De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen

De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen

Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen woensdag 13 februari 2008
klokke 13.45 uur

door

Taco Coen Leemans

geboren te Meppel in 1974

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. Th.G. Drupsteen
Referent:	prof. dr. Ch.W. Backes (Universiteit van Maastricht)
Overige leden:	prof. mr. J.H. Gerards
	prof. mr. N.S.J. Koeman (Universiteit van Amsterdam)
	prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels (Universiteit van Tilburg)
	prof. mr. J.E.M. Polak

Dit onderzoek is mogelijk gemaakt door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2008 T.C. Leemans

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5454-986-4
NUR 823

www.bju.nl
Den Haag en Meppel

Woord vooraf

In de slotfase van mijn studie volgde ik, gedreven door mijn belangstelling voor het milieu, het keuzevak milieurecht. Dit vak werd gegeven door mijn promotor. Onze kennismaking markeert het begin van dit proefschrift.

De basis voor dit proefschrift is gelegd aan de vakgroep Staats- en bestuursrecht van de Leidse universiteit. Ik heb daar een prettige tijd gehad, al waren de gevolgen van een reorganisatie wel merkbaar en werd het vak milieurecht helaas afgebouwd. Verantwoordelijk voor de goede sfeer in de vakgroep waren mijn collega's, van wie ik in het bijzonder wil noemen mijn kamergenoot Tim, Henk, Michiel, Steven, Wendy, Marianne, Willemien, Marco en Licette. Goede herinneringen bewaar ik verder aan de bijeenkomsten op het E.M. Meijers Instituut en aan de landelijke aio-dagen staats- en bestuursrecht.

Met veel plezier werk ik nu een aantal jaren bij de Raad van State, in de Milieukamer van de Afdeling bestuursrechtspraak. Behalve een uitdagende werkomgeving, wat korter lopende projecten en leuke collega's, heeft me dat veel informatie en inspiratie voor dit onderzoek opgeleverd.

Doordat je bij het schrijven van een proefschrift vaak op jezelf wordt teruggeworpen, is de steun van anderen onontbeerlijk. Mijn ouders en mijn broer, mijn schoonfamilie, vrienden en collega's wil ik bedanken voor hun belangstelling, maar ook voor het inzicht om soms niet te vragen of het boek al af was.

Van mijn vrienden dank ik in het bijzonder Wilte voor zijn Excellente hulp bij het empirisch onderzoek en Steven voor het vertalen van de samenvatting. Verder dank ik Marcus, Niels, Jeroen, Henk, Michiel en hun eega's, Joanne, Annemarie, Lieke, Daniëlle, Edward, Petra en Govert voor de nodige steun, de afgelopen periode ook buiten het proefschrift.

Van mijn collega's bedank ik speciaal Carlo voor zijn flexibele opstelling, Auke en Daniëlle voor enige feed-back, Marloes en Jan voor hun snelle bibliotheek-service en Johan voor de aanlevering van productiegegevens voor het empirisch onderzoek. Peter van der Hoogt dank ik voor zijn informatie over de StAB. Steven, Herke en Marjolein gaven handige ervaringstips bij de organisatorische afronding. Reinout, Christine, Henk, Daniëlle, José en Petra waren gelukkig bereid te helpen met het maken van de registers.

Maar het meest dankbaar ben ik dat Tine, ondanks dat geduld een van de weinige goede eigenschappen is die zij wat minder goed heeft ontwikkeld, het met mij volgehouden heeft.

In Meppel ben ik geboren en getogen. Ik heb daar op de middelbare school gezeten, dezelfde als mijn promotor. In Meppel liggen ook de wortels van de uitgever van dit boek. Zo beschouwd is de cirkel rond.

Het boek draag ik op aan mijn ouders, die, doordat zij mij altijd hebben gestimuleerd tot verdere studie, in zekere zin aan de wieg van dit proefschrift staan.

Den Haag, november 2007

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF V
LIJST VAN AFKORTINGEN XIII

1 INLEIDING 1
1 Onderwerp en probleemstelling 1
2 Nadere uitwerking van de onderzoeksvraag en de indeling van dit boek 2
3 Methode van onderzoek 5

2 HISTORISCHE ONTWIKKELING VAN DE TOETSING EN DE DESKUNDIGENADVISERING IN MILIEUGESCHILLEN 7
1 Het Kroonberoep en het departementale ambtsbericht 7
2 De Tijdelijke wet Kroongeschillen en de Adviseur Beroepen Milieubeheer 8
3 De Algemene wet bestuursrecht en de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak 13
4 Samenvatting 17

3 DE VERHOUDING TUSSEN RECHTER EN BESTUUR 19
1 Inleiding 19
2 De ontwikkeling naar bestuurs*rechtspraak* en het argument van democratische legitimatie 21
2.1 De ontwikkeling naar bestuurs*rechtspraak* 21
2.2 Democratische legitimatie en het rapport van de werkgroep Van Kemenade 27
3 Beslissingsruimte voor het bestuur en de intensiteit van de rechterlijke toetsing 32
3.1 Begripsbepaling 32
3.2 Beslissingsruimte en belangenafweging 37
3.3 (Eisen aan) de intensiteit van de rechterlijke toetsing 39
3.4 Beslissingsruimte in relatie tot de intensiteit van de rechterlijke toetsing 44
3.4.1 Benadering vanuit de wetgever en het bestuur 44
3.4.2 Benadering vanuit de rechter 48
3.4.3 Conclusie 52
4 Specifieke kenmerken van het milieurecht 57
4.1 Inleiding 57
4.2 Driepartijenverhouding 57
4.3 De stemloosheid en het gewicht van het milieubelang 59
4.4 Het technische karakter van het milieurecht 62

5 Samenvatting en conclusie 63
5.1 Rechtsbescherming tegen de overheid: door bestuur of rechter? 63
5.2 Toetsingsintensiteit: benadering vanuit bestuur of vanuit rechter? 64
5.3 Toetsingsintensiteit: invloed van de bijzondere kenmerken van het milieurecht? 67

4 TOETSINGSKADER VAN DE WET MILIEUBEHEER, DE *WENDE* EN MILIEURICHTLIJNEN 71
1 Inleiding 71
2 Beslissingsruimte bij de milieuvergunning; aanwijzingen in wet en wetsgeschiedenis 72
2.1 Artikel 8.8 Wm 73
2.2 Artikel 8.10 Wm 75
2.2.1 Weigering vergunning: plicht of bevoegdheid? 76
2.2.2 Vage norm '(in) het belang van de bescherming van het milieu' 77
2.3 Artikel 8.11 Wm 80
2.3.1 Artikel 8.11 lid 2 Wm 80
2.3.2 Artikel 8.11 lid 3 Wm 81
2.3.2.1 De eerste volzin 81
2.3.2.2 De tweede volzin (het alara-beginsel) 84
2.4 Samenvatting en conclusie 87
3 Beslissingsruimte bij de milieuvergunning; aanwijzingen in jurisprudentie en literatuur 89
3.1 Nadere beschouwing van de *Wende*-uitspraken 89
3.2 Enkele vragen naar aanleiding van de *Wende* 94
3.3 Beleidsruimte 97
3.4 Belangenafweging: ook bij beoordelingsruimte? 100
4 De rol van buitenwettelijke milieurichtlijnen 101
4.1 Inleiding 101
4.2 Buitenwettelijke milieurichtlijnen en de *Wende*-uitspraken 104
4.3 Aard van de milieurichtlijnen: geen (zuivere) deskundigenrichtlijnen 106
4.4 Consequenties van de aard van milieurichtlijnen voor de toetsing door de rechter 110
4.5 Eigen beoordelingskader van het bevoegd gezag 115
4.5.1 Stankhinder van veehouderijen 115
4.5.2 Directe ammoniakschade 117
4.5.3 Geurhinder 119
4.5.4 Geluidhinder 121
4.5.4.1 Gemeentelijke geluidnota 121
4.5.4.2 Aansluiting bij AMvB 124
4.6 Samenvatting en conclusie 127

5 Aanpassing van het toetsingskader van de Wet milieubeheer aan de IPPC-richtlijn 130
5.1 Inleiding 130
5.2 Het nieuwe toetsingskader 133
5.2.1 Artikel 8.8 Wm (een meer integrale afweging?) 133
5.2.2 Artikel 8.10 Wm 137
5.2.3 Artikel 8.11 Wm, in samenhang met artikel 1.1 Wm en artikel 5a.1 Ivb 139
5.3 Beslissingsruimte in het nieuwe toetsingskader 141
5.3.1 Beoordelingsruimte 142
5.3.2 Beleidsruimte 149
5.4 Nationale milieurichtlijnen in relatie tot het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn 151
5.4.1 De aard van milieurichtlijnen en de toetsing door de rechter, in relatie tot het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn 151
5.4.2 Ruimte om af te wijken van milieurichtlijnen en de meer emissiegerichte benadering in het nieuwe toetsingskader 154
5.4.3 Grondslag van milieurichtlijnen 157
6 Samenvatting en conclusie 159
6.1 Inleiding 159
6.2 Beslissingsruimte: aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis (oud) 159
6.3 Beslissingsruimte: aanwijzingen in jurisprudentie en literatuur 161
6.4 Beslissingsruimte: rol van buitenwettelijke milieurichtlijnen 162
6.5 Beslissingsruimte onder het nieuwe toetsingskader 164
6.6 Nationale milieurichtlijnen in relatie tot het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn 167

5 DE VERHOUDING TUSSEN RECHTER EN DESKUNDIGE, EN DE EISEN AAN HET DESKUNDIGENBERICHT 173
1 Inleiding 173
2 Advisering aan het bestuur 174
2.1 Inleiding 174
2.2 Functie van het advies 174
2.3 Wettelijk kader 176
2.4 Wanneer inwinning van een advies? 180
2.5 Controle van het advies 182
2.6 Afwijken van een advies 185
3 Deskundigenadvisering aan de rechter 187
3.1 Functie van een deskundige 187
3.2 Wettelijk kader 187
3.3 Factoren die van invloed zijn op de inwinning van een deskundigenbericht 191
3.3.1 De taak van de bestuursrechter 191

3.3.2 Aard van de materie 192
3.3.3 De cultuur van het rechterlijk college en de proceshouding van appellanten 194
3.4 Vergelijking deskundigenadvisering aan het bestuur en aan de rechter 195
4 Deskundigenadvisering in milieugeschillen 198
4.1 Inleiding 198
4.2 De inwinning door de Afdeling van deskundigenberichten 198
4.2.1 Vaste deskundige 198
4.2.1.1 Voordelen van (de StAB als) vaste deskundige 199
4.2.1.2 Nadelen van een vaste deskundige 200
4.2.1.3 Beoordeling 201
4.2.2 Standaard-advisering? 202
4.2.3 De adviesvraag: algemeen of gericht? 203
4.2.3.1 Praktijk: algemene adviesvraag 203
4.2.3.2 Argumenten vóór een algemene adviesvraag 204
4.2.3.3 Argumenten tegen een algemene adviesvraag 205
4.2.3.4 Invloed van partijen op de onderzoeksvraag? 206
4.2.3.5 Beoordeling 207
4.2.4 Aanwezigheid van de deskundige op de zitting 208
4.2.5 De reactie van de rechter op contra-expertise tegen het deskundigenbericht 209
4.3 Vormgeving en uitvoering van het onderzoek door de StAB 212
4.3.1 Inleiding 212
4.3.2 De Gedragscode van de StAB 212
4.3.3 Het onderzoek ter plaatse 213
4.3.4 Inwinnen van inlichtingen 215
4.3.4.1 Inleiding 215
4.3.4.2 Deskundige benadert partij 216
4.3.4.3 Deskundige benadert derden 217
4.3.4.4 Partijen of derden benaderen deskundige 218
5 Eisen aan de procedure van het deskundigenonderzoek; het verdedigingsbeginsel 219
5.1 Inleiding 219
5.2 Het karakter van het onderzoek en het verdedigingsbeginsel 219
5.2.1 Het karakter van het onderzoek 219
5.2.2 Het verdedigingsbeginsel 220
5.3 De Mantovanelli-uitspraak en andere jurisprudentie 221
5.3.1 Europese jurisprudentie 221
5.3.2 Nationale jurisprudentie 224
6 Samenvatting en conclusie 231
6.1 Deskundigenadvisering aan de rechter 231
6.2 Deskundigenadvisering in milieugeschillen 232
6.3 Eisen aan het deskundigenonderzoek uit het oogpunt van het verdedigingsbeginsel 235

6 EMPIRISCH ONDERZOEK NAAR DE TOETSING VAN MILIEUBESLUITEN 241
1 Opzet van het onderzoek 241
2 Hoedanigheid appellanten en categorieën toetsingsgronden 245
3 Intensiteit van de rechterlijke toetsing 248
3.1 Inleiding 248
3.2 Beschermingsniveau 248
3.2.1 Uitspraken uit 1997 251
3.2.2 Uitspraken uit 2000 en 2003 258
3.2.2.1 Marginale toets 258
3.2.2.2 Volle toets 261
3.3 Onnodig bezwarend voorschrift 268
3.4 Strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur 271
3.4.1 Vergunninguitspraken 271
3.4.2 Handhavingsuitspraken 279
3.5 Strijd met een wettelijke bepaling 282
3.6 Naleefbaarheid vergunningvoorschrift 286
3.7 Strijd met een buitenwettelijke richtlijn 289
3.8 Formele tekortkomingen 294
3.9 Onvolledigheid en onduidelijkheid aanvraag 297
3.10 Bevoegdheid tot handhavend optreden 302
3.11 Evenredigheid beslissing om (niet) handhavend op te treden 306
3.12 Evenredigheid van de sanctie 313
3.13 Lengte van de begunstigingstermijn 315
4 Rol buitenwettelijke richtlijnen 318
4.1 Rol buitenwettelijke richtlijnen: kwantitatief 318
4.2 Rol buitenwettelijke richtlijnen: kwalitatief 323
5 Rol deskundigenbericht 328
5.1 Inleiding 328
5.2 Rol deskundigenbericht: kwantitatief 329
5.3 Rol deskundigenbericht: kwalitatief 332
5.4 Motivering van de uitspraak in relatie tot het deskundigenbericht 335
5.5 Conformiteit rechterlijk oordeel en deskundigenbericht 337
6 Samenvatting en conclusie 338
6.1 Inleiding 338
6.2 Intensiteit van de rechterlijke toetsing 339
6.2.1 De door de Afdeling gebruikte toetsingscriteria 339
6.2.2 Intensiteit toetsing: algemene bevindingen 346
6.2.3 Intensiteit toetsing: bevindingen per categorie toetsingsgronden 349
6.3 Rol buitenwettelijke richtlijnen 357
6.4 Rol deskundigenbericht 361

7 SAMENVATTING EN CONCLUSIES 365
1 De verhouding tussen de rechter en het bestuur, in het bijzonder in milieugeschillen 365
2 De verhouding tussen de rechter en de deskundige 371
3 Bevindingen empirisch onderzoek 375
4 Beantwoording van de onderzoeksvraag 380

SUMMARY 383
LITERATUURLIJST 395
JURISPRUDENTIEREGISTER 407
REGELGEVINGREGISTER 417
TREFWOORDENREGISTER 423
CURRICULUM VITAE 431

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
AB	*Administratieve beslissingen*
AB-DLO	Instituut voor Agrobiologisch en Bodemvruchtbaarheidsonderzoek – Dienst Landbouwkundig Onderzoek
ABM	Adviseur Beroepen Milieubeheer
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGRvS	(voormalige) Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State
alara	As low as reasonably achievable
AMvB	algemene maatregel van bestuur
ARP	Ammoniakreductieplan
ARRvS	(voormalige) Afdeling rechtspraak van de Raad van State
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BAT	best available techniques
BBT	beste beschikbare technieken
BNB	*Beslissingen in belastingzaken. Nederlandse belastingrechtspraak*
BREF	BAT Reference document
BZ	buiten zitting
B&W	burgemeester en wethouders
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CIW	(voormalige) Commissie Integraal Waterbeheer
CPR	Commissie voor Preventie van Rampen door gevaarlijke stoffen
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CUWVO	Coördinatiecommissie uitvoering Wet verontreiniging oppervlaktewateren
dB(A)	decibel, A gewogen (gemeten met het zogenoemde A-filter, waarmee wordt aangesloten bij de gevoeligheid van het menselijk oor)
DGM	Directoraat Generaal Milieubeheer
DIN	Deutsches Institut für Normung
diss.	dissertatie
ECHR	*European Court of Human Rights*
ECW	Evaluatiecommissie Wet milieubeheer
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EVOA	Verordening 259/93/EEG betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap

EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
g.e.	geureenheid
Gemw	Gemeentewet
GFT	groente-, fruit- en tuinafval
gpbv	geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging
GS	gedeputeerde staten
Gst.	*De Gemeentestem*
Hw	(voormalige) Hinderwet
IMAG	Instituut voor Milieu- en Agritechniek
IPO	Instituut voor Plantenziektenkundig Onderzoek
IPPC	Integrated Pollution Prevention and Control
Ivb	Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer
i.w.tr.	inwerkingtreding
JB(plus)	*Jurisprudentie Bestuursrecht (Plus)*
JM	*Jurisprudentie Milieurecht*
KB	Koninklijk Besluit
Kew	Kernenergiewet
L_{Aeq}	equivalent geluidniveau
$L_{AR,LT}$	langtijdgemiddeld geluidniveau
LBOW	Landelijk Bestuurlijk Overleg Water
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
l.k.	linkerkolom
LNV	Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
losbl.	losbladig
LRGD	Landelijk register van gerechtelijk deskundigen
m.k.	middelste kolom
M en R	*Milieu en Recht*
MER	milieueffectrapport
m.e.r.	milieueffectrapportage
m.n.	met name
m.nt.	met noot van
MR	*Milieurechtspraak*
MvA	memorie van antwoord
m.v.e.	mestvarkeneenheid
MvT	memorie van toelichting
n.a.v.	naar aanleiding van
NeR	Nederlandse emissierichtlijn lucht
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NO_x	stikstofoxide
nr.	nummer
NRB	Nederlandse richtlijn bodembescherming
NTB	*Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*
NvT	nota van toelichting
p.	pagina
PbEG	*Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*
PGS	Publicatiereeks gevaarlijke stoffen

randnr.	randnummer
RAwb	*Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht*
red.	redactie
r.k.	rechterkolom
RMThemis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
r.o.	rechtsoverweging
RSV	*Rechtspraak Sociale Verzekeringen*
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SBR	Stichting Bouwresearch
StAB	Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening
StAB	*StAB, Jurisprudentietijdschrift op het gebied van de ruimtelijke ordening, milieubeheer en water*
Stb.	*Staatsblad*
Stcrt.	*Staatscourant*
TNO	Nederlandse organisatie voor toegepast wetenschappelijk onderzoek
TvO	*Tijdschrift voor Ondernemingsrecht*
TwK	(voormalige) Tijdelijke wet Kroongeschillen
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VMR	Vereniging voor Milieurecht
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
VROM	Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
Vz. ABRvS	Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Vzr.	Voorzieningenrechter
Wabm	(voormalige) Wet algemene bepalingen milieuhygiëne
Wabo	(toekomstige) Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wbb	Wet bodembescherming
WBB	Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie
Wca	(voormalige) Wet chemische afvalstoffen
Wet bab	(voormalige) Wet beroep administratieve beschikkingen
Wet Arbo	Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie
Wet arob	(voormalige) Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
Wet Bibob	Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
Wet RvS	Wet op de Raad van State
Wlv	Wet inzake de luchtverontreiniging
Wm	Wet milieubeheer
Wms	(voormalige) Wet milieugevaarlijke stoffen
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wvo	Wet verontreiniging oppervlaktewateren
Wvz	Wet verontreiniging zeewater

1 Inleiding

1 Onderwerp en probleemstelling

Dit boek vormt de weerslag van een onderzoek naar de toetsing door de rechter van milieubesluiten, meer precies van besluiten tot verlening of weigering van een milieuvergunning en besluiten tot het al dan niet handhavend optreden naar aanleiding van een geconstateerde of gestelde overtreding van een milieurechtelijke bepaling. De nadruk ligt op de toetsing van vergunningbesluiten.

De aanleiding voor dit onderzoek naar de rechterlijke toetsing in bestuursrechtelijke milieugeschillen is gelegen in de bijzondere aard van dit type geschillen. Kenmerkend voor milieurechtelijke rechtsgeschillen is ten eerste dat sprake is van een driepartijenverhouding: de overheid in de hoedanigheid van normsteller, vergunningverlener of handhaver, de initiatiefnemer in de hoedanigheid van vergunningaanvrager of overtreder van wettelijke voorschriften, en derden in de hoedanigheid van belanghebbenden (omwonenden, milieuorganisaties of concurrenten). In de tweede plaats staat er bij milieurechtelijke rechtsgeschillen, naast de individualiseerbare belangen van belanghebbenden, een algemeen belang op het spel – namelijk het belang van de bescherming van het milieu –, dat een ideëel karakter draagt en zich doorgaans niet gemakkelijk in geld laat uitdrukken. Dit algemene belang kan, ten derde, niet voor zichzelf spreken, maar moet enerzijds worden bewaakt door de overheid en wordt anderzijds behartigd door veelal – ook juridisch – professionele belangenbehartigers. De rechter is, ten vierde, door deze factoren gedwongen om een inhoudelijke belangenafweging te plegen of in ieder geval om de belangenafweging van het bestuur inhoudelijk te toetsen. In de vijfde plaats spelen in het milieurecht veelal ingewikkelde technische vragen en is gedetailleerde technische (pseudo) regelgeving van toepassing, hetgeen tot gevolg heeft dat de rechter vaak sterk steunt op deskundigenberichten. Ten slotte staan milieugeschillen vaak sterk in de publieke belangstelling en zijn zij soms nauw verweven met politieke standpunten en prioriteiten.

Deze factoren gezamenlijk leiden ertoe dat de rechter bij de toetsing van milieubesluiten vaak onder geconcentreerde publieke belangstelling zich enerzijds diepgaand in inhoudelijke afwegingen moet begeven en regelmatig rechtspolitiek en beleidsmatig gekleurde beslissingen moet geven, waarbij hij

anderzijds vanwege het technische en gecompliceerde karakter van de problematiek vaak sterk leunt op deskundigenberichten. De combinatie van deskundigeninvloed enerzijds en een sterk inhoudelijke, soms politieke afweging anderzijds legt een zware druk op de rechterlijke onafhankelijkheid en objectiviteit. Daar komt bij dat geschillen over milieuvergunningen pas relatief kort door een onafhankelijke rechter worden beslecht en dat de vaste deskundige van de rechter in milieugeschillen pas in 1996 formeel onafhankelijk van de overheid is geworden.

Het voorgaande leidt tot de centrale onderzoeksvraag van deze studie:

> *Hoe voldoet de rechter bij de toetsing in bestuursrechtelijke milieugeschillen aan eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid zonder enerzijds zelf beleidsmatige, bestuurlijke afwegingen te maken en anderzijds blind te varen op deskundigen?*

Het eerste onderdeel van de onderzoeksvraag heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter en het bestuur. Deze verhouding betreft in belangrijke mate een bevoegdheidskwestie, namelijk hoe ver de rechter mag en moet gaan in de toetsing van een door een bestuursorgaan genomen besluit. Deze bevoegdheidskwestie vertaalt zich in de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing. Hoe indringender of voller de rechter toetst, des te minder ruimte laat hij voor een beoordeling en afweging door het bestuur.

Het tweede onderdeel van de onderzoeksvraag heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter en de deskundige. Deze verhouding wordt onder meer bepaald door de vraag hoe vaak de rechter een deskundige inschakelt, hoe de rechter de adviesvraag aan de deskundige formuleert en hoe kritisch de rechter zich opstelt ten opzichte van het deskundigenbericht.

2 Nadere uitwerking van de onderzoeksvraag en de indeling van dit boek

Voor een goed begrip van de huidige regeling en praktijk van de toetsing in bestuursrechtelijke milieugeschillen is kennis van de historische ontwikkeling daarvan noodzakelijk, omdat de huidige situatie in belangrijke mate historisch is bepaald.

Tot 1988 stond onder meer in milieugeschillen administratief beroep open bij de Kroon (de minister) als hoogste bestuursorgaan. De Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State (hierna: Afdeling geschillen) stelde ten behoeve van de Kroon een ontwerp-besluit op, dat de Kroon in milieugeschillen bijna altijd overnam. In 1988 werd het Kroonberoep afgeschaft en werd rechtspraak door een onafhankelijke rechter ingevoerd. Op grond van de Tijdelijke wet Kroongeschillen werd de Afdeling geschillen 'gepromoveerd' tot rechterlijke instantie. De Tijdelijke wet Kroongeschillen is bij het

in werking treden van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 vervallen. In hetzelfde jaar werd de Afdeling geschillen met de Afdeling rechtspraak samengevoegd tot de Afdeling bestuursrechtspraak.

Onder de Tijdelijke wet Kroongeschillen is de praktijk van de toetsing en de deskundigenadvisering in milieugeschillen onder het Kroonberoep in belangrijke mate voortgezet. Ook nadien heeft de praktijk onder het Kroonberoep zijn schaduw vooruit geworpen en tot op zekere hoogte doet zij dat vandaag de dag nog steeds. Zo is de Afdeling bestuursrechtspraak in milieugeschillen pas in 1998 overgestapt van een indringende toetsing (die past bij administratief beroep) naar een marginale toetsing – welke omslag bekend staat als de *Wende* – en is de huidige vaste deskundige van de Afdeling ontstaan door een verzelfstandiging van de afdelingen van het Ministerie van VROM die de Afdeling geschillen onder het Kroonberoep adviseerden.

In hoofdstuk 2 ga ik nader in op de historische ontwikkeling van de toetsing en de deskundigenadvisering in bestuursrechtelijke milieugeschillen.

De verhouding tussen het bestuursorgaan dat een milieubesluit neemt en de rechter die dat besluit toetst, komt tot uiting in de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing. Maar waardoor wordt de keuze van de rechter voor een volle of marginale toets bepaald? Er bestaan grofweg twee aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vraag: in de eerste plaats de staatkundige verhouding tussen de uitvoerende macht en de rechterlijke macht en in de tweede plaats de formulering van de wettelijke bepalingen waaraan het bestuursorgaan zijn bevoegdheid (bijvoorbeeld om een milieuvergunning te verlenen of te weigeren) ontleent.

Wat de staatkundige verhouding tussen de rechter en het bestuur betreft, wordt vanouds algemeen aangenomen dat de rechter een bestuursbesluit marginaal moet toetsen, omdat hij – anders dan het bestuur – een democratische legitimatie ontbeert. Dit is alleen anders voor zover het gaat om opvattingen over het recht. In hoofdstuk 3 onderzoek ik de juistheid van deze aanname. In dat hoofdstuk bespreek ik voorts de dogmatiek met betrekking tot de begrippen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid. Aan de hand van deze begrippen wordt volgens de doctrine bepaald of een bestuursorgaan bij het uitoefenen van een bepaalde bevoegdheid over enige – door de rechter te respecteren – bestuurlijke vrijheid beschikt. Aan de traditionele benadering van dit vraagstuk vanuit het gezichtspunt van de wetgever en het bestuur, voeg ik een benadering vanuit het gezichtspunt van de rechter toe. Ten slotte ga ik na of de bevindingen tot dusverre, die betrekking hebben op het bestuursrecht in het algemeen, onverkort opgaan voor het milieurecht.

In hoofdstuk 4 onderzoek ik in welke mate het bestuursorgaan bestuurlijke vrijheid heeft bij het beslissen op een aanvraag om een milieuvergunning. Hiertoe analyseer ik de bepalingen van de Wet milieubeheer die de grondslag

vormen van de bevoegdheid om op een vergunningaanvraag te beslissen. Aansluitend hierop onderwerp ik de toetsingsomslag van de *Wende,* inclusief de reacties daarop in de literatuur, aan een nadere beschouwing. Met de *Wende* gaf de Afdeling een andere uitleg aan de vorenbedoelde bepalingen van de Wet milieubeheer, inhoudende dat op grond daarvan voortaan moet worden aangenomen dat het bestuursorgaan over enige beoordelingsvrijheid beschikt.

Bestuursorganen vullen deze beoordelingsvrijheid in het milieurecht in belangrijke mate in door aansluiting te zoeken bij allerlei pseudo-regelgeving: richtlijnen en circulaires die vaak wel van de overheid afkomstig zijn, maar niet op grond van een wettelijke bevoegdheid tot stand zijn gekomen. Deze milieurichtlijnen bevatten dus geen formele, bindende regels, maar hun praktische belang is desondanks heel groot. In dit hoofdstuk beantwoord ik de vraag of, gezien de aard van de milieurichtlijnen, het bestuur en de rechter daar op een juiste manier mee omgaan.

Op 1 december 2005 is het toetsingskader van de Wet milieubeheer op onderdelen gewijzigd ter aanpassing aan de Europese IPPC-richtlijn. Bij deze wetswijziging is ook de formele grondslag van de hiervoor bedoelde milieurichtlijnen deels gewijzigd. Mede omdat mijn empirisch onderzoek (daarover straks meer) betrekking heeft op uitspraken waarin het oude toetsingskader van toepassing was, ben ik in hoofdstuk 4 primair van het tot 1 december 2005 geldende toetsingskader uitgegaan. Een andere reden om dat te doen, is dat het toetsingskader in 2005 weliswaar ingrijpend is gewijzigd, maar voor een belangrijk deel ook hetzelfde is gebleven. Aan het slot van het hoofdstuk analyseer ik het nieuwe toetsingskader en ga ik na in hoeverre de eerdere bevindingen ook onder het nieuwe recht gelden. Daarbij bespreek ik ook jurisprudentie waarin het nieuwe toetsingskader van toepassing is.

Hoofdstuk 5 heeft betrekking op de verhouding tussen de bestuursrechter en de deskundige. Deze verhouding raakt aan vragen als: wanneer mag de rechter een deskundigenadvies inwinnen, onder welke omstandigheden *moet* hij dat doen, moet de rechter het advies controleren en zo ja hoe indringend, en hoeveel ruimte bestaat er om van het advies af te wijken? Voor de beantwoording van deze vragen bespreek ik het toepasselijke wettelijk kader, benoem ik een aantal meer algemene factoren die van invloed zijn op de inschakeling van een deskundige door de rechter (zoals de bij het rechterlijk college terzake heersende cultuur) en maak ik een vergelijking met de deskundigenadvisering aan het bestuur.

Na dit algemeen bestuursrechtelijke onderdeel komt de deskundigenadvisering in het milieurecht aan de orde. De bespreking hiervan heeft enerzijds betrekking op de – sterk historisch bepaalde – praktijk van de inwinning van een deskundigenrapport door de rechter (zoals het bestaan van een vaste deskundige en het feit dat de rechter een open, niet gerichte adviesvraag stelt) en anderzijds op de wijze waarop de deskundige zijn onderzoek uitvoert (bijvoorbeeld hoe hij inlichtingen inwint bij de partijen). Vervolgens bespreek

ik, tegen de achtergrond van artikel 6 van het EVRM (recht op een eerlijk proces), welke procedurele eisen van toepassing zijn op het deskundigenonderzoek en ga ik na of de huidige praktijk in milieugeschillen daaraan voldoet.

Teneinde een compleet beeld te krijgen van de rechterlijke toetsing in milieugeschillen, heb ik ook een empirisch onderzoek uitgevoerd. Dit onderzoek, waarvan ik in hoofdstuk 6 verslag doe, heeft betrekking op ongeveer tweehonderd uitspraken en heeft zowel kwantitatieve elementen (bijvoorbeeld met betrekking tot het gebruik van milieurichtlijnen en de inwinning van deskundigenberichten) als kwalitatieve elementen (met name met betrekking tot de toetsingsintensiteit).

Om de gevolgen van de toetsingsomslag van de *Wende*, die direct raakt aan de onderzoeksvraag van deze studie, goed in kaart te kunnen brengen, heb ik uitspraken onderzocht uit het jaar voorafgaande aan de *Wende* en uit een jaar vlak daarna (1997 respectievelijk 2000). Vervolgens heb ik uitspraken uit 2003 onderzocht, om te bekijken of de (verwachte) wijzigingen in het jaar 2000 zouden beklijven en of zich nadien andere ontwikkelingen hebben voorgedaan. Om te controleren of de strekking van de bevindingen over deze uitspraken ook opgaat (voor de jurisprudentie) onder het eind 2005 gewijzigde toetsingskader van de Wet milieubeheer, heb ik in 2006 en 2007 de wekelijks op de website van de Raad van State gepubliceerde uitspraken van de milieukamer globaal doorgenomen.

In hoofdstuk 7 maak ik melding van de belangrijkste uitkomsten van het onderzoek en beantwoord ik de onderzoeksvraag.

3 METHODE VAN ONDERZOEK

In dit boek zijn twee methoden van onderzoek gebruikt. Aan de hoofdstukken 2 tot en met 5 ligt klassiek juridisch onderzoek ten grondslag, in de vorm van een analyse van wettelijke bepalingen, jurisprudentie en literatuur. Hoofdstuk 6 vormt, zoals gezegd, de weerslag van een empirisch onderzoek. Het onderzoek is zowel beschrijvend als normatief van aard, en is afgesloten op 1 augustus 2007.

2 Historische ontwikkeling van de toetsing en de deskundigenadvisering in milieugeschillen

1 Het Kroonberoep en het departementale ambtsbericht

Pas vanaf 1988 worden bestuursrechtelijke milieugeschillen door een onafhankelijke rechter beslecht. Tot dat moment stond administratief beroep open op de Kroon (de minister) als hoogste bestuursorgaan. De procedure van het Kroonberoep kan als volgt kort worden geschetst.[1] Naar aanleiding van het door een burger ingestelde administratief beroep tegen bijvoorbeeld een milieuvergunning stelde de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State (AGRvS; hierna ook: Afdeling geschillen) een ontwerp-Koninklijk Besluit op. Indien de Kroon het niet eens was met het concept-besluit, dan kon zij het geschil opnieuw aanhangig maken bij de Afdeling geschillen. Leidde ook dat niet tot het gewenste resultaat, dan kon zij, na een zware procedure, zelf een Koninklijk Besluit vaststellen met de door haar gewenste inhoud (het zogenoemde contrair gaan). De Kroon nam het voorstel van de Afdeling geschillen in milieugeschillen echter bijna altijd over,[2] met als gevolg dat de eindbeslissing doorgaans in feite door de Afdeling geschillen werd genomen.

Dit betekent echter niet dat het oordeel ook inhoudelijk afkomstig was van de Afdeling geschillen. Zij ontbeerde de technische kennis en expertise om geschillen over milieuvergunningen te kunnen beslechten. De benodigde informatie won zij in bij het (huidige) Ministerie van VROM, door te vragen om een zogenoemd ambtsbericht. Van deze mogelijkheid maakte de Afdeling geschillen veel gebruik: ten behoeve van ongeveer 80% van de Kroonuitspraken in milieugeschillen werden een of meer departementale ambtsberichten uitgebracht.[3]

De ambtsberichten hadden inhoudelijk gezien hoofdzakelijk betrekking op de feitenvaststelling en de (technische) waardering van de feitelijke gevolgen. Zij vervulden zo ook de functie van deskundigenrapport.[4] Bij het geven van een waardering van de feitelijke situatie beperkte het ambtsbericht zich niet

---

1 Zie over het Kroonberoep nader Van Buuren, Bolt en Scheltema 1981, m.n. p. 7-13, en specifiek voor milieugeschillen Bröring e.a. 1985, m.n. p. 3-13.
2 Bröring e.a. 1985, p. 169-171.
3 Bröring e.a. 1985, p. 108-111 en p. 221-222.
4 Zie Van Buuren, Bolt en Scheltema 1981, p. 173.

tot de door het beroepschrift bestreden punten, maar bestreek het het gehele feitencomplex. Het behandelde bijvoorbeeld niet alleen het aangevallen vergunningvoorschrift, maar gaf integraal aan welke voorschriften precies aan de vergunning verbonden moesten worden. De Afdeling geschillen was geneigd het departementale oordeel over de feitenvaststelling en de waardering van de feitelijke gevolgen over te nemen.

Ambtsberichten hadden hiernaast ook vaak betrekking op het milieubeleid. Hierbij moet bedacht worden dat de beoordeling in administratief beroep niet beperkt is tot een rechtmatigheidstoets (zoals bij beroep op de bestuursrechter), maar dat daarbij ook een doelmatigheidstoets wordt verricht. Wat het beleid betreft, waren de ambtsberichten overwegend gericht op de verwezenlijking van het rijksmilieubeleid door middel van de toepassing van buitenwettelijke richtlijnen en op de te maken belangenafweging. Ook ten aanzien van deze aspecten was de Afdeling geschillen in principe geneigd de departementale opvatting over te nemen.

Uit het voorgaande blijkt dat de ambtsberichten betrekking hadden op de centrale aspecten van de beoordeling van een milieuvergunninggeschil.

De Afdeling geschillen volgde het ambtsbericht meestal. Indien er een ambtsbericht was uitgebracht, kwamen in ongeveer 90% van de gevallen de berichtsconclusie en het ontwerp-KB met elkaar overeen.[5]

Geconcludeerd kan worden dat de Kroon, aan de hand van het ambtsbericht, in milieugeschillen een zeer uitgebreide toetsing verrichte en dat het ambtsbericht, onder meer doordat daarmee bestuurlijke invloed werd uitgeoefend, van grote betekenis was voor de uitkomst van het geschil.

2 De Tijdelijke wet Kroongeschillen en de Adviseur Beroepen Milieubeheer

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde in 1985 in de Benthem-uitspraak dat het Kroonberoep niet voldeed aan art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), omdat de Kroon niet als een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie kon worden beschouwd.[6]

Naar aanleiding van deze uitspraak werd de Tijdelijke wet Kroongeschillen (hierna ook: TwK) tot stand gebracht, die op 1 januari 1988 in werking trad. Met de TwK werden twee, op het eerste gezicht enigszins tegenstrijdige, doelen nagestreefd. Enerzijds wilde de wetgever de administratieve beroepsgang in

5 Zie over het voorgaande Bröring e.a. 1985, p. 77 en p. 221-222, en Van Buuren, Bolt en Scheltema 1981, p. 51 en p. 188-189.

6 EHRM 23 oktober 1985, *ECHR, Series A*, 97, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin, *NJ* 1986, 102, m.nt. Alkema.

overeenstemming brengen met het EVRM, anderzijds wilde hij de positieve elementen van het Kroonberoep behouden. Om te voldoen aan de eisen van het EVRM werd de Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State omgevormd tot een onafhankelijke rechter, waarop voor het merendeel van de voormalige Kroongeschillen beroep werd opengesteld. De positieve elementen van het Kroonberoep die de wetgever zoveel mogelijk wilde behouden, betroffen onder meer de door de Kroon gehanteerde volledige toetsing (toetsing aan zowel rechtmatigheid als doelmatigheid) en de deskundigenadvisering door middel van ambtsberichten.[7]

Hoewel bij de inwerkingtreding van de Tijdelijke wet Kroongeschillen in de literatuur de verwachting werd uitgesproken dat de Afdeling geschillen het bestuur bij de beoordeling van milieugeschillen enige beoordelingsvrijheid zou laten,[8] was haar toetsing van milieuvergunningen veelal niet afstandelijk (marginaal), maar inhoudelijk-indringend van karakter. Deze toetsing vloeide voort uit de zienswijze van de Afdeling geschillen op de aard van de wettelijke voorschriften, die de vergunningverlening reguleren. Volgens de Afdeling lieten deze het bevoegde bestuursorgaan weinig of geen beoordelingsvrijheid.[9] Deze opvatting wordt geïllustreerd door het volgende citaat van Van Wolferen, toenmalig Staatsraad en voorzitter van de milieukamer van de Afdeling geschillen:

> 'De Afdeling ziet de kernbepalingen van de milieuwetten – ik noem als voorbeeld de artikelen 13 en 17 van de Hinderwet – niet als vage, open normen, die veel ruimte laten voor vrije beleidskeuzes. Uit de aard van het milieuhygiënerecht vloeit voort dat deze bepalingen de opdracht bevatten om een uit technisch-wetenschappelijk oogpunt solide beschikking te geven. In deze opvatting wordt in feite een zo doelmatig mogelijke beslissing van het betrokken overheidsorgaan geëist. Deze benadering leidt tot een vérgaande en indringende toetsing.'[10]

Met weinig afstandelijkheid sprak de Afdeling geschillen in het algemeen een inhoudelijk oordeel uit over de aanvaardbaarheid van de vergunningverlening of de bestreden vergunningvoorschriften. Zij beoordeelde hierbij of een vergunning terecht was verleend dan wel geweigerd, respectievelijk of de aan de vergunning verbonden voorschriften nodig (in de zin van niet onnodig bezwa-

---

7 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 497, nr. 3, p. 2 en p. 6-7. Zie hierover ook Ten Berge, Burkens en Van Buuren 1987, p. 8-9 en 22-23.

8 Zie Widdershoven e.a. 1991, p. 88-92.

9 Widdershoven e.a. 1991, p. 100.

10 Van Wolferen 1990, p. 12. Deze opvatting stond dus haaks op die in de literatuur. Zie de door Widdershoven e.a. 1991, p. 91 genoemde auteurs en daarnaast Van Buuren 1992, p. 330. Widdershoven e.a. 1991 waren zelf nog wat terughoudend: zij bepleitten dat de Afdeling geschillen in beginsel een zekere mate van bestuurlijke beoordelingsvrijheid zou erkennen (p. 319). Uiteindelijk zou de rechter in 1998 tegemoetkomen aan de kritiek en een toetsingsomslag maken (zie hierna paragraaf 3 en uitgebreid hoofdstuk 4, paragraaf 3).

rend) dan wel toereikend (in de zin van voldoende bescherming biedend) waren. Haar oordeel baseerde de Afdeling doorgaans op het ambtsbericht van de Adviseur Beroepen Milieubeheer (zie hierna).[11]

Met de komst van de Tijdelijke wet Kroongeschillen scheen een breuk met de bestaande ambtsberichtenpraktijk onvermijdelijk. Een departementaal ambtsbericht met grote invloed op de uitkomst van het geschil leek immers niet goed verenigbaar met onafhankelijke rechtspraak. De Raad van State was het, in zijn functie als wetgevingsadviseur, om deze reden absoluut niet eens met de voorlopige Memorie van Toelichting bij de TwK, waarin een oordeel over de onafhankelijkheid van de adviseurs werd overgelaten aan de Afdeling geschillen. De Raad hechtte eraan dat op de kortst mogelijke termijn zou worden bevorderd dat de positie van de adviseurs 'zoveel mogelijk onafhankelijk' zou worden gemaakt.[12] In de literatuur werd dit standpunt van de Raad van State gedeeld.[13] De Raad vreesde zelfs dat in zaken waarin de minister verweerder was, er, gelet op het beginsel van *equality of arms*, geen gebruik meer zou kunnen worden gemaakt van het ambtsbericht.[14]

Volgens de bewindslieden liep het echter niet zo'n vaart. Zij hielden vast aan hun standpunt, dat zij als volgt verwoordden in de Memorie van Toelichting: 'De Afdeling bepaalt zelf welke adviezen zij langs welke weg wenst in te winnen. Het wordt aan de rechter overgelaten te beoordelen welke waarde en gewicht hij daaraan, onder meer vanwege het ontbreken van voldoende onafhankelijkheid van de desbetreffende adviserende instantie, mag toekennen'.[15] De bewindslieden zagen dus geen reden de formele positie van de adviseurs te veranderen.

Onder de TwK werd de bevoegdheid om ambtsberichten op het gebied van de milieuhygiëne uit te brengen krachtens het Besluit Adviseur Beroepen Milieubeheer van 12 september 1988 toegekend aan de Adviseur Beroepen Milieubeheer (ABM).[16] Blijkens de considerans van dit besluit was het toekennen van deze bevoegdheid aan de ABM (met terugwerkende kracht tot en met 1 januari 1988) ingegeven door de wens van de Afdeling geschillen om voor de adviseur een zo onafhankelijk mogelijke positie te creëren.[17]

---

11 Widdershoven e.a. 1991, p. 298-299.
12 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 497, B, p. 10.
13 Zie Ten Berge, Burkens en Van Buuren 1987, p. 133-134, Mekel 1986, p. 610, Verheij 1987, p. 117, Hirsch Ballin 1986, p. 250. Een jaar later stelde Hirsch Ballin 1987, p. 12, echter dat departementale ambtsberichten wel aanvaardbaar waren, mits de AGRvS bij voldoende betwisting een nader onderzoek zou instellen.
14 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 497, B, p. 10-11. Zie over dit beginsel hoofdstuk 5, paragraaf 5.2.2.
15 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 497, nr. 3, p. 14.
16 Als hoofd van de Afdeling Beroepen Milieubeheer.
17 Het besluit is tot stand gekomen na overleg tussen de AGRvS en de Minister van VROM, zie Van Wolferen 1990, p. 14.

De gekozen oplossing was echter niet adequaat. De belangrijkste oorzaak hiervan was dat de ABM deel uitmaakte van het Directoraat Generaal Milieubeheer (DGM) en zijn werkzaamheden dus formeel onder de verantwoordelijkheid van de Minister van VROM verrichtte. Daarnaast had de minister zich door het Besluit ABM weliswaar jegens de Tweede Kamer gebonden om geen invloed uit te oefenen op de inhoud van de ambtsberichten, maar zonder formeel-wettelijke grondslag kon hij daarmee niet geacht worden zijn ministeriële verantwoordelijkheid te hebben beperkt.[18] Door zijn ambtelijk-hiërarchische positie kon de minister nog steeds ingrijpen in, en bleef hij verantwoordelijk voor, het doen en laten van de ABM. Ten slotte was er geen garantie dat de minister het besluit niet zou intrekken. De ontstane situatie was kortom bepaald niet ideaal.[19]

Hoewel de materiële onafhankelijkheid van de ABM buiten kijf stond,[20] werd er in de literatuur voor gepleit om de adviseur een zelfstandige positie te geven, zodat ook de schijn van partijdigheid weggenomen zou worden.[21] Over de manier waarop die zelfstandigheid vormgegeven moest worden, liepen de meningen echter uiteen.

Alle schrijvers waren van mening dat de ABM losgemaakt moest worden uit het DGM. Van Wolferen opperde voorzichtig dat de ABM misschien 'zelfs' wel losgemaakt moest worden uit het departement van VROM, waarna hij geïntegreerd zou kunnen worden in het rechterlijk apparaat van de Raad van State.[22] Verheij wilde de adviseur losmaken uit het departement,[23] en óf bij de Raad van State óf in een zelfstandig instituut met eigen rechtspersoonlijkheid onderbrengen.[24] Widdershoven e.a. verklaarden zich tegenstander van het onderbrengen van de adviseur bij de Raad van State en ook van het privatiseren van de adviesinstantie. Zij pleitten voor het omvormen van de ABM tot een zelfstandig rijksinstituut, waarvan de onafhankelijkheid formeel gegarandeerd moest worden. Hierbij zou het personeel van de ABM rechtsposi-

18 Stroink, Tak en Teunissen 1989, p. 255.

19 Zie hierover Widdershoven e.a. 1991, p. 35-36 en 59-63, Heldeweg 1993, p. 354, Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 302.

20 Op grond van het Besluit ABM was de ABM bevoegd het ambtsbericht op te stellen, zelfstandig te ondertekenen en te verzenden naar de AGRvS, zie Widdershoven e.a. 1991, p. 34. Zie ook Van Wolferen 1990, p. 14 en Uylenburg 1990, p. 42-44.

21 Zie Verheij 1989, p. 248-249, Van Wolferen 1990, p. 14, Widdershoven e.a. 1991, p. 59-63, 297-298 en 324-325, Jurgens en Widdershoven 1991, p. 160, Ter Brugge e.a. 1991, p. 282-283 en 300-302, Luigies 1991, p. 41-43, Uylenburg 1992, p. 290 en 297. Idem voor de Adviseur ten behoeve van de Raad van State in bestemmingsplangeschillen: Gaastra, Michiels en Van Buuren 1990, p. 133-136. Verder ging Brenninkmeijer 1991, p. 60, die de praktijk van de advisering door de ABM 'ontoelaatbaar' noemde.

22 Van Wolferen 1990, p. 14.

23 Idem, met betrekking tot de adviseur ten behoeve van de Raad van State, Veltman 1992, p. 20.

24 Verheij 1989, p. 248-249.

tioneel blijven vallen onder het Ministerie van VROM. Eigenlijk was dit een formele bevestiging van de bestaande praktijk.[25] In het rapport Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht werd geopteerd voor een van het bestuur onafhankelijke instelling, die echter niet ondergebracht zou moeten worden bij de Raad van State. Overigens vroegen de onderzoekers zich af of het deskundigenonderzoek niet méér thuishoorde in de bestuurlijke voorprocedure.[26] Brenninkmeijer vond verzelfstandiging van de adviesinstanties niet ver genoeg gaan. Hij pleitte voor het afschaffen van de vaste advisering in milieugeschillen en stelde een systeem voor waarin de rechter kon beschikken over een lijst van ad hoc benoembare onafhankelijke deskundigen.[27]

Net als onder het Kroonberoep lag het zwaartepunt van de ambtsberichten inhoudelijk gezien op de feitelijke informatie. De ambtsberichten begonnen doorgaans met een beschrijving van de plaatselijke situatie, die in de meeste gevallen gebaseerd was op een onderzoek ter plaatse. Vervolgens werd meestal aandacht besteed aan technisch-inhoudelijke aspecten, bijvoorbeeld de verzuringsgevoeligheid van een bij een varkenshouderij gelegen natuurgebied of de berekening van het achtergrondgeluidniveau dat heerst bij een nabij het vergunning vragende bedrijf gelegen woning. Daarnaast werd het geschil in het ambtsbericht beoordeeld aan de hand van de toepasselijke wettelijke voorschriften. Op basis van de aanwezige deskundige kennis werd dan een oordeel geveld over de juistheid van een vergunningsvoorschrift in het licht van de wettelijke norm. Ook was er in de ambtsberichten aandacht voor het gevoerde beleid, zowel van het verwerende orgaan als van de rijksoverheid. Wat het rijksbeleid betrof, werd er bijvoorbeeld gerefereerd aan buitenwettelijke richtlijnen en indicatieve meerjarenplannen. Ten slotte maakte de ABM melding van nieuwe feiten of omstandigheden, indien deze zich na de bestreden beslissing hadden voorgedaan.

De inhoudelijke beschouwing over het geschil leidde tot een conclusie over de gegrondheid van het beroep. Zo oordeelde de ABM bijvoorbeeld of de vergunning terecht was verleend of geweigerd. Indien het geschil de voorschriften van een vergunning betrof, beoordeelde de ABM of deze toereikend waren om het milieu te beschermen dan wel of juist met minder bezwarende voorschriften volstaan kon worden. Er werd echter geen vernietigingsgrond aangegeven. Indien de ABM daartoe aanleiding zag, deed hij de Afdeling geschillen suggesties aan de hand om zelf in de zaak te voorzien, vaak in de vorm van concrete nieuwe vergunningvoorschriften.[28]

25 Widdershoven e.a. 1991, p. 324-325. Idem Michiels 1992, p. 13.
26 Ter Brugge e.a. 1991, p. 301-302.
27 Brenninkmeijer 1991, p. 61. Zie voor een nuancerende reactie hierop: Michiels 1992, p. 11-13.
28 Zie voor het voorgaande Widdershoven e.a. 1991, p. 39-55; Ter Brugge e.a. 1991, p. 131-133.

De in het ambtsbericht vervatte informatie was van grote waarde voor de oordeelsvorming door de Afdeling geschillen. Zij baseerde hier veelal haar oordeel op dat een bepaald voorschrift al dan niet noodzakelijk of al dan niet toereikend was, dan wel dat een andere dan de voorgeschreven voorziening effectiever of goedkoper was.[29] In de woorden van toenmalig voorzitter van de milieukamer Van Wolferen: 'Met behulp van de adviezen van de Adviseur Beroepen Milieubeheer onderzoekt de Afdeling of een beschikking aan de wettelijke kwaliteitseisen voldoet.'[30]

Het belang van het ambtsbericht blijkt ook uit empirisch onderzoek naar de beslechting van milieugeschillen onder de TwK. In 1988 en 1989 werd in bijna 75% van de zaken om een ambtsbericht verzocht. De zaken waarin geen ambtsbericht werd gevraagd, betroffen hoofdzakelijk handhavingsgeschillen (op grond van art. 28 en 28a Hinderwet) en voor het overige zaken die op formeel-juridische gronden werden afgedaan (bijvoorbeeld niet-ontvankelijkverklaring van het beroep). In vergunningzaken die inhoudelijk werden beoordeeld, werd dus bijna altijd een ambtsbericht gevraagd. In de gevallen waarin een ambtsbericht was uitgebracht, was in 70% van de items[31] sprake van volledige conformiteit tussen het ambtsbericht en de uitspraak van de rechter: zowel de overwegingen (de wijze van beoordeling) als het dictum (de inhoud van het oordeel) kwamen met elkaar overeen. Wanneer enkele minder relevante verschillen buiten beschouwing worden gelaten, bedroeg dit percentage 80%. Het gaat dan om factoren waaraan het ambtsbericht geen aandacht hoefde te besteden (formeel juridische kwesties) of niet kon besteden (nieuwe omstandigheden).[32]

Onder de TwK was het ambtsbericht dus (nog steeds) van zeer grote praktische betekenis voor de geschillenbeslechting in het milieurecht.

3 De Algemene wet bestuursrecht en de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak

Het was de bedoeling dat de Tijdelijke wet Kroongeschillen vijf jaar na de inwerkingtreding zou vervallen. Doordat de invoering van de Algemene wet

29 Widdershoven e.a. 1991, p. 100.

30 Van Wolferen 1990, p. 12.

31 Om het belang van het ambtsbericht voor de uitspraak van de Afdeling geschillen te kunnen meten, was in het rapport van Widdershoven e.a. 1991 nagegaan in welke mate de uitspraak steunde op het ambtsbericht. Omdat de vraag naar de overeenstemming tussen ambtsbericht en uitspraak voor de diverse aspecten van een uitspraak verschillend kon worden beantwoord, kon bij de analyse niet uitgegaan worden van de zaak als geheel. Als vergelijkingseenheid werd daarom gebruik gemaakt van het zogenoemde 'item': een aspect van een zaak dat in de uitspraak speciale aandacht kreeg en waarover de Afdeling geschillen een oordeel gaf.

32 Zie Widdershoven e.a. 1991, p. 33 en 65-74.

bestuursrecht (hierna ook: Awb) vertraging opliep, werd de TwK met een jaar verlengd. Op 1 januari 1994 trad de Algemene wet bestuursrecht in werking.

De ontwikkelingen met betrekking tot de rechterlijke toetsingswijze in milieugeschillen na de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht, onder meer wat de intensiteit van de toetsing betreft, komen hierna uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 4 en hoofdstuk 6. Op deze plaats volsta ik met de opmerking dat de rechter de indringende toetsing van milieuvergunningen in de eerste jaren onder de Algemene wet bestuursrecht voortzette, maar in 1998 een omslag maakte naar een marginale toetsing. Deze toetsingsomslag staat bekend als de *Wende*.

In hoofdstuk 5 ga ik in op het belang van het deskundigenbericht in de actuele toetsingspraktijk. In het vervolg van deze paragraaf bespreek ik nader de institutionele ontwikkelingen met betrekking tot de deskundige in milieugeschillen.

Bij de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht kwam aan de orde welke rol ambtsberichten moesten spelen, waarbij ook specifiek op de advisering in milieugeschillen en bestemmingsplangeschillen werd ingegaan. Ondanks dat, zoals hiervoor bleek, de literatuur vrij eensgezind was over de wenselijkheid om de ABM te verzelfstandigen, huldigde de regering een ander standpunt. De desbetreffende bewindslieden vonden dat het (nog steeds) aan de rechter moest worden overgelaten in hoeverre hij gebruik zou willen maken van de vaste adviseurs. In de toelichting op art. 8:34 Awb werd verwezen naar de twee TwK-rapporten, waarin was geconstateerd dat de advisering, ondanks de formeel afhankelijke positie van de adviseurs, onpartijdig was.[33] De in deze rapporten getrokken conclusie dat er geen aanleiding was om de rechter voor te schrijven alleen bij onafhankelijke instanties advies in te winnen, werd dan ook onderschreven.[34] De bewindslieden wezen er uitdrukkelijk op, dat het voorgestelde procesrecht geen enkele belemmering opwierp voor het handhaven van de bestaande praktijk.[35] Wel moest de rechter erop kunnen vertrouwen dat de door hem ingewonnen deskundige informatie deugdelijk was en geen vooringenomen karakter zou dragen. Daarvoor moesten, naast art. 8:34, ook art. 8:47 en 8:63 Awb zorgen.[36] Ten slotte wezen de bewindslieden erop dat partijen ook zelf deskundigen kunnen inschakelen en dat de rechter ook elders een advies kan inwinnen.[37]

33 Zie Ter Brugge e.a. 1991, p. 282-283 en Widdershoven e.a. 1991, p. 60-62.
34 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3 (MvT), p. 122-123.
35 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 54.
36 Zie over het wettelijk kader van de deskundigenadvisering aan de rechter hoofdstuk 5, paragraaf 3.2.
37 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 123.

De regering ging er dus vanuit dat een (formeel) niet-onafhankelijke vaste deskundige alleszins aanvaardbaar is, zolang hij maar onpartijdig is. Het is niet echt verbazingwekkend dat deze vrij zwakke redenering voor handhaving van de bestaande situatie de teneur in de literatuur niet deed omslaan. Zo vond Uylenburg de positie van de ABM als onderdeel van het Ministerie van VROM in strijd met de eis dat de in de procedure in te brengen deskundigheid onafhankelijk moet zijn, en dat het voor een adequate rechtsbescherming noodzakelijk is dat het deskundigenbericht wordt ingebracht door een onafhankelijke instantie.[38] Ook Heldeweg vond het noodzakelijk dat de adviseur geheel zou breken met de departementale organisatie. Als oplossing stelde hij voor om de Afdeling Beroepen Milieubeheer om te vormen tot een instituut voor technische advisering in milieugeschillen, dat de rechtsvorm van een zelfstandig bestuursorgaan zou moeten krijgen.[39]

Enkele jaren na indiening van het wetsvoorstel tot invoering van de Algemene wet bestuursrecht, bleek de regering van mening te zijn veranderd. Op 17 juni 1994 diende zij een wetsvoorstel in om de onafhankelijkheid van de ABM en de Adviseur ten behoeve van de Raad van State ten opzichte van de Minister van VROM vast te leggen.[40] Volgens de Memorie van Toelichting vormde de invoering van de Awb per 1 januari 1994 een gerede aanleiding om de positie van de adviseurs nader te bezien. Ook speelde een rol dat van de kant van de Raad van State was aangedrongen op een wettelijke regeling van hun onafhankelijkheid.[41] Over kritiek in de literatuur werd met geen woord gerept.

Om de onafhankelijkheid vast te leggen, werd de minister zowel in de Wet op de Ruimtelijke Ordening als in de Wet milieubeheer gemachtigd om een stichting op te richten, waarin de adviseurs ondergebracht moesten worden. Hierdoor lijkt het alsof er twee stichtingen opgericht zouden worden, terwijl het de bedoeling was om één geïntegreerde adviesinstantie te realiseren.[42]

Tijdens de parlementaire behandeling heeft de regering aangegeven waarom zij koos voor de stichtingsvorm en niet voor een andere variant.[43] Met de privaatrechtelijke rechtsvorm van een stichting kon een zo groot mogelijke onafhankelijkheid worden bereikt, terwijl de overheid tegelijkertijd via de wettelijke en statutaire bevoegdheden waar nodig zou kunnen ingrijpen. Als

38 Uylenburg 1992, p. 290 en 297, zie ook p. 271-272.

39 Heldeweg 1993, p. 357. Overigens verkoos Heldeweg het door de rechter ad hoc inhuren van deskundigen boven de praktijk van de vaste advisering door de ABM (p. 360-362).

40 Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Ruimelijke Ordening en de Wet milieubeheer (onafhankelijkheid adviseurs inzake beroepen), *Kamerstukken II* 1993/94, 23 770.

41 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 770, nr. 3 (MvT), p. 4.

42 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 770, nr. 3, p. 1. In het Verslag, *Kamerstukken II* 1994/95, 23 770, nr. 4, p. 2 en 4, werd deze onduidelijke regeling met twee machtigingen bekritiseerd.

43 In de MvT was de regering over de voordelen van de stichtingsvorm nog niet erg duidelijk, hetgeen haar op kritiek in het Verslag kwam te staan; zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 770, nr. 4, p. 2-4. Zie ook Heldeweg 1995, p. 12.

uitgangspunt werd hierbij geformuleerd dat de advisering geen overheidstaak is, maar er, gezien het belang van een snelle, onafhankelijke en deskundige advisering, wel een beperkte overheidsbemoeienis gewenst is. Deze bemoeienis moest zich met name richten op het waarborgen van een adequate advisering en op een doelmatige besteding van de subsidiegelden; zij mocht nadrukkelijk niet zien op inhoudelijke aspecten van de adviezen.[44]

De alternatieven waren volgens de regering minder geschikt. Met enkel een eenvoudige wettelijke regeling die de onafhankelijkheid waarborgt, zou de adviestaak nog steeds binnen de overheid plaatsvinden. Ook het oprichten van een zelfstandig bestuursorgaan in plaats van een stichting zou minder waarborgen voor een onafhankelijke positie bieden en daarnaast minder gelegenheid tot een voldoende beheersmatige controle door de overheid.[45] Het onderbrengen van de adviseurs bij de Raad van State ten slotte zou leiden tot andere bezwaren, zoals die ook al in de literatuur waren gesignaleerd.[46] Problematisch zou dan in het bijzonder zijn dat het advies een intern stuk van de rechterlijke macht zou worden, waar de rechter niet onbevangen tegenover staat en dat ook zijn procesordenende functie zou verliezen.[47]

Het wetsvoorstel is uiteindelijk op 26 april 1995 wet geworden, welke wet op 29 september 1995 in werking is getreden.[48]

In de Wet milieubeheer zijn de bepalingen over de stichting ondergebracht in paragraaf 20.5 (art. 20.14-20.17 Wm), getiteld 'Advisering inzake beroepen milieubeheer'. In de Wet op de Ruimtelijke Ordening is de regeling neergelegd in hoofdstuk IXB (art. 57-57c WRO), getiteld 'Advisering inzake beroepen ruimtelijke ordening'.[49]

Voor de onafhankelijkheid van de stichting en de bij haar werkzame adviseurs, zijn met name de volgende artikelen van belang. Art. 20.14 lid 3 Wm (resp. 57 lid 3 WRO) bepaalt dat de statuten van de stichting waarborgen dat de stichting haar werkzaamheden onpartijdig en onafhankelijk verricht. In art. 20.16 Wm (resp. 57b WRO) is een incompatibiliteitenregeling opgenomen, op grond waarvan het personeel van de stichting en de personen die deel uitmaken van de organen van de stichting geen functies mogen vervullen, waarvan de uitoefening 'ongewenst is met het oog op de handhaving van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de stichting dan wel van het vertrouwen daarin'.

---

44 Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 770, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 5.

45 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 770, nr. 3, p. 4 en 5 en *Kamerstukken II* 1994/95, 23 770, nr. 5, p. 2 en 4-5.

46 Zie Gaastra, Michiels en Van Buuren 1990, p. 135.

47 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 770, nr. 3, p. 5.

48 *Stb.* 1995, 270 respectievelijk *Stb.* 1995, 453.

49 In de nieuwe Wet ruimtelijke ordening van 20 oktober 2006, die naar verwachting op 1 juli 2008 in werking treedt, is de regeling neergelegd in hoofdstuk 8.2 (art. 8.5-8.8), getiteld 'Advisering inzake beroepen'.

Op grond van art. 20.17 lid 1 Wm (resp. 57c lid 1 WRO) verstrekt de Minister van VROM de stichting subsidie 'overeenkomstig bij of krachtens amvb te stellen voorschriften, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor een goede taakuitoefening'.[50] De huidige versie van deze AMvB, het Besluit subsidiëring stichting advisering bestuursrechtspraak milieu en ruimtelijke ordening, is op 1 januari 1998 in werking getreden.[51] Op grond van art. 11 van de AMvB vindt de subsidievaststelling plaats aan de hand van de jaarrekening, op basis waarvan de werkelijk gemaakte kosten worden vergoed. De Minister van VROM kan alleen een ander bedrag vaststellen nadat hij over deze afwijking overleg heeft gevoerd met het bestuur van de stichting.

De stichting is uiteindelijk bij notariële akte opgericht op 1 november 1996 en vanaf die datum ook operationeel. Zij is gedoopt Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (kortweg: StAB) en gevestigd te Den Haag.[52]

4 SAMENVATTING

Met de afschaffing van het Kroonberoep in 1988 werd afscheid genomen van het stelsel van administratief beroep bij de Kroon (de Minister van VROM) en werd rechtspraak door een onafhankelijke rechter (de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State) ingevoerd. De hiertoe in de Tijdelijke wet Kroongeschillen getroffen voorlopige regeling verviel bij het in werking treden van de Algemene wet bestuursrecht in 1994, in welk jaar de Afdeling geschillen ook opging in de Afdeling bestuursrechtspraak.

In de eerste jaren van haar bestaan zette de Afdeling bestuursrechtspraak de door de Afdeling geschillen gehanteerde indringende toetsing van milieubesluiten voort. In 1998 oordeelde de Afdeling evenwel dat het bestuur bij het nemen van een besluit over een milieuvergunning (met name ten aanzien van de vraag hoe streng de vergunningvoorschriften moeten zijn) over enige beoordelingsvrijheid beschikt, waaruit volgt dat de rechter bij de beoordeling van een dergelijk besluit enige distantie in acht neemt.

De institutionele positie van de deskundige in milieugeschillen is steeds, zij het ofwel niet geheel adequaat ofwel met enige vertraging, aangepast aan die van de instantie waaraan hij advies uitbrengt. Onder het Kroonberoep werden

---

50 In het verslag werd overigens de vraag gesteld of, gelet op de bevoegdheden van de minister om de leden van de raad van toezicht te benoemen en de subsidie te verstrekken, de onafhankelijkheid van de stichting wel gewaarborgd was; zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23 770, nr. 4, p. 3. Idem Heldeweg 1995, p. 12.

51 Besluit van 14 februari 1998, *Stb*. 1998, 99, p. 29-31, met terugwerkende kracht in werking getreden op 1 januari 1998. Zie voor de oorspronkelijke, sterk afwijkende, versie *Stb*. 1995, 454.

52 Zie voor meer informatie de website <www.stab.nl>.

de deskundigenrapporten (toen nog ambtsberichten) uitgebracht door een afdeling van het Ministerie van VROM. Onder de Tijdelijke wet Kroongeschillen werd deze afdeling materieel wel, maar formeel niet onafhankelijk van de minister gemaakt. Enkele jaren na invoering van de Algemene wet bestuursrecht, in 1996, is de deskundige verzelfstandigd en in een stichting ondergebracht (de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening; StAB), wier onafhankelijke positie wettelijk is verankerd.

Belangrijke aspecten van de deskundigenadvisering in milieugeschillen die historisch zijn bepaald, zijn het bestaan van een vaste deskundige, het feit dat de rechter een open, niet gerichte adviesvraag stelt en de hoge mate waarin de rechter advies inwint.

3 De verhouding tussen rechter en bestuur

1 INLEIDING

De rechter functioneert in het Nederlandse bestel niet autonoom, maar in wisselwerking met de andere staatsmachten. De rol van de bestuursrechter wordt mede bepaald door zijn verhouding met de wetgever en met de uitvoerende macht (het bestuur). Voor die rol is uiteraard ook de (gewenste) *taak* van de rechter, los van de genoemde verhoudingen, van belang. Gezien het onderwerp van dit onderzoek gaat het mij vooral om de verhouding tussen de rechter en het bestuur. Het is immers juist deze relatie die steeds aan de orde is wanneer de rechter geroepen wordt te oordelen over een bestuursrechtelijk milieugeschil. Hieronder stip ik evenwel eerst de andere twee genoemde aspecten (de verhouding met de wetgever en de taak van de rechter) aan. In het verloop van dit hoofdstuk komen deze aan de orde voor zover dat van belang is voor de bespreking van de verhouding tussen rechter en bestuur.

In de verhouding tussen de wetgever en de bestuursrechter is in de eerste plaats de normstelling door de wetgever van belang. Het wijdverbreide gebruik van open normstelling, vooral als gevolg van de sterke toename van de bestuursrechtelijke regelgeving, heeft immers tot gevolg dat de rechter gedwongen is steeds meer normen zelf in te vullen.

In de tweede plaats bepaalt de wetgever hoe het systeem van bestuursrechtelijke rechtsbescherming eruit ziet. Vanuit bestuurlijke hoek is in de juridiseringsdiscussie naar voren gebracht dat de rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten te ruim is.

Een derde aandachtspunt in genoemde verhouding is de opkomst van instrumentele wetgeving en de daarmee gepaard gaande verweving tussen wetgever en bestuur. Enerzijds is het doel van wetgeving om de macht van het bestuur binnen de perken te houden, door bevoegdheden beperkt te formuleren en door rechtsbescherming open te stellen. Anderzijds wil de wetgever het bestuur voldoende armslag geven, hetgeen hij gerealiseerd heeft door instrumentele wetgeving te maken. Met dergelijke wetgeving worden het bestuur instrumenten aangereikt, waarmee het zijn beleidsdoeleinden kan verwezenlijken. Daarnaast heeft het bestuur tot op zekere hoogte de bevoegdheid gekregen om zelf regels vast te stellen. Gesteld kan worden dat tegenover

het blok van wetgever en bestuur een sterke rechter moet staan die voldoende rechtsbescherming kan bieden.[1]

Wat de (gewenste) 'autonome' rol en taak van de bestuursrechter betreft, is de meest wezenlijke vraag wat de taak van deze rechter primair is: het bieden van rechtsbescherming of het controleren van de toepassing van het geldende recht. Dit wordt vanouds ook wel aangeduid als *recours subjectif* respectievelijk *recours objectif*. In de Algemene wet bestuursrecht is, getuige de bewoordingen in de parlementaire geschiedenis, een tamelijk fundamentele keuze gemaakt voor de functie rechtsbescherming.[2] De gedachte van het *recours objectif* (kortweg: het publiekrecht is van openbare orde, dus de rechter moet de rechtmatigheid van het overheidsbesluit ook buiten de aangevoerde gronden controleren) is verlaten. Aanvulling van de rechtsgronden vindt slechts plaats op grondslag van het beroepsschrift.

Sinds een aantal jaren wordt veel gediscussieerd over de vraag hoe de toepassing van het bestuursprocesrecht door de bestuursrechter (met het oogmerk het bieden van rechtsbescherming), zich verhoudt tot de algemeen wenselijk geachte geschilbeslechting. Vernietiging van een besluit en terugverwijzing naar de rechtbank of het bestuursorgaan vormt immers vaak niet een wezenlijke oplossing van het geschil.[3] Een met de taak van de rechter verwant aspect is de opstelling van de bestuursrechter. De bestuursrechter is volgens de doctrine een actieve rechter, die zelf op zoek gaat naar de materiële waarheid in het geschil. De opstelling van de rechter heeft gevolgen voor de wijze waarop hij toetst.[4]

Als gezegd, voor dit onderzoek is vooral de verhouding tussen de rechter en het bestuur van belang. De toetsing door de bestuursrechter raakt, ook in milieu(vergunning)geschillen, op een hoger abstractieniveau immers aan de verhouding tussen bestuur en rechter. Deze verhouding betreft vooral een bevoegdheidskwestie: hoe ver mag de rechter gaan in de toetsing van besluiten? De bevoegdheidsverhouding (en -verdeling) tussen rechter en bestuur vormt al heel lang een heet hangijzer. Aanvankelijk ging de discussie over de vraag óf het bestuurlijk handelen wel getoetst zou moeten worden door een rechter, in plaats van alleen door een hoger bestuursorgaan. Deze kwestie

1 In dit kader wordt wel gesproken van een duas politica. Zie bijvoorbeeld Brenninkmeijer 2001, m.n. p. 1193 en eerder al Brenninkmeijer 1987, m.n. p. 60-62. Van der Pot/Donner/Elzinga e.a. 2006, p. 808-809, spreekt van een groeiende 'dichotomie van bestuur/regelgeving en rechtspraak'. Zie voorts Rijpkema 2001, p. 38-43, m.n. p. 39, Van der Heijden 1999, p. 109-112, 129-131 en 134 en Stroink 1990, p. 12 en 25. Nuancerend, zowel ten aanzien van het bestaan van een duas politica als van de behoefte aan een sterkere rechter: Heringa 2006.

2 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 35.

3 Zie hierover, onder veel meer, het rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004.

4 Zie hierover ook hoofdstuk 5, paragraaf 3.3.1.

werd met de inwerkingtreding van de Wet arob in 1976 beslecht ten faveure van onafhankelijke bestuursrechtspraak, hoewel in onder meer milieugeschillen nog tot 1988 administratief beroep op de Kroon is blijven bestaan.

Eind jaren '90 van de vorige eeuw laaide de discussie over de relatie rechter-bestuur weer op, toen een aantal bestuurders in ons land de noodklok luidde omdat het bestuur door te veel regelgeving en een te inhoudelijk toetsende rechter niet genoeg ruimte zou hebben om te besturen. In paragraaf 2 bespreek ik de ontwikkelingen en standpunten die de (lange) weg naar onafhankelijke bestuursrechtspraak hebben bepaald. Met name het argument dat de rechter, in tegenstelling tot het bestuur, niet democratisch is gelegitimeerd, speelde in de juridiseringsdiscussie wederom een grote rol.

Hierop voortbouwend, bespreek ik in paragraaf 3 de aloude kwestie van de beslissingsruimte voor het bestuur. De centrale vraag hierbij is of, en zo ja wanneer, de rechter terughoudendheid moet betrachten bij de toetsing van een bestuursbesluit en wat de grondslag van die verplichting is. In de traditionele benadering wordt deze vraag vanuit het oogpunt van wetgever en bestuur beantwoord. De tekst van de wet (en eventueel de wetsgeschiedenis) geeft aan of het bestuur over beslissingsruimte beschikt. Als dat het geval is, moet de rechter zich terughoudend opstellen. Hier stel ik een benadering vanuit het oogpunt van de rechter tegenover.

In paragraaf 4 bespreek ik vervolgens of de specifieke kenmerken van het milieurecht nopen tot bijstelling van de bevindingen van de voorafgaande paragrafen.

In paragraaf 5 sluit ik af met een samenvatting en conclusie.

2 DE ONTWIKKELING NAAR BESTUURS*RECHTSPRAAK* EN HET ARGUMENT VAN DEMOCRATISCHE LEGITIMATIE

2.1 De ontwikkeling naar bestuurs*rechtspraak*

De gedachte van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid als afzonderlijk vraagstuk is betrekkelijk jong. Pas in de tweede helft van de 19e eeuw kwam hier, eerst in het buitenland en later ook in Nederland, aandacht voor. Anders dan in Frankrijk en Duitsland kwam het in Nederland toen niet tot invoering van een algemeen stelsel van bestuursrechtspraak.[5] Om tegemoet te komen aan de ook hier gevoelde behoefte aan rechtsbescherming tegen bestuursoptreden is steeds voorzien in een ad hoc oplossing, waardoor een sterk verbrokkeld systeem tot stand is gekomen.[6]

---

5 Zie over Frankrijk en Duitsland: Bok 1992, p. 21-22 en 95-96.

6 Ik beperk mij hierbij tot de hoofdlijnen en verwijs voor uitgebreidere uiteenzettingen naar Schreuder-Vlasblom 1987, De Jong 1988, hoofdstuk 4 en Van der Hoeven 1989. Zie voor een overzicht in vogelvlucht: Schlössels 1999, p. 93-98.

Al in de 19e eeuw vond in ons land een discussie plaats over de gewenste organisatie van de rechtsbescherming tegen de overheid. De heersende leer ging destijds uit van een 'absoluut parlementair-democratisch stelsel', waarin democratische controle op het overheidshandelen als het grootste goed werd beschouwd. Het overheidshandelen geschiedt (in beginsel) per definitie in het algemeen belang, zo luidde het uitgangspunt. De enige legitieme controle hierop vindt plaats door de gekozen volksvertegenwoordiging en daarmee indirect door de burger. De volksvertegenwoordiging kan de voor het beleid uiteindelijk politiek verantwoordelijken (in de huidige termen de regering/de minister, het college van burgemeester en wethouders, het college van gedeputeerde staten) ter verantwoording roepen. Over de staatsrechtelijke verhoudingen werd dus op een sterk ideologische wijze gedacht. In deze gedachtegang was geen ruimte voor (controle door) een bestuursrechter.[7]

De theorie van een 'absoluut parlementair-democratisch stelsel' vond haar grondslag in het (revolutionair-)democratische gedachtegoed dat aan het eind van de 18e eeuw hoogtij vierde, met in West-Europa de Franse revolutie van 1789 als hoogtepunt. Hierbij is ook de idee van de *trias politica* van belang. In de Frans-revolutionaire versie hiervan was sprake van een rigide scheiding van de machten.[8] Een stelsel van bestuursrechtspraak was hiermee onverenigbaar, omdat daarmee de scheiding tussen uitvoerende en rechterlijke macht zou worden doorbroken (immers, de rechter zou dan een oordeel vellen over bestuurlijk handelen). Het bestuur moest dientengevolge de geschillen in eigen kring oplossen, door middel van administratief beroep. Met een vertraging van ongeveer een halve eeuw werd administratief beroep ook in Nederland de regel.[9]

Het is duidelijk dat deze theorie mank gaat aan een aantal onjuiste veronderstellingen. De overkoepelende gedachte is dat een democratisch gelegitimeerd en gecontroleerd besluit het hoogst haalbare is, de hoogste 'rechtswaarde' vertegenwoordigt. Het is evenwel een misvatting te denken dat een gekozen volksvertegenwoordiging praktisch en organisatorisch in staat zou zijn tot een beoordeling van alle lagere bestuursbesluiten, zeker in een enigszins ontwikkelde, gecompliceerde samenleving. Tevens wordt miskend dat de

7 Zie over de vrees van de wetgever destijds voor rechterlijke 'inmenging' (door toetsing van overheidshandelen) ook Van der Hoeven 1974.

8 Volgens Van der Pot/Donner/Elzinga e.a. 2006, p. 631, is de idee van de machtenscheiding in de praktijk nooit zo dogmatisch doorgevoerd als in 'officiële documenten' vaak werd bepleit. In de praktijk werd snel duidelijk dat een absolute scheiding van de machten niet mogelijk en ook niet wenselijk is. Veel landen kennen nu een systeem van checks and balances, waarbij de bevoegdheden van de machten niet geheel gescheiden zijn en de machten elkaar controleren.

9 Tot die tijd, dus grofweg tot 1830, was hier nog de heersende gedachte dat bestuursrechtelijke geschillen wél aan een rechter moeten worden voorgelegd, zij het aan de 'gewone' – civiele – rechter. Dit was een erfenis van de overheersing door Napoleon. Zie Donner 1986, p. 305-307.

uitvoerende macht eigen, voor een deel bureaucratische, wetmatigheden kent. Bestuursorganen hebben ook een eigen agenda – naast behartiging van 'het algemeen belang', waarbij het begrip 'algemeen belang' ook nogal diffuus en niet eenduidig is.[10]

Aan het eind van de 19e eeuw brak het inzicht door dat deze sterk 'parlementaire' leer niet voorzag in regulering van het bestuursoptreden van alledag. Door Van der Hoeven is hiervoor een onderscheid tussen macrobestuur en microbestuur ontwikkeld.[11] Onder macrobestuur valt het maken van regelgeving en het formuleren van beleid (vooral) door de regering. Het nemen van besluiten kan er alleen onder geschaard worden voor zover het besluit gevolgen heeft op grote schaal of sterk in de belangstelling staat. Met microbestuur wordt gedoeld op meer concrete (uitvoerings-)handelingen van het bestuur, waarbij er direct contact tot stand komt en een rechtsrelatie ontstaat tussen overheid en burger; bijvoorbeeld het verstrekken van een subsidie of het verlenen van een milieuvergunning. Macrobestuur betreft dus vooral het maken van de regels en het beleid, microbestuur het toepassen daarvan. Het is op het microniveau dat de burger concreet het meest wordt geconfronteerd met (de macht van) de overheid. Doordat men zich bewust werd van het bestaan van handelingen van 'microbestuurlijke aard' kwam er aandacht voor de (rechts)positie en het belang van de individuele burger in relatie tot het optreden van de overheid.

Hiermee ontstond een spanningsveld dat de kern van het onderhavige vraagstuk vormt. Aan de ene kant was de gedachte dat het bestuur vrij was in zijn taakuitoefening, zijnde het dienen van het algemeen belang. Het bestuur is hiertoe immers democratisch gelegitimeerd, ook als de wet niet precies aangeeft hoe aan de taakuitoefening invulling moet worden gegeven. Aan de andere kant kwam de gedachte op dat de (Grond)wet, die de basis voor die legitimatie vormt, ook dient ter bescherming van de burger en daarmee de bestuurlijke vrijheid beperkt.[12]

---

10 Zie uitgebreider Van der Hoeven 1989, p. 14-15.

11 Zie Van der Hoeven 1989, p. 17. Dit onderscheid heeft daarna brede ingang gevonden. Zie bijvoorbeeld H.J. Simon, *Publiekrecht of privaatrecht? Een geschiktheidsonderzoek aan de hand van het nutsmaximalisatiebeginsel toegespitst op het gebruik van het privaatrecht door het bestuur* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

12 Hiermee zijn in deze alinea de drie functies van het bestuursrecht die Van der Hoeven 1989 onderscheidt, aangestipt. De eerste twee functies van het bestuursrecht zijn legitimatie en instrumentalisatie van het bestuur(sgezag). Doordat in de Grondwet en de organieke wetten is geregeld dat 'het besturen van het land' geschiedt door de uitvoerende macht, legitimeert het (staats- en) bestuursrecht het gezag van die uitvoerende macht. Daarbij reiken deze wetten ook de instrumenten aan ter uitvoering van deze taak van het bestuur. Als derde functie noemt Van der Hoeven het verschaffen van een rechtspositie aan de burger tegenover de overheid, oftewel het bieden van rechtsbescherming.

Vooral internationale ontwikkelingen bevorderden in de tweede helft van de 19e eeuw in Nederland het inzicht dat de bescherming van de burger tegen onbehoorlijk bestuursoptreden geboden zou kunnen worden door een bestuursrechter. Dit inzicht paste in de eerste plaats in de idee van de democratische rechtsstaat,[13] die zich in noordwest Europa tot heersende leer had ontwikkeld. In de tweede plaats was van belang dat de blik in Nederland vanaf ongeveer 1880 vooral op Duitsland was gericht,[14] waar in die periode net onafhankelijke administratieve gerechten waren ingesteld.[15]

Aldus ontstond in Nederland in vrij brede kring overeenstemming over de wenselijkheid van bestuursrechtspraak (waarbij dit gevoelen in de literatuur wat sterker was dan in de politiek).[16] Over de manier waarop dit nader ingevuld moest worden, was men politiek echter sterk verdeeld.[17] Gezegd zou kunnen worden dat deze verdeeldheid ook tot uiting kwam in de Grondwetsherziening van 1887. Hierbij werd wel de mogelijkheid van administratieve rechtspraak geopend, maar werd deze niet daadwerkelijk ingevoerd. Er werd slechts bepaald dat kon worden overgegaan tot invoering van 'colleges met administratieve rechtspraak belast'.[18]

Van deze impasse konden tegenstanders van de invoering van bestuursrechtspraak gebruik maken. Van hen moet vooral Struycken genoemd worden. Struycken, hoogleraar en een zeer gezaghebbend jurist, keerde zich tegen het wetsvoorstel tot invoering van administratieve rechtspraak, dat minister Loeff in 1905 had ingediend.[19] In zijn aanval op dat wetsvoorstel greep hij voor een groot deel terug op de – hiervoor besproken – orthodoxe theorie van een absoluut parlementair-democratisch stelsel. Zijns inziens was de tegenstelling tussen burger en bestuur in de regel in de democratie opgeheven: 'het bestuur is instrument van de volkswil'. Daarbij hield hij toch ook de mogelijkheid open dat er een botsing van belangen zou optreden. Deze moest dan opgelost worden door toezicht of desnoods beroep open te stellen bij hogere organen binnen het bestuur.

De kritiek van Struycken op de voorgestelde invoering van administratieve rechtspraak heeft veel invloed gehad. De reden hiervoor lag niet zozeer op het inhoudelijke vlak. Zijn beschouwingen waren nogal theoretisch van aard

13 Kort gezegd houdt deze idee het volgende in: het bestuur is gebonden aan de wet en op de toepassing van de wet door het bestuur wordt controle uitgeoefend door de rechter. De nadruk lag hierbij op de controle, uitgeoefend door van het bestuur onafhankelijke gerechten.

14 In tegenstelling tot de voorafgaande periode waarin vooral Frankrijk als richtinggevend gold. Zie Donner 1986, p. 311.

15 Waarbij elke staat haar eigen regeling had. Ook na het totstandkomen van de eenheidsstaat in 1871 was er in Duitsland geen sprake van eenheid. Zie Bok 1992, p. 100-101.

16 Van der Hoeven 1989, p. 98.

17 Van der Hoeven 1989, p. 102-103.

18 Zie verder Schreuder-Vlasblom 1987, p. 75-80.

19 Struycken 1910.

en bleken niet met de werkelijkheid in overeenstemming te brengen.[20] Dit werd ook wel vrij snel ingezien door zijn tijdgenoten. Door zijn grote kennis van het bestuursrecht te koppelen aan een pakkende betoogtrant slaagde Struycken er evenwel in om zijn visie te presenteren als een doorbraak in de bestaande impasse.[21] Met een ook nu nog vaak gebezigde beeldspraak stelde hij dat invoering van administratieve rechtspraak zou leiden tot het plaatsen van de rechter op de stoel van het bestuur. Struycken haalde aldus alle vaart uit de bestaande plannen voor administratieve rechtspraak.[22]

Een algehele of zelfs maar veelomvattende regeling van administratieve rechtspraak was hiermee voor langere tijd uit het zicht verdwenen. In de behoefte aan bescherming tegen bestuursoptreden werd voorzien door op deelgebieden beroep open te stellen bij de Kroon of bij de rechter; ook vatte de burgerlijke rechter zijn taak ruimer op. Als gevolg hiervan ontstond een onoverzichtelijk geheel van bevoegde instanties en procesregelingen.

> In de Beroepswet van 1902 werd voorzien in de oprichting van Raden van Beroep en van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) als appèlrechter. Deze gerechten beoordeelden aanvankelijk op grond van de Ongevallenwet alleen geschillen over ongevallen op de werkvloer. In 1929 kwamen hier ambtenarengeschillen bij.[23] Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) is in het leven geroepen door de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie van 1954 (Wet Arbo). Het CBB kreeg als taak om geschillen te beslechten over het gebruik van de bevoegdheden van de product- en (hoofd)bedrijfschappen, welke bevoegdheden hun in de Wet op de Bedrijfsorganisatie van 1950 waren toegekend.[24]

Doordat de Kroon, de burgerlijke rechter (met name rechtsprekend in kort geding) en de gespecialiseerde bijzondere rechters goed functioneerden, werd het gemis van een algemene regeling van de administratieve rechtspraak

---

20 De gebreken van de theorie waarop Struycken teruggreep, heb ik hiervoor weergegeven. Deze miskent vooral dat de democratische controle door een volksvertegenwoordiging politiek en niet bestuurlijk van aard is en miskent daarnaast het onderscheid tussen macro- en microbestuur.

21 Een rol speelde zeker ook de hautaine manier waarop minister Loeff omging met kritiek op zijn wetsvoorstel. Dit betrof kritiek zowel in het advies van de Raad van State, bij de behandeling in de Tweede Kamer als in de juridische literatuur. Zie Van der Hoeven 1989, p. 128-129.

22 Zie verder over de rol en de invloed van Struycken: Donner 1986, p. 316-317, Schreuder-Vlasblom 1987, p. 148-150, Van der Hoeven 1989, p. 132-141 en Brenninkmeijer 1983, p. 47-51.

23 Tegenwoordig is de CRvB, behalve in ambtenarengeschillen, bevoegd op het gehele terrein van de sociale zekerheid. De Raden van Beroep zijn, samen met de ambtenarengerechten, in 1992 geïntegreerd met de rechtbanken.

24 In 1994 is de Wet Arbo ingrijpend herzien en omgedoopt tot Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (WBB). Het CBB is in de loop van de tijd uitgegroeid tot algemene bestuursrechter voor het economisch bestuursrecht.

minder acuut gevoeld.[25] Na enkele decennia werd de roep om een meer omvattende regeling echter toch weer luider. Zo'n regeling kwam echter lange tijd niet van de grond bij gebrek aan een breed gedeelde visie op de taak en de positie van de bestuursrechter. Het ene moment werd de beperkte democratische legitimatie van de rechter benadrukt (met een pleidooi voor een terughoudende rechter), dan weer lag de nadruk op de rechtsbescherming (met een pleidooi voor een meer actieve rechter).

Een eerste aanzet tot het opstellen van een algemene en uniforme regeling van de administratieve rechtspraak werd gegeven door de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet bab) van 1963. Deze wet stelde beroep op de Kroon open tegen schriftelijke beschikkingen die door de centrale overheid op basis van een staats- of bestuursrechtelijk voorschrift waren genomen. De wet kende vier rechtmatigheidsgronden op basis waarvan de Kroon een beschikking kon vernietigen.[26] De Wet bab werd gezien als een voorlopige regeling. Zo bestonden er ten tijde van de invoering daarvan al plannen om ook beroep open te stellen tegen beschikkingen van de decentrale overheden.

In 1976 werd met de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet arob) in zekere zin een mijlpaal bereikt. Deze wet stelde een algemene bestuursrechtelijke beroepsgang open, bij de hiertoe opgerichte Afdeling rechtspraak van de Raad van State. De Afdeling rechtspraak oordeelde in beroep over beschikkingen van zowel centrale als decentrale overheidsorganen. De Arob-regeling was echter aanvullend: bestaande regelingen met beroep op de Kroon of op een bijzondere bestuursrechter bleven in stand.[27] Aldus bleef er een onoverzichtelijk geheel van beroepsregelingen bestaan.

Naar aanleiding van de Benthem-uitspraak[28] van het Europese Hof te Straatsburg werd in 1988 de Tijdelijke wet Kroongeschillen (TwK) ingevoerd. De TwK verving het Kroonberoep over vrijwel de gehele linie van het bestuursrecht door beroep bij de Afdeling geschillen van bestuur van de Raad van State. De TwK werd in 1994 opgevolgd door de Algemene wet bestuursrecht (Awb).[29] De Awb kan gezien worden als het voorlopige sluitstuk van de

25 Vgl. Schreuder-Vlasblom 1987, p. 227.

26 Een administratief beroepsorgaan dat rechtmatigheidsgronden hanteert zou een typische poldermodel-oplossing genoemd kunnen worden: geen eenduidige keuze voor ofwel administratief beroep ofwel administratieve rechtspraak, maar een vorm daar tussen in.

27 Bovendien was het Arob-beroep beperkt tot beschikkingen, waarvan ook nog een aantal categorieën van beroep was uitgezonderd. Zie De Haan, Drupsteen, Fernhout 1998, p. 277.

28 EHRM 23 oktober 1985, *ECHR, Series A*, 97, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin, *NJ* 1986, 102, m.nt. Alkema.

29 Tegelijkertijd werden de Afdeling rechtspraak en de Afdeling geschillen van bestuur samengevoegd tot de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De Afdeling bestuursrechtspraak fungeert onder meer als appèlrechter voor de voormalige Arob-zaken en voor de voormalige TwK- en Kroongeschillen die in eerste aanleg door de rechtbanken worden beslist.

ontwikkeling naar meer eenheid in het bestuursprocesrecht.[30] De harmonisatie van de bestuursrechterlijke organisatie is hierbij achtergebleven. Vooral de bestuursrechtelijke appèlrechtspraak is nog steeds sterk verbrokkeld, nu zowel de ABRvS, de CRvB als het CBB een taak hebben als appèlrechter. Daarnaast oordelen de twee eerstgenoemde instanties in bepaalde geschillen in eerste en enige aanleg.

2.2 Democratische legitimatie en het rapport van de werkgroep Van Kemenade

In de vorige paragraaf is het aspect van de democratische legitimatie van overheidshandelen bij de beoordeling van geschillen tussen burger en bestuur al verscheidene malen naar voren gekomen. Struycken beriep zich bij zijn verzet tegen invoering van bestuursrechtspraak op dit argument. De aandacht voor de democratische legitimatie van bestuursbesluiten in relatie tot die van rechterlijke uitspraken herleefde in 1997 door het rapport van de werkgroep Van Kemenade.[31] In haar rapport stelt de werkgroep dat de slagvaardigheid van het openbaar bestuur ernstig in het geding is gekomen als gevolg van de sterk toegenomen juridisering van dat bestuur. De werkgroep onderscheidt in hoofdzaak drie elementen van juridisering: er is een overdaad aan regelgeving, er is een overdaad aan rechtsbescherming en de taakopvatting van de bestuursrechter is ondeugdelijk.

Voor het onderhavige onderwerp is vooral het derde element, de taakopvatting van de bestuursrechter, van belang. Volgens de werkgroep is de toetsing door de rechter veel te ruim. Door de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb) raakt de rechter aan de beleidsmatige inhoud van dat besluit. Ook toetst de bestuursrechter veel te indringend, waardoor hij in feite bestuurlijke beslissingen neemt. Hiertoe is de rechter volgens de werkgroep helemaal niet bevoegd, aangezien hij de democratische legitimatie ontbeert waarop het bestuur zich wel kan beroepen. De rechter zou zich moeten beperken tot een strikte 'willekeurtoets'. Bij een verdergaande toetsing komt de rechter op de stoel van het bestuur terecht, met de uitholling van het – voor een democratie essentiële – politieke primaat tot gevolg.[32]

---

30 Zie uitgebreider: Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 15-22 en De Haan, Drupsteen, Fernhout 1998, p. 274-287.

31 Van Kemenade e.a. 1997. Zie over de parallel tussen Struycken en het rapport van de werkgroep ook Boukema 1998 en Van Buuren 2001.

32 Van Kemenade e.a. 1997, p. 31-33. De werkgroep wil af van toetsing aan andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan het verbod van willekeur en het verbod van *détournement de pouvoir* (p. 14 respectievelijk p. 75).

De werkgroep brengt het argument van de (ontbrekende) democratische legitimatie keer op keer naar voren.[33] Mijns inziens valt hier veel op af te dingen.

In de eerste plaats is het overgrote deel van de besluiten die aan de bestuursrechter worden voorgelegd slechts *indirect* democratisch gelegitimeerd. De meeste besluiten worden genomen door bestuursorganen die het 'dagelijks bestuur' vormen: het college van burgemeester en wethouders, het college van gedeputeerde staten en de minister. Deze bestuursorganen leggen verantwoording af aan de organen die zijn gekozen door het volk: de gemeenteraad, het college van provinciale staten respectievelijk de Tweede Kamer. Daarnaast wordt het argument van de democratische legitimatie van besluitvorming aanzienlijk gerelativeerd door het onderscheid tussen micro- en macrobestuur, dat ik eerder in dit hoofdstuk heb gemaakt. Want in hoeverre controleren de hierboven genoemde vertegenwoordigende organen nu werkelijk een concreet besluit, zoals de verlening van een vergunning? Het moge duidelijk zijn dat dit een retorische vraag is. De controle op het dagelijks bestuur en daarmee de legitimatie door het vertegenwoordigende orgaan vindt plaats op het algemene beleidsniveau en niet op het niveau van het individuele besluit.[34]

In de tweede plaats zijn democratische legitimatie en rechtmatigheid van beleid twee verschillende dingen. Het een vloeit niet voort uit het ander. Immers, een democratisch gelegitimeerd besluit (wat dat ook zij) kan heel goed een onrechtmatig besluit zijn.[35] Dit betekent dat het feit dat een bestuursbesluit democratisch is gelegitimeerd, niet automatisch tot de conclusie kan leiden dat de bestuursrechter een terughoudende toetsing moet hanteren.

Volgens de werkgroep moet een democratisch gelegitimeerd besluit echter in beginsel wél onaantastbaar zijn voor de rechter. Zij lijkt dus ook van mening dat een dergelijk besluit per definitie een rechtmatig besluit is.

> 'Een in het algemeen belang genomen democratisch besluit kan – zo luiden opvattingen in bestuurlijke kring – voor de rechter niet ter discussie staan. En indien

33 Zie Van Kemenade e.a. 1997, p. 18-19, 20, 23, 30 en 31-33.

34 In gelijke zin De Waard 1998, p. 61 l.k.: 'Maar de meeste organen die tot taak hebben beschikkingen te nemen zijn helemaal niet aan te merken als "gekozen openbaar bestuur".' Damen 1998, p. 242 l.k. wijst er daarnaast op dat de meeste besluiten in de praktijk worden genomen door gemandateerde ambtenaren, die elke democratische legitimatie ontberen. In vergelijkbare zin Lennaerts 1999, p. 55-56, die verder nog wijst op besluitvorming door zelfstandige bestuursorganen, die slechts indirect door de politiek worden gecontroleerd.

35 Denk bijvoorbeeld aan een besluit van B&W tot weigering van een subsidie aan een instelling, welke weigering geheel in overeenstemming is met het subsidiebeleid van de desbetreffende gemeente, zoals vastgesteld door de gemeenteraad. Als echter bij de desbetreffende instelling stelselmatig de indruk is gewekt dat de subsidie wel verleend zou worden, is het besluit in strijd met het vertrouwensbeginsel en daarmee in beginsel onrechtmatig. Zie ook D.A.C. Slump (vice-president van de rechtbank Utrecht) op een VAR-studiemiddag in 1998 over juridisering: 'democratische legitimatie kan van onrecht geen recht maken.' Zie het verslag van deze middag van J.S. Clarisse in *NTB* 1998, p. 165-166.

> het bestuur heeft gevonden dat het individuele belang voor het algemeen belang moet wijken, moet de rechter dat respecteren [waarbij volgens de werkgroep aanleiding kan bestaan voor nadeelcompensatie, TCL]. […] De werkgroep is van oordeel, dat de vertegenwoordigende democratie bij uitstek is en blijft geroepen om deelbelangen af te wegen en te modelleren tot een publiek belang. Herkansing van die afweging, waar niet een aantoonbaar en direct individueel belang in het geding is, ondermijnt het functioneren van de politieke democratie.'[36]

Aan deze twee geciteerde passages lijkt ook de gedachte ten grondslag te liggen dat de besluitvorming van het bestuur in orde is, enkel omdat die in het algemene belang gebeurt.[37] Dit lijkt mij evenzeer onjuist. Natuurlijk behartigt de overheid het algemeen belang (althans wordt zij geacht dat te doen) en maakt het nemen van besluiten door bestuursorganen daar onderdeel van uit. Maar dat wil niet zeggen dat een besluit, omdát het in het algemeen belang genomen is, per definitie juist is en daarom niet aan rechterlijke toetsing onderhevig zou mogen zijn. Hoe ver die rechterlijke toetsing moet en mag gaan, is een andere vraag (die centraal staat in paragraaf 3). Het integraal overdoen van de besluitvorming door de rechter is inderdaad ongewenst en onverenigbaar met de scheiding (of verdeling) der machten in ons staatsbestel. Toetsing van de rechtmatigheid van bestuursbesluiten is echter wel degelijk vereist. Niet alleen de rechtsbescherming van de burger vraagt daarom, maar ook de democratische *rechts*staat. Het is van groot belang dat de besluiten van de overheid, waarmee altijd rechtsposities van burgers gemoeid zijn, voldoen aan de door het recht gestelde eisen (zoals zorgvuldigheid en een dragende motivering).[38] Deze controle wordt uitgeoefend door de rechter, die daartoe is gelegitimeerd door zijn onafhankelijkheid en door zijn gebondenheid aan het recht.[39] Dit betekent niet dat de rechter de doelmatigheid van besluiten mag toetsen en de door het bestuur gemaakte beleidskeuzen en daarbij behorende belangenafwegingen mag overdoen, maar dat doet hij nu ook niet.[40] Hij mag en moet deze keuzen en afwegingen echter wel toetsen, en dat kan hij zónder de rol van het bestuur te miskennen. De Waard heeft er nog eens op gewezen dat de evenredigheidstoets van art. 3:4 lid 2 Awb niet bepaalt

36 Van Kemenade e.a. 1997, p. 32 en 33.
37 Ook hier koppelt de werkgroep terug naar het gedachtegoed uit het verleden, en wel naar het 'absoluut parlementair-democratisch stelsel' van het midden van de 19e eeuw (zie paragraaf 2.1).
38 Dit zijn, op zijn zachtst gezegd, niet slechts vormvereisten. Zie Polak 1997, p. 953 l.k. De werkgroep tilt hier veel minder zwaar aan; zie Van Kemenade e.a. 1997, p. 30.
39 Zie bijvoorbeeld Brouwer 1987, m.n. p. 75-76.
40 Zie Polak 1997, p. 953-954 en Hirsch Ballin 1999, p. 55.

dat de rechter moet beoordelen of een besluit redelijk is (zoals de werkgroep stelt), maar of het bestuur is getreden buiten de grenzen van wat redelijk is.[41]

De werkgroep miskent deze rol van de (bestuurs)rechter in de democratische rechtsstaat. Ze wekt sterk de indruk de democratische legitimatie, door die zo te benadrukken, hoger aan te slaan dan de legitimatie van de rechter. De (democratische) legitimatie van het bestuursbesluit en de (rechts)legitimatie van het rechterlijk oordeel zijn echter twee verschillende grootheden. Het is onjuist om de een van een hogere orde te achten dan de ander.[42]

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het beroep van de werkgroep op de democratische legitimatie van bestuursbesluiten niet alleen zwak is, maar ook eenzijdig.[43]

De werkgroep voert het argument van de democratische legitimatie mede aan ter onderbouwing van haar stelling dat de bestuursrechter te inhoudelijk toetst. Deze stelling staat haaks op de lijn in de bestuursrechtelijke literatuur, waarin de bestuursrechter, met name de Afdeling bestuursrechtspraak, juist wordt verweten te terughoudend te toetsen.[44]

Gezien de hiervoor uiteengezette overtuiging van veel juristen mag het geen verrassing heten dat er – zoals hiervoor ook al bleek – in juridische kring unaniem (sterk) afwijzend is gereageerd op het rapport van de werkgroep Van Kemenade, zeker waar daarin wordt gepleit voor een (nog) terughoudender toetsing door de rechter.[45] Het rapport en de daarop volgende juridiseringsdiscussie heeft een groot verschil van inzicht blootgelegd (of wellicht beter: bevestigd) tussen juristen enerzijds en bestuurders (en in mindere mate politici) anderzijds over de rol van het recht in de samenleving. Laatstgenoemden zien het recht in het algemeen vaak vooral als instrument om gewenst beleid te verwezenlijken, terwijl rechters en andere juristen het (bestuurs)recht

41 Hij spreekt de werkgroep, waarin vier juristen zitting hadden, dan ook bestraffend toe: 'Als het goed is, weet iedere jurist dat je dat zo niet mag zeggen.' Zie De Waard 1998, p. 62 l.k. Zie over de reikwijdte van de evenredigheidstoets ook De Waard 2005, p. 369. Zie over art. 3:4 lid 2 Awb nader paragraaf 3.

42 Rijpkema 2001, met name hoofdstuk 1 en 2, en Gribnau 2001 stellen overigens dat ook rechtspraak, via het recht, democratische legitimatie heeft.

43 Idem De Waard 1998, p. 61 l.k.

44 Zie nader paragraaf 3.3.

45 Daarbij speelt ook een rol dat het rapport elke empirische grondslag ontbeert. Het rapport is kennelijk alleen gebaseerd op ervaringen en gevoelens van de werkgroepleden. Vgl. Damen 1998, p. 242-243, A.H.J. van den Biesen, 'Rechtsoverlast' (opinie), *M en R* 2000, p. 55 en Tak 2005, p. 29. Ik laat de analyse van de werkgroep van het fenomeen juridisering hier verder buiten beschouwing. Polak heeft erop gewezen dat daarin de Europeesrechtelijke component geheel ontbreekt: de eisen die bepaalde Europeesrechtelijke bepalingen stellen, leiden onvermijdelijk tot enig rechterlijk 'activisme'. Wat het milieurecht betreft gaat het hierbij om EG-recht (vooral de Vogel–, Habitat- en IPPC-richtlijn) en het EVRM (vooral art. 6 en 8 EVRM en art. 1 van het Eerste protocol bij het EVRM). Zie Polak 2003.

vooral zien als waarborg tegen overheidsmacht.[46] De botsing die door dit verschil in visie wordt veroorzaakt zal zich blijven voordoen zolang bestuurders in twee werelden denken (namelijk die van bestuur/politiek en die van het recht) en rechters in één wereld (die uiteindelijk wordt beheerst door het recht).[47]

Hoewel dit natuurlijk moeilijk te meten is, lijkt het rapport van de werkgroep Van Kemenade wel enig effect te hebben gehad. Gezegd zou kunnen worden dat het rapport de agenda van de discussie heeft bepaald.[48] Sinds het uitkomen van het rapport wordt in wetsvoorstellen minder uitgedragen dat de positie van de burger moet worden beschermd tegen de overheid en is daarin meer aandacht voor daadkracht van het bestuur, dejuridisering, vermindering van administratieve lasten en stroomlijning van procedures. Deze tendens heeft zich onder meer vertaald in het afschaffen van de *actio popularis*,[49] het opnieuw uitstellen van de openstelling van beroep tegen algemeen verbindende voorschriften en het invoeren van een regeling voor het met instemming van belanghebbenden overslaan van de bezwaarfase. Ook de invoering van het Activiteitenbesluit (als gevolg waarvan voor een groot aantal inrichtingen de vergunningplicht komt te vervallen)[50] en de geplande invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo, waarin allerlei toestemmingen op het gebied van het omgevingsrecht worden samengevoegd),[51] passen in deze tendens. Anderzijds heeft de wetgever zich niets aangetrokken van het voorstel van de werkgroep om een verandering te bewerkstelligen in de mate van intensiteit van de rechterlijke toetsing. Een aantal auteurs sprak de vrees uit dat niet alleen de wetgever, maar ook de rechter zich aangesproken zou voelen, in de zin dat deze (nog meer) zou terugschrikken voor een inhoudelijke

---

46 Hierbij treedt natuurlijk ook een zekere wisselwerking op: de stellingname van bestuurders roept een meer eenzijdige, de rechtsbeschermingsfunctie benadrukkende, reactie op bij juristen (en vice versa).

47 Wolthuis 2000. Zie ook de verschillende invalshoek van (rechter) P.J. Boukema en (bestuurder) P.G.A. Noordanus, zoals bleek op een discussiebijeenkomst van de Universiteit Utrecht over de 'Toetsing van bestuursoptreden door de rechter' in 1999, waarvan verslag is gedaan in het NTB: M.P. Jongma en A.G.A. Nijmeijer, 'Het spanningsveld tussen rechter en bestuur', *NTB* 1999, p. 200-203. Zie tevens de bijdrage van bestuurder C.J.N. Versteden (griffier der Staten Noord-Holland en secretaris van de werkgroep Van Kemenade) 'versus' die van jurist J.E.M. Polak (advocaat) in het themanummer over juridisering van het NJB, *NJB* 1997-21.

48 Vgl. Hirsch Ballin 1999, p. 51 en Tak 2005, p. 29-33.

49 Zie hierover nader paragraaf 4.3.

50 *Stb.* 2007, 415. De verwachte datum van inwerkingtreding van het Activiteitenbesluit is 1 januari 2008.

51 *Kamerstukken II* 2006/07-2007/08, 30 844, nr. 1-10. De beoogde datum van inwerkingtreding van de Wabo is 1 januari 2009.

beoordeling.[52] Deze vrees lijkt niet te zijn bewaarheid, ook al kreeg de toetsingsomslag in milieugeschillen bij de Afdeling zijn beslag vlak nadat het rapport van de werkgroep was verschenen.[53] Deze omslag van een volle naar een marginale toets was vermoedelijk echter niet zozeer het gevolg van de juridiseringsdiscussie als wel het sluitstuk van een al langer lopende interne discussie, met als uitkomst dat de Afdeling het niet langer juist achtte om de bevoegdheidsvoorwaarde 'nodig in het belang van het milieu' te zien als een objectieve, door de rechter vol te toetsen, norm. Het rapport van de werkgroep is hierbij misschien wel een steuntje in de rug geweest.[54]

3 Beslissingsruimte voor het bestuur en de intensiteit van de rechterlijke toetsing

3.1 Begripsbepaling

De toedeling in de wet aan een bestuursorgaan van een bevoegdheid tot het geven van een beschikking gaat meestal gepaard met beslissingsruimte. Beslissingsruimte ontbreekt slechts geheel in het zeldzame geval dat een wettelijke regeling precies voorschrijft wanneer welke beslissing moet worden genomen.[55] Deze beslissingsruimte kan gesplitst worden in twee typen 'ruimte' voor het bestuur, die samenhangen met twee verschillende beslissingsmomenten in de besluitvormingsprocedure: beoordelingsruimte en beleidsruimte. Bij beoordelingsruimte gaat het om de ruimte die het bestuursorgaan heeft om te beslissen of een bevoegdheid *kan* worden gebruikt. Hiervan is sprake wanneer de omstandigheden waaronder een bevoegdheid kan worden ingezet, niet heel precies zijn omschreven. Dat kan op drie manieren: de wetgever heeft de voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheid open gelaten, hij heeft deze vervat in vage bewoordingen of hij heeft de beoordelingsruimte uitdruk-

52 Zie I.C. van der Vlies en M.B. Koetser, 'Kroniek van het bestuursrecht', *NJB* 1999, p. 1471 en A.F.M. Brenninkmeijer en A.E. Schilder, 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht', *NJB* 2001, p. 1484. Zie ook De Werd 1998, p. 693, die spreekt van de zware maatschappelijke en politieke druk die als gevolg van de juridiseringsdiscussie op de bestuursrechter rust.

53 Het rapport is in november 1997 verschenen, terwijl de *Wende*-uitspraken van de Afdeling dateren van 21 april 1998. Zie over deze toetsingsomslag uitgebreid hoofdstuk 4, met name paragraaf 3.

54 Anders Tak 2005, p. 40: 'Maar niet alleen de wetgever reageerde als losgeslagen op het Rapport Bestuur in geding. Zo mogelijk nog laffer was de knieval van de rechter, onder aanvoering van de Afdeling bestuursrechtspraak. De Raad van State maakte onder deze druk een ernstige koerswijziging, die bekend staat als 'Die Wende'. […] De gevolgen waren zonder meer fataal voor de rechtsbescherming.'

55 Zie Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 141-142, met voorbeelden van wetsbepalingen.

kelijk aan het bestuursorgaan verleend.[56] Beleidsruimte ziet op de ruimte van een bestuursorgaan om, zodra hij tot de conclusie is gekomen dat de voorwaarden daartoe zijn vervuld, te beslissen of hij een bevoegdheid ook daadwerkelijk *zal* gebruiken en, zo ja, *hoe*. Beleidsruimte komt vaak voor in combinatie met beoordelingsruimte, maar kan zich ook los daarvan voordoen.

Bij beide beslissingsmomenten kan mijns inziens een meerdere of mindere mate van vrijheid bestaan. Door sommige auteurs lijkt dit alleen voor beoordelingsruimte aangenomen te worden.[57] Mijns inziens bestaat echter ook bij beleidsruimte niet óf wel óf niet vrijheid om een bevoegdheid op een bepaalde manier uit te oefenen.[58] Hoeveel ruimte het bestuursorgaan daarvoor heeft, hangt onder andere af van de tekst van de bevoegdheidsvoorwaarde, de aard van de bevoegdheid en de bij een concreet geval betrokken belangen. Daarnaast is geen enkele bevoegdheid helemaal vrij (zie hierna). Om deze redenen geniet het mijns inziens de voorkeur te spreken van beoordelings- en beleids*ruimte*, en niet, zoals in de meeste bijdragen over de beslissingsruimte voor het bestuur, van beoordelings- en beleids*vrijheid*.[59]

Soms is de invulling van de beoordelingsruimte door de wetgever doelbewust overgelaten aan het bestuursorgaan.[60] Daarentegen is van gebondenheid van het bestuur sprake bij wat wel een 'objectieve' wettelijke norm wordt genoemd.[61] In zo'n geval heeft de wetgever beoordelingsruimte gegeven omdat hij niet in staat was de bevoegdheidscondities nauwkeurig(er) te formuleren, ten gevolge van een zogeheten 'beschrijvingsmoeilijkheid'.[62] Van een dergelij-

---

56 Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 143.

57 Duk 1988, p. 161, De Lange 1991, p. 55-56 en 67 en Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 144 (over beoordelingsruimte) 'versus' p. 146 (over beleidsruimte).

58 Vgl. Schlössels en Stroink 2006, p. 94: 'Bestuursbevoegdheden zijn nooit geheel vrij of geheel gebonden. Er bestaan vele gradaties.'

59 Het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid werd het eerst gemaakt door W. Duk, 'De zachte kern van het bestuursrecht', *RMThemis* 1978, p. 564-587, en door hem later meer uitgewerkt; zie daarvoor Duk 1988.

60 Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 143 noemt als voorbeeld waarin de wetgever uitdrukkelijk beoordelingsruimte heeft toegekend art. 29 lid 1 onder d Vreemdelingenwet 2000: 'Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28 kan worden verleend aan de vreemdeling voor wie terugkeer naar het land van herkomst *naar het oordeel van Onze Minister* [curs. TCL] van bijzondere hardheid zou zijn in verband met de algehele situatie aldaar'. Of hier de consequentie aan moet worden verbonden dat de rechter het oordeel daarover slechts marginaal mag toetsen, komt hierna aan de orde in paragraaf 3.4.

61 Volgens Van Kreveld 1983, p. 6-7, bestaat er dan 'objectieve beoordelingsruimte'; vgl. ook Klap 1996, p. 250-251 en Klap 1999, p. 159. Michiels 1998, p. 898 l.k., spreekt van 'gebonden beoordelingsruimte'.

62 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 144 en Klap 1999, p. 159. Hoewel een vage normering meestal onvermijdelijk is, kan de wetgever er ook voor kiezen om niet te streven naar een sluitende begripsbepaling. Zo heeft de wetgever het begrip 'oppervlaktewater', een van de kernbegrippen uit de Wvo, bewust niet in de wet gedefinieerd, uit vrees

ke 'objectieve' norm wordt de interpretatie uiteindelijk door de rechter bindend vastgesteld (met een volle toets), uiteraard alleen wanneer deze wordt geadieerd. Er is hierbij slechts één beslissing als rechtens juist aan te merken. De gebondenheid bestaat dus jegens de wet(gever), maar het is de rechter die bepaalt wat de wetgever heeft bedoeld. De rechter interpreteert natuurlijk niet uit het niets, maar beoordeelt de door het bestuur gekozen uitleg van de norm of de uitgezette beleidslijn.[63] Het is dus ook de rechter die bepaalt óf een vage norm een 'objectieve' norm is.[64] In elk concreet geval zal hij dit door interpretatie van de wettelijke regeling moeten uitmaken.[65] Wanneer de wetgever in de wet noch in de wetsgeschiedenis duidelijk heeft gemaakt in hoeverre de beoordelingsruimte die de bepaling laat, is bedoeld als objectieve norm dan wel als subjectieve beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan, kan dit lastig te beoordelen zijn.[66] Het onderscheid tussen wettelijke gebondenheid en subjectieve beoordelingsruimte is daarom soms, ook voor een rechter, moeilijk te maken.

Bij beleidsruimte bestaat de hierboven beschreven onduidelijkheid niet: beleidsruimte is aanwezig wanneer de tekst van de wetsbepaling daarop duidt (met uitzondering van het hierna behandelde geval van de zogenoemde *'Ermessensreduzierung auf Null')*, en anders niet.

Mede naar aanleiding van het voorgaande, kom ik tot de volgende omschrijving van de termen beoordelings- en beleidsruimte.

Beoordelingsruimte: Het staat het bestuursorgaan in meerdere of mindere mate vrij om te beoordelen of de *voorwaarden* voor het gebruik maken van een bevoegdheid zijn vervuld.[67] De ruimte die het bestuursorgaan heeft, wordt

voor een te restrictieve begripsbepaling (zie Backes, Gilhuis en Koeman (red.) 2006, randnr. 526).

63 Zie Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 145 en de in de volgende noot geciteerde uitspraak. Het bestuursorgaan heeft dus steeds interpretatievrijheid totdat de rechter hem corrigeert.

64 Zie bijvoorbeeld CRvB 23 februari 1995, *AB* 1995, 333, m.nt. Hennekens over het begrip 'werkloosheid': 'De raad is evenwel van oordeel dat het begrip […] geen ruimte beoogt te bieden voor het voeren van een eigen beleid. Het gaat hier […] om een zogenoemde vage term, die in eerste instantie uitwerking behoeft door het tot toepassing der regeling bevoegde bestuursorgaan, maar waarbij die uitwerking vervolgens ter toetsing staat aan de rechter, die zijn invulling dan wel interpretatie van het begrip voor die van het bestuursorgaan in de plaats kan stellen teneinde een juiste en eenvormige invulling van het begrip te waarborgen.'

65 Klap 1996, p. 250 en Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 144.

66 Idem Klap 1996, p. 248 en De Waard 1994, p. 23-24 en 27. De Waard geeft een aantal aanzetten voor de wetgever om ten aanzien van dit onderscheid en het onderscheid tussen beoordelingsruimte en beleidsruimte meer duidelijkheid voor de rechter te bieden.

67 Duk 1988, p. 85, Kuipers en Verburg 1999, p. 208-209 en Schlössels en Stroink 2006, p. 95-96.

geboden doordat de bevoegdheidsvoorwaarde is vervat in een vage term die nader moet worden ingevuld door het bestuursorgaan.[68]

Beoordelingsruimte is nader te splitsen in subjectieve en objectieve beoordelingsruimte.

Subjectieve beoordelingsruimte is door de wetgever doelbewust gecreëerde beoordelingsruimte. Het bestuursorgaan heeft ruimte om te beoordelen of de bevoegdheidsvoorwaarden zijn vervuld.[69]

Objectieve beoordelingsruimte is door de wetgever 'met tegenzin' gecreëerde beoordelingsruimte. De wetgever wilde in dit geval geen beoordelingsruimte geven, maar kon de bevoegdheidsvoorwaarde niet op een sluitende, bindende wijze omschrijven. Objectieve beoordelingsruimte is beperkter dan subjectieve beoordelingsruimte, omdat bij objectieve beoordelingsruimte slechts één interpretatie als juist wordt aangemerkt.[70] De rechter bepaalt uiteindelijk hoe die interpretatie luidt.

Beleidsruimte: Het staat het bestuursorgaan in meerdere of mindere mate vrij om te beslissen hoe een gegeven bevoegdheid wordt gebruikt. Hier gaat het dus om de *toepassing* van een bepaalde bevoegdheid. De aanwending daarvan staat het orgaan in enige mate vrij, omdat de in de wettelijke bepaling opgenomen norm niet aangeeft tot welke specifieke toepassing moet worden besloten.[71] Het orgaan kan de ruimte die het heeft, gebruiken voor het nastreven van bepaalde (beleids)doeleinden, onder andere doordat het de bij het geval betrokken belangen kan afwegen. Dit wil zeggen dat het bestuursorgaan de ruimte heeft om (een) beleid te voeren op een bepaald terrein. Deze ruimte is natuurlijk niet geheel vrij, want elke uitoefening van een bestuursbevoegdheid moet voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden (denk aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het verbod van *détournement de pouvoir).*[72] Ook kan de wet aangeven dat alleen bepaalde belangen mogen worden meegewogen bij de uitoefening van een bevoegdheid.

De term beleidsruimte (of meestal: beleidsvrijheid) wordt ook gebruikt om aan te geven dat het bevoegd gezag de vrijheid heeft om af te zien van

---

68 Kuipers en Verburg 1999, p. 208-209; Backes in zijn noot onder de *Wende*-uitspraken, *M en R* 1998, 69 en 70, p. 198 m.k.

69 Hiervoor heb ik als voorbeeld een bepaling uit de Vreemdelingenwet 2000 genoemd. In de volgende paragraaf bespreek ik een voorbeeld uit het milieurecht, namelijk art. 43 lid 1 Wet inzake de luchtverontreiniging.

70 Hiervoor heb ik als voorbeeld het begrip 'werkloosheid' gebruikt. Het begrip 'inrichting' in de Wet milieubeheer is een ander voorbeeld.

71 Duk 1988, p. 157 en 163-166; Kuipers en Verburg 1999, p. 208 r.k.

72 Zie ook Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 148-151.

het gebruik van een bevoegdheid (ook al zijn de bevoegdheidsvoorwaarden vervuld).[73]

Gebruik van het werkwoord 'kunnen' duidt vaak op de aanwezigheid van beleidsruimte,[74] net als de woorden 'mag' of 'is bevoegd'.[75]

In hoofdstuk 4, paragrafen 2, 3 en 5, bespreek ik of bij de beslissing op een aanvraag om een milieuvergunning beoordelingsruimte en/of beleidsruimte bestaat.

Zoals ook al uit bovenstaande bespreking blijkt, scheppen de meeste bepalingen niet een bevoegdheid die helemaal gebonden of helemaal vrij is, maar een mengvorm: meer gebonden of meer vrij. Bij beoordelingsruimte lijkt inherent minder vrijheid te bestaan dan bij beleidsruimte, omdat bij beoordelingsruimte het criterium voor het gebruik van de bevoegdheid gegeven is (door de wet; zij het in een vage norm). Bij beleidsruimte moet het bestuursorgaan daarentegen de te hanteren criteria zelf aanvullen of zelfs formuleren. Dit verschil wordt in navolging van Duk wel aangegeven door beoordelingsruimte tweedimensionaal en beleidsruimte drie-dimensionaal te noemen.[76]

Op het onderscheid tussen beleidsruimte en beoordelingsruimte is kritiek geuit door De Haan, Drupsteen en Fernhout. Volgens hen is dit onderscheid te scherp aangezet en kan er bijvoorbeeld bij bevoegdheden met beoordelingsruimte ook sprake zijn van een zekere afweging van belangen (zie over dit laatste de volgende paragraaf). Het onderscheid kan huns inziens in de praktijk alleen goed gemaakt worden voor de gevallen aan de uiteinden van de schaal. Zij menen ook dat er slechts gesproken kan worden van gradaties in bestuurlijke vrijheid. Naar hun mening is een scherp onderscheid tussen beoordelings- en beleidsruimte ook niet zinvol, omdat de rechtsgevolgen daarvan beperkt zijn.[77]

Hoewel sommige uiteenzettingen over de verschillende typen bestuurlijke beslissingsruimte inderdaad tamelijk abstract zijn, kan het onderscheid tussen beoordelings- en beleidsruimte een nuttige rol spelen bij het begrip van theorie en praktijk. Voor mijn onderzoek is met name van belang dat aan het bestaan

---

73 Zie bijvoorbeeld Schuurmans 2005, p. 73. De bevoegdheid tot handhavend optreden wordt vanouds gezien als een typisch voorbeeld van een bevoegdheid met beleidsruimte. Zie evenwel nader hoofdstuk 6, paragraaf 3.11, waar wordt beschreven hoe de vrijheid om van handhavend optreden af te zien, de laatste jaren steeds meer is ingeperkt door de rechter. Zie hierover onder meer ook Albers 2004 en Schlössels en Stroink 2006, p. 281-283.

74 Zie Backes in zijn noot onder de *Wende*-uitspraken, *M en R* 1998, 69 en 70, p. 198 m.k.; Kuipers en Verburg 1999, p. 209 r.k. en Stroink in zijn noot onder de *Wende*-uitspraken, *JB* 1998, 133, p. 616.

75 Zie Klap 1996, p. 244.

76 Duk 1988, p. 160; Kuipers en Verburg 1999, p. 209 l.k.

77 De Haan, Drupsteen, Fernhout 2001, p. 98.

van beslissingsruimte vaak consequenties worden verbonden voor de indringendheid van de toetsing door de rechter (zie de paragrafen 3.3 en 3.4). Maar eerst bespreek ik de verhouding tussen beslissingsruimte en belangenafweging.

3.2 Beslissingsruimte en belangenafweging

Zoals gezegd kan, volgens de theorie, een bestuursorgaan bij een bevoegdheid met beleidsruimte de bij het geval betrokken belangen afwegen. Het is mijns inziens echter niet zo dat in elke situatie dat er – op grond van de wettelijke formulering – beleidsruimte aanwezig lijkt, ruimte is voor een belangenafweging. Voorts wordt door de koppeling van belangenafweging aan beleidsruimte doorgaans de conclusie getrokken dat er bij (subjectieve) beoordelingsruimte nooit sprake is van een belangenafweging.[78] Dat is volgens mij evenmin juist.[79]

Deze stellingen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van art. 43 lid 1 Wet inzake de luchtverontreiniging (Wlv). Op grond van dit artikel 'kan' de Commissaris van de Koningin bevelen een inrichting te sluiten

> indien naar zijn oordeel door die inrichting […] de lucht zodanig is of dreigt te worden verontreinigd dat aanmerkelijk gevaar voor de gezondheid, onduldbare hinder of ernstige schade te duchten is, en het treffen van een andere voorziening niet kan worden afgewacht.

Tekstueel beschikt de commissaris bij deze bevoegdheid over zowel beoordelings- als beleidsruimte. Het gaat er immers om of er 'naar zijn oordeel' sprake is van (de vage grond) 'aanmerkelijk gevaar' etc. en (naar zijn oordeel?) het treffen van een andere voorziening niet kan worden afgewacht. De beleidsruimte lijkt gegeven doordat hij 'kan' bevelen.

Maar heeft de commissaris hier wel beleidsruimte: ruimte om belangen af te wegen en op grond van die afweging te beslissen of hij wel of niet in actie komt? Mijns inziens slechts tot op zekere hoogte. Wanneer hij *eenmaal* tot de conclusie komt dat de lucht zodanig is verontreinigd dat er aanmerkelijk gevaar voor de gezondheid is te duchten, heeft hij niet of nauwelijks nog ruimte om de inrichting niet te laten sluiten (tenzij een minder verstrekkende

78 Aldus bijvoorbeeld Duk 1988, p. 165, Weesing 1994, p. 436 en Schlössels en Stroink 2006, p. 98.

79 Eveneens nuancerend op dit punt Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 144-145.

voorziening kan worden getroffen). Dit staat ook wel bekend als de '*Ermessensreduzierung auf Null*'.[80]

Dit betekent niet dat er geen ruimte is om belangen af te wegen. De belangenafweging vindt evenwel op een eerder moment plaats. In werkelijkheid zal de Commissaris van de Koningin, en een bestuursorgaan in het algemeen, de 'beoordelingsvraag' en de 'beleidsvraag' (dus 'of' respectievelijk 'hoe' hij van zijn bevoegdheid in het concrete geval gebruik mag maken) niet geheel gescheiden en na elkaar beantwoorden. Het lijkt mij althans irreëel te veronderstellen dat de commissaris eerst (eventueel met hulp van deskundigen) beoordeelt of de lucht dermate vies is dat aanmerkelijk gevaar voor de gezondheid te duchten is en pas daarna, als hij tot het oordeel komt dat dat inderdaad het geval is, gaat kijken naar de gevolgen voor de inrichting. Al was het alleen maar omdat hij weet wat het gevolg is van dat oordeel, namelijk dat hij moet ingrijpen. Dit wil niet zeggen dat de commissaris niet zonder belangenafweging zou kunnen zeggen dat er wel of niet aanmerkelijk gevaar voor de gezondheid is, maar wel dat hij, bij de beoordeling daarvan, al naar de gevolgen van dat oordeel kijkt, en in die zin dus al in enige mate belangen afweegt.

De achtergrond hiervan is dat een vage norm niet objectief vastligt (naar zijn aard). De commissaris kan niet zeggen: vanaf déze vervuilingsdichtheid is er aanmerkelijk gevaar. Ook technisch onderzoek zal altijd een beoordelings- en/of onzekerheidsmarge laten. Van aanmerkelijk gevaar is alleen zonder enige twijfel sprake in acuut levensbedreigende situaties. Het is daarom reëel om te veronderstellen dat de commissaris – buiten dergelijke acute situaties – bij zijn beslissing ook kijkt naar de te verwachten schade voor het bedrijf en hoeveel werknemers er zonder werk zouden komen te zitten. Ik wil overigens niet betogen dat deze mogelijkheid tot belangenafweging altijd erg ruim is. Het gaat erom dát daar enige ruimte voor kan zijn bij de beoordelingsvraag.

Met het voorgaande houdt verband de opmerking van De Lange dat belangenafweging ook plaatsvindt bij het oordelen over (niet bij het vaststellen van) feiten, en dan met name bij het taxeren van risico's.[81] Dit geldt voor de besproken bevoegdheid van de Commissaris van de Koningin om te bevelen een inrichting te sluiten en bijvoorbeeld ook voor de eerder aangehaalde bevoegdheid van de burgemeester om bij 'ernstige vrees voor het ontstaan van ernstige wanordelijkheden' noodbevelen te geven. De commissaris en de burgemeester zullen niet tot een oordeel (kunnen) komen of zij hun bevoegdheid kunnen gebruiken zonder alle bij het geval betrokken belangen in ogenschouw te nemen.

