

# Artikel

## Toepassing van het evidentie criterium bij exceptieve toetsing van onherroepelijke planregels met open norm

Mr. J.C. (Jan) van Oosten en mr. drs. A. (Anne-Marie) Span\*

92

### 1 inleiding

De toegenomen voorkeur voor flexibiliteit in het ruimtelijke ordeningsrecht heeft in de rechtspraak tot verschillende vraagstukken geleid. De mogelijkheden voor flexibiliteit die zowel het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) als het Besluit uitvoering Crisis- en herstel (BuChw) biedt, zorgen ervoor dat bij de vaststelling van een ruimtelijk plan niet altijd meer vaststaat welk specifiek initiatief is toegestaan. Het werken met open normen in combinatie met verwijzingen naar beleidsregels in planregels is één van die flexibiliteitsmogelijkheden. Deze mogelijkheid houdt in dat een abstract criterium dat is opgenomen in een planregel en gekoppeld aan een bestuursbevoegdheid, concreet wordt ingevuld aan de hand van een beleidsregel bij de uitoefening van die bestuursbevoegdheid. De flexibiliteit die deze werkwijze meebrengt, is de relatief eenvoudige manier waarop beleidsregels gewijzigd kunnen worden. Er hoeft geen planprocedure te worden doorlopen om de concrete uitkomst van de planregels te wijzigen. Tegen de beleidsregels kan bestuursrechtelijk bovendien slechts indirect in het kader van exceptieve toetsing worden opgekomen, omdat beleidsregels zijn uitgesloten van beroep (art. 8:3, eerste lid, aanhef en onder b, Algemene wet bestuursrecht (Awb)). Gewijzigde beleidsinzichten kunnen daar-

door eenvoudiger worden doorgevoerd, met het gevolg dat initiatieven die aanvankelijk niet binnen de beleidsregels pasten – en daarmee ook niet binnen de planregels – na wijziging van die regels wel kunnen worden toegestaan of andersom. Aan een beleidsregel is op grond van art. 4:84 Awb daarnaast inherent dat daarvan kan worden afgeweken. Ook dit maakt het makkelijker om initiatieven – mits deugdelijk gemotiveerd – toch toe te staan of bij nader inzien alsnog niet meer te willen toestaan.

Het toegenomen gebruik van open normen in ruimtelijke plannen heeft bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de Afdeling of ABRvS de vraag doen rijzen hoe een rechter in een beroepsprocedure tegen de omgevingsvergunning de toets aan een planregel met een open norm en een verwijzing naar een beleidsregel in het kader van een exceptieve toetsing moet invullen. Als pas in de vergunningfase duidelijk wordt welke initiatieven precies zijn toegestaan, zou dat aanleiding kunnen vormen voor een meer indringende toets. Meer concreet was de vraag van de voorzitter van de Afdeling dan ook of de toepassing van het zogenoemde evidentie criterium kan worden voortgezet, of dat er aanleiding bestaat dat criterium los te laten voor een planregel met verwijzing naar beleidsregels. Naar aanleiding van deze vraag heeft de staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer (de A-G) op 5 april 2023<sup>1</sup> een conclusie genomen, waarna de Afdeling op 6 september 2023<sup>2</sup> een einduitspraak heeft gedaan.

\* Mr. J.C. van Oosten is partner en advocaat omgevingsrecht bij Stibbe te Amsterdam. Mr. drs. A. Span is advocaat omgevingsrecht bij Stibbe te Amsterdam.

1 ABRvS 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367.

2 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380.

In deze bijdrage bespreken wij de conclusie van de A-G en de Afdelingsuitspraak.

## 2 Aanleiding conclusie en uitspraak

De aanleiding voor de conclusie en de uitspraak is de omgevingsvergunning die het college van burgemeester en wethouders van Den Haag in december 2020 heeft verleend voor het in afwijking van het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte ‘Omgevingsplan Binckhorst’ bouwen van een woontoren van 73 meter hoog. Appellant is opgekomen tegen deze verlening en heeft in beroep bij de rechtbank onder meer aangevoerd dat een van de planregels op grond waarvan de vergunning verleend is, onverbindend is wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. De planregel – ‘hoogbouw dient zorgvuldig te worden ingepast volgens het Haagse hoogbouwbeleid’ – is volgens appellant te onbestemd.

