

Een steeds bredere toepassing van het voorzorgsbeginsel in het omgevingsrecht

– Mr. P.M. Smits¹

1. Inleiding

De stapel aan juridische (en vaak ook politieke) hoofdpijndossiers heeft zich de laatste jaren in fors tempo uitgebreid. Steeds vaker blijkt dat in een te laat stadium is ingegrepen. Regelmatig was al jaren bekend dat er een mogelijkheid bestond tot het oplopen van ernstige en soms ook onomkeerbare schade, maar is niet ingegrepen omdat (nog) wetenschappelijke onzekerheid bestond over het intreden en/of de omvang van deze mogelijke schade. In toenemende mate wordt de vraag opgeworpen of het voorzorgsbeginsel als hulpmiddel kan fungeren ter voorkoming van ernstige en vaak ook onomkeerbare schade. Oorspronkelijk is dit een beginsel dat in het (nationale, internationale en vooral Europese) milieurecht een belangrijke plaats inneemt, maar de laatste tijd begint het beginsel ook steeds meer een rol te spelen buiten de grenzen van het milieurecht, zoals in het (bredere) omgevingsrecht en het gezondheidsrecht.

Dit artikel heeft tot doel om inzichtelijk te maken hoe het voorzorgsbeginsel toegepast kan, dan wel, moet worden in omgevingsrechtelijke besluitvorming. In dit proces sta ik stil bij de huidige toepassing van het voorzorgsbeginsel in zowel internationaal als nationaal verband. Daarnaast geef ik een inzicht in de toepassing van het voorzorgsbeginsel onder de Omgevingswet. Onder de Omgevingswet krijgt het voorzorgsbeginsel namelijk een nadrukkelijker rol. De vraag is echter of de codificatie in de Omgevingswet voldoende is om het voorzorgsbeginsel te bestendigen, of dat nadere codificatie gewenst blijft.

In het navolgende wordt eerst de achtergrond van het voorzorgsbeginsel uiteengezet (par. 2). Daarna volgt een verdergaande verdieping in de toepassing van het voorzorgsbeginsel in de context van de EU

Habitatrichtlijn² en de stikstofcrisis (par. 3), waarbij het voorzorgsbeginsel in meerdere fases een rol speelt. Vervolgens wordt nog ingegaan op de waarde van het voorzorgsbeginsel in het (bredere) omgevingsrecht (par. 4), waarna wordt afgesloten met een conclusie (par. 5).

2. Achtergrond van het voorzorgsbeginsel

2.1 Doel van het voorzorgsbeginsel

Kenmerkend aan de jaren negentig was dat een groeiend besef in de maatschappij ontstond dat sommige handelingen kunnen leiden tot ernstige en onomkeerbare milieuschade. Dit besef heeft in combinatie met de groeiende wetenschappelijke onzekerheid over de consequenties van het menselijk handelen geleid tot de opkomst van het voorzorgsbeginsel. Het voorzorgsbeginsel is in feite ontstaan als een reactie op de variabiliteit en complexiteit van natuurlijke systemen en processen.³ Het voorzorgsbeginsel heeft daarom primair tot doel om een handvat te bieden in situaties waarin er (nog) wetenschappelijke onzekerheid is over de milieueffecten, maar waarin het gewenst is om in een zo vroeg mogelijk stadium preventief in te grijpen om onacceptabele milieueffecten te voorkomen.⁴

2.2 Kernelementen

Alhoewel de roep om het voorzorgsbeginsel toe te passen steeds groter wordt door de toenemende wetenschappelijke onzekerheden, ontbreekt in zowel internationaal als nationaal verband een hel-

² Richtlijn 92/43/EEG van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

³ A. Trouwborst, 'De harde kern van het voorzorgsbeginsel', *Me en R* 2007/4, p. 199-200; T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve & R. Uylenberg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 48-49.

⁴ Onder het beschermen van het milieu valt ook het beschermen van de volksgezondheid, waardoor het voorzorgsbeginsel ook kan worden toegepast in gevallen waarin er sprake is van dreigende gezondheidsschade (zie M.G. Faure & E. Vos (red.), *Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, Den Haag: Gezondheidsraad 2003).

¹ Pepijn Smits is werkzaam als advocaat bestuursrecht en omgevingsrecht bij Houthoff. Hij dankt Monica Sonderegger en Marloes Brans voor het meelezen en leveren van waardevolle input.

dere en eenduidige definitie van het voorzorgsbeginsel. Het beginsel is nergens gedefinieerd in de wet⁵, maar desondanks bestaat in de literatuur wel consensus over de drie zogenaamde (cumulatieve) kernelementen van het voorzorgsbeginsel, die tevens als opmaat fungeren voor een in de literatuur geformuleerde definitie. Om een geslaagd beroep te doen op het voorzorgsbeginsel moet in ieder geval sprake zijn van (1) dreigende milieuschade (dat wil zeggen: significante of onherstelbare schade)⁶ en (2) wetenschappelijke onzekerheid over de kans op het intreden van deze dreigende milieuschade.⁷ Hierbij geldt dat de wetenschappelijke onzekerheid en de dreigende milieuschade communicerende vaten zijn; hoe groter de kans op het intreden van ernstige schade is, des te minder streng getoetst dient te worden aan de mate van wetenschappelijke onzekerheid. Als wordt voldaan aan de eerste twee elementen, dan bestaat vervolgens (3) de plicht om de dreigende milieuschade te voorkomen, ondanks het feit dat het nog onzeker is of de schade zal intreden.⁸

Aan de hand van deze kernelementen zijn in de literatuur verschillende definities van het voorzorgsbeginsel geformuleerd.⁹ Ik sluit aan bij de volgende veelgebruikte definitie:

'De plicht tot het ondernemen van proportionele en effectieve actie tegen ernstige of onomkeerbare (milieu)schade, indien op basis van de best beschikbare wetenschap deze schade te vermoeden maar niet te garanderen valt'.¹⁰

5 Vgl. art. 11 van de World Charter for Nature van de VN (1982), beginsel 15 van de Rio Verklaring van de United Nations Conference on Environment and Development (1992), art. 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn, art. 191 lid 2 VWEU, art. 3.3 Omgevingswet en art. 23.6 Omgevingswet.

6 Een enkele verandering is onvoldoende voor een beroep op het voorzorgsbeginsel. Er moet sprake zijn van een (bewezen) nadelige invloed. Dit is het geval als er merkbare en tastbare milieueffecten zijn, die tevens ernstig en/of onomkeerbaar zijn. Wanneer de verwachte milieueffecten puur hypothetisch, niet-nadelig of niet significant zijn, dan zal een beroep op het voorzorgsbeginsel niet slagen (zie T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve & R. Uylenberg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 51).

7 Er moet aanleiding zijn tot twijfel over de mogelijke gevolgen van het menselijk handelen. Deze twijfel moet er bestaan ondanks de meest geavanceerde stand der techniek én deze twijfel moet geruchten, pure theorie en loutere suggestie te buiten gaan (GvEA 11 september 2002, T-70/99, ECLI:EU:T:2002:210, ro. 156 en 165).

8 M. Timmer, 'Het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?', AA 2014/0601, p. 602.

9 Vgl. A. Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 45-69; C.R. Sunstein, 'Precautions against What? Perceptions, Heuristics and Culture', in: J.B. Wiener e.a. (red.), *The reality of precaution*, Washington D.C.: RFF Press 2011, p. 495; M.G. Faure & E. Vos (red.), *Juridische afbakening van het voorzorgsbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, Den Haag: Gezondheidsraad 2003, p. 259-262.

10 M.J.W. Timmer, 'Het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?', AA 2014/0601, p. 602.

2.3 Reikwijdte en juridische status

De bakermat van het voorzorgsbeginsel is gelegen in het internationale milieurecht, maar inmiddels kan het beginsel ook worden ingelesen in het EVRM én is het deel gaan uitmaken van de Europese en nationale rechtsorde. Om een goed begrip te krijgen van de reikwijdte en de juridische status van het voorzorgsbeginsel sta ik kort stil bij de verschillende kaders, zodat duidelijker is in welke gevallen het voorzorgsbeginsel een handvat kan bieden.

