

Gaat de Bal wel rollen? Eerste ervaringen met milieubelastende activiteiten onder de Omgevingswet, in het bijzonder in het Bal en het omgevingsplan

– Mr. dr. V.M.Y. van 't Lam en mr. J.R. van Angeren¹

1. Inleiding

De redactie heeft ons gevraagd om voor dit themanummer de eerste ervaringen met milieuregelgeving onder de Omgevingswet (Ow) in brede zin te beschrijven. Aanleiding hiervoor was onder meer ons artikel uit 2016 voor dit tijdschrift waarin wij de gevolgen van de overstap van het begrip inrichting naar milieubelastende activiteit (hierna: MBA) en de verhouding met het bestemmingsplan (thans omgevingsplan) beschreven.² Wij grepen deze uitnodiging aan om ook wat aandachtspunten op te schrijven die ons zijn opgevallen in dit eerste Omgevingswetjaar.

In de eerste plaats valt op dat gelet op het overgangsrecht bij de Ow, dat een eerbiedigende werking heeft, er nog relatief weinig ervaring is met nieuwe (milieu-)instrumenten en bepalingen van de Ow. Veel omgevingsplannen en omgevingsvergunningen zijn nog vastgesteld voor 1 januari 2024 waardoor die besluiten nog vallen onder de reikwijdte van de Wabo, het Activiteitenbesluit en de Wro, zodat het merendeel van de rechtspraak zich uitstrekt over wetsbepalingen van vóór de Ow. Dat geldt in het bijzonder voor de omgevingsplannen en omgevingsvergunningen voor MBA's. Er zijn nog weinig gemeentes die echte omgevingsplannen hebben gemaakt op grond van de Ow en er is bij ons weten nog geen rechtspraak over een op grond van de Ow verleende vergunning voor een

MBA. Desalniettemin zijn er wel enkele ervaringen te delen. In deze bijdrage bespreken wij aspecten die ons zijn opgevallen ten aanzien van onlosmakelijke samenhang (paragraaf 2), milieubelastende activiteiten (paragraaf 3) en het omgevingsplan en milieubelastende activiteiten (paragraaf 4). We sluiten af met een afronding (paragraaf 5).

2. Onlosmakelijke samenhang

In ons artikel uit 2016 hebben wij uiteengezet dat een aanvrager een omgevingsvergunning kan aanvragen voor meerdere activiteiten en dat onlosmakelijk samenhangende activiteiten niet meer gezamenlijk behoeven te worden aangevraagd. Wij gaven het voorbeeld dat een bouw- en een milieueactiviteit afzonderlijk van elkaar kunnen worden aangevraagd. Op grond van de jurisprudentie onder de Wabo was fijnmazige jurisprudentie ontstaan, steeds over de vraag wanneer activiteiten wel of niet onlosmakelijk met elkaar samenhangen. Zo geldt dat tussen de activiteiten 'het oprichten van een windturbine' en 'het bouwen van een windturbine' onlosmakelijke samenhang bestaat, maar tussen 'het aanleggen van de wegen, leidingen en kabels' en 'de bouw van inkoopstations' niet, omdat deze fysiek van elkaar zijn te onderscheiden.³ Wat ons betreft komt aan deze jurisprudentie onder de Ow een einde omdat artikel 5.7 lid 1 Ow uitdrukkelijk toestaat dat een aanvraag om een omgevingsvergunning naar keuze van de aanvrager op een of meer activiteiten betrekking kan hebben. Het ligt wat ons betreft dan ook voor de hand om in gevallen waarbij nog sprake is van omgevingsvergunningen op grond van de Wabo het criterium van de onlosmakelijke samenhang wat minder strikt te interpreteren, om te voorkomen dat deze fijnmazig

¹ Valérie van 't Lam en Jan Reinier van Angeren zijn beiden advocaat in Amsterdam.

² V.M.Y. van 't Lam & 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. Een eerste verkenning op basis van de consultatieversies van de vier amvb's', TBR 2016/132.

³ ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:616, ro. 253.1.

jurisprudentie zich blijft voorzetten, terwijl duidelijk is dat de Omgevingswetgever hiervan af wil.

De reden waarom destijds het criterium van onlosmakelijke samenhang is losgelaten is dat de wetgever meer flexibiliteit voor de aanvrager wilde onder de Omgevingswet. Het criterium van onlosmakelijk samenhang zou de aanvrager van een omgevingsvergunning te veel in zijn flexibiliteit beperken.⁴ Overigens zijn wij wel benieuwd in hoeverre de aanvrager in de praktijk daadwerkelijk geholpen is met het loslaten van de onlosmakelijke samenhang. Met een activiteit kan immers niet worden begonnen als niet alle daarvoor benodigde vergunningen zijn verleend.

3. De milieubelastende activiteit (MBA)

3.1 Inleiding

Het begrip inrichting is vervangen door het begrip 'milieubelastende activiteit'. Daar hebben wij in onze bijdrage van 2016 ook uitvoerig aandacht aan besteed.⁵ In deze bijdrage signaleren wij enkele aspecten die ons zijn opgevallen in de (weinig) rechtspraak, praktijk en literatuur.

3.2 De (aanwijzing van) MBA's

Een 'milieubelastende activiteit' als bedoeld in de bijlage van de Ow is ruim gedefinieerd (activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken) en ons inziens valt een activiteit daar al gauw onder.⁶ Wij stelden in onze eerdere bijdrage vast dat ook hobbymatige activiteiten, kortdurende activiteiten en mobiele activiteiten als milieubelastende activiteit kunnen kwalificeren, terwijl die activiteiten niet als inrichting kwalificeerden en zodoende eerder niet werden gereguleerd door de Wabo milieuvergunning en/of het Activiteitenbesluit. Onder de Ow is dat anders. Wij verwachten dat die definitie als zodanig er niet (gauw) toe leidt dat een activiteit niet onder het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) of de (milieu)vergunningplicht valt. Een MBA is evenwel uitsluitend op grond van artikel 5 lid 2 onder b Ow vergunningplichtig en/of valt alleen onder algemene regels van het Bal, als die MBA als zodanig is aangewezen in hoofdstuk 3 van het Bal.⁷ Zodoende verwachten wij dat de discussie in de praktijk en rechtspraak met name zal

gaan over de (interpretatie van de) aanwijzingen in hoofdstuk 3 van het Bal.