---

80 Zie ook Klap 1996, p. 247, die het voorbeeld geeft van de burgemeester die bevoegd is om bij 'ernstige vrees voor het ontstaan van ernstige wanordelijkheden' noodbevelen te geven (art. 175 lid 1 Gemw).

81 De Lange 1991, p. 62-64 en 66.

Er zijn overigens wel duidelijkere gevallen in het bestuursrecht waarin een belangenafweging speelt bij beoordelingsruimte. Dit zijn gevallen waarin de vage norm sterk persoonsgebonden is. Klap noemt de bevoegdheid van de Minister van Financiën op grond van art. 63 Algemene wet inzake rijksbelastingen als voorbeeld.[82] De minister kan 'voor bepaalde gevallen of groepen van gevallen tegemoet komen aan onbillijkheden van overwegende aard, welke zich bij de toepassing van de belastingwet mochten voordoen'. Het is duidelijk dat de minister bij het invullen van de norm 'onbillijkheid van overwegende aard' de belangen van de betrokken belastingplichtige(n) zal betrekken; hoe kan hij anders ooit tot het oordeel komen of een beslissing jegens de betrokkene(n) onredelijk is? Dit wordt, zoals gezegd, veroorzaakt door het bijzondere, persoonsgebonden, karakter van deze vage norm. In het milieurecht is dit bij de bevoegdheid tot verlening van vergunningen niet aan de orde, omdat de vage norm '(nodig in) het belang van de bescherming van het milieu' uit art. 8.11 Wm een niet-persoonsgebonden belang betreft.

In hoofdstuk 4, paragrafen 2 en 3, spits ik deze problematiek toe op de milieuvergunningverlening.

3.3 (Eisen aan) de intensiteit van de rechterlijke toetsing

Het is gebruikelijk om bij de intensiteit van de rechterlijke toetsing een onderscheid te maken tussen enerzijds een indringende (ook wel integrale of volle) toets en anderzijds een marginale (ook wel afstandelijke of terughoudende) toets, hoewel in onderzoeken over rechterlijke toetsing wel meer gradaties van intensiteit worden onderscheiden.[83] Bij een (geheel) volle toets doet de rechter de beoordeling van het bevoegd gezag over en stelt hij desgewenst zijn oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan. Een dergelijke toets is bijvoorbeeld aangewezen bij de interpretatie van een wettelijke norm.[84] Bij een marginale toets houdt de rechter enige afstand, een marge, tot het oordeel van het bestuur. Hij vernietigt alleen bij een kennelijk onredelijk of pertinent onjuist oordeel, een oordeel dat volgens 'redelijk oordelende' mensen niet verdedigbaar is. De marginale toets houdt een bepaalde manier, een methode, van toetsen in, niet een toetsingsmaatstaf. De maatstaf waaraan de

82 Klap 1996, p. 246.

83 Klap hanteert als tussencategorie een toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (Klap 1994, p. 252). Gerards hanteert een 'neutrale' tussencategorie, maar signaleert dat bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een glijdende schaal van toetsingsintensiteiten wordt gebruikt (Gerard 2002, p. 81-82 en 699-700). Schokkenbroek constateert in zijn onderzoek naar de toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM dat de afstandelijkheid waarmee de rechter toetst, kan variëren van zeer groot tot zeer gering (Schokkenbroek 1996, p. 466 e.v.).

84 Oftewel bij objectieve beoordelingsruimte; zie paragraaf 3.1.

rechter toetst is bijvoorbeeld de redelijkheid, evenredigheid of het verbod van willekeur.[85]

De methode van de marginale toetsing is geïntroduceerd door de Hoge Raad in het bekende arrest 'Doetinchemse woonruimtevordering' uit 1949.[86] Bij de bevoegdheid tot het vorderen van woonruimte bestond beleidsruimte. Volgens de Hoge Raad behoorde de rechter pas in te grijpen indien

> 'de vordering 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 vordering heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaats gehad; dat echter zodanig geval zich hier niet voordoet, nu te dezen de mogelijkheid aanwezig is, dat redelijk oordelende mensen bij de afweging van de hier tegenover elkander staande belangen tot verschillende resultaten komen.'

Uit de voorloper van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet arob uit 1976, kon worden afgeleid dat de bestuursrechter, in ieder geval bij bevoegdheden met beleidsruimte, een marginale toetsing moest plegen. Volgens de toetsingsgrond van art. 8 lid 1, onder c, van die wet kon namelijk beroep worden ingesteld 'ter zake dat het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen'. In de Algemene wet bestuursrecht ontbreekt een dergelijke bepaling,[87] maar wordt in art. 3:4 lid 2 Awb hetzelfde gelezen. Art. 3:4 Awb luidt als volgt:

> 1 Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
> 2 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.

Hoewel art. 3:4 lid 2 Awb zich richt tot het bestuursorgaan en niet tot de rechter, blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat uit de bepaling moet worden afgeleid dat de rechter zich in beginsel moet beperken tot een marginale toetsing.[88] De Afdeling heeft deze uitleg in de bekende Kwantum-uit-

85 Zie over het voorgaande De Waard 2005, p. 364-370 en Schlössels 1999, p. 101-104.
86 HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558; zie ook AB Klassiek, Deventer: Kluwer 2003, nr. 8, m.nt. Stroink. De aanduiding 'marginale toetsing' is overigens bedacht door Van Wijk. Zie H.D. van Wijk, Voortgaande terugtred (oratie VU), Alphen aan den Rijn: Samsom 1959.
87 Zie daarover Tak 2005, p. 510-513.
88 Zie *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5 (MvA), p. 55 en 58-60. Het is merkwaardig dat dit belangrijke uitgangspunt van de rechterlijke toetsing niet in de wet zelf is opgenomen (als ik het goed zie, in gelijke zin De Waard 2005, p. 364), bijvoorbeeld in afdeling 8.2.6 Awb. Nu ontbreekt in de wet die het algemene bestuursprocesrecht regelt in het geheel

spraak uit 1996 bevestigd. In deze uitspraak overwoog zij dat de rechter de uitoefening van een bevoegdheid met beleidsruimte (het ging om de vrijstelling van een bestemmingsplan) slechts terughoudend mag toetsen. Tot strijd met het evenredigheidsbeginsel[89] van art. 3:4 lid 2 Awb kan pas worden geconcludeerd indien de afweging van de betrokken belangen zodanig onevenwichtig is, dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. De dubbele ontkenning van genoemde bepaling (de nadelige gevolgen voor de burger mogen *niet on*evenredig zijn aan het te bereiken doel), het feit dat de bepaling is gericht tot het bestuur alsmede de toelichting in de wetsgeschiedenis nopen volgens de Afdeling tot deze uitleg.[90]

Het uitgangspunt van een marginale rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten met beoordelings- of beleidsruimte is nagenoeg onomstreden.[91] Dat betekent echter niet dat er geen kritiek wordt geuit op de toetsing door de rechter. Sommige auteurs vinden dat de bestuursrechter, met name de Afdeling bestuursrechtspraak, uit rechtsbeschermingsoogpunt te terughoudend toetst.[92] De kritiek is echter breder en heeft ook betrekking op de omvang van het geding (waaronder de toepassing door de rechter van een argumentatieve en bewijstrechter),[93] de daarmee deels in verband staande toetsing door de rechter van de feiten(vaststelling)[94] en het grote aantal vernietigingen op formele gronden, waardoor het geschil niet definitief wordt beslecht.[95]

---

een aanduiding van de wijze waarop de bestuursrechter wordt geacht een bestuursbesluit te toetsen.

89 Hoewel art. 3:4 lid 2 Awb alleen spreekt van evenredigheid, wordt aangenomen dat het naast het evenredigheidsbeginsel ook het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van 'égalité devant les charges publiques' codificeert. Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3 (MvT), p. 69-70 en *Kamerstukken II* 1990/91, 21 221, nr. 5 (MvA), p. 56-59, en bijvoorbeeld Schlössels en Stroink 2006, p. 199-204. In de literatuur is kritiek geuit op de onduidelijke formulering van art. 3:4 lid 2 Awb. Zie bijvoorbeeld P. Nicolaï, 'Kroniek Algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 1991, p. 190-191 en *NTB* 1997, p. 164 l.k., die spreekt van een raadselachtige formule.

90 ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996, 158, m.nt. Stroink; zie ook Stroink 2004. In gelijke zin ABRvS 19 september 1996, *AB* 1997, 91, m.nt. Van Buuren en ABRvS 19 december 1996, *AB* 1997, 92.

91 Zie evenwel het standpunt van Simon hierna. Zie over de relatie tussen bestuurlijke beslissingsruimte en de intensiteit van de rechterlijke toetsing nader de volgende paragraaf. Zie over het verschil in marginale toetsing tussen de Afdeling en de Centrale Raad van Beroep de noot van Teunissen onder CRvB 27 december 2001, *Gst*. 2002, 7156, 5 (met verwijzingen).

92 Uitgesproken negatief is Tak 2005, p. 40-43 en 524-532. Volgens hem wordt geen enkele rechtsbescherming meer geboden, omdat alle besluiten de toets van art. 3:4 lid 1 en 2 Awb kunnen doorstaan.

93 Zie bijvoorbeeld VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 106-121.

94 Zie bijvoorbeeld Schuurmans 2005, p. 264-293, m.n. p. 273 e.v., De Waard 2006, De Bock 2000 en, specifiek over asielzaken, Van der Linden 2006.

95 Zie bijvoorbeeld Polak 2000, p. 15-22, Marseille 2004, p. 166 e.v. en Widdershoven 1999, p. 119-120.

Met name het laatste element is hier van belang, nu de keuze voor een bepaalde vernietigingsgrond raakt aan de indringendheid van de rechterlijke toetsing. Volgens Polak volstaat de Afdeling vaak (waar mogelijk) met een vernietiging op formele gronden, namelijk vanwege een motiveringsgebrek of vanwege strijd met de formele zorgvuldigheid. Polak wijst ter verklaring hiervan onder meer op de procedurele gerichtheid van de Algemene wet bestuursrecht en op de machtenscheiding: het beleid moet door het bestuur worden gemaakt en de rechter is daarom terughoudend om een keuze voor het bestuur af te snijden. Als de rechter kan kiezen tussen een zware en een minder zware vernietigingsgrond, kiest hij veelal voor de laatste.[96]

Schueler heeft evenwel betoogd dat toetsing aan materiële normen en beginselen niet zoveel zal (kunnen) bijdragen aan definitieve geschilbeslechting. Wat materiële normen betreft, moet de rechter in de eerste plaats de schending van een materiële norm vaststellen, wil hij een besluit op materiële gronden kunnen vernietigen. In bijvoorbeeld het milieurecht hebben veel wettelijke normen echter een formeel-procedureel karakter (denk aan de bepalingen inzake milieueffectrapportage), aldus Schueler. Hier kan tegen worden ingebracht dat de normen in milieuvergunningen en in AMvB's op grond van de Wet milieubeheer juist vaak wel materieel van aard zijn. In de tweede plaats stelt Schueler, en dat is ten aanzien van milieugeschillen een belangrijker knelpunt in dit kader, zijn materiële normen vaak vage normen, waarbij beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag wordt aangenomen. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor art. 8.11 lid 3 Wm – de centrale norm in milieuvergunninggeschillen – nu dat eist dat een voorschrift of voorziening 'nodig is in het belang van het milieu'.[97] Wat materiële beginselen betreft, stelt Schueler dat daarop veelal niet zelfstandig een inhoudelijk eindoordeel kan worden gebaseerd. Of een besluit tot het stopzetten van een subsidie bijvoorbeeld in strijd moet worden geacht met het vertrouwensbeginsel, hangt mede af van de voorwaarden waaronder tot de stopzetting is besloten (is die tijdig aangekondigd, is er een redelijke overgangstermijn?).[98]

Hoewel deze opmerkingen het belang van het onderscheid tussen formele en materiële toetsingsgronden wel enigszins relativeren, hebben zij met name betrekking op de vraag in hoeverre met de rechterlijke beslissing het geschil definitief wordt beslecht en in mindere mate op de intensiteit van de rechterlijke toets. Zij laten grotendeels onverlet dat de rechter met een materiële toetsingsgrond meer aan de inhoud van een besluit raakt dan wanneer hij een formele toetsingsgrond hanteert. Daarom zal ik in het empirisch onderzoek

96 Zie Polak 2000, p. 12 en 15-22, en de vele door hem onder meer in voetnoot 8 genoemde verwijzingen.
97 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 4.
98 Schueler 1994, p. 159-164.

ook bekijken hoe vaak de Afdeling, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend,[99] toetst aan de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.2).

Zoals ik hiervoor al opmerkte, verzet Simon zich tegen het uitgangspunt van een marginale rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten met beslissingsruimte. Hij doet dit vanuit een mensenrechtelijke invalshoek. Simon huldigt het standpunt dat een (standaard toegepaste) marginale rechterlijke toetsing in strijd is met art. 6 *(fair trial)* en art. 13 (effectief rechtsmiddel) van het EVRM. Hij is van mening dat de 'supermarginale toetsing' van de Afdeling bestuursrechtspraak in de regel niet aan de verdragsrechtelijk voorgeschreven toetsingsnorm voldoet. Volgens hem valt niet in abstracto aan te geven in welke mate de rechter de bestuurlijke (belangen)afweging moet kunnen overdoen, maar hangt dat af van onder meer het karakter van het verdragsrecht in kwestie, het belang van het in geding zijnde overheidshandelen en het belang van de betrokken burger.[100]

Andere auteurs gaat deze stellingname te ver. Hoewel ook zij niet uitsluiten dat het EHRM in een concreet geval tot het oordeel zou kunnen komen dat de Afdeling te terughoudend heeft getoetst, achten zij een uniforme marginale toetsing niet in strijd met het verdragsrecht. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de nationale rechter een enigszins inhoudelijke toetsing moet verrichten, die verder gaat dan een controle of het aangevochten besluit in overeenstemming is met (het doel van) de wet. Dit betekent evenwel niet dat de uitoefening van een bevoegdheid met beleidsruimte niet marginaal door de rechter mag worden getoetst.[101] Ten aanzien van de toetsing van de toepassing van een bevoegdheid met beoordelingsruimte is het Hof mogelijk wat strenger, maar niet geheel duidelijk is in hoeverre het eist dat de rechter zelf vaststelt of een vage normconditie is vervuld.[102]

In het voorgaande is de terughoudendheid van de toetsing door de bestuursrechter opgehangen aan de formulering van de wettelijke bevoegdheidsvoorwaarde, meer specifiek aan de vraag of de bevoegdheidsvoorwaarde beoordelingsruimte en/of beleidsruimte aan het bevoegd gezag verschaft. In de Neder-

---

99 De vraag hoe vaak de Afdeling aan de formele algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetst indien de strijd daarmee *is aangevoerd door de appellant*, is in dit verband (immers) minder interessant, nu dat weinig zegt over een eventuele voorkeur van de rechter voor een bepaald type vernietigingsgrond.

100 Simon 1999, p. 1190 en Simon 2001, p. 131.

101 Zie Kuipers 1996, p. 102-107, Verheij 1990, p. 243-244 en Verhey 2001, p. 146-148. Zie hierover ook de VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 61.

102 Zie Kuipers 1996, p. 107-110. Zie over de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling in het licht van art. 6 EVRM: Schuurmans 2005, p. 284-293. Zij signaleert dat een marginale rechterlijke toets van de feitenvaststelling door het bestuur niet altijd in strijd komt met art. 6 EVRM.

landse doctrine wordt deze factor doorgaans als enig, of in ieder geval doorslaggevend, aanknopingspunt voor een marginale toetsing beschouwd.[103] Er zijn echter ook andere factoren van belang voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Zie hierover het slot van paragraaf 3.4.3 en paragraaf 4.

3.4 Beslissingsruimte in relatie tot de intensiteit van de rechterlijke toetsing

Aan het bestaan van bestuurlijke beslissingsruimte voor een bestuursorgaan wordt doorgaans automatisch een oordeel verbonden over de gewenste dan wel toelaatbare indringendheid van de toetsing door de rechter van een door dat orgaan genomen besluit. Dit komt doordat het vraagstuk van de indringendheid van de rechterlijke toetsing traditioneel wordt benaderd vanuit de optiek van de wetgever en het bestuur. Afgevraagd kan worden of met deze benadering een compleet beeld wordt verkregen. In deze paragraaf stel ik daar een benadering vanuit de optiek van de rechter tegenover.

3.4.1 Benadering vanuit de wetgever en het bestuur

In deze – gangbare – benadering wordt de intensiteit van de rechterlijke toetsing afhankelijk gesteld van de wettelijke bevoegdheidsomschrijving. Die omschrijving wordt geacht de wil van de wetgever wat betreft de indringendheid van de toetsing te weerspiegelen, voor zover niet uitdrukkelijk anders (bijvoorbeeld in de parlementaire geschiedenis)[104] is bepaald.

De wettelijke bevoegdheidsomschrijving ziet in eerste instantie (weliswaar) alleen op de verhouding tussen wet(gever) en bestuur. De wetgever attribueert met die omschrijving immers de bevoegdheid aan het desbetreffende bestuursorgaan. Als de bevoegdheidsomschrijving beslissingsruimte verschaft aan het bestuur (bijvoorbeeld met de bewoordingen 'naar het oordeel van' of 'kan verlenen'), betreft die ruimte dus in beginsel (alleen) ruimte ten opzichte van de wet. De wet biedt het bestuursorgaan enige ruimte voor een afweging of en hoe het van een bepaalde bevoegdheid gebruik wil maken; de bevoegdheid is niet gebonden. In de hier besproken benadering wordt deze lijn (echter) automatisch doorgetrokken naar de verhouding tussen bestuur en rechter. De beslissingsruimte bestrijkt dan óók de toetsing door de rechter en impliceert aldus in beginsel een marginale rechterlijke toetsing. De achtergrond van deze benadering is dat bestuur en rechter verschillende taken hebben. Om het bestuur de bij zijn taak behorende eigen verantwoordelijkheid te laten waarmaken, moet de rechter het bestuurlijk handelen terughoudend beoordelen. Een geheel volle toets van een bestuursbesluit zou immers betekenen dat de

103 Vgl. Schuurmans 2005, p. 71 en 265.
104 Daar kan bijvoorbeeld blijken dat de wetgever, ondanks het gebruik van een open geformuleerde normering, een gebonden bevoegdheid op het oog had.

rechter de bestuurlijke besluitvorming over zou doen en zijn afweging in de plaats van het bestuur zou stellen. Dit zou de eigen taak en verantwoordelijkheid van het bestuur miskennen. In deze benadering wordt *a priori* gezegd dat de rechter niet in de beoordeling en de (belangen)afweging van het bestuur mag treden; in clichévorm dat hij 'niet op de stoel van het bestuur mag plaatsnemen'.

Bij beslissingsruimte voor het bestuur behoort de rechter in deze benadering dus in beginsel automatisch terug te treden. Hierbij dient weer een onderscheid te worden gemaakt tussen beoordelingsruimte en beleidsruimte.

Wat beleidsruimte betreft, wordt in de literatuur doorgaans, onder verwijzing naar de Kwantum-uitspraak (zie hiervoor in paragraaf 3.3), aangevoerd dat de met beleidsruimte normaliter gepaard gaande mogelijkheid van belangenafweging een marginale rechterlijke toetsing impliceert. Aldus bijvoorbeeld Schlössels en Stroink:[105]

> 'Het feit dat het bestuur belangen moet afwegen, betekent per definitie dat verscheidene besluiten rechtens juist kunnen zijn. Of besluit A of B wordt genomen, hangt af van de appreciatie van bepaalde belangen door het bestuursorgaan. Deze appreciatie kan door de rechter slechts terughoudend (marginaal) worden getoetst.'

Overigens zijn er ook wel enige tegengeluiden te horen. Zo laat het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb volgens De Waard ruimte voor een meer inhoudelijke beoordeling van de evenredigheid dan de Afdeling in de Kwantum-uitspraak heeft aangenomen, zonder het uitgangspunt van een marginale toetsing los te laten.[106] Anderen kiezen voor een andere invalshoek, door ervan uit te gaan dat de rechter zelf de indringendheid van zijn toetsing bepaalt en niet op voorhand de beleidsruimte van het bestuur hoeft te respecteren (zie hierover uitgebreid paragraaf 3.4.2).

Dan beoordelingsruimte. Er bestaat geen verschil van mening over, dat *objectieve* beoordelingsruimte door de rechter vol moet worden getoetst (zie paragraaf 3.1).

Voor *subjectieve* beoordelingsruimte is het beeld iets minder eenduidig. Volgens de meeste auteurs brengt ook subjectieve beoordelingsruimte vanzelf

---

105 Schlössels en Stroink 2006, p. 95; zie ook p. 200-204. Daarnaast bijvoorbeeld Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 146 en Van Ballegooij e.a. 2004, p. 80-81.

106 De Waard 2005, p. 371-373. Drupsteen lijkt in dezelfde richting te denken (zie Koning en Crombag (red.) 2001, p. 232). Verder gaat Widdershoven 1999, p. 118-119, die een ontkoppeling van het evenredigheidsbeginsel en marginale rechterlijke toetsing voorstaat. Volgens hem kan evenredigheid zowel marginaal als indringend worden getoetst.

een marginale rechterlijke toetsing met zich mee.[107] In meer recente literatuur worden bij de toepassing van een bevoegdheid (overigens ook die zonder beoordelingsruimte) drie opeenvolgende beslissingsmomenten onderscheiden: de feitenvaststelling, de norminterpretatie en de feitenkwalificatie. Alleen de feitenkwalificatie moet de rechter (meestal) terughoudend toetsen, de eerste twee onderdelen van de beslissing daarentegen altijd integraal. Ter verduidelijking geef ik hieronder een voorbeeld.[108]

De rechter moet de *feitenvaststelling* in beginsel integraal overdoen, althans voor zover de feiten tussen partijen in geschil zijn. Het streven naar materiële waarheidsvinding en ook de actieve opstelling van de bestuursrechter, twee karakteristieken van het bestuursrecht, vragen om een integrale feitentoetsing.[109] Schuurmans heeft evenwel laten zien dat dit iets genuanceerder ligt. Er bestaat inderdaad geen bestuurlijke vrijheid voor het bevoegd gezag om te bepalen of een bepaald feit juist is of niet. Er kunnen echter (zeer) verschillende methoden bestaan om vast te stellen of een bepaald feit zich heeft voorgedaan. De ene methode biedt hierover de meeste zekerheid, een andere methode is minder belastend voor de burger en weer een andere methode is het makkelijkst uitvoerbaar. Het bestuursorgaan moet een methode kiezen. De rechter mag de toepassing van de wijze van feitenvaststelling wel vol toetsen, maar zal in de praktijk enige ruimte laten.[110] In een milieucasus betreffen de feiten bijvoorbeeld de afstand van een geluidbron van een bedrijf tot de dichtstbijgelegen woning en het door het bedrijf bij die woning veroorzaakte geluidniveau.

Ook de *norminterpretatie* moet de rechter volledig toetsen, omdat de uitleg van de wet onmiskenbaar een onderdeel vormt van de rechterlijke toetsingstaak. Voorkomen moet worden dat het bestuur de reikwijdte van een wettelijke norm zou kunnen inperken of oprekken. De rechter heeft dus uiteindelijk het laatste woord[111] over de uitleg van de vage norm '(nodig in) het belang van

107 Zie Schlössels en Stroink 2006, p. 98, Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 143-144, Van Ballegooij e.a. 2004, p. 80, Duk 1988, p. 158 en 161; Van der Burg, Cartigny en Overkleeft-Verburg 1985, p. 160, Jue 1985 en Steenbeek 1984 (zoals ook weergegeven door Jue).

108 Zie over het hierna volgende Nicolaï 1990, p. 294-297, Klap 1994, p. 254-256, Jongma 2002, p. 191-193 en Schlössels en Stroink 2006, p. 96-98. Aan Jongma ontleen ik het gebruikte voorbeeld. Overigens signaleerde Duk 1988, p. 161, al wel het onderscheid tussen feitenvaststelling en –kwalificatie.

109 Zie ook Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 66-67 en De Bock 2000, m.n. p. 70-72. De Bock is zeer kritisch over enkele uitspraken waarin de Afdeling de vaststelling van de feiten niet integraal zou toetsen. Deze betreffen overigens niet milieu- maar hoger beroepszaken.

110 Zie Schuurmans 2005, p. 270-272.

111 Uiteindelijk heeft natuurlijk de wetgever het laatste woord. Als die het niet eens is met de interpretatie van de rechter kan hij de gewenste omschrijving vastleggen in de wet of de door de rechter gegeven interpretatie uitsluiten (dat laatste zal dan als regel in de toelichting gebeuren).

de bescherming van het milieu' van art. 8.10 en 8.11 Wm. In het gebruikte voorbeeld gaat het om de vraag of geluidhinder hieronder valt.

Alleen bij de *feitenkwalificatie* kan[112] het bevoegd gezag beoordelingsruimte toekomen en is een integrale toetsing dus niet, althans niet per se, aangewezen.[113] In het voorbeeld gaat het bij de feitenkwalificatie om de vraag of de door het bedrijf bij de woning veroorzaakte mate van geluid strijd oplevert met 'het belang van de bescherming van het milieu'.[114]

Bij de norminterpretatie gaat het dus om de interpretatie van de norm meer *in abstracto.* Wat moet er bijvoorbeeld worden verstaan onder de norm '(nodig in) het belang van de bescherming van het milieu'; wat valt daar allemaal onder?[115] Bij de feitenkwalificatie gaat het om de interpretatie van de norm *in concreto*: zijn de feiten en omstandigheden van het geval onder de normomschrijving te vatten? Bij de milieuvergunning is dan de vraag: vormt de concrete mate van vervuiling of hinder een zodanige inbreuk op het belang van de bescherming van het milieu dat de vergunning moet worden geweigerd?

Indien en voor zover een objectieve norm deel uitmaakt van de bevoegdheidsomschrijving, vallen norminterpretatie en feitenkwalificatie overigens (praktisch) samen. Aan een Wvo-vergunning bijvoorbeeld, waarmee een lozing op oppervlaktewater wordt toegestaan, moeten op grond van art. 1 lid 5 Wvo voorschriften worden verbonden ter bescherming van de kwaliteit van het oppervlaktewater. Stel nu dat een bedrijf soms afvalwater loost in een vaak

---

112 De meeste auteurs nemen bij de feitenkwalificatie *standaard* een marginale toetsing aan. Zowel Nicolaï als Jongma zeggen evenwel dat de beoordelingsruimte *kan* nopen tot een marginale toetsing. Volgens Nicolaï 1990, p. 296, is bij de feitenkwalificatie een integrale toetsing zelfs regel, omdat uit de beroeps- en vernietigingsgronden van de Tijdelijke wet Kroongeschillen geen beperking voor de rechterlijke toetsing voortvloeit (in de Algemene wet bestuursrecht zijn overigens helemaal geen vernietigingsgronden opgenomen).

113 Soms komt de rechter aan een (afzonderlijke) feitenkwalificatie helemaal niet toe. Dit is het geval bij een puur feitelijke, meetbare norm. Denk aan een vergunningvoorschrift dat bepaalt dat een ketel bij een hogere druk dan 10.000 hectoPascal niet meer mag worden gebruikt. Dan vloeit uit de feiten*vaststelling* automatisch voort of de desbetreffende bevoegdheidsvoorwaarde is vervuld en wordt aan een afzonderlijke feiten*kwalificatie* dus in het geheel niet toegekomen, althans die valt volledig samen met de feitenvaststelling. Er bestaat in dat geval ook geen beoordelingsruimte.

114 Overigens wordt de hiervoor genoemde driedeling in beslissingsmomenten niet door iedereen gehanteerd. Van der Burg, Cartigny en Overkleeft-Verburg 1985, p. 163, bijvoorbeeld achten het onderscheid tussen norminterpretatie en feitenkwalificatie over de gehele breedte van het bestuursrecht 'in principe moeilijk aanvaardbaar'. Hiertoe wijzen zij op de wisselwerking tussen de uitleg van een norm enerzijds en de vaststelling en kwalificatie van de feiten anderzijds. Het vaststellen van de feiten geschiedt met het oog op de toepassing van normen, en de normen worden uitgelegd in relatie tot de feiten.

115 Over de 'abstracte' interpretatie van specifiek deze norm heeft de wetgever het een en ander opgenomen in de wet (art. 1.1 lid 2 Wm) en gezegd bij de parlementaire geschiedenis (zie hierna hoofdstuk 4, paragraaf 2). De rechter moet wettelijke begripsbepalingen natuurlijk in acht nemen en ook acht slaan op de parlementaire geschiedenis van een wet.

droogvallende sloot. Het waterschap stelt dat hiervoor een Wvo-vergunning is vereist. Het bedrijf is echter van oordeel dat geen sprake is van oppervlaktewater in de zin van art. 1 lid 1 Wvo, omdat de sloot praktisch altijd droog staat. De rechter moet dan de vage term 'oppervlaktewater' interpreteren, en beoordelen of een vaak droogstaande sloot onder dat begrip valt.[116] Dat betreft dan dus de norminterpretatie. Maar in dit geval behelst dit tegelijkertijd ook de feitenkwalificatie. Met de interpretatie dat een droge sloot onder het begrip 'oppervlaktewater' valt, is immers in beginsel ook gegeven dat de sloot in kwestie kwalificeert als 'oppervlaktewater'.[117]

Een variant op de benadering vanuit wetgever en bestuur is verdedigd door Van der Burg, Cartigny en Overkleeft-Verburg. Zij koppelen de intensiteit van de toetsing aan de aard van de bestuursbevoegdheid. Naar hun oordeel is een marginale toetsing vooral goed verdedigbaar wanneer de vage term direct is gerelateerd aan de bestuursverantwoordelijkheid voor een bepaald openbaar belang. De invulling van die verantwoordelijkheid door het bestuur, door de interpretatie van bevoegdheidsomschrijvingen als 'in het belang van' en 'gevaar voor', mag de rechter huns inziens slechts marginaal toetsen. Dit zetten zij af tegen de sociale verzekeringswetgeving. Hierin speelt alleen het individuele belang van de desbetreffende burger en niet (een afweging daarvan tegen) het algemene belang. Tenzij de wettelijke bepaling uitdrukkelijk anders aangeeft, is er in dergelijke zaken geen aanleiding om een discretionaire bevoegdheid, en daaraan gekoppeld een marginale rechterlijke toetsing, aan te nemen.[118]

3.4.2 Benadering vanuit de rechter

Een andere benadering is die vanuit de rechter. In deze benadering wordt voor een oordeel over de indringendheid van de rechterlijke toetsing niet aangehaakt bij de tekst van de wettelijke bevoegdheidsomschrijving. Althans, deze wordt niet per se doorslaggevend geacht. Ook wordt niet *a priori* aangenomen dat de rechter het oordeel van het bestuur moet respecteren. Het uitgangspunt is dat het de rechter zelf is die, gesteld voor de taak om een geschil te beslechten, bepaalt hoe intensief hij het bestreden besluit moet toetsen. De hierna te noemen auteurs hanteren allen dit uitgangspunt, waarmee echter niet gezegd is dat hun benadering identiek is.

116 Onder omstandigheden kan dit zo zijn, zo blijkt uit ABRvS 14 april 2000, E03.98.0077 (niet gepubliceerd).

117 Tenzij er nog wordt onderscheiden tussen de (algemene) vraag of een droge sloot onder het begrip 'oppervlaktewater' kan vallen en de (concrete) vraag of de droge sloot in kwestie dat ook doet.

118 Van der Burg, Cartigny en Overkleeft-Verburg 1985, p. 162-163.

Van Wijnbergen heeft in zijn oratie als eerste in de Nederlandse literatuur bepleit om de omvang van de rechterlijke toetsing niet langer automatisch te koppelen aan de vrijheid of gebondenheid die het bestuursorgaan heeft bij de toepassing van een bepaalde bevoegdheid. Hij stelt dat er onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen twee verschillende verhoudingen: die tussen bestuur en recht enerzijds en die tussen bestuur en recht*er* anderzijds. De eerste verhouding betreft de gebondenheid van het bestuur (aan het recht), de tweede betreft de vraag wie uiteindelijk het laatste woord heeft. Volgens Van Wijnbergen

> 'staat a priori niet vast dat de omvang van de bevoegdheid van de rechter juist zou samenvallen of behoren samen te vallen met dat deel van de bestuursactiviteit, dat door het recht beheerst wordt. De controle kan minder omvatten, ze kan ook […] meer omvatten, al zou de rechter dan geen rechtsoordeel meer uitspreken.'[119]

Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat Van Wijnbergen vindt dat de grenzen van de toetsing door de rechter niet door het bestuursrecht aan de rechter worden opgelegd, maar dat hij deze in beginsel zelf bepaalt. Hij is echter wel van oordeel dat er andere absolute grenzen zijn aan die toetsing.[120] In de eerste plaats zou de rechter door een te inhoudelijke toetsing zijn (politieke) onafhankelijkheid verliezen en daarmee de staatsrechtelijke verhoudingen scheef trekken. Dit argument, over de machtenscheiding, heb ik in paragraaf 2 besproken. In de tweede plaats moet de rechter zich volgens Van Wijnbergen terughoudend opstellen omdat hij bijna altijd minder feitelijke kennis van de desbetreffende zaak heeft dan het bestuur. Dit argument lijkt mij niet steekhoudend. De rechter moet alle informatie die hij nodig heeft om (onderbouwd en gemotiveerd) uitspraak te kunnen doen vergaren, onder meer bij het bestuursorgaan. Wat het bestuurorgaan verder aan kennis van de zaak zou hebben, is niet relevant.

Timmermans gaf in zijn dissertatie uit 1973 blijk van een soortgelijke invalshoek. Zijn uitgangspunt is dat de rechter de grens van zijn rechtmatigheidscontrole overschrijdt wanneer die controle ontaardt in bestuur. In zoverre verschilt zijn visie niet van de in de vorige paragraaf genoemde gangbare benadering. Timmermans realiseert zich echter dat zijn uitgangspunt tamelijk vaag is. Het geeft immers geenszins aan waar in het concrete geval de grens voor de rechter ligt. Aangezien die grens niet wordt aangegeven door externe factoren, moet de rechter zelf in elke zaak de grens van zijn toetsing bepalen. Dogmatische onderscheidingen die vaak in de literatuur worden gemaakt, helpen hierbij volgens hem niet. Of de rechterlijke controle uiteindelijk tot bevredigende uitkomsten leidt, is in belangrijke mate afhankelijk van de rechter. De burger

119 Van Wijnbergen 1955, p. 4.
120 Van Wijnbergen 1955, p. 13-15.

en het bestuur rest niets anders dan te vertrouwen op diens competentie en wijsheid.[121]

In een publicatie verschenen kort na de dissertatie van Timmermans benadrukt Van der Hoeven ook sterk het belang van de persoon van de rechter voor de uitspraak, zowel wat de indringendheid van de toetsing als wat de concrete uitkomst betreft. Binnen de door de wetgever gestelde grenzen maakt de rechter zelf uit wat en hoe hij beslist en hoe ver hij daarbij gaat.[122] Hiermee doelt Van der Hoeven op het oordeel van de rechter over de strekking en betekenis van het toepasselijke voorschrift – vooral over daarin vervatte vage normen – en zijn hantering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bepalend daarvoor is volgens Van der Hoeven vooral welke conceptie de rechter heeft van de relatie tussen bestuur en burger en daarmee wat diens visie is op een juiste taakvervulling door het bevoegd gezag.[123]

Weesing is een meer recente exponent van de rechterlijke benadering. Ook volgens hem hangt de intensiteit van de rechterlijke toetsing niet af van de beslissingsruimte die aan het bestuursorgaan is gegeven. Weesing hanteert echter een ander uitgangspunt dan de voornoemde auteurs. Hij stelt de rechtsbescherming centraal. Uit rechtsbeschermingsoogpunt is de rechter in beginsel gehouden tot een volle toetsing van het bestreden overheidsbesluit. Dit is alleen anders indien de wettekst of de totstandkomingsgeschiedenis van een wet aangeeft dat de rechter de aan het bestuursorgaan gegeven ruimte moet respecteren. Volgens Weesing is dit laatste het geval bij de Algemene wet bestuursrecht. Op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van die wet is duidelijk het uitgangspunt dat rechters zich terughoudend hebben op te stellen daar waar een bestuursorgaan de vrijheid toekomt naar eigen inzicht belangen af te wegen.[124] Bij zo'n belangrijke uitzondering rijst wel de vraag wat het praktische gevolg is van zijn uitgangspunt dat de bestuursrechter in beginsel niet marginaal hoeft te toetsen, maar het laat het theoretisch belang van zijn ontkoppeling van beslissingsruimte van het bestuur en indringendheid van toetsing door de rechter onverlet.

Weesing signaleert, net als Van der Hoeven maar anders dan Timmermans, dus wel het belang van de wet. Vanuit de rechterlijke optiek bezien is de rechter uiteraard in de eerste plaats ook gebonden aan het recht. De wettelijke bevoegdheidsomschrijving of de parlementaire geschiedenis van een bepaling kan expliciet aangeven dat een marginale toetsing is aangewezen. Als de wet(sgeschiedenis) hierover duidelijk is, is de rechter (in beginsel) gebonden. Tégen het betoog van Weesing valt nog in te brengen dat hij wel heel eenzijdig

121 Timmermans 1973, p. 182-184.
122 Van der Hoeven 1974, p. 670.
123 Van der Hoeven 1974, p. 674.
124 Weesing 1994, p. 437-441.

de nadruk legt op de rechtsbeschermingsfunctie van de Algemene wet bestuursrecht.

De Haan, Drupsteen en Fernhout sluiten zich bij Weesing aan. Volgens hen beslist de rechter zelf over de mate van indringendheid van zijn toetsing. Er is geen enkele reden waarom hij de beslissingsruimte van bestuursorganen op voorhand zou moeten respecteren. De rechter behoort de regels van het (on)geschreven recht te respecteren en toe te passen. Dat verschillende uitkomsten van een bestuurlijke bevoegdheidstoepassing de toetsing aan het recht kunnen doorstaan is niet zozeer een kwestie van het respecteren van beslissingsruimte als wel het gevolg van het feit dat de sfeer van het recht wel voor een groot deel, maar niet geheel met die van het beleid en de bestuurlijke beoordeling samenvalt. De woorden waarin een bevoegdheid is vervat zijn in hun optiek van groot belang, maar niet alles bepalend voor de intensiteit van de toetsing. Ook toetsingsgronden, de bevoegdheid zelf in de zaak te voorzien, de staatsrechtelijke positie van de rechter ten opzichte van wetgever en bestuur en het gevoerde ontvankelijkheidsbeleid spelen hierbij een rol. Hun conclusie is dat het op grond van wettelijke voorschriften maar beperkt mogelijk is vooraf aan te geven hoe indringend de rechterlijke beoordeling zal zijn.[125]

Ten slotte noem ik Klap, die heeft getracht richtlijnen op te stellen voor de rechterlijke toetsing aan vage normen. Klap benadert die toetsing vanuit het verschijnsel 'vage normen', en is daardoor bij de gangbare benadering noch bij de rechterlijke benadering in te delen.[126]

Aan de ene kant verzet hij zich tegen de gedachte dat aan bepaalde vage begrippen een marginale toetsing is gekoppeld. Een dergelijke koppeling gaat zijns inziens volledig voorbij aan het feit dat de competentieverdeling tussen bestuur en rechter een rechtspolitiek vraagstuk is, dat niet bij voorbaat met behulp van bepaalde begrippen kan worden opgelost.[127]

Aan de andere kant zoekt hij de oplossing niet bij een benadering vanuit de rechter, maar door aan te haken bij de aard van het geschil. In navolging van Van der Hoeven onderscheidt Klap in micro- en macrobestuur, een onderscheid dat hiervoor ook aan de orde is gekomen in paragraaf 2.1. Microbestuurlijke geschillen zijn, kort gezegd, geschillen waarin sprake is van een directe relatie tussen overheid en burger, in de meest typerende vorm zonder dat hierbij het algemeen belang of belangen van derden direct zijn betrokken. Typische voorbeelden hiervan zijn geschillen over de weigering van een bijstandsuitkering of een verblijfsvergunning. Bij macrobestuurlijke geschillen

125 De Haan, Drupsteen, Fernhout 2001, p. 99-100.
126 In zijn proefschrift onderscheidt Klap wel een bestuurlijke en rechterlijke optiek, maar hieronder verstaat hij iets anders dan ik. Zie Klap 1994, p. 56 e.v.
127 Klap 1994, p. 256.

spelen juist wel algemene belangen met een vaak politiek of beleidsmatig karakter. Klap noemt het voorbeeld van de weigering van een vergunning voor de levering van duikboten aan Taiwan. Hierbij stond het belang van werkgelegenheid tegenover dat van goede betrekkingen met China. Het is in sterke mate een politieke afweging welk van deze twee belangen het zwaarst moet wegen.[128]

Bij de milieurechtelijke geschillen die onderwerp zijn van dit onderzoek zijn altijd belangen van derden en het algemene belang van de kwaliteit van het milieu betrokken. Ook in milieugeschillen kan aan belangen op macroniveau worden geraakt, maar de meeste van deze geschillen spelen op microbestuurlijk niveau.[129] De aanwezigheid van 'grotere' belangen is strikt genomen niet in eerste instantie bepalend voor de intensiteit van de toetsing. In elk geschil geldt immers een juridisch kader waaraan de rechter moet toetsen. Dat kader bepaalt in eerste instantie hoe de rechter de weigering of verlening van een vergunning moet toetsen. Indien de wettekst een vage norm bevat kan de toelichting op de wet de rechter enig houvast geven bij de uitleg daarvan.[130] Zij zal daarentegen nagenoeg nooit aanknopingspunten bevatten over de vraag hoe een concrete belangenafweging dient te geschieden. Indien deze afweging sterk afhangt van politieke prioriteiten, dan is het logisch dat de rechter terughoudend toetst.[131]

3.4.3 Conclusie

Beide benaderingen heb ik hierboven min of meer als tegengesteld gepresenteerd, om ze goed uiteen en tegen elkaar af te kunnen zetten. Mijns inziens moeten beide optieken echter juist *aanvullend* worden beschouwd om het vraagstuk van de indringendheid van de rechterlijke toetsing op een juiste wijze te benaderen.

Aan de optiek vanuit wetgever en bestuur kan (deels) worden ontleend welke factoren de rechter in zijn vrijheid beperken of, positiever geformuleerd, welke factoren de rechter kan en moet gebruiken als aanknopingspunt voor zijn toetsing. Traditioneel worden als zodanig de wet en de wetsgeschiedenis

---

128 Zie Klap 1994, p. 259-260. Het betreft hier CBB 28 maart 1984, *AB* 1984, 499.

129 Een 'standaard' geschil over de vrees van omwonenden voor geluidoverlast van de vrachtwagens van een bedrijf valt aan te merken als een microbestuurlijk geschil. Bij geschillen over de vergunningverlening voor het boren naar olie in de Biesbosch en voor de kokkelvisserij in de Waddenzee daarentegen spelen, naast het milieubelang, algemene belangen van een voldoende energievoorziening en de werkgelegenheid in een hele bedrijfstak.

130 In de toelichting bij een wetswijziging kan bijvoorbeeld staan dat de nieuwe norm niet anders dient te worden uitgelegd dan de oude. Zie in dit verband hoofdstuk 4, paragraaf 5.1, over de wijziging van art. 8.11 lid 3 Wm in 2005.

131 In de zaak van de geweigerde exportvergunning voor duikboten aan Taiwan had de wetgever de toepasselijke weigeringsgrond 'het belang van de internationale rechtsorde' niet nader toegelicht. De rechter zag hierin aanleiding om terughoudend te toetsen.

aangemerkt. Hieraan moeten de doctrine en eerdere rechterlijke uitspraken worden toegevoegd. Tussen de factoren wet, wetsgeschiedenis en doctrine bestaat een zeker verband. Ik bedoel hiermee dat in de doctrine vrij algemeen aanvaarde inzichten bestaan over wat de strekking is van bepaalde termen en aanwijzingen in de wet of wetsgeschiedenis voor de rechterlijke toetsing. Uit de jurisprudentie blijkt vervolgens, meer of minder expliciet, wat het standpunt van de rechter is. De genoemde factoren heb ik eerder in deze paragraaf besproken.

De beslissingsruimte die door de wetgever aan het bestuursorgaan is gegeven, is richtinggevend voor de manier van toetsen door de rechter. In zoverre is de uit de machtenscheiding voortvloeiende taakverdeling bepalend: de wetgever is als eerste aan zet. De in de benadering vanuit de rechter hiertegen ingebrachte stelling, dat de rechter niet zozeer respect moet hebben voor bestuurlijke beslissingsruimte maar dat de beperking van zijn toetsing voortvloeit uit het feit dat een rechtmatigheidstoets nu eenmaal niet zoveel zegt over de opportuniteit van een bestuurlijke belangenafweging of beoordeling, berust bij nadere beschouwing niet op een wezenlijk ander inzicht: dat de rechter alleen toetst op rechtmatigheid vloeit ook voort uit de taakverdeling van de verschillende staatsmachten.

Bekijken we de bestuurlijke beslissingsruimte nader, dan moet er, zoals hiervoor reeds meermalen is aangegeven, een onderverdeling worden gemaakt in beoordelingsruimte en beleidsruimte.

Bij *beoordelingsruimte* is de tweedeling in subjectieve en objectieve beoordelingsruimte van belang.

Bij objectieve beoordelingsruimte is sprake van een 'objectieve' norm: een norm die de wetgever bindend heeft willen omschrijven. Vaak staan aan een eenduidige omschrijving van die norm taalkundige problemen in de weg, waardoor een vage norm ontstaat. De rechter moet de invulling van een dergelijke norm overdoen, omdat de uitleg van de wet een deel van de rechterlijke taak is.[132]

Bij subjectieve beoordelingsruimte moet de rechter zich juist wel beperken tot een marginale toetsing van de invulling van de bevoegdheidsvoorwaarde. Die invulling betreft de feitenkwalificatie: bij een milieuvergunning gaat het dan om de vraag of het gezien de concrete mate van hinder of schade aan het milieu nodig is om een (strenger) voorschrift te stellen. Voor zover de

132 Dit treedt sterk aan het licht bij een norm die het toepassingsbereik van een wet markeert, zoals art. 8.1 Wm dat verbiedt zonder vergunning een inrichting op te richten. De rechter moet de eenvormige uitleg van een norm of begrip als 'inrichting' bewaken. Zo mag er door bestuursorganen bijvoorbeeld niet verschillend worden gedacht over de vraag of een losse mobiele puinbreker een inrichting is.

wettelijke bepaling daarbij ook moet worden uitgelegd (de zogenoemde norminterpretatie: bijvoorbeeld of het concrete type hinder onder de werkingssfeer van de Wet milieubeheer valt) moet de rechter wel vol toetsen. In hoofdstuk 4 onderzoek ik de tekst en de parlementaire geschiedenis van het toetsingskader van de Wet milieubeheer op aanwijzingen voor de rechterlijke toetsing.

Bij een bevoegdheid met *beleidsruimte* past in beginsel een marginale rechterlijke toets, zoals in paragraaf 3.4.1 is uiteengezet. Net als bij beoordelingsruimte geldt hiervoor dat, voortvloeiende uit de machtenverdeling, de wetgever als eerste aan zet is: hij kan in de wet (of de toelichting daarop) tot uiting brengen dat het bestuur bij de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid over beleidsruimte beschikt.

Het vergt echter vaak een interpretatie van de wet om uit te maken of sprake is van beoordelingsruimte en/of beleidsruimte. De toelichting op de wet zwijgt bijvoorbeeld meestal over de vraag welk type beoordelingsruimte aan de orde is. Het is dan aan de rechter om dit vast te stellen.[133] Maar zelfs als de wetsgeschiedenis wel aanwijzingen bevat, dan moet de rechter die altijd nog interpreteren. Hij moet ook de mate van beleidsruimte vaststellen.[134] Deze rol van de rechter wordt in de benadering vanuit de wetgever en het bestuur miskend.

De rechter heeft, indien hij moet bepalen of beslissingsruimte (beoordelingsruimte en/of beleidsruimte) bestaat, overigens wel enig houvast. In bepaalde gevallen is een marginale toetsing (soms) eerder aangewezen: bij macrobestuurlijke beslissingen, bij de aanwezigheid van belangen van derden, bij normatieve begrippen en bij deskundigenrapporten met een esthetisch oordeel.[135] De fundamentele aard van het in geding zijnde belang kan daarentegen aanleiding geven voor een indringende toetsing,[136] net als de aard van de door het bevoegd gezag gebruikte bevoegdheid (zie hierna).

Bij *macrobestuurlijke beslissingen*, die in paragraaf 2 al even de revue passeerden, spelen politieke factoren, vaak naast beleidsaspecten, een belangrijke rol. Over de opportuniteit van beide categorieën factoren mag de rechter zich niet

133 Vgl. Schlössels 1999, p. 101.

134 Vgl. Schlössels 2006, p. 148: '[Men dient] er op bedacht te zijn dat het leerstuk van 'marginale toetsing' deels een bezwerende formule inhoudt. Het is uiteindelijk de rechter die bepaalt of hij het resultaat van een bestuurlijke belangenafweging in rechte verdedigbaar acht. Hierbij zal hij betekenis toekennen aan de aard van een besluit (mate van discretie) en de staatsrechtelijke verhoudingen die aan de orde zijn. Men kan het ook zo zeggen: de rechter voert in beginsel de regie over de intensiteit van toetsing.'

135 Zie voor 'richtlijnen voor de rechterlijke toetsing aan vage normen': Klap 1994, p. 253-260. Zie verder Schlössels 2006, p. 147-149.

136 Gerards 2002, p. 94-96 en 709.

uitspreken. Zoals aan het slot van paragraaf 3.4.2 is beschreven, zijn de meeste van de in dit onderzoek centraal staande milieubesluiten evenwel aan te merken als microbestuurlijke beslissingen.

Als bij een bepaalde beslissing (mogelijk) *belangen van derden* spelen, is het niet zo dat enkel daardoor een terughoudende toetsing van de rechter gepast is. Immers, ook driepartijengeschillen kunnen gebonden beslissingen zijn (te denken valt aan de bouwvergunning). De belangenafweging is in dergelijke beslissingen echter doorgaans complexer dan in een tweepartijengeschil. Daarom zal een terughoudende toetsing in een driepartijenverhouding vaak op haar plaats zijn. Zie hierover nader paragraaf 4.2.

De bevoegdheidsvoorwaarde van art. 8.11 lid 3 Wm, 'nodig in het belang van de bescherming van het milieu', is een *normatief begrip*.[137] Klap stelt dat de toepassing van normatieve begrippen voor de rechter niet per definitie moeilijker is dan de toepassing van beschrijvende begrippen.[138] Toch lijkt mij bij normatieve begrippen eerder een marginale toetsing aangewezen.[139] In de eerste plaats omdat bij normatieve begrippen eerder sprake is van – in de woorden van Klap – een grensgeval. Dat betekent dat er in het algemeen eerder van mening zal worden verschild bij de uitleg van een normatief begrip dan bij de uitleg van een feitelijk begrip. Met een voorbeeld: er zal tussen 'redelijk oordelende mensen' vermoedelijk eerder kunnen worden getwist over de vraag of bij het vaststellen van het recht op een werkloosheidsuitkering sprake is van 'onverwijtbare werkloosheid' dan over de vraag of een boerderij kan worden aangemerkt als een 'agrarisch bedrijf'. In de tweede plaats beschikt het bestuursorgaan bij normatieve begrippen in het algemeen over meer ruimte om een eigen beleid te formuleren over de invulling van dat begrip in de praktijk, en de rechter toetst (de opportuniteit van) beleid, ook een dergelijk 'beoordelingsbeleid', in beginsel slechts terughoudend. Het normatieve karakter van een wettelijke norm is evenwel niet doorslaggevend voor de rechterlijke toetsingsintensiteit (zie de volgende alinea).

Ook *de aard van het in geding zijnde belang* kan van invloed zijn op de intensiteit van de rechterlijke toets. Zo toetst de rechter in sociale verzekeringszaken de invulling van de begrippen 'onverwijtbaar werkloos' en 'passende arbeid' vol, ook al zijn dit normatieve begrippen. De grote behoefte aan rechtsbescherming, in verband met het feit dat in dit soort zaken de bestaanszekerheid in het geding is, vraagt om een indringende rechterlijke toetsing.[140] Ook Gerards wijst op de aard van het belang. Een indringende rechterlijke toetsing kan gepast zijn indien een fundamenteel belang in het geding is, zoals de door

137 In hoofdstuk 4 onderzoek ik het toetsingskader van de Wet milieubeheer; zie met name de paragrafen 2.2.2, 2.3.2 en 5.3.1.

138 Klap 1994, p. 257.

139 Vgl. Schlössels en Stroink 2006, p. 95-96.

140 Overigens is hierbij ook van belang dat sociale verzekeringszaken tweepartijengeschillen zijn, zodat de rechter niet met belangen van derden rekening hoeft te houden (hetgeen tot een meer terughoudende toetsing zou kunnen nopen). Zie Klap 1994, p. 154-155 en 257.

de klassieke grondrechten beschermde belangen.[141] Zie over de eventuele fundamentele aard van het milieubelang nader paragraaf 4.3.

Verwant aan de vorige factor is de aard van de door het bevoegd gezag gebruikte bevoegdheid. Zo dienen punitieve (bestraffende) sancties – dit zijn sancties die leedtoevoeging aan de dader als voornaamste doel hebben (zoals bestuurlijke boetes) – vol te worden getoetst. Ook bij deze factor speelt de behoefte aan rechtsbescherming een belangrijke rol. Vanwege het leedtoevoegende karakter van punitieve sancties worden deze in beginsel aangemerkt als *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM, waarbij volgens het EHRM beroep open moet staan op een onafhankelijke rechter die de evenredigheid van de opgelegde sanctie vol toetst.[142] In het milieurecht worden evenwel vrijwel alleen maar reparatoire (herstel)sancties opgelegd in de vorm van een last onder dwangsom of het toepassen van bestuursdwang, bij welk type sancties geen uitzondering op het uitgangspunt van een marginale rechterlijke toetsing wordt aangenomen.[143]

Indien de rechter een *deskundigenrapport* inwint, moeten twee toetsmomenten worden onderscheiden: de toetsing van het rapport zelf en de toetsing van het bestuursbesluit met behulp van het rapport. De rechter kan een deskundigenrapport slechts (heel) marginaal toetsen. Het gegeven dat hij dat rapport moest inwinnen, impliceert immers dat hij zelf weinig kennis heeft van het desbetreffende onderwerp. Met dat rapport in de hand kan de rechter vervolgens de vaststelling van de feiten door het bestuur juist wél indringend toetsen. Dat laat echter onverlet dat de rechter, zoals we hiervoor zagen, de kwalificatie van de feiten terughoudend moet toetsen. In gevallen waarin een deskundigenrapport is uitgebracht over een esthetisch onderwerp (bijvoorbeeld over welstand) zal de feitenkwalificatie in de regel een groter deel van de bestuursbeslissing beslaan dan wanneer het gaat om een medisch of milieutechnisch rapport. Zie over het technische karakter van het milieurecht nader paragraaf 4.4.

141 Gerards 2002, p. 94-96.

142 Zie bijvoorbeeld Schlössels en Stroink 2006, p. 258-262 en Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 430-456. Zie specifiek over de rechterlijke toetsing van punitieve sancties: Michiels en De Waard (2007).

143 Aldus expliciet Vzr. CBB 7 november 2003, *Gst.* 2004, 7209, 101, m.nt. Albers. Overigens is het wel mogelijk dat een als reparatoir bedoelde sanctie het karakter krijgt van een punitieve sanctie, bijvoorbeeld als de hoogte van een dwangsom is gebaseerd op het met de overtreding behaalde voordeel. Zie ABRvS 13 maart 2001, *JB* 2001, 95, m.nt. Albers.

4 Specifieke kenmerken van het milieurecht

4.1 Inleiding

De verhouding tussen de rechter en het bestuur, en de toetsing door de rechter meer in het bijzonder, heb ik in dit hoofdstuk tot nu toe besproken voor het bestuursrecht in het algemeen. Het is echter denkbaar dat die bespreking niet (onverkort) opgaat voor bijzondere delen van dit rechtsgebied, vanwege de specifieke kenmerken daarvan. In deze paragraaf onderzoek ik of de specifieke kenmerken van het milieurecht nopen tot een toetsing door de rechter die afwijkt van die in het algemene bestuursrecht. Ik onderscheid de volgende drie kenmerken van het milieurecht: de omstandigheid dat vaak sprake is van een driepartijenverhouding, de omstandigheid dat het milieubelang stemloos is (waarbij ook aan de orde komt of het milieubelang van fundamentele aard is) en het feit dat het milieurecht een technisch karakter draagt.

4.2 Driepartijenverhouding

In het milieurecht is, zowel in vergunning- als in handhavingsgeschillen, vaak sprake van een driepartijenverhouding. In vergunninggeschillen zijn, naast de vergunningaanvrager of -houder en het bevoegd gezag, vaak derden partij. In de praktijk betreft het vooral omwonenden, milieuorganisaties en concurrenten. In geschillen over handhavingsbesluiten bestaat een driepartijenverhouding indien een verzoek om handhaving is gedaan. Indien het verzoek wordt afgewezen en de verzoeker gaat hiertegen in beroep, dan is de (vermeende) overtreder als derde-belanghebbende partij in dat geschil. Indien het verzoek om handhaving wordt toegewezen en de overtreder gaat in beroep tegen het besluit tot handhaving, dan is de verzoeker belanghebbende in dat geschil.

Bij een driepartijenverhouding heeft het rechterlijk oordeel ook gevolgen voor anderen dan de direct-belanghebbenden (in vergunninggeschillen het bevoegd gezag en de vergunninghouder of -aanvrager). De belangen van de derde-belanghebbende zijn vaak tegengesteld aan die van de direct-belanghebbenden, terwijl, indien sprake is van meerdere derde-belanghebbenden, dezen ook nog tegengestelde belangen kunnen hebben. Daar komt nog bij dat de aard van het rechtsobject 'milieu' met zich meebrengt dat er buiten partijen vaak nog een (groot) aantal personen is voor wie een milieubesluit, en een rechterlijk oordeel daarover, gevolgen heeft. Dit betekent dat het bevoegd gezag een complexere afweging moet maken dan bij een zuivere tweepartijenverhouding,[144] omdat hij rekening moet houden met een veelheid aan belangen.

144 Die binnen het bestuursrecht veelvuldig voorkomt in het sociale zekerheidsrecht en het fiscale recht.

Op het eerste gezicht lijkt een dergelijke afweging te leiden tot een afstandelijke rechterlijke toetsing. Een complexe afweging van belangen kan immers bij uitstek op diverse manieren uitvallen, hetgeen om terughoudendheid vraagt van de rechter. Aan de andere kant is echter wel verdedigbaar dat, hoewel het te ver gaat om te zeggen dat de rechter driepartijengeschillen inhoudelijk zorgvuldiger zou moeten toetsen dan tweepartijengeschillen, de aanwezigheid van meerdere belanghebbenden voor de rechter aanleiding moet zijn om de voorbereiding van het besluit goed te controleren, in die zin dat hij nagaat of aan alle belangen voldoende aandacht is besteed.

Er zijn dus aanwijzingen dat het bestaan van een driepartijenverhouding gevolgen zou kunnen hebben voor de toetsing door de rechter. Echter, het sterk genormeerde toetsingskader in het milieurecht – dat deels samenhangt met het technische karakter van dit rechtsgebied (zie hierna) – verhindert dat het bestaan van een driepartijenverhouding daadwerkelijk van invloed is op de indringendheid van de toetsing door de rechter. Het wettelijke toetsingskader heeft tot gevolg dat de rechter weinig mogelijkheden heeft om met andere belangen dan die van de bescherming van het milieu rekening te houden, terwijl het buitenwettelijke toetsingskader tot gevolg heeft dat de rechter zich weinig armslag gunt bij het bepalen wat het milieubelang eist.[145] Indien het bevoegd gezag ter invulling van zijn beoordelingsruimte heeft aangesloten bij een buitenwettelijke richtlijn, en de Afdeling heeft eerder geoordeeld dat aansluiting bij die richtlijn niet in strijd is met het recht, controleert de Afdeling slechts of de richtlijn juist is toegepast. Aan een zelfstandige vaststelling van wat het belang van de bescherming van het milieu eist, komt de rechter dan niet toe; hij toetst alleen aan het beoordelingskader van de richtlijn.[146] Indien de richtlijn niet onjuist is toegepast, staat daarmee, behoudens bijzondere omstandigheden, vast dat zowel het minimum als het maximum beschermingsniveau van het milieu in acht zijn genomen.[147] Als gevolg van het toetsingskader van de Wet milieubeheer heeft de rechter, als gezegd, slechts zeer beperkte mogelijkheden om het aldus bepaalde milieubelang af te wegen tegen andere belangen.[148]

145 Zie over het wettelijke en buitenwettelijke toetsingskader nader hoofdstuk 4.

146 Het buitenwettelijke toetsingskader is dus minder dan het wettelijke kader een geheel autonome factor voor de Afdeling. Zij heeft immers zelf voor deze lijn ten opzichte van buitenwettelijke richtlijnen gekozen.

147 Hiermee bedoel ik dat het besluit voldoende bescherming biedt voor het milieu, maar ook dat er zonder nadere onderbouwing niet méér maatregelen van de vergunninghouder kunnen worden gevraagd. Zie verder hoofdstuk 4, paragraaf 4.

148 Zie over de mogelijkheid van een belangenafweging nader hoofdstuk 4, paragrafen 2.3.2.2 en 3.3.

4.3 De stemloosheid en het gewicht van het milieubelang

Bijzonder aan het milieurecht is dat het daarin centraal staande object, het milieu, stemloos is. Het milieu kan niet zelf in beroep komen tegen besluiten die hem mogelijk schade berokkenen en evenmin zijn zaak (voor de rechter) bepleiten. Dit zou voor de rechter aanleiding kunnen zijn om zich in milieugeschillen actief op te stellen. Bijvoorbeeld door het hanteren van een soepel ontvankelijkheidscriterium jegens personen die beweerdelijk voor het milieu opkomen of van een meer indringende toetsing aan het milieubelang.

Van Wijmen heeft gepleit voor een bijzondere benadering van het milieubelang. Hij kwalificeert natuur en milieu als waarden, die als zodanig boven belangen staan.[149] Deze waarden zijn van een hogere orde vanwege hun bovenpersoonlijke en collectieve karakter, vanwege het feit dat zij 'voorgegeven' zijn (ik begrijp dit als: niet door de mens in het leven geroepen) en vanwege het feit dat de mens daarvan afhankelijk is. Waarden kunnen niet zomaar tegen belangen worden afgewogen. Omdat Van Wijmen inziet dat een onaantastbare positie van waarden onmogelijk is, wil hij een inbreuk daarop wel toestaan, maar slechts onder de voorwaarde dat daarvoor een 'zwaarwegende maatschappelijke noodzaak' bestaat. Bij een dergelijke noodzaak denkt hij in beginsel slechts aan de vervulling van menselijke basisbehoeften. Ook moet in geval van aantasting te allen tijde het voor de natuur en het milieu minst belastende alternatief worden gekozen.[150]

Ik deel de stellingname van Van Wijmen niet. De aard van een belang, met name het fundamentele karakter daarvan, kan aanleiding zijn voor een meer intensieve rechterlijke toetsing van de door het bestuursorgaan gepleegde afweging, waarbij als uitgangspunt geldt dat op het fundamentele belang niet snel een inbreuk mag worden gemaakt. Aan het slot van paragraaf 3.4.3 is in dit verband gewezen op sociale verzekeringszaken en de klassieke grondrechten. Het belang van de bescherming van het milieu is niet van dezelfde orde. Voor het overleven van de mens is weliswaar vereist dat de kwaliteit van natuur en milieu op een zeker niveau wordt gewaarborgd, maar dat bestaansniveau komt niet gauw in het gedrang als gevolg van een enkel vergunning- of handhavingsbesluit. Ook het 'autonome' belang van het milieu wordt in brede kring niet als een zodanig fundamenteel belang gezien dat daarop in beginsel geen inbreuk mag worden gemaakt. Het is verder van

149 Zie Van Wijmen 1998, m.n. p. 148-150 en 193-196. In zijn inaugurele rede voert Van Wijmen het 'waarde'-argument wederom aan: *Recht doen aan de natuur* (oratie Tilburg), Tilburg: Brabants Landschap 2001.

150 Mogelijk heeft Van Wijmen zich hierbij laten inspireren door de milieu-effectrapportageregeling in de Wet milieubeheer, op grond waarvan het meest milieuvriendelijke alternatief en het nul-alternatief voor een m.e.r.-plichtige activiteit moeten worden onderzocht.

belang te signaleren dat milieugeschillen vaak (mede) gaan over hinderaspecten als stank, die lang niet altijd ook een inbreuk op natuurwaarden vormen.

Overigens zou de wet wel kunnen bepalen dat het milieubelang zwaarder weegt dan andere belangen, wat bijvoorbeeld vaak het geval is in het natuurbeschermingsrecht.[151] Uit de tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de Wet milieubeheer wordt evenwel vanouds niet afgeleid dat het milieubelang zwaarder moet wegen dan andere belangen. Zie hierover hoofdstuk 4, paragraaf 2.3.2.1.[152]

Dat het milieu stemloos is, betekent niet dat het belang van de bescherming van het milieu niet wordt verdedigd, ook voor de rechter. In Nederland zijn vele organisaties actief, zowel op landelijk als op regionaal en lokaal niveau, die blijkens hun statuten en feitelijke werkzaamheden het milieubelang behartigen. Deze organisaties zijn, ook na afschaffing van de *actio popularis* in 2005,[153] ontvankelijk in milieugeschillen, omdat zij op grond van art. 1:2 lid 3 Awb belanghebbende zijn bij milieubesluiten (althans bij besluiten die een milieuaspect raken dat de desbetreffende organisatie in het bijzonder behartigt). Toch vormt het bestaan van deze milieuorganisaties alléén onvoldoende grondslag om te stellen dat het milieubelang een stem heeft gelijk andere belangen. Het (voort)bestaan van deze organisaties is immers niet gegarandeerd, omdat zij vaak afhankelijk zijn van contributies en/of subsidies en daarnaast vaak bestaan bij de gratie van een actief kader. En ook andere gebeurtenissen kunnen voor hen aanleiding zijn om niet daadwerkelijk op te treden.[154] Daarnaast verdient opmerking dat er stemmen opgaan om art. 1:2 lid 3 Awb af

151 Hierbij kan worden gedacht aan de ontheffingsgrond '[…] dwingende redenen van groot openbaar belang […]' in art. 16 van de Habitatrichtlijn en art. 19h Natuurbeschermingswet 1998. Er mag niet snel worden aangenomen dat dergelijke redenen, die een besluit kunnen rechtvaardigen dat significante nadelige gevolgen heeft voor een Habitatrichtlijngebied, aanwezig zijn.

152 Overigens bespreek ik daar een passage uit de wetsgeschiedenis waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het milieubelang wel structureel zwaarder moet wegen dan andere belangen.

153 Tot 2005 kon op grond van de Wet milieubeheer een ieder in beroep tegen een milieuvergunning, mits hij bedenkingen had ingebracht tegen het ontwerp-besluit tot vergunningverlening.

154 De moord op Pim Fortuyn, gepleegd door Volkert van der G. die deel uitmaakte van de Vereniging Milieu-Offensief, lijkt tot gevolg te hebben gehad dat het draagvlak van vooral 'stelselmatig' procederende milieuorganisaties is verminderd. Dat dergelijke organisaties relatief vaak succes boeken in vergunningzaken tegen vooral intensieve veehouderijen, kan hen echter bezwaarlijk worden tegengeworpen. Het zegt eerder iets over de kwaliteit van de besluitvorming en wellicht ook iets over de complexiteit van de materie. Zie ook Jongma en Michiels 2002.

te schaffen.[155] Recent is voorgesteld om bij procedures over wegverbredingen alleen beroep open te stellen voor direct belanghebbenden.

Naar mijn mening zou het feit dat het milieubelang niet (gegarandeerd) een volwaardige stem heeft, voor de rechter een reden moeten zijn om zich in milieugeschillen soepel op te stellen wat de ontvankelijkheid betreft. Zodoende kan de rechter bewerkstelligen dat hij zoveel mogelijk op de hoogte is van alle milieu-aspecten van een besluit en dat hij deze bij zijn oordeel kan betrekken.[156] Aldus wordt gewaarborgd dat de stem van het milieubelang voldoende kan worden gehoord.

Hoewel de ontvankelijkheid in milieuberoepen door de afschaffing van de *actio popularis* natuurlijk is beperkt, heeft de rechter nog wel enige speelruimte voor een ruimhartig ontvankelijkheidsbeleid. Híj bepaalt immers in het concrete geval of een (rechts)persoon op grond van art. 1:2 Awb belanghebbende is.[157] Daarnaast heeft de rechter enige ruimte bij het beoordelen of beroepsgronden ontvankelijk zijn. De Afdeling leidt uit de tekst en wetsgeschiedenis van het op 1 juli 2005 gewijzigde art. 6:13 Awb af dat een belanghebbende in beginsel slechts beroep kan instellen tegen onderdelen van een besluit waarover hij een zienswijze naar voren heeft gebracht. In milieuvergunninggeschillen vat zij de beslissingen over de aanvaardbaarheid van de verschillende categorieën milieugevolgen, zoals geluidemissie, geuremissie en lichthinder, op als besluitonderdeel.[158] Aldus vaart de Afdeling al een ruimere koers dan onder de oude Medemblik-lijn (waarbij elke beroepsgrond zijn grondslag moest vinden in de tegen het ontwerp-besluit inge-

155 Zie de door De Poorter 2003, p. 120-121, genoemde auteurs. De Poorter pleit overigens voor behoud van het beroepsrecht voor belangenorganisaties (p. 123). Ook buiten de juridische literatuur wordt met enige regelmaat gepleit voor het beperken van het beroepsrecht tot direct belanghebbenden. Zie bijvoorbeeld E. Brinkman, voorzitter van brancheorganisatie Bouwend Nederland, in een interview met O. van Joolen, 'Bezwaarmakers funest voor Nederland', *Algemeen Dagblad* 30 oktober 2007, <www.ad.nl/binnenland/article1786687.ece>.

156 De door de wetgever met de afschaffing van de *actio popularis* gekozen optie (een ieder kan zienswijzen indienen, maar alleen belanghebbenden kunnen in beroep) is mijns inziens inconsequent. Hoewel aldus alle gezichtspunten wel aan het bestuur kunnen worden gepresenteerd, kunnen indieners van zienswijzen (niet zijnde belanghebbenden) deze niet voorleggen aan de rechter. Inspraak is op die manier niet effectief. Het zou beter zijn om een indiener van een zienswijze tegen het ontwerpbesluit uit dien hoofde te beschouwen als belanghebbende bij (althans als beroepsgerechtigde tegen) het definitieve besluit. Konijnenbelt 2003, p. 13, wijst erop dat aldus wordt gewaarborgd dat ieders inbreng in de zienswijzenfase door het bestuursorgaan serieus wordt genomen. Ook de wetgever zag, eerder, het beroepsrecht als een afgeleide van het recht tot inspreken (zie De Gier en Robbe 1999, p. 607, noot 7). Ik realiseer mij overigens dat de door mij voorgestane optie praktisch op hetzelfde neerkomt als de *actio popularis*.

157 De Afdeling gebruikt hiervoor als criterium of bij de desbetreffende (rechts)persoon nadelige milieugevolgen kunnen worden ondervonden van de vergunde activiteit.

158 Zie de eerste uitspraak over de uitleg van art. 6:13 Awb in milieuvergunninggeschillen: ABRvS 1 november 2006, 200602308/1, *AB* 2007, 95, m.nt. Van den Broek en Marseille, *JB* 2007, 6, m.nt. Timmermans.

brachte zienswijzen (toen nog bedenkingen geheten)), maar zij heeft op zich de ruimte om een (nog) ruimer ontvankelijkheidsbeleid te voeren.

De niet (gegarandeerd) volwaardige stem van het milieu noopt echter niet tot een indringende(r) rechterlijke toets in milieugeschillen. De kwestie van de 'stemloosheid' heeft immers betrekking op het stadium van de ontvankelijkheid (alleen als degene die het milieubelang behartigt ontvankelijk is, kan de stem van het milieu gehoord worden), terwijl de indringendheid van de toetsing betrekking heeft op het daaropvolgende stadium waarin een geschil inhoudelijk door de rechter wordt behandeld (en het erom gaat hoe luid de stem van het milieu wordt gehoord).

4.4 Het technische karakter van het milieurecht

In milieu(vergunning)geschillen stuit de rechter in veel gevallen op technische aspecten waarvan hij enig begrip moet hebben om het geschil te kunnen beslechten. Deze aspecten betreffen allerlei gegevens over de in het geschil centraal staande inrichting en de daar verrichte activiteiten, bijvoorbeeld wat de gebruikte techniek behelst, wat de stand van de techniek ten aanzien van een activiteit is en hoe de aangevraagde of gebruikte techniek zich daarmee verhoudt, wat de verwachte effectiviteit is van een te treffen voorziening, wat de eigenschappen zijn van een opgeslagen stof etc., en meer feitelijk-technische gegevens zoals de brandwerendheid van een bepaald type deur.

Wanneer de rechter in een geschil niet over de relevante technische informatie en kennis beschikt, zal zijn toetsing in beginsel noodgedwongen afstandelijk zijn. Een gebrek aan kennis vormt echter geen valide reden om een geschil marginaal te toetsen. De rechter zal in zo'n geval een deskundigenbericht moeten inwinnen om een zodanig inzicht in de desbetreffende materie te verkrijgen dat hij zich een oordeel kan vormen over de gegrondheid van het beroep.[159] Dit is niet per se een definitief-inhoudelijk oordeel. Als de rechter ook na lezing van het deskundigenbericht twijfel houdt over de onderbouwing van het besluit, zonder dat duidelijk is dat de vergunning sowieso niet kan worden verleend, zal hij moeten volstaan met een motiverings- en/of zorgvuldigheidsvernietiging.

Voor het bereiken van een bepaald beschermingsniveau (zoals bijvoorbeeld neergelegd in doelvoorschriften in een milieuvergunning) is vaak meer dan één technische oplossing mogelijk. Mits de gekozen oplossing is gebaseerd op minimaal de beste beschikbare technieken (tot december 2005: mits zij voldoet aan het alara-beginsel[160]) beschikt het bevoegd gezag hierbij over keuzevrijheid. Zoals hiervoor aan het slot van paragraaf 4.2 al aan de orde

159 Zie over de deskundigenadvisering aan de rechter hoofdstuk 5.
160 Zie over dit begrip hoofdstuk 4, paragraaf 2.3.2.2.

kwam, treedt deze vrijheid in de praktijk echter nauwelijks aan het licht. Het bevoegd gezag sluit zich wat de normstelling in een vergunning betreft namelijk doorgaans aan bij buitenwettelijke richtlijnen, die weergeven hoe het bevoegd gezag zijn beoordelingsruimte bij een bepaald milieuaspect zou kunnen invullen. De Afdeling controleert daarop slechts of het bevoegd gezag de richtlijn juist heeft toegepast.[161] Aan een zelfstandige beoordeling wat het belang van de bescherming van het milieu eist komt zij dan niet toe, laat staan aan een indringende toetsing.

5 SAMENVATTING EN CONCLUSIE

5.1 Rechtsbescherming tegen de overheid: door bestuur of rechter?

In de loop van de 19e eeuw brak in Nederland het inzicht door dat het wenselijk was om de burger rechtsbescherming te bieden tegen het handelen van de overheid. Lange tijd heeft verschil van mening bestaan of het bestuur of de rechter hierin moest voorzien. Oorzaak van deze impasse was dat men heel lang moeilijk afscheid kon nemen van het ideaal van een absoluut parlementair-democratisch stelsel. Dit ideaal vindt zijn grondslag in het (revolutionair-) democratische gedachtegoed dat aan het einde van de 18e eeuw in West-Europa hoogtij vierde en dat als centrale idee de scheiding van de staatsmachten had. Met de machtenscheiding, zoals die aanvankelijk rigide werd beleden, was onafhankelijke bestuursrechtspraak niet verenigbaar. De rechter zou dan immers moeten oordelen over handelingen van het bestuur. Belangrijker was echter dat men in dat stelsel aan een onafhankelijke bestuursrechter geen behoefte had. In een tijd waarin het volk zich net had bevrijd van alleenheersers, vormde de wil van het volk de maat van alle dingen. De volkswil kwam tot uiting door middel van de parlementaire democratie: de gekozen volksvertegenwoordigers zouden de wil van het volk uitvoeren. Hierop werd de theoretische gedachte gebaseerd dat elk overheidshandelen democratisch gelegitimeerd en dus in beginsel in het algemeen belang was. Controle op overheidshandelen kon in deze gedachte alleen geschieden door de volksvertegenwoordigers die optraden namens de burgers.

Aan het eind van de 19e eeuw werd ingezien dat deze sterk 'parlementaire' leer niet voorzag in regulering van het bestuursoptreden van alledag. Een grote verbetering was dat er een onderscheid werd gemaakt tussen macrobestuur en microbestuur. Macrobestuur betreft vooral het maken van wettelijke regelingen en beleid (uit politieke overwegingen), microbestuur betreft het toepassen daarvan in de vorm van concrete rechtshandelingen van het bestuur waarbij

161 De door de StAB aan de Afdeling uitgebrachte deskundigenberichten gaan ook vaak in op deze vraag. Zie over de rol van buitenwettelijke richtlijnen nader hoofdstuk 4, paragraaf 4.

een rechtsrelatie ontstaat tussen bestuur en burger (bijvoorbeeld het verlenen van een vergunning). Ingezien werd dat de gekozen volksvertegenwoordiging, zeker op decentraal niveau, nooit alle genomen bestuursbesluiten kan controleren. Samen met de in West-Europa ontwikkelde idee van de democratische rechtsstaat werden de geesten daarmee langzaam rijp voor het invoeren van onafhankelijke bestuursrechtspraak.

Toch bestond er nog veel huiver voor de macht van een 'oncontroleerbare rechter'. Toen Minister Loeff in 1905 met tamelijk verstrekkende voorstellen kwam om dergelijke rechtspraak daadwerkelijk in te voeren, bleken die nog een brug te ver. Struycken slaagde er met een beroep op de parlementair-democratische gedachte in om deze voorstellen te torpederen. Een algehele regeling van administratieve rechtspraak, zoals in Duitsland en Frankrijk inmiddels was ingevoerd, was hiermee voor langere tijd uit het zicht verdwenen. In de behoefte aan bescherming tegen bestuursoptreden werd voorzien door op deelgebieden beroep open te stellen bij de Kroon of bij de rechter; ook vatte de burgerlijke rechter zijn taak ruimer op. Zowel het bestuursprocesrecht als de bestuursrechterlijke organisatie hebben zich hierdoor sterk *ad hoc* ontwikkeld. Pas in de tweede helft van de 20e eeuw heeft de rechtsbescherming tegen de overheid in ons land een hoge vlucht genomen. Na een zetje door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de Benthem-uitspraak, is in 1988 met de Tijdelijke wet Kroongeschillen definitief gekozen voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming door de rechter.

5.2 Toetsingsintensiteit: benadering vanuit bestuur of vanuit rechter?

Met de hiervoor geschetste ontwikkeling van de bestuursrechtspraak in Nederland hangt samen dat het denken over de (gewenste) verhouding tussen bestuur en rechter, welke verhouding voor een belangrijk deel zijn weerslag vindt in de intensiteit van de rechterlijke toetsing, altijd is benaderd vanuit het oogpunt van de wetgever en het bestuur. Zij zijn de 'primaire' machten: zonder een wetgever die regelingen maakt en een bestuur dat aan die regels uitvoering geeft, valt er voor een bestuursrechter niet veel te toetsen. Uitgaande van de wenselijkheid van een democratisch staatsbestel, dient het primaat van de besluitvorming te liggen bij de gekozen volksvertegenwoordiging. Zoals hiervoor is uiteengezet, is hieraan traditioneel de gedachte gekoppeld dat het bestuurlijk handelen democratisch is gelegitimeerd en daarom in het geheel niet (zo vond men aanvankelijk) of slechts terughoudend (zo vond men na verloop van tijd) door een niet democratisch gelegitimeerde rechter mag worden getoetst. De werkgroep Van Kemenade heeft deze gedachte aan het eind van de vorige eeuw weer nieuw leven ingeblazen. Het is echter de wetgever en niet zozeer het bestuur dat democratisch is gelegitimeerd. In dit hoofdstuk is uiteengezet dat er heel wat af te dingen valt op de democratische

legitimatie van een willekeurig bestuursbesluit, met name als dat afkomstig is van een decentraal bestuursorgaan. Dit traditionele argument voor een terughoudende rechterlijke toetsing van bestuursbesluiten is dus niet valide en moet worden losgelaten.

Deze conclusie laat echter onverlet dat het juist is om het vraagstuk van de rechterlijke toetsingsintensiteit vanuit de machtenscheiding en de daarbij behorende taakverdeling te benaderen. Volgens deze taakverdeling is de wetgever als eerste aan zet. Hij maakt een regeling ter verwezenlijking van een bepaald politiek of beleidsmatig doel of ter regulering van een bepaald maatschappelijk fenomeen.[162] In deze regeling formuleert hij de bevoegdheden die het bestuur kan aanwenden ter uitvoering van die regeling. Als die regeling een gebonden bevoegdheid bevat, heeft de wetgever het speelveld voor zowel bestuur als rechter in aanzienlijke mate beperkt. De wet geeft dan aan in welke situaties door het bestuur van de bevoegdheid gebruik mag (en dan ook moet) worden gemaakt. Discussie, want ruimte voor interpretatieverschillen, bestaat dan alleen bij beantwoording van de vraag of zich een van de in de wet genoemde situaties voordoet. Bij niet gebonden bevoegdheden, die veel vaker voorkomen, hebben zowel bestuur als rechter meer speelruimte. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen beoordelingsruimte en beleidsruimte.

Bij beoordelingsruimte gaat het om de ruimte die het bestuursorgaan heeft om te beoordelen of de voorwaarden voor het gebruik maken van een bevoegdheid zijn vervuld, dus of de bevoegdheid *kan* worden gebruikt. Deze ruimte bestaat doordat de bevoegdheidsvoorwaarde is vervat in een vage term die nader moet worden ingevuld door het bestuursorgaan.[163] Beleidsruimte is de ruimte voor het bestuursorgaan om te beslissen of hij een bevoegdheid ook daadwerkelijk *zal* gebruiken en, zo ja, *hoe*. De aanwending van de bevoegdheid staat het orgaan tot op zekere hoogte (zie de volgende alinea) vrij, omdat de in de wettelijke bepaling opgenomen norm niet aangeeft tot welke specifieke toepassing moet worden besloten en deze evenmin aangeeft wanneer de bevoegdheid mag of moet worden toegepast.

Het verband dat in de doctrine doorgaans wordt gelegd tussen de twee vormen van beslissingsruimte enerzijds en de mogelijkheid tot een belangenafweging anderzijds, namelijk dat die mogelijkheid bij beleidsruimte wel en bij beoordelingsruimte niet bestaat, moet worden genuanceerd. Dit is van belang voor

162 Bijvoorbeeld een wet waarin wordt gereguleerd hoe bedrijfsmatige activiteiten kunnen worden verricht met de nodige waarborgen ten behoeve van het milieu: de Wet milieubeheer.

163 Zie het eerder in dit hoofdstuk gegeven voorbeeld van de vage voorwaarde 'aanmerkelijk gevaar voor de gezondheid, onduldbare hinder of ernstige schade' uit art. 43 lid 1 van de Wet inzake de luchtverontreiniging.

de rechterlijke toetsing, omdat wordt aangenomen dat een belangenafweging een typisch beleidsmatige aangelegenheid is, waarbij een terughoudende rechterlijke toetsing passend is. Die nuancering ligt in de eerste plaats daarin dat bij bevoegdheden met beide vormen van beslissingsruimte de belangenafweging eerder aan de orde is bij de beoordelingsvraag dan bij de invulling van de beleidsruimte. In de tweede plaats kan een bepaalde invulling van de beoordelingsruimte tot gevolg hebben dat de ruimte om geen gebruik te maken van de bevoegdheid eigenlijk niet meer bestaat. Dit heb ik eerder in dit hoofdstuk geïllustreerd aan de hand van art. 43 lid 1 van de Wet inzake de luchtverontreiniging.

De wetgever kan in de tekst van de wet aangeven of sprake is van beslissingsruimte voor het bestuur. Indien een bepaling luidt dat 'het bestuursorgaan kan optreden indien er naar zijn oordeel sprake is van …', duidt het werkwoord 'kunnen' op beleidsruimte en de frase 'naar zijn oordeel' op beoordelingsruimte. De rechter dient de invulling door het bestuur van deze beide typen beslissingsruimte in beginsel niet vol te toetsen, omdat hij dan de eigen taak en verantwoordelijkheid van het bestuur zou miskennen. De feitenvaststelling en de uitleg van wettelijke begrippen moet de rechter wel vol toetsen. Dit vloeit voort uit het streven naar materiële waarheidsvinding respectievelijk de noodzaak van een uniforme uitleg van de wet.

Behalve in de tekst van de wet kan de wetgever in de toelichting op de wet aanwijzingen geven wanneer en hoe van een bepaalde bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt, zij het dat dergelijke aanwijzingen niet bindend zijn voor de rechter.[164]

Het grote belang van de rol van de wetgever betekent echter niet dat de rechter zelf geen rol speelt bij de toetsingsintensiteit die hij aan de dag legt. De rechter moet in de eerste plaats altijd zelf vaststellen of sprake is van subjectieve en objectieve beoordelingsruimte. De wetstekst biedt hierover niet altijd (eenduidige) aanwijzingen. Indien de wet(sgeschiedenis) inderdaad zwijgt, is het de rechter die bepaalt waarvan sprake is; hij bepaalt dan dus zijn eigen speelveld. Maar ook als er wel aanwijzingen zijn in de wet of de wetsgeschiedenis over de aard van een norm, dan moeten die altijd nog worden geïnterpreteerd. De toelichting op de wet is nooit dermate concreet dat de rechter een pasklaar antwoord krijgt op de vraag hoe hij in een specifiek geval moet toetsen. Zelfs als de tekst van de wet wel eenduidig lijkt, kan de rechter zijn eigen plan

164 Denk hierbij bijvoorbeeld aan de wijziging eind 2005 van art. 8.11 lid 3 Wm, waarbij het alara-beginsel is vervangen door het criterium van de best beschikbare technieken. Op basis van de wetstekst is verdedigbaar dat deze wijziging strekt tot een meer emissiegerichte benadering, maar volgens de toelichting wilde de wetgever het toetsingskader niet inhoudelijk wijzigen. Zie hierover hoofdstuk 4, paragraaf 5.

trekken.[165] Ten aanzien van beleidsruimte heeft de rechter een vergelijkbare speelruimte als bij beoordelingsruimte.

Bij deze wetsinterpretatie, maar ook bij alle andere deelbeslissingen die de rechter neemt voordat hij tot de formulering van de uiteindelijke rechtsoverweging komt, speelt de persoon van de rechter een rol. Binnen de hiervoor aangegeven grenzen, die van geval tot geval kunnen verschillen, bepalen de persoonlijke voorkeuren en waarderingen van de rechter mede de wijze waarop hij invulling geeft aan zijn taak. Vanwege dit subjectieve element van de toetsing is de intensiteit daarvan maar tot op zekere hoogte voorspelbaar.[166]

De rechter heeft evenwel wel enig houvast bij het vaststellen of beoordelingsruimte en/of beleidsruimte bestaat. In bepaalde gevallen is namelijk eerder een marginale toetsing of juist een indringende toetsing aangewezen. Hierover gaat de volgende paragraaf.

5.3 Toetsingsintensiteit: invloed van de bijzondere kenmerken van het milieurecht?

In paragraaf 4 heb ik onderzocht of de bijzondere kenmerken van het milieurecht van invloed (moeten) zijn op de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Ik heb daarbij de volgende drie kenmerken onderscheiden: de omstandigheid dat vaak sprake is van een driepartijenverhouding, de omstandigheid dat het milieubelang stemloos is en het technische karakter van het milieurecht. Verder is, zoals in paragraaf 3.4.3 is besproken, voor de toetsingsintensiteit van belang of het milieubelang als een belang van fundamentele aard moet worden beschouwd en of de bevoegdheidsvoorwaarde waaraan de rechter toetst normatief is geformuleerd.

Het kenmerk dat er in een milieugeschil vaak sprake is van meer dan twee partijen lijkt aan de ene kant een aanwijzing voor een afstandelijke toetsing door de rechter. In een drie (of meer)-partijengeschil moet hij rekening houden met een veelheid aan belangen, en een complexe afweging van belangen kan bij uitstek op diverse manieren uitvallen. Aan de andere kant is het verdedigbaar dat de aanwezigheid van meerdere belanghebbenden voor de rechter aanleiding moet zijn om de voorbereiding van het besluit intensief te controleren, in die zin dat hij nagaat of aan alle belangen voldoende aandacht is

165 Zo was de Afdeling eerst van oordeel dat de bevoegdheidsvoorwaarde 'nodig in het belang van de bescherming van het milieu', ondanks de normatieve formulering daarvan, geen subjectieve beoordelingsruimte behelst, maar is zij hierop bij de *Wende* teruggekomen. Zie hierover nader hoofdstuk 4, paragraaf 3.

166 Voor deze stelling kan steun worden gevonden in mijn jurisprudentieonderzoek, zie hoofdstuk 6, paragraaf 6.2.2.

besteed. Belangrijker dan deze overwegingen is echter dat het toetsingskader van de Wet milieubeheer weinig ruimte laat om met andere belangen dan het milieubelang rekening te houden. De ruimte voor een afweging in een concreet geval, ook op louter milieuhygiënische gronden, wordt verder beperkt door de wijze waarop de Afdeling omgaat met buitenwettelijke richtlijnen.[167]

Het feit dat het milieubelang niet (gegarandeerd) een volwaardige stem heeft, in combinatie met het feit dat het milieubelang een ieder aangaat,[168] pleit mijns inziens voor een soepele rechterlijke opstelling wat de ontvankelijkheid betreft. Zodoende kan de rechter waarborgen dat hij zoveel mogelijk op de hoogte is van alle milieu-aspecten van een besluit en dat hij deze bij zijn oordeel kan betrekken.[169] De 'onvolwaardigheid' van de stem van het milieu noopt in zoverre evenwel niet tot een indringende(r) rechterlijke toets, omdat de indringendheid van de toetsing pas aan de orde komt in het stadium waarin de rechter een geschil inhoudelijk beoordeelt en de ontvankelijkheidsfase dus reeds is gepasseerd. Bovendien kan de rechter niet een bepaald belang *a priori* zwaarder laten wegen dan de andere af te wegen belangen, tenzij de wet of de wetsgeschiedenis daartoe aanleiding geeft of tenzij de rechter aanneemt dat het desbetreffende belang van fundamentele aard is (zie hierna).

De bevoegdheidsvoorwaarde van art. 8.11 lid 3 Wm, 'nodig in het belang van de bescherming van het milieu', is normatief geformuleerd. Bij een normatieve bevoegdheidsvoorwaarde is in beginsel een marginale toetsing aangewezen. In de eerste plaats omdat er dan eerder in redelijkheid over van mening kan worden verschild of de voorwaarde is vervuld. In de tweede plaats beschikt het bestuursorgaan bij normatieve begrippen in het algemeen over meer ruimte om een eigen beleid te formuleren over de invulling van dat begrip, en de rechter toetst beleid, ook een dergelijk 'beoordelingsbeleid', in beginsel terughoudend.

Hierbij moet worden aangetekend dat het normatieve karakter van een wettelijke norm niet doorslaggevend is voor de rechterlijke toetsingsintensiteit. Het fundamentele karakter van een belang kan namelijk aanleiding zijn voor een indringende toets, bijvoorbeeld indien de bestaanszekerheid in het geding is. Zo toetst de rechter in sociale verzekeringszaken de invulling van een normatief begrip als 'onverwijtbare werkloosheid' vol, omdat de rechtsbescherming daarom vraagt. Het belang van de bescherming van het milieu, of dat nu antropocentrisch of ecocentrisch wordt benaderd, kan echter niet worden

167 Zie daarover hierna, en uitgebreid hoofdstuk 4, paragraaf 4.
168 Dit geldt wellicht in mindere mate voor lokale hinderaspecten.
169 Om deze reden was het naar mijn mening ook beter geweest als de wetgever bij de invoering van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure had bepaald dat de indiener van een zienswijze tegen een ontwerp-besluit tot vergunningverlening uit dien hoofde belanghebbende is bij het definitieve besluit.

beschouwd als een zodanig fundamenteel belang dat daarop in beginsel geen enkele inbreuk mag worden gemaakt. Hierbij is ook van belang dat milieugeschillen mede gaan over hinderaspecten als stank, die lang niet altijd ook een inbreuk op natuurwaarden vormen.

De vraag of het technische karakter van milieugeschillen van invloed is op de toetsing door de rechter, is niet eenduidig te beantwoorden. De doorgaans niet technisch geschoolde rechter kan niet indringend toetsen als hij niet beschikt over voor zijn oordeel cruciale technische informatie of die informatie niet begrijpt. Door het inwinnen van een deskundigenrapport moet hij de benodigde informatie verkrijgen. Desondanks zullen zich in de praktijk vermoedelijk situaties voordoen waarin de rechter betwijfelt of hij, ook mét de aangereikte informatie, in staat is om de technische implicaties ten volle te doorgronden. In zo'n geval zal hij het bestuursorgaan enige ruimte laten.

Met het technische karakter van het milieurecht hangt verder samen dat er veel buitenwettelijke richtlijnen zijn. Het bevoegd gezag gebruikt deze richtlijnen vaak ter invulling van zijn beoordelingsruimte. De Afdeling stemt in haar jurisprudentie in met het 'eenvoudig volgen' van een richtlijn door het bevoegd gezag (dat wil zeggen dat het geen specifieke, individuele, beoordeling maakt in het concrete geval, maar daarop het algemene kader van de richtlijn toepast). Indien de appellant aanvoert dat het milieu door de gestelde vergunningvoorschriften onvoldoende wordt beschermd, beperkt de Afdeling zich tot een toets of de desbetreffende richtlijn correct is toegepast. Als de Afdeling van oordeel is dat dat het geval is, overweegt zij dat het bevoegd gezag het geboden beschermingsniveau in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten. De Afdeling geeft dus, indien het bevoegd gezag een richtlijn heeft gebruikt, geen op het concrete geval toegespitste inhoudelijke beoordeling van de geboden bescherming van het milieu. Haar beoordeling is dan terughoudend (alleen een algemene toets aan de richtlijn) en de toetsingsformulering is marginaal. Bij deze toetsingspraktijk past geen indringende toets.

Gelet op het voorgaande dient ter bepaling van de (juiste) toetsingsintensiteit in milieugeschillen nader onderzoek te worden verricht naar de formulering van het toetsingskader van de Wet milieubeheer, de toelichting daarop in de wetsgeschiedenis en de rol van de buitenwettelijke milieurichtlijnen, en daarnaast naar de wijze waarop de rechter met deze factoren omgaat. Dit onderzoek verricht ik in het volgende hoofdstuk.

4 Toetsingskader van de Wet milieubeheer, de *Wende* en milieurichtlijnen

1 INLEIDING

In dit hoofdstuk onderzoek ik in welke mate het bevoegd gezag bestuurlijke vrijheid heeft bij het beslissen op een vergunningaanvraag op grond van de Wet milieubeheer. Zoals ik aan het slot van het vorige hoofdstuk heb geconcludeerd, zijn hierbij de volgende factoren van belang: de formulering van het toetsingskader van de Wet milieubeheer, de toelichting daarop in de wetsgeschiedenis en de rol van de buitenwettelijke milieurichtlijnen, en in aanvulling daarop de wijze waarop de rechter met deze factoren omgaat. De belangrijkste bepalingen met betrekking tot de verlening van een milieuvergunning zijn de art. 8.8, 8.10 en 8.11 Wm. In dit hoofdstuk ga ik primair uit van de tekst van hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer zoals die luidde tot de wetswijziging van 1 december 2005 tot aanpassing van de Wet milieubeheer aan de Europese IPPC-richtlijn. De belangrijkste reden hiervoor is dat de door mij onderzochte jurisprudentie (zie hoofdstuk 6) is gewezen onder het oude recht. Bovendien is het toetsingskader weliswaar ingrijpend gewijzigd, maar tegelijkertijd voor een belangrijk deel hetzelfde gebleven. Verderop in dit hoofdstuk onderzoek ik of de bevindingen over het tot 1 december 2005 geldende toetsingskader ook opgaan voor het nieuwe toetsingskader.

Meer in detail komt in dit hoofdstuk het volgende aan de orde.

In paragraaf 2 bespreek ik de tekst en de parlementaire behandeling van art. 8.8, 8.10 en 8.11 Wm (oud), en onderzoek ik wat daaruit kan worden afgeleid over de aanwezigheid van beoordelingsruimte en beleidsruimte voor het bevoegd gezag.

In paragraaf 3 bespreek ik de zogenoemde *Wende*-uitspraken van de Afdeling van 21 april 1998, waarin de Afdeling de door haar tot dan toe in milieuvergunninggeschillen gehanteerde volle toets losliet en beoordelingsruimte introduceerde voor het bevoegd gezag. Verder komt in deze paragraaf aan de hand van de opvattingen in de literatuur aan de orde of het bevoegd gezag bij de beslissing op een aanvraag om een milieuvergunning, behalve over beoordelingsruimte, ook over beleidsruimte beschikt. In het verlengde hiervan beantwoord ik de vraag of het bevoegd gezag het milieubelang kan afwegen tegen andere belangen.

In paragraaf 4 bespreek ik de rol van buitenwettelijke richtlijnen bij de toetsing in milieuvergunninggeschillen en de gevolgen voor die rol van de *Wende*. Van oudsher sluit het bevoegd gezag bij het stellen van vergunningvoorschriften in belangrijke mate bij deze richtlijnen aan. In deze paragraaf onderzoek ik of de wijze waarop het bevoegd gezag omgaat met milieurichtlijnen en de wijze waarop de rechter die toetst, juist is, gelet op de aard van de richtlijnen. Voorts komt aan de orde in hoeverre de *Wende* de centrale rol van milieurichtlijnen heeft veranderd, bijvoorbeeld doordat het bevoegd gezag gebruik is gaan maken van de mogelijkheid om een eigen beoordelingskader op te stellen, dat afwijkt van de voor het desbetreffende aspect bestaande richtlijn. Ook onderzoek ik of de Afdeling het gebruik van richtlijnen door het bevoegd gezag op een andere manier toetst, of dat zou moeten doen, dan vóór de *Wende*.

In paragraaf 5 bespreek ik de gevolgen die de voornoemde wetswijziging van 1 december 2005 heeft voor de toetsing in milieugeschillen. Een belangrijke vraag daarbij is in hoeverre het gewijzigde toetsingskader van de Wet milieubeheer beoordelingsruimte en beleidsruimte biedt bij het beslissen op de vergunningaanvraag. Daarnaast komt aan de orde in hoeverre de wetswijziging verandering brengt in de grondslag van milieurichtlijnen en in de wijze waarop het bevoegd gezag en de rechter daarmee moeten omgaan.

In paragraaf 6 sluit ik het hoofdstuk af met een samenvatting en conclusie.

2 Beslissingsruimte bij de milieuvergunning; aanwijzingen in wet en wetsgeschiedenis

Twee factoren zijn van groot belang om te kunnen bepalen in welke mate beslissingsruimte[1] bestaat bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag: de formulering van de desbetreffende wetsbepalingen en in combinatie daarmee de wetsgeschiedenis. Deze twee factoren bespreek ik in deze paragraaf.

De art. 8.8 (met name lid 3), 8.10 en 8.11 lid 3 Wm bevatten het toetsingskader voor het bestuursorgaan dat een aanvraag om een milieuvergunning moet beoordelen. Zoals gezegd in paragraaf 1, ga ik hierna primair uit van de tekst van hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer zoals die luidde tot de wetswijziging van 1 december 2005 tot aanpassing van de Wet milieubeheer aan de IPPC-richtlijn. In paragraaf 5 onderzoek ik of de bevindingen over het tot 1 december 2005 geldende toetsingskader ook opgaan voor het nieuwe toetsingskader.

1 Ik gebruik beslissingsruimte als overkoepelende term voor beoordelings- en beleidsruimte. Zie hierover het voorgaande hoofdstuk, paragraaf 3.

Voor het wijzigen van vergunningen geldt op basis van art. 8.22 en 8.23 Wm een vergelijkbare regeling als voor het verlenen ervan, althans wat betreft de beslissingsruimte van het bestuur. De art. 8.8, 8.10 en 8.11 zijn daarop van overeenkomstige toepassing verklaard (zie art. 8.22 lid 4 en 8.23 lid 3 Wm). Voor wijziging op aanvraag van de vergunninghouder geldt hetzelfde (zie art. 8.24).

Voor het intrekken van een vergunning geeft art. 8.25 Wm een aantal gronden. Sommige hiervan zijn qua formulering vergelijkbaar met de regeling van de vergunningverlening en geven beoordelingsruimte (sub a en b), andere zijn feitelijk van aard (sub c tot en met e). Art. 8.8 is van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 8.25 lid 4). Voor intrekking op verzoek van de vergunninghouder geldt hetzelfde criterium als voor de voorschriften bij verlening van de vergunning, namelijk 'het belang van de bescherming van het milieu' (art. 8.26). Ook op deze intrekking is art. 8.8 van overeenkomstige toepassing verklaard (in lid 2).

Het toetsingskader in geval van wijziging en intrekking van een vergunning bevat dus geen formuleringen die afwijken van het toetsingskader dat geldt in gevallen waarin is gevraagd om verlening van een vergunning. Om deze reden richt ik hierna alleen de aandacht op de bepalingen inzake de verlening van een vergunning.

2.1 Artikel 8.8 Wm

Van het toetsingskader is art. 8.8 het meest direct tot het bevoegd gezag gericht. Het bevoegd gezag moet op grond van het eerste lid bepaalde factoren (in ieder geval) bij de beslissing betrekken, met andere factoren (in ieder geval) rekening houden (lid 2), en andere factoren (in ieder geval) in acht nemen (lid 3). Getuige de woorden 'in ieder geval' is telkens geen limitatieve opsomming beoogd.

De in het eerste lid genoemde factoren, die bij de beslissing betrokken moeten worden, betreffen de elementen die bij de voorbereiding van het besluit over de vergunningverlening een rol spelen. De bepaling houdt eigenlijk een plicht in tot kennisvergaring, en kan aldus worden gezien als een invulling van het formele zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb. Het bevoegd gezag kan zich hierbij baseren op rapporten, beleidsnota's, plannen, een recent uitgevoerde MER etc.[2]

In het tweede lid is bepaald dat het bevoegd gezag in ieder geval rekening houdt met het voor hem geldende milieubeleidsplan en, voor zover dat bij AMvB is bepaald, met de relevante richtwaarden. Net als de in het derde lid

2 Zie Backes, Gilhuis en Koeman (red.) 2006, randnr. 243.

genoemde factoren heeft deze categorie betrekking op de inhoud van het besluit. De betekenis van deze bepaling voor het concrete geval hangt sterk af van het van toepassing zijn van richtwaarden en daarnaast van hoe concreet er beleidsuitspraken over de desbetreffende materie in het milieubeleidsplan zijn opgenomen. Hoe meer dit laatste het geval is, des te moeilijker zal het voor het bevoegd gezag zijn om daarvan af te wijken en des te zwaardere motiveringseisen worden er aan een dergelijke afwijking gesteld.[3]

De in het derde lid genoemde factoren moeten in acht worden genomen. Het gaat hier voornamelijk om van toepassing verklaarde grenswaarden en om bij AMvB of provinciale verordening gestelde algemene regels. Deze factoren zijn bindend voor het vergunningverlenend orgaan. Dit blijkt uit de imperatieve formulering 'neemt in acht' en uit art. 8.10 lid 2 Wm, dat bepaalt dat de vergunning geweigerd wordt bij strijd met hetgeen op grond van art. 8.8 lid 3 door het bevoegd gezag in acht moet worden genomen.

Het verschil in binding blijkt ook uit de wetsgeschiedenis:

> 'Het verschil tussen de termen 'rekening houden met' en 'in acht nemen' betreft de mate van beleidsvrijheid[4] die het bevoegd gezag bij de beslissing heeft: van de in het tweede lid bedoelde elementen kan het bevoegd gezag gemotiveerd afwijken, met betrekking tot de in het derde lid genoemde elementen – inclusief de eventueel daarbij aangegeven bandbreedte[5] – is er geen ruimte voor afwijken.'[6]

Hoewel het in het eerste lid om van elementair belang zijnde informatie gaat, zoals de gevolgen voor het milieu die de inrichting kan veroorzaken, is de mate van binding van dit lid de minst sterke van de drie.[7] Anders dan bij de factoren uit het tweede en derde lid, die concrete documenten of getalswaarden betreffen, kán ten aanzien van de meer algemene factoren uit het eerste lid ook niet objectief worden vastgesteld dat daarmee in strijd is gehandeld. Het bevoegd gezag hoeft alleen aan te kunnen tonen dat het zich van de in het eerste lid genoemde gegevens op de hoogte heeft gesteld en dat het de desbetreffende informatie heeft 'betrokken bij' zijn beslissing. In de praktijk

---

3 Zie Backes, Gilhuis en Koeman (red.) 2006, randnr. 243.

4 Ik laat nu even daar of de regering hier terecht spreekt van beleidsvrijheid in plaats van beoordelingsvrijheid. Elders in de toelichting, bij de niet artikelsgewijze bespreking van het toetsingskader (MvT bij het wetsvoorstel Vergunningen en algemene regels, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 087, nr. 3 (hierna: MvT VAR), p. 31 en 32) en bij de toelichting op art. 8.11 lid 4 (toen art. 16 lid 4) (MvT VAR, p. 77), gebruikte zij overigens de meer algemene term 'beslissingsvrijheid'.

5 MvA bij het wetsvoorstel Vergunningen en algemene regels, *Kamerstukken II* 1989/90, 21 087, nr. 6 (hierna: MvA VAR), p. 30.

6 MvT VAR, p. 72; zie ook p. 32.

7 In dit verband wordt ook wel gesproken van aandachtscriteria versus beslissingscriteria. Zie Jongma 2002, p. 109-117.

loopt de vergunningprocedure hier zelden op stuk, namelijk alleen als blijkt dat aan bepaalde gegevens geen enkele aandacht is besteed.[8] Het is overigens de bedoeling dat art. 8.8 lid 1 in de toekomst van grotere betekenis wordt.[9]

Opmerkelijk is dat buitenwettelijke richtlijnen, circulaires etc. niet worden genoemd in art. 8.8, terwijl zij in de praktijk van heel grote betekenis waren en zijn bij de beslissing over een milieuvergunning.[10] Nu art. 8.8 niet-limitatief is geformuleerd, staat deze bepaling er evenwel niet aan in de weg dat deze documenten bij de beslissing op een aanvraag worden betrokken.[11]

2.2 Artikel 8.10 Wm

Art. 8.10 lid 1 bepaalt: 'De vergunning kan slechts in het belang van de bescherming van het milieu worden geweigerd.'

In art. 8.10 lid 2 is voorgeschreven dat de vergunning (in ieder geval) geweigerd wordt, indien verlening niet in overeenstemming te brengen zou zijn met de op grond van art. 8.8 lid 3 in acht te nemen factoren of strijd zou opleveren met de in art. 8.9 bedoelde bij of krachtens de wet gestelde regels.[12]

Op grond van art. 8.10 lid 1 Wm kan de vergunning slechts in het belang van de bescherming van het milieu worden geweigerd.

Zoals in hoofdstuk 3, paragraaf 3.1, is opgemerkt, wijst het gebruik van het woordje 'kan' op beleidsruimte. Volgens Stroink is daarvan in dit artikel dan ook sprake.[13] Michiels merkt echter terecht op dat dit geen 'kan-bepaling' is, maar een 'kan-slechts-bepaling'.[14] De vergunning kan alleen in het belang van de bescherming van het milieu worden geweigerd. In die zin geeft het

---

8 In het ECW-evaluatieonderzoek van Castelein e.a. 1998 wordt geconstateerd dat de in lid 1 genoemde aspecten in het algemeen niet of nauwelijks in de vergunning aan de orde komen (zie p. 32). Ik heb de indruk dat voor de rechter eigenlijk alleen een beroep wordt gedaan, en soms met succes, op de aspecten onder c en d: de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen met betrekking tot het gebied waar de inrichting is gelegen respectievelijk de ingebrachte bedenkingen (nu: zienswijzen).

9 Op grond van het bij de voornoemde wetswijziging van 1 december 2005 ingevoerde vierde lid moet het bevoegd gezag namelijk motiveren op welke wijze de in het eerste lid genoemde aspecten de inhoud van het besluit hebben beïnvloed. Zie paragraaf 5.2.1 hierna.

10 Vgl. de aanbeveling van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer uit 1998 om te bezien of richtlijnen niet in het toetsingskader van de wet zouden moeten of kunnen worden opgenomen (ECW 1998, p. 17).

11 Zie ook Van Geest 1998, p. 351 m.k.-r.k.

12 Bij de wetswijziging van 1 december 2005 is het niet kunnen voldoen aan de beste beschikbare technieken toegevoegd als weigeringsgrond. Zie hierover paragraaf 5.2.2 hierna. Art. 8.10 lid 3 bevat verder nog de voor dit onderzoek niet relevante weigeringsgrond op grond van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob).

13 In zijn noot onder de 21 april-uitspraken, *JB* 1998, p. 616.

14 Michiels 1998, p. 899.

artikel dus geen ruimte, maar bindt het juist. Het beperkt de weigeringsgronden tot één. De vergunning mag dus bijvoorbeeld niet worden geweigerd wegens strijd met het bestemmingsplan.

Indien het milieubelang in een concreet geval niet voldoende zwaar weegt, moet de vergunning – nu dat belang de enige weigeringsgrond is – worden verleend (natuurlijk onverlet de mogelijkheid tot het verbinden van voorschriften aan de vergunning). Bij de toepassing van die ene weigeringsgrond bestaat evenwel enige ruimte, die is gelegen in de in de weigeringsgrond besloten beoordelingsruimte (zie hierna uitgebreid paragraaf 2.2.2).

2.2.1 Weigering vergunning: plicht of bevoegdheid?

Het bevoegd gezag kan de vergunning dus alleen weigeren in het belang van de bescherming van het milieu. Maar daarmee is niet gezegd dat er automatisch geweigerd moet worden, als of voor zover verlening in strijd is met dat belang. Anders gesteld: kan het bevoegd gezag van weigering afzien, als het milieubelang zich verzet tegen verlening? Het antwoord op deze vraag vloeit niet voort uit de tekst van de wet, maar is misschien wel af te leiden uit de ratio of de totstandkomingsgeschiedenis van de wet. Zoals hierna zal blijken, is het namelijk een van de doelstellingen van de Wet milieubeheer om het belang van het milieu te waarborgen te midden van het krachtenveld van andere belangen.

In de memorie van toelichting wordt bij art. 8.10 (in het voorstel destijds art. 15) opgemerkt:

> 'In aansluiting op de corresponderende bestaande bepalingen is in het eerste lid het weigeren van een vergunning als een bevoegdheid geformuleerd. Een algemene plicht tot weigering in het belang van de bescherming van het milieu, zoals de [inmiddels ingetrokken, TCL] Afvalstoffenwet kent, is niet opgenomen. Dit is niet gedaan omdat het milieubelang niet zou vereisen dat in bepaalde gevallen de vergunning geweigerd wordt, maar vooral omdat het – behoudens de bepaling van het tweede lid – niet goed mogelijk is voor zo'n weigeringsplicht algemeen geldende objectieve en hanteerbare criteria te geven.'[15]

Uit deze passage kan tweeërlei worden afgeleid. Ten eerste dat de regering van mening was dat de vergunning soms – ook buiten de in art. 8.10 lid 2 genoemde gevallen – in het belang van het milieu zou moeten worden geweigerd. Met andere woorden: het milieubelang kan eisen dat de vergunning niet wordt verleend, hoewel vergunningverlening niet in strijd zou zijn met grenswaarden, algemene regels of andere wettelijke regels. En ten tweede dat aan

15 MvT VAR, p. 73-74.

opname van een weigeringsplicht voor deze gevallen praktische overwegingen in de weg stonden.[16]

Of de vergunning wordt geweigerd, beslist (in eerste instantie) het bevoegd gezag. Zoals we ook hierna nog zullen zien, moet dat gezag immers bepalen wat het belang van de bescherming van het milieu in het concrete geval eist. In de meeste gevallen wordt positief beslist op de vergunningaanvraag en wordt door middel van het stellen van voorschriften aan de vergunning de nodig geachte bescherming van het milieu geboden. Dit is conform het systeem van de wet, althans zoals dat door de Afdeling bestuursrechtspraak in haar (oude) standaardoverweging wordt uitgelegd.[17]

2.2.2 *Vage norm '(in) het belang van de bescherming van het milieu'*

Op grond van art. 8.10 lid 1 Wm kan de vergunning slechts in het belang van de bescherming van het milieu worden geweigerd. Het begrip '(in) het belang van de bescherming van het milieu' is een vage norm, aangezien niet duidelijk is wat hier precies onder moet worden verstaan. Een vage norm duidt, in beginsel, op het bestaan van (subjectieve) beoordelingsruimte: doordat het bevoegd gezag de bevoegdheidsvoorwaarde zelf kan invullen (door de vage norm te concretiseren), heeft het enige ruimte om zelf te bepalen of het van de bevoegdheid (in dit geval: tot het weigeren van een vergunning) gebruik maakt.[18]

'In beginsel', want er zou, in de eerste plaats, geen beoordelingsruimte bestaan indien de wet zou aangeven wat de norm precies inhoudt. De wet bevat geen omschrijving van de norm '(in) het belang van de bescherming van het milieu', maar wel van het belangrijkste onderdeel daarvan ('de bescherming van het milieu'). Als duidelijk zou zijn wat onder dit centrale begrip van de Wet milieubeheer[19] moet worden verstaan, zou in elke situatie eenvoudig bepaald kunnen worden of (een voorgenomen) weigering van een aangevraagde vergunning in het belang daarvan is of niet.

---

16 Eerder in de toelichting, bij de beschrijving van het toetsingskader (MvT VAR, p. 31), werden deze praktische bezwaren overigens nog niet gesignaleerd: 'De reikwijdte [van het toetsingskader, TCL] is evenwel ruimer, omdat alle mogelijke gevolgen voor het milieu in aanmerking moeten worden genomen en strijd met het belang van de bescherming van het milieu tot weigering van de vergunning dient te leiden.'

17 Zie voor die standaardoverweging paragraaf 3.1, en voor de standaardoverweging onder het nieuwe recht paragraaf 6.5.

18 Zie over de term (subjectieve) beoordelingsruimte hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.

19 De norm 'bescherming van het milieu' wordt in hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer veelvuldig gebruikt. Zie met name art. 8.10 lid 1 en art. 8.11 lid 2 en lid 3, maar bijvoorbeeld ook de art. 8.8 lid 1 sub e; 8.13 lid 1; 8.22 lid 1, lid 2 en lid 3; 8.23 lid 1 en lid 2; en 8.26 lid 1 Wm.

Volgens art. 1.1 lid 2 Wm wordt onder 'bescherming van het milieu' 'mede verstaan de verbetering van het milieu, de zorg voor de doelmatige verwijdering van afvalstoffen, de zorg voor een zuinig gebruik van energie en grondstoffen, alsmede de zorg voor de beperking van de nadelige gevolgen voor het milieu van het verkeer van personen of goederen van en naar de inrichting'. De bedoeling van deze bepaling[20] was (evenwel) niet om een strak omlijnde definitie te geven. De wetgever wilde buiten twijfel stellen dat de genoemde aspecten ook – dus naast de oude weigeringsgronden gevaar, schade en hinder uit de Hinderwet (zie hierna) – binnen het bereik van de Wet milieubeheer vallen, zodat er ook rekening mee mag (en moet) worden gehouden bij de vergunningverlening.[21]

Het is echter, ook bij gebreke van een eenduidige wettelijke definitie, niet zo dat een vage term sowieso betekent dat er (subjectieve) beoordelingsruimte bestaat. Het kan namelijk ook de bedoeling van de wetgever zijn geweest om een gebonden bevoegdheid te geven, maar dat omschrijvingsproblemen de formulering van een minder vage norm in de weg stonden. De vraag is dus of de wetgever met de vage norm heeft beoogd beoordelingsruimte te geven of dat hij het criterium voor de weigering van een milieuvergunning niet nauwkeuriger kon formuleren (maar dit wel wilde). Voor het bevoegd gezag maakt dit, in eerste instantie, niet veel uit: dat moet immers elke vage norm invullen.[22] Maar voor de toetsing door de rechter maakt het wel verschil. De invulling van een 'objectieve' vage norm mag de rechter integraal toetsen, het gebruik van een bevoegdheid met beoordelingsruimte slechts marginaal.[23]

Om achter de bedoeling van de wetgever te komen, moet te rade worden gegaan bij de totstandkomingsgeschiedenis van hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer.

---

20 Door een amendement in de wet opgenomen: *Kamerstukken II* 1990/91, 21 087, nr. 53. Zie ook het Voorstel van wet zoals het luidde na de daarin tot en met 25 juni 1991 aangebrachte wijzigingen, *idem*, nr. 56, p. 2.

21 Dit staat bekend als de 'verruimde reikwijdte'. Rekening houden met de laatste twee genoemde elementen, zuinig gebruik van grondstoffen en beperking van het verkeer, is als gevolg van de ruimtelijke begrenzing van het begrip inrichting – en een terughoudende opstelling van de rechter – maar in beperkte mate mogelijk. Toch lijkt er ruimte te zijn voor een minder terughoudende toepassing van de verruimde reikwijdte dan tot nu toe gebeurt. Zie hierover Backes, Gilhuis en Koeman (red.) 2006, randnr. 242, met verwijzingen naar andere literatuur. Zie over de reikwijdte van het begrip 'milieu' in de Wet milieubeheer Boeve, Fleurke en Wiering 2004. Zij achten het opnemen van een definitie van dit begrip in de wet overigens niet zinvol.

22 De Haan, Drupsteen, Fernhout 2001, p. 96, wijzen erop dat in feite iedere term waarmee een feitelijk begrip wordt aangeduid min of meer vaag is in de zin dat hij in een concreet geval moet worden geïnterpreteerd.

23 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 3, paragraaf 3.1 en 3.3.

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel VAR wordt bij het begrip 'het belang van de bescherming van het milieu' logischerwijs vooral aangesloten bij de tot dan geldende bepalingen uit de sectorale milieuwetten, die destijds opgingen in de Wabm (de voorloper van de Wet milieubeheer).

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat bij het redigeren van de weigeringsbepaling is gezocht naar een term die ten minste de bestaande, sectorgebonden weigeringsgronden betreffende de te integreren vergunningen in zich zou verenigen. De term 'het belang van de bescherming van het milieu' omvat daarom begrippen zoals gevaar, schade en hinder, maar bijvoorbeeld ook de zorg voor de doelmatige verwijdering van afvalstoffen.[24]
In de memorie van antwoord merkt toenmalig Minister van VROM Alders op dat 'geenszins [is] beoogd het toetsingskader te beperken tot hetgeen tot nu toe ingevolge de huidige milieuwetten mogelijk is. In de memorie van toelichting (p. 31) is uitdrukkelijk aangegeven dat de reikwijdte van het voorgestelde toetsingskader ruimer is dan de huidige toetsingskaders, omdat alle mogelijke gevolgen voor het milieu in aanmerking moeten worden genomen.'[25]

In de Nota naar aanleiding van het eindverslag wordt herhaald dat met de opname van het criterium 'het belang van de bescherming van het milieu' wordt beoogd een nieuw geheel te scheppen dat meer is dan de som der delen. Hoewel die aspecten niet expliciet in de wetstekst zijn vermeld, geldt dat in het kader van de vergunningverlening ook rekening moet worden gehouden met de gevolgen voor bodem, oppervlakte- en grondwater en straling, alsmede met uitputting van grondstoffen en energiebronnen en met de nadelige gevolgen van ondoelmatig verwijderen van afvalstoffen.[26]

Verder moet de term 'het belang van de bescherming van het milieu' zodanig worden uitgelegd dat voorschriften zowel direct als indirect het genoemde belang kunnen dienen. Hierbij verdienen voorschriften die uitstoot en ontstaan van afvalstoffen structureel beogen te voorkomen in het algemeen de voorkeur boven voorschriften die zich richten op beperking hiervan. Doelvoorschriften verdienen hierbij, voor zover mogelijk, de voorkeur boven middelvoorschriften (zie ook de art. 8.12 en 8.12a Wm in onderlinge samenhang).[27] Deze voorkeur is echter zeker niet absoluut: bij bedrijven met weinig technische deskundigheid is het volgens de memorie van antwoord bijvoorbeeld doorgaans beter om middelvoorschriften op te leggen.[28]

Aangezien het milieu een dynamische term is, kan deze niet geheel sluitend worden gedefinieerd. Dat was volgens de Minister ook niet nastrevenswaardig. Hierbij wijst hij erop dat de vroegere criteria gevaar, schade en hinder ook

---

24 MvT VAR, p. 74 (toelichting bij art. 8.10, in het voorstel art. 15).
25 MvA VAR, p. 30-31.
26 Nota naar aanleiding van het eindverslag bij het wetsvoorstel VAR, *Kamerstukken II* 1990/91, 21 087, nr. 13 (hierna: Nota n.a.v. het eindverslag VAR), p. 25-26.
27 MvT VAR, p. 75 (toelichting bij art. 8.11, in het voorstel art. 16).
28 MvA VAR, p. 32.

niet duidelijk waren gedefinieerd in de Hinderwet. De jurisprudentie heeft volgens hem echter gezorgd voor de nodige verduidelijking van de wet en die ook de – in verband met het dynamische karakter van het milieu – nodige flexibiliteit verschaft, door in te spelen op nieuwe ontwikkelingen. De Minister ziet onder de Wet milieubeheer eenzelfde rol voor de jurisprudentie weggelegd. Een precieze definitie is zijns inziens dus juist ongewenst, omdat het die flexibiliteit zou frustreren.[29]

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de wetgever subjectieve beoordelingsruimte heeft beoogd, door de vage norm '(in) het belang van de bescherming van het milieu' op te nemen als criterium voor de vergunningverlening. Weliswaar *kan* deze norm ook niet precies worden omschreven, maar de wetgever benadrukt dat hij hem niet nader *wil* definiëren en de invulling daarvan wil overlaten aan de praktijk.

2.3 Artikel 8.11 Wm

2.3.1 Artikel 8.11 lid 2 Wm

Art. 8.11 lid 2 bepaalt: 'Een vergunning kan in het belang van de bescherming van het milieu onder beperkingen worden verleend.'

Art. 8.11 lid 2 maakt het mogelijk een vergunning onder beperkingen te verlenen. Deze bevoegdheid ziet op de omvang van de aangevraagde activiteiten. Het bevoegd gezag kan op grond daarvan bepalen dat slechts een deel van de aangevraagde activiteiten mag worden verricht of dat die activiteiten slechts voor een deel van de aangevraagde tijd mogen worden verricht. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin het bevoegd gezag, op grond van het derde lid van art. 8.11, voorschriften aan een vergunning verbindt. In dat geval worden wel alle aangevraagde activiteiten vergund (maar onder voorwaarden).

In de praktijk komen bijna alleen beperkingen in de voorschriften, bijvoorbeeld een verbod om 's nachts te laden en te lossen, voor. Beperkingen in het dictum van de vergunning worden daarentegen niet of nauwelijks aangebracht. Dit heeft te maken met het feit dat de Afdeling bij wat verder gaande beperkingen tamelijk snel geneigd is te oordelen dat de grondslag van de aanvraag is verlaten. Zij vindt in een dergelijk geval de aangebrachte beperkingen dermate ingrijpend, dat de vergunning geacht moet worden te zijn geweigerd (de zogenoemde impliciete of verkapte weigering).

29 Zie MvA VAR, p. 42-43 en Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 25.

Over de bestuurlijke vrijheid wat dit artikellid betreft, kan het volgende worden opgemerkt. Voor de beoordelingsruimte die voortvloeit uit de frase '(in) het belang van de bescherming van het milieu' geldt hetzelfde als daarover bij de bespreking van art. 8.10 is opgemerkt. Het gebruik van het woordje 'kan' duidt daarenboven op beleidsruimte. Het bevoegd gezag kan dus – tot op zekere hoogte – zelf uitmaken of het toepassing geeft aan dit artikellid.[30]

In de wetsgeschiedenis wordt aan deze bepaling nauwelijks aandacht besteed. In de MvT welgeteld één alinea, waarin vooral wordt ingegaan op de bijzondere situatie dat de aanvraag wordt gesplitst.

2.3.2 *Artikel 8.11 lid 3 Wm*

Art. 8.11 lid 3 luidt als volgt:

> Aan een vergunning worden de voorschriften verbonden, die nodig zijn ter bescherming van het milieu. Voor zover door het verbinden van voorschriften aan de vergunning de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken, niet kunnen worden voorkomen, worden aan de vergunning de voorschriften verbonden, die de grootst mogelijke bescherming bieden tegen die gevolgen, tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd.[31]

2.3.2.1 De eerste volzin

De eerste volzin is imperatief geformuleerd: de voorschriften 'worden verbonden'. Het dwingende karakter blijkt ook uit de wetsgeschiedenis. De memorie van toelichting stelt dat de voorschriften die nodig zijn ter bescherming van het milieu aan de vergunning verbonden *moeten* worden. De memorie vervolgt: 'Door de imperatieve formulering wordt het gewicht van de vergunningvoorschriften onderstreept. Het is de bedoeling dat die voorschriften worden gekozen welke het best toepasbaar zijn. Naarmate een keuze kan worden gemaakt uit verschillende middelen met een zelfde effectiviteit, heeft het bevoegd gezag meer mogelijkheden om rekening [te] houden met het belang van de aanvrager.'[32]

Met voorschriften 'welke het best toepasbaar zijn' wordt vermoedelijk gedoeld op voorschriften waarin een voorzieningenniveau is opgenomen dat gebaseerd is op de 'beste toepasbare technieken'. Volgens de Nota n.a.v. het eindverslag

---

30 Dit in tegenstelling tot het verbinden van voorschriften aan de vergunning, zoals geregeld in lid 3 van art. 8.11. Die bepaling is imperatief geformuleerd (zie de volgende subparagraaf).

31 Zoals aan het begin van dit hoofdstuk is vermeld, bespreek ik in deze paragraaf art. 8.11 lid 3 zoals dat luidde tot 1 december 2005. In paragraaf 5.2.3 bespreek ik de actuele tekst van deze bepaling.

32 MvT VAR, p. 75.

VAR, p. 33, is 'beste toepasbare technieken'[33] een synoniem voor 'beste uitvoerbare technieken'. Het is niet precies duidelijk wat onder deze en soortgelijke begrippen moet worden verstaan.[34] Er worden in de literatuur verschillende termen gehanteerd om aan te geven of er bij het voor te schrijven beschermingsniveau wel of niet rekening wordt gehouden (en zo ja, in hoeverre) met het kostenaspect van de te treffen maatregelen voor het vergunningaanvragende bedrijf.

In de Nota Milieuhygiënische normen 1976[35] wordt het volgende onderscheid gemaakt:

- beste uitvoerbare technieken (*best practicable means*): technieken waarmee, rekening houdend met economische aspecten, dat wil zeggen uit kostenoogpunt aanvaardbaar te achten voor een normaal renderend bedrijf, de grootste reductie van verontreiniging wordt verkregen.
- beste bestaande technieken (*best technical means*): technieken waarmee, tegen hogere kosten, een nog grotere reductie wordt verkregen en die ten minste één keer in de praktijk zijn toegepast.

De 'beste bestaande technieken' zijn dus strenger, aangezien op basis daarvan ook technieken kunnen worden voorgeschreven tegen hogere dan voor een normaal renderend bedrijf aanvaardbare kosten.[36]

De wetgever lijkt met de frase 'dat die voorschriften moeten worden gekozen welke het best toepasbaar zijn' dus te hebben bedoeld dat er met de kosten van milieumaatregelen voor de inrichting, uitgaande van een normaal renderend bedrijf, rekening mag (en moet) worden gehouden. In de volgende subparagraaf en in paragraaf 3.3 ga ik nader in op de vraag of er op grond van art. 8.11 lid 3 beleidsruimte bestaat.

