

# Flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet; de AMvB's verkend (deel 1)

BR 2016/87

**Flexibiliteit, onder de Omgevingswet<sup>2</sup> lijkt het een toverwoord; het omgevingsrecht moet flexibeler worden en bestuursorganen moeten meer afwegingsruimte krijgen. Eén van de verbeterdoelen van de Omgevingswet is ook het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken.<sup>3</sup> In de parlementaire geschiedenis bij de Omgevingswet wordt veelvuldig over flexibiliteit gesproken en in de wet worden zes “vormen van flexibiliteit” geïntroduceerd. De precieze toepassing van de mogelijkheden onder deze flexibiliteitsvormen blijft in de Omgevingswet echter ongewis, de wetgever heeft daarvoor herhaaldelijk naar de uitvoeringsregelgeving verwezen.<sup>4</sup> Hierin zal duidelijk worden hoe de flexibiliteitsmogelijkheden in de praktijk kunnen worden toegepast. Op 1 juli 2016 zijn de consultatieversies van de uitvoeringsregelgeving, het Omgevingsbesluit (Ob), het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal), het Besluit bouwwerken leefomgeving (Bbl) en het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl), bekendgemaakt.<sup>5</sup> Een goede aanleiding dus om in dit artikel de meer concrete toepassing van de flexibiliteitsmogelijkheden onder de loep te nemen. Erkend wordt dat een belangrijk deel van deze toepassing pas inzichtelijk zal worden bij de vaststelling van het omgevingsplan, afhankelijk van de uiteindelijke keuzes die de gemeenteraden daarin zullen maken. Tegelijkertijd geven de vier uitvoerings-AMvB's wel inzicht in de grenzen waarbinnen dit dient te gebeuren en op welke onderwerpen van de fysieke leefomgeving gemeenten (en provincies) veel of weinig flexibiliteit wordt geboden.**

## 1. Inleiding

1.1. In dit artikel beoog ik scherp te krijgen welke flexibiliteitsmogelijkheden de wetgever in de Omgevingswet heeft voorzien en hoe dit met de uitwerking in de AMvB's in de praktijk toepassing zal krijgen. Hiertoe schets ik hierna eerst, aan de hand van de wet en de parlementaire geschiedenis, de verschillende flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet (§ 2), om vervolgens de uitwerking van

deze mogelijkheden in de AMvB's te bespreken. In verband met de omvang wordt dit artikel in twee delen in Bouwrecht geplaatst. In paragraaf 3 en 4 van dit deel licht ik de flexibiliteitsmogelijkheden voor burgers en bedrijven toe (maatwerkregels, -voorschriften en gelijkwaardigheid), opgenomen in het Bal respectievelijk het Bbl. In deel twee van dit artikel, te verschijnen in de volgende editie van Bouwrecht (BR 2016/96), behandel ik de bestuurlijke afwegingsruimte in regels voor bestuursorganen, neergelegd in de in het Bkl opgenomen omgevingswaarden en instructieregels. Ik richt mij in dit artikel op de flexibiliteitsmogelijkheden sec en de bijbehorende afwegingsruimte. De lengte van deze bijdrage dwingt mij ertoe om onderwerpen zoals het bevoegd gezag, rechtsbescherming en de wijze waarop van de afwegingsruimte gebruik kan worden gemaakt, beslist een interessant onderwerp, buiten beschouwing te laten.

1.2. Alvorens de flexibiliteitsmogelijkheden te bespreken zal ik eerst kort ingaan op het relevante begrippenkader. Want, wat is flexibiliteit? En hoe verhoudt flexibiliteit zich tot begrippen als bestuurlijke afwegingsruimte, afwijkingmogelijkheden, handelingsruimte en gebruiksruimte? Onder flexibiliteit verstaat de wetgever de afwegingsruimte die een actor binnen het wettelijk kader heeft om zelf keuzes over een activiteit te maken, waaronder de mogelijkheden voor maatwerk. Die actor kan de overheid in de rol van beleidsmaker, regelgever of bestuursorgaan zijn, maar ook de initiatiefnemer die een activiteit wil gaan uitvoeren.<sup>6</sup> Bestuurlijke afwegingsruimte is de afwegingsruimte die regels bieden aan bestuursorganen bij de uitoefening van hun taken of bevoegdheden, zowel voor vertegenwoordigende als uitvoerende bestuursorganen. De wetgever lijkt dat onderscheid niet met zo veel woorden te maken, maar ik ga ervan uit dat als regels onvoldoende afwegingsruimte bieden, de vervolgstap is om te onderzoeken of het inzetten van een afwijkingsinstrument opportuun is. De ruimte die initiatiefnemers wordt geboden bij het verrichten van hun activiteiten kwalificeert als handelingsruimte. Gebruiksruimte tot slot is de ruimte die voor activiteiten in de fysieke leefomgeving beschikbaar is zonder dat de doelen van de wet in het gedrang komen of niet wordt voldaan aan de omgevingswaarden.<sup>7</sup> De wetgever heeft de toevoeging “milieu” hier laten vallen, omdat in het kader van de Omgevingswet gebruiksruimte immers betrekking heeft op een breder begrip, namelijk dat van de fysieke leefomgeving.

1.3. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel zijn met name veel vragen gesteld over de verhouding

1 Marloes Brans is advocaat bij Houthoff Buruma. Dit artikel werd afgesloten op 30 september 2016.

2 Het voorstel van de wet is op 1 juli 2015 door de Tweede Kamer aangenomen, *Kamerstukken I* 2014/15, 33962, A, en ligt nu ter instemming voor bij de Eerste Kamer. De wet is thans voorzien om in 2019 in werking te zullen treden.

3 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 32. Flexibiliteit moet tevens bijdragen aan betere besluitvorming over projecten, p. 264.

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 263, 271 en 381.

5 Hierna wordt uit praktische overwegingen gesproken over het Ob, het Bal, het Bbl en het Bkl, benadrukt wordt dat het hier de consultatieversies van 1 juli 2016 betreft en niet in werking getreden regelgeving.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 264. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 12, p. 94.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, 3, p. 285 e.v. en p. 388 (definitie) en *Kamerstukken I* 2015/16, 33962, E, p. 14. Zie ook Nota van Toelichting (NVT) Algemeen Bkl, § 3.3.

tussen enerzijds de wens tot meer flexibiliteit en anderzijds het belang van de rechtszekerheid<sup>8</sup>, temeer relevant nu de wetgever zich met de Omgevingswet mede ten doel heeft gesteld om de inzichtelijkheid en de voorspelbaarheid van het omgevingsrecht te verbeteren.<sup>9</sup> Op dit onderwerp zal ik niet ingaan, wel verwijs ik naar een artikel hierover van Van den Broek, die betoogt dat flexibiliteit en rechtszekerheid niet op gespannen voet met elkaar staan.<sup>10</sup> Een ander tijdens de parlementaire behandeling regelmatig geuit punt van zorg is dat flexibiliteitsmogelijkheden afbreuk zouden doen aan het beschermingsniveau van natuur en milieu (terwijl bedrijven juist vrezden voor een onredelijke extra strenge eisen). Een lager beschermingsniveau is nadrukkelijk niet de bedoeling geweest van de wetgever.<sup>11</sup> Flexibiliseren en, daarmee gepaard gaand, decentraliseren mag volgens de wetgever niet leiden tot een “race to the bottom”, dat wil zeggen maximale vrijheid voor initiatiefnemers en nauwelijks bescherming voor burgers.<sup>12</sup> Het voorkomen van zo’n “race” kan volgens de wetgever reden zijn om te kiezen voor nationale regelgeving. Wordt toch voor decentralisering gekozen, dan geldt dat de wetgever groot vertrouwen uitspreekt in de decentrale overheid; hij vertrouwt erop dat decentrale bestuursorganen “een verstandige belangenafweging” maken bij het vaststellen van hun regelgeving en het toepassen van de flexibiliteitsmogelijkheden uit de Omgevingswet. In die zin is bij het gebruik van flexibiliteitsmogelijkheden onder de Omgevingswet dus een grote rol voor decentrale overheden, en in het bijzonder voor gemeenten, weggelegd.

