

MASTER'S THESIS

Tussen voorzorg en evenredigheid: de implicaties van de ABRvS-uitspraak Woningssluiting Harderwijk voor de intensiteit van de evenredigheidstoets voor besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht waarbij het voorzorgsbeginsel toegepast wordt.

de Bruijne, E.A.

Award date:

2023

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

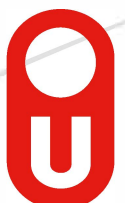
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 08. Sep. 2024

Open Universiteit
www.ou.nl



Tussen voorzorg en evenredigheid: de implicaties van de ABRvS-uitspraak *Woningssluiting Harderwijk* voor de intensiteit van de evenredigheidstoets voor besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht waarbij het voorzorgsbeginsel toegepast wordt.

Eindversie (21.12.2022)

Cursuscode: RM9906 (Scriptie)
Naam student: Emiel Adriaan de Bruijne
Studentnummer: 852335486
Begeleider: Mr. Dr. Gerrie Lodder
Examinator: Mr. Dr. Sander Kole
Aantal woorden: 13990

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	4
1.1	Achtergrond en onderzoeksvraag.....	4
1.2	Relevantie.....	5
1.3	Deelvragen, methodologie en opbouw.....	5
1.4	Afbakening.....	6
2	Het evenredigheidsbeginsel in het Nederlands bestuursrecht.....	7
2.1	Het evenredigheidsbeginsel: achtergrond en ontwikkelingen tot <i>Harderwijk</i>	7
2.1.1	Oorsprong en codificatie van het evenredigheidsbeginsel.....	7
2.1.2	De evenredigheidstoets van de bestuursrechter van Maxis & Praxis tot <i>Harderwijk</i>	8
2.2	<i>Harderwijk</i> en de gevolgen voor de evenredigheidstoets van de bestuursrechter.....	11
2.2.1	ABRvS-uitspraak <i>Harderwijk</i>	11
2.2.2	<i>Harderwijk</i> en de vaststelling van toetsingsintensiteit.....	12
2.3	Deelconclusies.....	13
3	Het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht.....	14
3.1	Oorsprong en interpretaties van het voorzorgsbeginsel.....	14
3.2	Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel.....	15
3.3	Het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht.....	17
3.3.1	Erkenning van het voorzorgsbeginsel in ABRvS-uitspraak <i>WGV</i>	17
3.3.2	De intensiteit van de evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten.....	18
3.4	Deelconclusies.....	19
4	De invloed van <i>Harderwijk</i> op de intensiteit van evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten	19
4.1	Is een standaard terughoudende evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht nog houdbaar na <i>Harderwijk</i> ?.....	20
4.1.1	Toetsingsintensiteit: een balans tussen de aard van geboden beleidsruimte en bij het besluit betrokken belangen.....	20
4.1.2	De politieke aard van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht.....	21
4.1.3	De betrokken algemene en individuele belangen bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht.....	22
4.2	Hoe dient de bestuursrechter bij het vaststellen van de toetsingsintensiteit rekening te houden met onzekerheden omtrent risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid?.....	22
4.2.1	Het vaststellen van toetsingsintensiteit in een context van onzekere risico's.....	22
4.2.2	Een bewijsmaatstaf voor onzekere risico's.....	23
4.2.3	Feitenonderzoek door de bestuursrechter in een context van onzekere risico's.....	27
4.3	Deelconclusies.....	30
5	Conclusies.....	31
	Literatuurlijst.....	34
	Aangehaalde jurisprudentie.....	38

1 Inleiding

1.1 Achtergrond en onderzoeksvraag

Het evenredigheidsbeginsel geldt als een belangrijke materiële norm voor besluitvorming door bestuursorganen.¹ Artikel 3:4 lid 2 Awb bepaalt dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De jurisprudentie van de ABRvS ging lange tijd uit van een terughoudende evenredigheidstoets van besluiten van bestuursorganen door de bestuursrechter op basis van artikel 3:4 lid 2 Awb. Bij deze toets – bekend als de Maxis-Praxis maatstaf – diende de bestuursrechter enkel na te gaan of een bestuursorgaan in redelijkheid tot diens besluit had kunnen komen.² Echter, na aanmerkelijke kritiek in de academische literatuur op deze terughoudende toetsing en na een conclusie van de Advocaten-Generaal Widdershoven en Wattel³ deed de ABRvS op 2 februari 2022 een uitspraak - bekend onder de naam *Woningssluiting Harderwijk* (**hierna: Harderwijk**) - waarin zij afstand neemt van de Maxis-Praxis maatstaf.⁴ De ABRvS overweegt in *Harderwijk* dat de intensiteit van de evenredigheidstoets van zoveel factoren afhangt dat sprake dient te zijn van een glijdende schaal van volle tot terughoudende toetsing.⁵ De toetsingsintensiteit dient per geval bepaald te worden op basis van meerdere factoren die onder meer zien op de betrokken algemene en individuele belangen, alsmede de mate waarin deze belangen door een besluit geraakt worden.⁶

De ABRvS heeft met *Harderwijk* de deur geopend voor een intensievere evenredigheidstoets. Deze nieuwe benadering van de evenredigheidstoets roept vragen op omtrent de manier waarop toetsingsintensiteit bepaald dient te worden in verschillende gebieden van het bestuursrecht en bij de toepassing van rechtsbeginselen die samenhangen met het evenredigheidsbeginsel.⁷ Een duidelijk voorbeeld hiervan betreft de toetsing van besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht waarbij het voorzorgsbeginsel een rol speelt (**hierna: voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht**). Het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht – sinds 2019 expliciet erkend door de ABRvS in haar uitspraak *Windpark Greenport Venlo*⁸ (**hierna: WGV**) – maakt het voor bestuursorganen mogelijk om voorzorgsmaatregelen te nemen met het oog op een goede ruimtelijke ordening indien geen wetenschappelijke zekerheid bestaat over risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid.⁹ Het besluit om dergelijke maatregelen te nemen dient daarbij te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel.

Harderwijk roept vragen op omtrent de opstelling van de bestuursrechter bij de evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht. De ABRvS koos in *WGV* namelijk expliciet voor een terughoudende toetsing van dergelijke besluiten wegens hun politieke aard. Dient de bestuursrechter nu – slechts enkele jaren later - over te gaan tot een intensievere toetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht? Bovendien: zelfs indien na *Harderwijk* een intensievere evenredigheidstoets mogelijk is, is het maar de vraag of de bestuursrechter op effectieve wijze de juiste toetsingsintensiteit kan bepalen. In gevallen waarin het voorzorgsbeginsel een rol speelt

¹ Bröring & de Graaf 2022, p. 399; Barkhuysen e.a. 2022, p. 121.

² ABRvS, 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

³ Concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468

⁴ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285

⁵ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

⁶ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

⁷ Overigens introduceert de ABRvS in *Harderwijk* ook een aantal criteria die toegepast kunnen worden voor de evenredigheidstoets: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin (zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie). Over de toepassing van deze criteria in verschillende rechtsgebieden en bij verschillende rechtsbeginselen kunnen ook vragen bestaan. Deze scriptie zal echter focussen op vragen omtrent het vaststellen van de toetsingsintensiteit.

⁸ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1

⁹ Onder maatregelen worden niet enkel concrete handelingen verstaan maar ook besluiten van een bestuursorgaan die bijvoorbeeld strekken tot weigering van een omgevingsvergunning of het stellen van aanvullende of strengere vergunningsvoorschriften.

bestaat er immers wetenschappelijke onzekerheid omtrent de aard en omvang van risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid. Hierdoor – en dit is een belangrijk punt in deze scriptie - kunnen zowel de betrokken belangen als de mate waarin deze worden geraakt moeilijk vastgesteld worden. Onduidelijkheid hieromtrent kan weer leiden tot de vaststelling van een verkeerde toetsingsintensiteit en dus een suboptimale toepassing van de evenredigheidstoets. Er bestaat dus een spanningsveld tussen intensievere evenredigheidstoetsing op basis van *Harderwijk* en de toepassing van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht op basis van *WGV*. Deze overwegingen leiden tot de volgende onderzoeksvraag:

Wat is de invloed van ABRvS-uitspraak Woningssluiting Harderwijk op de intensiteit van de evenredigheidstoetsing van besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht waarbij het voorzorgsbeginsel wordt toegepast?

1.2 Relevantie

De geformuleerde onderzoeksvraag heeft relevantie voor de verdere ontwikkeling van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht. Intensievere toetsing door de bestuursrechter van voorzorgsbesluiten zal immers een andere voorbereiding en motivering vergen van dergelijke besluiten door bestuursorganen. De onderzoeksvraag kan ook relevant zijn voor de ontwikkeling van het voorzorgsbeginsel buiten het ruimtelijke ordeningsrecht. Het voorzorgsbeginsel wordt bijvoorbeeld ook toegepast in zaken waarin de fundamentele rechten van het EVRM in het geding zijn.¹⁰ Onderzoek naar de mate waarin een intensievere evenredigheidstoets van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht noodzakelijke en mogelijk zal zijn na *Harderwijk* kan aanknopingspunten opleveren om de toepassing van het voorzorgsbeginsel in andere rechtsgebieden ook in lijn te houden met belangrijke ontwikkelingen in het algemeen bestuursrecht.

Het is relevant om te benadrukken dat de geformuleerde onderzoeksvraag niet enkel theoretische waarde heeft. De toenemende complexiteit van de moderne samenleving confronteert bestuursorganen in toenemende mate met vraagstukken waarbij risico's op voorhand niet volledig vastgesteld kunnen worden. Zo heeft de literatuur en jurisprudentie omtrent het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht betrekking op het de gezondheidsrisico's van het geluid van windmolens en zoönosen in de omgeving van geitenhouderijen.¹¹

1.3 Deelvragen, methodologie en opbouw

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag zal deze scriptie antwoord geven op vier deelvragen:

1. Wat is de achtergrond en rol van het evenredigheidsbeginsel in het Nederlands bestuursrecht en hoe dient de intensiteit van de evenredigheidstoets door de bestuursrechter vastgesteld te worden na *Harderwijk*?
2. Wat is de achtergrond en rol van het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht en wat was de intensiteit van evenredigheidstoetsing bij voorzorgsbesluiten tot *Harderwijk*?
3. Kan de tot nu toe toegepaste intensiteit van evenredigheidstoetsing bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht aangehouden worden na *Harderwijk*?
4. Hoe dient de bestuursrechter bij het vaststellen van de intensiteit van evenredigheidstoetsing bij voorzorgsbesluiten na *Harderwijk* rekening te houden met onzekerheden omtrent risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid?

¹⁰ Kegge 2020, p. 567; zie ook paragraaf 3.1 van deze scriptie.

¹¹ Zie de paragrafen 2.3.4, 2.3.5 en 3.4.2 van deze scriptie.

De scriptie heeft een juridisch-dogmatisch¹² onderzoeksdesign. De scriptie richt zich namelijk op de gevolgen van ontwikkelingen in de jurisprudentie omtrent een bepaald leerstuk (het evenredigheidsbeginsel) in het licht van de toepassing van een ander leerstuk (het voorzorgsbeginsel). Hierbij wordt met name gebruik gemaakt van relevante jurisprudentie en literatuur omtrent historische en huidige ontwikkelingen met betrekking tot deze leerstukken.

Het vervolg van deze scriptie is ingedeeld in vier hoofdstukken. In de hoofdstukken 2 en 3 worden respectievelijk het evenredigheidsbeginsel in het algemeen bestuursrecht en het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht besproken. Op basis van deze analyse wordt vervolgens de samenhang tussen deze beginselen besproken om te komen tot een duidelijke vaststelling van het spanningsveld tussen intensievere evenredigheidstoetsing op basis van *Harderwijk* en de toepassing van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht op basis van *WGV*. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens aangetoond dat – gezien de nieuwe lijn van *Harderwijk* - bij de vaststelling van toetsingsintensiteit bij voorzorgsbesluiten meer aandacht besteed dient te worden aan in het geding zijnde belangen en fundamentele rechten van burgers. In hetzelfde hoofdstuk wordt vervolgens ingegaan op de manier waarop de bestuursrechter - teneinde de juiste toetsingsintensiteit te bepalen - bij de vaststelling van relevante belangen en fundamentele rechten rekening dient te houden met onzekerheden omtrent risico's. In hoofdstuk 5 wordt antwoord gegeven op de onderzoeksvraag van deze scriptie.

1.4 Afbakening

Wegens de maximale omvang van deze scriptie is de analyse in de volgende hoofdstukken afgebakend op vier belangrijke punten. Ten eerste, heeft de scriptie enkel betrekking op de implicaties van *Harderwijk* voor de vaststelling van de intensiteit van evenredigheidstoetsing. Dit betekent dat de implicaties van *Harderwijk* voor andere aspecten van de evenredigheidstoets, zoals de toe te passen criteria van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin¹³ niet uitvoerig zullen worden besproken.¹⁴

Ten tweede, zal de scriptie enkel betrekking hebben op het voorzorgsbeginsel zoals toegepast in het ruimtelijke ordeningsrecht. Dit betekent dat de analyse in deze scriptie niet zal ingaan op de toepassing van het voorzorgsbeginsel in andere rechtsgebieden van het omgevingsrecht of daarbuiten. Zoals eerder besproken kunnen inzichten uit deze scriptie wel op indirecte wijze inspiratie bieden voor de evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten in andere rechtsgebieden.

Ten derde, zal een uitvoerige analyse van eventuele EU-rechtelijke perspectieven op de onderzoeksvraag uitblijven. In *Harderwijk* sluit de ABRvS weliswaar deels aan bij de EU-rechtelijke toepassing van de het evenredigheidsbeginsel door de introductie van de criteria geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin.¹⁵ In haar overwegingen omtrent toetsingsintensiteit sluit de ABRvS echter niet expliciet aan bij het EU-recht maar gaat zij uit van een veelheid aan factoren die de toetsingsintensiteit kunnen beïnvloeden.¹⁶ Daarom wordt in deze scriptie prioriteit gegeven aan overwegingen op basis van nationale wetgeving en jurisprudentie. Wel wordt in deze scriptie de Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel besproken in het kader van de expliciete toepassing ervan door de ABRvS bij de invulling van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke

¹² Dijck, Snel & van Golen 2018, p. 84.

¹³ Evenredigheid in enge zin zoals geïntroduceerd door de ABRvS in *Harderwijk* betreft de vraag of een besluit onder de specifieke omstandigheden van een geval “niet onredelijk bezwarend” is voor de belanghebbende. Zie met betrekking tot de geïntroduceerde criteria voor evenredigheid paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

¹⁴ Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie voor een algemene bespreking van deze criteria.

¹⁵ Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

¹⁶ Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

ordeningsrecht.¹⁷ Deze mededeling heeft namelijk wel enige invloed op de manier waarop toetsingsintensiteit vastgesteld wordt door de bestuursrechter.¹⁸

Ten slotte, biedt de vastgestelde maximale omvang van deze scriptie geen ruimte voor een bespreking van de invloed van de eventuele inwerkingtreding van de Omgevingswet op de onderzoeksvraag. Enkele overwegingen omtrent de Omgevingswet zijn, waar relevant, wel opgenomen in een voetnoot.

2 Het evenredigheidsbeginsel in het Nederlands bestuursrecht

In dit hoofdstuk volgt een analyse van de oorsprong, ontwikkeling en toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het Nederlands bestuursrecht. Uit de analyse zal blijken dat de ABRvS na een lange periode van terughoudende evenredigheidstoetsing van besluiten waarbij bestuursorganen beleidsruimte hebben nu toetsingsintensiteit op maat vergt waarbij rekening wordt gehouden met de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, alsmede de aard en het gewicht van betrokken algemene en individuele belangen.

2.1 Het evenredigheidsbeginsel: achtergrond en ontwikkelingen tot *Harderwijk*

2.1.1 Oorsprong en codificatie van het evenredigheidsbeginsel

Het evenredigheidsbeginsel is geen nieuw concept in het Nederlands bestuursrecht. De oudste naoorlogse bron van het beginsel die vaak wordt aangehaald in de literatuur¹⁹ en parlementaire geschiedenis²⁰ is het HR-arrest omtrent de *Doetinchemse woonruimtevoordering* uit 1949.²¹ De HR oordeelde met betrekking tot de vraag of de rechter de evenredigheid van de bevoegdheidsuitoefening van een overheid kan toetsen:

“dat voor tussenkomst van den rechter reden zou kunnen zijn, indien de voordering als een daad van willekeur zou zijn aan te merken; dat deze figuur zich voordoet, als moet worden aangenomen, dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een voordering heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad“.

Onder andere deze jurisprudentie bracht Wiarda reeds in 1952 tot de conclusie dat “evenwichtigheid” als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur beschouwd kan worden.²² Volgens Wiarda houdt dit beginsel in dat een “administratief orgaan” bij haar beslissing dient te verzekeren dat “aan de belangen, die daarbij in aanmerking behoorden te worden genomen, het juiste gewicht is toegekend en bij de afweging van die belangen de weegschaal behoorlijk is gehanteerd”.²³ Bröring en de Graaf brengen het beginsel van evenwichtigheid zoals gedefinieerd door Wiarda terecht in verband met het huidige evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht.²⁴

Het evenredigheidsbeginsel in haar huidige formulering²⁵ en met de expliciete verwijzing naar evenredige belangenafweging werd pas in 1994 opgenomen in de Awb onder het tweede lid van het

¹⁷ Zie paragraaf 3.2 van deze scriptie.

¹⁸ Zie paragraaf 3.3.2 van deze scriptie.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld: Ortlep & Zorg 2018, p. 22; Barkhuysen, Becker en Emmerik 2020, p. 21; Schlössels 2021, p. 132; Schlössels e.a. 2020, p. 214-215.

