalde gevallen) exclusief worden gemaakt.

De toekomstige Wet elektronisch bestuurlijk verkeer⁶⁴ zal de Awb naar verwachting eveneens in deze richting dirigeren. Zo kunnen de ontwikkelingen in het omgevingsrecht en in het algemeen deel samenvloeien. Uitgangspunten die zich aftekenen zijn de komst van een (subjectief) recht op elektronisch bestuurlijk verkeer en de verplichting ‘bij of krachtens de wet’ tot elektronische communicatie met het bestuur voor zover het ondernemingen of rechtspersonen betreft. Van belang – mede gelet op het al meergenoemde ‘burgerperspectief’ – is dat het wetsvoorstel tevens een zorgplicht voor het bestuur introduceert om in het kader van de communicatie passende ondersteuning te bieden. Deze zorgplicht zal zonder twijfel zijn weg vinden naar het omgevingsrecht.

7 TOT SLOT: DE OMGEVINGSWET VERANKERD...

Na deze verkenning van de algemeen-bestuursrechtelijke omgeving van de Omgevingswet wordt de balans opgemaakt. Ondanks kritiek is de Omgevingswet een indrukwekkend en ambitieus project dat respect verdient. Het is intussen een project dat als ‘deelcodificatie’ een eigen leven leidt. Dit eigen leven houdt ook verband met de eigen omgevingsrechtelijke cultuur, zowel in de rechtspraktijk als in de wetenschap. De afstemming met de Algemene wet bestuursrecht en met de overige ontwikkelingen in het algemeen deel van het bestuursrecht zijn niet altijd optimaal. Hier wreekt zich enigszins dat de nieuwe wet in eerste instantie voor en door het ‘eigen publiek’ is ontworpen.⁶⁵

⁶³ Vgl. Van der Veen 2019, p. 746-747. Hij wijst op de algemene digitale bekendmaking en ontsluiting van overheidsinformatie en op de standaardisering van (elektronische) beoordelingsmaatstaven voor besluitvorming.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 35261, 1-3.

⁶⁵ Vgl. Boogaard 2019, p. 17.

Naar verwachting staat de rechter bovendien nog veel werk te wachten bij het operationaliseren van een rechtsstatelijke toepassing van de wet. Dit is geen punt van zorg maar – om in managementjargon te spreken – een ‘uitdaging’. Interessant zijn de ontwikkelingen met betrekking tot de bescherming tegen algemeen verbindende voorschriften die de vastgelopen discussies in het algemeen deel misschien kunnen lostrekken.

De Omgevingswet is met al haar gedelegeerde regelgeving een complexe instrumenteel-bestuursrechtelijke wet die ons veel kan leren over de functie en het nut van vergaand geïntegreerde wetgeving. Het blijft de vraag of de grote omgevingsrechtelijke vraagstukken van deze tijd daadwerkelijk sneller en beter in goede banen zullen worden geleid binnen de kaders van de Omgevingswet dan onder de wetten die zij vervangt. Hierbij is de zorg uitgesproken dat de Omgevingswet door een zeer lang totstandkomingstraject al op leeftijd is. De maatschappelijk-politieke kentering op het neoliberale vlak, de (fors) gegroeide aandacht voor fundamentele rechten en diverse weerbarstige omgevingsrechtelijke problemen (o.a. zeespiegelstijging, energietransitie, stikstofproblematiek etc.) dienden zich een decennium nog niet zo duidelijk aan.

Uniek zijn de digitale ambities van de Omgevingswet die haar op dit gebied tot een echte ‘gidswet’ kunnen maken. In dit verband is van belang dat het realiseren van een digitale overheid onder de Omgevingswet hopelijk beter en soepeler verloopt dan bij de andere grote digitaliseringsprojecten van de overheid (bijv. belastingdienst, rechtspraak). De voortekenen waren en zijn helaas nog geen reden om achterover te leunen.

In deze bijdrage is ten slotte de betekenis van het ‘burgerperspectief’ benadrukt. Dit perspectief zal door de Omgevingswet in volle omvang moeten worden opgepakt omdat dit een belangrijke randvoorwaarde is voor een stevige maatschappelijke inbedding van het omgevingsrechtelijke megaproject.