## 2. Flexibiliteitsmogelijkheden in de wet

### 2.1. Algemeen

2.1.1. De komst van de Omgevingswet heeft diverse aanleidingen.<sup>13</sup> De behoefte aan meer flexibiliteit is ingegeven door, ten eerste, regionale en lokale verschillen en behoeften. Daarnaast bestaat volgens de wetgever vanuit de samenleving verlangen naar meer ruimte voor initiatieven met een overheid die snel op die initiatieven kan reageren. Ter verbetering hiervan heeft de wetgever zich een aantal doelen gesteld. Eén van de verbeterdoelen voor het bereiken van de doelen van de fysieke leefomgeving is het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken.<sup>14</sup> Daarbij bestaat het streven dat bestuursorganen zo veel mogelijk de ruimte “aan de voorkant” van het beleidsproces gebruiken, namelijk bij de vaststelling van het beleid en de inzet van instrumenten.<sup>15</sup> Gemeentelijke voorbeelden hiervan zijn de omgevingsvisie, de mogelijkheid om eigen omgevingswaarden vast te stellen

evenals het vaststellen van een omgevingsplan, dat bovendien inhoudelijk is verbreed tot de fysieke leefomgeving.<sup>16</sup> Op provinciaal en rijksniveau kent men het instrument van het stellen van instructieregels.

2.1.2. De wetgever heeft bestuurlijke afwegingsruimte “aan de achterkant” van het beleidsproces voor bijzondere situaties<sup>17</sup> voorzien, bijvoorbeeld bij bijzondere lokale situaties, complexe gebieden of grensoverstijgende belangen. In dat soort gevallen zal een bestuurlijke afwijkingmogelijkheid kunnen worden ingezet, zoals het verlenen van een ontheffing of het stellen van een lichtere of strengere eis. Bij de keuze voor een bepaalde afwijking speelt de gewenste mate van uniformiteit – het schaalniveau van de afwijking – een rol; bij een omvangrijk project zal mogelijk de behoefte bestaan de regels voor alleen dat project te differentiëren. Bij onderwerpen waarvoor landelijk uniforme regels wenselijk zijn, zoals het stellen van constructieve eisen aan bouwwerken, zal de flexibiliteit worden gezocht in bijvoorbeeld de mogelijkheid tot gelijkwaardige bescherming. Vanzelfsprekend is een bestuursorgaan hier gebonden aan de grenzen van de wet en de aan haar op grond van de wet toegekende taken en bevoegdheden.

### 2.2. Zes vormen van flexibiliteit onder de Omgevingswet

2.2.1. De ruimte “aan de voorkant” en “aan de achterkant” heeft de wetgever tezamen betiteld als de flexibiliteitsvormen, met bijbehorende flexibiliteitsmogelijkheden. De wetgever onderscheidt daarbij drie hoofdsorten van flexibiliteit, namelijk: (i) het creëren van ruimte in (met name landelijke) regels, waardoor meer afwegingsruimte ontstaat, (ii) gebiedsgericht maatwerk in decentrale regelgeving, ingegeven door lokale of regionale omstandigheden en (iii) individueel maatwerk in verband met de specifieke omstandigheden bij een project of activiteit. Omdat deze drie niveaus van flexibiliteit zowel bestuurlijke afwegingsruimte aan bestuursorganen als handelingsruimte aan burgers en bedrijven kunnen bieden, leidt dit in totaal tot zes “vormen van flexibiliteit”. Hier komt de experimenteerbepaling van artikel 23.3 Omgevingswet, als opvolger van art. 2.4 van de Crisis- en herstelwet (Chw), als meer generieke flexibiliteitsmogelijkheid nog bij (nader hierover § 2.2.6). Naast deze flexibiliteitsmogelijkheden biedt de Omgevingswet bovendien nog andere vormen van flexibiliteit, zoals de flexibiliteitsregeling van het bevoegd gezag (art. 5.16 Omgevingswet jo. art. 3.11 Ob<sup>18</sup>) en de vrijheid om voor bepaalde activiteiten los of gelijktijdig een vergunning aan te vragen (art. 5.7 Omgevingswet). Met de toepassing van artikel 5.7 Omgevingswet wordt afgestapt van het in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) geïntroduceerde systeem van de onlosmakelijke samenhang van vergunningen.

8 Bijv. Kamerstukken II 2013/14, 33962, 6, p. 7, 36, 69 e.v. etc. En ook Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 42 e.v.

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

10 J.H.G. van den Broek, ‘Funambulisme in de Omgevingswet’, TBR 2015/96.

11 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 12, p. 25. Voorts benadrukt de wetgever de mogelijkheid om flexibiliteitsinstrumenten in te zetten ter behoud of verbetering van de kwaliteit, Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 73.

12 Kamerstukken I 2015/16, 33962, E, p. 128.

13 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 13.

14 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 32.

15 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 39, zie ook § 5.3 (Flexibiliteit).

16 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 262.

17 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 270, bestuurlijke afwegingsruimte “aan de achterkant” van het beleidsproces moet “zo beperkt mogelijk zijn”.

18 Zie voor een nadere toelichting, NvT Algemeen Ob, § 3.1.3, p. 14.

2.2.2. In onderstaand overzicht zijn de zes vormen van flexibiliteit in de Omgevingswet met de daarbij behorende flexibiliteitsmogelijkheden gecompriëerd weergegeven.

TABEL FLEXIBILITEITSMOGELIJKHEDEN		
De zes vormen van flexibiliteit in de Omgevingswet <sup>19</sup>		
	Bestuurlijke afwegingsruimte in regels voor bestuursorganen	Flexibiliteit voor burgers en bedrijven
<b>Ruimte in de (al-gemene) regels</b>	Uitvoeringsregelgeving: meer afwegingsruimte <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) <u>omgevingswaarden</u> (afd. 2.3 Omgevingswet)                             <ul style="list-style-type: none"> <li>programma met programmatische aanpak (art. § 3.2.4 Omgevingswet)</li> <li>saldering en compensatie</li> </ul> </li> <li>(a) <u>instructieregels</u> (§ 2.5.1 Omgevingswet)</li> </ul>	Uitvoeringsregelgeving: meer handelingsruimte <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) <u>gelijkwaardigheid</u> bij algemene regels (art. 4.7 Omgevingswet)</li> </ul>
<b>Gebiedsgericht maatwerk</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(ii) gebiedsgerichte omgevingswaarden                             <ul style="list-style-type: none"> <li>omgevingsverordening (art. 2.12 lid 1 Omgevingswet)</li> <li>omgevingsplan (art. 2.11 lid 1 Omgevingswet)</li> </ul> </li> <li>(b) afwijking door provincie van rijksinstructieregels (art. 2.25 lid 5, onder a Omgevingswet)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(2-I) <u>maatwerkregels</u> (art. 4.6 Omgevingswet)</li> <li>(2-II) maatwerk bepalen reikwijdte vergunningplicht (art. 5.2 lid 1 Omgevingswet)</li> </ul>
<b>Individueel maatwerk</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(c1) ontheffing bij instructieregels (art. 2.32 Omgevingswet)</li> <li>(c2) afwijking, uitwerking of aanvulling bij instructieregels (art. 2.25 lid 5 Omgevingswet)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(3-I) <u>maatwerkvoorschrift</u> bij algemene regels (art. 4.5 Omgevingswet)</li> <li>(3-II) concretiserende of aanvullende eis bij algemene regels (art. 4.5 Omgevingswet)</li> </ul>
<b>Experimenteerbepaling (art. 23.3 Omgevingswet)</b>		