²⁰ *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, Nr. 3, p. 70.

²¹ HR, 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963.

²² Wiarda 1952, p. 84.

²³ Wiarda 1952, p. 84.

²⁴ Bröring & de Graaf 2022, p. 395 (noot 35).

²⁵ Overigens waren elementen van het evenredigheidsbeginsel reeds terug te vinden in het algemeen bestuursrecht van voor de Awb. Zowel de Artikel 4 lid 1 onder c van de Wet beroep administratieve beschikkingen (BAB, Stb. 1963, 268) uit 1963 als Artikel 8 lid 1 onder c van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (AROB, Stb. 1975, 284)) uit 1975 boden de mogelijkheid om een beschikkingen van een bestuursorgaan aan te

toenmalige artikel 3.2.3: “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.”

De formulering is, ondanks de verandering van het artikel- en lidnummer naar 3:4 lid 2 Awb, tot op heden identiek gebleven. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever middels deze bepaling streeft naar het voorkomen van “gevallen waarin de willekeur bestaat in onevenredigheid tussen doel en middel (met de daaraan voor belanghebbenden verbonden gevolgen)”.²⁶

Het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb geldt als beginsel van behoorlijk bestuur en als een belangrijke materiële norm voor de besluitvorming door bestuursorganen.²⁷ Het zijn immers bestuursorganen die op grond van het eerste lid van artikel 3:4 Awb de rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen dienen af te wegen en daarbij een *niet onevenredige* verhouding tussen de betrokken belangen dienen te verzekeren. Barkhuysen, Becker en Emmerik benadrukken dat het evenredigheidsbeginsel dus niet enkel een inspanning inhoudt voor een bestuursorgaan om belangen af te wegen maar ook een verplichting met betrekking tot het resultaat van die afweging.²⁸ Volgens Bröring en de Graaf dient bij de afweging het gewicht van de gemoeide belangen centraal te staan. Indien de geraakte individuele belangen zwaar wegen, dient het bestuursorgaan haar besluit te rechtvaardigen met een zwaarwegend algemeen belang.²⁹

Voor de bestuursrechter is artikel 3:4 lid 2 Awb een belangrijke toetsingsnorm³⁰ voor besluiten en hiermee een eventuele grond voor vernietiging ervan. Zoals Barkhuysen e.a. aangeven heeft deze toets relevantie voor besluiten waarbij bestuursorganen beleidsruimte genieten.³¹ Het zijn immers dergelijke besluiten waarbij een bestuursorgaan op basis van een belangenafweging dient na te gaan of en op welke manier het gebruik dient te maken van een aan haar toegekende bevoegdheid.³²

2.1.2 De evenredigheidstoets van de bestuursrechter van *Maxis & Praxis tot Harderwijk*

De codificatie van het evenredigheidsbeginsel in de Awb leidde aanvankelijk tot onzekerheid omtrent de wijze waarop de bestuursrechter besluiten aan het beginsel zou toetsen.³³ Een mogelijke reden hiervoor is de formulering van het beginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb die met haar verwijzing naar “niet-onevenredig” duidelijk afwijkt van de sinds het arrest *Doetinchemse woonruimtevoording* gebruikelijke focus op willekeur. Echter, al snel bevestigde de ABRvS dat het vast zou houden aan een terughoudende evenredigheidstoets. In 1996 overweegt de ABRvS in haar uitspraak *Maxis & Praxis*³⁴ dat de wetgever middels artikel 3:4 lid 2 Awb geen intensievere evenredigheidstoets door de bestuursrechter heeft beoogd. De ABRvS verwijst hierbij naar de parlementaire geschiedenis waarin de wetgever aangeeft dat de formulering “niet onevenredig” gekozen is met het oog op rechterlijke terughoudendheid.³⁵ Volgens de ABRvS dient de bestuursrechter daarom enkel na te gaan of een bestuursorgaan *in*

vechten indien het bestuursorgaan “bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen”. De Memorie van Toelichting op de Awb biedt verschillende voorbeelden uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie van deze periode waarin besluiten van bestuursorganen daadwerkelijk getoetst worden op evenredigheid (Kamerstukken II, 1988/89, 21221, Nr. 3, p. 70).

²⁶ *Kamerstukken II*, 1988/89, 21221, Nr. 3, p. 70.

²⁷ Bröring & de Graaf 2022, p. 399; Barkhuysen e.a. 2022, p. 121; Schlössels 2018, p. 430.

²⁸ Barkhuysen, Becker & Emmerik 2020, p. 21.

²⁹ Bröring & de Graaf 2022, p. 395.

³⁰ Barkhuysen, Becker & Emmerik 2020, p. 21.

³¹ Barkhuysen e.a. 2022, p. 121.

³² Huisman & Jak 2019, p. 213; Overigens werd in de jurisprudentie en de literatuur tot 2017 de term “beleidsvrijheid” gebezigd. Deze term is in 2017 door de Raad van State in haar jaarverslag (Raad van State, 2017, p. 61) vervangen door de term “beleidsruimte” om te signaleren dat van een rechtsvrije ruimte geen sprake is en dat bestuursorganen in de uitvoering van hun bevoegdheden gebonden zijn aan het recht. In deze scriptie zal dan ook de term “beleidsruimte” gebruikt worden.

³³ Schlössels e.a. 2020, p. 217; Ortlep & Zorg 2018, p. 22.

³⁴ ABRvS, 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

³⁵ ABRvS, 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

*redelijkheid tot haar besluit had kunnen komen.*³⁶ Hierbij beroept zij zich op de staatsrechtelijke scheiding tussen de rechter en het *politiek verantwoordelijke* bestuur.³⁷ De ratio achter deze redenering is volgens Barkhuysen, Becker en Emmerik dat het bestuur democratische legitimiteit geniet.³⁸ De ABRvS kiest in *Maxis & Praxis* dus uitdrukkelijk voor aansluiting bij de terughoudende evenredigheidstoetsing die reeds was ingezet in *Doetinchemse woonruimtevoordering* en waarbij het willekeurscriterium centraal staat. De ABRvS ziet de bestuursrechter dus, zoals zij het verwoordde in haar jaarverslag voor 2000, als grensrechter en niet als scheidsrechter.³⁹

De terughoudende toetsing van de ABRvS is voor een lange periode overgenomen door lagere bestuursrechters.⁴⁰ Echter, in de afgelopen jaren is deze terughoudende opstelling van de bestuursrechter bekritiseerd in de literatuur.⁴¹ Het VAR-advies van Hirsch Ballin⁴² uit 2015 wordt hierbij beschouwd als een toonaangevende publicatie.⁴³ Hirsch Ballin zet twee belangrijke kanttekeningen bij het argument dat terughoudende rechterlijke toetsing noodzakelijk is wegens de ruimte die de wetgever een bestuursorgaan geboden heeft om besluiten van politieke aard te nemen. Hiermee zijn deze kanttekeningen ook relevant voor de reeds besproken argumenten omtrent politieke legitimiteit van bestuursorganen die de ABRvS aanvoert voor de onderbouwing van de terughoudende Maxis-Praxis maatstaf. Hirsch Ballin geeft ten eerste aan dat bestuursorganen met name beleidsruimte krijgen wegens praktische noodzaak en de complexiteit die gemoeid is met het nemen van beslissingen.⁴⁴ Van een expliciete wens om bestuursorganen de ruimte te bieden om besluiten van politieke aard te nemen is dus vaak geen sprake.⁴⁵ Bovendien benadrukt Hirsch Ballin dat artikel 2:4 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid vervult en dus in de weg staat aan politisering van bestuursorganen.⁴⁶ Ten tweede, is het volgens Hirsch Ballin bezwaarlijk indien het bieden van beleidsruimte aan het bestuur leidt tot een “vacuüm” in de rechtsbescherming door de rechter. In een constitutioneel stelsel waarin de wetgever zich middels verdragen aan grondrechten voor burgers bindt dienen bestuursorganen dergelijke grondrechten in acht te nemen.⁴⁷ Volgens Hirsch Ballin is adequate rechterlijke toetsing juist noodzakelijk om de democratische legitimering te waarborgen van de wijze waarop bestuursorganen invulling geven aan hun beleidsruimte.⁴⁸ Hierbij is van belang dat de rechter een besluit toetst op rechtmatigheid maar ook op de expertise die is ingezet door het bestuursorgaan om tot het besluit te komen, alsmede de mate waarin het besluit betrokken rechten van private partijen in overweging neemt.⁴⁹ Rechtmatigheid, expertise en respect voor rechten van de burger zijn volgens Hirsch Ballin drie belangrijke constitutionele waarden. Hirsch Ballin benoemt hierbij expliciet de

³⁶ ABRvS, 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153.

³⁷ ABRvS, 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153; De ABRvS verwijst in deze uitspraak naar “de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen”.

³⁸ Barkhuysen, Becker & Emmerik 2020, p. 17.

³⁹ Raad van State 2000, p. 24.

⁴⁰ Barkhuysen 2015, p. 1583.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld: Huisman & Jak 2019, p. 221; Barkhuysen 2018, p. 603; Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 43

⁴² Hirsch Ballin 2015, p. 7-58.

⁴³ Zo gaan de Advocaten-Generaal Widdershoven en Wattel in hun conclusie omtrent *Harderwijk* expliciet in op de analyse van Hirsch Ballin. De Advocaten-General geven bovendien aan dat de analyse van Hirsch Ballin breed wordt gedeeld. Ten slotte, geven de Advocaten-General ook aan dat de kritiek van Hirsch Ballin heeft geleid tot een strengere evenredigheidstoetsing van bestuurlijke sancties door de ABRvS; Concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 3.2 en 4.4; zie ook: Barkhuysen, Becker & Emmerik 2020, p. 18; Ortlep & Zorg 2018, p. 23.

⁴⁴ Hirsch Ballin 2015, p. 26.

⁴⁵ Hirsch Ballin 2015, p. 26.

⁴⁶ Hirsch Ballin 2015, p. 26.

⁴⁷ Hirsch Ballin 2015, p. 27.

⁴⁸ Hirsch Ballin 2015, p. 56-57.

⁴⁹ Hirsch Ballin 2015, p. 52.

evenredigheidstoets als belangrijk instrument aangezien deze onderzoekt of er sprake is van de drie genoemde bronnen van legitimering.⁵⁰

De kritiek in de literatuur op de terughoudende toetsing door de bestuursrechter lijkt effect te hebben gehad.⁵¹ In de afgelopen jaren heeft de evenredigheidstoets door de bestuursrechter een ontwikkeling doorgemaakt richting toetsing met meer maatwerk. Verschillende auteurs verwijzen in deze periode naar een toenemende tendens in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters om besluiten van bestuursorganen intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.⁵² Zo vond intensievere toetsing plaats van de belangenafweging van de Minister van Economische Zaken omtrent instemming met het gaswinningsplan Groningen.⁵³ Een ander voorbeeld betreft de intensieve evenredigheidstoetsing van het combineren van een bestuurlijke boete met de sanctie van intrekking van een marktvergunning.⁵⁴ De ontwikkeling richting intensievere toetsing lijkt ook te worden erkend door de RvS in recente jaarverslagen.⁵⁵

Deze ontwikkeling richting evenredigheidstoetsing op maat werd in 2021 gevolgd door een verzoek van de voorzitter van de ABRvS aan de Advocaten-Generaal Widdershoven en Wattel om een conclusie omtrent, onder andere, de indringendheid van de evenredigheidstoets bij rechterlijke herstelsancties. Achtergrond van dit verzoek was een aantal hoger beroepen waarin de evenredigheid van opgelegde herstelsancties een centrale rol speelde.⁵⁶ De Advocaten-Generaal kwamen hetzelfde jaar met een conclusie die bestond uit twee hoofdpunten. Ten eerste, adviseerden de Advocaten-Generaal dat niet-bestaftende sancties en maatregelen op geïntegreerde wijze op evenredigheid worden getoetst waarbij in lijn met het EU- en EVRM-recht de criteria van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin worden toegepast.⁵⁷ Ten tweede, pleitten de Advocaten-Generaal ervoor om afscheid te nemen van het in hun ogen binaire systeem van toetsingsintensiteit waarbij een toets enkel terughoudend of vol kan zijn. In plaats daarvan dient de bestuursrechter voortaan een systeem toe te passen “waarin de toetsingsintensiteit traploos meeglijdt met het gewicht van de betrokken algemene en particuliere belangen, de mate van aantasting van grondrechten en de omstandigheden van het geval”.⁵⁸ Het is hierbij relevant dat de Advocaten-Generaal drie gradaties van toetsingsintensiteit onderscheiden die zij aan de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof ontleen.⁵⁹ Bij de terughoudende toetsing, aangeduid als “restraint, toetst de rechter of een besluit “niet onevenredig” is waarbij hij terughoudendheid betracht. Bij de toetsing op globale evenredigheid, aangeduid als “intermediate”, toetst de rechter of een besluit “evenredig” is waarbij wordt nagegaan of het besluit binnen een beperkte marge blijft. Bij de indringende toetsing, aangeduid als “intensive” wordt vol getoetst of een besluit “evenredig” is waarbij de afweging van het bestuursorgaan als juist of onjuist wordt beoordeeld. Bovendien beslist de rechter de zaak zelf indien deze enkel hangt op evenredigheid.

⁵⁰ Hirsch Ballin 2015, p. 52.

⁵¹ Dit wordt ook in de literatuur gesuggereerd. Zie bijvoorbeeld: Ortlep & Zorg 2018, p. 25.

⁵² Barkhuysen 2018, p. 603; Ortlep & Zorg 2018, p. 23-25; Barkhuysen & den Ouden 2018, p. 1007; Barkhuysen, Becker & Emmerik 2020, p.20; Barkhuysen & den Ouden 2020, p. 1046; Schuurmans, Leijten & Esser 2020, p. 43.

⁵³ ABRvS, 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, r.o. 18.4 en 32-33.2; zie ook: Ortlep & Zorg 2018, p. 24; Raad van State 2016, p. 66-67.

⁵⁴ ABRvS, 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863, r.o. 4.2; zie ook: Barkhuysen 2018, p. 603.

⁵⁵ Zo vermeldt de RvS in haar jaarverslag voor 2016 (Raad van State 2017, p. 30) dat zij boetebesluiten intensiever zal gaan toetsen op evenredigheid waarbij rekening wordt gehouden met “alle in het concrete geval relevante omstandigheden”. In het jaarverslag voor 2017 benadrukt de RvS deze ontwikkeling en geeft zij aan de term “marginale toetsing” niet meer te gebruiken omdat dit “een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert” (Raad van State 2018, p. 61).

⁵⁶ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334; ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335; ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

⁵⁷ Concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 0.5.

⁵⁸ Concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 0.6.

⁵⁹ Concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 0.6 en 8.3.3.

Ten slotte, is het ook relevant om het recente rapport van de ABRvS te benoemen waarin wordt gereflecteerd op de rol van de bestuursrechter in de kindertoelagenaffaire. In dit rapport concludeerde de ABRvS dat haar focus in de rechtspraak op rechtszekerheid en de daaruit voortvloeiende “strenge en strakke uitleg” van wetgeving in de weg stond aan het toepassen van het evenredigheidsbeginsel en dus het bieden van maatwerk in gevallen waarin burgers kleinere fouten hadden begaan.⁶⁰ De ABRvS stelt zich daarom als doel om in “knellende gevallen voor burgers” te zoeken naar een proportioneel resultaat waarbij onder andere de evenredigheidstoets als instrument kan worden ingezet.⁶¹ De kindertoelagenaffaire lijkt dus een extra impuls gegeven te hebben aan de evenredigheidstoetsing van de bestuursrechter omwille van het bieden van maatwerk.⁶²

2.2 Harderwijk en de gevolgen voor de evenredigheidstoets van de bestuursrechter

2.2.1 ABRvS-uitspraak Harderwijk

Op 2 februari 2022 en in navolging op de reeds besproken conclusie van de Advocaten-Generaal Widdershoven en Wattel deed de ABRvS de uitspraak *Harderwijk* waarin zij expliciet afstand neemt van de Maxis-Praxis maatstaf.⁶³ In de literatuur wordt deze uitspraak expliciet in verband gebracht met de eerder beschreven ontwikkeling van de jurisprudentie richting een intensievere en op maatwerk gerichte toetsing door de rechter maar ook met de rol van de rechtspraak in maatschappelijke vraagstukken zoals de toelagenaffaire.⁶⁴

Drie overwegingen in de uitspraak zijn richtinggevend voor de toekomstige toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Ten eerste, heeft de uitspraak niet enkel betrekking op herstelsancties maar op “alle besluiten waarbij het bestuursorgaan beleidsruimte heeft”.⁶⁵ Dit bestrijkt een breed scala aan categorieën van besluiten: “van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete tot besluiten tot het vaststellen van een bestemmingsplan”.⁶⁶ De ABRvS kiest voor deze brede benadering omdat het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb van toepassing is op alle soorten besluiten.⁶⁷ Het is bovendien relevant om te benoemen dat het volgens de ABRvS geen verschil maakt of de beschikbare beleidsruimte al dan niet ingevuld is met beleidsregels in lijn met artikel 4:81 lid 1 Awb.⁶⁸ Doorslaggevend is dus het bestaan van beleidsruimte en dus de noodzaak voor afweging van bij het besluit betrokken belangen.

Ten tweede, geeft de ABRvS aan dat zij de evenredigheid van besluiten waarbij bestuursorganen beleidsruimte hebben voortaan zal toetsen aan de drie criteria geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin.⁶⁹ De ABRvS sluit hiermee, zoals aangeraden door de Advocaten-Generaal, expliciet aan bij de evenredigheidstoets zoals toegepast in gevallen waarbij het EU-recht van toepassing is.⁷⁰ Geschiktheid houdt volgens de ABRvS een toets in omtrent de effectiviteit en de coherentie van een besluit.⁷¹ Noodzakelijkheid heeft betrekking op de vraag of er een keuze mogelijk is tussen meerdere

⁶⁰ Raad van State 2021, p. 24.