In veel artikelen van hoofdstuk 3 van het Bal waar een MBA wordt aangewezen, staat dat de aanwijzing ook omvat 'andere milieubelastende activiteiten die worden verricht op dezelfde locatie die dat exploiteren functioneel ondersteunen'. In onze bijdrage van 2016 hebben wij daar al aandacht aan besteed en vastgesteld dat niet is toegelicht wat 'functioneel ondersteunend' is. Volgens de toelichting wordt met de toevoeging van deze passage bereikt, dat de aanwijzing aansluit bij het gezichtspunt van degene die de activiteit verricht. Die ziet deze functioneel ondersteunende 'andere activiteiten' als vanzelfsprekend onderdeel van zijn activiteit.⁸ Op het moment van schrijven van deze bijdrage is er voor zover ons bekend slechts één uitspraak over de uitleg van deze passage en deze is van de rechtbank Oost-Brabant van 8 januari 2024.⁹ Wij gaan op deze uitspraak in, omdat deze goed illustreert hoe de aanwijzing werkt en waar men bedacht op moet zijn.

In die zaak is een omgevingsvergunning aan de orde met betrekking tot een bedrijf voor het recyclen van afgedankte elektronische en elektrische apparatuur. Deze activiteit is genoemd in categorie 5.3.b onder IV van bijlage 1 bij de Richtlijn industriële emissies (RIE).¹⁰ Dit is een milieubelastende activiteit als bedoeld in artikel 3.78 van het Bal, namelijk het exploiteren van een IPPC-installatie voor het verwijderen of nuttig toepassen van gevaarlijke afvalstoffen. Het in deze zaak bestreden besluit ziet op een afvalwaterzuiveringsinstallatie (AWZI). De rechtbank stelt vast dat de AWZI waarvoor een vergunning is verleend, een milieubelastende activiteit is die dat exploiteren van de IPPC-installatie functioneel ondersteunt als bedoeld in artikel 3.79 lid 2 Bal. Op basis van artikel 3.79 van het Bal is de genoemde milieubelastende activiteit in combinatie met de functionele ondersteunende activiteit vergunningplichtig. In een annotatie bij deze uitspraak wordt ons inziens terecht de vraag gesteld of dit oordeel juist is.¹¹ Immers, valt het exploiteren van de AWZI niet al onder de 'exploitatie van een IPPC-installatie', nu het een ruime term is? Zo vallen activiteiten die op dezelfde locatie worden verricht en die rechtstreeks samenhangen met de in bijlage I genoemde activiteiten en gevolgen

⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 160.

⁵ Met name in par. 3 van onze bijdrage in TBR 2016/132. Zie daarover ook: V.M.Y. van 't Lam, 'Milieubelastende activiteiten in de Omgevingswet: enkele aspecten waar men alert op moet zijn', M.A.A. Soppe & K. Winterink (red.), *Op weg naar de Omgevingswet met de VMA*, Den Haag: BJU 2023, p. 61-81.

⁶ De definitie is: 'milieubelastende activiteit: activiteit die nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, niet zijnde een lozingsactiviteit op een oppervlaktewaterlichaam of een lozingsactiviteit op een zuiveringstechnisch werk of een wateronttrekkingsactiviteit'.

⁷ Art. 5.1 lid 2 onder c Ow.

⁸ Zie Stb. 2018, 292, p. 616-617.

⁹ Rb. Oost-Brabant 8 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:26, *M en R* 2024/32, m.nt. J.H.N. Ypinga & S. Putting. Een andere uitspraak in gelijke zin betreft Rb. Oost-Brabant (vzr.) 28 maart 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:1252. In Rb. Oost-Brabant 15 februari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:544 oordeelt dezelfde rechtbank dat sprake is van een IPPC-installatie.

¹⁰ Volledig: 'Behandeling in shredders van metaalafval, met inbegrip van afgedankte elektrische en elektronische apparatuur en autowrakken en de onderdelen daarvan'.

¹¹ Rb. Oost-Brabant 8 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:26, *M en R* 2024/32, m.nt. J.H.N. Ypinga & S. Putting.



kunnen hebben voor de emissies en verontreiniging ook onder de IPPC-installatie.¹² Voor de uiteindelijke uitkomst maakt dat niet uit: de AWZI hoort bij de in hoofdstuk 3 Bal als vergunningplichtig aangewezen MBA en de algemene regels die voor de MBA (dus inclusief AWZI) gelden. In meerdere artikelen van het Bal wordt verwezen naar het begrip IPPC-installatie. Over dit begrip is (nog) weinig Europese en nationale rechtspraak. Er is een niet bindende 'Guidance on Interpretation of 'Installation' and 'Operator' for the Purposes of the IPPC Directive' van de Europese Commissie waarin het begrip 'installatie' wordt toegelicht.¹³ Wij verwachten dat deze relevant blijft voor de interpretatie van de aanwijzingen van MBA's in hoofdstuk 3 van het Bal waar de term IPPC-installatie wordt gebruikt. Hoewel de RIE eerder dit jaar is aangepast, is er voor zover ons bekend nog geen nieuwe guideline. Het begrip 'installatie' is overigens niet gewijzigd.

¹² Zie de omschrijving van het begrip 'installatie' in art. 3 lid 3 RIE: 'een vaste technische eenheid waarin een of meer van de in bijlage I, in bijlage I bis of in deel 1 van bijlage VII vermelde activiteiten en processen alsmede andere op dezelfde locatie ten uitvoer gebrachte en daarmee rechtstreeks samenhangende activiteiten plaatsvinden die technisch in verband staan met de in die bijlagen vermelde activiteiten en die gevolgen kunnen hebben voor de emissies en de verontreiniging'. In de bijlage bij art. 1.1 Ow wordt naar art. 3 lid 3 van de RIE verwezen.

¹³ Tegenwoordig te vinden via: <www.iplo.nl/regelgeving/regels-voor-activiteiten/toelichting-milieubelastende-activiteiten/rijksregels-mba/installatie-volgens-bal/@298316/guidance-on-interpretation-installation/>.