Deze bepaling bevat de vage norm 'nodig ter bescherming van het milieu'. Deze vage norm lijkt op de vage norm '(in) het belang van de bescherming van het milieu' uit art. 8.10 Wm, ten aanzien waarvan ik hiervóór subjectieve beoordelingsruimte heb aangenomen. Er is echter ook een belangrijk verschil: in de vage term uit art. 8.11 lid 3 staat de frase 'nodig ter'. Deze frase vormt op zich ook weer een vage norm.[37] In de parlementaire stukken wordt niets opgemerkt over deze frase. De wetsgeschiedenis geeft dus geen uitsluitsel over

33 Zoals bijvoorbeeld ook gebruikt in de MvA VAR, p. 54.

34 Zo wordt in *Kamerstukken II* 1990/91, 21 087, nr. 12 (Eindverslag VAR), p. 26-27 en de Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 34, de term beste beschikbare technieken gebruikt. Zie hierna, in paragraaf 2.3.2.2. In het gewijzigde art. 8.11 lid 3 Wm wordt in aansluiting op de IPPC-richtlijn de laatstgenoemde term gebruikt; zie hierna in paragraaf 5.

35 *Kamerstukken II* 1976/77, 14 318, nr. 1-2, p. 7.

36 Zie ook Hoitink 1998, p. 19.

37 Vgl. Michiels in zijn noot onder ABRvS 28 december 1999, *AB* 2000, 94 en Kuipers en Verburg 1999, p. 210 l.k.

de vraag of daarmee is beoogd om beoordelingsruimte te geven.[38] Ik neig ernaar om subjectieve beoordelingsruimte aan te nemen, omdat 'nodig' een normatieve lading heeft.[39] Ik vermoed dat de Afdeling sinds de *Wende* ook dit standpunt huldigt; daarvóór was zij van oordeel dat de bevoegdheidsvoorwaarde van de Wet milieubeheer een objectieve, vol te toetsen, norm betrof.[40]

Uit de wetsgeschiedenis lijkt wel te kunnen worden afgeleid dat het milieubelang *a priori* zwaarwegend is. Dit blijkt uit de Nota n.a.v. het eindverslag VAR, waar de Minister ingaat op de vraag waarom het alara-beginsel[41] niet ook is opgenomen in andere wetten, zoals de Grondwaterwet. Het antwoord van de Minister luidt dat de Grondwaterwet een afwegingswet is, waarin een absolute voorrang voor een van de af te wegen aspecten niet past. Bij invoering van het alara-beginsel in de wet zou dat wel de consequentie zijn.[42] In de MvA VAR wordt gesteld dat het in de rede ligt dat bij de afweging met andere belangen aan het milieubelang in deze tijd zeer veel waarde moet worden gehecht. Hierbij wordt gewezen op de omvang van de milieuproblematiek en de onomkeerbaarheid van veel soorten van milieubelasting.[43]

Volgens de wetsgeschiedenis brengt de invoering van het alara-beginsel dus mee dat het milieu voorrang geniet. Dit zou betekenen dat het milieubelang wel betrokken kan worden in een afweging met andere – voornamelijk economische – belangen, maar dat het daarbij structureel zwaarder moet wegen. In de praktijk is dit echter niet het geval (geweest). Het is nooit de bedoeling geweest van het landelijke milieubeleid om economische activiteiten zodanig in te richten dat zij structureel ondergeschikt zijn aan het milieubelang, maar veeleer om de activiteiten aan bepaalde (minimum) milieustandaarden te laten voldoen[44] (in de vorm van algemene regels of vergunningvoorschriften).[45]

Desalniettemin kan de vraag worden gesteld of de praktijk op dit punt niet meer in lijn met de wetsgeschiedenis zou moeten worden ingericht.[46] Dit had met name kunnen worden gerealiseerd door het bevoegd gezag bij

---

38 Van Buuren 1992, p. 329, vond dat de wetgever 'jammerlijk tekort is geschoten' door de rechterlijke toetsingsomvang onbesproken te laten.

39 Zie hetgeen in hoofdstuk 3, paragraaf 3.4.3 hierover is opgemerkt.

40 Zie hierover hoofdstuk 3, paragraaf 2.2 (slot) respectievelijk het citaat van Van Wolferen, de voormalige voorzitter van de milieukamer van de Afdeling geschillen, aangehaald in hoofdstuk 2, paragraaf 2.

41 Zie over de betekenis van dit beginsel de volgende paragraaf.

42 Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 35.

43 MvA VAR, p. 14.

44 In de woorden van Hoitink 1998, p. 11: de nadruk bij de vergunningverlening ligt op de reguleringsfunctie, niet op het prohibitieve aspect.

45 Waarbij de vergunningvoorschriften vaak worden gebaseerd op, ook weer van de rijksoverheid afkomstige, buitenwettelijke richtlijnen.

46 Volgens Hoitink 1998, p. 12, dwingt echter de memorie van antwoord noch het alara-beginsel tot een structurele meerwaarde van het milieubelang.

het hanteren van het alara-beginsel (zie daarover de volgende subparagraaf). Met de wetswijziging van 1 december 2005 is dit echter een achterhaalde discussie. In de toelichtende stukken hierop maakt de wetgever namelijk duidelijk dat hij met de wijziging van art. 8.11 lid 3, hoewel die tekstueel een aanscherping lijkt in te houden, geen verandering ten opzichte van de huidige praktijk beoogt. Zie hierover nader paragraaf 5.1.

Hoewel het voorgaande theoretisch-dogmatisch, maar deels ook praktisch van belang is, lost de problematiek van de strengheid van de te stellen voorschriften zich in de praktijk van de milieuvergunningverlening voor een groot deel op doordat in buitenwettelijke richtlijnen voor veel milieucompartimenten het vereiste beschermingsniveau is 'voorgeschreven'. Op het belang van deze richtlijnen ga ik in paragraaf 4 nader in.

2.3.2.2 De tweede volzin (het alara-beginsel)

In de tweede volzin van art. 8.11 lid 3 Wm is het alara-beginsel[47] opgenomen:

> Indien en voor zover de nadelige gevolgen van de inrichting voor het milieu niet kunnen worden voorkomen door het verbinden van voorschriften aan de vergunning, moeten zodanige voorschriften worden opgesteld dat de grootst mogelijke bescherming wordt geboden tegen voornoemde gevolgen, tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd.[48]

De alara-toets bestaat uit drie stappen. Het uitgangspunt is dat de op te stellen voorschriften de nadelige gevolgen voor het milieu moeten voorkomen. Indien en voor zover preventie niet mogelijk is, moeten díe voorschriften worden opgelegd die de grootst mogelijke bescherming bieden. Als dat niet gebeurt, rust volgens de MvA op het bevoegd gezag de plicht[49] aannemelijk te maken dat in het concrete geval mag worden volstaan met voorschriften die een geringere bescherming bieden, omdat een hogere beschermingsgraad 'redelijkerwijs niet kan worden gevergd'. De beste toepasbare (of uitvoerbare) technieken (zie over deze begrippen de vorige subparagraaf) moeten hierbij als een minimum worden beschouwd.[50] Niet uitgesloten is echter dat onder bepaalde omstandigheden de strengere norm van de beste bestaande technieken wordt voorgeschreven. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in de kwaliteit van het milieu of de aard en omvang van de gevolgen voor het milieu die een bepaalde inrichting kan veroorzaken. Het is de bedoeling

47 Het acroniem staat voor *as low as reasonably achievable*.

48 De tweede volzin maakte geen deel uit van het oorspronkelijke wetsvoorstel, maar is pas bij de memorie van antwoord ingevoegd.

49 Dat op het bevoegd gezag wat dit betreft een bewijslast rust, blijkt uit de Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 34.

50 MvA VAR, p. 54.

dat de voorschriften steeds worden toegesneden op de specifieke situatie, zowel wat betreft de aard als de 'scherpte' van de voorschriften.[51]

Volgens de memorie van antwoord is de relatie tussen de eerste en de tweede volzin van art. 8.11 lid 3 aldus, dat de in de eerste zin vervatte opdracht nader wordt gespecificeerd, om tot uitdrukking te brengen dat zorggedragen dient te worden voor een zo hoog beschermingsniveau als redelijkerwijs bereikbaar is. Met de aanvulling van het derde lid wordt het alara-beginsel wettelijk verankerd als het richtinggevende principe voor de regulering van inrichtingen in het belang van de bescherming van het milieu, aldus nog steeds de memorie.[52]

> Van Gestel en Verschuuren haken aan bij de woorden 'richtinggevende principe'. Zij stellen dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen 'alara' als beginsel en als regel. In art. 8.11 lid 3 Wm is 'alara' als regel neergelegd, terwijl het in de wetsgeschiedenis als beginsel wordt gepresenteerd (zie hierboven). Een regel heeft echter een veel sterkere binding dan een beginsel. Een beginsel geeft de richting aan waarin een oplossing moet worden gezocht, terwijl een regel in beginsel in elk concreet geval moet worden toegepast.[53] Ik zie evenwel het probleem niet, nu het beginsel duidelijk als regel is gecodificeerd. Ik hanteer overigens in het vervolg de gebruikelijke term alara-beginsel.

Onduidelijk is of de introductie van het alara-beginsel als richtinggevend principe een verandering betekende ten opzichte van de bestaande situatie. In de MvA, zo bleek zojuist, noemde de Minister de beste toepasbare (= beste uitvoerbare) technieken een minimumstandaard, en zouden alleen onder bepaalde omstandigheden de strengere beste bestaande technieken moeten worden voorgeschreven. In de Nota n.a.v. het eindverslag zegt hij echter dat in de regel de beste bestaande technieken zullen worden voorgeschreven.[54] Dit zou een aanscherping ten opzichte van het pre-Wm beleid betekenen, waarin in het algemeen de beste uitvoerbare technieken werden toegepast en alleen bij wijze van uitzondering de beste bestaande.[55] De Minister was zelf echter van mening dat zijn opmerking in de Nota geen wijziging betekende.[56] In de literatuur bestond geen eenduidigheid over de vraag hoe het alara-

---

51 MvA VAR, p. 58.
52 MvA VAR, p. 54.
53 Zie Van Gestel en Verschuuren 2000, p. 56. Overigens zwakken zij het belang van het onderscheid later weer af (p. 63 l.k.). In zijn proefschrift stelt Van Gestel dat alara, zoals neergelegd in art. 8.11 lid 3 Wm, zowel een regel-element als een beginsel-element heeft (Van Gestel 2000, p. 325-326).
54 Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 33. Zie hierover de volgende alinea.
55 Zie Hoitink 1998, p. 19.
56 Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 34.

beginsel zich verhoudt tot de eerder gehanteerde uitgangspunten.[57] Dit is te verklaren doordat van begin af aan onduidelijkheid heeft bestaan over de precieze betekenis en strekking van het alara-beginsel. Zo merkte Van Buuren in een bespreking van de wetsgeschiedenis in 1992 reeds op:

> 'Het is bijna niet te geloven dat de minister op dit voor de uitvoering van de Wet milieubeheer zo belangrijke punt zich zo een verwarrend gegoochel met beschermingsniveau's [sic] permitteert. Rechtsonzekerheid is hiermee troef. Het beste dat ik ervan zeggen kan, is dat de wetgever duidelijk heeft gemaakt, dat hij een hoog beschermingsniveau wenst, maar wat dat in concrete gevallen betekent heeft hij in het midden gelaten. Bestuur (en rechter) zullen het er moeilijk mee hebben.'[58]

Naar aanleiding van vragen van verschillende Tweede Kamer-fracties wijdde de Minister in de Nota n.a.v. het eindverslag enkele overwegingen aan de vraag wat onder de zinsnede 'tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd' moet worden verstaan. De Minister stelt voorop dat het niet mogelijk is in zijn algemeenheid aan te geven wat hieronder wordt verstaan. Overmatig hoge kosten die bij toepassing van de beste beschikbare technieken[59] zouden moeten worden gemaakt, kunnen een rol van betekenis spelen. Volgens de Minister is het economisch draagvlak van een individuele onderneming in dit verband minder relevant. Het gaat erom of de kosten overmatig hoog worden geacht voor het soort van bedrijven of de bedrijfstak, waartoe het betrokken bedrijf behoort.[60] Het zal daarom, aldus de Minister, niet kunnen voorkomen dat een bedrijf op grond van individuele economische omstandigheden de beste uitvoerbare technieken krijgt voorgeschreven, wanneer het milieubelang de beste beschikbare technieken vereist. Voorts merkt de Minister op dat het redelijkheidscriterium doorgaans alleen op kosten zal zien. Andere omstandigheden, zoals de verkrijgbaarheid van de beste beschikbare technieken

---

57 Sommige schrijvers waren van mening dat de introductie van het alara-beginsel een aanscherping van het beschermingsniveau betekende, andere niet; zie voor de verschillende standpunten Hoitink 1998, p. 20-21 en Jongma 2002, p. 172-173. Zie over de onduidelijkheid op dit punt ook het rapport van de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECW), Onderzoek integrale milieuvergunning, 1e fase (achtergrondstudie ECW nr. 31), Zoetermeer 1997, p. 15.

58 Van Buuren 1992a, p. 380-381; zie ook Van Buuren 1992, p. 330. De gewenste duidelijkheid is er ook later niet gekomen; zie Jongma 2002, p. 176-185 en Backes e.a. 2002, hoofdstuk 2 (en 8).

59 Hier gebruikt de minister dus opeens dit (strengere) criterium in plaats van de beste uitvoerbare (toepasbare) technieken. Volgens de Nota, p. 33, is beste beschikbare technieken een synoniem voor de beste bestaande technieken. Beste beschikbare technieken is echter een letterlijke vertaling van het uit het Engelse milieurecht afkomstige begrip *best available techniques* (BAT), en dat kan *niet* op één lijn worden gesteld met beste bestaande technieken; aldus ook Hoitink 1998, p. 18. BAT is ook het criterium dat in de IPPC-richtlijn wordt gehanteerd, en waarbij nu in art. 8.11 lid 3 is aangesloten (zie paragraaf 5 hierna).

60 Dit gold ook onder het oude criterium van de beste toepasbare (uitvoerbare) technieken: 'uit kostenoogpunt aanvaardbaar te achten *voor een normaal bedrijf*'. Het is ook de huidige stand van de jurisprudentie, zie paragraaf 3.3.

en daarmee vertrouwd personeel, zouden in theorie echter ook een rol kunnen spelen.[61]

Later in de parlementaire behandeling refereert de Minister nog een keer aan deze frases. Dan herhaalt hij dat de zinsnede 'tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd' impliceert dat bedrijfseconomische aspecten – waaronder investeringsbeslissingen en vervolgens afschrijvingstermijnen – een rol kunnen spelen. Ook bevestigt hij het criterium van de overmatig hoge kosten, bij aanwezigheid waarvan een voorziening niet kan worden geëist. Bij de vraag of van dergelijke kosten sprake is, zal worden gekeken naar vergelijkbare bedrijven dan wel naar de (eventueel internationale) bedrijfstak waartoe het bedrijf behoort. Ten slotte zegt de Minister dat de invulling van het begrip 'redelijkerwijs' zonodig via de rechter kan worden geobjectiveerd.[62]

Wat dit laatste betreft, is de praktijk wat weerbarstiger gebleken. Zo mocht volgens de jurisprudentie eerst wel rekening worden gehouden met de individuele omstandigheden van een bedrijf, maar is dit in latere uitspraken teruggedraaid. Voorts blijkt het niet zo eenvoudig om te bepalen in hoeverre economische factoren precies mogen worden meegewogen bij het vaststellen van de vergunningvoorschriften, ook als wordt geabstraheerd van het individuele bedrijf. In paragraaf 3.3 ga ik nader in op de vraag in hoeverre het bevoegd gezag onder het alara-beginsel over beleidsruimte beschikt.

Geconcludeerd kan in ieder geval worden dat de opmerking van de Minister, dat door opname van het alara-beginsel 'voor alle betrokken partijen optimale duidelijkheid bestaat over het bij de vergunningverlening te hanteren uitgangspunt',[63] onterecht is gebleken.

2.4 Samenvatting en conclusie

De art. 8.8 tot en met 8.11 Wm en de parlementaire behandeling daarvan geven enkele aanwijzingen over de bestuurlijke vrijheid van het bevoegd gezag bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag.

Art. 8.8 noemt allerlei, niet limitatief bedoelde, factoren die het bevoegd gezag in beschouwing moet nemen bij zijn beslissing op de vergunningaanvraag. Deze factoren beperken in verschillende mate de bestuurlijke vrijheid van het bevoegd gezag. Van de in het eerste lid genoemde factoren moet het bevoegd gezag zich op de hoogte hebben gesteld, wil er sprake zijn van een zorgvuldige behandeling van de vergunningaanvraag. Afwijking van de in het tweede lid

61 Zie voor het voorgaande de Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 34.
62 Memorie van Antwoord (bij het voorlopig verslag van de Vaste commissie voor ruimtelijke ordening en milieubeheer), *Kamerstukken II* 1991/92, 21 087, nr. 154a, p. 9.
63 Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 34.

genoemde gegevens (milieubeleidsplan en richtwaarden) is mogelijk, mits dat wordt gemotiveerd. Van de in het derde lid genoemde factoren kan niet worden afgeweken. Strijd met de daarin genoemde grenswaarden of regels vormt, net als strijd met de in art. 8.9 bedoelde regels, op basis van art. 8.10 lid 2 een verplichte weigeringsgrond. Indien een dergelijk (bijzonder) geval zich voordoet, heeft het bevoegd gezag dus geen enkele bestuurlijke beslissingsruimte.

Art. 8.10 lid 1 bepaalt dat het milieu de enige weigeringsgrond is. Dit betekent dat de vergunning alleen geweigerd *kan* worden op gronden die binnen de reikwijdte van de Wet milieubeheer vallen. Uit de wetsgeschiedenis en het systeem van de wet blijkt dat de vergunning ook geweigerd *moet* worden (ook buiten de gevallen genoemd in het tweede lid) indien verlening in strijd zou zijn met het milieubelang. Art. 8.11 lid 3 schrijft immers voor dat de voorschriften die nodig zijn ter bescherming van het milieu, aan de vergunning worden verbonden. De memorie van toelichting bevestigt het imperatieve karakter van deze bepaling.

Tekstueel lijkt er dus binding te bestaan voor het bevoegd gezag. Het hoofdbestanddeel van de bevoegdheidsvoorwaarde wordt echter gevormd door de vage norm 'nodig ter bescherming van het milieu'. Bij een vage norm mag in beginsel worden aangenomen dat het bevoegd gezag over (subjectieve) beoordelingsruimte beschikt, tenzij het er voor moet worden gehouden dat de wetgever het tegendeel (objectieve beoordelingsruimte) heeft beoogd.

De voornoemde vage norm wordt in de wetsgeschiedenis in zekere mate ingevuld. Veel nadruk krijgt dat het element '(bescherming van het) milieu' heel ruim moet worden uitgelegd, om duidelijk te maken dat het toetsingskader ruimer is dan in de in de Wet milieubeheer opgegane sectorale wetten het geval was. Aangezien het milieu een dynamische term is, kan deze volgens de Minister niet sluitend worden gedefinieerd. In art. 1.1 lid 2 Wm is dan ook een niet-limitatieve omschrijving van het milieubegrip opgenomen. De Minister *wilde* echter ook geen sluitende definitie van dit begrip in de wet opnemen, maar de invulling ervan overlaten aan de praktijk. Dit duidt erop dat het bevoegd gezag enige (subjectieve) beoordelingsruimte heeft bij de invulling van dit element van de vage norm uit art. 8.11 lid 3.

Tegenover de uitgebreide aandacht voor dit element, staat dat in de wetsgeschiedenis in het geheel niet wordt ingegaan op het element 'nodig ter'. Dit is opmerkelijk, nu dit element voor de beoordelingsruimte in feite het belangrijkst is. Immers, dit element bepaalt of een voorziening of een voorschrift uit milieuoogpunt moet worden geëist en daarmee in beginsel ook wanneer de vergunning moet worden geweigerd. Als de rechter dit element vol zou toetsen,[64] zou de beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag praktisch non-

64 Zoals hij tot 1998 deed; zie paragraaf 3, en eerder al in hoofdstuk 2, paragraaf 2.

existent zijn. Ik neig ernaar om, ook bij gebreke van een tegenindicatie van de wetgever, bij dit element subjectieve beoordelingsruimte aan te nemen, vooral omdat 'nodig' een normatieve term is.[65]

Hoewel de wetsgeschiedenis dus geen algehele duidelijkheid geeft, biedt zij aanknopingspunten voor de stelling dat het bevoegd gezag over beoordelingsruimte beschikt bij de invulling van de vage norm 'nodig ter bescherming van het milieu'.

Voor de vraag of het bevoegd gezag volgens de wetgever ook over beleidsruimte beschikt, is met name het in de tweede volzin van art. 8.11 lid 3 neergelegde alara-beginsel van belang. De wetsgeschiedenis is niet erg duidelijk over deze volzin, die pas later in het wetgevingsproces is ingevoegd. Het lijkt de bedoeling van de wetgever dat bij de beantwoording van de vraag wat 'redelijkerwijs' van een bedrijf aan maatregelen kan worden geëist, in beginsel de stand van zaken in de bedrijfstak doorslaggevend is. Alleen in zoverre mag het bevoegd gezag rekening houden met de bedrijfseconomische omstandigheden van het bedrijf.

3 BESLISSINGSRUIMTE BIJ DE MILIEUVERGUNNING; AANWIJZINGEN IN JURISPRUDENTIE EN LITERATUUR

3.1 Nadere beschouwing van de *Wende*-uitspraken

Met een verwijzing naar de omwenteling in het voormalige Oost-Duitsland wordt het 'omgaan' van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in milieugeschillen op 21 april 1998 wel aangeduid als de *Wende*.[66] Voorheen toetste de Afdeling, en haar voorgangsters de Afdeling voor de geschillen van bestuur en de Afdeling rechtspraak, het verlenen van een milieuvergunning op een indringende wijze, zoals hiervoor in hoofdstuk 2 is geschetst. Met ingang van bovengenoemde datum gebruikt de Afdeling in uitspraken over milieuvergunningen, na weergave van de art. 8.10 en 8.11 Wm, een standaardoverweging waaruit blijkt dat zij beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag aanneemt:

> 'Uit dit samenstel van bepalingen volgt dat de vergunning moet worden geweigerd, indien de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken door het stellen van voorschriften en beperkingen niet kunnen worden voorkomen dan wel niet voldoende kunnen worden beperkt. Bij de toepassing van deze

65 Zie voor dit laatste argument het vorige hoofdstuk, paragraaf 3.4.3.

66 ABRvS 21 april 1998, *AB* 1998, 199 en 200, m.nt. Jurgens, *M en R* 1998, 69 en 70, m.nt. Backes, *JB* 1998, 133, m.nt. Stroink, *Gst.* 1998, 7078, 5 en 6, m.nt. Van Geest. Zie ook de uitgebreide besprekingen van Michiels 1998, Kuipers en Verburg 1999 en Van Geest 1998.

> bepalingen komt verweerders een zekere beoordelingsvrijheid toe, die haar begrenzing onder meer vindt in hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten voortvloeit.'[67]

Uit deze overweging blijkt dat de rechter voortaan beoordelingsruimte aanneemt voor het tot vergunningverlening bevoegde bestuursorgaan en, daaruit voortvloeiend, marginaler zal toetsen in milieuvergunninggeschillen. Volgens sommigen is de *Wende* niet beperkt tot het milieurecht, omdat het in wezen zou gaan om de aard en de omvang van de bestuurlijke vrijheid bij het nemen van beschikkingen.[68] Hoewel de toetsingsomslag een uitstraling naar buiten het milieurecht zou kunnen hebben, heeft zij blijkens voormelde overweging evenwel in beginsel alleen betrekking op milieugeschillen.

In deze en de volgende subparagraaf bespreek ik de inhoud en strekking van de drie *Wende*-uitspraken. Eén van deze uitspraken betreft een varkenshouderij, de twee andere een tennispark.

De eerste Wende-uitspraak

In de eerste zaak gaat het geschil over de verlening van een revisievergunning voor een varkenshouderij te Breda.[69] De vergunning heeft betrekking op een uitbreiding van het aantal varkens, die zullen worden gehouden in zogenoemde Groen Label-stallen. Omwonenden en enkele nabij gelegen bedrijven vrezen voor stankhinder en gaan tegen het verlenen van de vergunning in beroep.

Verweerder,[70] het college van B&W van Breda, heeft voor de beoordeling van de van de inrichting te duchten stankhinder gebruik gemaakt van de door de Minister van VROM in 1996 uitgebrachte Richtlijn veehouderij en stankhinder. Hiermee is hij afgeweken van het tot dan (landelijk) gevoerde beleid, waarbij de Brochure veehouderij en hinderwet uit 1985 als leidraad werd gehanteerd.

> Met behulp van de Richtlijn veehouderij en stankhinder (hierna: de richtlijn) kan het bevoegd gezag berekenen welke afstand minimaal moet worden aangehouden tussen een veehouderij en een zogenoemd 'stankgevoelig object' (zoals een woonhuis). Als deze afstand wordt gerespecteerd wordt ervan uitgegaan dat er geen ontoelaatbare stankhinder optreedt. Hoe groot de aan te houden afstand is, hangt

67 Onder het nieuwe toetsingskader is deze overweging gewijzigd (zie paragraaf 5.3.1, slot), maar de Afdeling neemt nog steeds 'een zekere beoordelingsvrijheid' aan.

68 Zie Michiels 1998, p. 896 l.k. Stroink plaatst de uitspraken in zijn noot in *JB* qua importantie zelfs op één lijn met de Kwantum-uitspraak, waarin de Afdeling de marginale toetsing als maatstaf vastlegde (zie over deze uitspraak hoofdstuk 3, paragrafen 2.2 en 3.3.3).

69 ABRvS 21 april 1998, E03.97.0115, *AB* 1998, 199, m.nt. Jurgens, *M en R* 1998, 69, m.nt. Backes (onder nr. 70), *JB* 1998, 133, m.nt. Stroink, *Gst.* 1998, 7078, 5, m.nt. Van Geest.

70 De Afdeling gebruikt in de *Wende*-uitspraken nog de term 'verweerders'. Grofweg tot 1 januari 2003 duidde zij de decentrale bestuursorganen aan in het meervoud (burgemeester en wethouders; gedeputeerde staten), vanaf die datum gebruikt zij het enkelvoud (het college van burgemeester en wethouders etc.).

af van het soort vee, het huisvestingssysteem en de omgeving van de inrichting. De rekeneenheid in de richtlijn is de mestvarkeneenheid (m.v.e.). Met de bijgevoegde omrekeningstabel kan voor de diverse soorten vee worden uitgerekend hoeveel stuks daarvan gelijkgesteld worden met één m.v.e.; dit hangt af van hun leeftijd en van het huisvestingssysteem.[71] Met het omrekenen van het aantal aangevraagde (of in bestaande situaties: het aantal vergunde) dierplaatsen[72] in m.v.e.'s is echter niet gelijk de in acht te nemen afstand bekend. Er wordt namelijk een onderscheid gemaakt in vier typen omgevingen. Voor stankgevoelige objecten uit categorie I moet de grootste afstand worden aangehouden. Deze categorie betreft bijvoorbeeld ziekenhuizen en de bebouwde kom. Het minst bescherming krijgen objecten uit categorie IV, waarbij het vooral gaat om verspreid liggende woonhuizen in een agrarische omgeving. In de bijbehorende grafiek kan, per omgevingscategorie, worden afgelezen welke afstand geldt bij een bepaald aantal m.v.e.'s.

Ten opzichte van de brochure wordt in de richtlijn aan verschillende omgevingscategorieën minder bescherming geboden. In casu bedroeg de afstand van de inrichting tot de dichtstbijzijnde woning 160 meter. Op grond van de richtlijn mochten ongeveer 3000 m.v.e.'s gehouden worden, terwijl dit er op grond van de brochure ongeveer 1500 zouden zijn. Aangevraagd was een aantal van 2101,5 m.v.e.'s, dus de kwestie welke buitenwettelijke regeling werd gehanteerd was in beginsel doorslaggevend voor de verlening van de vergunning.

Ter zitting betoogden de vertegenwoordigers van de Minister dat ervan mocht worden uitgegaan dat sprake was van een verschuiving van het normatieve oordeel over de aanvaardbaarheid van stankhinder door veehouderijen. Uit de brief van de Minister aan de Tweede Kamer bij het aanbieden van de richtlijn bleek dat er aan de versoepeling politiek-beleidsmatige motieven ten grondslag lagen. De richtlijn gaf uitvoering aan een motie van de Kamer, waarin gevraagd was de 'onbedoelde blokkering van de dynamiek in de veehouderijsector' als gevolg van de brochure weg te nemen.

De Afdeling vindt de gegeven motivering onvoldoende draagkrachtig. Hiervoor is met name van belang dat het verschil tussen de beoordelingsmaatstaven van de richtlijn en van de brochure niet was onderbouwd, in de richtlijn

71 Een volwassen dier produceert immers meer mest en daarmee in beginsel meer stank dan een jong dier. Wat de huisvesting betreft maakt het verschil of de stal gecertificeerd is als Groen-Labelstal. In een dergelijke stal is de uitstoot van ammoniak (en daarmee van stank) gereduceerd ten opzichte van een traditionele stal.

72 De stankemissie wordt volgens de richtlijn namelijk niet in eerste instantie bepaald door het aantal aanwezige dieren, maar door de grootte van de stalruimte die voor de huisvesting van het vee wordt gebruikt. Beslissend is dus het aantal plaatsen dat is aangevraagd respectievelijk gebouwd, niet het aantal werkelijk aanwezige dieren. De Afdeling is echter van oordeel dat verweerder terecht is uitgegaan van het aantal werkelijk aanwezige dieren, omdat er (nog) geen methode is ontwikkeld om het aantal aanwezige dierplaatsen te bepalen.

noch in het concrete besluit. Dit terwijl aan de in de brochure opgenomen indeling van de omgevingscategorieën wel onderzoek ten grondslag lag. Dit gebrek woog vermoedelijk des te zwaarder omdat de verandering een versoepeling inhield.[73] Ook was er geen enkel onderzoek ten grondslag gelegd aan de beweerde verschuiving van het normatieve oordeel over stankhinder. Dat het oordeel over de aanvaardbaarheid van stank in de Kamer was verschoven, betekent volgens de Afdeling niet automatisch dat dit ook maatschappijbreed het geval was. Door het ontbreken van onderzoeksresultaten kon de Afdeling niet beoordelen of de indeling van de omgevingstypen binnen de (in de woorden van de Afdeling) beoordelingsvrijheid van het bevoegd gezag valt,[74] en zo ja, of het die indeling in redelijkheid tot uitgangspunt bij de vergunningverlening kon nemen.

De Afdeling vernietigt het besluit wegens een motiveringsgebrek op het punt van de nieuwe indeling in omgevingscategorieën. Door deze uitspraak werd dat deel van de richtlijn dan ook op losse schroeven gezet.[75]

Vooruitlopend op paragraaf 4 van dit hoofdstuk merk ik op dat deze uitspraak, behalve vanwege de erkenning van het bestaan van 'beoordelingsvrijheid'[76] voor het bevoegd gezag, van belang is voor de vraag hoe de Afdeling zich opstelt ten opzichte van buitenwettelijke richtlijnen. Uit de uitspraak blijkt dat van een algemeen gebruikte en door de Afdeling geaccepteerde richtlijn kan worden afgeweken ten gunste van een nieuwe richtlijn, mits die is gebaseerd op de meest recente milieutechnische inzichten. Met uitzondering van de categorie-indeling voldoet de Richtlijn veehouderij en stankhinder volgens de Afdeling aan die voorwaarde. De vraag rijst of een bevoegd gezag ook kan afwijken van een richtlijn zonder dat er een nieuwe richtlijn is, op basis van een eigen afweging. Op deze vraag en de rol van buitenwettelijke richtlijnen meer in het algemeen ga ik in paragraaf 4 in.

De tweede Wende-uitspraak

De tweede gepubliceerde uitspraak betreft het beroep van omwonenden tegen de verlening van een vergunning aan een tennispark in Boskoop.[77] De vergunning voorzag in een lichtinstallatie rond de banen. Deze installatie bestond uit een groep van vier lichtmasten en een groep van zes lichtmasten van 15 meter hoog, elke groep bestaande uit in totaal zes schijnwerpers. De afstand tussen de lichtmasten en de dichtstbijgelegen woningen bedroeg ruim 70 meter.

---

73 Vgl. Van Geest 1998, p. 349 r.k.

74 Die wordt immers begrensd door de meest recente milieutechnische inzichten, en door het ontbreken van onderzoek kan niet worden beoordeeld of de richtlijn daarmee in overeenstemming is.

75 Zie ook een aantal in hoofdstuk 6, paragraaf 4.2, besproken soortgelijke uitspraken uit 2000. Na verloop van enige tijd zijn bestuursorganen weer de in de Brochure gehanteerde categorie-indeling gaan gebruiken.

76 Zie over deze term hiervoor paragraaf 2.2.2 en hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.

77 ABRvS 21 april 1998, E03.94.1697, *AB* 1998, 200, m.nt. Jurgens (onder nr. 199), *M en R* 1998, 70, m.nt. Backes, *Gst.* 1998, 7078, 6, m.nt. Van Geest.

Verweerder, het college van B&W van Boskoop, had bij zijn oordeel over de te duchten lichthinder gebruik gemaakt van een door de vergunningaanvrager verrichte lichtberekening. Er bestond ten tijde van het nemen van het besluit geen (buiten)wettelijke normstelling op dit gebied.

Uit het deskundigenbericht van de StAB bleek dat onder omstandigheden hinder kan ontstaan als gevolg van lichtmasten zoals die in het onderhavige geval aanwezig waren. Een belangrijk, zo niet het belangrijkste, aspect van deze hinder betreft het hebben van direct zicht vanuit een woning in de schijnwerpers. Vast stond dat door het op een bepaalde manier richten van de armaturen van de lichtinstallatie, en het eventueel afschermen van deze armaturen door middel van kappen of flappen, direct zicht vanuit de omliggende woningen in de schijnwerpers kon worden voorkomen of beperkt. Lichthinder kon daarnaast worden veroorzaakt door een toename van de verlichtingssterkte in de woningen als gevolg van de lampen. Dit type lichthinder wordt indirecte lichthinder genoemd.

Verweerder had in een voorschrift opgenomen dat de armaturen rond de dichtstbij de woningen gelegen baan van zogeheten anti-verblindingskappen en afschermplaten op de mast moesten worden voorzien. Ook was voorgeschreven dat alle verlichting zodanig moest zijn afgesteld en/of afgeschermd, dat er geen directe lichtinstraling bij woningen van derden kon optreden. De Afdeling is van oordeel dat verweerders deze voorschriften 'toereikend kunnen achten'. Wel overweegt zij dat het onder bepaalde omstandigheden nodig kan zijn ook andere voorschriften op te nemen dan ter beperking van direct zicht in lichtbronnen. In casu was het echter niet aannemelijk dat voor indirecte lichthinder hoefde te worden gevreesd.

Van Geest haalt onder andere bovenvermelde overweging, namelijk dat verweerders de voorschriften 'toereikend kunnen achten', aan ter onderbouwing van zijn stelling dat de Afdeling vergunningvoorschriften (nog steeds) indringend toetst.[78] In mijn jurisprudentieonderzoek ben ik het toetsingscriterium 'kunnen' ook een aantal keer tegengekomen. In hoofdstuk 6 concludeer ik dat dit toetsingscriterium niet geheel duidelijk is, maar dat moet worden aangenomen dat het op een marginale toets duidt.[79] Overigens gebruikt de Afdeling in het vervolg van de uitspraak twee keer een toetsingsfrase met het woord 'kunnen' in combinatie met de woorden 'in redelijkheid': 'verweerders konden in redelijkheid oordelen […]'. Deze overwegingen getuigen wel duidelijk van een marginale toetsing. De stelling van Van Geest lijkt mij dus niet juist.

78 Van Geest 1998, p. 350 l.k.
79 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 6.2.1.

De derde Wende-uitspraak
De derde uitspraak gaat ook over lichthinder ten gevolge van een tennispark.[80] In deze zaak had het bevoegd gezag geen voorschriften tot afstelling of afscherming van de schijnwerpers in de vergunning opgenomen. Dit acht de Afdeling in strijd met art. 8.11 Wm. Uit het voormelde StAB-rapport bleek immers dat direct zicht vanuit een woning in een schijnwerper een belangrijk aspect van lichthinder is. Dit (recente) milieutechnische inzicht beperkte de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag: het heeft het stellen van voorschriften op dit punt niet in redelijkheid achterwege kunnen laten.

3.2 Enkele vragen naar aanleiding van de *Wende*

In deze paragraaf beantwoord ik enkele vragen die naar aanleiding van de *Wende*-uitspraken zijn gerezen over het standpunt van de Afdeling over de beslissingsruimte van het bevoegd gezag bij de vergunningverlening. Voor de duidelijkheid parafraseer ik hier nog even de belangrijkste passage van de in de *Wende*-uitspraken geïntroduceerde standaardoverweging:

> verweerder komt een zekere beoordelingsvrijheid toe, die haar begrenzing onder meer vindt in hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten voortvloeit.

Wat bedoelt de Afdeling met 'beoordelingsvrijheid'?
In hoofdstuk 3 kwam het verschil aan de orde tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid, zoals dat in de literatuur doorgaans wordt gemaakt. Aangezien het genoemde onderscheid algemeen aanvaard is, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat de Afdeling iets anders heeft bedoeld dan beoordelingsvrijheid/subjectieve beoordelingsruimte[81] te geven of te erkennen.

Klap vraagt zich af waarom de Afdeling naast beoordelingsvrijheid niet ook spreekt van beleidsvrijheid. Zijn conclusie over de aanwezigheid van beleidsruimte lijkt echter gebaseerd op een omgekeerde redenering. Klap gaat ervan uit dat er ruimte voor een belangenafweging moet zijn voor het bevoegd gezag, hetgeen hij afleidt uit het alara-beginsel. Op grond van de omstandigheid dat beleidsruimte (volgens de doctrine) gepaard gaat met de mogelijkheid tot een belangenafweging, komt hij tot de conclusie dat sprake is van beleidsruimte.[82] Michiels kiest een heel andere insteek: uit het feit dat de Afdeling alleen spreekt van beoordelingsvrijheid leidt hij af dat er naar *haar* oordeel

80 ABRvS 21 april 1998, E03.96.0623, *BR* 1998, 592.
81 In hoofdstuk 3, paragraaf 3.1, heb ik uiteengezet waarom ik liever spreek van beoordelings- en beleids*ruimte* dan van beoordelings- en beleids*vrijheid*. Beoordelingsvrijheid duid ik daar aan als subjectieve beoordelingsruimte.
82 Klap 1999, p. 157-159.

blijkbaar geen beleidsruimte voor het bevoegd gezag bestaat. Hij vindt zelf echter, net als Damen e.a., dat het bevoegd gezag wel over beleidsruimte beschikt.[83]

Volgens mij kunnen uit de *Wende*-overweging geen conclusies worden getrokken over het al dan niet bestaan van beleidsruimte (volgens de Afdeling), nu dat eenvoudigweg niet aan de orde is. De Afdeling laat alleen blijken dat zij beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag aanneemt. In zijn jaarverslag over 1998 stelt de Raad van State overigens expliciet dat de Afdeling bij de milieuvergunning geen beleidsruimte aanneemt.[84] In paragraaf 3.3 ga ik in op de vraag of het bevoegd gezag bij de beslissing op een aanvraag om een milieuvergunning beleidsruimte toekomt.

Beoordelingsruimte bestond al?

De tweede vraag die is gerezen, is of de beoordelingsruimte niet al bestond, ook al kent de Afdeling die in de uitspraken expliciet toe.

Hiervoor heb ik geconcludeerd dat het bevoegd gezag op grond van de wetstekst en de wetsgeschiedenis over (subjectieve) beoordelingsruimte beschikt. Een bijzonder aspect van de toetsing in milieugeschillen was dat deze ruimte heel sterk werd ingeperkt door (of eigenlijk niet bestond als gevolg van) de indringende toetsing van de Afdeling. De Afdeling kent dus niet (voor het eerst) beoordelingsruimte toe aan het bevoegd gezag. Dat is ook voorbehouden aan de wetgever. Wel is duidelijk dat de Afdeling aangeeft die ruimte voortaan te zullen respecteren. In paragraaf 4.2 en in het volgende hoofdstuk ga ik in op de vraag of de Afdeling sinds de toetsingsomslag ook anders omgaat met buitenwettelijke richtlijnen respectievelijk het deskundigenbericht. Het zijn immers met name deze twee factoren die een indringende toetsing mogelijk maakten (zie hoofdstuk 2).

Wat is de strekking van: 'een zekere beoordelingsvrijheid, die haar begrenzing onder meer vindt in hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten *voortvloeit'?*

Het bevoegd gezag moet bepalen wat nodig is ter bescherming van het milieu, en dat tot uiting brengen in de voorschriften die het verbindt aan de vergunning (of in de weigering van de vergunning). Het geniet hierbij een zekere vrijheid, door mij subjectieve beoordelingsruimte genoemd. Waardoor wordt deze ruimte beperkt, oftewel wat bepaalt 'objectief' wat het milieu eist?

Volgens de *Wende*-uitspraken zijn dit onder meer 'de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten'. Wat moet hieronder worden verstaan? Bij de beslissing over welk beschermingsniveau voor het milieu nodig is, moet onderscheid worden gemaakt tussen twee aspecten.

---

83 Michiels 1998, p. 899 r.k. en Damen e.a. 2006, p. 220.

84 Raad van State, Jaarverslag 1998, p. 62.

Enerzijds gaat het om objectieve, wetenschappelijke informatie, bijvoorbeeld over oorzaak-gevolg relaties (welk gevolg heeft de emissie van een bepaalde stof in een bepaalde hoeveelheid op een nabijgelegen natuurgebied?) of over de effectiviteit van een bepaalde voorziening (welk percentage stof wordt door een stoffilter tegengehouden?).

Anderzijds gaat het om de bestuurlijke, soms politieke, afweging over de normering (welke mate van aantasting wordt aanvaardbaar geacht).[85]

In de *Wende*-uitspraak over de varkenshouderij in Breda zijn beide typen aspecten aan de orde. De omrekeningsfactoren uit Bijlage 1 bij de Richtlijn veehouderij en stankhinder zijn een voorbeeld van het eerste type aspect. Aan deze omrekeningsfactoren liggen volgens de Afdeling milieutechnische inzichten ten grondslag over de emissie van stank door een bepaalde veebezetting in een bepaald type stal.[86] Het aspect waarop het besluit sneuvelt is een voorbeeld van het tweede type. Dit betreft de in de Richtlijn veehouderij en stankhinder opgenomen indeling van omgevingscategorieën, die ten opzichte van de Brochure is gewijzigd. Zoals in paragraaf 3.1 bleek, gaf de Minister als argument voor deze wijziging dat het normatieve oordeel over de aanvaardbaarheid van stankhinder door veehouderijen was verschoven en dat de richtlijn uitvoering gaf aan een motie van de Kamer, waarin gevraagd was de 'onbedoelde blokkering van de dynamiek in de veehouderijsector' als gevolg van de brochure weg te nemen. De wijziging berust dus op een politieke keuze om het milieubelang minder zwaar te laten wegen ten opzichte van andere maatschappelijke belangen. Met milieu*technische* inzichten heeft dit niets van doen.[87]

Ook de andere buitenwettelijke richtlijnen bevatten vaak beide typen aspecten (zie paragraaf 4.3).

Milieutechnische inzichten zullen overigens vaak niet zodanig concreet zijn dat zij direct aan een vergunningvoorschrift ten grondslag kunnen worden gelegd. Zij zullen eerder grenzen stellen aan de boven- en ondergrens van de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag. In de twee *Wende*-uitspraken over een tennispark gaat het over de bovengrens. Uit het deskundigenbericht bleek dat de lichtinstallatie rond een tennisbaan lichthinder kan veroorzaken bij omwonenden. Dat inzicht betekent dat het bevoegd gezag het stellen van voorschriften ter beperking van die hinder niet achterwege kon laten. De inhoud van die voorschriften vloeit echter niet direct uit het inzicht voort. Een ander voorbeeld: indien uit onderzoek zou blijken dat de risico's van de opslag van een bepaalde stof verwaarloosbaar klein zijn, raakt dit aan de ondergrens:

85 Vgl. Kuipers en Verburg 1999, p. 210-211 en Michiels 1998, p. 899 r.k.
86 Zie Raad van State, Jaarverslag 1998, p. 62.
87 Idem Backes in zijn noot in *M en R* 1998, p. 198 r.k.

het stellen van voorschriften is dan niet mogelijk omdat daarmee geen milieubelang is gediend.[88]

3.3 Beleidsruimte

De paragrafen 3.1 en 3.2 gingen over beoordelingsruimte. In deze paragraaf bespreek ik of het bevoegd gezag bij de verlening van een milieuvergunning ook over beleidsruimte beschikt. De meeste schrijvers beantwoorden deze vraag bevestigend. Volgens Michiels, Klap en Stroink vloeit dit voort uit het alarabeginsel.[89] Zij volgen de door Kuipers en Verburg onderscheiden eerste lezing van art. 8.11 lid 3 Wm. Volgens deze lezing verplicht de, imperatief geformuleerde, eerste volzin van het derde lid weliswaar tot het stellen van de voorschriften die nadelige gevolgen voor het milieu helemaal voorkomen,[90] maar maakt de tweede volzin het mogelijk minder strenge voorschriften te stellen. Als de nadelige gevolgen niet helemaal voorkomen kunnen worden, mag worden volstaan met de voorschriften die de grootst mogelijke bescherming bieden. En ook dit niveau hoeft niet altijd voorgeschreven te worden: als dit namelijk 'redelijkerwijs' niet haalbaar is, mogen minder beschermende voorschriften worden gesteld. Het dwingende karakter van de eerste volzin wordt zo dus indirect, via de tweede volzin, doorbroken.

Kuipers en Verburg verwerpen deze lezing, omdat zij die onverdedigbaar vinden gelet op de herkomst van het alara-beginsel (uit het kernenergierecht). Zij kiezen zelf voor een andere lezing van art. 8.11 lid 3. Enkele frases uit de wetsgeschiedenis[91] (over de wetsgeschiedenis hierna meer) nopen volgens hen tot de conclusie dat de gehele tweede volzin (en dus niet alleen het laatste deel daarvan) onder alara valt, en dat alara wordt opgevat als invulling van de voorwaarde 'nodig ter bescherming van het milieu' uit de eerste volzin. Hierdoor zou het imperatieve karakter van de vergunningverlening, volgend uit de eerste volzin, in stand blijven. Want alara doet hier geen afbreuk aan,

---

88 Vgl. Michiels 1992, p. 8-9 en Klap 1999, p. 161.

89 Michiels 1998, p. 899 l.k., Klap 1999, p. 158-159, Stroink in zijn noot, *JB* 1998, p. 616 r.k. Ook Van Geest 1998, p. 351 m.k., lijkt dit te bedoelen, ook al spreekt hij van beoordelingsvrijheid in plaats van beleidsvrijheid.

90 Zo luidt de eerste volzin niet letterlijk. Er staat immers dat de voorschriften verbonden worden die 'nodig zijn ter bescherming van het milieu'. Uit het vervolg in de tweede volzin, 'Voor zover de nadelige gevolgen niet voorkomen kunnen worden', kan worden afgeleid dat in de eerste volzin wordt gedoeld op de 'ideale' situatie dat er helemaal geen negatieve gevolgen voor het milieu zijn dan wel dat die kunnen worden voorkomen.

91 Namelijk de MvA VAR, p. 54: 'De in dit artikellid [art. 8.11 lid 3 Wm, TCL] vervatte opdracht aan het bevoegd gezag om aan een vergunning de voorschriften te verbinden, die nodig zijn ter bescherming van het milieu, wordt nader gespecificeerd, om tot uitdrukking te brengen dat zorg dient te worden gedragen voor een zo hoog beschermingsniveau als redelijkerwijs bereikbaar is.' En de Nota n.a.v. het Eindverslag VAR, p. 33-34.

het geeft slechts een invulling van de norm 'nodig ter bescherming van het milieu'; aan de vervulling daarvan verbindt de wet imperatieve gevolgen (namelijk wel of niet verlenen van de vergunning). In deze lezing bestaat er volgens deze auteurs geen beleidsruimte.[92] Het komt er, als ik het goed begrijp, volgens Kuipers en Verburg dus op neer dat als het bestuursorgaan eenmaal heeft bepaald wat er in het belang van de bescherming van het milieu nodig is aan voorschriften (waarbij het beschikt over enige beoordelingsruimte), art. 8.11 lid 3 eerste volzin daar dwingende gevolgen aan verbindt (waarbij het orgaan dus geen beleidsruimte heeft). Die dwingende gevolgen zijn: als de inrichting aan de gestelde eisen kan voldoen, dan moet de vergunning worden verleend; kan zij dit niet, dan moet de vergunning worden geweigerd, waarbij er geen ruimte is om andere belangen af te wegen. De keuzemogelijkheid is volgens hen in het concrete geval dus feitelijk gebonden.

Ik kan het betoog van Kuipers en Verburg niet volgen. De eerste volzin geeft mijns inziens het uitgangspunt voor de vergunningverlening weer: aan de vergunning moeten de voorschriften worden verbonden die ervoor zorgen dat het milieu voldoende wordt beschermd. In de tweede volzin wordt dit uitgangspunt (gedeeltelijk) ingevuld, met het weergeven van drie afnemende niveaus van bescherming: (1) door middel van het stellen van voorschriften bij voorkeur nadelige gevolgen voorkomen, (2) als dit niet mogelijk is: die gevolgen zoveel mogelijk voorkomen, (3) tenzij ook dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd.

Zoals in paragraaf 2.3.2.1 aan de orde kwam, is het geheel voorkomen van hinder, milieuschade of risico's bijna nooit mogelijk. Het komt doorgaans neer op het zoveel mogelijk voorkomen van nadelige gevolgen voor het milieu, tenzij dat niet in redelijkheid kan worden gevergd. Dit betekent dat het uiteindelijk aankomt op de interpretatie van het woord 'redelijkerwijs'. Het feit dat dit woord het mogelijk maakt om minder te eisen dan – louter uit milieuoogpunt beschouwd – wenselijk is, betekent dat de mogelijkheid bestaat om het milieubelang af te wegen tegen andere belangen.

> Het argument dat de herkomst van het alara-beginsel zich tegen de voornoemde eerste lezing zou verzetten, overtuigt mij niet. In de kernenergieregelgeving, waar het beginsel voor het eerst werd gebruikt, is een strikte interpretatie van het alara-beginsel aangewezen. Bij radioactieve straling luistert het, simpel gezegd, nu eenmaal erg nauw. Bij een gemiddelde milieuvergunning is dit niet het geval. Ook de door Kuipers en Verburg geciteerde frases uit de wetsgeschiedenis overtuigen mij niet dat de hiervoor genoemde tweede lezing moet worden gevolgd. Die frases zeggen – heel in het algemeen geformuleerd – niet veel meer dan dat het alara-

92 Zie Kuipers en Verburg 1999, p. 210-211.

beginsel bij de vergunningverlening moet worden gehanteerd, om een zo hoog mogelijk niveau van bescherming te realiseren.
Kuipers en Verburg maken naar mijn mening niet duidelijk hoe de bevoegdheid tot vergunningverlening gebonden (in de zin van: zonder beleidsruimte) kan zijn, ook niet als met hen wordt aangenomen dat de alara-frase uit de tweede volzin opgevat zou moeten worden als invulling van de voorwaarde 'nodig ter bescherming van het milieu' uit de eerste volzin. Het woord 'redelijkerwijs', een open term, is en blijft immers een onderdeel van het alara-beginsel.

De mogelijkheid om het milieubelang af te wegen tegen andere belangen is evenwel zeker niet onbeperkt.

In de eerste plaats mag alleen rekening worden gehouden met bedrijfseconomische omstandigheden. Met andere belangen, zoals die van een goede ruimtelijke ordening of van verkeersveiligheid, kan en mag geen rekening worden gehouden bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag, nu deze belangen buiten het toetsingskader van de Wet milieubeheer vallen. Zij hebben namelijk geen betrekking op het in art. 8.10 Wm genoemde belang van de bescherming van het milieu.[93]

In de tweede plaats mag slechts tot op zekere hoogte rekening worden gehouden met bedrijfseconomische omstandigheden. Bij de parlementaire behandeling van hoofdstuk 8 van de Wet milieubeheer is aan de orde geweest wat de reikwijdte is van het onderdeel 'redelijkerwijs' van het ala*r*a-beginsel (zie paragraaf 2.3.2.2). Uit de parlementaire stukken lijkt te kunnen worden afgeleid dat bij vergunningverlening geen rekening mag worden gehouden met de individuele omstandigheden van een bedrijf. Bepalend voor het voor te schrijven voorzieningenniveau is hetgeen in de bedrijfstak als economisch haalbaar geldt. De financiële situatie van het bedrijf mag dus geen rol spelen bij de vraag of een voorziening kan worden geëist. Dit is inmiddels vele jaren vaste jurisprudentie.

Zoals ik in paragraaf 2.3.2.2 al even aanstipte, heeft op dit punt in de jurisprudentie onduidelijkheid bestaan. Na de inwerkingtreding van de Wet milieubeheer was de lijn in de jurisprudentie eerst dat wel rekening mocht worden gehouden met de individuele economische omstandigheden van een inrichting. Volgens de desbetreffende uitspraken was het tot op zekere hoogte toegestaan om bij de beoordeling of een bepaalde voorziening kon worden voorgeschreven, rekening te houden met de financiële haalbaarheid daarvan voor het bedrijf.[94] Later oordeel-

93 Overigens bevat art. 8.10 lid 3 Wm nog wel een andere weigeringsgrond, namelijk die op grond van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob), maar deze weigeringsgrond is voor dit onderzoek niet relevant.

94 Zie Vz. ABRvS 15 februari 1994, *AB* 1994, 662, m.nt. Drupsteen, *M en R* 1994, 80, m.nt. Nijhoff, ABRvS 15 januari 1996, *AB* 1996, 296, m.nt. Backes, *M en R* 1996, 54, m.nt. Drupsteen en ABRvS 16 september 1996, *MR* 1996, 56. Zie hierover ook Hoitink 1998, p. 24-26.

de de Afdeling echter dat het alara-beginsel geen ruimte laat voor een belangenafweging op individueel bedrijfsniveau. Dit is sindsdien vaste jurisprudentie.[95]

Er bestaat dus ruimte voor het bevoegd gezag om, met een verwijzing naar het voorzieningenniveau dat in de bedrijfstak gebruikelijk is, rekening te houden met het bedrijfseconomische belang van de inrichting. Dat het dit in beginsel ook *moet* doen, omdat het voorzieningenniveau anders onredelijk bezwarend is, doet niet af aan het feit dat het milieubelang kan worden afgewogen tegen een ander belang.

Het verdient echter opmerking dat een bestuursorgaan zich in de praktijk niet vaak hoeft af te vragen of de door hem gestelde voorschriften meer eisen dan op bedrijfstakniveau gebruikelijk, en dus redelijk, is. Dit komt doordat – zie hierover uitgebreider paragraaf 4 van dit hoofdstuk – bestuursorganen zich veelal baseren op buitenwettelijke milieurichtlijnen. De meeste van deze richtlijnen zijn gericht op een bepaalde bedrijfstak.[96] De Afdeling gaat er, nu zij het 'eenvoudig navolgen' van buitenwettelijke richtlijnen door vergunningverlenende bestuursorganen accepteert, vanuit dat de in deze richtlijnen neergelegde beoordelingskaders voldoen aan het alara-beginsel. Zij vergt in gevallen waarin het bevoegd gezag een richtlijn heeft gevolgd geen verdergaande, op het individuele geval toegespitste, beoordeling of het in de richtlijn neergelegde beschermingsniveau kan worden geëist. De belangenafweging wordt namelijk geacht al in de richtlijn te zijn gemaakt.

3.4 Belangenafweging: ook bij beoordelingsruimte?

In het kader van *beleids*ruimte bestaat er, zo concludeerde ik zojuist, tot op zekere hoogte ruimte voor het bevoegd gezag voor een belangenafweging. In het vorige hoofdstuk, paragraaf 3.2, heb ik uiteengezet dat, anders dan doorgaans wordt aangenomen, een belangenafweging ook aan de orde kan zijn bij de beoordelingsvraag, dus bij de invulling van *beoordelings*ruimte. Ik kwam daar tot de conclusie dat het bij bepaalde bevoegdheden irreëel is om aan te nemen dat het bevoegde bestuursorgaan niet al enigszins belangen zou afwegen bij de invulling van de beoordelingsruimte.

95 ABRvS 20 juni 1997, *M en R* 1997, 115, ABRvS 15 januari 1998, *JM* 1998, 36, m.nt. Zigenhorn, ABRvS 24 juni 1999, *AB* 2000, 93, m.nt. Jongma, *M en R* 2000, 7 en 8, m.nt. Verschuuren, en ABRvS 23 april 2003, 200202654/1, *SIAB* 2003, 51 en ABRvS 21 juni 2006, 200505134/1.

96 Zo is de Richtlijn veehouderij en stankhinder, de naam zegt het al, op veehouderijen van toepassing. De bijzondere regelingen van de NeR zien soms op een nog specifiekere bedrijfstak, zoals bijvoorbeeld de regeling B7 over geurhinder van koffiebranderijen. De Handreiking industrielawaai en vergunningverlening heeft daarentegen een veel ruimer toepassingsbereik, namelijk in beginsel alle inrichtingen die geluid produceren.

Dit geldt ook voor de bevoegdheid om een milieuvergunning te verlenen.

Er is vaak sprake van verschillende milieuaspecten, emissievormen, wijzen waarop emissies kunnen worden beperkt en gevolgen voor het milieu, met daarbij nog alle denkbare wijzen waarop die met elkaar en de plaatselijke situatie samenhangen.[97] Aangezien hét milieubelang niet bestaat en dus niet objectief kan worden vastgesteld wat dat belang in een concreet geval precies eist, moet het bevoegd gezag bepalen welk beschermingsniveau het precies wil bieden. Daarbij kan het bevoegd gezag het milieubelang tot op zekere hoogte afwegen tegen andere belangen, waaronder het (bedrijfseconomische) belang van de vergunningaanvrager.[98] Een hoger beschermingsniveau zal immers doorgaans gepaard gaan met hogere investeringskosten voor diens bedrijf. Er kan dus enige ruimte voor een belangenafweging zijn gelegen in de keuzeruimte die, binnen de boven- en ondergrens van de beoordelingsruimte, bestaat voor het bepalen van het gewenste beschermingsniveau.

Als het bevoegd gezag een buitenwettelijke richtlijn gebruikt, is de keuzeruimte daarmee voor een groot deel ingevuld. Ook dan kan of moet het bevoegd gezag echter soms nog keuzes maken, afhankelijk van de vraag hoe concreet en gedetailleerd het beoordelingskader van de desbetreffende richtlijn is.

> Als voorbeeld noem ik het beoordelingskader van hoofdstuk 4 van de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening. Dit bevat aan de ene kant concrete richtwaarden voor de in de vergunning te stellen geluidgrenswaarden, die rechtstreeks in een vergunningvoorschrift kunnen worden overgenomen. Aan de andere kant biedt het, voor gevallen waarin niet aan de richtwaarden kan worden voldaan, de mogelijkheid om *op grond van een bestuurlijk afwegingsproces* hogere waarden toelaatbaar te achten.

4 De rol van buitenwettelijke milieurichtlijnen

4.1 Inleiding

Op het terrein van het milieurecht wordt veel gebruik gemaakt van buitenwettelijke publicaties, waarin op enigerlei wijze wordt aangegeven hoe in een vergunning meer concreet invulling kan worden gegeven aan de vage wettelijke opdracht tot het stellen van voorschriften die nodig zijn ter bescherming van het milieubelang. Voor praktisch elk milieucompartiment (zoals geluid, geur, stof, trilling, bodem, lucht) bestaan één of meerdere van dergelijke

97 Vgl. Kuipers en Verburg 1999, p. 211 l.k.

98 Vgl. Van Gestel 2000, p. 223-225, Klap 1994, p. 9 en Klap 1999, p. 160: 'Het algemeen milieubelang laat – vanwege zijn onbepaaldheid – veelal ruimte voor een nadere afweging van belangen.'

publicaties, die worden aangeduid met termen als richtlijn, circulaire, handreiking, brochure, nota of rapport.[99] Ik hanteer de term (milieu)richtlijn.

De meeste milieurichtlijnen zijn opgesteld door de rijksoverheid (doorgaans het Ministerie van VROM), waarbij soms vooraf overleg is gevoerd met de instanties die direct te maken hebben met het onderwerp van de richtlijn (zoals het bedrijfsleven en lagere overheden). Daarnaast bestaan er richtlijnen die zijn opgesteld door wetenschappelijke instellingen of belangenorganisaties. Bij wetenschappelijke instellingen geschiedt de opstelling van een richtlijn vaak op verzoek van de overheid. Indien de overheid vervolgens zorgdraagt voor de verspreiding van de richtlijn, krijgt deze enigszins een door de overheid geautoriseerde status.

Aan het opstellen van een richtlijn kunnen verschillende motieven ten grondslag liggen. Meestal spelen meerdere motieven tegelijkertijd een rol. Een daarvan is het deskundigheidsmotief. Decentrale bestuursorganen, vooral kleinere gemeenten, beschikken lang niet altijd in voldoende mate over technisch-wetenschappelijke deskundigheid om zelfstandig te bepalen wat in een bepaald (type) geval(len) nodig is ter bescherming van het milieu. Richtlijnen kunnen in dit kennishiaat voorzien. Een tweede motief bij het opstellen van richtlijnen is standaardisering. Zowel bij bedrijven en particulieren als bij de overheid bestaat de behoefte aan een zekere mate van voorspelbaarheid van vergunningvoorschriften. Door het opstellen van modelvoorschriften in de vorm van een richtlijn kan hieraan tegemoet gekomen worden. Het derde en laatste motief is het (rijks)beleidsmotief. Hoewel de milieuhygiënische regelgeving in grote mate gedecentraliseerd is, is de rijksoverheid van mening dat het zwaartepunt van de beleidsontwikkeling bij haar hoort te liggen. Het uitbrengen van richtlijnen kan bijdragen aan de realisering van het rijksmilieubeleid.[100]

Bestuursorganen baseren hun beslissing op een vergunningaanvraag vanouds vaak rechtstreeks op een of meerdere milieurichtlijnen.[101] Milieurichtlijnen bevatten voor een bepaald milieuaspect een uitgewerkt beoordelingskader, in de vorm van concreet te hanteren normen. De Handreiking industrielawaai en vergunningverlening bijvoorbeeld, een veelgebruikte richtlijn voor de beoordeling van geluidhinder, bevat concrete geluidwaarden die in de vergun-

99 In het kader van de herijkingsoperatie van (pseudo-)regelgeving door het Ministerie van VROM is een inventarisatie gemaakt van alle buitenwettelijke richtlijnen op milieugebied; zie Van 't Lam en Uylenburg 2006. In hoofdstuk 6, paragraaf 4.1 zijn de richtlijnen vermeld die ik meer dan één keer in mijn empirisch onderzoek heb aangetroffen. De compartimenten geluid en geur/stank spannen hierbij de kroon.

100 Zie over het voorgaande Widdershoven e.a. 1991, p. 115-121 en Bröring 1993, p. 300-303.

101 Zie Widdershoven e.a. 1991, hoofdstuk 5 en Bröring 1993, p. 307-312. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.1, voor het kwantitatieve belang van richtlijnen in de door mij onderzochte uitspraken.

ning kunnen worden voorgeschreven. Indien een bestuursorgaan een milieurichtlijn toepast, geeft het niet een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau.

De Afdeling accepteerde dit zogenoemde 'eenvoudig volgen' van milieurichtlijnen, en ging er dus vanuit dat de in deze richtlijnen neergelegde beoordelingskaders voldeden aan het alara-beginsel. Dit terwijl in de richtlijnen verschillende benaderingen worden gehanteerd, namelijk ofwel een immissiegerichte benadering, ofwel een gecombineerde immissie- en emissiegerichte benadering.[102] Daarbij lopen de gehanteerde uitgangspunten van een emissiegerichte benadering ook nog eens uiteen. Dit bracht Jongma tot de conclusie dat *het* alara-beginsel niet heeft bestaan, nu dit als toetsingsnorm geen zelfstandige betekenis heeft gekregen.[103]

Het bevoegd gezag bleek ook nauw gebonden te zijn aan in richtlijnen opgenomen 'normen': een lichtere normstelling werd praktisch niet geaccepteerd en een zwaardere normstelling moest goed gemotiveerd worden, waarbij sprake moest zijn van bijzondere omstandigheden.[104]

In deze paragraaf bespreek ik of het bevoegd gezag en de rechter op een juiste wijze omgaan met milieurichtlijnen, gelet op de aard daarvan. Voorts komt aan de orde hoeveel ruimte het bevoegd gezag na de *Wende* heeft om een eigen beoordelingskader te gebruiken, dat afwijkt van de voor het desbetreffende aspect bestaande richtlijn, en in hoeverre van die ruimte gebruik wordt gemaakt.

Op de implicaties van de wijziging van de Wet milieubeheer op 1 december 2005 voor de positie van milieurichtlijnen, ga ik in paragraaf 5 in.

---

102 Bij een emissiegerichte benadering wordt primair gekeken naar de bron (*kan* de emissie worden beperkt?), terwijl bij een immissiegerichte benadering primair wordt bekeken of er een 'ontvanger' (mens of milieu) is die nadelige gevolgen van de emissie ondervindt (*moet* de emissie worden beperkt?). Het verschil tussen beide benaderingen treedt voornamelijk aan het licht bij hinderaspecten. Zo kunnen in een emissiegerichte benadering altijd maatregelen worden geëist in geval van geluid- of geuremissie, terwijl daartoe in een immissiegerichte benadering alleen aanleiding bestaat bij de aanwezigheid van mensen in de nabijheid van de bron.

103 Jongma 2002a en Jongma 2002, p. 176-185. Zij stelt voorts dat de Europese IPPC-richtlijn voor de onder die richtlijn vallende grote inrichtingen in beginsel een emissiegerichte benadering eist (Jongma 2002, p. 62-66); in dezelfde richting neigen Backes e.a. 2002, p. 41-43 en 200-201. In paragraaf 5.4.2 ga ik in op de vraag in hoeverre de Wet milieubeheer na de wetswijziging van december 2005 een emissiegerichte benadering eist en hoe het gebruik van de nationale milieurichtlijnen zich daartoe verhoudt.

104 Zie over het voorgaande Bröring 1993, p. 312-339.

4.2 Buitenwettelijke milieurichtlijnen en de *Wende*-uitspraken

De Afdeling overweegt in de *Wende*-uitspraak inzake Breda het volgende over het gebruik door het bevoegd gezag van de Richtlijn veehouderij en stankhinder in plaats van de Brochure veehouderij en hinderwet:

> '[Dit betekent dat verweerders] de hun toekomende beoordelingsvrijheid op een andere wijze dan voorheen hebben ingevuld. Op zich zijn verweerders daartoe bevoegd, maar hiervoor moet wel een voldoende motivering worden gegeven, bezien in het licht van de art. 8.10 lid 1 en 8.11 lid 3 Wm.'[105]

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat het bevoegd gezag zijn beoordelingsruimte op een andere wijze mag invullen dan het gewoon was te doen, mits het dit voldoende motiveert. Uit de verwijzing naar het toetsingskader van de Wet milieubeheer kan worden afgeleid dat onderbouwd moet worden dat de nieuwe invulling van de beoordelingsruimte eenzelfde beschermingsniveau biedt, of, wanneer dat niet zo is, waarom kan worden volstaan met een lager beschermingsniveau of waarom een hoger beschermingsniveau is vereist.

Jurgens stelde in haar noot bij deze uitspraak dat het belang van de *Wende* vooral zou afhangen van de wijze waarop de Afdeling voortaan zou omgaan met buitenwettelijke richtlijnen. Vanaf de *Wende* bestaat er haars inziens niet meer zoals voorheen automatisch binding aan richtlijnen, maar gelden die pas als ze door het bevoegd gezag als beoordelingsmaatstaf zijn overgenomen, al dan niet in de vorm van een beleidsregel. In de weinige gevallen waarin er geen sprake is van zelfbinding aan een richtlijn, bindt een richtlijn slechts voor zover zij de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten bevat; deze beperken immers de beoordelingsruimte. Alleen in die laatstbedoelde gevallen zal er dus een verschil optreden met de situatie van voor de *Wende*, zo verwachtte Jurgens.[106]

Ook andere auteurs stelden dat het praktische belang van de *Wende* zou afhangen van de vraag hoe de Afdeling in het vervolg zou omgaan met richtlijnen.[107] Backes bepleitte in dit verband dat de Afdeling in de toekomst een duidelijker onderscheid zou maken tussen de aan een richtlijn ten grondslag liggende milieutechnische inzichten en de daarin verwoorde beleidskeuzes. Dat was volgens hem nodig om recht te doen aan de met de *Wende* erkende beoordelingsruimte van het bevoegd gezag. Van Gestel en Verschuuren stelden

---

105 ABRvS 21 april 1998, E03.97.0115, *AB* 1998, 199, m.nt. Jurgens, *M en R* 1998, 69, m.nt. Backes (onder nr. 70), *JB* 1998, 133, m.nt. Stroink, *Gst.* 1998, 7078, 5, m.nt. Van Geest. Zie paragraaf 3.1 hiervoor.

106 Jurgens in haar noot in *AB* 1998, p. 891-892.

107 Backes in zijn noot in *M en R* 1998, p. 198, Michiels 1998, p. 899 en Klap 1999, p. 165-166.

zelfs dat de Afdeling bij de *Wende* al heeft uitgemaakt dat buitenwettelijke richtlijnen niet langer zonder meer mogen worden toegepast bij de invulling van de beoordelingsruimte. Volgens hen moet het bevoegd gezag voortaan aantonen en motiveren dat de door hem gebruikte richtlijn de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten bevat.[108]

Uit mijn jurisprudentieonderzoek blijkt dat de Afdeling deze laatste stellingname niet deelt. In de onderzochte uitspraken uit 2003 accepteert de Afdeling in nagenoeg alle gevallen stilzwijgend het door het bevoegd gezag niet nader gemotiveerde gebruik van richtlijnen, terwijl ze in de onderzochte uitspraken uit 1997 altijd en die uit 2000 bijna altijd nog een expliciet oordeel gaf over de gebruikte richtlijn (waarbij in de meeste gevallen de deugdelijkheid daarvan niet was aangevochten). Het gaat hierbij om richtlijnen die al eerder door de Afdeling, al dan niet expliciet, zijn aanvaard.[109] Ook Jongma constateerde al dat de Afdeling na de *Wende* het 'eenvoudig volgen' van een richtlijn door het bevoegd gezag is blijven accepteren.[110]

Deze lijn lijkt reeds met de *Wende*-uitspraak inzake Boskoop te zijn ingezet (of wellicht beter: voortgezet). In deze zaak heeft het bevoegd gezag wat het geluidaspect betreft aangesloten bij de Circulaire industrielawaai. De Afdeling overweegt onder meer:

> 'De in voorschrift C.2 neergelegde grenswaarden voor piekgeluiden zijn lager dan de grenswaarden die in de circulaire Industrielawaai als maximaal aanvaardbaar zijn aangemerkt. Gelet hierop hebben verweerders naar het oordeel van de Afdeling in redelijkheid kunnen oordelen dat door de in genoemd voorschrift neergelegde grenswaarden hinder van piekgeluiden in voldoende mate wordt voorkomen.'

Bij deze (niet nieuwe) richtlijn pleegt de Afdeling dus helemaal geen inhoudelijke toets (of het bevoegd gezag heeft getoetst) of de richtlijn de meest recente normen bevat. Volstaan wordt met de constatering dat de voorgeschreven grenswaarden lager zijn dan de volgens de circulaire maximaal toelaatbare waarden, op grond waarvan het bevoegd gezag ze in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten.

> Het belang van de milieurichtlijnen, ook na de *Wende*, blijkt tevens duidelijk in de – relatief weinig voorkomende – gevallen waarin het bevoegd gezag is afge-

108 Van Gestel en Verschuuren 2000, p. 57.

109 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.2. Voor nieuwe richtlijnen ligt dit anders. Bij een nieuwe richtlijn wordt de aanvaardbaarheid van het beoordelingskader doorgaans wel aangevochten in beroep (zie voor een recent voorbeeld ABRvS 13 juni 2007, 200606959/1, *BR* 2007, 191, over de Handreiking Limburgs traditioneel schieten). Als gevolg daarvan is niet vaak de vraag aan de orde of de Afdeling *uit zichzelf* de aanvaardbaarheid van een nieuwe richtlijn toetst. Zoals hierna wordt beargumenteerd, zou zij dat overigens wel moeten doen.

110 Jongma 2002, p. 201.

> weken van de toepasselijke richtlijn of die zelfs in het geheel niet heeft gehanteerd. Ik bespreek twee van deze gevallen.
> In een zaak uit 2006 voerde het bevoegd gezag ter zitting aan dat de Richtlijn veehouderij en stankhinder 1996 geen wettelijk voorschrift doch slechts beleid is, zodat het de bevoegdheid heeft om een hogere stankbelasting toe te laten dan volgens die richtlijn is toegestaan. De Afdeling stelt vast dat het bestreden besluit voorziet in een toename van het aantal mestvarkeneenheden en in een verkleining van de afstand van een stal tot de omliggende woningen. Vervolgens overweegt zij: 'Dit betekent een verslechtering van de reeds aanwezige geurhinder waardoor afgeweken wordt van de Richtlijn veehouderij en stankhinder 1996. Verweerder heeft deze afwijking van de Richtlijn veehouderij en stankhinder 1996 niet gemotiveerd en niet een andere kenbare beoordelingsmethode gehanteerd.' Volgens de Afdeling is het besluit daarom in strijd met art. 3:2 en 3:46 Awb, waarin het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel zijn neergelegd.[111]
> In een uitspraak over geurhinder van een groencompostering heeft het bevoegd gezag niet de NeR gebruikt. De Afdeling overweegt dat in het deskundigenbericht is gesteld dat voor groencomposteringen normaliter een lagere geurconcentratie dan door het bevoegd gezag in dit geval is gekozen, als acceptabel hinderniveau wordt beschouwd. Vervolgens overweegt de Afdeling, als een soort objectivering zo lijkt het, dat die lagere geurconcentratie ook in de NeR als acceptabel hinderniveau wordt aangemerkt en dat het bevoegd gezag niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom in dit geval een hoger hinderniveau aanvaardbaar is. De Afdeling oordeelt dat het besluit in strijd is met art. 8.11 lid 3 Wm, omdat niet een toereikend beschermingsniveau tegen geurhinder wordt geboden.[112]

De vraag kan worden gesteld of voortzetting van de praktijk waarin de Afdeling het 'eenvoudig volgen' van een richtlijn door het bevoegd gezag accepteert, juist is. Zou de Afdeling niet een duidelijker onderscheid moeten maken tussen de aan een richtlijn ten grondslag liggende milieutechnische inzichten en de daarin verwoorde beleidskeuzes, zoals Backes stelt? Het antwoord op deze vraag hangt af van de wijze waarop milieurichtlijnen moeten worden gekarakteriseerd.

4.3 Aard van de milieurichtlijnen: geen (zuivere) deskundigenrichtlijnen

Op het eerste gezicht lijken buitenwettelijke milieurichtlijnen vanwege hun technische inhoud te moeten worden beschouwd als deskundigenrichtlijnen. Zoals ook in de literatuur wordt opgemerkt, bevatten milieurichtlijnen evenwel niet alleen technisch-deskundige informatie, maar ook een beleidsmatige afweging tussen ecologische en (meestal) economische belangen. In de woorden van Bröring:

111 ABRvS 17 mei 2006, 200505488/1, r.o. 2.7.2.
112 ABRvS 17 mei 2006, 200506621/1, r.o. 2.6.2.

> 'Het draait in laatste instantie om de vraag inzake de aanvaardbaarheid van, bijvoorbeeld, bepaalde geluid- of stralingsniveaus. Uiteindelijk blijken de criteria in deskundigenrichtlijnen dus op een politieke of beleidsmatige keuze te stoelen. Het gegeven dat natuurwetenschappelijke inzichten bij deze keuze altijd een essentiële rol spelen, doet daaraan niet af.'[113]

De analyse van Bröring is ook nu nog juist. Ten aanzien van één specifieke richtlijn is dat hiervoor al gebleken. In paragraaf 3.2 is aan de orde gekomen dat de Richtlijn veehouderij en stankhinder een belangrijk beleidsmatig onderdeel kent, namelijk de omgevingscategorie-indeling. In de volgende alinea zet ik uiteen dat hetzelfde geldt voor de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening 1998, de richtlijn die samen met de Richtlijn veehouderij en stankhinder veruit het vaakst voorkomt in de door mij onderzochte uitspraken (zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.1).

De in hoofdstuk 4 van de Handreiking neergelegde systematiek wordt door bestuursorganen doorgaans gebruikt bij het opstellen van grenswaarden voor het equivalente geluidniveau[114] in vergunningvoorschriften. Volgens deze systematiek geldt in het algemeen als grenswaarde 50 dB(A)[115] etmaalwaarde[116] op de gevel van een woning, maar voor bestaande inrichtingen kan onder omstandigheden een grenswaarde van 55 dB(A) worden gehanteerd. Als onderbouwing van de normstelling wordt in hoofdstuk 4 enkel opgemerkt dat '[b]oven de grenswaarde van 50 dB(A) in toenemende mate hinder [zal]optreden'.

Hoofdstuk 3 van de Handreiking, dat handvatten biedt voor het opstellen van een gemeentelijke geluidnota,[117] bevat een tabel waarin het percentage ernstig gehinderden is afgezet tegen het geluidniveau. Dit percentage bedraagt bij een etmaalwaarde van 45-50 dB(A) 0-10%, bij een etmaalwaarde van 50-55 dB(A) 10-20% en bij een etmaalwaarde van 55-60 dB(A) 20-25%.[118] In een andere tabel worden, per gebiedstype, grenswaarden geadviseerd voor het equivalente geluidniveau. De geadviseerde etmaalwaarden lopen uiteen van 40 dB(A) voor een stil landelijk gebied tot 60 dB(A) voor een woonwijk in een stadscentrum. De tabel is vastgesteld op basis van eerdere circulaires, ervarin-

---

113 Bröring 1993, p. 303; zie ook p. 130 en 133-134. Zie ook Widdershoven e.a. 1991, p. 118 en 124; Michiels 1998, p. 899 r.k.

114 Dit is het gemiddelde geluidniveau over een etmaalperiode (dag, avond of nacht).

115 Het geluiddrukniveau wordt uitgedrukt in decibel (dB). Mensen zijn niet voor alle frequenties van geluid even gevoelig. Om geluidmetingen aan te laten sluiten bij de gevoeligheid van het menselijk oor is het zogeheten A-filter ontwikkeld. Het in het milieurecht relevante geluiddrukniveau wordt uitgedrukt in dB(A).

116 Een etmaalwaarde van 50 dB(A) betekent een grenswaarde van 50 dB(A) overdag, van 45 dB(A) 's avonds en/of van 40 dB(A) 's nachts.

117 Later in dit hoofdstuk bespreek ik een aantal uitspraken waarin een gemeentelijke geluidnota is opgesteld (zie paragraaf 4.5.4.1).

118 Handreiking, p. 17, tabel 3. De tabel is ontleend aan het rapport 'Response functions for noise in residential areas', VROM, 1993.

gen met het vaststellen van het referentieniveau en in het buitenland gebruikelijke gebiedsindelingen.[119] Deze bronnen betreffen in hoofdzaak geen technische inzichten, en voor zover zij wel op technische inzichten zijn gebaseerd, zijn die niet kenbaar.

Uit het voorgaande blijkt dat op grond van de normering in zowel hoofdstuk 4 als hoofdstuk 3 van de Handreiking wordt geaccepteerd dat enige hinder optreedt. De daarin opgenomen geluidgrenswaarden berusten uiteindelijk dus op een politiek-beleidsmatige, althans niet technische, afweging.

De zogenoemde Schrikkelcirculaire[120] bevat *wel* een duidelijke verwijzing naar onderliggend onderzoek. De Schrikkelcirculaire heeft betrekking op het geluid van verkeersbewegingen buiten het terrein van de inrichting, die echter wel aan de inrichting moeten worden toegerekend. De hinder als gevolg van deze verkeersbewegingen wordt ook wel aangeduid als indirecte geluidhinder. In de Schrikkelcirculaire wordt geadviseerd om voor dit type geluid afzonderlijke equivalente geluidgrenswaarden te stellen, die bij voorkeur een etmaalwaarde van 50 dB(A) niet te boven gaan (dit is de voorkeursgrenswaarde). Overschrijding van de voorkeursgrenswaarde kan tot 65 dB(A) worden toegestaan indien akoestische maatregelen niet mogelijk zijn en een binnenwaarde in woningen van 35 dB(A) wordt gegarandeerd. Daarnaast worden in het geheel geen grenswaarden gesteld aan piekgeluiden.[121]

Aan de Schrikkelcirculaire is onderzoek van de Gezondheidsraad en TNO ten grondslag gelegd, waaruit blijkt dat bij het hanteren van een etmaalwaarde van 50 dB(A) niet hoeft te worden gevreesd voor slaapstoornissen.[122] Dit is een (milieu)technisch inzicht, waarop een norm direct kan worden gebaseerd.

Ook de Schrikkelcirculaire bevat echter niet-technische afwegingen. De keuzen om de etmaalwaarde van 50 dB(A) als voorkeursgrenswaarde te hanteren en om af te zien van het stellen van grenswaarden voor piekgeluiden, behelzen een beleidsmatige afweging.[123] Hetzelfde geldt voor de keuze om voor indirecte geluidhinder een aparte normering op te stellen, naast die voor de zogenoemde directe geluidhinder (geluidhinder die op het terrein van de

119 Handreiking, p. 13-14, tabel 2.

120 De circulaire 'Geluidhinder veroorzaakt door het wegverkeer van en naar de inrichting; beoordeling in het kader van de vergunningverlening op basis van de Wet milieubeheer' van 29 februari 1996, afkomstig van het Ministerie van VROM. In de wandelgangen wordt deze circulaire de 'Schrikkelcirculaire' genoemd.

121 Dit zijn kort optredende hoge geluidniveaus, bijvoorbeeld van het dichtslaan van een portier of het gebruik van een claxon.

122 Schrikkelcirculaire, p. 5-6.

123 De keuze om af te zien van het stellen van grenswaarden voor piekgeluiden is weliswaar ook gebaseerd op het voornoemde onderzoek van de Gezondheidsraad en TNO, maar dat betekent niet dat als gevolg van deze keuze geen hinder kan optreden. Volgens de circulaire is er namelijk (slechts) 'geen sprake van onaanvaardbare gezondheidseffecten'. Zie de – uitvoerige – uitspraak waarin de Afdeling de aanvaardbaarheid van de Schrikkelcirculaire beoordeelt: ABRvS 24 juni 1997, *AB* 1997, 298.

inrichting wordt veroorzaakt). Deze keuze heeft tot gevolg dat een cumulatie van geluidhinder kan optreden. Ten aanzien van de cumulatie van directe en indirecte geluidhinder bestaan geen normen. De Afdeling accepteert dat door het bevoegd gezag niet wordt beoordeeld of tegen de cumulatie van geluidhinder bescherming zou moeten worden geboden.

Er zijn in het milieurecht overigens ook *wel* (nagenoeg) zuivere deskundigenrichtlijnen. Het gaat dan om richtlijnen die meet- en rekenmethoden bevatten. Een voorbeeld hiervan is de veelgebruikte Handleiding meten en rekenen industrielawaai. Hiervan bestaan twee versies: de eerste dateert uit 1981 (kenmerk IL-HR-13-01), de tweede dateert uit 1999 (geen kenmerk).

De Handleiding van 1999 bevat twee methodes, één voor eenvoudige en één voor complexe situaties. Uit de tabel op p. 26 blijkt dat er binnen de tweede methode op een aantal punten enige keuzevrijheid bestaat over de precieze uitvoering van geluidmetingen (bijvoorbeeld ten aanzien van de te gebruiken apparatuur). In zoverre is ook de toepassing van deze deskundigenrichtlijn niet geheel objectief bepaald. Het subjectieve aspect betreft echter niet een invulling van beoordelingsruimte (een keuze voor een bepaald beschermingsniveau), maar een keuze voor de gewenste mate van betrouwbaarheid van de uitkomsten.

De versie van 1999 is bedoeld als opvolger en dus vervanger van de eerdere versie. Een van de veranderingen in de Handleiding van 1999 betreft het gebruik van het langtijdgemiddeld beoordelingsniveau ($L_{Ar,LT}$) in plaats van het equivalente geluidniveau (L_{Aeq}) als beoordelingsgrootheid. In de eerstgenoemde eenheid worden de toeslagen voor tonaal, impulsvormig of muziekgeluid alleen in rekening gebracht voor de duur van de bedrijfssituatie waarin die typen geluid worden voortgebracht. Als die bedrijfssituatie kort duurt ten opzichte van een etmaalperiode, zal de toeslag nauwelijks tot uitdrukking komen in het $L_{Ar,LT}$. In de Handleiding van 1981 worden de genoemde toeslagen opgeteld bij de totale berekende of gemeten geluidproduktie van de inrichting, ongeacht de duur van de desbetreffende bedrijfssituatie.[124] In de nieuwe Handleiding lijkt aldus een nauwkeuriger, want representatievere, methode te worden gehanteerd dan in de oude Handleiding.

De keuze voor een bepaalde meet- en rekenmethode[125] kan, zo blijkt uit het voorgaande, consequenties hebben voor de materiële beoordeling, bijvoorbeeld

124 Zie de Handleiding 1999, p. 185 (module D, bijlage 2.2: 'Overzicht verschillen met Handleiding 1981').

125 Dat een dergelijke keuze ten aanzien van de Handleiding meten en rekenen industrielawaai bestaat, volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 5 februari 2001, 199903881/2 (niet gepubliceerd). In deze uitspraak acht de Afdeling het niet in strijd met het recht om de oude versie van de Handleiding te hanteren, hoewel de nieuwe versie ten tijde van het nemen van het bestreden besluit al voorhanden was.

of de gewenste geluidwaarden haalbaar zijn.[126] Ook in zoverre is het hanteren van een bepaalde deskundigenrichtlijn niet een puur technische kwestie, maar raakt dit tevens aan de inhoud.

4.4 Consequenties van de aard van milieurichtlijnen voor de toetsing door de rechter

De buitenwettelijke milieurichtlijnen kunnen dus, met uitzondering van de richtlijnen die meet- en rekenmethoden bevatten, niet worden beschouwd als (puur) deskundigenrichtlijnen. Wat betekent dit nu voor het bevoegd gezag en, vooral, voor de toetsing door de rechter?

Vanwege het belangrijke beleidsaspect in de richtlijnen zou het bevoegd gezag, gelet op zijn eigen bevoegdheid en verantwoordelijkheid, moeten bepalen of het een richtlijn wil volgen en de daarin neergelegde beleidskeuzen als de zijne wil vaststellen. De voor de hand liggende vorm hiervoor is de beleidsregel.[127,128]

De rechter zou bij een voorliggende zaak allereerst moeten toetsen of het bestuursorgaan zich in een beleidsregel heeft gebonden aan de door hem gebruikte richtlijn. Dit heeft immers gevolgen voor de mogelijkheden om af te wijken van die richtlijn: van een beleidsregel kan gelet op art. 4:84 Awb alleen onder bijzondere omstandigheden worden afgeweken. Indien het bestuursorgaan geen beleidsregel heeft vastgesteld, zou de rechter moeten toetsen of sprake is van een vaste bestuurspraktijk. Dat is ook een vorm van zelfbinding, die weliswaar minder sterk is dan een beleidsregel, maar waarvan afwijking ook moet worden gemotiveerd.

126 Zie in dit verband voor een ander onderwerp waarop beide Handleidingen verschillen – te weten de vraag of een correctie moet worden toegepast in verband met zogenoemde gevelreflectie – ABRvS 30 augustus 2006, 200505979/1.

127 Zoals gedefinieerd in art. 1:3 lid 4 Awb: 'Een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan.'

128 Ik gebruikte zojuist de woorden beleidsaspect en beleidsregel. Voor de duidelijkheid zij opgemerkt dat het hier niet gaat om de invulling van beleidsruimte, maar van beoordelingsruimte. Een beleidsregel waar ik hier op doel, waarin het bevoegd gezag vastlegt dat het een bepaalde richtlijn volgt en de daarin neergelegde beleidskeuzen als de zijne vaststelt, betreft dus een beleidsmatige invulling van zijn beoordelingsruimte (wat 'beoordelingsbeleid' genoemd zou kunnen worden).

Bröring constateerde dat de Afdeling deze toetsen evenwel niet (de 'beleidsregel-toets') of zelden (de 'vaste bestuurspraktijk-toets') verrichtte.[129,130] Ik heb in mijn empirisch onderzoek vastgesteld dat hierin sindsdien geen verandering is opgetreden. Bestuursorganen baseren zich bij hun beslissingen op een milieuvergunningaanvraag meestal rechtstreeks op een richtlijn. Zij vormen zich dan geen oordeel over de wenselijkheid (de juistheid naar de eigen beleidsopvatting) van het in de richtlijn neergelegde beleid[131] en geven dan ook niet een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau.

Nu de rechter het toelaatbaar acht dat het bevoegd gezag zich geen (expliciet) oordeel vormt over een door hem gebruikte richtlijn, rijst de vraag in hoeverre de rechter de deugdelijkheid van richtlijnen zelf onderzoekt.

De rechter gaf in het verleden meestal een, doorgaans kort, oordeel over de deugdelijkheid van een door het bevoegd gezag gebruikte richtlijn.[132] Zoals in paragraaf 4.2 al is aangestipt, gaf de Afdeling ook in de door mij onderzochte uitspraken uit 1997 altijd, en in de uitspraken uit 2000 bijna altijd, nog een expliciet oordeel over de gebruikte richtlijn (waarbij zij aangetekend dat in de meeste gevallen de deugdelijkheid daarvan niet was aangevochten). Dit oordeel gaf de Afdeling in een meerderheid van de gevallen in een korte standaardformule: het gebruik van de richtlijn achtte zij 'aanvaardbaar' (1997) dan wel 'niet in strijd met het recht' (2000). Daarentegen heb ik in de onderzochte uitspraken uit 2003 slechts een enkele keer een ambtshalve oordeel over een door het bevoegd gezag gehanteerde richtlijn aangetroffen.[133]

---

129 Bröring 1993, p. 309-311. Voor het gemak spreek ik van 'de Afdeling'. Het onderzoek van Bröring heeft betrekking op uitspraken van de voorgangsters van de Afdeling bestuursrechtspraak: de Afdeling geschillen en, in mindere mate, de Afdeling rechtspraak.

130 Zie voor een geval over een vaste bestuurspraktijk ABRvS 26 november 1998, *AB* 1999, 129, m.nt. Jongma. Het bevoegd gezag had in dit geval afgeweken van de Schrikkelcirculaire inzake indirecte geluidhinder (zie hiervoor). De Afdeling overweegt op grond van het verhandelde ter zitting dat het bevoegd gezag deze circulaire als vaste bestuurspraktijk hanteert. De Afdeling acht onvoldoende gemotiveerd dat sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan van de vaste bestuurspraktijk kan worden afgeweken. Zij komt aldus niet toe aan een inhoudelijk oordeel over de door het bevoegd gezag in dit geval gemaakte afweging. Zie voor een uitspraak van gelijke strekking, maar dan met betrekking tot het hoofdstuk 'Opslag van vuurwerk' van het Handboek milieuvergunningen: Vz. ABRvS 6 november 1998, *AB* 1999, 128.

131 Nu de rechter niet toetst of het bevoegd gezag zich door middel van een beleidsregel of vaste bestuurspraktijk heeft gebonden, kan uit zijn uitspraken niet onomstotelijk worden afgeleid dat bestuursorganen de inhoud van richtlijnen niet in een beleidsregel plegen vast te leggen. Er is echter voldoende aanleiding om te veronderstellen dat zij dit doorgaans niet doen. Vgl. Bröring 1993, p. 309-311.

132 Zie Bröring 1993, p. 313 e.v. Veel van de door hem onderzochte uitspraken dateren van eind jaren '80 en begin jaren '90 van de vorige eeuw.

133 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.2.

Een recente raadpleging van de website van de Raad van State bevestigt dat de Afdeling praktisch is gestopt met het (kenbaar) 'ambtshalve' toetsen van richtlijnen.[134] Dit zou kunnen betekenen dat zij richtlijnen in het geheel niet meer toetst. Ik acht het echter waarschijnlijker dat de Afdeling het niet meer nodig vindt om de aanvaardbaarheid te vermelden van richtlijnen die zij al langere tijd als beoordelingskader accepteert. Ik ga er daarom vanuit dat het weglaten van de standaardformule geen verandering betekent voor haar beoordeling van richtlijnen.

Wat behelst nu deze (impliciete) beoordeling door de rechter van richtlijnen? Met andere woorden: wat is de reikwijdte van de (thans zelden nog uitgeschreven) formule dat het gebruik van een richtlijn niet in strijd met het recht is? Deze beoordeling omvat een toets aan de wet en aan het ongeschreven recht, die uit de volgende onderdelen bestaat.

In de eerste plaats moet de richtlijn betrekking hebben op de aangevraagde activiteiten. In de meeste gevallen is duidelijk dat dit het geval is. Het kan echter voorkomen dat er geen richtlijn voorhanden is die specifiek op het aangevraagde type activiteiten is toegesneden. Dan kan de vraag rijzen of de door het bevoegd gezag gehanteerde richtlijn kan worden gebruikt.[135]

In de tweede plaats mag de richtlijn niet in strijd zijn met art. 8.11 lid 3 Wm. Dit betekent dat de richtlijn moet berusten op de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten én dat de erin opgenomen normstelling (de milieuhygiënische inzichten) de grenzen (de boven- en ondergrens) van de beoordelingsruimte niet mag overschrijden.

In de derde plaats omvat die beoordeling een toets van de verenigbaarheid met de (deels gecodificeerde) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het zorgvuldigheidsbeginsel eist een eenmalige controle van de deugdelijkheid van de richtlijn. Het gaat hier om de inhoudelijke, technische onderbouwing van de richtlijn, bij de toetsing waarvan de rechter de inbreng van een deskundige nodig zal hebben. Het motiveringsbeginsel eist dat de richtlijn consistent, concludent en ook overigens begrijpelijk is, en dat de burger heeft kunnen kennisnemen[136] van de richtlijn.

---

134 Op de website <www.raadvanstate.nl> heb ik weliswaar een aanzienlijk aantal uitspraken in milieuzaken aangetroffen waarin de zoekterm 'niet in strijd met het recht' voorkomt, maar dan hangt de toets van de richtlijn bijna altijd samen met een beroepsgrond. De Afdeling geeft slechts in incidentele gevallen uit zichzelf een oordeel over een richtlijn.

135 Zie bijvoorbeeld de in hoofdstuk 6, paragraaf 4.2 besproken uitspraak 97/5: ABRvS 30 mei 1997, E03.94.0657 (niet gepubliceerd) en voorts ABRvS 10 november 2004, 200308121/1. In de laatstgenoemde uitspraak was een richtlijn ten aanzien van de opslag in ondergrondse tanks door het bevoegd gezag toegepast op de opslag in een (mobiele) LPG-tankwagen.

136 Als de richtlijn kosteloos is te verkrijgen, dan is een verwijzing naar een vindplaats of uitgever voldoende. Anders zou het bevoegd gezag mijns inziens de richtlijn samen met het ontwerp-besluit en het definitieve besluit ter inzage moeten leggen. Naar aanleiding van het negatieve oordeel van Van 't Lam en Uylenburg 2006 over de kenbaarheid van

In de vierde plaats mag het toepassen van de richtlijn niet kennelijk onredelijk zijn in het concrete geval. Onder omstandigheden kan het gebruik van de in een richtlijn neergelegde milieuhygiënische inzichten, hoewel die binnen de grenzen van de beoordelingsruimte vallen, toch onredelijk zijn.[137]

Met name het tweede en derde onderdeel verdienen nader aandacht.

Het derde onderdeel van de beoordeling (de verenigbaarheid met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) hoeft de rechter maar één keer te verrichten, namelijk de eerste keer dat de desbetreffende richtlijn in een uitspraak aan de orde is.[138] Het gaat hier om de onderbouwing van de richtlijn, dus niet om de toepassing daarvan in het concrete geval.

Hoewel de Afdeling zeker een aantal richtlijnen *wel* heeft beoordeeld,[139] heb ik tijdens mijn onderzoek de indruk gekregen dat dit niet bij alle richtlijnen het geval is geweest. Het is moeilijk om vast te stellen in welke uitspraak de Afdeling een richtlijn voor de eerste keer heeft geaccepteerd, zeker indien de desbetreffende uitspraak niet is gepubliceerd. Om deze reden, maar ook en belangrijker uit motiveringsoogpunt, verdient het aanbeveling dat in latere uitspraken wordt verwezen naar de uitspraak waarin een richtlijn voor de eerste keer is aanvaard. Een partij moet immers wel erg goed zijn ingevoerd in het milieurecht om te weten of een richtlijn (of een onderdeel daarvan) ooit door de rechter is geaccepteerd. Hieronder doe ik een tekstvoorstel voor een dergelijke verwijzing.[140]

Zoals hierna in paragraaf 4.5.3 zal blijken, is de acceptatie van een door het bevoegd gezag zelf opgesteld beoordelingskader – ten aanzien waarvan dezelfde aanbeveling geldt – in ieder geval in twee gevallen niet geheel correct verlopen. Het gaat hierbij om het door de provincies Gelderland en Noord-Brabant opgestelde beoordelingskader voor geurhinder.

Het tweede onderdeel van de beoordeling heeft daarentegen betrekking op een dynamisch onderwerp. Milieutechnische inzichten zijn, nu die met de tijd voortschrijden, aan verandering onderhevig. Dit standpunt wordt blijkens haar standaardoverweging door de Afdeling gedeeld, volgens welke het immers gaat om de verenigbaarheid met de *meest recente* algemeen aanvaarde technische inzichten (zie paragraaf 3.1). Dit brengt naar mijn mening met zich mee

---

milieurichtlijnen heeft het Ministerie van VROM overigens besloten om richtlijnen voortaan in de Staatscourant (indien zij beleidsregels bevatten of anderszins een normerende werking hebben) of op internet te publiceren. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 383, nr. 53, p. 6 en Sievers 2007, p. 65.

137 Vgl. over het vorenstaande Bröring 1993, p. 367.

138 Met uitzondering van de kenbaarheid van de richtlijn, die wel in elk geval moet worden gecontroleerd.

139 Zie bijvoorbeeld de hiervoor in paragraaf 4.3 aangehaalde uitspraak over de aanvaardbaarheid van de zogenoemde Schrikkelcirculaire: ABRvS 24 juni 1997, *AB* 1997, 298.

140 Zie hierover ook hoofdstuk 6, paragraaf 4.2.

dat de Afdeling dit onderdeel van de beoordeling van een richtlijn in elke zaak waarin het (aan de hand van de richtlijn vastgestelde) beschermingsniveau wordt aangevochten, opnieuw moet verrichten, ook als de deugdelijkheid van de richtlijn niet specifiek is betwist. Immers, het oordeel dat de Afdeling – als het goed is – op dit punt heeft gegeven in de eerste uitspraak waarin de richtlijn aan de orde was, is vanwege de met de tijd voortschrijdende technische inzichten niet vanzelfsprekend nog valide.

Een overweging over de aanvaardbaarheid van een door het bevoegd gezag gebruikte richtlijn zou dus niet in een uitspraak mogen ontbreken. Zo'n overweging hoeft niet lang te zijn. Als de deugdelijkheid van de richtlijn niet is betwist, zou kunnen worden volstaan met de volgende frase:

> 'In de uitspraak van [datum; vindplaats] heeft de Afdeling het gebruik van deze richtlijn niet in strijd met het recht geacht. De Afdeling ziet geen aanleiding om thans anders te oordelen.'[141]

Als de deugdelijkheid van de richtlijn wel is betwist, zal de Afdeling moeten motiveren dat de richtlijn (nog steeds) de meest recente algemeen aanvaarde technische inzichten bevat. Het hangt van de onderbouwing van de beroepsgrond af of de Afdeling in een dergelijk geval een deskundigenbericht moet inwinnen.

Het voorgaande betekent ook dat de Afdeling na de *Wende*, zo gauw in een zaak een bepaalde richtlijn aan de orde was, expliciet had moeten beoordelen of die richtlijn niet in strijd met het recht was. Dit geldt voor alle richtlijnen die voorafgaand aan de *Wende* door de bevoegd gezagsinstanties werden gebruikt. Dit heeft zij evenwel niet gedaan, zoals hiervoor in paragraaf 3.1 bleek bij de in de *Wende*-uitspraak inzake Boskoop gebruikte Circulaire industrielawaai.

De hiervoor in paragraaf 4.2 aangehaalde vraag van Backes – of de Afdeling niet een duidelijker onderscheid zou moeten maken tussen de aan een richtlijn ten grondslag liggende milieutechnische inzichten en de daarin verwoorde beleidskeuzes – kan dus bevestigend worden beantwoord. De Afdeling zou zich meer rekenschap moeten geven van het feit dat de buitenwettelijke milieurichtlijnen deels op beleidsmatige keuzes berusten. Zij zou, vanwege het beleidsmatige aspect van deze richtlijnen, moeten toetsen of het bevoegd gezag in een beleidsregel of middels een vaste bestuurspraktijk heeft laten blijken in hoeverre het een richtlijn volgt. Dit is van belang in verband met art. 4:81 Awb, op grond waarvan ter motivering van een besluit kan worden

141 Deze frase impliceert dat het gebruik van de richtlijn in het concrete geval niet onredelijk is. Dit vierde onderdeel van de beoordeling moet de Afdeling naar zijn aard ook elke keer verrichten.

verwezen naar een beleidsregel. Uit het voorgaande volgt, *a contrario* geredeneerd, dat het bevoegd gezag bij gebreke van een beleidsregel in elk afzonderlijk besluit zou moeten motiveren waarom het de desbetreffende richtlijn heeft gevolgd. Voorts moet de Afdeling bij haar toetsing meer rekening houden met het dynamische karakter van milieutechnische inzichten. Het 'eenvoudig volgen' van een richtlijn door het bevoegd gezag kan immers alleen toelaatbaar worden geacht, indien de in de richtlijn neergelegde inzichten niet zijn achterhaald door de ontwikkeling van de techniek.[142]

4.5 Eigen beoordelingskader van het bevoegd gezag

Zoals gezegd, is in de literatuur het praktische belang van de *Wende* afhankelijk gesteld van de wijze waarop de Afdeling in het vervolg met richtlijnen zou omgaan. Voor de situatie dat bestuursorganen richtlijnen zijn blijven navolgen, is deze omgang hiervoor geschetst.

In deze paragraaf onderzoek ik de opstelling van de Afdeling in geval het bevoegd gezag een eigen beoordelingskader heeft gekozen, in plaats van de voor het desbetreffende aspect gangbare richtlijn te gebruiken. Heeft de beoordelingsruimte in die gevallen gestalte gekregen?

Het op eigen wijze invulling geven aan de beoordelingsruimte heeft geen hoge vlucht genomen. In grote meerderheid zijn bestuursorganen zich blijven baseren op de bestaande landelijke milieurichtlijnen. Toch zijn er wel aspecten ten aanzien waarvan verschillende bevoegd gezagsinstanties een eigen beoordelingskader hebben opgesteld. Blijkens de jurisprudentie betreffen deze aspecten met name geur/stankhinder (al dan niet van veehouderijen),[143] emissie van ammoniak en geluidhinder. Deze jurisprudentie bespreek ik hieronder.

4.5.1 Stankhinder van veehouderijen

Eerder in dit hoofdstuk heb ik de *Wende*-uitspraak inzake Breda besproken, waarin de Afdeling oordeelde dat de omgevingscategorie-indeling in de Richtlijn veehouderij en stankhinder, die minder bescherming biedt dan die van de Brochure veehouderij en hinderwet, onvoldoende was gemotiveerd. Enkele gemeenten hebben geprobeerd de Richtlijn op dit punt alsnog geaccepteerd te krijgen, door die indeling in eigen (beleid)stukken nader te onderbouwen en nader in te vullen. Deze pogingen zijn gestrand op het oordeel van

142 Zie over de vraag in hoeverre de wijziging van de Wet milieubeheer op 1 december 2005 in het voorgaande verandering heeft gebracht, paragraaf 5.4.

143 Opmerkelijk is dat in relatie tot veehouderijen doorgaans wordt gesproken van stankhinder, terwijl bij andersoortige inrichtingen doorgaans wordt gesproken van geurhinder.

de Afdeling dat ook aan die stukken geen onderzoek ten grondslag is gelegd over de gestelde verschuiving van het normatieve oordeel over de aanvaardbaarheid van stankhinder.[144]

Ook op een ander onderdeel van de stankbeoordeling van veehouderijen, namelijk de omrekeningsfactoren, is door bestuursorganen een paar keer afgeweken van de gangbare benadering. In twee uitspraken van vlak na de *Wende* had het bevoegd gezag omrekeningsfactoren gebruikt uit het 'Voorlopig Inspectiestandpunt stankhinder groen label stallen'. De Afdeling oordeelt dat het inspectiestandpunt ten tijde van het verlenen van de vergunning niet de meest recente algemeen aanvaarde technische inzichten bevatte. Het bevoegd gezag had ook overigens niet voldoende gemotiveerd waarom het op dit punt niet de omrekeningsfactoren uit de Brochure had gebruikt, die op dat moment wel als zodanig konden worden aangemerkt.[145]

Van recenter datum, van maart 2004, is een uitspraak waarin was aangevoerd dat de omrekeningsfactoren uit bijlage 1 bij de Regeling stankemissie veehouderijen in landbouwontwikkelings- en verwevingsgebieden hadden moeten worden gebruikt, in plaats van die uit de Richtlijn veehouderij en stankhinder. De in de Regeling opgenomen omrekeningsfactoren zijn gebaseerd op de resultaten van een geurmeetprogramma uitgevoerd door het Instituut voor Milieu- en Agritechniek (IMAG) van de universiteit van Wageningen. De Afdeling wijst deze beroepsgrond af. Daartoe overweegt zij in de eerste plaats dat de Wet stankemissie veehouderijen in landbouwontwikkelings- en verwevingsgebieden en de bijbehorende Regeling in dit geval niet van toepassing zijn, omdat de inrichting niet is gelegen in een reconstructiegebied waarvoor een reconstructieplan is bekendgemaakt.[146] In de tweede plaats overweegt zij dat blijkens het IMAG-rapport de in de Regeling opgenomen omrekeningsfactoren niet kunnen worden gerelateerd aan de omrekeningsfactoren uit de

144 ABRvS 28 oktober 1999, *JM* 2000, 23, m.nt. Kavsek; ABRvS 21 augustus 2002, 200200496/1.

145 Op het moment dat de beide uitspraken werden gedaan, na de *Wende*-uitspraak inzake Breda, lag dit natuurlijk anders. Toen konden immers niet meer de omrekeningsfactoren uit de Brochure, maar moesten die uit de Richtlijn veehouderij en stankhinder als de meest recente technische inzichten worden beschouwd. In beide zaken bleek verlening van de vergunning in overeenstemming met de Richtlijn te zijn, zodat de Afdeling aanleiding zag om de rechtsgevolgen van het vernietigde vergunningbesluit in stand te laten. Het gaat om ABRvS 19 mei 1998, E03.96.0887, *Gst* 1998, 7086, 8, m.nt. Van Geest en ABRvS 17 juli 1998, *JM* 1998, 123, m.nt. Van Reeken.

146 De Wet (en de Regeling) stankemissie veehouderijen in landbouwontwikkelings- en verwevingsgebieden, op 1 mei 2003 in werking getreden, zijn op 1 januari 2007 vervallen (zie hierna). Deze wet bevatte een uitputtend toetsingskader voor de beoordeling van stankhinder van veehouderijen die zijn gelegen in een reconstructiegebied waarvoor een reconstructieplan is bekendgemaakt. Als deze wet van toepassing was, bestond er dus geen beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag en mocht dat dus niet de Richtlijn veehouderij en stankhinder of een ander beoordelingskader gebruiken.

Richtlijn. Dat heeft tot gevolg dat het invoeren van de omrekeningsfactoren uit de Regeling in de afstandsgrafiek van de Richtlijn – zoals het bevoegd gezag bij gebreke van een nieuwe afstandsgrafiek had gedaan – tot onjuiste uitkomsten leidt. De Afdeling oordeelt op grond hiervan dat de omrekeningsfactoren uit de Regeling in een geval als dit, waarin de inrichting niet is gelegen in een reconstructiegebied waarvoor een reconstructieplan is bekendgemaakt, niet kunnen worden aanvaard als de meest recente milieutechnische inzichten.[147] Geheel in lijn met dit oordeel is een uitspraak van een paar weken later. In deze casus had het bevoegd gezag de in de bijlage van de Regeling opgenomen omrekeningsfactoren gebruikt, terwijl ook hier de Wet stankemissie veehouderijen in landbouwontwikkelings- en verwevingsgebieden en de Regeling niet van toepassing waren. De Afdeling vernietigde het desbetreffende besluit.[148]

Het is, zo kan concluderend worden opgemerkt, bij het aspect stankhinder van veehouderijen onmogelijk gebleken om door de rechter een ander beoordelingskader aanvaard te krijgen dan de Brochure veehouderij en hinderwet (wat betreft de omgevingscategorie-indeling) en de Richtlijn veehouderij en stankhinder (wat betreft de omrekeningsfactoren). Dit ondanks dat op de kwaliteit van het aan dit beoordelingskader ten grondslag liggende onderzoek wel wat af te dingen valt.

De gebrekkigheid van het huidige beoordelingskader is een belangrijke reden geweest om een nieuwe wettelijke regeling op te stellen. Op 1 januari 2007 is de Wet geurhinder en veehouderij in werking getreden, die van toepassing is op alle vergunningplichtige veehouderijen.[149] In verband hiermee zijn zowel Wet stankemissie veehouderijen in landbouwontwikkelings- en verwevingsgebieden als de buitenwettelijke Richtlijn veehouderij en stankhinder en Brochure veehouderij en hinderwet vervallen.

4.5.2 Directe ammoniakschade

Directe ammoniakschade betreft schade door de uitstoot van ammoniak door intensieve veehouderijen aan bepaalde gewassen die in de nabijheid daarvan

147 ABRvS 24 maart 2004, 200304128/1, *JM* 2004, 53, m.nt. Kavsek, *M en R* 2004, 77, m.nt. Van der Meijden.

148 ABRvS 7 april 2004, 200307137/1.

149 Wet van 5 oktober 2006, houdende regels inzake geurhinder vanwege tot veehouderijen behorende dierenverblijven (*Stb*. 2006, 531). Zie voor de kritiek van de Staatssecretaris van VROM op het tot 1 januari 2007 geldende beoordelingskader de memorie van toelichting: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 453, nr. 3, p. 3. Het wetsvoorstel voorziet overigens in de mogelijkheid voor gemeenten om bij verordening een van de wet afwijkende normstelling in te voeren.

worden geteeld.[150] Dit aspect wordt reeds geruime tijd beoordeeld aan de hand van het rapport 'Stallucht en Planten 1981' van het Instituut voor Plantenziektenkundig Onderzoek (IPO). In het rapport wordt ter voorkoming van directe ammoniakschade een afstand van minimaal 50 meter tussen stallen en meer gevoelige planten en bomen, zoals coniferen, en een afstand van minimaal 25 meter tot minder gevoelige planten en bomen aanbevolen. Daarbij wordt uitgegaan van de afstand tot de dichtstbijzijnde gevel van de dichtstbijzijnde stal.

De Afdeling maakt uit de ontstaansgeschiedenis van het rapport op dat het primair met het oogmerk is opgesteld om de schade aan planten van teeltbedrijven te kunnen bepalen. Op grond hiervan is zij van oordeel dat het bevoegd gezag zijn beoordelingsruimte niet te buiten gaat indien hij het in het rapport aanbevolen beschermingsniveau niet zonder meer toepast in geval van niet bedrijfsmatige exploitatie van gewassen.[151]

In 1998 is door het Ministerie van LNV als opvolger van dit rapport gepresenteerd het rapport 'Effecten van ammoniak op planten in de directe omgeving van stallen; update van een risicoschatting' van december 1996. Het rapport en de bijbehorende notitie 'Risico van gewasschade in de directe omgeving van ammoniakbronnen' van juli 1997 zijn opgesteld door het Instituut AB-DLO van het Ministerie van LNV.

De Afdeling acht het nieuwe beoordelingskader grotendeels ondeugdelijk. Een reden daarvoor is dat daarin voor gevallen waarin de afstand tussen de stal en gevoelige gewassen tussen de 25 en 50 meter bedraagt, niet wordt aangegeven hoe moet worden bepaald of een effect op de gewassen optreedt. Voor deze gevallen wordt aangeraden een nader advies in te winnen, omdat het effect in grote mate van de lokale situatie afhangt. In zoverre bevat het beoordelingkader dus geen concreet te hanteren richtlijn. Daarnaast is niet gemotiveerd waarom ieder effect op de gewassen in dergelijke gevallen onacceptabel wordt geacht.[152] Indien de afstand tussen de stal en gevoelige gewassen meer dan 50 meter bedraagt, mag het nieuwe beoordelingskader wel worden gebruikt.[153] Voor de gevallen waarin deze afstand kleiner is, moet dus worden teruggevallen op het rapport uit 1981 (of nader onderzoek worden gedaan).

In een uitspraak uit 2007 voerden appellanten aan dat het bevoegd gezag niet het rapport 'Stallucht en Planten 1981' tot uitgangspunt had moeten nemen,

150 Directe ammoniakschade moet worden onderscheiden van indirecte ammoniakschade. Dit is schade aan de natuur als gevolg van de door de uitstoot van ammoniak veroorzaakte verzuring van de grond. Voor indirecte ammoniakschade is de Wet ammoniak en veehouderij het exclusieve toetsingskader.

151 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 mei 2007, 200607905/1.

152 ABRvS 2 november 2000, *JM* 2001, 9, m.nt. Kavsek.

153 ABRvS 26 maart 2001, *JM* 2001, 81, m.nt. Kavsek.

maar een meer recent toetsingskader, te weten de lijsten uit Nota 57 'Invloed van ammoniak op boomkwekerijgewassen en fruitbomen' van Plant Research International BV.

De Afdeling ziet evenwel geen aanleiding om in afwijking van bestendige jurisprudentie het rapport uit 1981 in strijd met het recht te achten. Daarbij neemt zij in aanmerking dat de Nota 57 is opgesteld als wetenschappelijk onderzoeksrapport en niet geschikt is als beoordelingskader voor de beoordeling van milieuvergunningaanvragen. Zo bevat de nota geen normafstanden of andere toetsingscriteria.[154] Kennelijk bevat de nota ook geen nieuwe technische inzichten die het rapport op losse schroeven zetten.

4.5.3 Geurhinder

Het huidige landelijke geurbeleid, dat betrekking heeft op geurhinder veroorzaakt door andere inrichtingen dan veehouderijen, wordt gevormd door een brief van de Minister van VROM aan de provincie- en gemeentebesturen van 30 juni 1995.[155,156] Hierin is de voordien als bovengrens gehanteerde geurnorm van 10 geureenheden (g.e.) per m^3 als 98-percentiel[157] losgelaten. Het centrale element van de brief van de Minister is dat het bevoegd gezag in elk concreet geval moet vaststellen wat het acceptabele geurhinderniveau is. Deze vaststelling behelst een bestuurlijke afweging van de mate waarin de ervaren geurhinder door de omgeving nog te dulden is. De uitgangspunten van de brief van de Minister zijn door de Afdeling in een uitspraak uit 1999 aanvaard.[158] In sommige gevallen bestaat een alternatief landelijk beleid, namelijk wanneer een bijzondere regeling van de NeR van toepassing is.[159]

Een aantal bestuursorganen heeft een eigen geurbeleid ontwikkeld.

Bij de Afdeling is onder meer het geurbeleid van het college van GS van Gelderland een paar keer aan de orde geweest.[160] In de nota 'Gelders Geur-

154 ABRvS 25 april 2007, 200607027/1.

155 Zie over deze geurhinder en het beleid daaromtrent uitgebreid Borgers 2005.

156 De brief van de Minister is opgenomen in paragraaf 4.4 van de NeR.

157 Dit houdt in dat de norm van 10 g.e./m^3 als uursgemiddelde concentratie 98% van de tijd niet mag worden overschreden. De norm mag dus gedurende maximaal 2% van de tijd wel worden overschreden.

158 ABRvS 19 april 1999, *BR* 1999, 594.

159 Zie bijv. ABRvS 28 november 2000, *JM* 2001, 19 en ABRvS 29 maart 2006, 200503777/1, in welke gevallen de bijzondere regeling voor GFT-compostering was gehanteerd. De NeR bevat in het algemene deel een uiteenzetting over hoe het acceptabele geurhinderniveau kan worden bepaald (in paragraaf 3.6) en bevat daarnaast diverse bijzondere regelingen over geurhinder ten aanzien van specifieke bedrijfstakken.

160 Volgens Borgers 2005 hebben, naast Gelderland en het hierna te noemen Noord-Brabant, ook de provincies Zuid-Holland en Flevoland eigen beleid gemaakt. Borgers verwijst verder naar een aantal afstudeerscripties over (decentraal) geurbeleid, die via de website van Infomil <www.infomil.nl> (onder 'lucht'; 'geur') te verkrijgen zijn. De Gelderse geurbeleid-

beleid voor Milieuvergunningen' van 17 september 2002 worden drie waarden voor geurhinder onderscheiden: de bovenwaarde, de streefwaarde en de richtwaarde. Hiermee worden respectievelijk het plafond van redelijke hinder, het niveau waarbij geen hinder optreedt en het niveau van redelijke hinder weergegeven. Het acceptabele geurhinderniveau wordt vastgesteld aan de hand van onder meer de aard van de geur (hedonische waarde) en de omgeving waarin de inrichting is gelegen.

De acceptatie van dit beleid door de Afdeling is niet helemaal correct verlopen. In een uitspraak van 22 december 2004 aanvaardt de Afdeling het beleid, dat is neergelegd in de Gelderse geurnota van 17 september 2002, stilzwijgend.[161] Dit suggereert dat zij het eerder uitdrukkelijk heeft aanvaard. In een uitspraak van 27 april 2005 overweegt de Afdeling dat zij dit beleid 'in eerdere uitspraken, bijvoorbeeld in zaaknr. 200100632/1, aanvaardbaar [heeft] geacht'.[162] In de laatstgenoemde uitspraak, die is gewezen op 18 september 2002, dateert het bestreden vergunningbesluit echter van 12 december 2000; dat is voordat de genoemde geurnota is vastgesteld. In de uitspraak van 18 september 2002 wordt geen beleidstuk genoemd waarin het provinciale geurbeleid (destijds, in 2000) is neergelegd; overwogen wordt alleen dat verweerder aansluiting heeft gezocht bij zijn geurbeleid.[163] Uit de uitspraken kan niet worden opgemaakt of dit beleid overeenkomt met het beleid zoals dat later in de nota van 17 september 2002 is neergelegd.

Ook over het geurbeleid van de provincie Noord-Brabant heeft de Afdeling zich gebogen. In de Brabantse 'Notitie geurbeleid' van april 2000 is aansluiting gezocht bij de brief van de Minister van VROM van 30 juni 1995. Het beleid is erop gericht dat geen toename van geuroverlast plaatsvindt. Als streefwaarde voor het buitengebied wordt door het college van GS in het algemeen 1 g.e./m^3 als 98 percentiel gehanteerd. In een uitspraak van 16 juli 2003 heeft de Afdeling dit beleid stilzwijgend aanvaard.[164] Dat in het provinciale beleid aansluiting is gezocht bij het (door de Afdeling expliciet aanvaarde) landelijke beleid, neemt niet weg dat het een zelfstandig beoordelingskader behelst waaraan beleidsmatige keuzen ten grondslag liggen over welke mate van geurhinder acceptabel is. De Afdeling had zich daarom expliciet moeten uitspreken over de aanvaardbaarheid hiervan.

---

stukken zijn via de website van de provincie verkrijgbaar: <www.gelderland.nl>, onder 'beleid'; 'milieu'; 'geur'.

161 ABRvS 22 december 2004, 200404579/1.

162 ABRvS 27 april 2005, 200405220/1.

163 Wellicht gaat het hier om het stuk 'werkdocument 3.4, Uitvoering Geurbeleid bij Vergunningverlening en Handhaving' van juni 2000, dat de Afdeling in een uitspraak van 10 september 2003, 200204538/1 stilzwijgend accepteert.

164 ABRvS 16 juli 2003, 200204777/2.

Interessant is ten slotte het geurbeleid dat het college van B&W van Schiedam wil voeren voor het Rijnmondgebied. Het college wil voor dat gebied een strenger beleid dan het landelijke geurbeleid voeren, omdat het wegens cumulatie van geur reeds zwaar is belast. Het uitgangspunt van dit strengere beleid is dat een inrichting wat geur betreft niet waarneembaar mag zijn buiten de terreingrenzen en dat bij woningen niet of nauwelijks waarneembaarheid van geur mag optreden. De Afdeling komt in een uitspraak uit 2004 niet toe aan een inhoudelijk oordeel over dit beleid, omdat het niet in een beleidsregel is vastgelegd en evenmin als vaste bestuurspraktijk wordt gevolgd. De Afdeling overweegt nog wel dat onvoldoende vaststaat wat de geurbelasting is bij de dichtstbijzijnde woningen en dat het bevoegd gezag niet duidelijk genoeg heeft aangegeven welke mate van geurhinder nog te dulden zou zijn ter plaatse van die woningen.[165] Het is dus nog niet duidelijk of dit strengere geurbeleid de toets der kritiek van de Afdeling kan doorstaan. Opmerkelijk is dat de Afdeling in dit ene geval wel 'keurig' toetst of het in het concrete geval gehanteerde beoordelingskader als beleid is geformuleerd, dan wel als vaste bestuurspraktijk wordt gevolgd.

Concluderend kan worden opgemerkt dat de Afdeling zich nog niet vaak heeft uitgelaten over decentraal geurbeleid. De weinige uitspraken hebben praktisch alleen betrekking op provinciaal geurbeleid, van de provincies Gelderland en Noord-Brabant. Hun beleid is door de Afdeling geaccepteerd, maar dat oordeel is in de uitspraken onduidelijk dan wel impliciet verwoord.

4.5.4 Geluidhinder

4.5.4.1 Gemeentelijke geluidnota

In paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk heb ik het gebruikelijke beoordelingskader voor het opstellen van geluidgrenswaarden in vergunningvoorschriften, namelijk hoofdstuk 4 van de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening 1998, besproken. De daarin neergelegde systematiek is, zo blijkt uit de Handreiking, eigenlijk bedoeld als vangnet voor de gevallen waarin gemeenten nog geen eigen geluidnota hebben opgesteld. Hoofdstuk 2 van de Handreiking biedt handvatten voor het opstellen van een gemeentelijke geluidnota (of in de woorden van de Handreiking: gemeentelijke nota industrielawaai). De praktijk is dat de meeste gemeenten geen geluidnota hebben opgesteld en hoofdstuk 4 van de Handreiking zijn blijven gebruiken. Er zijn dan ook niet heel veel uitspraken over gemeentelijke geluidnota's gedaan.

De systematiek van hoofdstuk 2 van de Handreiking is dat grenswaarden worden vastgelegd die gebaseerd zijn op de geluidkwaliteit die de gemeente op de langere termijn voor het desbetreffende gebied nastreeft. Daartoe moeten

165 ABRvS 20 oktober 2004, 200304694/1 en 200400132/1, *M en R* 2005, 27, m.nt. Ten Veen.

de (lokale) grenswaarden worden vastgesteld aan de hand van het heersende geluidniveau – dat als uitgangspunt heeft te gelden –, alsmede van de ontwikkelingen die van invloed zijn op de geluidkwaliteit én de ontwikkelingen die beleidsmatig gewenst zijn. Deze ontwikkelingen kunnen ertoe leiden dat de grenswaarde hoger (bijvoorbeeld als het bestemmingsplan voorziet in ontwikkeling van een industriegebied) of juist lager (bijvoorbeeld als de geluidkwaliteit in een gebied moet worden verbeterd) dan het heersende geluidniveau wordt vastgesteld. Hoofdstuk 3 van de Handreiking bevat als richtsnoer een tabel met een aantal gebiedstyperingen met bijbehorende equivalente geluidgrenswaarden (tabel 2). Deze tabel is niet bindend bedoeld; in de gemeentelijke geluidnota kan de indeling in gebiedstyperingen worden toegespitst op de lokale situatie.

De eerste uitspraak van de Afdeling over een gemeentelijke geluidnota dateert van medio 2003 en betreft de gemeente Ridderkerk.[166] De Afdeling gaat in deze uitspraak tamelijk uitgebreid in op de aanvaardbaarheid van de desbetreffende nota. Het bevoegd gezag heeft in de nota voor het bedrijventerrein waarop de inrichting is gelegen een maximaal toelaatbare cumulatieve geluidbelasting ter plaatse van woningen vastgelegd. De maximale geluidbelasting vanwege het bedrijventerrein in zijn geheel bedraagt voor een aantal woningen 52 dB(A) en voor de overige woningen 54 dB(A) etmaalwaarde. Aan de cumulatieve beschermingswaarden heeft het bevoegd gezag mede ten grondslag gelegd dat op het bedrijventerrein vestiging mogelijk moet worden van bedrijven die zijn gerelateerd aan de agrarische sector, zoals de onderhavige inrichting.

De Afdeling constateert dat het bevoegd gezag conform de Handreiking het heersende geluidniveau heeft geïnventariseerd en heeft bezien welke ontwikkelingen aan de orde zijn die van invloed zijn op de geluidkwaliteit. Dat zijn in dit geval ontwikkelingen die verband houden met industrie, wegverkeer en railverkeer, de aanleg van nieuwe wegen, de afsluiting van een weg en de bestemming tot bedrijventerrein. Het bevoegd gezag heeft zich ten doel gesteld dat de vestiging van bedrijven op het bedrijventerrein geen grote nadelige gevolgen heeft voor het akoestisch leefklimaat van omwonenden; de gestelde grenswaarden voor de cumulatieve geluidbelasting vanwege het bedrijventerrein waarborgen dat naar zijn mening. De Afdeling is het hiermee eens, nu op slechts vijf van de vijftig beoordelingspunten sprake is van een (lichte) verslechtering van de akoestische kwaliteit ten opzichte van de oude situatie en het akoestisch leefklimaat op de overige vijfenveertig beoordelingspunten gelijk blijft of verbetert. De Afdeling komt tot het oordeel dat het in de gemeentelijke geluidnota neergelegde geluidbeleid, in aanmerking genomen de daaraan gegeven onderbouwing en de motivering van de cumulatieve beschermingswaarden van 52 en 54 dB(A) etmaalwaarde, niet berust op

166 ABRvS 28 mei 2003, 200100090/2, *BR* 2003, 806.

onjuiste uitgangspunten, noch in strijd is met de daaraan te stellen eisen van zorgvuldigheid en motivering. De geluidnota accepteert zij daarom.[167]

Ook de geluidnota's van Harlingen en Putten hebben de rechterlijke toets der kritiek doorstaan. In de geluidnota's van beide gemeenten is aangesloten bij de voornoemde tabel 2 uit hoofdstuk 3 van de Handreiking. Op grond daarvan gelden voor een landelijk gebied met veel agrarische activiteiten grenswaarden voor het langtijdgemiddelde beoordelingsniveau van 45, 45 en 35 dB(A) voor respectievelijk de dag-, avond- en nachtperiode. In beide gevallen heeft het bevoegd gezag de genoemde grenswaarden als uitgangspunt genomen.

Wat opvalt, is dat de Afdeling het beleid in de ene uitspraak anders toetst dan in de andere. In de zaak Harlingen acht ze het gehanteerde uitgangspunt niet onjuist.[168] In de zaak Putten overweegt de Afdeling daarentegen dat ze in hetgeen appellanten hebben aangevoerd geen aanleiding ziet voor het oordeel dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat dit beschermingsniveau voor een dergelijk gebied toereikend is.[169] Het oordeel over het gehanteerde beleid is in de laatstgenoemde zaak aldus ten onrechte beperkt tot een toets of het binnen de grenzen van de beoordelingsruimte blijft.

Een besluit op grond van de geluidnota van de gemeente Wieringermeer is daarentegen niet in stand gebleven. De inrichting waar het in de desbetreffende uitspraak om gaat, is gelegen op een bedrijventerrein. In de geluidnota is een maximale invulling van het bedrijventerrein tot uitgangspunt genomen, hetgeen betekent dat bij burgerwoningen de hoogst toelaatbare waarde 65 dB(A) bedraagt. In de nota is de voor het totale terrein beschikbare bronsterkte bepaald, uitgaande van cumulatieve grenswaarden voor industrielawaai van 60 tot 64 dB(A) ter plaatse van de meest nabijgelegen woningen.

