

Evenredigheid 2.0 in de Omgevingswet

Het omgevingsplan en de omgevingsvergunning in het licht van het evenredigheidsbeginsel

– Prof. mr. K.J. de Graaf en prof. mr. H.D. Tolsma¹

1. Inleiding

In deze bijdrage staat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het omgevingsrecht centraal. Dit beginsel houdt in dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb). In het bestuursrecht is het beginsel en de toetsing van besluitvorming daaraan al een aantal jaren volop in beweging. Inmiddels hebben de hoogste bestuursrechters in verschillende belangwekkende grote kamer-uitspraken, voorafgegaan door conclusies van verschillende advocaten-generaal, een oordeel gegeven over de wijze waarop de (exceptieve) beoordeling van besluiten aan het evenredigheidsbeginsel moet plaatsvinden bij de uitoefening van verschillende soorten bevoegdheden. Ook beoogt een onderdeel van het consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie van de Awb van 1 februari 2024 een verdere verruiming van het toepassingsbereik van het evenredigheidsbeginsel, zodat de toets aan dat beginsel een veiligheidsventiel kan bieden bij hardheden in de wet.

Met name ontwikkelingen in het sociaal domein, naar aanleiding van het kinderopvangtoeslagenschandaal, zijn een vliegwiel geweest voor de evolutie van het evenredigheidsbeginsel in het algemeen bestuursrecht. Men spreekt wel van evenredigheid 2.0. De vraag is wat de effecten zijn van de richtinggevende uitspraken en de door de regering voorgestelde wijzigingen voor andere bijzondere delen van het bestuursrecht. Wat zijn gevolgen van de ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel voor het om-

gevingsrecht? De inwerkingtreding van de Omgevingswet vormt reden temeer om deze vraag in dit artikel centraal te stellen. Wij spitsen onze analyse toe op de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het omgevingsplan en de omgevingsvergunning.² Het betreft twee belangrijke kerninstrumenten uit de Omgevingswet waarbij volop (nieuwe) evenredigheidsvraagstukken spelen. Voor zowel het omgevingsplan als de omgevingsvergunning introduceert de wet nieuwe – soms veel bredere – beoordelingskaders voor het bestuur. Uitoefening van die nieuwe bevoegdheden dient evenredig te zijn. Zo draait de centrale beoordelingsnorm bij het omgevingsplan en de vergunning voor de buitenplanse omgevingsplanactiviteit om ‘de evenwichtige toedeling van functies aan locaties’. In het omgevingsplan kan die opdracht leiden tot de introductie van zeer verschillende soorten regels, waarbij het evenredigheidsbeginsel soms meer en soms minder pregnant op de voorgrond treedt. Het doel van deze bijdrage is om op basis van literatuur en jurisprudentie (gevormd onder oud recht) relevante elementen te verkennen en ook mogelijke spanning met andere algemene bestuursrechtelijke leerstukken te signaleren, zoals de beginselen van rechtszekerheid en specialiteit.

Om de centrale vraag te beantwoorden geven we eerst een overzicht van de huidige stand van zaken van de ontwikkelingen rond evenredigheid in het algemeen bestuursrecht (par. 2). Daarna gaan we in op het omgevingsplan en de omgevingsvergunning. Aan de orde komt onder meer de rol van het evenredigheidsbeginsel bij het vaststellen en toetsen van een omgevingsplan (par. 3) en de

¹ Kars de Graaf en Hanna Tolsma zijn respectievelijk als hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid en hoogleraar Besluitvorming en rechtsbescherming in het omgevingsrecht verbonden aan de Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde (SBB) van de Rijksuniversiteit Groningen.

² Handhaving laten wij in deze bijdrage buiten beschouwing. Zie daarover recent S. Smit, ‘Evenredigheid en het streven naar maatwerk bij handhaving. Het betrekken van tijdsverloop en verjaring bij handhavend optreden in het omgevingsrecht’, *TBR* 2024/28. Zie ook M. Feenstra, ‘De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties. Praktische handvatten voor bestuursorganen n.a.v. de 2 februari 2022 uitspraken’, *NTB* 2022/345.

omgevingsvergunning (par. 4) en de rechterlijke toetsing daarvan. Vervolgens verkennen we of evenredigheid 2.0 vaker zou moeten leiden tot het afwijken van gebonden bevoegdheden (par. 5) en of het leidt tot meer bemiddelend bestuur in meerpartijenverhoudingen (par. 6). We sluiten deze bijdrage af met een conclusie (par. 7).

2. Ontwikkeling evenredigheid in het algemeen bestuursrecht

In deze paragraaf geven we eerst aan de hand van drie richtinggevende uitspraken een overzicht van het huidige beoordelingskader van het evenredigheidsbeginsel (par. 2.1). Vervolgens geven we op basis van algemene bestuursrechtelijke literatuur beknopt een beeld van de effecten van het gewijzigde beoordelingskader voor de praktijk (par. 2.2). En tot slot behandelen we de door de regering voorgestelde wijziging voor verruiming van de evenredigheidstoets in het consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb (par. 2.3).

2.1 Beoordelingskader voor evenredigheid: drie richtinggevende uitspraken

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de *Hardevijk*-uitspraak van 2 februari 2022 het evenredigheidsbeginsel uitgewerkt voor situaties waarin de uitgeoefende bevoegdheid berust op een discretionaire bevoegdheid, al dan niet ingevuld met beleidsregels.³ In aansluiting op de Unierechtelijke evenredigheidstoets worden bij de toepassing van en de toetsing aan art. 3:4 lid 2 Awb drie stappen onderscheiden:

- geschiktheid (is het besluit geschikt om het doel te bereiken?);
- noodzakelijkheid (is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken?); en;
- evenwichtigheid ofwel evenredigheid *stricto sensu*/in strikte zin (is de beslissing in de gegeven omstandigheden niet onevenredig bezwaarlijk voor belanghebbenden?).

De Afdeling benadrukt dat deze drie stappen niet noodzakelijkerwijs bij elk bestreden besluit categorisch moeten worden genomen. De rechterlijke toets aan evenredigheid vindt plaats naar aanleiding van aangevoerde beroepsgronden. Voor de toetsingsintensiteit geldt dat er expliciet afstand wordt genomen van de zogenoemde *Maxis/Praxis*-jurisprudentielijn van (zeer) marginale toetsing en het idee dat er maar twee smaken zijn: 'vol' of 'terughoudend'.⁴ Toetsingsintensiteit is afhankelijk van verschillende factoren. De rechter beschikt nog steeds over de opties 'vol' en 'terughoudend', maar ook over alle varianten daartussenin. De toetsingsintensiteit is een glijdende schaal. Voor het bepalen

daarvan zijn verschillende oriëntatiepunten van belang, zoals de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen, de mate van ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het besluit fundamentele rechten van belanghebbenden aantast.

In de *1-maart*-uitspraak van 2023 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een oordeel gegeven over de toepassing van evenredigheid bij gebonden bevoegdheden op grond van een wet in formele zin.⁵ Omdat beleidsruimte voor het bestuur ontbreekt, is er geen ruimte voor de rechter om het genomen besluit te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb. Ook ziet de Afdeling geen ruimte om de uitkomst van de wettelijke regel te toetsen aan het ongeschreven evenredigheidsbeginsel. Hierbij gaat zij uit van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet en de rechtspraak over de reikwijdte ervan. Uit het *Harmonisatiewet*-arrest volgt onder meer dat de rechter een wet in formele zin niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel.⁶ De huidige uitleg van het toetsingsverbod biedt de rechter echter wel ruimte om in bepaalde gevallen een wetsbepaling buiten toepassing te laten. Daar is aanleiding voor als de toepassing van de bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, zoals het evenredigheidsbeginsel. In een dergelijk geval zou het evenredigheidsbeginsel in een concreet geval *contra legem* werken.

In een uitspraak van 26 maart 2024 maakt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) duidelijk dat de toepassing van een gebonden bevoegdheid die is neergelegd in een algemeen verbindend voorschrift in bestuurswetgeving kan worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel.⁷ Bij een gebonden bevoegdheid beschikt het bestuur niet over beleidsruimte, maar volgt uit de bevoegdheidsvoorwaarden (of 'toepassingsvoorwaarden') in de wet of de bevoegdheid wel of niet wordt uitgeoefend. De belangenafweging heeft in algemene zin plaatsgevonden op het niveau van het algemeen verbindende voorschrift. Hoewel daarmee in beginsel de evenredigheid van het besluit is gegeven, kunnen er toch bijzondere omstandigheden zijn die maken dat het besluit niet evenredig is. Beoordeeld moet worden of in een concreet geval de toepassing van de in een - niet tot een formele wet behorende - algemene regel neergelegde gebonden bevoegdheid, voor een of meer belanghebbenden zozeer in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel dat die toepassing achterwege moet blijven. Anders dan bij wetgeving in formele zin, geldt hierbij niet de bovengenoemde verdisconteringsbeperking. Anders dan bij discreti-

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

4 ABRvS 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

5 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

6 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

7 CBB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190.

onaire bevoegdheden is in beginsel de geschiktheid en de noodzakelijkheid van het appellabele besluit gegeven en zal een bestuursrechter enkel de evenwichtigheid van dat besluit beoordelen (de evenredigheid *stricto sensu*). Verder werkt het CBb in deze uitspraak ook de eerdere rechtspraak over exceptieve toetsing van bestuurswetgeving nader uit (via art. 3:1 lid 1 aanhef en onder a jo. art. 3:4 lid 2 Awb is het evenredigheidsbeginsel van toepassing, 'voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet'). Bij de exceptieve toetsing kan de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid van het voorschrift als zodanig aan de orde komen, waarbij eveneens geldt dat deze drietrapstoets niet categorisch hoeft te worden uitgevoerd. Tot slot wordt benadrukt dat de bestuursrechter aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden moet bepalen of deze om rechtstreekse of exceptieve toetsing vraagt.

