

Onzekerheid over rechtszekerheid

De veranderde verhouding tussen plan en vergunning onder de Omgevingswet

Mr. dr. D. (Daan) Korsse

1 Inleiding

Voordat ik Jan in levende lijve heb ontmoet, kende ik zijn naam als lid van het bekendste geheime genootschap van publiekrechtelijk Nederland: 'de Kleine Kaart'. Sinds de jaren '80 hebben de leden van dit genootschap een groot aantal wetenschappelijke bijdragen gepubliceerd waarin de verschillende aspecten van het ruimtelijke-orderingsrecht van een grondig doordachte, theoretische basis zijn voorzien. Ik denk dat de gedachten die binnen de Kleine Kaart zijn ontstaan van groot belang zijn geweest voor de jurisprudentie over de ruimtelijke besluitvorming die in dezelfde periode verschenen is. Voor een adept van de ruimtelijke ordening zijn de publicaties van de Kleine Kaart dan ook verplichte kost en hebben alle leden van het genootschap een zekere cultstatus.

Met het verstrijken van de tijd vervaagt langzaam maar zeker de stempel die de Kleine Kaart op het ruimtelijke-orderingsrecht heeft gedrukt. Het emeritaat van Jan is een volgende stap in dit proces. Het kan haast geen toeval zijn dat tegelijkertijd sprake is van een toenemende kritiek op het functioneren van het bestemmingsplan. In de inmiddels verschenen parlementaire stukken met betrekking tot het wetsvoorstel Omgevingswet en de aanverwante regelgeving blijkt duidelijk dat het bestemmingsplan bij de wetgever uit de gratie is geraakt. Volgens de wetgever biedt het bestemmingsplan geen goede basis voor gebiedsontwikkelingen. In de memorie van antwoord wordt bijvoorbeeld overwogen:

'Een bestemmingsplan geeft nu van te voren bedachte begrenzingen en beperkingen, maar die bieden weinig rechtszekerheid, want ontwikkelingen lopen vaak anders. Het gevolg is dat voor nieuwe ontwikkelingen veelvuldig van bestemmingsplannen moet worden afgeweken, waardoor er sprake is van schijnrechtszekerheid.'

Het idee dat hier naar voren komt, is dat het bestemmingsplan zijn belofte op het gebied van de rechtszekerheid niet waarmaakt. De wetgever gaat er kennelijk vanuit dat de bestemmingsplanfiguur pretendeert een tamelijk exacte voorspelling te kunnen doen van de ruimtelijke ontwikkelingen die binnen de planperiode van 10 jaar zullen plaats-

¹ *Kamerstukken I 2015/16, 33 962, nr. E, p. 40. Zie ook de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, Staatsblad 2018, 293, p. 102.*

vinden. In de praktijk blijken er binnen de planperiode echter tal van initiatieven op te duiken die weliswaar niet in het bestemmingsplan passen, maar die met het oog op een goede ruimtelijke ordening niet bezwaarlijk zijn. Die initiatieven worden dan gefaciliteerd door van het bestemmingsplan af te wijken. Dat roept de vraag op waarom er zo veel tijd, geld en energie moet worden gestoken in de voorbereiding van deze planfiguur. En als er dan toch een bestemmingsplan moet worden vastgesteld, waarom worden daar dan specifieke eisen aan gesteld, zoals de uitvoerbaarheidseis, de toelatingsplanologie en het verbod op nadere afwegingsmomenten?

Ik ben het niet eens met dit standpunt van de wetgever. Naar mijn mening vervult het bestemmingsplan wel degelijk een belangrijke functie op het gebied van de rechtszekerheid (onder 2). Het bestemmingsplan biedt een initiatiefnemer houvast, zowel bij het realiseren van nieuw gebruik (onder 3) als de instandhouding daarvan (onder 4). Met de Omgevingswet worden echter veranderingen doorgevoerd die de rechtszekerheid dreigen te ondermijnen die de ruimtelijke normstelling momenteel kan bieden (onder 5). Ik denk daarom dat deze veranderingen niet zonder meer moeten worden doorgevoerd (onder 6).