De Afdeling acht dit niet conform hoofdstuk 2 van de Handreiking. Het bevoegd gezag had, uitgaande van de door hem gehanteerde Handreiking, het heersende geluidniveau moeten inventariseren en had moeten bezien welke ontwikkelingen van invloed zijn op de geluidkwaliteit. Als het gaat om een gebied dat een industriële functie moet gaan vervullen, kan de vast te stellen grenswaarde hoger zijn dan het heersende achtergrondgeluidniveau, zo over-

---

167 De Afdeling overweegt evenwel verderop in de uitspraak dat het opstellen en volgen van een gemeentelijke geluidnota niet betekent dat het bevoegd gezag zonder meer is ontslagen van de plicht om ingevolge artikel 8.11 lid 3 Wm te beoordelen of het nodig is om ter bescherming van het milieu maatregelen voor te schrijven, die mogelijk een verdergaande reductie van de geluidbelasting bewerkstelligen dan waarop het gemeentelijke geluidbeleid aanstuurt. In dit geval is een dergelijke beoordeling ten onrechte niet gemaakt. De toets aan de hand van de geluidnota moet dus kennelijk in sommige gevallen worden aangevuld met een beoordeling van de concrete situatie.

168 ABRvS 8 juni 2005, 200409632/1.

169 ABRvS 22 februari 2006, 200506270/1.

weegt de Afdeling. Het bevoegd gezag heeft de hoogte van dat geluidniveau echter niet gemeten. Het heeft bovendien niet gemotiveerd waarom voor de burgerwoningen op het bedrijventerrein niet de richtwaarde van 55 dB(A) als grenswaarde is nagestreefd (conform paragraaf 5.9 van de Handreiking), maar als uitgangspunt voor de geluidnota is gekozen voor de hoogst toelaatbare waarde van 65 dB(A).[170]

Concluderend kan worden opgemerkt dat de gemeentelijke geluidnota's niet een geheel zelfstandig beoordelingskader vormen, omdat zij hun grondslag vinden in de Handreiking en de Handreiking er ook inhoudelijke richtsnoeren voor geeft. Het beperkte aantal uitspraken dat over gemeentelijke geluidnota's is gedaan, wekt de indruk dat een dergelijke nota, mits deugdelijk onderbouwd en mits daaraan deugdelijk onderzoek ten grondslag is gelegd, de rechterlijke toets der kritiek in beginsel kan doorstaan. Dit is geen verrassende conclusie, nu de genoemde criteria gebruikelijke rechterlijke toetsingsnormen zijn.

4.5.4.2 Aansluiting bij AMvB

Behalve door middel van een gemeentelijke geluidnota, wordt ook wel eens van het gangbare beoordelingskader voor geluidhinder afgeweken door aansluiting te zoeken bij de normstelling uit een AMvB. Het gaat dan om een AMvB die algemene regels bevat voor niet-vergunningplichtige inrichtingen van hetzelfde type als waarvoor in het concrete geval vergunning wordt verleend.

In een uitspraak uit 1996 over een vergunningplichtig tankstation heeft het bevoegd gezag wat de geluidvoorschriften betreft aansluiting gezocht bij de tijdvakken en grenswaarden van de voorschriften uit het Besluit tankstations milieubeheer. Dit resulteert in grenswaarden van 50 dB(A) tussen 07.00 en 21.00 uur en 40 dB(A) tussen 21.00 en 07.00 uur op de gevel van woningen. De Afdeling overweegt dat bij het vaststellen van de maximaal toegestane geluidbelasting in beginsel aansluiting moet worden gezocht bij het ter plaatse heersende referentieniveau van het omgevingsgeluid. Voor de vaststelling van dat referentieniveau verwijst zij vervolgens naar de Circulaire industrielawaai die 'in milieuvergunningen als hier aan de orde als leidraad pleegt te worden gehanteerd'.[171] De Afdeling oordeelt dat onvoldoende was gebleken dat de gestelde – van de gebruikelijke normstelling afwijkende – geluidgrenswaarden aansluiten bij het referentieniveau van het omgevingsgeluid.[172]

In een vergelijkbare casus van na de *Wende* komt de Afdeling tot een andere uitkomst. Ook hier ging het om een vergunningplichtig tankstation, waarvoor

170 ABRvS 11 november 2005, 200409207/1, *AB* 2006, 162, m.nt. Blomberg.

171 Deze wijze van beoordelen van geluidhinder was vóór de Wende gebruikelijk, zo blijkt uit de door mij onderzochte uitspraken uit 1997 (zie hoofdstuk 6, paragraaf 4.1).

172 ABRvS 11 maart 1996, E03.95.0350 (niet gepubliceerd).

het bevoegd gezag de geluidgrenswaarden uit de AMvB, zoals in de vorige alinea vermeld, had voorgeschreven. Het bevoegd gezag heeft bij de waarden van de AMvB aangesloten omdat die gelden voor andere, niet vergunningplichtige, tankstations binnen de gemeente en het in de omstandigheden van het geval geen aanleiding zag om voor het desbetreffende tankstation een afwijkende dagindeling aan te houden. Daarbij heeft het bevoegd gezag er betekenis aan toegekend dat de inrichting vergunningplichtig is vanwege de afstand van minder dan 20 meter tot woningen van derden en vanwege de onbewaakte aflevering van motorbrandstoffen, hetgeen volgens hem geen rechtvaardiging biedt voor een ander beschermingsniveau tegen geluidhinder en voor een andere dagindeling in de geluidvoorschriften. De Afdeling overweegt dat het bevoegd gezag wat het aspect geluid betreft ter invulling van de hem toekomende beoordelingsvrijheid aansluiting heeft mogen zoeken bij het Besluit. Zij is van oordeel dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de hoogte van de geluidnormen zodanig is, dat geluidhinder in toereikende mate kan worden beperkt.[173]

Het bevoegd gezag gebruikt in de laatstgenoemde zaak dus als argument om aan te sluiten bij de normering van de AMvB dat de reden dat de AMvB niet van toepassing is op de inrichting op een ander vlak is gelegen dan de te vrezen geluidhinder. Oftewel, er bestaat geen reden om wat het geluidaspect betreft af te wijken van de normering voor gelijksoortige, niet vergunningplichtige inrichtingen. Hierop, en daarmee ook op het oordeel van de Afdeling, valt in deze zaak af te dingen dat de vergunningplicht weliswaar is gelegen in het externe veiligheidsaspect, maar dat de nabijheid tot woningen ook voor het aspect geluidhinder een relevant gegeven is.

Het bovengenoemde argument is ook in andere uitspraken terug te vinden.[174] Ik noem er drie.

In een zaak over een sport- en recreatie-inrichting is nauw aangesloten bij de geluidvoorschriften in het Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer. De Afdeling stelt vast dat het geluid van bezoekers en toeschouwers bepalend is voor de geluidhinder vanwege de inrichting. Nu de inrichting niet vanwege het aantal bezoekers en toeschouwers vergunningplichtig is (maar, zo lijkt het, alleen vanwege de aanwezige hoeveelheid ammoniak ten

173 ABRvS 9 november 2005, 200408053/1.

174 Een *andere* redenering wordt gevolgd in een uitspraak van 21 september 1999, E03.97.0263, (niet gepubliceerd), over een varkenshouderij. Het bevoegd gezag heeft voor de geluidnormering aansluiting gezocht bij het Besluit melkrundveehouderijen milieubeheer. Appellante heeft niet diens stelling betwist dat aldus voor de inrichting dezelfde eisen gelden als voor de in de directe nabijheid gelegen melkrundveehouderij met bedrijfswoning. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het bevoegd gezag in redelijkheid aansluiting kunnen zoeken bij het Besluit, gelet op de nabijheid van de melkrundveehouderij en de afstand tot de dichtstbijzijnde overige woningen van derden (200 m).

behoeve van de ijsbaan), heeft het bevoegd gezag volgens de Afdeling in dit geval in redelijkheid aansluiting kunnen zoeken bij de geluidnormen van het Besluit.[175]

De tweede zaak gaat over een clubhuis dat behoort bij een schietvereniging. Het bestreden besluit betreft een veranderingsvergunning voor het clubhuis. Het bevoegd gezag heeft aansluiting gezocht bij de geluidvoorschriften die gelden voor clubhuizen die onder de werking van het Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer vallen. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat het bevoegd gezag dit niet mocht doen, daar de reden dat het Besluit niet op de inrichting van toepassing is, niet is gelegen in de afwijkende milieugevolgen die dit clubhuis in kwestie zou hebben ten opzichte van clubhuizen die onder de werking van het Besluit vallen, maar in de milieugevolgen van de schietactiviteiten in de inrichting. De aan de orde zijnde vergunning heeft geen betrekking op die schietactiviteiten, maar slechts op het (gebruik van het) clubhuis.[176]

Het moet natuurlijk wel *duidelijk* zijn dat de betrokken inrichting zich qua geluidbelasting niet onderscheidt van gelijksoortige, niet vergunningplichtige inrichtingen. In de derde zaak had het bevoegd gezag nagelaten hiernaar onderzoek te doen. Het bevoegd gezag sloot bij het stellen van geluidgrenswaarden voor veehouderijen als vaste bestuurspraktijk aan bij het Besluit melkrundveehouderijen milieubeheer (50, 45 en 40 dB(A)). De Afdeling overweegt dat nu de AMvB niet op de onderhavige inrichting van toepassing is, bij het vaststellen van de voor de inrichting geldende geluidgrenswaarden geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend aan de in het Besluit opgenomen geluidgrenswaarden. Er is een zelfstandige beoordeling van de door de inrichting veroorzaakte geluidbelasting vereist. Het enkel overnemen van de geluidgrenswaarden uit het Besluit is onvoldoende om de conclusie te kunnen dragen dat een toereikend beschermingsniveau wordt geboden tegen geluidhinder.[177]

Ook in de laatste uitspraak die ik hier wil bespreken, wreekt zich het feit dat het bevoegd gezag geen op de individuele inrichting betrokken beoordeling heeft gemaakt. Het bevoegd gezag hanteert in dit geval als vaste bestuurspraktijk dat in beginsel aansluiting wordt gezocht bij de Circulaire industrielawaai, maar dat bij vergunningverlening voor inrichtingen in het buitengebied een L_{Aeq}-etmaalwaarde van 45 dB(A) wordt voorgeschreven. Ter vergelijking: de circulaire geeft een richtwaarde van 40 dB(A) voor het buitengebied. Aan de bestuurspraktijk ligt de gedachte ten grondslag dat een etmaalwaarde van 45 dB(A) in de regel kan worden nageleefd zonder dat voorzieningen moeten worden getroffen die redelijkerwijs niet kunnen worden gevergd. De Afdeling

175 ABRvS 29 augustus 2001, *BR* 2001, 1045.
176 ABRvS 8 september 2004, 200401935/1, *JM* 2004, 145, m.nt. Wiggers.
177 ABRvS 10 november 2000, E03.98.1185 (niet gepubliceerd).

is van oordeel dat deze praktijk niet wegneemt dat het bevoegd gezag er op grond van art. 8.11 lid 3 Wm toe is gehouden per geval te beoordelen welke maatregelen en voorzieningen redelijkerwijs van de aanvrager van de vergunning kunnen worden gevergd ter beperking van nadelige milieugevolgen. Het karakter van deze beoordeling laat niet toe dat de keuze van een beschermingsniveau slechts berust op de verwachting van het bevoegd gezag dat dat beschermingsniveau door alle bedrijven in het buitengebied zal kunnen worden nageleefd, ongeacht de aard van die bedrijven. Daarnaast is geen onderzoek verricht naar de bestaande toestand van het milieu als bedoeld in art. 8.8 lid 1, aanhef en onder a, Wm, meer in het bijzonder naar het referentieniveau van het omgevingsgeluid.[178]

Concluderend kan worden opgemerkt dat de Afdeling er, zeker sinds de *Wende*, in beginsel mee kan instemmen dat het bevoegd gezag bij het stellen van geluidvoorschriften aansluiting zoekt bij de normstelling in een AMvB. Van belang is wel dat het bevoegd gezag vaststelt dat de betrokken inrichting zich wat geluidemissie betreft niet onderscheidt van de soortgelijke inrichtingen die onder de werkingssfeer van de AMvB vallen.

Terugkoppelend naar de aan het begin van deze paragraaf gestelde vraag, kan worden vastgesteld dat het per milieucompartiment verschilt of de bij de *Wende* erkende beoordelingsruimte gestalte heeft gekregen in het opstellen door bestuursorganen van eigen beoordelingskaders, die afwijken van of voortbouwen op landelijke milieurichtlijnen.

4.6 Samenvatting en conclusie

Ondanks de in de *Wende*-uitspraken erkende beoordelingsruimte, zijn bestuursorganen in de overgrote meerderheid van de gevallen doorgegaan met het zogenoemde 'eenvoudig volgen' van milieurichtlijnen. De Afdeling acht dit, net als vóór de *Wende*, acceptabel. Sterker, anders dan in het verleden overweegt zij ten aanzien van richtlijnen die zij ooit eerder heeft aanvaard, inmid-

178 ABRvS 5 september 2000, E03.97.0026 (niet gepubliceerd). Backes e.a. 2002, p. 42-43, vragen zich af of deze uitspraak een principiële omslag zou inluiden naar een meer emissiegerichte benadering. Achteraf kan worden geconcludeerd dat dat niet het geval is geweest. Hoewel de uitspraak op dit punt inderdaad vragen oproept, is de Afdeling vermoedelijk vooral gevallen over het feit dat geen onderzoek is verricht naar het referentieniveau van het omgevingsgeluid en dat zonder inhoudelijke motivering is afgeweken van het standaard beschermingsniveau zoals dat wordt geboden in de Circulaire industrielawaai.

dels niet meer dat het gebruik daarvan door het bevoegd gezag niet in strijd is met het recht.[179]

De buitenwettelijke milieurichtlijnen zijn, met uitzondering van de meet- en rekenvoorschriften, geen zuivere deskundigenrichtlijnen. Zij bevatten, naast technische deskundigeninformatie, een beleidsmatige (en soms ook politieke) afweging tussen ecologische en (meestal) economische belangen, die resulteert in de keuze voor een bepaald beschermingsniveau. Vanwege het belangrijke beleidsmatige aspect van milieurichtlijnen zouden bestuursorganen moeten beslissen of ze een bepaalde richtlijn willen volgen of niet, en zo ja, dat in een beleidsregel vastleggen. De Afdeling zou, wanneer het bevoegd gezag in een voorliggende zaak een richtlijn heeft gebruikt, moeten toetsen of het daartoe een beleidsregel heeft vastgesteld, en zo niet, of het de richtlijn als vaste bestuurspraktijk hanteert. Deze beide vormen van zelfbinding beperken immers de mogelijkheden voor het bevoegd gezag om van de richtlijn af te wijken. Of het bevoegd gezag een beleidsregel heeft vastgesteld, is ook van belang gelet op art. 4:81 Awb. Op grond van dit artikel kan ter motivering van een besluit worden verwezen naar een beleidsregel. Hieruit volgt dat het bevoegd gezag bij gebreke van een beleidsregel in elk afzonderlijk besluit zou moeten motiveren waarom het de desbetreffende richtlijn heeft gevolgd. De Afdeling toetst echter niet of het bevoegd gezag een beleidsregel heeft vastgesteld of een richtlijn als vaste bestuurspraktijk hanteert.

Ook het technische aspect van milieurichtlijnen heeft implicaties voor de toetsing door de rechter. Nu de Wet milieubeheer (en ook de Afdeling) eist dat vergunningvoorschriften in overeenstemming zijn met de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten (tegenwoordig: gebaseerd zijn op ten minste de beste beschikbare technieken), moet de Afdeling, wil het toelaatbaar zijn dat het bevoegd gezag zich aansluit bij een richtlijn, elke keer beoordelen of die richtlijn op dit punt nog voldoet. Ook als dit niet is betwist. Zoals gezegd, doet de Afdeling dit niet.

Een richtlijn moet ook deugdelijk zijn onderbouwd. De Afdeling dient de onderbouwing van een richtlijn één keer te toetsen, namelijk wanneer de richtlijn voor het eerst in rechte aan de orde is. Tijdens mijn onderzoek heb ik de indruk gekregen dat een dergelijke toets niet bij alle richtlijnen heeft plaatsgevonden. Uit motiveringsoogpunt is het evenwel van belang dat in latere uitspraken wordt verwezen naar de uitspraak waarin een richtlijn voor de eerste keer is aanvaard; dit doet de Afdeling nu slechts incidenteel. Hetzelf-

179 Van een *nieuwe* richtlijn wordt de aanvaardbaarheid van het beoordelingskader doorgaans wel aangevochten in beroep. Als gevolg daarvan is niet vaak de vraag aan de orde of de Afdeling *uit zichzelf* de aanvaardbaarheid van een nieuwe richtlijn toetst. In dit hoofdstuk is overigens eerder beargumenteerd dat zij dat wel zou moeten doen (zie ook het vervolg van deze paragraaf).

de geldt ten aanzien van beoordelingskaders die door bestuursorganen zelf zijn opgesteld. Een partij moet immers wel erg goed zijn ingevoerd in het milieurecht om te weten of een richtlijn of een dergelijk eigen beoordelingskader (of een onderdeel daarvan) ooit door de rechter is geaccepteerd. In paragraaf 4.4 heb ik een tekstvoorstel voor een dergelijke verwijzing naar een eerdere uitspraak gedaan. Afhankelijk van hetgeen in beroep is aangevoerd, dient de Afdeling daarbij in meerdere of mindere mate te motiveren waarom de desbetreffende richtlijn nog steeds aanvaardbaar is.

Uit het voorgaande blijkt dat de Afdeling zich onvoldoende kritisch opstelt ten opzichte van de buitenwettelijke milieurichtlijnen en de wijze waarop het bevoegd gezag die gebruikt. Zij geeft zich onvoldoende rekenschap van zowel het feit dat de richtlijnen behalve een technisch aspect ook een beleidsmatig aspect hebben, als van de eisen die voortvloeien uit het dynamische karakter van milieutechnische inzichten.

Uit paragraaf 5.4 blijkt dat bovenstaande conclusies en aanbevelingen, zij het niet onverkort, ook nog opgaan na de wijziging van de Wet milieubeheer op 1 december 2005.

Het hanteren van een eigen beoordelingskader heeft – nu bestuursorganen in sterke mate zijn blijven vasthouden aan de landelijke milieurichtlijnen – vooralsnog geen grote vlucht genomen. Een voor de hand liggende verklaring hiervoor is dat het veel gemakkelijker is om een richtlijn te gebruiken dan om een eigen beoordelingskader te formuleren en in beleid neer te leggen. Bovendien is er een risico dat het eigen beleid niet in stand blijft voor de rechter. Toch hebben verschillende bestuursorganen ten aanzien van een aantal milieuaspecten eigen beleid ontwikkeld, en op die manier gestalte gegeven aan de bij de *Wende* erkende beoordelingsruimte. Dit eigen beleid vindt soms zijn basis in een richtlijn (zoals de gemeentelijke geluidnota in de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening), maar ook dan wordt afgeweken van de richtlijn in de zin dat niet het in de richtlijn uitgewerkte beoordelingskader wordt gebruikt.

Ten aanzien van het aspect geluid wordt blijkens de jurisprudentie het vaakst van de gangbare richtlijn afgeweken. Deze afwijkingen vinden in de meeste gevallen genade in de ogen van de rechter. Hetzelfde geldt voor het aspect geurhinder, zij het dat daarover veel minder uitspraken zijn gedaan. Ten aanzien van de aspecten stankhinder van veehouderijen en directe ammoniakschade is het daarentegen niet of nauwelijks gelukt een ander beoordelingskader door de rechter aanvaard te krijgen. Deze verschillen kunnen wellicht worden verklaard doordat bijvoorbeeld de landelijke richtlijnen met betrekking tot stankhinder van veehouderijen een heel nauw omlijnd beoordelingskader bevatten, terwijl de landelijke richtlijn betreffende geurhinder een veel algemener kader bevat. Het afwijken van concrete 'normen' uit een

richtlijn is veel moeilijker te motiveren dan het geven van een nadere invulling aan een richtlijn met algemene uitgangspunten.

5 AANPASSING VAN HET TOETSINGSKADER VAN DE WET MILIEUBEHEER AAN DE IPPC-RICHTLIJN

5.1 Inleiding

De Europese IPPC-richtlijn[180] vereist dat de grotere industriële en agrarische inrichtingen in de EU-lidstaten over een milieuvergunning beschikken.[181] De richtlijn schrijft niet voor hoe de nationale wetgever de bevoegdheid tot vergunningverlening moet formuleren (bijvoorbeeld als open of als gebonden bevoegdheid). Wat dat betreft is voor dit onderzoek dus alleen de tekst van de Wet milieubeheer van belang. De richtlijn stelt, in het bijzonder in art. 9 leden 3 en 4, wel eisen aan het beschermingsniveau dat door de vergunning wordt geboden. Deze bepalingen luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

> 3. De vergunning bevat emissiegrenswaarden voor de verontreinigende stoffen, met name die van bijlage III, die in significante hoeveelheden uit de betrokken installatie kunnen vrijkomen, gelet op hun aard en hun potentieel voor overdracht van verontreiniging tussen milieucompartimenten (water, lucht en bodem). De vergunning bevat, zo nodig, passende voorschriften ter bescherming van bodem en grondwater, en maatregelen voor het beheer van de door de installatie voortgebrachte afvalstoffen. De grenswaarden kunnen, zo nodig, worden aangevuld of vervangen door gelijkwaardige parameters of gelijkwaardige technische maatregelen.

180 Richtlijn 96/61/EG van 24 september 1996, *PbEG* 1996, *L* 257/26. IPPC staat voor *Integrated Pollution Prevention and Control*. De officiële Nederlandse aanduiding voor de IPPC-richtlijn luidt 'richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging', maar 'IPPC-richtlijn' is de gebruikelijke aanduidingswijze. Op dit moment is de Europese Commissie bezig met een herziening van de richtlijn, waarvan de goedkeuring is voorzien vóór het einde van 2007. De wijzigingen zullen op zijn vroegst in 2012 in werking treden. Zie nader hierover François 2007, p. 93 e.v. en Roos 2007, p. 109-110.

181 In de hele EU (EU-27) gaat het om ongeveer 50.000 inrichtingen (François 2007, p. 89). Het is niet duidelijk hoeveel IPPC-inrichtingen er precies zijn in Nederland. Volgens een onderzoek uit 2005 zijn er in Nederland 1.286 agrarische en 1.055 industriële inrichtingen (dus in totaal 2.341) die onder de werking van de IPPC-richtlijn vallen; zie *Stb.* 2005, 527, NvT, p. 12. Volgens een onderzoeksrapport van begin 2007 in opdracht van onder meer de VROM-Inspectie zijn er evenwel naar schatting in totaal 2.624 IPPC-inrichtingen, waarvan 1.744 agrarisch; zie Witteveen+Bos en De Roever 2007, p. 23. Volgens dit laatste rapport bestaat er verder nog discussie over de reikwijdte van een aantal categorieën uit de IPPC-richtlijn, in verband waarmee het aantal inrichtingen mogelijk nog met enkele honderden moet worden verhoogd. Zie hierover ook Roos 2007, p. 99-102, die weer deels andere aantallen noemt.

> 4. Onverminderd artikel 10 zijn de emissiegrenswaarden, de parameters en de gelijkwaardige technische maatregelen, bedoeld in lid 3, gebaseerd op de beste beschikbare technieken, zonder dat daarmee het gebruik van een bepaalde techniek of technologie wordt voorgeschreven, met inachtneming van de technische kenmerken en de geografische ligging van de betrokken installatie, alsmede de plaatselijke milieuomstandigheden. De vergunningsvoorwaarden bevatten in ieder geval bepalingen betreffende de minimalisering van de verontreiniging over lange afstand of van de grensoverschrijdende verontreiniging en waarborgen een hoog niveau van bescherming van het milieu in zijn geheel.

De IPPC-richtlijn is op 30 oktober 1996 in werking getreden en diende op 30 oktober 1999 te zijn geïmplementeerd.[182] De Nederlandse regering heeft consequent als standpunt ingenomen dat met het alara-beginsel werd voldaan aan de IPPC-richtlijn, in het bijzonder aan art. 9, leden 3 en 4, van de richtlijn, die betrekking hebben op het te bieden beschermingsniveau.[183] De implementatiewerkzaamheden zijn daarom aanvankelijk beperkt gebleven tot een klein aantal wijzigingen van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer (Ivb) met betrekking tot de eisen die aan de vergunningaanvraag worden gesteld.[184]

De rechter bleek evenwel van oordeel dat de IPPC-richtlijn niet geacht kon worden al in de Wet milieubeheer te zijn geïmplementeerd. Na een aantal gevallen waarin zij het achterwege laten van een toets aan de richtlijn door het bevoegd gezag in strijd achtte met art. 3:2 Awb,[185] toetste de Afdeling in een aantal latere uitspraken wel zelf aan de richtlijn. Naar haar oordeel kan art. 8.11 lid 3 Wm (oud) richtlijnconform worden geïnterpreteerd:

> 'De artikelen 8.10 en 8.11, tweede en derde lid, van de Wet milieubeheer bieden de ruimte om te beslissen op een aanvraag om een vergunning met toepassing

182 Nieuwe installaties (dit is het in de richtlijn gebruikte begrip) dienden vanaf 30 oktober 1999 aan de richtlijn te voldoen. Voor bestaande installaties gold de datum van 30 oktober 2007. Deze datum is in Nederland in een aanzienlijk aantal gevallen niet gehaald. In de door Witteveen+Bos en De Roever 2007 uitgevoerde steekproef was, afhankelijk van het bevoegd gezag (bijvoorbeeld gemeente of provincie), tussen de 54 en 77% van de bedrijven *BBT-proof* op uiterlijk 31 oktober 2007. Volgens het rapport is van de overige bedrijven (waarmee naar ik aanneem wordt bedoeld: alle bedrijven buiten de steekproef) op dit moment te weinig informatie beschikbaar om hier een uitspraak over te kunnen doen (zie p. 24). Door het Ministerie van VROM wordt er grofweg van uitgegaan dat 64% van de IPPC-installaties tijdig aan de richtlijn voldoet; aldus Roos 2007, p. 108. Ook in de andere lidstaten bestaat een achterstand bij de implementatie van de IPPC-richtlijn; zie daarover Roos 2007, p. 106-108.

183 Dit was destijds ook in de literatuur de heersende opinie; zie Jongma 2002, p. 87. Later veranderde dit evenwel; zie Jongma 2002 en Backes e.a. 2002, p. 202-206.

184 Zie het Besluit van 15 september 1997 tot wijziging van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer, *Stb.* 1997, 418, en de bijbehorende nota van toelichting.

185 Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 november 2003, 200204619/1, *AB* 2004, 106, m.nt. Jongma, *M en R* 2004, 27, m.nt. Van Gestel.

van die wet, waarbij geldt dat de vergunning de emissiegrenswaarden en/of gelijkwaardige parameters of gelijkwaardige technische maatregelen bevat, die zijn gebaseerd op de beste beschikbare technieken en waarbij de technische kenmerken en de geografische ligging van de betrokken installatie en de plaatselijke milieuomstandigheden in acht zijn genomen.'[186]

Het oordeel van de rechter, een ingebrekestelling door de Europese Commissie noch kritiek in de literatuur hebben de regering van mening doen veranderen.[187] Toch heeft zij uiteindelijk besloten om het alara-beginsel uit de wet te verwijderen, en wel vanwege de wenselijkheid om aan te sluiten bij de Europeesrechtelijke terminologie.

Ondanks dit besluit hechtte de regering eraan om duidelijk te maken dat zij nog steeds vasthoudt aan haar initiële standpunt. In de memorie van toelichting op de wijziging van de Wet milieubeheer is namelijk uitdrukkelijk verwoord dat deze slechts dient tot een verduidelijking ten opzichte van de richtlijn, en niet dient als een omzetting daarvan.[188]

De Wet tot aanpassing van de Wet milieubeheer en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren aan de IPPC-richtlijn is op 1 december 2005 in werking getreden.[189] Het op de richtlijn gebaseerde nieuwe toetsingskader van de Wet milieubeheer is van toepassing op alle inrichtingen in Nederland, dus niet alleen op de inrichtingen die onder de werkingssfeer van de IPPC-richtlijn vallen.

Door de wetswijziging is het toetsingskader voor de milieuvergunning, zoals dat eerder in dit hoofdstuk is geanalyseerd, tamelijk ingrijpend veranderd. De meest in het oog springende verandering is de vervanging van het alara-beginsel in art. 8.11 lid 3 Wm door, kort gezegd, het criterium van de beste beschikbare technieken.

Ik bespreek in deze paragraaf de voor dit onderzoek relevante wijzigingen die met de voornoemde wet zijn aangebracht in het toetsingskader van de Wet milieubeheer. Na de weergave en een korte bespreking van de nieuwe

186 Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 april 2004, 200206430/1, *AB* 2004, 460, m.nt. Jongma, *JB* 2004, 187, m.nt. Peeters en ABRvS 29 juni 2005, 200308312/1.

187 Zie in de literatuur bijvoorbeeld Jongma 2002, p. 205-206. De Europese Commissie heeft de ingebrekestellingsprocedure vanwege de wetswijziging van 1 december 2005 (zie hierna) stopgezet.

188 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 711, nr. 3, p. 2 en 5. Zeer kritisch hierover is Van Gestel 2005, p. 31-32.

189 Wet van 16 juli 2005, houdende wijziging van de Wet milieubeheer en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (verduidelijking in verband met de EG-richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging; vergunning op hoofdzaken/vergunning op maat), *Stb*. 2005, 432, i.w.tr. *Stb*. 2005, 527. Het tweede doel van deze wet, het wegnemen van een aantal belemmeringen voor het verlenen van een vergunning op hoofdlijnen of een vergunning op maat, is voor mijn onderzoek niet van belang.

wettelijke bepalingen (paragraaf 5.2), zet ik in paragraaf 5.3 uiteen of de wetswijziging verandering heeft gebracht in de beslissingsruimte voor het bevoegd gezag bij het verlenen van een milieuvergunning. In paragraaf 5.4 bespreek ik vervolgens het nieuwe toetsingskader in relatie tot de nationale milieurichtlijnen.

5.2 Het nieuwe toetsingskader

5.2.1 Artikel 8.8 Wm (een meer integrale afweging?)

Art. 8.8 lid 1 Wm somt de factoren op die het bevoegd gezag bij de beslissing op de aanvraag om een milieuvergunning in ieder geval moet betrekken. Deze bepaling is op drie punten gewijzigd.

De onder b genoemde factor – de gevolgen voor het milieu die de inrichting kan veroorzaken – is op twee punten gewijzigd.

In de eerste plaats moeten die gevolgen voortaan *mede in hun onderlinge samenhang* worden bezien. De bedoeling van deze wijziging is om een integrale beoordeling van de verschillende milieuaspecten van een inrichting te bevorderen. In de jurisprudentie moet hiervoor volgens de wetgever meer ruimte worden gegeven.[190]

> Hoewel het bewerkstellingen van een (meer) integrale beoordeling een van doelstellingen was van het vervangen van de diverse sectorale wetten door de Wet milieubeheer,[191] is daarvan weinig terecht gekomen. In de praktijk volstaan bestuursorganen met het hanteren van de sectorale milieurichtlijnen; de daaruit volgende resultaten onderwerpen zij vervolgens niet aan een integrale afweging.[192] Volgens sommigen komt dit door het ontbreken van een (praktisch hanteerbare) vergelijkingsmaatstaf voor het maken van een dergelijke afweging, volgens anderen ligt het veeleer aan het ontbreken van mogelijkheden voor een integrale afweging vanwege de aard van het bedrijfsproces en aan de neiging van het bevoegd gezag om, uit het oogpunt van rechtsgelijkheid maar ook ter vermijding van conflicten, te kiezen voor standaardvoorschriften.[193] Ook in de jurisprudentie onder het oude recht is een integrale afweging weinig aan de orde geweest.[194]

---

190 Aldus de memorie van toelichting: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 711, nr. 3, p. 29.

191 Zie MvA VAR, p. 30-31 en Nota n.a.v. het eindverslag VAR, p. 25-26. Zie in de literatuur Jongma 2002, p. 98-100 en Backes, Gilhuis en Koeman (red.) 2006, randnr. 242.

192 De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer beval dan ook aan om te voorkomen dat (compartimentaal gerichte) nationale milieurichtlijnen een integrale benadering in de weg staan (ECW 1998, p. 16-17). Zie over de implicaties van het nieuwe Wm-toetsingskader voor het gebruik van milieurichtlijnen in dit verband paragraaf 5.4.

193 Zie Backes e.a. 2002, p. 43-44 respectievelijk Castelein e.a. 1998, p. 135.

194 Zie over het voorgaande verder Castelein e.a. 1998, p. 77-83, p. 127-130 en p. 133-135 en Jongma 2002, p. 98-101 en p. 107-109.

Deze wetswijziging is duidelijk geënt op de IPPC-richtlijn. Algemeen wordt aangenomen dat deze richtlijn noopt tot een integrale afweging van alle milieugevolgen van een installatie.[195] Dit is inherent aan het begrip 'beste beschikbare technieken' en het gebruik van dat criterium in de verticale BREF's; alleen met behulp van een integrale afweging kan worden bepaald wat de beste beschikbare technieken voor een bedrijfstak zijn.[196]

Ten aanzien van IPPC-inrichtingen moet op grond van het nieuwe nationale recht bij de vergunningverlening rekening worden gehouden met de toepasselijke BREF('s).[197] Als het bevoegd gezag die BREF's inderdaad gebruikt bij het opstellen van de vergunningvoorschriften, hanteert het 'vanzelf' een meer integrale benadering. Zie ook de twee hieronder aangehaalde uitspraken met betrekking tot intensieve veehouderijen.

Voor de (kleinere) inrichtingen waarop de IPPC-richtlijn niet van toepassing is, vloeit uit de richtlijn vanzelfsprekend geen verplichting voort om een integrale benadering te hanteren. Een dergelijke verplichting kan wel worden afgeleid uit het nieuwe toetsingskader van de Wet milieubeheer, nu daarin het criterium van de beste beschikbare technieken is neergelegd en dat criterium in beginsel een integrale afweging impliceert. Zoals reeds opgemerkt, is het bevorderen van een integrale beoordeling ook het oogmerk van de hier besproken wijziging van het eerste lid van art. 8.8 Wm. Gelet op de geringe binding van het eerste lid van art. 8.8 Wm voor het bevoegd gezag,[198] kan evenwel worden betwijfeld of door deze wetswijziging een standaard integrale afweging van de grond zal komen. Hiervan is tot op heden in ieder geval nog niet veel te merken, hoewel er gevallen zijn waarin er in ieder geval tussen een aantal milieugevolgen een afweging is gemaakt of waarin het bevoegd gezag wordt verweten een dergelijke afweging niet te hebben gemaakt.

In ABRvS 2 mei 2007, 200604703/1, stelde het bevoegd gezag dat het ten aanzien van een ijzergieterij geen naverbranding had voorgeschreven ter verdere vermindering van de benzeenemissie, vanwege het hoge energieverbruik daarvan.
'De Afdeling overweegt dat in het deskundigenbericht van de StAB met betrekking tot de door verweerder in aanmerking genomen feiten en omstandigheden het volgende is vermeld. In het productieproces kunnen geen stoffen worden gebruikt waarmee de emissie van benzeen wordt voorkomen of verder wordt beperkt. De

195 Zie Backes 1999, p. 3-5, Van Gestel en Verschuuren 2000, p. 57 l.k. en 59-62 en Jongma 2002, p. 75 en p. 88-89.

196 Daarnaast kan in dit verband worden gewezen op het horizontale BREF-document inzake '*Economics and Cross-Media Effects*' van juli 2006, waarin is aangegeven hoe een afweging tussen verschillende milieucompartimenten kan worden gemaakt. Een verticaal BREF-document heeft betrekking op één sector, bijvoorbeeld de fabricage van ijzer en staal; een horizontaal BREF-document heeft betrekking op een specifiek onderwerp dat speelt in meerdere of zelfs alle sectoren die onder de IPPC-richtlijn vallen, bijvoorbeeld monitoring. Zie hierover ook Jongma 2002, p. 73-75.

197 Zie de paragrafen 5.2.3 en 5.3 hierna.

198 Zie daarover paragraaf 2.1.

in de inrichting toegepaste afzuiging van de gietlijn is een beste beschikbare techniek als bedoeld in de BREF smederijen en gieterijen uit tabel 1 van de Regeling aanwijzing BBT-documenten. Voorts blijkt uit het deskundigenbericht, dat met de toegepaste gietlijn niet aan een beduidend lagere norm kan worden voldaan en dat de gestelde emissie-eis voor benzeen er niet toe leidt, dat het in werking zijn van de inrichting een overschrijding van de streefwaarde voor de immissie in de omgeving tot gevolg heeft. Niet is gebleken dat het deskundigenbericht op deze punten op onjuiste uitgangspunten is gebaseerd of anderszins een onjuist beeld geeft.
Gezien het vorenstaande is de Afdeling van oordeel, dat verweerder zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld, dat in dit geval sprake is van een situatie waarbij kan worden aangesloten bij de in paragraaf 3.2.1 'Stoffen met een minimalisatieverplichting' van de NeR gestelde norm van 5 mg/Nm^3 voor de emissie van benzeen en dat hiermee een toereikend niveau voor de bescherming van het milieu wordt bereikt.'

In ABRvS 25 juli 2007, 200609173/1, is ten aanzien van een varkenshouderij gekozen voor een lagere ammoniakreductie in ruil voor een minder hoog energieverbruik en minder afvalwater.
Appellanten betogen dat in stal 3 ten onrechte niet de beste beschikbare technieken worden toegepast, nu in de vergunning is voorgeschreven dat die stal met een chemische luchtwasser met een rendement van 70% moet zijn uitgevoerd. Volgens appellanten kan enkel een chemische luchtwasser met een rendement van 95% worden aangemerkt als beste beschikbare techniek.
De Afdeling overweegt onder meer het volgende. 'Het vergunde chemisch luchtwassysteem met 70% emissiereductie – een nageschakelde techniek ter beperking van de ammoniakemissie – komt wat betreft de werking overeen met systeem 4.6.5.2 uit het BREF-document [inzake de intensieve houderij van pluimvee en varkens]. De Afdeling overweegt dat, hoewel een chemisch luchtwassysteem in het BREF-document niet als de beste beschikbare techniek wordt aangemerkt, het onder omstandigheden wel als zodanig kan worden beschouwd. Verweerder heeft gemotiveerd uiteengezet dat dit systeem in dit geval kan worden beschouwd als de beste beschikbare techniek. Daarbij heeft hij onder meer gesteld dat de voordelen van een systeem met een 70% emissiereductie ten opzichte van een systeem met een 95% emissiereductie, te weten een minder hoog energieverbruik en minder afvalwater, in dit geval opwegen tegen het nadeel van dit systeem, namelijk een lagere ammoniakreductie. Appellanten hebben, gezien het vorenstaande, niet aannemelijk gemaakt dat het onderhavige systeem, wat dit aspect betreft, niet kan worden beschouwd als de beste beschikbare techniek. Tevens heeft verweerder ter beperking van de nadelige gevolgen voor het milieu van het energiegebruik en het afvalwater voorschriften aan de vergunning verbonden.'

Een uitspraak van 17 januari 2007, 200603909/1, betreft min of meer een spiegelbeeldige situatie. Appellant betoogt hierin dat de twee vergunde stalsystemen niet kunnen worden aangemerkt als de beste beschikbare technieken. Deze systemen – nageschakelde technieken ter beperking van de ammoniakemissie – zijn Groen Labelsystemen en komen volgens de Afdeling wat betreft de werking en de te behalen milieuvoordelen overeen met systemen die in het BREF-document inzake

de intensieve houderij van pluimvee en varkens zijn opgenomen. Verweerder verwijst naar een eerdere uitspraak van de Afdeling waarin is overwogen dat een chemisch luchtwassysteem met 95% emissiereductie in dat geval kon worden aangemerkt als de beste beschikbare techniek.
'De Afdeling overweegt dat de bij het bestreden besluit vergunde stalsystemen, hoewel ze in het BREF-document niet als de beste beschikbare technieken worden aangemerkt, onder omstandigheden wel als de beste beschikbare technieken kunnen worden beschouwd. Verweerder heeft echter slechts het met de vergunde systemen te behalen ammoniakvoordeel beoordeeld en geen rekening gehouden met de nadelen, te weten een hoog energieverbruik en – voor het chemisch luchtwassysteem – het van het systeem afkomstige afvalwater door bijvoorbeeld voorschriften aan de vergunning te verbinden ter beperking van de nadelige gevolgen voor het milieu van het energiegebruik en het afvalwater. In zoverre is het bestreden besluit in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht, dat eist dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van het besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten, en in strijd met artikel 3:46 van die wet niet deugdelijk gemotiveerd.'

In ABRvS 25 juli 2007, 200609080/1, heeft het bevoegd gezag (het college van GS) bij het bepalen van de lengte van een geluidscherm bij een gemeentelijke werf een afweging gemaakt tussen geluidhinder en visuele hinder. Ook speelden hierbij de kosten van het geluidscherm een rol. De Afdeling kon instemmen met de afweging. De Afdeling overweegt als volgt. 'Blijkens de stukken vindt zonder geluidbeperkende maatregelen ter plaatse van de woningen op de percelen Tetterodeweg 21 en Tetterodeweg 19 een overschrijding van de richtwaarde van 10 dB(A) respectievelijk een overschrijding van het referentieniveau van 6 dB(A) plaats. Gelet hierop acht verweerder in het belang van de bescherming van het milieu een geluidscherm noodzakelijk. Met een minimaal 130 meter lang scherm kan de geluidbelasting vanwege de inrichting worden teruggebracht tot de richtwaarde respectievelijk het referentieniveau ter plaatse van de woningen aan de Tetterodeweg 21 en 19. Verweerder heeft overwogen dat een dergelijk scherm onredelijk bezwarend is, mede gelet op de hoge kosten en visuele onaantrekkelijkheid ervan en in aanmerking genomen dat de activiteiten binnen de inrichting reeds lange tijd op basis van een rechtsgeldige milieuvergunning op de huidige locatie hebben plaatsgevonden. Volgens verweerder kan worden volstaan met een kleiner scherm van 60 meter, gezien de relatief lage kosten en de beperkte visuele hinder ervan. Met dit scherm kan voor het langtijdgemiddelde beoordelingsniveau in de dagperiode worden voldaan aan een grenswaarde van ten hoogste 45 dB(A) ter plaatse van de woningen aan de Tetterodeweg. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat verweerder zich niet in redelijkheid op dit standpunt heeft kunnen stellen.
Gelet op het voorgaande heeft verweerder zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de voorschriften 5.13.1 en 5.22.1 nodig zijn ter voorkoming dan wel beperking van geluidhinder. De beroepsgrond treft geen doel.'

In de tweede plaats moeten op grond van het gewijzigde art. 8.8 lid 1 onder b Wm bij de beoordeling van de milieugevolgen van de inrichting de technische

kenmerken en de geografische ligging van de inrichting worden betrokken.[199] Deze toevoeging is rechtstreeks overgenomen uit art. 9 lid 4 IPPC-richtlijn.

Daarnaast is in art. 8.8 Wm een vierde lid ingevoegd, dat het bevoegd gezag verplicht te motiveren op welke wijze de in lid 1 genoemde aspecten de inhoud van het besluit hebben beïnvloed. De wetgever beoogt hiermee de rol van het eerste lid, dat als gezegd tot nog toe een tamelijk marginaal bestaan leidt, te versterken.[200]

5.2.2 Artikel 8.10 Wm

Aan art. 8.10 Wm, dat de gronden voor weigering van een milieuvergunning bevat, is in het tweede lid een weigeringsgrond toegevoegd. De vergunning moet voortaan in ieder geval ook worden geweigerd indien door verlening van de vergunning niet kan worden bereikt dat in de inrichting ten minste de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast. Weigering is dus aan de orde als de aanvraag om vergunning niet uitgaat van de beste beschikbare technieken en het niet mogelijk is daarin door middel van het verbinden van voorschriften te voorzien, zonder de grondslag van de aanvraag te verlaten (zie daarover de volgende alinea). Deze weigeringsgrond vloeit op zich logisch voort uit het nieuwe criterium van art. 8.11 lid 3 Wm (zie daarover de volgende paragraaf), maar onder het oude recht ontbrak een directe koppeling tussen beide bepalingen.

In de literatuur wordt overigens kritiek geuit op de toepassing door de Afdeling van het leerstuk van het beslissen op de grondslag van de aanvraag. De Afdeling heeft inderdaad wel eens een beroep afgewezen met de motivering dat het voorschrijven van milieuvriendelijkere voorzieningen zou leiden tot een inrichting van een andere aard en daarmee tot grondslagverlating, zonder eerst te toetsen of die voorzieningen in redelijkheid van de aanvrager konden worden gevraagd. Als die laatste vraag bevestigend zou zijn beantwoord, had

---

199 Zie over deze twee aspecten Jongma 2002, p. 67-69 en paragraaf 5.4 hierna. In die paragraaf bespreek ik deze aspecten in relatie tot de nationale milieurichtlijnen. Los daarvan verdient over deze aspecten vermelding de 'Beleidslijn IPPC-omgevingstoetsing ammoniak en veehouderij' van de Minister van VROM van 25 juni 2007 (te downloaden vanaf www.infomil.nl). Dit document is bedoeld als handreiking bij het verrichten van een 'omgevingstoetsing' die het bevoegd gezag op grond van art. 3 lid 3 van de Wet ammoniak en veehouderij moet verrichten bij uitbreidingen van IPPC-veehouderijen. Hierbij gaat het om de vraag of het bevoegd gezag vanwege de plaatselijke milieuomstandigheden strengere eisen moet stellen dan bij toepassing van de beste beschikbare technieken het geval zou zijn. De beleidslijn heeft alleen betrekking op het aspect indirecte ammoniakschade.

200 Zie de MvT (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 711, nr. 3), p. 29-30, en Teekens 2005, p. 14.

de conclusie moeten zijn dat de vergunning ten onrechte niet is geweigerd.[201] In de literatuur is in dit verband ook gewezen op de jurisprudentie inzake veehouderijen, waarbij aanvragen voor conventionele stallen worden toegestaan terwijl Groen Label-stallen als de stand van de techniek moeten worden beschouwd.[202] Hoewel dit laatste punt van kritiek ten dele gegrond lijkt, moet daarbij worden aangetekend dat het toepasselijke BREF-document (inzake de intensieve houderij van pluimvee en varkens) bepaalde typen conventionele stallen wel degelijk aanmerkt als zijnde in overeenstemming met de beste beschikbare technieken. Tegenover de winst die in een Groen Label-stal kan worden geboekt wat betreft stankhinder en ammoniakemissie, kan namelijk het ontstaan van afvalwater (bij een chemische luchtwasser) of een hoger energieverbruik (bij mechanische ventilatie) staan.[203]

Onder het nieuwe recht is mogelijk eenvoudiger te beoordelen – zowel door het bevoegd gezag als door de rechter – of een aanvraag moet worden geweigerd, nu er meer concrete en gezaghebbende handvatten zijn (denk aan de BREF's) om te bepalen of het aanvraagde productieproces inclusief voorzieningen uitgaat van de beste beschikbare technieken, dan voorheen het geval was ten aanzien van het alara-beginsel. Bij een revisievergunning, zoals in het aangehaalde geval aan de orde was, zal de beoordeling overigens minder eenvoudig zijn dan bij een oprichtingssituatie.[204]

Een ander punt van kritiek, dat door Jongma met verwijzingen naar uitspraken wordt onderbouwd, is dat de jurisprudentie over dit onderwerp niet consistent is.[205] Het door haar gesignaleerde verschil in benadering ten aanzien van twee ingrijpende voorzieningen, waarvan de Afdeling de één in beginsel wel (vloeistofdichte vloer) en de ander in beginsel niet (geluidscherm) aanvaardbaar acht, kan naar mijn mening worden verklaard doordat de toepasselijke richtlijn daarin wel (de NRB schrijft in veel gevallen een vloeistofdichte vloer voor) respectievelijk niet (de Handreiking gaat uit van een immis-

201 Zie ABRvS 25 augustus 2000, *AB* 2000, 455, m.nt. Backes en Jongma, *M en R* 2000, 118, m.nt. Van Gestel. Het ging hier om de fabricage van plastics waarbij veel chloor werd gebruikt, terwijl appellanten aanvoerden dat er inmiddels een procédé zonder gebruik van chloor bestond en werd toegepast. Volgens Backes e.a. 2002, p. 31 ging het daarbij om een andere vestiging van hetzelfde concern.

202 Backes e.a. 2002, p. 31.

203 Zie bijvoorbeeld de in paragraaf 5.2.1 aangehaalde uitspraken van de Afdeling van 25 juli 2007, 200609173/1, waar in een varkenshouderij was gekozen voor een lagere ammoniakreductie in ruil voor een minder hoog energieverbruik en minder afvalwater, en van 17 januari 2007, 200603909/1, *StAB* 2007, 46 waarin de Afdeling het bevoegd gezag verweet dat het slechts het met de vergunde (Groen Label)systemen te behalen ammoniakvoordeel beoordeeld had en geen rekening had gehouden met de nadelen daarvan, te weten een hoog energieverbruik en het van het chemisch luchtwassysteem afkomstige afvalwater.

204 Zie hierover de annotatie onder ABRvS 25 augustus 2000, *AB* 2000, 455, Jongma 2002, p. 55-56 en p. 145-146 en Van Gestel 2005, p. 35-36.

205 Jongma 2002, p. 146-147.

siegerichte benadering gecombineerd met standaard geluidvoorschriften, bij voldoening waaraan bronmaatregelen niet nodig worden geacht) voorziet.[206]

5.2.3 Artikel 8.11 Wm, in samenhang met artikel 1.1 Wm en artikel 5a.1 Ivb

De meest ingrijpende wijziging betreft art. 8.11 Wm. Zoals opgemerkt aan het begin van deze paragraaf, is het alara-beginsel uit het derde lid verdwenen. Verder is in het artikel een nieuw vierde lid ingevoegd. In samenhang met deze wijzigingen zijn ook art. 1.1 Wm en het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer aangepast.

Art. 8.11 lid 3 luidt nu als volgt:

> In het belang van het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu worden aan de vergunning de voorschriften verbonden, die nodig zijn om de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken, te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, zoveel mogelijk – bij voorkeur bij de bron – te beperken en ongedaan te maken. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat in de inrichting ten minste de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast.

Het aan art. 8.11 toegevoegde vierde lid luidt als volgt:

> Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden bepaald. Daarbij kan worden bepaald dat de gestelde regels slechts gelden in daarbij aangegeven categorieën van gevallen.

Terwijl het alara-beginsel in de wet niet nader omschreven was, is het nieuwe begrip 'beste beschikbare technieken' (hierna ook kortweg: BBT) wel wettelijk gedefinieerd, in art. 1.1 lid 1 Wm. Deze definitie luidt als volgt:

> 'Voor het bereiken van een hoog niveau van bescherming van het milieu meest doeltreffende technieken om de emissies en andere nadelige gevolgen voor het milieu, die een inrichting kan veroorzaken, te voorkomen of, indien dat niet mogelijk is, zoveel mogelijk te beperken, die – kosten en baten in aanmerking genomen – economisch en technisch haalbaar in de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort, kunnen worden toegepast, en die voor degene die de inrichting drijft, redelijkerwijs in Nederland of daarbuiten te verkrijgen zijn; daarbij wordt onder technieken mede

---

206 Zie voor een geval waarin een vloeistofdichte vloer mocht worden geëist terwijl in de inrichting recent een vloeistofkerende vloer was aangelegd: ABRvS 4 oktober 2006, 200510325/1. Zie voor een recent geval waarin ten aanzien van een gemeentewerf *wel* een geluidscherm (met een lengte van 60 meter) mocht worden geëist: ABRvS 25 juli 2007, 200609080/1. Wellicht speelde hier mee dat het ging om een door de overheid gedreven inrichting.

begrepen het ontwerp van de inrichting, de wijze waarop zij wordt gebouwd en onderhouden, alsmede de wijze van bedrijfsvoering en de wijze waarop de inrichting buiten gebruik wordt gesteld.'[207]

De in het nieuwe art. 8.11 lid 4 Wm bedoelde AMvB is het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer (Ivb). Hieraan is een hoofdstuk 5a toegevoegd, getiteld 'Bepaling beste beschikbare technieken'.[208] Dit hoofdstuk bestaat uit één bepaling, namelijk art. 5a.1. Dit artikel bestaat uit twee leden, die beide factoren bevatten die van belang zijn bij de bepaling van de voor de inrichting[209] in aanmerking komende beste beschikbare technieken.

Art. 5a.1 lid 1 Ivb luidt als volgt:

Het bevoegd gezag, dan wel, in gevallen waarin een vergunning krachtens artikel 1 van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren is aangevraagd, het bestuursorgaan dat bevoegd is die vergunning te verlenen, betrekt bij de bepaling van de voor een inrichting, onderscheidenlijk met betrekking tot een lozing in aanmerking komende beste beschikbare technieken, rekening houdend met de voorzienbare kosten en baten van maatregelen, en met het voorzorg- en het preventiebeginsel:

a. de toepassing van technieken die weinig afvalstoffen veroorzaken;
b. de toepassing van minder gevaarlijke stoffen;
c. de ontwikkeling, waar mogelijk, van technieken voor de terugwinning en het opnieuw gebruiken van de bij de processen in de inrichting uitgestoten en gebruikte stoffen en van afvalstoffen;
d. vergelijkbare processen, apparaten of wijzen van bedrijfsvoering die met succes in de praktijk zijn beproefd;
e. de vooruitgang van de techniek en de ontwikkeling van de wetenschappelijke kennis;
f. de aard, de effecten en de omvang van de betrokken emissies;
g. de data waarop de installaties in de inrichting in gebruik zijn of worden genomen;
h. de tijd die nodig is om een betere techniek toe te gaan passen;
i. het verbruik en de aard van de grondstoffen, met inbegrip van water, en de energie-efficiëntie;
j. de noodzaak om het algemene effect van de emissies op en de risico's voor het milieu te voorkomen of tot een minimum te beperken;
k. de noodzaak ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor het milieu te beperken.

---

207 Deze definitie vormt een samenvoeging van de afzonderlijke definities van de begrippen 'beste', 'beschikbare' en 'technieken' uit art. 2, onder 11, van de IPPC-richtlijn. De richtlijn geeft in deze bepaling ook nog een geïntegreerde definitie van het begrip 'de beste beschikbare technieken', die in de Wet milieubeheer niet is terug te vinden.

208 De wijziging van het Ivb is per afzonderlijk KB geschied: Besluit van 8 oktober 2005, houdende wijziging van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer (implementatie IPPC-richtlijn en EG-inspraakrichtlijn), *Stb.* 2005, 527.

209 Dan wel de lozing, als het gaat om een aanvraag om een Wvo-vergunning.

Het tweede lid luidt als volgt:

> Het bevoegd gezag houdt bij de bepaling van de voor een inrichting of met betrekking tot een lozing in aanmerking komende beste beschikbare technieken rekening met bij ministeriële regeling aangewezen:
> a. documenten waarin door de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 16, tweede lid, van de EG-richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging bekendgemaakte informatie met betrekking tot de bepaling van beste beschikbare technieken is opgenomen;
> b. door andere internationale organisaties bekendgemaakte informatie met betrekking tot de bepaling van beste beschikbare technieken;
> c. andere informatie met betrekking tot de bepaling van die technieken.

Zoals uit deze opsomming blijkt, is het nieuwe toetsingskader voor de milieuvergunning sterk uitgebreid ten opzichte van het oude recht. Door de verwijzing in de Wet milieubeheer naar het Ivb en daarin naar een ministeriële regeling (zie over die regeling hierna), is een meerlagige structuur ontstaan. Hierdoor is het nieuwe toetsingskader wat onoverzichtelijk. Een nadere beschouwing is nodig om vast te kunnen stellen of op grond van het nieuwe toetsingskader nog steeds beslissingsruimte (beoordelingsruimte en beleidsruimte) bestaat voor het bevoegd gezag.

5.3 Beslissingsruimte in het nieuwe toetsingskader

Voor de beslissingsruimte is in de eerste plaats van belang of het uitgangspunt van het nieuwe toetsingskader is veranderd. Hoewel de wetgever heeft aangegeven geen nieuw beoordelingskader te willen introduceren (zie paragraaf 5.1), lijkt de nieuwe tekst van art. 8.11 lid 3 Wm toch te duiden op een lichte accentverschuiving. Deze tekst focust sterker dan de oude op het emissieniveau van de inrichting, dat met (ten minste) de beste beschikbare technieken kan worden bereikt. Pas als de met dat emissieniveau corresponderende grenswaarde bepaald is, komt de vraag aan de orde of gelet op het ondervonden immissieniveau een strengere waarde nodig is.

Dit zou met name gevolgen kunnen hebben voor de invulling van de beoordelingsruimte door middel van richtlijnen met een zuiver immissiegerichte benadering.[210] Zie hierover nader paragraaf 5.4.2.

210 Zoals opgemerkt in paragraaf 4.1, gaan sommige milieurichtlijnen uit van een gecombineerde emissie- en immissiegerichte benadering en andere van een zuiver immissiegerichte.

5.3.1 Beoordelingsruimte

Voorheen moesten op grond van de eerste volzin van art. 8.11 lid 3 Wm de voorschriften aan de vergunning worden verbonden die nodig zijn ter bescherming van het milieu. In paragraaf 2.3.2.1 van dit hoofdstuk heb ik betoogd dat, op grond van deze formulering, bij het beslissen op de vergunningaanvraag beoordelingsruimte bestaat, onder meer omdat het bevoegd gezag de term 'nodig' moet invullen.

Op grond van het nieuwe recht dient in de vergunning een hoog niveau van bescherming van het milieu te worden geboden, door het stellen van voorschriften die nodig zijn om het optreden van nadelige milieugevolgen zoveel mogelijk te beperken en ongedaan te maken.[211] De handhaving van de vage term 'nodig' pleit ervoor om nog steeds beoordelingsruimte aan te nemen. Voordat deze conclusie kan worden getrokken, moet evenwel de tweede volzin van art. 8.11 lid 3 nader worden bekeken. Deze zin bepaalt dat er bij het stellen van voorschriften van wordt uitgegaan dat in de inrichting ten minste de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast. Indien die technieken nauwkeurig bepaald zouden zijn, zou dat de beoordelingsruimte aanzienlijk kunnen beperken. Daarom onderwerp ik nu art. 5a.1 Ivb, dat regelt hoe de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden bepaald, aan een nadere blik.

Art. 5a.1 Ivb bestaat uit twee leden, die beide factoren bevatten die van belang zijn bij de bepaling van de voor de inrichting of lozing in aanmerking komende beste beschikbare technieken. Indien wordt aangenomen dat hierbij een analogie met art. 8.8 lid 1 en 2 Wm is beoogd, verschilt het bindende karakter van deze factoren. Het bevoegd gezag hoeft de in het eerste lid, onder a t/m k, genoemde factoren slechts *te betrekken* bij de bepaling van de beste beschikbare technieken, terwijl het daarbij met de in het tweede lid genoemde factoren *rekening moet houden*. In paragraaf 2.1 is gebleken dat het eerste criterium slechts vereist dat het bevoegd gezag inzichtelijk maakt dat het zich van de desbetreffende gegevens op de hoogte heeft gesteld en dat het deze een rol heeft laten spelen bij de beslissing. Het tweede criterium betekent dat van de desbetreffende documenten alleen gemotiveerd kan worden afgeweken.

Art. 5a.1 Ivb, eerste lid

De in het eerste lid van art. 5a.1 Ivb genoemde factoren, zowel die in de aanhef als die onder a t/m k, zijn ontleend aan bijlage IV bij de IPPC-richtlijn. Deze factoren zijn zeer verschillend van aard. De factoren onder a t/m c geven een aantal onderwerpen aan waarop de technieken betrekking kunnen hebben.

211 Het allerhoogste streven is volgens de wetstekst het voorkomen van nadelige milieugevolgen, maar zoals ik eerder in dit hoofdstuk heb opgemerkt, is dat doorgaans niet mogelijk.

De factor onder d concretiseert enigszins het element 'beschikbaar' en de factor onder e benadrukt dat 'de beste beschikbare technieken' een dynamisch begrip is en dat rekening moet worden gehouden met voortschrijdende technische inzichten en ontwikkelingen. Van belang is echter vooral dat zij zowel betrekking hebben op milieuhygiënische aspecten (de factoren onder f, i, j en k, en het in de aanhef genoemde voorzorg- en preventiebeginsel) als op bedrijfseconomische aspecten (de factoren onder g en h, en de in de aanhef genoemde voorzienbare kosten en baten van maatregelen).

Met de factoren onder g (de data waarop de installaties in de inrichting in gebruik zijn of worden genomen) en h (de tijd die nodig is om een betere techniek toe te gaan passen) mag rekening worden gehouden met bedrijfseconomische omstandigheden van de inrichting in kwestie. Deze factoren wijzen dan ook op het bestaan van beleidsruimte (zie nader paragraaf 5.3.2). Dit gaat niet zo ver dat bij de bepaling van het beschermingsniveau de financiële draagkracht van de inrichting mag worden betrokken. Het gaat veeleer om een min of meer geobjectiveerde redelijkheidstoets of de voorzieningen conform BBT, die op zich in de sector waartoe de inrichting behoort kunnen worden geëist, gelet op de afschrijvingstermijn van de in de inrichting aanwezige installaties en/of de benodigde overgangstermijn voor de toepassing van de nieuwe techniek, van déze inrichting op dít moment kunnen worden gevraagd.[212] Ik ben in de jurisprudentie nog geen gevallen tegengekomen waarin is aanvaard dat op grond van deze factoren een bepaalde voorziening niet hoeft te worden getroffen.

Aangezien deze factoren uiteenlopende kanten op wijzen, lijkt het bevoegd gezag bij de weging daarvan wat speelruimte te hebben. Door de milieuhygiënische aspecten aan te zetten kan het de keuze voor wat verdergaande technieken onderbouwen, en door de bedrijfseconomische aspecten te benadrukken kan het een wat lager ambitieniveau verdedigen.

Art. 5a.1 Ivb, tweede lid

Op grond van het tweede lid van art. 5a.1 Ivb moet het bevoegd gezag rekening houden met documenten of andersoortige gegevens over de bepaling van de beste beschikbare technieken, die zijn aangewezen bij ministeriële regeling. Deze regeling is de Regeling aanwijzing BBT-documenten van 24 oktober 2005, zoals gewijzigd op 14 maart 2007.[213] In de bijlage bij de Regeling zijn twee tabellen opgenomen.

Tabel 1 bevat, ter uitvoering van art. 5a.1 lid 2 onder a Ivb, de 'vastgestelde Europese informatiedocumenten over BBT', oftewel de zogenoemde BREF-

212 Vgl. Jongma 2002, p. 61: 'Een belangrijke constatering lijkt mij ten slotte nog dat de beste beschikbare technieken kunnen variëren gelet op de periode waarbinnen een installatie in gebruik is.'

213 *Stcrt*. 28 november 2005, nr. 231, p. 20 respectievelijk *Stcrt*. 11 april 2007, nr. 70, p. 24.

documenten (kortweg: BREF's).[214] Dit zijn de door de Europese Commissie op grond van art. 16 lid 2 IPPC-richtlijn opgestelde technische documenten, waarin voornamelijk per sector wordt vermeld welke technieken als de beste beschikbare technieken kunnen worden aangemerkt. Elk BREF-document bevat een soort ranglijst van de technieken die voor de desbetreffende sector als de beste beschikbare technieken kunnen worden beschouwd.[215]

Volgens de toelichting wordt de Regeling aangepast indien nieuwe BREF's zijn vastgesteld of bestaande BREF's zijn herzien.[216] Bij de wijziging van de Regeling op 14 maart 2007 zijn acht nieuwe BREF's aan tabel 1 toegevoegd.[217]

Tabel 2 bevat, ter uitvoering van art. 5a.1 lid 2 onder c Ivb, de 'Nederlandse informatiedocumenten over BBT'. De tabel bevatte in eerste instantie twintig documenten, waaronder negen uit de PGS-reeks[218] (afkomstig van het Ministerie van VROM) en zes werk- of handboeken die zijn opgesteld door de VNG. De voor dit onderzoek meest interessante documenten uit de tabel zijn de documenten die met regelmaat in de jurisprudentie van de Afdeling opduiken, namelijk de Nederlandse emissierichtlijn lucht (NeR) en de Nederlandse richtlijn bodembescherming (NRB).

Bij de wijziging van de Regeling op 14 maart 2007 zijn maar liefst vijftig documenten toegevoegd aan tabel 2 (en is een enkele daaruit verwijderd), waarvan de meeste betrekking hebben op watergebruik en waterverontreiniging. Deze zogenoemde BBT-documenten water zien zowel op agrarische en industriële activiteiten als op riooloverstorten. Veel van deze documenten zijn opgesteld door de CIW (of de voorloper daarvan, de CUWVO),[219] waarvan een aantal vaak een rol speelt in geschillen over Wvo-vergunningen.

Hoe staat het nu, gelet op al deze elementen van het nieuwe toetsingskader, met de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag? Deze vraag beantwoord ik eerst voor IPPC-inrichtingen en dan voor niet-IPPC-inrichtingen.

---

214 BREF staat voor *B*AT-*Ref*erence documents, waarbij BAT de afkorting is van 'best available techniques', de Engelse aanduiding voor beste beschikbare technieken.

215 Voorbeelden van sectoren zijn de intensieve veehouderij en de textielindustrie. Zie over het voorgaande uitgebreid: Jongma 2002, p. 71-76 en Jongma 2006.

216 De toelichting is direct na de tekst van de Regeling opgenomen in de Staatscourant.

217 Op 15 november 2007 waren 31 van de in totaal 33 BREF-documenten officieel aangenomen door de Europese Commissie. Eén ander document is al wel afgerond en hoeft alleen nog formeel te worden aangenomen, en van het laatste document is inmiddels een concept opgesteld. Voorts is een begin gemaakt met het herzien van een aantal van de oudste BREF's, die dateren van eind 2001. Zie <http://eippcb.jrc.es/pages/FEvents.htm> en vervolgens de button 'Activities'.

218 Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen, de opvolger van de CPR-richtlijnen.

219 De Commissie Integraal Waterbeheer respectievelijk de Coördinatiecommissie uitvoering Wet verontreiniging oppervlaktewateren. De CIW is in 2004 opgevolgd door het Landelijk Bestuurlijk Overleg Water (LBOW).

IPPC-inrichtingen

Art. 1 lid 2 van de Regeling bepaalt dat met de in tabel 1 genoemde BREF-documenten in ieder geval rekening wordt gehouden bij IPPC-inrichtingen.[220] Nu in de BREF's specifieke technieken worden genoemd, beschikt het bevoegd gezag bij IPPC-inrichtingen over een concreet handvat. Als het bestuursorgaan besluit een BREF-document te gebruiken, zal het nog wel moeten bepalen bij welke van de in het document genoemde technieken het in de voorschriften aansluit. Dit impliceert enige keuzeruimte, met een motiveringsplicht. Interessant in dit verband is een passage in de MvT bij de aanpassing van de Wet milieubeheer, waarin wordt gesteld

> 'dat niet kan worden volstaan met een willekeurige maatregel uit de BREF, doch dat het bevoegd gezag steeds moet streven naar (een combinatie van) die keuze-opties uit de BREF's die samen – integraal beoordeeld – de hoogst haalbare bescherming bieden'.[221]

Volgens de wetgever mag dus niet 'blind' een techniek worden gekozen, maar moet het bevoegd gezag onderzoeken welke techniek in het concrete geval de hoogst haalbare bescherming biedt. Het zal hierbij in ieder geval moeten letten op de plaatselijke situatie van het milieu.

Zoals eerder is opgemerkt, kan het bevoegd gezag op grond van de tekst van de Regeling ook besluiten een toepasselijk BREF-document *niet* te gebruiken, mits het dit motiveert. Het is echter de vraag hoeveel ruimte hiervoor daadwerkelijk bestaat. Nu op grond van art. 8.11 lid 3 Wm *ten minste* de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken moeten worden toegepast, is het bieden van een lager beschermingsniveau niet toegestaan. Het eisen van een hoger beschermingsniveau is waarschijnlijk alleen mogelijk in bijzondere omstandigheden. Volgens de memorie van toelichting bij de aanpassing van de Wet milieubeheer ligt het gezien de goede kwaliteit en het hoge beschermingsniveau van de BREF's namelijk niet in de rede om bij vergunningverlening buiten de bandbreedte van de BREF's te treden. Bijzondere omstandigheden kunnen dit echter wel rechtvaardigen of zelfs hiertoe nopen, bijvoorbeeld indien:

- milieukwaliteitseisen (dreigen te) worden overschreden;
- zich een locatiespecifieke cumulatie van milieuproblemen voordoet;

---

220 Ik gebruik deze term ten behoeve van de leesbaarheid. Art. 1 lid 2 van de Regeling spreekt van gpbv-installaties. Volgens de definitie in art. 1.1 lid 1 Wm is een gpbv-installatie een installatie als bedoeld in bijlage 1 van de IPPC-richtlijn. De afkorting 'gpbv' staat voor geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging; de Nederlandse vertaling van IPPC. Een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer kan één of meerdere gpbv-installaties omvatten en daarnaast onderdelen die niet een dergelijke installatie zijn.

221 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 711, nr. 3, p. 11. Zie hierover ook Jongma 2006, p. 352-353, die spreekt van een 'vrij spannende uitspraak'.

- er prioritaire nationale milieudoelstellingen gelden waarvan de uitvoering bijzondere inspanningen vraagt van bedrijven;
- er technieken zijn ontwikkeld die (nog) niet in een BREF-document zijn opgenomen, maar wel tegen vergelijkbare redelijke kosten een hogere mate van milieubescherming bieden.[222]

Hieraan kan worden toegevoegd de situatie dat door het bedrijf betere technieken zijn aangevraagd.

Dat de beoordelingsruimte bij IPPC-inrichtingen zo beperkt is, moet in zoverre worden gerelativeerd dat elk BREF-document meerdere technieken als BBT aanmerkt.[223] Het bevoegd gezag kan dus binnen de bandbreedte van het BREF-document meer of minder strenge eisen stellen.

Niet-IPPC-inrichtingen

Bij niet-IPPC-inrichtingen hoeft, gelet op art. 1 lid 2 van de Regeling, geen rekening te worden gehouden met BREF's. Toch zal het, vanwege het concrete handvat dat zij bieden, verleidelijk kunnen zijn om een BREF-document bij een niet-IPPC-inrichting te gebruiken. Het bevoegd gezag moet zich dan in ieder geval afvragen of de desbetreffende technieken 'beschikbaar' zijn voor een kleiner bedrijf. De bedrijfsgrootte speelt immers een rol bij de bepaling van de beste beschikbare technieken.[224] De Minister kondigt in de toelichting op de Regeling aan dat in NeR- en LBOW-verband zal worden bezien in hoeverre BREF's ook zouden moeten worden toegepast op andere dan IPPC-inrichtingen.[225]

In de eerdergenoemde nota van toelichting bij de wijziging van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer worden voor het analoog toepassen van BREF's drie criteria genoemd. In de eerste plaats dat door het analoog toepassen van een BREF-document binnen de sector een *level playing field* wordt gewaarborgd, ten tweede dat het BREF-document een bruikbare en acceptabele invulling geeft van het BBT-begrip en ten derde dat toetsing aan het BREF-document ten opzichte van de oude situatie (met toetsing aan buitenwettelijke richtlijnen) geen extra administratieve lasten oplevert.[226]

In de toelichting op de wijziging van de Regeling op 14 maart 2007 merkt de Staatssecretaris op dat de afweging op grond van deze criteria per BREF-document samen met het bedrijfsleven wordt gemaakt en dat de uitkomsten

222 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 711, nr. 3, p. 11-12.
223 Zie Jongma 2002, p. 73-76.
224 Zie Jongma 2006, p. 348 l.k. Zij noemt als voorbeeld het BREF-document voor de textielindustrie, waarin aan kleinere inrichtingen minder strenge eisen met betrekking tot het waterverbruik worden gesteld (6 liter per kilo vette wol) dan aan grotere (2 tot 4 liter per kilo).
225 Zie *Stcrt.* 28 november 2005, nr. 231, p. 20.
226 *Stb.* 2005, 527, p. 8-9.

daarvan in een oplegnotitie bij het BREF-document worden opgenomen.[227] Zolang dit nog niet is gebeurd , is het gebruik van BREF's bij niet-IPPC-installaties niet verplicht, maar wel toegestaan. Als een BREF-document wordt gebruikt bij een niet-IPPC-installatie kan evenwel niet worden volstaan met een verwijzing naar het BREF-document, maar moet een motivering worden gegeven waarom de desbetreffende emissiegrenswaarde voor die inrichting overeenkomt met de beste beschikbare technieken.[228]

Inmiddels is in NeR-verband besloten om van elk BREF-document dat door de Europese Commissie is vastgesteld, de Nederlandse vertaling en een oplegnotitie in de NeR op te nemen. In beginsel komt dan de voor het desbetreffende onderwerp bestaande bijzondere regeling in de NeR te vervallen.[229]

Voor zover het gaat om milieuaspecten die worden bestreken door de in art. 5a.1 lid 2 Ivb genoemde Nederlandse BBT-documenten, kan de ruimte voor afwijking per document verschillen. De NeR bijvoorbeeld, die allerlei industriële emissies naar de lucht (zoals stof, geur en schadelijke gassen) 'reguleert', bevat veel concrete emissiegrenswaarden. Nu het bedrijfsleven nauw betrokken is bij de vaststelling van de normering in de NeR, zal vermoedelijk niet gauw aanleiding (mogen) worden gezien om minder strenge eisen te stellen. Dit voorbeeld neemt echter niet weg dat in het algemeen de mogelijkheid bestaat om gemotiveerd af te wijken van de nationale BBT-documenten.

Voorts moet worden bedacht dat de in art. 5a.1 lid 2 Ivb genoemde Nederlandse BBT-documenten lang niet op alle milieuaspecten betrekking hebben. Zij zien bijvoorbeeld niet op de in milieugeschillen vaak aan de orde zijnde aspecten van geluidhinder en trillinghinder. Ten aanzien van deze hinderaspecten, waarbij in hoofdzaak een immissiegerichte benadering wordt gebruikt, biedt het nieuwe toetsingskader dus minder houvast (of, met een andere invalshoek, juist een geringere beperking van de beoordelingsruimte) voor het bevoegd gezag dan ten aanzien van aspecten die in de BBT-documenten zijn geregeld, waarbij voornamelijk een emissiegerichte benadering wordt gebruikt.

In dit verband is, voor alle inrichtingen, nog van belang hetgeen aan het begin van deze subparagraaf is opgemerkt over de ogenschijnlijke accentverschuiving in het nieuwe art. 8.11 lid 3 Wm. Deze verschuiving naar een meer emissiegerichte benadering zou met name gevolgen kunnen hebben voor het gebruik van immissiegerichte milieurichtlijnen die niet als BBT-document zijn aangewezen, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening. Zie hierover nader paragraaf 5.4.2.

---

227 Bij de wijziging van de Regeling zijn onder meer negen BREF-oplegnotities als nationaal BBT-document aangewezen.

228 *Stcrt*. 11 april 2007, nr. 70, p. 24.

229 Zie de NeR, paragraaf 2.12 en 3.5.

Conclusie
Dat art. 8.11 lid 3 in de eerste volzin nog steeds bepaalt dat de voorschriften moeten worden gesteld die *nodig* zijn (lees: die het bevoegd gezag nodig acht) om het optreden van nadelige milieugevolgen zoveel mogelijk te beperken, wijst erop dat het bevoegd gezag bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag ook onder het nieuwe recht in beginsel over beoordelingsruimte beschikt. Deze ruimte wordt beperkt doordat de tweede volzin bepaalt dat *ten minste* de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden gebruikt. De vergunningvoorschriften mogen dus niet soepeler zijn dan uit het criterium van de beste beschikbare technieken voortvloeit. Uit het voorgaande blijkt evenwel dat dit criterium niet eenduidig is: het bevoegd gezag beschikt over enige ruimte bij het bepalen van de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken. Het hangt af van de omstandigheden van het geval hoe groot deze ruimte is. Deze is bijvoorbeeld groter indien het gaat om een 'gewone' inrichting ten aanzien waarvan een milieuaspect moet worden beoordeeld dat niet is geregeld in een nationaal BBT-document (zoals geluidhinder), dan wanneer het gaat om een IPPC-inrichting ten aanzien waarvan een BREF-document voorhanden is.

Uit uitspraken waarin het nieuwe toetsingskader van toepassing is, blijkt dat de Afdeling aanneemt dat het bevoegd gezag nog steeds beoordelingsruimte toekomt. In deze uitspraken gebruikt zij een standaardoverweging die grotendeels identiek is aan de oude, sinds de *Wende* gebruikte, overweging (zie daarvoor paragraaf 3.1 van dit hoofdstuk). De nieuwe standaardoverweging luidt, na aanhaling van de relevante passages uit art. 8.10 en 8.11, als volgt:

> 'Uit artikel 8.11, tweede en derde lid, volgt dat de vergunning moet worden geweigerd indien de nadelige gevolgen die de inrichting voor het milieu kan veroorzaken door het stellen van voorschriften en beperkingen niet kunnen worden voorkomen dan wel niet voldoende kunnen worden beperkt. Bij de toepassing van de hiervoor genoemde bepalingen komt verweerder een zekere beoordelingsvrijheid toe.'[230]

De vraag of de beoordelingsruimte onder het nieuwe recht beperkter is dan voorheen, is niet gemakkelijk te beantwoorden.

Ten aanzien van IPPC-inrichtingen lijkt dit het geval, nu daarbij rekening moet worden gehouden met toepasselijke BREF's en het volgens de wetsgeschie-

230 Zie bijvoorbeeld de eerste uitspraak met de nieuwe overweging: ABRvS 9 augustus 2006, 200600828/1. Ten opzichte van de oude overweging is verdwenen de frase dat de beoordelingsvrijheid haar begrenzing onder meer vindt in hetgeen uit de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten voortvloeit. Het schrappen van deze frase heeft volgens mij geen inhoudelijke betekenis. Wellicht acht de Afdeling de frase niet meer nodig, nu deze geacht kan worden onderdeel uit te maken van het nieuwe wettelijke criterium van de beste beschikbare technieken.

denis niet voor de hand ligt dat daarvan wordt afgeweken. De ruimte is dan vooral gelegen in de keuze die binnen de bandbreedte van het BREF-document voor een bepaald voorzieningenniveau moet worden gemaakt. Daarnaast kan een BREF-document minder dwingend of richtinggevend zijn geformuleerd en bestaat ook meer ruimte indien de lidstaten geen overeenstemming hebben bereikt, met als gevolg dat in het BREF-document een *split-view* is neergelegd.[231]

Bij niet-IPPC-inrichtingen bestaat er nu een juridisch relevant onderscheid tussen milieuaspecten die wel en milieuaspecten die niet zijn geregeld in een nationaal BBT-document. Indien het gaat om een aspect dat is geregeld in zo'n document, bestaat er nu een wettelijke verplichting om met dat document (voorheen: buitenwettelijke richtlijn) rekening te houden. Hierdoor ligt het voor een bestuursorgaan bij dergelijke aspecten nog meer dan voorheen voor de hand om zijn beoordelingsruimte met behulp van dat document in te vullen. Zie hierover nader paragraaf 5.4.

5.3.2 Beleidsruimte

Op grond van het alara-beginsel moeten de strengst mogelijke voorschriften worden gekozen, voor zover dat redelijkerwijs kan worden gevergd. Eerder in dit hoofdstuk, in paragraaf 3.3, bleek dat het ijkpunt op grond van het alara-beginsel wordt gevormd door het voorzieningenniveau dat in de bedrijfstak bedrijfseconomisch verantwoord kan worden gevergd. Daaruit volgt dat tot op zekere hoogte met het bedrijfseconomische belang van het bedrijf rekening mag worden gehouden.

Hoe zit dit onder het nieuwe recht? Op grond van het nieuwe art. 8.11 lid 3 Wm moeten nadelige gevolgen 'zoveel mogelijk' worden beperkt, aldus de eerste volzin. De strekking van dit criterium wordt preciezer aangegeven in de tweede volzin: in de inrichting moeten, ten minste, de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast.

Volgens de definitie van 'de beste beschikbare technieken' in art. 1.1 lid 1 Wm moeten de vergunningvoorschriften worden gebaseerd op de meest doeltreffende emissiebeperkende technieken die – kosten en baten in aanmerking genomen – economisch en technisch haalbaar in de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort, kunnen worden toegepast, en die voor degene die de inrichting drijft, redelijkerwijs in Nederland of daarbuiten te verkrijgen zijn.

De wet bepaalt nu dus expliciet dat de bedrijfstak bepalend is voor de vraag welk voorzieningenniveau van de inrichting kan worden geëist. In zoverre brengt het nieuwe toetsingskader dus geen verandering. De voorwaarde dat de technieken voor de inrichting redelijkerwijs te verkrijgen zijn, lijkt

231 Vgl. Jongma 2006, p. 354 r.k.

eveneens een bestendiging van de bestaande situatie. Op grond van het alarabeginsel moet een voorziening immers ook verkrijgbaar zijn, wil deze 'redelijkerwijs' geëist kunnen worden.

Voorts mag, zoals in paragraaf 5.3.1 bleek, het bevoegd gezag de in art. 5a.1 lid 1, aanhef en onder g en h, van het Ivb genoemde factoren betrekken bij de bepaling van de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken. Ook in zoverre kan het bedrijfseconomische belang een rol spelen bij het bepalen van het voorzieningenniveau in de vergunning.

Het nieuwe toetsingskader brengt, zo volgt uit art. 8.10 Wm, geen verandering in het feit dat de Wet milieubeheer geen ruimte biedt om bij de beslissing op de vergunningaanvraag andere belangen dan het milieubelang en het bedrijfseconomische belang mee te wegen. Zo mag bijvoorbeeld niet worden getoetst of, uit het oogpunt van een goede ruimtelijke ordening of verkeersveiligheid, wellicht een van de aanvraag afwijkende locatie van de inrichting of indeling daarvan (bijvoorbeeld de situering van de in- en uitrit) de voorkeur verdient.

Hiervoor concludeerde ik dat ook onder het nieuwe recht tot op zekere hoogte met het bedrijfseconomische belang van het bedrijf rekening mag worden gehouden. Dit gaat, net als onder het oude recht, niet zo ver dat de financiële situatie van het bedrijf een rol mag spelen bij de vraag of een voorziening kan worden geëist.

> De Afdeling is hetzelfde standpunt toegedaan, zo blijkt uit twee uitspraken van 20 december 2006: 'De Afdeling is voorts van oordeel dat, anders dan verweerder heeft gemeend, het antwoord op de vraag of de beste beschikbare technieken worden toegepast niet afhankelijk kan zijn van de individuele economische en technische mogelijkheden van de drijver van de inrichting. De Afdeling wijst er in dit verband op dat in de definitie van beste beschikbare technieken in artikel 1.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer de economische en technische haalbaarheid van een techniek uitsluitend wordt gekoppeld aan de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort en dat daarbij geen koppeling wordt gelegd met de inrichting zelf. Ook artikel 5a.1 van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer, waarin de bepaling van de beste beschikbare technieken verder is uitgewerkt, biedt geen steun voor het door verweerder ingenomen standpunt.'[232]
> Hetzelfde geldt bij wijziging van een vergunning krachtens art. 8.23 Wm: 'Gelet op de Memorie van Toelichting op de wijziging van de Wet milieubeheer [en de Wet, TCL] verontreiniging oppervlaktewateren (Tweede Kamer 2003/2004, 29 711, nr. 3, blz. 6) heeft verweerder het argument van appellante sub 1 dat het treffen van maatregelen om aan de gewijzigde voorschriften te kunnen voldoen haar voor aanzienlijke kosten zou plaatsen, terecht niet bij zijn besluitvorming betrokken.'[233]

232 ABRvS 20 december 2006, 200603702/1, *JM* 2007, 84, m.nt. Bokelaar en 200603446/1, *JM* 2007, 48, m.nt. De Vries, *StAB* 2007, 17.
233 ABRvS 27 december 2006, 200603463/1.

5.4 Nationale milieurichtlijnen in relatie tot het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn

In deze paragraaf bespreek ik of het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn verandering brengen in de wijze waarop het bevoegd gezag en de rechter met milieurichtlijnen dienen om te gaan, of het nieuwe toetsingskader verandering brengt in de ruimte voor het bevoegd gezag om af te wijken van milieurichtlijnen, en of de grondslag van milieurichtlijnen wijziging behoeft.[234]

5.4.1 De aard van milieurichtlijnen en de toetsing door de rechter, in relatie tot het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn

In paragraaf 4.4 heb ik geconcludeerd dat de Afdeling zich onvoldoende kritisch opstelt ten opzichte van de buitenwettelijke milieurichtlijnen en de wijze waarop het bevoegd gezag die gebruikt. De Afdeling geeft zich onvoldoende rekenschap van het feit dat deze richtlijnen behalve een technisch aspect ook een beleidsmatig aspect hebben, en geeft zich ook onvoldoende rekenschap van de eisen die voortvloeien uit het dynamische karakter van milieutechnische inzichten.

Deze conclusie geldt onder het nieuwe toetsingskader onverkort voor de richtlijnen die niet in de ministeriële Regeling aanwijzing BBT-documenten worden genoemd, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening met betrekking tot geluidhinder en de SBR-richtlijn met betrekking tot trillinghinder. De status van deze richtlijnen is in geen enkel opzicht veranderd. Ook de toetsing met betrekking tot deze richtlijnen lijkt niet te zijn veranderd, gelet op hetgeen hierna in paragraaf 5.4.2 is vermeld over de toetsing aan de Handreiking.

De in paragraaf 4.4 getrokken conclusie geldt evenwel niet meer voor de richtlijnen die wel als Nederlands BBT-document zijn aangewezen (zoals de NeR en de NRB). Het bevoegd gezag moet op grond van het nieuwe recht bij het bepalen van de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken met deze richtlijnen rekening houden. De in deze richtlijnen gemaakte afwegingen moeten dus volgens de wetgever in beginsel geacht worden conform BBT te zijn. Daarmee bestaat voor het bevoegd gezag geen noodzaak meer om te beoordelen of het een dergelijke richtlijn als beleid wil hanteren. Hieruit vloeit voort dat de Afdeling niet meer hoeft te onderzoeken of het bestuursorgaan het volgen van de richtlijn als beleidsregel heeft vastgelegd of als vaste bestuurspraktijk hanteert. Nu de aangewezen richtlijnen in

234 Zie over nationale milieurichtlijnen in relatie tot het nieuwe toetsingskader van de Wet milieubeheer ook mijn bijdrage aan de VMR-publicatie 'Nederlandse milieurichtlijnen en beste beschikbare technieken' (Leemans 2007).

beginsel geacht kunnen worden conform BBT te zijn, hoeft de Afdeling evenmin meer in iedere uitspraak ambtshalve te toetsen of een dergelijke richtlijn nog berust op de meest recente milieutechnische inzichten. Indien dit laatste evenwel in beroep wordt betwist, dient zij de desbetreffende richtlijn wel te toetsen. Want hoewel het vanzelfsprekend de bedoeling is dat de Regeling aanwijzing BBT-documenten *up-to-date* wordt gehouden, is niet uitgesloten dat op een gegeven moment een (onderdeel van een) aangewezen BBT-document niet meer geacht kan worden de beste beschikbare technieken weer te geven. Zeker indien het een ouder document betreft.

De huidige bestuurs- en toetsingspraktijk omtrent milieurichtlijnen roept verder een aantal vragen op in relatie tot de IPPC-richtlijn en art. 8.8 lid 1 Wm.

In paragraaf 5.2.1 is besproken dat de wetgever met de wijziging van art. 8.8 lid 1, onder b, Wm heeft beoogd een integrale afweging van alle milieugevolgen van de vergunningvragende inrichting te bevorderen. In die bepaling is daarnaast, eveneens op instigatie van de IPPC-richtlijn, opgenomen dat bij de beoordeling van de milieugevolgen van de inrichting de technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting moeten worden betrokken.[235]

Zoals in paragraaf 4.1 is beschreven, is het de praktijk dat bestuursorganen de – sectorale – milieurichtlijnen 'eenvoudig volgen', waarbij zij niet toekomen aan een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau. Naar de specifieke technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting wordt dientengevolge niet gekeken. Hetzelfde geldt voor de, ook in de IPPC-richtlijn genoemde, plaatselijke milieuomstandigheden (die begrepen kunnen worden in het ook al voor de wetswijziging van 2005 in art. 8.8 lid 1, onder a, Wm opgenomen aspect 'de bestaande toestand van het milieu').[236] Aan al deze aspecten die betrekking hebben op de individuele inrichting, besteedt het bevoegd gezag bij het toepassen van een nationale milieurichtlijn geen aandacht, behalve voor zover de richtlijn aangeeft dat daarmee rekening moet worden gehouden (de in de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening geadviseerde geluidgrenswaarden zijn bijvoorbeeld afhankelijk van het type omgeving van de inrichting).

Het bevoegd gezag neemt de uit de richtlijnen volgende beschermingsniveaus voor de diverse milieucompartimenten normaliter over in de vergunningvoorschriften, zonder vervolgens nog een integrale beoordeling te maken.

---

235 Het is niet erg duidelijk wat onder deze aspecten moet worden verstaan. Bij de technische kenmerken gaat het wellicht om de bedrijfsgrootte en om de vraag of het aangevraagde productieproces strenger is dan BBT. Bij de geografische ligging van de inrichting gaat het misschien om de nabijheid tot een ander land, in verband met grensoverschrijdende gevolgen. Zie hierover Jongma 2002, p. 67-69.

236 Hierbij kan worden gedacht aan het overbelast zijn van een bepaald gebied wat betreft bijvoorbeeld luchtverontreiniging of geurhinder.

Ook aan een dergelijke afweging komt het bevoegd gezag bij het gebruik van de nationale milieurichtlijnen niet toe.

Duidelijk is dat indien deze bestuurspraktijk, die door de rechter wordt geaccepteerd,[237] wordt voortgezet, de voornoemde doelen van de wetgever (een integrale afweging en een meer op de individuele inrichting toegespitste beoordeling) niet zullen worden bereikt. Gezien het geringe bindende karakter van art. 8.8 lid 1 Wm zal de wijziging daarvan naar mijn verwachting onvoldoende zijn om een koerswijziging in de bestuurspraktijk met betrekking tot de omgang met nationale milieurichtlijnen te forceren.[238] Bovendien verplicht het nieuwe toetsingskader het bevoegd gezag ertoe om rekening te houden met de nationale milieurichtlijnen, althans met de richtlijnen die zijn aangewezen (zie paragraaf 5.4.2 hierna), zonder dat hieraan een plicht tot een integrale afweging is gekoppeld. Al met al verwacht ik daarom niet dat een integrale afweging en een meer op de concrete situatie toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau door het bevoegd gezag echt van de grond zullen komen.

De wetswijziging lijkt verder de rechter weinig munitie te verschaffen om, als de voornoemde aspecten in beroep worden aangevoerd, een milieuvergunning te vernietigen. Naast het geringe bindende karakter van art. 8.8 lid 1 Wm en onduidelijkheid omtrent de betekenis van de nieuwe bestanddelen van die bepaling, is hierbij van belang dat er vooralsnog geen bruikbare maatstaf voorhanden is voor een integrale afweging, waardoor de rechter het bevoegd gezag bezwaarlijk kan verwijten een dergelijke afweging niet te hebben gemaakt.[239]

Betekent dit dat er (mogelijk) strijd bestaat met de IPPC-richtlijn?

Voor niet-IPPC-inrichtingen is strijdigheid met de IPPC-richtlijn niet aan de orde, simpelweg omdat de richtlijn niet van toepassing is op dergelijke inrichtingen en dus geen eisen stelt aan de vergunningverlening daaraan.

Voor IPPC-inrichtingen geldt op grond van het nieuwe toetsingskader dat rekening moet worden gehouden met de toepasselijke BREF('s). Nu in de BREF's een integrale afweging van de milieugevolgen van de desbetreffende bedrijfs-

---

237 Zie over de rechterlijke toetsing van de wijze waarop bestuursorganen omgaan met richtlijnen onder het oude toetsingskader de paragrafen 4.2 en 4.4 hiervoor, en over de rechterlijke toetsing op dit punt onder het nieuwe toetsingskader paragraaf 5.4.2 hierna.

238 De in art. 8.8 lid 4 Wm opgenomen verplichting om te motiveren op welke wijze de in lid 1 genoemde aspecten de inhoud van het besluit hebben beïnvloed, zal hierbij vermoedelijk niet veel helpen.

239 Het 'horizontale' BREF-document inzake *Economics and Cross-Media Effects* van juli 2006 (te downloaden vanaf <http://eippcb.jrc.es/pages/FEvents.htm>; button 'Activities') voorziet slechts gedeeltelijk in deze lacune. Zo vallen de (lokale) aspecten geluid, trilling, geur en externe veiligheid buiten het beoordelingskader van de hierin opgenomen vergelijkingsmethode, en is deze mede daardoor niet geschikt voor niet-IPPC-inrichtingen.

processen is gemaakt (behoudens van lokale hinderaspecten als geluid), lijkt er ook in zoverre niet echt een knelpunt te zijn. Afgaande op de Nederlandse versie van de IPPC-richtlijn zou er wel een probleem kunnen zijn wat betreft een meer op de individuele (IPPC-)inrichting toegespitste beoordeling, inclusief de specifieke technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting en de plaatselijke milieugevolgen. Art. 9 lid 4 IPPC-richtlijn eist het '*taking into account*' van deze aspecten, wat in de (niet officiële) Nederlandse versie van de richtlijn is vertaald met *in acht nemen*. Art. 8.8 lid 1 Wm is op dit punt vrijblijvender geformuleerd, doordat het van het bevoegd gezag slechts eist dat het deze aspecten bij zijn beoordeling betrekt. Ik zie evenwel in zoverre geen implementatiegebrek, nu '*taking into account*' ook vertaald kan worden met 'bij een afweging betrekken'. Hierbij verdient anderzijds nog wel opmerking dat bestuursorganen in de praktijk een heel summiere invulling geven aan art. 8.8 lid 1 Wm, nu de daarin genoemde aspecten niet of nauwelijks aan de orde komen in de vergunning.[240]

5.4.2 *Ruimte om af te wijken van milieurichtlijnen en de meer emissiegerichte benadering in het nieuwe toetsingskader*

Sinds de *Wende* kon het bevoegd gezag milieurichtlijnen in beginsel links laten liggen, mits hij het gekozen beschermingsniveau op een andere wijze deugdelijk had onderbouwd. Hoewel het gebonden was aan de in de richtlijnen neergelegde milieutechnische inzichten (mits die *up-to-date* waren), kon het bevoegd gezag immers sindsdien – mits blijvend binnen zijn beoordelingsruimte – een milieuhygiënische afweging maken die afweek van die in de desbetreffende richtlijn. In paragraaf 4.5 is beschreven dat bestuursorganen niet veel van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt.

Met het nieuwe recht is een tweedeling in de richtlijnen aangebracht.

Onder het nieuwe toetsingskader moet het bevoegd gezag bij het beslissen op een vergunningaanvraag ter bepaling van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken rekening houden met de in de Regeling aanwijzing BBT-documenten aangewezen richtlijnen. Dat met deze richtlijnen rekening moet worden gehouden, betekent dat daarvan alleen gemotiveerd kan worden afgeweken. De verandering bestaat er met betrekking tot milieuaspecten die in deze richtlijnen zijn geregeld dus in dat bij de onderbouwing van het gekozen beoordelingskader, dat afwijkt van de NeR, NRB etc., expliciet moet worden gemotiveerd waarom van die richtlijnen wordt afgeweken. De ruimte om af te wijken van de aangewezen richtlijnen lijkt mij dus niet zozeer kleiner geworden. De verandering ligt daarin dat waar voorheen een afwijkend beoordelingskader in beginsel kon worden gemotiveerd zonder

240 Zie over dit laatste paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk.

deze richtlijnen te noemen, afwijking daarvan nu op grond van de wet expliciet moet worden gemotiveerd. Dat deze verandering expliciet tot uiting zal komen in de jurisprudentie, lijkt niet waarschijnlijk. Daar waar het toepassen van deze richtlijnen in het verleden al algemeen gebruik was, is door de opwaardering daarvan tot 'BBT-documenten' de kans dat een bevoegd gezag een daarin geregeld milieu-aspect beoordeelt zonder daaraan te refereren, alleen nog maar kleiner geworden.

Wat onder het nieuwe toetsingskader al wel is voorgekomen, is dat het bevoegd gezag aan een als BBT-document aangewezen richtlijn heeft getoetst, maar van mening was dat in het concrete geval een hoger beschermingsniveau nodig was. In twee uitspraken met betrekking tot de NRB volstaat de Afdeling in zo'n geval niet, zoals onder het oude toetsingskader gebruikelijk was, met de constatering dat de geëiste voorziening niet overeenkomt met de NRB (en het voorschrift daarom onvoldoende gemotiveerd is), maar pleegt zij een aanvullende toets of er in het concrete geval aanleiding is voor een hoger beschermingsniveau dan BBT. Dit lijkt mij juist, omdat het nieuwe toetsingskader een hoog niveau van bescherming verlangt, met *ten minste* toepassing van de beste beschikbare technieken.[241]

Het 'eenvoudig volgen' van een nu als BBT-document aangewezen richtlijn accepteert de Afdeling op dezelfde wijze als onder het oude toetsingskader. In wederom een uitspraak over de NRB voerde vergunninghouder aan dat het bevoegd gezag onvoldoende had gemotiveerd dat toepassing van een gecertificeerde vloeistofdichte vloer noodzakelijk was, gelet op het geringe risico op bodemverontreiniging door de door haar opgeslagen stoffen. De Afdeling stelt vast dat de activiteiten van het bedrijf onder de reikwijdte van de NRB vallen en dat de gestelde voorschriften overeenkomen met hetgeen in de NRB wordt geadviseerd, waarna zij het beroep ongegrond verklaart.[242]

Voor milieurichtlijnen die *niet* zijn aangewezen als BBT-document, is het volgende van belang. Hoewel de wetgever heeft aangegeven geen nieuw beoordelingskader te willen introduceren (zie paragraaf 5.1), lijkt de nieuwe tekst van art. 8.11 lid 3 Wm toch te duiden op een lichte accentverschuiving. Deze tekst focust sterker dan de oude op het emissieniveau van de inrichting, dat met (ten minste) de beste beschikbare technieken kan worden bereikt. Pas als de met dat emissieniveau corresponderende grenswaarde bepaald is, komt de vraag aan de orde of gelet op het ondervonden immissieniveau een strengere waarde nodig is.

Dit zou met name gevolgen kunnen hebben voor de invulling van de beoordelingsruimte door middel van richtlijnen met een zuiver immissiegerich-

241 Zie ABRvS 22 november 2006, 200604103/1, *StAB* 2007, 14, m.nt. Blomberg en 21 februari 2007, 200606952/1. Zie over deze uitspraken ook Leemans 2007, p. 53-55.

242 ABRvS 22 november 2006, 200509072/1, *M en R* 2007, 32, m.nt. Ten Veen, *StAB* 2007, 11.

te benadering,[243] zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening en de SBR-trillinghinder-richtlijn. Ik beperk mij nu tot de veelgebruikte Handreiking.

Onder het oude recht is uitgemaakt dat het stellen van geluidgrenswaarden die beduidend lager zijn dan de streefwaarden voor de omgeving of het referentieniveau van het omgevingsgeluid, in strijd is met art. 8.11 lid 3 Wm.[244] Het stellen van dergelijke geluidgrenswaarden leidt tot een geluidniveau beneden het nulhinderniveau, hetgeen strenger is dan 'nodig ter bescherming van het milieu', zo was vermoedelijk de gedachte achter deze uitspraak. Aldus wordt de ondergrens van de beoordelingsruimte overschreden. Een dergelijke redenering lijkt mij onder het nieuwe toetsingskader, vanwege de meer emissiegerichte benadering daarin, slechter verdedigbaar dan onder het oude recht. Zij staat ook in de weg aan een mogelijk door het bevoegd gezag nagestreefde verbetering van het leefklimaat in een bepaald gebied.

Ook zou kunnen worden gesteld dat er als gevolg van de meer emissiegerichte benadering minder ruimte bestaat voor de huidige praktijk waarin automatisch wordt aangesloten bij de richtwaarden van de Handreiking of het referentieniveau van het omgevingsgeluid. Aldus wordt immers een niet-geïndividualiseerde, immissiegerichte benadering gehanteerd, terwijl het nieuwe toetsingskader lijkt te nopen tot een op de individuele inrichting toegespitste beoordeling van welk geluidemissieniveau conform BBT is.

Een dergelijke strikte uitleg van het nieuwe art. 8.11 lid 3 Wm zou echter als nadelig gevolg hebben dat bij elke inrichting – hoe gering de geluidemissie daarvan ook is – een geluidonderzoek moet worden verricht, terwijl bij aansluiting bij de richtwaarden of het referentieniveau van het omgevingsgeluid in beginsel niet voor aanzienlijke geluidhinder hoeft te worden gevreesd.[245] Ook rijst bij deze uitleg de vraag of de art. 8.40-AMvB's niet in strijd zijn met art. 8.11 lid 3 Wm (en daarmee ten dele onverbindend), omdat deze een standaard normstelling van 50/45/40 dB(A) bevatten.[246] Ten slotte lijkt deze uitleg niet te stroken met het uitgangspunt van de wetgever dat niet is beoogd een nieuw beoordelingskader te introduceren. Het lijkt mij uiteindelijk, alles

243 Zoals opgemerkt in paragraaf 4.1, gaan sommige milieurichtlijnen uit van een gecombineerde emissie- en immissiegerichte benadering en andere van een zuiver immissiegerichte.

244 ABRvS 20 maart 2001, E03.98.1552 (niet gepubliceerd). Er past enige terughoudendheid bij de veronderstelling dat deze uitspraak een vaste lijn zou inhouden, nu ik geen andere uitspraken van deze strekking ben tegengekomen. Het komt ook weinig voor dat bestuursorganen dermate lage geluidgrenswaarden stellen.

245 Hiertegen kan worden ingebracht dat bij de meeste vergunningplichtige inrichtingen sowieso een akoestisch rapport moet worden opgesteld, om de milieunadelige gevolgen van de inrichting in kaart te brengen.

246 Op grond van art. 8.40 lid 3 Wm is art. 8.11 lid 3 van overeenkomstige toepassing op de AMvB's.

afwegende, te billijken dat de Afdeling ook onder het nieuwe recht van oordeel is dat aansluiting bij de richtwaarden of het referentieniveau binnen de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag valt.[247]

De voorgaande opmerkingen betroffen het gemiddelde geluidniveau. Ook over de normering van piekgeluiden (dat zijn kort optredende hoge geluidniveaus, bijvoorbeeld van het dichtslaan van een portier of het gebruik van een claxon), valt in dit kader iets op te merken. In de Handreiking (hoofdstuk 3.2) wordt aanbevolen om in de vergunning piekgeluidgrenswaarden te stellen van 10 dB(A) boven de grenswaarden voor het gemiddelde geluidniveau. In gevallen waarin aan deze grenswaarden niet kan worden voldaan, kunnen wegens bijzondere omstandigheden hogere maximale geluidniveaus worden toegestaan, die in beginsel niet hoger mogen zijn dan 70/65/60 dB(A) voor respectievelijk de dag-, avond- en nachtperiode, aldus de Handreiking. In de jurisprudentie van de laatste jaren wordt evenwel een normstelling van 70/65/60 dB(A) onder verwijzing naar de Handreiking zonder meer geaccepteerd. In de meer emissiegerichte benadering van het nieuwe recht had een aanknopingspunt gevonden kunnen worden om weer iets strenger te toetsen, door de Handreiking te lezen zoals die luidt. Het lijkt mij althans juist om, in geval uit het akoestisch rapport bij de aanvraag blijkt dat de inrichting lagere piekgeluiden veroorzaakt, ter bescherming van de omgeving in de vergunning niet automatisch een opvulling toe te staan tot een niveau van 70/65/60 dB(A).[248] Uit uitspraken onder het nieuwe recht blijkt evenwel dat de Afdeling vasthoudt aan de eind 2004 ingezette soepeler lijn.[249]

5.4.3 Grondslag van milieurichtlijnen

De resultaten van mijn onderzoek in deze en de vorige paragraaf en in hoofdstuk 6 bevestigen de grote rol die milieurichtlijnen spelen bij de vergunningverlening. Deze richtlijnen berusten niet op een wettelijke grondslag. Zij zijn in meerderheid wel van de overheid afkomstig (doorgaans van het Ministerie

---

247 Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 februari 2007, 200601421/1.

248 Aldus nog ABRvS 2 juni 2004, 200302200/1, waarin een piekgrenswaarde was gesteld van 70 dB(A) in de dagperiode. De Afdeling overwoog (r.o. 2.8.2): 'In het bij de aanvraag gevoegde geluidrapport […] is vastgesteld dat het piekgeluidniveau als gevolg van de activiteiten in de inrichting ter plaatse van de meest nabijgelegen woningen maximaal 63 dB(A) bedraagt. Noch in het bestreden besluit noch ter zitting heeft verweerder gemotiveerd waarom zij in voorschrift 2.2.2 een aanzienlijk hoger niveau heeft vergund. Het bestreden besluit berust in zoverre dan ook in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht niet op een deugdelijke motivering.'

249 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 juni 2007, 200605529/1, *StAB* 2007, 89, m.nt. Nijhoff: 'De in voorschrift 3.1.3 gestelde grenswaarden voor het maximale geluidniveau zijn niet hoger dan de volgens de Handreiking aanvaardbaar te achten waarden van 70 en 65 dB(A) in respectievelijk de dag- en avondperiode. Verweerder heeft de grenswaarden in deze voorschriften derhalve in redelijkheid toereikend kunnen achten.'

van VROM), maar komen buiten enige democratische besluitvorming tot stand. Daarnaast worden er in de praktijk ook richtlijnen gebruikt die zijn opgesteld door particuliere (onderzoeks)instellingen, al dan niet samen met of in opdracht van de overheid.[250] Verder is bij de totstandkoming van de sectorale milieurichtlijnen de desbetreffende bedrijfstak vaak betrokken.[251] Gelet op de wijze van totstandkoming van milieurichtlijnen enerzijds en het grote belang daarvan in de praktijk anderzijds, is het mijns inziens wenselijk dat de status van deze richtlijnen enigszins wordt geformaliseerd. Zoals ik eerder heb opgemerkt, is daarbij ook het aspect van de kenbaarheid (verkrijgbaarheid) van belang.

Door opname in de Regeling aanwijzing BBT-documenten hebben richtlijnen als de NeR en de NRB een zekere wettelijke grondslag gekregen. Hoewel in de toekomst mogelijk meer richtlijnen aan de Regeling zullen worden toegevoegd, is te verwachten dat dit voor een aantal belangrijke richtlijnen (namelijk de richtlijnen die aspecten regelen waarbij een immissiegerichte benadering wordt gehanteerd, zoals geluid en trilling) niet het geval zal zijn.

Reeds in het evaluatierapport over de milieurechtspraak onder de Tijdelijke wet Kroongeschillen werd aanbevolen om (gevestigde) richtlijnen op te nemen in een instructie-AMvB als geregeld in art. 8.45 Wm.[252] Daarbij kan worden bepaald dat, mits gemotiveerd, van de AMvB kan worden afgeweken.[253] Michiels heeft deze aanbeveling, voordat de wijziging van de Wet milieubeheer zijn beslag kreeg, herhaald. Hij heeft daarbij verder betoogd dat een dergelijke AMvB het best tot stand kan worden gebracht met toepassing van de zogeheten 'voorhangprocedure' van art. 21.6 lid 5 Wm, omdat aldus ook de Tweede Kamer een rol van betekenis kan spelen.[254]

Gezien het grote belang van milieurichtlijnen had ik het juist gevonden indien deze suggesties waren opgevolgd. Voor de als BBT-document aangewezen richtlijnen lijkt een dergelijke operatie echter weinig meer toe te voegen.

---

250 Zie uitgebreid Van 't Lam en Uylenburg 2006, hoofdstuk 4 en bijlage 2.

251 Dit was bijvoorbeeld het geval bij de Richtlijn veehouderij en stankhinder (getuige de aanbiedingsbrief daarbij van de Minister van VROM) en de NeR (zie de NeR, paragraaf 0.5).

252 Widdershoven e.a. 1991, p. 323. Zij konden destijds nog slechts verwijzen naar een ontwerp-bepaling uit het wetsontwerp VAR, welk ontwerp het hart zou gaan vormen van de Wet milieubeheer. Deze ontwerp-bepaling betreft het latere art. 8.45 Wm.
Art. 8.45 lid 1 Wm bepaalt in de eerste volzin: 'Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld, inhoudende de verplichting voor het bevoegd gezag beperkingen of voorschriften, die nodig zijn ter bescherming van het milieu en waarvan de inhoud in die maatregel is aangegeven, aan te brengen onderscheidenlijk te verbinden aan de vergunningen voor inrichtingen die behoren tot een bij de maatregel aangewezen categorie.'

253 Art. 8.45 lid 3 Wm bepaalt in de eerste volzin: 'Bij een algemene maatregel van bestuur krachtens het eerste lid wordt bepaald in hoeverre het bevoegd gezag met betrekking tot daarbij aangegeven onderwerpen van bij de maatregel gestelde regels kan afwijken of nadere eisen kan stellen.'

254 Michiels 2003, p. 458-459.

Voor niet aangewezen richtlijnen ligt opname in een instructie-AMvB nog wel in de rede, uiteraard mits aan die richtlijnen deugdelijk onderzoek ten grondslag ligt.[255]

6 SAMENVATTING EN CONCLUSIE

6.1 Inleiding

Voor de vraag hoe de rechter moet toetsen in milieuvergunninggeschillen, meer specifiek of er bij die toetsing – door de rechter te respecteren – bestuurlijke beslissingsruimte bestaat voor het bevoegd gezag, is in de eerste plaats van belang hoe het wettelijke toetsingskader is geformuleerd. Het toetsingskader voor de milieuvergunning is neergelegd in de art. 8.8 tot en met 8.11 van de Wet milieubeheer. Eind 2005 is dit toetsingskader gewijzigd, ter aanpassing aan de Europese IPPC-richtlijn. Ik ben in dit hoofdstuk primair uitgegaan van de wetstekst zoals die luidde tot die wetswijziging, voornamelijk omdat de door mij onderzochte jurisprudentie is gewezen onder het oude recht (zie daarvoor hoofdstuk 6). Bovendien is het toetsingskader weliswaar ingrijpend gewijzigd, maar ook voor een belangrijk deel hetzelfde gebleven. Aan het eind van het hoofdstuk heb ik onderzocht of de bevindingen over het tot 1 december 2005 geldende toetsingskader ook opgaan voor het nieuwe toetsingskader.

6.2 Beslissingsruimte: aanwijzingen in wetstekst en wetsgeschiedenis (oud)

De art. 8.8 tot en met 8.11 Wm (oud) bevatten aanwijzingen over de bestuurlijke vrijheid van het bevoegd gezag bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag. Voor de uitleg van deze bepalingen is de wetsgeschiedenis van belang.

Art. 8.10 (oud) beperkt de beleidsruimte van het bevoegd gezag. Het tweede lid van deze bepaling geeft aan wanneer de vergunning *moet* worden geweigerd, namelijk wanneer vergunningverlening strijd zou opleveren met de in art. 8.8 lid 3 en art. 8.9 genoemde grenswaarden en wettelijke regels. Het eerste lid stelt dat er maar één weigeringsgrond is: het belang van de bescherming van het milieu. Dit betekent dat de vergunning alleen *kan* worden geweigerd op gronden die binnen de reikwijdte van de Wet milieubeheer vallen, zodat andersoortige belangen geen rol kunnen spelen bij de beslissing op de aanvraag. Alleen het bedrijfseconomische belang van de vergunningaanvrager mag – tot op zekere hoogte – bij de beslissing worden betrokken (zie hierna).

255 Een goed alternatief is het treffen van een wettelijke regeling, zoals is gebeurd ten aanzien van het aspect stankhinder van veehouderijen (zie hiervoor paragraaf 4.5.1).

Art. 8.11 lid 3, eerste volzin (oud), bepaalt dat de voorschriften die nodig zijn ter bescherming van het milieu, aan de vergunning worden verbonden. Tekstueel lijkt er dus binding te bestaan voor het bevoegd gezag. Het hoofdbestanddeel van de bevoegdheidsvoorwaarde wordt echter gevormd door de vage norm 'nodig ter bescherming van het milieu'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bewust aan de praktijk wordt overgelaten om het element '(bescherming van) het milieu' nader in te vullen, uiteraard met inachtneming van de (niet-limitatieve) omschrijving daarvan in art. 1.1 lid 2 Wm. Dit duidt wat dit element van de bevoegdheidsvoorwaarde betreft op subjectieve beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag. Op het element 'nodig ter' wordt in de wetsgeschiedenis in het geheel niet ingegaan. Dit is opmerkelijk, aangezien de interpretatie van dit element niet alleen grotendeels bepalend is voor het oordeel over het bestaan van beoordelingsruimte, maar in feite ook voor de centrale vraag hoe op een vergunningaanvraag moet worden beslist (waarbij het bevoegd gezag moet vaststellen of een bepaalde voorziening of een bepaald voorschrift uit milieuoogpunt moet worden geëist of dat de vergunning uit dat oogpunt zelfs geheel moet worden geweigerd). Omdat 'nodig' een normatieve term is, en bij gebreke van een tegenindicatie van de wetgever, neem ik ook bij dit element subjectieve beoordelingsruimte aan.

De tweede volzin van art. 8.11 lid 3 (oud) nuanceert de hiervoor besproken eerste volzin. De tweede volzin bepaalt dat de voorschriften die de grootst mogelijke bescherming bieden voor het milieu moeten worden gesteld, *tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd*. Een belangrijk twistpunt bij de uitleg van dit zogenoemde alara-beginsel, dat pas bij memorie van antwoord in het wetsvoorstel tot invoering van de Wet milieubeheer is opgenomen, is in hoeverre het bevoegd gezag rekening mag houden met de economische omstandigheden van het bedrijf dat de vergunning heeft. De bedoeling lijkt dat bij de beantwoording van de vraag welke voorzieningen en maatregelen 'redelijkerwijs' van een bedrijf kunnen worden geëist, in beginsel de stand van zaken in de bedrijfstak doorslaggevend is. Alleen in zoverre mag het bevoegd gezag rekening houden met economische omstandigheden van het bedrijf, en beschikt het over beleidsruimte.

Hoewel de wetsgeschiedenis van de Wet milieubeheer (oud) weinig expliciete en eenduidige passages bevat over het bestaan van beslissingsruimte, biedt zij aanknopingspunten voor de stelling dat het bevoegd gezag bij de beslissing op een aanvraag om een milieuvergunning zowel over (subjectieve) beoordelingsruimte als over beleidsruimte beschikt.

6.3 Beslissingsruimte: aanwijzingen in jurisprudentie en literatuur

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de eerste jaren na de invoering van de Wet milieubeheer in 1993 vastgehouden aan een volle toets, die historisch voortvloeide uit het Kroonberoep. Sinds 21 april 1998, op welke dag zij de *Wende*-uitspraken heeft gewezen, neemt de Afdeling met betrekking tot milieuvergunningen evenwel beoordelingsruimte aan voor het bevoegd gezag en hanteert zij, in het verlengde daarvan, een marginale toets. De Afdeling geeft in de *Wende*-uitspraken niet aan *waarom* zij beoordelingsruimte aanneemt. Vermoedelijk achtte zij het niet langer juist om de bevoegdheidsvoorwaarde 'nodig in het belang van het milieu' te zien als een objectieve, door de rechter vol te toetsen, norm. Gezien de in dit hoofdstuk uitgevoerde analyse van de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van het toetsingskader van de Wet milieubeheer (zie daarover paragraaf 6.2 hiervoor) en de in hoofdstuk 3 getrokken conclusies met betrekking tot de rechterlijke toetsingsintensiteit, is dit een juist standpunt. De wijziging van de Wet milieubeheer in 2005 heeft hierin geen verandering gebracht (zie paragraaf 6.5 hierna).

In de literatuur wordt in meerderheid aangenomen dat het bevoegd gezag behalve over beoordelingsruimte, ook over beleidsruimte beschikt. Dat lijkt mij juist. Het alara-beginsel uit art. 8.11 lid 3 (oud) houdt in dat het optreden van nadelige gevolgen voor het milieu als gevolg van de aangevraagde activiteit zoveel mogelijk moet worden voorkomen, tenzij dat niet in redelijkheid kan worden gevergd. Dit betekent dat het uiteindelijk aankomt op de interpretatie van het woord 'redelijkerwijs'. Het feit dat dit woord het mogelijk maakt om minder te eisen dan – louter uit milieu-oogpunt beschouwd – wenselijk is, betekent dat de mogelijkheid bestaat om het milieubelang af te wegen tegen andere belangen.

Deze mogelijkheid is echter wel beperkt, in twee opzichten. In de eerste plaats mag het milieubelang alleen worden afgewogen tegen het bedrijfseconomische belang. Met andere belangen, zoals dat van een goede ruimtelijke ordening of van verkeersveiligheid, kan en mag geen rekening worden gehouden bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag, nu deze belangen buiten het toetsingskader van de Wet milieubeheer vallen. Zij hebben immers geen betrekking op het belang van de bescherming van het milieu.

In de tweede plaats mag slechts tot op zekere hoogte rekening worden gehouden met bedrijfseconomische omstandigheden. In de jurisprudentie uit de eerste jaren na invoering van de Wet milieubeheer was de lijn dat het tot op zekere hoogte was toegestaan om bij de beoordeling van de haalbaarheid van een bepaalde voorziening rekening te houden met de financiële situatie van het bedrijf. Vanaf eind jaren '90 wordt echter, zowel in de jurisprudentie als in de literatuur, algemeen aangenomen dat bepalend is hetgeen in de bedrijfstak als economisch haalbaar geldt. De financiële situatie van het indivi-

duele bedrijf mag dus geen rol spelen bij de vraag of een voorziening 'redelijkerwijs' kan worden geëist.

De mogelijkheid van een belangenafweging wordt doorgaans (alleen) gekoppeld aan de aanwezigheid van beleidsruimte. Het is echter irreëel om aan te nemen dat het bevoegde bestuursorgaan niet ook al bij de invulling van de beoordelingsruimte enigszins belangen zou afwegen. Omdat *het* milieubelang niet bestaat en dus niet objectief kan worden vastgesteld wat dat belang in een concreet geval precies eist, moet het bevoegd gezag immers bepalen welk beschermingsniveau het precies wil bieden. Daarbij kan het bevoegd gezag het milieubelang tot op zekere hoogte afwegen tegen andere belangen, waaronder met name het (bedrijfseconomische) belang van de vergunningaanvrager.

6.4 Beslissingsruimte: rol van buitenwettelijke milieurichtlijnen

Uit eerder onderzoek is bekend dat bestuursorganen zich bij het opstellen van voorschriften van een milieuvergunning vaak rechtstreeks baseren op buitenwettelijke richtlijnen, zoals de Nederlandse emissierichtlijn lucht (NeR) en de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening. Dergelijke richtlijnen bevatten vaak voor één bepaald milieuaspect een uitgewerkt beoordelingskader, in de vorm van concreet te hanteren normen. Deze bestuurspraktijk heeft tot gevolg dat het bevoegd gezag vaak niet een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau geeft. In die zin geeft het bevoegd gezag geen volledige invulling aan de hem ter beschikking staande beoordelingsruimte. Nu de meeste milieurichtlijnen betrekking hebben op een bedrijfstak, is de vraag of de daarin genoemde maatregelen redelijk zijn voor het desbetreffende type bedrijf in beginsel al beantwoord. Ook aan een verdere invulling van de beleidsruimte komt het bevoegd gezag dan niet toe. De rechter accepteert vanouds dit 'eenvoudig volgen' van een richtlijn en gaat er dus vanuit dat de in deze richtlijnen neergelegde beoordelingskaders voldoen aan art. 8.11 lid 3 Wm (oud).

Uit mijn jurisprudentieonderzoek blijkt dat de Afdeling het ongemotiveerd volgen van een richtlijn door het bevoegd gezag, ook na de *Wende*, is blijven accepteren. Anders dan voorheen geeft zij, indien de appellant het aan de hand van een richtlijn bepaalde beschermingsniveau aanvecht (met andere woorden: stelt dat het milieu aldus onvoldoende wordt beschermd), vanaf ongeveer het jaar 2000 ook geen oordeel meer over die richtlijn (tenzij de appellant de deugdelijkheid van de richtlijn heeft betwist).[256]

256 Zie hoofdstuk 6, paragrafen 4.2 en 6.3.

Naar mijn mening had de *Wende*, nu daarbij beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag is erkend, verandering in de houding van de rechter ten opzichte van buitenwettelijke richtlijnen moeten brengen. De buitenwettelijke milieurichtlijnen zijn, met uitzondering van meet- en rekenvoorschriften, namelijk geen zuivere deskundigenrichtlijnen. Zij bevatten, naast technische deskundigeninformatie, een beleidsmatige (en soms ook politieke) afweging tussen ecologische en economische belangen, die resulteert in de keuze voor een bepaald beschermingsniveau. Vanwege het belangrijke beleidsmatige aspect van milieurichtlijnen zouden bestuursorganen moeten beslissen of ze een bepaalde richtlijn willen volgen of niet, en zo ja, dat in een beleidsregel vastleggen. De Afdeling zou, wanneer het bevoegd gezag in een voorliggende zaak een richtlijn heeft gebruikt, moeten toetsen of het daartoe een beleidsregel heeft vastgesteld, en zo niet, of het de richtlijn als vaste bestuurspraktijk hanteert. Deze beide vormen van zelfbinding beperken immers de mogelijkheden voor het bevoegd gezag om van de richtlijn af te wijken. De Afdeling toetst in de praktijk echter niet of sprake is van zelfbinding door het bevoegd gezag.[257]

Ook het technische aspect van milieurichtlijnen heeft implicaties voor de toetsing door de rechter. Nu de Wet milieubeheer, zoals die door haar zelf wordt uitgelegd, eist dat vergunningvoorschriften in overeenstemming zijn met de meest recente algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten (tegenwoordig: gebaseerd zijn op ten minste de beste beschikbare technieken) moet de Afdeling, wil het toelaatbaar zijn dat het bevoegd gezag zich 'eenvoudig' aansluit bij een richtlijn, elke keer beoordelen of de richtlijn niet is achterhaald door de ontwikkeling van de techniek. Als dit niet specifiek is aangevoerd, kan worden volstaan met een verwijzing naar een eerdere uitspraak waarin de desbetreffende richtlijn is aanvaard, aangevuld met de overweging dat geen aanleiding bestaat om thans anders te oordelen. Als de deugdelijkheid van de richtlijn wel is betwist, zal de Afdeling moeten motiveren dat de richtlijn (nog steeds) de meest recente algemeen aanvaarde technische inzichten bevat. In de jurisprudentie komt een dergelijke toets niet tot uiting.[258]

Uit het vorenstaande blijkt dat de Afdeling zich onvoldoende kritisch opstelde ten opzichte van de buitenwettelijke milieurichtlijnen en de wijze waarop het bevoegd gezag die gebruikt. Zij gaf zich onvoldoende rekenschap van het feit dat deze richtlijnen behalve een technisch aspect ook een beleidsmatig aspect hebben, en onvoldoende rekenschap van de eisen die voortvloeien uit het dynamische karakter van milieutechnische inzichten. In paragraaf 6.6 bespreek

257 Het voorgaande geldt sinds de wetswijziging van 1 december 2005 alleen nog voor de richtlijnen die niet als BBT-document zijn aangewezen (zie paragraaf 6.6 hierna).

258 Ook het voorgaande geldt sinds de wetswijziging van 1 december 2005 alleen nog voor de richtlijnen die niet als BBT-document zijn aangewezen (zie paragraaf 6.6).

ik in hoeverre deze conclusie ook voor de situatie onder het nieuwe recht opgaat.

Het hanteren van een eigen beoordelingskader heeft – nu bestuursorganen in sterke mate zijn blijven vasthouden aan milieurichtlijnen – vooralsnog geen grote vlucht genomen. Een voor de hand liggende verklaring hiervoor is dat het veel gemakkelijker is om een richtlijn te gebruiken dan om een eigen beoordelingskader te formuleren en in beleid neer te leggen. Bovendien is er een risico dat het eigen beleid niet in stand blijft voor de rechter.

Toch hebben verschillende bestuursorganen ten aanzien van een aantal milieuaspecten eigen beleid ontwikkeld. Ten aanzien van het aspect geluid wordt blijkens de jurisprudentie het vaakst van de gangbare richtlijn afgeweken. Deze afwijkingen vinden in de meeste gevallen genade in de ogen van de rechter. Hetzelfde geldt voor het aspect geurhinder, zij het dat daarover veel minder uitspraken zijn gedaan. Ten aanzien van de andere door mij onderzochte aspecten, te weten stankhinder van veehouderijen en directe ammoniakschade, is het niet of nauwelijks gelukt een ander beoordelingskader door de rechter aanvaard te krijgen. Deze verschillen kunnen wellicht worden verklaard doordat bijvoorbeeld de landelijke richtlijnen met betrekking tot stankhinder van veehouderijen een heel nauw omlijnd beoordelingskader bevatten, terwijl de landelijke richtlijn betreffende geurhinder een veel algemener kader bevat. Het afwijken van concrete 'normen' uit een richtlijn is veel moeilijker te motiveren dan het geven van een nadere invulling aan een richtlijn met algemene uitgangspunten.

6.5 Beslissingsruimte onder het nieuwe toetsingskader

Op 1 december 2005 is de wet tot aanpassing van de Wet milieubeheer aan de Europese IPPC-richtlijn in werking getreden. Door de wetswijziging is het toetsingskader voor de milieuvergunning tamelijk ingrijpend veranderd. Kern van de wetswijziging is de vervanging van het alara-beginsel door, kort gezegd, het criterium dat ten minste de beste beschikbare technieken moeten worden toegepast. Ter uitwerking daarvan zijn in het Ivb en in de ministeriële Regeling aanwijzing BBT-documenten regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden bepaald. Deze regels zijn talrijk en divers.

Art. 5a.1 lid 1 Ivb noemt in de eerste plaats een veelheid aan factoren die bij de bepaling van de beste beschikbare technieken moeten worden betrokken. 'Betrekken bij' vereist dat het bevoegd gezag inzichtelijk maakt dat het zich van de desbetreffende gegevens op de hoogte heeft gesteld. De in het eerste lid genoemde factoren hebben zowel betrekking op milieuhygiënische aspecten als op bedrijfseconomische aspecten. Het bevoegd gezag lijkt daarom bij de

weging daarvan enige speelruimte te hebben. Door de milieuhygiënische aspecten aan te zetten kan het de keuze voor wat verdergaande technieken onderbouwen, en door de bedrijfseconomische aspecten te benadrukken kan het een wat lager ambitieniveau verdedigen.

Art. 5a.1 lid 2 Ivb bepaalt dat het bevoegd gezag rekening moet houden met de in de bovengenoemde ministeriële regeling aangewezen BBT-documenten. 'Rekening houden met' betekent dat alleen gemotiveerd van het desbetreffende document kan worden afgeweken. Met betrekking tot inrichtingen met IPPC-installaties[259] moet rekening worden gehouden met de in de Regeling genoemde BREF-documenten, die door de Europese Commissie zijn vastgesteld. Met betrekking tot niet-IPPC-inrichtingen moet rekening worden gehouden met de in de Regeling opgenomen zogenoemde 'Nederlandse informatiedocumenten over BBT', waaronder de NeR, de NRB en diverse CIW-richtlijnen.

Dat art. 8.11 lid 3 in de eerste volzin nog steeds bepaalt dat de voorschriften moeten worden gesteld die *nodig* zijn om het optreden van nadelige milieugevolgen zoveel mogelijk te beperken, wijst erop dat het bevoegd gezag bij het beslissen op een milieuvergunningaanvraag ook onder het nieuwe recht in beginsel over (subjectieve) beoordelingsruimte beschikt. De term 'nodig' is immers een vaag, normatief begrip dat door het bevoegd gezag moet worden ingevuld. De ruimte om die term in te vullen wordt beperkt doordat de tweede volzin bepaalt dat *ten minste* de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden gebruikt. De vergunningvoorschriften mogen dus niet soepeler zijn dan uit het criterium van de beste beschikbare technieken voortvloeit. Uit het voorgaande blijkt evenwel dat dit criterium niet eenduidig is: het bevoegd gezag beschikt over enige ruimte bij het bepalen van de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken. Het hangt af van de omstandigheden van het geval (is het een IPPC-inrichting?; is sprake van een overbelaste lokale situatie?; is het milieuaspect geregeld in een BBT-document?) hoe groot deze ruimte is.