2.3.1 Internationaal milieurecht

Allereerst maakt het voorzorgsbeginsel deel uit van het internationale gewoonterecht, waardoor het beginsel als uitgangspunt juridisch bindend recht is voor alle staten.¹¹ Als gevolg hiervan is het geoorloofd dat nationale rechters op nationaal niveau het voorzorgsbeginsel als gewoonterechtelijke norm binnen het internationale milieurecht toepassen.¹² Het voorzorgsbeginsel kan hierdoor enerzijds als zelfstandige norm worden gehanteerd, maar kan anderzijds ook als hulpmiddel worden gebruikt bij de interpretatie en toepassing van andere normen. Zo kan het voorzorgsbeginsel, zoals dat voortvloeit uit het internationale gewoonterecht, inkleuring geven bij het construeren van een zorgplicht als een onrechtmatige gevaarzetting wordt gecreëerd (toepassing van de Kelderluik-criteria bij artikel 6:162 BW, zoals is gebeurd in de Urgenda- en Shell-zaken).¹³

Onder de internationale rechtsorde is de reikwijdte van het voorzorgsbeginsel beperkt tot het milieurecht. De bescherming van de volksgezondheid valt in deze situatie slechts impliciet hieronder, namelijk louter voor zover dat als afgeleid belang profijt haalt uit milieubescherming.¹⁴ Dit betekent

11 Zie de analyse in A. Trouwborst, *Evolution and status of the precautionary principle in international law* (International Environmental Law & Policy Series, Vol. 62), Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2012, p. 33-286; T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve & R. Uylenberg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 51-52; W.R. van der Velde, 'Voorzorg in het bestuursrecht. Over zeehonden, zoönosen en wat als Groningen op Antarctica zou liggen', *NJB* 2015/351, afl. 7, p. 436.

12 Het voorzorgsbeginsel is door de hoogste nationale rechters van India en Canada al toegepast als gewoonrechtelijke norm van internationaal recht. Zie Supreme Court of India, *Vellore Citizens' Welfare Forum t. Union of India*, 5 SCC 647, AIR (SC) 1996, p. 2715 en Supreme Court of Canada, *SprayTech t. Hudson, MPLR* 2002, p. 1.

13 Vgl. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda); Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591; Concl. PG F.F. Langemeijer & AG M.H. Wisseling 13 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:887; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Shell-klimaatvonnis).

14 A. Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 12-16; A. Trouwborst, 'De harde kern van het voorzorgsbeginsel', *M en R* 2007/4, p. 205-206.

dat de bescherming van 'het milieu' centraal moet staan.¹⁵ De bescherming van personen (en aldus de volksgezondheid) staat niet centraal in de toepassing van deze gewoonterechtelijke norm. Wel is het dus mogelijk dat door de toepassing van deze norm indirect de volksgezondheid wordt beschermd, aangezien de norm personen wel beschermt tegen de gevolgen van milieuschade.

2.3.2 Europese rechtsorde

Daarnaast is het voorzorgsbeginsel inmiddels ook expliciet onderdeel geworden van het Europese milieubeleid, doordat het beginsel in 1992 is geïncorporeerd in het EG-Verdrag. Zo volgt op dit moment uit art. 191, tweede lid van het Werkingsverdrag dat het milieubeleid van de Europese Unie berust op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen. Het achterliggende doel hiervan is om de kwaliteit van het milieu te behouden, te beschermen, te verbeteren én om de volksgezondheid te beschermen.¹⁶ Als gevolg hiervan wordt het voorzorgsbeginsel ook toegepast in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en komt het beginsel terug in secundaire EU-regelgeving, zoals bijvoorbeeld de Habitatrictlijn. Aangezien het Europese recht rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde, krijgt deze rechtspraak en regelgeving ook gelding in de nationale rechtsorde.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het voorzorgsbeginsel een algemeen beginsel is in het Europese recht, dat de betrokken autoriteiten verplicht om bij de uitoefening van hun bevoegdheden passende maatregelen te nemen, zodat potentiële gevaren voor de volksgezondheid, de veiligheid en het milieu voorkomen kunnen worden. Eventuele economische gevolgen zijn ondergeschikt aan de bescherming van deze belangen.¹⁷ De betrokken autoriteiten zijn daarom gehouden om bij wetenschappelijke onzekerheid over het bestaan of de omvang van de risico's beschermingsmaatregelen te nemen. Er hoeft niet gewacht te worden totdat het causale verband is bewezen.¹⁸ Als het waarschijnlijk is dat reële schade zal ontstaan, dan vormt het voorzorgsbeginsel een rechtvaardiging voor het nemen van beperkende maatregelen.¹⁹

Daarbij moet wel opgemerkt worden dat autoriteiten beleidsruimte hebben ten aanzien van de te nemen maatregelen²⁰, met dien verstande dat zij verplicht zijn om een hoog beschermingsniveau te verzekeren ten aanzien van de bescherming van de volksgezondheid, de veiligheid en het milieu. Dat hoeft niet het hoogst mogelijke beschermingsniveau te zijn dat technisch mogelijk is.²¹

2.3.3 EVRM

Alhoewel het voorzorgsbeginsel in het EVRM niet expliciet wordt genoemd, is de toepassing van art. 2²² en art. 8²³ EVRM inhoudelijk vergelijkbaar met (de kenmerken van) het voorzorgsbeginsel.²⁴ Bovendien heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in één van zijn arresten al expliciet laten weten dat het voorzorgsbeginsel kan

20 HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 71; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 145; HvJ EG 11 september 2002, T-13/99, ECLI:EU:T:2002:209, ro. 150-151.

21 HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 72; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 146; HvJ EG 14 juli 1998, C-284/95, ECLI:EU:C:1998:352, ro. 49.

22 Art. 2 van het EVRM beschermt het recht op leven. Uit deze bepaling volgt dat op verdragsstaten de positieve verplichting rust om passende maatregelen te nemen om het leven te beschermen van eenieder die onder zijn rechtsmacht valt (zie bijv. EHRM 28 maart 2000, nr. 22492/93 (*Kılıç/Turkije*), ro. 62 en EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/09 (*Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenie*), ro. 130). Uit de zojuist aangehaalde rechtspraak volgt dat deze verplichting onder meer geldt als sprake is van gevaarlijke industriële activiteiten, ongeacht of deze door de overheid zelf of door anderen worden verricht, of natuur- of milieurampen. Een staat is in deze gevallen gehouden om passende maatregelen als er voor personen een 'reëel en direct gevaar' bestaat en de betrokken staat van dat gevaar op de hoogte is. Er is sprake van een dusdanig gevaar als de omstandigheid de betrokken personen rechtstreeks bedreigt. Hieronder vallen ook gevaren die zich pas op de langere termijn kunnen verwezenlijken (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, ro. 5.2.2).

23 Art. 8 van het EVRM beschermt het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Alhoewel in het EVRM geen recht op bescherming van de leefomgeving is opgenomen, heeft dit artikel wel betrekking op milieukwesties. Als de verwezenlijking van een milieugevaar voldoende ernstig is en rechtstreekse gevolgen heeft voor het privéleven, dan kan volgens het EHRM bescherming worden ontleend aan art. 8 EVRM. Hiervoor is niet vereist dat de gezondheid van de betrokken persoon wordt bedreigd. Voldoende is dat er door ernstige milieuverontreiniging een risico is komen ontstaan die mogelijkzwaars het welzijn van personen kan aantasten. In deze gevallen rust op een verdragsstaat de positieve verplichting om redelijke en passende maatregelen te nemen ter bescherming van individuen tegen mogelijk ernstige milieuschade. Dit risico hoeft niet op korte termijn te bestaan (zie bijv. EHRM 10 november 2004, nr. 46117/99 (*Ta kin e.a./Turkije*), ro. 107 en 111-114, EHRM 27 januari 2009, nr. 67021/01 (*T tar/Roemenie*), ro. 89-97 en HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, ro. 5.2.3).

24 De positieve verplichting die volgt uit de toepassing van art. 8 EVRM overlapt ten aanzien van activiteiten die gevaarlijk zijn voor de omgeving, grotendeels met de positieve verplichting die volgt uit art. 2 EVRM. Als gevolg hiervan is de rechtspraak over de eerstgenoemde verplichting ook van toepassing op de laatstgenoemde verplichting (EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), ro. 133). Alhoewel het voorzorgsbeginsel in de rechtspraak van het EHRM nog niet is behandeld in het kader van art. 2 EVRM, wordt deze mogelijkheid wel benoemd in de literatuur, aangezien het recht op leven een zwaarder wegend belang is dan het recht op privéleven (zie bijv. R. Kegge, 'Voorzorg op het juiste niveau? Over gezondheidsrisico's en het voorzorgsbeginsel in de ruimtelijke ordening', *M en R* 2020/75, p. 2).