De rechtbank heeft dit betoog van appellant gevolgd in haar uitspraak van 19 juli 2022.<sup>3</sup> Naar het oordeel van de rechtbank is de planregel *evident* in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat de regel dermate ruim is dat hij onvoldoende houvast biedt met betrekking tot de ter plaatse toelaatbare bouwhoogte. De norm die in de planregel is neergelegd, is volgens de rechtbank onvoldoende objectief en concreet begrensd. De rechtbank kent hierbij gewicht toe aan het feit dat de open norm uitsluitend betrekking heeft op hoogbouwprojecten, die naar hun aard ingrijpende ruimtelijke gevolgen hebben. In het bijzonder met betrekking tot dergelijke groot-schalige bouwprojecten dient naar het oordeel van de rechtbank uit de planregel zelf, al dan niet in combinatie met de verbeelding, duidelijk te blijken wat de (maximale) bouwmogelijkheden zijn. De begrenzing van die bouwmogelijkheden mag niet grotendeels plaatsvinden in een beleidsregel waarnaar in het bestemmingsplan wordt verwezen.

In hoger beroep hebben partijen onder meer dit oordeel over de hoogbouwbepaling ter discussie gesteld. Deze discussie is de aanleiding geweest voor de voorzitter van de Afdeling om op 1 december 2022 aan de A-G een conclusie te vragen.<sup>4</sup> De volgende vragen zijn daarbij ‘ten behoeve van de rechtsontwikkeling, mede in verband met de aanstaande inwerkingtreding van de Omgevingswet, waar dezelfde rechtsvragen aan de orde kunnen zijn’, voorgelegd:

‘(1) Kan het toepassen van het evidentiecriterium worden voortgezet of bestaat er aanleiding dat criterium los te laten voor een planregel zoals in het voorliggende plan en voor een omgevingsplan onder de Omgevingswet als daar eenzelfde soort planregel in is opgenomen? Ik verzoek u bij beantwoording van

deze vraag in te gaan op alle relevante factoren, in het bijzonder:

- a. de mogelijkheid dat pas in de vergunningfase duidelijk kan zijn wat de gevolgen zijn van de regels van het (omgevings)plan.
  - b. de omstandigheid dat de regels van een (omgevings)plan ten tijde van de planprocedure acceptabel kunnen zijn, maar naarmate de feitelijke uitvoering van het plan vordert, niet meer. Ik verzoek u hierbij te betrekken dat er geen actualisatieplicht meer geldt volgens de Wro noch onder de Omgevingswet.
  - c. overige relevante factoren.
- (2) Als u zou bepleiten om het evidentiecriterium los te laten dan ligt de vraag voor hoe de toetsing dan moet luiden. Kan worden aangesloten bij de wijze van exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften (zie bijvoorbeeld de uitspraak ECLI:NL:RVS:2022:2328) of ziet u ruimte voor een andere wijze van toetsing?’

Een van de appellanten in de zaak heeft de A-G daarnaast verzocht om in de conclusie tevens in te gaan op de vraag welke verplichting op het college en/of de gemeenteraad rust nadat een of meer onderdelen van (de planregels van) een omgevingsplan onverbindend zijn geacht.

## 3 Het evidentiecriterium en open normen

93

Het evidentiecriterium waar de rechtbank aan getoetst heeft en de Afdeling haar vragen over stelt, komt aan de orde in het kader van zogenoemde exceptieve toetsing van een bestemmingsplan.<sup>5</sup> Daarvan is sprake als de gelding van een onherroepelijke bestemmingsplanregel wordt bestreden in een procedure gericht tegen de verlening van een omgevingsvergunning die op grond van die bestemmingsplanregel is verleend. De toetsingsmaatstaf die daarbij wordt gehanteerd, is niet dezelfde als de maatstaf die gehanteerd wordt in het kader van de beoordeling van beroepen tegen een vastgesteld bestemmingsplan. De bestemmingsregeling mag op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling namelijk slechts onverbindend worden geacht of buiten toepassing worden gelaten als evident sprake is van strijd met een hogere regeling, de algemene rechtsbeginselen of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>6</sup> Hiervan is sprake als de rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat zich strijd met de hogere rechtsnorm voor-

3 Rb. Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:7566.

4 De conclusie zelf dateert van 5 april 2023 (ECLI:NL:RVS:2023:1367).

5 Van exceptieve toetsing is ook sprake indien het gaat om regels waar geen beroep tegen openstaat, zoals algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. Bij de rechterlijke toetsing van een besluit dat gebaseerd is op deze regels kan de rechter de algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels exceptief toetsen aan hogere rechtsnormen, zie in dit kader ook de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven van 22 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3557).

