

Evenredigheid in de omgevingsvergunning

M en R 2022/72



Inleiding

Jarenlang is er weinig veranderd in de manier waarop een bestuursrechter de rechtmatigheid van omgevingsvergunningen toetst. Blijft dat zo? Er zijn namelijk twee ontwikkelingen die van invloed zouden kunnen zijn op dit toetsingskader: de toenemende betekenis van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht en de komst van de Omgevingswet. In dit artikel wordt, na een korte schets van de huidige manier van toetsen, eerst de gewijzigde invulling van het evenredigheidsbeginsel nader belicht vanuit de rechtspraak van voor en na 2 februari 2022. Daarna wordt vooruitgekeken naar een manier van toetsen van omgevingsvergunningen die worden verleend onder de Omgevingswet en wordt dieper ingegaan op de eisen die kunnen worden gesteld aan de voorbereiding van deze nieuwe omgevingsvergunningen. Dit artikel is geen handboek, piketpaaltje of garantie voor de praktijk na de eventuele inwerkingtreding van de Omgevingswet, maar is bedoeld om te prikkelen en om gerust te stellen.

Het huidige toetsingskader

Artikelen 2.1 en 2.2 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) vormen de ladekast voor een reeks van omgevingsvergunningen in de vorm van toestemmingen voor activiteiten. Ook al hangen deze toestemmingen soms onlosmakelijk met elkaar samen of haken er toestemmingen aan, het kenmerk van de huidige wet is dat iedere toestemming zijn eigen toetsingskader heeft in de artikelen 2.10 en verder van de Wabo. Deze toetsingskaders dwingen de rechter steeds tot een andere toetsing:² het limitatief imperatief stelsel in artikel 2.10 van de Wabo voor de omgevingsvergunning voor bouwen is in de kern een gebonden toetsingskader met een volledige inhoudelijke toets door de bestuursrechter van de omgevingsvergunning aan de weigeringsgronden in het limitatief imperatieve stelsel. In de belangrijkste weigeringsgrond (het bestemmingsplan) kan tot op zekere hoogte zijn voorzien in beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag. De rechtmatigheid van het

bestemmingsplan zelf wordt (als het ter discussie wordt gesteld) slechts exceptief beoordeeld door de bestuursrechter omdat het bestemmingsplan vatbaar is (geweest) voor beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). De toestemming voor het afwijken van het bestemmingsplan kent sinds jaar en dag (al ruim voor artikel 2.12 van de Wabo bij de vrijstelling op basis van artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening) een afwijkend toetsingskader. Het bevoegd gezag kan de vergunning alleen verlenen als de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. Hierbij heeft het bevoegd gezag beoordelingsruimte. Het bevoegd gezag is niet verplicht om de vergunning te verlenen. Bij het gebruik van deze bevoegdheid zal het bevoegd gezag alle relevante ruimtelijke betrokken belangen moeten wegen. De bestuursrechter gaat het gebruik van deze beslissingsruimte niet zelf nog eens overdoen maar kijkt of de uitkomst in overeenstemming is met het recht op basis van de beroepsgronden. De ABRvS merkt daarbij sinds kort op dat daarbij aan de orde kan komen of de nadelige gevolgen van het besluit onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.³ Bij het verlenen van de toestemming voor het in werking treden van een inrichting heeft het bevoegd gezag een (zekere) beoordelingsruimte maar bevat het toetsingskader in artikel 2.14 van de Wabo wel de verplichting om een aantal zaken (waaronder ten minste de best beschikbare technieken, veelal Europees bepaald) in acht te nemen, er rekening mee te houden (bijvoorbeeld richtwaarden) of erbij te betrekken.

Er is altijd veel te doen over de manier waarop de bestuursrechter naar het resultaat van het bevoegd gezag kijkt. Moet dit terughoudend of mag dit streng(er)? De bestuursrechter kijkt er in ieder geval indringend naar. Klopt het besluit? Zijn de relevante feiten juist vastgesteld, zijn de ingrediënten van de belangenafweging volledig, is het besluit goed (zorgvuldig) voorbereid en is sprake van een voldoende concludente motivering.⁴ Een actieve bestuursrechter die dit allemaal controleert, neemt nog steeds de hierboven geschetste toetsingsintensiteit in acht.⁵ De vervolgvraag is wat de gevolgen van het besluit betekenen voor betrokkenen. Dat is de evenredigheidstoets.