Complexe bedrijven - artikel 3.49 Bal

Om vast te stellen of een MBA vergunningplichtig is, of onder de (rijks)regels valt die zijn opgenomen in hoofdstuk 4 en 5 van het Bal, is de aanwijzing van de MBA's in hoofdstuk 3 van het Bal relevant. In dat hoofdstuk staat immers i) wat de aangewezen MBA is ii) of er een vergunningplicht geldt en iii) welke regels van hoofdstuk 4 en 5 gelden voor deze MBA. Dat laatste wordt ook wel de 'richtingaanwijzer' genoemd. Vooral grotere bedrijven kunnen onder meerdere MBA's in hoofdstuk 3 vallen waardoor er meerdere regels van hoofdstuk 4 en 5 van het Bal in theorie kunnen zijn aangewezen als geldend voor deze MBA. Als echter sprake is van een 'complexe MBA', dat wil zeggen een MBA die in paragraaf 3.3 Bal is aangewezen (IPPC-installaties en Seveso-inrichtingen, kortom doorgaans de wat zwaardere industrie ofwel meer vervuulende bedrijven), dan zijn de bepalingen in afdeling 3.4-3.11 van het Bal over i) de aanwijzing van de algemene regels en ii) het verstrekken van gegevens en bescheiden niet meer relevant (art. 3.49 Bal). Voor de aanwijzing van de vergunningplicht zijn die afdelingen ons inziens wel relevant. Een voorbeeld ter illustratie. Zo zou bijvoorbeeld een grote energieopwekker (art. 3.54 Bal, afdeling 3.3 Bal) die een vergunning aanvraagt, ook vergunningplichtig kunnen zijn omdat binnen dat bedrijf ook spuitbussen en drijfgassen worden gevuld (art. 3.119 Bal, afdeling 3.4 Bal). In dat geval is alleen de richtingaanwijzer van afdeling 3.3 (art. 3.54 Bal) relevant en niet die van afdeling 3.4 Bal. Kortom:

om te bepalen welke algemene regels van het Bal gelden voor de desbetreffende MBA hoeft alleen maar te worden gekeken naar afdeling 3.3 Bal, ook al valt een deel van het bedrijf ook onder afdeling 3.4 van het Bal.

'Oprichten'

Met het vervallen van het begrip 'inrichting' en het aanpassen van de wijze waarop de vergunningplicht in de Ow is verwoord, is ons inziens het 'oprichten' van een MBA niet vergunningplichtig.¹⁴ In het kader van de Wabo en Wm was 'oprichten' en bouwen in de zin van de Woningwet (oud) niet synoniem. Bouwen was oprichten wanneer het object van de bouwwerkzaamheden gebruikt werd voor het in werking hebben van een inrichting. Van de concrete omstandigheden hangt af wanneer die constatering kan worden gedaan.¹⁵ In artikel 5.1 lid 2 onder b Ow is uitsluitend verboden een MBA te verrichten zonder omgevingsvergunning. Het 'oprichten' komt daarin niet voor. Als bijvoorbeeld een fabriek wordt opgericht voor het produceren van duurzame kleding, dan is ons inziens het bouwen van die fabriek vergunningplichtig vanwege een bouwactiviteit en niet vanwege het oprichten van een MBA. Er geldt (pas) een omgevingsvergunningplicht voor een MBA, als er sprake is van een in hoofdstuk 3 Bal aangewezen MBA. Bouwactiviteiten of het oprichten van een fabriek voor duurzame kleding komen daarin niet voor. In het specifieke geval moet dus steeds goed worden nagegaan of er een vergunningplicht geldt omdat sprake is van een in hoofdstuk 3 Bal aangewezen MBA. In het kader van de Wabo zou echter wel voor het 'oprichten' van de fabriek voor duurzame kleding een (milieu)vergunningplicht gelden.

Lozingen

Alle directe lozingen van afvalwater afkomstig van 'complexe bedrijven' ex afdeling 3.3 Bal op oppervlaktewaterlichamen zijn op grond van deze afdeling vergunningplichtig. Onder de Ow is dus de omgevingsvergunning het instrument dat de directe lozingen van deze bedrijven reguleert. Dit is anders dan onder het oude recht het geval was; sommige van deze lozingen werden op grond van het Activiteitenbesluit (algemene regels op rijksniveau) gereguleerd. Bepaalde lozingen van hemelwater en koelwater afkomstig van complexe bedrijven waren aldus onder het oude recht niet vergunningplichtig. Voor directe lozingen door complexe bedrijven die onder het oude recht niet vergunningplichtig wa-

ren maar onder de Ow wel¹⁶, geldt overgangsrecht. Hiervoor geldt een omgevingsvergunning van rechtswege, waarvoor geen termijn geldt (op grond van art. 4.14 aanhef en onder b van de Invoeringswet Ow en art. 8.1.9 van het Invoeringsbesluit Ow). Deze fictieve vergunning komt dus - anders dan de andere fictieve vergunningen waarvoor een termijn van twee jaar geldt - niet van rechtswege na twee jaar te vervallen, maar blijft onbeperkt geldig. Als de lozing wordt gewijzigd, dan moet een nieuwe omgevingsvergunning worden aangevraagd. Indirecte lozingen worden gereguleerd in het kader van de vergunning voor de MBA. Daarvoor is geen specifiek overgangsrecht.¹⁷ Wij verwachten dat het in de praktijk niet direct evident is onder welk regime een lozing valt (lozingsactiviteit of MBA) en wat het overgangsrecht betekent voor die lozing.

Mobiele activiteiten zijn ook aangewezen als MBA in het Bal

Een milieubelastende activiteit is zoals gezegd ruim gedefinieerd, zodat deze definitie er in de praktijk vermoedelijk weinig toe zal leiden dat een activiteit niet onder de regulering van de MBA's valt. Ook vervoer valt daar nu onder. Sinds 1 juli 2024 is in hoofdstuk 18 van het Bal bepaald dat de emissies van CO₂ moeten worden gemonitord voor zover het onder werkgebonden personenmobiliteit valt.¹⁸ Daaronder valt het woon-werkvervoer en vervoer in het kader van de dienstbetrekking.¹⁹

In het kader van de Wabo is een poging om vervoer van en naar de inrichting te reguleren niet gelukt. Uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 april 2019²⁰ volgde dat een vergunninghouder niet met een omgevingsvergunning voor milieu kan worden verplicht tot het onderzoeken of treffen van maatregelen ter beperking van emissies van het verkeer van en naar de inrichting over het gehele vervoerstraject. De algemene zorgplichtbepaling kon niet als grondslag dienen. De zorgplicht geldt namelijk alleen als er geen voorschriften aan een vergunning kunnen worden verbonden, maar is niet van toepassing als de wet niet toestaat dat er voorschriften voor een bepaald aspect aan de vergunning worden verbonden. De Afdeling bestuursrechtspraak verwijst naar haar vaste jurisprudentie, waarin de gevolgen voor het milieu van het verkeer van en naar

¹⁴ In de toelichting is daaraan voor zover ons bekend geen aandacht besteed.

¹⁵ Kamerstukken II 1989/90, 21 087, nr. 6, p. 48. Zie daarover: V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer. Moet het begrip inrichting worden behouden als aangrijpingspunt van de regulering van hoofdstuk 8 Wet milieubeheer?* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2005 p. 14-15.