⁶¹ Raad van State 2021, p. 24; Toetsing van een bestreden besluit aan het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb wordt ook genoemd in bijlage 6 van het rapport dat een instrumentarium presenteert voor de bestuursrechter om een oplossing te bieden voor “knellende wetgeving en/of uitvoering van wetgeving”.

⁶² Ook Barkhuysen e.a. (2022, p. 244) brengen de kindertoelagenaffaire in verband met de roep om meer maatwerk en evenredigheidstoetsing; zie ook van Ettekhoven 2021, p. 107.

⁶³ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

⁶⁴ Schlössels 2022, p. 277; Koenraad & Riphagen 2022, p. 329; de Graaf & Marseille 2022, p. 307.

⁶⁵ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.3.

⁶⁶ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.3.

⁶⁷ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.3.

⁶⁸ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.1.

⁶⁹ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

⁷⁰ Zoals reeds besproken in paragraaf 1.4 zal deze scriptie niet ingaan op de toepassing van deze criteria.

⁷¹ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.7.

geschikte maatregelen. Indien dit het geval is, dient de minst belastende maatregel gekozen te worden.⁷² Evenredigheid in enge zin betreft de evenwichtigheid van een besluit. Hierbij staat de vraag centraal of een op zichzelf geschikt en noodzakelijk besluit onder de specifieke omstandigheden van een geval “niet onredelijk bezwarend” is voor de belanghebbende.⁷³ De ABRvS geeft aan dat per geval bepaald dient te worden welke criteria in de toets betrokken dienen te worden.⁷⁴ De evenredigheidstoets dient dus niet altijd alle criteria te bevatten.⁷⁵

Ten derde overweegt de ABRvS met betrekking tot de intensiteit van de toetsing dat deze van zoveel factoren afhangt dat hierbij sprake dient te zijn van een glijdende schaal van vol tot terughoudend.⁷⁶ Hierbij dient de intensiteit per geval te worden bepaald door onder meer⁷⁷:

- a) de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan;
- b) de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen; en
- c) de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt.

De ABRvS voegt hieraan toe dat de toetsing intensiever zal zijn naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten.⁷⁸

Het is tenslotte relevant om te benoemen dat de ABRvS expliciet de drie gradaties van toetsingsintensiteit zoals beschreven door de Advocaten-Generaal afwijst als vaste driedeling.⁷⁹ Een dergelijke indeling “doet afbreuk aan de verscheidenheid van situaties en de daarmee samenhangende noodzaak een glijdende schaal te kunnen toepassen”, aldus de ABRvS.

2.2.2 *Harderwijk en de vaststelling van toetsingsintensiteit*

Zoals reeds aangegeven heeft deze scriptie enkel betrekking op de implicaties van *Harderwijk* op de vaststelling van de intensiteit van evenredigheidstoetsing voor verzorgingsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht.⁸⁰ Het is daarom relevant om dieper in te gaan op de implicaties van de uitspraak voor de vaststelling van toetsingsintensiteit.

De ABRvS heeft met *Harderwijk* de deur geopend voor een intensievere evenredigheidstoets van besluiten waarbij bestuursorganen beleidsruimte hebben. Het is echter ook relevant om op te merken dat de ABRvS de terughoudende toets niet geheel over boord gooit. De ABRvS beoogt immers een glijdende schaal waarbij terughoudende toetsing ook tot de mogelijkheden behoort. Bovendien merkt Schlössels op dat de ABRvS overweegt dat het willekeurscriterium uit *Maxis & Praxis* niet meer *voorop zal staan*.⁸¹ Deze formulering lijkt inderdaad ruimte te bieden om in sommige gevallen toch terughoudend te toetsen op basis van het willekeurscriterium. Schlössels verwijst bovendien naar de formulering “niet onevenredig” in artikel 3:4 lid 2 waar nog steeds een opdracht van de wetgever tot

⁷² ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.7.

⁷³ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.7.

⁷⁴ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

⁷⁵ De uitspraak *Harderwijk* is hier zelf een voorbeeld van, aangezien de ABRvS niet ingaat op de geschiktheid van de woningsluiting als maatregel om een pand aan het drugscircuit te onttrekken (ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 8-13).

⁷⁶ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

⁷⁷ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

⁷⁸ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10; De ABRvS noemt ook twee “oriëntatiepunten” voor de vaststelling van toetsingsintensiteit, zijnde (i) de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en (ii) de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast. Zoals aangegeven door van Zanten (2022, p. 1104) is het niet geheel duidelijk hoe de genoemde factoren en oriëntatiepunten zich tot elkaar verhouden. Om deze reden zullen deze oriëntatiepunten in deze scriptie buiten beschouwing worden gelaten.

⁷⁹ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

⁸⁰ Zie paragraaf 1.4 van deze scriptie.

⁸¹ Schlössels 2022, p. 277.

terughoudende toetsing vanuit gaat.⁸² Zoals Schlössels aangeeft, biedt de uitspraak een algemeen raamwerk dat veel ruimte laat voor maatwerk en verdere uitwerking.⁸³ Een evenredigheidstoets op maat lijkt dus de hoofdboodschap van *Harderwijk*. Maatwerk dient hierbij gebaseerd te zijn op een afweging omtrent de beleidsruimte die een bestuursorgaan geniet, de algemene belangen die met een besluit worden nagestreefd, alsmede de door dat besluit geraakte individuele belangen en (fundamentele) rechten van burgers. De ABRvS overweegt immers dat de evenredigheidstoets intensiever zal zijn naarmate individuele belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten.⁸⁴

Hoewel de mogelijkheid tot maatwerk lijkt te beantwoorden aan de kritiek in de academische literatuur, roept het geïntroduceerde raamwerk vragen op omtrent de manier waarop de toetsingsintensiteit in de praktijk bepaald dient te worden door de bestuursrechter. De factoren en overwegingen⁸⁵ die de ABRvS bespreekt in verband met het bepalen van de toetsingsintensiteit zijn immers zeer algemeen en kunnen in verschillende deelgebieden van het bestuursrecht anders uitpakken gezien de grote verschillen in geboden beleidsruimte voor bestuursorganen, alsmede de betrokken algemene en particuliere belangen. Bovendien – en dit zal in latere paragrafen uitgebreider besproken worden⁸⁶ – is het niet altijd makkelijk voor de bestuursrechter om de betrokken algemene en individuele belangen en de mate waarin deze door een besluit worden geraakt daadwerkelijk vast te stellen. Barkhuysen en den Ouden gaan er dan ook terecht vanuit dat de glijdende schaal van toetsingsintensiteit de komende tijd zal leiden tot vragen en discussie.⁸⁷ Schlössels schat in dat over enkele jaren pas duidelijkheid zal bestaan over de toepassing van de glijdende schaal van toetsingsintensiteit, wanneer er voldoende jurisprudentie ontstaan is met betrekking tot verschillende soorten discretionaire besluiten.⁸⁸

2.3 Deelconclusies

Het evenredigheidsbeginsel heeft een lange geschiedenis als materiële norm voor besluiten van bestuursorganen en de toetsing van dergelijke besluiten door de bestuursrechter. De jurisprudentie van de ABRvS ging lange tijd uit van een terughoudende evenredigheidstoets waarbij enkel wordt nagegaan of een bestuursorgaan in redelijkheid tot haar besluit had kunnen komen. Na *Harderwijk* lijkt expliciet een nieuw hoofdstuk aangebroken te zijn voor de evenredigheidstoetsing van besluiten waarbij beleidsruimte bestaat voor het bestuursorgaan. De vaste Maxis-Praxis maatstaf heeft plaatsgemaakt voor een toets die gebaseerd is op drie criteria: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin. De intensiteit van deze toetsing is volgens de ABRvS afhankelijk van zoveel factoren dat hierbij sprake dient te zijn van een keuze voor intensiteit per geval op basis van een glijdende schaal van volle tot terughoudende intensiteit. De ABRvS gaat dus uit van een evenredigheidstoets die door middel van maatwerk recht doet aan de aard van de bevoegdheden van het bestuursorgaan en de betrokken algemene en individuele belangen. Deze focus op “toetsingsintensiteit op maat” roept echter vragen op omtrent de wijze van vaststelling van toetsingsintensiteit in verschillende rechtsgebieden en bij de toepassing van verschillende rechtsbeginselen die samenhangen met het evenredigheidsbeginsel. Zoals in de volgende delen zal blijken, biedt het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht een duidelijk voorbeeld hiervan.

⁸² Schlössels 2022, p. 277.

⁸³ Schlössels 2022, p. 276.

⁸⁴ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

⁸⁵ Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

⁸⁶ Zie paragrafen 4.2.1 – 4.2.3 van deze scriptie.

⁸⁷ Barkhuysen & den Ouden 2022, p. 1137.

⁸⁸ Schlössels 2022, p. 278; zie ook Koenraad & Riphagen 2022, p. 332.

3 Het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht

In dit hoofdstuk volgt een analyse van de oorsprong, ontwikkeling en toepassing van het voorzorgsbeginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht. Uit de analyse zal blijken dat besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht waarbij het voorzorgsbeginsel wordt toegepast dienen de voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Uit de analyse blijkt ook dat de jurisprudentielijn van de ABRvS omtrent voorzorgsbesluiten uitgaat van een terughoudende toetsing die waarschijnlijk overeenkomt met de Maxis-Praxis maatstaf.

3.1 Oorsprong en interpretaties van het voorzorgsbeginsel

Het voorzorgsbeginsel kent haar oorsprong in het internationaal milieurecht.⁸⁹ Het beginsel is opgenomen in een groot aantal internationale milieuverdragen en niet-bindende verklaringen en wordt door verschillende auteurs beschouwd als onderdeel van het internationaal gewoonterecht.⁹⁰ Verschillende publicaties halen beginsel 15 van de Verklaring van Rio de Janeiro inzake Milieu en Ontwikkeling aan als de meest gezaghebbende formulering van het voorzorgsbeginsel⁹¹:

*Bij dreiging van serieuze en onomkeerbare schade zal gebrek aan wetenschappelijke zekerheid niet gebruikt worden als reden voor het uitstellen van kosteneffectieve maatregelen om de aantasting van het milieu te voorkomen.*⁹²

Zoals aangegeven door Timmer kan het jaar 1992 beschouwd worden als een belangrijk jaar voor de positie van het beginsel als juridisch concept, gezien haar opname in twee gezaghebbende juridische documenten: de eerder genoemde VN-Verklaring van Rio de Janeiro omtrent Milieu en Ontwikkeling alsmede het Verdrag van Maastricht.⁹³ Hiermee werd het beginsel stevig verankerd in zowel het internationaal als het EU-milieurecht. Vanaf 2009 speelt het voorzorgsbeginsel ook een expliciete rol in het EVRM-recht. In *Tatar v. Roemenië* overwoog het EHRM namelijk dat het beginsel voortkomt uit de positieve verplichting van lidstaten om de rechten die vervat zijn in artikel 8 EVRM te waarborgen.⁹⁴

Er dient opgemerkt te worden dat er geen eenduidige juridische definitie bestaat van het beginsel in het internationaal en Europees milieurecht. Bovendien wordt het beginsel in sommige verdragen genoemd zonder expliciete definitie, zoals bijvoorbeeld het geval is in het eerder genoemde Verdrag van Maastricht.⁹⁵ Ook het EHRM geeft, ondanks haar expliciete verwijzing naar het voorzorgsbeginsel in *Tatar v. Roemenië* geen expliciete definitie van het beginsel.⁹⁶

In de literatuur wordt ook een gebrek aan een eenduidige invulling van het voorzorgsbeginsel benadrukt.⁹⁷ Wel worden op basis van de verschillende definities van het voorzorgsbeginsel drie hoofdelementen van het beginsel onderscheiden.⁹⁸ Ten eerste, dient er sprake te zijn van dreigende milieuschade. Ten tweede, dient er onzekerheid te bestaan omtrent de kans dat de dreigende schade daadwerkelijk optreedt. Deze onzekerheid kan naar mijn mening ook betrekking hebben op de omvang

⁸⁹ Trouwborst 2007, p. 199; Timmer 2014, p. 602; van der Velde 2015, p. 436.

⁹⁰ Barkhuysen 2010, p. 51-56

⁹¹ Zie bijvoorbeeld: WRR 2008, p. 130; Barkhuysen 2010, p. 53; Timmer 2014, p. 602; Timmer & van Triet 2017, p. 145.

⁹² De officiële Engelse formulering zoals neergelegd in beginsel 15 luidt: “Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

⁹³ Timmer 2014, p. 602; Barkhuysen 2010, p. 56.

⁹⁴ EHRM, 27 januari 2009, 67021/01 (*Tatar v. Roemenië*); Deze zaak had betrekking op vermeende gezondheidsklachten bij omwonenden van een goudmijn na het optreden van een ongeluk; zie ook: de Jong 2018, p. 215; Barkhuysen 2010, p. 62.

⁹⁵ Zie artikel 130R lid 2 van het Verdrag van Maastricht.

⁹⁶ EHRM, 27 januari 2009, 67021/01 (*Tatar v. Roemenië*), par. 120; Barkhuysen 2010, p. 63.

⁹⁷ Trouwborst 2007, p. 198-199; Timmer 2014, p. 602; Kegge 2020, p. 566.

⁹⁸ Gardiner 2005, p. 4; Trouwborst 2007, p. 199; Barkhuysen 2010, p. 49-50; Timmer 2014, p. 602.

van de dreigende schade. Ten derde, is er de actie die voortkomt uit de combinatie van de eerste twee elementen. Hoewel deze elementen dus in veel definities van het voorzorgsbeginsel te vinden zijn, lijken er verschillen te bestaan in de manier waarop deze elementen ingevuld en toegepast worden.⁹⁹ Uit de literatuur kunnen hieromtrent drie hoofdstroming onderscheiden worden.

De eerste stroming stelt het belang van milieubescherming voorop en gaat uit van een duidelijke plicht om tijdig maatregelen te nemen om onzekere dreiging voor het milieu en de gevolgen daarvan te voorkomen.¹⁰⁰ Een duidelijke beschrijving van deze stroming biedt Trouwborst die meent dat voorzorg weinig anders inhoudt dan “het nemen van preventieve maatregelen in een stadium dat vroeg genoeg is om onacceptabele milieueffecten daadwerkelijk voor te kunnen zijn – en in veel gevallen is dat ruim voordat het risico in kwestie wetenschappelijk ‘hard’ gemaakt is”.¹⁰¹

De tweede stroming is veel minder dwingend met betrekking tot het nemen van maatregelen om dreiging voor het milieu te voorkomen. Het is gebaseerd op het idee dat bestuursorganen het gebrek aan zekerheid omtrent dreiging voor het milieu en de gevolgen daarvan niet gebruiken als de reden om helemaal geen maatregelen te nemen.¹⁰² Volgens Schueler is deze stroming te beschouwen als een verweer tegen het argument “ik hoef of hoefde niets te doen, want het risico was heel onzeker”.¹⁰³ De eerder besproken formulering van het voorzorgsbeginsel in beginsel 15 van de Verklaring van Rio de Janeiro inzake Milieu en Ontwikkeling is een duidelijk voorbeeld van deze stroming.¹⁰⁴

De derde stroming lijkt een middenweg te kiezen tussen de sterke en zwakke stromingen. Zij is gebaseerd op het idee dat het voorzorgsbeginsel een expliciete rol speelt naast andere milieukundige, economische of maatschappelijke overwegingen die kunnen spelen bij het bepalen van de juiste omgang met onzekere risico's. Deze stroming, die in de Nederlandse discussie omtrent het voorzorgsbeginsel beschreven is door de Wetenschappelijke Raad van het Regeringsbeleid (**hierna: WRR**), is gebaseerd op een notie van voorzorg als een proces waarbij risico's actief onderzocht, geïdentificeerd en gemonitord dienen te worden waarna eventuele maatregelen worden gekozen met inachtneming van verschillende perspectieven die omtrent het risico kunnen bestaan.¹⁰⁵ Schueler vat de stroming samen als “bij onzekerheid zorgvuldig handelen” en bestempelt het als de “proactieve contextuele variant”.¹⁰⁶ Het is relevant om op te merken dat de uitleg die de WRR geeft aan de derde stroming in belangrijke opzichten overeenkomt met de benadering van het voorzorgsbeginsel die is vastgelegd op EU-niveau in de Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel.¹⁰⁷ Deze mededeling is wederom bepalend voor de invulling van het voorzorgsbeginsel door de bestuursrechter in het ruimtelijke ordeningsrecht. Daarom zal zij in de volgende paragraaf uitgebreider besproken worden.

3.2 Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel

Zoals eerder besproken is het voorzorgsbeginsel een erkend beginsel in het Europees milieurecht. Artikel 191 lid 2 VWEU bepaalt expliciet dat het milieubeleid van de Europese Unie berust op het voorzorgsbeginsel. In een mededeling uit 2000 biedt de Europese Commissie over het

⁹⁹ Barkhuysen 2010, p. 50.

¹⁰⁰ Soule 2000, 316.

¹⁰¹ Trouwborst 2007, p. 199.

¹⁰² Soule 2000, p. 314; Bodansky 2004, p 384; Schueler 2009, p. 16.

¹⁰³ Schueler 2009, p. 16.

¹⁰⁴ Soule 2000, p. 313-314.

¹⁰⁵ WRR 2008, p. 147-148.

¹⁰⁶ Schueler 2009, p. 15.