De ontwikkeling van de evenredigheidstoets in het algemeen

Nadat de ABRvS om een conclusie had gevraagd over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel⁶ is op 2 februari 2022⁷ een nieuwe kijk op de evenredigheidstoets en de toe-

1 Maarten Verhoeven is senior rechter in de rechtbank Oost-Brabant. Hij is als rechter betrokken geweest bij de in dit artikel genoemde uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant. Dit artikel wordt geschreven op persoonlijke titel.
2 Voor een meer uitgebreide beschrijving zie M.J.H.M. Verhoeven 'Hoe toetst de bestuursrechter onder de Omgevingswet?', *M en R* 2019/124.

3 ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1633.

4 Zie voor de toetsingsintensiteit en de betekenis van indringend toetsen R. Kegel, 'Indringendere toetsing door de bestuursrechter', *JBPlus* 2018/4 en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2277.

5 Zie ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2277.

6 Conclusie A-G Widdershoven en A-G Wattel ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

7 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

passing van artikel 3:4, lid 2 van de Awb geïntroduceerd. De evenredigheidstoets is een drietrapsraket waarbij wordt gekeken naar 1) de geschiktheid (is het besluit geschikt om het doel te bereiken), 2) de noodzakelijkheid (is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken)? en 3) de evenwichtigheid (wat betekent het besluit voor de betrokkene(n) en is dit niet onredelijk bezwarend?) Met andere woorden, de bestuursrechter kijkt naar het doel, de middelen en de gevolgen van de besluitvorming. Een soortgelijke benadering kent de toetsing van evenredigheid op basis van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn,⁸ al kan dit leiden tot verschillende uitkomsten.⁹ De ABRvS laat de intensiteit van toetsen afhangen van de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen, de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin fundamentele rechten worden aangetast.

Evenredigheid in het omgevingsrecht

Evenredigheid keert terug in beslissingen op grond van de Wabo. In handhavingssaken zal het bevoegd gezag natuurlijk evenredigheid moeten betrachten. De standaardoverweging lijkt daarop te zijn aangepast. Voorheen kon handhavend optreden *zodanig* onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.¹⁰ Nu kan handhavend optreden onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen, zodat van optreden in die concrete situatie moet worden afgezien.¹¹ De nieuwe formulering biedt meer ruimte voor de nieuwe evenredigheidstoets. Ook andere belastende beschikkingen kunnen op evenredigheid worden getoetst, zoals bijvoorbeeld (maatwerk) voorschriften¹² die een extra investering kunnen vergen van een bedrijf die moet worden afgezet tegen de noodzaak en de effectiviteit van de voorgeschreven maatregelen of technieken. Ook de weigering van een omgevingsvergunning voor het wijzigen of afwijken van het bestemmingsplan kan over de boeg van het evenredigheidsbeginsel worden getoetst zoals blijkt uit een recente uitspraak van de ABRvS.¹³

Evenredigheid speelt ook een rol bij begunstigende beschikkingen, ofwel omgevingsvergunningen. Dit volgt onder meer uit de hiervoor genoemde uitspraak van 2 februari 2022 waarin de ABRvS overweegt dat toetsing aan het evenredigheidsbeginsel bij een begunstigend besluit mogelijk anders kan uitpakken. Het blijkt ook uit de conclusie van 18 mei 2022¹⁴ van A-G mr. R.J.G.M. Widdershoven over de toepassing van een begunstigende beleidsregel. Deze conclusie is inmiddels gevolgd door de uitspraak van de ABRvS van 17 augustus 2022.¹⁵ Verder volgt het uit de gewijzigde formulering van het rechterlijk toetsingskader

bij een omgevingsvergunning voor het afwijken van een bestemmingsplan.¹⁶ In de omgeving van een activiteit ligt in dit kleine landje altijd wel een achtertuin van iemand die wordt belast door het effect van een omgevingsvergunning. En anders heeft de omgevingsvergunning wel gevolgen voor nabijgelegen waardevolle elementen, bijvoorbeeld natuur. Het begunstigende element (de toestemming) impliceert een terughoudende toetsing, het belastende element (de gevolgen) rechtvaardigt een minder terughoudende toets naarmate de gevolgen meer ingrijpend zijn. Hoe gaat dit in zijn werk?