15 Denk hierbij bijvoorbeeld aan de bescherming van kwetsbare soorten, natuurlijke systemen, habitats of natuurlijke kenmerken.

16 Zie ook de mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel, COM/2000/001, par. 3. Deze mededeling is ook met instemming begroet door verschillende EU-lidstaten, waaronder onze nationale regering (zie *Kamerstukken II* 1999/00, 21.501-08, nr. 109, p. 5).

17 HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 58; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 134; HvJ EG 21 oktober 2003, T-392/02, ECLI:EU:T:2003:277, ro. 121.

18 HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 59; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 135.

19 HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 69; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 142.

worden ingelezen in art. 8 van het EVRM²⁵, waardoor het voorzorgsbeginsel inmiddels is erkend als algemeen rechtsbeginsel onder het EVRM.

Als gevolg hiervan kan er al een positieve verplichting op Verdragsstaten rusten om preventieve, passende maatregelen te nemen als sprake is van een reëel en direct dreigend milieugevaar. In dergelijke gevallen is het niet vereist dat eerst een causaal verband wordt aangetoond, waardoor van staten al actie kan worden verlangd als nog sprake is van wetenschappelijke onzekerheid. Het is evenmin vereist dat het gevaar zich zal verwezenlijken.²⁶ Vanaf het moment dat een Verdragsstaat wetenschap heeft van een dusdanig dreigend gevaar, rust op die staat de positieve verplichting om passende maatregelen te nemen.

Het EHRM gunt staten hierbij geen *margin of appreciation*, maar zij hebben wel beleidsruimte over de te nemen maatregelen en het overheidsniveau waarop de maatregelen worden genomen.²⁷ Het is aan de desbetreffende staat voorbehouden om te bepalen welke maatregelen worden genomen, zolang deze maatregelen maar redelijk en geschikt zijn.²⁸ Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan in dergelijke gevallen gekozen worden tussen mitigatiemaatregelen en adaptatiemaatregelen.²⁹ Een rechter zal kunnen beoordelen of de genomen maatregelen redelijk en geschikt zijn en daarmee of aan de gegeven beleidsruimte op een juiste wijze invulling is gegeven.

2.3.4 Nationale rechtsorde

In de nationale rechtsorde is het voorzorgsbeginsel tot op heden nog niet gecodificeerd, maar de inwerkingtreding van de Omgevingswet zal hierin verandering brengen. In paragraaf 4.4 zal stilgestaan worden bij de codificatie van het voorzorgsbeginsel onder de Omgevingswet. Het voorzorgsbeginsel komt wel als zodanig - zoals ook nader zal worden toegelicht in paragraaf 4 - al aan bod in de jurisprudentie. Daarnaast zijn enkele kenmerken van het voorzorgsbeginsel, vanwege de implementatie van secundaire EU-regelgeving, terug te vinden in de nationale milieu- en natuurbeschermingswetten.³⁰ De reden hierachter is dat het kabinet zich in het verleden op het standpunt heeft gesteld dat een bijzondere codificatie van het voorzorgsbeginsel niet noodzakelijk was³¹, omdat aspecten van het voorzorgsbeginsel kunnen worden gelezen in de Grondwet³², de Algemene wet bestuursrecht (Awb)³³ en de algemene zorgplichtbepalingen³⁴ zoals een 'goede ruimtelijke ordening'.³⁵ Ondanks het ontbreken van een bijzondere codificatie begint het voorzorgsbeginsel een steeds nadrukkelijker rol te krijgen in de jurisprudentie. Het is niet langer meer een beginsel dat slechts relevant is voor het milieurecht, maar het komt steeds meer aan bod in het (bredere) omgevingsrecht.

3. Voorzorgsbeginsel in het licht van de EU Habitatrictlijn en de stikstofcrisis

Zoals eerder is toegelicht, vindt de uitwerking van het voorzorgsbeginsel in de Europeesrechtelijke context voornamelijk plaats door middel van het uitvaardigen van secundaire EU-regelgeving. Op dit moment komt deze uitwerking het meest nadrukkelijk naar voren in art. 6, derde lid van de Habitatrictlijn. Zo werd door het PAS-systeem³⁶ en de bouwvrijstelling³⁷ een streep gezet, omdat beide regelingen in strijd met art. 6, derde lid van de Habitatrictlijn werden geacht. Rondom beide regelingen heerste namelijk te veel onzekerheid over de mogelijk verdere aantasting van stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden, waardoor het Europeesrechtelijke voorzorgsbeginsel - dat als doel heeft om een hoog beschermingsniveau ten aanzien van het milieu te bewerkstelligen - werd geschonden. Ook de afstandsgrens van 25 kilometer voor verkeer bij stikstofberekeningen wordt op dit moment om de-

31 Kamerstukken II 2008/09, 28 089, nr. 23, p. 10-13.

32 Art. 21 en art. 22, eerste lid Grondwet geven een opdracht aan de overheid om zorg te dragen voor de fysieke veiligheid.

33 Art. 3:2 en art. 3:46 Awb vereisen dat besluiten van de overheid zorgvuldig worden voorbereid en dat de ze vervolgens berusten op een voldoende dragende motivering. Daarnaast vereist art. 3:4 Awb de betrokkenheid van belanghebbenden in de besluitvormingsprocedure.

34 Vgl. art. 6:162 Burgerlijk Wetboek, art. 1.1a Wet milieubeheer en art. 3.1 Wet ruimtelijke ordening.

35 ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, ro. 4.2; ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, JM 2020/19, m.nt. F. Arents & J.H.K.C. Soer.

36 In het PAS-systeem waren ondernemers met een PAS-melding vrijgesteld van de natuurvergunningplicht als er sprake was van een beperkte stikstofdepositie en een melding was gedaan. Het wegvallen van dit systeem had als consequentie dat ondernemers alsnog een natuurvergunning moesten aanvragen (en handhavingrisico's ontstonden). Vgl. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603.

37 Per 1 juli 2021 gold een partiële vrijstelling - de zogenaamde bouwvrijstelling - op de natuurvergunningplicht voor het aspect stikstof ten aanzien van bouw-, aanleg- en sloopectiviteiten (artikel 2.9a Wnb in samenhang met artikel 2.5 van het Besluit natuurbescherming). Door deze bouwvrijstelling was de constructiefase vrijgesteld van de natuurvergunningplicht. Deze specifieke activiteiten hoefden niet afzonderlijk te worden onderzocht en beoordeeld, waardoor een eventuele stikstofdepositie geen rol meer speelde bij de verlening van een omgevingsvergunning. Vgl. ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3159.

25 EHRM 27 januari 2009, nr. 67.021.01 (*T tar/Roemenië*), ro. 109 en 120.

26 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, ro. 5.3.2.

27 R. Kegel, 'Voorzorg op het juiste niveau? Over gezondheidsrisico's en het voorzorgsbeginsel in de ruimtelijke ordening', *M en R* 2020/75, p. 2.

28 EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), ro. 134, EHRM 24 juli 2014, nr. 60908/11 (*Brincaat e.a./Malta*), ro. 101 en EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), ro. 96.

29 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, ro. 5.3.2.

30 Vgl. art. 2.7 en 2.8 van de Wet natuurbescherming en art. 13, lid 3, sub b van de Wet bescherming Antarctica.

zelfde reden ter discussie gesteld.³⁸ De toepassing van art. 6, derde lid van de Habitatrictlijn leidt dus tot steeds strikter wordende stikstofregels.