¹⁶ Onder oud recht waren bepaalde lozingen vrijgesteld van de (water)vergunningplicht en daarvoor gold maatwerk op grond van het Activiteitenbesluit. Deze lozingen vallen nu wel onder de vergunningplicht.

¹⁷ Daarvoor geldt het overgangsrecht t.a.v. de vergunningen die zijn verleend onder oud recht, zijnde art. 4.13 Invoeringswet Ow.

¹⁸ Zie daarover verder o.a.: J.R. van Angeren & V.M.Y. van 't Lam, 'Omgevingswet en mobiliteit: verduurzaming van woon-werkverkeer en zakelijk verkeer door middel van het Besluit werkgebonden personenmobiliteit', *TO* 2022-2.

¹⁹ Art. 18.11 Bal.

²⁰ ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1260.

de inrichting niet aan de inrichting worden toege-rekend, indien dit verkeer kan worden geacht te zijn opgenomen in het heersende verkeersbeeld. Dit is het geval indien dit verkeer zich door zijn snelheid en rij- en stopgedrag niet onderscheidt van het overige verkeer dat zich op de betrokken weg kan bevinden. Dit geldt voor alle nadelige gevolgen voor het milieu van het verkeer van en naar de inrichting. Dat betekent volgens de Afdeling bestuursrecht-spraak dat de nadelige gevolgen voor het milieu van verkeer van en naar de inrichting slechts over een relatief beperkte afstand aan het in werking zijn van een inrichting kan worden toegerekend.

Onder de Ow is dat uitdrukkelijk anders door hoofdstuk 18 Bal.

Overgangsrecht

Op grond van artikel 4.3 aanhef en onder a Invoeringswet Ow blijft op een vóór 1 januari 2024 ingediende aanvraag het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk vóór het tijdstip van inwerking-treding van de Ow. Deze overweging zien we inmiddels veelvuldig terug in uitspraken.²¹ Voor zover ons bekend is er nog geen rechtspraak die ingaat op de vraag in hoeverre wijzigingen van een aanvraag er toe leiden dat het oude recht niet meer van toepassing is.²² In een aantal uitspraken wordt vastgesteld dat bepaalde (Wabo) vergunningvoor-schriften gelden als vergunningvoorschrift op grond van de Ow.²³

3.3 Een aantal onderwerpen uit het Bal belicht waar in de praktijk aandacht voor bestaat

Vervallen Activiteitenbesluit

Met het inwerkingtreden van de Ow op 1 janu-Mari 2024 is het Activiteitenbesluit komen te vervallen. Het Activiteitenbesluit bevatte heel wat verplichtingen voor inrichtingen die los van vergunningvoorschriften voor de betrokken inrichting golden. Als voorbeeld kan hier worden genoemd het controleregime van artikel 2.8 lid 3 van het Activiteitenbesluit. Dit artikel bepaalde dat als op grond van artikel 2.5 en 2.6 van het Activiteitenbesluit emissiegrenswaarden gelden (bijvoorbeeld voor zeer zorgwekkende stoffen (ZZS)), de emis-sies worden gecontroleerd op grond van een controleregime (zoals bedoeld in tabel 2.8 bij art. 2.8 Activiteitenbesluit).

De emissiegrenswaarden voor de stoffen die in artikel 2.5 en 2.6 Activiteitenbesluit worden ge-noemd zijn met ingang van 1 januari 2024 ook ko-

men te vervallen. Weliswaar bevat paragraaf 5.4.4 van het Bal ook bepalingen over emissies in de lucht, maar op grond van artikel 5.27 onder a Bal geldt die paragraaf niet voor emissies in de lucht vanuit IPPC-installaties voor zover daarvoor BBT-concl-usies zijn vastgesteld. Er zijn gevallen waarbij voor de inwerkingtreding van de Ow die BBT-conclusies er nog niet waren, maar na inwerkingtreding van de Ow wel. Dat betekent dat in die gevallen moet worden teruggevallen op de meetverplichtingen voor emissiegrenswaarden zoals deze in de omgevings-vergunning voor milieu staan. De praktijk laat zien dat in sommige gevallen er geen specifieke meet-verplichtingen in de omgevingsvergunning voor milieu staan, zodat voor het controleregime niet kan worden teruggevallen op de meetmethoden van artikel 5.31 Bal.²⁴ De oplossing die de prak-tijk hier wel voor zoekt is dat het bevoegd gezag door middel van een ambtshalve wijziging van de omgevingsvergunning voor milieu probeert om de meetverplichtingen van het Activiteitenbesluit op te nemen in de omgevingsvergunning.

De specifieke zorgplicht

Naast de kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State over onder andere de vage terminologie²⁵ is er ook in de literatuur kritiek geuit op de specifieke zorgplicht in het Bal.²⁶ Zo moet degene die een MBA verricht en weet of *redelijk-kerwijs* kan vermoeden dat die activiteit nadelige gevolgen kan hebben onder andere: alle *passende* preventieve maatregelen tegen milieuverontreiniging treffen, alle *passende* preventieve maatregelen ter bescherming van de gezondheid treffen, de *beste beschikbare technieken* toepassen en geen *significante* milieuverontreiniging veroorzaken.²⁷ Wat ons be-treft geldt die kritiek eveneens voor de specifieke zorgplicht die in de bruidsschat is opgenomen die sterk lijkt op deze specifieke zorgplicht uit het Bal.²⁸ De bruidsschat zit in het tijdelijk deel van het om-gevingsplan en daarin zijn de regels opgenomen die niet meer op rijksniveau gelden en zodoende door het rijk cadeau zijn gedaan aan de gemeenten, zoals bijvoorbeeld de regels van het Activiteitenbesluit die golden voor supermarkten en horeca. De Afdeling advisering was onder andere kritisch gelet op ter-men als ‘passend’, ‘geschikt’, ‘representatief’, ‘doel-matig’ en ‘redelijkerwijs’. De Afdeling advisering wijst er bijvoorbeeld op dat de regelgeving die met

²⁴ Voor bijvoorbeeld stikstofoxiden geldt op grond van art. 5.31 lid 2 onder a Bal de norm NEN-EN-14/92.

²⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 55-59.

²⁶ Zie o.a. J.K. van de Poel, ‘Zorgplichten voor het milieu onder de Omgevingswet’, *M en R* 2019/72; D.R. Doorenbos, ‘Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving’, *M en R* 2021/106; A. Collignon, ‘Zorgplichten in het omgevingsrecht. Het ontrafelen van een duizenddingdoekje en een aanzet naar een rechtszekerder gebruik’, in: M.H. Ippel e.a., *Zorgplichten in het bestuursrecht* (VAR preadviezen, nr. 170), Den Haag: BJu 2023.