De drietrapsraket van de evenredigheidstoets kan relatief eenvoudig worden toegepast bij de toetsing van de rechtmatigheid van omgevingsvergunningen. De geschiktheid van de regeling op basis waarvan de vergunning wordt verleend, bijvoorbeeld een bestemmingsplan kan ook (al dan niet exceptief) worden getoetst op strijd met hogere regelgeving en een algemeen rechtsbeginsel. Deze exceptieve toets is een andere toets dan de rechtmatigheidstoets van het bestemmingsplan zelf. De bestemmingsregeling moet evident in strijd zijn met de hogere regelgeving of een algemeen rechtsbeginsel.¹⁷ Ook een algemeen verbindend voorschrift kan exceptief worden getoetst.¹⁸ Het wordt ingewikkeld als de vergunning wordt verleend op basis van een wettelijk voorgeschreven exclusief toetsingskader, bijvoorbeeld de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv). Maar intussen is ook daarover al een conclusie verschenen.¹⁹ De noodzaak voor de vergunning is gelegen in de wens van de aanvrager om iets te gaan doen. Het toetsen van de gevolgen van het besluit vindt vooral plaats in de derde stap, de toetsing van de uitkomst van de belangenafweging. Dit veronderstelt wel dat het bevoegd gezag een belangenafweging kan maken, met andere woorden, dat het bevoegd gezag beslissruimte heeft in de vorm van beoordelingsruimte of beleidsruimte. De bestuursrechter kijkt of er na vergunningverlening nog steeds voldoende evenwicht is tussen alle betrokken belangen, gevolgen en, meer specifiek, tussen de bestaande functies in het gebied en de nieuwe functie die erbij wordt vergund. Met een indringende toets kan de bestuursrechter nagaan of het bestuursorgaan alle feiten en omstandigheden en betrokken belangen goed in kaart heeft gebracht en wat er op het spel staat. Naarmate zwaardere gevolgen (bijvoorbeeld voor het milieu of voor omwonenden) optreden, is er aanleiding voor een meer kritische toetsing van de uitkomst van de belangenafweging. De omstandigheid dat deze gevolgen op basis van de bovenliggende bestemmingsregeling, wettelijke regeling of lagere regelgeving aanvaardbaar worden geacht, wil niet automatisch zeggen dat de gevolgen niet ingrijpend zijn. Bijvoorbeeld, als de geurhinder van een veehouderij als gevolg van een uitbreiding in overeenstemming is met de Wgv, wil dat niet zeggen dat omwonenden geen zware geurhinder ondervinden. Ook aan de bovenliggende regeling ligt meestal

8 Richtlijn 2006/123/EG.

9 ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

10 ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3103.

11 ABRvS 10 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2306.

12 Rb. Oost-Brabant 12 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1823. Zie ook Rb. Gelderland 25 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3888.

13 ABRvS 12 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2941.

14 Conclusie A-G Widdershoven ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440.

15 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2341.

16 ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2380.

17 Zie ABRvS 6 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1887.

18 Zie ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452.

19 Conclusie A-G Snijders ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

een beleidsmatige en niet strikt wetenschappelijk verantwoorde afweging ten grondslag. Het bevoegd gezag kan zijn beslissruimte natuurlijk hebben ingevuld met een beleidsregel. Deze beleidsregel ontslaat het bevoegd gezag echter niet van de belangenafweging, het is slechts een hulpmiddel en maakt de uitkomst beter voorspelbaar. Het bevoegd gezag blijft gehouden alle omstandigheden van het geval te betrekken in de belangenafweging, ook de omstandigheden die zijn betrokken bij de beleidsregel na de uitspraken van de Afdeling over het Damoclesbeleid op grond van de Opiumwet.²⁰ Deze algemene uitspraken over de toepassing van artikel 4:84 van de Awb zijn ook van toepassing in het omgevingsrecht.

Waar leidt dit toe? Een besluit met een gebrekkige evenredigheidstoets is onvoldoende gemotiveerd. Een vernietiging op basis van het evenredigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel ligt dan voor de hand. Dit kan wel leiden tot een oneindige herhaling van zetten totdat het bevoegd gezag uiteindelijk weet te motiveren dat de gemaakte keuze evenredig genoeg is. Dit is niet wenselijk. Het ligt eerder voor de hand om te onderzoeken of het evenwicht tussen de bestaande functies in de omgeving en de nieuwe functie die erbij komt (dan wel de uitbreiding van een van die bestaande functies) op een andere manier kan worden bereikt. De evenredigheidstoets hoeft niet alleen te leiden tot een goedkeuring of vernietiging van de omgevingsvergunning. De bestuursrechter kan (met partijen, soms zelfs tijdens de zitting) bezien of extra acties of maatregelen kunnen worden gevergd van de vergunninghouder om de gevolgen van het vergunde project voor de omgeving te beperken, bijvoorbeeld een betere landschappelijke inpassing of een goede monitoring en klachtenafwikkeling. Hierop kunnen de voorschriften van de omgevingsvergunning worden gewijzigd of worden aangevuld naar aanleiding van een tussenuitspraak in een daaropvolgend herstelbesluit. Deze vorm van toetsen komt tot uitdrukking in enkele uitspraken van de rechtbank Oost-Brabant.²¹ Verder zal het bevoegd gezag moeten bezien of met alternatieven (een andere plek of een kleinere uitbreiding, bijvoorbeeld een lagere wohntoren of minder dieren) het goede evenwicht wel kan worden bereikt dan wel of het wel noodzakelijk is om zoveel aan te vragen, ondanks de verplichting te beslissen op de ingediende aanvraag. Dit roept wel de vraag op of de standaardformule voor alternatieven kan worden gehandhaafd. Deze formule luidt nu als volgt: het bestaan van alternatieven kan slechts dan tot het onthouden van medewerking nopen, indien op voorhand duidelijk is dat door verwezenlijking van de alternatieven een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren.²² Met de huidige formulering wordt de lat echter zo hoog gelegd dat het eerste succesvolle alternatief nog steeds moet worden gevonden. De huidige formule staat een volwaardige