3.1 Gebiedsbescherming Natura 2000-gebieden

Op grond van de Wet natuurbescherming (Wnb) is voor iedere 'handeling' die nadelige gevolgen heeft voor een Natura 2000-gebied toestemming nodig van het bevoegd gezag (meestal de provincie).³⁹ Handelingen mogen immers niet leiden tot 'significante' gevolgen op (nabijgelegen) Natura 2000-gebieden. Dit betekent dat voor iedere handeling (zoals slopen, (af- en op)bouwen en gebruiken van een bouwwerk) moet worden aangetoond dat er geen significant (negatieve) gevolgen bestaan (fase 1 - risicoanalyse, zoals ook nader zal worden toegelicht in de volgende paragraaf). Initiatiefnemers kunnen dit aantonen aan de hand van stikstofberekeningen, waarbij geldt dat de constructiefase moet worden losgekoppeld van de gebruiksfase.⁴⁰ Als uit de stikstofberekeningen volgt dat de stikstofdepositie niet hoger is dan 0,00 mol/ha/jaar, wordt aangenomen dat geen sprake is van significante gevolgen en is geen nadere toestemming benodigd. Als uit de stikstofberekeningen echter blijkt dat er significante gevolgen ontstaan, dan heeft het project op grond van de Wnb een natuurvergunning nodig en/of moet gekeken worden naar mogelijkheden zoals het intern dan wel extern salderen van die gevolgen (en moet een passende beoordeling worden gemaakt) (fase 2 - risicobeoordeling en fase 3 - toestemmingsverlening).

3.2 Rol van het voorzorgsbeginsel in de gebiedsbescherming

Mocht een initiatiefnemer een bouwproject willen ontwikkelen, dan moeten de in de vorige paragraaf genoemde stappen worden doorlopen. In dit proces komt een initiatiefnemer meermaals in aanraking met het voorzorgsbeginsel en moet rekening worden gehouden met de eisen die uit het Europese natuurbeschermingsrecht volgen. Het voorzorgsbeginsel fungeert hierbij als een hulpmiddel om te

verzekeren dat de potentiële risico's van de voorgenomen activiteiten worden beperkt. In dit proces zijn drie fases te onderscheiden.

3.2.1 Fase 1 - Risicoanalyse

Allereerst komt het voorzorgsbeginsel in beeld bij de vraag of een plan of project überhaupt significante gevolgen kan hebben op de instandhoudingsdoelen van (nabijgelegen) Natura 2000-gebieden. Het voorzorgsbeginsel vergt in deze fase dat een risicoanalyse wordt gemaakt aan de hand van stikstofberekeningen, zodat potentiële risico's voor het milieu en/of de volksgezondheid kunnen worden geïdentificeerd. Op het voorzorgsbeginsel kan namelijk slechts een beroep worden gedaan als sprake is van een (bewezen) significante nadelige invloed.⁴¹ Opgemerkt moet worden dat het voorzorgsbeginsel niet tot doel heeft om elk denkbaar risico uit te sluiten, maar slechts beoogt om de risico's te reduceren tot een aanvaardbaar geacht niveau. Wat wordt gezien als een aanvaardbaar niveau is afhankelijk van het door de overheid gewenste beschermingsniveau, waardoor de toepassing van het voorzorgsbeginsel wordt begrensd door een politiek besluit dat een weerspiegeling dient te vormen van hetgeen de maatschappij ziet als een aanvaardbaar geacht risiconiveau.⁴² In het kader van de stikstofproblematiek is dit de in Nederland gekozen drempelwaarde van 0,00 mol/ha/jaar. Desondanks zijn situaties denkbaar waarbij op voorhand kan worden geconcludeerd dat significante gevolgen zijn uitgesloten, ondanks dat uit de stikstofberekeningen volgt dat sprake is van stikstofdepositie boven de drempelwaarde. Niet elke toename aan stikstofdepositie leidt immers tot significante gevolgen.⁴³

3.2.2 Fase 2 - Risicobeoordeling

Als tijdens de eerste fase blijkt dat aannemelijk is dat het plan of project significante gevolgen heeft op één of meer van de instandhoudingsdoelen van een Natura 2000-gebied, dan vergt het voorzorgsbeginsel een risicobeoordeling aan de hand van de meest geavanceerde stand der techniek. Hiervoor is het noodzakelijk dat een verdiepend onderzoek wordt verricht; de zogenaamde passende beoordeling. Hierbij wordt in meer detail gekeken naar de specifieke aspecten van het plan of project en

³⁸ Op dit moment geldt er bij het opstellen van stikstofberekeningen een afstandsgrens van 25 kilometer, inhoudende dat bij de berekening slechts rekening wordt gehouden met de stikstofemissie tot 25 kilometer vanaf de bron. Door de afstandsgrens worden beschermde natuurgebieden die buiten de grens liggen buiten beschouwing gelaten bij de stikstofberekeningen. Er moet ernstig rekening mee worden gehouden dat de afstandsgrens binnenkort in een lopende procedure in strijd wordt geacht met de Habitatrictlijn, waardoor de kans groot is dat de afstandsgrens komt te vervallen. In dat geval moet bij het opstellen van de stikstofberekeningen ook rekening worden gehouden met de stikstofgevolgen op veel verder gelegen Natura 2000-gebieden.

³⁹ Artikel 1.3 jo. 2.7 Wnb.

⁴⁰ Bij de stikstofberekeningen van de constructiefase (waaronder slopen en bouwen) wordt er gekeken naar de benodigde werkzaamheden, verkeersbewegingen en uitstoot van het benodigde materiaal en toevoer van bouw materiaal, terwijl er bij de stikstofberekening van de gebruiksfase gekeken wordt naar de stikstofdepositie gedurende de ingebruikname (waaronder verkeersbewegingen om het bouwwerk daadwerkelijk te gebruiken).

⁴¹ Vgl. voetnoot 6.

⁴² Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel van 2 februari 2000, COM/2000/0001, par. 5.2.1.

⁴³ Op het moment dat op basis van objectieve gegevens zonder nader onderzoek kan worden geconcludeerd dat gedurende de constructiefase van een project significante gevolgen zijn uitgesloten, dan kan er bij geringe stikstofdepositie alsnog toestemming worden verleend voor het bouwproject. Afhankelijk van de kwaliteit van het desbetreffende Natura 2000-gebied kan bij geringe tijdelijke stikstofdepositie alsnog worden uitgesloten dat er significante gevolgen zijn. Vgl. ABRvS 26 oktober 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3093, ro. 17.2-17.3; ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110, ro. 12.9-12.12; ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1125, ro. 32.4.

wordt ook gekeken naar de mogelijke cumulatie met andere plannen of projecten. Het voorzorgsbeginsel vereist namelijk dat met zekerheid wordt vastgesteld dat het beoogde plan of project niet de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied zal aantasten. Hiervan is sprake als wetenschappelijk gezien geen twijfel meer bestaat over de schadelijke gevolgen voor de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied.⁴⁴

Het voorzorgsbeginsel stelt verschillende eisen aan dit verdiepende onderzoek. Zo moet de beoordeling zelf 'passend' zijn, inhoudende dat bij de beoordeling aan de hand van de best beschikbare wetenschappelijke kennis alle aspecten van het plan of project worden geïdentificeerd en beoordeeld die de instandhoudingsdoelstellingen van het Natura 2000-gebied in gevaar kunnen brengen. Hierbij moet niet alleen gekeken worden naar het individuele plan of project, maar juist ook naar de cumulatie met reeds vergunde plannen of projecten.⁴⁵ Deze beoordeling wordt in ieder geval als niet passend beschouwd als het leemten vertoont en geen volledige, nauwkeurige en definitieve constatering en conclusies bevat die elke redelijke wetenschappelijke twijfel over de gevolgen van het plan of het project wegneemt.⁴⁶ Hierbij geldt dat als het bestaan van de waarschijnlijkheid van, of het risico op, significante schadelijke gevolgen niet kan worden uitgesloten, dat dan uit de toepassing van het voorzorgsbeginsel volgt dat aangenomen moet worden dat er sprake is van significante schadelijke gevolgen.⁴⁷

In het kader van de vergunningverlening van een bouwproject is het tot slot van belang om in ogenschouw te nemen dat een passende beoordeling slechts een momentopname betreft, waardoor de bevindingen die volgen uit de beoordeling slechts voor een beperkte termijn bruikbaar zijn. Als de wetenschappelijke en/of milieugegevens zijn geëvolueerd sinds de beoordeling, als het project is gewijzigd of als er nieuwe andere plannen of projecten bestaan, dan moet een nieuwe passende beoordeling worden opgesteld.⁴⁸ Uit de toepassing van het voorzorgsbeginsel volgt namelijk dat het bestaan van de waarschijnlijkheid van, of het risico op, significante schadelijke gevolgen uitgesloten moet worden. Als gevolg hiervan moeten de stikstofgevolgen ook beoordeeld worden bij de verlenging van vergunningen, waarin een project ongewijzigd

wordt voortgezet, als geconcludeerd moet worden dat de wetenschappelijke en/of milieugegevens zijn geëvolueerd sinds de laatst uitgevoerde passende beoordeling.⁴⁹ Wellicht vormt dit ook de reden waarom intern salderen an sich door een recent wetsvoorstel mogelijk vergunningplichtig wordt.⁵⁰