²⁷ Art. 2.11 Bal.

²⁸ O.a. art. 22.44 bruidsschat.

²¹ Rb. Midden-Nederland 3 januari 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:13 en ABRvS 31 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:360.

²² Zie onder oud recht bijv. ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:443, *M en R* 2021/56, m.nt. Collignon.

²³ Bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 8 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:26, *M en R* 2024/32, m.nt. J.H.N. Ypinga & S. Putting.

het vereiste van de 'beste beschikbare technieken' samenhangt complex, omvangrijk en technisch-juridisch van aard is. Daardoor is op voorhand niet duidelijk wat er in de praktijk van een initiatiefnemer op grond van dit onderdeel van de specifieke zorgplicht kan worden gevraagd. Wij delen deze zorg van de Afdeling advisering. Volgens de regering bieden de specifieke zorgplichten bescherming van de fysieke leefomgeving bij nieuwe activiteiten, bij activiteiten die op een andere manier worden verricht dan gebruikelijk en in bijzondere situaties. De inherente ruimte voor invulling van de specifieke zorgplichten biedt flexibiliteit voor degene die de activiteit verricht. En de specifieke zorgplichten maken het mogelijk om het aantal gedetailleerde regels in onder andere het Bal te beperken, aldus de regering.²⁹ Wij verwachten evenwel dat er in het kader van handhaving discussies ontstaan over de vraag wat mag worden verwacht van degene die de activiteit verricht. Een handhavingsskwestie biedt daarvoor doorgaans geen constructieve context.

Op het moment van schrijven van deze bijdrage is er één uitspraak over de specifieke zorgplicht en in het bijzonder artikel 11.27 Bal. De rechtbank Midden-Nederland heeft in haar uitspraak van 13 augustus 2024³⁰ voor het eerst uitgelegd wanneer deze specifieke zorgplicht voor in dit geval flora- en fauna-activiteiten bestuursrechtelijk kan worden gehandhaafd. De rechtbank sluit vanwege de wijze van formulering van artikel 11.27 Bal aan bij jurisprudentie over artikel 1.1a Wm (oud) waaruit volgt dat alleen bij ernstige nadelige gevolgen (strafrechtelijk) gehandhaafd kan worden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat de bedoeling is.³¹ Wel is daarin expliciet bepaald dat handhaving van de specifieke zorgplicht alleen mogelijk is bij 'onmiskbare strijd' daarmee.³² Afgewacht moet worden of het door de rechtbank toegepaste criterium ten aanzien van 'ernstige nadelige gevolgen' ook zal worden gevolgd door andere rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak. Voor toepassing van de onmiskbare strijd is dat ons inziens geen onzekerheid, aangezien dat criterium ook volgens de toelichting moet worden toegepast.

(Potentieel) zeer zorgwekkende stoffen

In paragraaf 5.4.3 van het Bal zijn zeer zorgwekkende stoffen gereguleerd. Wat een zeer zorgwekkende stof is, is gedefinieerd in artikel 5.22a Bal.³³

Paragraaf 5.4.3 Bal geldt alleen voor een in hoofdstuk 3 van het Bal aangewezen MBA als voor die MBA is bepaald dat deze paragraaf van toepassing is verklaard. De minimalisatieverplichting ten aanzien van ZZS is (ook) opgenomen in hoofdstuk 2 van het Bal, namelijk in de specifieke zorgplicht. Rechtspraak moet worden afgewacht of ook stoffen die niet als zodanig kwalificeren (pZZS) kunnen worden gereguleerd als ZZS, onder andere gelet op het voorzorgbeginsel. In eerste aanleg is inmiddels meerdere keren geoordeeld dat dat niet mogelijk is, althans in de bestreden besluiten was de motivering daarvoor niet voldoende.³⁴

Energiebesparing

In paragraaf 5.4.1 van het Bal zijn de voorschriften opgenomen ten aanzien van de verduurzaming van het energieverbruik. Het is verplicht om alle maatregelen *ter verduurzaming* van het energiegebruik met een terugverdientijd van ten hoogste vijf jaar te treffen. Onder dergelijke maatregelen vallen in elk geval: energiebesparende maatregelen, maatregelen voor het jaarlijks produceren van hernieuwbare energie op de locatie waarop de milieubelastende activiteit wordt verricht tot ten hoogste het jaarlijkse energiegebruik van de energiedrager van de milieubelastende activiteit waarvoor jaarlijks hernieuwbare energie geproduceerd wordt en maatregelen voor het vervangen van een energiedrager die leiden tot een lagere emissie van kool dioxide (art. 5.15 Bal).³⁵ Dit is een verruiming ten opzichte van de verplichting in het Activiteitenbesluit die uitsluitend zag op 'energiebesparing'. In de bruidsschat is deze verruiming niet doorgevoerd.³⁶ Wij zijn benieuwd in hoeverre de omgevingsplannen op dit punt worden aangepast. Er is op het moment van schrijven nog geen rechtspraak over de verduurzaming van het energieverbruik in het kader van de Ow.

4. Omgevingsplannen en milieubelastende activiteiten

Wij signaleerden in ons artikel in 2016 dat het gemeentes vrij staat om in hun omgevingsplannen regels ten aanzien van milieubelastende activiteiten op te nemen, als het Bal geen exclusieve regeling daarvoor bevat. Verder bepaalt omgekeerd artikel 8.9 lid 3 Bkl dat bij het verlenen van omgevingsver-

²⁹ Kamerstukken II 2017/18, 34 986, nr. 4, p. 55-59.

³⁰ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 13 augustus 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4910, *M en R* 2024/110, m.nt. A. Collignon, *TBR* 2024/142, m.nt. H.P. Wiersma.

³¹ Zie hierover de annotatie bij deze uitspraak van A. Collignon in *M en R* 2024/110.

³² De rechtbank verwijst naar: *Kamerstukken II* 2016/17, 33 118, nr. 41, p. 28-29 (vraag en antwoord nr. 50) en *Kamerstukken II* 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 77. Zie eveneens: *Stb.* 2021, 22, p. 102.

³³ Deze definitie is toegevoegd bij *Stb.* 2023, 298.

³⁴ Rb. Den Haag 16 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:3302, Rb. Den Haag 9 april 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:6657 en Rb. Den Haag 31 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:17156.