evenredigheidstoets en een goede discussie over alternatieven in de weg.²³ Binnen de evenredigheidstoets zou meer ruimte moeten zijn om naar alternatieven te kijken.

De bestuursrechter zal niet uit eigen beweging (ambtshalve) een evenredigheidstoets uitvoeren, al kan in de beroepsgronden vaak al snel een beroep op het evenredigheidsbeginsel worden gelezen, ook als 'evenredigheid' niet letterlijk wordt genoemd. Desalniettemin zijn de bevoegdheden op basis van artikel 8:69 van de Awb (aanvullen feiten en rechtsgronden) niet oneindig en de bestuursrechter moet bovendien binnen de omvang van het geding blijven. Daarnaast heeft de rechtspraak simpelweg niet de capaciteit van het bevoegd gezag, laat staan dat het niet de taak is van de bestuursrechter het werk van het bevoegd gezag over te doen. In een procedure zal de bestuursrechter ook niet het volledige plaatje in beeld hebben of kunnen krijgen. Een omwonende of een belangenvereniging zal niet automatisch gaan mee procederen als een vergunning wordt geweigerd of als een beschermend voorschrift wordt opgelegd. Zij hebben geen procesbelang bij een beroep al zijn zij wel belanghebbende als ze voldoen aan de daaraan in de rechtspraak gestelde eisen. Ook tegen een omgevingsvergunning wordt niet door iedere omwonende of belangenvereniging beroep ingesteld. Hun belangen blijven dus buiten beeld. In deze beroepsprocedure valt daarnaast niet uit te sluiten dat de betrokken eisers niet alle belangen kunnen verdedigen, al is het omdat de regels die het belang beschermen niet strekken tot bescherming van de belangen van de eisers (artikel 8:69a van de Awb).

Het bevoegd gezag zou dat volledige plaatje wel moeten hebben. De nieuwe evenredigheidstoets ligt daarmee in de eerste plaats op het bordje van het bevoegd gezag. Dat bevoegd gezag moet niet iedere vergunning maar verlenen omdat er op basis van de aanvraag en de onderliggende rapporten geen reden is om de vergunning te weigeren. Ook al voldoet de aanvraag aan de minimeisen in de regelgeving (wet, bestemmingsplan of beleidsregel) dan nog zal het bevoegd gezag zich de vraag moeten stellen of door de verlening van de vergunning het bestaande evenwicht niet te veel wordt verstoord, met name in de gevallen waarin dat evenwicht al precair is of onder druk staat. Dit vereist een oplettendheid bij participatie en inspraakavonden (als die worden gehouden) om alle belangen in beeld te krijgen. Het bevoegd gezag zal sowieso een (pro) actieve houding moeten hebben en soms wat meer moeten en kunnen verlangen van de aanvrager dan de inspanning die volgt uit de minimale eisen in de regelgeving. Vervolgens zal de uiteindelijke keuze goed moeten worden onderbouwd in de vergunning. Daarmee kunnen procedures worden voorkomen zodat de toch al beperkte capaciteit van het bevoegd gezag niet te veel wordt belast. Als toch niet iedereen tevreden is, dan ligt er in ieder geval een goede motivering. Een bewuste evenredige besluitvorming vergt dan wellicht wat meer actie aan

20 ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840 en ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2243.

21 Rb. Oost-Brabant 20 juni 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:2505 en Rb. Oost-Brabant 30 augustus 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:3577.

22 Bijvoorbeeld ABRvS 13 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:787.

23 Zie voor een voorbeeld hoe het anders kan de uitspraak Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 26 augustus 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:5118.

de voorkant, maar draagt dan wel bij aan een betere leefomgeving en kan veel werk na de besluitvorming voorkomen.