¹⁰⁷ Het is interessant om op te merken dat Soule (2000, p. 313) de interpretatie van het voorzorgsbeginsel in de Mededeling van de Europese Commissie beschouwt als een voorbeeld van het zwakke voorzorgsbeginsel. Dit standpunt miskent echter de focus van de Mededeling van de Europese Commissie op een notie van voorzorg als een proces waarbij risico's actief onderzocht, geïdentificeerd en gemonitord dienen te worden.

voorzorgsbeginsel een leidraad omtrent de wijze waarop volgens haar invulling gegeven dient te worden aan het voorzorgsbeginsel bij risico-gerelateerde besluiten.¹⁰⁸

Volgens de mededeling bestaat de toepassing van het voorzorgsbeginsel uit een risicoanalyse die uiteenvalt in drie stappen: risico-evaluatie, risicobeheer en risicomelding.¹⁰⁹ De risico-evaluatie die vooraf dient te gaan aan het nemen van eventuele maatregelen dient een wetenschappelijke evaluatie te zijn waarbij wordt vastgesteld wat de potentiële gevaren en hun gevolgen zijn, alsmede de kans dat deze zich verwezenlijken.¹¹⁰ De stap van het risicobeheer volgt indien geen volledige risico-evaluatie mogelijk is wegens wetenschappelijke onzekerheid en indien de besluitvormers van mening zijn dat gevaar bestaat voor het milieu of de menselijke gezondheid.¹¹¹ Hierbij wordt in de mededeling benadrukt dat “het beoordelen van het voor de maatschappij aanvaardbare risico” bij uitstek een politieke taak is.¹¹² Volgens de mededeling kan het niet nemen van maatregelen ook een juiste keuze kan zijn voor besluitvormers.¹¹³ Daarnaast bestaan er verschillende maatregelen die wel genomen kunnen worden variërend “van een bindende maatregel tot een onderzoeksproject of aanbeveling”.¹¹⁴ De mededeling geeft besluitvormers dus de ruimte om op basis van de vastgestelde onzekerheden en verwachte risico’s een geschikte maatregel te nemen. Hierbij dienen besluitvormers volgens de mededeling in een vroeg stadium en middels een transparante procedure relevante partijen bij de besluitvorming te betrekken om “gerechtvaardigde maatregelen” te nemen waarmee een “door de maatschappij gekozen” beschermingsniveau wordt bereikt.¹¹⁵

De gekozen maatregel dient voorts te voldoen aan een aantal eisen waaronder proportionaliteit.¹¹⁶ Een maatregel op grond van het voorzorgsbeginsel is volgens de mededeling proportioneel indien het in verhouding staat tot het nagestreefde beschermingsniveau. Bovendien mag de maatregel geen “nulrisico” tot doel hebben omdat dit risiconiveau zelden haalbaar is. Wel dient de maatregel betrekking te hebben op risico’s op de korte en lange termijn.¹¹⁷

Voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing van maatregelen die worden genomen op basis van het voorzorgsbeginsel is met name relevant dat de mededeling benadrukt dat het beoordelen van het voor de maatschappij aanvaardbare risico bij uitstek een politieke taak is.¹¹⁸ In latere delen zal blijken dat de ABRvS dit standpunt in de mededeling expliciet gebruikt ter onderbouwing van haar terughoudendheid bij de toetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht.

¹⁰⁸ Europese Commissie 2000, p. 22.

¹⁰⁹ Europese Commissie 2000, p. 3.

¹¹⁰ Europese Commissie 2000, p. 29.

¹¹¹ Europese Commissie 2000, p. 13.

¹¹² Europese Commissie 2000, p. 3.

¹¹³ Europese Commissie 2000, p. 3.

¹¹⁴ Europese Commissie 2000, p. 3.

¹¹⁵ Europese Commissie 2000, p. 17.

¹¹⁶ Europese Commissie 2000, p. 18.

¹¹⁷ Europese Commissie 2000, p. 18.

¹¹⁸ Europese Commissie 2000, p. 3; Overigens benadrukt de mededeling dat het HvJEU zich bij de toetsing van wetmatigheid terughoudend dient op te stellen indien de Commissie of een andere EU-instelling beschikt over “grote beoordelingsbevoegdheid” (Europese Commissie 2000, p. 15). Het HvJEU dient in dergelijke gevallen alleen te toetsen of “bij de uitoefening van de bevoegdheid geen sprake is geweest van een grove fout, machtsmisbruik of een duidelijk overschrijding van de grenzen van deze bevoegdheid” (Europese Commissie 2000, p. 16). Dit standpunt kan echter niet geïnterpreteerd worden als een oproep tot terughoudende toetsing door de nationale rechter. Het standpunt is gebaseerd op jurisprudentie van het HvJEU waarin toetsing van maatregelen van EU-instituten plaatsvindt (Zie bijvoorbeeld: HvJEU, 13 november 1990, C-331/88, par. 14; HvJEU, 5 mei 1998, C-157/96, par. 61; HvJEU, 10 december 2002, C-491/01, par. 123). Uit de literatuur valt op te maken dat het HvJEU niet altijd terughoudend is in haar evenredigheidsstoets en dat intensievere toetsing bijvoorbeeld plaatsvindt bij maatregelen die zijn genomen door lidstaten en invloed kunnen hebben op de interne markt (Sauter 2013, p. 465).

3.3 Het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht

3.3.1 *Erkenning van het voorzorgsbeginsel in ABRvS-uitspraak WGV*

Het voorzorgsbeginsel ontbeert een expliciete wettelijke grondslag in het nationale omgevingsrecht waar het ruimtelijke ordeningsrecht deel van uitmaakt.¹¹⁹ Tot 2019 was het voorzorgsbeginsel ook niet expliciet erkend als ongeschreven beginsel in dit rechtsgebied. Het beginsel kon wel - en kan dit nog steeds - toepassing vinden in het omgevingsrecht indien normen uit het EU-recht of het EVRM een rol spelen.¹²⁰ Dit is met name het geval bij toepassing van het nationale milieurecht dat sterk gebaseerd is op implementatie van EU-milieuwetgeving.¹²¹

Echter, in 2019 is het voorzorgsbeginsel expliciet omarmd door de ABRvS als een ongeschreven beginsel in het nationale ruimtelijke ordeningsrecht. In een uitspraak omtrent de vaststelling van het provinciaal inpassingsplan “Windpark Greenport Venlo” en mogelijke negatieve gezondheidseffecten van dit plan wegens geluidsproductie van windturbines¹²² overwoog de ABRvS dat voorzorg van betekenis kan zijn bij de belangenafweging die provinciale staten dient uit te voeren in het kader van de vaststelling van het inpassingsplan.¹²³ Voor de invulling van het voorzorgsbeginsel zoekt de ABRvS aansluiting bij de toepassing van het voorzorgsbeginsel in het EU-recht en in het bijzonder de eerder besproken Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel.¹²⁴ De ABRvS gaat daarom uit van een toepassing van het beginsel op basis van de drie stappen van risico-evaluatie, risicobeheer en risicomelding.¹²⁵ Zoals reeds besproken biedt deze toepassing bestuursorganen aanzienlijke ruimte om na een wetenschappelijke risico-evaluatie te bepalen welke maatregelen corresponderen met het volgens hen noodzakelijke beschermingsniveau waarbij verschillende belangen afgewogen mogen worden. Hieruit valt af te leiden dat de ABRvS heeft gekozen voor een uitleg van het voorzorgsbeginsel die overeenkomt met de door Schueler bestempelde proactieve contextuele variant van het voorzorgsbeginsel.¹²⁶ Dit heeft een aantal belangrijke implicaties voor de toepassing van het beginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht. Ten eerste, vergt het beginsel een actieve houding van bestuursorganen met betrekking tot het identificeren van onzekere risico's op basis van wetenschappelijk onderzoek. Ten tweede, dient het voorzorgsbeginsel niet automatisch te leiden tot voorzorgsmaatregelen die onzekere milieurisico's mitigeren. Een uitdrukkelijke afweging van verschillende betrokken belangen dient plaats te vinden om te voldoen aan het beginsel. De uitkomst van deze afweging kan uiteindelijk wel leiden tot strenge voorzorgsmaatregelen zoals een verbod op een bepaalde handeling maar kan ook resulteren in minder ingrijpende maatregelen zoals monitoringsverplichtingen of simpelweg geen maatregelen. Ten derde, dient een genomen maatregel proportioneel – oftewel evenredig - te zijn. Dit laatste punt wordt in de volgende paragraaf uitgebreider besproken.

¹¹⁹ Kegge 2020, p. 568.

¹²⁰ Zoals eerder besproken is het voorzorgsbeginsel immers in het EU milieurecht gecodificeerd middels artikel 191 lid 2 VWEU; zie ook: Kegge 2020, p. 568; Barkhuysen 2010, p. 64.

¹²¹ Een voorbeeld hiervan is artikel 2.7 lid 1 jo. 2.8 lid 3 van de Wet Natuurbescherming. Op basis hiervan kan een bestuursorgaan uitsluitend een plan vaststellen en gedeputeerde staten uitsluitend een vergunning verlenen voor een project dat gevolgen kan hebben voor een natura-2000 gebied indien uit een passende beoordeling *de zekerheid* is verkregen dat het plan, onderscheidenlijk het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten. Deze formulering van het voorzorgsbeginsel vormt een implementatie van artikel 6 lid 3 van de EU-habitatrichtlijn (92/43/EEG).

¹²² ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1; zie ook Kegge 2020, p. 568. Bovendien is deze lijn in 2022 nogmaals bevestigd door de ABRvS (ABRvS, 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, r.o. 4.2); zie in dit opzicht ook: Collignon 2022, p. 304-305.

¹²³ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1.

¹²⁴ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1.

¹²⁵ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1.

¹²⁶ Schueler 2009, p. 15; zie ook paragraaf 3.1 van deze scriptie.

Het is ten slotte belangrijk om stil te staan bij de reikwijdte van deze nieuwe lijn van de ABRvS. Zoals Kegge aangeeft leest de ABRvS het voorzorgsbeginsel uit de open norm van een goede ruimtelijke ordening.¹²⁷ Dit leidt volgens Kegge ertoe dat het voorzorgsbeginsel van toepassing is op alle besluiten die rekening dienen te houden met de open norm van een goede ruimtelijke ordening waaronder de vaststelling van nationale en provinciale algemene regels, gemeentelijke bestemmingsplannen, alsmede de verlening van omgevingsvergunningen tot het afwijken van een bestemmingsplan.¹²⁸ Dit betekent dat het voorzorgsbeginsel niet in alle besluiten in het ruimtelijke omgevingsrecht een rol speelt.¹²⁹ Het baseren van het voorzorgsbeginsel op de open norm van een goede ruimtelijke ordening leidt er volgens Kegge bovendien toe dat voorzorgsbesluiten ruimtelijke relevantie dienen te hebben.¹³⁰ Het enkele bestaan van een risico voor milieu of menselijke gezondheid is dus onvoldoende om voorzorgsbesluiten te nemen in de sfeer van de eerder genoemde ruimtelijke orderingsbevoegdheden. Het risico dient dus samen te hangen met een ruimtelijke dimensie zoals de afstand van een inrichting tot bewoond gebied.

3.3.2 *De intensiteit van de evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten*

Voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke orderingsrecht dienen te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in artikel 3:4 lid 2 Awb. De vaststelling van inpassingsplannen, gemeentelijke bestemmingsplannen of de verlening van omgevingsvergunningen tot het afwijken van een bestemmingsplan zijn immers besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Bij beroep¹³¹ tegen dergelijke besluiten kan de bestuursrechter vervolgens op basis van artikel 3:4 lid 2 Awb toetsen. Zoals reeds besproken kan deze toets sinds *Harderwijk* gehanteerd worden volgens de criteria geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin.¹³²

Aangezien de ABRvS in *WGV* aangeeft aansluiting te zoeken bij de Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel ligt het voor de hand dat zij haar evenredigheidstoets zal invullen op basis van deze mededeling. Met betrekking tot de toetsingsintensiteit is reeds besproken dat de mededeling van de Europese Commissie duidt op terughoudendheid in de rechterlijke toetsing. De terughoudende toetsing wordt ook onderstreept door de ABRvS in de hiervoor besproken uitspraak *WGV*:

*“Vanwege (onzekere) risico’s kan derhalve uit voorzorg al dan niet worden besloten om maatregelen te nemen. Zoals ook de Europese Commissie stelt, is het beoordelen van een voor de maatschappij al dan niet aanvaardbaar risico primair een bestuurlijk politieke taak.”*¹³³

Iets verderop overweegt de ABRvS:

¹²⁷ Kegge 2020, p. 568; ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 12 en 29 – 29.3.

¹²⁸ Kegge 2020, p. 569.

¹²⁹ Overigens verwacht Kegge (2020, p. 572) dat de lijn van *WGV* ook zal gelden voor het omgevingsplan dat gemeenteraden krachtens artikel 2.4 van de verwachte Omgevingswet (OW) dienen vast te stellen. Gemeenteraden dienen krachtens artikel 4.2 lid 1 OW ervoor te zorgen dat het omgevingsplan voor het gehele grondgebied van de gemeente een evenwichtige toedeling bevat van functies aan locaties en andere regels die met het oog daarop nodig zijn. Krachtens artikel 2.1 lid 4 OW dient bij de evenwichtige toedeling van functies aan locaties in ieder geval rekening gehouden te worden met het belang van het beschermen van de gezondheid. Kegge maakt hieruit op dat, indien bepaalde onderwerpen die kunnen raken aan de gezondheid niet zijn gereguleerd op provinciaal of rijksniveau, het de gemeenteraden zullen zijn die bij het vaststellen van een omgevingsplan het voorzorgsbeginsel dienen toe te passen. De reden hiervoor is volgens Kegge (2020, p. 572) dat met de opdracht van een evenwichtige toedeling van functies aan locaties is beoogd om de open norm van een goede ruimtelijke ordening voort te zetten.

¹³⁰ Kegge 2020, p. 569.

¹³¹ Op basis van artikel 8.2 lid 2 onder a WRO dient in het geval van bestemmingsplannen en inpassingsplannen direct beroep te worden ingesteld bij de ABRvS. In het geval van een besluit omtrent wijziging of uitwerking van een bestemmingsplan overeenkomstig artikel 3.6 lid 1 WRO of een aanwijzingsbesluit in het kader van een provinciaal inpassingsplan als bedoeld in artikel 3.26 lid 2 WRO dient op basis van artikel 2 van bijlage 2 Awb ook direct beroep ingesteld te worden bij de ABRvS.

¹³² Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

¹³³ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1.

“Aangezien deze standpuntbepaling een bij uitstek bestuurlijk politieke taak is, zal de Afdeling deze moeten respecteren tenzij provinciale staten daartoe in redelijkheid niet hadden kunnen besluiten. De Afdeling kan niet een eigen oordeel in de plaats stellen van het oordeel van provinciale staten. Ter beoordeling van de Afdeling staat of het besluit van provinciale staten op dit punt berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen, deugdelijk is gemotiveerd en geen onevenredige gevolgen heeft voor belanghebbenden in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.”¹³⁴

Uit *WGV* blijkt dus dat rechterlijke toetsing omtrent zorgvuldigheid, motivering en evenredigheid terughoudend dient te zijn waarbij enkel nagegaan dient te worden of een bestuursorgaan *in redelijkheid tot een besluit had kunnen komen*.¹³⁵ De zinsnede “in redelijkheid tot een besluit had kunnen komen” is bovendien een belangrijke indicatie dat de ABRvS in het geval van toepassing van het voorzorgsbeginsel een toetsing op het oog had die qua intensiteit sterk lijkt op de Maxis-Praxis maatstaf.¹³⁶ Dit is niet verrassend aangezien *WGV* dateert uit 2019 toen de Maxis-Praxis maatstaf nog gold als overheersende maatstaf. Het is dan ook aannemelijk dat de ABRvS ten tijde van *WGV* ook terughoudendheid in lijn met de Maxis-Praxis maatstaf voor ogen had bij een eventuele evenredigheidstoets van voorzorgsbesluiten.

3.4 Deelconclusies

Uit het voorgaande blijkt dat het voorzorgsbeginsel erkend is als ongeschreven beginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht. Het beginsel maakt het voor bestuursorganen mogelijk om voorzorgsmaatregelen te nemen met het oog op een goede ruimtelijke ordening indien geen wetenschappelijke zekerheid bestaat over risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid.

Omdat de ABRvS het beginsel leest in de open norm van een goede ruimtelijke ordening kan geconcludeerd worden dat het beginsel van toepassing is bij verschillende soorten ordeningsrechtelijke besluiten zoals de vaststelling van inpassingsplannen, gemeentelijke bestemmingsplannen en de verlening van omgevingsvergunningen tot het afwijken van een bestemmingsplan. De ABRvS sluit in haar toepassing van het beginsel aan bij de wijze van toepassing in het EU-recht waarbij de Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel een belangrijke rol speelt.

Voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht dienen te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. De bestuursrechter dient deze besluiten dan ook te onderwerpen aan een evenredigheidstoets. Uit *WGV* kan opgemaakt worden dat de ABRvS een terughoudende evenredigheidstoets beoogt die waarschijnlijk overeenkomt met de Maxis-Praxis maatstaf. Zoals in het volgende deel van deze scriptie besproken wordt leidt *Harderwijk* echter tot de vraag of deze terughoudende evenredigheidstoetsing de standaard dient te blijven voor voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht.

4 De invloed van *Harderwijk* op de intensiteit van evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten

In dit hoofdstuk zal worden besproken of de terughoudende evenredigheidstoetsing bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht zoals vastgesteld door de ABRvS in *WGV* aangehouden kan worden na *Harderwijk*. Uit de analyse zal blijken dat de bestuursrechter bij de vaststelling van de toetsingsintensiteit voor voorzorgsbesluiten niet meer automatisch kan uitgaan van een terughoudende toetsing maar dient na te gaan of intensievere toetsing noodzakelijk is omwille van de rechtsbescherming. Deze opdracht aan de bestuursrechter lijkt echter niet eenvoudig in de context van voorzorgsbesluiten. Dergelijke besluiten worden immers genomen in een context van onzekerheid omtrent risico's voor het milieu en de gezondheid. Het hoofdstuk bespreekt daarom ook hoe de

¹³⁴ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.2.