2.2 Beoordeling van de ontwikkelingen in de literatuur

Wat zijn de effecten van het gewijzigde beoordelingskader van het evenredigheidsbeginsel voor de praktijk? De analyses naar aanleiding van de introductie van de *Harderwijk*-jurisprudentie in de bestuursrechtelijke literatuur wijzen vooral op de gevolgen voor het bestuurlijke besluitvormingsrecht. In de literatuur is men het er wel over eens dat de drietrapstoets 'geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid' vraagt om meer aandacht van het bestuur voor de belangen van de burger en de omstandigheden van het geval in het kader van de zorgvuldige voorbereiding en motivering.⁸ Dit draagt bij aan de kwaliteit van de besluitvorming, het hanteren van de menselijke maat en aan betere rechtsbescherming.⁹ Ook signaleert men in de rechtspraak een beweging richting meer evenredige uitkomsten.¹⁰ Tegelijkertijd wordt benadrukt dat het te vroeg is om in algemene zin conclusies te trekken en harde uitspraken te doen over de vraag of de nieuwe benadering in bepaalde bijzondere delen van het bestuursrecht meer impact heeft dan in andere.¹¹

In algemene zin wordt gesignaleerd dat bij meerpartijengeschillen - waarvan in het omgevingsrecht veelal sprake is - het honoreren van een beroep op het evenredigheidsbeginsel naar aanleiding van een beroep van een belanghebbende in veel gevallen een aantasting van het belang van een ander betekent. In het omgevingsrecht kunnen complexe belangenafwegingen aan de orde zijn, waarbij de belangen van een initiatiefnemer van een activiteit moeten worden afgewogen tegen de algemene belangen die de geldende regels beogen te behartigen en de nadelen die derde-belanghebbenden kunnen ondervinden van een besluit. Dit zou kunnen betekenen dat in de praktijk bij de toepassing van het evenredigheidsbeginsel verschil kan ontstaan tussen enerzijds tweepartijen- en anderzijds meerpartijengeschillen.¹²

2.3 Consultatievoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb

Op 1 februari 2024 is het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb in consultatie gebracht.¹³ Een onderdeel voorziet in verruimde toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Om toetsing mogelijk te maken bij gebonden bevoegdheden in wetgeving in formele zin, is het voorstel om aan de wettekst van art. 3:4 lid 2 Awb een zin toe te voegen: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, ook indien het eerste lid de af te wegen belangen beperkt'. De bepaling maakte ook al onderdeel uit van de vorig jaar verschenen preconsultatieversie van het wetsvoorstel en heeft in de literatuur veel reacties opgeroepen.¹⁴ Enerzijds wordt de wijziging gezien als een relatief eenvoudige manier om de huidige lacune in de rechtsbescherming op te lossen in gevallen waarin de wet hardvochtig uitpakt. Anderzijds zijn er de nodige vraagtekens te zetten in relatie tot art. 120 Grondwet en lijkt een grondwetswijziging noodzakelijk om het rechtsbeschermingsgat daadwerkelijk te dichten. Lastig is ook te overzien wat de praktische gevolgen zijn voor de verschillende bijzondere delen van het bestuursrecht, zoals het omgevingsrecht. In het vervolg van deze bijdrage behandelen we een aantal concrete vragen die kunnen spelen.

⁸ Zie o.a. H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *ArsAequi* 2022, p. 755-765; R.J.N. Schlössels, 'De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon? Van Doetinchem via Venlo naar Harderwijk', *JBplus* 2022/3; C.M.M. van Mil, 'De nieuwe evenredigheidstoets: naar een evenredige doel-middelverhouding', *BR* 2022/33. Zie ook E. Adriaanse, 'Hoe anders wordt het bestuursrecht na de 2/2/22-uitspraken over het evenredigheidsbeginsel? Verslag van de digitale studiemiddag van de VAR op 18 februari 2022', *NTB* 2022/114, par. 6.

⁹ J.L. Verbeek, 'Op weg met evenredigheid', *JBplus* 2023/11.

¹⁰ T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Evenredigheidstoetsing van overheidshandelen: de winst- en verliesrekening per 2023', *NTB* 2023/316, p. 469; R.J.N. Schlössels, 'Het evenredigheidslabrynt', *NTB* 2023/245; L.J.A. Damen, 'Waat er na het kinderopvangtoeslagen-schandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', *ArsAequi* 2022, p. 627-643.

¹¹ Barkhuysen & Van Emmerik, *NTB* 2023/316, p. 469-470.

¹² Barkhuysen & Van Emmerik, *NTB* 2023/316, p. 472; Verbeek, *JBplus* 2023/11.

¹³ De consultatieperiode loopt tot 31 juli 2024 (<www.internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/b1>).

¹⁴ Zie o.a. (de literatuurverwijzingen) in de bespreking van het onderdeel in: A.T. Marseille e.a., 'Kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb', *NJB* 2023/819, par. 4. En A.T. Marseille, 'Addendum bij de kleine Gids voor het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie', *NJB* 2024/867, par. 3.

3. Evenredigheid en de regels van het omgevingsplan

Eén van de wijzigingen die de Omgevingswet voor het omgevingsrecht met zich brengt, is de introductie van het omgevingsplan. Dat plan biedt een integrale regeling op het terrein van de fysieke leefomgeving waarin algemene - de burger bindende - regels zijn opgenomen over activiteiten met mogelijk gevolgen voor de fysieke leefomgeving. In de afgelopen jaren is aandacht gevraagd voor de verhouding tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de regels (met open normen) in het (toekomstige) omgevingsplan¹⁵, maar was in de literatuur zeker ook het evenredigheidsbeginsel aan de orde. Natuurlijk is in algemene zin relevant te analyseren op welke wijze het evenredigheidsbeginsel een rol speelt bij het vaststellen en toetsen van de regels in het omgevingsplan (par. 3.1). Het idee dat het omgevingsplan - anders dan het bestemmingsplan onder de Wro - niet als uitgangspunt toelatingsplanologie, maar uitnodigingsplanologie heeft en de notie dat het omgevingsplan - meer dan het bestemmingsplan onder de Wro - gebruikt moet kunnen worden om transitie te faciliteren en zo mogelijk zelfs af te dwingen,¹⁶ vragen om aandacht in het licht van het evenredigheidsbeginsel. Zo lijkt evenredigheid meer op de voorgrond te treden als het omgevingsplan bestaand gebruik beperkt (par. 3.2). Tot de verbeelding spreekt ook de bevoegdheid van de gemeenteraad om in het omgevingsplan onvoorwaardelijke oftewel positieve verplichtingen (geboden) op te nemen (par. 3.3).

3.1 Evenwichtige toedeling van functies aan locaties

Elke gemeente in Nederland beschikt sinds 1 januari 2024 over één gebiedsdekkend omgevingsplan (art. 2.4 Ow). Met het oog op de doelen van de wet kunnen in het omgevingsplan regels worden gesteld over activiteiten die (mogelijk) gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving. In elk geval dient het plan regels te bevatten die nodig zijn met het oog op een *evenwichtige toedeling van functies aan locaties*. De Omgevingswet kent een ruime discretionaire bevoegdheid toe aan de gemeenteraad om met behulp van verschillende soorten regels (algemene regels, meldings- of vergunningsplichten, zorgplichten, ge- en verboden etc.) in het omgevingsplan tot een evenwichtige toedeling van functies aan locaties te komen. De tekst in de wet in formele zin dwingt de gemeenteraad

daartoe, maar biedt veel beleidsruimte bij de vraag op welke wijze dat moet plaatsvinden. De raad moet derhalve zorgvuldig de betrokken belangen inventariseren en afwegen en moet daarbij eventuele instructieregels van Rijk en provincies volgen. Aansluiting zoekend bij de toetsing van bestemmingsplannen onder de Wro, is te voorspellen dat de Afdeling bestuursrechtspraak in geschillen over omgevingsplannen niet zelf zal oordelen of het plan in overeenstemming is met een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Aan de hand van de beroepsgronden zal de bestuursrechter oordelen of het besluit tot wijziging van het omgevingsplan in overeenstemming is met het recht. Daarbij kan - mede op grond van het evenredigheidsbeginsel - aan de orde komen of de nadelige gevolgen van het plan onevenredig zijn in verhouding tot de met het plan te dienen doelen.