2 Het bestemmingsplan en schijnrechtszekerheid

Het idee dat het bestemmingsplan slechts schijnrechtszekerheid biedt, is niet nieuw. Reeds in 2004 neemt Hillegers hetzelfde standpunt in. Hillegers wijst erop dat het rechtszekerheidsbeginsel bescherming moet bieden aan zowel degenen die 'direct' als degenen die 'indirect' door de ruimtelijke normstelling getroffen worden. Met de 'direct getroffen' doelt zij op grondeigenaren en gebruikers van gronden of bouwwerken. Zij moeten voldoende duidelijkheid hebben over de eisen die in het bestemmingsplan worden gesteld aan het gebruik van het desbetreffende perceel. Onder 'indirect getroffen' verstaat Hillegers de gebruikers die in hun belangen worden geraakt door het gebruik van gronden of bouwwerken dat anderen in de omgeving maken. Volgens Hillegers is de opvatting dat het rechtszekerheidsbeginsel (primair) een waarborg is voor direct getroffen achterhaald.² Vervolgens constateert Hillegers, net als de wetgever van de Omgevingswet, dat het bestemmingsplan schijnrechtszekerheid biedt:

'De bouwvergunning is het schoolvoorbeeld van een gebonden beschikking vanwege de zogenaamde limitatieve opsomming van imperatieve weigeringsgronden. De vergunning moet worden geweigerd bij strijd met een bestemmingsplan. Maar de rechtszekerheid die deze gebonden bevoegdheid biedt is niet absoluut. Sterker nog, er kan worden gesproken van schijnrechtszekerheid. De gemeenteraad (of onder omstandigheden het college van b en w) kan immers vrijstelling van het bestemmingsplan verlenen of het bestemmingsplan herzien. Anders gezegd: het bestemmingsplan heeft geen absolute duurzaamheid.'³

Het beeld dat hier wordt geschetst komt erop neer dat het bestemmingsplan er niet goed in slaagt om ruimtelijke ontwikkelingen te begrenzen. In de praktijk worden immers allerlei ontwikkelingen toegestaan waar het bestemmingsplan helemaal niet in

2 S. Hillegers, 'Rechtszekerheid in het ruimtelijk bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 167-187, p. 184.

3 Hillegers, a.w., p. 182-183.

voorziet. Dit kan ertoe leiden dat 'indirect getroffen' met ontwikkelingen worden geconfronteerd waar zij op grond van het geldende bestemmingsplan geen rekening mee hebben gehouden.

Alhoewel ik denk dat de conclusie dat het bestemmingsplan er niet goed in slaagt om indirect getroffen veel rechtszekerheid te bieden tot op zekere hoogte juist is, kan het standpunt dat het bestemmingsplan (daarom) slechts schijnrechtszekerheid biedt naar mijn mening niet worden gevolgd. Dit standpunt is namelijk ten onrechte gebaseerd op het uitgangspunt dat het bestemmingsplan primair tot doel heeft om ruimtelijke ontwikkelingen te begrenzen en daarmee is gericht tot indirect getroffen.

Naar mijn mening is het belangrijkste doel van het bestemmingsplan niet om ruimtelijke ontwikkelingen te begrenzen en ongewenste ontwikkelingen te voorkomen, maar om als een grondslag voor nieuwe ontwikkelingen fungeren. Met het bestemmingsplan wordt getracht om een ruimtelijke structuur aan te brengen en om te stimuleren dat de elementen worden gerealiseerd die de planwetgever bepalend acht voor het handhaven of realiseren van die structuur.⁴ Een ruimtelijke structuur zorgt ervoor dat het totaal van het ruimtegebruik in een gebied een grotere waarde vertegenwoordigt dan de som der delen.

Dat tijdens de ontwikkeling van het plangebied buiten de grenzen van het bestemmingsplan wordt getreden is zo bezien helemaal niet erg. Dat doet immers niet af aan de gebruiksmogelijkheden die het bestemmingsplan zelf biedt. Bovendien kan ook bij het toestaan van buitenplanse ontwikkelingen aansluiting worden gezocht bij de ruimtelijke structuur die aan het bestemmingsplan ten grondslag ligt, zodat het bestemmingsplan op de achtergrond wel degelijk zijn betekenis behoudt.⁵ Met andere woorden, het feit dat er in de praktijk behoefte bestaat om buiten de kaders van het bestemmingsplan te treden, betekent niet, althans niet in alle gevallen, dat die kaders zelf geen functie vervullen en gemist kunnen worden.⁶

Vanuit deze optiek is het bestemmingsplan primair bedoeld om rechtszekerheid te bieden aan 'direct getroffen', dus aan degenen die de gebiedsontwikkeling tot stand brengen.⁷ En in die doelstelling slaagt het bestemmingsplan veel beter. Als een ontwikkeling in het bestemmingsplan is opgenomen, dan kan de initiatiefnemer ervan uitgaan dat hij

4 Vgl. Th. Peters, *Sturen met ruimtelijke structuren. De meerwaarde van een gemeentelijke projectprocedure in de WRO* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 119 en P. van der Ree, *Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van de bestemmingsplanregeling* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