6 Zie o.a. ABRvS 24 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2440, r.o. 5.2.

doet.<sup>7</sup> Dit om te voorkomen dat in een beroepsprocedure tegen een omgevingsvergunning de beroepsprocedure tegen het bestemmingsplan nog eens over kan worden gedaan.

Het evidentie criterium strekt ten behoeve van de rechtszekerheid. Het uitgangspunt is dat planregels waar beroep tegen open heeft gestaan, onverkort gelden. Gebruikers weten daardoor – in theorie – waar ze aan toe zijn. Gebruikers weten dit ook omdat voor reguliere bestemmingsplannen op grond van de Wro het verbod van een nader afwegingsmoment geldt.<sup>8</sup> De ruimtelijke gevolgen van de in het bestemmingsplan gegeven bouwen gebruiksmogelijkheden moeten bij de planvaststelling zijn beoordeeld en aanvaardbaar geacht. Gedurende de uitvoering van het bestemmingsplan zouden zich daarom geen verrassingen moeten voordoen die niet al voorzienbaar waren ten tijde van de vaststelling ervan. In de afgelopen jaren is dit uitgangspunt echter onder druk komen te staan. Het verbod van een nader afwegingsmoment geldt namelijk niet voor een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte of een omgevingsplan.<sup>9</sup> Het BuChw heeft vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Omgevingswet de mogelijkheid om in een bestemmingsplan een vergunningstelsel op te nemen voor een zogenoemde bestemmingsplanactiviteit. Een bestemmingsplanactiviteit is een activiteit die niet in strijd is met het bestemmingsplan, maar waarvoor wel een omgevingsvergunning is vereist. Door het vereisen van een omgevingsvergunning heeft het bevoegd gezag een nader afwegingsmoment om te bezien of het het concrete initiatief op grond van de beoordelingsregels zal toestaan. Het nadere afwegingsmoment is daarnaast ook eigen aan onderdeel a van de definitie van een omgevingsplanactiviteit in onderdeel A van de bijlage bij de Omgevingswet: ‘een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het is verboden deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die niet in strijd is met het omgevingsplan’. Ook onder de Omgevingswet kan zich dus de situatie voordoen dat niet al ten tijde van de vaststelling van dat plan duidelijk is wat er op grond van dat plan op een bepaalde plek mogelijk is. Waar het omgevingsplan precies in voorziet, hoeft dan ook niet ten tijde van de vaststelling duidelijk te zijn. Hierdoor zien partijen mogelijk geen aanleiding tegen bepaalde functietoedelingen beroep in te stellen. Een deel van de afweging over de wenselijkheid van bepaalde ontwikkelingen vindt immers pas plaats ten tijde van de concrete toestemmingverlening na een nadere afweging.

Door het nadere afwegingsmoment dat gecreëerd wordt met de vergunningstelsels voor bestemmingsplan- en omgevingsplanactiviteiten, dient het bevoegd gezag beoordelingsregels op te stellen waaraan aanvragen om de vergunningen getoetst worden. In deze regels kan ge-

bruik worden gemaakt van open normen.<sup>10</sup> Het idee achter dit gebruik is dat dergelijke normen wel een begrenzing vormen van de gewenste omgevingskwaliteit, maar niet op voorhand invullen hoe een bepaalde activiteit precies verricht zal moeten worden. Open normen worden in de regel nader ingevuld door beleidsregels.<sup>11</sup> Beleidsregels zijn bij besluit vastgestelde algemene regels, niet zijnde algemeen verbindende voorschriften, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.<sup>12</sup> Het meest bekende voorbeeld van beleidsregels waarnaar verwezen wordt in een planregel met een open norm, is de gemeentelijke parkeernota. In bestemmingsplannen wordt vaak bepaald dat een omgevingsvergunning voor bouwen slechts wordt verleend (de bestuursbevoegdheid) indien voorzien wordt in voldoende parkeergelegenheid (de open norm) met inachtneming van de lokale parkeernota (de beleidsregels). Het bestuursorgaan toetst in het kader van de omgevingsvergunning voor bouwen of het bouwplan voorziet in voldoende parkeerplaatsen.