2.2.3. De bestuurlijke afwegingsruimte in regels voor bestuursorganen vindt plaats via twee instrumenten, de omgevingswaarden (ad. i en ii tabel) en de instructieregels (ad. a, b, c1 en c2 tabel). Met instructieregels kunnen onder andere inhoudelijke eisen, voorwaarden en beperkingen worden gesteld aan door bestuursorganen te nemen besluiten, de zogenaamde “beslisregels” (zie nader deel II, § 1.3.1.).<sup>20</sup> Belangrijke beslisregels zijn die gericht tot de gemeenteraad bij het vaststellen van een omgevingsplan. Al deze beslisregels zijn nu samengebracht in het – in deel twee (zie BR 2016/96) van dit artikel te bespreken – Bkl, waarin per regel is bezien of er passendere mogelijkheden kunnen worden gecreëerd voor besluitvorming op maat, bijvoorbeeld door de toepassing van bandbreedten of andere flexibiliteitsmogelijkheden. Eenzelfde afweging heeft plaatsgevonden ten aanzien van de omgevingswaarden, tevens opgenomen in het Bkl. Een omgevingswaarde geeft op kwantitatieve of kwalitatieve aan op welke wijze aan de staat of kwaliteit van de fysieke leefomgeving moet worden voldaan. Voor de meeste in het overzicht opgenomen flexibiliteitsbepalingen geldt dat deze bij AMvB “aan” of “uit” zijn gezet.<sup>21</sup> Zo kan bijvoorbeeld van de mogelijkheid tot ontheffing van een instructieregel alleen gebruik worden gemaakt, indien deze specifiek bij de desbetreffende instructieregel is “aan” gezet.<sup>22</sup> In dat geval is de flexibiliteitsmogelijkheid bij AMvB nader ingekaderd; de betreffende bepaling geeft de voorwaarden waaronder het instrument kan worden ingezet. Voor burgers en bedrijven zal flexibiliteit in belangrijke mate worden verkregen door de toepassing van maatwerk ten opzichte van algemene regels, in de vorm van een gelijkwaardig alternatief, gebiedsgerichte regels of een specifiek, op een bepaalde situatie toegesneden, maatwerkvoorschrift (ad. 1-3-II tabel). Daarnaast zullen burgers en bedrijven natuurlijk ook flexibiliteit gaan ervaren vanwege de aan bestuursorganen toegekende bestuurlijke afwegingsruimte, bijvoorbeeld bij het opnemen van flexibele omgevingswaarden in het omgevingsplan. Een maatwerkvoorschrift is een beschikking, maatwerkregels kunnen worden opgenomen in bijvoorbeeld een omgevingsplan waar het gaat om de evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 2.12a Bal). Voor een uitgebreide toelichting op de werking in de Omgevingswet van de flexibiliteitsmogelijkheden van maatwerkregels, maatwerkvoorschriften en gelijkwaardigheid verwijs ik naar een artikel van De Graaf en Tolsma hierover.<sup>23</sup>

2.2.4. Flexibiliteitsmogelijkheden zijn niet nieuw in het omgevingsrecht.<sup>24</sup> In bijvoorbeeld de Wet milieubeheer (Wm) is de mogelijkheid van maatwerkvoorschriften (art. 8.42 Wm) en maatwerkregels (art. 8.42b Wm) opgenomen en ook de Woningwet (Wonw) kent de optie van

19 Ontleend aan tabel 7 p. 273 *Kamerstukken II 2013/14*, 33962, 3 en de tabel op p. 27 *Kamerstukken II 2014/15*, 33962, 12. Zie ook *Kamerstukken I 2015/16*, 33962, E, p. 42 e.v. en NvT Algemeen Bkl, § 2.3.8, p. 46.

20 *Kamerstukken II 2014/15*, 33962, 12, p. 95.  
 21 *Kamerstukken II 2015/16*, 33962, 12, p. 29. Zie ook *Kamerstukken I 2015/16*, 33962, E, p. 122.  
 22 *Kamerstukken II 2014/15*, 33962, 12, p. 29 en 101 e.v.  
 23 K.D. de Graaf en H.J. Tolsma, ‘Flexibiliteit in de Omgevingswet, maatwerk, gelijkwaardigheid en experimenten’, *MenR 2014/126*.  
 24 *Kamerstukken I 2015/16*, 33962, E, p. 122.

maatwerk (art. 7 en 7b Wonw). Verder is een ontheffing van instructieregels als bedoeld in de Wet ruimtelijke ordening (Wro) ook nu al mogelijk en voorzien de Interimwet stad- en milieubenadering (lbs) en de Crisis- en herstelwet (Chw) in meer generieke afwijkingsmogelijkheden voor bijzondere gevallen.

2.2.5. De drie vormen van bestuurlijke afwegingsruimte in de eerste kolom van de tabel (regels voor bestuursorganen) zijn terug te vinden in het Bkl (waarover nader in deel twee van dit artikel). Hierna (in § 3 en 4) ga ik in op de drie mogelijkheden van bestuurlijke afwegingsruimte zoals die zijn vermeld in de tweede kolom van de tabel, voor burgers en bedrijven, neergelegd in het Bal en het Bbl. Eerst nog een opmerking over de generieke experimenteerbepaling van artikel 23.3 Omgevingswet.

2.2.6. Het innovatieartikel 2.4 Chw in de Omgevingswet heeft met de experimenteerbepaling van artikel 23.3 Omgevingswet namelijk een opvolger gekregen.<sup>25</sup> Deze experimenteerbepaling geeft de mogelijkheid om bij wijze van experiment bij AMvB van bepalingen bij of krachtens de Omgevingswet, de Elektriciteitswet 1998, de Warmtewet en de Wm af te wijken. Aanwijzing als experiment is slechts mogelijk als dit beoogt bij te dragen aan het nastreven van de doelen van de Omgevingswet, waaronder de verbetering van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving, de te volgen procedures of de besluitvorming daarover. Ten opzichte van artikel 2.4 Chw kent de experimenteerbepaling in de Omgevingswet een aantal extra waarborgen. Ten eerste kan voor omgevingswaarden in beginsel voor een periode van maximaal 10 jaar worden afgeweken (de Chw kende deze beperking niet). Voorts zijn, op aanbeveling van door de Rijksuniversiteit Groningen verricht onderzoek, zwaardere eisen gesteld aan het monitoren en voltooiën van een experiment. Als uit monitoring en evaluatie blijkt dat een experiment niet bijdraagt aan de doelen waarvoor het is aangewezen, dan moet de uitvoerder van het experiment met oog daarop aanvullende maatregelen nemen (lid 4). Het verantwoordelijk bestuursorgaan kan daartoe aanwijzingen geven (lid 5). Indien de maatregelen ontoereikend zijn, kan de Minister zelfs besluiten om het experiment te beëindigen (lid 6). Afwijkingen na afloop van het experiment zijn slechts toegestaan wanneer deze onderdeel zijn van het experiment en het onevenredig is in verhouding tot het te beschermen belang van de fysieke leefomgeving om deze met de regelgeving in overeenstemming te brengen (lid 4).<sup>26</sup>