Evenredigheid in de Omgevingswet

De Omgevingswet gaat teveel veranderen om in dit artikel samen te vatten. Eén van de grootste verschillen ten opzichte van de Wabo is de inhoudelijke integratie van verschillende sectorale wetgeving, ook al komen de bestaande toetsingskaders wel terug in de Omgevingswet en onderliggende AMvB's. Er komen meer activiteiten waarvoor algemene regels gelden en/of daarnaast een omgevingsvergunning nodig kan zijn.²⁴ Bij vergunningverlening worden tal van aspecten betrokken.²⁵ De beslissingsruimte van het bevoegd gezag kan fors worden uitgebreid. Wordt de hierboven beschreven evenredigheidstoets dan niet ook onevenredig uitgebreid? Dat valt wel mee. De belangrijkste omgevingsvergunning is die voor de omgevingsplanactiviteit. Dit is een vergunning die nodig is omdat het omgevingsplan dit vereist of omdat de aangevraagde activiteit afwijkt van het omgevingsplan.²⁶ Het toetsingscriterium voor weigering of verlening van deze vergunning is de *evenwichtige* toedeling van functies aan locaties, met dien verstande dat voor de binnenplanse variant het omgevingsplan het voornaamste toetsingskader zal bieden, net zoals nu.²⁷ Het criterium van een evenwichtige toedeling van functies is ook de basis van het omgevingsplan.²⁸ De wetgever heeft hier destijds een vooruitziende blik gehad. Volgens mij is het hier bedoelde evenwicht hetzelfde evenwicht als in de derde trap van de evenredigheidstoets. Bij de toetsing aan dit criterium worden de beoordelingsruimte van 'een goede ruimtelijke ordening' en de beleidsruimte van de daaropvolgende belangenafweging (op basis van het huidige artikel 2.12 van de Wabo) in elkaar geschoven naar één afweging. Een omgevingsvergunning onder de Omgevingswet kan daarom prima met een evenredigheidstoets à la Harderwijk²⁹ worden onderbouwd door het bevoegd gezag en worden getoetst door de bestuursrechter op dezelfde wijze als nu. Geschiktheid en noodzakelijkheid kunnen worden beoordeeld aan de hand van de huidige ideeën over een goede ruimtelijke ordening, aangevuld met de onderliggende huidige gedachten voor de overige aspecten die bij de goede leefomgeving moeten worden betrokken.³⁰ De uitkomst van de beslissing moet resulteren in een evenwicht tussen de bestaande omgeving en datgene wat erbij wordt gevraagd in een aanvraag omgevingsvergunning. Dit evenwicht hoeft niet alleen te worden bereikt door de enkele toekenning van hetgeen wordt gevraagd. Participatie, inspraak en adviezen of (bij de bestuursrechter) beroepsgronden kunnen leiden tot nadenken

over alternatieven of extra maatregelen of voorschriften op de wijze die hierboven is beschreven.

Conclusie

Voor de praktijk is het wellicht geruststellend dat op dit moment de nieuwe evenredigheidstoets al wordt toegepast. De lessen die vandaag worden geleerd, kunnen ook worden gebruikt na de inwerkingtreding van de Omgevingswet bij het verlenen van omgevingsvergunningen. De huidige rechtspraak biedt grotendeels voldoende handvatten voor de bestuursrechter om de evenredigheidstoets uit te voeren. De doorontwikkeling van de evenredigheidstoetsing is vol op aan de gang zodat een enkele verdere aanpassing van het toetsingskader, bijvoorbeeld over de alternatieventoetsing niet op voorhand valt uit te sluiten. Er is geen enkel beletsel om de nieuwe evenredigheidstoetsing voort te zetten onder de Omgevingswet met zijn streven naar evenwicht in de leefomgeving. Daarmee is de rechterlijke toetsing van besluiten op basis van de Omgevingswet wellicht minder een black box en meer een voortzetting van de praktijk anno 2 februari 2022. De tijd zal het leren.

24 Artikel 5.1 en 5.2 Ow.

25 Artikel 2.1 Ow.

26 Zie de definitie 'omgevingsplanactiviteit' in de bijlage bij de Ow.

27 Artikel 5.21 Ow. Dit artikel is aangepast in de Invoeringswet Omgevingswet (*Kamerstukken II* 2017/18, 34986, nr. 2) ten opzichte van de oorspronkelijke tekst van de Omgevingswet (*Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 2).

28 Artikel 4.2, lid 1 Ow.

29 De hiervoor genoemde uitspraak van de ABRvS van 2 februari 2022.

30 Zie voor een lijstje artikel 2.1 Ow.