## 4 Ervaringen met open normen

Het gebruik van open normen en verwijzingen naar beleidsregels in planregels is niet nieuw. Art. 3.1.2, tweede lid, aanhef en onder a, Bro en art. 7c, zesde lid, BuChw noemen expliciet de mogelijkheid om met verwijzingen naar beleidsregels te werken. Naar aanleiding daarvan zijn er verschillende uitspraken verschenen over dit gebruik. Uit die jurisprudentie blijkt dat door gemeenten nogal eens uit het oog verloren wordt dat de beleidsregel betrekking dient te hebben op de uitoefening van een bestuursbevoegdheid. Bij recht toegestaan gebruik mag niet worden gekoppeld aan een beleidsregel. Dan is er immers geen sprake van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid die uitleg behoeft.<sup>13</sup> De beleidsregels moeten daarnaast ook dienen ter invulling van een open norm.<sup>14</sup> Zonder een dergelijke norm is er immers ook geen uitleg vereist.

Indien de beleidsregels waarnaar verwezen wordt wijzigen, dan mag met die wijziging rekening worden gehouden. Een zogenoemde dynamische verwijzing naar beleidsregels is toegestaan. Duidelijk moet dan wel zijn welke beleidsregels van toepassing zijn.<sup>15</sup> Belangrijk voor het gebruik van de dynamische verwijzing is bo-

7 Zie o.a. ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.3.

8 Zie o.a. ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3971, r.o. 17.3.

9 ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2772, r.o. 16.2.

10 De wetgever heeft in het kader van de Omgevingswet expliciet de mogelijkheid benoemd om in die regels gebruik te maken van open normen (Stb. 2018, 290, p. 102), en over het gebruik van open normen in beoordelingsregels voor bestemmingsplanactiviteiten heeft de Afdeling daarnaast overwogen dat dit is toegestaan (ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2772, r.o. 16.2).

11 Stb. 2018, 290, p. 102.

12 Zie art. 1:3, vierde lid, Awb.

13 Zie o.a. ABRvS 2 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2087, r.o. 16.4.

14 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1960, r.o. 5.5.

15 Zie o.a. ABRvS 8 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:607, r.o. 3.5.

vendien dat de gevolgen van die verwijzing betrokken dienen te worden bij de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het plan. Er moet met andere woorden deugdelijk worden gemotiveerd waarom het plan ook na eventuele wijzigingen van de beleidsregels nog aanvaardbaar is.<sup>16</sup> De toepassing van open normen mag er tot slot niet toe leiden dat het plan zelf onvoldoende inzicht biedt in de bouw- en gebruiksmogelijkheden binnen het plangebied. Ook dient vast te kunnen worden gesteld of het plan voldoet aan het recht. De rechtszekerheid vereist dat de toegepaste open normen voldoende concreet en objectief worden begrensd.<sup>17</sup> Kort gezegd houdt dit vereiste in dat enige inkadering van de open norm vereist is. Deze inkadering dient te gebeuren door de overige planregels of de planverbeelding. Dit laatste kan gebeuren door bijvoorbeeld het gebied waar de norm betrekking op heeft te begrenzen.

## 5 Conclusie a-g: posterieure planologische beleidsregels vereisen nuancering toepassing evidentie criterium

De conclusie van de A-G focust zich hoofdzakelijk op het gebruik van beleidsregels voor de invulling van open normen. Hij hanteert daarbij de term planologische beleidsregels, omdat de regels volgens hem dikwijls een functie hebben die complementair is aan de normstelling die in de planregel is neergelegd. Zonder de beleidsregels is de (open) norm in de planregel volgens de bedoeling van de planwetgever niet compleet en er kan volgens hem dan ook niet meer enkel gesproken worden over ‘wetsinterpreterende’ beleidsregels. De A-G ziet een deel van de normstelling verschuiven van de vaststelling van de planregel naar de vaststelling van de planologische beleidsregel: hij spreekt van verlengde normstelling. Die verlengde normstelling vormt voor hem op zichzelf al een valide argument voor de nuancering van het uitgangspunt dat omwille van de rechtszekerheid moet kunnen worden vertrouwd op de rechtmatigheid van een onherroepelijke planregel. Het argument van de formele rechtskracht kan ten aanzien van hetgeen is opgenomen in de planologische beleidsregel immers niet gelden, nu daar geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat.