Indien het gaat om IPPC-installaties lijkt de beoordelingsruimte tamelijk beperkt, nu daarbij rekening moet worden gehouden met toepasselijke BREF's en het volgens de wetsgeschiedenis niet voor de hand ligt dat daarvan wordt afgeweken. De ruimte is dan vooral gelegen in de keuze die binnen de bandbreedte van het BREF-document voor een bepaald voorzieningenniveau moet worden gemaakt.

---

259 Dit zijn de installaties die zijn opgenomen in bijlage 1 van de IPPC-richtlijn. In de Wet milieubeheer en de Regeling aanwijzing BBT-documenten worden deze installaties aangeduid als gpbv-installaties, waarbij 'gpbv' staat voor geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging.

Met betrekking tot inrichtingen zonder IPPC-installaties is moeilijk te zeggen of de beoordelingsruimte beperkter is dan voorheen. Er is nu wettelijk voorgeschreven dat afwijking van de in de Regeling opgenomen Nederlandse BBT-documenten (zoals de NeR en de NRB) moet worden gemotiveerd. Waarschijnlijk ligt het hierdoor voor een bestuursorgaan nog minder dan onder het oude recht voor de hand om zijn beoordelingsruimte bij dergelijke aspecten met behulp van een ander document in te vullen. Bij milieuaspecten die niet in een Nederlands BBT-document zijn geregeld, bestaat net als voorheen vermoedelijk wat meer ruimte voor een eigen beoordelingskader (denk aan een gemeentelijke geluidnota). Zie hierover nader paragraaf 6.6.

In paragraaf 5.1 bleek dat de wetgever met de aanpassing aan de IPPC-richtlijn niet een grote inhoudelijke verandering van het toetsingskader heeft beoogd. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat de vervanging van het alara-beginsel door het criterium 'ten minste de beste beschikbare technieken' geen grote gevolgen zal hebben voor de toetsing door de rechter.[260] Toch lijkt het nieuwe art. 8.11 lid 3 Wm sterker dan het oude recht gericht op het emissieniveau van de inrichting. Dit zou met name gevolgen kunnen hebben voor de toepassing van zuiver immissiegerichte milieurichtlijnen die niet als BBT-document zijn aangewezen, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening. Zie hierover nader paragraaf 6.6.

Uit uitspraken waarin het nieuwe toetsingskader van toepassing is, blijkt dat de Afdeling aanneemt dat het bevoegd gezag, net als voorheen, subjectieve beoordelingsruimte toekomt. Zoals eerder in deze paragraaf is beschreven, vloeit met name uit de begrippen 'nodig' en 'beste beschikbare technieken' voort dat deze aanname juist is.

Onder het nieuwe recht beschikt het bevoegd gezag ook nog steeds over beleidsruimte. Waar dit voorheen onder het alara-beginsel al werd aangenomen, bepaalt art. 1.1 lid 1 Wm nu expliciet dat de bedrijfstak bepalend is voor de vraag welk voorzieningenniveau van de inrichting kan worden geëist. Het bedrijfseconomische belang mag dus tot op zekere hoogte worden meegewogen. Net zoals onder het oude recht is het evenwel niet zo dat de financiële situatie van het individuele bedrijf een rol mag spelen. Voorts brengt het nieuwe toetsingskader geen verandering in het feit dat de Wet milieubeheer geen ruimte biedt om bij de beslissing op de vergunningaanvraag andere belangen dan het milieubelang en het bedrijfseconomische belang mee te wegen.

260 Zie Teekens 2005, p. 15-20 en Van Gestel 2005, p. 41-46.

6.6 Nationale milieurichtlijnen in relatie tot het nieuwe toetsingskader en de IPPC-richtlijn

In paragraaf 5.4 heb ik besproken of het nieuwe toetsingskader van de Wet milieubeheer dan wel de IPPC-richtlijn verandering brengt in de wijze waarop het bevoegd gezag en de rechter met milieurichtlijnen dienen om te gaan, of het nieuwe toetsingskader verandering brengt in de status van milieurichtlijnen of in de ruimte voor het bevoegd gezag om van die richtlijnen af te wijken en ten slotte of de grondslag van de nationale milieurichtlijnen wijziging behoeft.

De bestuurs- en toetsingspraktijk omtrent milieurichtlijnen in relatie tot de IPPC-richtlijn en art. 8.8 lid 1 Wm (integrale afweging en individuele beoordeling)
In paragraaf 5.2.1 is besproken dat de wetgever met de wijziging van art. 8.8 lid 1, onder b, Wm heeft beoogd een integrale afweging van alle milieugevolgen van de vergunningvragende inrichting te bevorderen. In die bepaling is daarnaast, eveneens op instigatie van de IPPC-richtlijn, opgenomen dat bij de beoordeling van de milieugevolgen van de inrichting de technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting moeten worden betrokken. Op grond van art. 8.8 lid 1, onder a, Wm moest het bevoegd gezag bij zijn beoordeling al de bestaande toestand van het milieu betrekken (welk aspect in art. 9 lid 4 IPPC-richtlijn is aangeduid als de plaatselijke milieuomstandigheden). Dat de nieuwe elementen zijn ontleend aan de IPPC-richtlijn, neemt niet weg dat zij, door opname in 8.8 Wm, van toepassing zijn op alle vergunningplichtige inrichtingen.

Zoals in paragraaf 4.1 is beschreven, is het in Nederland de praktijk dat bestuursorganen de – sectorale – milieurichtlijnen 'eenvoudig volgen', waarbij zij niet toekomen aan een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau. Naar de specifieke technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting en de plaatselijke milieuomstandigheden wordt dientengevolge niet gekeken. Aan al deze aspecten die betrekking hebben op de individuele inrichting en de omgeving daarvan, besteedt het bevoegd gezag bij het toepassen van de nationale milieurichtlijnen in beginsel geen aandacht. Dit is alleen anders indien de richtlijn aangeeft dat met een van deze aspecten rekening moet worden gehouden. Zo zijn de in de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening geadviseerde geluidgrenswaarden bijvoorbeeld afhankelijk van het type omgeving van de inrichting.

Het bevoegd gezag neemt de uit de richtlijnen volgende beschermingsniveaus voor de diverse milieucompartimenten normaliter over in de vergunningvoorschriften, zonder vervolgens nog een integrale beoordeling te maken. Ook dááraan komt het bevoegd gezag bij het gebruik van de nationale milieurichtlijnen dus niet toe.

Duidelijk is dat de bestuurspraktijk met betrekking tot de nationale milieurichtlijnen, een praktijk die door de rechter wordt geaccepteerd, [261]in de weg staat aan de door de wetgever gewenste integrale afweging en meer op de individuele inrichting toegespitste beoordeling. In paragraaf 5.4.1 heb ik (evenwel) gesteld niet te verwachten dat de wijziging van art. 8.8 lid 1 Wm voldoende zal zijn om op dit punt een koerswijziging in de bestuurspraktijk te forceren. In dit verband is in de eerste plaats het geringe bindende karakter van art. 8.8 lid 1 Wm van belang. Het bevoegd gezag moet de in deze bepaling genoemde aspecten *betrekken* bij zijn beoordeling, wat slechts betekent dat het moet aantonen dat het zich daarvan op de hoogte heeft gesteld. In de tweede plaats verplicht het nieuwe toetsingskader het bevoegd gezag ertoe om (bij de bepaling van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken) rekening te houden met de nationale milieurichtlijnen, althans met de richtlijnen die zijn aangewezen, zonder dat hieraan een plicht tot een integrale afweging is gekoppeld. In zoverre is de wijziging van de Wet milieubeheer niet consistent.

Betwijfeld kan dan ook worden of een beroep bij de rechter op de wijziging van art. 8.8 lid 1 Wm tot succes zal leiden. Naast het reeds gememoreerde geringe bindende karakter van art. 8.8 lid 1 Wm is hierbij van belang dat er onduidelijkheid bestaat omtrent de betekenis en strekking van de nieuwe bestanddelen 'technische kenmerken' en 'geografische ligging van de inrichting', en verder dat er vooralsnog geen bruikbare maatstaf voorhanden is voor een integrale afweging van alle door een inrichting veroorzaakte milieugevolgen.

Afgaande op de Nederlandse versie van de IPPC-richtlijn staat niettemin, voor zover het gaat om IPPC-inrichtingen, de bestuurspraktijk van het 'eenvoudig volgen' van nationale milieurichtlijnen, en daarmee (art. 8.8 lid 1 van) de Wet milieubeheer nu die niet in de weg staat aan die praktijk, mogelijk op gespannen voet met de IPPC-richtlijn. Art. 9 lid 4 IPPC-richtlijn eist dat de beste beschikbare technieken worden toegepast, *taking into account* de specifieke technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting en de plaatselijke milieugevolgen. Volgens de (niet officiële) Nederlandse vertaling moet het bevoegd gezag deze aspecten *in acht nemen*. Art. 8.8 lid 1 Wm is op dit punt vrijblijvender geformuleerd, doordat het van het bevoegd gezag slechts eist dat het deze aspecten bij zijn beoordeling betrekt. Ik zie evenwel in zoverre geen implementatiegebrek, nu '*taking into account*' ook vertaald kan worden met 'bij een afweging betrekken'. Anderzijds verdient hierbij opmerking dat bestuursorganen in de praktijk een wel heel summiere invulling geven aan

261 Zie over de rechterlijke toetsing met betrekking tot deze bestuurspraktijk onder het oude toetsingskader de paragrafen 4.2 en 4.4, en over de rechterlijke toetsing op dit punt onder het nieuwe toetsingskader paragraaf 5.4.2.

art. 8.8 lid 1 Wm, nu de daarin genoemde aspecten niet of nauwelijks aan de orde komen in de vergunning.[262]

De status van milieurichtlijnen
De status van een deel van de milieurichtlijnen is veranderd, doordat zij in de ministeriële Regeling aanwijzing BBT-documenten zijn aangewezen als Nederlands BBT-document.

In paragraaf 4.4 heb ik geconcludeerd dat de Afdeling zich onvoldoende kritisch opstelt ten opzichte van de buitenwettelijke milieurichtlijnen en de wijze waarop het bevoegd gezag die gebruikt. De Afdeling geeft zich onvoldoende rekenschap van het feit dat deze richtlijnen behalve een technisch aspect ook een beleidsmatig aspect hebben, en geeft zich ook onvoldoende rekenschap van de eisen die voortvloeien uit het dynamische karakter van milieutechnische inzichten.

Deze conclusie geldt niet meer voor de richtlijnen die als Nederlands BBT-document zijn aangewezen (zoals de NeR en de NRB). Het bevoegd gezag moet op grond van het nieuwe recht bij het bepalen van de voor een inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken met deze richtlijnen rekening houden. De in deze richtlijnen gemaakte milieuhygiënische afwegingen moeten dus volgens de wetgever in beginsel geacht worden conform BBT te zijn. Daarmee bestaat voor het bevoegd gezag geen noodzaak meer om te beoordelen of het een dergelijke richtlijn als beleid wil hanteren. Hieruit vloeit voort dat de Afdeling niet meer hoeft te onderzoeken of het bestuursorgaan het volgen van de richtlijn als beleidsregel heeft vastgelegd of als vaste bestuurspraktijk hanteert. Nu de aangewezen richtlijnen in beginsel geacht kunnen worden conform BBT te zijn, hoeft de Afdeling evenmin meer in iedere uitspraak ambtshalve te toetsen of een dergelijke richtlijn nog berust op de meest recente milieutechnische inzichten. Indien dit laatste evenwel in beroep wordt betwist, dient zij de desbetreffende richtlijn wel te toetsen. Want hoewel het vanzelfsprekend de bedoeling is dat de Regeling aanwijzing BBT-documenten *up-to-date* wordt gehouden, is niet uitgesloten dat (een onderdeel van) een al wat ouder aangewezen BBT-document op een gegeven moment niet meer geacht kan worden de beste beschikbare technieken weer te geven.

De in paragraaf 4.4 getrokken conclusie geldt onder het nieuwe toetsingskader evenwel onverkort voor de richtlijnen die niet in de ministeriële Regeling aanwijzing BBT-documenten worden genoemd, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening met betrekking tot geluidhinder en de SBR-richtlijn met betrekking tot trillinghinder. De status van deze richtlijnen is in geen enkel opzicht veranderd.

262 Zie over dit laatste paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk.

Ruimte om af te wijken van milieurichtlijnen, mede in relatie tot de meer emissiegerichte benadering in het nieuwe toetsingskader
Voor milieurichtlijnen die zijn aangewezen als Nederlands BBT-document geldt het volgende. Onder het nieuwe toetsingskader moet het bevoegd gezag bij het beslissen op een vergunningaanvraag ter bepaling van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken rekening houden met deze richtlijnen. Dit betekent dat daarvan alleen gemotiveerd kan worden afgeweken. Onder het oude recht moest een beschermingsniveau dat niet was gebaseerd op een van de gangbare milieurichtlijnen ook al worden gemotiveerd. De verandering bestaat er met betrekking tot milieuaspecten die in de aangewezen richtlijnen zijn geregeld dus in dat bij de onderbouwing van het gekozen beoordelingskader, dat afwijkt van de NeR, NRB etc., expliciet moet worden gemotiveerd waarom *van die richtlijnen* wordt afgeweken. De ruimte om af te wijken van de aangewezen richtlijnen lijkt mij dus niet zozeer kleiner geworden. Dat de genoemde verandering expliciet tot uiting zal komen in de jurisprudentie, lijkt overigens niet waarschijnlijk. Daar waar het toepassen van deze richtlijnen in het verleden al algemeen gebruik was, is door de opwaardering daarvan tot 'BBT-documenten' de kans dat een bevoegd gezag een daarin geregeld milieu-aspect beoordeelt zonder daaraan te refereren, alleen nog maar kleiner geworden. Het 'eenvoudig volgen' van een nu als BBT-document aangewezen richtlijn accepteert de Afdeling op dezelfde wijze als onder het oude toetsingskader.[263]

Voor milieurichtlijnen die niet zijn aangewezen als BBT-document is het volgende van belang. Hoewel de wetgever heeft aangegeven geen nieuw beoordelingskader te willen introduceren (zie paragraaf 5.1), lijkt de nieuwe tekst van art. 8.11 lid 3 Wm toch te duiden op een lichte accentverschuiving. Deze tekst focust sterker dan de oude op het emissieniveau van de inrichting, dat met (ten minste) de beste beschikbare technieken kan worden bereikt. Pas als de met dat emissieniveau corresponderende grenswaarde bepaald is, komt de vraag aan de orde of gelet op het ondervonden immissieniveau een strengere waarde nodig is.

Dit zou met name gevolgen kunnen hebben voor de invulling van de beoordelingsruimte door middel van richtlijnen met een zuiver immissiegerichte benadering, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening.

Zo lijkt mij het onder het oude recht wel eens ingenomen standpunt, dat het stellen van geluidgrenswaarden die beduidend lager zijn dan de streefwaarden voor de omgeving of het referentieniveau van het omgevingsgeluid in strijd is met art. 8.11 lid 3 Wm, onder het nieuwe toetsingskader – vanwege de meer emissiegerichte benadering daarin – minder goed verdedigbaar.

263 Zie bijvoorbeeld de in paragraaf 5.4.2 besproken uitspraak over de NRB: ABRvS 22 november 2006, 200509072/1, *M en R* 2007, 32, m.nt. Ten Veen, *StAB* 2007, 11.

Ook zou kunnen worden gesteld dat er als gevolg van de meer emissiegerichte benadering minder ruimte bestaat voor de praktijk waarin automatisch wordt aangesloten bij de richtwaarden van de Handreiking of het referentieniveau van het omgevingsgeluid. Aldus wordt immers een niet-geïndividualiseerde, immissiegerichte benadering gehanteerd, terwijl het nieuwe toetsingskader lijkt te nopen tot een op de individuele inrichting toegespitste beoordeling van welk geluidemissieniveau conform BBT is. Het lijkt mij evenwel, zoals ik in paragraaf 5.4.2 heb uiteengezet, te billijken dat de Afdeling ook onder het nieuwe recht van oordeel is dat aansluiting bij de richtwaarden of het referentieniveau binnen de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag valt.

De voorgaande opmerkingen betroffen het gemiddelde geluidniveau. Ten aanzien van piekgeluiden roept de meer emissiegerichte benadering in het nieuwe toetsingskader de vraag op of het juist is dat de Afdeling ook onder het nieuwe recht een normstelling van 70/65/60 dB(A) voor respectievelijk de dag-, avond- en nachtperiode onder verwijzing naar de Handreiking zonder meer accepteert. In paragraaf 5.4.2 heb ik verdedigd dat, in geval uit het akoestisch rapport bij de aanvraag blijkt dat de inrichting lagere piekgeluiden veroorzaakt, in de vergunning niet automatisch een opvulling zou moeten worden toegestaan tot een niveau van 70/65/60 dB(A).

Grondslag van milieurichtlijnen

De resultaten van mijn onderzoek in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 6 maken duidelijk dat milieurichtlijnen als vanouds een belangrijke rol spelen bij de vergunningverlening. Deze richtlijnen zijn in meerderheid wel van de overheid afkomstig, maar hebben geen wettelijke grondslag (met name art. 8.8 Wm zou zich daarvoor lenen) en zijn alle zonder democratische besluitvorming totstandgekomen. Daarnaast worden er in de praktijk ook richtlijnen gebruikt die zijn opgesteld door particuliere (onderzoeks)instellingen, soms zonder betrokkenheid van de overheid.

Door opname in de Regeling aanwijzing BBT-documenten hebben richtlijnen als de NeR en de NRB een zekere wettelijke grondslag gekregen. Dat is, ervan uitgaande dat het deugdelijke documenten zijn, een positieve ontwikkeling. Ook positief is dat het Ministerie van VROM in het kader van zijn herijkings- of moderniseringsoperatie kritisch bekijkt welke richtlijnen moeten worden gehandhaafd. Hoewel in de toekomst mogelijk meer richtlijnen aan de voornoemde regeling zullen worden toegevoegd, is te verwachten dat dit voor een aantal belangrijke richtlijnen (namelijk de richtlijnen die aspecten regelen waarbij een zuiver immissiegerichte benadering wordt gehanteerd, zoals geluid en trilling) niet het geval zal zijn. Het lijkt mij wenselijk om de grondslag van de laatstbedoelde richtlijnen, voor zover deze na afronding van de herijkingsoperatie van VROM blijven bestaan en uiteraard voor zover daaraan de meest recente technische inzichten ten grondslag liggen, enigszins te formaliseren; daarbij is ook het aspect van de kenbaarheid (verkrijgbaarheid) van belang.

Dit zou kunnen door de desbetreffende richtlijnen op te nemen in een instructie-AMvB als geregeld in art. 8.45 Wm. Daarbij kan worden bepaald dat, mits gemotiveerd, van de AMvB kan worden afgeweken. De instructie-AMvB zou tot stand kunnen worden gebracht met toepassing van de zogeheten 'voorhangprocedure' van art. 21.6 lid 5 Wm, zodat ook de Tweede Kamer een rol van betekenis kan spelen.

5 De verhouding tussen rechter en deskundige, en de eisen aan het deskundigenbericht[1]

1 INLEIDING

Dit hoofdstuk gaat over de verhouding tussen de bestuursrechter en de deskundige die hem adviseert. Het bestaat uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel betreft de deskundigenadvisering aan de bestuursrechter meer in het algemeen, dus niet specifiek in milieugeschillen. In paragraaf 3 bespreek ik het wettelijk kader en de factoren die van invloed zijn op de inwinning van een deskundigenbericht. Aan het eind van deze paragraaf beantwoord ik de vragen die de verhouding tussen de bestuursrechter en de deskundige in belangrijke mate bepalen: wanneer mag de rechter een deskundigenbericht inwinnen, onder welke omstandigheden *moet* hij dat doen, hoe indringend moet de rechter het bericht controleren en hoeveel ruimte bestaat er om van het bericht af te wijken? In paragraaf 2 bespreek ik daartoe eerst de advisering aan het bestuur (zowel deskundigenadvisering als andere soorten advisering), omdat dat nuttige inzichten kan opleveren over de advisering aan de rechter.

Na dit algemeen bestuursrechtelijke onderdeel komt in paragraaf 4 de deskundigenadvisering in het milieurecht aan de orde. In deze paragraaf bespreek ik, zowel beschrijvend als opiniërend, hoe de Afdeling deskundigenberichten inwint en hoe de StAB invulling geeft aan haar taak als deskundige. Paragraaf 4.2 heeft betrekking op de – sterk historisch bepaalde – praktijk van de inwinning van deskundigenberichten door de Afdeling in milieugeschillen, zoals het bestaan van een vaste deskundige en het feit dat de rechter een open, niet gerichte adviesvraag stelt. Ook komt aan de orde hoe de rechter omgaat met kritiek op het deskundigenbericht. Paragraaf 4.3 heeft betrekking op de wijze waarop de deskundige zijn onderzoek uitvoert, bijvoorbeeld hoe hij inlichtingen inwint bij partijen en hoe hij hen bij het onderzoek betrekt.

In het derde onderdeel van dit hoofdstuk bespreek ik of de in paragraaf 4 besproken werkwijze van de Afdeling en de StAB met betrekking tot het deskundigenonderzoek voldoet aan de daaraan te stellen eisen, vooral met het oog op de eis van een *fair trial* in de zin van art. 6 EVRM. Een belangrijk aanknopingspunt hierbij vormt de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM te Straatsburg uit 1997. In paragraaf 5 bespreek ik deze uitspraak en de nationale

---

1 Een gedeelte van dit hoofdstuk is in een eerdere versie verschenen als preadvies voor de Vereniging voor Milieurecht: Leemans 2002.

jurisprudentie die is gewezen over de aan het deskundigenonderzoek te stellen procedurele eisen. In paragraaf 6 formuleer ik mijn conclusies op basis van de bevindingen in de paragrafen 4 en 5.

2 Advisering aan het bestuur

2.1 Inleiding

In het bestuursrecht vindt zowel in de bestuurlijke (non-contentieuze) fase als in de gerechtelijke (contentieuze) fase advisering plaats. In de bestuurlijke fase kan aan een bestuursorgaan worden geadviseerd met het oog op een door dat bestuursorgaan te nemen besluit; in de gerechtelijke fase kan aan de bestuursrechter worden geadviseerd ten behoeve van diens oordeel over een in rechte bestreden besluit. In deze paragraaf onderzoek ik welke eisen en normen gelden voor advisering aan het bestuur. In paragraaf 3 bespreek ik de advisering aan de bestuursrechter, waarbij ik in paragraaf 3.4 een vergelijking maak tussen beide typen advisering.

2.2 Functie van het advies

De centrale functie van advisering aan een bestuursorgaan is het verbeteren van de kwaliteit van de besluitvorming.[2] Door middel van advisering kan de overheid alle benodigde kennis vergaren omtrent de belangen die bij een te nemen besluit betrokken zijn. Hierdoor kunnen ook belangen waarvoor niemand als rechtstreeks betrokkene kan optreden, tot hun recht komen.[3]

Hoogendijk-Deutsch onderscheidde drie ideaaltypische adviezen: deskundigenadvies, semi-rechterlijk advies en representatie-advies.[4]

Het doel van deskundigenadvies is het verschaffen van deskundige informatie, waardoor bijgedragen wordt aan de rationaliteit van de besluitvorming. Wanneer een bestuursorgaan voor het nemen van een besluit informatie nodig heeft, die waardering of interpretatie van feiten en normen noodzakelijk maakt, kan het nodig zijn de hulp van een deskundige in te roepen.

Wulffraat-Van Dijk heeft een deskundige omschreven als een persoon die:

1. door opleiding, bijzondere eigenschappen of ervaring beschikt over specialistische kennis of vaardigheden;
2. objectief kan waarnemen (zijn waarnemingen moeten herhaalbaar zijn en hij moet kunnen worden vervangen door een andere deskundige);

2 Vgl. Kummeling 1988, p. 195.
3 Zie Commissie Van Maarseveen 1974, p. 34.
4 Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 20.

3 in staat is aan zijn waarnemingen conclusies te verbinden en deze gemotiveerd te presenteren.[5]

Een deskundige wordt op grond van deze kenmerken niet alleen geacht een bekwaam, maar in beginsel ook een onpartijdig en objectief adviseur te zijn:[6] door zijn grote kennis van het onderwerp staat hij boven de partijen (uiteraard mits hij geen banden met hen heeft). Juist door zijn objectiviteit kan het advies een sterk legitimerende functie hebben. Daarvoor geldt als voorwaarde dat de deskundige bij het geven van een advies binnen de grenzen van zijn deskundigheid blijft. Wat de kritiseerbaarheid van een deskundigenadvies betreft, kan worden opgemerkt dat het door de specialistische kennis van een deskundige voor een niet-vakgenoot in het algemeen erg moeilijk is de deskundige tegen te spreken; vakgenoten daarentegen moeten tot toetsing van het advies in staat zijn.[7][8]

Semi- (of quasi-)rechterlijk advies dient kort gezegd het bieden van rechtsbescherming aan de burger. De aanduiding van dit type advies ziet vooral op de procedure van totstandkoming. De adviesprocedure moet in grote lijnen verlopen volgens de beginselen die ten grondslag liggen aan behoorlijke rechtspraak. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan inzage in de stukken, openbaarheid van de behandeling, motivering van het advies en bekendmaking daarvan aan belanghebbenden. Voorbeelden van dit type advisering zijn de advisering door een bezwaarschriftencommissie en de vroegere advisering door de AGRvS aan de Kroon ten tijde van het Kroonberoep (hoewel de advisering aan de Kroon zeker ook trekken van deskundigenadvisering vertoonde).[9]

Mede omdat het bestuur in een bezwaarprocedure 'rechter in eigen zaak' is, mag van de adviseur verwacht worden dat hij voldoet aan eisen van persoonlijke afstandelijkheid en onafhankelijkheid. Uit die onafhankelijkheid vloeit de van hem te verwachten onpartijdigheid voort. Art. 2:4 lid 2 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan ervoor moet waken dat de besluitvorming wordt beïnvloed door een 'persoonlijk belang' van een lid van het orgaan.[10] Hoewel

---

5 Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 244.

6 Zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 21, Heldeweg 1993, p. 182, Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 126-127 en Koenraad 2006, p. 25. De door laatstgenoemde besproken jurisprudentie wekt de indruk dat de rechter niet heel strenge eisen stelt aangaande de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een deskundige (bij advisering in de bestuurlijke fase).

7 Heldeweg 1993, p. 183 en Koenraad 2006, p. 27.

8 Zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 21, Kummeling 1988, p. 31.

9 Zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 21-22 en Kummeling 1988, p. 32. Zie voorts hoofdstuk 2, paragraaf 1.

10 Kummeling 1988, p. 249, wijst er op dat 'partijdigheid' meer omvat dan 'persoonlijk belang'. Idem de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel eerste tranche van de Awb (*Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, B, p. 31-32).

de genoemde bepaling niet in het bijzonder is geredigeerd voor advisering, moet zij volgens Kummeling daar wel op van toepassing worden geacht.[11]

De functie van het representatie-advies ten slotte is het geven van inspraak aan en het kanaliseren van overleg van bepaalde (groepen) belanghebbenden. Via de adviseur kan met de achterban overlegd worden over het te voeren beleid of de te nemen besluiten. De adviseur is belangenvertegenwoordiger en moet derhalve voldoen aan de eis van representativiteit. Er wordt hier dus juist geen onafhankelijkheid geëist. Een evenwichtige samenstelling van het adviesorgaan kan bereikt worden door middel van een procedureregeling voor benoemingen en voor de interne besluitvorming.[12]

In de praktijk komen deze ideaaltypische adviesvormen niet altijd in hun meest zuivere vorm voor, maar is er vaak sprake van een mengvorm. Zo wordt van belangenvertegenwoordigers vaak verwacht dat ze tevens deskundigheid bezitten op het terrein van advisering en zou een bezwaarschriftencommissie ook als een deskundigenadviseur (op het gebied van het recht) kunnen worden gezien.[13]

In het vervolg van dit hoofdstuk zal ik mij voornamelijk richten op het deskundigenadvies, omdat dat voor milieugeschillen het meest relevante type advies is.

2.3 Wettelijk kader

Voor de advisering aan bestuursorganen is in de eerste plaats art. 3:2 Awb van belang. Op grond van deze zorgvuldigheidsnorm is een bestuursorgaan onder omstandigheden verplicht om een advies in te winnen (zie hierover de volgende paragraaf).

In de Algemene wet bestuursrecht is daarnaast in afdeling 3.3 (art. 3:5–3:9a) een algemene regeling met betrekking tot de advisering aan een bestuursorgaan neergelegd. Deze tamelijk summiere regeling[14] is op grond van art. 3:5 Awb alleen van toepassing op advisering die plaatsvindt bij of krachtens wettelijk voorschrift.[15] Ik bespreek deze regeling aan de hand van de door Kummeling onderscheiden vijf onderdelen van de adviesprocedure: a. de adviesvraag,

11 Zie Kummeling 1988, p. 249 en Bots 2004, p. 154-155. Zie over onpartijdigheid verder Nicolaï 1981, p. 526, De Waard 1987, p. 345 e.v. en Heldeweg 1993, p. 183.
12 Zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 22-23, Kummeling 1988, p. 31.
13 Kummeling 1988, p. 32; zie ook Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 23-25.
14 Volgens Bots 2004, p. 147, is door de wetgever gekozen voor een summiere regeling om alle zeer uiteenlopende typen van advisering daaronder te kunnen brengen.
15 Koenraad 2006, p. 20 pleit voor een ruimer toepassingsbereik van afdeling 3.3 Awb. Idem Bots 2004, p. 150, ten aanzien van art. 3:9 Awb.

b. het voorbereidend onderzoek, c. het onderzoek, d. de formulering van het advies en e. het uitbrengen van het advies.[16]

De eerste stap in de adviesprocedure is de adviesvraag (a.).

Art. 3:6 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan een termijn kan stellen aan de adviseur, ter voorkoming van een onevenredige vertraging in de besluitvorming.[17] De termijn moet wel zodanig zijn dat de adviseur voldoende tijd heeft om zijn taak naar behoren te vervullen.

Behalve het tijdsaspect, is de formulering van de adviesvraag van belang. Het bestuur moet ervoor zorgen dat de adviesvraag duidelijk is en correspondeert met het doel ervan.[18] Gewaakt dient te worden voor een te eng of te ruim geformuleerde adviesvraag. Een te enge formulering kan leiden tot onwerkbare of ontoelaatbare belemmeringen voor het onderzoek van de adviseur.[19] Een te ruime adviesvraag vormt met name bij deskundigenadvisering een risico. Indien de deskundige buiten het terrein van zijn expertise wordt gelokt, verkrijgt het advies in zoverre ten onrechte het stempel van deskundigheid.

Het voorbereidend onderzoek (b.) heeft het verzamelen van de voor het onderzoek benodigde gegevens als hoofddoel. Op het adviesvragende bestuursorgaan rust de plicht de gegevens aan de adviseur ter beschikking te stellen, die nodig zijn voor een goede vervulling van diens taak (art. 3:7 lid 1 Awb). Volgens Nicolaï mag van het bestuursorgaan gedurende het gehele adviseringsproces een actieve medewerking worden verlangd, op straffe van strijd met het vereiste van zorgvuldig onderzoek.[20]

In art. 3:7 lid 2 Awb wordt art. 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) van overeenkomstige toepassing verklaard op de verhouding tussen bestuur en adviseur. Dit artikel bevat verschillende weigeringsgronden voor de overheid voor het op verzoek ter beschikking stellen van informatie. Kummeling en Heldeweg vinden de toepasselijkheid van de Wob een onnodige beperking op de beschikbaarheid van informatie. In de eerste plaats omdat de Wob primair ziet op de verhouding tussen bestuur en burgers (en niet die tussen bestuur en een adviseur), waarbij bedacht moet worden dat adviseurs mede in het belang van dat bestuur functioneren. In de tweede plaats betreffen de werkzaamheden van een adviseur vaak een onderwerp waarvoor in de Wob een weigeringsgrond is opgenomen, in welk geval het uitbrengen van een advies wordt bemoeilijkt. Voor milieugeschillen is met name de weige-

16 Kummeling 1988, p. 184. Zoals Kummeling zelf ook al aantekent, bestaat met name tussen de onderdelen b en c en de onderdelen d en e geen strikte scheiding.
17 Overigens staat het enkele ontbreken van een niet tijdig uitgebracht advies niet in de weg aan het nemen van het besluit (art. 3:6 lid 2 Awb).
18 Nicolaï 1981, p. 519.
19 Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 36, Heldeweg 1993, p. 180.
20 Nicolaï 1981, p. 519.

ringsgrond van art. 10 lid 1 onder c Wob van belang, die ziet op bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld. Deze grond kan bijvoorbeeld een rol spelen in een vergunningprocedure voor een bedrijf dat een nieuwe technologie wil gaan gebruiken. Kummeling ziet een oplossing voor dit probleem in het zonodig opleggen van een geheimhoudingsplicht aan de adviseur. Heldeweg brengt hier terecht tegen in dat aldus niet wordt opgelost dat belanghebbenden in zo'n geval niet met de adviseur en het bestuur over het advies in debat kunnen treden.[21]

Naast actieve medewerking van het bestuursorgaan kan medewerking van belanghebbenden zijn vereist, met name indien zij beschikken over (persoonlijke) informatie die onmisbaar is voor de beantwoording van de adviesvraag. De adviseur zal hen dan moeten horen.[22]

Daarmee kom ik bij het derde onderdeel van de adviesprocedure, het daadwerkelijke onderzoek (c.). Het wegen van de feiten en omstandigheden moet zorgvuldig geschieden. De adviseur moet een methode van onderzoek hanteren die tot een zo objectief mogelijke vaststelling van de feiten kan leiden.[23] Welke methode in het concrete geval gehanteerd moet worden, hangt af van het doel van het onderzoek en van het object van de onderzoekingen. De adviseur moet beoordelen op welke wijze en met welke indringendheid de feiten moeten worden bestudeerd. Het horen van belanghebbenden kan voldoende zijn, maar in andere gevallen is een (nader) cijfermatig of technisch onderzoek of een bezichtiging ter plaatse nodig.[24] Indien de adviseur gebruikt maakt van onderzoeksresultaten van derden, dan moet hij ervoor zorgen dat deze gegevens verifieerbaar zijn; schriftelijke weergave lijkt daarvoor aangewezen.[25]

Bij het onderzoek moet de adviseur een actieve houding aannemen. Dit betekent dat hij zelf de benodigde informatie zoekt en dat het ook nodig kan zijn dat hij belangen onderzoekt waarvoor niemand zich heeft opgeworpen. Bij het horen van belanghebbenden moet de adviseur zonodig zelf bepaalde punten aan de orde stellen. Het louter aanhoren van de belanghebbenden is onvoldoende, aangezien het juist gaat om een daadwerkelijke gedachtenwisseling. Een open communicatieve instelling draagt zowel bij aan de kennisvergaring als aan het vertrouwen van betrokkenen in de advisering.[26] Het hangt verder van het type advies en van de adviesvraag af welke eisen gelden voor het onderzoek door de adviseur.

---

21 Zie over het voorgaande Kummeling 1988, p. 175 en Heldeweg 1993, p. 184-185.
22 Vgl. Heldeweg 1993, p. 185.
23 Nicolaï 1990, p. 336.
24 Zie Kummeling 1988, p. 186-187 en Nicolaï 1990, p. 336 voor voorbeelden van dergelijke keuzes uit de jurisprudentie.
25 Nicolaï 1990, p. 336.
26 Zie over het voorgaande De Waard 1987, p. 287, Kummeling 1988, p. 187 en Heldeweg 1993, p. 186.

Art. 3:9 Awb bepaalt dat indien een besluit berust op een onderzoek naar feiten en gedragingen dat door een adviseur is verricht, het bestuursorgaan zich ervan moet vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Op de controle door het bestuursorgaan van een aan hem uitgebracht advies ga ik hierna in paragraaf 2.5 nader in.

Bij de formulering van het advies (d.) is vooral van belang of het advies moet worden gemotiveerd. In de literatuur van voor het Awb-tijdperk is gepleit voor het in de wet vastleggen van een plicht tot motivering van adviezen. Daarbij werd gewezen op het belang van de motivering; niet alleen voor de juiste feitelijke grondslag van het besluit, maar ook voor de mogelijkheid tot contra-expertise van belanghebbenden.[27]

In de Algemene wet bestuursrecht is een dergelijke motiveringsplicht niet opgenomen. Wel bepaalt art. 3:50 Awb dat indien het bestuur een besluit neemt dat afwijkt van een met het oog daarop krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies, dat moet worden gemotiveerd. Dit werd voorheen ook al in de doctrine aangenomen.[28] Ten aanzien van de afwijking van het advies van een bezwaarschriftencommissie en een administratief beroep-commissie is deze motiveringseis apart opgenomen in de wet (zie art. 7:13 lid 7 respectievelijk art. 7:26 lid 2 Awb). Zie over de afwijking van een advies door het bestuursorgaan nader paragraaf 2.6.

Verder bepaalt art. 3:49 Awb dat ter motivering van een besluit kan worden volstaan met een verwijzing naar een met het oog daarop uitgebracht advies, indien het advies zelf de motivering bevat en van het advies kennis is of wordt gegeven.[29] Zie over de controle van het advies door het bestuursorgaan paragraaf 2.5 hierna.

Gelet op het vorige punt is het wenselijk dat het uitbrengen van het advies (e.) in schriftelijke vorm geschiedt. Alleen dan kan het advies immers gecontroleerd worden door het bestuursorgaan, door belanghebbenden en in een eventuele gerechtelijke fase door de rechter. In de literatuur wordt van mening verschild over de vraag of een schriftelijk advies gelet hierop ook zou moeten worden *geëist* (zie nader paragraaf 2.5).

---

27 Heldeweg 1993, p. 187. Idem Kummeling 1988, p. 196.

28 Zie Kummeling 1988, p. 238 en de daar vermelde jurisprudentie, Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 55. Anders Van der Net 1978, p. 353.

29 Dit werd voor de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht ook al aangenomen in de jurisprudentie; zie bijvoorbeeld ARRvS 25 november 1985, *AB* 1986, 259.

2.4 Wanneer inwinning van een advies?

De bevoegdheid voor een bestuursorgaan advies in te winnen, vloeit voort uit diens verplichting om een besluit zorgvuldig voor te bereiden (art. 3:2 Awb).[30] Indien het bestuursorgaan door een gebrek aan kennis of deskundigheid niet zelfstandig tot een dergelijke voorbereiding in staat is, staat het hem in het algemeen vrij derden te raadplegen. De bevoegdheid een advies te vragen is echter niet geheel onbegrensd. In ieder geval mag een bestuursorgaan geen misbruik maken van die bevoegdheid. Zo zal er geen advies gevraagd mogen worden als daartoe geen redelijk belang is aan te wijzen, als het in redelijkheid niet tot het beoogde doel kan leiden of als het gebeurt met een heel ander oogmerk dan het onderbouwen van het besluit. Wat dit laatste betreft, kan gedacht worden aan het doelbewust vertragen van de besluitvorming.[31]

Eerder dan de vraag naar de bevoegdheid, zal de vraag rijzen wanneer een bestuursorgaan verplicht is om tot raadpleging van een adviseur over te gaan.

Vooropgesteld kan worden dat een algemene plicht tot inwinning van een advies niet bestaat. Het hangt af van de omstandigheden van het geval of een dergelijke plicht aanwezig is.

In de eerste plaats kan de toepasselijke wettelijke regeling bepalen dat een advies moet worden ingewonnen, voordat een besluit mag worden genomen.[32]

In de tweede plaats kan de wetgever of het bestuur een vaste adviseur in het leven hebben geroepen; in (de toelichting op) het desbetreffende instellings- of aanwijzingsbesluit kan een indicatie gelegen zijn voor een adviesplicht, in ieder geval voor bepaalde beslissingen. In de literatuur wordt van mening verschild over de gevolgen die het bestaan van een vaste adviseur zou moeten hebben. Volgens Nicolaï bestaat er bij een door de wetgever, met het oog op bepaalde problemen, ingesteld vast adviesorgaan in beginsel een plicht voor het bestuur dat orgaan te raadplegen. Hoogendijk-Deutsch is minder stellig op dit punt en vindt dat louter het bestaan van door wetgever of bestuur aangewezen vaste adviseurs geen rechtsplicht tot consultatie met zich meebrengt. Met name bij aanwijzing van een adviseur voor een breed terrein kan bedoeld zijn dat de advisering beperkt blijft tot bijvoorbeeld belangrijke of controversiële categorieën beschikkingen. Kummeling verbindt de minste gevolgen aan de instelling van een vaste adviseur. Volgens hem brengt

30 Zie Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 124 en Koenraad 2006, p. 16-17. In de jurisprudentie werd dit ook al voor de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht aangenomen; zie bijvoorbeeld CBB 16 juli 1980, *AB* 1981, 61 en AGRvS 24 augustus 1988, *AB* 1988, 513.

31 Zie hierover Nicolaï 1981, p. 513, Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 25, Heldeweg 1993, p. 178-179 en zeer uitgebreid Kummeling 1988, p. 30 en p. 78-84.

32 Zie bijvoorbeeld het advies van de welstandscommissie over een bouwvergunningaanvraag (art. 48 lid 1 Woningwet) en het advies van een medisch deskundige over een aanvraag voor een gehandicaptenparkeerkaart (art. 2 lid 1 Regeling gehandicaptenparkeerkaart).

dit slechts de verplichting met zich mee dat áls het bestuur advies wenst in te winnen, dat moet gebeuren bij het vaste adviesorgaan.[33]

Indien niet uit de toepasselijke wettelijke regeling of het besluit tot instelling van een vaste adviseur een plicht tot adviesinwinning kan worden afgeleid, dan is met name de aard van de te nemen beslissing van belang. Uit de in art. 3:2 Awb neergelegde verplichting tot een zorgvuldige voorbereiding van een besluit vloeit een plicht tot consultatie voort wanneer het bestuursorgaan de kennis of de deskundigheid ontbeert om de juistheid van díe feiten vast te stellen, waarvan de vaststelling onontbeerlijk is om tot een verantwoorde beslissing te komen.[34] Bij besluiten op aanvraag wordt de plicht tot kennisvergaring beperkt door de op de aanvrager rustende verplichting om bepaalde gegevens over te leggen (art. 3:4 lid 2 Awb).[35]

In de literatuur worden ook andere factoren genoemd die zouden wijzen op een plicht om advies in te winnen, te weten de ingrijpendheid van de te nemen beslissing voor de burger, het omstreden karakter van de voorgenomen beslissing, de kosten van adviesinwinning en de daarmee gemoeide tijd, en het feit dat een belanghebbende heeft verzocht om een onderzoek.[36] Dit lijkt mij niet juist. Een plicht tot het inwinnen van een deskundigenrapport kan mijns inziens alleen voortvloeien uit de zorgvuldigheidsnorm van art. 3:2 Awb, en bestaat dus alleen wanneer het bestuursorgaan niet beschikt over de benodigde kennis.[37] Bij handhavingsbesluiten, bij uitstek ingrijpende besluiten, is bijvoorbeeld in de regel geen advies nodig, omdat vaak alle feiten bij het bestuursorgaan (en de overtreder) bekend zijn. Ook bij omstreden onderwerpen, zoals vergunningverlening met betrekking tot genetisch gemodificeerde organismen of het plaatsen van een UMTS-mast, is alleen advies vereist als het bevoegd gezag niet over de vereiste kennis beschikt (hetgeen onverlet laat dat het wel opportuun kan zijn om in deze gevallen een onafhankelijk advies te vragen, omdat dit zou kunnen bijdragen aan de acceptatie van het voorgenomen besluit).

Alleen het bestaan van een vaste bestuurspraktijk waarbij een bestuursorgaan met betrekking tot bepaalde gevallen steeds een adviesinstantie inschakelt, brengt een plicht met zich mee om deze praktijk voort te zetten wanneer zich een vergelijkbaar geval voordoet, tenzij het bestuursorgaan kan aantonen dat in het onderhavige geval een reden daartoe ontbreekt.[38]

---

33 Zie Nicolaï 1981, p. 514, Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 28 en Kummeling 1988, p. 88.
34 Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 29 en Nicolaï 1981, p. 513-514.
35 Zie Koenraad 2006, p. 17-18 en Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 124.
36 Nicolaï 1981, p. 513-514 en Heldeweg 1993, p. 180.
37 Vgl. Koenraad 2006, p. 18.
38 Zie ook Nicolaï 1981, p. 514 en Kummeling 1988, p. 88-89.

2.5 Controle van het advies

Aan de controle van het advies kan in de eerste plaats de adviesprocedure bijdragen.[39] De adviesprocedure heb ik hiervoor in paragraaf 2.3 besproken.

In deze subparagraaf richt ik mij op de controle van het advies achteraf. Hierbij komt de vraag aan de orde hoe (indringend) het bestuursorgaan het uitgebrachte advies dient te toetsen.

Voorop staat de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het zorgvuldig tot stand komen van het besluit. Zoals in paragraaf 2.3 bij onderdeel c. al even is aangestipt, moet het bestuursorgaan zich op grond van art. 3:9 Awb ervan vergewissen dat het aan het advies ten grondslag liggende onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Het vaststellen en beoordelen van de voor de beslissing relevante feiten en omstandigheden geschiedt onder zijn verantwoordelijkheid.[40] Hoezeer het bestuursorgaan ook afhankelijk kan zijn van het advies – met name bij deskundigenadvisering –, het bestuursorgaan is wettelijk belast met het nemen van het besluit. Hieruit vloeit voort dat het bestuursorgaan het advies altijd moet toetsen, omdat indien hij het advies klakkeloos zou overnemen, het de adviseur zou zijn die materieel de beslissing neemt.[41] Om deze toetsing controleerbaar te doen zijn, moeten in het besluit de hoedanigheid van de adviserende persoon of instantie, de gevolgde procedure en de voor het advies gebruikte gegevens worden vermeld.[42]

Hoe indringend moet de controle van het advies door het bestuursorgaan zijn? Bij deskundigenadvisering kan niet meer dan een marginale deugdelijkheidstoets worden verwacht, gezien het ontbreken van deskundigheid bij het bestuur. De (mogelijke) tekortkoming van de deskundige moet voor een niet-deskundige kenbaar zijn. Het bestuursorgaan moet nagaan of er een zorgvuldig onderzoek is geweest, of de door de adviseur gebruikte argumenten 'in redelijkheid' gehanteerd kunnen worden, of het advies geen 'kennelijke onjuistheden' bevat en of de conclusie 'aannemelijk' is.[43] Het komt in hoofdlijnen dus neer op een controle van de zorgvuldigheid van het onderzoek en van de logica van de gevolgde redenering.

Die redenering moet dan wel kenbaar zijn. Door de rechter is met betrekking tot een claim tot nadeelcompensatie tot tweemaal toe uitgesproken dat de in het advies gevolgde gedachtegang duidelijk en voldoende controleerbaar

39 Zie nader Heldeweg 1993, p. 181.
40 Nicolaï 1981, p. 515.
41 Zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 43-44, Kummeling 1988, p. 217, Nicolaï 1990, p. 351-352.
42 Zie Nicolaï 1981, p. 518 en Koenraad 2006, p. 27-29.
43 Zie Nicolaï 1981, p. 528, Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 46, Kummeling 1988, p. 219, Koenraad 2006, p. 29 en de door laatstgenoemde aangehaalde jurisprudentie.

moet zijn.[44] Koenraad leidt mede uit deze uitspraken af dat een advies deugdelijk moet worden gemotiveerd en schriftelijk moet worden uitgebracht, nu het anders door derden niet kan worden gecontroleerd.[45] Wulffraat-Van Dijk acht een mondeling advies daarentegen wel mogelijk.[46] Ik neig meer naar het standpunt van Koenraad, maar ga ervan uit dat adviezen doorgaans schriftelijk worden uitgebracht.

Onder omstandigheden wordt het toelaatbaar geacht om een advies te gebruiken dat geen inzicht geeft in de gevolgde redenering, mits het bestuursorgaan motiveert waarom hij het advies overneemt.[47]

Uit art. 3:49 Awb vloeit voort dat als het advies (wel) gemotiveerd is en het de voornoemde marginale toets doorstaat, het besluit in beginsel op het advies mag worden gebaseerd. Dit is alleen anders indien contra-expertise is ingebracht. In dat geval mag het bestuursorgaan het aan hem uitgebrachte advies niet zonder meer volgen, maar moet het in ieder geval motiveren waarom het tegenrapport hem niet op andere gedachten brengt. Daarbij ligt het voor de hand dat het bestuursorgaan de contra-expertise ter reactie voorlegt aan de eigen adviseur.[48] In de literatuur is enerzijds opgemerkt dat het feit dat er contra-expertise is ingebracht, niet zonder meer betekent dat het bevoegd gezag geen gebruik meer mag maken van het betwiste advies. Een afwijkend standpunt betekent immers niet per se dat dat advies een wezenlijk gebrek vertoont.[49] Anderzijds is kritiek geuit op twee uitspraken, waarin de rechter instemde met het terzijde schuiven van de ingebrachte contra-expertise door het bestuursorgaan. Volgens de kritiek hecht de rechter praktisch alleen waarde aan de vraag of er (door de contra-expertise) twijfel is gezaaid over de zorgvul-

---

44 ABRvS 30 november 1998, *AB* 1999, 90, m.nt. Michiels, *JB* 1999, 12, m.nt. Schlössels, en ABRvS 30 maart 2005, 200404084/1, *AB* 2005, 200, m.nt. Van Hall. Zie voor een vergelijkbare uitspraak met betrekking tot een medisch advies: CRvB 25 juli 2007, *AB* 2007, 360, m.nt. Tollenaar, *JB* 2007, 177.

45 Koenraad 2006, p. 27-29. In gelijke zin Bots 2004, p. 164.

46 Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 125. Vgl. ook Kummeling 1988, p. 197

47 Dit is bijvoorbeeld het geval bij een zogenoemd stempeladvies in welstandszaken. Indien de welstandscommissie met een dergelijk advies heeft volstaan – door zich door middel van een stempel (meestal op de bouwtekening) akkoord te verklaren met het bouwplan – is het bestuursorgaan gehouden om zijn op het stempeladvies gebaseerde welstandsoordeel nader te motiveren. Zie de noot van Nijmeijer onder ABRvS 15 mei 2000, *LJN* AA6359, *AB* 2000, 356.

48 Zie ABRvS 20 september 2006, 200510548/1, *AB* 2007, 46, m.nt. Neerhof, *JB* 2006, 315, m.nt. Timmermans, ABRvS 5 oktober 2005, 200502052/1, *JB* 2005, 324, *Gst.* 2006, 7243, 5, m.nt. Nijmeijer, ABRvS 4 februari 2004, 200302714/1, *JB* 2004, 125, *StAB* 2004, 80, ABRvS 12 december 2001, *AB* 2002, 126, m.nt. Marseille en ABRvS 5 december 2001, *LJN* AD6512, *AB* 2002, 110, m.nt. Verheij, *JB* 2002, 25.

49 Aldus Koenraad 2006, p. 32-33.

dige totstandkoming van het door het bestuursorgaan gebruikte deskundigenadvies, en kijkt hij te weinig naar de inhoud van de contra-expertise.[50]

Art. 3:49 Awb brengt ook enige terughoudendheid voor de rechter met zich mee, wat betreft diens beoordeling van het deskundigenadvies waarop het bevoegd gezag zich heeft gebaseerd. De rechter mag niet zonder meer het advies van de door hem zelf ingeschakelde deskundige volgen, maar moet met behulp daarvan slechts beoordelen of het door een ter zake deskundige aan het bevoegd gezag uitgebrachte advies onzorgvuldig tot stand is gekomen of dat daaraan anderszins ernstige gebreken kleven.[51]

Volgens de jurisprudentie is het vertrouwen op de deugdelijkheid van een advies eerder gerechtvaardigd indien de adviseur ervaren is,[52] naarmate er een bestendige 'adviesrelatie' bestaat[53] en indien de adviseur zijn werkwijze in een protocol heeft vastgelegd.[54] Met betrekking tot de eerste en tweede omstandigheid heb ik daarover enige twijfel. Enerzijds weet een ervaren adviseur in geval van bestendige advisering wat er van hem verwacht wordt, anderzijds kunnen daarbij op een gegeven moment automatismen ontstaan en kan het bestuursorgaan onbewust minder alert worden op de door de adviseur geleverde kwaliteit.[55]

Volgens de Afdeling mogen daarnaast aan een advies waarin het gaat om objectivering van naar hun aard subjectieve oordelen die zich niet licht in woorden laten (samen)vatten, slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld.[56]

Bij de andere typen advisering dan deskundigenadvisering, met name bij semi-rechterlijke advisering, mag in beginsel een vollediger toetsing worden verwacht. Het bestuursorgaan kan het advies dan immers vaak, afhankelijk van

---

50 Zie de kritiek van Marseille in zijn noot onder ABRvS 22 juni 2005, 200409607/1, *AB* 2005, 298, welke kritiek wordt gedeeld door R.J.N. Schlössels, 'Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2006, p. 189. En de kritiek van K.W.H. Albert, 'De beperkte betekenis van een contra-expertise' (rubriek 'Bestuur in geding'), *Stcrt*. 2006, 175, p. 5, op ABRvS 6 september 2006, 200601078/1.

51 Aldus ABRvS 19 juli 2006, 200508480/1, *Gst.* 2006, 7262, 159, m.nt. Heinen, *StAB* 2006, 149.

52 ABRvS 29 april 1999, *AB* 1999, 266, m.nt. Schreuder-Vlasblom. De Afdeling verwijst op dit punt naar de wetsgeschiedenis van art. 3:9 Awb.

53 Zie over een bestendige 'adviesrelatie' ook Nicolaï 1981, p. 527-528.

54 Zie ook Koenraad 2006, p. 29 en Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 127.

55 Eveneens kritisch over het uitgangspunt dat een advies in geval van een bestendige adviesrelatie terughoudender mag worden getoetst: Bots 2004, p. 159 en p. 162-163, en Schreuder-Vlasblom in haar noot onder de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 29 april 1999, *AB* 1999, 266.

56 ABRvS 11 januari 2000, *LJN* AA4609, *JB* 2000, 63, m.nt. Van den Brekel. Volgens de Afdeling is het in zo'n geval (het ging hier om de kwaliteiten van een kunstenaar) voldoende indien de aanvrager inzicht wordt verschaft in de gedachtegang die aan het advies ten grondslag ligt. De rechtbank in eerste aanleg was tot een ander oordeel gekomen; zie ook de noot onder de uitspraak.

de inhoud van het advies, beter op zijn juistheid en relevantie beoordelen. Dit gaat echter niet zo ver dat een volledig zelfstandig onderzoek is vereist, omdat daarmee het inschakelen van de adviseur overbodig zou worden.[57]

2.6 Afwijken van een advies

Uit art. 3:2 Awb vloeit voort dat een bestuursorgaan een gebrekkig deskundigenadvies niet aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen. Het bestuursorgaan mag het advies dan dus niet gebruiken, maar kan de kwestie ook niet op eigen gezag afdoen. Het moet ofwel een nieuw advies vragen aan de oorspronkelijke adviseur ofwel een andere deskundige raadplegen. Dit is slechts anders indien het gebrek geen essentieel punt raakt of indien het bestuursorgaan zelf in staat is op basis van de beschikbare, eventueel nader in te winnen, gegevens het advies te beoordelen.[58] Deze laatste situatie zal zich eerder bij de andere soorten advisering voordoen dan bij deskundigenadvisering.

De ruimte voor het bestuursorgaan om uit eigen beweging af te wijken van een aan hem uitgebracht advies verschilt per type advies.

De ruimte voor afwijking van een deskundigenadvies is het kleinst: dat kan, indien het advies op zich deugdelijk is, eigenlijk alleen na het inwinnen van contra-expertise. Dit is juist, aangezien het bestuursorgaan zonder contra-expertise niet geacht kan worden over voldoende kennis te beschikken om daarop een afwijkende beslissing te baseren. Afwijking van een deugdelijk deskundigenadvies zonder deskundig tegenonderzoek moet dan ook in beginsel in strijd worden geacht met het zorgvuldigheidsbeginsel.[59]

Anders kan het liggen bij een advies over een materie waarbij de empirische vaststelling van feiten en beleidsmatige waardeoordelen in elkaar overlopen. Het bestuursorgaan is in beginsel vrij om ten aanzien van de beleidsmatige aspecten van het advies af te wijken. Aangezien het deze zelf kan beoordelen, mag het bestuursorgaan zijn eigen inzichten de doorslag laten geven, tenzij zijn beleid daaraan in de weg staat.[60] Nicolaï vindt wel dat het bestuursorgaan in zo'n geval, voordat het tot afwijking besluit, in beginsel de adviseur in de gelegenheid moet stellen nader te adviseren. Daarmee kunnen namelijk eventuele misverstanden uit de wereld worden geholpen, die bijvoorbeeld daarin bestaan dat het bestuur bepaalde aannames voor feiten

57 Kummeling 1988, p. 219.
58 Zie Kummeling 1988, p. 224 en Nicolaï 1981, p. 525.
59 Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 43, Nicolaï 1981, p. 523-525, Kummeling 1988, p. 232, Heldeweg 1993, p. 193 en Koenraad 2006, p. 30-31.
60 Nicolaï 1981, p. 524, Kummeling 1988, p. 233.

houdt.[61] Kummeling ziet niet in waarom het bestuur, indien het de door de adviseur vastgestelde feiten en omstandigheden overneemt, niet zou mogen afwijken van de beleidsmatige overwegingen. Hij vindt het opnieuw vragen van advies daarom overbodig en omslachtig.[62]

Art. 3:50 Awb bepaalt dat indien het bestuur een besluit neemt dat afwijkt van een met het oog daarop krachtens wettelijk voorschrift uitgebracht advies, dat moet worden gemotiveerd.[63] De Afdeling neemt onder omstandigheden een 'zware motiveringsplicht' aan voor afwijking van een dergelijk advies.[64] Aangenomen wordt dat de motiveringsplicht van art. 3:50 Awb ook geldt voor afwijking van door het bestuur gevraagde adviezen die niet krachtens wettelijk voorschrift zijn uitgebracht.[65]

In de motivering moet bijzondere aandacht worden besteed aan de punten waarop het advies en het besluit verschillen. Het bestuursorgaan moet dus uitdrukkelijk aangeven waarom (op dat bepaalde punt) wordt afgeweken.[66] Bij niet wettelijk verplichte en bij spontaan uitgebrachte adviezen is volgens Kummeling in beginsel niet een gedetailleerde motivering vereist, omdat dit een te zware druk op het bestuur zou leggen. Zwaardere eisen mogen volgens hem wel worden gesteld indien het gaat om deskundigenrapporten die steunen op kennis die het bestuur zelf niet bezit; ook als het gaat om niet wettelijk verplichte advisering. Voor de andere typen advisering zijn de mogelijkheden voor afwijking ruimer. Dit geldt vooral voor een representatie-advies, dat immers primair het kanaliseren van de meningen van (groepen) belanghebbenden ten doel heeft. De juridische binding hiervan is minimaal. Het quasi-rechterlijke advies neemt op dit punt een middenpositie in. Door het vragen van een dergelijk advies heeft het bestuursorgaan te kennen gegeven dat er reden bestaat om extra waarborgen in de besluitvormingsprocedure aan te brengen. Het past dan niet om lichtvaardig aan het advies voorbij te gaan.

61 Nicolaï 1981, p. 524. Idem Heldeweg 1993, p. 194.

62 Kummeling 1988, p. 233.

63 Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 januari 2007, 200602789/1, waarin de Afdeling oordeelde dat het bevoegd gezag niet had gemotiveerd waarom aanleiding bestond af te wijken van het advies van de welstandscommissie.

64 Zie voor een geval waarin B&W, op grond van een positief advies van de gemeentelijke monumentencommissie, een monumentenvergunning hadden verleend terwijl de Rijksdienst voor de Monumentenzorg een negatief advies had uitgebracht: ABRvS 24 januari 2007, 200604785/1, *Gst.* 2007, 7280, 106, m.nt. Kole.

65 Zie Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 43, Kummeling 1988, p. 238, Heldeweg 1993, p. 194 en Koenraad 2006, p. 30.

66 Zie bijvoorbeeld de zojuist aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 24 januari 2007, waarin zij er nadrukkelijk op wijst dat de gemeentelijke monumentencommissie in haar advies uitgebreid heeft toegelicht waarom van het advies van de Rijksdienst was afgeweken. De Afdeling acht de gegeven motivering voldoende.

De mogelijkheden tot afwijking zijn ruimer naarmate het advies minder juridische en meer beleidsmatige overwegingen bevat.[67]

3 DESKUNDIGENADVISERING AAN DE RECHTER

3.1 Functie van een deskundige

De wetgever omschreef de functie van de deskundige in een bestuursrechtelijk geschil heel algemeen als het leveren van een bijdrage aan de oordeelsvorming door de rechter.[68] Die bijdrage kan verschillende vormen aannemen. In de eerste plaats kan de deskundige algemene voorlichting geven over een bepaalde materie. Daarnaast kan van de deskundige een specialistisch oordeel gevraagd worden over het vaststaand feitenmateriaal, in het licht van de rechtsfeiten en eventueel van eerder uitgebrachte rapporten. Maar de rechter kan de deskundige ook vragen specialistisch feitenonderzoek te doen en een oordeel te geven over de resultaten daarvan. Het gaat kortom om het waarnemen, onderzoeken en beoordelen van feiten, waarvan de rechter – omdat hij ter zake niet deskundig is – de merites zelf niet kan overzien.[69]

Zoals bleek in hoofdstuk 2, is het deskundigenbericht (tot 1989: ambtsbericht) in milieugeschillen van oudsher heel uitgebreid. De deskundige verricht feitenonderzoek, beoordeelt de feiten en geeft een oordeel over de eerder in de procedure uitgebrachte technische rapporten. Hoewel wellicht wat minder dan in het verleden, vervult het deskundigenbericht nog steeds meer functies dan alleen technisch-deskundige voorlichting aan de rechter. Het deskundigenbericht werkt vaak ook processtructurerend (zo staat het deskundigenbericht ter zitting vaak centraal) en soms ook geschiloplossend (naar aanleiding van het onafhankelijke oordeel van de deskundige erkent het bevoegd gezag een gebrek of trekt appellant een beroepsgrond in).

3.2 Wettelijk kader

De centrale bepaling met betrekking tot de advisering door een deskundige aan de bestuursrechter is art. 8:47 Awb. Daarnaast spelen enkele andere artikelen een rol bij de inschakeling door de rechter van een deskundige.

---

67 Zie over het voorgaande Kummeling 1988, p. 235-241 en Hoogendijk-Deutsch 1978, p. 43.
68 MvT bij de Awb (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3), p. 130.
69 Zie Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 245-246 en Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/112-113, met verwijzingen.

Art. 8:47 Awb luidt als volgt:

1. De rechtbank kan een deskundige benoemen voor het instellen van een onderzoek.
2. Bij de benoeming worden vermeld de opdracht die moet worden vervuld en de termijn, bedoeld in het vierde lid.
3. Van het voornemen tot het benoemen van een deskundige als bedoeld in het eerste lid wordt aan partijen mededeling gedaan. De rechtbank kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent het onderzoek binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk aan haar kenbaar te maken.
4. De rechtbank stelt een termijn binnen welke de deskundige aan haar een schriftelijk verslag van het onderzoek uitbrengt.
5. Partijen kunnen binnen vier weken na de dag van verzending van het verslag aan hen schriftelijk hun zienswijze met betrekking tot het verslag naar voren brengen.
6. De rechtbank kan de in het vijfde lid bedoelde termijn verlengen.

Ik bespreek nu achtereenvolgens de leden van dit artikel, tegen de achtergrond van de advisering in milieugeschillen.

Uit het woordje 'kan' in het eerste lid blijkt dat het benoemen van een deskundige een discretionaire bevoegdheid is. Dit betekent dat de rechter enige vrijheid heeft om te bepalen of het inschakelen van een deskundige nodig is. Deze bevoegdheid hangt samen met zowel de positie van de rechter als *dominus litis*,[70] als met de in het bestuursrecht geldende vrije bewijsleer.[71] Het bestuursrecht kent geen bijzondere regels van bewijsrecht en het bestuursrechtelijk bewijs is ook niet gebonden aan wettige bewijsmiddelen.[72] Dit brengt met zich mee dat de rechter enige vrijheid heeft bij het verdelen van de bewijslast en daarmee met betrekking tot de vraag of hij ambtshalve een deskundigenonderzoek gelast of niet.[73] Zoals ook al uit de memorie van toelichting bij art. 8:47 Awb blijkt, is deze vrijheid evenwel niet onbeperkt.[74] Er is een veelheid van factoren van invloed op de beslissing van de rechter om al dan niet een deskundige in te schakelen. De belangrijkste daarvan bespreek ik hierna in paragraaf 3.3.[75]

Volgens de memorie van toelichting kan de in het tweede lid bedoelde onderzoeksopdracht in algemene bewoordingen zijn gesteld, maar is het ook mogelijk dat 'bijzondere te onderzoeken aangelegenheden' worden vermeld. Uit het vervolg blijkt dat de regering, met name uit proceseconomisch oogpunt,

70 Zie paragraaf 3.3.1.
71 Idem Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/115.
72 De Haan, Drupsteen en Fernhout 1998, p. 470.
73 Zie onder anderen Schuurmans 2005, p. 233 e.v.
74 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 130: 'Tijdens het vooronderzoek kan blijken, dat het voor het vormen van een oordeel over het voorgelegde geschil *noodzakelijk* [curs. TCL] is om het oordeel van een deskundige in te winnen.'
75 Zie nader Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 338-348.

een voorkeur heeft voor een meer gerichte onderzoeksopdracht.[76] In het milieurecht is evenwel altijd sprake geweest van een heel algemene adviesvraag. Hierop ga ik in paragraaf 4.2.3 nader in.

In paragraaf 5 komen enkele uitspraken aan de orde waarin de rechter in strijd met het derde lid geen mededeling had gedaan aan partijen van het voornemen tot het benoemen van een deskundige. Uit die uitspraken blijkt dat de rechter dit gebrek passeert, als hij van oordeel is dat partijen door het gebrek niet in hun belangen zijn geschaad.

Van de in de tweede volzin van het derde lid geboden mogelijkheid om partijen hun wensen kenbaar te laten maken omtrent het deskundigenonderzoek, maakt de Afdeling in milieugeschillen niet of nauwelijks gebruik. Dit hangt samen met het gebruik van een heel algemene adviesvraag aan de vaste deskundige en het feit dat die deskundige (de StAB) over een protocol beschikt waarin is neergelegd hoe het onderzoek wordt verricht (zie hierover paragraaf 4.2.3). Met deze werkwijze is het niet zinvol om partijen te vragen naar hun wensen over het inrichten van het deskundigenonderzoek.

Volgens het vierde lid stelt de rechtbank de deskundige een termijn. Om zelf de wettelijke afdoeningstermijn van een jaar (zie art. 20.1 lid 2 Wm) te kunnen halen, stelt de Afdeling de StAB een termijn van drie maanden (voorheen vier maanden) om advies uit te brengen. Tot en met het jaar 1999 was, vanwege een structurele werkvoorraad, de doorlooptijd van StAB-rapporten in milieuzaken gemiddeld ongeveer negen maanden. Vanaf het jaar 2000 is de StAB erin geslaagd de doorlooptijd jaarlijks terug te dringen en vanaf het jaar 2003 lukt het haar om in vrijwel alle gevallen binnen de met de Raad van State afgesproken termijn van drie maanden advies uit te brengen.[77]

De in het vijfde lid neergelegde mogelijkheid voor partijen om jegens de rechter te reageren op het deskundigenbericht is uit het oogpunt van een eerlijk proces cruciaal, zo blijkt ook uit de in paragraaf 5 besproken jurisprudentie (zie aldaar). De Afdeling houdt partijen in milieugeschillen niet aan de in dit lid genoemde termijn van vier weken. Dit hangt samen met de administratieve werkwijze. Na ontvangst van het rapport van de StAB sluit de Afdeling het vooronderzoek. Zij stuurt partijen vervolgens een afschrift van het StAB-rapport (inclusief eventuele bijlagen) toe,[78] zonder in de begeleidende brief expliciet

76 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 131.

77 Zie de jaarverslagen van de StAB (de jaarverslagen van de laatste vijf jaar zijn te downloaden vanaf <www.stab.nl>).

78 Op grond van art. 13 lid 3 van de (niet bindende) Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 geldt hiervoor een termijn van twee weken. Deze regeling is op 1 januari 2006 in werking getreden en verving de Procesregeling Afdeling bestuursrechtspraak 2002. De Procesregeling is te vinden op <www.raadvanstate.nl>, onder 'OVER', 'Bestuursrechtspraak', 'Regelingen'.

aan te geven dat partijen op het rapport kunnen reageren (in de uitnodiging voor de zitting wordt er wel op gewezen dat nadere stukken kunnen worden ingediend; zie art. 8:58 lid 2 Awb). Indien een partij een reactie op het StAB-rapport indient, wordt dat aangemerkt als een nader stuk.[79] Nadere stukken kunnen in beginsel worden ingediend tot tien dagen voor de zitting (art. 8:58 lid 1 Awb).[80] Het is evenwel mogelijk dat het indienen van een nader stuk, bijvoorbeeld een reactie op het deskundigenbericht, niet wordt toegelaten wegens strijd met de goede procesorde. Daarvoor kan aanleiding bestaan als de andere partijen niet meer goed op het stuk kunnen reageren, als het indienen daarvan eerder had gekund en als een efficiënte procesgang wordt doorkruist.

Uit het voorgaande volgt dat de Afdeling in milieugeschillen geen toepassing geeft aan het zesde lid van art. 8:47 Awb.

Ook enkele andere bepalingen zijn van belang voor de deskundigenadvisering aan de rechter.

Art. 8:48 lid 1 Awb bepaalt dat een arts-deskundige inlichtingen kan inwinnen bij andere artsen, onder wie de huisarts van de betrokkene. In paragraaf 4.3.4.3 (in paragraaf 4.3.4 bespreek ik het inwinnen van inlichtingen door de StAB) komt deze bepaling nader aan de orde.

Art. 8:30 Awb verplicht partijen mee te werken aan een deskundigenonderzoek in de zin van art. 8:47 Awb. Als een partij niet meewerkt, dan kan de rechtbank 'daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen', aldus art. 8:31 Awb.[81] Partijen staan hierdoor onder druk om mee te werken. Vrees voor een niet-meewerkende houding van partijen behoeft voor de rechter dus geen aanleiding te zijn een onderzoek achterwege te laten.

Art. 8:34 lid 1 Awb bepaalt dat de deskundige die zijn benoeming heeft aanvaard, verplicht is zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen.

In hoofdstuk 2, paragraaf 3, is reeds de regeling van de deskundigenadvisering in hoofdstuk 20 van de Wet milieubeheer besproken. Deze regeling ziet op de taak, de financiering en de onpartijdigheid van de StAB.

---

79 In het verlengde hiervan wordt in de uitspraak in het procesverloop niet specifiek vermeld of een nader stuk een reactie op het deskundigenbericht betreft; zie ook Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 31. Eind 2007 heeft de Afdeling overigens besloten om een reactie op het deskundigenbericht voortaan wel als zodanig in het procesverloop te vermelden.

80 Deze werkwijze is vanuit rechtsbeschermingsoogpunt positief te waarderen, maar lijkt mij wel op gespannen voet te staan met art. 13 lid 4 van de Procesregeling bestuursrechtelijke colleges 2006 (zie twee voetnoten eerder), dat bepaalt: 'Naar aanleiding van een gemotiveerd verzoek van een partij kan het college de termijn van vier weken voor het naar voren brengen van zienswijzen met betrekking tot het verslag [het deskundigenbericht, TCL] eenmaal met twee weken verlengen.'

81 In het uiterste geval kan dit leiden tot niet-ontvankelijkheid van het beroep, zie CRvB 30 november 1994, *JB* 1995, 24.

Uit het vorenstaande blijkt dat de wettelijke regeling van het deskundigenbericht tamelijk summier is. Zo biedt deze geen criteria voor beantwoording van de vraag wanneer de rechter een deskundigenbericht moet inwinnen, in hoeverre hij een ingewonnen bericht moet controleren en hoe hij met een ingebrachte contra-expertise moet omgaan. Ook ontbreekt in het geheel een aanduiding van de onderzoeksbevoegdheden van de deskundige. Deze onderwerpen komen hierna in paragraaf 3.4 en paragraaf 5 aan de orde.

3.3 Factoren die van invloed zijn op de inwinning van een deskundigenbericht

3.3.1 De taak van de bestuursrechter

Het inwinnen van een deskundigenbericht is een van de onderzoeksbevoegdheden waarover de bestuursrechter beschikt. De mate waarin een rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt, is afhankelijk van zijn taakopvatting, welke taakopvatting op haar beurt weer afhankelijk is van de algemene opvattingen over de taak van de bestuursrechter. Deze opvattingen zijn aan verandering onderhevig. Waar voorheen ook de controle van de kwaliteit van de besluitvorming als een functie van bestuursrechtspraak werd gezien, is in de Algemene wet bestuursrecht een tamelijk fundamentele keuze gemaakt voor de functie rechtsbescherming.[82] Dit heeft er onder meer toe geleid dat de rechtmatigheid van het aangevochten overheidsbesluit alleen op grond van de door appellant(en) aangevoerde gronden wordt getoetst (behoudens het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden). In zoverre is de houding van de bestuursrechter wat lijdelijker geworden dan voorheen. Ook andere traditionele kenmerken van het bestuursprocesrecht, te weten de materiële waarheidsvinding en de ongelijkheidscompensatie, staan enigszins onder druk.[83] Gezien deze ontwikkelingen is voorstelbaar dat de bestuursrechter wat terughoudender omgaat met zijn onderzoeksbevoegdheden.

Het belang van de genoemde ontwikkelingen zou ik evenwel direct willen relativeren. Op grond van art. 8:69 lid 2 en 3 Awb is de rechter immers nog steeds verplicht respectievelijk bevoegd om – binnen de door de appellant(en) bepaalde omvang van het geding – de rechtsgronden respectievelijk de feiten aan te vullen. De rechter kan dus, bijvoorbeeld door verantwoordelijkheid te nemen voor het feitenonderzoek, desgewenst nog steeds tegenwicht bieden tegen de doorgaans sterkere procespositie van het bestuursorgaan ten opzichte

82 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 35.
83 Zie bijvoorbeeld VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004, p. 33 (met verwijzingen) respectievelijk Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005, p. 540-543.

van de burger.[84] Ook het feit dat de rechter nog steeds de positie van *dominus litis* inneemt – dat wil zeggen dat hij de leiding heeft over de procedurele gang van zaken in het geding – biedt de bestuursrechter ruimte om in het concrete geval te beslissen dat hij een deskundigenbericht nodig heeft.[85]

3.3.2 *Aard van de materie*

Gesteld kan worden dat de rechter die de kennis ontbeert om de specialistische materie waarover een geschil handelt te beoordelen, in beginsel verplicht is om ambtshalve een deskundigenonderzoek te gelasten.[86] Deze plicht bestaat evenwel niet in alle gevallen. Zo is, nu de rechter uitspraak dient te doen op de grondslag van het beroep, daarvoor vereist dat de beroepsgronden betrekking hebben op de technisch-inhoudelijke aspecten van de zaak. Indien in de bestuurlijke voorfase reeds uitgebreide deskundigenrapporten zijn opgesteld, kan, voordat de rechter overgaat tot het inwinnen van een deskundigenbericht, verder van appellanten worden verwacht dat zij aangeven waarom de eerdere onderzoeken niet deugen.

Een deskundigenbericht kan de rechter in staat stellen om de materiële waarheid achter de geschilpunten te vinden, in ieder geval zodanig dat hij een voldoende onderbouwd oordeel kan vellen. In milieugeschillen heeft de rechter vaak technisch-deskundige informatie nodig over de processen die binnen een inrichting plaatsvinden en ook een technisch-deskundige beoordeling van het door het bevoegd gezag gebruikte beoordelingskader en de door hem gebruikte meet- en rekenmethoden. De deskundige dient ook vaak de toereikendheid van vergunningvoorschriften te beoordelen, in het licht van de stand van de techniek.[87]

Ter illustratie van de technische aspecten van milieugeschillen haal ik een uitspraak aan over een vergunning voor een windmolenpark, waarin vele bezwaren waren geuit met betrekking tot geluidaspecten.[88] De aangehaalde overwegingen laten ook zien hoe sterk de Afdeling op de technische punten vaak afhankelijk is van de deskundige en hoe zwaar zij op diens beoordeling steunt.

---

84 Zie de MvT bij de Awb (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3), p. 31 en 37, en bijvoorbeeld Heldeweg 1993, p. 332 e.v.

85 Naast deze algemene, institutionele aspecten van de taak van de bestuursrechter, kan een rechter om andere redenen een deskundigenonderzoek gelasten. Bijvoorbeeld omdat hij verwacht dat de angel uit het conflict kan worden gehaald door de verantwoordelijkheid voor het feitenonderzoek bij partijen weg te halen.

86 Zie Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 83 en 245-246 en 253 en Widdershoven e.a. 1991, p. 23. Zie hierover ook Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/116-117.

87 Vgl. Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 31.

88 ABRvS 21 juni 2006, 200507634/1, *M en R* 2006, 103.

- Over de eenheid waarin de geluidgrenswaarden zijn uitgedrukt:

  Verweerder heeft de betreffende geluidgrenswaarden uitgedrukt in langtijdgemiddeld beoordelingsniveau (LAr, LT). Dat verweerder voor deze eenheid heeft gekozen leidt, mede gelet op het deskundigenbericht, niet tot het oordeel dat de aldus resulterende geluidgrenswaarden van voorschrift 6.1.1 ontoereikend zijn ter voorkoming dan wel beperking van geluidhinder. Het beroep van appellanten sub 4 treft in zoverre geen doel.

- Over de representativiteit van de door het bevoegd gezag verrichte metingen:

  De Afdeling is, mede gezien het deskundigenbericht, van oordeel dat verweerder de gemeten waarden van het referentieniveau bij verschillende windsnelheden, zoals vermeld in het geluidrapport, representatief heeft kunnen achten en dat hij bij het stellen van voorschriften daarbij heeft kunnen aansluiten.

- Over de hoogte van het geluid van de windturbines en van het referentieniveau van het omgevingsgeluid:

  Uit het deskundigenbericht blijkt dat bij windsnelheden boven de 10 m/s het referentieniveau van het omgevingsgeluid in representatieve bedrijfsomstandigheden het geluid van de windturbines ruimschoots zal overschrijden. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat verweerder in redelijkheid heeft kunnen afzien van geluidgrenswaarden bij deze windsnelheden.

- Over het eventuele bijzondere karakter van het geluid:

  Ten aanzien van het bijzondere karakter van het geluid dat door de windmolens wordt veroorzaakt overweegt de Afdeling als volgt. In het deskundigenbericht is vermeld dat in het geluid veroorzaakt door de windmolens een zekere fluctuatie in het momentane geluidimmissieniveau en in de klankkleur voordoet, maar dat het geluid niet het karakter heeft van muziekgeluid. Daarom is een toeslag voor muziekgeluid volgens het deskundigenbericht niet gerechtvaardigd. De Afdeling ziet in hetgeen is aangevoerd geen reden om hieraan te twijfelen. Het beroep van appellante sub 3 kan in zoverre niet slagen.

- Over de deugdelijkheid van het verrichte geluidonderzoek:

  Ten aanzien van de door appellante sub 4 gestelde gebreken in het geluidonderzoek overweegt de Afdeling als volgt. In het deskundigenbericht is vermeld dat de meewindcondities op correcte wijze in het onderzoek zijn betrokken. In hetgeen is aangevoerd ziet de Afdeling geen aanleiding voor een ander oordeel. Voorts overweegt de Afdeling dat nu onder meer in de voorschriften 6.1.1 en 6.1.2 wordt uitgegaan van de windsnelheid op een hoogte van 10 meter, verweerder bij het bepalen van de geluidbelasting vanwege de inrichting op goede gronden is uitgegaan van het bronvermogen op 10 meter hoogte.

· Over de naleefbaarheid van de gestelde geluidgrenswaarden:

> Gelet op het deskundigenbericht moet er naar het oordeel van de Afdeling van worden uitgegaan dat bij windsnelheden vanaf 4 m/s aan de in voorschrift 6.1.2 opgenomen grenswaarden kan worden voldaan. Blijkens het deskundigenbericht bestaat bij windsnelheden van 2 tot 3 m/s de mogelijkheid van een overschrijding van de grenswaarde voor de nachtperiode. Uit de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gekomen is duidelijk geworden dat de windmolens zijn uitgerust met een voorziening waardoor de windmolen wordt stilgezet bij eerste overschrijding van de toegestane geluidnormen. Gelet hierop ziet de Afdeling geen aanleiding voor het standpunt dat voorschrift 6.1.1 in de nachtperiode niet kan worden nageleefd.

3.3.3 De cultuur van het rechterlijk college en de proceshouding van appellanten

Het inschakelen van een deskundige door de bestuursrechter is enerzijds afhankelijk van factoren die aan de insteller van het beroep zijn gerelateerd en anderzijds van het beleid of de 'cultuur' van de rechtbank.

Wat het eerste betreft, is van belang of appellant een deskundigenrapport heeft ingebracht (dat correleert namelijk positief met het inwinnen van een deskundigenbericht door de rechter) en of hij zich door een professionele gemachtigde laat vertegenwoordigen (sommige rechtbanken zijn in dat geval terughoudender in het inschakelen van een medisch deskundige).

Binnen het beleid of de cultuur van een gerecht met betrekking tot de inschakeling van een deskundige, kunnen meerdere aspecten worden onderscheiden.

In de eerste plaats is, zo blijkt uit eerder onderzoek, het ene gerecht sneller geneigd een deskundige in te schakelen dan het andere. In het kader van een evaluatie van hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht is de praktijk van de rechtbanken bij medische kwesties in sociale zekerheidsgeschillen onderzocht. Hierbij is grofweg een tweedeling te maken in de benadering door de gerechten. Een aantal rechtbanken wint – indien er een medische kwestie speelt – vrijwel standaard medisch advies in bij het weigeren, intrekken of verlagen van een uitkering. Alleen in vrij uitzonderlijke gevallen wordt door deze rechtbanken geen rapport ingewonnen. De andere groep rechtbanken hanteert juist als uitgangspunt dat er geen deskundige wordt ingeschakeld, tenzij daartoe een noodzaak bestaat. Wanneer er zich onduidelijkheden voordoen tijdens het vooronderzoek, worden deze eerst in een of meer rondes voorgelegd aan partijen en aan de verzekeringsgeneeskundige. Alleen als er daarna nog getwijfeld wordt aan de juistheid van het rapport van de verzekeringsgeneeskundige, wordt door de rechtbank een medisch onderzoek gelast.[89]

---

89 Zie hierover uitgebreid Albers e.a. 1996, p. 143-144. Zie ook de Werkgroep medische toetsing 1995, p. 6-15.

Onderzoek door Marseille bevestigt dit wisselende beeld. In de door hem onderzochte arbeidsongeschiktheidszaken (waarbij het beroep is ingesteld in 1998) won de ene rechtbank in 1 van de 28 zaken een deskundigenbericht in, terwijl de andere rechtbank dat in 15 van de 28 zaken deed.[90]

Een tweede aspect van gerechtelijke cultuur is dat de ene rechtbank een voorkeur heeft voor een mondelinge behandeling van de zaak (en daarmee voor een confrontatie tussen partijen en de deskundige op de zitting), terwijl de andere rechtbank de voorkeur geeft aan het zoveel mogelijk schriftelijk verlopen van het vooronderzoek (waarbij het inwinnen van een deskundigenbericht past).

Een derde factor van de zijde van een gerecht kan zijn dat het beschikt over meer deskundige rechters en ondersteunend personeel dan een ander gerecht, waardoor het minder snel een deskundige behoeft in te schakelen. Ook financiële factoren (bijvoorbeeld het werken met een vast budget in plaats van met een systeem van open einde-financiering) kunnen voor een gerecht een reden zijn om terughoudend om te gaan met de bevoegdheid om deskundigheid in te winnen.[91,92]

Ten slotte kan de traditie van een gerecht een rol spelen. In milieugeschillen is dit lange tijd een belangrijke factor geweest. De standaard adviesinwinning in milieugeschillen, zoals die tot eind jaren '90 van de vorige eeuw praktijk was, vloeide mede voort uit de vroegere regelingen en praktijk ten tijde van het Kroonberoep en de TwK (zie hoofdstuk 2). In de toekomst zou, als gevolg van de invoering van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)[93] en in combinatie daarmee van rechtspraak in twee instanties, de gerechtelijke traditie van adviesinwinning wederom een factor van betekenis kunnen worden. Vanwege de meer terughoudende opstelling van de rechtbanken ten aanzien van het inwinnen van deskundigenberichten, valt te verwachten dat zij de StAB minder vaak zullen inschakelen dan de Afdeling thans doet.[94]

3.4 Vergelijking deskundigenadvisering aan het bestuur en aan de rechter

Belangrijke vragen bij de deskundigenadvisering aan de rechter zijn: wanneer mag de rechter een advies inwinnen, wanneer moet hij dat doen, moet hij dit

---

90 Zie Marseille 2004, p. 78.

91 Zie over het voorgaande Marseille 2004, p. 78-79, Albers e.a. 1996, p. 143-147, Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 280 en de Werkgroep medische toetsing 1995, hoofdstuk 2 en 3.

92 Omdat de StAB wordt gefinancierd door het Ministerie van VROM, spelen de kosten bij de beslissing om de vaste deskundige in milieugeschillen om advies te vragen geen rol. Andere deskundigen komen daarentegen wel ten laste van het budget van de Raad van State. Deze werden en worden dan ook slechts bij hoge uitzondering ingeschakeld (zie paragraaf 4.2.1).

93 De beoogde datum van inwerkingtreding is thans 1 januari 2009.

94 Zie Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 77-78 en Uylenburg 2006, p. 19.

advies controleren en zo ja hoe indringend, en hoeveel ruimte bestaat er om van het advies af te wijken? Er zijn hierbij duidelijke parallellen aan te wijzen met deskundigenadvisering aan het bestuur (zie over het laatste paragraaf 2).[95]

Net als het bestuur, 'mag' de rechter alleen een advies inwinnen indien dat nodig is. Het lijkt wellicht onnodig om dat op te merken, maar in milieugeschillen werd er lange tijd min of meer standaard een advies ingewonnen. Dat is niet juist. Een behoorlijke rechtspleging eist dat de rechter eerst onderzoekt of een deskundigenbericht nodig is. Inmiddels gebeurt dat ook in milieugeschillen (zie paragraaf 4.2.2).

Wat de tweede vraag betreft, geldt dat waar voor het bestuur een plicht tot het inwinnen van een advies bestaat indien het de kennis of de deskundigheid ontbeert die nodig is voor de zorgvuldige voorbereiding van een besluit, die plicht voor de rechter bestaat indien zijn kennis of deskundigheid tekortschiet om het beroep inhoudelijk te beoordelen.[96] De rechter bepaalt zelf of een deskundigenbericht nodig is; veel meer dan vragen kan een partij niet doen.[97]

Ook bij de vraag in hoeverre het deskundigenrapport moet worden gecontroleerd, verkeren het bestuur en de rechter in een vergelijkbare positie. Beide zijn niet in staat het advies inhoudelijk te controleren (anders was het vragen van advies ook niet nodig), maar zijn en blijven wel verantwoordelijk voor het te nemen besluit respectievelijk voor de te vellen uitspraak. Zij moeten dan ook beide een min of meer marginale deugdelijkheidstoets verrichten, waarbij wordt nagegaan of het onderzoek zorgvuldig is geweest, of het advies geen kennelijke onjuistheden bevat en of de gevolgde redenering logisch en concludent is.

Voor het bestuur volgt uit art. 3:49 Awb dat als het ingewonnen advies gemotiveerd is en de voornoemde marginale toets doorstaat, het besluit in beginsel op het advies mag worden gebaseerd. Dit gaat blijkens een appèluitspraak van de Afdeling uit 1999 ook op voor de rechter.[98] De Afdeling formuleert in deze uitspraak de volgende algemene overweging over het gewicht van een deskundigenbericht voor de rechter:

---

95 Zie voor een vergelijking van beide vormen van advisering ook Wulffraat-Van Dijk 2001, p. 131-133.

96 Vgl. Veringa 1991, p. 12, Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 246 en Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/117.

97 Zie ABRvS 30 mei 2007, 200607905/1, voor een geval waarin een appellant de Afdeling had verzocht de StAB een deskundigenbericht te laten uitbrengen. De Afdeling vond dat niet nodig en overwoog 'dat een zodanig deskundigenbericht naar haar oordeel in dit geval redelijkerwijs niet bijdraagt aan de beoordeling van de zaak. Zij heeft dan ook geen aanleiding gezien de [StAB] te verzoeken een deskundigenbericht uit te brengen.'

98 ABRvS 28 juni 1999, *LJN* AA3619, *JB* 1999, 219, m.nt. Heldeweg.

> 'De rechter is weliswaar niet gebonden aan het advies, doch juist omdat het gaat om een advies van een deskundige komt daaraan wel grote betekenis toe. In beginsel mag de rechter dan ook afgaan op het advies. Dat is slechts anders indien het advies onvoldoende zorgvuldig tot stand is gekomen of anderszins zodanige gebreken bevat, dat het niet aan de oordeelsvorming ten grondslag mag worden gelegd.'

De Afdeling verwerpt in deze zaak het hoger beroep, waarbij zij van belang acht dat de appellant door de rechtbank in staat is gesteld het deskundigenbericht te bestrijden en dat hij geen contra-expertise heeft overgelegd.

De Centrale Raad van Beroep hanteert een vergelijkbare insteek, waar hij overweegt dat het oordeel van de door de rechtbank ingeschakelde deskundige op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld, maar niet zonder goede gronden terzijde kan worden gesteld.[99]

Indien contra-expertise is ingebracht, mag het bestuursorgaan het aan hem uitgebrachte advies niet zonder meer volgen. Het moet dan in ieder geval motiveren waarom het tegenrapport hem niet op andere gedachten brengt. In paragraaf 2.5 is opgemerkt dat het voor de hand ligt dat het bestuursorgaan daartoe de contra-expertise ter reactie voorlegt aan de eigen adviseur.

Ook de rechter mag niet zonder expliciete weerlegging daarvan aan de door een partij ingebrachte contra-expertise voorbijgaan. Het zal dan vaak nodig zijn dat hij een nader advies vraagt aan de door hem ingeschakelde deskundige of dat hij een andere deskundige raadpleegt.

Volgens de jurisprudentie mag een bestuursorgaan eerder op de deugdelijkheid van een advies vertrouwen indien de adviseur ervaren is, naarmate er een bestendige 'adviesrelatie' bestaat en indien de adviseur zijn werkwijze in een protocol heeft vastgelegd. Zoals ik in paragraaf 2.5 heb opgemerkt, lijkt mij dit met betrekking tot de eerste en tweede omstandigheid niet zonder meer juist. Hetzelfde geldt voor de advisering aan de rechter. Enerzijds weet een ervaren adviseur in geval van bestendige advisering wat er van hem wordt verwacht, anderzijds kunnen daarbij op een gegeven moment automatismen ontstaan en kan zowel de adviseur als de rechter minder alert worden. In milieugeschillen is het risico hierop niet bij voorbaat denkbeeldig, omdat de 'adviesrelatie' niet alleen bestendig is, maar ook exclusief (de StAB is de vaste deskundige van de Afdeling). In paragraaf 6.2 bespreek ik of aannemelijk is dat dit risico zich verwezenlijkt. Overigens doet de andere genoemde omstandigheid zich ook voor in milieugeschillen: de StAB handelt conform een protocol. Zie over de bijzondere kenmerken van de advisering in milieugeschillen uitgebreid paragraaf 4.

---

99 CRvB 9 juli 1996, *RSV* 1997, 81.

Hoewel de positie van bestuur en rechter bij deskundigenadvisering op veel punten vergelijkbaar is, is zij niet geheel gelijk. Met name wat de procedurele eisen betreft, bestaan er verschillen: die zijn met betrekking tot de procedure voor de rechter strenger. Zo heeft de Afdeling uitgemaakt dat de plicht om partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunt kenbaar te maken over het deskundigenbericht voordat dit wordt uitgebracht – welke plicht voor de rechterlijke fase onder omstandigheden kan worden afgeleid uit art. 6 EVRM en de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM (zie hierover uitgebreid paragraaf 5) – niet geldt voor de bestuurlijke fase.[100]

4 DESKUNDIGENADVISERING IN MILIEUGESCHILLEN

4.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik hoe de Afdeling deskundigenberichten inwint (paragraaf 4.2) en hoe de StAB invulling geeft aan haar taak als deskundige (paragraaf 4.3). De organisatie van de advisering in milieugeschillen is voor een groot deel historisch bepaald. Ik doel hierbij op de monopoliepositie van de StAB als vaste deskundige van de Afdeling, het feit dat de Afdeling een open adviesvraag stelt, de hoge mate waarin advies wordt ingewonnen (dit is de laatste jaren wel minder geworden) en de wijze waarop de rechter omgaat met kritiek op het deskundigenbericht. Wat de StAB betreft, gaat het voornamelijk om de wijze waarop zij haar onderzoek verricht en om de inhoud van haar rapporten. Mede omdat zij al het feitelijke onderzoek verricht, zijn haar rapportages meer dan enkel een deskundigenbericht.

Al deze elementen in onderlinge samenhang beschouwd, kan er worden gesproken van een bepaalde 'adviescultuur' in milieugeschillen. Deze cultuur heeft grote betekenis voor de wijze van advisering in de praktijk. Nu de advisering op haar beurt van groot belang is voor de toetsing door de rechter, is het interessant om de adviescultuur aan een nader onderzoek te onderwerpen.

4.2 De inwinning door de Afdeling van deskundigenberichten

4.2.1 Vaste deskundige

De StAB is de vaste deskundige van de Afdeling in milieugeschillen. Hoewel er geen formeel beletsel voor de Afdeling bestaat om een andere deskundige te raadplegen, maakt zij altijd gebruik van de diensten van de StAB. Uit hoofd-

100 Zie ABRvS 22 november 2006, 200602000/1, *JB* 2007, 12, m.nt. Bots. De rechtbank in eerste aanleg was een ander oordeel toegedaan.

stuk 1 en 2 blijkt dat dit historisch is bepaald. Daarnaast vormt de huidige financieringsregeling voor de inwinning van adviezen geen stimulans voor de Afdeling om andere deskundigen te raadplegen. Aan de inschakeling van de StAB, die door het Ministerie van VROM wordt gefinancierd,[101] zijn voor de Afdeling namelijk geen kosten verbonden, terwijl zij andere deskundigen wel zelf zou moeten betalen.[102]

Een vaste deskundige is tamelijk bijzonder. In andersoortige geschillen waarbij door de rechter veel gebruik wordt gemaakt van deskundigen, zoals in geschillen over de arbeidsongeschiktheid van een werknemer[103] of in geschillen over de toerekeningsvatbaarheid van een verdachte in het strafrecht, worden immers steeds *ad hoc* (zij het wel deels dezelfde) deskundigen benoemd. In civielrechtelijke geschillen is overigens sprake van een gevarieerder beeld.[104]

4.2.1.1 Voordelen van (de StAB als) vaste deskundige

Respondenten van de Raad van State in het kader van het onderzoek 'Vijf jaar StAB' beoordeelden het werken met een vaste deskundige positief. Het heeft als voordeel dat steeds met dezelfde ogen naar geschilpunten wordt gekeken, waardoor bijvoorbeeld de (wijze van) vaststelling van feiten en omstandigheden consequenter is dan wanneer steeds met wisselende deskundigen wordt gewerkt. Ook hoeft de rechter zich niet bij elke zaak af te vragen of de deskundige wel een objectief beeld van de situatie schept.[105] Daarnaast is van belang dat een vaste deskundige zich, vooral door zijn ervaring, bewust is van het belang van fundamentele procesregels en snapt wat er van hem gevraagd wordt.[106]

De grote meerderheid van de door Freriks en Robbe geïnterviewde respondenten is, net als de Raad van State, voorstander van de StAB als vaste deskundige. De StAB is volgens hen deskundig, ervaren, onpartijdig en onafhankelijk.[107] Een ander positief aspect van vaste advisering dat door procespartijen wordt genoemd, is dat het de kwaliteit van de adviezen ten goede komt. Een vaste adviesrelatie bevordert de uniformiteit en eenduidigheid van de adviezen

101 Zie art. 20.17 lid 1 Wm jo. het Besluit subsidiëring stichting advisering bestuursrechtspraak milieu en ruimtelijke ordening (*Stb*. 1995, 454, zoals gewijzigd bij besluit van 14 februari 1998, *Stb*. 1998, 99).

102 Zie ook Hoitink en Spelt 1994, p. 93 en Albers e.a. 1996, p. 147.

103 Zie Van den Berg 1999, p. 237.

104 Uit een enquête onder rechtbanken en gerechtshoven blijkt dat partijen in civielrechtelijke geschillen meestal zelf een voorstel doen voor een deskundige. Als zij er niet uit komen, beslist de rechter welke deskundige wordt benoemd. Sommige rechterlijke colleges beschikken daartoe over een lijst met personen die zich hebben aangeboden om als deskundige te functioneren. Er zijn daarentegen ook rechters die gebruik maken van eigen 'vaste' deskundigen. Zie Slabbers en Mulder 2001, p. 231.

105 Zie Freriks en Robbe 2001, p. 61.

106 Vgl. Polak 1975, p. 1292.

107 Zie Freriks en Robbe 2001, p. 60.

en maakt een zekere standaardisatie mogelijk. Daarnaast leidt een vast adviseurschap tot bundeling van kennis en ervaring.[108]

Vóór advisering door een vaste deskundige pleit ook dat het efficiënt is, omdat beide partijen elkaar kennen: de deskundige kent de lacunes in de kennis van de rechter,[109] de rechter op zijn beurt is vertrouwd met de manier van adviseren door de deskundige. Dit laatste wordt geïllustreerd door de hiervoor vermelde opmerking van de kant van de Raad van State, dat het werken met een vaste deskundige als voordeel heeft dat steeds met dezelfde ogen naar geschilpunten wordt gekeken.[110] Een ander voordeel voor de rechter is van praktische aard: met één adviseur is overleg eenvoudig te organiseren. Overleg tussen de Raad van State en de StAB vindt regelmatig plaats: ten minste één maal per kwartaal wordt overlegd over de inhoud, het belang en de opbouw van het deskundigenbericht.[111]

4.2.1.2 Nadelen van een vaste deskundige

Er is echter ook een gevaar gelegen in het gebruik van vaste deskundigen: door de vertrouwdheid daarmee kan de rechter minder kritisch tegenover diens deskundigenberichten komen te staan. Volgens Wulffraat-Van Dijk deed zich in milieugeschillen een vergelijkbaar verschijnsel voor als in de vroegere vaste deskundige-procedure in spoedeisende arbeidsongeschiktheidsgeschillen, neergelegd in de oude Beroepswet. Uitgangspunt hierbij was dat de Voorzitter van de Raad van Beroep niet twijfelde aan de juistheid van de bevindingen van de aan de Raad van Beroep verbonden medisch deskundigen, tenzij die weerlegd waren met een contra-expertise. Volgens Wulffraat-Van Dijk speelde het feit dat het hierbij ging om vaste deskundigen waarschijnlijk een grote rol.[112] Verwant hiermee is de kritiek die vooral Brenninkmeijer in het verleden heeft geuit op de adviespraktijk in milieugeschillen. In het bijzonder door de vaste advisering was er zijns inziens sprake van 'een monocultuur, die ertoe bijdraagt dat bepaalde paradigma's als onuitgesproken denkraam voor de oordeelsvorming gaan werken'. Het bestaan van dergelijke paradigma's zou zijns inziens op gespannen voet kunnen staan met de eis van onafhankelijke rechtspraak. Brenninkmeijer pleitte daarom voor het op *ad hoc*-basis inwinnen van advies door de rechter, waarvoor deze de beschikking

108 Aldus de door Hoitink en Spelt 1994, p. 100 geïnterviewde procespartijen.
109 Idem Hoitink en Spelt 1994, p. 100.
110 Op grond hiervan kan anderzijds het risico bestaan op een 'monocultuur' in de advisering. Zie de volgende paragraaf.
111 Aldus StAB, Jaarverslag 2000, p. 11. In de recentere jaarverslagen (zie <www.stab.nl>) is meer algemeen vermeld dat overleg is gevoerd over de aard van de zaken, de instroom en de kwaliteit van de adviezen.
112 Zie Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 268. Zie over de vaste deskundige-procedure ook paragraaf 5.3.1, bij de bespreking van de Feldbrugge-uitspraak.

zou moeten hebben over een lijst met onafhankelijke deskundigen.[113] Ook Heldeweg heeft gepleit voor *ad hoc*-advisering. Behalve op het nadeel van een monocultuur in de advisering, wees hij erop dat de rechter met afschaffing van het vaste adviseurschap meer vat krijgt op de advisering.[114]

4.2.1.3 Beoordeling

Buiten kijf staat dat de StAB onafhankelijk en onpartijdig is.[115] Ook is zij in beginsel voldoende deskundig.[116]

> Deze eigenschappen zijn in de jurisprudentie wel een enkele keer betwist. Een plaatselijke milieu-organisatie stelde dat de StAB in de desbetreffende zaak niet meer als onafhankelijk adviseur kon optreden, omdat zij al had eerder geadviseerd in procedures over hetzelfde bedrijf en in de daarbij uitgebrachte rapporten niet of nauwelijks was ingegaan op de door de omwonenden naar voren gebrachte klachten. De Afdeling oordeelt dat het enkele feit dat de StAB al eerder over de activiteiten van hetzelfde bedrijf had geadviseerd niet van invloed was op haar onafhankelijkheid. 'Dat de inhoud van de met betrekking tot [het bedrijf] ingebrachte deskundigenberichten appellante sub 3 niet of niet geheel welgevallig zijn, doet hieraan niet af.'[117]
>
> In een andere zaak, waarin het ging om een aanwijzing door de minister van een luchtvaartterrein en de daarmee samenhangende ministeriële aanwijzing aan een aantal gemeenten tot vaststelling of wijziging van hun bestemmingsplannen, was aangevoerd dat de StAB ter zake niet objectief en niet (voldoende) deskundig was. De Afdeling doet deze grond kort af, door te overwegen dat deze stelling niet aan de hand van het uitgebrachte deskundigenverslag nader is toegelicht. Vervolgens overweegt zij dat zij onder voormelde omstandigheden (appellanten hadden, meer algemeen, aangevoerd dat was gehandeld in strijd met art. 8.47 Awb) geen aanleiding ziet om het deskundigenverslag niet bij haar beoordeling te betrekken.[118]

Daarnaast zijn er andere, hiervoor genoemde, voordelen verbonden aan de advisering door de StAB. Dit vooropgesteld hebbende, zit er echter ook een mogelijk nadeel aan het gebruik van de StAB als vaste deskundige. Dit draagt

---

113 Brenninkmeijer 1991, p. 61. Hierbij moet wel worden aangetekend dat hij deze kritiek uitte ten tijde van de Tijdelijke wet Kroongeschillen, dus voordat de vaste deskundige formeel onafhankelijk werd.

114 Zie Heldeweg 1993, p. 360-362 en Heldeweg 1995, p. 13.

115 Zie hierover Freriks en Robbe 2001, p. 123-124 en ook hoofdstuk 2, paragraaf 3 hiervoor.

116 Alle deskundigen van de StAB die belast zijn met het opstellen van deskundigenberichten zijn in september 2007 ingeschreven als gerechtelijk deskundige in het register van de Stichting Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen (LRGD). Volgens de website van deze stichting stelt zij zich ten doel een bijdrage te leveren aan de kwaliteit van het deskundigenbewijs in de rechtspleging, door het beheren van een openbaar register met gerechtelijk deskundigen die voldoende toegerust zijn om adequaat op te kunnen treden in de rechtspleging (zie <www.lrgd.nl>).

117 ABRvS 4 februari 1999, *JB* 1999, 66, m.nt. Seerden, r.o. 2.14.

118 ABRvS 8 januari 1998, *AB* 1998, 194, m.nt. Van Buuren, *M en R* 1998, 29, m.nt. Claassen-Dales.

namelijk het risico in zich van een monocultuur in de advisering, zeker indien er tegelijkertijd sprake zou zijn van standaard adviesinwinning door middel van een algemene onderzoeksvraag (zie daarover het vervolg van deze paragraaf en, concluderend, paragraaf 6.2). Hiermee houdt verband dat van een vast adviseurschap geen stimulans uitgaat voor het opvullen van eventuele kennislacunes. Op sommige gebieden is de StAB wellicht niet het meest deskundig.[119] Indien nodig wint zij aanvullende informatie en kennis in bij externe deskundigen.[120] Dat is toe te juichen, maar voor een adequate advisering moet dan wel zijn verzekerd dat zij deze informatie kan beoordelen. Hoewel er geen aanwijzingen zijn dat zij hiertoe onvoldoende in staat is, maakt een en ander het wat minder vanzelfsprekend om de StAB in alle gevallen te raadplegen.

Is er dan een – beter – alternatief? Het grote voordeel van de StAB boven andere adviesbureaus is dat haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid wettelijk (zie art. 20.14 en 20.16 Wm) en statutair zijn gewaarborgd. Zij mag alleen adviezen aan de rechter uitbrengen. Doordat andere adviesbureaus wel allerlei marktpartijen adviseren, bestaat het risico dat in een zaak één van de partijen de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het desbetreffende bureau in twijfel trekt, omdat het bureau bij een eerdere gelegenheid is opgetreden als adviseur van de wederpartij. TNO lijkt wel als deskundige van de rechter te kunnen dienen, nu deze als publiekrechtelijke organisatie ook een onafhankelijke positie inneemt.[121] Overwogen zou kunnen worden om TNO in te schakelen indien een partij contra-expertise heeft ingebracht tegen het StAB-rapport (zie over contra-expertise nader paragraaf 4.2.5).

4.2.2 Standaard-advisering?

Zoals ik al eerder opmerkte, mag een rechter alleen een deskundigenbericht inwinnen als hij dit voor zijn oordeelsvorming nodig heeft.[122] Hiermee is niet verenigbaar dat een rechter in een bepaald soort geschillen *standaard* om een advies vraagt, tenzij aangenomen zou moeten worden dat een advies in dat type geschillen altijd nodig is.

In het verleden kon in het milieurecht worden gesproken van standaard-adviesinwinning. Ten tijde van het Kroonberoep werd(en) in ongeveer 80% van de uitspraken in milieugeschillen een of meer departementale ambtsberichten uitgebracht. Onder de Tijdelijke wet Kroongeschillen (1988-1993) werd in milieugeschillen in ongeveer driekwart van de zaken om een ambtsbericht verzocht, inclusief zaken over handhavingsbesluiten en zaken die op formeel-juridische gronden werden afgedaan. In vergunningzaken die inhoudelijk

119 Vgl. Freriks en Robbe 2001, p. 61 en Hoitink en Spelt 1994, p. 101.
120 Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 27 en 30.
121 Zie de TNO-wet van 19 december 1985.
122 Zie paragraaf 3.4.

werden beoordeeld, werd bijna altijd een ambtsbericht ingewonnen.[123] De standaard-adviesinwinning werd, als element van de adviescultuur in milieugeschillen, door sommige schrijvers bekritiseerd.[124] In 1993 heeft er tussen de Raad van State en de ABM overleg plaatsgevonden om de adviesinwinning te beperken. Afgesproken is toen dat de rechter in bepaalde categorieën gevallen in beginsel geen advies meer zou vragen, bijvoorbeeld in handhavingsgeschillen en zaken die op formeel-juridische gronden konden worden afgedaan.[125] Nadien is deze werkwijze weer verlaten en is in milieuzaken uitgangspunt geworden dat de Afdeling advies vraagt indien zij van mening is dat haar kennis tekortschiet.[126] Aanvankelijk werd de daartoe te verrichten beoordeling gemaakt in het kader van de administratieve voorbereiding van een dossier. Sinds een aantal jaren is de beoordeling of een deskundigenbericht nodig is, onderdeel van de gestandaardiseerde voorbeoordeling van een zaak door een jurist. De voorbeoordeling heeft erin geresulteerd dat er de laatste jaren beduidend minder deskundigenberichten zijn gevraagd, zodanig dat zeker niet meer van standaard-advisering kan worden gesproken.

> Gerekend over de totale uitstroom van zaken uit de milieukamer (inclusief beroepen die worden ingetrokken en beroepen die zonder zitting als kennelijk (on)gegrond worden afgedaan), is in de jaren 2003-2006 in 11% tot 17% van de zaken een deskundigenbericht uitgebracht. Gerekend over alleen de zaken waarin na een zitting uitspraak wordt gedaan, is in de genoemde jaren in 23% tot 30% van de zaken een deskundigenbericht uitgebracht (in 2000 was dit nog 34%).[127]

4.2.3 De adviesvraag: algemeen of gericht?

In deze paragraaf behandel ik de vraag of de door de rechter aan de deskundige te stellen adviesvraag algemeen of juist meer gericht geformuleerd moet worden. Hiermee hangt samen de vraag of partijen invloed (moeten) kunnen uitoefenen op de adviesvraag.

4.2.3.1 Praktijk: algemene adviesvraag

De Afdeling stelt in milieuzaken in bodemgeschillen bijna altijd een algemene adviesvraag aan de StAB. Ook dit aspect van de advisering is historisch veran-

---

123 Widdershoven e.a. 1991, p. 33 (in de onderzoeksjaren 1988-1989). Zie hierover hoofdstuk 2, paragraaf 2.

124 Brenninkmeijer 1991, p. 61 en 65 en Heldeweg 1993, p. 360-363.

125 Hoitink en Spelt 1994, p. 13 en 89-90.

126 Freriks en Robbe 2001, p. 47-48.

127 De cijfers zijn gebaseerd op gegevens die ik heb verkregen van de dienst Applicatiebeheer van de Raad van State. In mijn empirisch onderzoek, gebaseerd op een selectie van per jaar ongeveer 65 uitspraken met zitting, kom ik met betrekking tot de jaren 2000 en 2003 wat hoger uit, namelijk op 39%. Uit dat onderzoek blijkt dat het percentage wordt gedrukt door de handhavingszaken, waarin inwinning van een deskundigenbericht uitzonderlijk is. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 5.2.

kerd: onder de TwK werd al een algemene adviesvraag gebruikt[128] en ook daarna is dit het gebruik geweest.[129] Deze algemene adviesvraag luidt sinds eind 2004 als volgt:[130]

> 'U wordt verzocht een onderzoek in te stellen. U wordt verzocht uw bevindingen kenbaar te maken in een schriftelijk verslag, dat u aan de (Voorzitter van de) Afdeling uitbrengt.'

Voordien werd een iets langere, maar ook geheel open, adviesvraag gebruikt:

> 'Ik verzoek u een onderzoek in te stellen als bedoeld in artikel 8:47 van de Algemene wet bestuursrecht en uw bevindingen in een verslag kenbaar te maken. Het onderzoek dient zich met name te richten op de aan het geschil ten grondslag liggende feiten en omstandigheden.'[131]

Art. 8:47 lid 2 Awb bepaalt dat bij de benoeming van de deskundige wordt vermeld welke opdracht hij moet vervullen. Dit lijkt te wijzen in de richting van een gerichte vraagstelling, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het zowel om een algemene als om een meer toegespitste onderzoeksopdracht kan gaan. De regering was voorstander van een meer gespecificeerde opdracht aan de deskundige, vooral uit proceseconomisch oogpunt. Een dergelijke opdracht brengt immers een inperking mee van de taak van de deskundige. De rechter zal volgens de regering echter vaak moeten volstaan met een enigszins globale opdracht, vooral omdat hij onvoldoende op de hoogte is van de situatie ter plaatse.[132]

4.2.3.2 Argumenten vóór een algemene adviesvraag

De Afdeling kiest bewust voor een algemeen geformuleerde vraag, vooral om praktische redenen. Het stellen van een gerichte vraag is moeilijk en kost (te) veel tijd. De rechter heeft op het moment dat doorgaans advies wordt gevraagd nog onvoldoende zicht op de zaak om de crux al te kunnen blootleggen. En wanneer na een grondige bestudering van de zaak een gerichte vraag zou worden geformuleerd, kan achteraf blijken dat ook op andere punten advies nodig was. Ook zou een specifieke vraagstelling uit tijdsoverwegingen minder

---

128 Zie Widdershoven e.a. 1991, p. 37 en 33 en Brenninkmeijer 1991, p. 57.

129 Zie Hoitink en Spelt 1994, p. 10-11 en Albers e.a. 1996, p. 148.

130 De voorheen gebruikte algemene adviesvraag (hieronder in de hoofdtekst aangehaald) is in twee stappen gewijzigd. Eind 2003 is de tweede volzin van die adviesvraag verwijderd en eind 2004 is hetzelfde gebeurd met de verwijzing naar art. 8:47 Awb.

131 In 22 van de 24 door Freriks en Robbe 2001, p. 81, onderzochte bodemgeschillen was sprake van deze algemene vraagstelling. Bij het onderzoek van Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 27, werd in 13 van 15 onderzochte uitspraken in hoofdzaken een algemene vraagstelling gebruikt. In dit laatste onderzoek wordt overigens niet gewag gemaakt van een gewijzigde formulering van de algemene adviesvraag.

132 Zie de MvT bij de Awb (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3), p. 131.

aantrekkelijk zijn, omdat partijen daar voorafgaand over moeten worden gehoord.[133] In verband met het laatste wees een staatsraad in het kader van het onderzoek van Freriks en Robbe op de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM (zie over deze uitspraak nader paragraaf 5.3). Hij sprak de vrees uit dat door een gerichte vraagstelling de in deze uitspraak geformuleerde eisen van hoor en wederhoor ook op het onderzoek door de StAB van toepassing zouden kunnen worden. Een gerichte vraag zal immers eerder betekenen dat het antwoord daarop van 'doorslaggevende betekenis' is voor de uitspraak van de rechter.[134] Ten slotte is van de zijde van de Raad van State aangevoerd dat veel beroepen tussentijds worden ingetrokken.[135]

4.2.3.3 Argumenten tegen een algemene adviesvraag

In de literatuur is op de algemene vraagstelling door meerdere schrijvers kritiek naar voren gebracht, die meestal deel uitmaakte van een meer omvattende kritiek op de algehele adviespraktijk in milieugeschillen.

Brenninkmeijer bepleitte, in het kader van zijn kritiek op de 'monocultuur' in de advisering, dat de rechter naar eigen goedvinden *ad hoc* een onafhankelijke deskundige kan benoemen, die advies moet uitbrengen over een of meer gerichte vraagpunten.[136] Heldeweg toonde zich eveneens een voorstander van een meer gerichte onderzoeksvraag. Volgens hem moet eerst worden gekeken wat partijen hebben in te brengen en pas daarna of een deskundigenbericht wenselijk is. Dit brengt met zich mee dat, indien besloten wordt tot het inwinnen van deskundigheid, partijen hun visie kunnen geven op de onderzoeksvraag.[137]

Ook Uylenburg had kritiek op de open vraagstelling. Doordat partijen geen invloed kunnen uitoefenen op de opdracht aan de deskundige, bestaat het risico dat de procesordenende functie[138] van het deskundigenbericht ontaardt in een proces-vervormende werking. Als in het deskundigenbericht sommige punten zonder toelichting worden aangenomen of terzijde gelegd, kan dat partijen haars inziens belemmeren in het naar voren brengen van hun standpunten.[139] Partijen moeten volgens haar ook voldoende mogelijkheden krijgen om invloed uit te oefenen op de onderzoeksopdracht, omdat anders geen sprake is van adequate rechtsbescherming.[140] Volgens Wulffraat-Van Dijk ten slotte zal een inbreng van partijen juist in geschillen waarbij specifieke

133 Zie Freriks en Robbe 2001, p. 68, Konijnenbelt 2003, p. 16 en Hoitink en Spelt 1994, p. 90-91 en p. 122.
134 Freriks en Robbe 2001, p. 68.
135 Zie Albers e.a. 1996, p. 148.
136 Brenninkmeijer 1991, p. 61 en 65.
137 Heldeweg 1993, p. 339, noot 79 en p. 356. Zie ook Heldeweg 1995, p. 12-15.
138 Vgl. Widdershoven e.a. 1991, p. 57-58.
139 Zie Uylenburg 1992, p. 290.
140 Zie Uylenburg 1992, p. 301-302 en 306-307.

technische vragen in het geding zijn (zoals milieugeschillen) zeer gewenst zijn en kan het inefficiënt zijn daarvan af te zien.[141]

4.2.3.4 Invloed van partijen op de onderzoeksvraag?
Een aan de vraagstelling aanverwante kwestie is de vraag of partijen invloed moeten kunnen uitoefenen op de formulering van de opdracht aan de deskundige. Immers, een voor de hand liggende manier om die opdracht meer gericht te formuleren is om partijen zich over de adviesvraag uit te laten spreken. Zeker indien de rechter van oordeel is dat het hem zelf te veel tijd kost. Uit het slot van de vorige paragraaf blijkt dat er in de literatuur voor is gepleit om partijen te betrekken bij het formuleren van de onderzoeksvraag.

Art. 8:47 lid 3 Awb bepaalt:

> De rechtbank kan partijen in de gelegenheid stellen om hun wensen omtrent het onderzoek binnen een door haar te bepalen termijn schriftelijk aan haar kenbaar te maken.

De rechtbank heeft dus een discretionaire bevoegdheid om te besluiten of zij partijen al dan niet betrekt bij het formuleren van de onderzoeksvraag.

> In het wetsvoorstel was eerst sprake van een verplichting: 'Partijen kunnen hun wensen omtrent het onderzoek [aan de rechtbank] kenbaar maken.'[142] Naar aanleiding van een opmerking van de D66-fractie in het voorlopig verslag[143] veranderde de regering van mening. 'Bij nadere overweging' was zij van oordeel dat een rechterlijke plicht tot het raadplegen van partijen te rigide is en uit een oogpunt van proceseconomie bezwaren zou kunnen oproepen. De onderzoeksvraag zou in veel gevallen namelijk niet reëel voor discussie vatbaar zijn.[144]
> Wat het standpunt van de regering niet sterker maakt, is dat zij eerder, in de memorie van toelichting, juist tamelijk fundamentele argumenten ten faveure van een plicht naar voren bracht. In de eerste plaats het grote belang van het deskundigenonderzoek voor de uitspraak van de rechter en in de tweede plaats (ook) het argument van de proceseconomie: door een dergelijke plicht zou enerzijds in bepaalde gevallen kunnen worden voorkomen dat partijen zelf deskundigen inzetten en anderzijds dat de rechter in een later stadium een nader rapport zou moeten inwinnen.[145] Het argument van de proceseconomie gebruikte de regering dus zowel voor als tegen het verplicht raadplegen van partijen over de onderzoeksvraag.

141 Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/128.
142 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 1-2, p. 17.
143 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 5, p. 27.
144 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 495, nr. 6, p. 54.
145 Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 131.

4.2.3.5 Beoordeling

Ik sta in het algemeen positief tegenover het stellen van een gerichte onderzoeksvraag door een rechter aan de deskundige, waarbij partijen in de gelegenheid worden gesteld zich over de formulering van de vraag uit te laten. Dan kan de onderzoeksvraag worden toegespitst op de aspecten die partijen verdeeld houden en kan de deskundige gericht te werk gaan. Tevens worden partijen aldus meer betrokken bij het deskundigenonderzoek, hetgeen met het oog op het verdedigingsbeginsel (zie hierover paragraaf 5) en de grote importantie van het deskundigenonderzoek voor de rechterlijke uitspraak positief kan worden gewaardeerd. Ook kan ik mij voorstellen dat het juist bij een technisch onderwerp efficiënt kan zijn om partijen bij het formuleren van de onderzoeksvraag te betrekken.

Toch verdient het stellen van een gerichte onderzoeksvraag in milieugeschillen niet de voorkeur, in ieder geval niet in de huidige situatie. In de eerste plaats heeft de Afdeling nu naast de technische beoordeling veelal ook de feitelijke informatie uit het StAB-rapport nodig om het geschil te kunnen beslechten. Het verweerschrift van het bevoegd gezag is wat dit betreft vaak niet geheel volledig en kan ook niet op voorhand objectief worden geacht. Gelet hierop kan de Afdeling niet volstaan met een specifieke vraag als niet tegelijk wordt voorzien in een toereikende alternatieve informatievoorziening. In de tweede plaats sluit de StAB aan bij het beroep: de deskundige haalt in zijn rapport alle beroepsgronden aan en geeft daar een technische beoordeling over.[146] In zoverre kan worden gesteld dat de appellanten bepalen waarover de deskundige adviseert. Op zich zou het mogelijk zijn dat de Afdeling de beroepsgronden vertaalt in aan de deskundige voor te leggen onderzoeksvragen (welke vertaalslag de deskundige nu zelf maakt), maar de meerwaarde daarvan kan worden betwijfeld. Nu de StAB haar rapport in de regel binnen de afgesproken termijn van drie maanden aflevert, is er ook uit het oogpunt van de voortgang van de procedure geen reden om de wijze van adviesinwinning te veranderen.[147] Gezien deze tamelijk korte termijn lijkt het mij onwaarschijnlijk dat er tijdwinst zou worden geboekt indien de Afdeling gerichte adviesvragen zou formuleren. Ten slotte bestaat bij het stellen van gerichte adviesvragen het risico dat in een later stadium blijkt dat toch ook op een ander onderwerp advies nodig is.[148] Daarover zouden partijen zich dan eigen-

146 Zie Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 31.

147 Uit het jaarverslag van de StAB over 2005 blijkt dat de gemiddelde doorlooptijd van een milieuadvies over dat jaar ongeveer 2,5 maand bedroeg. Op dit punt heeft de StAB de afgelopen jaren forse progressie geboekt, nu de doorlooptijd in 1999 nog 9,6 en in 2002 4,1 maanden bedroeg. Zie het jaarverslag 2005 (te downloaden vanaf <www.stab.nl>), p. 48.

148 Zo leert volgens Konijnenbelt 2003, p. 16, de ervaring dat in gevallen waarin de Afdeling specifieke vragen heeft gesteld, de StAB nog wel eens informeert of in het advies niet ook enkele andere zaken aan de orde moeten komen over aanpalende problemen waarop zij is gestuit.

lijk weer moeten kunnen uitlaten, zeker indien zij bij de initiële vraagstelling zijn betrokken.

4.2.4 Aanwezigheid van de deskundige op de zitting

Art. 8:60 lid 1 Awb bevat een discretionaire bevoegdheid voor de rechter om de deskundige op te roepen voor de zitting. De Afdeling maakt in milieugeschillen niet of nauwelijks gebruik van deze bevoegdheid. De opsteller van het StAB-rapport is dan ook slechts bij zeer hoge uitzondering op de zitting aanwezig.[149] De Raad van State vreest dat de deskundige zijn rapport te vuur en te zwaard zal verdedigen en dat diens positie van onafhankelijke, afstandelijke deskundige in gevaar komt. De rechter wil discussies tussen hem en (de eigen deskundigen van) partijen voorkomen. Volgens de Raad bestaat anders het risico dat de juistheid van het deskundigenbericht ter zitting centraal komt te staan, in plaats van het geding als zodanig. Ten slotte zou het standaard bijwonen van zittingen de StAB teveel tijd kosten.[150] Hiernaast is naar voren gebracht dat partijen zich door de aanwezigheid van de deskundige geremd kunnen voelen het deskundigenbericht aan te vallen.[151]

In de literatuur is evenwel vaak gepleit voor (het beter mogelijk maken van) de aanwezigheid van de deskundige ter zitting, omdat dat de kritiseerbaarheid van het deskundigenbericht zou vergroten. Het gevoelen is in ieder geval dat de rechter partijen expliciet moet wijzen op de mogelijkheid hem te verzoeken de deskundige op de zitting aanwezig te doen zijn en dat de rechter een gemotiveerd verzoek hiertoe niet snel naast zich neer mag leggen. Het voordeel van de aanwezigheid van de deskundige is dat partijen de deskundige vragen kunnen stellen, zijn stellingen beter kunnen betwisten en dat ter zitting gerezen onduidelijkheden over het advies zonder nader rapport kunnen worden weggenomen. Eventuele vragen van partijen en het antwoord van de deskundige daarop kunnen ook een ander licht werpen op (aspecten van) de zaak. Hoewel de meeste schrijvers ook blijk geven van de mogelijke nadelen daarvan, oordelen zij zonder uitzondering positief over de aanwezigheid van de deskundige ter zitting.[152]

Ook ik denk in beginsel positief over de aanwezigheid van de deskundige op de zitting. Het beginsel van hoor en wederhoor en het onmiddellijkheids-

149 Zie ook Freriks en Robbe 2001, p. 104.
150 Zie Van den Berg 1999, p. 281 en Hoitink en Spelt 1994, p. 95.
151 Gaastra, Michiels en Van Buuren 1990, p. 101-102.
152 Volgens Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 277-278 vloeit de aanwezigheid van de deskundige voort uit het verdedigingsbeginsel en het openbaarheidsbeginsel. Zie verder Freriks en Robbe 2001, p. 134 en 139, Hoitink en Spelt 1994, p. 81 en 124, Gaastra, Michiels en Van Buuren 1990, p. 101-102, De Waard 1987, p. 319 en Peters 1987, p. 234. Ook een ruime meerderheid van de door Hoitink en Spelt 1994, p. 111-112 geïnterviewden pleitte voor aanwezigheid van de vaste deskundige.

beginsel (ruim geïnterpreteerd) wijzen in deze richting, zonder dat ik wil zeggen dat deze beginselen de aanwezigheid van de deskundige eisen. Daarnaast is het vooral ook praktisch dat bepaalde vragen die leven bij partijen of die ter zitting rijzen over het onderzoek en de resultaten daarvan meteen kunnen worden beantwoord. Het zou zonde zijn om voor dergelijke vragen een nader rapport te moeten vragen. Als ander voordeel denk ik aan de situatie dat een partij een tegenrapport heeft ingebracht waarin de uitkomsten van het StAB-rapport worden betwist. De onafhankelijke deskundige zal beter dan de rechter in staat zijn aan te geven waar de (mogelijke) oorzaak van de verschillen ligt. Dit is te meer van praktisch belang gezien het feit dat de Afdeling de StAB thans zelden om een nadere rapportage vraagt naar aanleiding van een ingebrachte contra-expertise (zie nader de volgende paragraaf). Uit het voorgaande vloeit overigens voort dat de aanwezige deskundige ook degene moet zijn die het desbetreffende rapport heeft opgesteld.

Ik betwijfel of de vrees van de Afdeling gerechtvaardigd is dat de medewerker van de StAB zijn rapport fel zal gaan verdedigen. Van de deskundige mag een professionele houding worden verwacht en de Afdeling kan eventueel op de zitting nog de onafhankelijke positie van de StAB benadrukken. Ook het bezwaar dat het rapport in plaats van het geschil centraal komt te staan, deel ik niet. Het rapport staat nu namelijk al vaak centraal en vormt vaak het aanknopingspunt voor vragen van partijen.

Soms zal pas ter zitting blijken dat de aanwezigheid van de deskundige nuttig is, hetgeen ervoor pleit dat hij standaard aanwezig is. Anderzijds zal in andere gevallen zijn aanwezigheid onnodig blijken. Alles afwegende pleit ik er niet voor dat de deskundige standaard op de zitting aanwezig is. Wel ben ik van oordeel dat de Afdeling een gemotiveerd verzoek van een partij om de deskundige aanwezig te laten zijn in beginsel niet naast zich neer mag leggen. In verband hiermee zou de aan partijen gerichte oproep voor de zitting melding moeten maken van de mogelijkheid om de deskundige te laten oproepen. Want hoewel zijn afwezigheid, zo blijkt uit eerder onderzoek, door procespartijen als een gemis wordt ervaren, wordt van deze mogelijkheid weinig gebruik gemaakt. Vermoedelijk is men er onvoldoende van op de hoogte dat een dergelijk verzoek tot de rechter kan worden gedaan.[153]

4.2.5 De reactie van de rechter op contra-expertise tegen het deskundigenbericht

Wanneer discussie ontstaat over het StAB-rapport omdat partijen of derdebelanghebbenden het daar niet mee eens zijn, is de Afdeling niet snel geneigd een nader advies in te winnen.[154] De resultaten van het onderzoek door de

153 Zie Hoitink en Spelt 1994, p. 124.
154 Aldus de geïnterviewde medewerkers van de Raad van State in het kader van het onderzoek van Van den Berg 1999, p. 295 en dat van Hoitink en Spelt 1994, p. 93.

vaste deskundige worden door de rechter in beginsel voor waar aangenomen[155] en het ambtshalve onderzoek staat sterk bij de rechter.[156] Nu ervan kan worden uitgegaan dat de StAB onafhankelijk, onpartijdig en in beginsel ook voldoende deskundig is, ligt deze houding van de rechter voor de hand. De rechter is alleen verplicht nader onderzoek te laten verrichten indien een partij gerede twijfel zaait over het StAB-rapport. Het is op zich denkbaar dat (enkel) gemotiveerde stellingen dit kunnen bewerkstelligen, maar doorgaans zal hiervoor een rapport van een deskundige nodig zijn.