5 Zo ook Peters, a.w., p. 275.

6 Zoals gesuggereerd door F. Brouwer en B. Rademaker, 'Een nieuwe opzet van de vergunningplicht voor bouwwerken in de Omgevingswet', *TBR* 2017/39, par. 5. Zij menen dat een behoudende opzet in een bestemmingsplan er slechts toe leidt dat bouwplannen met het bestemmingsplan in strijd zijn, waarna moet worden getoetst aan de 'zeer open en onvoorspelbare beoordelingsregel van "een goede ruimtelijke ordening"'.¹

7 Zo ook De Vries, die het bestemmingsplan karakteriseert als een 'waarborgnorm'. Volgens De Vries worden de rechten en belangen van de burger door het bestemmingsplan beschermd omdat de overheid op basis van de verordeningfunctie en de toetsingsfunctie van het bestemmingsplan dient te bepalen of handhavend kan worden opgetreden tegen een door haar niet gewenste activiteit. Daarnaast kan de burger er aanspraak op maken dat zijn medeburger zich onthoudt van een onrechtmatige inbreuk op de rechten die aan het bestemmingsplan kunnen worden ontleend. Zie H.J. de Vries, *De*

die ontwikkeling mag realiseren. In het economisch verkeer is dat een groot goed. Iemand die een ontwikkeling wil realiseren, heeft daarvoor in de regel externe financiering nodig, die pas wordt verstrekt, op het moment dat er objectieve zekerheid bestaat dat de beoogde ontwikkeling doorgang kan vinden. Het bestemmingsplan vervult hierbij een essentiële rol, omdat het een objectieve grondslag biedt voor gebruik van gronden en bouwwerken. Dat komt door een aantal lijnen in de jurisprudentie, die ik in de volgende paragraaf kort zal schetsen.

3 Rechtszekerheid bij het realiseren van gebruik

Een belangrijke pijler van de rechtszekerheid die een bestemmingsplan biedt, is het limitatief-imperatief stelsel dat is neergelegd in artikel 2.10, eerste lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

Het limitatief-imperatief stelsel komt erop neer dat de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk *moet* worden verleend als het bouwplan in overeenstemming is met de toetsingsgronden die in artikel 2.10, eerste lid, van de Wabo zijn neergelegd. Als het bouwplan voldoet aan de eisen die daar in het bestemmingsplan aan worden gesteld, dan kunnen planologische motieven geen reden zijn om de vergunning alsnog te weigeren. Het feit dat het verlenen van een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk een gebonden bevoegdheid is, heeft geleid tot verschillende lijnen in de jurisprudentie die voor de rechtszekerheid van het bestemmingsplan van groot belang zijn.

In de eerste plaats is het limitatief-imperatieve karakter van het toetsingskader voor de Afdeling bestuursrechtspraak aanleiding geweest om te oordelen dat de bouwregels van het bestemmingsplan geen ruimte mogen bieden voor het maken van een nadere afweging over de planologische aanvaardbaarheid van een bouwplan of een vorm van gebruik. Volgens de Afdeling moet aan de hand van het bestemmingsplan in objectieve zin bepaalbaar zijn wat wel en niet toelaatbaar is. Als de gemeenteraad ruimte wil bieden voor een belangenafweging in een concreet geval, dan moet daarvoor gebruik worden gemaakt van de flexibiliteitsinstrumenten die (thans) zijn neergelegd in artikel 3.6, eerste lid, van de Wro.⁸ Deze lijn in de jurisprudentie is goed te verklaren. Bouwregels die het college beleidsvrijheid bieden staan haaks op het gebonden karakter van het vergunningstelsel, dat er immers vanuit gaat dat de geldende wet- en regelgeving volledig dicteert wanneer een vergunning moet worden verleend.⁹ Min of meer in het

ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994, p. 32-53.

8 Zie bijv. ABRvS 8 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5161 en ABRvS 20 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT9671, beide met een annotatie van Jan onder respectievelijk AB 2000/363 en AB 2005/354.

9 Weliswaar is de welstandstoetsing binnen het limitatief-imperatief stelsel een wat vreemde eend in de bijt, omdat een esthetische beoordeling van het ontwerp nu eenmaal een weinig objectief karakter heeft, maar volgens vaste jurisprudentie kan de welstandstoetsing in ieder geval niet afdoen aan de bouw mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt. Zie bijv. ABRvS 23 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO5285; ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5956 en ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8549. De welstandstoetsing heeft in die zin een ondergeschikt karakter. Bovendien is het de bedoeling dat de beoordeling van het uiterlijk van het bouwwerk zo

verlengde hiervan heeft de Afdeling bestuursrechtspraak het standpunt ingenomen dat de mogelijkheden die het bestemmingsplan biedt niet kunnen worden beperkt met een beroep op de doelstellingen van de planwetgever zoals die blijken uit de toelichting bij het desbetreffende plan.¹⁰