¹³⁵ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.2.

¹³⁶ Zie paragraaf 2.1.2 van deze scriptie.

bestuursrechter bij de vaststelling van de toetsingsintensiteit om dient te gaan met dergelijke onzekerheid.

Voor het behandelen van de voornoemde punten dient kort stilgestaan te worden bij de vraag wat verstaan dient te worden onder een intensievere toetsingsintensiteit. In *Harderwijk* ziet de ABRvS uitdrukkelijk af van het hanteren van vaste gradaties van toetsingsintensiteit en kiest zij voor het hanteren van een glijdende schaal van terughoudende tot volle toetsing. Een volledige analyse van alle mogelijke toetsingsintensiteiten op de glijdende schaal gaat de reikwijdte van deze scriptie te buiten. Daarom is gekozen voor een algemeen handvat dat voldoende houvast biedt voor de analyse in de volgende paragrafen. In de vorige paragrafen is reeds vastgesteld dat de intensiteit van de evenredigheidstoets voor voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht zoals voorzien door de ABRvS in *WGV* waarschijnlijk neerkomt op de terughoudende Maxis-Praxis maatstaf. Dit betekent dat een evenredigheidstoets die verder gaat dan de toepassing van deze maatstaf beschouwd kan worden als intensievere evenredigheidstoetsing. Deze definitie zal daarom in de volgende paragrafen worden gehanteerd.

4.1 Is een standaard terughoudende evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht nog houdbaar na *Harderwijk*?

4.1.1 *Toetsingsintensiteit: een balans tussen de aard van geboden beleidsruimte en bij het besluit betrokken belangen*

Uit het voorgaande hoofdstuk blijkt dat de ABRvS in 2019 in *WGV* expliciet koos voor een terughoudende toetsing van voorzorgsbesluiten waaronder dus ook een terughoudende evenredigheidstoets. Hoewel terughoudende evenredigheidstoetsing in 2019 nog steeds de standaard was dient bedacht te worden dat de toetsing door de bestuursrechter in die periode al aan het intensiveren was.¹³⁷ Dit impliceert dat de ABRvS in een tijd waarin een ontwikkeling richting intensievere evenredigheidstoetsing plaatsvond bewust koos voor terughoudende toetsing. Deze keuze is niet per definitie onverenigbaar met de nieuwe lijn van *Harderwijk*. Zoals reeds besproken kan de toetsingsintensiteit volgens de ABRvS afhankelijk van verschillende factoren variëren per geval van terughoudend tot vol.¹³⁸ Hierbij is ook de opmerking van Schlössels relevant dat de ABRvS overweegt dat het willekeurscriterium uit *Maxis & Praxis* niet meer *voorop zal staan*.¹³⁹ Voor een terughoudende evenredigheidstoets is in de nieuwe lijn dus nog ruimte.

De vraag is echter of de door de ABRvS vastgestelde terughoudende toetsingsintensiteit in *WGV* nog steeds als *standaard* kan dienen na *Harderwijk*. De ABRvS baseert haar terughoudendheid in *WGV* expliciet op de overweging dat het beoordelen van een voor de maatschappij al dan niet aanvaardbaar risico primair een *bestuurlijk politieke* taak is.¹⁴⁰ Deze focus van de ABRvS op de politieke aard van besluiten waarbij het voorzorgsbeginsel een rol speelt is niet per definitie onverenigbaar met de nieuwe lijn van *Harderwijk*. Volgens deze lijn is de aard van de beleidsruimte die een bestuursorgaan geniet een factor die mee kan spelen bij het bepalen van de toetsingsintensiteit.¹⁴¹ Met dit criterium geeft de ABRvS de staatsrechtelijke machtscheiding die reeds in *Maxis & Praxis*¹⁴² een rol speelde een plek in de afwegingen die de bestuursrechter moet maken bij de vaststelling van toetsingsintensiteit. De vraag is na *Harderwijk* echter of de politieke aard van een besluit als de enige overwogen factor in *WGV* intensievere evenredigheidstoetsing kan tegenhouden. Zoals reeds besproken overwoog de ABRvS in *Harderwijk* immers dat de bestuursrechter de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen, alsmede de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt

¹³⁷ Zie paragraaf 2.1.2 van deze scriptie.

¹³⁸ Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

¹³⁹ Schlössels 2022a, p. 277.

¹⁴⁰ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1.

¹⁴¹ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

¹⁴² Zie paragraaf 2.1.2 van deze scriptie.

dient mee te wegen bij de vaststelling van de toetsingsintensiteit.¹⁴³ Deze factoren beantwoorden juist aan de kritiek van Hirsch Ballin omtrent het ontstaan van een vacuüm voor de rechtsbescherming van burgers wegens terughoudende toetsing door de bestuursrechter.¹⁴⁴ In het concrete geval van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht vergt *Harderwijk* dat de bestuursrechter bij de vaststelling van toetsingsintensiteit de politieke aard van voorzorgsbesluiten afweegt tegen de algemene en particuliere belangen die met het voorzorgsbesluit gemoeid zijn. In de volgende paragraaf volgt een algemene analyse van deze afweging. Op basis van deze analyse kan vervolgens in algemene zin geconcludeerd worden of de standaard terughoudende evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht na *Harderwijk* daadwerkelijk plaats dient te maken voor intensievere toetsing.

4.1.2 De politieke aard van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht

Zoals reeds besproken baseert de ABRvS haar terughoudendheid bij toetsing in *WGV* op het argument dat het bepalen van het acceptabele niveau aan risico bij wetenschappelijk onzekerheid bij uitstek een *bestuurlijk politieke* taak is. De ABRvS beroept zich in deze uitspraak dus op de staatsrechtelijke scheiding van staatsmachten zoals ook benadrukt in *Maxis & Praxis*.¹⁴⁵

Binnen de context van het ruimtelijke ordeningsrecht en de daarmee samenhangende open norm van een goede ruimtelijke ordening is de uitdrukkelijke focus van de ABRvS op de bestuurlijk politieke aard van besluitvorming begrijpelijk. De meeste besluiten waarbij rekening dient te worden gehouden met de open norm van een goede ruimtelijke ordening dienen immers genomen te worden door gekozen bestuursorganen die politieke legitimiteit genieten. Zo is het de gemeenteraad die krachtens artikel 3.1 WRO gemeentelijke bestemmingsplannen vaststelt. De uitwerking en wijziging van het bestemmingsplan kan enkel overgelaten worden aan het college van burgemeester en wethouders, aldus artikel 3.6 lid 1 WRO. Dit bestuursorgaan is weliswaar niet direct gekozen maar legt krachtens artikel 180 lid 1 Gemeentewet wel direct verantwoording af aan de gemeenteraad. Tot het vaststellen van provinciale inpassingsplannen zijn provinciale staten krachtens artikel 3.26 lid 1 WRO bevoegd. Hierbij dienen de provinciale staten zelfs betrokken gemeenteraden te horen alvorens tot vaststelling over te gaan. Krachtens artikel 3.26 lid 4 onder a kan uitwerking en wijziging van het inpassingsplan enkel overgelaten worden aan gedeputeerde staten, een bestuursorgaan dat krachtens artikel 167 lid 1 Provinciewet politieke verantwoording dient af te leggen. In het geval van een aanvraag voor een omgevingsvergunning tot het afwijken van een bestemmingsplan krachtens artikel 2.1 lid 1 onder c Wabo zijn, afhankelijk van de van toepassing zijnde bepalingen van artikel 2.4 Wabo, het college van burgemeester en wethouders, gedeputeerde staten, dan wel de aangewezen Minister bevoegd een besluit te nemen.

Vanuit het perspectief van de scheiding der staatsmachten dient de politieke aard van de besluitvorming omtrent de toepassing van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke omgevingsrecht zwaar te wegen in de vaststelling van de intensiteit van de evenredigheidstoetsing. De reeds besproken twijfels van Hirsch Ballin omtrent de politieke speelruimte die de wetgever bestuursorganen biedt lijken binnen de context van het ruimtelijke ordeningsrecht immers minder relevant.¹⁴⁶ Provinciale staten en gemeenteraden zijn geen ambtelijke uitvoeringsorganisaties maar juist gekozen staatsorganen die van de wetgever aanzienlijke vrijheid krijgen om op basis van hun politieke mandaat en beraadslagingen invulling te geven aan hun bevoegdheden. Dit volgt in het ruimtelijke ordeningsrecht onder meer uit de brede norm

¹⁴³ Zie paragraaf 2.2.1 van deze scriptie.

¹⁴⁴ Zie paragraaf 2.1.2 van deze scriptie

¹⁴⁵ ABRvS, 9 mei 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2153; De ABRvS verwijst in deze uitspraak naar “de onderscheiden posities, die de onafhankelijke rechter en het politiek verantwoordelijke bestuur in het staatsbestel innemen”.

¹⁴⁶ Hirsch Ballin 2015, p. 26; zie ook paragraaf 2.1.2 van deze scriptie.

van "een goede ruimtelijke ordening" die provinciale staten en gemeenteraden dienen na te streven met hun bestemmings- en inpassingsplannen.

4.1.3 De betrokken algemene en individuele belangen bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht

Zoals reeds besproken is de aard van de beleidsruimte die een bestuursorgaan geniet enkel één onderdeel van de afweging die de bestuursrechter na *Harderwijk* dient te maken om tot een juiste toetsingsintensiteit te komen. Ook de bij voorzorgsbesluiten betrokken algemene en individuele belangen spelen expliciet een rol. Het feit dat bestuursorganen die voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht mogen nemen sterke politieke legitimiteit genieten doet hier niet aan af. De sterke politieke legitimiteit ziet immers enkel op een van de kritiekpunten die Hirsch Ballin formuleerde op de terughoudendheid van de bestuursrechter. Een tweede kritiekpunt van Hirsch Ballin betreft het ontstaan van een vacuüm voor de rechtsbescherming van burgers bij terughoudende toetsing door de bestuursrechter. Dit punt is onverminderd relevant in de context van het ruimtelijke ordeningsrecht aangezien de belangen die besloten liggen in de goede ruimtelijke ordening kunnen raken aan belangen en (fundamentele) rechten van burgers. Deze belangen en rechten kunnen vervolgens onvoldoende gewicht krijgen in de afwegingen van bestuursorganen, zelfs als deze meer politieke legitimiteit genieten. Bovendien is het relevant dat Hirsch Ballin in zijn preadvies het belang van rechtsbescherming van derde-belanghebbenden benadrukt. Volgens hem dient terughoudende toetsing door de bestuursrechter er niet toe te leiden dat een partij ten opzichte van de andere bevoordeeld wordt.¹⁴⁷ Relevant is dan ook dat het omgevingsrecht, waaronder het ruimtelijke ordeningsrecht valt, een rechtsgebied is dat zich kenmerkt door besluiten waarbij derde-belanghebbenden betrokken zijn.¹⁴⁸ Het expliciet identificeren en meewegen van de belangen van derden is in dit rechtsgebied dan ook extra relevant waardoor een standaard terughoudende toetsing wegens de politieke aard van voorzorgsbesluiten onvoldoende zal zijn vanuit het oogpunt van *Harderwijk*.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat het vaststellen van toetsingsintensiteit enkel op basis van de aard van de beleidsruimte die een bestuursorgaan geniet na *Harderwijk* kan leiden tot tekortkomingen in de motivering van de ABRvS. Betekent het voorgaande dat in alle gevallen waarin een bestuursorgaan een voorzorgsbesluit neemt in het ruimtelijke ordeningsrecht uitgegaan dient te worden van een intensievere evenredigheidstoets? Dat is niet het geval. De duidelijk politieke aard van dergelijke besluiten, in het bijzonder als deze genomen zijn door gekozen bestuursorganen zoals de gemeenteraad of provinciale staten, weegt zoals eerder aangegeven zwaar. Zodoende zal deze factor in veel gevallen waarbij zwaarwegende belangen en fundamentele rechten van burgers geen rol spelen leiden tot een terughoudende toetsing. Dit neemt echter niet weg dat een intensievere toetsing van dergelijke besluiten na *Harderwijk* wel mogelijk dient te zijn indien een adequate rechtsbescherming dit vergt. Dit betekent wederom dat de bestuursrechter alle relevante factoren voor de vaststelling van toetsingsintensiteit dient te overwegen en dus niet kan blijven leunen op de vaste formule uit *WGV* omtrent de politieke aard van de besluitvorming en een daaruit voortvloeiende terughoudende toetsing.

4.2 Hoe dient de bestuursrechter bij het vaststellen van de toetsingsintensiteit rekening te houden met onzekerheden omtrent risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid?

4.2.1 Het vaststellen van toetsingsintensiteit in een context van onzekere risico's

Uit de vorige paragrafen blijkt dat na *Harderwijk* intensievere toetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht niet uitgesloten is en in sommige gevallen – met name wanneer fundamentele rechten in het geding zijn - zelfs noodzakelijk. Echter, toetsingsintensiteit op maat voor voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht is om een aantal praktische redenen uitdagend.

¹⁴⁷ Hirsch Ballin 2015, p. 32; zie ook: Barkhuysen & Emmerik 2020, p. 18.

¹⁴⁸ Hirsch Ballin 2015, p. 32.

Zoals beschreven in voorgaande paragrafen, overweegt de ABRvS in *Harderwijk* dat toetsingsintensiteit wordt bepaald door onder meer “de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt”. De ABRvS voegt hieraan toe dat de toetsing intensiever zal zijn naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten.¹⁴⁹ Het is dus belangrijk dat de bestuursrechter zich in het kader van de vaststelling van de toetsingsintensiteit een beeld vormt van de bij een besluit betrokken belangen en de mate waarin deze worden geraakt door het besluit. Dit leidt tot de vraag op welke wijze de toetsingsintensiteit vastgesteld dient te worden in gevallen waarbij er geen duidelijkheid bestaat omtrent de relevante algemene en individuele belangen die betrokken zijn bij het besluit en de mate waarin die worden geraakt. Bij een tekort aan informatie omtrent de risico’s die een bepaald besluit met zich meebrengt voor het milieu of de menselijke gezondheid zal het moeilijk zijn voor de rechter om met zekerheid vast te stellen welke belangen en rechten gemoeid zijn met het besluit en in welke mate deze worden aangetast.

Een antwoord op deze deelvraag is daarom relevant om na te gaan of de bestuursrechter in de praktijk daadwerkelijk het nieuwe raamwerk voor bepaling van de toetsingsintensiteit kan toepassen bij de evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten. In de volgende paragrafen worden twee belangrijke dimensies van deze vraag besproken.

4.2.2 Een bewijsmaatstaf voor onzekere risico’s

4.2.2.1 De noodzaak van een bewijsmaatstaf voor onzekere risico’s

Toetsingsintensiteit op maat vergt dat er een maatstaf gehanteerd wordt voor de mate van aannemelijkheid waarmee de bestuursrechter bepaalde risico’s vast dient te stellen. Het voorzorgsbeginsel vergt immers niet dat actie ondernomen wordt op basis van puur theoretische risico’s. Er dient een zekere basis te bestaan voor het vaststellen van de aannemelijkheid van risico’s. Zoals Schueler aangeeft zal een gebrek aan duidelijkheid omtrent de verlangde “mate van zekerheid” bij toepassing van het voorzorgsbeginsel ertoe leiden dat de rechter “in het ongewisse” oordeelt.¹⁵⁰ Dezelfde complicatie bestaat bij de vaststelling van de *intensiteit van evenredigheidstoetsing* voor voorzorgsbesluiten. In dat geval dient de bestuursrechter immers na te gaan welke belangen gemoeid zijn bij een besluit en in welke mate deze worden geraakt.¹⁵¹ Indien de bestuursrechter geen vaste maatstaf van aannemelijkheid hanteert kan hij bepaalde risico’s onderschatten en andere weer overschatten. Dit kan leiden tot de vaststelling van een verkeerde toetsingsintensiteit, bijvoorbeeld omdat inbreuk op bepaalde fundamentele rechten niet realistisch of relevant geacht wordt. Bovendien kan het gebrek aan een bewijsmaatstaf leiden tot inconsistenties in de jurisprudentie omtrent toetsingsintensiteit waardoor de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel in het geding kunnen komen. Het is dus relevant om, in aanvulling op de analyse van het voorzorgsbeginsel in hoofdstuk 3, na te gaan welke bewijsmaatstaf gehanteerd dient te worden in de context van voorzorgsbesluiten.

4.2.2.2 De bewijsmaatstaf “voldoende aannemelijk” in de context van voorzorgsbesluiten

Een belangrijk uitgangspunt van het bestuursprocesrecht is dat de bestuursrechter in de beroepsprocedure dient te zoeken naar de materiële waarheid.¹⁵² Dit uitgangspunt kan echter niet vertaald worden naar een werkbare norm voor vaststelling van feiten in een geschil. Zoals Schlössels aangeeft, is het vinden van “de volledige waarheid” onrealistisch en dient dit uitgangspunt eerder

¹⁴⁹ ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.10.

¹⁵⁰ Schueler 2009, p. 28.

¹⁵¹ Schueler (2009, p. 28) geeft overigens aan dat de bestuursrechter een goede oplossing had gevonden voor onduidelijkheid omtrent de vereiste mate van zekerheid van risico’s bij toetsing van de toepassing van het voorzorgsbeginsel: marginale toetsing. Uit paragraaf 4.1.3 blijkt echter dat een standaard marginale – oftewel terughoudende toets – niet meer houdbaar is na *Harderwijk*. Ook deze overweging bevestigt dus de noodzaak voor het vinden van een geschikte bewijsmaatstaf.