Wanneer er in milieugeschillen contra-expertise tegen het StAB-rapport wordt ingebracht, gebeurt dat volgens de door Van den Berg geïnterviewde staatsraden meestal door grote bedrijven (die vaak zelf deskundigen in dienst hebben), waarbij het gaat om de grotere milieuvergunningen. Het geschil betreft dan vaak geluidaspecten. Hoe steviger de consequenties voor het bedrijf zijn, des te vaker komt een tegenrapport voor. Daarnaast kan de formulering van het StAB-rapport een rol spelen: een zeer stellig geformuleerd rapport lokt eerder contra-expertise uit. Buiten de heel grote zaken is het meestal de vergunninghouder die een tegenrapport inbrengt, omdat voor hem de financiële belangen het grootst zijn. Ook grote milieuorganisaties en een enkele keer een particuliere appellant maken gebruik van contra-expertise. Voor verweerder en vooral voor appellanten is een dergelijk rapport echter soms te kostbaar.[157] Naast het kostenaspect is het denkbaar dat partijen, en dan vooral eenmalig procederende appellanten, een zeker ontzag hebben voor de vaste deskundige als onafhankelijk en gespecialiseerd instituut dat door de rechter wordt ingeschakeld, met als gevolg dat het niet nodig of opportuun wordt geacht contra-expertise te laten verrichten.

Indien het door een partij ingebrachte rapport het StAB-advies tegenspreekt, kan dat een lastig probleem opleveren voor de Afdeling. De rechter moet dan óf een keuze maken tussen de twee strijdige deskundigenrapporten óf een nieuw rapport inwinnen. De Afdeling kiest, ondanks haar gebrekkige technische kennis, in beginsel voor de eerste optie. Zij verzoekt praktisch nooit om advies bij een derde deskundige, ook niet wanneer op basis van beide rapporten geen oordeel kan worden gegeven.[158] Wel vraagt zij dan soms de StAB om een nader advies, maar ook van deze mogelijkheid maakt zij weinig gebruik.[159] Niet-inhoudelijke redenen spelen bij de Afdeling een rol bij de beslissing om af te zien van het inwinnen van een nader rapport. Zo kan de

155 Vgl. Brenninkmeijer 1991, p. 57.
156 Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 257; Heldeweg 1999, p. 87 en Hoitink en Spelt 1994, p. 117. Zie ook Freriks en Robbe 2001, p. 135.
157 Zie Van den Berg 1999, p. 277-278.
158 De door Van den Berg 1999, p. 295 geïnterviewde staatsraden herinnerden zich slechts één zaak, waarin TNO werd benoemd tot derde deskundige.
159 Zie Van den Berg 1999, p. 280. Dit blijkt ook uit Freriks en Robbe 2001, p. 102-103 en 139.

neiging bestaan de vaste deskundige het voordeel van de twijfel te geven omdat hij onafhankelijk is[160] of omdat hij de vaste deskundige is.[161] In een uitspraak in een geschil over een AAW-uitkering lijkt de Centrale Raad van Beroep overigens een soortgelijke redenering te gebruiken.[162]

> In de desbetreffende procedure zijn drie deskundigenrapporten uitgebracht: één aan appellant, één aan gedaagde en één aan de rechtbank die oordeelde in eerste aanleg. Alle rapporten gaan in op de vraag welk verlies appellant door zijn medische beperkingen bij de verschillende deeltaken lijdt. De CRvB kent 'doorslaggevende betekenis toe aan de bevindingen van de door de rechtbank ingeschakelde deskundige F. voornoemd, nu het hier een onpartijdige deskundige betreft, die juist ter beslechting van het voorliggende geschil is ingeschakeld. Het oordeel van een dergelijke deskundige zal, naar de Raad reeds eerder heeft overwogen, op eigen merites dienen te worden beoordeeld doch kan niet zonder goede gronden terzijde worden gesteld. Van dergelijke gronden is de Raad in deze niet gebleken.'

Gezien het vorenstaande is aannemelijk dat het voorkomt dat de Afdeling, in gevallen waarin een van de partijen door middel van het inbrengen van contra-expertise twijfel heeft gezaaid over het StAB-rapport, ervan afziet een nader advies in te winnen bij de StAB of een andere deskundige. Dit is vanwege het streven naar een zo spoedig mogelijke uitspraak weliswaar begrijpelijk (de Afdeling hecht er sterk aan dat de wettelijke jaartermijn wordt gehaald), maar uit het oogpunt van een goede rechtsbedeling onwenselijk. Een praktische oplossing zou zijn dat de Afdeling in de hier bedoelde gevallen de opsteller van het StAB-rapport vraagt om ter zitting aanwezig te zijn. De deskundige kan dan mogelijk verhelderen waarin de rapporten verschillen en de rechter kan naar aanleiding van de discussie op de zitting beslissen of het vragen van een nader advies wenselijk of zelfs noodzakelijk is.[163] Het nader advies moet toegespitst worden op een verklaring van de verschillen tussen de eerder uitgebrachte rapporten.

Vervolgens is het de vraag of dit nader advies aan de StAB of aan een andere deskundige moet worden gevraagd. Zoals hiervoor opgemerkt, kiest de Afdeling in – de weinig – voorkomende gevallen voor de StAB. Het wederom inschakelen van de StAB is vermoedelijk het meest efficiënt, omdat de desbetreffende medewerker de zaak kent.[164] Aan de andere kant versterkt het inwinnen van een tweede rapport bij de vaste deskundige diens monopolieposi-

---

160 Zie Hoitink en Spelt 1994, p. 94.
161 Zie ook Luigies 1991, p. 42 en Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 268 en 303.
162 CRvB 9 juli 1996, *RSV* 1997, 81.
163 Vgl. Freriks en Robbe 2001, p. 134.
164 Mogelijk speelt ook een rol dat de Raad van State de kosten van een advies van een andere deskundige zelf moet dragen en die van de StAB-rapporten niet (zie paragraaf 4.2.1).

tie.[165] Het raadplegen van dezelfde deskundige, ook in tweede instantie, bergt het risico in zich van een bepaalde eenzijdigheid in de advisering. Bovendien kan het risico bestaan dat de vaste deskundige zijn eerste rapport niet onderuit wil halen. Een met contra-expertise van een derde deskundige gepaard gaande frisse blik zou wellicht verhelderend kunnen werken.[166] In paragraaf 4.2.1.3 is uiteengezet dat TNO het meest in aanmerking komt om als derde deskundige op te treden.

4.3 Vormgeving en uitvoering van het onderzoek door de StAB

4.3.1 Inleiding

Het onderzoek in milieugeschillen wordt in belangrijke mate verricht door de vaste deskundige. Het gaat hierbij in de eerste plaats om het onderzoek ter plaatse en in de tweede plaats om de contacten van de deskundige met partijen en derden ter inwinning van informatie. De Algemene wet bestuursrecht en de Wet milieubeheer bevatten niet of nauwelijks regels voor het onderzoek door de deskundige en voor de door hem daarbij te volgen procedure. De wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek heeft alleen betrekking op de bevoegdheden van de rechter. Nu de StAB het onderzoek in milieugeschillen feitelijk verricht, rijst de vraag of die wettelijke regeling analoog kan en moet worden toegepast op het onderzoek door de deskundige en zo ja, of aan dat onderzoek nog nadere eisen moeten worden gesteld. Zie hierover de paragrafen 4.3.3 en 4.3.4.

De StAB heeft de aanpak van haar onderzoek geformaliseerd in een intern document, dat ik hierna als eerste bespreek (paragraaf 4.3.2). Het spreekt voor zich dat de wijze waarop de StAB haar onderzoek verricht, van groot belang is voor de waardering van de deskundigenadvisering in milieugeschillen in het licht van het verdedigingsbeginsel.

4.3.2 De Gedragscode van de StAB

Het hebben van contact met appellant(en), het bevoegd gezag en derdebelanghebbenden vormt een belangrijk onderdeel van het werk van de vaste deskundige. Uit het oogpunt van hoor en wederhoor en rechtsgelijkheid is het van belang dat partijen zo veel mogelijk en in gelijke mate bij het onderzoek door de StAB worden betrokken, en dat dit in elke zaak op gelijke wijze gebeurt.

Eind jaren negentig heeft de StAB de door haar te volgen werkwijze bij het onderzoek in milieu- en ruimtelijke ordeninggeschillen vastgelegd in een intern

165 Zie ook Van den Berg 1999, p. 27.
166 Michiels 1992, p. 13 en Van den Berg 1999, p. 133 pleitten ook voor het inwinnen van een nader advies bij een andere deskundige.

document, de 'Gedragscode Stichting Advisering Bestuursrechtspraak' van 3 september 1998. Hiermee is zij tegemoet gekomen aan de ook in de praktijk gevoelde behoefte aan formalisering van de door haar gevolgde werkwijze en procedure.[167] De Gedragscode geeft onder meer aan hoe een medewerker dient te handelen in de contacten met partijen, zowel binnen als buiten het bestek van het onderzoek ter plaatse.[168] In januari 2006 is de code aangepast, waarbij de nog bestaande verschillen tussen milieu- en ruimtelijke ordeningsgeschillen zijn opgeheven.[169] De inhoud van de Gedragscode komt hierna meer in detail aan de orde.

4.3.3 Het onderzoek ter plaatse

In milieugeschillen wordt heel vaak een onderzoek ter plaatse verricht. Wanneer de vaste deskundige wordt ingeschakeld, stelt deze zo goed als altijd een dergelijk onderzoek in, ook als de vergunninghouder niet degene is die beroep heeft ingesteld.[170] Uit de interne Gedragscode van de StAB blijkt ook dat er in beginsel een onderzoek ter plaatse moet worden ingesteld; in het deskundigenbericht moet namelijk worden gemotiveerd waarom daarvan is afgezien. De reden voor het afzien van een bezoek kan zijn gelegen in de aard van het beroep of in het verzoek van de rechter. Het bezoek wordt bij de drijver van de inrichting aangekondigd, aldus de Gedragscode, tenzij de aard van het beroep of het verzoek van de rechter aanleiding geeft de inrichting onaangekondigd te bezoeken.

De milieurechter stelt nu nooit meer zelf een onderzoek ter plaatse in, waar hij dit in het verleden bij hoge uitzondering nog wel eens deed.[171] Oorspronkelijk was de reden hiervoor gelegen in het tijdsbeslag. Nu is de belangrijkste reden dat hiervoor geen aanleiding meer bestaat, omdat de vaste deskundige al ter plaatse gaat kijken. Op dit punt dekt de wet de praktijk in milieugeschillen dus niet, nu de wet ervan uitgaat dat de rechtbank of een door de rechtbank aangewezen gerechtsauditeur of griffier een onderzoek ter plaatse verricht (zie art. 8:50 lid 1 respectievelijk art. 8:51 lid 1 Awb).

---

167 Die bleek uit het rapport van Hoitink en Spelt 1994, p. 118 en 125.

168 Daarnaast bevat de code een regeling ter voorkoming van mogelijke belangenverstrengeling van een deskundige (bijvoorbeeld ten aanzien van een vorige werkgever).

169 Voor hun samengaan in de StAB hadden de twee onderzoeksbureaus voor milieu- en ruimtelijke ordeningsgeschillen hun eigen werkwijze, die beide hun weerslag hadden gevonden in de eerste versie van de Gedragscode. Zie daarover Freriks en Robbe 2001, p. 50.

170 Zie Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 30, Hoitink en Spelt 1994, p. 11 en Widdershoven e.a. 1991, p. 38.

171 Zie Van den Berg 1999, p. 273 en 279 en Widdershoven e.a. 1991, p. 55. Aangezien het beeld dat een rechter van een zaak heeft behoorlijk kan veranderen na een bezoek ter plaatse (zie ook Widdershoven e.a. 1991, p. 38), zou het ook ongelijkheid en willekeur creëren indien hij dit soms wel en soms niet zou doen; vgl. Van den Berg 1999, p. 279.

Door het onderzoek kan de deskundige zich een beter beeld vormen van de situatie ter plaatse. Ook kan hij nagaan of de weergave van de feitelijke situatie in het dossier klopt.

Kwam het in het verleden nog wel voor dat appellanten aanwezig waren bij het onderzoek ter plaatse, nu geldt dat partijen nooit in elkaars aanwezigheid worden gehoord. Als reden hiervoor geeft de StAB dat partijen en derden vaak terughoudend reageren in aanwezigheid van andere betrokkenen, waardoor het verzamelen van informatie wordt bemoeilijkt.[172] Andere partijen kunnen dus niet, in aanwezigheid van de deskundige, reageren op wat de vergunninghouder ter plaatse jegens de deskundige naar voren brengt. Hierdoor bestaat het risico dat de deskundige eenzijdig wordt geattendeerd op bepaalde van belang zijnde feiten en omstandigheden. Zo komt het wel eens voor dat omwonenden tegen het deskundigenbericht inbrengen dat de inrichting ten tijde van het bezoek van de deskundige niet representatief draaide. Dat valt achteraf niet meer na te gaan. Andere voordelen van de aanwezigheid van partijen bij het onderzoek ter plaatse zijn dat zij zonder omwegen kennis kunnen nemen van hetgeen de wederpartij en andere belanghebbenden hebben in te brengen en dat zij erop kunnen toezien dat de deskundige zich onpartijdig opstelt. Op grond hiervan is er voor gepleit om partijen in beginsel in de gelegenheid te stellen bij het onderzoek ter plaatse aanwezig te zijn.[173]

Hieraan kleven echter ook, naast de hiervoor al door de StAB genoemde omstandigheid, zwaarwegende nadelen. In de eerste plaats staat een bedrijf vanwege bedrijfsgeheimen, een slechte onderlinge verstandhouding of uit veiligheidsoverwegingen, vaak niet te springen om omwonenden, milieuorganisaties of een concurrent toe te laten op zijn terrein. In de tweede plaats is er in milieugeschillen soms sprake van een groot aantal belanghebbenden, die niet allen bij de bezichtiging aanwezig kunnen zijn en ook niet tegelijk kunnen worden gehoord. En in de laatste plaats moet worden gevreesd dat de deskundige er onvoldoende op is toegerust om het horen in goede banen te leiden, met name als partijen een slechte onderlinge verstandhouding hebben.[174]

Vanwege deze nadelen, en met inachtneming van enige waarborgen, kan mijns inziens worden afgezien van de aanwezigheid van appellanten bij het onder-

172 Freriks en Robbe 2001, p. 51.
173 Zie Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 306-307 en p. 363-364, Heldeweg 1999, p. 88 en Leemans 2002, p. 127-128.
174 Zie Hoitink en Spelt 1994, p. 84-85 en 125 en voor het laatste aspect Konijnenbelt 2003, p. 17.

zoek ter plaatse.[175] Deze waarborgen zijn dat het onderzoek bij alle betrokkenen wordt aangekondigd en dat van het onderzoek verslag wordt opgemaakt (analoog aan art. 8:50 lid 3 en 4 Awb).[176] In dit verslag moet de deskundige, naast de feitelijke situatie, vermelden welke vragen hij heeft gesteld, wat de aanwezige partijen (meestal alleen vergunninghouder) hebben geantwoord en hoe hij deze antwoorden beoordeelt. Met het oog op de controlemogelijkheden voor betrokkenen zou dit verslag vervolgens opgenomen moeten worden in het rapport van de deskundige (en eerst in het concept-rapport, tot het opstellen waarvan ik in het vervolg van dit hoofdstuk pleit).[177]

De Gedragscode van de StAB voorziet hier onvoldoende in. Op grond daarvan moet in het rapport worden vermeld of een onderzoek ter plaatse is ingesteld en dat 'waar nodig' de essentie van hetgeen in de contacten met betrokkenen is besproken 'kort' wordt weergegeven. Dit lijkt mij te beperkt. Aldus is onvoldoende gewaarborgd dat de niet aanwezige partijen kunnen kennisnemen van hetgeen tijdens het bezoek is voorgevallen.

4.3.4 Inwinnen van inlichtingen

4.3.4.1 Inleiding

Bij het bezoek aan de inrichting spreekt de deskundige met de vergunninghouder. Daarbuiten kan de deskundige met de andere partijen in contact treden, bijvoorbeeld met een verzoek om een reactie of nadere inlichtingen. Andersom kunnen partijen ook contact zoeken met de deskundige. Daarnaast is het mogelijk dat de deskundige informatie inwint bij derden, bijvoorbeeld bij andere deskundigen. Ook bij deze situaties kan de vraag gesteld worden in hoeverre voldaan wordt (en moet worden) aan het beginsel van hoor en wederhoor.

---

175 Zie over een andersoortig geschil, namelijk over een schadetaxatie, ARRvS 29 juli 1992, *AB* 1994, 77, m.nt. Brenninkmeijer. Hierin overwoog de rechter dat niet was gebleken dat de aanwezigheid van appellant bij de taxatie door deskundigen (het ging om door ganzen aangerichte schade aan een perceel grasland) noodzakelijk of gewenst was geweest.

176 Zoals al aan het begin van deze paragraaf is gezegd, dekt de wet de praktijk in milieugeschillen niet. Art. 8:50 Awb, dat de genoemde waarborgen bevat, ziet immers alleen op een dergelijk onderzoek verricht door de *rechter*. De wet moet op dit punt worden aangepast, ofwel door middel van een nieuwe bepaling in de Algemene wet bestuursrecht (aldus Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 363-364) ofwel door een schakelbepaling op te nemen met het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (aldus Van den Berg 1997, p. 280-281). Zoals uit het voorgaande volgt, moet deze wetswijziging geen betrekking hebben op de tweede volzin van art. 8:50 lid 3, waarin is bepaald dat partijen bij het onderzoek aanwezig kunnen zijn.

177 In gelijke zin Hoitink en Spelt 1994, p. 85 en 125 en Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 310-311, p. 306-307 en p. 363-364.

4.3.4.2 Deskundige benadert partij

De interne Gedragscode van de StAB bevat aanwijzingen hoe om te gaan met contacten met appellanten, het bevoegd gezag en derde-belanghebbenden (buiten het onderzoek ter plaatse).

In milieugeschillen zoekt de StAB-medewerker volgens de Gedragscode altijd contact met het bevoegd gezag.

Wat betreft het contact met appellanten, is de Gedragscode gewijzigd. In de oorspronkelijke versie bepaalde deze dat alle appellanten, hetzij mondeling dan wel schriftelijk, in de gelegenheid worden gesteld een toelichting te geven op hun beroepschrift. De aard van het beroep of het verzoek van de rechter kan aanleiding geven voor een bezoek aan appellanten of voor het zoeken van telefonisch contact met hen, aldus deze eerste versie. Sinds januari 2006 bepaalt de code op dit punt: 'In beginsel vindt altijd een persoonlijk onderhoud plaats met appellanten. Indien van een persoonlijk onderhoud wordt afgezien, worden appellanten hierover telefonisch benaderd.' Aldus lijkt de Gedragscode het mogelijk te maken dat de deskundige bepaalt dat geen persoonlijk onderhoud plaatsvindt (of wordt bedoeld dat appellanten op de hoogte worden gesteld van het voornemen om af te zien van een persoonlijk onderhoud, waarna zij kunnen aangeven toch gehoord te willen worden?). Volgens het onderzoek ter gelegenheid van het tweede lustrum van de StAB wordt appellanten evenwel standaard de gelegenheid geboden om hun standpunten in een persoonlijk gesprek toe te lichten.[178]

De Gedragscode bepaalt voorts dat indien de noodzaak of behoefte bestaat derde-belanghebbenden te benaderen, dit contact telefonisch, schriftelijk dan wel op basis van een persoonlijk onderhoud kan plaatsvinden.

Wanneer de deskundige een partij om inlichtingen vraagt, is het de vraag in hoeverre de andere partijen hierbij betrokken moeten worden. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen mondelinge en schriftelijke inlichtingen.

Het *mondeling* vragen van inlichtingen gebeurt in milieugeschillen zowel bij het onderzoek ter plaatse als daarbuiten. Wulffraat-Van Dijk vindt het telefonisch inwinnen van inlichtingen onaanvaardbaar.[179] Die kwalificatie gaat mij te ver. Van de door partijen gemaakte opmerkingen moet de deskundige in zijn rapport verslag doen. Als hij bij het opstellen van zijn rapport op een onduidelijkheid of onvolledigheid stuit, is het naar mijn mening alleszins toelaatbaar dat hij telefonisch contact opneemt met de desbetreffende persoon om hem zijn standpunt of een feitelijke omstandigheid (nader) te laten toelichten.

Wanneer op het eenzijdig *schriftelijk* contact leggen door de deskundige met een partij de normen die gelden voor de rechter van toepassing worden

178 Aldus Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 30. Partijen maken van deze gelegenheid niet altijd gebruik en beperken zich dan tot een schriftelijke of telefonische toelichting.

179 Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 307.

geacht, zou dat betekenen dat de deskundige van elk verzoek om inlichtingen en van het antwoord daarop een afschrift zou moeten sturen aan de andere betrokkenen. Hoitink en Spelt lijkt dit wat teveel gevraagd. Zij stellen voor dat de deskundige in zijn rapport verslag doet van de door hem gelegde contacten. Deze worden zo controleerbaar en betwistbaar gemaakt voor de andere partijen.[180]

Verslaglegging van eenzijdige contacten lijkt ook mij voldoende, waarbij bij voorkeur de andere betrokkenen in staat worden gesteld een reactie te geven voordat de deskundige zijn rapport vaststelt en aan de rechter toestuurt. Uit dit laatste vloeit voort dat zou moeten worden voorgeschreven dat de StAB eerst een concept-rapport aan partijen uitbrengt.[181] De deskundige doet in het concept-rapport verslag van zijn onderzoeksactiviteiten en -resultaten en voegt daarbij eventuele stukken die hij van partijen of derden heeft ontvangen, waarna partijen op het concept-rapport kunnen reageren.[182] In het eindrapport bespreekt de deskundige vervolgens de reacties van partijen. Ik ben voorstander van het inlassen van een concept-rapport, omdat dat beter waarborgt dat partijen effectief invloed kunnen uitoefenen op het deskundigenbericht. Deze mogelijkheid om het deskundigenbericht te beïnvloeden is van een andere aard dan de – uiteraard ook belangrijke – mogelijkheden om tegenover de rechter te reageren op het definitieve rapport. Zie over het opstellen van eerst een concept-deskundigenbericht ook de volgende subparagrafen, paragraaf 5.3.1 in verband met de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM, en paragraaf 6.3.

4.3.4.3 Deskundige benadert derden

Het vragen van inlichtingen door de deskundige bij derden (met name andere deskundigen) komt vooral voor in medische geschillen. Hiervoor is art. 8:48 Awb geschreven.[183] Aangezien dit echter ook daarbuiten voorkomt, onder meer bij de advisering aan de Raad van State,[184] is het de vraag waarom art. 8:48 niet ruimer is geformuleerd.[185] Daarnaast bevat het artikel geen enke-

180 Hoitink en Spelt 1994, p. 85. Zie ook Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/131.

181 Op basis van een afspraak tussen de Raad van State en de StAB gebeurt dit tot op heden niet, vanwege de hiermee gepaard gaande verlenging van de procedure. Zie Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 30 en eerder al Freriks en Robbe 2001, p. 129. Op de verlenging van de procedure ga ik in paragraaf 6.3 nader in.

182 Heldeweg 1999, p. 87 en 88 pleit ook voor het instellen van hoor en wederhoor over het concept-deskundigenrapport.

183 Art. 8:48 lid 1 Awb luidt: 'De arts die voor het instellen van een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47, eerste lid, een persoon moet onderzoeken, kan de voor het onderzoek van belang zijnde inlichtingen over deze persoon inwinnen bij de behandelend arts of de behandelende artsen, de verzekeringsarts en de adviserend arts van het bestuursorgaan.'

184 Zie Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 30 en Ter Brugge e.a. 1991, p. 109. De Gedragscode bevat voor het opnemen van contact door de StAB-adviseur met derden dezelfde regeling als ten aanzien van derde-belanghebbenden (zie paragraaf 4.3.4.2).

185 Vgl. Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 308.

le waarborg dat partijen op de hoogte raken van de activiteiten van de deskundige. Toch ligt het voor de hand dat partijen in hun verdediging kunnen worden geschaad wanneer zij niet kunnen reageren op van derden afkomstige gegevens. De belastingrechter verlangde dan ook dat de deskundige partijen hiertoe in de gelegenheid stelt.[186] Polak vond de vrijheid van de deskundige om buiten partijen om bij derden informatie in te winnen zonder daarvoor verantwoording af te leggen ontoelaatbaar.[187] Wulffraat-Van Dijk pleit er zelfs voor de deskundige op te leggen om partijen een afschrift te sturen van het verzoek om schriftelijke inlichtingen. Tegenover de hiermee gemoeide inspanningen voor de deskundige staat het voordeel dat partijen de rechter kunnen laten weten of zij bezwaren hebben tegen de door de deskundige benaderde persoon of de aan hem voorgelegde vragen. De rechter kan de deskundige dan verzoeken zijn onderzoek (deels) anders in te richten.[188] Mijns inziens is echter de mogelijkheid voor partijen om achteraf te reageren op de verkregen informatie voldoende, waarbij het de voorkeur geniet dat ook deze reactiemogelijkheid wordt geboden vóórdat de deskundige zijn eindrapport opstelt.

De Gedragscode van de StAB schiet op dit punt enigermate tekort. De code bepaalt weliswaar dat indien het deskundigenbericht mede wordt gebaseerd op door de StAB verzamelde stukken die partijen niet (kunnen) kennen, deze stukken aan het dossier worden toegevoegd, maar heeft niet uitdrukkelijk betrekking op het vragen van inlichtingen door de deskundige bij derden.

4.3.4.4 Partijen of derden benaderen deskundige

Het door partijen of derden benaderen van de deskundige is in twee sociale verzekeringszaken in strijd met een goede procesorde bevonden. Het verstrekken van informatie aan de deskundige mag alleen door tussenkomst van de rechter, zo werd beslist.[189] Volgens Wulffraat-Van Dijk vloeit hieruit voort dat de deskundige, wanneer hij rechtstreeks wordt benaderd door een partij, die partij moet verwijzen naar de rechter om ongewenste processuele complicaties te voorkomen.[190] Van den Berg acht rechtstreekse benadering door een partij van de deskundige echter wel toelaatbaar, mits deze partij de andere partijen een afschrift stuurt van de verstrekte informatie.[191] Dit lijkt mij een terechte eis, vanwege de potentieel eenzijdige beïnvloeding van de deskundige. Deze eis valt echter niet te handhaven, want hoe kan een partij daaraan worden gehouden? Het is bezwaarlijk om de deskundige op te zadelen met de verplichting om alle ingekomen stukken naar de overige partijen te sturen,

186 Hof Amsterdam 21 april 1977, *BNB* 1978, 245.
187 Polak 1975, p. 1292.
188 Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 308-309.
189 CRvB 15 januari 1988, *RSV* 1988, 211; bevestigd in CRvB 18 april 1991, *RSV* 1991, 273. Zie hierover ook Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 304-305.
190 Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/132.
191 Van den Berg 1997, p. 281.

en omslachtig om alle correspondentie met betrekking tot het deskundigenbericht via de rechter te laten verlopen. Het alternatief is dat de deskundige van de door hem gevoerde correspondentie verslag doet in zijn rapport en daarbij alle stukken voegt die hij van partijen (en derden) heeft ontvangen. Bij voorkeur doet hij dit eerst in een concept-rapport, omdat er dan voor wordt gezorgd dat partijen jegens de deskundige kunnen reageren op voor hen onbekende stukken vóórdat de deskundige zijn verslag uitbrengt aan de rechter. Zie over het werken met een concept-deskundigenbericht nader paragraaf 5.3.1 en paragraaf 6.3.

5 EISEN AAN DE PROCEDURE VAN HET DESKUNDIGENONDERZOEK; HET VERDEDIGINGSBEGINSEL

5.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik of de in de vorige paragraaf besproken werkwijze van de Afdeling en de StAB met betrekking tot het deskundigenonderzoek voldoet aan de daaraan te stellen eisen, vooral met het oog op de eis van een *fair trial* in de zin van art. 6 EVRM. Hiervoor is met name het verdedigingsbeginsel van belang. Wat onder dit beginsel wordt verstaan, bespreek ik in paragraaf 5.2.

Een belangrijk aanknopingspunt in deze paragraaf vormt de Mantovanelli-uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) te Straatsburg uit 1997. Naar aanleiding van deze uitspraak is de vraag gerezen of het onderzoek door de StAB en de omgang door de Afdeling met het StAB-rapport wellicht aanpassing behoeven. De kwestie is met name of partijen voldoende bij het onderzoek door de deskundige worden betrokken. Hiertoe bespreek ik in paragraaf 5.3 de Mantovanelli-uitspraak en de jurisprudentie die voor- en met name nadien is gewezen over de aan het deskundigenonderzoek te stellen procedurele eisen.

5.2 Het karakter van het onderzoek en het verdedigingsbeginsel

5.2.1 Het karakter van het onderzoek

Om te kunnen bepalen welke eisen uit het verdedigingsbeginsel voortvloeien voor het onderzoek door de deskundige als onderdeel van de gerechtelijke procedure, moet ik dat onderzoek eerst karakteriseren. Uit het karakter van het onderzoek vloeit namelijk in belangrijke mate voort welke eisen daaraan moeten worden gesteld. Het deskundigenonderzoek kan grofweg op twee manieren worden getypeerd.

Aan de ene kant kan worden gesteld dat het onderzoek van de deskundige primair dient om nadere informatie in te winnen over de feiten. In deze optiek staat dat onderzoek dus min of meer los van de contradictoire procedure voor de rechter en is er ook geen noodzaak om in het onderzoek structureel bepaalde waarborgen in te bouwen.[192]

In de andere optiek wordt het onderzoek door de deskundige beschouwd als 'gemandateerd rechterlijk' onderzoek.[193] De deskundige wordt door de rechter benoemd en de resultaten van zijn onderzoek dienen ter adstructie van de rechter. Het onderzoek van de deskundige treedt in de plaats van onderzoek door de rechter. De rechter verricht zelf immers doorgaans geen onderzoek meer wanneer hij een deskundigenbericht heeft ingewonnen. Hij hoeft nog 'slechts' het bericht (marginaal) te toetsen. Omdat het onderzoek van de deskundige als het ware het onderzoek door de rechter vervangt, is wel gesteld dat het onderzoek door de deskundige in beginsel moet voldoen aan dezelfde eisen als onderzoek dat door de rechter zelf wordt verricht.[194] Hoewel deze stelling in haar algemeenheid wellicht wat ver gaat, lijkt zij mij als uitgangspunt juist. Het uiteindelijke oordeel moet evenwel worden gebaseerd op de gerechtelijke procedure als geheel; daarbij moet ook worden gekeken naar eventuele 'compenserende' activiteiten door de rechter.

5.2.2 *Het verdedigingsbeginsel*

Het verdedigingsbeginsel stelt eisen aan het verloop van de gerechtelijke procedure. Het wordt ook wel aangeduid als hoor en wederhoor (in ruime zin). In navolging van De Waard kan het verdedigingsbeginsel gesplitst worden in een aantal deeleisen. De twee hoofdvereisten zijn 'hoor en wederhoor' en '*(e)quality of arms*'. Hoor en wederhoor bestaat uit drie nauw met elkaar verweven aspecten: het recht om informatie aan de rechter te verstrekken, het recht om informatie betreffende het proces te ontvangen (met name hetgeen door de wederpartij en eventuele derden naar voren wordt gebracht) en voldoende gelegenheid en tijd voor de onderbouwing van het eigen standpunt. Het vereiste van *equality of arms* brengt met zich mee dat partijen gelijke proceskansen moeten hebben, oftewel dat er een evenwicht moet bestaan in de mogelijkheden van partijen met betrekking tot de inbreng in en de informatie over het proces. 'Gelijkheid van wapenen' alleen is echter niet genoeg; de

192 Aldus bijvoorbeeld Widdershoven e.a. 1991, p. 326-327 en Konijnenbelt 2003, p. 17.
193 Zie over deze term Wulffraat-Van Dijk (losbl.), p. 30/130.
194 Aldus expliciet Wulffraat-Van Dijk 1995, p. 306 en 314. Iets minder stellig zijn Hoitink en Spelt 1994, p. 83-85. Vergelijk ook het EHRM in de Mantovanelli-uitspraak (zie hierna), r.o. 31: 'an expert report of this kind [het betrof een medisch deskundigenrapport, TCL], produced under a court's authority for its own enlightenment, was an *integral part of the proceedings* [curs. TCL].'

genoemde mogelijkheden moeten ook van een voldoende niveau en omvang zijn (hetgeen aangeduid kan worden met *quality* en *quantity of arms*).[195]

Toegespitst op deskundigeninbreng vereist het beginsel van *equality of arms* dat partijen voldoende en gelijke kansen behoren te hebben om deskundigenbewijs in te brengen en om te reageren op deskundigeninbreng door de wederpartij of de rechter. Op grond van zijn rol als *dominus litis*, van de ongelijkheidscompensatie-gedachte en van de inbreng van partijen kan de bestuursrechter geroepen zijn zelf bepaald (nader) onderzoek te doen verrichten. Het beginsel van *equality of arms* raakt aldus ook aan de mogelijkheden van contra-expertise (zie hiervoor paragraaf 4.2.5).

5.3 De Mantovanelli-uitspraak en andere jurisprudentie

De eis van hoor en wederhoor (in ruime zin) in relatie tot deskundigenonderzoek, is in de rechtspraak zowel op Europees als op nationaal niveau aan de orde geweest. Een belangrijke uitspraak is die inzake Mantovanelli.

5.3.1 Europese jurisprudentie

Mantovanelli-uitspraak

Het EHRM heeft zich in 1997 in de Mantovanelli-uitspraak uitgelaten over de eisen die art. 6 EVRM stelt aan een deskundigenbericht.[196] In deze Franse zaak hadden de ouders Mantovanelli een overheidsziekenhuis aangeklaagd omdat dat ziekenhuis onzorgvuldig zou zijn geweest bij het toedienen van een bepaald medicijn aan hun dochter, die dientengevolge was overleden. De dochter had in totaal zeven operaties aan haar duim ondergaan en daarbij elke keer het medicijn halothaan toegediend gekregen; een stof waarvan bekend zou zijn dat herhaaldelijk gebruik in een kort tijdsbestek dodelijk kan zijn.

De door de bestuursrechter in eerste aanleg benoemde deskundige, een arts, onderzocht verschillende medische dossiers en hield interviews met een aantal betrokken werknemers van het ziekenhuis (onder wie behandelend artsen). De ouders noch hun advocaat waren uitgenodigd voor de door de deskundige gehouden interviews, en zij hadden pas inzage in de door de deskundige onderzochte dossiers kunnen krijgen op een moment dat hij zijn rapport al definitief had vastgesteld. Dit was in strijd met het geldende Franse bestuursrecht. Het rapport was na gereedkoming wel toegezonden aan de ouders.

De rechter in eerste aanleg honoreerde het verzoek van de ouders om een nieuw deskundigenonderzoek niet. Hij volgde het oordeel van de deskundige

---

195 Vgl. over het voorgaande De Waard 1987, p. 245-248.

196 EHRM 18 maart 1997, *RJ&D ECHR* 1997-II, p. 425, *JB* 1997, 112, m.nt. Heldeweg, *NJ* 1998, 278, m.nt. Snijders.

en wees de vordering van de ouders af. Het Administratief Hof te Nancy overwoog in hoger beroep dat het feit dat het deskundigenrapport niet in overeenstemming met het *adversarial*-principe (zie hierna) tot stand was gekomen, het gerecht in eerste aanleg niet verhinderde om daarop zijn oordeel te baseren. De ouders hadden de beschikking over het rapport, waarin al het bewijs was vermeld, en konden dit dus betwisten. Het was hun verantwoordelijkheid om te specificeren op welke punten nader onderzoek nodig was, aldus de hoger beroepsrechter.[197]

Het EHRM stelt voorop dat het EVRM geen regels van bewijsrecht bevat. De nationale rechter moet dus uitmaken hoe het bewijs moet worden gewaardeerd.

Het Hof overweegt vervolgens dat een van de elementen van een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM het recht op *adversarial proceedings* is:

> 'each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision'. (r.o. 33)

Vervolgens spitst het Hof dit verdedigingsbeginsel toe op gevallen waarin onderzoek is verricht door een deskundige. Het overweegt dat het beginsel van *adversarial proceedings* niet met zich meebrengt dat partijen in alle instanties in de gelegenheid moeten zijn de door de deskundige afgenomen interviews bij te wonen of inzage te krijgen in de documenten die de deskundige in ogenschouw heeft genomen.

> 'What is essential is that the parties should be able to participate properly in the proceedings before the 'tribunal' […].' (r.o. 33)

Het Hof is van oordeel dat de mogelijkheden voor de ouders om te participeren in de procedure niet voldoende waren. De enige invloed die de ouders konden uitoefenen voor de rechter was immers commentaar leveren op het rapport nadat dit definitief was geworden;

> 'the Court is not convinced that this afforded them a real opportunity to comment effectively on it.' (r.o. 36)

Vanwege twee omstandigheden ligt het volgens het Hof voor de hand dat het rapport een zeer grote rol zou spelen bij de beoordeling van de feiten door de rechter. In de eerste plaats was de aan de deskundige voorgelegde vraag identiek aan de door de rechter te beoordelen vraag, namelijk of de toediening

197 Zie voor de feiten van de zaak meer uitgebreid *NJ* 1998, 278 en ook Van den Berg 1999, p. 17-18.

van het medicijn onder de gegeven omstandigheden nalatigheid van het ziekenhuis betekende.[198] En in de tweede plaats had de vraag betrekking op een technisch gebied dat buiten het bestek van de kennis van de rechter viel.

> 'Thus although the Administrative Court was not in law bound by the expert's findings, his report was likely to have a preponderant influence on the assessment of the facts by that court.' (r.o. 36)

Hierbij gevoegd de weigering van de rechters in eerste en tweede aanleg om een nader deskundigenonderzoek te laten verrichten, komt het Hof tot de conclusie dat de ouders hun mening alleen effectief hadden kunnen geven vóórdat het deskundigenbericht was uitgebracht. Er hadden, zo overweegt het Hof ten slotte, ook geen praktische bezwaren bestaan voor de deskundige om de ouders bij zijn interviews en dossieronderzoek te betrekken. Op grond van het vorenstaande neemt het Hof, zij het met de kleinst mogelijke meerderheid, een schending van art. 6 EVRM aan.

Feldbrugge-uitspraak

De tweede relevante Europeesrechtelijke zaak is de Feldbrugge-uitspraak uit 1986.[199] In deze uitspraak werd de toenmalige Nederlandse 'vaste deskundige-procedure'[200] in strijd met art. 6 EVRM bevonden. Deze procedure was met name van toepassing op spoedeisende geschillen ingevolge de Ziektewet, en ging in het kort als volgt.[201] De Voorzitter van de Raad van Beroep droeg de vaste deskundige, een aan de Raad verbonden medicus, op een onderzoek te verrichten. De Voorzitter nam diens advies standaard over, zonder verdere procedurele handelingen. Tegen de beslissing stond slechts zeer beperkt verzet open: behalve op een aantal formele gronden alleen wanneer de voorzitter het advies van de deskundige niet had gevolgd.

Het EHRM oordeelde de vaste deskundige-procedure op twee gronden in strijd met een 'fair trial'. In de eerste plaats kon de betrokkene het rapport van de vaste deskundige niet inzien. Hierdoor was het niet mogelijk commentaar te leveren op dat rapport met bijvoorbeeld contra-expertise, terwijl dat rapport de basis vormde voor de rechterlijke beslissing. In de tweede plaats werd betrokkene na het onderzoek niet gehoord door de rechter; er werd geen zitting gehouden en ook het indienen van schriftelijke opmerkingen was niet

198 Hierbij kan mijns inziens een vraagteken worden gezet. De deskundige moest onderzoeken of de toediening medisch gezien een fout was; de rechter of die medische fout ook juridisch een tekortschieten betekende. Het oordeel van de rechter hangt natuurlijk wel in grote mate af van de beoordeling door de medisch deskundige van de ernst van de fout.

199 EHRM 29 mei 1986, *ECHR, Series A*, 99, *NJ* 1987, 432, m.nt. Alkema.

200 Art. 131 e.v. Beroepswet (1955), *Stb*. 1955, 47.

201 Zie over de vaste deskundige-procedure nader De Jong e.a. 1984, p. 351-368 en Faber 1992, p. 154-161.

geregeld. Het feit dat de betrokkene tijdens het medisch onderzoek door de deskundige tegen hem allerlei opmerkingen kon maken, deed aan de tekortkomingen niets af.

5.3.2 *Nationale jurisprudentie*

Jurisprudentie van vóór de Mantovanelli-uitspraak

In een milieu-uitspraak uit 1995, waarin de voorganger van de StAB, de ABM, een deskundigenbericht had uitgebracht, voerde appellante twee argumenten aan waarom het deskundigenbericht niet zorgvuldig tot stand zou zijn gekomen.[202]

In de eerste plaats had de Afdeling in strijd met art. 8:47 lid 3 Awb nagelaten appellante mee te delen dat zij van plan was de ABM als deskundige te benoemen. De Afdeling ziet hierin geen aanleiding het deskundigenbericht buiten beschouwing te laten, omdat de ABM appellante in kennis heeft gesteld van zijn opdracht en voorts niet aannemelijk is geworden dat appellante door het gebrek in haar belangen is geschaad (zie over het laatste de bespreking van de volgende uitspraak).

In de tweede plaats voerde appellante aan dat de ABM bij een bezoek aan de inrichting met vertegenwoordigers van de vergunninghoudster had gesproken, zonder dat zij daarbij aanwezig was. Daarnaast was zij niet in de gelegenheid gesteld om vóór het uitbrengen van het verslag te reageren op hetgeen door de vergunninghoudster naar voren was gebracht. De Afdeling is van oordeel dat de door appellante genoemde omstandigheden in het algemeen niet in de weg staan aan een zorgvuldige en onpartijdige totstandkoming van het verslag van het onderzoek door de ABM. Verder overweegt zij dat haar niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die aanleiding zouden moeten geven voor een ander oordeel. Daarbij acht de Afdeling van belang dat de ABM contact heeft gezocht met appellante en dat hij haar in de gelegenheid heeft gesteld de volgens haar van belang zijnde stukken te overleggen. Vervolgens overweegt de Afdeling dat zij niet gebonden is aan het rapport van de deskundige en dat appellante na het uitbrengen van het rapport in de gelegenheid is gesteld daarop te reageren, hetgeen zij meerdere malen heeft gedaan. Ten slotte merkt de Afdeling op dat zij haar oordeel niet heeft gebaseerd op het rapport van de ABM.

---

202 ABRvS 5 juli 1995, *JB* 1995, 227, m.nt. Heldeweg, *M en R* 1996, 11, m.nt. Backes. Widdershoven acht deze uitspraak niet verenigbaar met art. 6 EVRM. Hij leidt uit de Mantovanelli-uitspraak af dat partijen vóór het uitbrengen van het deskundigenbericht in de gelegenheid moeten worden gesteld om zich daarover uit te laten (zie 'Kroniek Bestuursprocesrecht', *NTB* 1997, p. 359).

Jurisprudentie van na de Mantovanelli-uitspraak
In een uitspraak uit 2005 met betrekking tot de goedkeuring van een bestemmingsplan was, net als in de hiervoor besproken uitspraak, art. 8:47 lid 3 Awb aan de orde.[203] Appellant klaagde dat hij niet in kennis was gesteld van de benoeming van de deskundige. De Afdeling sluit niet uit dat dit inderdaad niet is gebeurd, maar zij is van oordeel dat niet is gebleken dat appellant door dit mogelijke verzuim in zijn belangen is geschaad. Daartoe overweegt de Afdeling dat de vraagstelling aan de deskundige algemeen is geweest en dat deze derhalve alle ten aanzien van het beroep relevante aspecten diende te onderzoeken. Voorts is appellant door de deskundige vóór het uitbrengen van het verslag gehoord en is hij na het uitbrengen van het verslag in de gelegenheid gesteld schriftelijk zijn zienswijze daaromtrent naar voren te brengen. De Afdeling merkt voorts op dat zij niet is gebonden aan hetgeen in het deskundigenbericht is vermeld.

De onderbouwing van het oordeel dat appellant niet in zijn belangen is geschaad, is in deze uitspraak beter dan in de hiervoor aangehaalde uitspraak uit 1995. Bij een algemene, geheel open, vraagstelling is het inderdaad niet goed denkbaar dat een partij in zijn belangen is geschaad doordat hij niet op de formulering van de vraag heeft kunnen reageren (zeker indien de rechter, zoals de Afdeling, een dergelijke algemene vraagstelling als vaste praktijk hanteert en niet openstaat voor suggesties van partijen met betrekking tot de formulering van een meer gerichte vraag). Het argument dat de Afdeling geeft in de uitspraak uit 1995 – namelijk dat de deskundige appellante heeft medegedeeld dat hij een onderzoek gaat verrichten – is daarentegen niet geheel sluitend, omdat dat niet uitsluit dat in een eerder stadium een onderzoeksvraag is geformuleerd waarop appellante had kunnen reageren.

In een bestemmingsplanzaak uit 2000 stelden appellanten, met een beroep op de Mantovanelli-uitspraak, dat het door de StAB uitgebrachte rapport niet door de Afdeling mocht worden gebruikt. Hieraan zou namelijk geen zorgvuldig onderzoek, geen evenwichtige afweging en geen deugdelijke motivering ten grondslag liggen. Volgens de Afdeling is echter niet gebleken dat de aan het deskundigenonderzoek te stellen zorgvuldigheidseisen niet in acht zijn genomen. De StAB heeft appellanten namelijk ingelicht over de door haar te volgen werkwijze en appellanten in de gelegenheid gesteld standpunten bij haar naar voren te brengen (vóór gereedkoming van het rapport), en voorts konden zij voor de rechter reageren op het definitieve rapport.[204]

Gezien het uitdrukkelijke beroep van appellanten op de Mantovanelli-uitspraak, is het opvallend dat de Afdeling niet expliciet daaraan of aan art. 6

203 ABRvS 16 februari 2005, 20030882/1, *AB* 2005, 337, m.nt. Struiksma, *JB* 2005, 111, m.nt. Peeters.
204 ABRvS 31 januari 2000, *LJN* AA5106, *JB* 2000, 113, m.nt. Heldeweg.

EVRM toetst.[205] Aangezien zij niet expliciet anders vermeldt, is op grond van deze uitspraak evenwel aannemelijk dat de Afdeling de uit de Mantovanelli-uitspraak voortvloeiende eisen in zijn algemeenheid wel op het onderzoek van de StAB van toepassing acht.[206] Dat dit inderdaad zo is, blijkt uit de hierna besproken uitspraak van de Afdeling van 9 mei 2007.

De Centrale Raad van Beroep heeft in een beslissing uit 2000 nauwgezet getoetst aan de Mantovanelli-uitspraak en art. 6 EVRM.[207] Appellant stelde dat hij niet effectief zijn standpunt naar voren had kunnen brengen, omdat hij niet op de uitgebrachte deskundigenberichten had kunnen reageren vóórdat deze aan de rechter waren verzonden. Hierbij beriep hij zich op de Mantovanelli-uitspraak. De Centrale Raad is evenwel van oordeel dat er geen strijd is met art. 6 EVRM, waartoe hij drie argumenten aanvoert.

In de eerste plaats overweegt de Centrale Raad dat de aan de deskundige voorgelegde vragen niet identiek zijn aan de door de rechter te beantwoorden vraag. Voor de beoordeling van de aanspraak van appellant op een AAW-uitkering waren, naast diens door de medisch deskundigen te beoordelen belastbaarheid, ook arbeidskundige aspecten van belang.

In de tweede plaats hebben de deskundigen zich in casu gebaseerd op gegevens afkomstig van appellant zelf (te weten gegevens met betrekking tot het onderzoek aan zijn lichaam en hetgeen hij zelf over zijn gezondheidstoestand heeft medegedeeld) en op in het dossier aanwezige gegevens. Dit in tegenstelling tot in de Mantovanelli-zaak, waar het verhoren van derden betrof en andere voor eisers onbekende stukken. Appellant heeft dus wél zijn standpunt bij de deskundigen naar voren kunnen brengen.[208]

Een derde overweging voor de Raad is dat appellant zowel in de schriftelijke voorfase als op de zitting uitgebreid heeft kunnen reageren op de deskundigenberichten en dat hij gelegenheid heeft gehad een contra-expertise te entameren (van welke gelegenheid hij geen gebruik heeft gemaakt).

In een zaak uit 2007 is ten overstaan van de Afdeling aangevoerd dat het StAB-rapport buiten beschouwing moest worden gelaten, omdat appellant niet de mogelijkheid was geboden om te reageren op de bevindingen van de StAB

205 Zie hierover ook Heldeweg in zijn noot en Freriks en Robbe 2001, p. 37-38.

206 Vgl. (Staatsraad) Konijnenbelt 2003, p. 17: 'De Afdeling gaat ervan uit dat de *algemene teneur* van het Mantovanelli-arrest ook van toepassing is op de advisering in milieugeschillen. Je kunt dit arrest echter niet zonder meer daarop toepassen, omdat het op een heel bijzondere constellatie betrekking had, waarbij de werkzaamheden van de adviseur van veel doorslaggevender belang waren dan de StAB-adviezen plegen te zijn in milieugeschillen; voor ruimtelijke ordeningszaken geldt trouwens hetzelfde.'

207 CRvB 14 juni 2000, *RAwb* 2001, 7, m.nt. Widdershoven, *AB* 2000, 405, m.nt. Pennings. Zie ook Freriks en Robbe 2001, p. 38-40.

208 Pennings merkt in zijn noot, onder 4, op dat dit alleen voor appellant gold, niet voor zijn juridisch adviseur.

voordat deze het deskundigenbericht in zijn definitieve vorm naar de Afdeling had gezonden.[209]

De Afdeling overweegt allereerst dat uit de Mantovanelli-uitspraak voortvloeit dat appellant in de gelegenheid moet zijn geweest effectief te reageren op het deskundigenbericht. Daarmee geeft de Afdeling voor het eerst expliciet aan dat zij de uit de Mantovanelli-uitspraak voortvloeiende eisen op het onderzoek van de StAB van toepassing acht.

De Afdeling is van oordeel dat het ontbreken van de mogelijkheid voor appellant om te reageren op het deskundigenbericht voordat dit in zijn definitieve vorm aan de Afdeling werd gezonden (oftewel het ontbreken van de mogelijkheid om te reageren op een concept van het deskundigenbericht, op welke reactie de deskundige in zijn eindrapport zou moeten ingaan), niet betekent dat niet is voldaan aan de uit artikel 6 van het EVRM voortvloeiende eisen ten aanzien van een eerlijk proces.

Daartoe overweegt de Afdeling in de eerste plaats dat appellant in de gelegenheid is geweest effectief zijn inbreng te leveren in het kader van het onderzoek door de StAB, doordat hij is bezocht door de medewerker van de StAB en hij tijdens dat bezoek de gelegenheid heeft gehad zijn standpunten nader toe te lichten.

In de tweede plaats overweegt de Afdeling dat appellant op de resultaten van het onderzoek adequaat tegenspraak heeft kunnen leveren nadat het deskundigenbericht aan de Afdeling was gezonden. Hierbij wijst de Afdeling erop dat appellant na het uitbrengen van het deskundigenbericht overeenkomstig art. 8:47 lid 5 Awb in de gelegenheid is gesteld schriftelijk zijn zienswijze met betrekking tot het deskundigenbericht naar voren te brengen (van welke mogelijkheid hij gebruik heeft gemaakt) en dat appellant ter zitting zijn zienswijze over het deskundigenbericht (en meer specifiek over het punt waarop het deskundigenbericht volgens hem onjuist was) naar voren heeft kunnen brengen.

Zie voor mijn oordeel over deze uitspraak paragraaf 6.3 hierna.

Reactie op het deskundigenbericht (art. 8:47 lid 5 Awb)

Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat de rechter veel waarde hecht aan art. 8:47 lid 5 Awb, waarin is bepaald dat partijen binnen vier weken hun schriftelijke zienswijze op het rapport van een deskundige bij de rechtbank naar voren kunnen brengen.

Als eerste vermeld ik een appèluitspraak waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat de termijn van vier weken dwingend is voorgeschreven. Een vermindering van deze termijn, in het onderhavige geval tot één week, is in strijd met de wet. De omstandigheid dat om een nadere behandeling ter zitting had

209 ABRvS 9 mei 2007, 200604900/1, *JB* 2007, 127, m.nt. Bots, *M en R* 2007, 85, m.nt. Jesse.

kunnen worden gevraagd, doet hier naar het oordeel van de Afdeling niet aan af.[210]

Wellicht interessanter zijn twee uitspraken waarin de rechtbank had nagelaten (een van de) partijen in staat te stellen te reageren op het deskundigenbericht.

De Centrale Raad van Beroep spreekt in dit verband van een ernstige omissie. Hij ziet evenwel aanleiding om daaraan in het concrete geval geen consequenties te verbinden. Niet alleen heeft appellant ter zitting van de rechtbank alsnog op het rapport van de deskundige kunnen reageren, maar tevens heeft de rechtbank vervolgens de zaak heropend en de deskundige gevraagd onder meer op de pleitnotitie van appellant een reactie te geven, hetgeen deze heeft gedaan. Gelet hierop is de Raad van oordeel dat de omissie van de rechtbank voldoende is hersteld en dat appellant door vorenvermelde gang van zaken niet in zijn procespositie is geschaad.[211]

De andere uitspraak in dit verband, ook uit 2002, betreft een zaak op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). De Minister had inzage geweigerd in een rapport over een ramp bij DSM in 1975, waarbij door een explosie 14 doden en 104 gewonden waren gevallen. De rechtbank benoemde de StAB als deskundige om te adviseren over de vraag of het rapport vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens bevatte, die op grond van de Wob niet openbaar gemaakt hoeven te worden. De rechtbank besloot dat het StAB-rapport niet naar de verzoekers om inzage moest worden gestuurd. Dat zou immers onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de verzoekers, onder wie een journalist, op de hoogte zouden raken van de bedrijfs- en fabricagegegevens. De vraag of zij recht hadden op inzage in die gegevens was nu juist de inzet van het geding. De Afdeling toont in hoger beroep weliswaar begrip voor de afweging van de rechtbank, maar overweegt vervolgens aldus:

> 'Dit neemt niet weg dat met deze handelwijze […] artikel 8:47, vijfde lid, van de Awb is geschonden, in welk artikel […] het ook in artikel 6 van het EVRM neergelegde beginsel van 'fair trial' is opgenomen. Reeds hierom is de door de rechtbank gevolgde handelwijze niet juist. In een situatie dat aan een deskundige is gevraagd een onderzoek in te stellen en daarover verslag uit te brengen, dienen de vraagstelling en het verslag zodanig te worden geformuleerd dat het verslag zonder bezwaar aan partijen kan worden toegezonden, zodat zij op de voet van artikel 8:47, vijfde lid, van de Awb hun zienswijze naar voren kunnen brengen. De door de rechtbank gevolgde handelwijze verdraagt zich met genoemd artikellid niet.'[212]

210 ABRvS 15 juni 2000, *LJN* AA6402, *JB* 2000, 219.
211 CRvB 28 mei 2002, *LJN* AE5848, *JB* 2002, 253.
212 ABRvS 14 augustus 2002, 200104239, *JB* 2002, 296, m.nt. Peeters.

Enige civielrechtelijke uitspraken
Ten slotte maak ik, ter verbreding van de horizon, een uitstapje naar het burgerlijk recht. Vermeldenswaard is dat de deskundige in civielrechtelijke geschillen verplicht is om partijen in de gelegenheid te stellen om opmerkingen te maken en van de inhoud van die opmerkingen melding te maken. Dit blijkt uit art. 198 lid 2 Rv (voorheen art. 223 lid 5 Rv), dat luidt als volgt:

> De deskundigen stellen hun onderzoek in, hetzij onder leiding van de rechter, hetzij zelfstandig. De deskundigen moeten bij hun onderzoek partijen in de gelegenheid stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen. Uit het schriftelijke bericht moet blijken of aan dit voorschrift is voldaan. Van de inhoud van de opmerkingen en verzoeken wordt in het schriftelijke bericht melding gemaakt. Indien een partij schriftelijke opmerkingen of verzoeken aan de deskundigen doet toekomen, verstrekt zij daarvan terstond afschrift aan de wederpartij.

De Hoge Raad oordeelde in 1993 dat geen steun in het recht vindt de opvatting dat het door het Hof ingewonnen deskundigenbericht met miskenning van een elementair beginsel van behoorlijke procesvoering tot stand is gekomen, nu de deskundigen partijen wel hebben gehoord, doch elk op een verschillend tijdstip en zonder telkens de andere partij in de gelegenheid te stellen daarbij aanwezig te zijn. Een dergelijk als rechtsregel in acht te nemen vereiste ligt noch besloten in de (oude) procesregels van het deskundigenbericht, noch ook in art. 6 EVRM. Daarbij is van belang dat beide partijen in ruime mate de gelegenheid hebben gekregen tot een onderlinge discussie over de inhoud van het deskundigenrapport, van welke gelegenheid zij ook uitvoerig gebruik hebben gemaakt.[213]

In een uitspraak van een paar jaar later overwoog de Hoge Raad over een van de cassatiemiddelen dat dat van de onjuiste opvatting uitgaat dat de deskundigen in beginsel gehouden zijn tot het honoreren van elk in enige fase van het onderzoek door een der partijen gedaan verzoek om in de gelegenheid te worden gesteld van de voorlopige bevindingen van de deskundigen kennis te nemen en daarop commentaar te leveren.[214]

Uit de uitspraak blijkt overigens dat partijen tamelijk ruimhartig bij het deskundigenonderzoek waren betrokken: partijen hadden zich kunnen uitlaten over de aan de deskundigen voor te leggen onderzoeksvragen, de deskundigen hadden partijen de gelegenheid gegeven aangaande het concept van hun rapport opmerkingen te maken en de deskundigen hadden met de gemaakte opmerkingen rekening gehouden bij het vaststellen van het definitieve rapport.

---

213 HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234.
214 HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. Rutgers.

In een tussenvonnis van de rechtbank Arnhem komen beide bovengenoemde arresten van de Hoge Raad, die overigens dateren van voor de Mantovanelli-uitspraak, ter sprake.[215]

De rechtbank overweegt eerst dat de deskundige de partijen de gelegenheid heeft geboden opmerkingen te maken of verzoeken te doen. Anders dan gedaagde meent, betekent de zinsnede 'bij het onderzoek' in art. 198 lid 2 Rv niet dat hiertoe tijdens de feitelijke fase van het onderzoek al de gelegenheid moet worden geboden, aldus de rechtbank, daarbij verwijzende naar bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad van 20 september 1996. Ook is van deze opmerkingen en verzoeken melding gemaakt in het definitieve rapport. Aan deze vereisten van art. 198 lid 2 Rv heeft de deskundige dus op zichzelf voldaan.

Daarmee is nog niet gegeven dat de rechtbank het rapport gelet op de wijze van totstandkoming ervan aan haar beslissing ten grondslag zou mogen leggen, zo vervolgt de rechtbank. Hierbij komt het er immers niet alleen op aan of de deskundige zich aan de procedurele regels heeft gehouden, maar ook en vooral of aan het beginsel van hoor en wederhoor door de deskundige niet tekort is gedaan.

Gedaagde verwijt de deskundige verder dat hij over de aanvang en de plaats van het onderzoek niet vooraf met beide partijen heeft overlegd (hetgeen in een eerder tussenvonnis wel was bepaald) en dat de deskundige zijn (concept-)rapport mede heeft vervaardigd op basis van daarna nog, zonder medeweten van gedaagde, door eiseressen mondeling verstrekte informatie. Pas na het verschijnen van het concept-rapport heeft de deskundige op verzoek van gedaagde ook nog een keer met (alleen) hem gesproken. De rechtbank overweegt hierover het volgende:

> 'Op zichzelf verplicht geen rechtsregel een deskundige de partijen in elkaars aanwezigheid te horen (HR 12 februari 1993, NJ 1993, 234). Hier doet zich echter het geval voor dat de partijen ieder in een wezenlijk andere fase van het deskundigenonderzoek buiten elkaars aanwezigheid zijn gehoord, terwijl bovendien – anders dan in het door de Hoge Raad beoordeelde geval – voor de ene partij niet voldoende kenbaar was wat door de andere partij met de deskundige was besproken. In de onderhavige zaak heeft hetgeen eiseressen in de besprekingen met de deskundige hebben aangevoerd bijgedragen althans kunnen bijdragen aan het concept-rapport van de deskundige zonder dat het voor gedaagde voldoende duidelijk was in hoeverre. Dat gedaagde niet zomaar wil afgaan op hetgeen de deskundige daarover in zijn rapport heeft vermeld – te weten dat in de gesprekken met eiseressen geen andere zaken naar voren zijn gebracht welke niet uitvoerig in het procesdossier aan de orde zijn geweest – is in het licht van de hele gang van zaken, het feit dat er twee besprekingen met eiseressen zijn geweest en de inhoud van het rapport niet onbegrijpelijk. De door de feitelijke gang van zaken ontstane ongelijkheid in procespositie ten nadele van gedaagde is door haar gesprek

215 Rechtbank Arnhem 12 oktober 2005, *LJN* AU8391.

met de deskundige op 11 november 2004 niet (voldoende) weggenomen. Het is begrijpelijk dat gedaagde het vertrouwen in de onpartijdigheid van deze deskundige heeft verloren. Reeds daarom zal hem niet worden bevolen een nadere toelichting op zijn rapport te geven, maar zal een andere deskundige moeten worden benoemd.'

Ten slotte
In paragraaf 6.3 bespreek ik bij wijze van conclusie welke procedurele eisen er op grond van de hiervoor besproken jurisprudentie en de bespreking in paragraaf 4 moeten worden gesteld aan het onderzoek door de deskundige in milieugeschillen.

6 SAMENVATTING EN CONCLUSIE

6.1 Deskundigenadvisering aan de rechter

In milieugeschillen heeft de rechter vaak een deskundige nodig om informatie te verschaffen over de processen die binnen een inrichting plaatsvinden, over het beoordelingskader en de meet- en rekenmethoden die het bevoegd gezag heeft gebruikt en over de vraag in hoeverre de gestelde vergunningvoorschriften in overeenstemming zijn met de stand van de techniek.

De regeling in de Algemene wet bestuursrecht van de deskundigenadvisering aan de rechter is tamelijk summier. Zij bevat geen aanknopingspunten voor beantwoording van de vraag wanneer de rechter een advies moet inwinnen, in hoeverre hij een ingewonnen advies moet controleren en wanneer hij op een advies mag afgaan. Deze aspecten zijn in de jurisprudentie en literatuur in meer- of mindere mate uitgekristalliseerd.

De vraag wanneer de rechter verplicht is tot het inwinnen van een deskundigenbericht, kan in zijn algemeenheid niet veel concreter worden beantwoord dan als volgt: indien zijn kennis of deskundigheid tekortschiet om het beroep inhoudelijk te beoordelen.

Uit het feit dat de rechter (en niet de deskundige) verantwoordelijk is voor de uitspraak, vloeit voort dat hij het deskundigenbericht niet klakkeloos mag volgen. De rechter is echter in beginsel niet in staat het advies inhoudelijk te controleren. Dat is ook niet nodig. Hij moet een min of meer marginale deugdelijkheidstoets verrichten, waarbij hij nagaat of het onderzoek zorgvuldig is geweest, of het advies geen kennelijke onjuistheden bevat en of de gevolgde redeneringen logisch en concludent zijn.

Indien het deskundigenbericht deze toets doorstaat, mag de rechter daarop in beginsel afgaan.[216] Dit is slechts anders indien contra-expertise is ingebracht. Daaraan zal de rechter meestal slechts kunnen voorbijgaan op basis van een door hem ingewonnen nader deskundigenbericht. Indien appellanten de rechter verzoeken om een nader deskundigenbericht zonder dat zij daarbij zelf contra-expertise inbrengen, mag de rechter dat verzoek dus in beginsel afwijzen. Uit de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM blijkt dat dit anders kan liggen indien partijen onvoldoende zijn betrokken bij het onderzoek. Daarnaast is dit anders indien appellanten erin slagen aannemelijk te maken dat het eerste deskundigenbericht ondeugdelijk is, hetgeen zonder contra-expertise niet eenvoudig zal zijn.

Volgens de jurisprudentie mag de rechter (net als een bestuursorgaan) eerder op de deugdelijkheid van een (deskundigen)advies vertrouwen indien de adviseur ervaren is, naarmate er een bestendige 'adviesrelatie' bestaat en indien de adviseur zijn werkwijze in een protocol heeft vastgelegd. Dit lijkt mij wat de eerste en tweede omstandigheid betreft niet zonder meer juist (zie paragraaf 3.4 en 2.5). Enerzijds weet een vaste deskundige in geval van bestendige advisering wat er van hem verwacht wordt, anderzijds kunnen daarbij op een gegeven moment automatismen ontstaan en kan zowel de deskundige als de rechter minder alert worden. In milieugeschillen is het risico hierop niet bij voorbaat denkbeeldig, omdat de StAB de vaste en exclusieve deskundige is van de Afdeling. In paragraaf 6.3 bespreek ik of het aannemelijk is dat dit risico zich verwezenlijkt. Het feit dat ook de derde genoemde omstandigheid zich voordoet in milieugeschillen – de StAB handelt conform een protocol – is weliswaar positief te waarderen, maar laat onverlet dat de rechter de deskundigenberichten van de StAB moet controleren zoals hiervoor is beschreven.

6.2 Deskundigenadvisering in milieugeschillen

In hoofdstuk 2 is de historische ontwikkeling van de deskundigenadvisering in milieugeschillen beschreven. Het sluitstuk van deze ontwikkeling was de verzelfstandiging van de vaste deskundige in 1997. In dat jaar werd de deskundige – die tot dat moment zijn werkzaamheden formeel onder de verantwoordelijkheid van de Minister van VROM verrichtte – ondergebracht in een onafhankelijke stichting, de StAB.

Onder invloed van deze institutionele verandering, maar bijvoorbeeld ook van de omslag naar een marginale toetsing door de Afdeling in 1998, heeft het oude ambtsbericht zich ontwikkeld tot wat het nu is, een – uitgebreid – deskundigenbericht. Anders dan in het verleden wint de Afdeling niet meer standaard een deskundigenbericht in, laat de deskundige zich niet meer uit

216 Zie ABRvS 28 juni 1999, *LJN* AA3619, *JB* 1999, 219, m.nt. Heldeweg en ook CRvB 9 juli 1996, *RSV* 1997, 81.

over juridische aspecten van een zaak en neemt de Afdeling de – overigens minder vaak voorkomende – concrete tekstvoorstellen van de deskundige ter vervanging van voor vernietiging in aanmerking komende vergunningvoorschriften, niet meer zonder meer over.[217] Dit zijn positieve ontwikkelingen.[218] De tamelijk breedgedragen kritiek in de literatuur op de adviescultuur in milieugeschillen, zoals die in de eerste helft van de jaren negentig van de vorige eeuw werd verwoord, is dan ook verstomd. Deze kritiek werd overigens met name gevoed door het feit dat de deskundige formeel niet onafhankelijk van de Minister was.

De historie heeft niettemin duidelijk haar sporen nagelaten. Kenmerkende elementen van de advisering die bewaard zijn gebleven, zijn het bestaan van een vaste deskundige, het stellen door de rechter van een algemene, geheel open, adviesvraag en de afwezigheid van de deskundige op de zitting. In paragraaf 4 heb ik deze elementen, waarmee de advisering in milieugeschillen afwijkt van de meeste regelingen en praktijken van rechterlijke advisering, beoordeeld.

Er zijn vele voordelen verbonden aan de (vaste) advisering door de StAB. Zo is zij terzake deskundig en zich bewust van het belang van fundamentele procesregels. Het belangrijkste voordeel van de StAB boven andere adviesbureaus is dat haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid wettelijk en statutair zijn gewaarborgd en dat zij alleen adviezen aan de rechter mag uitbrengen.

Wat de vraagstelling aan de deskundige betreft, sta ik in het algemeen positief tegenover het stellen van een gerichte onderzoeksvraag waarover partijen zich kunnen uitlaten. Dan kan de onderzoeksvraag worden toegespitst op de aspecten die partijen verdeeld houden en kan de deskundige gericht te werk gaan. Tevens worden partijen aldus meer betrokken bij het deskundigenonderzoek. Toch verdient het stellen van een gerichte onderzoeksvraag in milieugeschillen in de huidige situatie niet de voorkeur. De Afdeling heeft nu naast de technische beoordeling namelijk veelal ook de feitelijke informatie uit het deskundigenbericht nodig om het geschil te kunnen beslechten. Gelet hierop kan de Afdeling niet overstappen op een specifieke vraagstelling als niet tegelijk wordt voorzien in een toereikende alternatieve informatievoorziening. Ook uit het oogpunt van de voortgang van de procedure is er geen reden om de wijze van adviesinwinning te veranderen, nu de StAB er in milieugeschillen nagenoeg altijd in slaagt haar rapport binnen drie maanden uit te brengen. Voorts bestaat bij het stellen van een gerichte adviesvraag het risico dat in

217 Zie over de laatste twee aspecten Freriks en Robbe 2001, p. 132 en Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 41 en 75.

218 De eerste twee genoemde ontwikkelingen zijn zonder meer positief. Aan het doen van concrete tekstvoorstellen voor nieuwe voorschriften door de deskundige, til ik wat minder zwaar. Weliswaar past dit strikt genomen niet bij deskundigenadvisering aan de rechter, maar het kan goed van pas komen indien de rechter zelf in de zaak wil en kan voorzien.

een later stadium blijkt dat toch ook op een ander deelonderwerp advies nodig is, met een vertraging in de procedure als gevolg. Van het zelf formuleren van de onderzoeksvragen door de Afdeling kan ten slotte de meerwaarde worden betwijfeld, nu de StAB in haar rapporten aansluit bij de beroepsgronden, zodat gezegd zou kunnen worden dat de appellanten nu al bepalen waarover de deskundige adviseert.

Het nadeel van een adviespraktijk waarin een vaste deskundige een algemene onderzoeksvraag krijgt voorgelegd, is dat deze praktijk het risico in zich draagt van een monocultuur in de advisering. Een cultuur waarin de deskundige op de gebaande paden blijft en niet zelfkritisch is over eventuele kennislacunes, en de rechter zich kritiekloos opstelt ten opzichte van de deskundige. Uit de twee lustrumonderzoeken naar het functioneren van de StAB komt evenwel niet naar voren dat de eerste twee risico's zich verwezenlijken en blijkt voorts dat de rechter, hoewel sterk leunende op het feitenonderzoek van de StAB, een zelfstandige feitenkwalificatie en juridische beoordeling verricht.[219] Voorts blijkt uit het bovenstaande dat het behoud van de huidige inrichting van de advisering in grote lijnen wenselijk (wat de vaste deskundige betreft) dan wel onvermijdelijk is (wat de algemene vraagstelling betreft).

Hoewel de adviespraktijk dus in grote lijnen positief kan worden beoordeeld, valt daaraan nog wel wat te verbeteren.[220] Het is in de eerste plaats wenselijk dat de deskundige op de zitting aanwezig is, in ieder geval wanneer een partij daarom heeft gevraagd en wanneer een partij een eigen rapport heeft ingebracht ter ontkrachting van het StAB-rapport. Indien de opsteller van het deskundigenbericht ter zitting aanwezig is, kan meer duidelijkheid worden verkregen over de bestreden passages daarvan. Uit eerder onderzoek is gebleken dat bij procespartijen om deze reden behoefte bestaat aan de aanwezigheid van de deskundige. De rechter zou partijen in de uitnodiging voor de zitting moeten wijzen op de mogelijkheid om hiertoe bij de rechter een verzoek te doen en de rechter mag een dergelijk verzoek van partijen in beginsel niet naast zich neerleggen.

Een tweede verbeterpunt heeft betrekking op het inwinnen van een nader advies door de Afdeling, naar aanleiding van kritiek van een partij op het StAB-rapport. In paragraaf 4.2.5 heb ik uiteengezet dat aannemelijk is dat de Afdeling, in gevallen waarin een van de partijen door middel van het inbrengen van een tegenrapport twijfel heeft gezaaid over het StAB-rapport, soms ervan afziet een nader advies in te winnen bij de StAB of een andere deskundige. Dit is vanwege het streven naar een zo spoedig mogelijke uitspraak weliswaar begrijpelijk, maar uit het oogpunt van een goede rechtsbedeling onwenselijk.

219 Zie Freriks en Robbe 2001, p. 110 en 133 en Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 74-76.

220 Op de verbeterpunten uit het oogpunt van hoor en wederhoor ga ik in paragraaf 6.3 in.

Een praktische oplossing zou zijn dat de Afdeling in de hier bedoelde gevallen de opsteller van het StAB-rapport vraagt om ter zitting aanwezig te zijn. De deskundige kan dan mogelijk verhelderen waarin de rapporten verschillen en de rechter kan naar aanleiding van de discussie ter zitting beslissen of het vragen van een nader advies wenselijk of zelfs noodzakelijk is. De noodzaak tot het vragen van een nader advies bestaat indien de Afdeling op dat moment niet tot een inhoudelijk gefundeerde beslissing kan komen. Het verdient overweging om het nader advies niet aan de StAB te vragen, vanwege het risico dat zij haar eerste rapport niet onderuit wil halen. Bovendien versterkt het inwinnen van een tweede rapport bij de StAB haar monopoliepositie. Een met de inbreng van een derde deskundige gepaard gaande frisse blik zou verhelderend kunnen werken. In paragraaf 4.2.1.3 heb ik gesteld dat TNO vermoedelijk het meest in aanmerking komt om het nadere advies te verzorgen.

6.3 Eisen aan het deskundigenonderzoek uit het oogpunt van het verdedigingsbeginsel

In deze subparagraaf bespreek ik, op basis van het onderzoek in de paragrafen 4 en 5, welke procedurele eisen er moeten worden gesteld aan het onderzoek door de deskundige in milieugeschillen en beschrijf ik of de huidige praktijk daaraan voldoet.

Het EHRM oordeelde in de Mantovanelli-uitspraak uit 1997 dat het enkel commentaar kunnen leveren op een deskundigenbericht nadat dit definitief is geworden, partijen onvoldoende kans bood op een behoorlijke participatie in de procedure. Dit was des te prangender omdat het heel waarschijnlijk was dat het rapport van overwegend belang zou zijn voor de uitspraak van de rechter. Tot deze overweging kwam het Hof op grond van de volgende twee omstandigheden. In de eerste plaats ging het om een technisch geschilpunt dat de kennis van de rechter te boven ging. Dit is bij milieugeschillen, zeker in gevallen waarin de deskundige wordt ingeschakeld, ook het geval. In de tweede plaats was de aan de deskundige gestelde vraag praktisch identiek aan de door de rechter te beoordelen vraag. Dit gaat niet direct op voor milieugeschillen, omdat de Afdeling geen gerichte adviesvraag stelt. Ik vraag mij echter af of in andere gevallen wel sprake is van identieke vragen. Volgens mij zijn de twee vragen, de technisch-deskundige en de juridische, nooit identiek, omdat de rechter altijd een vertaalslag moet maken van de technisch-deskundige informatie naar het juridische oordeel.[221] De relevantie van de tweede omstandigheid zou ik dus enigszins willen relativeren.

Volgens mij moeten overigens ook niet zozeer de twee genoemde omstandigheden centraal staan, maar gaat het om de conclusie die het EHRM op grond

221 In gelijke zin Widdershoven in zijn aantekening bij de in paragraaf 5.3.2 besproken uitspraak van de CRvB van 14 juni 2000, *RAwb* 2001, 7.

van die omstandigheden trok, te weten dat het deskundigenbericht waarschijnlijk van overwegend belang zou zijn voor de rechterlijke uitspraak. Die conclusie ligt bijvoorbeeld minder voor de hand indien, zoals in het geval van de in de laatste voetnoot genoemde uitspraak van de CRvB, voor het rechterlijk oordeel meerdere facetten van belang zijn, terwijl het advies van de deskundige maar op een daarvan betrekking heeft. Mede als gevolg van de algemene adviesvraag is de praktijk in milieugeschillen dat de StAB de technische aspecten van alle beroepsgronden bespreekt. Hoewel het precieze belang van het StAB-rapport voor de rechterlijke uitspraak per geval zal verschillen (onder meer afhankelijk van de aard van de materie en van (de onderbouwing van) de beroepsgronden), staat buiten kijf dat dit belang in het algemeen groot is. Op grond hiervan concludeer ik dat de Mantovanelli-uitspraak relevant is voor (de beoordeling van) de advisering in milieugeschillen.

De belangrijkste overweging van het EHRM in de Mantovanelli-uitspraak is dat partijen in staat moeten zijn '*to comment effectively*' op het deskundigenbericht, om te waarborgen dat zij voldoende kunnen deelnemen aan de procedure. Het gaat er dus voornamelijk om vast te stellen wat er voor nodig is om partijen voldoende te betrekken bij en invloed te geven op het totstandkomen van het deskundigenbericht, in zaken waarin dit het belangrijkste bewijsstuk is.

De meest basale eisen zijn dat partijen kunnen kennisnemen van het deskundigenbericht en dat zij daarop ten overstaan van de rechter kunnen reageren. Dat aan deze eisen moet worden voldaan, volgt al uit de Feldbrugge-uitspraak van het EHRM uit 1986 en wordt bevestigd door de strikte wijze waarop de bestuursrechter toetst aan art. 8:47 lid 5 Awb (waarin is bepaald dat partijen binnen vier weken hun schriftelijke zienswijze op het rapport van een deskundige bij de rechtbank naar voren kunnen brengen).

Uit de Mantovanelli-uitspraak blijkt evenwel dat het voldoen aan deze eisen onder omstandigheden niet toereikend is. Hoewel de ouders voor de rechter konden reageren op het (definitieve) deskundigenbericht, oordeelde het EHRM in deze uitspraak immers dat zij niet in staat waren geweest '*to comment effectively*' op het rapport. Voor dit oordeel was van belang dat de deskundige, onaangekondigd, alleen had gesproken met een aantal medewerkers van het ziekenhuis (de wederpartij) en dat hij de ouders niet had medegedeeld welke documenten hij voor zijn onderzoek gebruikte.

Uit de in paragraaf 5.3.2 besproken nationale jurisprudentie blijkt dat het voor de vraag in hoeverre de deskundige partijen bij zijn onderzoek moet betrekken, van belang is of het gaat om gegevens die van de desbetreffende partij afkomstig zijn of hem in ieder geval bekend zijn. Zo wijst de Centrale Raad van Beroep er in zijn uitspraak van 14 juni 2000 op dat de deskundigen zich in dat geval hadden gebaseerd op gegevens afkomstig van appellant zelf en op

in het dossier aanwezige gegevens. Dit in tegenstelling tot in de Mantovanelli-zaak, waar het verhoren van derden betrof en andere voor de ouders onbekende stukken. De rechtbank Arnhem overweegt in zijn tussenvonnis van 12 oktober 2005 dat voor de ene partij niet voldoende kenbaar was wat door de andere partij met de deskundige was besproken.[222]

Dit lijkt mij terecht een aandachtspunt. Nu het in milieugeschillen doorgaans een driepartijenverhouding betreft, bevat het dossier in beginsel zowel voor de vergunninghouder als de derde-belanghebbenden[223] stukken die niet van die partij afkomstig zijn. Voorts hoort de StAB de partijen niet in elkaars aanwezigheid en krijgen partijen (pas) inzage in eventuele door andere partijen aan de deskundige gestuurde stukken nadat de deskundige zijn rapport aan de rechter heeft gestuurd (waarna de rechter het deskundigenbericht met eventuele bijlagen naar alle partijen stuurt). Gelet hierop bestaat in zoverre in milieugeschillen geen aanleiding voor de deskundige om partijen op een terughoudende manier bij zijn onderzoek te betrekken.

Duidelijk is dat de deskundige in milieugeschillen een veel ruimhartiger benadering hanteert dan de deskundige in de Mantovanelli-zaak. Zoals de interne Gedragscode van de StAB ook voorschrijft, benadert de deskundige partijen voor het maken van opmerkingen en het inbrengen van stukken. De Afdeling acht deze inbreng van partijen blijkens de in paragraaf 5.3.2 besproken uitspraken in milieu- en ruimtelijke ordeningszaken zowel noodzakelijk[224] als toereikend.[225]

---

222 Opmerking verdient dat de rechtbank Arnhem in dit vonnis ook overweegt dat 'partijen in een wezenlijk andere fase van het deskundigenonderzoek zijn gehoord'. De deskundige had de ene partij vóór het totstandkomen van het concept-rapport gehoord en de andere daarna. Er valt wel wat voor te zeggen dat de rechtbank dit problematisch vindt, nu het vermoedelijk wel verschil kan maken voor de oordeelsvorming door de deskundige of hij, na het horen van de ene partij, ook de andere partij hoort alvorens hij het concept-rapport opstelt. Dit vanwege het gewicht dat een eerste indruk over het algemeen heeft.

223 Bijvoorbeeld omwonenden van de inrichting, een concurrent van vergunninghouder en/of een milieuorganisatie.

224 Doordat de StAB op grond van haar interne Gedragscode partijen altijd benadert, zijn er geen uitspraken waarin de Afdeling met zoveel woorden overweegt dat het nodig is dat de deskundige partijen op deze wijze bij zijn onderzoek betrekt. Op grond van de jurisprudentie kan evenwel worden geconcludeerd dat de Afdeling (en overigens ook de andere rechterlijke instanties) dit oordeel is toegedaan. Hierbij wijs ik op de in paragraaf 5.3.2 aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 9 mei 2007, 200604900/1, *JB* 2007, 127, m.nt. Bots, *M en R* 2007, 85, m.nt. Jesse, waarin de Afdeling overwoog dat appellant in de gelegenheid is geweest effectief zijn inbreng te leveren in het kader van het onderzoek door de StAB, doordat hij is bezocht door de medewerker van de StAB en hij tijdens dat bezoek de gelegenheid heeft gehad zijn standpunten nader toe te lichten.

225 Daarbij zij opgemerkt dat de Afdeling in de in de vorige voetnoot aangehaalde uitspraak van 9 mei 2007 van belang acht dat partijen ook de mogelijkheid hebben om op het definitieve deskundigenbericht te reageren. Zie ook reeds het jaarverslag van de StAB over 1998, waar op p. 4 wordt vermeld dat op basis van een overleg met de Raad van State naar aanleiding van de Mantovanelli-uitspraak is geconcludeerd dat de werkwijze van de StAB

> Het is overigens een gemis dat de Algemene wet bestuursrecht (of in ieder geval de Wet milieubeheer), anders dan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de deskundige niet verplicht tot het benaderen van partijen.[226] Doordat de medewerkers van de StAB zich aan de interne Gedragscode houden, is er op dit punt in de praktijk evenwel geen probleem.

Het lijkt mij verdedigbaar te stellen dat de deskundigenadvisering in milieugeschillen op dit moment voldoet aan de daaraan op grond van art. 6 EVRM en het verdedigingsbeginsel te stellen eisen. Dit is mede te danken aan de Gedragscode van de StAB, die in een lacune voorziet nu de wettelijke regelingen van het deskundigenonderzoek in de Algemene wet bestuursrecht en de Wet milieubeheer summier zijn.

Niettemin heb ik in de paragrafen 4 en 5 van dit hoofdstuk een aantal suggesties tot verbetering gedaan, zowel met betrekking tot de advisering door de StAB als met betrekking tot de handelswijze van de Afdeling in het kader van de deskundigeninbreng. Naar mijn mening zou het een belangrijke verbetering zijn indien de StAB (en de Afdeling) gaat werken met een concept-rapport.[227] In het concept-rapport moet de deskundige verslag doen van alle activiteiten en contacten die hij heeft ondernomen respectievelijk onderhouden in het kader van zijn onderzoek, waarbinnen het onderzoek ter plaatse van de inrichting een belangrijke plaats inneemt. Alle partijen kunnen met behulp van het concept-rapport kennisnemen van de bevindingen van de deskundige, van de stukken waarop deze zich heeft gebaseerd (deze moeten worden bijgevoegd) en van de stellingnames van de andere partijen. Daarna kunnen zij alle reageren op het concept-rapport, welke reacties de deskundige vervolgens moet behandelen en verwerken in zijn eindrapport.

Naast de verbetering uit het oogpunt van hoor en wederhoor is het voordeel hiervan dat partijen meer bij het onderzoek(srapport) worden betrokken en dat het rapport aan kwaliteit wint, doordat fouten en hiaten kunnen worden gecorrigeerd. De StAB-adviezen bevatten weliswaar nu ook al informatie over wie er zijn gehoord door de deskundige en wat die personen naar voren hebben gebracht,[228] maar het heeft een grote meerwaarde als deze informatie

---

al grotendeels voldoet aan de eisen die op grond van die uitspraak kunnen worden gesteld. Wel zijn nog enige nadere afspraken gemaakt over de contacten met partijen en de informatieverstrekking, die moeten leiden tot een nog zorgvuldiger werkwijze, aldus dit jaarverslag.

226 Van den Berg 1997, p. 280-281 jo. p. 273, pleitte er al voor om de Algemene wet bestuursrecht op dit punt aan te passen.

227 Zoals eerder gezegd, bestaat er een afspraak tussen de Raad van State en de StAB om niet te werken met een concept-rapport. Rechtbanken, die de StAB voornamelijk inschakelen in zaken over planschadevergoedingen, vragen de StAB soms wel om een concept-rapport, aldus Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 46.

228 Freriks en Robbe 2001, p. 129. Zoals is opgemerkt in paragraaf 4.3.3, zou de Gedragscode van de StAB op het punt van de verslaglegging van het onderzoek ter plaatse naar mijn mening iets moeten worden aangescherpt.

eerst in een concept-versie aan betrokkenen wordt voorgelegd.[229] Er kan dan al een keer, vóór de zitting bij de Afdeling, op elkaars stellingen worden gereageerd (in plaats van alleen het eigen standpunt naar voren te brengen). Zodoende kunnen partijen ook effectief invloed uitoefenen op het advies.[230] Deze beïnvloedingsmogelijkheid moet principieel worden onderscheiden van het beïnvloeden van de rechterlijke uitspraak door het, in een schriftelijke reactie dan wel mondeling op de zitting, becommentariëren van het (definitieve) deskundigenbericht.

De reden voor de Afdeling om de StAB niet te vragen eerst een concept-rapport aan partijen voor te leggen, is de hiermee gepaard gaande verlenging van de procedure. Hoeveel zou die bedragen? Art. 8:47 lid 5 Awb gunt partijen nu vier weken voor hun reactie op het deskundigenbericht. Nu het concept-rapport zou overeenkomen met wat nu het definitieve rapport is en partijen tegen het concept mogelijk contra-expertise willen inbrengen, ligt het in de rede om ten aanzien van het concept-rapport een reactietermijn van vier weken aan te houden. De StAB moet in staat worden geacht om binnen twee tot drie weken na binnenkomst van de reactie(s) van partijen het definitieve deskundigenbericht uit te brengen.[231] Het invoeren van een concept-rapport zou dus een verlenging van de procedure van zes tot zeven weken betekenen.[232]

---

229 Hiervoor pleiten Freriks en Robbe 2001 uiteindelijk ook. De effectiviteit van het commentaar is zo beter gewaarborgd, hoewel dat huns inziens zonder concept-rapport ook al voldoende het geval is (p. 40 en p. 131). Zie ook de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. Rutgers, waarin hij van belang acht dat partijen konden reageren op het concept-rapport en dat de deskundigen met die opmerkingen rekening hadden gehouden bij het vaststellen van het definitieve rapport.

230 De Afdeling overweegt in de meergenoemde uitspraak van 9 mei 2007, 200604900/1, *JB* 2007, 127, m.nt. Bots, *M en R* 2007, 85, m.nt. Jesse, dat appellant in de gelegenheid is geweest effectief zijn inbreng te leveren in het kader van het onderzoek door de StAB, doordat hij tijdens het bezoek van de StAB-medewerker de gelegenheid heeft gehad zijn standpunten nader toe te lichten.
Deze reactiemogelijkheid is weliswaar heel belangrijk, maar deze heeft alleen betrekking op (het standpunt van) de desbetreffende partij. De meerwaarde van een concept-rapport is onder meer dat kan worden gereageerd op wat de andere partijen tegenover de deskundige hebben verklaard of in stukken hebben overgelegd, op welke reactie(s) de deskundige in zijn definitieve rapport vervolgens moet ingaan.

231 De StAB brengt, zoals eerder opgemerkt, ook deskundigenberichten uit aan de rechtbanken, zij het in veel kleinere aantallen dan aan de Afdeling. De rechtbanken vragen de StAB soms om eerst een concept-rapport aan partijen te sturen. Navraag bij de StAB leert dat zij in dergelijke gevallen meestal een reactietermijn van twee weken aan partijen stelt, welke termijn bij ingewikkelde zaken wordt verlengd tot vier weken. Het streven is om de reacties binnen twee weken te verwerken in het definitieve rapport.

232 Overwogen zou kunnen worden om in art. 8:47 lid 5 Awb op te nemen dat de rechter kan bepalen dat partijen een kortere termijn van (minimaal) twee weken hebben om op het definitieve rapport te reageren, indien zij reeds hebben gereageerd op het concept-rapport. Hiermee zou echter geen tijd worden gewonnen, omdat na binnenkomst van het StAB-rapport het vooronderzoek wordt afgesloten en een zitting wordt gepland. De administratieve

De Afdeling heeft in milieuzaken te maken met een wettelijke afdoeningstermijn van één jaar (art. 20.1 lid 2 Wm). Komt het halen van deze termijn door mijn voorstel in het gedrang? De gemiddelde afdoeningstermijn van milieuzaken met zitting is de afgelopen jaren steevast gedaald, van 45 weken in 2002 tot 34 weken in 2006.[233] Dit gemiddelde heeft zowel betrekking op zaken waarin wel als waarin geen deskundigenbericht is gevraagd. Een berekening leert dat de gemiddelde afdoeningstermijn van milieuzaken waarin wel een deskundigenbericht is gevraagd, op dit moment ongeveer 45 weken bedraagt.[234] Met een verlenging van de termijn van zes tot zeven weken zou dus meestal binnen de jaartermijn kunnen worden gebleven. Bovendien kan er in het vooronderzoek nog wel enige tijdwinst worden geboekt. Zo wordt er nu vaak gewacht met het maken van de voorbeoordeling van een zaak – waarbij onder meer wordt bezien of een deskundigenbericht nodig is – totdat de termijn voor het indienen van het verweerschrift is verstreken.[235] De voorbeoordeling zou ook kunnen worden gemaakt zodra het bevoegd gezag de op de zaak betrekking hebbende stukken heeft opgestuurd.

procedure ligt dus niet stil in afwachting van eventuele reacties van partijen op het StAB-rapport.

233 In de tussenliggende jaren 2003, 2004 en 2005 bedroeg de afdoeningstermijn respectievelijk 41, 39 en 35 weken. Zie het jaarverslag van de Raad van State over 2006, p. 182 en dat over 2005, p. 190 (beide te raadplegen op <www.raadvanstate.nl>).

234 Uitgaande van een gemiddelde afdoeningstermijn van 35 weken, van de tussen de Afdeling en de StAB afgesproken termijn van drie maanden voor het uitbrengen van een deskundigenbericht en ervan uitgaande dat in 25% van de zaken die op zitting komen een deskundigenbericht wordt ingewonnen (zie voor dit laatste percentage paragraaf 4.2.2). Deze cijfers leveren een gemiddelde op van 32 weken voor zaken zonder deskundigenbericht en 45 weken voor zaken met deskundigenbericht.

235 Deze termijn bedraagt vier weken; zie art. 8:42 lid 1 Awb.

6 Empirisch onderzoek naar de toetsing van milieubesluiten

1 Opzet van het onderzoek

In dit hoofdstuk doe ik verslag van een empirisch onderzoek naar de toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak in milieugeschillen. Ik heb ongeveer 200 vergunning- en handhavingsuitspraken, verdeeld over drie jaren, onderzocht op de intensiteit van de rechterlijke toetsing, de rol van buitenwettelijke richtlijnen en de rol van het deskundigenbericht.[1]

Om uitspraken van vóór en na de toetsingsomslag in 1998 te kunnen vergelijken, heb ik gekozen voor de onderzoeksjaren 1997 en 2000. Daarnaast heb ik uitspraken uit 2003 onderzocht, om te bekijken of de (verwachte) wijzigingen in het jaar 2000 zouden beklijven en of zich nadien andere ontwikkelingen hebben voorgedaan. Uit elk van deze jaren heb ik ongeveer 65 uitspraken onderzocht. Om te controleren of de strekking van de bevindingen over deze uitspraken ook opgaat (voor de jurisprudentie) onder het eind 2005 gewijzigde toetsingskader van de Wet milieubeheer, heb ik in 2006 en 2007 (tot november) de wekelijks op de website van de Raad van State gepubliceerde uitspraken van de milieukamer globaal doorgenomen.[2]

Om een zo representatief mogelijk beeld te krijgen van de toetsing in de drie onderzoeksjaren, heb ik er voor gekozen om niet de diverse jurisprudentietijdschriften als bron voor de selectie te gebruiken, maar alle door de Afdeling gedane uitspraken. Met betrekking tot de jaren 2000 en 2003 kon ik beschikken over een chronologische lijst van alle door de Afdeling na zitting afgedane milieu-uitspraken.[3] De selectie van deze lijst geschiedde in beginsel *at random*. Van de lijst van 2000 heb ik in beginsel elke twaalfde uitspraak genomen en

---

1 De gegevens over alle onderzochte uitspraken zijn opgenomen in het jurisprudentieregister.

2 De bevindingen van het aanvullende onderzoek zijn met name te vinden in paragraaf 6 van dit hoofdstuk, en daarnaast in hoofdstuk 7, paragraaf 3.

3 Met dank aan Johan Bharatsingh en Roelof Pit van de dienst Applicatiebeheer van de Raad van State. Zaken die op grond van art. 8:54 Awb buiten zitting (BZ) zijn afgedaan, heb ik buiten beschouwing gelaten, omdat daarin per definitie geen inhoudelijke beoordeling door de rechter wordt gegeven. Het gaat daarbij om beroepen die niet-ontvankelijk of kennelijk (on)gegrond zijn; bijvoorbeeld indien geen griffierecht is betaald (niet-ontvankelijk) of indien beroep is ingesteld tegen een fictieve weigering (kennelijk gegrond).

van de lijst van 2003 elke zesde.[4] Van de aldus verkregen uitspraken viel een aantal om inhoudelijke redenen af (bijvoorbeeld omdat het beroep niet-ontvankelijk werd verklaard of omdat het een zaak over schadevergoeding betrof). Vervolgens heb ik nog een aanpassing gedaan om voldoende handhavingszaken (25%) in het onderzoek te betrekken. Met betrekking tot het jaar 1997 was een dergelijke lijst met uitspraken niet voorhanden. Uit de dossierkast met afschriften van de uitspraken uit dat jaar heb ik min of meer willekeurig uitspraken gepakt. Niet-inhoudelijke uitspraken vielen uiteraard af, en daarnaast heb ik een evenwichtige spreiding over het jaar in het oog gehouden. Ook ten aanzien van dit jaar moest ik het aantal handhavingsuitspraken aanvullen.

De vergunningzaken betreffen in overgrote meerderheid vergunningen op grond van de Wet milieubeheer of, in ongeveer een kwart van de uitspraken uit 1997, nog de Hinderwet. In dertien gevallen is het beroep gericht tegen een vergunning op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, en één keer betreft het een vergunning op grond van de Kernenergiewet, de Afvalstoffenwet, de Wet chemische afvalstoffen dan wel het Besluit genetisch gemodificeerde organismen Wet milieugevaarlijke stoffen.[5]

De in handhavingszaken (beweerdelijk) overtreden regeling betreft ook in hoofdzaak de Wet milieubeheer (of een krachtens die wet verleende vergunning), daarnaast een paar keer de Wet verontreiniging oppervlaktewateren of een AMvB op grond van art. 8.44 Wm en ten slotte één keer de Europese verordening over grensoverschrijdend vervoer van afvalstoffen (EVOA).

Voorafgaand aan het onderzoek heb ik een inventarisatie gemaakt van beroepsgronden in zowel vergunningzaken als handhavingszaken, die ik tijdens het onderzoek heb aangevuld. Tijdens het onderzoek bleek dat niet in alle uitspraken elke beroepsgrond (met zekerheid) te achterhalen was. In uitspraken wordt het betoog van appellant soms kortweg weergegeven met bewoordingen als 'appellant kan zich niet met het bestreden besluit verenigen wat betreft de te duchten stankhinder', zonder erbij te vermelden welke argumenten daarvoor in het beroepschrift zijn aangevoerd (zoals bijvoorbeeld: 'de Richtlijn veehouderij en stankhinder is onjuist toegepast', of: 'de stankemissie is verkeerd berekend'). In dergelijke uitspraken kán sprake zijn van het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. Daarnaast blijkt soms expliciet dat de rechter de rechtsgronden aanvult. Bijvoorbeeld indien appellant aanvoert dat de in de vergunning gestelde geluidvoorschriften niet streng genoeg zijn, en de Afdeling tot de

4 De lijst van 2000 bestaat uit 1212 uitspraken en die van 2003 uit 424. Het aantal in 2000 gedane uitspraken ligt veel hoger dan het meerjaarlijkse gemiddelde. In dit jaar is met behulp van extra personeel een begin gemaakt met het wegwerken van de destijds bestaande werkvoorraad.

5 De Afvalstoffenwet en de Wet chemische afvalstoffen zijn inmiddels vervallen.

conclusie komt dat deze voorschriften niet kunnen worden nageleefd. Gezien het voorgaande is het zuiverder om te spreken van 'toetsingsgrond' dan van 'beroepsgrond'.

De vereiste motivering van een uitspraakonderdeel en de intensiteit van de toetsing daarin wordt mede bepaald door de inhoud en formulering van de desbetreffende beroepsgrond. Doordat ik mij baseer op de aan de uitspraken ontleende toetsingsgronden, heb ik geen rekening kunnen houden met nuances in de stelligheid van het beroep of de kwaliteit van de onderbouwing daarvan. Hierom past met name bij de beoordeling van de toetsingsintensiteit enige relativering van de bevindingen.

De geselecteerde uitspraken heb ik op twee niveaus aan een onderzoek onderworpen: op uitspraakniveau en op toetsingsgrondniveau. Op uitspraakniveau heb ik onder meer gekeken of een deskundigenbericht is ingewonnen, of het bevoegd gezag zich heeft gebaseerd op een of meer buitenwettelijke richtlijnen en of het beroep gegrond is. Per toetsingsgrond heb ik de intensiteit van de rechterlijke toets onderzocht (zie hierover de volgende alinea) en voorts onder meer bekeken of de rechter steunt op het deskundigenbericht en in hoeverre hij een oordeel geeft over de door het bevoegd gezag gebruikte buitenwettelijke richtlijn.

Zoals ik in hoofdstuk 3, paragraaf 3.3, heb opgemerkt, wordt bij de intensiteit van de rechterlijke toetsing in het algemeen een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een indringende (ook wel integrale of volle) toets en anderzijds een marginale (ook wel afstandelijke of terughoudende) toets. Bij een (geheel) volle toets doet de rechter de beoordeling van het bevoegd gezag over en stelt hij desgewenst zijn oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan. Bij een marginale toets houdt de rechter enige afstand, een marge, tot het oordeel van het bestuur, en vernietigt hij alleen bij een kennelijk onredelijk of pertinent onjuist oordeel, een oordeel dat volgens 'redelijk oordelende' mensen niet verdedigbaar is. Daarbij is in hoofdstuk 3 aangetekend dat in onderzoeken over rechterlijke toetsing wel meer gradaties van intensiteit worden onderscheiden, waaronder in ieder geval een tussencategorie. Ook de Afdeling gaat uit van het bestaan van meerdere gradaties van toetsingsintensiteit. In 2005 is een intern rapport verschenen, dat als belangrijkste doel heeft om uitspraken op een uniforme wijze op te zetten en te formuleren.[6] In dit rapport worden de volgende toetsingscriteria, met bijbehorende toetsingsgradaties, onderscheiden.

6 Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, van juli 2005.

(on)juist	volledige toets
terecht/ten onrechte	volledige toets
(niet) op goede gronden	volledige toets
niet ten onrechte	iets terughoudende toets
niet kunnen	meer terughoudende toets
(niet) in redelijkheid	terughoudende toets
(niet) mogen	neutraal

In oktober 2007 is de tweede druk van dit rapport verschenen, waarin deels andere toetsingsgradaties worden onderscheiden (zie hieronder). De tweede druk is ook onder de rechtbanken verspreid.

terecht/ten onrechte	volle toets
niet ten onrechte	enigszins terughoudende toets
niet in redelijkheid	meest terughoudende toets bij beoordelingsvrijheid
niet in redelijkheid, bij afweging van alle betrokken belangen	meest terughoudende toets bij beleidsvrijheid
(niet) mogen	neutraal bij normatieve oordelen

Nu het rapport in 2005 is verschenen, kan het niet als grondslag hebben gediend voor de door mij onderzochte uitspraken, omdat die daarvóór zijn opgesteld. Aan de andere kant kan ervan worden uitgegaan dat het rapport niet alleen een richtsnoer voor de toekomst, maar ook een weerslag van de heersende inzichten vormde. Ik hanteer de in het rapport genoemde toetsingscriteria en toetsingsgradaties daarom mede als referentiekader.

Bij het onderzoek naar de toetsingsintensiteit hanteer ik een semantische benadering, omdat uit een rechtsoverweging zelf zou moeten blijken hoe intensief de rechter heeft getoetst. Ik leid de intensiteit van de toetsing dus af uit de formulering van de uitspraak. Daarbij ben ik ervan uitgegaan dat een (geheel) volle toets in ieder geval kan worden herkend aan de termen 'terecht' of 'ten onrechte', omdat daaruit blijkt dat de Afdeling de door het bestuursorgaan gegeven uitleg/beoordeling als de enige juiste ziet, respectievelijk als onjuist ziet zonder dat deze op een andere wijze zou kunnen worden onderbouwd. Voor het herkennen van een marginale toetsing ben ik in eerste instantie afgegaan op de term 'in redelijkheid kunnen', omdat die reeds vanaf het bekende arrest 'Doetinchemse woonruimtevordering' uit 1949 (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3) wordt gebruikt om een terughoudende toetsing aan te geven. Deze uitleg van de genoemde termen is conform het voornoemde interne rapport van de Afdeling. Voor eventuele andersluidende toetsingscriteria ga ik na of, en in hoeverre, daarin doorklinkt dat de rechter het bestuurlijk

oordeel overdoet, of dat hij het bestuursorgaan een marge laat en zo ja, in welke mate.

Ik ga er verder, in het voetspoor van hoofdstuk 3, vanuit dat bij zowel subjectieve beoordelingsruimte als beleidsruimte een marginale rechterlijke toets gepast is. In dat hoofdstuk zijn voorts geen aanknopingspunten gebleken voor een eventueel verschil tussen de bij beoordelingsruimte en de bij beleidsruimte aangelegde toets.

Veel voorkomende beroepsgronden waarover de rechter geen inhoudelijke beoordeling geeft, heb ik buiten beschouwing gelaten. Het gaat hierbij om beroepsgronden als: 'de vergunningvoorschriften zullen niet worden nageleefd', aangevoerd in een vergunningprocedure (in een dergelijke procedure kan alleen worden beoordeeld of vergunningvoorschriften kúnnen worden nageleefd, niet of ze daadwerkelijk (zullen) worden nageleefd), 'het bedrijf staat op een verkeerde locatie' (het systeem van de Wet milieubeheer noopt ertoe dat wordt uitgegaan van de in de vergunningaanvraag gekozen locatie) en 'het besluit is in strijd met het bestemmingsplan' (deze grond ziet niet op het belang van de bescherming van het milieu en valt dus buiten het toetsingskader van de Wet milieubeheer).

2 HOEDANIGHEID APPELLANTEN EN CATEGORIEËN TOETSINGSGRONDEN

Ik heb in totaal 196 uitspraken onderzocht, waarvan 147 over een vergunninggeschil en 49 over een handhavingsgeschil. In deze uitspraken heb ik 767 toetsingsgronden aangetroffen, waarvan 652 in vergunningzaken en 115 in handhavingszaken. De veruit grootste categorie toetsingsgronden betreft het oordeel over het door de vergunning geboden niveau van bescherming van het milieu. Deze grond komt 267 keer voor en beslaat daarmee 40% van het totaal aantal vergunninggronden. De op een na grootste categorie bevat het oordeel over de vraag of het bevoegd gezag heeft gehandeld in strijd met een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (15% van de vergunninggronden). Zie de tabellen hieronder voor de meest voorkomende toetsingsgronden, in beide typen geschillen. De inhoudelijke bespreking van de onderzoeksresultaten is tot deze categorieën beperkt. Getalsmatige uitspraken zijn wel gebaseerd op alle toetsingsgronden.

Meest voorkomende toetsingsgronden in vergunninguitspraken

	aantal
beschermingsniveau	267
strijd met (on)geschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur	94
strijd met wettelijke bepaling	48
naleefbaarheid	40
formele tekortkoming	35
tekortkoming in verband met buitenwettelijke richtlijn	31
onnodig bezwarendheid voorschrift	31
onvolledigheid aanvraag	22

Meest voorkomende toetsingsgronden in handhavingsuitspraken

	aantal
evenredigheid om handhavend op te treden	28
(on)bevoegdheid om in concreto handhavend op te treden	25
strijd met (on)geschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur	20
strijd met wettelijke bepaling	9
begunstigingstermijn te kort	7
evenredigheid sanctie	5

In onderstaande tabel heb ik weergegeven wie in de onderzochte zaken als appellant optreedt dan wel optreden. In de vergunningzaken vormen particuliere derde-belanghebbenden[7] de grootste categorie appellanten, op grote afstand gevolgd door de vergunninghouder/-aanvrager en milieuorganisaties. Zij treden in respectievelijk 69%, 27% en 22% van de vergunningzaken op als (mede-)appellant.[8] In de zaken waarin deze categorieën appellanten als enige beroep hebben ingesteld (en waarin zij dus 'verantwoordelijk' zijn voor het aanhangig zijn van het geschil), bedragen deze percentages respectievelijk 48%, 14% en 15% van de vergunningzaken. In 5 gevallen (3%) heeft alléén een

7 Dit zijn voornamelijk omwonenden, al dan niet optredend als bewonersgroepering. Daarnaast heb ik onder deze noemer andere belangenorganisaties (niet zijnde milieuorganisaties) en bedrijven (al dan niet concurrenten) geschaard. Een voorbeeld van zo'n belangenorganisatie is de in uitspraak 97/48 optredende Vereniging tot behoud van gasbronnen in Noord-Holland.

8 De som van deze percentages is groter dan 100%, omdat in een aantal zaken beroep is ingesteld door twee of drie verschillende categorieën appellanten.

bestuursorgaan beroep ingesteld; 4 keer in de hoedanigheid van adviserend bestuursorgaan[9] en 1 keer als vergunninghouder.

In de tabel is geen onderverdeling gemaakt naar de drie onderzoeksjaren. Op dat vlak vallen twee dingen op. In de eerste plaats dat de vergunninghouder/-aanvrager steeds minder vaak in beroep komt (respectievelijk 18, 12 en 10 keer). En in de tweede plaats dat de milieuorganisaties in het jaar 2000 ruim twee keer zo vaak als appellant optraden als in de andere jaren (17 van de in totaal 32 keer, en meestal als enige appellant).[10]

In de handhavingszaken hebben in ongeveer evenveel gevallen de verzoeker(s) om handhaving[11] als de aangeschrevene van het handhavingsbesluit[12] beroep aangetekend. Anders dan in de vergunningzaken, heeft in praktisch alle handhavingszaken slechts één partij beroep ingesteld.

Type appellant / Type appellant, incl. combinaties	3e belh particulier	vergunninghouder	3 e belh milieuorganisatie	3 e belh adviserend best.orgaan	aanvrager 8.23 wijziging	3e part & vergh	3e part & mil.org	3e part & vergh & mil.org	3e part & mil.org & adv best.org	3e part & adv best.org	aangeschrevene	verzoeker om handhaving	verz om hh & aangeschr	aangeschr & 3e part	Totaal
3e belh particulier	71					18	7	2	1	1				1	101
vergunninghouder		20				18		2							40
3e belh milieuorg			22				7	2	1						32
3e belh adv best.org				4					1	1					6
aanvr 8.23 wijz					1										1
aangeschrevene											25		1	1	27
verzoeker om hh												22	1		23
Totaal	71	20	22	4	1	18	7	2	1	1	25	22	1	1	230 / 196

9 In art. 8.7 Wm en hoofdstuk 7 Ivb is geregeld dat het bevoegd gezag bepaalde bestuursorganen in de gelegenheid stelt om advies uit te brengen over een ontwerp-vergunning. In 6 van de onderzochte zaken heeft een adviserend bestuursorgaan beroep ingesteld tegen de definitieve vergunning; 5 keer is dat het college van B&W van de gemeente waarin een inrichting is gelegen ten aanzien waarvan het college van GS het bevoegd gezag is, en 1 keer is dat de Regionaal Inspecteur Milieuhygiëne.

10 Het laatste hangt samen met het verhoudingsgewijs grote aantal vergunningzaken over veehouderijen in 2000, tegen welk type vergunning bepaalde milieuorganisaties (destijds) veelvuldig age(e)r(d)en.

11 Dit zijn nagenoeg altijd omwonende particulieren. In 1 zaak is om handhaving verzocht namens een nabijgelegen bedrijf. Overigens is in 1 (ander) geval niet duidelijk of appellanten ook hebben verzocht om handhaving. Het betreft hier omwonenden die in beroep komen tegen de intrekking van een last onder dwangsom, nadat tegen die last bezwaar is gemaakt door de vergunninghouder.

12 Dit is de drijver van de inrichting die de (vermeende) overtreding(en) pleegt.

3 INTENSITEIT VAN DE RECHTERLIJK TOETSING

3.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik, per categorie toetsingsgronden, de intensiteit van de rechterlijke toetsing in milieugeschillen. De geciteerde rechtsoverwegingen uit de onderzochte uitspraken geven inzicht in de formuleringen die de rechter gebruikt bij de diverse toetsingsgronden. Aan de hand van die overwegingen onderzoek ik in de eerste plaats, in aansluiting op hetgeen ik hiervoor in paragraaf 1 heb opgemerkt, of alle overwegingen zijn te rubriceren in de tweedeling marginale toets versus volle toets (waarbij de rechter wél respectievelijk géén terughoudendheid betracht), of dat de Afdeling meerdere gradaties van toetsingsintensiteit hanteert. In de tweede plaats onderzoek onderzoek ik bij elke toetsingsgrond of de Afdeling toetst zoals kan worden verwacht op basis van de doctrine. Zo wordt er bijvoorbeeld van uitgegaan dat de Afdeling de vraag of een milieuvergunning voldoende bescherming voor het milieu biedt, sinds de *Wende* terughoudend toetst, en dat zij in handhavingszaken vol toetst of het aan de orde zijnde voorschrift daadwerkelijk is overtreden. In de derde plaats onderzoek ik of de Afdeling de *Wende*, de toetsingsomslag in 1998, consequent heeft uitgevoerd.

3.2 Beschermingsniveau

De centrale toetsingsgrond in milieuvergunninguitspraken heeft betrekking op de in de vergunning gehanteerde normstelling: voldoet deze aan art. 8.11 lid 3 Wm?[13] Het gaat hier om de gevallen waarin wordt aangevoerd dat het door de vergunningvoorschriften geboden beschermingsniveau niet toereikend is voor de bescherming van het milieu, en om de, minder vaak voorkomende, gevallen, waarin de vergunninghouder of -aanvrager aanvoert dat de normstelling strenger is dan nodig.

In de onderzochte uitspraken komt de Afdeling in 20% van de overwegingen niet toe aan een *inhoudelijke* rechtmatigheidstoets van het geboden beschermingsniveau, omdat de aangevochten vergunning of een voorschrift daarvan naar haar oordeel reeds wegens strijd met een of meer van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden vernietigd. In deze gevallen legt de Afdeling dus geen volle of marginale rechtmatigheidstoets aan, maar constateert zij, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, strijd met een algemeen beginsel. Zij geeft dus wel een inhoudelijk oordeel over de rechtmatig-

13 Of art. 17 lid 1 van de Hinderwet. Van de 48 onderzochte vergunninguitspraken uit 1997 zijn er 13 waarin het aangevochten besluit krachtens de Hinderwet (de voorloper van de Wet milieubeheer) is genomen.

heid van het besluit of voorschrift, echter zonder toe te komen aan een oordeel over het geboden beschermingsniveau.[14] De Afdeling vernietigt in voorkomende gevallen wegens een motiveringsgebrek, een onzorgvuldige voorbereiding, het onzorgvuldig nemen van het besluit en/of strijd met de rechtszekerheid. De twee eerstgenoemde, formele, gebreken komen veruit het vaakst voor.[15] Hieronder geef ik van elk genoemd gebrek een voorbeeld.[16]

> *De Afdeling stelt vast dat de door verweerders voorgeschreven grenswaarden voor het nachtelijke equivalente geluidniveau beduidend hoger zijn dan het referentieniveau gedurende de nachtperiode. In de overwegingen van het bestreden besluit hebben verweerders niet inzichtelijk gemaakt welke bestuurlijke afweging ten grondslag heeft gelegen aan deze overschrijding van het referentieniveau. […] Het bovenstaande leidt de Afdeling tot de conclusie dat de in voorschrift II.1 *gestelde geluidgrenswaarden onvoldoende gemotiveerd* en wellicht te ruim zijn. (97/3)
> *(Appellant voert verder aan dat in de aanvraag en in de bij het bestreden besluit verleende vergunning de bedrijfstijden niet concreet zijn weergegeven. Zo bieden naar zijn mening de aangevraagde bedrijfstijden in samenhang met het aan de vergunning verbonden voorschrift 3.1 de mogelijkheid dat in de nachtperiode asfalt wordt geproduceerd, hetgeen onaanvaardbare geluidhinder met zich brengt.) Met betrekking tot de vergunde twaalf incidentele afwijkingen van de bovengenoemde bedrijfstijden en de gestelde geluidgrenswaarden, overweegt de Afdeling dat *noch het akoestisch rapport, noch het bestreden besluit er blijk van geeft dat is onderzocht* of en in welke mate de ontheffingen en de duur daarvan konden worden beperkt dan wel of maximale geluidgrenswaarden voor deze incidentele situaties dienden te worden opgelegd. De Afdeling neemt hierbij in aanmerking dat ter zitting is gebleken dat deze uitzonderingen ertoe kunnen leiden dat de maximaal toelaatbare geluidgrenswaarden die zijn vastgesteld voor onder meer de woning van appellant worden overschreden. Het bestreden besluit is in zoverre *in strijd met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht voorbereid*. (03/12)
> *(Appellante heeft aangevoerd dat voorschrift 3.2.1, dat ziet op het energieverbruik van de inrichting, ontoereikend is. Zij heeft gesteld dat in ieder geval de verplichting moet worden opgenomen om binnen een gestelde termijn een plan op te stellen, dat ter goedkeuring aan het bevoegd gezag moet worden overgelegd en waarin energiereducerende maatregelen zijn voorzien met de verplichting dat ze worden uitgevoerd.) Nu verweerders zich ter zitting op het standpunt hebben gesteld dat het - inmiddels aangepaste - voorschrift 2.3.1 *ontoereikend* is, moet

14 Dit dient in zoverre te worden gerelativeerd dat uit veel van deze gevallen ook naar voren komt dat het beschermingsniveau te laag is.

15 Slechts in 8 van de 53 overwegingen constateert de Afdeling strijd met een ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dan het motiveringsbeginsel en/of het formele zorgvuldigheidsbeginsel.

16 Voor zover nodig voor een goed begrip vermeld ik bij de aangehaalde rechtsoverwegingen tussen haakjes het standpunt van appellant, het standpunt van verweerder en voorafgaande rechtsoverwegingen (al dan niet geparafraseerd). De cruciale tekstgedeelten heb ik gecursiveerd. Achter elke overweging staat tussen haakjes een nummer vermeld, dat correspondeert met de uitspraak waaruit die overweging afkomstig is. In het jurisprudentieregister zijn de gegevens van alle onderzochte uitspraken opgenomen.

> worden geoordeeld dat het besluit wat betreft dit voorschrift *in strijd is met het beginsel dat een besluit zorgvuldig moet worden genomen*. [einde overweging] (00/32) *(Omwonenden vrezen onder meer geurhinder van de onderhavige inrichting. Vergunninghoudster heeft betoogd dat in voorschrift L.1.1 ten onrechte is voorgeschreven dat standaardmaatregelen moeten worden getroffen. Daarnaast meent zij onder meer dat het voldoen aan de stand der techniek in de bestrijding van geurhinder zoals voorgeschreven in voorschrift L.1.1 zich niet verdraagt met het alara-beginsel.) De Afdeling overweegt dat verweerders geen onderzoek hebben verricht naar de mate van geuroverlast en in hoeverre en door middel van welke maatregelen de geurconcentratie ter plaatse van te beschermen objecten teruggedrongen kan worden. Ingevolge voorschrift L.1.1 moet vergunninghoudster maatregelen treffen en aanvullende maatregelen overwegen maar niet staat vast wat de daarbij te hanteren geurconcentratienorm is. Voorts bevat de bijzondere regeling uit de NeR waarnaar is verwezen, een aantal alternatieven waaruit het bevoegd gezag kan kiezen. *De Afdeling acht hierom een algemene verwijzing naar deze bijzondere regeling*, zoals vervat in voorschrift L.1.1, *in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel*. Derhalve is het beroep van appellanten in zoverre gegrond en komt het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking voorzover aan de daarbij verleende vergunning voorschrift L.1.1 is verbonden. (00/1)

In het merendeel van de gevallen (80%) komt de Afdeling wel toe aan een inhoudelijke beoordeling van het beschermingsniveau. Op grond van de doctrine kon verwacht worden dat de Afdeling de normstellingsgrond in 1997 vol toetst, en in 2000 en 2003, na de *Wende*, marginaal. Hoewel mijn onderzoeksresultaten deze verwachting op hoofdlijnen bevestigen, zijn de aangetroffen rechtsoverwegingen niet altijd eenduidig. Hieronder bespreek ik eerst de onderzoeksresultaten over 1997, en daarna die over 2000 en 2003.

Vooraf moet nog het volgende worden opgemerkt. De redenering van de rechter over het beschermingsniveau bestaat, indien compleet, uit twee delen. Het eerste deel betreft het daadwerkelijke oordeel over de toereikendheid van het door de vergunning geboden beschermingsniveau. De hierin vervatte toets is vol (in beginsel in 1997) of marginaal (in beginsel in 2000 en 2003). Het tweede deel betreft de vraag of, gelet op dat oordeel, terecht al dan niet geweigerd is de vergunning te verlenen of een nader voorschrift te stellen.[17] Het tweede deel van de redenering vloeit vanzelf voort uit het eerste deel. Als het beschermingsniveau toereikend is, dan is de vergunning terecht verleend en zijn terecht geen nadere voorschriften gesteld, of is de vergunning

17 Bijvoorbeeld bij een marginale toets: Verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het voorschrift nodig is ter bescherming van het milieu (eerste deel). Hij heeft het voorschrift derhalve op goede gronden aan de vergunning verbonden (tweede deel). Of: Verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het aldus geboden beschermingsniveau toereikend is (eerste deel). Nu de inrichting hieraan kan voldoen, heeft verweerder zich terecht op het standpunt gesteld dat de vergunning niet kan worden geweigerd (tweede deel).

ten onrechte geweigerd of zijn ten onrechte nadere voorschriften gesteld. En als het beschermingsniveau *niet* toereikend is, dan is de vergunning ten onrechte verleend of zijn ten onrechte geen nadere voorschriften gesteld etc. Dit deel van de toets is altijd vol.

Het komt geregeld voor dat na het oordeel over het beschermingsniveau, het tweede deel van de redenering ontbreekt. Dit is geen probleem, omdat de rechterlijke toets is vervat in het eerste deel van de redenering en het tweede deel daaruit, als gezegd, automatisch voortvloeit. Daarnaast worden de beide delen van de redenering door de rechter vaak in elkaar geschoven.[18] Dit leidt wel tot onduidelijkheid over de door de rechter aangelegde toetsingsintensiteit, omdat de in de beide delen gehanteerde toets op dat punt van elkaar kan verschillen: het eerste deel toetst de rechter naar keuze vol of marginaal (indien hij niet respectievelijk wel beslissingsruimte voor het bevoegd gezag aanneemt), terwijl het tweede deel altijd vol moet worden getoetst. Ik ben ervan uitgegaan dat de Afdeling in de desbetreffende redeneringen een beschermingsniveautoets heeft willen neerleggen.

3.2.1 Uitspraken uit 1997

De Afdeling toetst de beschermingsniveaugrond in 1997 in beginsel vol. Ik heb echter ook een aantal overwegingen aangetroffen waarin een marginale toets wordt gebruikt, althans geen duidelijk volle toets kan worden herkend. Binnen de categorie van volle toetsingsformuleringen kan, zo blijkt uit de bespreking hieronder, onderscheid gemaakt worden tussen meer en minder volle toetsingen.

In geval van een geheel volle toets overweegt de Afdeling zonder enig voorbehoud dat de gestelde vergunningvoorschriften voldoende bescherming bieden aan het milieu.[19]

---

18 Bijvoorbeeld in uitspraak 97/30: 'Gelet hierop en in aanmerking genomen het deskundigenbericht van de StAB hebben verweerders zich op het standpunt kunnen stellen dat voor verkeers- of parkeeroverlast niet zodanig behoeft te worden gevreesd dat terzake voorschriften gesteld moeten worden.' Zie ook de hierna in paragraaf 5.3.2.2 besproken drie veehouderij-zaken uit 2000.

19 In de door de Afdeling veel gebruikte formuleringen 'toereikend ter bescherming van het milieu' en 'voldoende bescherming' kan ook een zekere terughoudendheid worden gelezen. Dat is evenwel niet het oogmerk van de Afdeling. Met deze formuleringen 'vertaalt' de Afdeling het bepaalde in art. 8.11 lid 3 Wm (zie ook de in vergunninguitspraken gebruikte standaard-formulering, zoals aangehaald in hoofdstuk 4, paragraaf 3.1 en 5.3.1). Of de rechter aldus niet een criterium hanteert dat soms soepeler uitvalt dan de wetstekst eist (in beginsel de voorschriften verbinden die de grootst mogelijke bescherming bieden), is een andere vraag.

*Gelet op het ABM-rapport zijn de gestelde equivalente en piekgeluidgrenswaarden naar het oordeel van de Afdeling *toereikend* om geluidoverlast ten gevolge van de inrichting tegen te gaan. (97/10)
*De in de voorschriften met betrekking tot de eerder bedoelde stalafdeling gestelde eisen *moeten*, mede gelet op het deskundigenbericht, *toereikend worden geacht* ter bescherming tegen de nadelige gevolgen voor het milieu, veroorzaakt door het in werking zijn van deze stalafdeling.[20] (97/37)
*Mede gelet op het advies van de StAB, is de Afdeling van oordeel dat met de aan de vergunning verbonden voorschriften *een voldoende waarborg tegen stankoverlast* wordt geboden. (97/44)

In veel rechtsoverwegingen uit 1997 is de toetsing van het beschermingsniveau weliswaar duidelijk vol, aangezien deze geen blijk geeft van een aan het bestuursorgaan gelaten beoordelingsmarge, maar bevat deze toch enig voorbehoud in de formulering. Binnen deze wat ik noem 'terughoudend volle' toets, kunnen drie categorieën worden onderscheiden. In de eerste plaats rechtsoverwegingen waarin een dubbele ontkenning wordt gebruikt. Bijvoorbeeld in plaats van 'toereikend' overweegt de Afdeling dat de voorschriften 'niet ontoereikend' zijn. In de tweede plaats toetsingen waarin een voorbehoud wordt gemaakt in de formulering van de te duchten milieugevolgen, door termen als 'voldoende aannemelijk', 'aanvaardbaar' en 'niet gebleken'. In de derde plaats rechtsoverwegingen waarin de Afdeling niet zelf zegt of de geboden bescherming toereikend is, maar waarin zij een oordeel geeft over de door verweerder aangelegde maatstaf. Dus in plaats van te overwegen dat 'de voorschriften toereikend zijn om geluidoverlast tegen te gaan', overweegt de Afdeling bijvoorbeeld dat 'niet is gebleken van omstandigheden op grond waarvan verweerder vanwege te duchten geluidoverlast de vergunning had moeten weigeren dan wel nadere voorschriften had moeten stellen'. De verschillende voorbehouden kunnen daarnaast in combinatie voorkomen. Hieronder geef ik een aantal van de door mij aangetroffen overwegingen weer.

Rechtsoverwegingen met een dubbele ontkenning.

*(Aan afstandseis uit de Brochure veehouderij en hinderwet wordt voldaan.) Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat *niet* behoeft te worden gevreesd dat de inrichting *onaanvaardbare* stankhinder zal veroorzaken. (97/1)
*(Afdeling: Voor bodemverontreiniging door uitloging behoeft niet te worden gevreesd) Verder acht de Afdeling de voorschriften 3.1 tot en met 3.10 *niet ontoereikend* om bodemverontreiniging zoveel mogelijk te beperken en tegen te gaan. (97/10)

20 Het criterium 'de voorschriften moeten toereikend worden geacht' is net een fractie terughoudender geformuleerd dan het daarvoor aangehaalde criterium: 'de voorschriften zijn toereikend'.

*(Appellant vreest verkeers- en parkeeroverlast, en gelet op andere bedrijven in de omgeving onaanvaardbare cumulatie van hinder. Na afdoening van de grond inzake verkeers- of parkeeroverlast overweegt de Afdeling:) Ook overigens is *niet* gebleken dat verweerders zich ten *onrechte* op het standpunt hebben gesteld dat vestiging van de inrichting ter plaatse *geen onaanvaardbare* cumulatie van hinder tot gevolg heeft. (97/30)
*De grenswaarden voor het piekgeluid *komen de Afdeling*, gelet op de circulaire Industrielawaai, *evenmin onjuist voor*. De gestelde grenswaarden zijn gebruikelijk, waarbij ervan wordt uitgegaan dat bij naleving geen onaanvaardbare geluidhinder zal optreden buiten de inrichting. (97/44)

Rechtsoverwegingen met een voorbehoud in de formulering van de te duchten milieugevolgen.

*Nu de drie installaties slechts zelden tegelijk in werking zullen zijn en bij de berekeningen verder een veiligheidsmarge is gehanteerd, acht de Afdeling het *voldoende aannemelijk* dat de voorgeschreven emissiehoogten toereikend zijn om luchtverontreiniging voldoende te beperken. Dit geldt temeer nu vergunninghoudster na vergunningverlening een melding heeft gedaan, inhoudende dat CV-ketels met een kleiner thermisch vermogen zullen worden gebruikt. (97/26)
*Gelet op die rapporten en hetgeen daarover is vermeld in het deskundigenbericht, *acht de Afdeling genoegzaam gebleken* dat de afgassen van de ovens, zowel afzonderlijk als tezamen, *zodanig geringe emissies* opleveren dat het aanbrengen van emissiebeperkende voorzieningen niet nodig is voor de bescherming van het milieu. (97/40)
*(Afdeling: In beginsel moet worden aangesloten bij het referentieniveau van het omgevingsgeluid. Afdeling weerlegt kritiek op akoestisch rapport) Voorts is de Afdeling van oordeel dat de grenswaarde van 40 dB(A) voor de dagperiode *voldoende aansluit* bij het referentieniveau zoals dat in het akoestisch onderzoek is vastgesteld. (97/39)
*De Afdeling *acht* op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting *aannemelijk* dat de in voorschrift I.1 gestelde geluidgrenswaarden *voldoende aansluiten* bij het referentieniveau en daarmee toereikend zijn om geluidhinder van de inrichting te voorkomen dan wel in voldoende mate te beperken. (97/46)

Rechtsoverwegingen waarin de Afdeling niet zelf zegt of de geboden bescherming al dan niet toereikend is, maar zij de door verweerder aangelegde maatstaf toetst: had verweerder de vergunning moeten weigeren dan wel nadere voorschriften moeten stellen. Hierbij worden de milieugevolgen vaak ook met enig voorbehoud geformuleerd.

*(Daargelaten de vraag of op basis van het door appellante genoemde rapport (dat dateert van na het nemen van het bestreden besluit) thans mogelijk wel aanleiding zou bestaan uitgangspunten te formuleren waaraan aanvragen voor een milieuvergunning zouden moeten worden getoetst,) kon naar het oordeel van de Afdeling ten tijde van het nemen van het bestreden besluit *niet worden gesteld dat verweerders aanleiding hadden moeten zien de vergunning op dit punt te weigeren dan wel nadere voorschriften ter zake aan de vergunning te verbinden*. (97/2)

> *(Appellante vreest voor aantasting van de natuurwetenschappelijke en ecologische waarden. Afdeling: uit de stukken blijkt dat het bouwen van de inrichting gevolgen heeft voor het fourageergebied van de das en de openheid van het landschap verstoort. Beoordeling van deze gronden geschiedt primair in het kader van de planologie.) *De Afdeling is overigens niet gebleken*, mede gezien de situering van de inrichting nabij een spoorlijn en een doorgaande weg, dat de natuurwetenschappelijke en ecologische waarden van het gebied door het verlenen van de vergunning dusdanig worden aangetast *dat verweerders de gevraagde vergunning hadden behoren te weigeren dan wel nadere voorschriften aan de vergunning hadden moeten verbinden*. (97/9)

Tot slot enkele rechtsoverwegingen met een voorbehoud in de formulering van de milieugevolgen in combinatie met een dubbele ontkenning.