In de tweede plaats is de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van belang die ziet op de gevallen waarin een bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan dat geldt op het moment dat de aanvraag om een omgevingsvergunning wordt ingediend, maar dat bestemmingsplan hangende de aanvraag of de bezwaarprocedure dusdanig wordt gewijzigd dat de vergunning niet meer kan worden verleend of moet worden herroepen. In dat geval moet volgens de jurisprudentie een uitzondering worden gemaakt op het beginsel van de ex-nunc toetsing en moet het besluit bij uitzondering worden gebaseerd op het bestemmingsplan dat gold ten tijde van de aanvraag.¹¹

In de derde plaats wordt vanwege het limitatief-imperatief stelsel in de zogenoemde Tegelen-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een uitzondering gemaakt op de terugwerkende kracht van een vernietiging van het bestemmingsplan. Deze uitzondering houdt in dat de vernietiging in beginsel niet van invloed is op een omgevingsvergunning voor het bouwen die op grond van het vernietigde bestemmingsplan is verleend. De Afdeling bestuursrechtspraak wijst er in deze jurisprudentie op dat de terugwerkende kracht van de vernietiging tot gevolg zou hebben dat achteraf zou moeten worden vastgesteld dat het college van burgemeester en wethouders het bouwplan niet aan het nieuwe (vernietigde) bestemmingsplan, maar aan het oude plan had moeten toetsen. Dat staat volgens de Afdeling bestuursrechtspraak haaks op het limitatief-imperatief stelsel, dat het college geen ruimte biedt om anders dan op basis van het nieuwe bestemmingsplan te beslissen.¹²

Kortom, een in werking getreden bestemmingsplan biedt veel rechtszekerheid over de mogelijkheid om bouwwerken te realiseren, omdat het plan een eenduidige regeling moet bevatten over de bouwwerken die zijn toegestaan. Een omgevingsvergunning voor een bouwplan dat met dat plan in overeenstemming is kan in principe niet geweigerd worden.

4 Rechtszekerheid bij de instandhouding van gebruik

Een bestemmingsplan biedt ook rechtszekerheid in de zin dat het plan waarborgt dat gebruik dat legaal is aangevangen en bouwwerken die legaal zijn opgericht in beginsel mogen worden voortgezet en in stand worden gehouden, ook als het planologisch re-

veel mogelijk worden ingekaderd met objectieve criteria in een door de gemeenteraad vastgestelde welstandsnota.

10 Zie bijv. ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2055; ABRvS 19 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2636 en ABRvS 26 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2016:682.

11 Zie bijv. ABRvS 13 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3800. Deze uitzondering doet zich niet voor als ten tijde van de aanvraag een voorbereidingsbesluit is genomen of het ontwerp van het nieuwe bestemmingsplan al ter inzage is gelegd.

12 ABRvS 21 december 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AA4296. De Afdeling heeft deze lijn onder de Wabo uitdrukkelijk voortgezet. Zie ABRvS 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP0510.

gime op een later moment gewijzigd wordt en het desbetreffende gebruik of bouwwerk niet langer toestaat. Ook hierover zijn in de jurisprudentie duidelijke lijnen uitgezet.

Het uitgangspunt is dat gebruik¹³ dat legaal aanwezig is op het moment dat het bestemmingsplan wordt vastgesteld in beginsel als zodanig moet worden bestemd. Een dergelijke 'positieve bestemming' kan slechts uitblijven als nieuwe planologische inzichten daartoe aanleiding geven en het belang bij de beoogde nieuwe bestemming zwaarder weegt dan de gevestigde rechten en belangen. In dat geval kan het bestaand legaal gebruik onder het overgangsrecht worden gebracht, mits de gemeenteraad aannemelijk maakt dat het gebruik binnen de planperiode van 10 jaar zal worden beëindigd.¹⁴ Dit impliceert dat de gemeenteraad bereid moet zijn om tot onteigening over te gaan als de gebruiker niet de intentie heeft om het gebruik uit eigen beweging te staken.

Het wegbestemmen van bestaand legaal gebruik heeft niet tot gevolg dat een verplichting ontstaat om dat gebruik te staken en de feitelijke situatie in zoverre met de nieuwe bestemming in overeenstemming te brengen. In het bestemmingsplan moet namelijk overgangsrecht worden opgenomen, op grond waarvan bestaand legaal gebruik dat niet past binnen de nieuwe bestemming mag worden voortgezet. De inhoud van dit overgangsrecht wordt gedicteerd in de artikelen 3.2.1 en 3.2.2 van het Besluit ruimtelijke ordening. Het is in beginsel niet toegestaan om gebruik twee maal onder het overgangsrecht te brengen.¹⁵ Het uitgangspunt is dus dat de gebruiker weer aanspraak kan maken op een positieve bestemming als de gemeenteraad er niet in is geslaagd om gebruik dat onder het overgangsrecht is gebracht binnen de planperiode te beëindigen.