3.2.3 Fase 3 - Toestemmingsverlening

Pas als alle hiervoor genoemde stappen zijn doorlopen én met zekerheid is vastgesteld dat het beoogde plan of project niet de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied zal aantasten, mag het bevoegd gezag over gaan tot toestemmingsverlening. Als niet duidelijk is dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied in stand blijven, dan kan het bevoegd gezag alsnog overgaan tot toestemmingsverlening als wordt voldaan aan de strenge cumulatieve voorwaarden van de ADC-toets.⁵¹

Het voorzorgsbeginsel vergt echter dat het bevoegd gezag bij de toestemmingsverlening een afweging maakt van de aanvaardbaarheid van het risico op significante gevolgen. Het bevoegd gezag moet bepalen of het te nemen risico aanvaardbaar is als wordt gekeken naar de met het besluit te dienen doelen. Of een bepaald risico aanvaardbaar is, is uiteindelijk afhankelijk van een politiek besluit.⁵² Het voorzorgsbeginsel verlangt van het bevoegd gezag echter wel een zekere mate van risicobeheersing door het treffen van passende maatregelen.⁵³

Het voorzorgsbeginsel vereist niet dat alle denkbare risico's geheel worden gereduceerd. Het verplicht het bevoegd gezag slechts om de besluitvorming te voorzien van een zo volledig mogelijke wetenschappelijke basis, zodat de eventuele risico's zo uitputtend mogelijk in beeld worden gebracht alvorens het risico eventueel wordt aanvaard. Het bevoegd gezag mag hierbij echter geen voorrang geven aan louter economische belangen. Het voorzorgsbeginsel verplicht autoriteiten namelijk om

⁴⁴ HvJ EU 17 april 2018, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255, ro. 114.

⁴⁵ HvJ EU 10 november 2022, C-278/21, ECLI:EU:C:2022:864, ro. 32;

⁴⁶ HvJ EU 7 november 2018, C-461/17, ECLI:EU:C:2018:883, ro. 33; HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10, ro. 49.

⁴⁷ HvJ EU 10 november 2022, C-278/21, ECLI:EU:C:2022:864, ro. 32 en 51; HvJ EU 7 november 2018, C-461/17, ECLI:EU:C:2018:883, ro. 33, 43 en 45; HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10, ro. 49.

⁴⁸ HvJ EU 10 november 2022, C-278/21, ECLI:EU:C:2022:864, ro. 50.

⁴⁹ HvJ EU 10 november 2022, C-278/21, ECLI:EU:C:2022:864, ro. 52; HvJ 9 september 2020 C-254/19, ECLI:EU:C:2020:680, ro. 54-56.

⁴⁹ HvJ EU 10 november 2022, C-278/21, ECLI:EU:C:2022:864, ro. 54-56.

⁵⁰ Wetsvoorstel tot wijziging omgevingswaarde stikstofdepositie 2030 en vergunningplicht voor stikstofgerelateerde wijzigingen; Brief van de Minister voor Natuur en Stikstof van 25 november 2022, 35 334, nr. 108, p. 13-16.

⁵¹ De ADC-toets uit art. 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn kan als laatste redmiddel fungeren als alle stappen zijn doorlopen en (nog steeds) blijkt dat er sprake is van een aantasting van de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied. Als voldaan wordt aan alle voorwaarden van de ADC-toets, dan kan het project of plan alsnog doorgang vinden. Dit houdt in dat (i) alternatieve, minder schadelijke oplossingen moeten ontbreken, er sprake moet zijn van een (ii) dwingende reden van groot openbaar belang en dat er (iii) compenserende maatregelen worden getroffen (zie HvJ EU 16 juli 2020, C-114/19, ECLI:EU:C:2020:580, ro. 35).

⁵² HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 71; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 145; HvJ EG 11 september 2002, T-13/99, ECLI:EU:C:2002:209, ro. 149-151.

⁵³ HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 60; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 136.

voorrang te geven aan het belang om potentiële gevaren voor de volksgezondheid en het milieu te voorkomen, hetgeen zij kunnen doen door het nemen van passende maatregelen.⁵⁴

Ook als nog (wetenschappelijke) onzekerheid bestaat over het bestaan en de omvang van de risico's geeft het voorzorgsbeginsel een rechtvaardiging om in deze fase passende maatregelen te nemen of om toestemmingsverlening te onthouden, mits dit deugdelijk wordt gemotiveerd. Het is niet vereist om af te wachten tot het moment waarop de realiteit en de ernst van die risico's volledig is aangetoond. Het voorzorgsbeginsel biedt dus een mogelijkheid om in te grijpen alvorens een causaal verband is aangetoond, mits de te nemen maatregelen niet-discriminerend en objectief zijn.⁵⁵

4. De waarde van het voorzorgsbeginsel in het omgevingsrecht

Doordat het voorzorgsbeginsel in het nationale recht niet is gecodificeerd, lijken rechters met de toepassing van dit beginsel te worstelen, terwijl er de laatste tijd door rechtszoekenden en overheidslichamen steeds vaker een beroep wordt gedaan op het ongecodeerde voorzorgsbeginsel. Zo wordt het voorzorgsbeginsel onder meer in stelling gebracht in zaken aangaande de reductie van stikstofemissies bij veehouderijen⁵⁶, gezondheidsrisico's bij intensieve veehouderijen⁵⁷, oplopen van legionellabesmettingen⁵⁸, elektromagnetische velden rond antennemasten⁵⁹, effecten van straling bij antennemasten⁶⁰, gezondheidsrisico's rondom windturbines⁶¹, geluidsbescherming rondom windturbines⁶², verslechterde luchtkwaliteit⁶³, lozing van stoffen in water⁶⁴, bodembeweging bij gaswinning⁶⁵ en de classificatie van zeer zorgwekkende stoffen.⁶⁶ In deze zaken gaat het vaak over de rechtmatigheid van een verleende omgevingsvergunning of de daaraan verbonden (maatwerk)voorschriften.

4.1 Beleidsruimte bij planologische besluiten

Vooropgesteld geldt dat het bevoegd gezag bij de vaststelling van een bestemmingsplan en het verlenen van een omgevingsafwijkingvergunning beleidsruimte heeft, waardoor het mogelijk is dat een activiteit uit voorzorg in het belang van de bescherming van het milieu en de volksgezondheid planologisch gezien niet toegelaten wordt. Uit art. 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) volgt namelijk dat het bevoegd gezag bij de vaststelling van een bestemmingsplan beleidsruimte heeft, aangezien het bevoegd gezag bestemmingen moet aanwijzen en planregels moet opstellen die vanuit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening noodzakelijk worden geacht. Hierbij moet het bevoegd gezag de verschillende belangen afwegen. Dit geeft het bevoegd gezag de ruimte om bepaalde activiteiten uit voorzorg planologisch gezien niet toe te laten. Een omgevingsvergunningsaanvraag voor een activiteit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) kan slechts worden verleend als geoordeeld wordt dat de voorgenomen activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening (art. 2.12, lid 1 Wabo). Ook hier heeft het bevoegd gezag beleidsruimte en moeten de betrokken belangen worden afgewogen.⁶⁷ Dit toetsingskader geldt ook bij de wijziging van een reeds verleende omgevingsvergunning, wat betekent dat het bevoegd gezag ook rekening mag houden met de bescherming van het milieu en de volksgezondheid als het voorschriften wil verbinden aan een reeds verleende omgevingsvergunning.⁶⁸ Autoriteiten zijn hierdoor in beginsel niet verplicht om het voorzorgsbeginsel toe te passen in omgevingsrechtelijke zaken, waardoor het bevoegd gezag zelf moet bepalen of zij het beginsel aan bepaalde planologische besluiten ten grondslag wil leggen. Dit leidt ertoe dat de keuze om het voorzorgsbeginsel toe te passen volledig neerkomt op de motivering die ten grondslag wordt gelegd aan het desbetreffende planologische besluit.