Het zal geen verbazing wekken dat het drietrapsmodel van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel eveneens geldt bij besluitvorming in het omgevingsrecht in het algemeen, bij het vaststellen van de regels in het omgevingsplan en bij de daaropvolgende toetsing daarvan door de bestuursrechter.¹⁷ De vraag of een bepaalde regel van het omgevingsplan geschikt, noodzakelijk en evenwichtig is, kan aan de orde komen in het directe beroep tegen een omgevingsplan. Het is onze inschatting - mede geleit op de recente uitspraak van het CBB¹⁸ - dat in elk geval bij het vaststellen van algemene regels alle drie de stappen van de evenredigheidstoetsing aan de orde kunnen zijn. Hoge eisen zullen worden gesteld aan de zorgvuldige inventarisatie van relevante feiten, omstandigheden en belangen en aan de motivering van de op basis daarvan gemaakte keuzes voor een bepaalde (soort) omgevingsplanregel en de inhoud daarvan. Hoewel de Omgevingswetgever de gemeenteraad met het omgevingsplan een bevoegdheid toekent met een zeer brede reikwijdte, neemt dat niet weg dat het specialiteitsbeginsel (o.g.v. art. 4.1 en 4.2, maar ook art. 2.1 en 1.3 Ow) een structurerende werking heeft voor de vereiste belangenafweging in het kader van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties.¹⁹ In dat verband wordt ook wel verondersteld dat de systematiek van de beleidscyclus van de Omgevingswet het bevoegd gezag behulpzaam kan zijn om op systematische en transparante wijze invulling te geven aan de verhouding tussen de regels in het omge-

¹⁵ Zie F.A.G. Groothuijs & R. Kegel, *Het omgevingsplan, integraal of marginaal?* (VBR-reeks nr. 45), Den Haag: IBR 2017. Zie over open normen ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388; ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2649; J. van der Velde, 'Open normen in ruimtelijke regels. Is het omgevingsplan een nieuwe fase in een neverending story?', *TO* 2022-1, p. 13 e.v. Zie over het evidentiecritereium ABRvS 6 september 2024, ECLI:NL:RVS:2023:3380.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2012/14, 33 962, nr. 3, p. 55, 203 (uitnodigingsplanologie) en 140-142 (gebodsbepalingen).

¹⁷ Zie bijv. ABRvS 13 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1063, ro. 8.4-8.5. Zie ook A.G.A. Nijmeijer, 'Een eigen omgevingsrechtelijke cultuur', in: H. Peters, S. Hillegers & A.G.A. Nijmeijer (red.), *Keynotes* (Schlüssels-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 45-62.

¹⁸ CBB 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190.

¹⁹ Zie ook NvT Omgevingsbesluit, *Stb.* 2018, 290, p. 106.

vingsplan en het doel dat daarmee wordt beoogd.²⁰ Aangenomen wordt dan dat beleidsdocumenten en de daarin neergelegde (belangen)afwegingen, door de gemeenteraad gebruikt kunnen worden om de rechter ervan te overtuigen dat aan het evenredigheidsbeginsel wordt voldaan.

Gedacht zou kunnen worden dat bij de opdracht om *evenwichtig* functies toe te delen aan locaties enkel hoeft te worden gekeken naar de derde trede van de evenredigheidstoets (evenwichtigheid). Dat lijkt ons niet direct te rechtvaardigen.²¹ Er is wel een andere notie die maakt dat het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb relatief weinig expliciet figureert in de jurisprudentie over bestemmingsplannen. De onder het oude recht geldende norm 'goede ruimtelijke ordening' en de nieuwe norm 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' impliceren tot op zekere hoogte dat proportionaliteit deel uitmaakt van de norm. Is de conclusie dat geen sprake is van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties in het omgevingsplan, dan ligt voor de hand om - met Kegge²² - te concluderen dat strijd bestaat met de in art. 4.2 Ow aan de gemeenteraad gegeven opdracht. Evenredigheid is - althans (grooten)deels - ingebakken in de sectorale norm. Daarover merkt Karens overigens terecht op dat uit de toelichting enigszins onduidelijk blijft in hoeverre 'die evenwichtigheid ook ziet op het evenwicht ten opzichte van particuliere belangen'.²³ En juist op dat evenwicht lijken veel van de recente ontwikkelingen rondom art. 3:4 lid 2 Awb gericht.

Bij het opstellen van de regels van het omgevingsplan is voorgeschreven dat de gemeenteraad instructieregels in acht neemt. De regering heeft in hoofdstuk 5 van het Bkl voor een aantal aspecten instructieregels gesteld die voor de gemeenteraad een grote mate van beleidsruimte laten bij het implementeren daarvan. Gedacht moet worden aan onder meer regels over de aanvaardbaarheid van trillingen, geur, geluid, luchtkwaliteit en externe veiligheid, die allen deel uitmaken van het zogenoemde mengpaneel. Implementatie van de instructieregels in het omgevingsplan met gebruikmaking van de veelal in de instructieregels gelegen bestuurlijke beleidsruimte, dient te voldoen aan de eerder genoemde norm in art. 4.2 Ow. En ook aan het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb.

Relevant in dat perspectief lijkt dat de gemeenteraad bevoegd is om - indien gewenst en gerechtvaardigd - hogere waarden op te nemen dan de grenswaarden. Dat kan bijvoorbeeld ten aanzien van trillingen bij zwaarwegende economische belangen of zwaarwegende andere maatschappelijke belangen op grond van art. 5.89 Bkl. Vanwege de zware motiveringsplicht zal van die bevoegdheid niet snel gebruik worden gemaakt. De toelichting op het Bkl formuleert vijf vragen die langsgelopen moeten worden bij het afwijken van het beschermingsniveau. Hierin is duidelijk de drietrapstoets te herkennen.²⁴ Naar ons oordeel is daarom afwijken op grond van art. 3:4 lid 2 Awb van de in het Bkl opgenomen norm, waarvan afwijking mogelijk is op grond van het Bkl zelf, niet aan de orde.

Het evenredigheidsbeginsel treedt meer op de voorgrond in die gevallen waarin de regels van het plan ingrijpende effecten hebben op de eigen rechtspositie van belanghebbenden. Natuurlijk zijn vele ontwikkelingen in de fysieke leefomgeving reden voor verzet door omwonenden, maar er zijn wel gradaties van ingrijpendheid te onderscheiden, waarbij het fundamentele recht op eigendom van belang is. Duidelijk is bijvoorbeeld dat een aanzienlijke waardevermindering van eigendommen als gevolg van een omgevingsplan, mee zou moeten worden gewogen in de belangenafweging.²⁵ Ook is helder dat het toedelen van een functie aan een locatie waar die functie niet kan worden verwezenlijkt, waarschijnlijk onevenredig is in de zin van art. 3:4 lid 2 Awb en tegelijkertijd in strijd is met wettelijke plicht om functies evenwichtig toe te delen aan locaties.²⁶ Iets langer willen we in het onderstaande stilstaan bij situaties waarin de uitbreidingsmogelijkheden van bedrijvigheid worden beperkt. Nog nadrukkelijker zal - naast overigens het rechtszekerheidsbeginsel - het evenredigheidsbeginsel spelen in geschillen over het wegbestemmen van bestaand gebruik en in geschillen waarin de raad gebruikmaakt van de mogelijkheid om in het omgevingsplan onvoorwaardelijke verplichtingen (c.q. positieve verplichtingen) op te nemen.

3.2 Ingrijpen in bestaand gebruik

Huidig uitgangspunt in de jurisprudentie over het wegbestemmen van legale gebruiksmogelijkheden, is dat in beginsel het legale (benutte of onbenutte) gebruik opnieuw wordt toegestaan in het bestemmingplan. Enkel indien nieuwe planologische inzichten daartoe aanleiding geven en het belang bij de beoogde nieuwe bestemming zwaarder weegt dan de gevestigde rechten en belangen,

²⁰ M. Lurks & N.A. van Renssen, 'Doelgericht maatwerk: tussen integratie en specialisatie in de Omgevingswet', in: L. van den Berge e.a., *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: BJu 2020, p. 172; J.J. Karens, *Verduurzamingsverplichtingen in het omgevingsplan* (diss. Groningen), Den Haag: IBR 2024, p. 197.

²¹ Ook niet als het een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit betreft, vgl. M.J.H.M. Verhoeven, 'Evenredigheid in de omgevingsvergunning', *M en R* 2022/72, p. 435.

²² ABRvS 7 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3614, *TBR* 2023/20, m.nt. R. Kegge. Zie ook Nijmeijer 2023, p. 45-62.

²³ Karens 2024, p. 197.

²⁴ Stb. 2018, 292, p. 321-324. Ook de in art. 2.32 Ow geboden mogelijkheid om te regelen dat ontheffing kan worden aangevraagd, biedt een waarborg tegen onevenredige uitkomsten.