In dit kader is ook van belang dat een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk een zelfstandige titel gaat vormen voor het beoogde gebruik van het bouwplan dat is aangevraagd. Een vrijstelling voor gebruik van een pand dat in strijd is met het bestemmingsplan kan worden geacht rechtstreeks voort te vloeien uit een voor dat pand verleende bouwvergunning.¹⁶ Deze jurisprudentie geldt ook als het college de strijd met het bestemmingsplan niet heeft onderkend. Ook in dat geval bevat de vergunning impliciet het rechtsoordeel dat het bestemmingsplan niet aan het bouwplan in de weg staat.¹⁷ Ook als het bestemmingsplan wordt gewijzigd voordat het bouwplan is gerealiseerd en het beoogde gebruik is aangevangen, kan de vergunninghouder het bouwwerk voltooiën en het beoogde gebruik op basis van de vergunning realiseren.¹⁸

De aanwezigheid van bestaand legaal gebruik impliceert ook dat dit gebruik in aanmerking moet worden genomen bij het toestaan van nieuwe ontwikkelingen. Als het bestaande gebruik onaanvaardbare effecten zal hebben op het nieuwe ruimtegebruik waarin het beoogde bestemmingsplan voorziet, dan is geen sprake van een goede ruimtelijke ordening en mag dat plan niet worden vastgesteld. Dat geldt bijvoorbeeld als de milieueffecten die een bestaande inrichting veroorzaakt ter plaatse van een nieuwe

13 Met 'gebruik' doel ik hier zowel op gebruik in enge zin als het instandhouden van bouwwerken.

14 Zie bijv. ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2262.

15 ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2017:3499.

16 Zie bijv. ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1784.

17 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 45. Zie ook ABRvS 24 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR5662.

18 ABRvS 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:203.

woonbestemming niet voldoet aan de normen van het Activiteitenbesluit.¹⁹ Bestaand legaal gebruik neemt dus een relatief sterke positie in ten opzichte van nieuwe gebruiksmogelijkheden.

5 Veranderingen in de Omgevingswet

De wetgever is voornemens om met de Omgevingswet een aantal veranderingen door te voeren ten opzichte van de vaste lijnen in de jurisprudentie die in vorige paragrafen beschreven zijn. Die veranderingen dreigen ten koste te gaan van de rechtszekerheid die de ruimtelijke normstelling momenteel kan bieden bij de totstandkoming en de voortzetting van gebruik van gronden en bouwwerken, zeker als zij in onderlinge samenhang worden gezien.

Een eerste verandering die grote consequenties kan hebben voor het huidige stelsel van ruimtelijke normstelling is de 'knip' die de wetgever wil doorvoeren in de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Deze knip houdt in dat de vergunningplicht wordt gesplitst in een bouwtechnisch en een planologisch deel. De gemeenteraad kan vervolgens zelf in het omgevingsplan bepalen of het voor de toepassing van de 'planologische' bouwregels nodig is dat bij de beoordeling van een bouwplan preventief aan die regels wordt getoetst over de band van een vergunningplicht.²⁰ De lijst die momenteel in artikel 2 van Bijlage II van het Besluit omgevingsrecht is neergelegd en waarin de categorieën van gevallen worden aangewezen waarin vergunningvrij mag worden afgeweken van het planologisch regime, zal onder de Omgevingswet dus plaatsmaken voor een lijst in het omgevingsplan.²¹

Een tweede belangrijke verandering is dat de wetgever het acceptabel acht dat de bouwregels in het omgevingsplan bij de vergunningverlening ruimte bieden voor een nader afwegingsmoment.²² Dit betekent dat de situatie zich kan voordoen waarin het bouwplan in kwestie voldoet aan de eisen die daar in het omgevingsplan aan zijn gesteld, maar dat het college desalniettemin weigert om de vergunning te verlenen. Dit is de nagel aan de doodskist van het limitatief-imperatief stelsel.²³ In het verlengde daarvan biedt het omgevingsplan minder houvast voor een initiatiefnemer of een ontwikkelaar. Het feit dat de gemeenteraad er voor kan kiezen om geen ruimte te bieden voor een nadere

19 Zie voor een tamelijk willekeurig voorbeeld ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4228, waarin de Afdeling een bestemmingsplan vernietigt omdat wordt voorzien in een geurigevoelige bestemming op een te korte afstand van een mestplaat op het buurperceel.

20 Nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 113-114 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 3, p. 70-72.