### 3. Flexibiliteit voor burgers en bedrijven; het Bal

#### 3.1. Maatwerkvoorschriften en maatwerkregels (art. 4.5 en 4.6 Omgevingswet)

##### Algemeen

3.1.1. In het Bal worden, ter uitvoering van artikel 4.3 lid 1 sub b Omgevingswet, voor burgers en bedrijven rechtstreeks werkende rijksregels gesteld over onder andere milieubelastende activiteiten en wateractiviteiten. Indien ervoor is gekozen om voor een bepaald onderwerp van de fysieke leefomgeving op rijksniveau, via het Bal dan wel het Bbl, algemene regels te stellen, dan bieden maatwerkregels en maatwerkvoorschriften gemeenten de mogelijkheid om in bepaalde gevallen eigen, op de lokale situatie afgestemde, eisen te stellen (de rechter kolom in de tabel met flexibiliteitsmogelijkheden, § 2.2.2).<sup>27</sup> In de onderstaande tabel uit de NvT van het Bal<sup>28</sup> is weergegeven welke keuze in het kader van het Bal is gemaakt in het centraal of decentraal stellen van regels. Daarbij valt op dat milieubelastende activiteiten zoals restaurants, discotheken en kantoorgebouwen, die nu nog onder het Activiteitenbesluit vallen (en moeten voldoen aan eisen op het gebied van bijvoorbeeld geur, geluid en energiebesparing), in de Omgevingswet niet door het Rijk zullen worden gereguleerd. In plaats daarvan kan de decentrale wetgever daarover regels opnemen in het omgevingsplan, waarbij hij uiteraard eventuele instructieregels in acht moet nemen. Voor de betreffende en hieronder weergegeven – niet centraal geregelde – milieubelastende activiteiten beschikt de gemeente dus over een grote mate van flexibiliteit.

Tabel 2

Decentraal	Centraal
milieubelastende activiteiten	
<p>alle niet door het Rijk gereuleerde milieubelastende activiteiten, waaronder:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• hotels, pensions en conferentieoord</li> <li>• restaurants, cafetaria's, snackbars en cateringbedrijven</li> <li>• cafés, discotheken, concertpodia, muziektheaters en evenementenhallen</li> <li>• verbijsrecreatie, dagrecreatie en sportfaciliteiten</li> <li>• detailhandel en ambachten, supermarkten en bouwmarkten</li> <li>• gebouwen voor permanente of tijdelijke bewoning, onderwijs- en kantoorgebouwen, welzijnzorg</li> <li>• dierenpensies, dierenasiel, dierenklinieken, hondenfokkers of -trainers, hobbymatig houden van dieren en maneges</li> </ul>	<p>milieubelastende activiteiten in met name:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• energieindustrie en nutssector</li> <li>• industrie</li> <li>• afvalbeheersector</li> <li>• agrarische sector</li> <li>• dienstverlening en zorg</li> <li>• transport of logistiek sector</li> <li>• mijnbouwsector</li> <li>• defensie</li> </ul> <p>en een aantal milieubelastende activiteiten die kunnen voorkomen bij vele bedrijven en soms ook huishoudens, zoals:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• bodemenergiesystemen</li> <li>• windturbines</li> <li>• opslaan van gevaarlijk stoffen</li> <li>• natte koeltorens</li> </ul>
lozingsactiviteiten op een oppervlaktewaterlichaam	
<p>alle niet door het Rijk gereuleerde lozingsactiviteiten op regionale wateren</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• lozingsactiviteiten op regionale wateren, die samenhangen met milieubelastende activiteiten waaraan rijksregels zijn gesteld</li> <li>• overige lozingsactiviteiten op rijkswateren (zie hoofdstukken 6 en 7 van dit besluit)</li> </ul>

3.1.2. Zowel het Bal als het Bbl hebben een overzichtelijke structuur. De hoofdstukken 2 tot en met 5 van het Bal hebben betrekking op milieubelastende activiteiten. Na een aantal algemene bepalingen in hoofdstuk 2<sup>29</sup>, wordt in hoofdstuk 3 per "hoofdactiviteit" uiteengezet: (i) welke activiteiten als milieubelastend kwalificeren; (ii) of deze activiteiten vergunningplichtig zijn; en (iii) aan welke al-

25 Kamerstukken II 2013/14, 33962, 3, p. 608.

26 Zie voor een analyse van deze bepaling ook De Graaf en Tolsma, p. 641.

27 NvT Algemeen Bal, p. 27, zie voor een nadere toelichting op beide instrumenten ook p. 44 e.v.

28 Opgenomen in NvT Algemeen Bal, p. 63, tabel 2.

29 Deze zijn ook van toepassing op lozingsactiviteiten.

gemene regels van hoofdstuk 4 en eventueel modules van hoofdstuk 5 de activiteiten moeten voldoen. Vervolgens is in hoofdstuk 4 opgenomen welke algemene regels op de betreffende milieubelastende activiteiten van toepassing zijn, mits deze onder het daar gegeven toepassingsbereik vallen. In hoofdstuk 5 zijn tot slot wat algemene modules c.q. onderwerpen voor daaraan onderworpen milieubelastende activiteiten geregeld, zoals het verrichten van bodemonderzoek, het indienen van een PRTR-verslag en het treffen van energiebesparende maatregelen. Het Bal reguleert alleen *emissies* van milieubelastende activiteiten, regels voor *immissienormen* worden in het omgevingsplan opgenomen (zie ook deel twee, § 1.4.4.).<sup>30</sup> Voor een analyse van het bepalen of een activiteit milieubelastend is en al dan niet vergunningplichtig en enkele kritische kanttekeningen daarop, verwijst ik naar het artikel van Van 't Lam en Van Angeren.<sup>31</sup> In de volgende hoofdstukken 6 tot en met 14 van het Bal is dit samenstel van onderwerpen per activiteit per hoofdstuk opgenomen. Het gaat hier om bepaalde wateractiviteiten, activiteiten rond rijkswegen en cultureel en werelderfgoed activiteiten. Ik richt mij hierna met name op de milieubelastende activiteiten.

### Milieubelastende activiteiten

3.1.3. In artikel 2.11 en 2.12 Bal zijn algemene voorschriften over maatwerkregels en maatwerkvoorschriften voor milieubelastende activiteiten en in beginsel tevens voor lozingsactiviteiten<sup>32</sup> gegeven. Voor zowel maatwerkregels als maatwerkvoorschriften geldt dat deze kunnen worden gesteld over de onderwerpen opgenomen in artikel 2.10 (specifieke zorgplicht), afdeling 2.7 (ongewone voorvallen) en de hoofdstukken 3 tot en met 5 Bal (milieubelastende activiteiten), met uitzondering van (i) de bepalingen waarin milieubelastende activiteiten of lozingsactiviteiten zijn benoemd (anders gezegd: decentrale overheden mogen niet afwijken van de aanwijzing als milieubelastende activiteit), (ii) meet- of rekenmethoden en (iii) meldingen (alleen van toepassing op maatwerkvoorschriften) (art. 2.11 en 2.12, lid 1 Bal).<sup>33</sup> Van de bepalingen over ongewone voorvallen en deze in de hoofdstukken 3 tot en met 5 kan alleen worden afgeweken indien daarin niet anders is bepaald (art. 2.11 en 2.12, lid 2 Bal, daarover zo meteen meer in § 3.1.5).