²⁵ Bijv. gevallen waarin vanwege het nieuwe plan aanzienlijke waardedaling plaatsvindt, zie ABRvS 3 april 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1381.

²⁶ *Kamerstukken I* 2015/16, 33 962, H, p. 18.

kan uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening van een positieve bestemming worden afgezien. De beoordeling van de evenredigheid van het wegbestemmen maakt onderdeel uit van de vraag of sprake is van een goede ruimtelijke ordening. En onder de Omgevingswet zal dat de evenwichtige toedeling van functies aan locaties betreffen. Het is naar ons oordeel de vraag of deze jurisprudentielijn zal wijzigen vanwege de introductie van de Omgevingswet of de ontwikkelingen betreffende het evenredigheidsbeginsel. Wij denken dat geen grote wijzigingen te verwachten zijn. Bij de beoordeling van de belangenafweging is - naast het gewicht van het algemene belang - natuurlijk relevant welke gevolgen het wegbestemmen voor belanghebbenden heeft en welke mate van regulering van hun door art. 1 Eerste Protocol van het EVRM beschermde eigendommen aan de orde is.²⁷ Naast dat voor de hand ligt dat een recht op nadeelcompensatie ontstaat, is bij de beoordeling van de evenredigheid van het wegbestemmen tot 1 januari 2024 eveneens relevant dat het wegbestemde bestaande gebruik onder het - standaard eerbiedigende - overgangsrecht zal moeten worden gebracht. Dat kan enkel als aannemelijk wordt gemaakt dat het gebruik op termijn zal worden beëindigd.²⁸ Is daarvan geen sprake, dan kan het wegbestemmen niet door de beugel. Wordt dat anders onder de Omgevingswet? Het wettelijk kader ondergaat een aanzienlijke wijziging, omdat - net als onder de Wet op de Ruimtelijke Ordening tot 1 juli 2008 - geen sprake is van standaard eerbiedigend overgangsrecht. Dat betekent evenwel niet onmiddellijk dat de rechtsbeginselen die aan de oude regeling en daarop gebaseerde jurisprudentie ten grondslag liggen, zoals rechtszekerheid en evenredigheid, tot een andere uitkomst zullen leiden. Zowel de regels waarmee bestaand gebruik wordt wegbestemd als de daarbij behorende overgangsrechtelijke bepalingen²⁹, zullen moeten voldoen aan genoemde beginselen. En dat doet ons vooralsnog vermoeden dat geen grote wijzigingen te verwachten zijn.

3.3 Gebodsbepalingen

Potentieel ingrijpender dan het beperken van bestaand gebruik is de mogelijkheid om onvoorwaardelijke ofwel positieve verplichtingen te introduceren in het omgevingsplan.³⁰ De vraag naar de

evenredigheid - en de verhouding tot het rechtszekerheidsbeginsel - van een dergelijke gebodsbepaling³¹ in het omgevingsplan spreekt tot de verbeelding, maar leidt bij velen ook tot serieuze juridische vragen.³² Zo is het - ook volgens Groothuijs en anderen - de vraag of in het licht van het onder meer in art. 1 Eerste Protocol van het EVRM beschermde eigendomsrecht wel een voldoende specifieke wettelijke grondslag kan worden gevonden in art. 4.1 (of 4.2) Ow. Daarnaast is het ook de vraag of de introductie van een dergelijke verplichting een rechtvaardig evenwicht slaat tussen het algemene belang dat daarmee wordt behartigd en het fundamentele recht op eigendom. Zo is door de minister van BZK aangegeven dat een gebodsbepaling om een bepaalde functie te realiseren, te ver gaat.³³ De inmenging moet met andere woorden proportioneel zijn, waarbij het EHRM nagaat of sprake is van een geschikt middel om het doel te behalen, of er niet een minder ingrijpend middel kan worden gebruikt en of er voldaan is aan de evenredigheid in strikte zin.³⁴ Dezelfde eisen vloeien voort uit art. 3:4 lid 2 Awb.³⁵ Alternatieven voor een gebodsbepaling kunnen zijn het vaststellen van een voorwaardelijke verplichting in het omgevingsplan, het opleggen van een duldplicht en de mogelijkheid van onteigening. Ook het introduceren van het gebod op een bepaald moment in de toekomst of gepaard met een overgangsrechtelijke bepaling waarin een overgangstermijn wordt gerealiseerd, zou invloed kunnen hebben op de evenredigheid daarvan.³⁶ Als al aangenomen kan worden dat de Omgevingswet een voldoende specifieke wettelijke basis biedt voor een gebodsbepaling, dan is in de literatuur frequent de conclusie dat gelet op het evenredigheidsbeginsel - en het rechtszekerheidsbeginsel en het fundamentele recht op eigendom - het juridisch aanvaardbaar introduceren van een gebodsbepaling niet eenvoudig is.³⁷ Wij delen die bevinding.

³¹ Zie daarover F.A.G. Groothuijs e.a., *Gebodsbepalingen in het omgevingsplan* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van I&M), Radboud Universiteit Nijmegen/UCWOSL 2015. Zie ook de definitie van een gebodsbepaling (par. 2.6): een voorschrift in een omgevingsplan dat de burger een onvoorwaardelijke en rechtstreeks te handhaven verplichting oplegt om een bepaalde handeling te verrichten met het oog op de fysieke leefomgeving.

³² Zie Karens 2024, par. 5.6.

³³ NvT bij het Omgevingsbesluit, Stb. 2018, 290, p. 101.

³⁴ Groothuijs e.a. 2015, p. 9.

³⁵ Zie ook Heutink & Koolen 2022, p. 76.

³⁶ Opgemerkt zij dat ook de handhaafbaarheid van een dergelijke gebodsbepalingen problematisch kan zijn, zie G.A. van der Veen, 'Een bouwplicht ter bevordering van woningbouw?', in: H.C.W.M. Moesker & W.M.J.M. Heijltjes (red.), *Veranderend bouwrecht. 25 jaar VBR-A*, Den Haag: IBR 2022, p. 201-210.

³⁷ Vgl. A.G.A. Nijmeijer, 'Omgevingswet. Gebodsbepalingen in het omgevingsplan: (veel) eenvoudiger gezegd dan gedaan', TBR 2015/185. Zie ook D.G.J. Sanderink & J.J. Scheltens-Fokke, 'Gebodsbepalingen en overgangsrecht in het omgevingsplan', in: S. Hillegers, T.E.P.A. Lam & A.G.A. Nijmeijer (red.), *Vertrouwen in de Omgevingswet* (SteR nr. 51), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 310.

²⁷ Inperken van bestaande gebruiksruiimte wordt dan ook niet snel - zonder daarvoor voorafgaande afspraken te maken - doorgevoerd, zie daarover ook M.E. Stuiver, 'Decentrale milieunormstelling en nadeelcompensatie nu en onder de Omgevingswet', TBR 2021/137. Zie ook ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1953, TBR 2020/144, m.nt. R. Kegghe, ro. 12.

²⁸ Zie bijv. ABRvS 28 februari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:847.

²⁹ G.H.J. Heutink & H. Koolen, *Praktijkboek Ruimtelijk overgangsrecht*, Den Haag: IBR 2022, par. 7.5.6 e.v.

³⁰ Zie ook K.J. de Graaf & H.D. Tolsma, 'Over gebodsbepalingen en emissie- en immissienormen in het omgevingsplan', in: N. Teesing (red.), *Milieubescherming in het omgevingsplan*, Den Haag: BJu 2017, p. 61-79.

4. Evenredigheid en de beoordeling van de omgevingsvergunning

Het evenredigheidsbeginsel verlangt van het bevoegd gezag dat een beslissing op een vergunningaanvraag resulteert in een evenredig besluit. De door de wetgever bepaalde aard van de bevoegdheid is (nog steeds) van belang voor de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel moet worden toegepast in de bestuurlijke besluitvorming en bij de rechterlijke toetsing. Daarom volgt in het onderstaande een algemene verkenning van het toetsingskader voor de omgevingsvergunning vanuit het perspectief van de aard van de bevoegdheid (par. 4.1), een bespreking van de algemene weigeringsgronden (par. 4.2) en een analyse van de specifieke beoordelingsregels in het Bkl (par. 4.3).