21 Deze gemeentelijke lijstjes leiden op zichzelf tot een toenemende rechtsonzekerheid. Die lijstjes kunnen van gemeente tot gemeente en zelfs van locatie tot locatie verschillen en bovendien eenvoudig gewijzigd worden. Naar verwachting zal daarom sprake zijn van een toename van de 'lijstjes-jurisprudentie', waar Rademaker, zich kritisch over uitlaat in zijn annotaties onder *TBR* 2014/27 en *TBR* 2018/93.

22 Nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 97 en p. 116.

23 De parlementaire stukken lijken op dit punt een innerlijke tegenstrijdigheid te bevatten. Daarin wordt namelijk enerzijds gesteld dat het limitatief-imperatief karakter van het vergunningstelsel in gelijkwaardige vorm behouden blijft, terwijl anderzijds wordt aangegeven dat het gebonden karakter van de bevoegdheid wordt bepaald door de beleidsvrijheid die in de bouwregels geboden wordt. Zie respectievelijk p. 115 en p. 116 van de nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290.

afweging, doet hier niet aan af. Het enkele feit dat de Omgevingswet de mogelijkheid biedt om een nadere afweging te maken over de aanvaardbaarheid van een specifiek bouwplan, betekent dat juristen in een concreet geval zullen moeten beoordelen of daar inderdaad sprake van is.

In de derde plaats wordt onder de Omgevingswet afstand genomen van de opdracht aan de gemeenteraad om binnen het gehele grondgebied van de gemeente een goede ruimtelijke ordening te realiseren. In plaats daarvan moet 'slechts' worden gewaarborgd dat sprake is van een evenwichtige functietoedeling aan locaties. In de parlementaire stukken wordt aangegeven dat dit wezenlijk iets anders is. De evenwichtige functietoedeling is de resultante van alle regels over activiteiten in het bestemmingsplan en neemt dus niet per definitie de vorm aan van de toedeling van een bepaalde functie (lees: bestemming) aan een specifieke locatie. De gemeenteraad kan de geografische reikwijdte van de regels zelf bepalen. Een regel kan gelden voor het gehele gemeentelijke grondgebied, maar ook voor een wijk, een perceel of een gedeelte van een perceel.²⁴

In de vierde plaats wil de wetgever van de Omgevingswet het mogelijk maken om in het omgevingsplan onderzoeksverplichtingen door te schuiven naar de fase van de ontwikkeling. Dat kan bijvoorbeeld door in het omgevingsplan een milieukoepel op te nemen voor geluid, waarin wordt bepaald dat alle bedrijvigheid op een terrein gezamenlijk buiten dat terrein niet meer geluidsbelasting mag veroorzaken dan de waarde die in het omgevingsplan wordt voorgeschreven. Het is dan aan de initiatiefnemer om de effecten van de door hem beoogde bedrijvigheid op de totale geluidsbelasting door te rekenen en om aan te tonen dat de grenswaarde van de milieukoepel niet wordt overschreden. Een dergelijk systeem heeft tot gevolg dat de initiatiefnemer moet investeren in een akoestisch onderzoek voordat hij weet of hij aanspraak kan maken op een vergunning. Het roept ook vragen op over de verdeling van schaarse vergunningen. Het is immers niet uitgesloten dat een derde eerder een vergunningaanvraag indient waarmee de resterende milieugebruiksruimte die onder de milieukoepel geboden wordt, wordt opgesoupeerd.

Een vijfde verandering is dat afstand wordt genomen van het standaard overgangsrecht zoals dat nu in het Besluit ruimtelijke ordening wordt voorgeschreven. De reden daarvoor is dat de wetgever de mogelijkheid wil openen om gebodsbepalingen op te nemen in het omgevingsplan. Dat is niet mogelijk als er een verplichting bestaat om bestaand legaal gebruik te eerbiedigen.²⁵ De gemeenteraad zal het overgangsrecht dus zelf moeten formuleren. Gelet op het omvangrijke aantal onderwerpen dat door de regels van het omgevingsplan bestreken wordt en de manier waarop die regels in elkaar grijpen, is dat een zeer complexe opgave.

6 Gevolgen voor de rechtszekerheid

De veranderingen die de wetgever met de Omgevingswet wil doorvoeren, zetten de rechtszekerheid die het bestemmingsplan kan bieden op losse schroeven. Het omgevingsplan zal minder duidelijkheid bieden over de mogelijkheid om een omgevingsvergunning voor een bouwwerk te verkrijgen en als die vergunning is verleend, dan

²⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 59-60.