³⁵ Zie hierover K.J. de Graaf, A. Stoetman & H.D. Tolsma, 'Van besparen naar verduurzamen. Actualisatie van de algemene regels over energiegebruik voor milieubelastende activiteiten', *M en R* 2023/39. Zie over de voorloper: V.M.Y. van 't Lam & E.C. van der Maden, 'De informatieplicht en de verplichting tot het treffen van energiebesparende maatregelen uit het Activiteitenbesluit onder de loep', *Bb* 2018/37.

³⁶ O.a. par. 22.3.2 bruidsschat. Overigens gold art. 22.52a bruidsschat tot 1 december 2023.

gunningen voor een milieubelastende activiteit in ieder geval 'rekening moet worden gehouden met het omgevingsplan'. Uit de nota van toelichting bij artikel 8.9 lid 3 Bkl volgt dat 'rekening houden met' voor het bevoegd gezag een motiveringsverplichting inhoudt indien het een omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit verleent waarbij het bevoegd gezag afwijkt van hetgeen in het omgevingsplan is bepaald. Deze afwijking dient deugdelijk gemotiveerd te worden (art. 3:46 Awb) en die motivering moet uitdrukkelijk worden vermeld (art. 3:47 Awb).³⁷

De gemeenteraad van Utrecht heeft dat aangegegrepen om in artikel 20.52 van het omgevingsplan op te nemen dat als milieubelastende activiteit wordt aangewezen het gebruik van een houtkachel en het gebruik van een open haard. In artikel 20.53 heeft de raad algemene regels voor emissiebeperking opgenomen met daarbij bepalingen als *'als brandstof wordt alleen droog, schoon en ongeverfd hout gebruikt'* en *'de schoorsteen wordt ten minste éénmaal per jaar geveegd'*. Op grond van artikel 20.1 van het omgevingsplan is de normadressaat degene die de activiteit verricht, tenzij anders is bepaald.

De gemeente Amersfoort heeft dat weer op een andere manier gedaan. De raad heeft in artikel 22.18 van het omgevingsplan een specifieke zorgplicht opgenomen voor het gebruik van bouwwerken. Dit artikel bepaalt dat degene die een bouwwerk gebruikt en weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat dit gebruik tot gevaar voor de gezondheid of veiligheid kan leiden, verplicht is alle maatregelen te treffen die redelijkerwijs van diegene kunnen worden gevraagd om dat gevaar te voorkomen of niet te laten voortduren. Vervolgens heeft het college van burgemeester en wethouders de 'Beleidsregel zorgplicht bij houtstook Amersfoort' opgesteld.³⁸ Artikel 3 van die beleidsregel bepaalt het volgende: *'Er wordt in ieder geval aan de zorgplichtbepaling zoals opgenomen in artikel 22.18 lid 1 en lid 2 sub a voldaan door de maatregel te treffen om geen hout te stoken tijdens de periode dat code oranje of code rood geldt'*.

Ons spreekt de benadering van de gemeenteraad van Utrecht meer aan: houtstook wordt als een milieubelastende activiteit aangemerkt en het omgevingsplan zelf bevat de regels. Tegen het omgevingsplan staat rechtsbescherming open. Tegen de beleidsregels niet. Bovendien is het maar de vraag in hoeverre open normen in omgevingsplannen zodanig kunnen worden ingevuld door middel van beleidsregels dat hieruit rechtstreeks werkende verbodsbepalingen kunnen volgen. Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over open normen en beleidsregels volgt:

'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 kan daarom niet afhangen van - of veranderen door - de wijze waarop daar in het beleid nadere invulling aan is of wordt gegeven.'³⁹

Deze lijn zal naar verwachting worden voortgezet onder de Ow, omdat deze lijn ook was ingezet bij bestemmingsplannen op grond van de Crisis- en herstelwet die al veel gelijkenis vertoonden met bestemmingsplannen onder de Ow.⁴⁰ Dat betekent dat het in de eerste plaats de vraag is of de zorgplicht zoals deze in de planregel van het omgevingsplan van de gemeente Amersfoort staat niet te globaal is, omdat deze nu heel weinig rechtszekerheid biedt en in feite een groot aantal activiteiten daaronder kan worden geschaard. De beleidsregel kan daarnaast ook exceptief worden getoetst. Of de zorgplicht daadwerkelijk wordt overtreden door hout te stoken staat in het kader van een handhavingsbesluit ter beoordeling en de bestuursrechter kan in het kader van het handhavingsbesluit beoordelen of de beleidsregel in overeenstemming is met het recht. Als een milieubelastende activiteit verboden is in het omgevingsplan, is het daarentegen meteen duidelijk dat bij overtreding van het verbod handhavend kan worden opgetreden. De rechter kan dan ook in het kader van een beroep tegen het bestemmingsplan beoordelen of de betrokken planregel in overeenstemming is met het recht.

Gevolgen overgangsrecht na vernietiging voor artikel 8.9 lid 3 Bkl

Het bepaalde in artikel 8.9 lid 3 Bkl brengt met zich dat de bestemmingsplanwetgever, na vernietiging van een vaststellingsbesluit, bij het opnieuw vaststellen van een bestemmingsplan zich er rekenschap van moet geven dat dit nieuwe bestemmingsplan een omgevingsplan moet zijn, waarbij een nieuwe ruimtelijke afweging moet worden gemaakt aan de hand van het criterium 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties', waarbij dus ook nadrukkelijker naar voren moet komen of er aanleiding is regels te stellen waarmee het bevoegd gezag rekening moet houden indien het een omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit verleent. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft namelijk de lijn ingezet dat indien een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan wordt vernietigd en de gemeenteraad een nieuw besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan moet ne-

³⁹ ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, ro. 6.4.5 (Den Haag).

⁴⁰ ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388 (Belvédère) en ABRvS 27 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4871 ro. 16.1 (Utrecht) waarbij de term 'in de nabijheid van' te rechtsonzeker werd geacht.

³⁷ Stb. 2018, 292, p. 218-219.