4.1 Beoordelingsregels voor de omgevingsvergunning

De beoordelingsregels (oftewel het 'toetsingskader') voor vergunningplichtige activiteiten op rijksniveau zijn te vinden in hoofdstuk 5 van de Ow en in hoofdstuk 8 van het Bkl.³⁸ In de toelichting wordt uitgelegd dat de beoordelingsregels zijn geharmoniseerd, waarbij zoveel mogelijk is gekozen voor positief geformuleerde beoordelingsregels ('verleningsgronden'). Ook is er een redactionele slag gemaakt, waarbij in het licht van het evenredigheidsbeginsel de volgende toelichting van de regering interessant is:

'Verder is gekozen voor een strikt redactioneel onderscheid tussen imperatief bedoelde en facultatief bedoelde beoordelingsregels. Bij een imperatieve verlenings- of weigeringsgrond is het bevoegd gezag verplicht om de omgevingsvergunning te verlenen of te weigeren als aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Een facultatieve verleningsgrond laat aan het bevoegd gezag ruimte om de vergunning te weigeren terwijl aan de voorwaarden is voldaan, een facultatieve weigeringsgrond laat ruimte om de vergunning te verlenen terwijl niet aan de voorwaarden is voldaan.'³⁹

Vertaald naar de begrippen die in het algemeen bestuursrecht doorgaans worden gebruikt om de aard van de bevoegdheid aan te duiden, beschrijft de toelichting hier het onderscheid tussen bevoegdheden met en zonder beleidsruimte. De laatste categorie kennen we als gebonden bevoegdheden. De jurisprudentielijn van de *Harderwijk*-uitspraak ziet enkel op bevoegdheden met beleidsruimte, waarbij het bestuur verplicht is om belangen te wegen (art. 3:4 Awb). Als aan de bevoegdheidsvoorwaarden is

voldaan, biedt de wet beleidsruimte aan het bestuur om te beslissen of, en zo ja, hoe het de bevoegdheid gaat uitoefenen. Aangenomen dat eventuele bindende weigeringsgronden in het omgevingsrecht veelal zullen zijn opgenomen in bestuurswetgeving (het Bkl), rijst de vraag in hoeverre het onderscheid tussen bevoegdheden met beleidsruimte en gebonden bevoegdheden nog relevant is in het licht van de evolutie van het evenredigheidsbeginsel. Zo is bij een gebonden bevoegdheid geen ruimte voor een belangenafweging, maar kan in theorie de uitkomst van de toepassing van de bevoegdheid 'onder de streep' onevenwichtig zijn. Brengt evenredigheid 2.0 dan bij het uitoefenen van een gebonden bestuursbevoegdheid voor het bestuur - eventueel in verband met het zorgvuldigheidsbeginsel en het dienstbaarheidsbeginsel - een rechtsplicht met zich om uit eigen beweging onderzoek te doen naar eventuele bijzondere omstandigheden die maken dat toepassing van het voorschrift onevenredig is? Vooralsnog verwachten wij dat het aan een belanghebbende is en zal blijven om een beroep te doen op eventuele *contra legem*-werking van het evenredigheidsbeginsel.

4.2 Wettelijke weigeringsgronden met beleidsruimte

De Omgevingswet bevat enkele algemene weigeringsgronden. Wij behandelen er twee. Om te voorkomen dat de overheid criminele activiteiten faciliteert, bevat art. 5.31 Ow voor bepaalde activiteiten de bevoegdheid om een vergunning te weigeren. De omgevingsvergunning 'kan' worden geweigerd in het geval en onder de voorwaarden van art. 3 van de Wet Bibob. Deze weigeringsgrond komt overeen met art. 2.20 Wabo. Art. 3 lid 5 van de Wet Bibob bevat eveneens een evenredigheidstoets: 'De weigering dan wel intrekking, bedoeld in het eerste lid, vindt slechts plaats indien deze evenredig is met: a. de mate van gevaar en b. voorzover het ernstig gevaar als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, betreft, de ernst van de strafbare feiten'. Wat is de verhouding tussen de evenredigheidstoets van art. 3:4 lid 2 Awb en art. 3 lid 5 Wet Bibob? Volgens Van der Vorm is het de bedoeling om de evenredigheidstoets van de *Harderwijk*-uitspraak te integreren in de toepassing van art. 3 lid 5 Wet Bibob.⁴⁰ Uit zijn jurisprudentieanalyse volgt dat in de rechtspraak na 2 februari 2022 de *Harderwijk*-criteria 'noodzakelijkheid' en 'evenwichtigheid' te herkennen zijn bij de toetsing aan art. 3 lid 5 Wet Bibob. De toetsingsintensiteit zelf blijkt evenwel ongewijzigd, omdat de meer indringendere toets van deze ingrijpende

³⁸ Het is een keuze van de wetgever om de beoordelingsregels bij AMvB te regelen. Op wetsniveau is wel per vergunningplichtige activiteit bepaald welk algemeen belang ('oogmerk') centraal moet staan bij de beoordeling van de vergunningplichtige activiteit.

³⁹ *Stb.* 2018, 292, p. 423.

⁴⁰ B. van der Vorm, 'Enige observaties over de doorwerking van evenredigheid 'nieuwe stijl' in de Bibob-jurisprudentie van de Afdeling uit 2022', *JBplus* 2023/6, par. 2.3.

bevoegdheid al sinds 2019 in deze jurisprudentie waarneembaar was.⁴¹

Art. 5.32 Ow biedt het bevoegd gezag een zelfstandige bevoegdheid om op grond van het voorzorgbeginsel een vergunning te weigeren vanwege ernstige gezondheidsrisico's. De bepaling bevat zowel beleidsruimte ('het bevoegd gezag kan een omgevingsvergunning weigeren') als beoordelingsruimte ('als naar zijn oordeel sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor het verlenen van de vergunning zou leiden tot ernstige nadelige of mogelijk ernstige nadelige gevolgen voor de gezondheid'). Dit betekent dat als aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, het bestuur een belangenafweging moet maken (art. 3:4 Awb). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de weigeringsgrond is bedoeld voor situaties waarin plotselinge bijzondere omstandigheden optreden die maken dat de vergunning niet verleend kan worden (zoals Q-koorts of vogelgriep). Het is aan het bevoegd gezag om die bijzondere omstandigheden te onderbouwen.⁴² Gelet op de formulering van de weigeringsgrond en de wetsgeschiedenis is onze verwachting dat de lat voor toepassing van deze bevoegdheid voor het bevoegd gezag hoog ligt (zorgvuldig onderzoek, motivering). Indien het bevoegd gezag vaststelt dat sprake is van bijzondere omstandigheden, lijkt ons dat er nog weinig ruimte is om na een belangenafweging (de toegekende beleidsruimte) tot een uitkomst te komen waarin de weigeringsgrond niet wordt toegepast.⁴³

4.3 Beoordelingsregels in het Bkl

In het Bkl lijken de beoordelingsregels in veel gevallen dwingend (gebonden) geformuleerd. Dit betekent dat als aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, uit het wettelijk voorschrift volgt dat de vergunning verleend moet worden. Zo geldt bij een aanvraag voor een binnenplanse omgevingsplanactiviteit dat de omgevingsvergunning *wordt* verleend, als de activiteit niet in strijd is met de beoordelingsregels die in het omgevingsplan zijn gesteld (art.

8.0a lid 1 Bkl).⁴⁴ De omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit *wordt alleen* verleend met het oog op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties (art. 8.0a lid 2 Bkl). Een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit *wordt alleen* verleend, als wordt voldaan aan de in het beoordelingskader opgesomde criteria (art. 8.9 Bkl).⁴⁵

Hoewel in de bovengenoemde voorbeelden de verleningsgronden gebonden lijken te zijn geformuleerd, betekent dit niet automatisch dat er voor het bestuur geen beleidsruimte is om belangen te wegen in de besluitvorming. In de literatuur is gesignaleerd dat het dogmatische onderscheid niet zo waterdicht is. Zo kan sprake zijn van een vage open norm in de bevoegdheidsvoorwaarden (beoordelingsruimte), die vraagt om een zekere belangenafweging.⁴⁶ Ook onder het oude recht was dat het geval. Een vergunning om af te wijken van het bestemmingplan (art. 2.12 lid 1 sub c Wabo) kon slechts worden verleend indien de activiteit niet in strijd was met 'een goede ruimtelijke ordening'. Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt ook dat de evenredigheidstoets zoals uiteengezet *Harderwijk*-uitspraak toepassing vindt bij dergelijke ruimtelijke besluiten.⁴⁷ Onder de Omgevingswet zal - ondanks dat de formulering van de bevoegdheidsgrondslag anders doet vermoeden - hetzelfde gelden voor de norm 'een evenwichtige toedeling van functies aan locaties', die bepalend is voor de verlening van een buitenplanse omgevingsplanactiviteit.⁴⁸ Ook bij de binnenplanse omgevingsplanactiviteit kan op deze wijze sprake zijn van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Weliswaar lijkt de beoordelingsregel in het Bkl imperatief geformuleerd, maar het hangt af van de wijze waarop het beoordelingskader voor de omgevingsplanactiviteit in het omgevingsplan is geformuleerd of bij de uitoefening van de bevoegdheid nu sprake is van beleidsruimte waarop het evenredigheidsbeginsel van toepassing is of niet.

Voor de vergunning voor de milieubelastende activiteit ligt dit anders. De toetsingsnorm onder

⁴¹ Van der Vorm, *JBplus* 2023/6. Zie over deze ontwikkeling in de rechtspraak ook A. Tollenaar, *Ondermijning bestuursrecht. De aanpak van georganiseerde criminaliteit op lokaal niveau* (oratie Groningen), University of Groningen Press 2023, p. 22-25.

⁴² Stb. 2018, 292, p. 251; *Kamerstukken I* 2015/16, 33 962, E, p. 4-5.