3.1.4. Het gebruik van maatwerk mogelijkheden is aan grenzen gebonden. Reeds uit de wet volgt dat maatwerkregels en -voorschriften alleen kunnen worden gesteld met het oog op de strekking van de wet en de daarbij betrokken

belangen.<sup>34</sup> Daarnaast vloeit voor maatwerkvoorschriften een extra begrenzing voort uit de beoordelingsregels in het Bkl zoals die voor vergunningen gelden, deze zijn op maatwerkvoorschriften van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 2.12 lid 4 Bal). Ook kan vanzelfsprekend geen sprake zijn van strijd met dwingende internationaal rechtelijke verplichtingen.

De decentrale overheid is vrijgelaten in de keuze om maatwerkregels te stellen dan wel een maatwerkvoorschrift te nemen.<sup>35</sup> Ook een maatwerkvoorschrift ter aanvulling of afwijking van een maatwerkregel is niet ondenkbaar.<sup>36</sup> Wel wordt omwille van de kenbaarheid en de rechtszekerheid de voorkeur gegeven aan het proactief stellen van maatwerkregels ten opzichte van het reactief nemen van maatwerkvoorschriften.<sup>37</sup> Voorts worden vergunningvoorschriften boven maatwerkvoorschriften gesteld, zodat geen maatwerkvoorschriften kunnen worden gesteld als over een onderwerp ook een vergunningvoorschrift kan worden opgenomen (art. 2.12 lid 3 Bal).

3.1.5. In hoofdstuk 4 Bal wordt vervolgens duidelijk onder welke omstandigheden maatwerkregels en maatwerkvoorschriften bij specifieke milieubelastende activiteiten zijn toegestaan. Hierin kunnen maatwerk mogelijkheden immers al dan niet nader zijn ingeperkt. In de wijze waarop maatwerkregels en maatwerkvoorschriften worden toegepast, kunnen op grond van art. 2.11 en 2.12 jo. hoofdstuk 4 Bal mijns inziens in beginsel vier situaties worden onderscheiden: (i) de bepalingen voor een bepaalde milieubelastende activiteit kennen geen nadere beperkingen (in hfdst. 3-5), dus zijn maatwerkregels of -voorschriften toegestaan; (ii) maatwerkregels- of voorschriften worden voor een bepaalde activiteit uitdrukkelijk uitgesloten<sup>38</sup>; (iii) maatwerkregels- of voorschriften worden voor een deel van de activiteit dan wel op bepaalde onderwerpen uitgesloten<sup>39</sup>; en (iv) via maatwerkregels of -voorschriften wordt een gefaseerde uitvoering van de maatregelen toegestaan.<sup>40</sup> Voor maatwerkvoorschriften kunnen aanvullend nog de volgende (sub)varianten worden onderscheiden, namelijk die waarin (v) alleen soepelere maatwerkvoorschriften worden uitgesloten<sup>41</sup>; en (vi) een soepeler maatwerkvoorschrift onder bepaalde, nader gegeven, voorwaarden is toegestaan<sup>42</sup>. Bij deze laatste variant is van belang dat versoepeling van het Bal alleen mogelijk is op verzoek van degene die de activiteit verricht.<sup>43</sup>

30 NvT Algemeen Bal, p. 128, NvT Algemeen Bkl, p. 131.

31 V.M.Y. van 't Lam en J.R. van Angeren, 'Milieubelastende activiteiten in de Omgevingswet. Gevolgen van de overstap van het begrip inrichting naar milieubelastende activiteiten voor de praktijk en de verhouding met het omgevingsplan', TBR 2016/132, i.h.b. § 3.

32 Hier valt op dat deze algemene voorschriften lozingsactiviteiten, behoudens de zorgplicht van art. 2.10 lid 3 Bal, uitsluiten. Dit heeft waarschijnlijk te maken met de specifieke regeling (overigens met alleen maatwerkvoorschriften) in art. 6.6 Bal.

33 NvT Algemeen Bal, p. 46 en 47, voor een nadere toelichting op de beperkingen van maatwerk.

34 Art. 4.5 lid 1 en 4.6 lid 2 Omgevingswet jo. § 4.3.2 Omgevingswet en art. 2.11 lid 3 jo. art. 2.2 Bal (maatwerkregels).

35 NvT Algemeen Bal, p. 28.

36 NvT Algemeen Bal, p. 50.

37 NvT Algemeen Bal, p. 49 e.v.

38 Zie bijv. de activiteit "Stralen van metalen" (§ 4.13 Bal).

39 Zie bijv. de activiteit "Seveso-inrichting" (§ 4.2 Bal).

40 Zie bijv. de activiteit "Energiebesparing" (§ 5.4.1 Bal).

41 Zie bijv. soepelere maatwerkregels of -voorschriften voor de activiteit "Afvalverbrandingsinstallatie- en afvalmeeverbrandingsinstallatie" (art. 4.57).

42 Zie bijv. de bepalingen over een maatwerkvoorschrift voor zwaveldioxide voor de activiteit "Grote stookinstallatie" (art. 4.33).

43 NvT Algemeen Bal, p. 45.

Voor maatwerkregels zijn in algemene zin in het Bal minimale beperkingen opgenomen<sup>44</sup>, voor maatwerkvoorschriften geldt dat de beperkingen groter zijn. Deze beperkingen zijn te divers om hier in detail op te gaan. Kern van het verhaal is dat er allerlei varianten zijn waaronder maatwerkregels en -voorschriften worden toegestaan en daardoor de mogelijkheden van maatwerk zeer afhankelijk zijn van de betreffende activiteit en de regels uit het Bal die daarop van toepassing zijn. Ter illustratie hiervan de volgende voorbeelden.

3.1.6. Een chemisch bedrijf dat als Seveso-inrichting kwalificeert, waarbij ervan uitgegaan wordt dat dit het hele bedrijf zal beslaan<sup>45</sup>, zal in ieder geval moeten voldoen aan de bepalingen in het Bal over de activiteit "Seveso-inrichting" (§ 4.2 Bal). In verband met de strikte implementatie van de Seveso-richtlijn is voor de bepalingen over de activiteit Seveso-inrichting – de huidige Brzo-regels – iedere vorm van maatwerkregels en -voorschriften echter uitgesloten.<sup>46</sup> Waar het gaat om chemische activiteiten en meer in het bijzonder de productie van titaandioxide is wel weer de (algemene) mogelijkheid tot maatwerkregels en -voorschriften gegeven, behoudens waar het gaat om de lozingen op een oppervlaktewater bij het sulfaat- of chlorideproces (art. 4:104 Bal). Is sprake van grote stookinstallaties, dan is voor die activiteit een soepelere maatwerkregel of -voorschrift – als gevolg van de implementatie van de EU-Richtlijn Industriële Emissies – in beginsel weer uitgesloten, behoudens de mogelijkheid om voor een aantal specifieke stoffen, zoals stikstofdioxide, in bepaalde gevallen soepelere normen te stellen (art. 4.24 jo. 4.35 Bal). Maatwerk in het kader van het Bal vraagt dus om een maatwerkbeoordeling. In het eerdergenoemde artikel van Van 't Lam en Van Angeren<sup>47</sup> zijn diverse kanttekeningen geplaatst bij de vraag hoe deze "hoofdactiviteiten" zich tot elkaar verhouden en in samenhang hiermee de algemene regels die op deze activiteiten van toepassing zijn. De uitkomsten hiervan zijn ook relevant voor het bepalen van de mogelijkheden van maatwerkregels en -voorschriften, nu de algemene regels hiervoor als richtingwijzer fungeren.