Een nuancering op de toepassing van het evidentie criterium acht de A-G in ieder geval vereist in het geval een omgevingsvergunning is getoetst aan beleidsregels die pas na het onherroepelijk worden van het bestemmingsplan zijn vastgesteld of nadien gewijzigd zijn. Hij spreekt in dat kader over posterieure planologische beleidsre-

gels. Deze posterieure regels dienen te worden onderscheiden van beleidsregels die ten tijde van het beroep tegen het betreffende bestemmingsplan reeds bekend waren. Dit onderscheid is volgens de A-G relevant voor de toepassing van het evidentie criterium, omdat de inhoud van de planologische beleidsregel die bekend was bij het beroep tegen het bestemmingsplan ook betrokken had kunnen worden bij de rechtmatigheidstoets van de planregel in dat beroep. Dit leidt hij af uit de uitspraak van de Afdeling over het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte voor het Maastrichtse Retailpark Belvédère.<sup>18</sup> In die uitspraak heeft de Afdeling een aantal criteria geformuleerd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een planregel met een open norm voldoende houvast biedt vanuit het oogpunt van rechtszekerheid:

‘De beantwoording van de vraag of een in de planregels opgenomen open norm voldoende concreet en objectief begrensd is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan onder meer belang worden gehecht aan 1) de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, zien, 2) het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de figuur van de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de betrokken open norm, 3) de aanleiding voor het werken met een dergelijke figuur, en 4) de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop die figuur ziet. Daarbij is ook van betekenis op welk facet van een goede ruimtelijke ordening de open norm betrekking heeft en wat de aard en omvang van de effecten ervan voor de omgeving zijn.’

De A-G stelt dat toetsing aan deze criteria alleen mogelijk en zinvol is als de aan de orde zijnde planregel met dynamische verwijzing kan worden gezien in samenhang met de inhoud van de planologische beleidsregel waarnaar wordt verwezen. Dat deze samenhang ook door de Afdeling is beoogd, leidt hij af uit het eerste door de Afdeling geformuleerde criterium waarin de samenhang met de beleidsregel specifiek benoemd wordt. Volgens de A-G biedt het toetsingskader uit de Belvédère-uitspraak met andere woorden de ruimte om de inhoud van niet-posterieure beleidsregels te betrekken bij de rechtmatigheidstoets van de planregel in het vernietigingsberoep. Indien een omgevingsvergunning getoetst is aan die beleidsregels, ziet de A-G dan ook geen reden voor een andere toepassing van het evidentie criterium. In een vernietigingsberoep hadden rechtzoekenden deze toets van de beleidsregel kunnen afdwingen. Voor een posterieure planologische beleidsregel is dat niet het geval. Bij de exceptieve toetsing van een planregel met een verwijzing naar een posterieure planologische beleidsregel zou het evidentie criterium

16 Zie ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2920, r.o. 8.2.

17 ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388, r.o. 9.5.

18 ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388.



dan ook dienen te worden losgelaten. De bestreden planregel dient volgens de A-G dan meer indringend te worden getoetst volgens dezelfde toetsingsmaatstaf die in een vernietigingsberoep wordt gehanteerd. Daarmee zou een verlies aan rechtsbescherming worden voorkomen.

Over de exceptieve toets van de beleidsregels zelf merkt de A-G op dat een indringendere toets gewenst is als de regels een deel van de normstelling bevatten. Dergelijke beleidsregels wijken qua inhoud en functie namelijk niet af van een planregel. Dit geldt zowel voor posterieure planologische beleidsregels als voor niet-posterieure beleidsregels. In het kader van een vergunningprocedure zouden de beleidsregels volgens de A-G dan ook langs de toetsingsmaatstaf dienen te worden gelegd die ook geldt voor de vaststelling van de planregels. Een onrechtmatig geachte beleidsregel leidt daarbij volgens de A-G niet direct tot een onrechtmatige planregel. Ook los van de beleidsregels kan de planregel volgens de A-G namelijk voldoende concreet en objectief zijn begrensd. Anders is het uitgangspunt dat beleidsregels geen onderdeel zijn van het bestemmingsplan, niet langer goed vol te houden, aldus de A-G.