⁴³ Overigens is het de vraag of deze zelfstandige weigeringsgrond het bestuur meer ruimte gaat bieden om uit voorzorg een vergunning te weigeren. Het toetsingskader voor de omgevingsvergunning milieu biedt daarvoor volgens de Afdeling geen ruimte (zie voor een kritische bespreking van deze ontwikkeling in de rechtspraak uitgebreid: J.K. van de Poel, 'Geen ruimte meer voor toepassing van het voorzorgsbeginsel bij de omgevingsvergunning milieu', *M en R* 2023/25). Van 't Lam verwacht dat de nieuwe zelfstandige weigeringsgrond van art. 5.32 Ow niet veel meer ruimte gaat bieden om uit voorzorg een omgevingsvergunning voor een milieubelastende te weigeren, omdat moeilijk is om aan te tonen wat de precieze effecten zijn die een milieubelastende activiteit heeft of kan hebben op de gezondheid, zie AB RVs 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1598, AB 2023/145, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

⁴⁴ Dit wordt ook wel een limitatief-imperatief stelsel genoemd.

⁴⁵ Opmerking verdient dat een andere taalkundige uitleg ook mogelijk is. De woorden 'wordt alleen' zouden ook zo gelezen kunnen worden dat verlening van de aanvraag enkel aan de orde is in situaties waarin aan *alle* voorwaarden is voldaan, waarbij het bestuur dan nog over beleidsruimte zou beschikken ten aanzien van de keuze of dan ook tot verlening wordt over gegaan. Kortom, 'wordt alleen' zou dan een zekere beleidsruimte impliceren. Doorgaans wordt beleidsruimte evenwel tot uitdrukking gebracht met signaalwoorden zoals 'kan' of 'is bevoegd'. Wij signaleren dat de beoordelingsregels op dit punt niet uitblinken in helderheid.

⁴⁶ R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (band 1), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 117; Schlössels, *NTB* 2023/245.

⁴⁷ AB RVs 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2106, *TBR* 2023/78, m.nt. R. Kegge.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld al v.zr. Rb. Gelderland 11 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2126.

het oude recht, 'het belang van de bescherming van het milieu', bevat naar het oordeel van de Afdeling (een zekere mate van) beoordelingsruimte.⁴⁹ Anders dan bij ruimtelijke besluiten ziet de Afdeling hier geen ruimte voor een belangenafweging. Overigens wordt hierover in de literatuur ook wel anders gedacht⁵⁰ en wordt ook overigens gepoogd beleid te voeren op de toepassing van het beoordelingskader.⁵¹ In de beoordelingsregels voor vergunningplichtige milieubelastende activiteiten is meer dan voorheen aansluiting gezocht bij de Richtlijn industriële emissies. Dit komt neer op een precisering van de bevoegdheidsvoorwaarden ten opzichte van de Wabo. Zo wordt de vergunning alleen verleend als 'geen significante milieuverontreiniging wordt veroorzaakt', moeten de beste beschikbare technieken worden toegepast en dient het bevoegd gezag bij de beoordeling van de significante verontreiniging rekening te houden met het omgevingsplan, omgevingsvergunningen voor buitenplanse omgevingsplanactiviteiten, de waterschapsverordening en de omgevingsverordening (art. 8.9 Bkl). Wij verwachten dat de Afdeling ook over het beoordelingskader voor milieubelastende activiteiten onder de Omgevingswet zal oordelen dat geen sprake is van beleidsruimte voor het bevoegd gezag.

Hoewel de algemene bevoegdheidsgrondslag om voorschriften aan omgevingsvergunningen te verbinden is opgenomen in art. 5.34 lid 1 Ow, zijn ook hier de in het Bkl opgenomen beoordelingsregels doorslaggevend. Voorschriften worden verbonden die nodig zijn met het oog op de belangen die in de beoordelingsregels voor het beslissen op de aanvraag bescherming hebben gevonden. In de formulering is niet expliciet beleidsruimte te herkennen bij de vraag of er voorschriften verbonden worden aan de vergunning ('worden de voorschriften verbonden die nodig zijn'). Meer specifieke regels over voorschriften zijn voor de diverse vergunningplichtige activiteiten opgenomen in het Bkl en die zullen ook geraadpleegd moeten worden om vast te stellen of en in hoeverre beleidsruimte is toegekend. Voor de reikwijdte van de bevoegdheid is van belang om te constateren dat art. 5.34 lid 1 Ow geen ruimte biedt om voorschriften te stellen teneinde belangen buiten de genoemde kaders te beschermen.

Het bovenstaande in ogenschouw nemend, is het de vraag welke effecten de ontwikkelingen met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel richting evenredigheid 2.0 nu hebben. In het onderstaande gaan we na of de evenredigheid vaker zal leiden tot het afwijken van gebonden bevoegdheden (par. 5)

en tot een meer bemiddelende houding van het bestuur (par. 6).

5. Evenredigheid 2.0: vaker afwijken van gebonden bevoegdheden?

Vooralsnog geldt dat het bevoegd gezag niet kan afwijken van een in een wet in formele zin opgenomen gebonden bevoegdheid, indien de wetgever de redenen die aanleiding zouden kunnen vormen voor de afwijking, verdisconteerd heeft in de regeling. Dat ligt evenwel anders voor voorschriften in materiële wetgeving. De CBb uitspraak van 26 maart 2024 maakt duidelijk dat de uitoefening van een in bestuurswetgeving opgenomen gebonden bevoegdheid niet alleen aan het evenredigheidsbeginsel kan toetsen doordat de bestuursrechter het algemeen verbindend voorschrift exceptief toetst, maar ook doordat het aangevochten besluit zelf rechtstreeks door de rechter kan worden getoetst aan dat beginsel. Zou de gewijzigde kijk op het evenredigheidsbeginsel in het omgevingsrecht moeten leiden tot meer besluiten waarbij wordt afgeweken van dwingende wettelijke voorschriften?

Voor het omgevingsplan is de eerste vraag die opkomt of de recente rechtspraak van het CBb in een geschil over een beschikking in het sociaal domein, zich direct laten toepassen in een geschil over een omgevingsplan in het fysieke domein. Gelet op de individuele gevolgen van het vaststellen van een omgevingsplan, is dat in theorie niet ondenkbaar. Maar heeft die theoretische gedachte ook praktische relevantie? In dat verband is een tweede vraag die opkomt of bij de vaststelling of de toetsing van een omgevingsplan onder omstandigheden met een beroep op het evenredigheidsbeginsel afgeweken moet worden van een instructieregel die in acht genomen moet worden.⁵² Gelet op de in de instructieregels van het Bkl gelegen afwegingsruimte en gelet op zowel de generieke (art. 2.32 lid 5 Ow) als de specifieke ontheffingsbevoegdheid van de minister (art. 5.166 Bkl) als noodventiel⁵³, zal dat naar onze smaak niet snel aan de orde zijn. Uitgangspunt is dat elk omgevingsplan een evenwichtige toedeling van functies aan locaties moet bewerkstelligen en dat de instructieregels daarvoor in beginsel rechtmatige, concrete aanwijzingen bieden. Is dat niet het geval, dan voldoen de instructieregels niet aan de in de wet neergelegde voorwaarde.

Hoe pakt een dergelijke beoordeling naar verwachting uit bij een omgevingsvergunning? Een aanvrager die het niet eens is met de weigering van de vergunning omdat niet aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, kan aanvoeren en moet onderbouwen dat het wettelijk voorschrift (de gebonden

⁴⁹ ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, ro. 4.3.

⁵⁰ Van de Poel, *M en R* 2023/25, par. 4.2.

⁵¹ Vgl. het Schone Lucht Akkoord, H.C. Borgers & R. Molendijk, 'De lucht geklaard... Aan de slag met resultaatgericht grenswaarden voor industriële emissies om 50% reductie te bereiken in 2030', *TO* 2021/4.

⁵² We spreken dan van de exceptieve toetsing van de instructieregel aan het evenredigheidsbeginsel.

⁵³ *Stb.* 2018, 292, p. 234.

beoordelingsregel in het Bkl) geen toepassing kan vinden, omdat er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de weigering van de vergunning in het concrete geval tot een onevenredige uitkomst leidt. Ook een (derde)belanghebbende die het niet eens is met verlening van de vergunning, in situaties waarin aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, kan bepleiten dat het besluit in de gegeven de omstandigheden onevenwichtig is.