3.1.7. Het is niet de bedoeling dat maatwerk op veel grotere schaal wordt ingezet dan op dit moment het geval is.<sup>48</sup> Maatwerk kan alleen worden gebruikt als daartoe "werkelijk noodzaak" bestaat. Desondanks lijkt het mij waarschijnlijk dat onder de Omgevingswet maatwerk (flink) meer zal worden ingezet. Los van de "positieve publiciteit" die hiervoor onder de Omgevingswet wordt gegeneerd, kan op grond van de Omgevingswet maatwerk veel breder worden ingezet (namelijk voor de fysieke leefomgeving) en zijn de beperkingen zoals die in het Activiteitenbesluit gelden niet van kracht; het stellen van een maatwerkvoorschrift op grond van het Activiteitenbesluit is namelijk slechts moge-

lijk op grond van een uitdrukkelijk voorschrift of op grond van de zorgplicht (mits niet uitputtend geregeld).<sup>49</sup>

3.1.8. Zoals ik reeds heb opgemerkt dient het stellen van maatwerk te gebeuren met inachtneming van de strekking van de wet (§ 3.1.4). Teneinde hierin richting te geven en om willekeur te voorkomen is in de toelichting op de artikelen over maatwerk telkens concreet aangegeven welke belangen daarmee gediend worden. Daarbij zijn vaak voorbeelden gegeven van situaties waarin maatwerk kan worden gesteld. Ook wordt regelmatig toegelicht wanneer maatwerk minder voor de hand ligt (de mogelijkheid is desondanks niet uitgesloten).<sup>50</sup>

Het stellen van maatwerk vraagt vanzelfsprekend een deugdelijke motivering, waaraan bij afwijking hogere eisen worden gesteld dan bij nadere invulling van het Bal, zeker indien het Bal over een bepaalde activiteit al specifieke regels stelt.<sup>51</sup> Bij maatwerkregels en -voorschriften die afwijken van algemene rijksregels moet worden onderbouwd waarom in een concreet geval niet voldoende tegemoet wordt gekomen aan het oogmerk en de strekking volgens de wet (terwijl het maatwerk zelf daar wel aan voldoet). Redenen voor afwijken kunnen zijn gelegen in de noodzaak om cumulatie te reguleren of een hoger ambitieniveau na te streven. Een voldoende onderbouwing en daarmee de kwaliteit van maatwerk, evenals het toezicht daarop, vergt met name ook voldoende ambtelijke capaciteit en expertise, aldus de NvT op het Bal.<sup>52</sup> Zoals eerder al geconstateerd wordt bij de uitvoering van de Omgevingswet een groot beroep op het decentrale ambtelijk en bestuurlijk apparaat gedaan.

#### *Overige activiteiten*

3.1.9. De bepalingen over maatwerkvoorschriften bij bepaalde wateractiviteiten en activiteiten rond rijkswegen (hfdst. 6 t/m 8 Bal) zijn inhoudelijk vergelijkbaar met die van artikel 2.12 Bal voor milieubelastende activiteiten. Opvalt dat voor deze activiteiten, behoudens voor lozingsactiviteiten op een oppervlaktewaterlichaam in beheer bij het Rijk, de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkregels niet is gegeven. Blijkbaar heeft men het voor deze activiteiten onwenselijk gevonden dat decentrale overheden gebiedsgerichte regels zouden stellen. Met betrekking tot cultureel en werelderfgoed activiteiten (hfdst. 11 en 12) kunnen maatwerkregels worden gesteld over onderwerpen waarop de betrokken zorgplicht zich richt en met inachtneming van het oogmerk van het betreffende hoofdstuk (art. 11.6 en 11.7 resp. art. 12.6 en 12.7 Bal). In hoofdstuk 14 tot slot, over grondwateronttrekkingen en ontgrondingen, zijn geen mogelijkheden tot het stellen van maatwerkregels

49 NvT Algemeen Bal, p. 44.

50 Bijv. waar het gaat om het smelten en gieten van metalen waarbij vloeibare bodemstoffen voorkomen. Op de verplichting om dit proces boven een aaneengesloten bodemvoorziening te verrichten wordt niet direct maatwerk verwacht. Alleen in uitzonderlijke gevallen van incidentele en kleinschalige uitvoering van activiteiten is mogelijk maatwerk te verwachten (NvT Algemeen Bal, art. 4.208).

51 NvT Algemeen Bal, p. 48 (Toetsingskader bij maatwerk).

52 Hetgeen onder de Omgevingswet verder wordt bevorderd, NvT Algemeen Bal, p. 49.

44 Zie art. 4.6, 4.24, 4.57, 4.69a, 4.104, 4.445, 4.594 en 4.606 Bal.

45 NvT Algemeen Bal, p. 70.

46 NvT Algemeen Bal, p. 98.

47 Zie voetnoot 31.

48 NvT Algemeen Bal, p. 45.

of -voorschriften opgenomen. Hier duikt wel een andere "flexibiliteitsvorm" op: voor zowel grondwateronttrekkingen als ontgrondingen kan in de omgevingsverordening worden bepaald dat een bepaalde activiteit alsnog vergunningvrij of vergunningplichtig is (art. 14.4 resp. 14.7 Bal, zie ook ad 2-II van de tabel met flexibiliteitsvormen, § 2.2.2). Twee vergelijkbare, meer algemene afwijkingmogelijkheden zijn overigens opgenomen in hoofdstuk 2 Bal. Zo kan voor milieubelastende en lozingsactiviteiten onder omstandigheden in een omgevingsverordening respectievelijk een waterverordening alsnog een vergunningplicht worden ingesteld (art. 2.12b Bal). Voor bouwactiviteiten zal hierin nog een afweging worden gemaakt (zie deel twee, § 1.5.14.).

### 3.2. **Gelijkwaardigheid (art. 4.7 Omgevingswet)**

3.2.1. Waar maatwerkregels en -voorschriften in het Bal en het Bbl "aan" of "uit" moeten worden gezet, geldt dat voor gelijkwaardigheid niet. Artikel 4.7 lid 1 Omgevingswet bepaalt namelijk dat als decentrale of rijksregels maatregelen voorschrijven, op aanvraag toestemming kan worden verleend om, in plaats daarvan, een gelijkwaardige maatregel te treffen. Het betreft hier een "recht".<sup>53</sup> In beginsel moet op een aanvraag om gelijkwaardigheid een besluit worden genomen, maar het is mogelijk dat wordt toegestaan om een toestemmingsbesluit achterwege te laten (eventueel onder de voorwaarde van het doen van een melding) (lid 2). Wel kunnen in de algemene regels nadere regels over gelijkwaardigheid worden gesteld, of kan deze mogelijkheid uitdrukkelijk worden verboden (lid 3). In het Bal is slechts zeer beperkt iets over gelijkwaardigheid opgenomen. Alleen voor Seveso-inrichtingen is in verband met de strikte implementatie van het EU-recht uitgesloten dat gelijkwaardige maatregelen kunnen worden getroffen (zie § 3.1.6). In dit specifieke geval is het uitsluiten van gelijkwaardigheid denk ik minder bezwaarlijk. De betreffende bepalingen zijn namelijk vrij open en normatief geformuleerd, zodat de betrokken inrichtingen in principe voldoende ruimte zouden moeten worden gegeven bij de keuze voor en inrichting van de hier te nemen maatregelen (dit los van de vaak weerbarstige praktijk, maar dat is in mijn optiek een uitvoeringsprobleem).