¹⁵² *Kamerstukken II*, 1991/92, 22495, Nr. 3, p. 32; zie ook: Schlössels 2009, p. 33; Verburg 2010, p. 263-264; Marseille & Tolsma 2019, p. 261.

beschouwd te worden als een inspanningsverplichting.¹⁵³ In de praktijk lijkt de bestuursrechter over het algemeen een bewijsstandaard van “voldoende aannemelijkheid” te hanteren.¹⁵⁴ Schlössels vat deze standaard op als “meer dan ‘aannemelijk’ maar misschien weer minder dan ‘redelijke zekerheid’”.¹⁵⁵

Een relevante vraag is echter of voldoende aannemelijkheid van het bestaan van een risico wel een realistische maatstaf is in de context van de toepassing van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht. Zoals reeds besproken kenmerkt deze context zich immers door onzekerheid omtrent het bestaan van risico's. Dit leidt tot de uitdagende situatie dat de bestuursrechter, ondanks de constatering dat er onvoldoende bewijs bestaat om het bestaan van een risico als voldoende aannemelijk vast te stellen, toch een mate van aannemelijkheid zou moeten nastreven. Om bij de eerder besproken categorisering van Schlössels te blijven: kan de bestuursrechter bij besluiten waarbij het voorzorgsbeginsel wordt toegepast genoeg nemen met simpelweg “aannemelijk” in plaats van “voldoende aannemelijk”?

Geheel bevredigend zou een bewijsstandaard van simpelweg “aannemelijk” niet zijn. Het begrip is te vaag voor concrete toepassing. Schuurmans relateert de differentiatie tussen maatstaven als “voldoende aannemelijke”, “aannemelijk” en “aantonen” omdat de invulling van deze begrippen afhangt van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁵⁶ Volgens haar zal de bestuursrechter bij de bewijswaardering “rekening houden met de aard van het besluit, het gewicht van de in geding zijnde belangen en de betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen”.¹⁵⁷ In de context van de bewijswaardering bij toepassing van het voorzorgsbeginsel zouden met name de aard van het besluit en de betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen een belangrijke rol spelen. Het gewicht van de in het geding zijnde belangen is immers per definitie onduidelijk en is juist datgene wat aannemelijk gemaakt dient te worden voor de vaststelling van de juiste intensiteit van de evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter. Wat de aard van het besluit betreft, lijken besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht die rekening dienen te houden met de open norm van een goede ruimtelijke ordening geen specifieke bewijsmaatstaf voor te schrijven. Dit betekent dat voor het identificeren van een maatstaf voor de aannemelijkheid van risico's in de context van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht met name gekeken dient te worden naar de *betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen*.

4.2.2.3 Een bewijsmaatstaf gebaseerd op betrouwbaarheid van bewijsmiddelen

Een eerste bron die overwogen dient te worden voor het identificeren van een specifiekere bewijsmaatstaf in de context van voorzorgsbesluiten is de Mededeling van de Europese Commissie omtrent het voorzorgsbeginsel, gezien het belang dat de ABRvS eraan hecht bij het toepassen van het beginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht. De mededeling bevat met betrekking tot de geverge aard van bewijsmiddelen vele algemene termen zoals “voorlopige en objectieve risico-evaluatie”, “aanwijzingen” en “gegronde redenen om te vrezen”.¹⁵⁸ De Jong merkt terecht op dat deze termen niet veel meer betekenen dan dat het bestaan van een risico gebaseerd dient te zijn op een plausibel vermoeden.¹⁵⁹ Toch is er een alinea in de mededeling die een concreter aanknopingspunt bevat:

“Er doen zich echter situaties voor waarin er veel te weinig wetenschappelijke gegevens zijn om het bovenstaande te doen of door het ontbreken van modellen geen extrapolatie mogelijk is en de oorzaak-

¹⁵³ Schlössels 2009, p. 33-34; Deze inspanningsverplichting blijkt overigens ook uit de parlementaire geschiedenis. Na het benoemen van het zoeken van de materiele waarheid als belangrijk uitgangspunt van het bestuursprocesrecht gaat de wetgever niet in op de daaruit voortvloeiende bewijsstandaard maar juist op de noodzakelijke actieve rol van de bestuursrechter bij het ambtshalve aanvullen van feiten (*Kamerstukken II*, 1991/92, 22459, Nr. 3, p. 32).

¹⁵⁴ Schlössels 2009, p. 22-23; Marseille & Tolsma 2019, p. 280.

¹⁵⁵ Schlössels 2009, p. 23 (voetnoot 62).

¹⁵⁶ Schuurmans 2006, p. 21.

¹⁵⁷ Schuurmans 2006, p. 21.

¹⁵⁸ Europese Commissie 2000, p. 10.

¹⁵⁹ De Jong 2016, p. 69 (voetnoot 21).

*effectrelaties wel worden vermoed maar niet zijn aangetoond. In deze situatie staan de politieke besluitvormers voor een dilemma: wel of niet handelen.*¹⁶⁰

Het lijkt deze verwijzing naar vermoede maar niet-aangetoonde oorzaak-effectrelaties te zijn waarop de ABRvS in *WGV* haar maatstaf van aannemelijkheid baseert. In *WGV* verwijst de ABRvS naar een onderzoek van het RIVM dat een overzicht bevat van conclusies uit een groot aantal wetenschappelijke onderzoeken uit de periode 2009 tot 2017 naar de gezondheidseffecten van het geluid van windturbines.¹⁶¹ In dit onderzoek concludeert het RIVM onder andere dat er een relatie bestaat tussen “slaapverstoring die op individuele basis is gemeld en ergernis over het geluid van windturbines”. Langdurige ergernis en een perceptie van verminderde of verminderende kwaliteit van de leefomgeving kunnen vervolgens negatieve effecten hebben op het welzijn en de gezondheid, aldus het RIVM. Echter, volgens het RIVM bestaat onvoldoende wetenschappelijk bewijs voor een directe relatie tussen gezondheidsrisico’s en het geluid van windturbines.¹⁶² Het zijn waarschijnlijk deze conclusies waar de ABRvS op doelt wanneer zij bijna letterlijk de Mededeling van de Commissie aanhaalt in de volgende overweging:

*“In situaties waarin er te weinig wetenschappelijke gegevens zijn om alle onzekerheden te kunnen kennen en de oorzaak-effect relaties wel worden vermoed maar niet zijn aangetoond, staan de politieke besluitvormers voor de keuze wel of niet handelen.”*¹⁶³

Iets verderop overweegt de ABRvS onder verwijzing naar de conclusies van het RIVM:

*“Zoals hiervoor 28.3 reeds is overwogen, bestaat in de wetenschap geen eenduidigheid over het antwoord op de vraag of geluid van windturbines effect heeft op de gezondheid van mensen.”*¹⁶⁴

Uit het voorgaande kan opgemaakt worden dat de ABRvS risico’s in het kader van de toepassing van het voorzorgsbeginsel aannemelijk acht indien er minstens een *concrete aanwijzing* bestaat voor een *causaal verband* tussen een bepaald aspect van ruimtelijke ordening en deze risico’s. Voor de ABRvS was het feit dat er volgens het RIVM een relatie bestond tussen individueel gemelde slaapverstoring en ergernis voldoende om negatieve gevolgen voor het welzijn en de gezondheid aannemelijk te achten voor toepassing van het voorzorgsbeginsel. Dit lijkt een soepele bewijsmaatstaf, zeker in vergelijking met de maatstaf die de ABRvS in andere uitspraken hanteert voor het aannemelijk maken van gezondheidsrisico’s, voornamelijk in het kader van het toekennen van omgevingsvergunningen. In deze jurisprudentie vergt de ABRvS dat een risico dient te blijken uit *algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten*.¹⁶⁵

Uit *WGV* kan echter opgemaakt worden dat de ABRvS niet zomaar een aanwijzing omtrent risico’s vergt. De constatering van het RIVM was immers onderdeel van een rapport waarin een groot aantal onderzoeken werd vergeleken. Het is bovendien niet uit te sluiten dat de ABRvS extra waarde hecht aan het feit dat de wetenschappelijke onzekerheid is vastgesteld door een gerenommeerd instituut als het RIVM. De bewijsmaatstaf blijkt bij nader inzien dus hoger dan gedacht. De geverge aanwijzing van het bestaan van een risico dient gebaseerd te zijn op een *wetenschappelijke analyse*.

¹⁶⁰ Europese Commissie 2000, p. 15.

¹⁶¹ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 28.3.

¹⁶² ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 28.3.

¹⁶³ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.1.

¹⁶⁴ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 29.3.

¹⁶⁵ Zie bijvoorbeeld: ABRvS, 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3247, r.o. 8.2; ABRvS, 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1301, r.o. 6.2; ABRvS, 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2713, r.o. 4.2; ABRvS, 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, r.o. 4.3; zie ook: Collignon 2022, p. 305; Sanderink 2022, p. 505. Overigens hanteerde de ABRvS deze maatstaf ook in 2013 bij toetsing van een ontheffing van een bestemmingsplan op basis van het toen geldende artikel 3.23 lid 1 WRO (ABRvS, 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:229, r.o. 4.3; zie ook: Nijmeijer 2013).

Ook in latere uitspraken verwijst de ABRvS naar *WGV* en de conclusies van het RIVM om te overwegen dat er geen eenduidigheid bestaat in de wetenschap over de negatieve effecten van windturbinegeluid op menselijke gezondheid.¹⁶⁶ Dit is een indicatie dat de ABRvS vasthoudt aan haar relatief soepele bewijsmaatstaf voor de aannemelijkheid van risico's. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat deze jurisprudentie voornamelijk betrekking heeft op de mogelijke negatieve effecten van windturbinegeluid. Het is dus de vraag of de ABRvS ook bij andere soorten risico's een soortgelijke maatstaf hanteert. Een interessante uitspraak in dit opzicht is die van de ABRvS omtrent het mogelijk verhoogde risico op longontsteking voor omwonenden in de omgeving van geitenhouderijen.¹⁶⁷ Deze uitspraak betrof onder andere de vraag of een verbod op de vestiging en uitbreiding van geitenhouderijen in de Omgevingsverordening Zuid-Holland gebaseerd kon worden op het voorzorgsbeginsel dat besloten ligt in de open norm van een goede ruimtelijke ordening. Deze "geitenstop" was gebaseerd op RIVM-onderzoek waaruit blijkt dat een verhoogd risico op longontsteking bestaat bij omwonenden van geitenhouderijen.¹⁶⁸ Omdat de provincie Zuid-Holland nader onderzoek nodig achtte om de oorzaak van dit risico te achterhalen was uit voorzorg voor de geitenstop besloten. Met een indirecte verwijzing¹⁶⁹ naar *WGV* bevestigt de ABRvS de mogelijkheid voor bevoegd gezag om bij onzekerheid het voorzorgsbeginsel toe te passen. Daarna overweegt de ABRvS dat er voldoende grondslag bestaat voor de toepassing van het beginsel wegens de vaststelling van een verhoogd risico op longontsteking in uitgevoerd onderzoek.¹⁷⁰ De ABRvS voegt hieraan toe:

*"Weliswaar wordt nog verder onderzoek gedaan naar mogelijke verklaringen daarvoor (zoals fijnstof, endotoxinen, bacteriën, virussen, zoönoseverwekkers). Dat laat echter onverlet dat een consistente associatie is gevonden tussen wonen in de nabijheid van een geitenhouderij en het voorkomen van longontstekingen."*¹⁷¹

Wederom lijkt de ABRvS dus een aanwijzing voor een causaal verband te vergen die voortkomt uit een wetenschappelijke analyse. De ABRvS spreekt in dit opzicht van het bestaan van een "consistente associatie" tussen een ruimtelijk orderingsaspect en een potentieel risico voor de menselijke gezondheid.

4.2.2.4 Een soepelere bewijsmaatstaf voor de vaststelling van toetsingsintensiteit?

Het is relevant dat de bewijsmaatstaf die blijkt uit *WGV* betrekking heeft op de vaststelling van risico's ter toepassing van het voorzorgsbeginsel bij besluiten van bestuursorganen in het ruimtelijke orderingsrecht. De vraag is echter of deze maatstaf ook noodzakelijk is bij het vaststellen van de toetsingsintensiteit van de evenredigheidstoets door de bestuursrechter. Uit *Harderwijk* blijkt niet op welk moment in de beroepsprocedure de bestuursrechter de toetsingsintensiteit dient te bepalen. Bepaling van de toetsingsintensiteit kan plaatsvinden als stap voor de daadwerkelijke evenredigheidstoets maar kan ook op meer iteratieve wijze plaatsvinden tijdens deze toets met een motivering door de bestuursrechter achteraf in de uitspraak. Indien de toetsingsintensiteit op iteratieve wijze tot stand komt zal het moeilijk zijn voor de bestuursrechter om op consequente en transparante wijze verschillende bewijsmaatstaven te hanteren. Echter, indien de bestuursrechter ervoor kiest om de

¹⁶⁶ ABRvS, 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301, r.o. 31.5; ABRvS, 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:375, r.o. 20.2; ABRvS, 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2821, r.o. 17.2.

¹⁶⁷ ABRvS, 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238.

¹⁶⁸ ABRvS, 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238, r.o. 11.2.

¹⁶⁹ De ABRvS verwijst naar haar uitspraak van 23 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:556, r.o. 4.2) waarin zij aangeeft dat in het geval van besluiten waarbij de open norm van een goede ruimtelijke ordening in acht genomen dient te worden beleidsruimte bestaat om uit voorzorg bepaalde activiteiten planologisch te verbieden. Hoewel de ABRvS ook in deze uitspraak niet expliciet verwijst naar *WGV* komen haar overwegingen overeen met deze uitspraak. Ook Collignon (2022, p. 305) legt een verband tussen de overwegingen van de ABRvS in de uitspraak van 23 februari 2022 en de jurisprudentielijn van *WGV*.

¹⁷⁰ ABRvS, 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238, r.o. 11.4.

¹⁷¹ ABRvS, 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238, r.o. 11.4.

toetsingsintensiteit als expliciete eerste stap vast te stellen¹⁷² – bijvoorbeeld om voor de daaropvolgende daadwerkelijke evenredigheidstoets op gestructureerde en transparantere wijze de relevante bewijsvraagstukken en benodigde bewijsstukken te bepalen – ontstaat de mogelijkheid om voor deze stap een soepelere bewijsmaatstaf te hanteren. In dat geval is het vanuit een oogpunt van rechtsbescherming denkbaar dat voor de vaststelling van de toetsingsintensiteit een soepelere bewijsmaatstaf gehanteerd wordt door de bestuursrechter. Zo zou de bestuursrechter minder eisen kunnen stellen aan het wetenschappelijke gehalte van de informatie die een aanwijzing biedt van een mogelijk causaal verband tussen een activiteit en een risico.

Tegen een soepelere maatstaf spreekt echter dat deze het makkelijker maakt voor de burger om een intensievere evenredigheidstoets “uit te lokken” waardoor meer voorzorgsbesluiten in aanmerking zullen komen voor een intensievere evenredigheidstoets. Dit past echter slecht bij de reeds besproken politieke aard van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht. Zoals reeds besproken dient wegens deze politieke aard terughoudende toetsing van besluiten de norm te zijn waarbij wel ruimte blijft voor intensievere toetsing omwille van rechtsbescherming tegen inbreuk op fundamentele rechten. Een soepelere bewijsmaatstaf kan deze vuistregel echter onder druk zetten. Bovendien kan een toename in toetsingsintensiteit wegens een soepelere maatstaf bijdragen aan de werklast van de bestuursrechter.¹⁷³ De vraag is of deze extra werklast zich automatisch vertaalt in meer rechtsbescherming voor de burger. Aangezien de burger de intensievere toetsing zou kunnen “uitlokken” op basis van een soepele bewijsmaatstaf is de kans groot dat tijdens de intensievere evenredigheidstoets, waarbij weer een hogere bewijsmaatstaf zal gelden, zal blijken dat het bewijs voor het aannemen van een risico niet robuust genoeg is. Een nog soepelere maatstaf voor het vaststellen van de toetsingsintensiteit lijkt daarom onwenselijk.

4.2.3 Feitenonderzoek door de bestuursrechter in een context van onzekere risico's

4.2.3.1 Uitdagingen bij het feitenonderzoek door de bestuursrechter

Zelfs indien een geschikte bewijsmaatstaf voorhanden is, vergt de vaststelling van de juiste toetsingsintensiteit enig onderzoek door de bestuursrechter om zo nauwkeurig mogelijk de aard en omvang van verschillende risico's en daaraan verbonden belangen van betrokken partijen vast te stellen. Hierbij is het de vraag of de feiten die reeds verzameld zijn door het bestuursorgaan en de burger in het kader van het initiële besluit en de eventueel daaropvolgende bezwaarprocedure voldoende zijn. Besluiten waarbij het voorzorgsbeginsel een rol speelt vinden immers plaats in een context van onzekerheid waardoor verzamelde bewijsstukken niet altijd relevant of doorslaggevend zijn. Bovendien bestaat er, zoals Schueler opmerkt, een aanzienlijke kans dat partijen selectief zijn met betrekking tot de informatie die zij aanleveren om te voorkomen dat hun standpunten ondermijnd worden.¹⁷⁴ Enige regie van de bestuursrechter omtrent het feitenonderzoek, bijvoorbeeld door het verdelen van de bewijsvoeringslast of het benoemen van deskundigen ligt dan voor de hand. Hierbij is echter de vraag hoe ver de bestuursrechter kan en dient te gaan in dit eigen onderzoek gezien de context van wetenschappelijke onzekerheid en dus de feitelijke complexiteit van het geschil. Deze vraag is relevant omdat het antwoord erop indicaties biedt omtrent de mate waarin de bestuursrechter in de praktijk daadwerkelijk op gestructureerde en transparante wijze de juiste toetsingsintensiteit kan vaststellen.