Hoe ziet die afweging eruit in het geval van de meerpartijenverhoudingen die zo gebruikelijk zijn in het omgevingsrecht? Bij de beoordeling of sprake is van een bijzonder geval waarin het evenredigheidsbeginsel dwingt tot buiten toepassing van een wettelijk voorschrift (*contra legem*-werking) zijn verschillende factoren relevant.⁵⁴ In de eerste plaats is er het belang van de belanghebbende (aanvrager of derden) bij naleving van het evenredigheidsbeginsel. Daarnaast is het gewicht van het algemeen belang dat in de dwingende bepaling bescherming heeft gevonden relevant. Hierbij zal ook van belang zijn of het de implementatie van Europese normen betreft, en in hoeverre die afwegingsruimte bieden. Ook het (gewicht van het) belang van de belanghebbende (aanvrager of derden) bij naleving van het wettelijk voorschrift legt gewicht in de schaal. In meerpartijenverhoudingen zal het belang van rechtszekerheid, het vertrouwen dat de overheid voldoet aan zijn rechtsplicht om overeenkomstig wettelijke voorschriften te handelen, zwaar wegen. Gelet op deze belangenweging is in algemene zin onze inschatting dat een omgevingsvergunning die conform de dwingende beoordelingsregel in het Bkl is verleend (of geweigerd) in de praktijk in de regel niet onevenwichtig zal zijn.⁵⁵ Hoe zit het met gebonden beoordelingsregels opgenomen in het omgevingsplan? Een vergunningaanvraag voor een binnenplanse omgevingsplanactiviteit die niet past binnen de beoordelingsregels, wordt vanzelf een aanvraag voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Binnen deze systematiek bestaat naar ons oordeel geen ruimte voor vergunningverlening van een binnenplanse omgevingsplanactiviteit in strijd met de beoordelingsregels op grond van het evenredigheidsbeginsel.

De vraag is evenwel hoe het bestuur en de rechter in de praktijk invulling gaan geven aan de toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden bevoegdheden. Veel hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. Een voorbeeld waarbij het bestuur op eigen initiatief afwijkt van een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin met een beroep op evenredigheid is te vinden

in de uitspraak van 17 januari 2024 van de rechtbank Oost-Brabant.⁵⁶ In de vergunningaanvraag voor een afvalwerkingsbedrijf (IPPC-inrichting) wordt niet voldaan aan de beste beschikbare technieken. Uit het toetsingskader in de wet volgt dat de vergunning in zo'n geval in beginsel moet worden geweigerd (art. 2.14 lid 1 onder c onder 1 Wabo).⁵⁷ GS van de provincie Noord-Brabant kiest er evenwel voor om de vergunning toch te verlenen, onder strengere grenswaarden dan die volgen uit de beste beschikbare technieken, en met een beperkte looptijd van drie jaar zodat na afloop van die termijn een evaluatie van de situatie kan plaatsvinden. Volgens het bevoegd gezag is dit een beter alternatief dan weigering van de vergunning in combinatie met intensief handhavingstoezicht op de oorspronkelijke vergunning. Ook de rechtbank is van oordeel dat de beperkingen aan de vergunning evenredig zijn gelet op de belangen en de omstandigheden van het geval.

Tot slot komt nog een laatste gedachte bij ons op. Een ontwikkeling waarbij het bestuur met het oog op evenredigheid sectorale gebonden beoordelingskaders voor vergunningverlening kan doorbreken, doet ons denken aan de discussie die in het kader van de totstandkoming van de Omgevingswet is gevoerd over 'positieve evenredigheid'. De regering was voornemens om flexibiliteit te bieden met de introductie van een generieke afwijkmogelijkheid: 'Indien het belang van de leefomgeving zich er niet tegen verzet, kan van individuele normen worden afgeweken, mits bepaalde belangen hierdoor niet onevenredig benadeeld worden'. Bij het voorstel zijn in de literatuur vraagtekens geplaatst over de nut en noodzaak, maar ook vanuit rechtstatelijk perspectief. Het zou een *carte blanche* opleveren voor het bestuur, en ten koste gaan van rechtszekerheid en rechtsbescherming van derden. Ook levert het spanning op met fundamentele rechtstatelijke eisen, zoals het legaliteitsbeginsel. Wettelijke voorschriften zouden worden gedegradeerd tot beleidsregels.⁵⁸ De genoemde risico's vragen

⁵⁶ Rb. Oost-Brabant 17 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:26, *M en R* 2024/32, m.nt. Ypinga en Putting.

⁵⁷ Ypinga en Putting bespreken in hun annotatie dat de uitspraak opvallend is en moeilijk te plaatsen in het wettelijke systeem, nu de rechtbank expliciet stelt dat niet aan art. 2.14 lid 1 onder c Wabo wordt voldaan en weigering in principe verplicht is. Dat maakt deze uitspraak anders dan de situatie in eerdere rechtspraak waarin een tijdelijke overgangstermijn kon worden gesteld in gevallen waarin BBT werd toegepast, maar moest worden omgeschakeld naar een betere beschikbare techniek (ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8301).

⁵⁸ Zie Ch.W. Backes, 'Integraal en flexibel omgevingsrecht - droom of drogbeeld?', in: Ch.W. Backes e.a., *Naar een nieuw omgevingsrecht* (VBR-reeks nr. 40), Den Haag: IBR 2012, p. 46-50; H.D. Tolsma, 'Balanceren tussen economie en milieu in de Omgevingswet', *NJB* 2012/2361. De generieke afwijkmogelijkheid is uiteindelijk niet in de Omgevingswet opgenomen. Aan een aanvullende algemene afwijkmogelijkheid - die gelet op EU-verplichtingen en keuze voor landelijke uniformiteit en de afwegingsruimte die de wet zelf volop biedt - is geen behoefte, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 267.

⁵⁴ H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht I*, Den Haag: BJu 2022, p. 438.

⁵⁵ Vergelijk de ontwikkeling rond de *contra legem*-werking van het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht, zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, AB 2019/302, m.nt. Damen.

ook bij toepassing van het evenredigheidsbeginsel bij gebonden bevoegdheden om aandacht. Wij zien wel een belangrijk verschil met positieve evenredigheid. Het oogmerk van de specifieke beoordelingskaders voor de activiteiten beperkt de reikwijdte van de belangenafweging van het bestuur (specialiteitsbeginsel). Het beoordelingskader van het evenredigheidsbeginsel biedt het bestuur dus geen ruimte om - bij gelijktijdige aanvraag voor verschillende vergunningplichtige activiteiten - een samenhangende beoordeling te maken waarbij sectorale normen zouden moeten wijken omdat het project 'overall' bijdraagt aan de gewenste kwaliteit van de leefomgeving.

6. Evenredigheid 2.0: meer bemiddelend bestuur?

In de literatuur is door Verhoeven opgemerkt dat de drietrapstoets uit de *Harderwijk*-uitspraak relatief eenvoudig toegepast kan worden bij de omgevingsvergunning.⁵⁹ Geschiktheid zou dan aan de orde zijn in de (al dan niet exceptieve) toetsing van de regeling waarop de beslissing omtrent de vergunning is gebaseerd. De eis van noodzakelijkheid lijkt te duiden op een beoordeling van het belang dat gemoeid is met de wens van de aanvrager om een activiteit te verrichten. En de beoordeling van evenwichtigheid betreft de uitkomst van de belangenafweging in het concrete geval. Wij kunnen dat tot op zekere hoogte volgen, maar wijzen erop dat het aanbrengen van een dergelijke waterscheiding tussen de drie stappen niet direct volgt uit de jurisprudentie en merken bovendien op dat het noodzakelijkheidsvereiste in die visie wellicht te beperkt wordt opgevat. In algemene zin kan gesteld worden dat er meer van het bevoegd gezag verwacht wordt op het punt van zorgvuldigheid en motivering, naarmate de gevolgen van de activiteit ingrijpender zijn (voor het algemeen belang, of voor derdebelanghebbenden). Via vroegtijdige participatie (al dan niet verplicht) en inspraak dient het bestuur de relevante belangen in beeld te krijgen om een evenwichtig besluit te kunnen nemen. Daarbij zou ook een meer bemiddelende rol aan de orde kunnen zijn. Hetzelfde zal naar ons idee gelden voor de totstandkoming, de zorgvuldige voorbereiding en evenredige belangenafweging bij het opstellen van omgevingsplannen.

Het nieuwe beoordelingskader van het evenredigheidsbeginsel biedt dus aanknopingspunten voor de rechter om het bestuur te wijzen op zijn bemiddelende rol en - in het licht van het te beschermen algemeen belang - een evenwicht te bereiken tussen de belangen van alle relevante betrokken belangen in de omgeving. Als er alternatieven zijn, dan moet gekozen worden voor de beslissing die

belanghebbende(n) het minst belast ('beginsel van de minste pijn'). Een voorbeeld biedt een uitspraak over een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan ten behoeve van een antennemast:

'De derde-partij heeft op zitting benadrukt dat hij de mast niet permanent tot een hoogte van 21,5 meter uittrekt. Hij pleegt slechts in de avonduren en nachtelijke uren te zenden en dan wordt de mast uitgetrokken. Het gebeurt ook niet iedere dag maar incidenteel. Dit is het college bekend want het staat ook in een overweging ten overvloede in het bestreden besluit. Volgens de rechtbank heeft het college hier een kans laten liggen. In het kader van de beoordeling van de evenredigheid van de mast voor omwonenden had het college ook moeten bezien of het echt noodzakelijk is om de mast permanent uit te trekken tot de maximale hoogte. Dat lijkt niet zo te zijn, gelet op de uitlatingen van de derde-partij. Volgens de rechtbank had het voor de hand gelegen om het maximale gebruik van de mast door middel van voorschriften te beperken. Deze voorschriften moeten enerzijds de derde-partij de nodige flexibiliteit geven om uit te zenden en aansluiten bij zijn behoefte. Anderzijds kunnen voorschriften de omwonenden beschermen en de zekerheid bieden dat zij niet doorlopend tegen een uitgetrokken mast moeten aankijken. Op deze weg kan een evenwicht worden bereikt tussen de behoefte van de derde-partij om zijn hobby uit te oefenen en de behoefte van eiser aan een goede leefomgeving. Idealiter komen de beperkingen tot stand na een goed gesprek tussen eiser en andere omwonenden en de derde-partij in bijzijn van en onder begeleiding van het college.'⁶⁰