Zo is de afgelopen jaren regelmatig bij de bestuursrechter geprocedeerd naar aanleiding van de wetenschappelijke onzekerheid die heerst rondom het wonen in de nabijheid van geitenhouderijen.⁶⁹ In deze procedures bestaat wetenschappelijke onzekerheid over de causale relatie tussen de mogelijke negatieve gezondheidseffecten en het wonen in de nabijheid van een geitenhouderij en wordt veelvuldig een beroep gedaan op de toepassing van het voorzorgsbeginsel. Uit deze jurisprudentie volgt dat voor een weigering van een omgevingsafwijkingvergunning op grond van het voorzorgsbe-

⁵⁴ HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 58 en 69; HvJ EU 12 april 2013, T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, ro. 134 en 142; HvJ EG 21 oktober 2003, T-392/02, ECLI:EU:T:2003:277, ro. 121.

⁵⁵ HvJ EU 17 mei 2018, T-584/13, ECLI:EU:T:2018:279, ro. 59; HvJ EG 21 oktober 2003, T-392/02, ECLI:EU:T:2003:277, ro. 122.

⁵⁶ Vgl. ABRvS 7 september 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2557.

⁵⁷ Vgl. Rb. Midden-Nederland 18 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:875.

⁵⁸ Vgl. Rb. Gelderland 25 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3888.

⁵⁹ Vgl. ABRvS 28 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3988.

⁶⁰ Vgl. Rb. Gelderland 18 december 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6699.

⁶¹ Vgl. ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1681.

⁶² Vgl. ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209.

⁶³ Vgl. Rb. Oost-Brabant 9 april 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:1601.

⁶⁴ Vgl. Rb. Limburg 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10047.

⁶⁵ Vgl. ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2634.

⁶⁶ Vgl. Rb. Den Haag 16 maart 2023, ECLI:NL:RBDDHA:2023:3302.

⁶⁷ ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, ro. 4.2.

⁶⁸ Rb. Gelderland 25 juli 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:3888, ro. 4.3; *Kamerstukken II* 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 116.

⁶⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1105, ro. 6.2; ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, ro. 4.2; ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1238, ro. 11.4.

ginsel het niet vereist is dat de causale relatie tussen het risico en het effect is komen vast te staan. Het bevoegd gezag mag doorslaggevende betekenis geven aan RIVM-rapporten, ook al bevatten die geen algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten in de zin van aangetoonde of waarschijnlijke oorzakelijke verbanden.

Dit wordt versterkt door het feit dat de bestuursrechter in gevallen waarin geen goed wetenschappelijk onderbouwd regelkader bestaat - zoals het geval is bij zaken waarin sprake is van wetenschappelijke onzekerheid over de causale relatie - terughoudend is in het beoordelen van een belangenafweging. Volgens de bestuursrechter heeft het bevoegd gezag immers de verantwoordelijkheid en de bevoegdheid om vast te stellen of maatregelen noodzakelijk zijn om het mogelijke risico te voorkomen, dan wel te beperken. De redenering daarachter is dat het bevoegd gezag in tegenstelling tot de bestuursrechter beschikt over de benodigde expertise en informatie. Hierdoor is het slechts de taak van de bestuursrechter om te toetsen of de uitgevoerde belangenafweging redelijk is.⁷⁰

4.2 Beoordelingsruimte bij omgevingsmilieuvergunningen

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) is echter niet consistent in haar oordelen over de toepassing of rol van het voorzorgsbeginsel. Begin 2022 heeft de Afdeling in een nieuwe jurisprudentiële onderscheid gemaakt in de toetsing aan het voorzorgsbeginsel bij de verschillende typen omgevingsvergunningen. Bij een planologisch besluit heeft het bevoegd gezag - zoals uiteen is gezet in paragraaf 4.1 - beleidsruimte conform de 'oude' jurisprudentiële, maar bij een omgevingsmilieuvergunning heeft het bevoegd gezag, bij de vraag wat in het belang van de bescherming van het milieu noodzakelijk is, slechts beoordelingsruimte. Een omgevingsvergunningaanvraag voor een activiteit als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder e Wabo kan namelijk slechts worden geweigerd als dit in het belang van de bescherming van het milieu noodzakelijk is (art. 2.12, lid 3 Wabo). Volgens de Afdeling bestaat in dit toetsingskader geen ruimte om de afweging in te laten kleuren door uitsluitend het voorzorgsbeginsel. Het bevoegd gezag kan een omgevingsvergunningaanvraag dan ook niet uit voorzorg weigeren, maar is slechts bevoegd om te toetsen of weigering in het belang van het milieu is. Toetsing kan in dat geval slechts plaatsvinden aan de hand van algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten, om-

dat slechts rekening gehouden mag worden met belangen waarover voldoende duidelijkheid bestaat.⁷¹

Alhoewel al langer duidelijk is dat bij de beoordeling van omgevingsmilieuvergunningaanvragen het bevoegd gezag slechts beoordelingsruimte heeft, vergroot de Afdeling met de nieuwe jurisprudentiële verschil in toetsingskaders⁷², terwijl bediscussieerd kan worden of rechtvaardiging bestaat voor een dergelijke uiteenlopende behandeling. In eerdere (minder strenge) jurisprudentie werd namelijk nog aangenomen dat een omgevingsmilieuvergunning ook uit voorzorg geweigerd mocht worden als er nog geen algemeen aanvaard wettelijk inzicht bestond.⁷³

4.3 Toetsing omgevingsvergunning beperkte milieutoets

In geval van toetsing van een omgevingsvergunning beperkte milieutoets (OBM) als bedoeld in art. 2.1, eerste lid, aanhef en onder i Wabo en art. 2.2a van het Besluit omgevingsrecht (Bor) geldt dat een OBM geweigerd moet worden als het bevoegd gezag op grond van art. 7.17, eerste lid van de Wet milieubeheer (Wm) heeft beslist dat een milieueffectrapport opgemaakt moet worden (art. 2.17 Wabo jo. art. 5.13b Bor). Het bevoegd gezag beslist daartoe als een activiteit belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben.

Bij de beoordeling van een dergelijke omgevingsvergunningaanvraag is er wel ruimte om uit voorzorg met een deugdelijke motivering de omgevingsvergunning te weigeren.⁷⁴ Of het hier gaat om beleidsruimte of beoordelingsruimte is echter op dit moment nog onduidelijk, waardoor niet vaststaat of er bij de toetsing van deze omgevingsvergunningaanvraag aansluiting gezocht moet worden bij de jurisprudentie rondom planologische besluiten of de strengere jurisprudentie rondom milieubesluiten.⁷⁵

⁷¹ ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, ro. 4.3; ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1598, ro. 4.1; ABRvS 2 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3154, ro. 13.3.

⁷² Vgl. ABRvS 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1267, ro. 6.1-6.2; ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2395, ro. 8.7; Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2019, ECLI:NL:RBZW:2019:1105, ro. 6.1-6.3.

⁷³ ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2395, ro. 8.7; ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2496, ro. 8; ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:644, ro. 5.6; ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:801, ro. 3.2; ABRvS 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1267, ro. 6-6.2; ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1979, ro. 6.2.

⁷⁴ ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:556, ro. 4.2, *TiAR* 2022/5, m.nt. D. Korsse.

⁷⁵ Vgl. Rb. Rotterdam 18 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3885, ro. 5.5 en Rb. Noord-Holland 14 juli 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:6040, ro. 7.3.4-7.3.6. Wel oordeelt de Afdeling dat het voorzorgsbeginsel niet per definitie tot de conclusie moet leiden dat een milieueffectrapport moet worden opgesteld als er geen algemeen aanvaard wetenschappelijk inzicht bestaat (zie ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:581, ro. 11.5).

⁷⁰ ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1301, ro. 6.2; ABRvS 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2713, ro. 4.2; Rb. Noord-Nederland 21 april 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1698, ro. 7.3; Rb. Limburg 28 september 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:7325, ro. 24.3; ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:581, ro. 11.5.

