

# 4. Actualiteitenoverzicht omgevingsrecht 2021

MR. A. KAMPHUIS

In dit actualiteitenoverzicht wordt een aantal van de meest interessante uitspraken uit het omgevingsrecht uit 2021 besproken. Opvallend is de centrale rol die het Europees recht in veel uitspraken speelt. Dit illustreert de toenemende invloed die 'Europa' heeft op het Nederlandse omgevingsrecht, zowel wat betreft de inhoud als het procesrecht. Verder valt op dat er steeds meer uitspraken komen over bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte, waarmee vooruitlopend op invoering van de Omgevingswet al met instrumenten uit deze wet wordt geëxperimenteerd.

## Verruiming toegang tot bestuursrechter

In 2021 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) naar aanleiding van een arrest van het Europese Hof van Justitie het Nederlandse uitgangspunt dat alleen een belanghebbende in beroep kan gaan bij de bestuursrechter overboord gezet. Naar aanleiding van ditzelfde arrest heeft de Afdeling bovendien een eind gemaakt aan het uitgangspunt dat alleen een partij die in een eerdere fase een zienswijze had ingediend tegen een ontwerpbesluit, na vaststelling van dat besluit in beroep bij de bestuursrechter kan gaan.

De twee baanbrekende uitspraken waarin de Afdeling tot deze oordelen is gekomen, hangen samen met het zogenoemde 'Varkens in Nood'-arrest van 14 januari 2021 van het Europese Hof.<sup>1</sup> In dit arrest heeft het Hof prejudiciële vragen beantwoord die de rechtbank Limburg eind december 2018 heeft gesteld over uitleg van het 'Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak en besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden', ook wel het Verdrag van Aarhus, uit 1998.<sup>2</sup> Zowel Nederland als de Europese Unie zijn partij bij dit Verdrag.

### Geen zienswijze; toch beroep

In het 'Varkens in Nood'-arrest oordeelde het Hof dat het Verdrag van Aarhus zich ertegen verzet – kort gezegd – dat de ontvankelijkheid van een beroep bij de rechter afhankelijk wordt gesteld van deelname aan de voorbereidingsprocedure voor het bestreden besluit. Dit was echter precies het uitgangspunt van het bestuursprocesrecht in Nederland.

Op grond van art. 6:13 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan immers – in het geval de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is – beroep bij de bestuursrechter alleen worden ingesteld door partijen die eerder een zienswijze hebben ingediend tegen het ontwerpbesluit ('personenfuik'). Bovendien kan in beroep alleen worden opgekomen tegen besluitonderdelen die ook in de zienswijze waren bestreden ('onderdelentrichter').

In haar uitspraak van 14 april 2021 concludeert de Afdeling dat deze systematiek in strijd is met het Verdrag van Aarhus. De wetgever zal art. 6:13 Awb moeten aanpassen. Zolang dat nog niet is gedaan, kiest de Afdeling uit een oogpunt van rechtsbescherming voor een ruimhartige uitleg van het Verdrag en zal de Afdeling in alle omgevingsrechtelijke zaken waarin de uitgebreide uniforme openbare voorbereidingsprocedure is toegepast, art. 6:13 Awb niet langer tegenwerpen aan belanghebbenden.<sup>3</sup> Bijvoorbeeld in procedures over bestemmingsplannen en uitgebreide omgevingsvergunningen wordt dus niet langer de procedurele eis gesteld dat alleen beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld door een partij die eerst een zienswijze had ingediend in de voorbereidingsprocedure.

### Geen belanghebbende; toch beroep

In een uitspraak van 4 mei 2021 heeft de Afdeling daar nog een schep bovenop gedaan. In deze uitspraak concludeerde de Afdeling op basis van het 'Varkens in Nood'-arrest dat het Nederlandse uitgangspunt dat alleen een belanghebbende beroep kan instellen bij de bestuursrechter (vastgelegd in art. 8.1 Awb) in sommige gevallen eveneens in strijd is met het Verdrag van Aarhus. Wanneer in de voorberei-

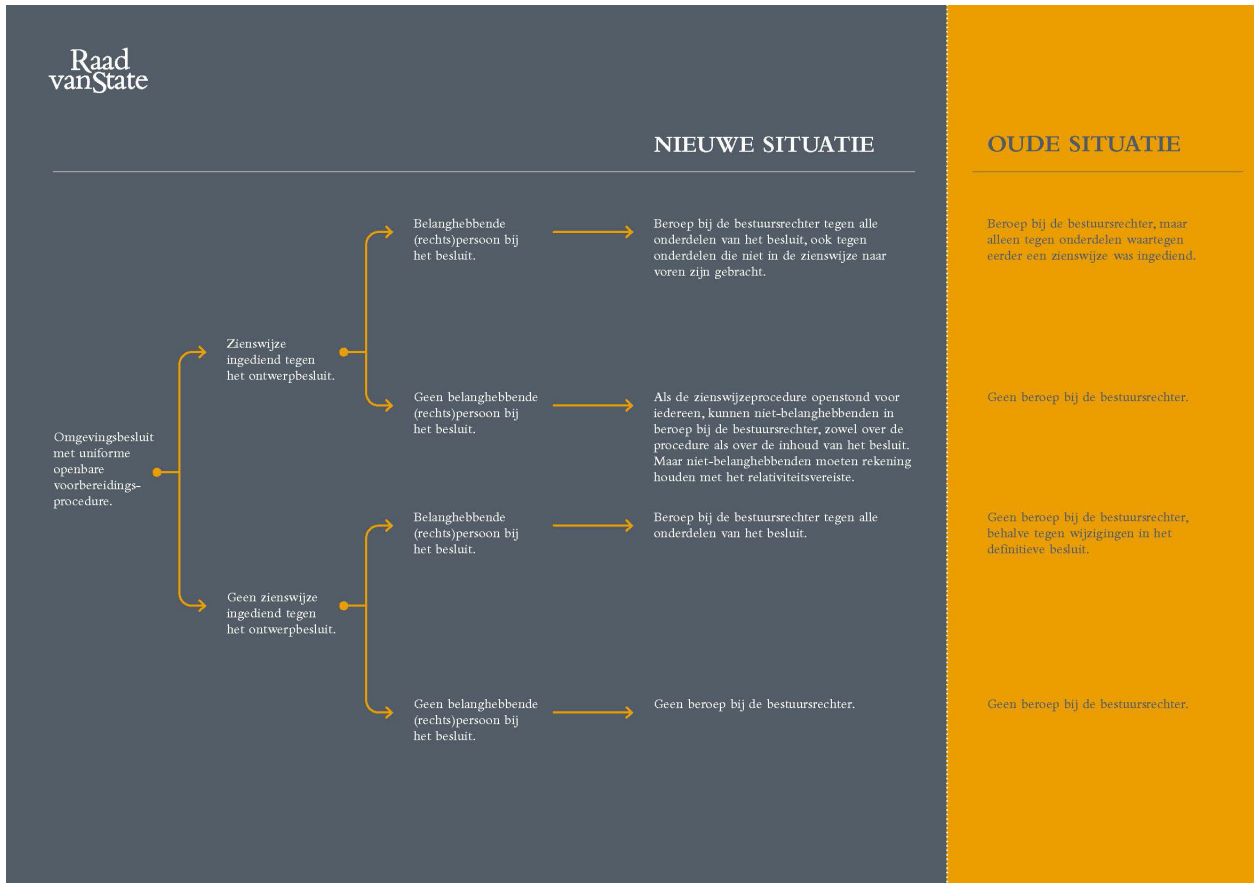
<sup>1</sup> HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, AB 2021/200, m.nt. A.G.A.

Nijmeijer e.a., *MenR* 2021/40, m.nt. V.M.Y. van 't Lam e.a., *NJB* 2021/580.

<sup>2</sup> Rb. Limburg 21 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:12159, AB 2019/177, m.nt. R.S. Wertheim, *JM* 2019/46, m.nt. E.J.H. Plambeck.