3.2.2. De enige overige bepalingen over gelijkwaardigheid in het Bal zien op de situatie als beschreven in artikel 4.7 lid 2 Omgevingswet, waarin een besluit tot instemming met de gelijkwaardige maatregel achterwege kan blijven. Wel dient in sommige gevallen vier weken voorafgaand aan het treffen van de maatregel deze te worden gemeld. Het merendeel van dit type "gelijkwaardigheidsbepalingen" ziet op de toepassing van de PGS-richtlijnen (Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen), waarin maatregelen zijn vastgesteld om zware ongevallen met gevaarlijke stoffen te voorkomen. Een bedrijf kan, bijvoorbeeld waar de PGS 15 van toepassing is (over de opslag van verpakte gevaarlijke stoffen), een alternatieve maatregel bij het bevoegd gezag melden. De maatregel dient te zijn voorzien van onderbouwende gege-

vens en tenminste gelijkwaardig bij te dragen aan het voorkomen van een zwaar ongeval en het voldoen aan de daaraan gekoppelde voorschriften (art. 4:1022 jo. 4:1027 Bal).<sup>54</sup> Het is de vraag of een dergelijke melding zo eenvoudig is gedaan. Op dit moment bestaat ten aanzien van diverse PGS-richtlijnen al veel discussie wanneer aan de daarin gestelde eisen is voldaan. Ik kan mij daarom voorstellen dat bedrijven, voor zover zij deze route al willen bewandelen, omwille van de rechtszekerheid ruimschoots voordat zij de activiteiten aanvangen een toestemmingsbesluit of een principe-uitspraak over een alternatieve maatregel wensen, en het er niet op een melding willen laten aankomen.

3.2.3. Voor de overige activiteiten en bijbehorende bepalingen is artikel 4.7 Omgevingswet dus ongeclausuleerd van toepassing en is gelijkwaardigheid toegestaan. Dit houdt onder meer in dat waar in het Bal naar NEN-normen wordt verwezen daarvoor een gelijkwaardige maatregel c.q. norm kan worden gebruikt.<sup>55</sup> Onder de noemer van gelijkwaardigheid is het tevens toegestaan andere meet- of onderzoeksmethoden toe te passen, mits deze gelijkwaardig zijn.<sup>56</sup>

3.2.4. Het instrument van gelijkwaardigheid is met name relevant daar waar concrete maatregelen, middelvoorschriften, worden opgelegd.<sup>57</sup> Bij een doelvoorschrift zal de open normstelling namelijk in beginsel de gewenste flexibilititeit geven.

Bij de beoordeling of een maatregel gelijkwaardig is, heeft het bevoegd gezag een zekere beoordelingsvrijheid. Deze beoordeling is gericht op de doelen die met de verplicht gestelde maatregelen worden nagestreefd. Zoals eerder toegelicht in het kader van het maatwerk (zie § 3.1.7) is om die reden in het Bal steeds aangegeven met het oog op welke doelen de regels zijn gesteld, doorgaans ingeleid met de zinsnede: "met het oog op". Is een maatregel bijvoorbeeld voorgeschreven met het oog op het voorkomen van bodemverontreiniging (zie art. 4:369 Bal), dan zal een alternatieve maatregel ook daaraan moeten worden getoetst en, zo daar aan wordt voldaan, ook moeten worden goedgekeurd. Aspecten die buiten dit doel vallen, mogelijk dat de maatregel tot meer geurhinder leidt, mogen aldus de NvT van het Bal niet tot een weigering van de instemming leiden. Uiteraard moet de gelijkwaardige maatregel wel aan eventuele regels over geur voldoen.

## 4. **Flexibiliteit voor burgers en bedrijven; het Bbl**

4.1. Bij het Bbl sta ik kort stil, omdat de toepassing van maatwerk op hoofdlijnen volgens dezelfde principes werkt als in het Bal. In het Bbl, dat uitvoering geeft aan artikel 4.3 lid 1 sub a Omgevingswet, worden rechtstreeks werkende rijksregels gesteld over bouwactiviteiten, sloopactiviteiten

53 NvT Algemeen Bal, p. 43.

54 Zie ook de toelichting op art. 4.1022 Bal, NvT Artikelsgewijs Bal, p. 302 en NvT Algemeen Bal, p. 77 en 78.

55 NvT Algemeen Bal, p. 41.

56 NvT Algemeen Bal, p. 47.

57 NvT Algemeen Bal, p. 42 e.v.

en het gebruik en in stand houden van bouwwerken. Evenals bij het Bal geldt in het Bbl dat als rijksregels ontbreken decentrale overheden zelf regels, in het omgevingsplan, mogen stellen. Dat geeft de decentrale wetgever voor de betreffende activiteiten een grote mate van flexibiliteit. De NvT op het Bbl bevat helaas geen overzicht van centrale en decentrale regels. Wel zijn twee voorbeelden gegeven van onderwerpen die niet op rijksniveau in het Bbl zijn geregeld, en als gevolg daarvan tot de bevoegdheid van de decentrale overheid behoren.<sup>58</sup> Ten eerste worden, in tegenstelling tot het Bouwbesluit 2012 (Bb), geen rijksregels gesteld over de staat van open erven en terreinen. Ten tweede bevat het Bbl voor de activiteit “gebruik van een bouwwerk” alleen regels die zijn gesteld met het oog op het waarborgen van de brandveiligheid en het aspect duurzaamheid. Over andere onderwerpen staat het de gemeente vrij om regels te bepalen, zoals over het maximale aantal personen dat tegelijkertijd in een woning mag verblijven om overbewoning te voorkomen.

4.2. Het Bbl kent met het Bal vergelijkbare (algemeen toepasselijke) begrenzingen in de toepassing van maatwerkvoorschriften (vergelijk § 3.1.4). Ook hier geldt dat het stellen van maatwerkvoorschriften slechts mogelijk is in overeenstemming met het oogmerk en de strekking van het Bbl.<sup>59</sup> Daarnaast is het niet mogelijk het toepassingsbereik van het Bbl via maatwerk aan te passen en zijn er, evenals bij het Bal, gevallen waarvoor maatwerkvoorschriften uitdrukkelijk zijn uitgesloten, te weten voor meldingsplichten, meet- en rekenmethoden en dwingende internationaal-rechtelijke verplichtingen. Per hoofdstuk wordt in het Bbl exact aangegeven over welke onderwerpen maatwerkvoorschriften kunnen worden gesteld en de uitzonderingen die daarop van toepassing zijn.

Vanzelfsprekend heeft een maatwerkbesluit een deugdelijke motivering. Ook in het kader van het Bbl wordt de verwachting uitgesproken dat de huidige terughoudende praktijk ten aanzien van bestaande maatwerkinstrumenten onder de Omgevingswet wordt voortgezet.<sup>60</sup>

4.3. Het Bbl biedt de mogelijkheid tot het stellen van maatwerkvoorschriften bij bestaande bouw (hfdst. 3), nieuwbouw (hfdst. 4) en verbouw (hfdst. 5), brandveilig gebruik van bouwwerken (hfdst. 6) en het uitvoeren van bouw- en sloop werkzaamheden (hfdst. 7).<sup>61</sup> Op hoofdlijnen leidt dit tot de volgende mogelijkheden om maatwerkvoorschriften te stellen.

- Bestaande bouw<sup>62</sup> – Het bevoegd gezag kan in een concreet geval een eigenaar, of iemand anders die daartoe bevoegd is, verplichten tot het treffen van voorzieningen aan een bouwwerk om de staat daarvan op een hoger niveau te brengen, maar niet boven dat van het nieuwbouw niveau (art. 3.6 jo. 3.7 lid 1 Bbl). Een dergelijke

voorschrift moet naar het oordeel van het bevoegd gezag “noodzakelijk” zijn (art. 3.7, lid 2 Bbl). Dit instrument is vergelijkbaar met de aanschrijving in het huidige artikel 13 Wonw.