³⁸ Gemeenteblad 30 mei 2024, nr. 230022.

men, dit nieuwe vaststellingsbesluit niet meer met toepassing van het overgangsrecht van de Ow kan worden genomen, maar dit nieuwe vaststellingsbesluit met toepassing van de Ow moet worden genomen.⁴¹ De reden daarvoor is dat de Afdeling bestuursrechtspraak artikel 4.6 lid 2 van de Invoeringswet Ow zo interpreteert dat bij het nemen van een nieuw besluit niet meer kan worden teruggeval- len op het voor 1 januari 2024 ter inzage gelegde ontwerpbesluit. Later voegde de Afdeling daar nog aan toe dat niet meer kan worden teruggeval- len op het vóór 1 januari 2024 ter inzage gelegde ontwerpbestemmingsplan, *‘omdat in het ontwerpbe- stemmingsplan geen regels zijn gesteld met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties’*.⁴² Dat betekent in de praktijk dus een omgevingsplan als bedoeld in artikel 4.1 lid 1 Ow. Anders is het als de Afdeling bestuursrechtspraak de gemeenteraad de gelegenheid geeft om een gebrek te herstellen na een tussenuitspraak als bedoeld in artikel 8:51a Awb, dan wel zelf het gebrek herstelt waarna sprake is van een besluit als bedoeld in artikel 6:19 Awb.⁴³ De reden daarvoor is dat uit artikel 4.6 lid 3 van de Invoeringswet Ow volgt dat het oude recht van toepassing blijft op een beroep tegen het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan tot dit be- sluit onherroepelijk is. Het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak komt ons juist voor. Op het moment dat een besluit tot vaststelling van het be- stemmingsplan is vernietigd, geldt uiteraard artikel 4.6 lid 3 Ow niet meer omdat het bestemmings- plan dan niet onherroepelijk is geworden, zodat een nieuw vaststellingsbesluit onder de werking van de Ow moet worden vastgesteld.

Verskil in formulering (actievare beoordeling bevoegd gezag)

In zijn uitspraak van 29 oktober 2024 leidt de voor- zieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant uit het verschil in formulering tussen artikel 2.12 lid 1 onder a sub 3 Wabo (hierna: de A3-vergun- ning) en artikel 8.0b lid 2 Bkl af dat het bestuursor- gaan bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsactiviteit (hierna: de bopa) een actievare beoordeling moet doen dan voorheen onder de Wabo.⁴⁴

Het verschil zit hem hierin dat bij een A3-vergun- ning het bestuursorgaan de vergunning slechts kan verlenen als de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening, terwijl voor een bopa geldt dat de omgevingsvergunning wordt gewei-

gerd als een omgevingsplanactiviteit zou leiden tot een situatie die niet is toegelaten op grond van een regel als bedoeld in artikel 8.0b lid 1 Bkl.

Zonder uitdrukkelijke toelichting van de wetgever of er verschil is beoogd tussen *‘kan slechts ver- lenen’* en *‘wordt geweigerd’* zien wij niet in waarom met de beoordeling *‘wordt geweigerd’* een actievere beoordeling wordt gevraagd van het bestuursor- gaan. Op het eerste gezicht achten wij dat ook niet in overeenstemming met de doelstellingen van de Ow, waar juist met het adagium ‘eenvoudiger, be- ter’ en een ‘paradigmawisseling’ beoogd is een ze- kere verspoeling aan te brengen ten opzichte van het regime van de Wro en de Wabo. Nog daarge- laten dat ook de voorzieningenrechter in zijn uit- spraak niet duidelijk maakt wat precies onder een ‘actievare beoordeling’ moet worden verstaan. Voor zover de voorzieningenrechter wil benadrukken dat uit artikel 5.129b Bkl (ladder duurzame ver- stedelijking) volgt dat het bestuursorgaan voordat hij een vergunning verleent moet onderzoeken of er behoefte bestaat aan die ontwikkeling, volgt dat al uit artikel 5.129b Bkl (in combinatie met art. 3:2 Awb) zelf. Dit staat los van een eventuele actievere beoordeling. Wij denken ook niet dat het criterium ‘actievare beoordeling’ in de praktijk werkbaar is omdat onduidelijk is wat daaronder moet worden verstaan.⁴⁵

Toepassing ETFAL bij gebruik van binnenplanse afwijkingsbevoegdheid

Op grond van artikel 2.12 lid 1 onder a sub 1 Wabo kon een omgevingsvergunning worden verleend indien het bestemmingsplan uitdrukkelijk bepaalt dat van het bestemmingsplan kan worden afgewe- ken (hierna: de A1-vergunning). Uit artikel 2.12 lid 1 Wabo volgde dat die vergunning slechts kan worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening. In een uit- spraak van 13 november 2024⁴⁶ heeft de Afdeling bestuursrechtspraak verduidelijkt hoe het systeem van A1-vergunningen werkt onder de Ow, terwijl de afwijkingen nog staan in het bestemmingsplan en de Ow het systeem van de binnenplanse afwij- kingsbevoegdheid niet meer uitdrukkelijk kent.

Artikel 22.280 van de bruidsschat bepaalt dat een A1-vergunningsmogelijkheid moet worden ge- lezen als een verbod om de activiteit te verrichten zonder vergunning, waarbij artikel 22.281 van de bruidsschat bepaalt dat als een omgevingsplan be- paalt dat een A1-vergunning moet worden verleend als het bestemmingsplan dat bepaalt, deze verplich- ting wordt gelezen als een bevoegdheid. Met an- dere woorden: alle A1-vergunningen die verplicht

⁴¹ ABRvS 27 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1174, ro. 21-22 (Tilburg).

⁴² ABRvS 12 juni 2024, ECLI:NL:RVS:2024:2409, ro. 6 (Tijtsjerksterad- iel), ABRvS 13 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3600, ro. 9 (Arm- stelveen) en ECLI:NL:RVS:2024:4599, ro. 22 (Schouwen-Duiveland).

⁴³ ABRvS 2 oktober 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3943, ro. 2 (Nieuwe- gein).

⁴⁴ Rb. Oost-Brabant (vzr.) 29 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024: 5114, ro. 9.6.

⁴⁵ Zie hierover ook de bijdrage van A.G.A. Nijmeijer elders in dit themanummer.

⁴⁶ ABRvS 13 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4624.

zouden moeten worden verleend zonder nader beoordelingsmoment, kunnen niet zonder meer worden verleend na 1 januari 2024 omdat alsnog een beoordeling moet plaatsvinden. Omdat artikel 2.12 lid 1 Wabo niet meer geldt, rijst de vraag welk criterium moet worden gehanteerd.