<sup>3</sup> ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:786, AB 2021/201, m.nt. A.G.A.

Nijmeijer e.a., *JB* 2021/87, m.nt. R.J.N. Schlössels, *NJB* 2021/1340, r.o. 4.3-4.10.



Bron: Raad van State

dingsprocedure iedereen (ook niet-belanghebbenden) een zienswijze mocht indienen tegen het ontwerpbesluit – zoals in procedures over bestemmingsplannen en uitgebreide omgevingsvergunningen –, dan moeten alle partijen die daadwerkelijk een zienswijze hebben ingediend ook beroep kunnen instellen bij de bestuursrechter, los van de vraag of zij al dan niet belanghebbend zijn. Voor zover art. 8.1 Awb daaraan in de weg staat, zal de wetgever dit moeten aanpassen. Totdat deze aanpassing heeft plaatsgevonden, zal de Afdeling dit artikel niet langer tegenwerpen aan niet-belanghebbenden die tegen het ontwerpbesluit een zienswijze hebben ingediend. Daarmee krijgen dus ook niet-belanghebbenden toegang tot de bestuursrechter, mits zij in de voorbereidingsfase een zienswijze hebben ingediend.<sup>4</sup>

In bovenstaand schema heeft de Raad van State de gevolgen voor de toegang tot de bestuursrechter van deze twee uitspraken op hoofdlijnen in beeld gebracht.

Belangrijk om te benadrukken is dat de twee hierboven besproken uitspraken alleen relevant zijn voor besluiten die met de uitgebreide voorbereidingsprocedure zijn voorbereid (met terinzagelegging van een ontwerpbesluit). Deze uitspraken hebben dus geen gevolgen voor beroepsprocedures tegen besluiten die zijn verleend met de reguliere proce-

dure. Bovendien blijft voor het recht om in *hogere* beroep te gaan onverkort de eis gelden dat altijd eerst beroep moet zijn ingesteld bij de rechtbank.<sup>5</sup>

#### Beperking toetsing tijdigheid voorafgaand bezwaar/beroep

De bestuursrechter toetst niet langer uit eigen beweging ('ambtshalve') of op initiatief van het bestuursorgaan of in een eerdere fase van de procedure een bezwaar- of beroepschrift tijdig is ingediend. Dat is de uitkomst van een uitspraak van 9 juli 2021 door de gemengde kamer, waarin de drie hoogste bestuursrechters zijn vertegenwoordigd (te weten de presidenten van de Centrale Raad van Beroep en van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de voorzitter van de Afdeling). Tot deze uitspraak kon het gebeuren dat wanneer bijvoorbeeld in de bezwaar-fase een bezwaarschrift te laat was ingediend, maar door het bestuursorgaan toch in behandeling was genomen, de bestuursrechter in beroep alsnog bepaalde dat het bezwaar vanwege de te late indiening niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. Vanaf 9 juli 2021 zal de bestuursrechter deze toetsing niet meer uit eigen beweging of op initiatief van het bestuursorgaan uitvoeren. Alleen wanneer een derde-belanghebbende (zoals de vergunninghouder) hier een punt van maakt, zal de bestuursrechter deze toetsing

4 ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, AB 2021/202, m.nt. A.G.A. Nijmeijer e.a., JB 2021/119, m.nt. redactie, NJB 2021/1524, r.o. 4.5-4.9.

5 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1679, r.o. 3, MenR 2021/124.

nog doen.<sup>6</sup> De Afdeling heeft zich in een uitspraak van 4 augustus 2021 formeel bij deze lijn aangesloten.<sup>7</sup>

## Belanghebbendheid

### Belanghebbendheid bezwaarden

Als de hierboven besproken uitzondering niet geldt – zoals bij omgevingsvergunningen die met de reguliere procedure zijn voorbereid – dan geldt nog steeds als uitgangspunt dat bezwaar/beroep alleen openstaat voor belanghebbenden.<sup>8</sup> Het is vaste rechtspraak van de Afdeling dat degene wie rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die het besluit toestaat, in beginsel belanghebbende is bij dat besluit. De Afdeling heeft op dit uitgangspunt een correctie geformuleerd: Een betrokkene die geen ‘gevolgen van enige betekenis’ ondervindt, heeft geen persoonlijk belang bij het besluit. Hij onderscheidt zich dan onvolgende van anderen. Zo oordeelde de Afdeling dat niet aannemelijk is dat omwonenden die op 545 meter afstand wonen van een zonnepark met landschappelijke inpassing hiervan gevolgen van enige betekenis zullen ondervinden. Om deze reden waren zij niet belanghebbend bij de voor het zonnepark verleende omgevingsvergunning.<sup>9</sup>

De Afdeling heeft verduidelijkt dat de correctie van het criterium van ‘gevolgen van enige betekenis’ niet wordt gehanteerd als het gaat om de beoordeling van de belanghebbendheid van concurrenten.<sup>10</sup> Bij concurrenten gaat de Afdeling er in beginsel vanuit dat feitelijke gevolgen (zoals omzetverlies) kunnen worden ondervonden indien de concurrent werkzaam is in hetzelfde marktsegment en in hetzelfde verzorgingsgebied als de in het besluit voorziene activiteit.

### Belanghebbendheid aanvrager

Bij ontvangst van een vergunningaanvraag zal ook de belanghebbendheid van de aanvrager moeten worden beoordeeld. Een aanvraag kan namelijk alleen worden ingediend door een belanghebbende. Als een niet-belanghebbende verzoekt om bijvoorbeeld een omgevingsvergunning, moet het College van B&W dat verzoek buiten behandeling stellen.

In een uitspraak van 29 september 2021 zet de Afdeling uiteen dat bij beoordeling van de belanghebbendheid van de aanvrager de hoofdregel geldt dat degene die een verzoek om een vergunning indient in beginsel wordt

verondersteld belanghebbende te zijn. Dit kan volgens de Afdeling anders zijn als het verzoek om het verlenen van de vergunning betrekking heeft op gronden die bij een ander in eigendom zijn of waarop een ander zakelijke rechten heeft. Als aannemelijk is gemaakt dat de voorgenomen activiteit niet kan worden verwezenlijkt omdat de rechthebbende hiervoor geen toestemming wil geven en er geen mogelijkheid bestaat om de activiteit te verwezenlijken tegen de wens van de rechthebbende in, dan is de verzoeker geen belanghebbende. De Afdeling wijst erop dat deze jurisprudentielijn niet alleen van toepassing is bij bouwomgevingsvergunningen, maar ook bij bijvoorbeeld kapomgevingsvergunningen, omgevingsvergunningen voor het afwijken van het bestemmingsplan, vergunningen op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken en watervergunningen.<sup>11</sup>

Voor de aanvrager van een omgevingsvergunning voor bouwen van een opstelplaats voor winkelwagens op grond van de gemeente ging het mis in een uitspraak van 3 februari 2021. Met de gemeente was wel over een gebruiksovereenkomst gesproken, maar vast stond dat deze nooit was ondertekend en dus niet definitief was geworden. Of er desondanks toch een gebruiksovereenkomst tot stand was gekomen, is volgens de Afdeling aan de civiele rechter. Hierom en omdat de gemeente in een e-mail uitdrukkelijk had laten weten geen toestemming te verlenen voor het gebruik van haar grond, was er volgens de Afdeling een privaatrechtelijke belemmering die aan realisatie van het aangevraagde bouwplan in de weg staat. Het verzoek om vergunningverlening was om deze reden niet afkomstig van een belanghebbende. Het College van B&W kon dit verzoek dan ook buiten behandeling stellen.<sup>12</sup>

In de uitspraak van 29 september 2021 was het juist de gemeente die een vergunningaanvraag had ingediend voor het realiseren van acht woningen op grond van een ander. De grondeigenaar voerde aan dat er geen overeenstemming over verkoop was bereikt, zodat het bouwplan niet kon worden verwezenlijkt en de gemeente dus geen belanghebbende was. De Afdeling ging hierin niet mee. De door de gemeente aangevraagde omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan geeft namelijk een grondslag voor onteigening van de grond. Het gemeentebestuur heeft laten weten daarvan daadwerkelijk gebruik te zullen maken, als de onderhandelingen niet tot resultaat leiden. De gemeente is volgens de Afdeling in dit geval dan ook wel degelijk belanghebbende, zodat de aanvraag terecht in behandeling is genomen.<sup>13</sup>

6 Centrale Raad van Beroep 9 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500, AB 2021/237, m.nt. R. Ortlep, *Gst.* 2021/110, m.nt. R. Stijnen, *JB* 2021/150, m.nt. R.J.N. Schlössels, r.o. 4.2-4.6.