De verplichting van artikel 2.15 Activiteitenbesluit over energiebesparende maatregelen is overgeheveld naar artikel 3.85a Bbl en daarmee dus niet langer gereguleerd aan de hand van een inrichting (of een activiteit onder de Omgevingswet), maar op basis van bouwactiviteiten. De mogelijkheid tot maatwerkvoorschriften hiervoor is (verder) afgebakend; deze kunnen alleen gaan over de gefaseerde uitvoering van energiebesparende maatregelen (art. 3.85 d Bbl).

- Nieuwbouw<sup>63</sup> en verbouw<sup>64</sup> – In verband met de door de rijksoverheid gewenste landelijke uniformiteit van nieuwbouweisen in de bouwregelgeving is afwijking slechts bij hoge uitzondering toegestaan. Met inachtneming van de eerder geschetste algemene begrenzingsregels kan een afwijking in beginsel alleen een versoepeling inhouden (art. 4.5 lid 2 Bbl). Op initiatief van het bevoegd gezag kunnen slechts maatwerkvoorschriften worden gesteld aangaande de brandweeringang en mobiele radiocommunicatie voor hulpverleningsdiensten (lid 3). Een maatwerkvoorschrift op aanvraag van de initiatiefnemer kan alleen in uitzonderlijke gevallen worden gesteld, waarvan in het Bbl in ieder geval twee gevallen als zodanig zijn aangemerkt (art. 4.6 Bbl). Ook deze mogelijkheid is niet nieuw; artikel 7 van de huidige Wonw kent een vergelijkbaar ontheffingsinstrument.<sup>65</sup>
- Brandveilig gebruik<sup>66</sup> – Maatwerkvoorschriften in het kader van het gebruik van bouwwerken kunnen slechts worden gesteld met het oog op brandveiligheid (art. 6.5 lid 1 Bbl) en ter nadere concretisering (en dus niet afwijking) van de regels daarover (in art. 6.4 en afd. 6.2 Bbl). Opnieuw wordt onderscheid gemaakt tussen het bevoegd gezag en de initiatiefnemer als initiator; in het eerste geval mag een maatwerkvoorschrift alleen worden gesteld als dat noodzakelijk is voor het voorkomen, beperken en bestrijden van brand, brandgevaar en ongevallen bij brand (art. 6.5, lid 2 Bbl). Een initiatiefnemer kan om een maatwerkvoorschrift verzoeken met het oog op andere dan brandveiligheidsbelangen, namelijk duurzaamheidsbelangen (waarbij het waarborgen van de brandveiligheid uiteraard wel prevaleert) (art. 6.5 lid 3 Bbl). Geschetste instrumenten zijn vergelijkbaar met de huidige mogelijkheden onder artikel 1a lid 2 Wonw en artikel 1.21 Bb.

58 NvT Algemeen Bbl, samenvatting p. 3.

59 NvT Algemeen Bbl, p. 21.

60 NvT Algemeen Bbl, p. 41.

61 Zie ook NvT Algemeen Bbl, p. 14 en p. 21.

62 NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 14.

63 NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 70.

64 De in afd. 4.1 Bbl gestelde regels voor nieuwbouw over het toepassingsbereik, maatwerkvoorschriften en maatwerkregels zijn in art. 5.4 van overeenkomstige toepassing verklaard op verbouw, zie ook NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 170.

65 Slechts anders is dat onder het Bbl het bevoegd gezag de minister voor Wonen en Rijksdienst om een advies met instemming verzoekt, terwijl onder de Wonw de rollen nog omgekeerd zijn.

66 NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 181.



Verder kan een gemeente, evenals onder de Wabo, afwijken van het aantal personen waarvoor een gebruiksmeldingsplicht geldt (art. 6.11 Bbl).

- Bouw en sloop<sup>67</sup> – Maatwerkvoorschriften kunnen worden gesteld over de regels voor bouw- en sloopwerkzaamheden aan bouwwerken (in art. 7.4 en § 7.1.2 t/m 7.1.5 Bbl). Op initiatief van een bevoegd gezag kan dit met het oog op de voor deze regels gestelde veiligheids- en duurzaamheidsbelangen. De initiatiefnemer kan met het oog op andere belangen om maatwerk vragen. Opnieuw gaat het om een voortzetting van bestaande instrumenten (opgenomen in art. 1a lid 2 Ww; art. 1.29 en art. 8.7 Bbl).

4.4. Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de mogelijkheden tot het nemen van maatwerkvoorschriften op grond van het Bbl in algemene zin, behoudens voor bouw- en sloopwerkzaamheden, beperkt zijn. Ook het stellen van maatwerkregels is onder het Bbl slechts beperkt mogelijk. Dit kan worden verklaard doordat maatwerkregels een gebiedsgerichte functie hebben, terwijl de meeste regels in het Bbl eisen aan individuele bouwwerken stellen.<sup>68</sup> Maatwerkregels liggen in dat geval minder voor de hand. Gemeentes met een hogere ambitieniveau op het gebied van duurzaamheid worden wel in de gelegenheid gesteld om, in het omgevingsplan, maatwerkregels te stellen over een lagere EPC-norm (art. 4.156 Bbl) en een lagere milieuprestatie norm (art. 4.166 Bbl).<sup>69</sup>

4.5. Gelijkwaardigheid (art. 4.7 Omgevingswet) is in het Bbl in praktisch alle gevallen mogelijk.<sup>70</sup> Slechts bepalingen die zien op handelingen ten aanzien van asbest(houdende) producten die alleen door een gecertificeerd bedrijf mogen worden verricht, zijn van gelijkwaardigheid uitgesloten (art. 7.6 Bbl). Ook in het Bbl geldt dat bij de toepassing van gelijkwaardigheid met een alternatieve maatregel hetzelfde resultaat moet worden bereikt als met de in het Bbl opgenomen maatregel.<sup>71</sup> Om te kunnen bepalen wat als een alternatieve maatregel heeft te gelden, is ter beoordeling van de reikwijdte van een verplichting per hoofdstuk het betrokken toepassingsbereik opgenomen en is per deelonderwerp een zogenaamd sturingsartikel gegeven. Zo vermeldt het sturingsartikel voor het onderwerp “constructieve veiligheid bij brand” dat een bouwwerk bestand is tegen brand, zodat geen sprake zal zijn van instorting die een gevaar oplevert voor het vluchten of hulpverlening bij brand gedurende die tijd (art. 3.11 Bbl). Daaraan zal ook een alternatieve maatregel moeten voldoen. In de NvT bij het Bbl wordt regelmatig een suggestie gedaan voor een mogelijke alternatieve maatregel, zoals bij veilig vluchten buiten een sub-brandcompartiment.<sup>72</sup>

Gelijkwaardigheid wordt beoordeeld als onderdeel van een aanvraag om een omgevingsvergunning dan wel van een melding, of – als op de betrokken activiteit beide niet van toepassing zijn – repressief getoetst (art. 2.3 Bbl).<sup>73</sup>

In deel twee van dit artikel ga ik in op de flexibiliteitsmogelijkheden in de Omgevingswet bij bestuursorganen, te weten omgevingswaarden en instructieregels, uitgewerkt in het Bkl.

67 NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 200.

68 NvT Algemeen Bbl, p. 22.

69 Zie ook NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 72.

70 NvT Algemeen Bbl, samenvatting p. 2.

71 NvT Algemeen Bbl, p. 7 en NvT Artikelsgewijs, p. 8.

72 NvT Artikelsgewijs Bbl, p. 34.

73 NvT Algemeen Bbl, p. 19 gaat nader op gelijkwaardigheid in en NvT Artikelsgewijs, p. 8.