De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt in de uitspraak van 13 november 2024 dat het criterium een 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (ETFAL) is, als 'vervanger' van het criterium 'een goede ruimtelijke ordening'.⁴⁷ De Afdeling bestuursrechtspraak verwijst naar artikel 22.281 van de bruidsschat die op grond van de artikelen 22.1 onder c en 22.2 lid 1 Ow per 1 januari 2024 van rechtswege deel uitmaakt van alle omgevingsplannen in Nederland. Zij leidt daaruit af dat het feit dat bij een A1-vergunning die vergunning slechts kan worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening niet is gewijzigd, 'met dien verstande dat sprake moet zijn van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties'. De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelt dat met de invoering van artikel 22.281 van de bruidsschat de wetgever heeft willen ondervangen dat vanwege artikel 8.0a lid 1 van het Bkl per 1 januari 2024 geen mogelijkheid meer bestaat om de omgevingsvergunning voor een activiteit die voldoet aan de binnenplanse beoordelingsregels uit het tijdelijk deel van een omgevingsplan op andere gronden te kunnen weigeren. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Invoeringsbesluit Ow⁴⁸ volgt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dat de wetgever met de invoering van deze overgangsrechtelijke regeling een neutrale overgang naar het nieuwe stelsel heeft willen borgen.

Wij vinden deze redenering goed te volgen, alhoewel wij betwijfelen of deze zo nadrukkelijk uit de wetgeschiedenis kan worden afgeleid. Vandaar dat de Afdeling bestuursrechtspraak terugrijpt op het begrip 'neutrale overgang'. Gelet op dit begrip verwachten wij overigens niet dat de Afdeling bestuursrechtspraak de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant zal volgen in zijn standpunt dat uit het verschil van bewoordingen bij de verlening een A3-vergunning en een bopa moet worden afgeleid dat het bestuursorgaan een actievare beoordeling heeft bij de verlening van een bopa dan bij de verlening van een (voorheen) A3-vergunning.

Verschil ETFAL en goede ruimtelijke ordening?

De vraag is of het ETFAL-criterium iets anders inhoudt dan 'een goede ruimtelijke ordening'.⁴⁹

⁴⁷ ABRvS 13 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4624, ro. 14 (Purmerend).

⁴⁸ Stb. 2020, 400, p. 936.

⁴⁹ Zie hierover ook de bijdrage van A. Franken van Bloemendaal en H. Koolen elders in dit themanummer.

De eerste uitspraken laten op dit punt nog geen duidelijk beeld zien. De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland oordeelde in een uitspraak van 22 april 2024 dat sociale veiligheid (mogelijke overlast van een noodopvanglocatie voor asielzoekers in de openbare ruimte) een ruimtelijk belang is dat op grond van het criterium 'goede ruimtelijke ordening' moet worden meegewogen.⁵⁰ De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft in een uitspraak van 15 oktober 2024 geoordeeld dat sociale veiligheid en (de te verwachten) overlast aspecten zijn die het college bij de beoordeling of er sprake is van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties moet betrekken bij zijn besluitvorming om een bopa te verlenen voor het gebruik van een gebouw voor het huisvesten van veertien alleenstaande minderjarige vreemdelingen.⁵¹

In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant werd een ruimtelijke onderbouwing behorend bij een bopa in het kader van het ETFAL-criterium getoetst aan de bij de goede ruimtelijke ordening gebruikelijke ruimtelijke aspecten als het nationale, provinciale en plaatselijke beleidskader en diverse aspecten van de fysieke leefomgeving, waaronder geluid, trillingen, geur, bodem, verkeer, parkeren, water, natuurwaarden en luchtkwaliteit. De vaste overweging die daarbij wordt gehanteerd is:

'Het college komt bij de beslissing om al dan niet toepassing te geven aan de hem toegekende bevoegdheid om in afwijking van het omgevingsplan een omgevingsvergunning te verlenen, beleidsruimte toe en het moet de betrokken belangen afwegen. De bestuursrechter oordeelt niet zelf of verlening van de omgevingsvergunning in overeenstemming is met een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. De bestuursrechter beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of het besluit in overeenstemming is met het recht. Daarbij kan aan de orde komen of de nadelige gevolgen van het besluit onevenredig zijn in verhouding tot de met de verlening van de omgevingsvergunning te dienen doelen'.⁵²

Daar waar nu ETFAL staat had ook gewoon kunnen staan 'een goede ruimtelijke ordening'. Kortom: wij betwijfelen of het ETFAL-criterium echt een andere invulling zal krijgen dan een goede ruimtelijke ordening. Wij zien voornamelijk in de rechtspraak geen verschil.

⁵⁰ Rb. Gelderland (vzr.) 22 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2354, ro. 21-22, waarbij de rechtbank verwijst naar ABRvS 13 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7058, ro. 2.6.1, waar het bij sociale veiligheid overigens meer gaat om verkeersveiligheid.

⁵¹ Rb. Rotterdam (vzr.) 15 oktober 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:10701, ro. 9 en Rb. Gelderland (vzr.) 11 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2126, ro. 14.

⁵² Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 21 augustus 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:5780, ro. 7.6.

Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland houdt het ETFAL-criterium in elk geval geen verbod in om een bopa herhaald te verlenen. De voorzieningenrechter oordeelde namelijk dat de Ow niet in de weg staat aan het herhaald toepassen van de bevoegdheid om een omgevingsvergunning te verlenen voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit op dezelfde locatie, maar dat het ETFAL-criterium wel met zich brengt dat als vaker een activiteit plaatsvindt, er hogere eisen worden gesteld aan de belangenafweging.⁵³

5. Afronding

Op het moment van schrijven van deze bijdrage is er weinig rechtspraak over de wijziging van inrichting naar MBA en over milieu in het omgevingsplan. Dat is enerzijds logisch aangezien dergelijke besluiten in de praktijk veelal veel meer tijd in

beslag nemen dan de 26 weken die daar voor staan. Anderzijds zullen in aanloop naar de inwerkingtreding van de Ow vermoedelijk veel omgevingsvergunningen voor milieu zijn verleend of gewijzigd en veel bestemmingsplannen zijn gewijzigd, waardoor er nog veel besluiten onder het oude recht vallen en er de komende periode nog veel rechtspraak wordt gewezen onder oud recht. Hoewel het de bedoeling van de wetgever was om veelal de oude regelgeving beleidsneutraal om te zetten, zien wij soms toch inhoudelijke wijzigingen. Zo verwachten wij voor de MBA dat in rechtspraak de vraag aan de orde zal zijn wat nu wel en wat nu niet bij de MBA hoort en daarbij verwachten wij dat dat inhoudelijk zal verschillen van dat wat tot de inrichting behoorde. Voor de overgang naar het Bal zijn er mogelijk ook onbedoeld verschillen ten opzichte van het Activiteitenbesluit, zoals controleverplichtingen die (nog) niet gelden. ●

⁵³ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 21 augustus 2024, ECLI:NL:RBME:2024:5097, ro. 5.1 en Rb. Midden-Nederland (vzr.) 2 september 2024, ECLI:NL:RBME:2024:5244, ro. 5.1.