7 ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1730, AB 2021/269, m.nt. L.M. Koenraad, *NJB* 2021/2419, r.o. 5.

8 Art. 8:1 en art. 7:1 Awb.

9 ABRvS 13 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:36, *BR* 2021/33, m.nt. M.I. Jaarsma, r.o. 7 (deze uitspraak dateert overigens van vóór de uitspraak van 4 mei 2021).

10 ABRvS 10 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:518, *NJB* 2021/921, *TBR* 2021/59, m.nt. J. Wieland, r.o. 3.1.

11 ABRvS 29 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2173, AB 2021/308, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *Gst.* 2021/145, m.nt. J.W. van Zundert, r.o. 7-7.2.

12 ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:208, AB 2021/83, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, *BR* 2021/54, m.nt. J.A. Mohuddy, r.o. 3-3.2.

13 R.o. 7.3 van noot 9 hierboven.

## Bestemmingsplannen verbrede reikwijdte

In het afgelopen jaar heeft de Afdeling zich uitgesproken over diverse bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte, waarin bij wijze van experiment wordt vooruitgelopen op de ruimere en flexibelere mogelijkheden die de Omgevingswet gaat bieden.<sup>14</sup> Op het moment van schrijven van dit artikel wordt er door de rijksoverheid vanuit gegaan dat de Omgevingswet op 1 juli 2022 in werking treedt. De mogelijkheid om ervaring op te doen met de nieuwe opties die deze wet biedt en om duidelijkheid te krijgen over hoe de Afdeling hier tegenaan kijkt, is dan ook zeer welkom.

### Loslaten criterium ‘goede ruimte ordening’

In een regulier bestemmingsplan kunnen uitsluitend regels worden gesteld uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening. In het toekomstige omgevingsplan wordt dit criterium losgelaten. Daarop vooruitlopend is het mogelijk om in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte – net als in het omgevingsplan – regels te stellen die strekken ten behoeve van het bereiken en in stand houden van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit en het doelmatig beheren, gebruiken en ontwikkelen van de fysieke leefomgeving ter vervulling van maatschappelijke functies.<sup>15</sup> Als daarvan gebruik wordt gemaakt, beoordeelt de Afdeling daarom ook of – voor zover dat aan de orde is – de gemeenteraad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan in overeenstemming met deze criteria is vastgesteld.<sup>16</sup>

### Nieuwe opzet plan

Bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte kunnen een heel andere opzet hebben dan de reguliere bestemmingsplannen. Het door de Afdeling in de uitspraak van 24 november 2021 beoordeelde ‘Omgevingsplan Binckhorst’ biedt een goed voorbeeld. Op de verbeelding bij dit plan is aan het grootste deel van de gronden slechts één functie (‘Transformatiegebied’) toegekend. Alleen de hoofdstructuur (zoals grote verkeersaders, een kanaal en het railverkeer) hebben een afzonderlijke functie gekregen.

In het plan waren afzonderlijke regels opgenomen voor het toestaan van de al bestaande (bedrijfs)activiteiten en voor het toestaan van nieuwe activiteiten (of veranderen van bestaande activiteiten). Uitgangspunt daarbij is dat de bestaande activiteiten zijn toegestaan en zonder meer kunnen worden voortgezet en – onder voorwaarden – ook kunnen worden gewijzigd. Nieuwe activiteiten of wijzigingen van bestaande activiteiten die niet aan de voorwaarden voldoen, zijn alleen toegestaan na verkrijging van een omgevingsvergunning.

Hoewel de Afdeling fouten heeft geconstateerd in het plan, kon zij zich wel vinden in de heel globale verbeelding en gaat zij akkoord met de gekozen opzet van de planregels. Dat er geen specifieke bedrijfsbestemmingen zijn opgenomen voor de bestaande bedrijven, is volgens de Afdeling niet rechtsonzeker.<sup>17</sup> Goed om te benadrukken dat de opzet van dit ‘Omgevingsplan Binckhorst’ maar een voorbeeld is van wat mogelijk is.

### Open normen in planregels; verwijzen naar beleidsregels

In bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte wordt veelvuldig gebruikgemaakt van de mogelijkheid om in de planregels alleen een open norm op te nemen, die vervolgens wordt uitgewerkt in beleidsregels.<sup>18</sup> Ook in reguliere bestemmingsplannen is dit al mogelijk.<sup>19</sup> Denk bijvoorbeeld aan parkeerregelingen, waar in de planregels is bepaald dat in voldoende parkeergelegenheid moet worden voorzien (= open norm) en die voor het bepalen van de concrete parkeernorm verwijst naar de parkeernota (= beleidsregel).

In de uitspraak over het ‘Omgevingsplan Retailpark Belvédère’ heeft de Afdeling nadere kaders bepaald voor het toepassen van open normen. In dit plan waren in de planregels voor wat betreft de bebouwingsmogelijkheden alleen normen als ‘passende maatvoeringsnormen’ en ‘voldoende stedenbouwkundige kwaliteit’ opgenomen, met verwijzing naar een beleidsregel waarin concrete normen stonden, zoals de toegestane bouw- en goothoogte en het bebouwingspercentage. De Afdeling kon zich in deze planregeling niet vinden.

De in de planregels opgenomen open norm moet met het oog op de rechtszekerheid voldoende concreet en objectief worden begrensd. Ook om rechterlijke toetsing van het plan mogelijk te maken, moeten verbeelding en planregels zelf voldoende inzicht bieden in de bouw- en gebruiksmogelijkheden. Daarbij benadrukt de Afdeling het verschil tussen vaststelling van een bestemmingsplan (waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend) en van beleidsregels (waartegen alleen indirect kan worden opgenomen). Van beleidsregels kan bovendien altijd worden afgeweken. Of de in de planregels opgenomen open norm voldoende concreet en objectief begrensd is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Voor toetsing geeft de Afdeling vier aanwijzingen:

1. de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, zien;
2. het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de open norm;
3. de aanleiding voor het werken met een open norm; en

14 Deze experimenten zijn mogelijk op grond van art. 7c Besluit uitvoering Chw.

15 Art. 7c lid 1 onder a en b Besluit uitvoering Chw.

16 ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2649, r.o. 8.

17 ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2649, r.o. 25 en 12.

18 Op grond van art. 7c lid 6 Besluit uitvoering Chw.

19 Op grond van art. 3.1.2 lid 2 aanhef onder a Besluit ruimtelijke ordening.

4. de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop de open norm ziet. Daarbij is ook van betekenis op welk facet van een goede ruimtelijke ordening de open norm betrekking heeft en wat de aard en omvang van de effecten ervan voor de omgeving zijn.