Uiteraard begrenzen algemene bestuursrechtelijke uitgangspunten - net als overigens fundamentele en grondrechten - de bevoegdheid van het bestuur en de rechter om dwingend te sturen op een evenwichtige uitkomst. In de eerste plaats is van belang dat het bestuur moet beslissen op grondslag van de aanvraag voor de vergunning.⁶¹ Ook onder de Omgevingswet is het de aanvrager die bepaalt voor welke activiteiten hij een aanvraag indient en wat de omvang van het project is. Dit uitgangspunt heeft ook effect op de alternatieventoets. Het is vaste rechtspraak dat als een project op zichzelf voor het bevoegd gezag aanvaardbaar is, het bestaan van alternatieven alleen dan tot het weigeren van medewerking kan leiden, als op voorhand duidelijk is dat door de verwezenlijking van de alternatieven een

⁵⁹ Rb. Oost-Brabant 17 augustus 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:4043. Vgl. Rb. Limburg 16 oktober 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6120, ro. 9. In die zaak is de voorzieningenrechter van oordeel dat een omgevingsvergunning voor het realiseren van een tuinhuis in afwijking van het bestemmingsplan in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, onder meer omdat verweerder niet is ingegaan op alternatieven waarbij vergunninghouder met aanpassingen van het bouwplan een gelijkwaardig resultaat zou kunnen bereiken met minder nadeel voor eisers.

⁶¹ ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1765, ro. 5.1.

⁵⁹ Verhoeven, *M en R* 2022/72.

gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren.⁶² Hierbij dienen voor- en nadelen te worden meegenomen.⁶³ Volgens Verhoeven vraagt het beoordelingskader van het evenredigheidsbeginsel om meer ruimte om naar alternatieven te kijken.⁶⁴ Zou dat dan zover moeten gaan dat het bestuur ook alternatieven moet meenemen die buiten de aanvraag vallen?⁶⁵ Wij signaleren dat een dergelijke ontwikkeling in de beoordeling van evenredigheid – waarbij de strikte koppeling tussen aanvraag en vergunningverlening zou worden losgelaten – ten koste gaat van rechtszekerheid van de initiatiefnemer. In de tweede plaats vormt het specialiteitsbeginsel een belangrijke beperking voor de reikwijdte van de evenredigheidstoets. Het specialiteitsbeginsel verlangt dat het bestuur bij de uitoefening van een bestuursbevoegdheid handelt binnen de door de wetgever gestelde kaders (art. 3:4 lid 1 Awb). De wetgever kan het bestuur meer of minder beleidsruimte laten om belangen te wegen. Zo is bij een buitenplanse omgevingsplanactiviteit de bevoegdheid om met het oog op ‘een evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ belangen te wegen ruim. Ook die ruimte is evenwel begrensd. Naar ons oordeel zou de toegenomen aandacht voor evenredigheid niet ten koste moeten gaan van andere bestuursrechtelijke beginselen die eveneens een belangrijke waarborgfunctie vervullen in de besluitvorming over activiteiten in de fysieke leefomgeving. Wij zien in evenredigheid 2.0 dan ook geen aanleiding voor wijziging van de rechtspraak over de alternatieventoets.

7. Slot

Met de introductie van de Omgevingswet is door de wetgever op verschillende punten nadrukkelijk beoogd flexibiliteit mogelijk te maken. Meer bestuurlijke afwegingsruimte, meer open normen en vaker discretionaire bevoegdheden leiden tot meer aandacht voor enerzijds het rechtszekerheidsbeginsel en anderzijds het evenredigheidsbeginsel. Het evenredigheidsbeginsel stond centraal in deze bijdrage, ook omdat in het algemene bestuursrecht juist de toepassing van en de toetsing aan dit beginsel de afgelopen jaren een behoorlijke ontwikkeling heeft doorgemaakt. Het evenredigheidsbeginsel is geëvolueerd door daarbij drie stappen te onderscheiden in de beoordeling: geschikt, noodzakelijk en evenwichtig. En door de notie dat er intensiever getoetst moet worden. Ook lijken de bestuursrechters bereid de toepassing van in bestuurswetgeving opgenomen gebonden bevoegdheden aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen. Tot op heden

accepteert de bestuursrechter evenwel niet het afwijken van een wet in formele zin op grond van het evenredigheidsbeginsel indien de daarvoor naar voren gebrachte argumenten verdisconteerd zijn in de wettelijke regeling. Mogelijk wordt die mogelijkheid toch geboden met de voorgestelde wijziging van art. 3:4 lid 2 Awb.

In het bovenstaande hebben we in navolging van anderen laten zien dat het toepassen van de norm ‘evenwichtige toedeling van functies aan locaties’ voor het omgevingsplan (art. 4:2 Ow) en voor het verlenen van een vergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit, in hoge mate gelijk opgaat met het toepassen van het evenredigheidsbeginsel op grond van art. 3:4 lid 2 Awb. Daargelaten dat de voor het omgevingsplan vereiste belangenafweging gericht moet zijn op de specifieke belangen die bescherming hebben gekregen in de Omgevingswet, kan zelfs de vraag worden gesteld of een onevenredige regel in het omgevingsplan mogelijk is zonder de conclusie dat strijd ontstaat met de evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Met Karens herhalen we dat de regering in de toelichting eigenlijk onvoldoende helder maakte of de evenwichtige toedeling ook ziet op de bij de regel betrokken particuliere belangen. Dat is wellicht niet altijd helemaal het geval. En daarom blijkt ook dat er bij (zeer) ingrijpende regels van het omgevingsplan, die mogelijk ook raken aan internationaal beschermde fundamentele rechten als het eigendomsrecht, meer nadruk komt op de toepassing van en toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij met name gedacht moet worden aan de evenwichtigheid van de regel.

Voor de omgevingsvergunningen signaleren we dat het op basis van de bestuursbevoegdheden in het Bkl lastig is vast te stellen in hoeverre het evenredigheidsbeginsel van betekenis is bij besluitvorming. Volgens de bestuursrechtelijke dogmatiek is de ruimte voor een belangenafweging exclusief voorbehouden aan bevoegdheden met beleidsruimte. Maar in het omgevingsrecht blijken de schotten tussen ‘beleidsruimte’ en ‘beoordelingsruimte’ niet waterdicht. Meer in het algemeen is de vraag in hoeverre het onderscheid in de aard van de bevoegdheid met de gewijzigde kijk op het evenredigheidsbeginsel nog relevant is.

Biedt evenredigheid 2.0 in het omgevingsrecht ook meer ruimte om af te wijken van dwingende wettelijke voorschriften? Voor het omgevingsplan zien wij dat nog niet zo snel voor ons, gelet op de bestuurlijke afwegingsruimte en flexibiliteit die het stelsel voor dat instrument biedt. Voor de omgevingsvergunning is *contra legem*-werking in zeer bijzondere situaties denkbaar, maar veel hangt af van de omstandigheden van het geval. Evenredigheid 2.0 zet naar onze mening zeker niet de deur open naar een integrale afweging bij de beoordeling van

⁶² ABRvS 13 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:787 en ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2058. Zie ook voor het nieuwe recht: v.zr. Rb. Gelderland 11 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2126, ro. 18.

⁶³ ABRvS 15 februari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:606.

⁶⁴ Verhoeven, *M en R* 2022/72.

⁶⁵ Vgl. Rb. Limburg 16 oktober 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6120, ro. 9.

een meervoudige aanvraag waarbij sectorale beoordelingskaders kunnen worden doorbroken met het oog op het belang van de fysieke leefomgeving. Wel signaleren we dat het evenredigheidsbeginsel meer aanknopingspunten biedt voor een bemiddelende rol van het bestuur bij meerpartijenverhoudingen. Die ruimte om te beslissen over het evenwicht tussen tegengestelde belangen wordt wel beperkt door het bestuursrechtelijke uitgangspunt dat beslist moet worden op grondslag van de aanvraag en

binnen de kaders van de bevoegdheid (specialiteitsbeginsel)

Concluderend merken wij op dat de ontwikkelingen rondom het evenredigheidsbeginsel niet alleen relevantie hebben in het algemene bestuursrecht, maar dat de introductie van de Omgevingswet naar wij verwachten een belangrijke katalysator zal zijn voor de relevantie en de belangstelling voor het evenredigheidsbeginsel in de omgevingsrechtelijke praktijk. ●