²⁵ Nota van toelichting bij het Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 99-100.

kan daar minder rechtszekerheid aan worden ontleend dan thans het geval is. Dit zou aanzienlijke consequenties kunnen hebben voor de rol die het omgevingsplan en de omgevingsvergunning in het economisch verkeer kunnen vervullen.²⁶

De grotere rechtsonzekerheid vloeit in de eerste plaats voort uit ruimere inhoud die een omgevingsplan kan hebben. Uit dat plan zal niet in alle gevallen duidelijk kunnen worden afgeleid welke bouw- en gebruiksmogelijkheden op een bepaalde locatie bestaan. Afhankelijk van de inhoud van de planregeling zal nader onderzoek moeten worden verricht of zal het bevoegd gezag een nadere belangenafweging moeten maken voordat de initiatiefnemer weet waar hij aan toe is. Bovendien kan de gemeenteraad er voor kiezen geen specifieke functies aan locaties toe te kennen. Voor het beantwoorden van de vraag of een activiteit mag plaatsvinden, kan het dan nodig zijn om het plan integraal door te nemen om de toepasselijke regels te verzamelen. Nu is het natuurlijk ook op dit moment zo dat een bestemming op zichzelf beschouwd geen volledige zekerheid biedt of een beoogde ontwikkeling kan worden gerealiseerd. Daarvoor moet niet alleen in het bestemmingsplan, maar ook in andere regelgeving worden gekeken, zoals het Activiteitenbesluit en de Algemene plaatselijke verordening. Dat neemt echter niet weg dat een bestemming voor een initiatiefnemer of ontwikkelaar een vertrekpunt vormt voor de benadering van de overige relevante regelgeving. Met andere woorden, de bestemming biedt een bepaalde basisrechtszekerheid die een initiatiefnemer nodig kan hebben om zijn ideeën verder uit te werken.

De rechtsonzekerheid neemt in de tweede plaats toe doordat de omgevingsvergunning zijn rol als bevestiging dat de beoogde ontwikkeling mag worden gerealiseerd in het nieuwe systeem minder goed kan vervullen. Dat geldt uiteraard als geen toetsing aan het omgevingsplan hoeft plaats te vinden, omdat het desbetreffende bouwplan in het omgevingsplan vergunningvrij is gesteld.²⁷ Maar ook in gevallen dat een bouwplan wel aan het omgevingsplan moet worden getoetst, ligt het niet direct in de rede om vast te houden aan de huidige jurisprudentie op grond waarvan (kort gezegd) wordt getoetst aan het plan dat geldt op het moment dat de aanvraag is ingediend en een vernietiging van dat plan geen gevolgen heeft voor een omgevingsvergunning die op grond van het plan is verleend. Deze uitzonderingen op het algemene bestuursrecht worden immers gerechtvaardigd door het limitatief-imperatief stelsel, dat door de invoering van nadere afwegingsmomenten wordt losgelaten. Bovendien lijkt erop te worden aangestuurd dat een verleende omgevingsvergunning geen zelfstandige titel meer zal bieden voor het gebruik met het oog waarop het vergunde bouwplan wordt opgericht.²⁸

In de derde plaats legt het ontbreken van een duidelijk juridisch ankerpunt voor het realiseren van een ontwikkeling een grote druk op het overgangsrecht dat in een omgevingsplan is neergelegd. Op grond daarvan mag een eenmaal gerealiseerde ontwikkeling

26 Zie voor vergelijkbare kritiek A.G.A. Nijmeijer, 'Een nieuwe opzet voor de omgevingsvergunning voor bouwen in de Omgevingswet? Eenvoudiger gezegd dan gedaan', *BR* 2016/56, par. 3.3.2.4 en P.M.J. de Haan en H.C.W.M. Moesker, 'Bouwen onder de Omgevingswet: minder rechtszekerheid en meer verantwoordelijkheid?', *TBR* 2017/109, par. 3.2.2.

27 Het is zeer de vraag of de figuur van het bestuurlijk rechtsoordeel een geschikt alternatief is voor een vergunningplicht. Zie M.M. van Driel, 'Een nieuwe opzet voor een vergunningplicht voor bouwactiviteiten: hoe zit het met de rechtsbescherming?', *BR* 2017/37 en De Haan & Moesker, a.w., par. 3.2.2.

28 Brouwer en Rademaker, a.w., par. 5.

in beginsel in stand worden gehouden. Maar ook hier wil de wetgever meer vrijheid bieden en gemeenten in de gelegenheid stellen om het overgangsrecht zelf te formuleren. Het formuleren en toepassen van overgangsrecht is naar zijn aard complex en wordt door de grotere reikwijdte van het omgevingsplan alleen maar complexer. De kans dat er vergissingen worden gemaakt of zaken over het hoofd worden gezien, is steeds aanwezig. Vanwege deze complexiteit ligt het naar mijn mening in de rede om vast te houden aan standaardovergangsrecht, waarvan onder omstandigheden kan worden afgeweken om een gebodsbepaling op te nemen. Daarmee wordt voorkomen dat bij het formuleren van overgangsrecht fouten worden gemaakt die ten laste komen van de grondgebruiker. Eventuele afwijkingen van het standaardovergangsrecht om ruimte te bieden aan een gebodsbepaling dienen dan goed te worden gemotiveerd, hetgeen de zorgvuldigheid ten goede komt en de kans op vergissingen reduceert.²⁹