De open normen in de planregels voor Retailpark Belvédère boden volgens de Afdeling onvoldoende inzicht in de bouw- en gebruiksmogelijkheden. Onderdelen van de in de beleidsregels opgenomen normering, zoals bijvoorbeeld de toegestane maatvoering, hadden in de planregels zelf opgenomen moeten worden. Of de planregels hadden andere concrete en objectieve aanknopingspunten moeten bevatten, bijvoorbeeld dat de toegelaten bebouwing qua omvang, hoogte en situering dient aan te sluiten bij de bebouwing in de omgeving.<sup>20</sup>

#### Meldingsplichten in planregels

In een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte kunnen meldingsplichten worden opgenomen. Dat betekent dat het dan verboden is om een activiteit te verrichten zonder voorafgaande melding.<sup>21</sup> De gemeenteraad van Borsele had een meldingsplicht opgenomen als zou worden overgegaan tot vestiging van een kleinschalig kampeerterrein. Daarbij was bepaald dat bij de melding een onderbouwing moest worden aangeleverd dat aan bepaalde voorwaarden werd voldaan. De Afdeling oordeelde dat het onverenigbaar is met het karakter van een meldingsplicht om de toelaatbaarheid van de activiteit afhankelijk te stellen van beoordelingsregels. Inherent aan een melding is immers juist dat er géén nader afwegingsmoment volgt.<sup>22</sup>

#### Andere website dan ruimtelijkeplannen.nl

Bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte kunnen via een andere website (en met afwijkende indelingen) worden gepubliceerd dan via ruimtelijkeplannen.nl.<sup>23</sup> Wanneer een gemeente een vastgesteld bestemmingsplan met verbrede reikwijdte zowel via ruimtelijkeplannen.nl als via een alternatieve website volledig ter beschikking stelt, dan geldt volgens de Afdeling bij een verschil tussen beide plannen de hoofdregel dat moet worden uitgegaan van het plan zoals op de landelijke voorziening ruimtelijkeplannen.nl staat.<sup>24</sup>

#### Bestemmingsplannen

Uiteraard zijn er in 2021 ook genoeg uitspraken over reguliere bestemmingsplannen gedaan.

#### Twee versies op ruimtelijkeplannen.nl

Ook in een uitspraak van 16 februari 2021 waren er twee versies van een bestemmingsplan gepubliceerd. Hierbij ging het echter om een regulier bestemmingsplan dat tweemaal op ruimtelijkeplannen.nl was geplaatst. Tussen beide versies zat een klein verschil. Volgens de voorzitter van de Afdeling was hiermee een rechtsonzekere situatie ontstaan. Deze kan worden weggenomen door beide versies te verwijderen en het ter beschikking stellen van een nieuwe versie, overeenkomend met het door de raad vastgestelde bestemmingsplan, waarna die versie opnieuw ter inzage moet worden gelegd.<sup>25</sup>

#### Parkeren

Dat de motivering rondom parkeren ingewikkeld blijft, laat de uitspraak over het bestemmingsplan ‘Madurodam’ zien. In het parkeeronderzoek was uitgegaan van een maximumaantal bezoekers. De Afdeling betwijfelt echter of dit aantal aannemelijk is gelet op de uitbreidingsmogelijkheden die het bestemmingsplan biedt, terwijl in de planregels geen maximumaantal is vastgelegd. Evenmin is in de planregels de beschikbaarheid van het aantal benodigde parkeerplaatsen geborgd. Deze borging acht de Afdeling wel noodzakelijk, aangezien uit het onderzoek blijkt dat in pieksituaties uitgeweken moet worden naar parkeerplaatsen in het World Forum. Madurodam heeft weliswaar een privaatrechtelijke overeenkomst gesloten over deze parkeerplaatsen, maar niet is uitgesloten dat die wordt beëindigd. De gemeenteraad zal deze gebreken moeten herstellen – bijvoorbeeld – door in de planregels een begrenzing van het maximaal aantal bezoekers op te nemen en vast te leggen dat gebruik voor meer bezoekers dan waarvoor op het eigen parkeerterrein plaats is, uitsluitend is toegestaan indien een aanvullende parkeergelegenheid beschikbaar is.<sup>26</sup>

Op 29 oktober 2021 heeft de voorzitter van de Afdeling zich in een voorlopige voorziening uitgelaten over toepassing van ‘Mobility as a Service’ (MaaS) als vorm van deelmobiliteit. Ten behoeve van de woongebouwen die het nieuwe bestemmingsplan mogelijk maakt, is MaaS een dienst waarbij voor een bepaald bedrag per maand gebruikgemaakt kan worden van mobiliteit op maat; voor alle bewoners zijn een aantal deelbakfietsen en deelauto’s beschikbaar gemaakt. Mede vanwege deze dienst, zouden er minder parkeerplaatsen op eigen terrein nodig zijn. De voorzitter betwijfelt dit. In het bestemmingsplan is namelijk niet geborgd dat MaaS gedurende een bepaalde periode beschikbaar wordt gesteld. Evenmin is geregeld dat de toekomstige gebruikers de deelauto’s ook daadwerkelijk moeten gebruiken; deelname aan MaaS is vrijwillig. Het bestemmingsplan wordt dan ook geschorst.<sup>27</sup>

20 ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388, *TBR* 2021/141, m.nt. B. Rademaker, r.o. 9.4-9.5; herhaald in ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2649, r.o. 18.2.

21 Art. 7c lid 5 Besluit uitvoering Chw.

22 ABRvS 18 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1845, *AB* 2021/331, m.nt. W.P. van der Meulen, r.o. 29.2.

23 Art. 7c lid 9 aanhef en onder a onderdeel 1 Besluit uitvoering Chw.

24 ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:913, *TBR* 2021/130 m.nt. K.M.G. Hamelink e.a., r.o. 12.6.

25 ABRvS 16 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:305, *TBR* 2021/32, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, r.o. 6.2-6.3.

26 ABRvS 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1971, r.o. 18.1-18.4.

27 Vz. ABRvS 29 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2403, r.o. 5.3-5.5.

Dat MaaS wel degelijk kan worden gebruikt ter motivering van een lagere parkeernorm, blijkt uit de uitspraak over de omgevingsvergunning voor het project 'Post Rotterdam'. Aan deze vergunning waren voorschriften verbonden waarin de beschikbaarheid van MaaS was geregeld voor zowel de toekomstige bewoners als de bezoekers van de te realiseren voorzieningen. In deze zaak concludeerde de Afdeling dat er geen grond was om aan de beschikbaarheid van MaaS te twijfelen.<sup>28</sup>

#### Aanvullende zienswijze toegestaan

Een aanvullende zienswijze tegen een ontwerpbestemmingsplan die buiten de zienswijzentermijn wordt ingediend, zal door het bestuursorgaan toch moeten worden meegenomen als deze betrekking heeft op plandelen die al waren bestreden in de eerste zienswijze die wel op tijd was ingediend. Volgens de Afdeling is er namelijk geen rechtsregel die zich er tegen verzet dat een zienswijze na afloop van de termijn nader wordt gemotiveerd. Bij wijze van uitzondering kan dit alleen anders zijn als de aanvullende zienswijze zodanig laat wordt ingediend, dat deze in redelijkheid niet meer behoeft te worden meegenomen.<sup>29</sup>

#### Motivering weigering bestemmingsplan

Als de gemeenteraad de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan wil weigeren, moet dit vanzelfsprekend goed worden gemotiveerd. Dit al helemaal als de gemeenteraad daarbij afwijkt van een positief voorstel van het College van B&W, waarbij is ingegaan op de verschillende ruimtelijke aspecten. Alleen verwijzen naar verslagen van de vergaderingen van de raadscommissie en de gemeenteraad, zonder dat daaruit kan worden afgeleid op welke (ruimtelijk relevante) gronden de raad haar weigering heeft gebaseerd, is onvoldoende.<sup>30</sup> Het feit dat de samenstelling van de gemeenteraad is gewijzigd, mag volgens de Afdeling wel een rol spelen, maar dat laat onverlet dat een besluit om een bestemmingsplan niet vast te stellen in de eerste plaats moet zijn ingegeven door ruimtelijke motieven.<sup>31</sup>

#### Weigering betalen plankosten

In een uitspraak van 26 augustus 2021 van de rechtbank Noord-Holland ging het om een weigering door het College van B&W om een omgevingsvergunning met bestemmingsplanafwijking te verlenen voor het strijdige gebruik van een perceel als parkeerterrein. Het College had tegen dit gebruik geen ruimtelijk bezwaar, maar weigerde de vergunning omdat de aanvrager geen anterieure overeenkomst met de gemeente wilde aangaan; de aanvrager had bezwaar tegen de hoogte van de daarin opgenomen bijdrage in de gemeentelijke plankosten. Volgens het College is het project zonder bijdrage in de plankosten financieel niet uitvoerbaar

en (mede) daarom in strijd met een goede ruimtelijke ordening.