> *Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting acht de Afdeling *niet aannemelijk* gemaakt *dat het standpunt van verweerders dat voorschrift 1.3 toereikend is* met het oog op het ontlasten van de Frans Halslaan, *onjuist is*. (97/5)
> *(Inrichting voor verwerking beenderen; vrachtwagens gesloten door middel van hydraulische luiken of strak gespannen dekzeilen.) Gelet op het verhandelde ter zitting en de stukken, waaronder het uitgebrachte deskundigenbericht, *kan er* naar het oordeel van de Afdeling *van worden uitgegaan dat* het parkeren van volledig afgesloten voertuigen op de daartoe aangewezen plaatsen gedurende de in voorschrift 10.3 vermelde tijden en onder de daaraan gestelde voorschriften, *geen onaanvaardbare* geurhinder veroorzaakt. (97/41)

Wat zou een verklaring kunnen zijn voor het feit dat soms een 'terughoudend volle' toets wordt gebruikt?

Voor de aangehaalde overweging uit uitspraak 97/9 ligt deze mogelijk in het feit dat de op grond van de Wet milieubeheer uitgevoerde bestuurlijke en rechterlijke toets slechts aanvullend is op de toets die op grond van planologische regelingen is of kan worden verricht.

Het gebruik van een dubbele ontkenning hangt in veel gevallen samen met het hanteren van de bovengrens.[21] Alleen is dan vervolgens de vraag waarom in bepaalde overwegingen de bovengrens wordt gehanteerd, en in andere niet. Voor beantwoording van die vraag heb ik geen duidelijke aanknopingspunten kunnen vinden. Zo heb ik in gevallen waarin het bevoegd gezag de in een buitenwettelijke richtlijn aanbevolen grenswaarde als criterium heeft gehanteerd, zowel overwegingen aangetroffen waarin de bovengrens wel wordt gehanteerd als overwegingen waarin dit niet het geval is. En hetzelfde geldt voor gevallen waarin het bevoegd gezag zijn beoordelingscriterium niet aan een richtlijn heeft ontleend.

---

21 De bovengrens betreft die mate van hinder waarbij de vergunning nog net niet geweigerd moet worden dan wel nog net geen nadere voorschriften noodzakelijk zijn. Het gaat dus om het hoogst toelaatbare hinder- of emissieniveau.

Voorts lijkt het ontbreken van een deskundigenbericht een plausibele verklaring, in ieder geval bij de categorie 'terughoudende formulering milieugevolgen'. Zonder deskundigenbericht zal het immers over het algemeen moeilijker zijn voor de rechter om inzicht te krijgen in de nadelige gevolgen voor het milieu van de vergunde activiteiten. Echter, in 1997 is op één geval na in alle vergunninguitspraken een deskundigenbericht uitgebracht. Hierin kan dus geen verklaring worden gevonden.

Al met al kan ik dus niet duidelijk verklaren waarom de rechter soms opteert voor een geheel volle toets en in andere gevallen voor een 'terughoudend volle' toets, en bij de laatstbedoelde gevallen evenmin voor welke van de hierboven omschreven categorie(ën) 'terughoudend volle' toets hij opteert.

Van de 109 overwegingen uit 1997 over het door de vergunning geboden beschermingsniveau, heb ik in 8 gevallen een marginale toetsing, waarin de Afdeling het bevoegd gezag een beoordelingsmarge laat, dan wel een onduidelijke toetsingsintensiteit aangetroffen.

*Ook de gestelde piekgeluidwaarden zijn, gelet op het gestelde in de circulaire Industrielawaai, die bij het vaststellen van geluidgrenswaarden in milieuvergunningen als hier aan de orde als leidraad pleegt te worden gehanteerd, *aanvaardbaar*. (97/7)

*(Het bedrijf ligt op een gezoneerd industrieterrein. Afdeling: de geluidemissie van transportbewegingen op een openbare weg moet niet worden onderworpen aan de voor de inrichting geldende equivalente en piekgeluidgrenswaarden. Dit betekent niet dat geheel geen voorschriften kunnen worden gesteld ter beperking van geluidhinder ten gevolge van verkeersbewegingen van en naar de inrichting.) Gelet op het vergunde aantal transportbewegingen en gelet op het totale wegverkeer op deze weg, acht de Afdeling het in dit geval *aanvaardbaar* dat geen nadere voorschriften ter beperking van geluidhinder van transportbewegingen zijn gesteld. (97/10)

*(Appellanten zijn van mening dat de piekgeluidgrenswaarden te hoog zijn en onvoldoende gedefinieerd.) *Naar het oordeel van de Afdeling zijn deze waarden*, in aanmerking genomen de aard en de situering van de inrichting, *niet onaanvaardbaar*. Het bezwaar treft geen doel. (97/39)

*(Ten aanzien van de vrees van appellant voor ongedierte, merkt de Afdeling op dat aan de vergunning voorschriften zijn verbonden met betrekking tot de staat van onderhoud van erf, opstallen en installaties, de regelmatige bestrijding van ongedierte en de opslag van voer en kadavers.) Deze voorschriften *kunnen toereikend worden geacht* om gevaar, schade of hinder veroorzaakt door ongedierte te voorkomen. De Afdeling acht de vrees dan ook ongegrond. (97/1)

*Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat de verzuringsschade vanwege NO_x-uitstoot *voor verweerders geen aanleiding had hoeven te zijn de gevraagde vergunning te weigeren* dan wel nadere voorschriften aan de vergunning te verbinden. [Dit hebben zij ook niet gedaan] (97/25)

*(Aan de afstandseis van 50 meter wordt niet voldaan.) Afdeling: In zo'n situatie is uitbreiding van de veestapel met het oog op de stankhinder, naar objectieve maatstaven beoordeeld, in beginsel niet aanvaardbaar. *Verweerders hebben naar het*

oordeel van de Afdeling de vergunning dan ook kunnen weigeren voorzover een groter veebestand was aangevraagd dan op grond van de bestaande rechten vergund kon worden.[22] (97/51)
*(Beroepsgrond: het aantal begrafenissen is ten onrechte niet aan een maximum gebonden.) De Afdeling maakt uit het verhandelde ter zitting op dat in de praktijk maximaal 125 tot 150 begrafenissen per jaar in de inrichting plaatsvinden. Het aantal te verrichten begrafenissen hangt af van het aantal beschikbare graven. Aangezien, naar kan worden aangenomen, jaarlijks slechts een beperkt aantal graven beschikbaar komt, *behoeft voor onaanvaardbare overlast* als gevolg van plaatsvindende begrafenissen *niet te worden gevreesd*. Gelet op het vorenstaande *hebben verweerders zich* naar het oordeel van de Afdeling *op het standpunt kunnen stellen*, dat het in het belang van het voorkomen of beperken van gevaar, schade of hinder buiten de inrichting niet nodig is het maximaal aantal toegestane begrafenissen per jaar per voorschrift vast te leggen. Dit bezwaar treft dan ook geen doel. (97/5)
*(Appellant vreest verkeers- en parkeeroverlast) Uit de stukken blijkt dat doorgaans maximaal vijftien bezoekers tegelijkertijd in de balletstudio aanwezig zijn. Gelet hierop en in aanmerking genomen het deskundigenbericht van de StAB *hebben verweerders zich op het standpunt kunnen stellen* dat voor verkeers- of parkeeroverlast niet zodanig behoeft te worden gevreesd dat terzake voorschriften gesteld moeten worden. (97/30)
*(Appellanten zijn van mening dat het besluit in strijd is met art. 10.1 Wm (oud),[23] omdat in de inrichting producten mogen worden gedemonteerd die nog geschikt zouden zijn voor hergebruik. Volgens hen ontbreekt in de vergunningvoorschriften een behoorlijke selectieprocedure voor het bij de inrichting aan te leveren wit- en bruingoed.) Mede gezien het verslag van de ABM, is de Afdeling van oordeel dat verweerders *zich op het standpunt hebben kunnen stellen* dat door het ontwikkelen van een controle-procedure en praktijkervaring inzicht zal ontstaan met betrekking tot het aspect hergebruik, en dat dit tot een zinvolle selectie tussen herbruikbare en te demonteren apparaten zal kunnen leiden. Verweerders *kunnen* de afzetmogelijkheden en de bedrijfseconomische aspecten laten meespelen bij het uitwerken van de selectiecriteria. Naar het oordeel van de Afdeling bieden de voorschriften, mede gelet op het verslag, thans *voldoende waarborgen om onnodige demontage* van wit- en bruingoed *tegen te gaan*. Er is dan ook geen grond voor het oordeel dat het besluit zich niet verdraagt met art. 10.1 Wm. (97/50)

22 Om misverstand te voorkomen: ten aanzien van het veebestand waarvoor vergunning is geweigerd, bestonden dus geen bestaande rechten; vergunning is geweigerd voor het gedeelte dat daar bovenop is aangevraagd.

23 Art. 10.1 Wm luidde destijds: 'Ieder bestuursorgaan dat betrokken is bij de uitvoering van deze wet, houdt er bij de uitoefening van zijn bevoegdheden krachtens deze wet rekening mee dat het belang van de bescherming van het milieu vereist dat: […]
c. in Nederland op de markt te brengen stoffen, preparaten of andere produkten meer dan eenmaal worden gebruikt;
d. indien gebruik als bedoeld onder c, niet mogelijk is, in Nederland op de markt te brengen stoffen, preparaten of andere produkten na gebruik op doelmatige wijze worden bewerkt of verwerkt met het oog op gebruik voor hetzelfde of voor een ander doel dan waarvoor de produkten oorspronkelijk waren bestemd; […]'.

Bij de eerste drie uitspraken rijst de vraag hoe het criterium 'aanvaardbaar' moet worden uitgelegd. Hierin klinkt naar mijn mening een terughoudende benadering door. Het lijkt erop dat de Afdeling van oordeel is dat het gestelde voorschrift, respectievelijk het achterwege laten van het stellen van nadere voorschriften, voldoet aan de minimum-eisen, maar dat een andersluidende beslissing mogelijk ook goed was geweest. Het criterium 'niet onaanvaardbaar' is een nog iets terughoudender geformuleerde variant hiervan.

In de vierde uitspraak overweegt de rechter niet dat de voorschriften toereikend zijn, maar dat zij 'toereikend kunnen worden geacht'. Het woord 'kunnen' suggereert een marginale toets, in die zin dat de rechter niet zijn eigen oordeel geeft over het geboden beschermingsniveau.

In de vijfde uitspraak (97/25) wijzen de woorden 'had hoeven' op een terughoudendheid in de toetsing.

In de overweging uit uitspraak 97/51 zorgt de formulering van het tweede deel van de beschermingsniveau-redenering voor onduidelijkheid. Deze moet immers vol zijn geformuleerd (zie het begin van deze subparagraaf), maar lijkt hier marginaal.

Van de overweging uit uitspraak 97/5 is de laatste zin onduidelijk. Na de duidelijk volle toets ten aanzien van het beschermingsniveau in de zin ervoor, zou het tweede deel van de redenering moeten volgen (is terecht afgezien van het stellen van een voorschrift over het maximaal aantal toegestane begrafenissen?). Het lijkt echter meer op wederom een toets ten aanzien van het beschermingsniveau, maar dan nu marginaal geformuleerd (zie de volgende alinea over uitspraak 97/30).

In de overweging over de gestelde verkeers- en parkeeroverlast in uitspraak 97/30 gebruikt de Afdeling dezelfde formulering als in de laatste zin van de overweging uit uitspraak 97/5, namelijk: 'verweerders hebben zich op het standpunt kunnen stellen'. In vergelijking tot de na de toetsingsomslag veel gebruikte formulering ten aanzien van het beschermingsniveau ('verweerders hebben zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen'), ontbreken alleen de woorden 'in redelijkheid'.[24] Ondanks het ontbreken van deze woorden die *ondubbelzinnig* op een marginale toets wijzen, is naar mijn mening in de onderhavige overweging duidelijk een marginale toets verwoord.

In de laatste overweging, uit uitspraak 97/50, gaat het om een afvalinrichting, waarover hoofdstuk 10 Wm aanvullende bepalingen bevat. Het betreft hier ook een beschermingsniveau-toets, maar dan op grond van art. 10.1 (oud) in plaats van art. 8.11 Wm. De Afdeling sluit in de een na laatste zin af met een volle toets. Ervoor staan echter twee marginale toetsen, waarvan de eerste ook betrekking heeft op het beschermingsniveau; het gaat hierbij immers om de selectie tussen herbruikbare en te demonteren apparaten. In zoverre lijkt sprake van een tegenstrijdigheid. Uit de tweede zin met 'kunnen' lijkt beleids-

24 In één uitspraak van na de toetsingsomslag, namelijk 03/29, ontbreken deze woorden echter ook (zie hierna).

ruimte af te leiden bij de invulling van de beoordelingsruimte van art. 10.1 (oud) Wm.

3.2.2 Uitspraken uit 2000 en 2003

Als gezegd bevestigen mijn onderzoeksresultaten op hoofdlijnen de verwachting dat de Afdeling in 2000 en 2003, dus ruim anderhalf respectievelijk vierenhalf jaar na de toetsingsomslag, marginaal toetst of het in de aangevochten vergunning geboden beschermingsniveau toereikend is in het licht van art. 8.11 lid 3 Wm. Op hoofdlijnen, want net als in 1997 is het beeld in 2000 en 2003 niet eenduidig.

3.2.2.1 Marginale toets

Net als binnen de volle toets in 1997, kunnen binnen de marginale toets in 2000 en 2003 meerdere intensiteiten worden onderscheiden. Ik gebruik hieronder dezelfde categorieën van terughoudende formuleringen als bij 1997, met uitzondering van de categorie dat de Afdeling de door verweerder aangelegde maatstaf toetst in plaats van zelf te overwegen of het beschermingsniveau toereikend is. In verband met de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag knoopt de rechter in 2000 en 2003 namelijk steevast aan bij de door het gezag aangelegde maatstaf.

Hieronder staat een aantal voorbeelden van wat ik een 'gewone' marginale toets noem. De Afdeling overweegt in deze uitspraken dat het bevoegd gezag het geboden beschermingsniveau in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten.

> *Deze geluidgrenswaarden zijn gebaseerd op de in de circulaire Industrielawaai aangegeven maximale geluidgrenswaarden voor piekgeluiden. Het hanteren van de circulaire Industrielawaai op dit punt acht de Afdeling niet in strijd met het recht. Verweerders hebben derhalve de geluidgrenswaarden voor piekgeluiden *in redelijkheid toereikend kunnen achten*. (00/1)
> *(Appellanten sub 3 vrezen hinder van langs de Stationsweg geparkeerde vrachtwagens en van het laden en lossen van vrachtwagens langs deze weg.) Op basis van de stukken, waaronder het deskundigenbericht van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak, en het verhandelde ter zitting is de Afdeling van oordeel dat verweerders zich *in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de voorschriften F.1 en F.3 toereikend* zijn om deze vorm van hinder tegen te gaan. Deze beroepsgrond van appellanten sub 3 treft geen doel. (00/1)
> *Voorzover het bezwaar ziet op de directe geluidhinder afkomstig van de reguliere bedrijfssituatie overweegt de Afdeling dat verweerders, gelet op hetgeen zij bij de beoordeling van dit aspect hebben betrokken, zich *in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de voorschriften 2.1 en 2.2 toereikend zijn* om geluidhinder te voorkomen dan wel in voldoende mate te beperken. (00/33)

Er zijn ook rechtsoverwegingen waarin de Afdeling (nog) meer terughoudendheid betracht dan bij de hiervoor genoemde 'gewone' marginale toets. Een van de varianten daarvan is de marginale toets met dubbele ontkenning: niet is gebleken dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het geboden beschermingsniveau toereikend is.

> **Evenmin* ziet de Afdeling, gelet op de in de NeR aanbevolen maatregelen, aanleiding te oordelen dat verweerder zich *niet in redelijkheid* op het standpunt heeft kunnen stellen dat de onder 6 opgenomen voorschriften voldoende bescherming bieden ter voorkoming dan wel beperking van stofhinder. (03/30)
> *Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is *niet gebleken dat* met voormeld voorschrift op dit punt *geen sprake* zal zijn van een beschermingsniveau dat verweerder in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten. De Afdeling is daarom van oordeel dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat met dit voorschrift een voldoende werking van de olieafscheider kan worden bewerkstelligd. Het beroep is op dit punt derhalve ongegrond. (03/39)

In de laatste overweging is de terughoudendheid ook gelegen in de formulering van de milieugevolgen. Door 'niet gebleken' te gebruiken laat de rechter open dat het tegendeel ook waar zou kunnen zijn; de bekende feiten en omstandigheden geven daarvoor echter geen steun. Een ander voorbeeld van deze categorie is de volgende overweging.

> *De Afdeling acht het voorts op grond van de bovenstaande motivering van verweerder en het verhandelde ter zitting *voldoende aannemelijk* dat de in voorschrift 3 opgenomen lozingsnormen zodanig zijn dat de kwaliteit van het oppervlaktewater niet zal verslechteren. Gelet hierop en hetgeen overigens uit de stukken is gebleken is de Afdeling van oordeel dat verweerder zich *in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen* dat de aan de vergunning verbonden voorschriften voldoende bescherming bieden tegen aantasting van de kwaliteit van het oppervlaktewater. Gelet op het vorenstaande ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat verweerder de in voorschrift 3 opgenomen lozingsnormen niet in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten ter bescherming van de kwaliteit van het oppervlaktewater. Dit beroepsonderdeel faalt. (03/65)

Een derde categorie van een meer terughoudende marginale toets, is die waarin getoetst wordt aan de bovengrens.[25] De rechter overweegt dan bijvoorbeeld niet dat verweerder de gestelde geluidgrenswaarden in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten, maar dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat vanwege de gestelde geluidgrenswaarden niet voor onaanvaardbare geluidhinder hoeft te worden gevreesd. Enkele andere voorbeelden:

25 Zie voor dit begrip hiervoor, bij de bespreking van 1997.

> *(Zoals verweerders ter zitting hebben betoogd zijn er voor de beoordeling van cumulatie van stank van dieren die niet kunnen worden omgerekend in mestvarkeneenheden, zoals nertsen, evenmin andere milieuhygiënische of -technische inzichten.) Verweerders hebben zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat er *geen sprake is van* zodanige omstandigheden dat de bijdrage van de bij het bestreden besluit vergunde uitbreiding van het veebestand aan de cumulatie van stank *een reden* zou vormen *om de vergunning voor de onderhavige inrichting te weigeren*. (00/8)
> *Naar het oordeel van de Afdeling heeft verweerder zich, mede gezien de genoemde beperkingen, in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat van de vergunde 12 incidentele bedrijfssituaties per jaar *geen onaanvaardbare* geluidhinder valt te duchten. (03/24)
> *Op grond van het vorenstaande heeft verweerder zich in redelijkheid op het standpunt gesteld dat voor schade aan landbouwproducten dan wel *een onaanvaardbare belasting* voor het milieu door losvliegende duiven niet behoeft te worden gevreesd.[26] (03/32)

Ook combinaties van de zojuist besproken categorieën van terughoudende formuleringen komen voor. Hieronder staat een overweging waarin alle drie de categorieën zijn gebruikt.

> *(Aangevoerd: cumulatieve stankhinder van buiten scharrelende kippen. Afdeling: Er zijn geen milieuhygiënische inzichten ter beoordeling van cumulatie van stank veroorzaakt door in de buitenlucht gehouden dieren.) Verder is, mede in aanmerking genomen het hieromtrent gestelde in het deskundigenbericht, *niet gebleken van zodanige omstandigheden dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen* dat de bijdrage van de in het buitenverblijf aanwezige kippen aan de cumulatie van stank *niet zodanig is, dat de vergunning hierom (gedeeltelijk) had moeten worden geweigerd*. (03/44)

Net zo min als bij de volle toets in 1997, geeft de aanwezigheid van een deskundigenbericht dan wel het gebruik door het bevoegd gezag van een buitenwettelijke richtlijn zicht op een verklaring voor het gebruik van de 'gewone' marginale toets in het ene geval en een meer terughoudende toets in het andere geval in 2000 en 2003. Beide factoren wijzen in de onderzochte zaken namelijk niet in een bepaalde richting.

In de bovenstaande rechtsoverwegingen kunnen bovendien aanwijzingen worden gevonden voor de stelling dat het gebruik van een verschillende mate van intensiteit binnen de marginale toets niet altijd berust op een bewuste keuze van de rechter. Zo wordt in uitspraak 03/39 het oordeel over één en dezelfde beroepsgrond gegeven in twee praktisch identieke overwegingen,

---

26 Wat verder nog opvalt aan deze uitspraak is dat de Afdeling overweegt: 'in redelijkheid op het standpunt gesteld', in plaats van 'in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen'. Vanwege het gebruik van de woorden 'in redelijkheid' lijkt, ondanks het ontbreken van het woord 'kunnen', hier een marginale toets te zijn aangelegd.

waarvan de eerste een dubbele ontkenning bevat en de tweede niet. Hetzelfde gebeurt in uitspraak 03/65, waar een 'gewone' marginale toets wordt herhaald in een overweging met een dubbele ontkenning. Voorts is het verschil opmerkelijk tussen de weergegeven overwegingen uit de uitspraken 00/8 en 03/44. Het gaat in beide gevallen om cumulatieve stankhinder en in beide gevallen overweegt de Afdeling dat er geen milieuhygiënische inzichten bestaan die gebruikt zouden kunnen worden bij de beoordeling daarvan. In beide gevallen wordt getoetst aan de bovengrens, maar alleen in uitspraak 03/44 wordt daarnaast een dubbele ontkenning gebruikt. Onduidelijk is ten slotte waarom de rechter in gevallen waarin dat niet samenhangt met een toets aan de bovengrens, een dubbele ontkenning gebruikt. De desbetreffende overwegingen kunnen in ieder geval ook zonder een dubbele ontkenning worden geformuleerd. Zoals gezegd aan het begin van dit hoofdstuk, past evenwel enige terughoudendheid bij de aanname dat een gebruikte toetsingsformulering niet berust op een bewuste keuze van de rechter, nu de aanleiding voor een meer of minder terughoudend geformuleerde overweging ook gelegen kan zijn in de stelligheid en kwaliteit van het beroepschrift.

Tot slot van de bespreking van de marginale toets een uitspraak met een enigszins onduidelijke toets.

> *Gelet op het voorgaande ziet de Afdeling *geen aanleiding voor het oordeel dat* verweerder zich onder deze omstandigheden *niet op het standpunt heeft kunnen stellen* dat de in de vergunning gestelde geluidgrenswaarde voor het maximale geluidniveau vanwege de voertuigbewegingen op het terrein van de inrichting in de dagperiode toereikend zijn. (03/29)

In deze toets ontbreken de woorden 'in redelijkheid'. Gezien de overigens volkomen analogie van de overweging met de hiervoor besproken categorie van de marginale toets met een dubbele ontkenning, is aannemelijk dat met deze overweging ook een marginale toets is beoogd. Ik verwijs ook naar de hiervoor onder 1997 besproken uitspraken 97/5 en 97/30, waarin dezelfde toets is aangelegd.

3.2.2.2 Volle toets

Zoals hiervoor opgemerkt, wordt de toereikendheid van het geboden beschermingsniveau in 2000 en 2003 meestal marginaal getoetst. In 5 van de 56 overwegingen in 2000, en 7 van de 102 overwegingen in 2003 over het beschermingsniveau gebruikt de Afdeling echter een volle toets. Deze bespreek ik groepsgewijs hieronder.

Als eerste een aantal overwegingen uit 2000 over veehouderijen.

> *(Vaststaat dat met behulp van de hiervoor genoemde omrekeningsfactoren voor de onderhavige inrichting moet worden uitgegaan van 4441 mestvarkeneenheden

(mve). Verweerders hebben de benodigde afstand berekend met behulp van de geëxtrapoleerde afstandsgrafiek op circa 180 meter.) De Afdeling is van oordeel dat deze berekening aanvaardbaar is. Nu de werkelijke afstand tussen de inrichting en het dichtstbijzijnde stankgevoelige object circa 235 meter bedraagt, hebben verweerders zich *terecht* op het standpunt gesteld dat van onaanvaardbare stankhinder als gevolg van de bij het bestreden besluit vergunde dieren geen sprake is. Uit het voorgaande volgt dat deze beroepsgrond geen doel treft. (00/7)
*(Afdeling: Verweerder heeft op goede gronden een korting van 25 meter toegepast, en is er op goede gronden van uitgegaan dat de in acht te nemen vaste afstand 175 meter bedraagt.) Verweerders hebben zich dan ook *op goede gronden* op het standpunt gesteld dat geen sprake is van zodanige stankhinder ten gevolge van het houden van nertsen dat de vergunning hierom had moeten worden geweigerd. (00/8)
*(De Afdeling toetst eerst aan de hand van de door verweerder gebruikte Brochure veehouderij en hinderwet en de Richtlijn veehouderij en stankhinder de aard van de omliggende woningen en de ten opzichte daarvan in acht te nemen afstand.) Verweerders hebben zich derhalve *op goede gronden* op het standpunt gesteld dat de vergunning uit een oogpunt van enkelvoudige stankhinder niet kan worden geweigerd. (00/21)
*(Op grond van de stukken moet worden geoordeeld dat de omgeving door verweerders terecht is gerangschikt onder categorie II als bedoeld in de Brochure. De door verweerders gehanteerde uitgangspunten nopen ertoe bij het aangevraagde aantal dieren een afstand van 100 meter aan te houden tussen het emissiepunt van de stallen en de dichtstbijzijnde woning in een categorie II-omgeving.) Aangezien de feitelijke afstand hiertussen ongeveer 200 meter bedraagt hebben verweerders zich *terecht* op het standpunt gesteld dat de vergunning uit het oogpunt van stankhinder niet behoeft te worden geweigerd. Dit bezwaar treft dan ook geen doel. (00/34)

Het staat buiten kijf dat in de eerste overweging het beschermingsniveau vol wordt getoetst ('terecht'). In de andere drie overwegingen is de intensiteit van de eigenlijke beschermingsniveau-toets minder makkelijk te identificeren, nu deze is samengevoegd met het oordeel over de vraag of de vergunning had moeten worden geweigerd. Mijns inziens is in alle drie gevallen een volle toets met betrekking tot het beschermingsniveau gehanteerd. In de laatste overweging luidt het criterium 'terecht'. In de twee andere overwegingen gebruikt de Afdeling het toetsingscriterium 'op goede gronden'. Hoewel de betekenis van dit criterium niet evident is, duidt het mijns inziens eveneens op een volle toets, zij het niet een geheel volle. Als de rechter overweegt dat het bevoegd gezag zich op goede gronden op een bepaald standpunt heeft gesteld, lijkt dit te betekenen dat hij diens redenering concludent acht. In uitspraak 00/8 gebruikt de Afdeling het criterium ten aanzien van de toepassing van de gehanteerde richtlijn en daarnaast, net als in uitspraak 00/21, ten aanzien van het uit die richtlijn voortvloeiende beschermingsniveau. Het toetsingscriterium 'op goede gronden' lijkt niet te impliceren dat een ander standpunt per se fout is (zoals bij 'terecht'), maar wel dat het ingenomen standpunt naar het oordeel

van de rechter juist is (in de betekenis: niet fout). Dit gaat veel verder dan een marginale toets, waarmee wordt uitgedrukt dat het oordeel van het bevoegd gezag valt binnen al hetgeen redelijk oordelende mensen vinden. Ik heb dit toetsingscriterium ook een aantal malen aangetroffen bij overwegingen waar een volle toets evident is aangewezen,[27] hetgeen aannemelijk maakt dat de Afdeling het als volle toets gebruikt.[28]

De bovenstaande vier overwegingen gaan alle over stankhinder van (intensieve) veehouderijen. De voortzetting van de volle toetsing in deze gevallen kan vermoedelijk worden verklaard door het feit dat de beschermingsniveautoets hier uit twee stappen bestaat. Eerst moet de rechter controleren of aan de op grond van de door het bevoegd gezag gebruikte Brochure veehouderij en hinderwet in acht te nemen afstand tot de dichtstbijgelegen stankgevoelige objecten (met name woningen) wordt voldaan, en vervolgens moet hij overwegen of, gelet daarop, voldoende bescherming wordt geboden tegen stankhinder. De eerste stap moet de Afdeling vol blijven toetsen aangezien het een feitelijkheid betreft, de tweede volgens haar eigen *Wende*-uitspraken marginaal. De bovenvermelde uitspraken wekken de indruk dat de Afdeling dit over het hoofd heeft gezien en zonder meer heeft aangehaakt bij het stramien van vóór de toetsingsomslag gewezen uitspraken over stankhinder van veehouderijen. Ter vergelijking citeer ik hieronder een overweging uit een uitspraak uit 1997 over stankhinder.

> *Niet is gebleken dat niet aan de in de Brochure neergelegde minimumafstanden wordt voldaan. Verweerders hebben zich derhalve terecht op het standpunt gesteld dat voor ontoelaatbare stankhinder vanwege de onderhavige vergunningverlening niet behoeft te worden gevreesd. (97/6)

De volgende drie overwegingen bevestigen de moeite die de Afdeling kennelijk had met de beoordeling van stankhinder van veehouderijen, in relatie tot de in acht te nemen afstand tot gevoelige objecten. In de tweede zin van de volgende overweging uit 2003 hanteert zij weliswaar een marginale toets bij haar oordeel over het geboden beschermingsniveau, maar dat beoordeelt zij in de eerste zin al met een volle toets.

> *Naar het oordeel van de Afdeling heeft verweerder *voldoende aannemelijk* gemaakt dat de in voorschrift 2.16 opgenomen maatregelen in combinatie met een afstand van 45 meter tot de dichtstbijzijnde woning, *toereikend* zijn om onaanvaardbare stankhinder ten gevolge van de mestplaat te voorkomen. Verweerder heeft zich

27 Zie onder meer hierna bij de categorie 'toetsing aan een wettelijke bepaling'.

28 Volgens het 'Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak' van juli 2005, p. 53, staat 'op goede gronden' voor een geheel volle toets. In de tweede druk van dit rapport, uit oktober 2007, wordt dit toetsingscriterium niet meer genoemd.

> daarom *in redelijkheid* op het standpunt kunnen stellen dat voor stankhinder ten gevolge van de mestplaat niet behoeft te worden gevreesd. (03/3)

In twee overwegingen uit 2000 ten slotte, ontbreekt in het geheel een toets van het geboden beschermingsniveau. Na de toets van de afstanden die op grond van de door het bevoegd gezag gehanteerde buitenwettelijke richtlijn in acht moeten worden genomen, volgt geen oordeel of aldus voldoende bescherming wordt geboden tegen stankhinder. In beide gevallen kan de toetsingsintensiteit dus niet worden beoordeeld. In de tweede uitspraak ontbreekt overigens ook nog een expliciete overweging dat uit de berekeningen blijkt dat aan de desbetreffende richtlijn wordt voldaan.

> *(De Afdeling gaat na of de in de Brochure veehouderij en hinderwet opgenomen afstanden tot stankgevoelige objecten in de directe omgeving van de inrichting in acht zijn genomen. Deze afstanden bedragen in dit geval ongeveer 82, 120 en 153 meter, terwijl de werkelijke afstanden ongeveer 103, 149 respectievelijk 155 meter bedragen.) Gelet op het vorenstaande wordt voldaan aan de volgens de Brochure minimaal in acht te nemen afstanden. [einde overweging] (00/16)
> *Ten aanzien van de cumulatieve stankhinder hebben verweerders als nadere motivering van het bestreden besluit naar voren gebracht dat wanneer het rapport 'Beoordeling cumulatieve stankhinder door intensieve veehouderij' zou zijn gehanteerd, de vergunning ook zou zijn verleend. Hantering van dit rapport is niet in strijd met het recht. Zij hebben in dit verband ter zitting nadere cumulatieberekeningen overgelegd. De juistheid van deze cumulatieberekeningen is door appellanten, daartoe door de Afdeling in de gelegenheid gesteld, niet bestreden, en ook de Afdeling gaat hiervan uit. De beroepsgronden van appellanten met betrekking tot (cumulatieve) stankhinder treffen geen doel. (00/21)

Ik heb in de uitspraken uit 2000 en 2003 ook volle toetsen aangetroffen over andere hinderaspecten dan stankhinder, afkomstig van veehouderijen.

> *(Appellanten hebben aangevoerd dat vergunninghouder over te weinig grond beschikt om het buitenverblijf voor de kippen volledig te realiseren waardoor de kippen in dit buitenverblijf meer hinder zullen veroorzaken.) De Afdeling overweegt, mede gelet op het uitgebrachte deskundigenbericht, dat de grootte van het buitenverblijf in het onderhavige geval niet bepalend is voor de mate van hinder die van de kippen in dit buitenverblijf te duchten is. Mede op grond van het uitgebrachte deskundigenbericht moet verder worden aangenomen dat *geen sprake is van onaanvaardbare geluidhinder* veroorzaakt door de in het buitenverblijf aanwezige kippen. Verweerder heeft in de door appellanten aangevoerde omstandigheid dan ook terecht geen grond gezien om de gevraagde vergunning geheel of gedeeltelijk te weigeren.[29] (03/44)

29 Dit is een voorbeeld van een complete rechterlijke redenering met betrekking tot de onderhavige toets: het oordeel over het beschermingsniveau wordt gevolgd door de overweging dat de vergunning terecht niet geweigerd is.

*Gelet op het verhandelde ter zitting is de Afdeling aannemelijk geworden dat gezien de bedrijfsvoering binnen de inrichting, ook nadat de aangevraagde opslagcontainers zijn geplaatst, voldoende parkeergelegenheid voorhanden is voor het parkeren van auto's van bezoekers en personeelsleden alsmede voor het parkeren van bedrijfswagens. Bovendien is ter zitting onweersproken vast komen te staan dat op de Elzenpas een parkeerverbod geldt. Bij naleving van dit verbod *behoeft naar het oordeel van de Afdeling voor parkeerhinder* op deze weg of voor aantasting van landschappelijke waarden ten gevolge van geparkeerde auto's van bezoekers van de inrichting op deze weg *niet te worden gevreesd*. (03/17)
*[30](Appellanten betogen dat een veilige insluiting van de kerncentrale niet mogelijk is vanwege het risico van een terroristische aanslag. Zij staan een onmiddellijke ontmanteling voor, hetgeen volgens hen veiliger en technisch mogelijk is.) In het milieueffect-rapport (hierna: MER) dat in het kader van de onderhavige vergunningverlening is opgesteld, zijn drie verschillende ontmantelingsstrategieën, waaronder de onmiddellijke ontmanteling en de veilige insluiting gedurende 40 jaar, tegen elkaar afgewogen. Blijkens de conclusies van het MER hebben de beschouwde alternatieven geringe milieu-effecten, waarbij de doses voor de bevolking vanwege de radiologische lozingen, gelet op tabel 6.9.1 van het MER, zowel wat betreft de individuele dosis als de multifunctionele dosis verwaarloosbaar klein zijn ten opzichte van de dosislimiet. Weliswaar heeft de commissie voor de MER in haar rapport van 15 mei 2000 kritiek op onderdelen van het MER, maar deze kritiek is niet van dien aard dat daaruit volgt dat de nadelige milieueffecten van veilige insluiting gedurende 40 jaar zodanig zijn dat de vergunning dient te worden geweigerd. *Voorts is niet gebleken dat de voorschriften verbonden aan de vergunning niet toereikend zijn* ter bescherming van mensen, dieren, planten en goederen. De Afdeling neemt daarbij het volgende in aanmerking. Verweerders hebben in paragraaf 1.3.5 van de vergunning zodanige grenswaarden voor radioactieve straling vanwege de inrichting opgelegd dat de blootstelling aan deze straling ten hoogste 1% van de optimalisatiedoelstelling van 1 microsievert per jaar zal bedragen. Gelet op de zeer geringe hoeveelheid radioactief materiaal in de inrichting gedurende de wachttijd zijn ernstige ongevallen, al dan niet ten gevolge van een terroristische aanslag, waarbij direct overlijden optreedt ten gevolge van radiologische lozingen dan ook zeer onwaarschijnlijk. (03/22)

Ten aanzien van de eerste uitspraak heb ik geen verklaring voor het gebruik van een volle toets. Dat de door appellanten genoemde omstandigheid (de

30 Deze overweging betreft de enige uitspraak in dit onderzoek over een vergunning krachtens de Kernenergiewet (Kew). Het gaat hier om een vergunning voor een zogeheten veilige insluiting van de kerncentrale. Art. 31 lid 1 Kew kent hiervoor een vergelijkbare formulering als art. 8.11 lid 3 Wm. Op grond van de eerstgenoemde bepaling worden aan een dergelijke vergunning met inachtneming van de dienaangaande bij algemene maatregel van bestuur gestelde regelen de met het oog op de bescherming van mensen, dieren, planten en goederen nodige voorschriften verbonden. Voorzover door het verbinden van voorschriften aan de vergunning de nadelige gevolgen van de betrokken activiteit voor mensen, dieren, planten en goederen niet kunnen worden voorkomen, worden daaraan de voorschriften verbonden, die de grootst mogelijke bescherming bieden tegen die gevolgen, tenzij dat redelijkerwijs niet kan worden gevergd.

grootte van het buitenverblijf) feitelijk niet relevant is, betekent immers niet dat geluidhinder uitgesloten is en daarom vol zou kunnen worden getoetst. Bij de andere twee overwegingen ligt de verklaring wellicht in de zeer geringe mate van waarschijnlijkheid dat de gevreesde hinder respectievelijk het gevreesde gevaar zich voordoet. Zo is in uitspraak 03/17 parkeer- of visuele hinder door auto's juridisch niet voorstelbaar, indien op de desbetreffende weg een parkeerverbod geldt.

Hieronder bespreek ik nog drie rechtsoverwegingen met een volle toets van het beschermingsniveau.

> **Niet gebleken is* dat er niettemin zodanige aanwijzingen waren *dat*, voor zover verweerder bij de beoordeling van de aanvraag aan dat beginsel gebonden was, *verweerder nadere voorschriften aan de vergunning had moeten verbinden* dan wel de vergunning had moeten weigeren op grond van het voorzorgbeginsel. (00/31)
> *(De Afdeling ziet gelet op het vorenstaande geen aanleiding te oordelen dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de aan de vergunning verbonden voorschriften voldoende zijn ter voorkoming dan wel voldoende beperking van stofhinder.) *De Afdeling ziet* verder – gelet op de hoeveelheid water die voor het bevochtigen van het terrein en/of de stoffen benodigd zal zijn – *evenmin aanleiding te oordelen* dat het in voorschrift F.5 bepaalde *een negatieve invloed zal hebben* op de waterhuishouding in de omgeving *dan wel zal leiden tot* een overmatig energieverbruik. (03/35)
> *(Appellanten stellen ten slotte dat de uitbreiding van de opslag van zuurstofflessen een verhoogd risico met zich brengt en dat daartegen onvoldoende bescherming wordt geboden) Verweerder heeft ter zitting erkend dat bij het opstellen van de voorschriften ten aanzien van de opslag van gasflessen ten onrechte niet is aangesloten bij de richtlijn CPR 15-1. *De Afdeling ziet, mede gelet op de [het, TCL] deskundigenbericht, geen aanleiding voor een ander oordeel.* Gelet hierop is het bestreden besluit op dit punt in strijd met artikel 8.11, derde lid, van de Wet milieubeheer en het beginsel dat een besluit zorgvuldig dient te worden genomen. (03/29)

Deze gevallen betreffen alle een niet gangbare situatie. Alleen in het derde geval kan ik in de bijzondere omstandigheden aanleiding zien voor een volle toets ten aanzien van het beschermingsniveau.

In de eerste overweging, met betrekking tot een Wvo-vergunning, ligt deze bijzonderheid in het feit dat wordt getoetst aan de hand van een beginsel van milieurecht, namelijk het voorzorgbeginsel. Dit komt niet veel voor in de jurisprudentie van de Afdeling. De Afdeling toetst hier niet direct aan het beginsel (namelijk of in overeenstemming daarmee is gehandeld), maar zet het in de sleutel van de alara-toets. Overigens laat zij hier in het midden of het bevoegd gezag gebonden is aan het beginsel.[31]

---

31 In de op de aangehaalde overweging volgende overweging toetst de Afdeling aan de hand van een ander milieurechtbeginsel, namelijk het standstill-beginsel. Hier gebruikt zij wel

In de tweede uitspraak geeft de Afdeling eerst een oordeel over het ter voorkoming van stofhinder gestelde voorschrift. Om de verspreiding van stof tegen te gaan, is voorgeschreven dat het terrein en/of de stuifgevoelige stoffen moeten worden bevochtigd. Het beroep richt zich echter ook tegen dit middelvoorschrift: aangevoerd wordt dat dit leidt tot een te hoog waterverbruik. De Afdeling moet dan een integrale milieu-afweging maken, door de twee aspecten stofhinder en waterverbruik tegen elkaar af te wegen. Voor het maken van een dergelijke afweging staat de rechter eigenlijk geen beoordelingskader ter beschikking.[32] De Afdeling wijst de beroepsgrond af, vermoedelijk omdat het een gebruikelijk voorschrift ter beperking van stofhinder betreft en het volgens de Afdeling om een betrekkelijk kleine hoeveelheid water gaat.

In de laatste overweging geeft het bevoegd gezag ter zitting toe dat het een onvoldoende beschermingsniveau heeft geboden, door niet aan te sluiten bij een CPR-richtlijn. Indien het bevoegd gezag ter zitting erkent dat een voorschrift niet toereikend is, volstaat de Afdeling doorgaans met een vernietiging wegens het onzorgvuldig nemen van het besluit en komt zij niet meer toe aan een oordeel over de toereikendheid. In dit geval wordt met de buitenwettelijke richtlijn kennelijk een hoger beschermingsniveau geboden. Nu het bevoegd gezag aangeeft dat het bij nader inzien te weinig bescherming tegen ontploffingsgevaar heeft geboden en de richtlijn kennelijk ziet op de vergunde activiteiten (hier komt het deskundigenbericht vermoedelijk van pas), kan de Afdeling vol toetsend oordelen dat het geboden beschermingsniveau ontoereikend is. Zij vernietigt dan ook tevens wegens strijd met art. 8.11 lid 3 Wm.

In twee gevallen ten slotte is het dogmatisch wél juist dat de Afdeling het beschermingsniveau vol toetst. In de eerste overweging gaat het om een art. 8.44-inrichting, dus een bedrijf waarvoor zowel algemene regels gelden (in dit geval uit het Besluit tankstations milieubeheer) als een vergunningplicht. Appellanten willen meer veiligheidsvoorschriften. De Afdeling is van oordeel dat het Besluit het aspect veiligheid uitputtend regelt, zodat daarover geen nadere voorschriften in de vergunning kunnen worden opgenomen. In de tweede overweging geldt hetgeen appellant wil al op grond van de vergunningaanvraag (die deel uitmaakt van de vergunning). Een voorschrift over dezelfde materie zou dus overbodig zijn.

*De Afdeling stelt vast dat de inrichting moet voldoen aan de voorschriften van Bijlage I van het Besluit tankstations milieubeheer. Uit de Nota van Toelichting bij het Besluit valt op te maken dat slechts voor die onderwerpen waarin bijlage I

---

een marginale toets: Nu niet is gebleken dat (…) niet is voldaan aan de beste bestaande technieken dan wel dat de resterende lozing onaanvaardbaar is voor het ontvangende oppervlaktewater, hebben verweerders zich *in redelijkheid* op het standpunt kunnen stellen dat het standstill-beginsel geen reden hoefde te zijn om nadere voorschriften aan de vergunning te verbinden dan wel de vergunning te weigeren.

32 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 5.2.1.

van het Besluit niet voorziet, voorschriften aan de vergunning kunnen worden verbonden. Hieruit concludeert de Afdeling, in navolging van de aangehechte uitspraak (…), dat wat deze onderwerpen betreft het Besluit als uitputtend moet worden aangemerkt. De Afdeling stelt vast dat in het Besluit nadrukkelijk rekening is gehouden met de omstandigheid dat tankstations ook onbemand kunnen zijn. Het Besluit bevat geen afstanden die tot woningen van derden dienen te worden aangehouden. Uit een oogpunt van veiligheid is dat kennelijk niet nodig geacht. Gelet op het vorenstaande oordeelt de Afdeling dat verweerder *terecht* in het door appellanten gestelde geen aanleiding heeft gezien tot het weigeren van de vergunning dan wel het verbinden van nadere voorschriften aan de vergunning ter beperking van veiligheidsrisico's. (03/14)
*Voorzover appellant betoogt dat aanvullende voorschriften hadden moeten worden gesteld, overweegt de Afdeling dat de aanvraag blijkens het dictum van het bestreden besluit deel uitmaakt van de vergunning. Aangezien op de bij de aanvraag behorende tekening, genummerd 2000-2, is weergegeven waar geparkeerd moet worden en waar autowrakken en containers dienen te worden gestald dan wel opgeslagen, heeft verweerder *terecht* geen aanvullende voorschriften hieromtrent aan de vergunning verbonden. (03/17)

3.3 Onnodig bezwarend voorschrift

In de vergunninguitspraken wordt door de vergunninghouder of -aanvrager 31 keer aangevoerd dat een voorschrift onnodig bezwarend is.[33] Onder deze categorie heb ik gerangschikt de gevallen waarin wordt aangevoerd dat een bepaald voorschrift in zijn geheel niet had mogen worden opgenomen. Als appellant niet betwist dát een bepaald onderwerp in een vergunningvoorschrift moet worden gereguleerd, maar wel de strengheid van die norm aanvecht, heb ik de desbetreffende overweging onder de beschermingsniveau-toets gerangschikt (zie de vorige subparagraaf).

In 10 overwegingen komt de Afdeling niet toe aan een inhoudelijke rechtmatigheidstoets op dit punt. In de meerderheid daarvan constateert zij een motiveringsgebrek.

*(Volgens appellante zijn de eisen die worden gesteld aan de brandwerendheid van de procesruimten niet nodig in het belang van de bescherming van het milieu.) Blijkens het verhandelde ter zitting heeft verweerder bij het hoofdstuk 'Galvaniseerinrichtingen' van het Handboek Milieuvergunningen aangesloten in verband met het gevaar dat blauwzuurgas wordt gevormd indien cyanide en zuur met elkaar in aanraking komen. Om dit risico te beperken zijn de voorschriften uit het Handboek Milieuvergunningen opgenomen. Tevens zijn de in dat hoofdstuk opgenomen brandwerendheidseisen overgenomen. Aan een milieuvergunning kunnen voor-

33 Deze categorie kent een opmerkelijke piek in 1997 (19 van de 31 overwegingen zijn van dat jaar).

> schriften worden verbonden met betrekking tot brandveiligheid, indien de milieuhygiënische beoordeling van de gevaarsaspecten van een inrichting daartoe aanleiding geeft. In het onderhavige geval heeft verweerder naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende gemotiveerd waarom niet alleen wat betreft de vorming van blauwzuurgas, maar ook ten aanzien van de brandwerendheidseisen bij het hoofdstuk 'Galvaniseerbedrijven' is aangesloten. Het bestreden besluit is op dit punt in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht onvoldoende gemotiveerd. (03/26)

In 3 van deze 10 gevallen hangt de gehanteerde volle toets samen met het feit dat de aangevochten beperking door appellant zelf is aangevraagd. De Afdeling komt dan niet toe aan een beoordeling of de beperking nodig is in het belang van de bescherming van het milieu, omdat sowieso niet mag worden afgeweken van de aanvraag. Voor beantwoording van de vraag welke toetsingsintensiteit de Afdeling bij deze categorie toetsingsgronden hanteert, komt aan deze overwegingen derhalve geen belang toe.

> *Verder is zij van mening dat haar bedrijfsvoering onnodig wordt belemmerd, omdat de uitzondering op het verbod, waardoor de minibussen tussen 06.00 en 07.00 uur kunnen vertrekken, slechts 7 minibussen per week betreft. De Afdeling stelt vast dat de door appellante gewenste uitzondering voor meer minibussen niet is aangevraagd. Verweerders zijn daarom bij het nemen van het bestreden besluit terecht uitgegaan van één verkeersbeweging van een minibus vóór 07.00 uur. Het toestaan van het vertrek van meerdere minibussen vóór 07.00 uur zou betekenen dat de grondslag van de aanvraag wordt verlaten, hetgeen in strijd met het stelsel van de Wet milieubeheer zou zijn. (00/15)

In geval de Afdeling wel toekomt aan een inhoudelijk oordeel omtrent de onnodig bezwarendheid, gebruikt zij steeds, op één geval na, een volle toets. In de meeste daarvan stelt zij met zoveel woorden vast, al dan niet met enige terughoudendheid ('niet gebleken is'), of het aangevochten voorschrift onnodig bezwarend is.

> *Wat betreft de in het bestreden voorschrift toegestane bedrijfstijd overweegt de Afdeling dat deze overeenkomt met de gebruikelijke termijn voor de dagperiode. Dit acht de Afdeling niet onaanvaardbaar. Verweerders achten een uitbreiding van de toegestane bedrijfstijd – gelet op het jaarlijks toegestane aantal crematies – niet noodzakelijk. De Afdeling komt dit standpunt van verweerders juist voor en ook overigens is de Afdeling *niet gebleken* dat het betreffende voorschrift *onnodig bezwarend* is. (97/5)
>
> *[D]e aard van de inrichting [is] naar het oordeel van de Afdeling niet zodanig bijzonder dat van appellanten kan worden verlangd dit onderzoek periodiek of op aanwijzing van verweerders te herhalen. Dit is naar het oordeel van de Afdeling *niet nodig in het belang van het voorkomen of beperken van gevaar, schade of hinder* buiten de inrichting. […] Gelet op het vorenstaande is de Afdeling van oordeel dat voorschrift 5.7 *onnodig bezwarend* is. (97/5)

*(Voorschrift 11.1 verplicht appellant een logboek bij te houden van de inspectie-, beheer- en onderhoudswerkzaamheden aan de rioolstorten. Op grond van voorschrift 11.2 moet appellant elk jaar bij verweerder rapporteren over de actuele stand van zaken met betrekking tot het rioolstelsel. Appellant vindt deze verplichtingen onnodig.) Het komt de Afdeling niet onaannemelijk voor dat, zoals het deskundigenrapport van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening ook stelt, de op grond van voorschrift 11.1 in een logboek bij te houden gegevens informatie kunnen geven over de oorzaken van eventuele calamiteiten en klachten met betrekking tot de kwaliteit van het oppervlaktewater. Het betreft ook niet een ongebruikelijk voorschrift. De Afdeling constateert voorts dat de verplichtingen van voorschrift 11.2 in overeenstemming zijn met het door verweerder aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde rapport […], welke blijkens het deskundigenrapport de meest recente en algemeen aanvaarde milieutechnische inzichten met betrekking tot lozingen van rioolstelsels beschrijft. Met verweerder is de Afdeling derhalve van oordeel dat de bestreden voorschriften *niet overbodig* zijn. (03/25)
*(Appellante kan zich niet verenigen met de vergunningvoorschriften die betrekking hebben op de buitenopslag en de opslag in emballage van gevaarlijke (afval)stoffen. Volgens appellante is het voldoende om aan de uitgangspunten van de richtlijn CPR 15-1 te voldoen en behoeven niet alle voorschriften van die richtlijn tot in detail te worden nageleefd.) De Afdeling ziet in het betoog van appellante geen grond voor het oordeel dat verweerder niet heeft kunnen aansluiten bij de richtlijn CPR 15-1. De aan de vergunning verbonden voorschriften die zien op de opslag van gevaarlijke (afval)stoffen, voldoen aan de eisen die in de richtlijn worden gesteld en zijn in zoverre ook gebruikelijk. *Niet is gebleken* van redenen *waarom deze eisen* in het onderhavige geval *als onredelijk bezwarend zouden moeten worden aangemerkt*. (03/26)

In 4 overwegingen geeft de Afdeling haar oordeel op een andere wijze weer, namelijk door deze in de sleutel van het beschermingsniveau te plaatsen. In een overweging uit 2000 resulteert dit als gevolg van de *Wende* in een marginale toets. In de drie soortgelijke overwegingen uit 1997 oordeelt de Afdeling daarentegen vol of het voorschrift noodzakelijk is ter voorkoming van hinder dan wel of het voorschrift terecht aan de vergunning is verbonden. Daarnaast hanteert de Afdeling in één overweging beide beoordelingswijzen tezamen (zie de hierboven al als tweede aangehaalde overweging uit uitspraak 97/5).

*Gelet op het onderzoeksverslag van de Adviseur kan worden aangenomen dat in een werkruimte waar uitsluitend met dieselmotoren wordt gewerkt, de risico's ten aanzien van het ontstaan van een brandbaar en/of explosief mengsel […] kleiner zijn dan in een werkplaats waar tevens aan benzine- en/of LPG-motoren wordt gewerkt. [Niet vast staat] dat binnen de herstel- en opslagplaats uitsluitend met dieselmotor uitgeruste voertuigen aanwezig zijn. De Afdeling is dan ook van oordeel dat *de voorschriften […] terecht aan de vergunning zijn verbonden*. (97/7)
*(Voorschrift 5.13 bepaalt dat ramen van stallen, voorzover zij geen functie hebben voor de luchtverversing in de stal, gesloten moeten worden gehouden. De deuren moeten gesloten zijn behoudens gedurende het doorlaten van personen, dieren

> of goederen.) Appellant is van mening dat gezien de afstand tot de omliggende woningen het openstaan van een staldeur nauwelijks zal bijdragen tot extra hinder. Voorts is appellant van mening dat dit voorschrift onnodig arbeidsintensief zal zijn en dat het bij hoge zomerse temperaturen uit oogpunt van welzijn nodig zal zijn om extra te ventileren. Verweerders stellen dat dit voorschrift kan bijdragen aan de vermindering van stankoverlast en geluidhinder. Hierbij is in aanmerking genomen dat op 35 respectievelijk 45 meter van stalruimte 2 woningen van derden zijn gelegen. Met betrekking tot voorschrift 5.13 overweegt de Afdeling dat bij een afstand van 35 en 45 meter tot woningen van derden stankoverlast kan worden gevreesd en dat verweerders zich mitsdien *in redelijkheid* op het standpunt konden stellen *dat dit voorschrift nodig is ter bescherming van het milieu*. Het beroepsonderdeel treft geen doel. (00/47)

De ene door mij aangetroffen marginale toets wijst derhalve niet op een inconsequente toetsing van de onnodig bezwarendheid. Dat neemt niet weg dat het uit een oogpunt van uniformiteit aanbeveling verdient om één beoordelingswijze te gebruiken. Nu de onnodig bezwarendheid de ondergrens van de beoordelingsruimte ten aanzien van het beschermingsniveau betreft,[34] ligt het voor de hand om een oordeel daarover ook in de sleutel van het beschermingsniveau te plaatsen.

3.4 Strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur

Na het geboden beschermingsniveau toetst de Afdeling in de door mij onderzochte uitspraken in vergunningzaken het vaakst (94 keer) of het bevoegd gezag heeft gehandeld in strijd met een of meer (on)geschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In die gevallen wordt meestal aangevoerd dat het besluit onzorgvuldig is voorbereid (in strijd met art. 3:2 Awb) of dat een voorschrift in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.

In de handhavingsuitspraken heb ik 20 keer een toets van (vermeende) strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aangetroffen. Deze bespreek ik aan het eind van deze subparagraaf.

3.4.1 Vergunninguitspraken

In 13 van de 94 overwegingen komt de Afdeling, net als soms bij de beoordeling van het beschermingsniveau, niet toe aan een inhoudelijke beoordeling of het bevoegd gezag heeft gehandeld in strijd met het door appellant aangevoerde beginsel. In deze gevallen concludeert de Afdeling, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, dat de desbetreffende beroepsgrond doel treft

34 De ondergrens wil zeggen dat er van een activiteit in ieder geval in enige mate een nadelig gevolg voor het milieu te duchten moet zijn, wil een voorschrift terzake gerechtvaardigd kunnen zijn.

vanwege strijd met een (ander dan het aangevoerde) beginsel van behoorlijk bestuur. De rechter legt dan dus geen volle of marginale rechtmatigheidstoets aan, maar constateert schending van een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het gaat hier met name om het beginsel dat een besluit deugdelijk moet worden gemotiveerd (neergelegd in art. 3:46 Awb) en het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, dat eist dat een besluit zorgvuldig wordt genomen. Van allebei een voorbeeld.

> *(Appellanten sub 2 betwijfelen of het referentieniveau van het omgevingsgeluid op juiste wijze is bepaald.) Daargelaten kan worden of verweerders (…) het referentieniveau op juiste wijze hebben bepaald. Overwogen dient namelijk te worden dat het bepalen van een waarde van het referentieniveau inclusief gevelreflectie zich niet verdraagt met het gestelde in de Richtlijnen voor karakterisering en meting van omgevingsgeluid (…), waarnaar in de door verweerders gehanteerde circulaire Industrielawaai wordt verwezen. Het bestreden besluit kan daarom, wat voorschrift 9.1 betreft, in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht, niet worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering. (00/19)
> *(Appellanten sub 1 betogen dat de term 'melding' in voorschrift 1.5.5 onduidelijk is.) In voorschrift 1.5.5 is uitsluitend bepaald dat van de desbetreffende bedrijfsactiviteiten melding moet worden gedaan. Verweerder voert evenwel aan te hebben beoogd in voorschrift 1.5.5 een goedkeuringsprocedure neer te leggen die leidt tot een besluit waartegen bezwaar en beroep mogelijk is. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat het bestreden besluit, wat de voorschriften 1.5.5 (…) betreft, in strijd is met het algemene rechtsbeginsel dat een besluit zorgvuldig moet worden genomen. (03/23)

Indien de Afdeling wél toetst of in strijd met het aangevoerde beginsel is gehandeld, doet zij dit in beginsel vol.[35] Dit is juist: de rechter moet zelf vaststellen of een besluit in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Net als bij toetsing aan een wettelijke bepaling, kan het bevoegd gezag op dit punt geen aanspraak maken op beoordelingsruimte of beleidsruimte.

Ik geef hieronder eerst een voorbeeld van een toets aan het gelijkheidsbeginsel respectievelijk aan het beginsel dat een besluit zorgvuldig moet worden genomen.

> *Daarbij heeft de Afdeling in aanmerking genomen dat *niet is gebleken dat verweerder zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld* dat de door appellant bedoelde composteerinrichting in Rhenen weliswaar een wat techniek betreft vergelijkbare composteerinrichting is, doch dat zij overigens niet vergelijkbaar is vanwege de specifieke omstandigheden. Zo bleek ter zitting dat er in de procesvoering van de inrichting te Rhenen aanloopproblemen waren en dat de woningen van derden veel dichterbij liggen. (03/60)

35 Alleen bij het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding is het beeld niet zo eenduidig; zie hierna.

*(Appellante voert voorts aan dat verweerders hebben vergeten in voorschrift 4.3 het woord watermeter te vervangen door urenteller.) In het bestreden besluit hebben verweerders over voorschrift 4.3 overwogen dat wanneer de capaciteit van de pomp bekend is, met een urenteller een realistisch beeld kan worden verkregen van de hoeveelheid ingenomen water. Verweerders hebben in het verweerschrift erkend dat zij abusievelijk voorschrift 4.3 niet hebben aangepast. In zoverre *hebben verweerders in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel* dat bepaalt dat een besluit zorgvuldig moet worden genomen. (00/49)

Toetsingen aan het rechtszekerheidsbeginsel komen vaker voor:

*(Volgens appellante is niet duidelijk of op het in de bijlage groen gearceerde gedeelte auto's mogen worden gewassen. Uitgangspunt van voorschriften F.1.9 en F.1.10 is volgens verweerders dat vrachtauto's en hydraulische werktuigen altijd onder een afdak dienen te worden gewassen, ook indien slechts een gedeelte van een vrachtauto wordt gewassen. Losse kranen en heftrucks mogen, aldus het verweerschrift, op het groene gedeelte worden gewassen.) De Afdeling is met appellante van oordeel dat deze uitleg niet zonder meer uit de voorschriften F.1.9 en F.1.10 volgt. *Deze voorschriften laten* naar het oordeel van de Afdeling *ruimte voor interpretatieverschillen en zijn voor meer dan een uitleg vatbaar*. Gelet hierop verdragen de voorschriften zich in zoverre niet met het beginsel der rechtszekerheid […]. (97/7)
*De Afdeling ziet in hetgeen appellanten hebben aangevoerd en ook overigens *geen grond voor het oordeel dat de voorschriften 2.6 en 2.8 niet duidelijk* of handhaafbaar *zouden zijn*. Het beroep treft in zoverre geen doel. (00/20)
*De Afdeling is van oordeel dat uit dit samenstel van bepalingen *voldoende duidelijk* blijkt welke rechten vergunninghoudster aan de incidentenregeling kan ontlenen en aan welke verplichtingen zij zich dient te houden wanneer zij van die regeling gebruikmaakt.
*De Afdeling is - mede gelet op de omstandigheid dat het hier om niet ongebruikelijke voorschriften gaat - van oordeel dat de door appellanten aangehaalde zinsneden *niet zodanig onduidelijk* zijn, dat de voorschriften op die grond voor vernietiging in aanmerking komen. (03/24)

Het beginsel waarvan schending het vaakst wordt aangevoerd, is het formele zorgvuldigheidsbeginsel, dat eist dat een besluit zorgvuldig moet worden voorbereid. Het gaat hier bijna altijd om gevallen waarin appellant aanvoert dat het bevoegd gezag nadere informatie had moeten vergaren, omdat de beschikbare gegevens incompleet of onjuist zijn. Appellant stelt dan vaak dat het bevoegd gezag nader onderzoek moet (laten) verrichten, of een door appellant ingebracht rapport bij de beslissing moet betrekken. De beoordeling van dergelijke beroepsgronden blijkt nogal uiteen te lopen. De Afdeling toetst hierbij zowel vol als marginaal, en daarnaast is de toetsingsintensiteit soms moeilijk vast te stellen. Als eerste noem ik 3 overwegingen met een volle toets.

**Evenmin ziet de Afdeling grond* voor het oordeel dat verweerders voor dit concrete geval nader onderzoek hadden moeten doen naar het aspect van de verminderde inzijging van regenwater. (97/2)

*(Appellanten: de berekening van het referentieniveau in het rapport van de gemeente is onjuist. Verweerders hadden moeten uitgaan van het referentieniveau zoals berekend in het rapport van appellanten.) Blijkens het deskundigenbericht is in het rapport van appellanten het referentieniveau van het omgevingsgeluid gebaseerd op een meting van het LAeq in de avondperiode. Ten onrechte is er echter van uitgegaan dat met deze meting het LAeq van de wegenverkeersbronnen is bepaald, omdat ter plaatse van de meting alle aanwezige geluidsbronnen het geluidniveau hebben bepaald. Gelet hierop hebben verweerders *op goede gronden* het rapport van appellanten wat dit onderdeel betreft buiten beschouwing gelaten. […] De Afdeling is van oordeel dat *niet* met vrucht kan worden gesteld dat verweerders *ten onrechte* bij de vaststelling van de in de voorschriften opgenomen geluidgrenswaarden de referentieniveaus van het omgevingsgeluid als gemeten in het onderzoek door de gemeente als uitgangspunt hebben genomen. (00/15)
*De Afdeling ziet gelet op het vorenstaande *geen aanleiding te veronderstellen* dat de in het akoestisch rapport gehanteerde uitgangspunten onjuist dan wel onvolledig zijn. (03/21)

Ik heb 4 marginale toetsingen van het formele zorgvuldigheidsbeginsel aangetroffen.

*In Bijlage 2 van de Richtlijn [veehouderij en stankhinder] is aangegeven dat bij een bedrijfsomvang van ≤ 1.000 ouderdieren (bij nertsen) in omgevingscategorie III een afstand van minimaal 100 meter moet worden aangehouden. Verder wordt aangegeven, voorzover hier van belang, dat bij een bedrijfsomvang met ≥ 6.000 ouderdieren bij nertsen afhankelijk van plaatselijke situaties individueel moet worden bezien in welke mate de afstand dient te worden vergroot. […] Verweerders gaan er van uit dat bij een aantal van 6.000 – 9.000 fokteven, waarbinnen het vergunde aantal van 8.100 fokteven valt, een vergroting van de afstandsnorm met 100 meter dient te worden gehanteerd. Verweerders betogen dat het gelet op de omgeving ter plaatse gerechtvaardigd is deze afstand te bepalen door middel van extrapolatie van de in de tabel gehanteerde systematiek. *De Afdeling is van oordeel dat verweerders in redelijkheid deze vergroting van de afstandsnorm tot uitgangspunt hebben kunnen nemen*. [Volgt oordeel over het beschermingsniveau.] (00/8)
*Ofschoon uit de stukken kan worden opgemaakt dat theoretisch niet kan worden uitgesloten dat de paintballactiviteit ten gevolge van de mogelijke aanwezigheid van zware metalen in de verfballetjes kan leiden tot een toename van de concentratie van zware metalen in de bodem, is de Afdeling van oordeel dat verweerders, mede gelet op hetgeen ter zitting over de aard en de omvang van de inhoud van de verfballen is medegedeeld, een nader onderzoek hiernaar *in redelijkheid* niet nodig behoefden te achten. De Afdeling heeft daarbij voorschrift 4.2 in aanmerking genomen, waarin – kort samengevat – is bepaald dat bij vermoeden van bodemverontreiniging een bodemonderzoek moet worden uitgevoerd. (00/53)
*(Appellante kan zich niet verenigen met de gekozen referentiepunten. Verder twijfelt zij aan de juistheid van de berekende maximale geluidniveaus op de nabijgelegen woningen en voert zij aan dat meer specifieke geluidmetingen dienen te worden verricht.) In het bij de aanvraag gevoegde akoestisch rapport […], dat deel uitmaakt van de vergunning, is de geluidbelasting vanwege de inrichting bepaald. De geluidbelasting is berekend op een zestal referentiepunten welke zijn

gelegen op een afstand van 100 meter van de grens van de inrichting. Voorts is een berekening uitgevoerd op een door de zonebeheerder aangegeven referentiepunt, dat is gelegen nabij de dichtstbijgelegen woningen […]. Door middel van extrapolatieberekeningen is vervolgens uitgaande van de op de referentiepunten berekende waarden het geluidniveau vanwege de inrichting ter plaatse van de nabijgelegen woningen vastgesteld. Gelet op het deskundigenbericht, alsmede in aanmerking genomen dat de woningen op relatief grote afstand van de inrichting zijn gelegen, ziet de Afdeling in het door appellante aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat bij de beoordeling van de geluidbelasting in het akoestisch rapport niet *in redelijkheid* de aldaar genoemde referentiepunten tot uitgangspunt hadden kunnen worden genomen. (03/40)
*(Het betreft een veranderingsvergunning.) In de aanvraag is beschreven dat de houtbewerkingsmachines gemiddeld 1 uur per week gebruikt worden en dat sporadisch het gebruik langduriger zal zijn maar dat dit niet vaker dan 12 maal per jaar zal voorkomen. […] Voorts stelt de Afdeling vast dat de voorschriften bij de vergunning van 16 december 1998, die onder meer betrekking hebben op de geluidsgrenswaarden en piekgeluidsgrenswaarden, van toepassing zijn op de bij het bestreden besluit vergunde activiteiten. Gelet op het bovenstaande is er geen grond voor het oordeel dat verweerder zich niet *in redelijkheid* op het standpunt heeft kunnen stellen dat niet voor onaanvaardbare geluidhinder hoeft te worden gevreesd, derhalve geen nadere voorschriften met betrekking tot het gebruik van de houtbewerkingsmachines aan de vergunning behoeven te worden verbonden en *een akoestisch onderzoek overbodig was*. (03/50)

Voorts ben ik op een relatief groot aantal overwegingen gestuit waarin de toetsingsintensiteit onduidelijk is.

*Ten aanzien van de grief van vergunninghoudster dat verweerders ten onrechte de bezwaren van omwonenden die haars inziens alleen betrekking hebben op locatie A, ook ten grondslag hebben gelegd aan hun oordeel over locatie B, overweegt de Afdeling dat in de bezwaren geen onderscheid is gemaakt tussen beide locaties. Verweerders *konden er dan ook van uitgaan* dat de bezwaren op beide locaties betrokken moesten worden. (97/13)
*Gelet op het feit dat het bronvermogen van personenauto's lager is dan het bronvermogen van vrachtwagens en het feit dat meer vrachtwagens dan personenauto's de inrichting zullen aandoen, heeft verweerder de geluidbijdrage van personenauto's die rijden van en naar de inrichting in dit geval *op goede gronden buiten beschouwing kunnen laten* bij het bepalen van de geluidbelasting van het verkeer van en naar de inrichting. (03/35)
*De Afdeling merkt op dat het Lange Termijn Frequentie Distributiemodel niet is toegesneden op gevallen waarin de afstand tot relevante (woon)bebouwing kleiner is dan 100 meter.[36] Gezien het feit dat de afstand van de inrichting tot de in dit verband meest relevante bebouwing – de op ongeveer 60 meter van de inrichting gelegen torenflat – minder dan 100 meter bedraagt, acht de Afdeling

36 Uit de uitspraak blijkt niet door wie een beroep op dit model wordt gedaan, appellanten of de deskundige.

het *niet onaanvaardbaar* dat verweerder zich heeft gebaseerd op berekeningen waarbij het voor de korte afstanden bedoelde SDI-model als berekeningsgrondslag is gehanteerd. (97/26)
*Vaststaat dat met behulp van de hiervoor genoemde omrekeningsfactoren voor de onderhavige inrichting moet worden uitgegaan van 4441 mestvarkeneenheden (mve). Verweerders hebben de benodigde afstand berekend met behulp van de geëxtrapoleerde afstandsgrafiek op circa 180 meter. De Afdeling is van oordeel dat deze berekening *aanvaardbaar* is. [Volgt oordeel over het beschermingsniveau.] (00/7)
*(Het betreft een vergunning krachtens het Besluit genetisch gemodificeerde organismen Wet milieugevaarlijke stoffen. Appellanten hebben aangevoerd dat verweerder ten onrechte niet heeft verzocht om een op de gevraagde vergunning toegesneden en recent advies.) Verweerder heeft zich, gelet op de voornoemde bepalingen uit de Wet milieubeheer, terecht op het standpunt gesteld dat hij niet verplicht is om advies aan de Commissie genetische modificatie te vragen. Bij de beoordeling van de vergunningaanvraag heeft verweerder gebruik gemaakt van een eerder advies van de Commissie, gedateerd 14 januari 1992, over werkzaamheden en planten, vergelijkbaar met de werkzaamheden en de genetisch gemodificeerde planten waarop de aanvraag betrekking heeft. […] De Commissie heeft het in dit geval nodig geacht uit eigen beweging te adviseren. De conclusies van dit advies, gedateerd 3 april 1997, zijn dat het door verweerder gebruikte advies van 14 januari 1992 nog zonder meer van toepassing is op de voorliggende aanvraag om vergunning en dat de Commissie de conclusies uit het door verweerder genoemde rapport nr SVS/GGO 1 over de toepassing van het gen nptII nog steeds onderschrijft. Appellanten hebben niet aannemelijk gemaakt dat zich na het uitbrengen van de voornoemde adviezen nieuwe, voor de gevraagde vergunning relevante ontwikkelingen hebben voorgedaan. De Afdeling ziet, gelet op het vorenstaande, in hetgeen appellanten hebben aangevoerd en ook overigens, *geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder* voor het beoordelen van de vergunningaanvraag *niet mocht volstaan met het voornoemde door hem gebruikte advies*. (00/4)
*Verweerders hebben de gegevens uit deze rapporten bij hun besluitvorming betrokken. Mede gelet op het deskundigenbericht ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat verweerders daarmee niet hebben *mogen* volstaan op grond van het enkele feit dat aanvraagster tot het verrichten van de desbetreffende onderzoeken opdracht heeft gegeven. (00/9)
*Anders dan appellanten is de Afdeling, mede gelet op het deskundigenbericht van de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening, van oordeel dat, aangezien de aard van de omgeving op het meetpunt niet wezenlijk verschilt van die in de directe nabijheid van de woningen van appellanten, *de bewuste metingen* door verweerders als uitgangspunt voor het vaststellen van de grenswaarden *mochten worden gehanteerd*. (00/27)
*(Appellante betoogt dat verweerders op onjuiste wijze toepassing hebben gegeven aan art. 6 van de Interimwet ammoniak en veehouderij. In dit verband voert zij aan dat verweerders de door het in 1986 in de inrichting gehouden veebestand veroorzaakte ammoniakdepositie onjuist hebben vastgesteld door geen onderscheid te maken tussen vleesstieren jonger dan 6 maanden en vleesstieren ouder dan 6 maanden en dat verweerders voor de bepaling van de ingevolge art. 6, derde lid, van de Interimwet voor de inrichting geldende ammoniakdepositie ten onrechte

> zijn uitgegaan van het op 1 september 1992 gehouden veebestand.) Verweerders hebben zich voor de bepaling van de waarde van de ammoniakdepositie behorende bij het in 1986 gehouden veebestand, gebaseerd op de mestregistratiegegevens van de inrichting over het jaar 1986. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting ziet de Afdeling *geen grond voor het oordeel dat verweerders niet hebben mogen uitgaan van voormeld veebestand en de daarbij behorende ammoniakdepositie*. In zoverre faalt het bezwaar. (00/36)

Ik bespreek nu eerst de onduidelijke toetsen. In de eerste twee overwegingen zorgt het woord 'kunnen' voor onduidelijkheid. Dit woord wordt gebruikt in de standaardformulering van een marginale toets ('verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen'). Bij de bespreking van de beschermingsniveau-toetsingsgrond hiervoor heb ik aangenomen dat de in drie uitspraken gebruikte formulering 'op het standpunt kunnen stellen' óók een marginale toets inhoudt. Bij gebreke van een contra-indicatie neem ik gelet hierop aan dat in de eerste overweging, waar 'kunnen' zonder verdere toevoeging is gebezigd, een marginale toets is gebruikt. In de tweede overweging wordt 'kunnen' gebruikt in combinatie met 'op goede gronden'. Dit resulteert mijns inziens in een innerlijk tegenstrijdige toets, nu de laatste frase doorgaans wordt gebruikt om een volle toets weer te geven. Deze formulering is net zo min mogelijk als de formulering 'verweerder heeft zich terecht op het standpunt kunnen stellen'.

In de derde en vierde overweging gebruikt de Afdeling 'aanvaardbaar' als criterium. Bij de bespreking van de beschermingsniveau-toetsingsgrond heb ik het ervoor gehouden dat dit criterium een marginale toets behelst.

In de overige vier overwegingen staat het toetsingscriterium 'mogen'. Naar het oordeel van de Afdeling 'mocht' verweerder in deze gevallen volstaan met het gebruiken van het beschikbare rapport respectievelijk de beschikbare (meet)gegevens.[37] Dit criterium is niet kenbaar vol of marginaal. Het oordeel betekent materieel dat verweerder niet gehouden was een nader rapport in te winnen of nadere metingen of berekeningen te verrichten. Maar betekent dit nu dat de Afdeling, zich verplaatsende in de positie van het bevoegd gezag, zelf ook geen nader onderzoek had gedaan (volle toets), of 'slechts' dat het niet onredelijk is dat verweerder dat achterwege heeft gelaten? Taalkundig lijkt 'mogen', net als 'kunnen', met betrekking tot de inhoud van het bestuurlijk oordeel een afstand te impliceren, wat zou betekenen dat daarmee een marginale toets is beoogd. Anderzijds zou het rechterlijk oordeel dat 'verweerder zich niet mocht baseren op' duidelijk een volle toets inhouden, terwijl het oordeel 'verweerder heeft zich niet (in redelijkheid) op het standpunt kunnen

37 Drie keer gebruikt de Afdeling een dubbele ontkenning (geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder niet mocht volstaan), één keer niet (verweerder mocht de metingen hanteren).

stellen' marginaal blijft. In zoverre gaat de vergelijking met 'kunnen' dus niet op.[38]

Er kan wel eens over worden gediscussieerd of het ontbreken van een (nader) onderzoek tot gevolg heeft dat een besluit onvoldoende onderbouwd is. Een marginale toets is in deze gevallen in die zin begrijpelijk dat vaak moeilijk kan worden geobjectiveerd of de beschikbare gegevens volledig, juist en representatief zijn. Toch zie ik geen reden voor een marginale toets op dit punt.[39] De rechter moet zelf vaststellen of een besluit voldoende zorgvuldig is voorbereid. Hij moet, primair aan de hand van het betoog van appellant, onderzoeken of er gebreken kleven aan het verrichte onderzoek, of, bij gebreke van een onderzoek, of (mogelijk) cruciale informatie ontbreekt. Dit onderzoek dient in beginsel in een terughoudend volle toets te resulteren. Een *geheel* volle toets is slechts aan de orde in bijzondere gevallen, zoals in de hieronder genoemde handhavingsuitspraak 03/41 en in de eerste toets van de hiervoor aangehaalde overweging uit uitspraak 00/15. In laatstgenoemde uitspraak hebben appellanten een contra-expertise verricht. Uit het deskundigenrapport blijkt dat het rapport van appellanten een ondeugdelijke berekening bevat; het tegenrapport is in dit geval dus terecht terzijde gelegd. Vervolgens oordeelt de Afdeling dat de berekening in het wel gebruikte rapport, dat van het bevoegd gezag, niet dermate gebrekkig is dat dat rapport ten onrechte aan het besluit ten grondslag is gelegd (en dus niet of dat rapport *terecht* is gebruikt, omdat de rechter niet hoeft te beoordelen of een rapport in al zijn facetten deugt).

Uit het voorgaande blijkt dat de Afdeling geen eenduidige koers vaart bij de toets aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel. De vraag of het bevoegd gezag kon volstaan met de informatie waarover het beschikte, toetst zij soms vol (97/2 en 00/15), soms marginaal (00/53, 03/50 en 03/40) en soms door middel van het criterium 'mogen' (de vier aangehaalde uitspraken uit 2000). Frappant is bijvoorbeeld dat de Afdeling de vraag of verweerder kon uitgaan van de in het akoestisch rapport genoemde referentie*niveaus* in uitspraak 00/15 vol toetst, terwijl zij de vraag of verweerder kon uitgaan van de in het akoestisch rapport genoemde referentie*punten* in uitspraak 03/40 marginaal toetst. Ook bij het oordeel over de berekening van de in acht te nemen afstand van een veehouderij tot woningen, door het toepassen van een extrapolatie op de afstandsgrafiek uit de Richtlijn veehouderij en stankhinder, bleek hiervoor een inconsistentie ('in redelijkheid' versus 'aanvaardbaar').

38 Volgens het interne 'Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak' van juli 2005 duidt 'mogen' op een 'neutrale' toets, dat wil zeggen marginaal noch vol. Het creëren van een dergelijke tussencategorie kan mijns inziens niet wegnemen dat 'mogen' een wat intensiteit betreft onduidelijke toetsingsformulering is.

39 In tegenstelling tot Heldeweg 1993, p. 298-303.

3.4.2 Handhavingsuitspraken

Zoals opgemerkt aan het begin van deze subparagraaf, heb ik in de handhavingsuitspraken 20 keer een toets van vermeend handelen in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aangetroffen, dat daarmee in omvang de derde categorie binnen dit type uitspraken is.[40] Deze toets is in 13 gevallen vol en in 2 gevallen marginaal.[41]

Het gaat in hoofdzaak om het formele zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het vermeende handelen in strijd met de twee laatstgenoemde beginselen wordt zonder meer vol getoetst. De Afdeling beoordeelt bijvoorbeeld of uit de opgelegde last onder dwangsom voldoende duidelijk blijkt wat de aangeschrevene moet doen om aan de last te voldoen, respectievelijk of gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat niet handhavend zou worden opgetreden.

> *De Afdeling is verder niet gebleken dat bij appellante het gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt dat haar geen last onder dwangsom zou worden opgelegd. Het enkele feit dat door ambtenaren van de gemeente van te voren niet duidelijk is gesteld dat de opslag niet zou worden gedoogd en toegestaan, zoals appellante stelt, is onvoldoende reden voor een ander oordeel. (00/43)

De toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel in handhavingsuitspraken is, net als in de vergunninguitspraken, niet eenduidig. Met name als de vraag aan de orde is of het bevoegd gezag kon volstaan met de informatie waarover het beschikte, of dat het aanvullende informatie had moeten vergaren (in de onderstaande gevallen: metingen doen) dan wel door appellanten aangereikte informatie bij zijn besluit had moeten betrekken. Hiervan heb ik de volgende 5 toetsen aangetroffen.

> *De Afdeling stelt vast dat de stelling van appellant, die er op neerkomt dat de gegevens en aannames die aan de indicatieve berekeningen ten grondslag liggen, niet op objectieve wijze zijn totstandgekomen, niet met relevante feiten is ondersteund of anderszins aannemelijk is gemaakt. In die stelling ziet de Afdeling daarom *geen grond te twijfelen aan de juistheid van die berekeningen*. Ook anderszins heeft appellant niet voldoende aannemelijk gemaakt dat aan die berekeningen onjuiste aannames ten grondslag zouden zijn gelegd en dat die berekeningen geen bruikbare

---

40 Hieronder vallen overigens niet de toetsen met betrekking tot de evenredigheid van het besluit om handhavend op te treden en met betrekking tot de evenredigheid van de opgelegde sanctie. Deze toetsen heb ik als aparte categorieën onderscheiden.

41 In de overige gevallen is geen toetsingsintensiteit te onderscheiden. Eén keer signaleert de Afdeling een motiveringsgebrek. De overige vier keren ontbreekt een rechtmatigheidstoets op dit punt, omdat de beroepsgrond sowieso geen doel treft. Bijvoorbeeld: 'Het door appellanten aangevoerde met betrekking tot de meet- en rekenonnauwkeurigheid laat, wat hier ook van zij, onverlet dat reeds de geluidmeting van 17 juni 1997 een grondslag biedt voor de bevoegdheid van verweerders tot handhavend optreden.' (00/1196)

indicatie kunnen verschaffen voor de omvang van de lozing. Ten aanzien van de vier door appellant in het geding gebrachte onderzoekrapporten en -verslagen stelt de Afdeling vast dat de conclusies die daarin worden getrokken, zien op gezondheidsrisico's voor werknemers en omwonenden door de blootstelling aan arseen en chroom als gevolg van stoomfixatie, doch geen betrekking hebben op de omvang van de onderhavige lozing van genoemde stoffen. Naar het oordeel van de Afdeling bevatten die stukken ook *geen aanknopingspunten* voor het oordeel dat de indicatieve berekeningen niet representatief zijn. Ten slotte acht de Afdeling het standpunt van verweerder, inhoudende dat de omvang van de lozing ten gevolge van de in geding zijnde diffuse bronnen beter kan worden bepaald door middel van berekeningen dan door metingen, *niet onaannemelijk*. Onder die omstandigheden *kan niet staande worden gehouden dat verweerder*, ten behoeve van een zorgvuldige voorbereiding van het handhavingsverzoek van appellant, *gehouden was metingen te doen verrichten* met betrekking tot de omvang van de lozing. (00/44)
*(Appellant: De aan het besluit ten grondslag gelegde geluidmetingen zijn niet juist uitgevoerd, waardoor de uitkomsten daarvan niet representatief zijn. In dat verband heeft hij twijfel geuit aan de plaats en de hoogte waarop de metingen zijn uitgevoerd, alsmede op het gebrek aan controle op de metingen en inzage in de resultaten daarvan.) Na het deskundigenbericht, waarin mede zijn betrokken door verweerders in het geding gebrachte controlemetingen die zijn uitgevoerd op 22 september 1998, ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de geluidmetingen en -berekeningen die verweerders aan het besluit ten grondslag hebben gelegd wat de meetplaats en -hoogte betreft zijn uitgevoerd in strijd met de ingevolge voorschrift 8 van de vergunning toe te passen Handleiding meten en rekenen industrielawaai (IL-HR-13-01). Niet is aannemelijk gemaakt dat de geluidmetingen zijn beïnvloed door het gebruik van tijdelijk isolatiemateriaal. Evenmin is aannemelijk gemaakt dat het geluid dat wordt veroorzaakt door het koelen van de koelwagen voldoet aan het in de Handleiding meten en rekenen industrielawaai (Il-HR-13-01) omschreven criterium, dat het tonale karakter van het geluid duidelijk hoorbaar is; om die reden hebben verweerders op dat geluid terecht geen straffactor toegepast als bedoeld in de circulaire Industrielawaai. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting is de Afdeling daarom van oordeel dat *het besluit is gestaafd met akoestische gegevens die representatief kunnen worden geacht* voor het in werking zijn van de inrichting. (00/64)
*(Appellant stelt overlast te ondervinden van [onder meer] het geluid van kinderen op het schoolplein, zowel binnen als buiten schooltijd en het geluid van af- en aanrijdend verkeer ten behoeve van het brengen en het halen van kinderen. Met het oog daarop heeft appellant verweerder verzocht geluidmetingen te verrichten en op grond van de resultaten daarvan handhavend op te treden.) In voorschrift 1.1.2, aanhef en onder a, van Bijlage A, behorende bij het Besluit woon- en verblijfsgebouwen is bepaald dat bij het bepalen van de geluidniveaus, bedoeld in voorschrift 1.1.1, buiten beschouwing blijft het stemgeluid van personen op een onverwarmd en onoverdekt terrein, dat onderdeel is van de inrichting, tenzij dit terrein kan worden aangemerkt als een binnenterrein. […] Reeds door die begrenzing is er naar het oordeel van de Afdeling geen grond om de aanwezige schoolpleinen en/of andere delen van het bijbehorende terrein aan te merken als binnenterrein […]. Aldus dient in dit geval het stemgeluid in de buitenlucht niet te worden

> getoetst aan geluidgrenswaarden. Verweerder heeft *het verrichten van geluidmetingen* naar het stemgeluid dan ook *terecht achterwege gelaten*. (03/41)
> *Verweerder heeft de gestelde hinder ten gevolge van het brengen en halen van schoolkinderen beoordeeld aan de hand van paragraaf 3.4 van de bijlage, dat het toetsingskader biedt voor de beoordeling van de gevolgen van komende en vertrekkende bezoekers van de inrichting. Voorschrift 3.4.1 bevat een inspanningsverplichting voor de drijver van de inrichting. Verder is in voorschrift 3.4.2 bepaald terzake waarvan maatregelen en voorzieningen kunnen worden getroffen ter invulling van die inspanningsverplichting. Aldus biedt paragraaf 3.4 van het Besluit woon- en verblijfsgebouwen milieubeheer geen grondslag om het geluid dat wordt veroorzaakt door de komende en vertrekkende bezoekers te normeren door middel van het stellen van geluidgrenswaarden. In het licht daarvan acht de Afdeling *niet onredelijk* dat verweerder terzake geen geluidmetingen heeft verricht. (03/41)
> *De Afdeling merkt voorts op dat ook de in opdracht van appellanten uitgevoerde geluidmetingen, ongeacht toepassing van de straffactor van 10 dB(A), een overschrijding van de equivalente geluidgrenswaarden in de avond laten zien. De Afdeling ziet in deze metingen dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat verweerders niet *in redelijkheid* zouden hebben kunnen volstaan met de door hen uitgevoerde geluidmetingen. (00/66)

In de eerste drie overwegingen toetst de Afdeling het formele zorgvuldigheidsbeginsel vol, in de andere twee marginaal.

De derde overweging bevat een *geheel* volle toets ('terecht achterwege gelaten'). Dit betreft een bijzonder geval. Volgens de toepasselijke AMvB zijn de geluidgrenswaarden niet van toepassing op stemgeluid in de buitenlucht. Metingen daarvan kúnnen dus niet bijdragen aan het inzicht over de gestelde overtreding van de regeling. In de vierde overweging, uit dezelfde uitspraak, hanteert de Afdeling een marginale toets. Het gaat hier om de hinder van komende en vertrekkende bezoekers. Hoewel de Afdeling overweegt dat de regeling geen grondslag biedt om deze zogenoemde indirecte hinder door middel van geluidgrenswaarden te normeren, acht zij geluidmetingen kennelijk niet sowieso zinloos (in welk geval zij ook een volle toets zou hebben gehanteerd). Mogelijk is de Afdeling van oordeel dat metingen onder omstandigheden relevant kunnen zijn bij de invulling van de op de drijver van de inrichting rustende inspanningsverplichting om indirecte hinder zoveel mogelijk te beperken.

De overige drie overwegingen bevatten twee keer een volle en één keer een marginale toets. Deze inconsistentie kan ik niet verklaren. Zo bevat de tweede overweging een verwijzing naar het deskundigenbericht, maar ontbreekt die bij de andere volle toets (in welk geval ook geen deskundigenbericht is uitgebracht).[42] Daarnaast zou kunnen worden gesteld dat de rechter in het geval van de eerste overweging over zoveel informatie beschikt, dat hij zelf

42 Ervan uitgaande dat een deskundigenbericht met een beoordeling van de deugdelijkheid van de verrichte metingen een volle toets op dit punt vergemakkelijkt (niet: rechtvaardigt).

kan bepalen of nadere metingen nodig zijn. Daar kan echter tegen worden ingebracht dat de situatie in de laatste overweging (met een marginale toets) ook heel duidelijk lijkt te liggen, in die zin dat de metingen van appellanten niet tot een andere uitkomst leiden dan die van verweerder. Gezien het geringe aantal overwegingen past overigens enige terughoudendheid bij het trekken van conclusies op grond daarvan.

3.5 Strijd met een wettelijke bepaling

Deze categorie betreft gevallen waarin wordt aangevoerd dat het besluit in strijd is met een formele wet, een internationale regeling, een AMvB of een plan. Tot deze wettelijke bepalingen behoren *niet* art. 8.11 lid 3 Wm (betreft het beschermingsniveau), de geschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur (bijvoorbeeld art. 3:2 en 3:46 Awb) en bepalingen met formele vereisten (bijvoorbeeld uit afdeling 3.5 Awb (oud)). Deze categorieën toetsingsgronden bespreek ik alle afzonderlijk. Bij de bepalingen in de onderhavige categorie gaat het hoofdzakelijk om andere bepalingen uit de Wet milieubeheer en, in 2000, ook om bepalingen uit de Interimwet ammoniak en veehouderij.

Een toets in deze categorie ben ik in vergunninguitspraken 48 keer tegengekomen, waarvan het in 45 gevallen een nationale regeling betreft en in 3 gevallen een Europese regeling. In handhavingsuitspraken heb ik 9 keer een toets over strijd met een wettelijke bepaling aangetroffen, waarvan het 2 keer om een Europeesrechtelijke bepaling gaat.

De Afdeling toetst deze categorie toetsingsgronden in beginsel vol. Daarnaast ben ik, buiten 4 overwegingen waarin de Afdeling niet toekomt aan een inhoudelijke rechtmatigheidstoets op dit punt,[43] op 1 overweging met een onduidelijke toetsingsintensiteit gestuit (zie slot).

Een groot aantal toetsen in deze categorie is geheel vol, dat wil zeggen zonder enige terughoudendheid in de formulering. Een dergelijke toets wordt op verschillende manieren onder woorden gebracht. In 10 gevallen gebruikt de Afdeling het woord 'terecht'. Drie voorbeelden:

> *De Afdeling komt tot de slotsom dat de weigeringsgrond van artikel 10 lid 2 Wca zich hier niet voordoet. Verweerder heeft hierin dus *terecht* geen aanleiding gezien de gevraagde vergunning te weigeren. (97/28)
> *Verweerder heeft zich, gelet op de voornoemde bepalingen uit de Wet milieubeheer, *terecht* op het standpunt gesteld dat hij niet verplicht is om advies aan de Commissie te vragen. (00/4)
> *De inrichting beschikte ten tijde van de indiening van de aanvraag en het milieueffectrapport in 1997 niet over een onherroepelijke milieuvergunning. De bestaande

43 Bijvoorbeeld omdat zij een motiveringsgebrek signaleert.

situatie was derhalve rechtens de situatie dat de inrichting ter plaatse niet was gevestigd. Deze situatie is in het milieueffectrapport terecht beschreven als nulsituatie. Ten tijde van de indiening van de aanvraag en het milieueffectrapport was de inrichting feitelijk wel in werking en werd deze gedoogd. Uit de stukken blijkt dat feitelijk in 1997 de capaciteit 530.000 ton bedroeg. In het milieueffectrapport wordt, als nulplussituatie, de situatie beschreven waarin de inrichting in werking was en werd gedoogd met een capaciteit van 570.000 ton. De Afdeling acht het standpunt van verweerders dat deze hogere capaciteit ook als representatief kan gelden voor de feitelijk bestaande situatie ten tijde van de indiening van de aanvraag niet onaanvaardbaar.[44] Nu het milieueffectrapport derhalve een beschrijving van zowel de juridisch als feitelijk bestaande toestand van het milieu bevat, hebben verweerders zich naar het oordeel van de Afdeling *terecht* op het standpunt gesteld dat het milieueffectrapport, wat dit aspect betreft, voldoet aan de bij artikel 7.10, eerste lid, van de Wet milieubeheer gestelde regels. De desbetreffende beroepsgrond treft geen doel. (00/19)

In veel andere overwegingen stelt de Afdeling vast dat het bestreden besluit in strijd is met de desbetreffende wettelijke bepaling, dan wel juist dat het bestreden besluit zich daarmee verdraagt. In de laatste drie hieronder aangehaalde overwegingen stelt zij dit niet met zoveel woorden vast, maar geeft zij weer of de toepassingsvoorwaarden van de bepaling zijn vervuld. Dit leidt in beginsel niet tot een ander resultaat. Een aantal van deze overwegingen bevat een terughoudendheid in de formulering, in de vorm van een dubbele ontkenning of anderszins ('aangenomen moet worden').

*Artikel 8.13, eerste lid, van de Wet milieubeheer heeft, blijkens de tekst en de strekking daarvan, betrekking op meet- en onderzoekgegevens ten aanzien van activiteiten die in de inrichting zelf plaatsvinden en kan niet worden gebruikt om een vergunninghouder te verplichten het bevoegd gezag te informeren over ontwikkelingen die zich binnen een bepaalde bedrijfstak voordoen. Gelet hierop *is voorschrift L.1.3* naar het oordeel van de Afdeling *in strijd met artikel 8.13*, eerste lid, van de Wet milieubeheer. (00/1)
*Door middel van het doen van een melding wordt niet voldaan aan de eisen die in de paragrafen 8.5 en 8.6 van het ammoniakreductieplan[45] (Arp) zijn gesteld aan de toepassing van de compensatiemethode. Op grond van deze paragrafen dient immers sprake te zijn van een intrekking van de vergunning van een veehouderij op verzoek van degene die de veehouderij drijft, derhalve op een aanvraag om een besluit tot intrekking van de vergunning. Voorts moet een intrekkingsbesluit vóór of gelijktijdig met het nemen van het bestreden besluit zijn genomen om te voldoen aan de eis dat sprake moet zijn van een onmiddellijke afname als bedoeld in paragraaf 8.5 van het Arp. *De conclusie moet zijn dat het bestreden besluit is genomen in strijd met de paragrafen 7.2.b. in samenhang met 8.5 en 8.6 van het Arp.* (00/2)

44 Deze overweging illustreert dat het feit dat de intensiteit van de 'eindtoets' geheel duidelijk is, niet betekent dat de overweging geen onduidelijke toetsing(en) kan bevatten.
45 Een plan in de zin van art. 8 lid 1 van de toenmalige Interimwet ammoniak en veehouderij.

*Nu de ammoniakdepositie lager is dan 15 mol, *verdraagt het bestreden besluit zich met artikel 5* van de Interimwet. (97/6)
*De Afdeling overweegt dat hetgeen appellante heeft aangevoerd *niet leidt tot het oordeel dat de aanvraag niet voldoet aan* het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer. (00/29)
*De Afdeling ziet noch in de stukken, noch in het verhandelde ter zitting, voldoende aanknopingspunten om te twijfelen aan de conclusie van verweerder. Dat het hekwerk gedurende de afgelopen 25 jaar is verouderd zodat dieren er inmiddels op sommige plaatsen doorheen kunnen, kan naar het oordeel van de Afdeling niet afdoen aan het feit dat, historisch gezien, geen extra barrière wordt toegevoegd voor de natuur, waaronder begrepen de dieren die in de Malpie en het Keersopdal leven. Ook overigens ziet de Afdeling *noch* in het betoog van appellanten, noch in de stukken, *concrete aanknopingspunten* voor het oordeel dat door het bestreden besluit storende factoren met een significant effect kunnen ontstaan, als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn. Gelet hierop bestaat *geen grond voor het oordeel* dat de onderhavige vergunning is verleend *in strijd met artikel 6*, derde lid en vierde lid, van de Habitatrichtlijn. Het desbetreffende beroepsonderdeel faalt. (03/46)
*Appellante gaat er van uit dat in de toekomst het beleid inzake de ammoniakreductie verder zal worden aangescherpt. Wat van deze veronderstelling zijn moge, verweerders waren verplicht zich te houden aan de bij of krachtens de Interimwet gestelde eisen zoals die golden ten tijde van het nemen van het bestreden besluit. Toekomstige ontwikkelingen kunnen er niet toe leiden dat wordt afweken van de dwingende bepalingen van de Interimwet. *Verweerders hebben dit aspect dus niet bij hun besluitvorming mogen betrekken.*[46] [Dit hebben zij ook niet gedaan] (00/6)
*Wat betreft de door appellanten aangevoerde strijd met artikel 27, eerste lid, van de Hinderwet, overweegt de Afdeling dat het in beginsel op de weg van appellanten ligt om feiten en omstandigheden aan te voeren welke althans een begin van bewijs opleveren voor de juistheid van de stelling dat de onderliggende vergunning is vervallen. Appellanten hebben niet aannemelijk gemaakt en ook overigens is niet gebleken dat de in 1982 vergunde stallen niet binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van de vergunning zouden zijn opgericht en in werking gebracht, *zodat moet worden aangenomen dat op grond van voornoemd artikel geen rechten zijn vervallen*. (03/8)
*(Ten slotte voeren appellanten aan dat de vergunning krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren geactualiseerd had moeten worden.) De Afdeling stelt vast dat voor de onderhavige inrichting op 5 september 1996 vergunning is verleend krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. Niet gebleken is van omstandigheden die nopen tot wijziging van deze vergunning. Daarom *kan niet geoordeeld worden dat verweerder* ingevolge artikel 8.30, tweede lid, van de Wet milieubeheer *de vergunningaanvraag buiten behandeling hadden moeten laten*. De beroepsgrond is ongegrond. (03/39)

46 Bij de categorie 'strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur' concludeer ik dat de intensiteit van het toetsingscriterium 'mogen' onduidelijk is. In deze overweging is het criterium 'niet mogen' daarentegen wel duidelijk vol: het stond verweerders niet vrij om toekomstige ontwikkelingen bij hun beslissing te betrekken.

In twee uitspraken uit 2003 hanteert de Afdeling 'op goede gronden' als toetsingscriterium.[47] Vooral in de tweede overweging leidt dit, in combinatie met een dubbele ontkenning, tot meer terughoudendheid dan aangewezen lijkt bij een toets aan een wettelijke bepaling. Mij is niet duidelijk waarom hier niet is gekozen voor het toetsingscriterium 'terecht'.

> *Verweerder heeft verder de in het kolenconvenant genoemde acceptatiegrenswaarde *op goede gronden* niet als toekomstige ontwikkeling als bedoeld in artikel 8.8, eerste lid, onder c, van de Wet milieubeheer bij de beslissing op de aanvraag betrokken. Er is immers geen sprake van ontwikkelingen met betrekking tot de inrichting en het gebied waar de inrichting is gelegen, als bedoeld in dit artikel. (03/58)
> *(Appellante voert aan dat het verlenen van een tijdelijke vergunning wellicht meer aangewezen was geweest, gelet op toekomstige wijzigingen van het vigerende bestemmingsplan.) De Afdeling ziet hierin *geen aanknopingspunten* voor het oordeel *dat verweerder zich niet op goede gronden op het standpunt heeft gesteld* dat geen sprake is van feiten en omstandigheden op grond waarvan het verlenen van een tijdelijke vergunning op grond van artikel 8.17, eerste lid, van de Wet milieubeheer aangewezen zou zijn. (03/40)

Ik heb in deze categorie 1 overweging aangetroffen waarvan de toetsingsintensiteit niet geheel duidelijk is. De Afdeling gebruikt hierin het al eerder besproken criterium 'aanvaardbaar'.

> *(Het bestreden besluit betreft een wijzigingsvergunning voor een varkenshouderij. Volgens het ammoniakreductieplan van de gemeente is een vergunning voor een nieuwe en/of nieuw in te richten stal alleen mogelijk als deze met de best uitvoerbare methoden voor reductie van ammoniakemissie is uitgerust. De Afdeling geeft eerst een oordeel over het beschermingsniveau dat wordt geboden door de vergunningvoorschriften 1.1 tot en met 1.3.) Het is verder, mede gelet op het gestelde in deze voorschriften, *aanvaardbaar* dat verweerders zich op het standpunt hebben gesteld dat de stalafdeling met de best uitvoerbare methoden voor emissiereductie is uitgerust. (97/37)

In de handhavingsuitspraken gebruikt de Afdeling een geheel volle toets. Voor de duidelijkheid: het gaat hier niet om de vraag of het vermeend overtreden voorschrift daadwerkelijk is overtreden en daarmee samenhangend of verweerder bevoegd was handhavend op te treden. Die categorie toetsingsgronden bespreek ik verderop in dit hoofdstuk. Het gaat hier wel om bijvoorbeeld de beoordeling van de uitleg die verweerder heeft gegeven van een begrip uit de (vermeend) overtreden bepaling (is het schoolplein een 'binnenterrein' in de zin van het Besluit woon- en verblijfsgebouwen milieubeheer?). Of het gaat, hetgeen een aantal keer voorkomt, om de verenigbaarheid van het bestreden

47 Zie over dit criterium hiervoor, bij de bespreking van de beschermingsniveau-toets.

besluit met geldende (Europese) regelgeving. Zo overweegt de Afdeling in een van de uitspraken dat de overtreden regeling (het Lozingsbesluit) niet in strijd is met de door appellant genoemde Europese richtlijn en daarom niet onverbindend is. En in een andere uitspraak overweegt de Afdeling dat gedeeltelijke handhaving van een voorschrift in strijd is met art. 18.9 Wm (oud).

3.6 Naleefbaarheid vergunningvoorschrift

De onderzochte (vergunning)uitspraken bevatten 40 overwegingen met betrekking tot de vraag of een vergunningvoorschrift kan worden nageleefd. In 12 overwegingen komt de Afdeling niet toe aan een inhoudelijke rechtmatigheidstoets op dit punt. In de meeste daarvan signaleert de Afdeling (onder meer) een gebrek in de voorbereiding van het besluit.[48] Bijvoorbeeld:

> *Wat de gestelde equivalente geluidgrenswaarden betreft stelt de Afdeling vast dat er geen akoestisch rapport is waaruit blijkt dat ter plaatse van de terreingrens aan deze geluidgrenswaarden kan worden voldaan. Verweerders hebben weliswaar enkele geluidmetingen uitgevoerd, maar op grond hiervan kan niet worden vastgesteld of de inrichting aan de gestelde equivalente geluidgrenswaarden kan voldoen. Gelet hierop is het bestreden besluit in zoverre strijdig met artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht. (00/53)

Vastgesteld kan worden dat de Afdeling de naleefbaarheid van vergunningvoorschriften vol toetst. Ik heb namelijk slechts 1 overweging met een marginale toets aangetroffen (zie slot). Binnen de volle toets gebruikt de Afdeling zowel geheel volle toetsen als toetsen met enige terughoudendheid in de formulering.

Bij een geheel volle toets overweegt zij met zoveel woorden dat de inrichting (niet) kan voldoen aan het vergunningvoorschrift, dan wel dat de in het voorschrift gestelde normen (niet) worden overschreden. Bijvoorbeeld:

> *(Uit een na het verlenen van de vergunning uitgevoerd onderzoek blijkt dat de gestelde emissieconcentratie-eisen ruimschoots worden overschreden. De Afdeling oordeelt dat het voorschrijven van nageschakelde technieken, waarmee mogelijk wel kan worden voldaan aan de eisen, verlating van de grondslag van de aanvraag zou betekenen.) Geconcludeerd moet derhalve worden dat in de verleende vergunning emissieconcentratie-eisen zijn opgenomen waaraan vergunninghoudster *niet*

48 In uitspraak 00/15 ontbreekt een inhoudelijke toets om een andere reden dan schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: 'Voorts vreest appellante niet te kunnen voldoen aan voorschrift D3 indien een bouwvergunning voor de te treffen terreinafscheiding wordt geweigerd. Uit de stukken blijkt dat het voorschrift D3 is vastgesteld overeenkomstig de door appellante ingediende aanvraag. Reeds hierom faalt dit beroepsonderdeel.'

> *kan voldoen*. In verband hiermee komt het voorschrift neer op een verkapte weigering van de gevraagde vergunning […]. (97/5)
> *De Afdeling is van oordeel dat, gelet op genoemd akoestisch onderzoek en mede in aanmerking genomen het deskundigenbericht […], *de inrichting* ook overigens *kan voldoen* aan de geluidgrenswaarden zoals die in het dictum zijn vastgelegd […]. (97/39)

Als gezegd bevat de volle naleefbaarheidstoets soms een terughoudendheid in de formulering. Dan overweegt de Afdeling bijvoorbeeld dat 'aannemelijk is' dat aan de norm kan worden voldaan, gebruikt zij een dubbele ontkenning ('geen grondslag voor het oordeel dat het voorschrift niet naleefbaar is'), of stelt ze niet zelf vast of het voorschrift naleefbaar is, maar geeft zij weer wat verweerder op dit punt moest oordelen. Ook combinaties van dergelijke formuleringen komen voor (bijvoorbeeld: 'het is niet aannemelijk dat niet aan de norm kan worden voldaan').

Als eerste een paar voorbeelden van het eerste type terughoudendheid, met een voorbehoud in het oordeel dat aan de in de vergunning gestelde grenswaarden kan worden voldaan. De laatste twee overwegingen bevatten met het woord 'moeten', ondanks het gemaakte voorbehoud, feitelijk toch een geheel volle toets.

> *Gelet op het geringe aantal verkeersbewegingen van en naar de inrichting [14 per week], de in voorschrift 5.5 opgenomen uitzondering voor het maximale geluidniveau gedurende de dagperiode, alsmede het uitgebrachte deskundigenbericht, *is aannemelijk* dat aan de gestelde geluidgrenswaarden kan worden voldaan. (03/44)
> *Gelet op het verhandelde ter zitting en de tijdens de gedoogperiode opgedane ervaringen *kan* naar het oordeel van de Afdeling *worden aangenomen* dat ook na de thans aan de orde zijnde verandering van werkwijze aan de gestelde geurgrenswaarden kan worden voldaan.[49] (97/41)
> *De Afdeling stelt vast dat de in voorschrift 2.2 gestelde piekgeluidgrenswaarden gelijk zijn aan de grenswaarden die in de circulaire als maximaal aanvaardbaar zijn aangemerkt. Gelet op het deskundigenbericht *moet evenwel worden aangenomen* dat de gestelde piekgeluidgrenswaarden niet kunnen worden nageleefd, hetgeen tot gevolg heeft dat de blijkens de aanvraag beoogde bedrijfsvoering onmogelijk is. Mitsdien komt het opnemen van voorschrift 2.2 neer op een weigering van de gevraagde vergunning, hetgeen zich niet verdraagt met het stelsel van de Wet milieubeheer. (00/53)
> *Blijkens het deskundigenbericht en het verhandelde ter zitting *moet worden verwacht* dat de gestelde geluidgrenswaarden bij een normale bedrijfsuitoefening ter plaatse van het in voorschrift 8.1.1 genoemde immissiepunt op enig punt 50 meter van de inrichting *in ruime mate zullen worden overschreden*. Verder moet er op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting vanuit worden gegaan dat binnen de grondslag van de onderhavige aanvraag geen maatregelen kunnen worden

49 De formulering 'kan worden aangenomen' is nog weer terughoudender dan de in de voorgaande overweging gebruikte formulering 'moet worden aangenomen'.

> getroffen om te voorkomen dat genoemde overschrijding plaatsvindt. […] Dit verdraagt zich niet met het stelsel van de artikelen 8.10 en 8.11 van de Wet milieubeheer. (00/33)

Ten tweede een aantal overwegingen met een dubbele ontkenning:

> *Gezien het deskundigenbericht ziet de Afdeling geen grond om ervan uit te gaan, dat de gestelde geluidgrenswaarden niet kunnen worden nageleefd. (00/1)
> *Ook overigens ziet de Afdeling in het betoog van appellanten, en gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting, *onvoldoende aanknopingspunten* voor het oordeel dat de geluidgrenswaarden niet kunnen worden nageleefd. (03/29)
> *Met betrekking tot de stelling van appellante sub 3 dat niet kan worden voldaan aan voorschrift 6.2, overweegt de Afdeling dat in voorschrift 6.2 niet is bepaald binnen welke termijn de verfballetjes biologisch moeten zijn afgebroken. Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting acht de Afdeling echter *niet aannemelijk* dat het omhulsel en de verf op den duur *niet* biologisch worden afgebroken. Mitsdien hebben verweerders zich *terecht* op het standpunt gesteld dat voorschrift 6.2 naleefbaar is.[50] (00/53)
> *Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting stelt de Afdeling vast dat de wasplaats op ten minste 30 meter van de begrenzing van de inrichting is gesitueerd en dat aan de oostzijde van de wasplaats een scherm met een hoogte van 4 meter is geplaatst. Dit scherm bevindt zich tussen de wasplaats en de woning van appellant. Gelet hierop en ook overigens is het naar het oordeel van de Afdeling *niet aannemelijk geworden* dat het aan de vergunning verbonden voorschrift 9.1.1 *niet* kan worden nageleefd. (03/67)
> *De Afdeling overweegt dat er, gelet op het bovenstaande, ten tijde van het nemen van het bestreden besluit *voor verweerder geen aanleiding bestond* om aan te nemen dat vergunninghoudster *niet* aan de opgelegde geluidgrenswaarden kan voldoen. (03/42)

Ik kan geen verklaring geven voor deze verschillen binnen de volle toets. Deze ligt in ieder geval niet in de aanwezigheid van een deskundigenbericht. Zo gebruikt de Afdeling in overwegingen waarin ze verwijst naar het deskundigenbericht terughoudend volle toetsen als 'aannemelijk is dat kan worden voldaan', terwijl ze ook wel eens een geheel volle toets aanlegt zonder verwijzing naar het deskundigenbericht (97/5).

Zoals eerder opgemerkt, wordt de naleefbaarheid in 1 overweging (die uit 2003 stamt) marginaal getoetst. Ik ga ervan uit dat het hier gaat om een onzorgvuldige manier van formuleren, nu in dezelfde overweging ook het beschermingsniveau wordt getoetst (waarbij wel een marginale toets past) en de

50 Ondanks het gebruik van 'terecht' in de laatste zin betreft het hier niet een geheel volle toets. De 'ware' naleefbaarheidstoets staat namelijk in de voorafgaande zin. De laatste zin vormt het sluitstuk van de rechterlijke redenering, net zoals een beschermingsniveau-toets soms wordt afgesloten met de overweging dat de vergunning terecht (niet) geweigerd is.

desbetreffende uitspraak bovendien een andere, wel volle, naleefbaarheidstoets bevat.

> *Gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht, en hetgeen appellanten in dit kader verder nog hebben aangevoerd, bestaat geen grond voor het oordeel dat verweerder het in voorschrift 2.1 gestelde langtijdgemiddeld beoordelingsniveau op de gevels van woningen van derden niet *in redelijkheid toereikend en naleefbaar* heeft kunnen achten. (03/14)

3.7 Strijd met een buitenwettelijke richtlijn

De Afdeling toetst in de onderzochte uitspraken 31 keer of aan het bestreden besluit een gebrek kleeft dat samenhangt met het gebruik door het bevoegd gezag van een buitenwettelijke richtlijn.[51] Dit gebrek kan gelegen zijn in de keuze van de richtlijn (de richtlijn ziet niet op de vergunde activiteiten), in de deugdelijkheid van de richtlijn (aan de richtlijn ligt bijvoorbeeld geen deugdelijk onderzoek ten grondslag) of de concrete toepassing van de richtlijn door het bevoegd gezag.

Van de eerste categorie (keuze van de richtlijn) heb ik 3 overwegingen aangetroffen.

> *Anders dan appellanten sub 1 en sub 2 stellen, *kan niet worden geoordeeld* dat verweerders bij het maken van hun keuze welke richtlijn moet worden gehanteerd bij de beoordeling van schietgeluid de circulaire Schietlawaai hadden moeten betrekken. Laatstgenoemde circulaire is naar het oordeel van de Afdeling uitdrukkelijk bedoeld voor de beoordeling van het geluid veroorzaakt door vuurwapens, terwijl het in het onderhavige geval, gelet op hetgeen ter zitting is komen vast te staan, gaat om luchtdrukspeelgoed van geringe capaciteit, ten aanzien waarvan verweerders voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het geluid het karakter heeft van een piekgeluid, zoals dat ook in de circulaire Industrielawaai is voorzien. (00/53)
> *Uit hoofdstuk 3 van de richtlijn CPR 15-1 *blijkt* dat deze richtlijn niet rechtstreeks van toepassing is op de opslag van accu's in een inrichting als de onderhavige. De in deze richtlijn aanbevolen voorschriften *zien ook niet* zonder meer op een situatie als de onderhavige, waarbij gevaarlijke stoffen in een vloeistofdichte bak worden opgeslagen. Verweerder kon daarom ter motivering van het voorschrijven van een vloeistofdichte vloer onder de accu-opslag niet zonder meer verwijzen naar de richtlijn CPR 15-1. Het besluit kan op dit punt in strijd met artikel 3:46 van

51 Het gaat hier alleen om de gevallen waarin dat is aangevoerd. Daarbuiten geeft de Afdeling vaak, als onderdeel van de beschermingsniveau-toets, 'ambtshalve' aan of het gebruik van de desbetreffende richtlijn niet in strijd is met het recht. Zie hierover nader de bespreking van de rol van buitenwettelijke richtlijnen in paragraaf 4 en hoofdstuk 4, paragraaf 4.

deze wet niet worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering. (03/39)
*(Appellante kan zich niet verenigen met de vergunningvoorschriften die betrekking hebben op de opslag van gevaarlijke (afval)stoffen in emballage en de buitenopslag van gevaarlijke (afval)stoffen. Volgens haar is het voldoende om aan de uitgangspunten van de richtlijn CPR 15-1 te voldoen en behoeven niet alle voorschriften van die richtlijn tot in detail te worden nageleefd.) De richtlijn CPR 15-1 heeft betrekking op de opslag van gevaarlijke stoffen in emballage tot 10 ton per opslagplaats. De Afdeling ziet in het betoog van appellante geen grond voor het oordeel dat verweerder *niet heeft kunnen aansluiten* bij de richtlijn CPR 15-1. (03/26)

Van de tweede categorie ligt het zwaartepunt in 2000. In de uitspraken uit dat jaar is veelvuldig de ondeugdelijkheid van de Richtlijn veehouderij en stankhinder aangevoerd (in de onderzochte uitspraken 12 keer). Dat vloeit voort uit een aantal uitspraken uit 1998 waarin de Afdeling deze richtlijn onvoldoende onderbouwd heeft bevonden wat de indeling in omgevingscategorieën en de beoordelingsmethode voor cumulatieve stankhinder betreft.

*Verweerders hebben de verkeersbewegingen van en naar de inrichting getoetst aan de concept-versie van de circulaire betreffende geluidhinder, veroorzaakt door wegverkeer van en naar de inrichting, waarvan nadien op 29 februari 1996 een definitieve versie is verschenen. De Afdeling stelt vast dat het bestreden besluit is genomen voordat de circulaire van 29 februari 1996 het licht heeft gezien. Ten tijde van het nemen van dit besluit *konden de inzichten uit die circulaire niet als algemeen aanvaard worden aangemerkt*. Zoals de Afdeling reeds voorheen heeft overwogen, bood de circulaire Industrielawaai in elk geval ten tijde van het nemen van het besluit een in grote lijnen geschikt toetsingskader voor de beoordeling van vergunningaanvragen als de onderhavige en was er op dat moment geen aanleiding af te wijken van de circulaire Industrielawaai. In zoverre is het besluit genomen in strijd met het stelsel van de Wet milieubeheer.[52] (97/53)
*(Volgens appellanten hebben verweerders ten onrechte getoetst aan de Richtlijn veehouderij en stankhinder 1996 (hierna: de Richtlijn), omdat de wijzigingen daarin ten opzichte van de Brochure veehouderij en hinderwet (hierna: de Brochure) en de Publicatiereeks Lucht nr. 46 een deugdelijke motivering en wetenschappelijke onderbouwing ontberen.) Verweerders hebben in het bestreden besluit voor de beoordeling van de van de inrichting te duchten stankhinder de Richtlijn tot uitgangspunt genomen. Zoals de Afdeling heeft overwogen (uitspraak van 21 april 1998, no. E03.97.0115, AB 1998, 199), *zijn de in de Richtlijn neergelegde inzichten* met betrekking tot de aanvaardbaarheid van door intensieve veehouderijen veroorzaakte stankhinder, voorzover het de in paragraaf 2.3 van de Richtlijn opgenomen indeling in omgevingscategorieën betreft, *onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd*. Nu deze zelfde indeling in omgevingscategorieën, die een ongemotiveerde afwijking vormt van de in de Brochure voor nertsen opgenomen indeling in omgevingscategorieën, ook wordt gehanteerd in de tabel van vaste afstanden ten aanzien van nertsen in

52 Zie over de in deze uitspraak gehanteerde vernietigingsgrond nader paragraaf 4.1.

> Bijlage 2 van de Richtlijn, *is de Richtlijn ook op dit punt onvoldoende draagkrachtig gemotiveerd*. Verweerders hebben als nadere motivering van het besluit naar voren gebracht dat wanneer zij, wat de indeling in omgevingscategorieën betreft, de Brochure zouden hebben gehanteerd, de vergunning ook zou zijn verleend. In de uitspraak van 11 november 1999 […] heeft de Afdeling geoordeeld dat het hanteren van de op grond van Bijlage 2 van de Richtlijn minimaal aan te houden vaste afstanden bij nertsen, voor zover deze afstanden worden gerelateerd aan de in de Brochure neergelegde omgevingscategorieën, *niet in strijd met het recht is te achten*. […] Verweerders hebben op de aldus bepaalde afstandsnorm van 200 meter vervolgens een korting toegepast van 25 meter, omdat volgens hen gebruik wordt gemaakt van het Groen-Labelstalsysteem BB 94.02.013. In voornoemde uitspraak van de Afdeling van 11 november 1999 […] heeft de Afdeling geoordeeld dat de op grond van Bijlage 2 van de Richtlijn toe te passen korting op de aan te houden vaste afstand indien de nertsen worden gehouden in Groen-Labelstallen, berust op de meest recente milieutechnische inzichten, *zodat dit onderdeel van de Richtlijn niet in strijd met het recht is te achten*. (00/8)
> *(Appellante voert aan dat de cumulatieve stankhinder[53] onjuist is beoordeeld.) Verweerders hebben voor de beoordeling van de van de inrichting te duchten cumulatieve stankhinder de Richtlijn veehouderij en stankhinder […] tot uitgangspunt genomen. De in paragraaf 4 van de Richtlijn opgenomen beoordelingsmethode voor cumulatieve stankhinder is afgeleid van het rapport 'Beoordeling cumulatieve stankhinder door intensieve veehouderij' (Publicatiereeks Lucht, nr. 46). Zoals de Afdeling in haar uitspraak van 17 juli 1998, no. E03.97.0892 (JM 1998, 112) heeft overwogen, *is de in de Richtlijn gegeven motivering voor het wijzigen van de beoordelingsmethode onvoldoende draagkrachtig*. Een en ander leidt ertoe dat het bevoegd gezag zich bij de toepassing van de artikelen 8.10 en 8.11 van de Wet milieubeheer niet zonder een voldoende milieuhygiënische motivering kan baseren op de in de Richtlijn opgenomen beoordelingsmethode voor cumulatieve stankhinder. De Afdeling stelt vast dat een zodanige motivering niet aan het bestreden besluit ten grondslag is gelegd. Het bestreden besluit ontbeert derhalve in zoverre een deugdelijke motivering. (00/14)
> *Appellante kan zich niet verenigen met het feit dat verweerders wat betreft de in de vergunning opgenomen trillingsnormen aansluiting hebben gezocht bij de in maart 1993 vastgestelde meet- en beoordelingsrichtlijn 2 'Hinder voor personen in gebouwen door trillingen' van de Stichting Bouwresearch (hierna: de SBR-richtlijn). […] Ten aanzien van het bezwaar dat verweerders bij voorschrift 2.11 aansluiting hebben gezocht bij de SBR-richtlijn overweegt de Afdeling dat deze wijze van invulling van de beoordelingsvrijheid *niet in strijd met het recht* is te achten. (00/18)[54]

Bij de derde categorie, de verkeerde toepassing van een richtlijn, gaat het relatief vaak om de categorisering van de omgeving in veehouderijzaken en in geluidhinderkwesties, op grond van de Richtlijn veehouderij en stankhinder

53 Dit betreft de stankhinder van de vergunde veehouderij opgeteld bij de stankhinder die wordt veroorzaakt door de bestaande, omliggende, veehouderijen.

54 Zie over deze overweging nader paragraaf 4.2.

of de Brochure veehouderij en hinderwet respectievelijk de Circulaire industrielawaai of de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening. Ik noem hieronder ook enkele andere voorbeelden.

> *(Appellant stelt dat de omgeving van de inrichting moet worden gerangschikt onder de in de Brochure veehouderij en hinderwet genoemde categorie II (in plaats van categorie III). Hierbij wijst hij op de nabijgelegen kokerschietbaan; naar zijn mening een object voor dagrecreatie.) In de Brochure worden als voorbeelden voor objecten voor dagrecreatie genoemd zwembaden en speeltuinen. Dit wijst erop dat slechts objecten die regelmatig door een niet onaanzienlijk aantal mensen worden bezocht, als objecten voor dagrecreatie kunnen worden aangemerkt. De Afdeling is met verweerders van oordeel dat, hoewel aan de […] kokerschietbaan een zekere recreatieve functie niet kan worden ontzegd, er in het onderhavige geval geen sprake is van een object voor dagrecreatie als bedoeld in de Brochure. Hierbij is in aanmerking genomen dat […] van de schietbaan ten tijde van het nemen van het bestreden besluit slechts 2 avonden per week gebruik werd gemaakt. Uit het vorenstaande volgt dat verweerders *terecht* hebben aangenomen dat aan de kokerschietbaan geen categorie II-bescherming als bedoeld in de Brochure toekomt. (97/6)
> *(Appellanten voeren aan dat de in de geluidvoorschriften opgenomen geluidgrenswaarden niet aansluiten bij het referentieniveau van het omgevingsgeluid en de grenswaarden die in de circulaire Industrielawaai worden genoemd.) Ter invulling van de hun toekomende beoordelingsvrijheid wat betreft geluidhinder hebben verweerders de circulaire Industrielawaai (hierna: de circulaire) gehanteerd. De Afdeling acht dit niet in strijd met het recht. Verweerders hebben bij het beoordelen van de geluidbelasting vanwege de inrichting en het stellen van geluidgrenswaarden aansluiting gezocht bij de in de circulaire gehanteerde streefwaarden. Zij hebben de omgeving van de inrichting getypeerd als een woonwijk in de stad, waarvoor ingevolge de circulaire wat betreft het equivalente geluidniveau vanwege de inrichting streefwaarden gelden van 50, 45 en 40 dB(A) voor respectievelijk de dag-, avond- en nachtperiode. De Afdeling is *niet gebleken* dat verweerders de onderhavige woonwijk *ten onrechte* hebben getypeerd als een woonwijk in de stad. […] De Afdeling stelt vast dat ook de door verweerders gestelde piekgeluidgrenswaarden overeenkomstig de in de circulaire aanbevolen grenswaarden voor het maximale geluidniveau vanwege de inrichting zijn. De Afdeling is derhalve van oordeel dat verweerders *terecht* hebben geoordeeld dat de door hen gestelde geluidgrenswaarden aansluiten bij de in de circulaire aanbevolen streefwaarden. (00/52)
> *De Afdeling stelt op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting vast dat verweerder de directe omgeving van de inrichting *op goede gronden* in categorie III van de Brochure heeft ingedeeld. Weliswaar zijn in de directe omgeving van de inrichting diverse burgerwoningen gelegen, doch deze zijn niet zodanig geconcentreerd dat het gebied daardoor een bepaalde woonfunctie verkrijgt als is vereist in een categorie II-situatie. (03/44)
> *(De stofemissienorm en de maatregelen die in de voorschriften zijn vastgelegd, voldoen volgens appellanten niet aan de stand der techniek, zoals die is beschreven in de Nederlandse emissierichtlijnen lucht) Mede gelet op het deskundigenbericht van de StAB is de Afdeling van oordeel dat de voorgeschreven maatregelen *overeenstemmen* met hetgeen in de NeR als de stand der techniek is beschreven. (03/4)

> *(Dit is het vervolg op de onder de eerste categorie genoemde overweging uit deze uitspraak) De aan de vergunning verbonden voorschriften die zien op de opslag van gevaarlijke (afval)stoffen, *voldoen aan de eisen die in de richtlijn worden gesteld* en zijn in zoverre ook gebruikelijk. (03/26)
> *Verweerder heeft de overschrijdingen van de in de Handreiking aanbevolen richtwaarden toelaatbaar geacht. Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting heeft hij in het kader van zijn bestuurlijke afweging hiertoe onder meer in aanmerking genomen dat de activiteiten op het werkterrein tijdelijk worden uitgevoerd. Voorts heeft hij overwogen dat blijkens het akoestisch rapport geen nadere geluidreducerende maatregelen kunnen worden genomen. De Afdeling is van oordeel dat verweerder op grond van deze overwegingen *in redelijkheid* heeft kunnen besluiten tot het vaststellen van de in de voorschriften S.1 en S.3 genoemde geluidgrenswaarden, voorzover deze waarden de etmaalwaarde van 50 dB(A) niet overschrijden. Wat betreft de geluidgrenswaarden die de etmaalwaarde van 50 dB(A) overschrijden […] acht de Afdeling deze motivering, gelet op het feit dat *deze waarden hoger zijn dan hetgeen de Handreiking maximaal toestaat*, niet toereikend. In zoverre is het bestreden besluit dan ook in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht, dat eist dat een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering. (03/35)

De bovenstaande overwegingen bevatten bijna alle een volle toets.

In de eerste twee overwegingen van de eerste categorie toetst de Afdeling, terecht, geheel vol. De derde en laatste overweging lijkt daarentegen een marginale beoordeling van de vraag of de gekozen richtlijn wel ziet op de vergunde activiteiten. Een verklaring hiervoor ligt misschien in de halfslachtige stelling van appellante.

Bij de tweede categorie stelt de Afdeling, geheel vol toetsend, vast of de betwiste richtlijn deugdelijk (gemotiveerd) is of niet. Dit lijkt mij ook juist.

Over de derde categorie valt nog iets meer te zeggen. In de eerste drie overwegingen daarvan gaat het om de uitleg van een term, waaraan de hoogte van het beschermingsniveau is gekoppeld dat volgens de richtlijn moet worden geboden (namelijk 'object voor dagrecreatie', 'woonwijk in de stad' respectievelijk 'een bepaalde woonfunctie'). Het gaat hier, net als bij een wettelijke term, om objectieve beoordelingsruimte, zodat de rechter vol moet toetsen. Dit doet de Afdeling ook, waar zij 'terecht' afwisselt met 'op goede gronden'. De vierde en vijfde overweging bevatten een toets of de in de vergunning gestelde eisen overeenstemmen met de eisen die in de richtlijn zijn opgenomen. Ook hier is een volle toets op zijn plaats, nu vastgesteld moet worden of het bevoegd gezag op dit punt inderdaad de richtlijn heeft gevolgd. De zesde en laatste overweging bevat mede een marginale toets. Dit is echter wel juist, vanwege het feit dat de in dit geval gebruikte richtlijn, de Handreiking industrielawaai

en vergunningverlening, beleidskeuzes bevat.[55] Het bevoegd gezag zal de door hem gemaakte keuzes moeten onderbouwen, die de rechter vervolgens marginaal moet toetsen.