## 6 Uitspraak afdeling: evidentie criterium blijft onverkort gelden

96

In tegenstelling tot de A-G acht de Afdeling het moment waarop de beleidsregel waar in de planregel naar verwezen wordt, is vastgesteld of gewijzigd, niet bepalend voor het antwoord op de vraag hoe indringend een planregel exceptief moet worden getoetst. De planregel met de daarin gemaakte keuze om nadere regulering via beleid voor te schrijven of mogelijk te maken, moet op zichzelf worden beschouwd. Weliswaar is het eerste criterium in de Belvédère-uitspraak zo geformuleerd dat ook betekenis toekomt aan de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden waarop de beleidsregel in samenhang met de open norm ziet, maar daarbij doelt de Afdeling op het onderwerp waarover een beleidsregel op grond van de planregel mag gaan, en op de ruimte die in de planregel wordt gelaten voor een nadere invulling in die beleidsregel. Het gaat niet om de inhoudelijke invulling die aan deze ruimte in de beleidsregel concreet is gegeven.

De planregel met de daarin gemaakte keuze om nadere regulering via beleid voor te schrijven of mogelijk te maken, moet op zichzelf worden beschouwd. Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van zo'n planregel speelt juist een rol dat de beleidsregel waarnaar een planregel verwijst, kan veranderen, zonder dat daartegen rechtstreeks rechtsmiddelen openstaan, zodat de planregel in zoverre geen uitputtende regeling is. Het is inherent aan het systeem van de Wro dat een planregel

met een open norm minder rechtszekerheid biedt naarmate deze een globalere inhoud heeft. De mate van globaliteit wordt door de planregel zelf bepaald. De inhoud en in het verlengde daarvan de rechtmatigheid van een planregel kunnen daarom niet afhangen van – of veranderen door – de wijze waarop daar in het beleid nadere invulling aan is of wordt gegeven. De Afdeling voegt hieraan toe dat een beleidsregel, los van de planregel waarop deze is gebaseerd, exceptief door de rechter kan worden getoetst wanneer daar toepassing aan is gegeven bij een aangevochten besluit. Daarbij kan onder meer aan de orde komen of de inhoud van de beleidsregel zich in zoverre verdraagt met de planregel(s) waarop de beleidsregel is gebaseerd. De toetsing van een planregel in een beroep tegen een bestemmingsplan en de exceptieve toetsing van beleid bij een besluit waarin toepassing aan dat beleid is gegeven, staan los van elkaar. Daarom acht de Afdeling de inhoud van de beleidsregel dan ook niet bepalend voor het antwoord op de vraag hoe indringend een planregel exceptief moet worden getoetst. De Afdeling ziet daarom geen aanleiding het evidentie criterium los te laten bij de exceptieve toetsing van een planregel waarin wordt verwezen naar een beleidsregel die pas na de vaststelling van het plan is bekendgemaakt of daarna is gewijzigd.

Voor de Haagse casus betekent het voorgaande dat de relevante planregel – 'hoogbouw dient zorgvuldig te worden ingepast volgens het Haagse hoogbouwbeleid' – slechts onverbindend kan worden verklaard indien er sprake is van evidente strijd met een hogere regeling, de algemene rechtsbeginselen of algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Afdeling komt tot de conclusie dat deze strijd zich voordoet. Op zitting heeft het college van burgemeester en wethouders van Den Haag namelijk naar voren gebracht dat de bepaling is bedoeld om aanvullende welstandscriteria aan hoogbouw te stellen. Dit blijkt echter niet uit de bepaling zelf. De abstracte formulering van de planregel maakt niet duidelijk over welk facet of welke facetten van een goede ruimtelijke ordening de regel gaat, zoals bijvoorbeeld bouwmassa, positionering en/of materiaalgebruik. Niet inzichtelijk is kortom wat de planregel concreet beoogt te reguleren met de verwijzing naar het Haagse hoogbouwbeleid. De keuze aan de hand van welke facetten van een goede ruimtelijke ordening invulling wordt gegeven aan de norm van een zorgvuldige inpassing kan volgens de Afdeling niet volledig worden doorgeschoven naar beleid. Aangezien dit in het voorliggende geval wel is gedaan, is de norm – 'zorgvuldige inpassing' – niet voldoende concreet en objectief in het plan begrensd. De planregel is daarmee volgens de Afdeling evident in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en de rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat deze onverbindend is.