De inspanningsverplichting om in de beroepsprocedure te streven naar het vinden van de materiële waarheid¹⁷⁵ heeft niet alleen implicaties voor de relevante bewijsmaatstaf bij het vaststellen van de

¹⁷² Een dergelijke stap kan de bestuursrechter bijvoorbeeld inbouwen in een eventuele comparitie (artikel 8:44 lid 1 Awb) of door middel van het vragen om schriftelijke inlichtingen van partijen (artikel 8:45 lid 1 Awb) tijdens de onderzoeksfase van de beroepsprocedure.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld Schlössels (2022a, p. 275) die op basis van de overwegingen van de ABRvS in *Harderwijk* aangeeft dat de uitwerking van het evenredigheidsbeginsel volgens de nieuwe jurisprudentielijn “arbeidsintensief is voor de bestuursrechter en erg feitelijk van aard”.

¹⁷⁴ Schueler 2009, p. 27.

¹⁷⁵ Zie paragraaf 4.2.2.2 van deze scriptie.

intensiteit van de evenredigheidstoets. Ook de *manier* waarop de bestuursrechter de materiële waarheid vaststelt wordt door dit uitgangspunt van het bestuursprocesrecht beïnvloed. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever een bestuursrechter voor ogen heeft die, omwille van de handhaving van het objectieve publiekrecht en de rechtsbescherming, actief de feiten aanvult op basis van eigen onderzoek.¹⁷⁶ Deze verwachting vindt uitdrukking in artikel 8:69 lid 3 Awb: de bestuursrechter kan ambtshalve de feiten aanvullen.¹⁷⁷ Hiervoor staat de bestuursrechter een arsenaal aan bevoegdheden ter beschikking waaronder het oproepen van getuigen (8:46 lid 1 Awb) het benoemen van een deskundige (8:47 lid 1 Awb) of het instellen van een onderzoek ter plaatse (8:50 lid 1 Awb). Tegelijkertijd gaat het bestuursprocesrecht uit van de vrije bewijsleer.¹⁷⁸ Deze leer kenmerkt zich door een bewijsrecht dat gebaseerd is op zeer weinig regels en derhalve aanzienlijke vrijheid voor de bestuursrechter bij het bepalen van de bewijslastverdeling en de geveerde bewijsmiddelen.¹⁷⁹

Uit het voorgaande blijkt dat er weinig beperkingen bestaan voor de bestuursrechter om zelf aan feitenonderzoek te doen. De vraag is echter of van de bestuursrechter geveerd dient te worden dat hij zich actief opstelt bij het vaststellen van de intensiteit van de evenredigheidstoetsing in de context van de toepassing van het voorzorgsbeginsel in het ruimtelijke ordeningsrecht. Zoals reeds besproken is het aannemelijk dat de ABRvS in de context van het voorzorgsbeginsel – zelfs bij het vaststellen van de intensiteit van de evenredigheidstoets – als bewijsmaatstaf hanteert dat voor risico's een aanwijzing voor een causaal verband wordt aangetoond op basis van een *wetenschappelijke analyse*.¹⁸⁰ Het lijkt onwenselijk dat de bestuursrechter een dergelijk analyse zelf uitvoert. De technische kennis van de bestuursrechter is hiervoor vaak afwezig.¹⁸¹ Verburg ziet met name moeilijkheden bij feitenvaststelling door de rechter zelf indien de feiten in de toekomst liggen, onmogelijk vastgesteld kunnen worden, dan wel complex of theorie- of beleidsgeladen zijn.¹⁸² Dit zijn bij uitstek het soort feiten dat bij de inschatting van onzekere risico's in de context van het voorzorgsbeginsel relevant kan zijn. Des te meer omdat het voorzorgsbeginsel toegepast wordt in de context van het ruimtelijke ordeningsrecht dat betrekking kan hebben op zeer technische vraagstukken, bijvoorbeeld omtrent geluidshinder of zoönosen. Schuurmans, Pill en Groothuis waarschuwen bovendien voor een aantal psychologische valkuilen bij onderzoek door de bestuursrechter op het internet. Zo kan gevonden informatie niet zomaar vergeten worden en bestaat er de kans dat deze informatie, onafhankelijk van haar relevantie, het beeld van de rechter blijft kleuren.¹⁸³ Deze valkuilen zijn mijns inziens ook relevant bij eigen onderzoek door de rechter middels andere “offline” bronnen. Gezien de besproken beperkingen en valkuilen is het wenselijk dat de bestuursrechter feitenonderzoek baseert op het verdelen van de bewijsvoeringslast¹⁸⁴ of het benoemen van een deskundige.

4.2.3.2 *Verdeling van de bewijsvoeringslast door de bestuursrechter*

Met betrekking tot de verdeling van de bewijsvoeringslast bestaan een aantal relevante overwegingen. Volgens verschillende auteurs is een vuistregel in het bestuursprocesrecht dat de bewijsvoeringslast dient te rusten op de partij die belang heeft bij een bepaalde feitenvaststelling.¹⁸⁵ Dit betekent dat de

¹⁷⁶ *Kamerstukken II*, 1991/92, 22495, Nr. 3, p. 32-33.

¹⁷⁷ Schlössels 2010, p. 480.

¹⁷⁸ Schuurmans 2006, p. 1; Schlössels 2009, p. 29; Schuurmans 2020, p. 293.

¹⁷⁹ Schuurmans 2006, p. 1; Marseille & Tolsma 2019, p. 259.

¹⁸⁰ Zie paragraaf 4.2.2.3 van deze scriptie.

¹⁸¹ Schlössels 2010, p. 483-484.

¹⁸² Verburg 2010, p. 271-274.

¹⁸³ Schuurmans, Pill & Groothuis 2012, p. 259.

¹⁸⁴ De bewijsvoeringslast vormt samen met het bewijsrisico de algemene bewijslast die een bestuursrechter kan opleggen. De bewijsvoeringslast ziet op de verplichting voor een partij om bewijsmiddelen aan te dragen. Het bewijsrisico duidt op de partij die nadeel ondervindt van het niet vervullen van een bewijsvoeringslast. Bewijsvoeringslast en bewijsrisico kunnen maar hoeven niet altijd bij dezelfde partij te liggen (Marseille & Tolsma 2019, p. 269-270). Om deze reden wordt in deze scriptie consequent gesproken van bewijsvoeringslast om aan te geven dat de bestuursrechter de partij kan aanwijzen van wie hij vermoedt dat zij het benodigde bewijs voor het aannemelijk maken van een risico kan aanvoeren.

¹⁸⁵ Verburg 2010, p. 267; Schlössels 2009, p. 59.

bewijsvoeringslast in de context van het voorzorgsbeginsel op zowel het bestuursorgaan als de burger kan rusten, afhankelijk van wie zich op het beginsel beroept. De rechter hoeft echter niet te volstaan met een enkele verdeling van de bewijsvoeringslast. Indien een burger een beroep doet op het voorzorgsbeginsel en dus de bewijsvoeringslast dient te dragen kan uit het oogpunt van ongelijkheidscompensatie¹⁸⁶ de bestuursrechter ervoor kiezen om een deskundige te benoemen. Bepaalde categorieën burgers ontbreekt het immers aan middelen om de bewijsvoeringslast te dragen, zeker als deze dient te voldoen aan de reeds besproken bewijsstandaard van een robuuste wetenschappelijke analyse.¹⁸⁷ Bovendien is Schlössels van mening dat de mate waarin een besluit ingrijpt in de rechtspositie van een burger, bijvoorbeeld met betrekking tot grond- of mensenrechten, een factor kan zijn in de keuze van de rechter om zelf tot feitenonderzoek over te gaan.¹⁸⁸ Deze overweging lijkt extra relevant in de context van het vaststellen van de intensiteit van de evenredigheidstoets bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht. Eerder bleek immers dat een intensievere evenredigheidstoets bij dergelijke besluiten voornamelijk te verwachten is indien fundamentele rechten van de burger in het geding zijn.¹⁸⁹

4.2.3.3 *Toetsing van aangeleverd bewijs en de inbreng van deskundigen*

Heeft de rechter met de verdeling van de bewijsvoeringslast en eventuele ongelijkheidscompensatie voldoende houvast voor het bepalen van de juiste intensiteit van de evenredigheidstoets? Dit is niet het geval. Ongeacht of de bestuursrechter bewijs geleverd krijgt van het bestuursorgaan, de burger of een door hem benoemde deskundige dient hij dit bewijs kritisch te toetsen. Zoals Schlössels aangeeft is het immers aan de bestuursrechter om uiteindelijk op basis van alle relevante omstandigheden van een geval te bepalen of hij met een bepaalde mate van zekerheid genoeg neemt.¹⁹⁰ Voor een goede bewijswaardering in de context van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht dient de bestuursrechter dus na te gaan of aangeleverde aanwijzingen van het bestaan van een risico daadwerkelijk gebaseerd zijn op een wetenschappelijke analyse. Uit de literatuur kunnen een aantal aandachtspunten worden afgeleid voor een dergelijke toets. Zoals Schueler aangeeft krijgt besluitvorming in de context van het voorzorgsbeginsel een hoger “normatief en politiek gehalte”.¹⁹¹ Volgens hem is een deskundige die door de partijen of door de bestuursrechter wordt ingeschakeld hierdoor minder objectief waardoor het noodzakelijk wordt voor de bestuursrechter om de deskundige op kritische wijze te bevragen omtrent onzekerheden.¹⁹² Verburg geeft bovendien aan dat de bestuursrechter zou kunnen toetsen of een toegepast model voor de inschatting van toekomstige gebeurtenissen rekening houdt met de laatste stand van kennis en technologie.¹⁹³ Volgens Schlössels dient de bestuursrechter bij de bewijswaardering stil te staan bij de geloofwaardigheid van de deskundige en diens reputatie in het relevante wetenschappelijke veld.¹⁹⁴ Bovendien dient de rechter na te gaan wat de geldende wetenschappelijke maatstaven zijn in “het internationale discours van deskundigen” en of de deskundige zorgvuldig is geweest in zijn onderzoek.¹⁹⁵

De vraag is echter of de bestuursrechter in staat is om een kritische toetsing uit te voeren van het voorgelegde bewijs. Eerder is immers besproken dat de rechter wegens onvoldoende expertise dient af

¹⁸⁶ *Kamerstukken II*, 1991/92, 22495, Nr. 3, p. 37; zie ook: Marseille & Tolsma 2019, p. 261; Schlössels 2009, p. 114.

¹⁸⁷ Zo beschrijft Schuurmans (2020, p. 296) in het kader van de pre-processuele bewijsverzamelingsplicht van partijen in het bestuursrecht dat het met name moeilijk kan zijn voor belanghebbenden om deskundigenbewijs te verkrijgen wegens de hoge kosten of de ontoegankelijkheid van grote betrouwbare onderzoeksinstituten.

¹⁸⁸ Schlössels 2009, p. 114.

¹⁸⁹ Zie paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 van deze scriptie.

¹⁹⁰ Schlössels 2010, p. 484.

¹⁹¹ Schueler 2009, p. 27.

¹⁹² Schueler 2009, p. 27.

¹⁹³ Verburg 2010, p. 272; hierbij dient opgemerkt te worden dat Verburg uitgaat van de toepassing van een voorspellingsmodel door een bestuursorgaan. Dezelfde overwegingen zijn echter relevant indien een voorspellingsmodel wordt toegepast door een deskundige van de zijde van de burger.

¹⁹⁴ Schlössels 2010, p. 486.

¹⁹⁵ Schlössels 2010, p. 486.

te zien van eigen feitenonderzoek. Dient de rechter dan niet simpelweg te varen op de conclusies en inschattingen van deskundigen? Uit de zojuist besproken aandachtspunten in de literatuur omtrent de noodzaak van toetsing door de rechter zijn twee verschillende niveaus van toetsing op te maken die wederom een verschillende kijk op de capaciteiten van de bestuursrechter impliceren. Schlössels legt nadruk op een procedureel niveau van toetsing waarbij de bestuursrechter met name de geloofwaardigheid en reputatie van de deskundige toetst en nagaat of diens methodiek afwijkt van de geldende norm in het relevante wetenschappelijke veld.¹⁹⁶ Dit procedurele niveau impliceert een zekere scepsis omtrent de mogelijkheid voor de rechter om de deskundige op een inhoudelijk niveau te toetsen. Dit inhoudelijke niveau van toetsing schemert wel door in de standpunten van Schueler en Verburg die aangeven dat de bestuursrechter een deskundige ook inhoudelijke kan toetsen door bijvoorbeeld na te gaan of deze genoeg oog heeft voor onzekerheden en de meest recente inzichten en kennis in overweging heeft genomen. Een inhoudelijk niveau van toetsing impliceert een groter vertrouwen in de capaciteit van de bestuursrechter om een kritische houding in te nemen jegens deskundigen op basis van de inhoud.¹⁹⁷

Het procedurele niveau van toetsing lijkt een haalbare minimum-standaard voor toetsing van deskundigenbewijs door de rechter. Echter, een inhoudelijk niveau van toetsing lijkt tot op zekere hoogte ook haalbaar. In *WGV* gaat de ABRvS expliciet in op verschillende door de appellanten voorgelegde rapporten waarbij de rapporten inhoudelijk beoordeeld worden op relevantie voor de vraag of er een causaal verband bestaat tussen het geluid van windturbines en gezondheidsklachten.¹⁹⁸ De inhoudelijke toetsing in *WGV* heeft echter betrekking op de vaststelling van risico's ter toepassing van het voorzorgsbeginsel bij besluiten van bestuursorganen in het ruimtelijke ordeningsrecht. De vraag is of een inhoudelijke toets wel noodzakelijk is in de fase van vaststelling van de *toetsingsintensiteit* van de evenredigheidstoets. Zoals reeds besproken kan toetsingsintensiteit immers vastgesteld worden in een expliciete stap die voorafgaat aan de uitgebreidere evenredigheidstoets.¹⁹⁹ Relevant in dit opzicht is dat de bestuursrechter reeds met een procedurele beoordeling van het voorgelegde bewijs een inschatting kan maken van het wetenschappelijke gehalte van dat bewijs. Bovendien kan de bestuursrechter – indien hij een intensievere toetsingsintensiteit vaststelt – tijdens de daadwerkelijke evenredigheidstoets overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van het bewijs. In de fase van vaststelling van de toetsingsintensiteit kan de bestuursrechter zich dus beperken tot procedurele toetsing van geleverd bewijs waarbij bijvoorbeeld de geloofwaardigheid en reputatie van de deskundige die het bewijs heeft geproduceerd centraal staat.

4.3 Deelconclusies

Kan de terughoudende evenredigheidstoetsing bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht zoals vastgesteld door de ABRvS in *WGV* aangehouden worden na *Harderwijk*? Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de politieke aard van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht niet meer automatisch kan leiden tot een terughoudende evenredigheidstoets. Hoewel de politieke aard van dergelijke besluiten zwaar dient te wegen bij het vaststellen van de toetsingsintensiteit dienen ook andere in *Harderwijk* genoemde factoren in overweging genomen te worden. Terughoudende evenredigheidstoetsing kan dus geen standaardregel meer zijn maar kan wel fungeren als vuistregel waarvan afgeweken kan worden omwille van adequate rechtsbescherming door de bestuursrechter,

¹⁹⁶ Zie bijvoorbeeld ook de suggestie van Amerongen & Schuurmans (2019, p. 196) dat professionele standaarden, opleidings- en scholingseisen, alsmede de mate van het bestaan van feedbacksystemen zoals tuchtrecht, betrokken kunnen worden door de rechter in zijn beoordeling van deskundigenadvies.

¹⁹⁷ Zie voor een zeer groot vertrouwen in de capaciteit van de bestuursrechter Giard & Merckelbach (2018) die suggereren dat de rechter door het doorgronden en toepassen van een hiërarchie van typen empirisch onderzoek deskundigen kritisch kan bevragen en de betrouwbaarheid van een onderzoek kan inschatten.

¹⁹⁸ ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, r.o. 28.7-28.12.

¹⁹⁹ Zie paragraaf 4.2.2.4 van deze scriptie.

bijvoorbeeld indien fundamentele rechten in het geding zijn. Het is dus belangrijk dat de bestuursrechter zich in het kader van de vaststelling van de toetsingsintensiteit bij voorzorgsbesluiten een beeld vormt van de bij een besluit betrokken algemene en individuele belangen en de mate waarin deze worden geraakt door het besluit.