Opmerkelijk gevolg van deze toetsing is dat het voorzorgsbeginsel wel van doorslaggevende betekenis kan zijn bij de weigering van een OBM, maar dat het voorzorgsbeginsel vervolgens bij de volgende stap - de omgevingsmilieuvergunningsaanvraag - geen zelfstandig te toetsen onderdeel meer is.

4.4 Omgevingswet

Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet zal het voorzorgsbeginsel voor het eerst gecodificeerd worden in de nationale rechtsorde⁷⁶, waardoor de rol van het voorzorgsbeginsel naar alle verwachting de komende jaren nog meer zal toenemen in het brede omgevingsrecht. Uit de Omgevingswet volgt de verplichting om in de omgevingsvisie rekening te houden met de Europese milieubeginselen (inclusief het voorzorgsbeginsel). Hierdoor zijn bestuursorganen voortaan wettelijk verplicht om aandacht te besteden aan het voorzorgsbeginsel. Door te verwijzen naar de omgevingsvisie is het bevoegd gezag ook in staat om rekening te houden met het voorzorgsbeginsel bij de vaststelling van het omgevingsplan, de vaststelling van de omgevingsverordening of vergunningverlening. Uit de Omgevingswet volgt dus de opdracht om bij de planologische besluitvorming het voorzorgsbeginsel af te wegen tegen de andere belangen, waardoor na inwerkingtreding het beginsel prominenter aanwezig zal zijn bij de totstandkoming van beleid en regelgeving.⁷⁷

Onduidelijk is echter nog hoe zwaarwegend deze verplichting zal zijn. Alhoewel van een bestuursorgaan wordt geacht dat deze zich houdt aan zijn eigen beleid, kan gemotiveerd worden afgeweken van het beleid.⁷⁸ Hoewel dus in beginsel de omgevingsvisie in acht moet worden genomen bij het opstellen van een omgevingsplan, volgt uit de Omgevingswet niet de verplichting om een omgevingsplan op te stellen dat (volledig) in overeenstemming is met de omgevingsvisie. Uiteraard mag het bevoegd gezag dit wel doen. Het opgestelde be-

leid vormt hierdoor in beginsel geen toetsingskader voor de uiteindelijke besluitvorming.⁷⁹

Daarnaast is in de wettekst opgenomen dat bestuursorganen 'rekening moeten houden met' het voorzorgsbeginsel. In de jurisprudentie zal naar verwachting nader uitgekristalliseerd moeten worden wanneer bestuursorganen voldoende rekening hebben gehouden met het voorzorgsbeginsel. De wettekst lijkt te impliceren dat de rol van het voorzorgsbeginsel niet van een dwingend karakter zal zijn én dat bestuursorganen gemotiveerd kunnen afwijken van de toepassing van dit beginsel. Het is namelijk niet meer dan een inspanningsverplichting.⁸⁰

Daarentegen kan het voorzorgsbeginsel een explicietere rol gaan spelen bij de vergunningverlening, aangezien art. 5.32 van de Omgevingswet het bevoegd gezag de mogelijkheid biedt om uit voorzorg een omgevingsvergunning te weigeren. Alhoewel de Omgevingswet een expliciete basis biedt om zowel planologische omgevingsvergunningaanvragen als omgevingsmilieuvergunningen te weigeren, kan deze weigeringsgrond slechts worden toegepast als sprake is van 'bijzondere omstandigheden waardoor het verlenen van de vergunning zou leiden tot ernstige nadelige of mogelijk ernstige nadelige gevolgen voor de gezondheid'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze weigeringsgrond slechts ziet op onvoorziene bijzondere omstandigheden zoals het uitbreken van Q-koorts of vogelgriep.⁸¹ Het is dus maar de vraag hoe vaak daadwerkelijk rechtsgeldig een beroep gedaan kan worden op deze weigeringsgrond. Na inwerkingtreding van de Omgevingswet heeft het bevoegd gezag nog steeds slechts beoordelingsruimte bij de beoordeling van omgevingsmilieuvergunningsaanvragen, waardoor op basis van de huidige jurisprudentie - zoals uiteengezet in paragraaf 4.2 - voor de weigering van

⁷⁶ De codificatie zal plaatsvinden in de art. 3.3, 5.32 en 23.6 van de Omgevingswet. Een definitie van het voorzorgsbeginsel zal echter óók in de Omgevingswet niet worden gegeven.

⁷⁷ Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 37. Hiermee wordt bedoeld dat bestuursorganen op grond van de Omgevingswet de opdracht krijgen om bij het nemen van planologische besluiten het voorzorgsbeginsel af te wegen tegen de andere belangen die spelen bij bijv. de vergunningverlening. Uit de Omgevingswet volgt namelijk dat bij het opstellen van een omgevingsvisie rekening gehouden moet worden met de Europese milieubeginselen, waaronder het voorzorgsbeginsel (zie art. 3.3 Omgevingswet). Daarnaast kan het bevoegd gezag bij het vaststellen van het omgevingsplan of de omgevingsverordening rekening houden met voorzorg door te verwijzen naar de omgevingsvisie. Als het past in de omgevingsvisie, dan kan het voorzorgsbeginsel ook een rol spelen bij vergunningverlening of maatwerk.

⁷⁸ Art. 4:84 Awb.

⁷⁹ Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 23, p. 78: 'Dit betekent dat wettelijk geborgd dat al bij de start van de beleidscyclus met deze beginselen rekening gehouden moet worden. Het beleid dat in die omgevingsvisies zal worden opgenomen is bepalend voor keuzes die worden gemaakt in meer uitvoeringsgericht beleid (zoals het programma en de voorkeursbeslissing in de projectprocedure) en in regelgeving (zoals algemene regels en instructieregels). De beginselen zijn echter niet direct van toepassing op regelgeving en bevoegdheden en vormen dus geen zelfstandig onderdeel van het toetsingskader van besluiten. Waar dat nodig is, kan overigens in een instructieregel of beleidsregel bepaald worden dat een specifiek beginsel bij een specifieke bevoegdheid toegepast wordt. De doorwerking van de beginselen is dus getrapd.'

⁸⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 962, nr. 3, p. 397: 'De open formulering voorkomt onnodige bureaucratie. De verplichting is aan te merken als inspanningsverplichting. Dit ligt besloten in de formulering: rekening houden met. Daaruit volgt dat de verplichting haar begrenzing vindt in wat redelijkerwijs uitvoerbaar en financieel haalbaar is en ook niet (significant) ten koste gaat van het door dat bestuur of bestuursorgaan te behartigen belang. Er kan met andere woorden gemotiveerd en tot op zekere hoogte voorbij worden gegaan aan die andere belangen met een beroep op het gewicht van het (eigen) te behartigen belang of de kosten of haalbaarheid van het rekening houden met andere belangen, maar dit heeft zijn grenzen.'

⁸¹ Kamerstukken II 2014/15, 33 962, nr. 151; Stb. 2018, 292, p. 251.

een omgevingsmilieuvergunning alsnog sprake lijkt te moeten zijn van een algemeen aanvaard wetenschappelijk inzicht.

Nu het slechts gaat om een inspanningsverplichting zal de inwerkingtreding van de Omgevingswet naar mijn verwachting niet snel leiden tot een verandering in de in deze paragraaf uiteengezette jurisprudentielijnen, aangezien in de Omgevingswet dezelfde terminologie terugkomt als in het huidige systeem. Het voorzorgsbeginsel als zodanig kan al onverkort worden ingeroepen en toegepast onder het huidige systeem. De Omgevingswet leidt niet tot een andere of concretere toepassing van het voorzorgsbeginsel, aangezien de wetgever al heeft laten weten dat voor de toepassing van het voorzorgsbeginsel nog steeds aansluiting gezocht moet worden bij de in februari 2000 uitgebrachte mededeling van de Europese Commissie.⁸² De verwachting is slechts dat het voorzorgsbeginsel door de verplichte betrokkenheid bij de totstandkoming van beleid en regelgeving vaker zal worden toegepast.