De rechtbank wijst op rechtspraak van de Afdeling waaruit blijkt dat bij weigering van betaling sprake kan zijn van strijd met een goede ruimtelijke ordening. Volgens de rechtbank is dit echter alleen het geval als er ruimtelijke samenhang bestaat tussen de planwijziging waarvoor de financiële bijdrage wordt gevraagd enerzijds en het bestedingsdoel van die bijdrage anderzijds. De gevraagde financiële bijdrage moet bestemd zijn om een op zichzelf nadelige ruimtelijke ontwikkeling te compenseren. Daarbij denkt de rechtbank bijvoorbeeld aan het compenseren van het onttrekken van een openbare parkeerplaats (negatieve ruimtelijke ontwikkeling), door betaling van een bedrag aan een parkeerruimte (compensatie van de negatieve ruimtelijke ontwikkeling). Ook valt volgens de rechtbank te denken aan planschade; als een gewenste ruimtelijke ontwikkeling leidt tot ruimtelijk nadeel van derden kan worden geoordeeld dat sprake is van strijd met een goede ruimtelijke ordening als daar geen compensatie (door de initiatiefnemer) tegenover staat. Van dergelijke situaties is hier echter geen sprake. De bijdrage is niet bedoeld als compensatie van een nadelige ruimtelijke ontwikkeling, maar heeft slechts tot doel de gemeentelijke plankosten te dekken. De rechtbank vernietigt daarom de weigering en draagt het College op een nieuw besluit te nemen.<sup>32</sup> Interessant gaat zijn om te zien of de Afdeling de rechtbank hierin gaat volgen.

#### Natuurvergunning / stikstofdepositie

Sinds het onverbindend verklaren van de PAS in 2019 staan de stikstofgevolgen van ruimtelijke ontwikkelingen weer volop in de aandacht. Als niet kan worden uitgesloten dat een ontwikkeling leidt tot stikstofdepositie op een daarvoor gevoelig en al overbelast Natura 2000-gebied, dan is een natuurvergunning nodig. Deze natuurvergunning kan worden verkregen via een vergunning op basis van de Wet natuurbescherming of als onderdeel van een omgevingsvergunning.

#### Rekenmodel

Om de stikstofgevolgen van ontwikkelingen in kaart te brengen, wordt gewerkt met rekenmodellen. In een uitspraak van 20 januari 2021 over een Tracébesluit constateerde de Afdeling dat in het veel gebruikte model van AERIUS Calculator de stikstofdepositie van verkeer op een afstand van meer 5 kilometer afstand niet wordt meegenomen. Deze rekengrens is niet acceptabel. In navolging van het Europese Hof van Justitie oordeelt de Afdeling dat het gebruik van een rekenmodel alleen is toegestaan als daarmee 'volledige, precieze en definitieve constateringen en conclusies kunnen worden verkregen die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van de geplande

28 ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:569, r.o. 2 en 5.4.

29 ABRvS 19 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:807, r.o. 4.1.

30 ABRvS 7 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:736, BR 2021/50, m.nt. J.W. van Zundert, r.o. 3.2.

31 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1424, BR 2021/77, m.nt. J.W. van Zundert, r.o. 15.2.

32 Rb. Noord-Holland 26 augustus 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:7116, BR 2021/95, m.nt. E.W.J. de Groot e.a., r.o. 13.2-13.6.

werkzaamheden voor de betrokken Natura 2000-gebieden kunnen wegnemen'. De rekgrens van 5 km voldoet niet aan dit strenge criterium.<sup>33</sup>

### Intern salderen

Bij de beoordeling of een ruimtelijke ontwikkeling wat betreft stikstofdepositie significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, mag rekening worden gehouden met zogenoemd 'intern salderen'. Daarbij wordt de toename van stikstofdepositie van het project verminderd met de afname van stikstofdepositie die plaatsvindt door datzelfde project. Tot 1 januari 2020 was voor activiteiten die op basis van intern salderen geen significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied konden hebben, toch een natuurvergunning nodig. In de zogenoemde Logtsebaan-uitspraak heeft de Afdeling uitdrukkelijk overwogen dat die vergunningplicht per deze datum is vervallen.<sup>34</sup>

### Mitigerende maatregelen; extern salderen

Als significante gevolgen niet op voorhand zijn uit te sluiten, dan moet een passende beoordeling worden gemaakt. Als op basis daarvan zekerheid kan worden verkregen dat een ruimtelijke ontwikkeling niet leidt tot aantasting van het Natura 2000-gebied, dan kan voor die ontwikkeling de natuurvergunning worden verleend. Bij het maken van de passende beoordeling mag rekening worden gehouden met mitigerende maatregelen. Dat zijn maatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan voortvloeien te voorkomen/verminderen. Een voorbeeld van een mitigerende maatregel is 'extern salderen'. Daarbij wordt de toename van stikstofdepositie van een project verminderd met de afname van stikstofdepositie door een maatregel elders.

In een uitspraak van 24 november 2021 werden de schadelijke stikstofgevolgen van een infrastructureel plan vermindert (gemitigeerd) door opkoop van een agrarisch bedrijf en intrekking van de natuurvergunning van dat bedrijf. De Afdeling constateert dat deze maatregel naar zijn aard ook geschikt is om ingezet te worden als een zogenoemde instandhoudings- of passende maatregel. Dit zijn maatregelen die de overheid verplicht is om te nemen om te voldoen aan de *algemene* opgave om de te hoge stikstofdepositie in een Natura 2000-gebied terug te brengen. Volgens de Afdeling kan de beëindiging van het agrarische bedrijf alleen als mitigerende maatregel voor het individuele infrastructurele plan worden ingezet, als inzichtelijk kan worden gemaakt met welke andere (instandhoudings)maatregelen een (algemene) daling van de stikstofdepositie voor het Natura 2000-gebied kan worden gerealiseerd. Zou beëindiging van het agrarische bedrijf bijvoorbeeld de enige mogelijke

instandhoudingsmaatregel zijn, dan kan deze maatregel niet worden ingezet ter motivering van dit individuele project. Volgens de Afdeling was in deze zaak te weinig informatie gegeven om te kunnen beoordelen of er andere instandhoudingsmaatregelen mogelijk zijn.<sup>35</sup>

### Intrekken natuurvergunning

Sinds de PAS uitspraken in 2019 is er discussie geweest over de vraag of natuurvergunningen die onder de PAS tot stand waren gekomen, door het bevoegd gezag zouden moeten worden ingetrokken om de stikstofsituatie in overbelaste Natura 2000-gebieden te verbeteren. Volgens de afdeling biedt de Wet natuurbescherming een grondslag voor intrekking van een natuurvergunning als een achteruitgang van de natuurwaarden in een Natura 2000-gebied dreigt en de activiteit waarvoor de vergunning is verleend, daarop effect heeft. Bij een dreigende achteruitgang van de natuurwaarden, moet het bevoegd gezag passende maatregelen nemen om die achteruitgang te voorkomen. Als intrekking van de natuurvergunning de enige te treffen maatregel is, dan moet het bevoegd gezag tot intrekking overgegaan. Zijn er ook andere passende maatregelen denkbaar, dan kan ook daarvoor worden gekozen. Het bevoegd gezag moet dan wel inzichtelijk maken met welke andere maatregelen uitvoering wordt gegeven aan de noodzakelijke daling van stikstofdepositie binnen een afzienbare termijn.<sup>36</sup>