Brouwer en Rademaker nuanceren de gevolgen die het ontbreken van een vergunningplicht voor het bouwen van een bouwwerk zal hebben voor het economisch verkeer. Zij voeren in dit verband aan dat 'ingrijpende gebruiksveranderingen van gebouwen' die passen binnen het bestemmingsplan altijd al vergunningvrij zijn geweest. Zij wijzen ook op de verschuiving van vergunningplicht naar algemene regels in het milieurecht. Naar zij menen hebben deze omstandigheden niet in de weg gestaan aan de financiering van projecten.³⁰

Ik volg dit standpunt niet. De veronderstelling van Brouwer en Rademaker is dat bij het ontbreken van een vergunningplicht kan worden teruggevallen op duidelijke, concrete en objectief geformuleerde algemeen verbindende voorschriften die een zelfstandige titel bieden om de ontwikkeling te realiseren. Bij gebruiksveranderingen is dat het bestemmingsplan, waar met het oog op de rechtszekerheid specifieke eisen aan worden gesteld. In het milieurecht is dat het Activiteitenbesluit milieubeheer. Het omgevingsplan zal echter niet in alle gevallen eenzelfde vangnet kunnen bieden, juist omdat met de Omgevingswet de strikte eisen worden losgelaten die momenteel aan het bestemmingsplan worden gesteld.

7 Conclusie

In de jurisprudentie worden zware eisen gesteld aan de inhoud van het bestemmingsplan, mede vanwege de functie die zo'n plan moet vervullen als toetsingsgrond binnen het limitatief-imperatief toetsingskader voor de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Juist deze combinatie van bestemmingsplan en limitatief-imperatief stelsel zorgt ervoor dat het bestemmingsplan een initiatiefnemer veel rechtszekerheid biedt, niet alleen bij het realiseren van een vorm van ruimtegebruik, maar ook bij de instandhouding daarvan. De rechtszekerheid die het bestemmingsplan verleent is dan

29 De stelling in de Nota van Toelichting bij het Omgevingsbesluit dat met het standaardovergangsrecht een zwaardere motiveringsplicht zou ontstaan om een afwijkende regeling vast te stellen, deel ik niet. Die zware motiveringsplicht vloeit niet voort uit het standaardovergangsrecht, maar uit de verplichting om bestaande rechten van burgers te respecteren. Ook op terreinen waar standaardovergangsrecht ontbreekt, dient een draagkrachtige motivering te worden gegeven als afbreuk wordt gedaan aan bestaande rechten. Hierbij kan worden gedacht aan het intrekken van een omgevingsvergunning milieu.

30 Brouwer en Rademaker, a.w., par. 5.

ook niet gelegen in het voorkomen van onvoorziene ontwikkelingen, maar in het faciliteren van ontwikkelingen die op voorhand wenselijk worden geacht met het oog op de ruimtelijke structuur die de gemeenteraad wil realiseren.

Deze rechtszekerheid dreigt verloren te gaan door verschillende veranderingen die de wetgever met de Omgevingswet wil doorvoeren. Veranderingen die in dit kader van belang zijn, zijn de knip in de omgevingsvergunning voor het bouwen, de mogelijkheid om een nader afwegingsmoment te bieden in de bouw- en gebruiksregels in het omgevingsplan, het vervangen van de opdracht om een goede ruimtelijke ordening tot stand te brengen door de voorwaarde dat sprake moet zijn van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties, het doorschuiven van onderzoeksverplichtingen en het afschaffen van standaard overgangsrecht.

Gelet op het belang van de rechtszekerheid in het economisch verkeer, denk ik dat er beter moet worden stilgestaan bij de wenselijkheid van deze ontwikkelingen. Voor zover daar in het wetgevingsproces geen ruimte meer voor is, zal de Afdeling bestuursrechtspraak in haar jurisprudentie knopen moeten doorhakken. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat wordt vastgehouden aan de jurisprudentie dat geen sprake mag zijn van een nader afwegingsmoment bij de beoordeling van een bouwplan, dat een goede functietoedeling aan locaties impliceert dat in objectieve zin en zonder deskundigenadvies duidelijk is welke (bouw)activiteit op perceelsniveau aanvaardbaar is en dat bestaand legaal gebruik in beginsel mag worden voortgezet, ook als vergissingen zijn gemaakt en het overgangsrecht niet adequaat is geformuleerd.