Het niet voldoen aan de norm van concreet en objectief begrenzen van open normen leidt kortom tot strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Indien een rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat een open norm niet

concreet en objectief begrensd is, kan de planregel in een procedure tegen een uitvoeringsbesluit wegens evidente strijd met een hogere rechtsnorm onverbindend worden verklaard dan wel buiten toepassing worden gelaten.

## 7 Gevolgen toepassing evidentie criterium

De A-G gaat in zijn conclusie ook kort in op de vraag wat de bestuursrechter kan doen op het moment dat hij in het kader van exceptieve toetsing een planregel onverbindend of de inhoud of toepassing van een planologische beleidsregel waarnaar een planregel verwijst, niet rechtmatig acht. Omdat de planregel zelf noch de planologische beleidsregel deel uitmaakt van het bestreden besluit – beide zijn immers enkel onderdeel van het toetsingskader voor de bestreden omgevingsvergunning – kan de bestuursrechter volgens de A-G geen rechtstreekse opdracht geven aan het vaststellende bestuursorgaan. Evenmin kan de bestuursrechter in dat geval zelf in de zaak voorzien. De A-G bepleit om die reden een (meer) creatief gebruik van het instrument van de voorlopige voorziening, waarbij de bestuursrechter, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aansluiting kan zoeken bij de mogelijkheden die hij nu ook al benut in het kader van de beroepsprocedure tegen een vastgesteld bestemmingsplan.

De Afdeling onderschrijft de conclusie van de A-G op dit punt. In een geval waarin een derde met succes de verbindendheid van een planregel aanvecht in verband met de verlening van een omgevingsvergunning die in overeenstemming met een planregel is geacht, leidt onverbindendheid niet tot het doel dat die derde daarmee nastreeft. De onverbindendheid leidt er dan namelijk niet toe dat de omgevingsvergunning alsnog in strijd met het bestemmingsplan kan worden geacht. De Wro en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht bieden geen ruimte om aan te nemen dat de onverbindendheid ertoe leidt dat de planwetgever de plicht heeft om het plan te herzien voordat opnieuw op de aanvraag om omgevingsvergunning kan worden beslist. Ook heeft de rechter niet de mogelijkheid om aan een uitspraak over een omgevingsvergunning een opdracht aan de planwetgever te koppelen om het plan te herzien. Een rechter kan bovendien ook niet zelf een planregel vaststellen ter vervanging van de onverbindende planregel. Een voorlopige voorziening kan dan ook uitkomst bieden om te voorkomen dat het onverbindend achten van een planregel rechtssubjecten in een nadeliger positie brengt – bijvoorbeeld omdat slechts een globale planregel als toetsingskader resteert –, dan wel om anderszins onaanvaardbare gevolgen voor de fysieke leefomgeving te vermijden.

## 8 Tot slot

De flexibiliteit die het gebruik van open normen en verwijzingen naar beleidsregels in planregels met zich brengt, levert een spanningsveld op met de rechtszekerheid. Voor burgers en bedrijven is het op het moment dat zij een vergunningaanvraag indienen niet altijd even duidelijk of het initiatief dat zij willen ontplooiën, is toegestaan op grond van het geldende bestemmingsplan. Onder de Omgevingswet zal dit niet anders zijn. De wetgever beoogt met die wet mogelijkheden te bieden om het omgevingsplan globaler en flexibeler in te richten.<sup>19</sup> De jurisprudentie van de Afdeling beoogt het spanningsveld te beperken door de eis te stellen dat de norm die in een planregel is opgenomen, voldoende concreet en objectief begrensd dient te zijn. Door deze eis kan de formele rechtskracht van een planregel slechts met toepassing van het evidentie criterium worden doorbroken. In de praktijk zullen de toepassing van open normen en verwijzingen naar beleidsregels aandacht blijven vragen; ook onder de Omgevingswet. Bestuursorganen zullen per geval moeten blijven onderzoeken of het plan zelf voldoende begrenzingen biedt. De besproken uitspraak van de Afdeling biedt daarbij een bruikbaar voorbeeld door inzichtelijk te maken dat uit de planregel zelf moet volgen wat de regel concreet beoogt te reguleren met de verwijzing naar de beleidsregel. De regel zelf moet inzichtelijk maken op welk facet of welke facetten van de goede ruimtelijke ordening de regel ziet. Daarmee biedt de uitspraak inzicht in de vraag wanneer een in een planregel opgenomen open norm voldoende concreet en objectief begrensd is.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 3, p. 10.