### Wijzigen tenaamstelling natuurvergunning

Zoals hierboven aangegeven, kan een natuurvergunning worden verkregen via een vergunning op basis van de Wet natuurbescherming of als onderdeel van een omgevingsvergunning. Voor zover het gaat om een omgevingsvergunning, is in de Wabo geregeld dat deze vergunning automatisch (van rechtswege) overgaat van de oorspronkelijke aanvrager op de partij die het project uiteindelijk daadwerkelijk uitvoert. In de Wet natuurbescherming is dit niet geregeld. Om een natuurvergunning die op basis van deze wet is verleend op een ander te laten overgaan, is daarom een besluit tot wijziging tenaamstelling nodig. Tegen zo'n besluit staat bezwaar/beroep open.<sup>37</sup>

### Vorbereidingsprocedure bij natuurvergunning

De Wet natuurbescherming kent een eigen procedure voor het verlenen van een natuurvergunning. Deze procedure voorziet niet in het verplicht ter inzage leggen van een ontwerpvergunning voordat op een aanvraag wordt beslist. Volgens de Afdeling in een uitspraak van 14 juli 2021 is het verlenen van inspraak bij natuurvergunningen echter verplicht op grond van de Europese Habitatrictlijn. In het vervolg zullen bevoegde gezagen, bij de behandeling van vergunningaanvragen dan ook verplicht de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing moeten

33 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:105, AB 2021/266, m.nt. R.H.W. Frins, JM 2021/40, m.nt. R. Olivier, MenR 2021/41, m.nt. M.M. Kaajan, NJB 2021/596, r.o. 69.2-69.5

34 ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71, AB 2021/264, m.nt. R.H.W. Frins, BR 2021/30, m.nt. C.M. Walgemoed, e.a., Gst. 2021/37, m.nt. redactie, JM 2021/41, m.nt. R. Olivier e.a., MenR 2021/42, m.nt. C.W. Backes, NJB 2021/438, TBR 2021/34, m.nt. M. van Velzen-de Boer, r.o. 1.3.

35 ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2627, r.o. 30.2-30.5.

36 R.o. 1.1-1.2 van de uitspraak genoemd bij noot 34 (ECLI:NL:RVS:2021:71).

37 ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:667, AB 2021/270, m.nt. P. Mendelts, BR 2021/59, m.nt. M. Buitenhuis e.a., JM 2021/101, m.nt. R. Olivier, MenR 2021/61, m.nt. M.M. Kaajan, NJB 2021/1251, TBR 2021/100, m.nt. R.H.W. Frins, r.o. 5.2 en 5.3.

verklaren. Deze verplichting baseert de Afdeling op het beginsel van Unietrouw.<sup>38</sup>

## Windturbines

### Windturbine-regels in Activiteitenbesluit

Als in een bestemmingsplan of omgevingsvergunning nieuwe windturbines mogelijk worden gemaakt, moet de ruimtelijke aanvaardbaarheid daarvan worden onderbouwd. In de praktijk wordt daarbij vaak aangesloten bij de windturbinebepalingen over onder meer geluid en slagschaduw uit het Activiteitenbesluit; onderzocht wordt dan of de nieuwe windturbines aan deze bepalingen kunnen voldoen. In een uitspraak van 30 juni 2021 heeft de Afdeling geoordeeld dat ten onrechte geen milieubeoordeling op grond van de SMB-richtlijn is gemaakt voor deze windturbinebepalingen uit het Activiteitenbesluit. Deze bepalingen zijn daarom in strijd met het Unierecht. De overheid zal nu alsnog zo'n milieubeoordeling moeten uitvoeren. Tot die tijd kan voor de ruimtelijke aanvaardbaarheid van nieuwe windturbines niet langer bij deze bepalingen uit het Activiteitenbesluit worden aangesloten. De Afdeling geeft in deze uitspraak nog mee dat aansluiting bij deze normen niet verplicht is. Gemeenten kunnen eigen normen hanteren. Die eigen normen moeten dan wel zijn voorzien van een actuele, deugdelijke, op zichzelf staande motivering die is toegesneden op de aan de orde zijnde situatie.<sup>39</sup> Extra werk dus bij plannen voor nieuwe windturbineparken.

### Financiële zekerheid verwijderen windturbines

In een uitspraak van 28 juli 2021 over een bestemmingsplan en omgevingsvergunning voor windturbines bij Oss constateert de Afdeling dat de gemeente niet bij de landelijke windturbinebepalingen had aangesloten, maar eigen strengere normen heeft toegepast. Toch ging het ook hier om meerdere redenen mis, onder meer omdat de gemeente had nagelaten om financiële zekerheid te eisen dat na uiterlijk 25 jaar de windturbines worden verwijderd. Op grond van de provinciale Verordening ruimte Noord-Brabant was dit vereist. De omstandigheid dat hierover kennelijk wel afspraken in een anterieure overeenkomst waren gemaakt, heft deze strijdigheid met de provinciale verordening niet op.<sup>40</sup>

## Monumenten

### Monumenten-omgevingsvergunning

Bij het verlenen van een monumenten-omgevingsvergunning dient het College van B&W de belangen van de aanvrager af te wegen tegen de belangen van het beschermde monument en moet rekening worden gehouden met het gebruik

dat van het monument wordt gemaakt. De aanvrager hoeft niet aan te tonen dat de aangevraagde wijziging van een monument *noodzakelijk* is voor het gebruik ervan. De Afdeling benadrukt verder dat het niet aan de rechter is om te bepalen of een wijziging een smaakvolle ingreep is en of het vanuit historisch perspectief passend is of vanuit artistiek perspectief mooi of lelijk. De rechter toetst enkel de door het College gemaakte belangenafweging.<sup>41</sup>

## Handhaving monumentenbescherming

In een uitspraak van 28 april 2021 heeft de Afdeling nog eens uiteengezet welke onderdelen van een monument vallen onder de bescherming van de monumentenaanwijzing. Beschermd is wat in de redengevende omschrijving bij het aanwijzingsbesluit is genoemd als zelfstandige eenheid. Daaronder valt alles wat bouwkundig en functioneel een onlosmakelijk geheel vormt. Daarbij is het civielrechtelijke onderscheid in onroerende en roerende zaken van toepassing. Dat betekent volgens de Afdeling dat zaken die naar verkeersopvatting deel uitmaken van de hoofdzaak of daarmee zodanig zijn verbonden dat zij daarvan niet kunnen worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht, dezelfde bescherming genieten als het monument waartoe zij behoren. In deze zaak was in de redengevende omschrijving alleen opgenomen dat het ging om een 'pand met gevel onder rijk gesneden rechte lijst'. Hoewel het interieur van het pand – zoals schouw, deuren, trap en plafond – niet expliciet in deze omschrijving wordt genoemd, betekent dat volgens de Afdeling dus niet dat hieraan geen bescherming toekomt.<sup>42</sup>

In deze zaak had het College van B&W een last onder dwangsom opgelegd omdat interieuronderdelen zouden zijn verwijderd. In de last was bepaald dat de verwijderde interieuronderdelen moesten worden gerestaureerd/gereconstrueerd. De Afdeling stelt voorop dat op grond van het rechtszekerheidsbeginsel een last zo duidelijk en concreet moet worden geformuleerd dat degene tot wie de last is gericht niet in het duister hoeft te tasten over wat gedaan of nagelaten moet worden om de overtreding te beëindigen. Aan dit criterium werd volgens de Afdeling niet voldaan, nu onduidelijk is of de monumentale interieuronderdelen nog aanwezig/intact waren op het moment dat het pand als rijksmonument werd aangewezen. De opgelegde last onder dwangsom evenals het inmiddels genomen invorderingsbesluit werden hierom vernietigd.<sup>43</sup>

## Handhaving

### Aanbevelingen voor toetsing evenredigheid

Op 7 juli 2021 brachten de staatsraden advocaat-generaal Withershoven en Wattel hun conclusie uit over de wijze

38 ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1507, *Gst.* 2021/112, m.nt. S.D.P. Kole, *JB* 2021/162, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele, *JM* 2021/133, m.nt. R. Olivier, r.o. 5.7-5.8.