Hoe dient de bestuursrechter bij vaststelling van de toetsingsintensiteit rekening te houden met onzekerheden omtrent risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid? Ten eerste, dient de bestuursrechter een bewijsmaatstaf toe te passen die past bij een context van onzekere risico's. Uit het voorgaande blijkt dat de ABRvS risico's in het kader van de toepassing van het voorzorgsbeginsel aannemelijk acht indien er een concrete en wetenschappelijke aanwijzing bestaat voor een causaal verband tussen een bepaalde activiteit en risico's. Deze maatstaf kan ook gehanteerd worden bij het bepalen van de intensiteit van de evenredigheidstoetsing. Het hanteren van een nog soepelere maatstaf voor de vaststelling van de toetsingsintensiteit – bijvoorbeeld met lagere eisen omtrent het wetenschappelijke gehalte van het bewijs - kan overwogen worden vanuit het oogpunt van rechtsbescherming voor de burger. Dit lijkt echter onwenselijk, aangezien een nog soepelere maatstaf kan leiden tot het “uitlokken” van een intensievere toetsing door burgers wat op gespannen voet staat met de zojuist besproken vuistregel dat voorzorgsbesluiten omwille van hun politieke aard *in beginsel* een terughoudende evenredigheidstoets dienen te ondergaan. Bovendien kan “uitgelokte” intensievere toetsing leiden tot meer werk voor de bestuursrechter terwijl het onzeker blijft of tijdens de daadwerkelijke evenredigheidstoets – waarbij de strengere bewijsmaatstaf wederom geldt – de aannemelijkheid van het bestaan van een risico overeind blijft. Wat feitenonderzoek betreft lijkt het onwenselijk dat de bestuursrechter zelf onderzoek doet. De technische kennis is hiervoor vaak afwezig bij de bestuursrechter. Het is wenselijker dat de bestuursrechter feitenonderzoek baseert op het verdelen van de bewijsvoeringslast of het benoemen van een deskundige. Omwille van rechtsbescherming en ongelijkheidscompensatie kan de rechter wel kiezen voor het helpen van de burger door het benoemen van een deskundige. Hoewel de rechter wegens gebrek aan expertise eigen feitenonderzoek achterwege dient te laten, is het wel wenselijk dat hij aangeleverd bewijs procedureel toets op betrouwbaarheid. Tijdens de daadwerkelijke evenredigheidstoets kan de bestuursrechter – indien deze een intensievere toets uitvoert - eventueel overgaan tot een meer inhoudelijke beoordeling van het bewijs.

5 Conclusies

De jurisprudentie van de ABRvS ging lange tijd uit van een terughoudende evenredigheidstoets op basis van artikel 3:4 lid 2 Awb waarbij enkel werd nagegaan of een bestuursorgaan in redelijkheid tot haar besluit had kunnen komen. Deze Maxis-Praxis maatstaf heeft na de recente ABRvS-uitspraak *Harderwijk* plaatsgemaakt voor een evenredigheidstoets die qua intensiteit kan variëren van terughoudend tot vol, afhankelijk van de aard van de bevoegdheden van het bestuursorgaan en de bij het besluit betrokken algemene en individuele belangen. Toetsingsintensiteit op maat is na *Harderwijk* dus het devies. Deze focus op maatwerk roept echter vragen op omtrent de wijze van vaststelling van toetsingsintensiteit in verschillende rechtsgebieden en bij de toepassing van verschillende rechtsbeginselen die samenhangen met het evenredigheidsbeginsel. Het voorzorgsbeginsel, sinds 2019 erkend als ongeschreven beginsel in het Nederlandse ruimtelijke ordeningsrecht, biedt een duidelijk voorbeeld hiervan. Het beginsel maakt het voor bestuursorganen mogelijk om voorzorgsmaatregelen te nemen met het oog op een goede ruimtelijke ordening indien geen wetenschappelijke zekerheid bestaat over risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid. Voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht dienen wel te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. De bestuursrechter kan voorzorgsbesluiten dan ook onderwerpen aan een evenredigheidstoets. Uit de ABRvS-uitspraak *WGV* blijkt voorts dat de ABRvS een terughoudende evenredigheidstoets voor voorzorgsbesluiten beoogt die waarschijnlijk overeenkomt met de Maxis-Praxis maatstaf.

Harderwijk roept de vraag op of de bestuursrechter dient over te gaan tot een intensievere toetsing van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht. De ABRvS baseerde de terughoudende toetsing

van voorzorgsbesluiten in *WGV* namelijk op de bestuurlijk politieke aard van dergelijke besluiten. Bovendien: indien intensievere toetsing van voorzorgsbesluiten mogelijk of zelfs noodzakelijk is na *Harderwijk* is het maar de vraag of het effectief vaststellen van de juiste toetsingsintensiteit in de praktijk mogelijk is. In gevallen waarin het voorzorgsbeginsel een rol speelt bestaat er immers wetenschappelijke onduidelijkheid omtrent de aard en omvang van risico's voor het milieu en de menselijke gezondheid waardoor de betrokken belangen alsmede de mate waarin deze worden geraakt moeilijk vastgesteld kunnen worden. Onduidelijkheid hieromtrent kan weer leiden tot de vaststelling van een verkeerde toetsingsintensiteit en dus een suboptimale toepassing van de evenredigheidstoets op basis van *Harderwijk*.

Vanuit deze achtergrond is in deze scriptie onderzocht wat de invloed is van de ABRvS-uitspraak *Harderwijk* op de intensiteit van de evenredigheidstoetsing van besluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht waarbij het voorzorgsbeginsel wordt toegepast.

Uit de voorgaande hoofdstukken kan ten eerste geconcludeerd worden dat *Harderwijk* vereist dat de bestuursrechter, ondanks de politieke aard van voorzorgsbesluiten, expliciet nagaat welke algemene en individuele belangen bij het besluit betrokken zijn, alsmede de mate waarin deze belangen worden geraakt. Alleen op deze manier kan de rechter de rechtsbescherming bieden die de ABRvS beoogt te bereiken door middel van haar focus op toetsingsintensiteit op maat in *Harderwijk*. Toch dient de politieke aard van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht zwaar te blijven wegen bij de vaststelling van de toetsingsintensiteit. Dergelijke voorzorgsbesluiten worden immers genomen door provinciale staten en gemeenteraden, oftewel gekozen organen die een aanzienlijke mate van democratische legitimiteit genieten. Daarom is het waarschijnlijk dat terughoudende toetsing bij voorzorgsbesluiten in het ruimtelijk ordeningsrecht de vuistregel zal blijven waarvan wel afgeweken kan worden omwille van adequate rechtsbescherming door de bestuursrechter, bijvoorbeeld indien fundamentele rechten in het geding zijn. *Harderwijk* heeft dus wel enige invloed op de intensiteit van evenredigheidstoetsing van voorzorgsbesluiten maar zal waarschijnlijk niet leiden tot een golf aan intensievere toetsing.

Het bestaan van onzekerheid omtrent risico's, een kenmerk van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht, betekent niet dat de vaststelling van toetsingsintensiteit na *Harderwijk* in de praktijk onmogelijk is voor de bestuursrechter. De bestuursrechter dient dan wel een bewijsmaatstaf toe te passen die past bij een context van onzekere risico's. In de jurisprudentie omtrent voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht wordt reeds als maatstaf aangehouden dat er een concrete wetenschappelijke aanwijzing bestaat voor een causaal verband tussen een bepaalde activiteit en potentiële risico's. Deze maatstaf kan ook toegepast worden bij het vaststellen van de intensiteit van de evenredigheidstoetsing. Een nog soepelere bewijsmaatstaf omwille van meer rechtsbescherming - bijvoorbeeld door het stellen van minder eisen aan het wetenschappelijke gehalte van een aanwijzing - kan leiden tot "uitlokking" van intensievere toetsing door burgers wat op gespannen voet staat met de zojuist besproken vuistregel dat voorzorgsbesluiten omwille van hun politieke aard *in beginsel* een terughoudende evenredigheidstoets dienen te ondergaan.

Wat feitenonderzoek betreft lijkt het onwenselijk dat de bestuursrechter zelf aan onderzoek doet naar het bestaan van aanwijzingen omtrent risico's. Gezien zijn beperkte technische expertise kan de bestuursrechter beter de bewijsvoeringslast omtrent deze aanwijzingen verdelen over de procespartijen of een deskundige benoemen die onderzoek doet. Het benoemen van een deskundige kan ook bijdragen aan rechtsbescherming en ongelijkheidscompensatie. De rechter is weliswaar geen technisch expert maar kan het aangeleverde bewijs of de benoemde deskundige op procedureel niveau toetsen op betrouwbaarheid. Een eventuele inhoudelijke toetsing van het bewijs kan bovendien volgen indien de rechter vaststelt dat een intensievere evenredigheidstoets noodzakelijk is. Er kan dus geconcludeerd worden dat de bestuursrechter na *Harderwijk* actiever regie kan en moet voeren tijdens het feitenonderzoek, waarbij hij bovendien moet waken over de wetenschappelijke aard van aangevoerde aanwijzingen omtrent het bestaan van risico's voor het milieu of de menselijke gezondheid. Enkel met

dergelijke actieve regie kan de bestuursrechter in de context van voorzorgsbesluiten in het ruimtelijke ordeningsrecht effectief vaststellen of door een besluit geraakte belangen of rechten tot een intensievere evenredigheidstoets nopen. Zonder deze actieve regie is de kans groot dat het volle potentieel van *Harderwijk* in termen van rechtsbescherming onvoldoende gerealiseerd wordt in een context van onzekere risico's.

Literatuurlijst

Barkhuysen 2010

T. Barkhuysen, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak'. In: M.N. Boeve & R. Uylenburg (Red.), *Kansen in het omgevingsrecht; opstellen aangeboden aan Prof. Mr. N.s.j. Koeman*, Europa Law Publishing 2010, p. 45-76

Barkhuysen 2015

T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015/1137, Afl. 24, p. 1583

Barkhuysen 2018

T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', *NJB* 2018/445, Afl. 9, p. 603

Barkhuysen & den Ouden 2018

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht: over integrale geschilbeslechting, de opmars van het evenredigheidsbeginsel en voortschrijdende Europeanisering', *NJB* 2018/740, Afl. 15, p. 1001-1012

Barkhuysen & den Ouden 2020

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht: Over responsief bestuursrecht, integrale geschilbeslechting en vooral ... maatwerk', *NJB* 2020/954, Afl. 15, p. 1042-1053

Barkhuysen & den Ouden 2022

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht: over evenredigheid, evenredigheid en ... evenredigheid. Maar hoe dan?', *NJB* 2022/49, p. 949-1147

Barkhuysen, Becker en Emmerik 2020

T. Barkhuysen, R. Becker & M.L. Van Emmerik, 'Toetsing van overheidshandelen in het Nederlandse publieksrecht', in: T. Barkhuysen, R. Becker, M. Van Emmerik, J. van der Helm, P. Van de Weyer & F. Auvray, *Naar een eenvormige(r) toetsing? Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht in België en Nederland*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 13-31

Barkhuysen e.a. 2022

T. Barkhuysen, J.E. van den Brink, A. Drahmman, W. den Ouden, Y.E. Schuurmans & M.K.G. Tjepkema, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Bodansky 2004

D. Bodansky, 'Deconstructing the Precautionary Principle', in: D. Caron & H. Scheiber, *Bringing New Law to Ocean Waters (Publications on Ocean Development, Volume: 47)*, Leiden: Brill | Nijhoff 2004, p. 381-391

Bröring & de Graaf 2022

H.E. Bröring, K.J. de Graaf, C.L.G.F.H. Albers, L.J.A. Damen, A.P. Klap, A.M. Klingenberg, A.T. Marseille, H.D. Tolsma & G.A. van der Veen, *Bestuursrecht 1: Systeem – Bevoegdheid – Bevoegdheidsuitoefening – Handhaving*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2022.

Collignon 2022

A. Collignon, annotatie bij ABRvS, 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, *MenR* 2022/50, Afl. 4, p. 302-306.

De Graaf & Marseille 2022

K.J. de Graaf & A.T. Marseille, annotatie bij ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AA* 2022, p. 306-314

De Jong 2016

E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen: Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016

De Jong 2018

E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering en het EVRM: over drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder te laten optreden', *NTM/NJCM-bull.* 2018, Nr. 2, p. 207-230

Dijck, Snel & van Golen 2018

G. van Dijck, M Snel & T van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom Juridisch 2018

Ettekhoven 2021

B.J. van Ettekhoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021/101, afl. 2, p. 98-107

Europese Commissie 2000

Europese Commissie, Mededeling over het voorzorgsbeginsel, Brussel, 2.2.2000, COM(2000) 1 definitief

Gardiner 2005

S.M. Gardiner, 'A core precautionary principle', *The Journal of Political Philosophy* 2006, Vol. 14, No. 1, p. 22-60

Giard & Merckelbach 2018

R. Giard & H. Merckelbach, 'De ene deskundige is de andere niet. Hoe de rechter empirisch gefundeerd bewijs kan waarderen', *NJB* 2018/140, Afl. 3, p. 181-188.

Hirsch Ballin 2015

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Preadviezen* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht, VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 7- 58

Huisman & Jak 2019

P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20, Afl. 5, p. 212-221

Kegge 2020

R. Kegge, 'Voorzorg op het juiste niveau? Over gezondheidsrisico's en het voorzorgsbeginsel in de ruimtelijke ordening', *M en R* 2020/75, p. 566-574

Koenraad & Riphagen 2022

L.M. Koenraad & J. Riphagen, annotatie bij ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *USZ* 2022/76

Marseille & Tolsma 2019

A.T. Marseille & H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2: rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2019

Nijmeijer 2013

T. Nijmeijer, 'Zorgvuldige besluitvorming. Het hellende vlak tussen onomstotelijk bewezen feiten en algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten', *AA* 2013, p. 724-726

Ortlep & Zorg 2018

R. Ortlep & W. Zorg, 'Van marginale rechterlijke toetsing naar toetsing op maat: einde van een geconditioneerde respons?', *AA* 2018, p. 20-25

Raad van State 2000

Raad van State, Jaarverslag 2000, Den Haag 2001

Raad van State 2016

Raad van State, Jaarverslag 2016, Den Haag 2017

Raad van State, 2017

Raad van State, Jaarverslag 2017, Den Haag 2018

Raad van State 2018

Raad van State, Jaarverslag 2018, Den Haag 2019

Raad van State 2021

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Den Haag: Raad van State 2021.

Sanderink 2022

D. Sanderink, 'Toetsingsintensiteit en deskundigenadviezen in milieugeschillen', in: J.A.F. Peters, R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, J. Krommendijk, A.B. Terlouw, C.D.J. Bulten & E.G.A. van der Werf (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 487-506

Sauter 2013

W. Sauter, 'Proportionality in EU Law: A Balancing Act?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2013, Vol. 23, pp. 439 – 466.

Schlössels 2009

R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter? Preadviezen* (VAR Vereniging voor Bestuursrecht, VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 11-116

Schlössels 2010

R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?', *AA* 2010, p. 476-486

Schlössels 2018

R.J.N. Schlössels, 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2018/66, Afl. 9, p. 425-435

Schlössels e.a. 2020

R.J.N. Schlössels, C.L.G.F.H. Albers, S. Hillegers & S. Kole, *Kern van het bestuursrecht*. Den Haag: Boom juridische uitgevers 2020.

Schlössels 2021

R.J.N. Schlössels, 'Evenredigheid als limiet: de langverwachte conclusie over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel', *JBPL* 2021, Nummer 3, p. 126-140

Schlössels 2022

R.J.N. Schlössels, annotatie bij ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *JB* 2022/44, Afl. 3, p. 264-280

Schueler 2009

B.J. Schueler, 'Het vernieuwde voorzorgsbeginsel als toetsingsmaatstaf voor de bestuursrechter', in: T. Arnoldussen, W.J. Kortleven, R. Pieterman, B.J. Schueler & J.F.M. Versteegh, *Bij twijfel (niet) doen? Over de invulling van het voorzorgsbeginsel en het omgaan met onzekerheden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 15-29.

Schuurmans 2006

Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Schuurmans, Pill & Groothuis 2012

Y.E. Schuurmans, K. Pill & M.M. Groothuis, 'De rechter op internet', *Computerrecht* 2012, Afl. 4, p. 250-260.

Schuurmans 2020

Y.E. Schuurmans, 'De preprocessuele bewijsverzamelingsplicht', *RMThemis* 2020/6, p. 292-297.

Schuurmans, Leijten & Esser 2020

Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020.

Soule 2000

E. Soule, 'Assessing the precautionary principle', *Public affairs quarterly* 2000, Vol. 14, No. 4, p. 309-328.

Timmer 2014

M. Timmer, 'Het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?', *AA* 2014, p. 601-609

Timmer & van Triet 2017

M. Timmer & N van Triet, 'Beheersen en bestrijden – het voorzorgsbeginsel en informatieplichten bij de onzekere risico's van Q-koorts', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2017, Afl. 3, p. 143-149

Trouwborst 2007

A. Trouwborst, 'De harde kern van het voorzorgsbeginsel', *M en R* 2007, Afl. 4, p. 198-205.

Van Amerongen & Schuurmans 2019

N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van 'black box'-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 175-196.

Van der Velde 2015

R. van der Velde, 'Voorzorg in het bestuursrecht: over zeehonden, zoönosen en wat als Groningen op Antarctica zou liggen', *NJB* 2015/351, p. 435-441.

Van Zanten 2022

M. van Zanten, annotatie bij ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *AB* 2022/121, Afl. 14, p. 1089-1106

Verburg 2010

D.A. Verburg, 'De bestuursrechter: van des werkmans beste raadsman tot bewijsrechtelijke spelverdeler – 15 jaar bewijsrecht onder de Awb' in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 261-279

Wiarda 1952

I. Samkalden & G.J. Wiarda, 'Algemene beginselen van behoorlijk bestuur', in: *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht (Deel 24)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1952

WRR 2008

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere veiligheid: verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

Aangehaalde jurisprudentie

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

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

ABRvS, 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578.

ABRvS, 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:863.

ABRvS, 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1301.

ABRvS, 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3247.

ABRvS, 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2713.

ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210.

ABRvS, 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301.

ABRvS, 5 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:375.

ABRvS, 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2821.

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

ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:334.

ABRvS, 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:335.

ABRvS, 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556

ABRvS, 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238.

Advocaten-Generaal Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

Concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

Hoge Raad der Nederlanden

HR, 25 februari 1949, ECLI:NL:HR:1949:AG1963.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM, 27 januari 2009, 67021/01 (*Tatar v. Roemenië*)

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU, 13 november 1990, C-331/88

HvJ EU, 5 mei 1998, C-157/96

HvJ EU, 10 december 2002, C-491/01