4.5 Kanttekeningen en aanbevelingen

Het verschil in de toepassing van het voorzorgsbeginsel bij planologische besluiten en milieu-besluiten acht ik niet verklaarbaar én in mijn ogen ook niet logisch. Als je kijkt naar deze benadering, dan lijkt het alsof een instantie in gevaarzettende (milieu)omstandigheden slechts mag optreden in het stadium waarin er (bijna) vaststaat wat er concreet aan de hand is. In dat stadium is het kwaad echter al geschied én - zeker bij situaties waarbij sprake is van negatieve milieu- of gezondheidseffecten - is er dan al vaak sprake van onomkeerbare schade. Zeker als er uitvoering is gegeven aan omgevingsmilieuvergunningen is er regelmatig geen weg meer terug. Wat is dan de toegevoegde waarde van het voorzorgsbeginsel? In mijn opinie is het niet gerechtvaardigd om een onderscheid te maken in de beoordeling van de verschillende typen omgevingsvergunningen. Het voorzorgsbeginsel moet wederom - net als in de oude jurisprudentielijn⁸³ - een doorslaggevende rol kunnen spelen bij zowel planologische besluiten als omgevingsmilieuvergunningen.

Door de nieuwe jurisprudentielijn speelt het voorzorgsbeginsel in de situatie van onzekere milieurisico's geen rol van betekenis meer bij de beoordeling van omgevingsmilieuvergunningaanvragen. Dit is des te meer opmerkelijk, omdat het voorzorgsbeginsel in de jaren negentig juist is ontstaan als gevolg van het groeiende besef in de maatschappij dat sommige handelingen kunnen leiden tot ernstige en onomkeerbare milieuschade.

Gekenmerkt door de groeiende wetenschappelijke onzekerheid over de consequenties van menselijk handelen is het voorzorgsbeginsel destijds nota bene ontstaan in het milieurecht om het mogelijk te maken dat er adequate preventieve maatregelen worden getroffen. Dit is meestal in het stadium waarin het risico op de milieuschade wetenschappelijk gezien nog niet 'hard' gemaakt kan worden. De nieuwe jurisprudentielijn strookt dus niet met het oorspronkelijke gedachtegoed dat zich schuilhoudt achter het voorzorgsbeginsel.

Natuurlijk moet het gebruik van het voorzorgsbeginsel ook begrensd worden, maar dit kan gebeuren door de toepassing van het motiverings- en/of zorgvuldigheidsbeginsel. Als het bevoegd gezag een redelijke belangenafweging maakt en deze duidelijk motiveert, dan moet het geen verschil maken of de daaraan ten grondslag liggende onderzoeksresultaten wel of niet gebaseerd zijn op een algemeen aanvaard wetenschappelijk inzicht. Ik kan mij voorstellen dat (op termijn) besluiten indringender aan het voorzorgsbeginsel getoetst kunnen, dan wel, moeten worden als er een gegronde reden is om te vrezen dat een activiteit ernstige, dan wel onomkeerbare negatieve effecten teweegbrengt voor het milieu of de volksgezondheid. Het beginsel kan dan (mogelijk) een doorslaggevendere rol van betekenis gaan spelen bij de inkleuring van een belangenafweging, in die zin dat naarmate de gevolgen ernstiger zijn er meer redenen is om voorrang te geven aan het voorkomen van die gevolgen en er minder gewicht gehecht wordt aan de overige belangen die bij het verrichten van de activiteit betrokken zijn. Des te meer nu het beoordelen van een voor de maatschappij aanvaardbaar risico primair een bestuurlijke taak is.⁸⁴

Ik verwacht namelijk dat het voorzorgsbeginsel de komende jaren vaker ingeroepen zal worden, waardoor het van groot belang is om dit beginsel in de nabije toekomst duidelijker in te kaderen. De bal ligt daarom bij zowel de overheid als de rechterlijke macht. Gezamenlijk hebben zij handvaten om de rechtszekerheid rondom het voorzorgsbeginsel te bevorderen, zodat het voor rechtzoekenden duidelijker wordt wanneer zij bescherming kunnen genieten van dit beginsel. Op welke manier dit moet gebeuren is voer voor discussie. Denkbaar opties zijn om het voorzorgsbeginsel nader te codificeren, het voorzorgsbeginsel te verheffen naar een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur - zoals waar-

⁸² Stb. 2018, 292, p. 249-251; Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel van 2 februari 2000, COM/2000/0001.

⁸³ Zie par. 4.2.

⁸⁴ Mededeling van de Europese Commissie over het voorzorgsbeginsel van 2 februari 2000, COM/2000/0001; ABRvS 10 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2492, ro. 4.3.

toe al eerder in de literatuur is opgeroepen⁸⁵ - of om een verhelderende overzichtsuitspraak te nemen.

Zelf zie ik een meerwaarde in het codificeren van het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Op dit moment is namelijk onduidelijk wat rechtszoekenden precies uit het voorzorgsbeginsel kunnen halen. De huidige toepassing van het (ongecodificeerde) voorzorgsbeginsel leidt er namelijk juist toe dat autoriteiten meer speelruimte krijgen. Codificatie zal de reikwijdte van overheden verkleinen nu overheden in dat geval minder armslag hebben om bepaalde activiteiten toe te staan of te verbieden. Het leidt ertoe dat overheden explicieter rekening moeten gaan houden met het voorzorgsbeginsel, waardoor er aan overheden meer kaders worden gegeven om rekening mee te houden bij de besluitvorming. Het voorzorgsbeginsel geeft dan niet langer slechts een rechtvaardiging tot het nemen van passende maatregelen, maar het spoort in dat geval overheden ook aan om daadwerkelijk rekening te houden met het voorzorgsbeginsel. De motiveringsplicht van overheden wordt op die manier dus verzaamd. Bovendien leidt codificatie ertoe dat de kloof tussen het gecodificeerde bestuursrecht en de rechtspraktijk verkleind c.q. opgeheven kan worden én dat het voorzorgsbeginsel een uniform beginsel wordt dat op gelijke wijze - conform de uitleg van de wetgever - wordt toegepast binnen het bestuursrecht. Steeds vaker blijkt dat de bestuursrechter het voorzorgsbeginsel namelijk wel wil, maar niet mag gebruiken, omdat het beginsel nog niet is voorzien van een bijzondere codificatie. Als gevolg hiervan moet per beleidsvraagstuk rekening gehouden worden met verschillende nuances en accenten. Met het

codificeren van het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk voorkom je dat het zorgvuldigheidsbeginsel uitgroeit tot een te alomvattend begrip, terwijl je tegelijkertijd de rechtszekerheid bevordert.

5. Conclusie

Bij het nemen van besluiten in het (omgevings)recht kan op dit moment het voorzorgsbeginsel als 'bestuurlijk' beginsel al worden toegepast. Het voorzorgsbeginsel vormt geen belemmering voor autoriteiten, maar het vormt daarentegen wel een rechtvaardiging voor het nemen van bepaalde keuzes. Een dergelijke rechtvaardiging heeft het bevoegd gezag conform het nationale recht sneller bij planologische besluiten dan bij milieubesluiten. Het is merkwaardig dat er een 'ruimtelijk spoor' en een strengere 'milieuspoor' is, aangezien het voorzorgsbeginsel juist tot doel heeft om een handvat te bieden in situaties waarin er (nog) wetenschappelijke onzekerheid is over de milieueffecten. In dat stadium kan het namelijk gewenst zijn om vroegtijdig in te grijpen, te meer omdat niet ingrijpen vaak leidt tot onomkeerbare schade. Er is dan geen weg meer terug. Tegelijkertijd schuilt hierin ook een gevaar, met name voor de rechtszekerheid. Op dit moment is namelijk onduidelijk wat rechtszoekenden precies uit het voorzorgsbeginsel kunnen halen. De huidige toepassing van het (ongecodificeerde) voorzorgsbeginsel leidt er namelijk juist toe dat autoriteiten meer speelruimte krijgen. Ondanks de wetenschappelijke onzekerheid is daardoor een ding zeker: het voorzorgsbeginsel is nog aan de nodige ontwikkeling onderhevig. ●

⁸⁵ M. Timmer, 'Het voorzorgsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur?', *AA* 2014/0601, p. 604-609; S.V. Nagelhout & T.A.D. van Wordragen, 'Tijd voor een verdere codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur? Een rondgang anno 2021 en aanbevelingen voor de toekomst', *TFB* 2021/8, p. 38-48; C.W. Backes e.a., *Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 244-245; J. Verschuuren, 'Naar een codificatie van beginselen van het milieurecht', *R & K* 1995/4, p. 421-445.