39 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1396, *NJB* 2021/2089, *O&A* 2021/49, *TBR* 2021/110, m.nt. R. Benhadi, m.nt. 49 en 65-66.

40 ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1681, *JM* 2021/106, m.nt. F. Arents, *MenR* 2021/125, r.o. 15.3 en 20.3.

41 ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:562, r.o. 3.3 en 3.8.

42 ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:906, *BR* 2021/70, m.nt. J.A. Mohuddy, r.o. 6.1.

43 R.o. 6.2-6.4 van voornoemde uitspraak (ECLI:NL:RVS:2021:906).



waarop de bestuursrechter de evenredigheidstoets zou moeten uitvoeren bij bestuursrechtelijke herstelmaatregelen, zoals bij toetsing van een opgelegde last onder dwangsom. In de conclusie worden verschillende aanbevelingen gedaan. Zo wordt geadviseerd om bij het toetsen van de evenredigheid van een maatregel aan te sluiten bij de drietraps-evenredigheidstoets uit het Europese recht. Dat betekent dat de herstelmaatregel op de volgende drie punten moet worden beoordeeld:

1. geschiktheid van de maatregel;
2. noodzakelijk van de maatregel;
3. evenredigheid van de maatregel.

Bestuursrechters zouden volgens deze conclusie afscheid moeten nemen van de huidige systematiek waarbij alleen of marginaal/terughoudend wordt getoetst of vol/indringen. In plaats daarvan wordt een systeem aanbevolen waarin de toetsingsintensiteit ‘meeglijdt’ met het gewicht van de betrokken belangen, de mate van aantasting van grondrecht en de omstandigheden van het geval.

Deze conclusie is gevraagd door de Afdeling in een drietal zaken. In deze zaken moet de Afdeling nu uitspraak gaan doen. Pas als deze uitspraken zijn gedaan, is bekend of en welke aanbevelingen de Afdeling daadwerkelijk zal overnemen.

#### Geen invordering dwangsom herplantplicht

In een uitspraak van 30 juni 2021 vernietigde de Afdeling een invorderingsbesluit dat was genomen vanwege het niet nakomen van een in een last onder dwangsom opgelegde herplantplicht. De Afdeling stelt twee uitgangspunten voorop. Ten eerste het uitgangspunt dat aan het belang van invordering van een verbeurde dwangsom een zwaarwegend gewicht moet worden toegekend. Alleen in bijzondere omstandigheden kan hiervan worden afgezien. Ten tweede het uitgangspunt dat in een procedure tegen een invorderingsbesluit in beginsel niet met succes gronden naar voren kunnen worden gebracht die tegen de oorspronkelijke last onder dwangsom konden worden aangevoerd. Ook dit is alleen in uitzonderlijke gevallen anders. In deze uitspraak was zo’n uitzonderlijke situatie aan de orde. De Afdeling stelt namelijk vast dat de opgelegde herplant evident niet kan worden uitgevoerd vanwege aanwezigheid van een gasleiding precies op de bewuste plek. Nu de last onuitvoerbaar is, kon niet tot invordering van de dwangsom worden overgegaan.<sup>44</sup>

#### Welstandsexces

Handhavingzaken tegen welstandsexcessen trekken altijd aandacht. In een uitspraak van 28 april 2021 ging het om een woning in Heemstede waarvan de rode dakpannen waren vervangen door zwarte glimmende dakpannen. Het College van B&W ging hiertegen achteraf tot handhaving over. Volgens het College – in navolging van een welstands-

advies – leveren deze dakpannen een welstandsexces op omdat ze sterk afwijken van en afbreuk doen aan de omgeving. De opgelegde last onder dwangsom om de dakpannen weer te vervangen door rode dakpannen gelijk aan die van de naastgelegen woningen, wordt door de Afdeling in stand gelaten.<sup>45</sup>

#### Varia

##### Schaarse vergunningen alleen voor beperkte termijn

Op grond van de Dienstenwet, waarin de Europese Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd, worden vergunningen die schaars zijn als gevolg van een beperkt aantal beschikbare natuurlijke hulpbronnen of bruikbare technische mogelijkheden (natuurlijke schaarste) niet voor onbepaalde tijd verleend, maar voor een ‘passende beperkte duur’. Hoewel dat niet expliciet in de Dienstenwet is vastgelegd, geldt dit volgens de Afdeling ook voor vergunningen die schaars zijn als gevolg van een dwingende reden van algemeen belang (beleidsmatige schaarste), zoals bijvoorbeeld een standplaatsvergunning indien maar een beperkt aantal standplaatsen beschikbaar zijn.

Bij het bepalen van wat een passende beperkte duur is, moet volgens de Afdeling de terugverdientijd van noodzakelijke investeringen als factor worden meegenomen. Er moet voldoende tijd worden geboden om de noodzakelijke investeringen, inclusief de investeringen die lopende de geldigheidsduur van de vergunning redelijkerwijs gemaakt moeten worden, te kunnen afschrijven. Deze termijn hoeft niet per afzonderlijke vergunning of vergunninghouder te worden bepaald, aangezien dat tot willekeur leidt en niet verenigbaar is met de vereiste rechtszekerheid van (potentiele) gegadigden. Wel kan deze termijn per branche worden vastgesteld.

Bij de overgang van vergunningen voor onbepaalde tijd naar vergunningen met een beperkte geldigheidsduur, kan het nodig zijn dat de betrokken vergunninghouders extra tijd moet worden geboden om de door hen al gemaakte (kapitaal)investeringen redelijkerwijs af te kunnen schrijven. Deze overgangstermijn zal wel beperkt moeten blijven tot bijzondere situaties. Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarin het beleid plotseling is gewijzigd of waar de gemaakte investeringen sterk afwijken van wat gemiddeld gebruikelijk is.<sup>46</sup>

##### Huisvestingsverordening deels onverbindend

Vanwege de problemen in de woningmarkt, zetten gemeente in toenemende mate de instrumenten uit de Huisvestingswet voor regulering van de woonruimtevoorraad in, met een stijging van het aantal uitspraken over dit onderwerp als gevolg.

<sup>44</sup> ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1405, JB 2021/159, NJB 2021/1996, r.o. 2.2-2.5.

<sup>45</sup> ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:919, BR 2021/61, m.nt. C.M.M. van Mil, r.o. 10.5.

<sup>46</sup> ABRvS 21 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588, Gst. 2021/127, m.nt. A. Drahm, r.o. 4.2 en 5.1.

In een uitspraak van 23 juni 2021 heeft de Afdeling in een procedure over de weigering van vergunningen voor omzetting van zelfstandige woonruimte in onzelfstandige woonruimten (verkamering) geoordeeld dat de Nijmeegse Huisvestingsverordening deels in strijd was met de Huisvestingswet. De Afdeling wijst op art. 2 lid 1 Huisvestingswet, waaruit volgt dat de vergunningplicht voor omzetting van woonruimte alleen mag worden opgenomen met als doel het bestrijden van onevenwichtige en onevenredige effecten van schaarste aan woonruimte. Bij de vraag of de gemeente in hun huisvestingsverordening een vergunningplicht mogen opnemen, mag het bevorderen van de leefbaarheid dus geen rol spelen. Als er (met het oog op het voorkomen van schaarste) eenmaal een vergunningplicht geldt, mag leefbaarheid volgens de Afdeling overigens wel een rol spelen bij de vraag of de vergunning kan worden verleend.

In deze zaak kwam de Afdeling tot de conclusie dat de vergunningplicht voor omzetting van goedkope woningen (tot € 290.000) geoorloofd was. De gemeente had namelijk inzichtelijk gemaakt en voldoende onderbouwd dat deze vergunningplicht noodzakelijk en geschikt is voor het bestrijden van de effecten van schaarste aan goedkope woonruimte. De vergunningplicht voor duurdere woningen was daarentegen bedoeld om via een leefbaarheidstoets te kunnen beoordelen of verkamering uit een oogpunt van het voorkomen van overlast ongewenst is. Leefbaarheid mag niet het doel zijn van een vergunningplicht, zodat de vergunningplicht uit de Huisvestingsverordening van de gemeente in zoverre buiten toepassing moet worden gelaten.<sup>47</sup>

### Exceptieve toetsing

De uitspraak hierboven laat een voorbeeld van exceptieve toetsing zien, waarbij de rechter indirect (in een procedure over een vergunning) toetst of de achterliggende regelgeving (de Huisvestingsverordening) in overeenstemming is met hogere regelgeving of algemene rechtsbeginselen. Zoals ook uiteengezet in het actualiteitenoverzicht over 2020, hanteert de Afdeling bij exceptieve toetsing het evidentie-criterium, inhoudende dat bij wijze van exceptieve toets een regeling alleen onverbindend wordt geacht of buiten toepassing wordt gelaten indien deze evident in strijd is met de hogere regeling.<sup>48</sup> Aan het Hof van Justitie was de prejudiciële vraag voorgelegd of dit evidentie-criterium als het gaat om toetsing aan Unierecht is toegestaan. In haar arrest van 20 mei 2021 beantwoordt het Europese Hof deze vraag bevestigend. Daarbij merkt het Hof wel op dat dit criterium niet zodanig restrictief mag worden toegepast dat de daadwerkelijke nietigverklaring van een voorschrift wegens strijd met het Unierecht in feite louter fictief wordt.<sup>49</sup>

47 ABRvS 23 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1336, *JB* 2021/140, r.o. 5.2-5.7.

48 Zie A. Kamphuis, 'Actualiteitenoverzicht omgevingsrecht 2020', *VGFC* 2021/1, p. 22-23.

49 HvJ EU 20 mei 2021, ECLI:EU:C:2021:398, *BR* 2021/69, m.nt. M.G. Nielen, *NJB* 2021/1982, *O&A* 2021/21, m.nt. T.N. Sanders, *TBR* 2021/101, m.nt. R. Kegge, r.o. 75-77.

Uit een uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2021 volgt dat niet alleen bestuursrechtters exceptief moeten toetsen, maar soms ook bestuursorganen zelf. In deze zaak waren grondwerkzaamheden stilgelegd en een last onder dwangsom opgelegd omdat bodemvreemd materiaal en asbestverdacht materiaal werd toegepast. Volgens de appellant was het College van B&W daartoe niet bevoegd, omdat hij handelde in overeenstemming met de normen uit de gemeentelijke Nota Bodembeheer. Het College van B&W was echter van oordeel dat de in de Nota Bodembeheer opgenomen normen in strijd zijn met het Besluit Bodemkwaliteit en daarom buiten toepassing moeten blijven. De Afdeling oordeelde dat het College bevoegd was om deze exceptieve toetsing te maken. Daarbij wijst de Afdeling ter vergelijking naar de situatie waarin in het kader van een beroep tegen een omgevingsvergunning de verbindendheid van de betrokken bestemmingsplanregeling aan de orde wordt gesteld.<sup>50</sup>

### Planschade

#### Voorzienbaarheid/actieve risicoaanvaarding

Bij de beoordeling of een planologische wijziging waardoor schade wordt geleden voorzienbaar is, gaat het erom of ten tijde van de investeringsbeslissing (bijvoorbeeld het moment van aankoop van een perceel), voor een redelijk denkend en handelend koper, aanleiding bestond om rekening te houden met de kans dat er een planologische verslechtering zou kunnen optreden. De bestuursrechter moet de vraag of sprake is van voorzienbaarheid zonder terughoudendheid toetsen. Hiervoor is in beginsel geen specialistische kennis of ervaring, en dus ook niet de inschakeling van een deskundige, vereist.<sup>51</sup>

#### Normaal maatschappelijk risico

Op 3 november 2021 heeft de Afdeling een overzicht op hoofdlijnen gegeven van haar rechtspraak over de toepassing van het normale maatschappelijke risico. Hierin heeft de Afdeling de volgende handvatten gegeven voor het bepalen van de hoogte van de te hanteren drempel voor het normaal maatschappelijke risico:<sup>52</sup>

1. Indien de ontwikkeling naar aard en omvang binnen de ruimtelijke structuur van de omgeving en het gedurende een reeks van jaren gevoerde ruimtelijke beleid past, mag het bestuursorgaan een drempel van 5 procent van de waarde van de onroerende zaak toepassen.
2. Indien aan een van beide indicatoren maar voor een deel wordt voldaan, is het hanteren van een drempel van 4 procent in beginsel aangewezen.
3. Indien aan een van beide indicatoren in zijn geheel niet wordt voldaan of indien aan beide indicatoren deels

50 ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:590, *NJB* 2021/63, *TBR* 2021/63, r.o. 3.4.

51 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2402, *O&A* 2021/68, *TBR* 2021/144, m.nt. F.A. Mulder e.a., r.o. 5.2-5.3.

52 Zie r.o. 7.15 van bovengenoemde uitspraak (ECLI:NL:RVS:2021:2402). Deze handvatten zijn nog eens weergegeven en toegepast in ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2829, r.o. 6.5.

wordt voldaan, is het hanteren van een drempel van 3 procent in beginsel aangewezen.

4. Indien slechts aan een van beide indicatoren voor een deel wordt voldaan, of indien aan beide indicatoren in het geheel niet wordt voldaan, is in beginsel het toepassen van het wettelijke minimumforfait van 2 procent aangewezen.

#### Salamitactiek

In een uitspraak van 3 februari 2021 ging het om een afgevoerd planschadeverzoek vanwege een verleende vrijstelling voor het realiseren van twaalf bouwkavels en een op basis daarvan verleende omgevingsvergunning voor het bouwen van één van de kavels. De appellant vreesde een salamitactiek, waarbij steeds voor één woning een afzonderlijke bouw-omgevingsvergunning wordt verleend, waardoor de schade telkens onder de drempel voor het normaal maatschappelijk risico blijft. In reactie wijst de Afdeling erop dat als uitgangspunt geldt dat voor iedere planologische maatregel een vergelijking wordt gemaakt met het daaraan voorafgaande planologische regime en dat in beginsel op elk schadebedrag het normale maatschappelijke risico in mindering wordt gebracht. Echter, op deze regel wordt een uitzondering gemaakt als de elkaar opvolgende planologische maatregelen zo nauw met elkaar zijn verweven, dat de voor- en nadelen hiervan moeten worden geacht voort te vloeien uit één en dezelfde maatregel. Daarmee wordt volgens de Afdeling bescherming geboden tegen pogingen

om via een salamitactiek onder een planschadeclaim uit te komen. Concreet betekent dit dat bij eventueel volgende omgevingsvergunningen voor het realiseren van woningen in het kader van hetzelfde project kan worden bezien of van deze nauwe verwevenheid sprake is. Zo ja, dan ligt het in de rede om de planologische effecten in samenhang en cumulatief te beoordelen, zowel bij vaststelling van de omvang van de schade als de omvang van het normale maatschappelijke risico.<sup>53</sup>

#### Tot slot

Al met al leverde 2021 weer meer dan genoeg interessante uitspraken op. Als in dit nieuwe jaar de Omgevingswet daadwerkelijk in werking zal treden, zal het omgevingsrecht flink worden opgeschud. Dat gaat dan ongetwijfeld leiden tot een reeks vragen richting de bestuursrechter over uitleg van de nieuwe regels. Dat belooft dan voor volgend jaar een goed gevuld rechtspraakoverzicht.

#### Over de auteur



**Mr. A. Kamphuis**

Advocaat vastgoedrecht en partner bij AIM Advocaten.

<sup>53</sup> ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:218, BR 2021/42, m.nt. M.J.W. Timmer e.a., O&A 2021/8, r.o. 6.4-6.5.