3.8 Formele tekortkomingen

Met enige regelmaat wordt in milieuvergunningzaken een formeel gebrek aangevoerd;[56] in de onderzochte zaken 35 keer. Het betreft vaak de (vermeende) schending van een procedurevoorschrift uit afdeling 3.5 Awb (oud), die de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure regelde, of uit hoofdstuk 13 van de Wet milieubeheer, dat aanvullende procedurevoorschriften bevat.[57] Hierbij valt te denken aan het onjuist bekendmaken van het ontwerp-besluit, het niet met het ontwerp ter inzage leggen van relevante stukken en het niet behandelen van ingebrachte bedenkingen. Enkele voorbeelden:

> *(Appellant voert aan dat de aanvraag niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard wegens het ontbreken van een aanvraag om een Wvo-vergunning.) De Afdeling overweegt dat uit het onderzoeksverslag van de ABM volgt dat bij de activiteiten waarvoor vergunning is aangevraagd *geen afvalwater vrijkomt*. Gelet op hetgeen appellant aan zijn bezwaar ten grondslag heeft gelegd, ziet de Afdeling geen aanleiding te twijfelen aan de juistheid van het onderzoeksverslag ter zake. (97/10)
>
> *(Appellanten hebben aangevoerd dat hen redelijkerwijs niet kan worden verweten dat zij geen bedenkingen tegen het ontwerp-besluit hebben ingebracht, omdat verweerders hebben gehandeld in strijd met artikel 13.4 Wm.) In artikel 13.4, aanhef en onder b, van de Wet milieubeheer is bepaald dat […] van het ontwerp mededeling wordt gedaan door een niet op naam gestelde kennisgeving aan de gebruikers van gebouwde eigendommen die in de directe omgeving van de inrichting liggen, voor zover zodanige kennisgeving kan dienen om het beoogde doel te bereiken. Gebleken is dat verweerders aan dit artikel onderdeel geen toepassing hebben gegeven. Aangezien de woningen van appellanten in de directe omgeving van de

55 In de Handreiking wordt voor de vaststelling van de equivalente (gemiddelde) geluidgrenswaarden primair aanbevolen om aan te sluiten bij de daarin genoemde richtwaarden, die afhangen van het type omgeving. Overschrijding van de richtwaarden tot het referentieniveau van het omgevingsgeluid is bij bestaande inrichtingen sowieso mogelijk, maar daartoe kan bij nieuwe inrichtingen pas worden overgegaan na een *bestuurlijk afwegingsproces*. Voorts kan bij bestaande inrichtingen overschrijding van het referentieniveau tot een maximum etmaalwaarde van 55 dB(A) toelaatbaar worden geacht, op grond van een *bestuurlijk afwegingsproces* waarbij de geluidbestrijdingskosten een belangrijke rol dienen te spelen. (Of een inrichting bestaand of nieuw is, zou overigens weer vol moeten worden getoetst.)

56 Zie over handhavingsuitspraken het slot van deze subparagraaf.

57 Op 1 juli 2005 is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, geregeld in afdeling 3.4 Awb (nieuw) in werking getreden, waarin de oude afdelingen 3.4 en 3.5 zijn samengevoegd. In samenhang hiermee is hoofdstuk 13 Wm ook versoberd.

inrichting liggen en een kennisgeving had kunnen dienen om het beoogde doel te bereiken, hebben verweerders dit *ten onrechte* nagelaten. (97/16)
*Appellanten sub 1 voeren aan dat zij overlast ondervinden als gevolg van lozingen op het riool. Zij stellen in dat verband dat het riool een te geringe capaciteit heeft om het bedrijfsafvalwater afkomstig uit de inrichting te verwerken. Verweerders zijn in het bestreden besluit niet ingegaan op de bedenking tegen het ontwerp van het bestreden besluit waarin hetzelfde bezwaar naar voren is gebracht. In zoverre *is het besluit in strijd met artikel 3:27* van de Algemene wet bestuursrecht, dat bepaalt dat het bestuursorgaan bij de bekendmaking van het besluit zijn overwegingen omtrent de ingebrachte bedenkingen vermeldt. Voor zover verweerders van mening mochten zijn dat het hier aan de orde zijnde aspect niet bij de beoordeling van de aanvraag behoeft te worden betrokken, overweegt de Afdeling dat dit niet juist is omdat het hier gaat om een aspect dat betrekking heeft op de gevolgen voor het milieu die de inrichting kan veroorzaken. De beroepsgrond treft derhalve doel. (00/9)
*(Appellanten voeren aan dat de aanvraag en het ontwerp-besluit ten onrechte niet zijn gepubliceerd in het aan de Eems-Dollard grenzende woongebied in Duitsland.) Uit de parlementaire geschiedenis van de Awb blijkt dat onder het 'beoogde doel' als bedoeld in artikel 3:19, onder b, van de Awb wordt verstaan: het bereiken van dat deel van het publiek dat redelijkerwijs betrokken moet worden bij de besluitvorming. […] Gelet op hetgeen door verweerder is betoogd en hetgeen door de deskundige naar voren is gebracht over de te verwachten gevolgen van het in werking zijn van de inrichting voor het milieu, heeft verweerder zich naar het oordeel van de Afdeling *terecht* op het standpunt gesteld dat in het betrokken woongebied in Duitsland geen gevolgen voor het milieu te verwachten zijn. Publicatie van het ontwerp-besluit in Duitsland was derhalve krachtens artikel 3:19 van de Awb *niet noodzakelijk*. (00/31)
*Appellanten sub 1 zijn van mening dat verweerder niet alle ter inzage gelegde stukken conform artikel 3:22, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht aan hen heeft toegezonden. Verweerder betoogt dat hij afschriften van alle ter inzage gelegde stukken, die door appellanten sub 1 zijn opgevraagd, aan de gemachtigde van appellanten heeft verstrekt. Tijdens het verhandelde ter zitting is *niet gebleken* dat dit anders zou zijn. Voorts heeft de gemachtigde van appellanten sub 1 ter zitting gesteld in het bezit te zijn van onder andere de aanvraag, de tekening van de inrichting, het ontwerp van het besluit en de daarbij behorende voorschriften. Gelet op het vorenstaande is naar het oordeel van de Afdeling van enig handelen in strijd met artikel 3:22 van de Algemene wet bestuursrecht door verweerder *niet gebleken*. (03/8)
*Appellanten voeren aan dat de ter inzage legging van het ontwerp van het besluit op onjuiste wijze is geschied, aangezien de berekeningen van het wegverkeerslawaai die mede ten grondslag liggen aan de beoordeling van de directe geluidhinder vanwege de inrichting, niet ter inzage zijn gelegd. De Afdeling stelt vast dat de berekeningen van het wegverkeerslawaai in verband met het ontwerp zijn gebruikt en mede ten grondslag hebben gelegen aan de beoordeling van de directe geluidhinder veroorzaakt door de inrichting. In zoverre waren deze berekeningen redelijkerwijs nodig voor een beoordeling van het ontwerp. De omstandigheid dat verweerder deze berekeningen bij het verlenen van een eerdere vergunning als uitgangspunt heeft gebruikt en dat verweerder bij de beoordeling van de geluidhinder heeft

aangesloten bij de grenswaarden uit deze eerdere vergunning, leidt niet tot een andersluidend oordeel. Derhalve dienen deze berekeningen te worden aangemerkt als een rapport als bedoeld in artikel 3:21, eerste lid, aanhef en onder c, van de Algemene wet bestuursrecht en *was ter inzage legging van dit rapport* met het ontwerp van het bestreden besluit *verplicht*. In zoverre is het bestreden besluit naar het oordeel van de Afdeling in strijd met artikel 3:21, eerste lid, aanhef en onder c, van de Algemene wet bestuursrecht. (03/54)
*Appellanten betogen dat verweerder niet de juiste procedure heeft gevolgd, omdat in de bekendmaking van het bestreden besluit is vermeld dat de vergunning na afloop van de beroepstermijn, te weten op 22 februari 2003, van kracht wordt, terwijl hierin tevens is vermeld dat de beroepstermijn tot en met 7 maart 2003 liep. Verweerder heeft onweersproken gesteld dat het bestreden besluit zes weken ter inzage heeft gelegen. *Niet kan worden geoordeeld dat verweerder* door voornoemde kennelijke verschrijving *niet de wettelijk voorgeschreven procedure heeft gevolgd*. (03/62)

De toetsing in al deze overwegingen is vol. Dit wekt geen verbazing, nu het in feite gaat om toetsing aan een wettelijke bepaling. Een aantal toetsen is geheel vol ('ten onrechte', 'in strijd met'), een aantal andere bevat enige terughoudendheid (dubbele ontkenning, 'niet gebleken is').

Buiten schending van de voornoemde wettelijke procedurevoorschriften is in twee gevallen aangevoerd dat het bevoegd gezag bij de beslissing op de vergunningaanvraag ten onrechte een latere wijziging daarvan heeft meegenomen. De intensiteit van de toets is in deze twee, hieronder aangehaalde, overwegingen onduidelijk, met de woorden 'mogen' en 'kunnen' (zie hierover nader de bespreking van de beginselen van behoorlijk bestuur respectievelijk van het beschermingsniveau hiervoor). Met het laatste is vermoedelijk een marginale toets beoogd.

*Appellante brengt naar voren dat vergunning is gevraagd voor het houden van dieren in traditionele stallen. Op grond hiervan is appellante van mening dat verweerders niet op de aanvraag hebben beschikt, nu zij vergunning hebben verleend met inachtneming van de op 25 augustus 1998 ingediende wijziging. Niet in geschil is dat de aanvulling/wijziging van de aanvraag dateert van vóór de terinzagelegging van het ontwerp-besluit en dat deze is gekenmerkt als behorende bij de aanvraag en als zodanig met het ontwerp-besluit ter inzage is gelegd. Onder verwijzing naar haar uitspraak van 31 augustus 1999, no. E03.97.1116 (aangehecht), overweegt de Afdeling, dat – ongeacht de aard van de aanvulling/wijziging – in dit geval niet kan worden gesteld dat appellante en/of anderen in hun processuele belangen zijn geschaad doordat verweerders de aanvulling/wijziging deel hebben laten uitmaken van de aanvraag. Gelet op het vorenstaande valt niet in te zien dat verweerders de aanvulling/wijziging van de aanvraag niet bij de oorspronkelijke aanvraag hadden *mogen* betrekken en in behandeling hadden *mogen* nemen. (00/54)
*(Appellant voert aan dat een wijziging van de vergunningaanvraag ten onrechte door verweerder bij de vergunningprocedure is betrokken. Vergunninghoudster heeft beoogd om bij brief van 5 juni 2002 de vergunningaanvraag aan te passen naar aanleiding van de ingebrachte bedenkingen. Het betreft onder meer het

> terugbrengen van de sluitingstijd van het onbemande tankstation.) De Afdeling stelt vast dat de in de brief van 5 juni 2002 opgenomen wijzigingen uitsluitend positieve gevolgen voor het milieu behelzen ten opzichte van de aanvraag. Nu niet is gebleken dat appellanten dan wel derden door de wijzigingen en de gevolgen daarvan in hun belangen zijn geschaad, is de Afdeling van oordeel dat verweerder onder deze omstandigheden *ervan heeft kunnen uitgaan* dat de aanvraag is gewijzigd en op grond daarvan zijn besluit *heeft kunnen nemen*. (03/14)

In de onderzochte handhavingsuitspraken heb ik 3 overwegingen met betrekking tot een formeel gebrek aangetroffen. Hier gaat het ook om wettelijke procedurevoorschriften, maar dan uiteraard de voorschriften die gelden voor beslissingen op bezwaar (onder andere uit hoofdstuk 7 van de Awb). De Afdeling toetst ook in deze overwegingen vol. Een voorbeeld:

> *Appellante heeft als bezwaar van formele aard aangevoerd dat verweerders in strijd met artikel 7:13, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht niet voor het horen door de adviescommissie zijn uitgenodigd en niet in de gelegenheid zijn gesteld een toelichting te geven op het standpunt van verweerders. Uit de stukken, *noch* het verhandelde ter zitting *is gebleken dat niet overeenkomstig artikel 7:13* van de Awb is gehandeld. Het beroep kan in zoverre dan ook niet slagen. (00/24)

3.9 Onvolledigheid en onduidelijkheid aanvraag

In deze subparagraaf bespreek ik de beoordeling door de Afdeling van de 22 gronden waarin wordt aangevoerd dat de aanvraag om vergunning onvolledig of onduidelijk is. Bij onvolledigheid van de aanvraag kan het gaan om een ontbrekend technisch rapport of meer in het algemeen om onvoldoende inzicht in de nadelige gevolgen voor het milieu van de aangevraagde activiteiten. Een (aangevoerde) onduidelijkheid met betrekking tot de aanvraag betreft bijvoorbeeld de vraag welke stukken deel uitmaken van de aanvraag of welke activiteiten zijn aangevraagd. Het onderscheid tussen onvolledigheid of onduidelijkheid kan overigens niet altijd strikt worden gemaakt.

De wet stelt eisen aan de gegevensverstrekking bij de aanvraag, namelijk in art. 8.5 lid 1 Wm in samenhang met art. 5.1 e.v. van het Inrichtingen- en vergunningenbesluit (Ivb) en, voorheen, in art. 5 lid 2 Hinderwet in samenhang met art. 2 lid 1 Hinderbesluit. Het gaat hierbij primair om de volledigheid van de gegevensverstrekking. In de meeste onderzochte uitspraken toetst de Afdeling aan de wettelijke regeling. In de uitspraken uit 1997 volstaat zij daarmee.

> *Appellanten zijn van mening dat de vergunningaanvraag ontoereikend moet worden geacht. Daartoe hebben zij met name aangevoerd dat daarin geen inzicht wordt gegeven in het werkingsprincipe en de besturing van de crematie-ovens, de opvang van vliegas en roet alsmede in de zuivering van de uitstoot. [Volgt weergave van artikel 5 lid 2 Hinderwet jo. artikel 2 lid 1, onder b en c Hinder-

besluit] De Afdeling stelt vast dat in de aanvraag is vermeld welke activiteiten in de inrichting verricht zullen worden, alsmede dat de aanvraag informatie bevat over de te plaatsen ovens en het gebezigde elektromotorische vermogen. Verder omvat de aanvraag plattegrondtekeningen die informatie verschaffen over de indeling van de inrichting en de ligging daarvan in de omgeving. Tevens verschaft de aanvraag informatie omtrent de te verwachten emissies naar de buitenlucht ten gevolge van het in werking zijn van het crematorium. Gelet op het vorenstaande komt de Afdeling tot het oordeel dat *bij de aanvraag de wettelijk vereiste informatie is overgelegd*. (97/5)
*Appellanten voeren aan dat de vergunningverlening onzorgvuldig is geweest door het ontbreken van een situatietekening en een akoestisch rapport bij de terinzagelegging van het besluit. De Afdeling overweegt dienaangaande dat bij de aanvraag de resultaten van een geluidmeting van 5 oktober 1993 zijn gevoegd. Hoewel met het bijvoegen van bedoelde meetresultaten slechts een summiere invulling is gegeven aan het bepaalde in artikel 5.1 onder h van de Ivb *kan*, voor wat betreft de geluidbelasting vanwege de inrichting, *van ontoereikendheid van de aanvraag niet worden gesproken*. Verweerders *konden* in dit geval naar het oordeel van de Afdeling afzien van het vragen van gegevens omtrent de geluidbelasting als bedoeld in artikel 5.10 van het Ivb. Met betrekking tot de situatietekening staat vast dat deze bij de terinzagelegging van de stukken ontbrak, ofschoon *de verplichting hiertoe moet volgen uit artikel 13.12* (oud) van de Wet milieubeheer. [Volgt passering van het gebrek omdat appellanten al kennis hadden genomen van de tekening.] (97/10)
*De Afdeling is, mede op grond van deskundigenbericht, van oordeel dat de ontbrekende gegevens over emissie van schadelijke stoffen in de buitenlucht noodzakelijk zijn voor een goede milieuhygiënische beoordeling van de vergunningaanvraag. […] Aangezien de aanvraag, gelet op het vorenoverwogene, wat betreft de daarbij opgenomen gegevens over luchtverontreinigende stoffen die in de inrichting vrijkomen *niet voldoet aan artikel 8.5* van de Wet milieubeheer in samenhang met artikel 5.1 van het Ivb, *hadden verweerders aanleiding moeten zien* toepassing te geven aan artikel 4:5 van de Awb, en de aanvraagster gelegenheid moeten bieden de aanvraag op dit punt aan te vullen. (97/35)
**Niet is gebleken dat de aanvraag een verkeerd beeld* van de samenstelling van de inrichting *geeft*. Gelet hierop bestaat er naar het oordeel van de Afdeling geen grond voor het oordeel dat verweerders de onderhavige aanvraag niet in behandeling hadden *mogen* nemen. (97/25)
*In zoverre *blijkt uit de aanvraag derhalve onvoldoende duidelijk* op welke activiteiten de vergunning betrekking heeft. Naar het oordeel van de Afdeling had een nadere specificatie van de 'recreatiedoeleinden' dan ook niet mogen ontbreken. Verder merkt de Afdeling op dat […] omtrent het aantal bezoekers van het buitenterrein van de inrichting, dat onder meer een speeltuin en een terras omvat, geen gegevens zijn verstrekt. Deze tekortkomingen staan in de weg aan een beoordeling van met name de indirecte hinder die van het in werking zijn van de inrichting valt te duchten. Verweerders *hadden de aanvraag daarom niet-ontvankelijk moeten verklaren*. (97/12)

In 2000 en 2003 voegt de Afdeling aan de (volle) toets aan het Ivb een (marginale) overweging toe of verweerder in redelijkheid heeft kunnen stellen dat de aanvraag voldoende informatie bevat.

> *Verder hebben zij betoogd dat de aanvraag onvolledig is omdat de woningen […] niet op de daarbij gevoegde situatietekening zijn aangegeven. In artikel 8.5, eerste lid, van de Wet milieubeheer is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop de aanvraag moet geschieden en de gegevens die door de aanvrager moeten worden verstrekt met het oog op de beslissing op de aanvraag. Hieraan is uitvoering gegeven in het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer. In hetgeen appellanten hebben aangevoerd en ook overigens ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de aanvraag niet voldoet aan het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer *of dat verweerders niet in redelijkheid hebben kunnen stellen dat de aanvraag voldoende informatie bevat om een goede beoordeling van de gevolgen voor het milieu ten gevolge van het in werking zijn van de inrichting mogelijk te maken*. (00/16)
> *Gelet op de stukken stelt de Afdeling vast dat de aanvraag voldoende inzicht biedt in het aantal aangevraagde duiven en de belasting van het milieu die deze duiven veroorzaken. Zo is in de aanvraag en de bijbehorende brief van 2 november 2001 vermeld dat van de binnen de inrichting te houden duiven er twee keer daags 100 zullen uitvliegen. Voorts is beschreven op welke wijze de van de duiven afkomstige mest zal worden verwijderd. Om die reden is de Afdeling van oordeel dat hetgeen appellanten hebben aangevoerd *niet* tot het oordeel leidt dat verweerder zich *niet in redelijkheid* op het standpunt heeft kunnen stellen dat de aanvraag voldoende informatie bevat voor een goede beoordeling van de gevolgen voor het milieu. (03/32)
> *In de aanvraag om vergunning heeft vergunninghoudster verwezen naar de aanvraag om de onderliggende vergunning. Niet gebleken is dat er sindsdien wijzigingen in de inrichting hebben plaatsgevonden waardoor de onderliggende aanvraag niet meer representatief zou zijn voor de huidige bedrijfsvoering. De Afdeling overweegt dat in het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer criteria zijn opgenomen waaraan de aanvraag *dient te voldoen*. Uit niets blijkt dat niet verwezen zou *mogen* worden naar een aanvraag waarop reeds is beslist. Indien die aanvraag voldoet aan de voormelde criteria, ziet de Afdeling geen reden waarom een (nieuwe) aanvraag die daarnaar verwijst niet door het bevoegd gezag in behandeling zou *mogen* worden genomen. (03/39)
> *Appellant betoogt dat verweerder de aanvraag ten onrechte in behandeling heeft genomen, omdat de aanvraag onvoldoende gegevens bevat om op te beslissen. *Hoewel de aanvraag niet aan de eisen van artikel 7* van het Uitvoeringsbesluit verontreiniging rijkswateren *voldoet*, heeft verweerder, gelet op de in de aanvraag vermelde gegevens, zich *in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen* dat de aanvraag voldoende informatie bevat voor een goede beoordeling van de gevolgen voor het milieu. Gelet op artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht heeft verweerder de aanvraag dan ook *in redelijkheid* in behandeling kunnen nemen. (03/65)

Ik heb mij afgevraagd waarom de Afdeling er toe is overgegaan om de genoemde aanvullende overweging te gebruiken en waarom deze marginaal is.

De Afdeling benadert het vraagstuk van de toereikendheid van de aanvraag vanuit art. 4:5 lid 1 Awb. Dit artikel bepaalt dat het bevoegd gezag kan besluiten een aanvraag niet inhoudelijk te behandelen, onder meer indien de ver-

strekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag (mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag aan te vullen). De verplichte gegevensverstrekking bij de aanvraag heeft natuurlijk tot doel dat het bevoegd gezag de gevolgen voor het milieu van de aangevraagde activiteiten kan beoordelen. De tegenhanger van deze plicht voor de aanvrager is de bevoegdheid van het bevoegd gezag om bij onvoldoende informatie de aanvraag buiten behandeling te laten. Bevoegdheid, geen plicht, want art. 4:5 lid 1 Awb is een zogenoemde 'kan-bepaling', met beleidsruimte.[58] Het bevoegd gezag kan er dus voor kiezen om een aanvraag toch in behandeling te nemen, ook al zijn niet alle benodigde gegevens in de aanvraag vermeld.[59]

Vervolgens rijst de vraag of het bevoegd gezag beoordelingsruimte toekomt bij het bepalen of de overgelegde gegevens voldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag. De Afdeling vindt van wel. Het lijkt mij zeker verdedigbaar om aan te nemen dat de bevoegdheidsvoorwaarde 'onvoldoende' uit art. 4:5 lid 1 Awb (subjectieve) beoordelingsruimte behelst.[60] Anderzijds bevat art. 5.1 lid 1 Ivb voor het milieurecht een uitgebreide opsomming van de gegevens die bij een vergunningaanvraag (in ieder geval) moeten worden overgelegd. Gezien de mate van gedetailleerdheid lijkt deze bepaling uitputtend bedoeld. Nu zij bovendien imperatief is geformuleerd ('In de aanvraag vermeldt de aanvrager') en geen beoordelingsruimte bevat,[61] lijkt een volle toets aangewezen. Er bestaat op dit punt dus een discrepantie tussen de bijzondere regeling van het Ivb en de algemene regeling van de Awb. Voor de keuze van de Afdeling om bij de tekst van art. 4:5 lid 1 Awb aan te sluiten, pleit het feit dat deze bepaling zich richt tot het bevoegd gezag, terwijl art. 5.1 lid 1 Ivb is gericht tot de aanvrager.

De Afdeling neemt, als gezegd, beoordelingsruimte aan. Zoals uit de laatste aangehaalde uitspraak 03/65 blijkt, acht de Afdeling het zelfs niet altijd noodzakelijk dat alle volgens de wet vereiste gegevens in de aanvraag zijn vermeld. Het is mogelijk dat de aanvraag desondanks voldoende informatie bevat voor het bevoegd gezag om deze in behandeling te nemen. Dit impliceert dat de

58 Zie over de termen beleidsruimte en beoordelingsruimte hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.

59 Volgens vaste jurisprudentie moet het bevoegd gezag dan echter wel op andere wijze de beschikking hebben of krijgen over deze gegevens, anders handelt het in strijd met art. 3:2 Awb door toch inhoudelijk te beslissen op de aanvraag. Zie bijvoorbeeld twee uitspraken van de Afdeling van 28 december 2005, 200501665/1, *Gst.* 2006, 7245, 25, m.nt. Teunissen, (geen strijd met art. 3:2) en 200502188/1, *Gst.* 2006, 7245, 26 (wel strijd met art. 3:2).

60 In de totstandkomingsgeschiedenis van art. 4:5 Awb wordt hierover niets vermeld.

61 Met uitzondering van het bepaalde onder d: 'de indeling, de uitvoering, de activiteiten en de processen in de inrichting en de ten behoeve daarvan toe te passen technieken of installaties, waaronder begrepen de wijze van energievoorziening, *voor zover die redelijkerwijs van belang kunnen zijn* [curs. TCL] voor de beoordeling van de nadelige gevolgen voor het milieu, die de inrichting kan veroorzaken'

desbetreffende wettelijke regeling naar het oordeel van de Afdeling in ieder geval voor sommige gevallen overbodige eisen stelt.

De Afdeling toetst bij de hier besproken toetsingsgrond soms wel en soms niet *expliciet* aan art. 4:5 lid 1 Awb. In de aangehaalde overwegingen doet zij dit voorts op uiteenlopende wijze. In uitspraak 03/65 overweegt de Afdeling, in lijn met het voorgaande, dat verweerder gelet op art. 4:5 de aanvraag 'in redelijkheid' in behandeling heeft kunnen nemen. In twee overwegingen uit 1997 hanteert de Afdeling echter een volle toets: verweerders hadden de aanvraag daarom niet-ontvankelijk moeten verklaren respectievelijk hadden aanleiding moeten zien toepassing te geven aan art. 4:5 (97/12[62] respectievelijk 97/35). In twee andere gevallen overweegt de Afdeling dat geen grond bestaat voor het oordeel dat het bevoegd gezag de aanvraag niet in behandeling had mogen nemen (97/25 en 03/39). Ik heb eerder gesteld dat onduidelijk is of 'mogen' op een marginale of volle toets duidt.

De aangehaalde uitspraak 97/10 bevat nog een opmerkenswaardige overweging over art. 5.10 Ivb. Op grond van die bepaling moet, bij inrichtingen die veel geluid veroorzaken, de aanvrager op verzoek van het bevoegd gezag bepaalde informatie over de geluidbelasting meedelen. Het bevoegd gezag heeft op grond hiervan beleidsruimte met betrekking tot het vragen van de informatie. In de aangehaalde overweging heeft de Afdeling vermoedelijk wel een marginale toets beoogd ('verweerders konden afzien van'), maar de toetsingsmaatstaf is niet geheel duidelijk.

In een aantal gevallen acht de Afdeling een toets aan de voornoemde wettelijke regeling kennelijk niet nodig, omdat duidelijk is dat de grond geen doel treft. Het betreft hier steeds een gestelde onduidelijkheid met betrekking tot de vraag wat precies vergund is, en dus niet de vraag of voldoende gegevens zijn overgelegd om de gevolgen voor het milieu te kunnen beoordelen. De Afdeling legt in deze gevallen een (al dan niet terughoudend) volle toets aan. Een volle toets lijkt mij juist, nu vast moet staan welke activiteiten op grond van de vergunning mogen worden verricht, en binnen welke begrenzing en met behulp van welke technieken deze worden uitgevoerd. Een terughoudendheid in die volle toets kan voortvloeien uit een gebrekkige onderbouwing van de beroepsgrond of uit het feit dat, ook na grondig onderzoek daarnaar, niet alle benodigde informatie boven tafel komt.

62 In deze uitspraak was art. 9 Wabm nog van toepassing, dat echter in het eerste lid een met art. 4:5 Awb vergelijkbaar criterium bevatte, namelijk 'ongenoegzaamheid van de bescheiden'. In eerstgenoemde bepaling werd overigens gesproken van het niet-ontvankelijk verklaren van een aanvraag in plaats van het niet behandelen daarvan.

*Appellant stelt dat niet duidelijk is, gelet op de omstandigheid dat thans is voorzien in erfbeplanting, hoe het waterbassin gesitueerd zal worden. Dienaangaande merkt de Afdeling op dat dit waterbassin is aangegeven op de tekening die van de aanvraag deel uitmaakt. Ingevolge artikel 14, tweede lid, van de Hinderwet worden de aanvraag en de bijbehorende beschrijving geacht met de vergunning een geheel uit te maken. Het standpunt van appellant kan naar het oordeel van de Afdeling dan ook *niet als juist* worden aanvaard. (97/2)
*Uit de stukken is het de Afdeling *voldoende aannemelijk* geworden dat een Groen Label-stalsysteem met nummer 93.06.008 is aangevraagd en vergund. (97/45)
*Ten slotte komt het vergunde stalsysteem niet overeen met de tekening, aldus appellante. Uit het bestreden besluit, de aanvraag en de daarbij behorende tekening blijkt dat Groen-Labelstal BB 93.06.010 is vergund voor het houden van vleesvarkens. Van het bestreden besluit maakt tevens deel uit de beschrijving van dit Groen-Labelstalsysteem. Uit deze beschrijving *blijkt* aan welke eisen het stalsysteem moet voldoen. Dat de bouwtekening volgens appellante niet geheel zou overeenkomen met de beschrijving van het Groen-Labelstalsysteem hebben verweerders, mede gelet op de gedetailleerdheid van de Groen-Labeleisen, *terecht* niet doorslaggevend geacht. (00/6)
*Ten aanzien van de beroepsgrond van appellanten sub 1 dat niet duidelijk is welke van de ter inzage gelegde stukken bij de aanvraag behoren, overweegt de Afdeling dat zowel uit de stukken als uit het verhandelde ter zitting *blijkt* dat slechts de tekening […] bij de aanvraag behoort. Voorts is duidelijk dat het ter inzage gelegde geluidrapport niet tot de aanvraag behoort, nu dit rapport in opdracht van verweerder is uitgevoerd. Dit beroepsonderdeel treft derhalve geen doel. (03/8)
*Appellante betoogt verder dat verwacht moet worden dat in de inrichting uitgebreidere horecavoorzieningen zullen worden gerealiseerd dan de voorzieningen die zijn aangevraagd. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken dat zich in de inrichting een popcornkeuken, een cateringkeuken, alsmede een ruimte voor eventuele te realiseren horecavoorzieningen bevinden. Deze eventueel te realiseren voorzieningen *zijn evenwel niet begrepen in de onderhavige vergunningaanvraag*. (03/10)
* Wat de beroepsgrond van appellanten inzake de begrenzing van de inrichting betreft, overweegt de Afdeling […] dat *uit* de bij *de aanvraag* behorende tekening *blijkt* waar de grens van de inrichting is gelegen. Voorts overweegt de Afdeling dat blijkens de stukken de voormalige inrit niet tot de inrichting behoort. Dit beroepsonderdeel treft geen doel. (03/21)

3.10 Bevoegdheid tot handhavend optreden

In de onderzochte handhavingsuitspraken wordt 25 keer aangevoerd dat het bevoegd gezag zich ten onrechte (niet) bevoegd heeft geacht om handhavend op te treden. Het gaat hierbij niet om de formele bevoegdheid van het bevoegd gezag,[63] maar om de vraag of een of meerdere voorschriften van een vergun-

63 Dat wil zeggen: valt de ondernomen activiteit onder de competentie van het optredende bestuursorgaan?

ning of AMvB zijn overtreden dan wel, bij sommige Wet milieubeheer-zaken, of is gehandeld zonder verplichte vergunning.

In 3 gevallen komt de Afdeling niet toe aan een inhoudelijke beoordeling, omdat zij (onder meer) een motiveringsgebrek signaleert.

> *Uit de stukken van het geding en het verhandelde ter zitting is de Afdeling evenwel gebleken dat verweerders appellant een schikkingsvoorstel hebben gedaan, omdat zij het niet zeker achten dat hij de verontreiniging heeft veroorzaakt. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat het standpunt van verweerders, dat het bestreden besluit strekt tot handhaving ten aanzien van de onderhavige inrichting en dat zij derhalve bevoegd waren te besluiten tot het toepassen van bestuursdwang, niet berust op een deugdelijke motivering. De Afdeling acht het bestreden besluit dan ook in strijd met artikel 4:16 (thans 3:46) van de Algemene wet bestuursrecht. (00/11)

In geval van een inhoudelijke toets beoordeelt de Afdeling of de door het bevoegd gezag dan wel een verzoeker om handhaving gestelde overtreding heeft plaatsgevonden. Soms is daarbij de vraag of de activiteiten wel worden verricht in het kader van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer, omdat bij negatieve beantwoording van die vraag geen vergunningplicht geldt en er dan in zoverre geen grondslag bestaat voor handhavend optreden.

Of met de litigieuze handeling(en) een vergunningvoorschrift of AMvB-bepaling is overtreden, stelt de Afdeling aan de hand van de stukken vol vast. Soms betracht zij hierbij enige terughoudendheid in de formulering, bijvoorbeeld dat de overtreding 'voldoende aannemelijk' is geworden of dat daarvan 'niet is gebleken'. De 'slottoets' of het bestuursorgaan bevoegd was handhavend op te treden, is (uiteraard) geheel vol, omdat dat rechtstreeks voortvloeit uit het oordeel of er een overtreding heeft plaatsgevonden.

In de tweede hieronder aangehaalde overweging, uit uitspraak 00/38, gebruikt de Afdeling de term 'mogen'. Bij de toetsingsgrond 'strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur' kwam ik deze onduidelijke toetsingsmaatstaf reeds meermalen tegen. Hier gaat het om de vraag of een geluidgrenswaarde is overschreden, waarbij een volle toets gepast zou zijn.

> *De Afdeling overweegt dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting *niet blijkt dat* ten tijde van het besluit van 21 september 1994, of ten tijde van de beslissing op bezwaar *deze voorschriften* en nadere eisen door [de drijver van de inrichting] *werden overtreden*. Derhalve *waren verweerders niet bevoegd* bestuurlijke handhavingsmiddelen toe te passen. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat verweerders terecht niet tot toepassing van bestuurlijke handhavingsmiddelen zijn overgegaan en de bezwaren van appellant *terecht* ongegrond hebben verklaard. (97/31)
> *Appellant heeft met betrekking tot de geluidmeting met name aangevoerd dat ten onrechte niet bij zijn woning is gemeten. Hij stelt verder dat de door de inrichting veroorzaakte geluidbelasting wisselt, onder meer omdat de koelingen niet altijd in werking zijn. Daarom betwijfelt appellant of op basis van de meting kon worden

geconcludeerd dat de inrichting overeenkomstig de geldende geluidgrenswaarden in werking is. De Afdeling overweegt als volgt. Gesteld noch gebleken is dat de geluidmeting van 22 januari 1998 niet juist is uitgevoerd. De Afdeling vindt verder geen aanknopingspunten voor het oordeel dat ten tijde van de meting geen representatieve geluidbelasting optrad. Er is niet bij de woning van appellant gemeten. Nu echter, zoals verweerders ter zitting hebben aangegeven, bij woningen die dichter bij de belangrijkste geluidbronnen staan een geluidniveau van ongeveer 36 dB(A) is gemeten, *moet ervan worden uitgegaan dat* bij de woning van appellant tijdens de meting *geen overschrijding* van de grenswaarde van 40 dB(A) *optrad*. Gezien het voorgaande ziet de Afdeling geen reden voor het oordeel dat verweerders ten tijde van het nemen van het bestreden besluit niet hebben mogen concluderen dat de inrichting overeenkomstig de voor de nachtperiode geldende geluidgrenswaarde in werking was. Overigens is ook bij een nadien, op 18 mei 1998, verrichte geluidmeting geen overschrijding geconstateerd. Bij die meting werd in de nachtperiode bij de woning van appellant een geluidniveau van ongeveer 37 dB(A) gemeten. Nu verweerders *hebben mogen concluderen* dat de voor de inrichting geldende geluidgrenswaarde in de nachtperiode niet werd overschreden, hebben zij *terecht* besloten geen bestuurlijke handhavingsmiddelen toe te passen. (00/38)

*(Appellant heeft aangevoerd dat de voorschriften 3.1.1, 10.2 en 23.2.4 van Bijlage I behorende bij het Besluit herstelinrichtingen voor motorvoertuigen milieubeheer ten tijde van het bestreden besluit niet meer werden overtreden, zodat verweerders de hierop betrekking hebbende lasten onder dwangsom ten onrechte niet hebben ingetrokken.) Ter zitting hebben verweerders verklaard dat ten tijde van de hoorzitting waarin het door appellant tegen het besluit van 19 november 1999 ingediende bezwaarschrift is behandeld, aan deze overtredingen geen einde was gemaakt. Met betrekking tot de overtreding van voorschrift 3.1.1 *is uit de stukken gebleken* dat bij een controle in de inrichting op 23 augustus 1999 grote hoeveelheden thinner en verven, alsmede autospuiten zijn aangetroffen. Ter zitting hebben verweerders verklaard dat tevens verfresten zijn aangetroffen. Dat, naar appellant stelt, ten tijde van het bestreden besluit wel een einde was gemaakt aan de hiervoor bedoelde overtredingen, is door hem, gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting, *aangetoond noch aannemelijk gemaakt*. Gelet op het vorenstaande *waren verweerders bevoegd* ter zake van de overtreding van de voorschriften 3.1.1, 10.2 en 23.2.4 van Bijlage I behorende bij het Besluit lasten onder dwangsom op te leggen. (00/63)

*(Afdeling: voorschrift A.2.1 eist geen expliciete instemming van verweerder met het geluidrapport.) Verweerder heeft appellante niet duidelijk op de hoogte gesteld van eventuele gebreken van het bovengenoemde rapport en – dus – niet behoorlijk in de gelegenheid gesteld dergelijke gebreken te verhelpen. Appellante mocht er daarom van uitgaan dat zij gerechtigd was de poedertoren ook tussen 19.00 en 07.00 uur in gebruik te hebben. In zoverre was er dus *geen sprake van overtreding* van voorschrift A.2.1, zodat het besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom in dit opzicht in strijd was met artikel 125 van de Gemeentewet in samenhang met de artikelen 5:21 en 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht. Nu verweerder de stelling dat voorschrift A.2.1 is overtreden in het bestreden besluit heeft gehandhaafd, is het bestreden besluit eveneens in strijd met bovengenoemde artikelen. (03/13)

*Daargelaten de precieze hoogte van de overschrijding van de in voorschrift B.1.2 gestelde geluidgrenswaarden, is het, gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting, naar het oordeel van de Afdeling *voldoende aannemelijk* geworden dat er op de betrokken immissiepunten een meer dan verwaarloosbare overschrijding van de normen plaatsvond. Verweerder was dan ook in zoverre bevoegd een last onder dwangsom op te leggen. (03/13)
*Niet in geschil is dat appellant agrarische activiteiten uitoefent ten gevolge waarvan een lozing kan plaatsvinden als bedoeld in artikel 19, eerste lid, van het Lozingenbesluit. Op grond van de stukken stelt de Afdeling vast dat de aan appellant verleende vergunning krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren geen betrekking heeft op het lozen als gevolg van deze agrarische activiteiten. Het Lozingenbesluit is derhalve van toepassing op lozingen als gevolg van de door appellant uit te voeren agrarische activiteiten. Nu *vaststaat* dat appellant ten tijde van het primaire besluit niet had voldaan aan de in voornoemde bepaling neergelegde meldingplicht, was *verweerder derhalve bevoegd* tot het opleggen van een last onder dwangsom. Deze beroepsgrond treft geen doel. (03/31)

Als gezegd spitst de onderhavige bevoegdheidsvraag zich soms, in 4 onderzochte overwegingen, toe op de vraag of sprake is van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer. Deze vraag toetst de Afdeling vol. Dit is juist, nu het de uitleg van een wettelijke bepaling betreft waarbij niet is beoogd beoordelingsruimte toe te kennen (*objectieve* beoordelingsruimte dus).

*Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting gaat het hier om een schuur voor het houden van schapen gedurende de aflammerperiode. Appellant heeft ter zitting aangegeven dat in deze periode, die ongeveer twee maanden duurt, maximaal 38 schapen in de schuur worden gehouden. Voorts wordt de schuur gebruikt voor opslag van het voer voor de in de schuur gehouden schapen en wordt de mest afkomstig van de in de schuur aanwezige schapen opgeslagen. Gelet op het vorenstaande *is de Afdeling van oordeel dat in de schuur van appellant schapen worden gehouden in een omvang als ware zij bedrijfsmatig*. […] De onderhavige inrichting is, gezien categorie 8.1, onder a, van bijlage I bij het Inrichtingen- en vergunningenbesluit vergunningplichtig op grond van de Wet milieubeheer, zodat *verweerders bevoegd waren* tot het treffen van handhavingsmaatregelen. (97/38)
*Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting worden op het perceel [van appellante] door belanghebbende acht honden gehouden. Slechts een aantal van deze honden wordt voor de fok ingezet. De honden worden voornamelijk op het terrein buiten het huis gehouden. Op dit terrein bevinden zich tien hokken met binnen- en buitenverblijf en daarnaast is er een uitloopweide. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is niet gebleken van een op winst gerichte bedrijfsmatige exploitatie door belanghebbende. […] Gelet hierop kan naar het oordeel van de Afdeling het houden en fokken van deze honden niet worden aangemerkt als bedrijfsmatig handelen. […] Evenmin is, mede gelet op het geringe aantal honden waarmee wordt gefokt, in dit geval sprake van een bedrijvigheid in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was. Het vorenstaande *leidt de Afdeling tot de conclusie dat niet kan worden gesproken van een inrichting* in de zin van artikel 1.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer. Hieruit volgt dat voor het houden en fokken van de honden

geen vergunning krachtens de Wet milieubeheer is vereist en dat artikel 8.1 van deze wet niet is overtreden. Verweerders hebben zich dan ook *terecht* op het standpunt gesteld dat zij *niet bevoegd waren* tot het nemen van een besluit tot toepassen van bestuurlijke handhavingsmiddelen. (00/41)

3.11 Evenredigheid beslissing om (niet) handhavend op te treden

Met 27 overwegingen betreft de grootste categorie toetsingsgronden in handhavingsuitspraken de evenredigheid/redelijkheid van de beslissing om handhavend op te treden dan wel om daarvan af te zien. Zoals ik hierna uiteenzet, betekent het feit dat het bevoegd gezag bevoegd is om op te treden (omdat vaststaat dat een overtreding heeft plaatsgevonden), namelijk niet automatisch dat het gerechtvaardigd is om dat ook daadwerkelijk te doen. Evenmin bestaat altijd een verplichting om te handhaven zodra vaststaat dat er een overtreding is, zelfs niet als om handhaving is verzocht.

De organieke wetten kennen wel de bevoegdheid toe om handhavingsmaatregelen te treffen (bijvoorbeeld art. 125 lid 1 van de Gemeentewet aan het gemeentebestuur), maar vermelden niet in welke gevallen of onder welke omstandigheden het bevoegd gezag deze bevoegdheid mag of moet gebruiken. Nu de wet ten aanzien van het nemen van een handhavingsbesluit, anders dan bijvoorbeeld de Wet milieubeheer bij vergunningverlening krachtens die wet, niet in de weg staat aan een complete belangenafweging, beschikt het bevoegd gezag hierbij dus over beleidsruimte.[64] De Afdeling heeft in een uitspraak van 19 december 1996 geoordeeld dat, vanwege deze beleidsruimte, de rechter de toepassing van deze bevoegdheid marginaal moet toetsen.[65]

In de wat oudere jurisprudentie beklemtoonde de Afdeling het discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheid.[66] Vanaf eind jaren negentig

64 De bij een milieuhandhavingsbesluit betrokken belangen zijn het milieubelang, inclusief het belang van omwonenden om gevrijwaard te blijven van hinder, de bedrijfseconomische belangen van de vergunninghouder en het algemeen belang dat erbij is gebaat dat de overheid normbevestigend optreedt.

65 'De Afdeling overweegt dienaangaande, dat een bestuursorgaan bij het opleggen van een dwangsom, teneinde te verzekeren dat aan een aanschrijving uitvoering wordt gegeven, de betrokken belangen tegen elkaar dient af te wegen. De bestuursrechter zal zich, bij de toetsing van dat besluit, dienen te beperken tot beantwoording van de vraag of sprake is van een zodanige onevenwichtigheid van de afweging van de betrokken belangen, dat moet worden geoordeeld dat het bestuursorgaan niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Daarbij zal als uitgangspunt hebben te gelden dat een bestuursorgaan de uitvoering van een aanschrijving mag verzekeren door het opleggen van een passende dwangsom.' ABRvS 19 december 1996, *AB* 1997, 92.

66 Zie bijvoorbeeld nog de hierna aangehaalde uitspraak uit 1997 (97/49): 'Vooropgesteld moet worden dat het treffen van handhavingsmaatregelen een bevoegdheid is en geen verplichting.'

echter hanteert de Afdeling een beginselplicht tot handhaving.[67,68] Daarmee brengt de Afdeling tot uiting dat het algemeen belang dat met handhaving is gediend dermate zwaar weegt, dat in geval van een overtreding in beginsel handhavend moet worden opgetreden. Het moge duidelijk zijn dat de beleidsruimte hierdoor (sterk) wordt ingeperkt. Aangezien in sommige recente uitspraken een volle toets wordt gebruikt, lijkt de Afdeling zelfs van oordeel dat de beleidsruimte onder omstandigheden tot nul is gereduceerd (zie het slot van deze paragraaf). Bij de invulling van de beginselplicht speelt een belangrijke rol of de illegale situatie op korte termijn kan worden gelegaliseerd (zie hierna).

Enkel gekeken naar de uitkomst in de door mij onderzochte zaken, lijkt het erop dat de rechter het bevoegd gezag veel ruimte laat. Buiten de drie gevallen waarin de Afdeling een motiveringsgebrek vaststelt, slaagt het beroep namelijk nooit. Dit geldt (dus) zowel voor situaties waarin het bevoegd gezag handhavend heeft opgetreden als voor situaties waarin handhavend optreden is geweigerd.[69]

In drie overwegingen komt de Afdeling niet toe aan een inhoudelijke beoordeling op dit punt, omdat zij een motiveringsgebrek signaleert. Bijvoorbeeld:

> *Ingevolge voorschrift A.I.13 dient rondom de stallen […] een snelgroeiende, hoogopgaande begroeiing aangeplant en onderhouden te worden, welke in een

---

67 Voor het eerst (expliciet) in ABRvS 2 februari 1998, *Gst.* 1998, 7082, 8, m.nt. Teunissen. Waar deze beginselplicht in het begin in verschillende formuleringen tot uiting werd gebracht, hanteert de Afdeling, onder meer in milieugeschillen, vanaf medio 2004 de volgende standaardformule: 'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.'
In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat met deze formulering alleen een uniformering is beoogd, en dus geen andere, strengere lijn is ingezet. Zie bijvoorbeeld de noot van Albers onder de uitspraak in hoger beroep van de Afdeling van 30 juni 2004, 200308289/1, *JB* 2004, 293, de noot van Michiels onder de Voorzittersuitspraak van 18 augustus 2004, 200406414/1, *AB* 2004, 424 en de noot van Vermeer onder de Afdelingsuitspraak van 11 augustus 2004, 200305650, *AB* 2004, 444 (de laatste twee uitspraken zijn milieugeschillen).

68 Albers 2004, m.n. p. 237, schetst de ontwikkeling in de jurisprudentie richting de beginselplicht.

69 In zoverre kom ik op grond van deze door mij onderzochte uitspraken tot een andere bevinding dan Albers in haar noot onder de Afdelinguitspraak van 30 juni 2004, 200308289/1, *JB* 2004, 293. Zij concludeert op basis van ruim 15 uitspraken met de nieuwe standaardformule dat de Afdeling zelden tot de conclusie komt dat afgezien moet worden van handhaving. Overigens is niet duidelijk in hoeveel van deze uitspraken het bevoegd gezag handhavend had opgetreden.

> 'dichte beplanting' moet zijn aangebracht. […] Appellant heeft bij brief van 23 december 2002 verweerder verzocht voorschrift A.I.13 te wijzigen in die zin dat traaggroeiende eiken-, berken- en beukenbomen mogen worden geplant. […] *Verweerder heeft het verzoek van appellant om wijziging van voorschrift A.I.13 niet betrokken bij de beoordeling van de vraag of hij in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn bevoegdheid* tot het opleggen van de last onder dwangsom wegens het overtreden van dit voorschrift. De bestreden beslissing op bezwaar berust in zoverre in strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht niet op een deugdelijke motivering. (03/63)

Zoals ik eerder opmerkte, speelt in de jurisprudentie een belangrijke rol of concreet zicht bestaat op legalisatie van de illegale situatie.[70] Indien dit het geval is, is het afzien van handhavend optreden volgens de Afdeling in beginsel redelijk. Soms overweegt de Afdeling hierbij nog dat de hinder niet zodanig van omvang is, dat handhaving in afwachting van de legalisatie vereist is.

> *Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting was het ten tijde van het nemen van het bestreden besluit *voldoende aannemelijk dat op de aanvraag om een revisievergunning binnen afzienbare tijd kon worden beslist*. Niet is gebleken dat de stank- en geluidoverlast als gevolg van het houden van schapen in de inrichting zodanig is dat de aangevraagde vergunning zonder meer zou moeten worden geweigerd. Appellant heeft voorts onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er ten tijde van het nemen van het bestreden besluit in andere opzichten sprake was van een in milieuhygiënisch opzicht onaanvaardbare situatie. Gelet op het vorenstaande hebben verweerders naar het oordeel van de Afdeling *bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid* kunnen besluiten het toepassen van bestuurlijke handhavingsmiddelen achterwege te laten. (00/55)
>
> *(Verweerder heeft besloten niet handhavend op te treden ten aanzien van de geconstateerde overtreding, omdat vergunninghoudster voornemens is de bedrijfsvoering te wijzigen – met name het veebestand terug te brengen – teneinde te voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van het Besluit akkerbouwbedrijven milieubeheer. Daarbij wijst hij er op dat vergunninghoudster op 8 april 2002 een melding heeft ingediend waarin de per 1 november 2002 beoogde wijziging van de bedrijfsvoering is aangegeven) Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting ziet de Afdeling in het door appellant aangevoerde, *noch* voor het overige grond voor het oordeel dat verweerder bij het nemen van het bestreden besluit *ten onrechte* er van is uitgegaan dat de inrichting na aanpassing per 1 november 2002 kan voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van het Besluit. […] Verder is *niet gebleken* dat de afwijkingen van de vigerende vergunning zodanige overlast veroorzaken *dat verweerder niet in redelijkheid* het verzoek om handhavend op te treden, heeft kunnen afwijzen. (03/11)
>
> *[H]et bestaan van bedenkingen tegen de verlening van een milieuvergunning [betekent] niet dat deze niet verleend zou kunnen worden. Ook het enkele feit dat eerder verleende vergunningen door de Afdeling zijn vernietigd, biedt geen grond

70 In de onderzochte overwegingen uit 1997 wordt echter geen enkele keer gerept van legalisatie.

> voor het oordeel dat legalisatie niet mogelijk zou zijn. In het bovenstaande ziet de Afdeling dan ook geen aanleiding te komen tot het oordeel dat verweerder zich ten tijde van het nemen van het bestreden besluit *niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat* vergunningverlening en daarmee *legalisering* van de bestaande situatie *mogelijk is*. De Afdeling overweegt voorts dat op grond van het verhandelde ter zitting aannemelijk is geworden dat het – al dan niet tijdelijk – verkleinen van de veestapel tot de omvang die is toegestaan op grond van de Hinderwetvergunning uit 1972 ingrijpende bedrijfseconomische gevolgen kan hebben. Gelet op het bovenstaande is de Afdeling van oordeel dat verweerder na afweging van de betrokken belangen *in redelijkheid* heeft kunnen afzien van het treffen van handhavingsmaatregelen jegens de onderhavige inrichting. (03/33)

Als er geen zicht op legalisatie bestaat, is het volgens de Afdeling in beginsel evenredig om handhavend op te treden.

> *Voorzover appellante heeft aangevoerd dat de opslag van banden die afkomstig zijn van buiten de inrichting gelegaliseerd kan worden door middel van het verlenen van een vergunning, stelt de Voorzitter vast dat ten tijde van het nemen van het onderhavige besluit niet een daartoe strekkende aanvraag was ingediend. Met verweerders moet voorts worden aangenomen dat een dergelijke opslag slechts onder voorwaarden vergunbaar is, zodat op het moment van het nemen van het besluit *onvoldoende duidelijk was of de bestaande situatie kon worden gelegaliseerd*. Gezien het vorenstaande acht de Voorzitter het *niet onredelijk* dat verweerders gebruik hebben gemaakt van hun handhavingsbevoegdheid. In hetgeen appellante heeft aangevoerd ziet de Voorzitter geen aanleiding voor een ander oordeel. (00/65)
> *Gelet op de stukken is de Afdeling van oordeel dat verweerders zich *terecht* op het standpunt hebben gesteld dat er ten tijde van het nemen van het bestreden besluit nog *geen uitzicht op en duidelijkheid over een eventuele bedrijfsverplaatsing bestond*. In de door appellanten gestelde bedrijfsverplaatsing was derhalve geen grond gelegen om van het opleggen van een dwangsom af te zien. Ook overigens ziet de Afdeling *geen* aanleiding om te oordelen dat verweerders, *gelet op de betrokken belangen, niet in redelijkheid* tot het opleggen van de dwangsom hebben kunnen besluiten. De omstandigheid dat er een aantal akoestische voorzieningen zijn aangebracht en het feit dat het aantal klachten over geluidoverlast is afgenomen, bieden daarvoor geen grond. (00/66)
> *Ten tijde van het bestreden besluit was niet bekend wanneer de exploitatie van het bedrijf op de huidige locatie zou worden beëindigd. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken dat de inrichting in ieder geval nog tot 1 januari 2005 op de onderhavige locatie in werking zal zijn en de bedrijfsvoering op de huidige locatie uiterlijk voor 1 januari 2007 moet zijn beëindigd. De Afdeling overweegt dat een *bedrijfsverplaatsing, waarvan het tijdstip niet is bepaald of niet binnen afzienbare tijd is te verwachten*, in beginsel geen genoegzame rechtvaardiging kan vormen om niet te voldoen aan de voorschriften van bijlage I van het Besluit. In dit geval zijn er geen relevante feiten en omstandigheden om een dergelijke rechtvaardiging wel aanwezig te achten. […] Niet is gebleken dat verweerder in dit geval de gemaakte afweging niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft verricht. Gelet op het vorenstaande heeft verweerder, *bij afweging van de betrokken belangen*,

> waaronder het belang van de bescherming van het milieu, *in redelijkheid* kunnen besluiten tot het opleggen van de lasten onder dwangsom. (03/15)

In een handvol overwegingen gaat de Afdeling niet in op de vraag of zicht bestaat op legalisatie van de illegale situatie. In twee gevallen waarin handhavend is opgetreden, wijst de Afdeling ter onderbouwing van de afwijzing van het beroep daartegen naar de voorgeschiedenis (de illegale situatie duurt al geruime tijd en er zijn waarschuwingen uitgedeeld). In de gevallen waarin de Afdeling de weigering om te handhaven in stand laat, wijst zij met name op de geringe ernst van de geconstateerde overtreding(en).

> *(Er is reeds jaren sprake van overtredingen, ondanks verzoeken deze te beëindigen en ondanks enkele mondelinge waarschuwingen. Voorts heeft verweerder een vooraankondiging doen uitgaan.) Gelet op deze voorgeschiedenis en de omstandigheid dat [tussen het nemen van het primaire besluit en het bestreden besluit in] wederom overtredingen zijn geconstateerd en voorts in aamerking genomen dat ten tijde van het nemen van het bestreden besluit geen aanleiding bestond te veronderstellen dat appellante, zonder dat handhavingsmaatregelen van kracht zijn, vergunningvoorschrift 6 zou naleven, hebben verweerders naar het oordeel van de Afdeling *in redelijkheid* gebruik kunnen maken van hun bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom. (97/57)
> *Vooropgesteld moet worden dat het treffen van handhavingsmaatregelen een bevoegdheid is en geen verplichting. […] Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting *konden* verweerders er, naar het oordeel van de Afdeling, *op goede gronden* van uit gaan dat de betrokken overtredingen niet zodanige nadelige gevolgen voor het milieu hadden, dat deze – op een zo kort mogelijke termijn – hoe dan ook dienden te worden voorkomen, dan wel zo veel mogelijk dienden te worden beperkt. […] Naar het oordeel van de Afdeling kan derhalve *niet staande worden gehouden* dat verweerders, gezien *de door hen afgewogen belangen*, *niet in redelijkheid* hebben kunnen besluiten het verzoek van appellanten om handhavingsmaatregelen te treffen, af te wijzen. (97/49)
> *Uitgaande van de resultaten van de indicatieve berekeningen en gelet op het standpunt van verweerder dat is weergegeven in overweging 2.5, acht de Afdeling het *niet onredelijk* dat verweerder, *na afweging van de betrokken belangen*, het verzoek van appellant heeft afgewezen. (00/44)

Over de toetsingsintensiteit merk ik het volgende op.

In overeenstemming met de beleidsruimte die het bevoegd gezag toekomt, gebruikt de Afdeling in de onderzochte uitspraken in beginsel een marginale toets ten aanzien van het besluit om (niet) handhavend op te treden ('in redelijkheid kunnen'), al dan niet met een dubbele ontkenning. Een enkele keer acht de Afdeling het (niet) handhaven 'niet onredelijk'.

Vier overwegingen bevatten een afwijkende toets. In de eerste twee hieronder aangehaalde overwegingen uit de uitspraken 97/63 en 64 staat alleen 'kunnen', zonder 'in redelijkheid'. Over deze toetsingsmaatstaf heb ik eerder al opgemerkt dat hij niet geheel duidelijk is, maar op een marginale toets lijkt

te duiden. Voor twijfel over dit laatste is in deze gevallen te minder reden, gelet op de verwijzing naar de belangenafweging. De twee daaronder staande overwegingen uit de uitspraken 97/63 en 00/43 bevatten, uitgaande van het bestaan van beleidsruimte ten onrechte, een volle (eind)toets op dit punt.

> *Ook overigens heeft appellant onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de indirecte hinder welke hij ondervindt van de inrichting het treffen van nadere maatregelen ter voorkoming van hinder noodzakelijk maakt. Gelet op het vorenstaande bestaat er *geen aanleiding* voor het oordeel dat verweerders bij *afweging van de rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belangen niet* tot dit besluit *hebben kunnen komen*. (97/63)
> *Verweerders hebben onder deze omstandigheden, *bij afweging van de betrokken belangen*, *het belang van omwonenden* – verschoond te blijven van verdere stankhinder ten gevolge van het slachten – *kunnen laten prevaleren* boven het economische belang van appellant. (97/64)
> *Gelet op het vorenstaande en gehoord hetgeen partijen ter zitting hebben aangevoerd is de Afdeling van oordeel dat verweerders zich in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de overschrijding van de geluidsnormen in de nacht van 4 juni 1995 als een incident kon worden beschouwd. […] Nu voorts uit het akoestisch onderzoeksrapport naar voren komt dat voldaan kan worden aan de geluidsnormen zoals gesteld in het Besluit horecabedrijven milieubeheer, *bestaat er onvoldoende grond om te oordelen dat verweerders in de geconstateerde geluidhinder reden moesten zien om bestuursdwang toe te passen*. (97/63)
> *Appellante voert aan dat haar geen last onder dwangsom had mogen worden opgelegd. Zij betoogt daartoe onder meer dat vanwege de destijds heersende varkenspest de firma Soepenberg geen veevoeder elders in Nederland kon opslaan of afleveren, zodat sprake was van overmacht. De Afdeling is van oordeel dat dit betoog niet slaagt. Daargelaten of de varkenspest tot een situatie leidde die voor de firma Soepenberg overmacht opleverde, *zou die situatie er niet zonder meer toe kunnen leiden dat appellante zich daarop eveneens met succes zou kunnen beroepen*. Van overmacht aan de kant van appellante is niet gebleken. *Evenmin* is de Afdeling van oordeel dat de te verwachten duur van de overtreding – uiteindelijk drie maanden – verweerders ervan *had moeten weerhouden* om appellante een last onder dwangsom op te leggen. (00/43)

Zoals gezegd aan het begin van deze paragraaf, gebruikt de Afdeling in sommige recente uitspraken een volle toets bij de beoordeling van de beslissing om al dan niet handhavend op te treden. Zij lijkt in die gevallen dus van oordeel dat de beleidsruimte onder omstandigheden tot nul is gereduceerd.

> Zo overwoog de Afdeling in een geval van een eenmalige overtreding van een geluidvoorschrift, die vermoedelijk werd veroorzaakt door een openstaande deur: 'Gezien deze omstandigheden moet in dit geval handhavend optreden als zodanig

> onevenredig tot de daarmee te dienen belangen worden beschouwd, dat verweerder daarvan op goede gronden heeft afgezien.'[71]
> En een ander voorbeeld: 'In hetgeen appellanten hebben aangevoerd ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat deze [gedoog, TCL] voorwaarden toereikend waren om geurhinder vanwege de inrichting te voorkomen dan wel voldoende te beperken. Hieruit volgt dat verweerder op goede gronden heeft geoordeeld dat sprake was van concreet zicht op legalisatie en de met de wet strijdige situatie onder voorwaarden heeft gedoogd. Het beroep is ongegrond.'[72]

In andere gevallen hanteert de Afdeling evenwel, na een volle toets of concreet zicht op legalisatie bestaat, als vanouds een marginale toets met betrekking tot het overgaan tot handhavend optreden.

> 'Gelet hierop heeft verweerder zich naar het oordeel van de Afdeling op goede gronden op het standpunt gesteld dat ten tijde van het nemen van het bestreden besluit legalisatie niet op korte termijn in het vooruitzicht lag en heeft hij kunnen overgaan tot het toepassen van bestuurlijke handhavingsmiddelen.'[73]

En een enkele keer raakt de Afdeling hierbij de kluts kwijt. In onderstaande passage overweegt zij eerst met een volle toets dat de last onder dwangsom in bezwaar terecht is gehandhaafd, om vervolgens een marginale toets te gebruiken.

> 'Nu handhavend optreden niet als zodanig onevenredig in verhouding tot de daarmee te dienen belangen kan worden aangemerkt en niet is gebleken van bijzondere omstandigheden op grond waarvan behoort te worden afgezien van handhaving, heeft verweerder de last onder dwangsom terecht opgelegd en in bezwaar terecht gehandhaafd. De Afdeling is daarom van oordeel dat verweerder in redelijkheid zijn besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom heeft kunnen handhaven.'[74]

Gezien het grote gewicht dat in de rechtspraak wordt toegekend aan de legaliseerbaarheid van de geconstateerde overtreding, is het voorts interessant om te kijken hoe de rechter op dat punt toetst. Het blijkt dat de Afdeling vol toetst of sprake is van concreet zicht op legalisatie; soms zit er enige terughoudendheid in de vaststelling daarvan (bijvoorbeeld: 'voldoende aannemelijk'). Alleen in de eerder aangehaalde overweging uit uitspraak 03/33 gebruikt zij hierbij een marginale toets.

Ten slotte merk ik op dat de aangehaalde overweging uit uitspraak 97/49 een onduidelijke, want innerlijk tegenstrijdige, toets bevat met betrekking tot

71 ABRvS 21 juni 2006, 200600272/1, r.o. 2.3.2.
72 ABRvS 7 februari 2007, 200602947/1, r.o. 2.4.
73 ABRvS 16 augustus 2006, 200602283/1, r.o. 2.5.2.
74 ABRvS 31 januari 2007, 200602756/1, r.o. 2.2.6.

de ernst van de overtreding: 'konden' duidt op een marginale toets, terwijl 'op goede gronden' duidt op een volle toets.

3.12 Evenredigheid van de sanctie

Naast de evenredigheid van de beslissing om (niet) handhavend op te treden, wordt in sommige handhavingsgeschillen aangevoerd dat de opgelegde sanctie onevenredig is in relatie tot de ernst van de overtreding. Het gaat dan meestal om de hoogte (en soms ook het maximum) van een opgelegde dwangsom, maar het kan ook gaan om de modaliteit van de aangezegde bestuursdwang of om de keuze om bestuursdwang aan te zeggen in plaats van een last onder dwangsom op te leggen.[75] In de onderzochte uitspraken heb ik deze toetsingsgrond 5 keer aangetroffen.

In art. 5:32 lid 4 Awb, en ten tijde van de uitspraken uit 1997 in art. 18.9 lid 2 Wm (oud) in samenhang met art. 136 lid 2 van de Gemeentewet (oud), is bepaald dat het vastgestelde bedrag in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. De Afdeling heeft in een uitspraak van 19 september 1996 geoordeeld dat deze wettelijke formulering de rechter noopt tot een marginale toets van de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.[76]

Eén keer signaleert de Afdeling bij deze grond een motiveringsgebrek.

> *Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting hebben verweerders hun besluit tot aanzegging van bestuursdwang genomen alsmede dit terstond van kracht verklaard vanwege het dreigende en onomkeerbare gevaar voor de volksgezondheid, dan wel de onaanvaardbare hinder, welke het product lytag […] kan vormen dan wel veroorzaken. Naar het oordeel van de Afdeling hebben verweerders in het bestreden besluit dit onvoldoende aannemelijk gemaakt. Zo is niet gebleken dat verweerders onderzoek hebben verricht naar dit volksgezondheidsaspect, terwijl appellante onder meer een brief van de Arbodienst Zuid-Gelderland heeft over-

75 In de door mij onderzochte uitspraken is geen enkele keer als sanctie de vergunning ingetrokken (zoals geregeld in art. 18.12 Wm).

76 ABRvS 19 september 1996, *AB* 1997, 91, m.nt. Van Buuren: 'Het opleggen van een dwangsom is niet te beschouwen als het toebrengen van een verdergaande benadeling dan die welke voortvloeit uit het enkel doen naleven van de bedoelde voorschriften. In dit opzicht kan de maatregel dan ook niet worden aangemerkt als een punitieve sanctie, zodat geen aanleiding bestaat voor een indringende toetsing aan de in art. 3:4 tweede lid Awb besloten liggende evenredigheidsmaatstaf, ook niet wat betreft de toetsing van de hoogte van het bedrag waarop de dwangsom is vastgesteld. […] De hiervoor genoemde in art. 136 tweede lid voornoemd, neergelegde maatstaf biedt naar zijn strekking ruimte voor een bestuurlijke afweging van belangen bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom. De wijze waarop appellanten gebruik hebben gemaakt van deze beoordelingsvrijheid dient door de rechter dan ook terughoudend te worden getoetst.' De Afdeling spreekt hier overigens mijns inziens ten onrechte van beoordelingsvrijheid in plaats van beleidsvrijheid.

gelegd waarin wordt geconcludeerd dat 'van blootstelling aan vliegas en lytag geen schade aan de gezondheid verwacht kan worden bij gezonde volwassen individuen. Over eventuele effecten op meer gevoelige populaties is bij ons niets bekend.' […] De Afdeling acht hierbij verder van belang dat verweerders appellante, alvorens tot buiten werking stelling en verzegeling van de inrichting te zijn overgegaan, niet de gelegenheid hebben geboden om de bedrijfsvoering op andere wijze aan te passen, opdat voldaan werd aan de vergunningvoorschriften. Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting hebben verweerders niet afdoende gemotiveerd waarom in het onderhavige geval gekozen diende te worden voor de meest vergaande handhavingsmaatregel en er, gelet op de bestaande vergunning, niet volstaan kon worden met een minder verstrekkende maatregel. (00/26)

De overige overwegingen bevatten een inhoudelijke beoordeling van deze grond.

*Gezien de aard en de ernst van de overtredingen ziet de Afdeling voorts *geen reden* om ervan uit te gaan, dat de hoogte van de dwangsom en het maximaal te verbeuren bedrag *niet in redelijke verhouding staan* tot de zwaarte van het gelaedeerde belang en de beoogde werking van de dwangsom. Hierbij heeft de Afdeling in aanmerking genomen de economische belangen van appellante die gemoeid zijn met een snel laden en lossen van schepen. (97/57)
*Appellante heeft verder argumenten aangevoerd gericht tegen de hoogte van de dwangsom. De Afdeling is echter van oordeel dat de dwangsom *niet onredelijk hoog* is. Het enkele feit dat appellante met de opslag van het veevoeder geen financieel voordeel beoogde, maar slechts de firma Soepenberg wilde helpen, wat daar ook van zij, is geen reden voor een andersluidend oordeel. (00/43)
*Wat betreft de mogelijkheid om de kosten van de te treffen voorzieningen terug te verdienen, overweegt de Afdeling dat het financiële nadeel dat appellante lijdt bij het voldoen aan de opgelegde lasten of bij inning van de verbeurde dwangsommen, niet van doorslaggevend gewicht kan zijn nu appellante zelf door niet tijdig de vereiste maatregelen te treffen het risico heeft genomen dat bestuurlijke handhavingsmaatregelen zouden worden getroffen. Overigens heeft verweerder zich ten tijde van het bestreden besluit naar het oordeel van de Afdeling *in redelijkheid* op het standpunt kunnen stellen dat de kosten voor het treffen van de ingevolge het Besluit vereiste voorzieningen *redelijkerwijs* konden worden terugverdiend. (03/15)
*Appellant stelt […] dat de voor hem nadelige gevolgen van de bestuursdwang onevenredig zijn in verhouding tot de met toepassing van bestuursdwang te dienen doelen. Hij voert hiertoe onder meer aan dat inbeslagname van de muziekinstallatie op langere termijn tot sluiting van de inrichting zou leiden en in plaats hiervan ook een geluidsbegrenzer voorgeschreven had kunnen worden. Appellant betoogt financieel al zwaar getroffen te zijn door de verbeurde dwangsommen, nog komende strafrechtelijke boetes en de in zijn opdracht opgestelde geluidsrapportages en zag zich vervolgens nog geconfronteerd met schade veroorzaakt door inbeslagname van zijn muziekinstallatie en de kosten voor de door hem uitgevoerde isolerende maatregelen. Bovendien werd niemand gedupeerd met eventuele overschrijding van de geluidsnormen, aldus appellant. In hetgeen appellant heeft aangevoerd ziet

de Afdeling *geen grond* voor het oordeel dat verweerder het bestreden besluit *niet in redelijkheid* heeft kunnen nemen. Deze beroepsgrond faalt. (03/53)

In de overweging uit 2000 gebruikt de Afdeling een zogenoemde 'volle redelijkheidstoets', waar zij overweegt dat zij de hoogte van de dwangsom niet onredelijk vindt. De eerstgenoemde overweging, uit 1997, bevat een zelfde soort toets, waarin alleen meer bij de wettelijke formulering wordt aangesloten. Anders dan bij een 'gewone' marginale toets beoordeelt de Afdeling dus niet of verweerder het besluit (in zoverre) in redelijkheid heeft kunnen nemen, maar geeft zij haar eigen oordeel op dit punt. Naar zijn aard is deze toets dus vol. De formulering van art. 5:32 lid 4 Awb ('het vastgestelde bedrag moet in redelijke verhouding staan') noopt mijns inziens ook tot een dergelijke toets.[77] Ter relativering dient echter gelijk te worden opgemerkt dat, hoewel de 'volle redelijkheidstoets' naar zijn aard dus principieel kan worden onderscheiden van de 'gewone' marginale toets, hij inhoudelijk evengoed marginaal is (in die zin dat door de rechter een marge wordt gelaten).

De overweging uit uitspraak 03/15 bevat een 'gewone' marginale redelijkheidstoets (zij het een dubbele). Voor de laatstgenoemde overweging geldt hetzelfde, maar daar gaat het niet om de hoogte van een opgelegde dwangsom maar om de modaliteit van de aangezegde bestuursdwang. Daarop is art. 5:32 lid 4 Awb niet van toepassing, zodat in zoverre geen reden bestaat om geen 'gewone' marginale toets te hanteren.

3.13 Lengte van de begunstigingstermijn

In art. 5:24 lid 4 (bestuursdwang) en art. 5:32 lid 5 Awb (dwangsom) is bepaald dat in het handhavingsbesluit een termijn wordt gesteld, waarbinnen de belanghebbenden de tenuitvoerlegging van dat besluit kunnen voorkomen door zelf maatregelen te treffen. Art. 130 lid 2 van de Gemeentewet en art. 18.9 lid 3 Wm, zoals die luidden tot 1 januari 1998, bevatten een soortgelijke bepaling. In 7 van de onderzochte handhavingsoverwegingen wordt aangevoerd dat deze begunstigingstermijn te kort is. In 1 uitspraak uit 1997 wordt aange-

77 In recente uitspraken sluit de Afdeling, vaker dan voorheen zo lijkt het, net als in de aangehaalde overweging uit 1997 direct bij de wettelijke formulering aan, door te overwegen dat geen grond bestaat voor het oordeel dat het vastgestelde bedrag niet in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 februari 2007, 200607079/1, ABRvS 20 juni 2007, 200606479/1, ABRvS 18 juli 2007, 200608654/1 en ABRvS 8 augustus 2007, 200607250/1. In een, vrij zeldzaam, geval waarin het beroep *wel* slaagt, gebruikt de Afdeling echter weer een 'gewone' marginale toets: 'Verweerder heeft zich naar het oordeel van de Afdeling niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat wat betreft de maximaal te verbeuren bedragen deze in redelijke verhouding staan tot de zwaarte van de geschonden belangen en de beoogde werking van de desbetreffende lasten onder dwangsom.' (ABRvS 18 april 2007, 200607493/1 en 200607489/1, *Gst.* 2007, 116, m.nt. Rogier.

vochten dat het bevoegd gezag, vanwege vereiste spoed, in het geheel geen termijn is gegund.[78]

Uit de aard van de materie vloeit voort dat het bevoegd gezag bij het bepalen van de lengte van de begunstigingstermijn over beleidsruimte beschikt. Redelijk oordelende mensen zullen immers binnen vrij ruime marges van mening kunnen verschillen over de vraag welke minimum- én maximumtermijn redelijkerwijs gesteld kan worden voor het ongedaan maken van een overtreding. Bij het bepalen of de vereiste spoed zich verzet tegen het gunnen van een termijn, beschikt het bevoegd gezag over beoordelingsruimte.

In één overweging constateert de Afdeling een motiveringsgebrek, waardoor zij niet toekomt aan een inhoudelijk oordeel over de gegunde termijn.

> *Verder is naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende gemotiveerd waarom de hinder, die de inrichting volgens verweerders veroorzaakte, een rechtvaardiging vormde voor een bestuursdwangaanschrijving, die in beginsel strekt tot verwijdering van de honden per 1 februari 1996 en niet – zoals appellant wenste – per 1 mei 1996. (97/55)

De intensiteit van de inhoudelijke toetsen op dit punt loopt in de onderzochte uitspraken nogal uiteen. In drie overwegingen, uit elk van de drie onderzochte jaren, hanteert de Afdeling een marginale toets.

> *Gelet op het bepaalde in artikel 18.9, derde lid, van de Wet milieubeheer, alsmede in aanmerking genomen dat een effectieve handhaving van de milieuwetgeving niet door een te lange termijnstelling mag worden gefrustreerd, is de Afdeling van oordeel dat verweerders wat betreft de dwangsommen terzake van overtreding van de voorschriften A.1 en A.3 *in redelijkheid* tot een begunstigingstermijn van een maand hebben kunnen besluiten. (97/56)
> *(De Voorzitter ziet geen grond voor het oordeel dat verweerders niet in redelijkheid een last onder dwangsom hebben kunnen opleggen teneinde de verwijdering van de twee ondergrondse tanks te bewerkstelligen.) Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is echter niet duidelijk geworden in hoeverre de grond ter plaatse van de ondergrondse tanks is verontreinigd. Appellant heeft weliswaar gesteld dat een tanksanering heeft plaatsgevonden, maar het is, ook voor verweerders, niet duidelijk of deze sanering heeft geleid tot het beëindigen van de verontreiniging. Ook verweerders hebben hiernaar geen onderzoek verricht. Dat verweerders de ervaring hebben dat bij het verwijderen van andere ondergrondse tanks in de gemeente Voorschoten sprake was van bodemverontreiniging betekent niet zonder meer dat dit in het onderhavige geval ook zo zal zijn. Nu niet vast staat wat de potentiële risico's zijn van de aanwezigheid van de tanks en in aanmerking nemend dat de verwijdering van de tanks voor appellant een ingrijpende operatie is die

78 Op grond van art. 130 lid 3 van de Gemeentewet (oud) behoefde geen termijn te worden gegund, indien voorafgaande mededeling in spoedeisende gevallen niet mogelijk is. Het op 1 januari 1998 ingevoerde art. 5:24 lid 5 Awb bevat een soortgelijke regeling.

> zijn bedrijf niet dan wel slecht bereikbaar maakt, is de Voorzitter, *alle belangen afwegend*, van oordeel dat verweerders in de gegeven situatie niet *in redelijkheid* hebben kunnen besluiten aan de last onder dwangsom een begunstigingstermijn te verbinden van slechts twee maanden na de dag van verzending van het bestreden besluit. (00/63)
> *Ten aanzien van de bij het bestreden besluit opgelegde begunstigingstermijn overweegt de Afdeling dat de in dit besluit opgenomen termijn van twee weken een extra termijn is om aan de bij besluit van 9 april 2002 opgelegde last onder dwangsom te voldoen. *Niet aannemelijk* is geworden dat deze begunstigingstermijn *te kort is* om de overtreding van artikel 8.1, eerste lid, onder b, van de Wet milieubeheer ongedaan te maken. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat verweerder deze termijn *in redelijkheid* aan het bestreden besluit heeft kunnen verbinden. (03/36)

In één geval gebruikt de Afdeling een volle redelijkheidstoets, zoals we die ook in de vorige subparagraaf tegenkwamen bij de toetsing van de evenredigheid van de sanctie.

> *Appellanten zijn van mening dat de inrichting onmiddellijk zou moeten worden gesloten. De Afdeling is van oordeel, dat verweerders dit standpunt voldoende gemotiveerd hebben weerlegd in het bestreden besluit. Mede gelet op hetgeen hierboven is overwogen *acht de Afdeling de termijn*, die appellant sub 1 is gegund, bovendien *niet onredelijk lang*. (97/55)

In het ene geval waarin door het bevoegd gezag in het geheel geen termijn is gegund, is de toetsingsintensiteit naar mijn mening onduidelijk. Het gebruik van het woord 'kunnen' wijst in dit geval, nu het in combinatie met 'gerechtvaardigd' is gebruikt, niet duidelijk op een marginaliteit in de toets. De overweging kan namelijk ook worden gelezen als een eigen oordeel van de Afdeling dat het achterwege laten van een begunstigingstermijn gerechtvaardigd is.

> *Het ontbreken van een begunstigingstermijn ten aanzien van de overtreding van voorschrift A.6 *kan mede worden gerechtvaardigd* door de aard van de desbetreffende verplichting en de aan het handhavingsbesluit voorafgaande waarschuwingen. (97/56)

De twee overige overwegingen bevatten een onvolledige toets, doordat de Afdeling alleen ingaat op de vraag of de overtreding binnen de gegunde termijn beëindigd kan worden. Dit stelt zij overigens in het ene geval vol vast ('toereikend'), terwijl zij in het andere geval een marginale toets lijkt te hanteren ('kunnen'). Anders dan bijvoorbeeld in de eerder aangehaalde overweging uit uitspraak 03/36, ontbreekt vervolgens een oordeel over de redelijkheid van de lengte van de gegunde termijn. Hoewel een termijn waarbinnen de overtreding beëindigd kan worden doorgaans de redelijkheidstoets zal kunnen doorstaan, maakt de eerder aangehaalde overweging uit uitspraak 00/63 duidelijk dat dit niet altijd het geval is.

*Ten aanzien van de termijn […] die aan appellanten is gegund om het vee uit de inrichting te verwijderen, overweegt de Afdeling dat deze termijn naar haar oordeel *niet te kort was* om ervan te *kunnen uitgaan* dat appellanten binnen deze termijn aan hun verplichtingen konden voldoen. (97/56)
*Appellante is een begunstigingstermijn van een week gegund om te voldoen aan de last onder dwangsom. Anders dan appellante meent, is de Afdeling van oordeel dat deze termijn *toereikend* was om het veevoeder te laten weghalen. Appellante heeft niet aannemelijk gemaakt dat de destijds heersende varkenspest daaraan in de weg stond. (00/43)

4 Rol buitenwettelijke richtlijnen

In deze paragraaf bespreek ik de rol van buitenwettelijke richtlijnen in de onderzochte uitspraken. Deze rol heeft zowel een kwantitatief als een kwalitatief aspect. Bij het eerste aspect gaat het erom in hoeveel zaken een richtlijn een rol speelt bij de toetsing en welke richtlijnen dat zijn. Ten aanzien van het tweede aspect heb ik onderzocht in hoeverre de Afdeling de richtlijnen inhoudelijk beoordeelt en welke gevolgen het gebruik van een richtlijn door het bevoegd gezag kan hebben voor de rechterlijke toetsing.

4.1 Rol buitenwettelijke richtlijnen: kwantitatief

In onderstaande tabel is weergegeven in hoeveel van de onderzochte vergunningzaken[79] het bevoegd gezag bij het nemen van zijn besluit een of meer richtlijnen heeft gebruikt. Dit is in 44% van de zaken het geval.

Gebruik richtlijnen door bevoegd gezag in vergunningzaken

	1997	2000	2003	*totaal*
1 of meer richtlijnen gebruikt	14	31	20	65
geen richtlijn gebruikt	34	19	29	82
totaal	48	50	49	147
richtlijn(en) gebruikt, in %	29%	62%	41%	44%

Uit de tabel blijkt dat er tamelijk grote verschillen bestaan tussen de onderzoeksjaren. Het is in dit verband van belang om op te merken dat de tabelwaarden weergeven in hoeveel uitspraken *het bevoegd gezag*, blijkens de uitspraak, een richtlijn (of meerdere richtlijnen) heeft gebruikt. Wat de twee laatste onderzoeksjaren betreft, is daarmee óók het aantal uitspraken gegeven waarin

79 Het gebruik van buitenwettelijke richtlijnen in de *handhavings*zaken is verwaarloosbaar (namelijk in 2 van de 49 zaken).

een richtlijn een rol speelt bij de rechterlijke toetsing. Voor 1997 geldt daarentegen dat de Afdeling in 12 uitspraken wel toetst aan een richtlijn, zonder dat (duidelijk is of) het bevoegd gezag die richtlijn heeft gebruikt (zie hierna). Gekeken naar het aantal uitspraken waarin een richtlijn een rol speelt bij de toetsing door de rechter, geldt voor 1997 daarmee een percentage van 54% (26 van de 48).[80] Uitgaande van dat percentage, is de spreiding tussen de drie jaren veel minder groot.

Voorts heb ik op toetsingsgrondniveau gekeken naar het gebruik van richtlijnen. Met betrekking tot de in dit verband meest relevante toetsingsgrond, die over het beschermingsniveau, speelt in 64 van de 203 overwegingen (32%) een buitenwettelijke richtlijn een rol bij de toetsing.

In de tabel hieronder heb ik de richtlijnen vermeld die vaker dan één keer voorkomen in de onderzochte uitspraken. Richtlijnen met betrekking tot de aspecten geluid en stank (van veehouderijen) zijn duidelijk het meest gebruikt. In 12 uitspraken, met name uit 2000 en 2003, spelen meerdere richtlijnen een rol bij de rechterlijke toetsing. Zo heeft het bevoegd gezag in uitspraak 03/35, waarbij het ging om een uitbreidingsvergunning voor de 'Boortunnel Groene Hart HSL-Zuid', zowel de Handreiking (voor geluidhinder), de Schrikkelcirculaire (voor zogeheten indirecte geluidhinder), de NeR (voor stof) als CPR 9-6 (ten aanzien van de opslag van gevaarlijke stoffen in bovengrondse tanks) gebruikt.[81]

Aangetroffen buitenwettelijke richtlijnen (# ≥ 2 keer)

Benaming richtlijn	*milieuaspect*	*1997*	*2000*	*2003*	*totaal*
Circulaire industrielawaai (1979)	geluid	4 +10	16		20 +10
Handreiking industrielawaai en vergunningverlening (1998)[82]	geluid			8	8
Circulaire 'Geluidhinder veroorzaakt door het wegverkeer van en naar de inrichting; beoordeling in het kader van de vergunningverlening op basis van de Wet milieubeheer' (29 februari 1996; 'Schrikkelcirculaire')[83]	geluid		3	5	8

80 Dit percentage bedraagt voor de drie jaren gezamenlijk 52% (77 van de 147 uitspraken).
81 In totaal spelen in 4 uitspraken vier richtlijnen, in 3 uitspraken drie richtlijnen en in 5 uitspraken twee richtlijnen.
82 De Handreiking industrielawaai en vergunningverlening is de opvolger van de Circulaire Industrielawaai. Zie over de Handreiking nader hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.
83 Zie over de Schrikkelcirculaire nader hoofdstuk 4, paragraaf 4.3.

Benaming richtlijn	*milieuaspect*	*1997*	*2000*	*2003*	*totaal*
Meet- en beoordelingsrichtlijn 2 'Hinder voor personen in gebouwen door trillingen' van de Stichting Bouwresearch (1993; SBR-richtlijn)	trilling	1	3	1	5
Brochure veehouderij en hinderwet (1985)	geur	7	6	1	14
Richtlijn veehouderij en stankhinder (1996)[84]	geur		15	2	17
Beoordeling cumulatie stankhinder door intensieve veehouderij (1985)[85]	geur		2	1	3
Brief van 30 juni 1995 van de Minister van VROM over het nieuwe landelijke geurbeleid[86]	geur		2		2
Bijgestelde richtlijn met betrekking tot geurhinder bij autospuiterijen (1991)[87]	geur		1	1	2
NeR[88]	geur				
NeR (niet nader aangeduid)[89]	lucht	1 +1	1		2 +1
NeR	stof			5	5
CPR[90]	veiligheid				

84 De Richtlijn veehouderij en stankhinder was bedoeld als opvolger van de Brochure veehouderij en hinderwet. Zie over beide nader hoofdstuk 4, paragraaf 3.1. In verband met de inwerkingtreding van de Wet geurhinder en veehouderij zijn beide richtlijnen op 1 januari 2007 vervallen.

85 Publicatiereeks Lucht Ministerie van VROM, nr. 46.

86 Brief van 30 juni 1995, kenmerk LE/LV/AJS95.16B, van de Minister van VROM aan alle provincie- en gemeentebesturen, inhoudende het nieuwe landelijke geurbeleid.

87 Ministerie van VROM, publicatienummer 91-03.

88 De Nederlandse emissierichtlijn lucht (NeR) bevat een algemene regeling met 'grenswaarden' voor allerlei emissies naar de lucht (onder meer van stof, geur en vluchtige organische stoffen) en daarnaast een aantal bijzondere regelingen voor specifieke bedrijfstakken. In 1 uitspraak gaat het om de bijzondere regeling 'Compostering van groenafval' en in een andere uitspraak om de bijzondere regeling 'Vleesindustrie'.

89 Het betreft één keer de uitstoot van zware metalen door een crematorium en één keer de uitstoot in verband met laswerkzaamheden.

90 CPR is de afkorting van de – inmiddels opgeheven – Commissie voor Preventie van Rampen door gevaarlijke stoffen. De CPR stelde richtlijnen op ter beperking van externe veiligheidsrisico's (explosies) als gevolg van werkzaamheden met gevaarlijke stoffen. In 4 uitspraken gaat het om CPR 15-1 (opslag gevaarlijke stoffen), en in 1 uitspraak om CPR 9-6 (opslag gevaarlijke stoffen in bovengrondse t^Ank^SIn'2004 is de Adviesraad Gevaarlijke Stoffen ingesteld. In 2005 is gestart met de omzetting van de CPR-richtlijnen naar de Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen (PGS).

In de tabel staat onder 1997 een keer '+10' en een keer '+1'. Dit heeft betrekking op de hiervoor genoemde 12 uitspraken[91] waarin de Afdeling wel toetst aan een richtlijn (met name de Circulaire industrielawaai), zonder dat uit de uitspraak blijkt of het bevoegd gezag die richtlijn heeft gebruikt. In 2 uitspraken kan uit de overwegingen zelfs worden afgeleid dat het bevoegd gezag de Circulaire niet heeft gebruikt.

Dat dergelijke situaties zich in de andere jaren niet meer voordoen, heeft te maken met de *Wende*. In verband met het feit dat zij sindsdien beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag aanneemt, komt de Afdeling minder snel toe aan toetsing aan een richtlijn wanneer het bevoegd gezag geen richtlijn gebruikt. Zij kijkt nu immers niet meer in eerste instantie naar het geboden beschermingsniveau, maar naar de wijze waarop het bevoegd gezag zijn beoordelingsruimte heeft ingevuld. Als het daarbij geen gebruik heeft gemaakt van een richtlijn, zijn richtlijnen in eerste instantie buiten het blikveld van de Afdeling. Zij komen daar echter weer binnen, indien appellant er een beroep op doet. Dan moet de Afdeling uitmaken hoe de wijze van invulling van de beoordelingsruimte door het bevoegd gezag zich verhoudt met de richtlijn.[92] Dit ligt onder het nieuwe toetsingskader van december 2005 anders voor richtlijnen die zijn aangewezen als BBT-document. Omdat het bevoegd gezag op grond van het nieuwe recht met die richtlijnen rekening moet houden bij het bepalen welke de beste beschikbare technieken voor de inrichting zijn, liggen deze richtlijnen sowieso binnen het blikveld van de Afdeling. Zij moet, als het gaat om een milieuaspect dat in een BBT-document is geregeld, in ieder geval nagaan of het bevoegd gezag dat document heeft gebruikt, en zo nee, welke motivering het daarvoor heeft gegeven (zie hoofdstuk 4, paragraaf 5.4(.2)).

Bij de voor de *Wende* gehanteerde volle toets lag dit anders. Om zelf vast te kunnen stellen of het geboden beschermingsniveau toereikend was, had de Afdeling een beoordelingskader nodig. Indien het bevoegd gezag zelf geen richtlijn had gehanteerd, maar er wel een toepasselijke richtlijn bestond die zij bovendien in eerdere jurisprudentie juist had bevonden, gebruikte de Afdeling vaak het daarin neergelegde beoordelingskader. Dit zal ik hieronder

---

91 Hiervoor sprak ik van 12 uitspraken, terwijl het in de tabel om 11 uitspraken gaat. De 12e uitspraak komt niet tot uiting in de tabel, omdat het in die uitspraak gaat om een richtlijn die ik slechts 1 keer heb aangetroffen.

92 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 augustus 2006, 200505979/1: 'Volgens appellante is de norm van 10 mg/Nm^3 te streng, mede gelet op het feit dat in paragraaf 3.2.4 van de Nederlandse Emissierichtlijnen lucht (hierna: de NeR) voor soort stofemissies als de onderhavige een norm van 20 mg/Nm^3 is aanbevolen. Uit de stukken blijkt dat verweerder de norm van 10 mg/Nm^3 heeft gebaseerd op een eenmalig gemeten concentratie. Verweerder heeft in het bestreden besluit niet deugdelijk gemotiveerd waarom op grond van deze eenmalige meting de norm van 10 mg/Nm^3 kon worden gesteld. Daarbij merkt de Afdeling op dat volgens paragraaf 3.2.4 van de NeR bij de toegepaste ontstoffingstechniek een norm van 20 mg/Nm^3 toereikend is te achten. Het bestreden besluit is daarom in zoverre in strijd met artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht tot stand gekomen.'

toelichten met de manier waarop de Afdeling in de onderzochte uitspraken uit 1997 de Circulaire industrielawaai gebruikte.

In de uitspraken uit 1997 waarin is geklaagd over geluidhinder stelt de Afdeling steeds voorop dat (volgens vaste jurisprudentie) het referentieniveau van het omgevingsgeluid het uitgangspunt is bij de bepaling van de maximaal toelaatbare geluidbelasting van de inrichting op woningen van derden.[93] Daarop volgt vaak[94] een overweging ongeveer als volgt: In de Circulaire industrielawaai, die bij het vaststellen van geluidgrenswaarden in milieuvergunningen als hier aan de orde als leidraad pleegt te worden gehanteerd, is het referentieniveau van het omgevingsgeluid gedefinieerd als de hoogste waarde van de volgende geluidniveaus (kort gezegd: het gemeten L95 van het omgevingsgeluid, of het optredende equivalente geluidniveau van zoneringsplichtige wegverkeersbronnen minus 10 dB(A)).[95] In een aantal andere uitspraken toetst de Afdeling, na de voornoemde eerste zin, of de gestelde grenswaarden voor het *equivalente* (gemiddelde) geluidniveau, gelet op het referentieniveau, voldoende zijn (zonder de Circulaire te noemen). Dit is steeds het geval. Vervolgens toetst ze de gestelde grenswaarden voor het *piek*geluid opeens wel aan de Circulaire.[96] In een meerderheid van de gevallen blijkt uit de uitspraak niet of het bevoegd gezag de Circulaire heeft gehanteerd. Met bovenstaande formuleringen hanteert de Afdeling deze richtlijn desondanks steeds als beoordelingskader, zelfs in gevallen[97] waarin uit de uitspraak blijkt dat het bevoegd gezag dat niet heeft gedaan.[98]

Aparte bespreking in dit verband verdient uitspraak 97/53, wanneer de Afdeling toetst of de gestelde geluidgrenswaarden kunnen worden nageleefd. Volgens verweerder blijft de geluidproductie onder de gestelde waarden, waarbij hij de verkeersbewegingen van en naar de inrichting (de zogeheten

93 Dit is niet conform de systematiek van de Circulaire. Daarin staat namelijk niet aansluiting bij het referentieniveau van het omgevingsgeluid voorop, maar aansluiting bij in de Circulaire genoemde streefwaarden, die afhankelijk zijn van de aard van (oftewel de drukte in) de omgeving.

94 Bijvoorbeeld in de uitspraken 97/1 en 97/46.

95 Het eerste staat voor het geluidniveau in de omgeving van de inrichting dat 95% van de tijd wordt overschreden, exclusief de bijdrage van de inrichting. Het tweede staat voor het geluidniveau dat wordt veroorzaakt door het wegverkeer (alleen op wegen waarlangs op grond van de Wet geluidhinder een zone geldt), minus 10 dB(A).

96 Bijvoorbeeld in de uitspraken 97/7 en 97/44.

97 Bijvoorbeeld in de uitspraken 97/33 en 97/52.

98 Buiten de hiervoor bedoelde 11 uitspraken lijkt de Afdeling in nog 3 uitspraken aan de Circulaire te toetsen, echter zonder die met zoveel woorden te noemen. Zij spreekt dan van 'de gebruikelijke normstelling voor geluid' of van het (in de Circulaire gedefinieerde) referentieniveau van het omgevingsgeluid, 'waarbij in beginsel moet worden aangesloten'. En in het derde geval overweegt ze: 'Nu niet is gebleken van omstandigheden welke afwijking van *de gebruikelijke wijze van vergunningverlening* rechtvaardigen […]' [mijn curs. TCL].

indirecte geluidhinder) buiten beschouwing heeft gelaten. Die hinder heeft hij wel getoetst aan de concept-versie van de 'Schrikkelcirculaire', waarvan nadien op 29 februari 1996 een definitieve versie is verschenen. Verweerder heeft daarmee geen strijd geconstateerd. De Afdeling stelt voorop dat de indirecte hinder wel bij de beoordeling van de geluidbelasting vanwege de inrichting moet worden betrokken voor zover zij aan het in werking zijn daarvan kan worden toegerekend. Zij overweegt vervolgens aldus:

> *De Afdeling stelt vast dat het bestreden besluit is genomen voordat de circulaire van 29 februari 1996 het licht heeft gezien. Ten tijde van het nemen van dit besluit konden de inzichten uit die circulaire niet als algemeen aanvaard worden aangemerkt. Zoals de Afdeling reeds voorheen heeft overwogen, bood de circulaire Industrielawaai in elk geval ten tijde van het nemen van het besluit een in grote lijnen geschikt toetsingskader voor de beoordeling van vergunningaanvragen als de onderhavige en was er op dat moment geen aanleiding af te wijken van de circulaire Industrielawaai. In zoverre is het besluit genomen in strijd met het stelsel van de Wet milieubeheer. (97/53)

In deze uitspraak klinkt heel duidelijk het oude Kroonberoep, en de 'verbindendheid' toen van buitenwettelijke richtlijnen, door. De nieuwe benaderingswijze van het bevoegd gezag toetst de Afdeling hier immers niet direct aan de Wet milieubeheer, maar primair aan de Circulaire. En op grond van het feit dat deze niet is gevolgd, constateert zij strijd met het stelsel van de wet! Vooral het laatste is merkwaardig. Onduidelijk is op grond waarvan de Afdeling van oordeel is dat de Circulaire (een buitenwettelijke richtlijn) deel uitmaakt van het stelsel van de Wet milieubeheer (een wet in formele zin).[99]

4.2 Rol buitenwettelijke richtlijnen: kwalitatief

Met de bespreking van deze uitspraak is de overgang gemaakt naar het kwalitatieve aspect van de rol die buitenwettelijke richtlijnen spelen in de

---

99 Naar mijn mening staat de in de Circulaire en haar opvolger de Handreiking gehanteerde normstelling, waarin wordt aangeknoopt bij omgevingscategorieën, overigens op gespannen voet met art. 8.11 lid 3 Wm, op grond waarvan in beginsel een beoordeling moet worden gemaakt op het niveau van de inrichting. Op grond van de Circulaire en de Handreiking is het toegestaan dat een inrichting de standaard geluidgrenswaarden krijgt opgelegd, ook al is duidelijk dat zij aan strengere normen kan voldoen. Zie bijvoorbeeld ABRvS 24 december 2002, 200200492/1: 'De in voorschrift 2.1 gestelde geluidgrenswaarden komen overeen met de richtwaarden zoals opgenomen in de Handreiking en sluiten aan bij de waarden van het ter plaatse heersende referentieniveau van het omgevingsgeluid. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat verweerders zich in redelijkheid op het standpunt hebben kunnen stellen dat de in voorschrift 2.1 gestelde geluidgrenswaarden toereikend zijn ter beperking van geluidhinder. Dat de feitelijke geluidproductie die de inrichting veroorzaakt mede dankzij het aanbrengen van een geluidscherm kleiner is, maakt dit niet anders.'

rechterlijke toetsing. Daarbij gaat het er onder meer om hoe de Afdeling omgaat met een richtlijn: beoordeelt zij telkens het gebruik van een richtlijn door het bevoegd gezag, of aanvaardt zij het gebruik daarvan ook wel stilzwijgend? En als zij iets opmerkt over een gebruikte richtlijn, betekent dat dan dat zij de daarin neergelegde milieuhygiënische inzichten beoordeelt?

In 118 van de 652 overwegingen uit de vergunninguitspraken speelt een buitenwettelijke richtlijn een rol bij de rechterlijke toetsing. Normaal gesproken omdat het bevoegd gezag die richtlijn heeft toegepast bij het formuleren van het aangevochten vergunningvoorschrift, maar in 12 overwegingen uit 1997 omdat de Afdeling de richtlijn uit zichzelf als toetsingskader hanteert.[100]

Uit de tabel hieronder blijkt dat de Afdeling in de overwegingen uit 1997 altijd en in die uit 2000 bijna altijd een oordeel geeft over de door het bevoegd gezag gebruikte richtlijn, terwijl zij in bijna alle overwegingen uit 2003 het gebruik van een richtlijn juist stilzwijgend aanvaardt. Slechts in een enkele overweging uit 1997 en ongeveer een kwart van de overwegingen uit 2000 is door de appellant aangevoerd dat een door het bevoegd gezag gehanteerde richtlijn ondeugdelijk is.[101] In deze gevallen moet de rechter natuurlijk een expliciet oordeel geven over die richtlijn. Het verschil tussen de uitspraken uit 1997 en 2000 enerzijds en 2003 anderzijds kan voor het overige vermoedelijk worden verklaard doordat de Afdeling na 2000 het standpunt is gaan innemen dat wanneer zij een richtlijn eenmaal (in een aantal uitspraken) heeft aanvaard, zij die aanvaardbaarheid niet steeds opnieuw hoeft te vermelden. Zie hierover nader het slot van deze paragraaf.

Geeft de rechter een oordeel over de richtlijn?

	1997	2000	2003	*totaal*
ja (expliciet)	13	51	2	66
ja (hij hanteert richtlijn zelf)	12			12
nee		6	34	40
totaal	25	57	36	118
expliciet oordeel, in %	52%	89%	6%	56%

Vervolgens heb ik onderzocht op welke wijze de Afdeling een oordeel geeft over een door het bevoegd gezag toegepaste richtlijn. Uit de tabel hieronder blijkt dat zij dit in een ruime meerderheid van de gevallen doet met een standaardformule.

100 Zoals hiervoor bleek, is dit in 10 van deze 12 overwegingen de Circulaire Industrielawaai.
101 Deze betreft in dit verband hoofdzakelijk de Richtlijn veehouderij en stankhinder, zoals in paragraaf 3.7 aan de orde is geweest bij de bespreking van deze toetsingsgrond.

Oordeel in standaardformule?

	1997	2000	2003	*totaal*
ja	8	36	1	45
nee	5	15	1	21
totaal	13	51	2	66
standaardformule, in %	62%	71%	50%	68%

In 1997 gebruikt de Afdeling als standaardformule dat het gebruik van de desbetreffende richtlijn 'aanvaardbaar' is.

> *Blijkens het bestreden besluit hebben verweerders wat betreft de beantwoording van de vraag of de van de inrichting te duchten stankhinder voldoende is te beperken de in de Brochure veehouderij en hinderwet neergelegde afstandsnormen als uitgangspunt genomen, hetgeen de Afdeling aanvaardbaar acht. (97/1; 6; 24; 51; 52)
> *(De grond heeft betrekking op de uitstoot van zware metalen door een crematorium. Verweerder heeft aansluiting gezocht bij de NeR en de Richtlijn Verbranden 1989.) Aangezien er geen specifieke richtlijn voor emissies van crematoria voorhanden is, acht de Afdeling dit uitgangspunt van verweerders op zichzelf aanvaardbaar. (97/5)

Ná de *Wende* overweegt de Afdeling als standaardformule dat de invulling van de aan het bevoegd gezag toekomende beoordelingsruimte met behulp van de desbetreffende richtlijn (of kortweg: dat het hanteren van die richtlijn) niet in strijd met het recht is (te achten). Bijvoorbeeld:

> *De Afdeling acht het hanteren van de circulaire Industrielawaai waar het gaat om het beoordelen van directe geluidhinder afkomstig van de inrichting niet in strijd met het recht. Het hanteren van de circulaire van 29 februari 1996 ter beoordeling van de indirecte hinder, waar het gaat om de normstelling van 50 dB(A) voor de indirecte hinder aan de gevel van woning van derden, is evenmin in strijd met het recht. (00/34)
> *Verweerders hebben blijkens het bestreden besluit voor de beoordeling van de cumulatie van stankhinder het rapport 'Beoordeling cumulatieve stankhinder intensieve veehouderij' (Publicatiereeks Lucht no. 46, hierna: het rapport) tot uitgangspunt genomen. Dit is niet in strijd met het recht te achten. (00/36)

In bijna alle 21 overwegingen waarin de Afdeling geen standaardformule gebruikt maar een uitgebreider oordeel over de gehanteerde richtlijn geeft, kan de aanleiding hiervoor in het beroep worden gevonden. In paragraaf 3.7 over de toetsingsintensiteit zijn al de twee beroepsgronden besproken die de

Afdeling nopen tot een uitgebreidere beoordeling.[102] De ene luidt dat de gehanteerde richtlijn niet ziet op de vergunde activiteiten.

De andere, veel vaker voorkomende, beroepsgrond luidt dat de gehanteerde richtlijn ondeugdelijk is omdat die niet berust op de meest recente milieutechnische inzichten. Deze laatste beroepsgrond is aan de orde in een aantal uitspraken uit 2000 met betrekking tot intensieve veehouderijen, waarin door appellanten is aangevoerd dat het bevoegd gezag ten onrechte de Richtlijn veehouderij en stankhinder heeft gehanteerd. De Afdeling oordeelt, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, dat in de Richtlijn neergelegde gewijzigde inzichten ten aanzien van zowel de indeling in omgevingscategorieën als de beoordelingsmethode voor cumulatieve stankhinder niet goed zijn gemotiveerd. In een aantal gevallen passeert de Afdeling het hierdoor aan het bestreden besluit klevende gebrek, omdat het bevoegd gezag ter zitting aanvoert dat de vergunning, uitgaande van de in eerdere rechtspraak wel geaccepteerde buitenwettelijke richtlijnen,[103] ook zou zijn verleend. Ten aanzien van deze eerder door haar aanvaarde richtlijnen gebruikt de Afdeling de standaardformule. In deze uitspraken worden dus tegelijk inhoudelijke overwegingen gedaan over een richtlijn én wordt de standaardformule gebruikt. Ter illustratie verwijs ik naar de in paragraaf 3.7 geciteerde overweging uit uitspraak 00/8.[104]

Slechts in 1 van de 21 gevallen geeft de Afdeling een uitgebreider oordeel over een richtlijn, zonder dat appellanten hebben betoogd dat die richtlijn ondeugdelijk is. Het betreft hier de SBR-richtlijn ten aanzien van trilling.[105]

> *De Afdeling overweegt dat in de SBR-richtlijn streefwaarden zijn neergelegd, waarbij naar wordt aangenomen, normaal gesproken geen hinder optreedt. Bij het opstellen van deze richtlijn is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij bestaande buitenlandse normen, waaronder de DIN 4150 van 1992. Niet kan worden geoordeeld dat verweerders de SBR-richtlijn niet als uitgangspunt voor hun normering hebben mogen nemen, als neerslag van de meest recente, aanvaardbare milieuhygiënische inzichten. (97/36)

Daarnaast heeft de Afdeling in één uitspraak, 00/18, een standaardformule gebruikt, terwijl appellanten hadden aangevoerd dat de desbetreffende richtlijn

---

102 De in paragraaf 3.7 genoemde derde toetsingsgrond betreft de verkeerde toepassing door het bevoegd gezag van een richtlijn. Daarbij is het hanteren van de desbetreffende richtlijn op zich niet in geding. Zie over het gebruik van richtlijnen in relatie tot de intensiteit van de rechterlijke toetsing het slot van deze paragraaf.

103 Namelijk de Brochure veehouderij en hinderwet respectievelijk het rapport Beoordeling cumulatieve stankhinder door intensieve veehouderij.

104 Zie (deels) in vergelijkbare zin: 00/7; 14; 16; 21; 29; 37.

105 Dit is overigens niet de eerste keer dat deze richtlijn aan de orde is bij de Afdeling, dus daarin ligt niet de verklaring voor de uitgebreidere bespreking.

ten onrechte was gebruikt. Dit duidt dus op een gebrekkige motivering door de rechter. Het toeval wil dat het in dit geval ook om de SBR-richtlijn gaat.[106]

In het geval een richtlijn de eerste keer in een procedure aan de orde is, dient de Afdeling, ook indien de deugdelijkheid van de richtlijn niet is betwist, een uitgebreidere inhoudelijke beoordeling van die richtlijn te geven, indien nodig ondersteund door een deskundigenrapport. Zij zal dan moeten beoordelen of de richtlijn uitgaat van de meest recente milieutechnische inzichten.[107] Een dergelijke situatie was aan de orde in de hiervoor besproken uitspraak 97/53, ten aanzien van de concept-versie van de Schrikkelcirculaire.

Het is ten slotte interessant om te bezien welke gevolgen het gebruik van buitenwettelijke richtlijnen kan hebben voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing en de uitkomst daarvan. Hierbij sluit ik aan bij hetgeen ik in paragraaf 3.7 heb opgemerkt over de toetsingsintensiteit in relatie tot richtlijnen.

In de eerste plaats kan in beroep worden aangevoerd dat de gehanteerde richtlijn niet ziet op de vergunde activiteiten, al dan niet onder de toevoeging dat een andere richtlijn meer in aanmerking komt. Dit moet de rechter vol toetsen. Indien de grond doel treft, zal de rechter niet toekomen aan een beoordeling van het geboden beschermingsniveau. Het te bieden beschermingsniveau is immers juist aan de hand van de gehanteerde richtlijn vastgesteld, zodat indien de rechter oordeelt dat die richtlijn niet van toepassing is, de motivering onder het besluit wegvalt en op grond daarvan zal worden vernietigd. Niet goed denkbaar is dat een bevoegd gezag kan aansluiten bij een richtlijn die in geen enkel verband staat met de aangevraagde activiteiten. Wat in beginsel wel mogelijk moet worden geacht is dat een richtlijn wordt gehanteerd die weliswaar niet specifiek op de aangevraagde activiteiten ziet, maar wel op vergelijkbare activiteiten. Voorwaarde daarvoor lijkt in ieder geval dat er niet een méér op de aangevraagde activiteiten toegesneden richtlijn bestaat. Het lijkt mij althans moeilijk te onderbouwen waarom in zo'n situatie de minder toepasselijke richtlijn zou mogen worden gebruikt.[108] Het bevoegd gezag zal het 'analoge' gebruik van een richtlijn voorts moeten motiveren. In uitspraak 03/39 bijvoorbeeld had het dit nagelaten (zie de desbetreffende overweging in paragraaf 3.7).

In de tweede plaats kan de deugdelijkheid van de gehanteerde richtlijn aan de orde zijn. In de onderzochte uitspraken uit 2000 is dit relatief vaak aange-

106 Zie paragraaf 3.7 voor het citaat van de desbetreffende overweging.

107 Vanaf december 2005: ten minste berust op de beste beschikbare technieken. Zie hierover ook hoofdstuk 4, paragraaf 4.4.

108 Vergelijk de hiervoor aangehaalde uitspraak 97/5, waarin het bevoegd gezag de NeR en de Richtlijn Verbranden 1989 had gehanteerd omdat er geen specifieke richtlijn voor emissies van crematoria voorhanden was.

voerd. In dergelijke gevallen volstaat de Afdeling niet met een standaardformule, maar geeft zij een meer uitgebreide beoordeling van de richtlijn (zie hiervoor en paragraaf 3.7). Hiervoor bleek ook dat wanneer de deugdelijkheid van de gehanteerde richtlijn niet expliciet wordt betwist, de Afdeling in de uitspraken uit 2000 nog een korte standaardformulering gebruikt ('de richtlijn is niet in strijd met het recht') maar in de uitspraken uit 2003 hier helemaal niets meer over zegt. Dat lijkt mij uit motiveringsoogpunt geen goede ontwikkeling. Immers, iemand die beroepsmatig optreedt in milieuvergunningprocedures zal van de meeste richtlijnen wel weten of deze eerder door de rechter zijn aanvaard, maar dat geldt in ieder geval niet voor de burger die één keer in zijn leven bij een dergelijke procedure is betrokken. Indien wordt aangevoerd dat het geboden beschermingsniveau te laag is, zou de Afdeling zich mijns inziens, alvorens het aan de hand van de richtlijn vastgestelde beschermingsniveau te beoordelen, moeten uitlaten over de deugdelijkheid van de richtlijn.[109] Dit zou kunnen in een overweging zoals in de eerder in deze paragraaf aangehaalde uitspraak 97/36 of door de voornoemde standaardformule in combinatie met een verwijzing naar de eerste uitspraak waarin de desbetreffende richtlijn is aanvaard. Dit laatste veronderstelt echter dat elke buitenwettelijke richtlijn en elk te onderscheiden onderdeel[110] daarvan die/dat ooit in een uitspraak een rol heeft gespeeld, expliciet door de rechter is aanvaard, hetgeen mogelijk niet het geval is.

In de derde plaats kan geklaagd worden over de concrete toepassing van een richtlijn door het bevoegd gezag. Er wordt dan aangevoerd dat het geboden beschermingsniveau, dat is vastgesteld met behulp van een richtlijn, niet toereikend is. Als de rechter hieraan toekomt, betekent dat dat de twee voorgaande stadia zijn gepasseerd: het gaat om een toepasselijke en deugdelijke richtlijn. In deze gevallen zal de rechter (vol) moeten toetsen of de richtlijn correct is toegepast. Voor zover de richtlijn beleidskeuzes bevat, is evenwel een marginale toets gepast.[111]

5 Rol deskundigenbericht

5.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de rol van deskundigenadvisering in de onderzochte uitspraken. Net als bij de in de vorige paragraaf besproken rol van

109 Zie hierover in verband met de wijziging van het toetsingskader van de Wet milieubeheer in 2005 hoofdstuk 4, paragraaf 5.4.1.

110 Dit speelt bijvoorbeeld heel duidelijk bij de NeR, die voor vele bedrijfstakken en voor vele stoffen afzonderlijke regelingen met bijbehorende emissiegrenswaarden bevat.

111 Zie de bespreking in paragraaf 3.7, en specifiek voor dit laatste de daar geciteerde overweging uit uitspraak 03/35.

buitenwettelijke richtlijnen heeft deze rol zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve component. Bij de eerste component gaat het er onder meer om in hoeveel zaken een deskundigenbericht is uitgebracht. Voorts heb ik hierbij per categorie toetsingsgronden onderzocht hoe vaak het deskundigenbericht een rol speelt bij de rechterlijke toetsing. De kwalitatieve component betreft de vraag waarover het deskundigenbericht adviseert in de overwegingen waarin de Afdeling daarnaar verwijst. Daarnaast bespreek ik op welke wijze de Afdeling in haar uitspraken verwijst naar het deskundigenbericht en hoe dat uit motiveringsoogpunt is te waarderen. Ten slotte maak ik enkele opmerkingen over de conformiteit van het deskundigenbericht en het rechterlijk oordeel.

5.2 Rol deskundigenbericht: kwantitatief

Uit het in hoofdstuk 2, paragraaf 2, aangehaalde onderzoek naar de toetsing in milieugeschillen onder de Tijdelijke wet Kroongeschillen bleek dat in praktisch alle vergunningzaken die inhoudelijk werden beoordeeld, een deskundigenbericht was ingewonnen.[112] De onderstaande tabellen geven een duidelijke trendbreuk te zien in de vergunningzaken. Werd in 1997 nog standaard een deskundigenbericht ingewonnen, in 2000 en 2003 is dit in de helft van de zaken. In handhavingszaken blijft adviesinwinning zeer uitzonderlijk.[113]

Inwinning deskundigenbericht in vergunningzaken

	1997	2000	2003	*totaal*
bericht ingewonnen	47	25	24	96
geen bericht ingewonnen	1	25	25	51
totaal	48	50	49	147
% zaken waarin ingewonnen	98%	50%	49%	65%

Inwinning deskundigenbericht in handhavingszaken

	1997	2000	2003	*totaal*
bericht ingewonnen	0	1	2	3
geen bericht ingewonnen	16	15	15	46
totaal	16	16	17	49
% zaken waarin ingewonnen	0%	6%	12%	6%

112 Widdershoven e.a. 1991, p. 33.

113 De ene keer in 2000 is het deskundigenbericht overigens pas na de zitting gevraagd. In beide zaken uit 2003 is wel al aanstonds advies ingewonnen.

Inwinning deskundigenbericht in totaal

	1997	2000	2003	*totaal*
bericht ingewonnen	47	26	26	99
geen bericht ingewonnen	17	40	40	97
totaal	64	66	66	196
% zaken waarin ingewonnen	73%	39%	39%	51%

Zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 4.2.2 is besproken, is rond het jaar 2000 de voorbeoordeling van milieuzaken gestandaardiseerd. Sindsdien wordt ten aanzien van elke zaak die op een zitting zal worden behandeld een korte voorbeoordeling verricht, waarbij onder meer wordt bezien of een deskundigenbericht nodig is. Deze verandering van de werkwijze komt dus tot uiting in de onderzoeksresultaten.

Dat standaard-adviesinwinning in vergunninggeschillen tot het verleden behoort, betekent echter niet automatisch dat alléén advies wordt gevraagd als dat nodig is. Om een indruk te krijgen of de deskundige soms onnodig wordt ingeschakeld, heb ik onderzocht of er uitspraken zijn waarin in het geheel niet wordt verwezen naar het uitgebrachte deskundigenbericht. Uit onderstaande tabel blijkt dat in ongeveer een derde van de uitspraken waarin een deskundigenbericht is uitgebracht, bij geen enkele toetsingsgrond naar het deskundigenbericht wordt verwezen. De percentages verschillen voorts niet veel tussen de onderzoeksjaren. Dit lijkt erop te duiden dat de Afdeling in milieuvergunninggeschillen, ook na invoering van de voorbeoordeling, in zekere mate onnodig deskundigenberichten inwint. Een andere verklaring zou kunnen zijn dat de Afdeling niet altijd verwijst naar het deskundigenbericht, ook als ze dat wel heeft gebruikt bij haar beslissing. In het onderzoeksrapport naar aanleiding van het tweede lustrum van de StAB wordt evenwel geconstateerd dat de Afdeling veel meer dan in het verleden expliciet verwijst naar het deskundigenbericht.[114] Daarnaast is het mogelijk dat de beroepsgrond(en) naar aanleiding waarvan de deskundige is ingeschakeld, in een later stadium word(t/en) ingetrokken. In een dergelijk, vermoedelijk slechts incidenteel, geval is het juist dat een verwijzing naar het deskundigenbericht in de uitspraak ontbreekt.

114 Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 36.

Verwijzing naar deskundigenbericht

	1997	2000	2003	*totaal*
geen verwijzing	13	10	9	32
verwijzing bij min. 1 grond	34	16	17	67
totaal	47	26	26	99
% zaken zonder verwijzing	28%	38%	35%	32%

Een vollediger beeld van het getalsmatige gebruik van het deskundigenbericht door de Afdeling kan worden verkregen door te kijken op toetsingsgrondniveau. In 131 van de 652 toetsingsgronden (20%) die ik in de onderzochte vergunninguitspraken heb onderscheiden, verwijst de Afdeling bij haar afdoening naar het deskundigenbericht.[115] Dit percentage is in 1997 duidelijk hoger dan in de andere jaren.[116]

Bij de belangrijkste, 'milieu-inhoudelijke', gronden ligt het percentage verwijzingen naar het deskundigenbericht hoger dan dit gemiddelde. Dit zullen in het algemeen ook de beroepsgronden zijn naar aanleiding waarvan het deskundigenbericht wordt gevraagd. Zo bedraagt dat percentage bij de beschermingsniveau-grond 26%, bij de toetsing van de onnodig bezwarendheid van een voorschrift 29% en bij de naleefbaarheid-grond zelfs 40%.[117] Bij de afdoening van de grond 'strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur' verwijst de Afdeling daarentegen slechts in 15% van de overwegingen naar het deskundigenbericht. Bij deze grond kunnen zowel technische kwesties aan de orde zijn zoals de deugdelijkheid van het aan het besluit ten grondslag gelegde onderzoek (formele zorgvuldigheidsbeginsel), als typisch juridische kwesties zoals de vraag of gerechtvaardigd vertrouwen is opgewekt (vertrouwensbeginsel).

Het wekt geen verwondering dat de Afdeling bij de andere in paragraaf 3 besproken toetsingsgronden nauwelijks verwijst. Bij de vraag of het bevoegd gezag heeft gehandeld in strijd met een wettelijk (vorm)voorschrift, een vergunningvoorschrift of een buitenwettelijke richtlijn spelen doorgaans immers geen technische vragen. Ook de kwestie of een vergunningaanvraag onvolledig is of de vraag naar de evenredigheid van de beslissing om al dan niet handhavend op te treden, kan de rechter gewoonlijk zelfstandig af.

115 Inclusief de handhavingsuitspraken bedraagt het verwijzingspercentage 17% (134 van de 767 toetsingsgronden).

116 Namelijk 28% in 1997, 15% in 2000 en 17% in 2003.

117 Onderverdeeld naar de drie onderzoeksjaren gelden de volgende percentages. Beschermingsniveau: 33%, 16%, 24%; onnodig bezwarendheid: 42%, 0%, 20%; naleefbaarheid: 40%, 42%, 38%.

5.3 Rol deskundigenbericht: kwalitatief

Naast het getalsmatige belang van het deskundigenbericht, heb ik onderzocht waarover het deskundigenbericht adviseert in de overwegingen waarin de Afdeling daarnaar verwijst.

Waarover adviseert de deskundige?

	1997	2000	2003	*totaal*
beschermingsniveau	50	16	35	101
deugdelijkheid onderzoek	5	8	5	18
feit	3	2	2	7
feit+beschermingsniveau	3	2	2	7
ernst overtreding		1		1
totaal	61	29	44	134

Uit de tabel blijkt dat de verwijzing door de rechter naar het deskundigenbericht in het overgrote deel van de overwegingen (108 van de 134) (mede) betrekking heeft op het geboden beschermingsniveau. Afhankelijk van de toetsingsgrond geeft de deskundige in deze gevallen zijn mening over de toereikendheid, de onnodig bezwarendheid of de naleefbaarheid van de aangevochten vergunningvoorschriften. Dit vergt vaak een beoordeling van de technische onderbouwing van de vergunning(voorschriften). De deskundige onderzoekt dan bijvoorbeeld of het bevoegd gezag, gegeven de aangevraagde bedrijfssituatie, is uitgegaan van een realistische geluidbelasting op de gevel van een nabijgelegen woning. In zo'n geval controleert hij de berekeningen of metingen zoals die zijn uitgevoerd door de aanvrager of het bevoegd gezag.[118] In andere gevallen wordt de deskundige gevraagd om technische, of soms eerder specialistische, informatie te verschaffen. Bijvoorbeeld over de veiligheidsrisico's bij de opslag van bepaalde stoffen, over de vraag of bij een bepaald procédé geur kan optreden en of postduiven verwilderde soortgenoten aantrekken. Enkele voorbeelden:

> *Gelet op het onderzoeksverslag van de Adviseur kan worden aangenomen dat in een werkruimte waar uitsluitend met dieselmotoren wordt gewerkt, de risico's ten aanzien van het ontstaan van een brandbaar en/of explosief mengsel […] kleiner zijn dan in een werkplaats waar tevens aan benzine- en/of LPG-motoren wordt

118 Ook indien de deugdelijkheid van het verrichte onderzoek niet door appellant is betwist (zie over de categorie waarin dat wél het geval is hierna), moet de deskundige die beoordelen in zijn rapport. Indien bijvoorbeeld alleen is aangevoerd dat de gestelde geluidgrenswaarde niet streng genoeg is om geluidhinder te voorkomen, moet de deskundige ook beoordelen of wel alle geluidbronnen in het akoestisch model zijn ingevoerd. Indien de deskundige geen gebreken constateert, dan vermeldt de uitspraak hierover uiteraard niets.

gewerkt. [Niet vast staat] dat binnen de herstel- en opslagplaats uitsluitend met dieselmotor uitgeruste voertuigen aanwezig zijn. De Afdeling is dan ook van oordeel dat de voorschriften […] terecht aan de vergunning zijn verbonden. (97/7)
*Op grond van het verslag van de ABM moet er vanuit worden gegaan dat het gebruik van onder meer kranen en shovels trillingen veroorzaakt. (97/10)
*Aan de hand van het onderzoeksverslag van de Deskundige Beroepen Water kan worden vastgesteld dat niet zeker is dat genoemde norm van 30 mg/l haalbaar is zonder aanvullende zuiveringstechnische voorzieningen. (97/20)
*Gelet op die rapporten en hetgeen daarover is vermeld in het deskundigenbericht, acht de Afdeling genoegzaam gebleken dat de afgassen van de ovens, zowel afzonderlijk als tezamen, zodanige geringe emissies opleveren dat het aanbrengen van emissiebeperkende voorzieningen niet nodig is voor de bescherming van het milieu. (97/40)
*Blijkens het deskundigenbericht en het verhandelde ter zitting moet worden verwacht dat de gestelde geluidgrenswaarden bij een normale bedrijfsuitoefening ter plaatse van het in voorschrift 8.1.1 genoemde immissiepunt op enig punt 50 meter van de inrichting in ruime mate zullen worden overschreden. (00/33)
*Voorts blijkt uit het deskundigenbericht dat het op grond van vergelijking met de stof TBBPA (tetrabroombisfenol A) verdedigbaar is om de stof FR-720 (tetrabroombisfenol A bis), tot uit onderzoeken naar onder meer de chronische effecten van deze stof het tegendeel mocht blijken, als een potentiële schadelijke stof te beschouwen. (03/2)
*Gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht, en hetgeen appellanten in dit kader verder nog hebben aangevoerd, bestaat geen grond voor het oordeel dat verweerder het in voorschrift 2.1 gestelde langtijdgemiddeld beoordelingsniveau op de gevels van woningen van derden niet in redelijkheid toereikend […] heeft kunnen achten. (03/14)
*Gelet op het deskundigenbericht en hetgeen verweerder in het bestreden besluit heeft overwogen is het niet uitgesloten dat een enkele verwilderde duif zich (tijdelijk) aansluit bij de duiven uit de onderhavige inrichting, die vrij rond vliegen. In het voorkomende geval dat dergelijke verwilderde duiven de hokken van de inrichting invliegen, zullen deze door vergunninghoudster worden verwijderd. Op grond van het deskundigenbericht moet worden aangenomen dat de vrees van appellanten dat de vrij vliegende postduiven uit de inrichting significante aantallen verwilderde, verdwaalde postduiven aantrekken, waardoor overlast kan ontstaan, niet aannemelijk is. Gelet hierop heeft verweerder hierin in redelijkheid geen aanleiding gezien de vergunning gedeeltelijk te weigeren dan wel hieromtrent voorschriften aan de vergunning te verbinden. (03/32)

In 18 overwegingen waarin de Afdeling steunt op het deskundigenbericht, betreft het een oordeel over de deugdelijkheid van een in de procedure gebracht onderzoek. Het betreft dan vaak een onderzoek dat is uitgevoerd door de aanvrager om vergunning, maar het kan ook zijn dat het bevoegd gezag een controle-onderzoek heeft uitgevoerd. Indien appellant een contra-expertise heeft ingebracht, moet de deskundige beoordelen of die twijfel zaait omtrent de opzet of uitkomst van de door het bevoegd gezag gebruikte rapportage(s).

> *(Appellanten: de berekening van het referentieniveau in het rapport van de gemeente is onjuist. Verweerders hadden moeten uitgaan van het referentieniveau zoals berekend in het rapport van appellanten.) Blijkens het deskundigenbericht is in het rapport van appellanten het referentieniveau van het omgevingsgeluid gebaseerd op een meting van het LAeq in de avondperiode. Ten onrechte is er echter van uitgegaan dat met deze meting het LAeq van de wegenverkeersbronnen is bepaald, omdat ter plaatse van de meting alle aanwezige geluidsbronnen het geluidniveau hebben bepaald. Gelet hierop hebben verweerders op goede gronden het rapport van appellanten wat dit onderdeel betreft buiten beschouwing gelaten. (00/15)
> *Anders dan appellanten is de Afdeling, mede gelet op het deskundigenbericht van de [StAB], van oordeel dat, aangezien de aard van de omgeving op het meetpunt niet wezenlijk verschilt van die in de directe nabijheid van de woningen van appellanten, de bewuste metingen door verweerders als uitgangspunt voor het vaststellen van de grenswaarden mochten worden gehanteerd.[119] (00/27)

Opvallend is dat slechts in 14 overwegingen naar het deskundigenbericht wordt verwezen bij een oordeel over een feitelijke aangelegenheid. In de meeste van deze overwegingen gaat het om de typering van de omgeving in geluidkwesties of veehouderijzaken. De verwijzing kan ook betrekking hebben op een hoogte of een afstand, bijvoorbeeld de afstand van een mestput tot de dichtstbijgelegen woning.

> *Appellanten betwijfelen of verweerders bij toetsing van de vergunningaanvraag aan de Interimwet ammoniak en veehouderij er wel van mochten uitgaan dat de afstand tot het dichtstbijgelegen voor verzuring gevoelig gebied 2450 meter bedraagt. De Afdeling stelt op grond van het deskundigenbericht en het verhandelde ter zitting vast dat het dichtstbijgelegen voor verzuring gevoelig gebied op meer dan 3000 meter van de inrichting is gelegen. Dit betekent dat de Interimwet ammoniak en veehouderij niet in de weg staat aan verlening van de gevraagde vergunning. (97/7)
> *Voorts voert appellante sub 3 aan dat er ten onrechte geen hoogte is voorgeschreven voor het net langs het gedeelte van het terrein waar paintball wordt gespeeld. […] Blijkens het deskundigenbericht kan niet geheel worden uitgesloten dat balletjes buiten de inrichting geraken. (00/53)
> *Bij het vaststellen van de geluidgrenswaarden heeft [verweerder] aangesloten bij de in de Handreiking genoemde richtwaarden voor een 'rustige woonwijk, weinig verkeer'. De Afdeling acht deze typering van de omgeving gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht, en het verhandelde ter zitting niet onjuist. (03/40)

119 Overigens bevat deze passage uit het deskundigenbericht ook informatie over de feitelijke situatie, namelijk over de aard van de omgeving.

5.4 Motivering van de uitspraak in relatie tot het deskundigenbericht

In de ene overweging wordt uitgebreider verwezen naar het deskundigenbericht dan in de andere. Meestal is de conclusie uit het deskundigenbericht geïncorporeerd in de overweging waarin de Afdeling de beroepsgrond afdoet: 'Gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht,[120] is voldoende aannemelijk dat aan de gestelde geluidgrenswaarden kan worden voldaan' (zie ook als voorbeeld de in de vorige paragraaf aangehaalde overwegingen uit de uitspraken 00/33 en 03/14). Soms parafraseert de Afdeling meer uitgebreid de relevante technische of feitelijke informatie uit het deskundigenbericht (zie bijvoorbeeld de overwegingen in de vorige paragraaf uit de uitspraken 03/2 en 00/15).

Om de motivering van de uitspraak in relatie tot het deskundigenbericht te onderzoeken, heb ik in kaart gebracht of er een verband bestaat tussen de uitgebreidheid van de motivering enerzijds en de aanwezigheid van en verwijzing naar het deskundigenbericht anderzijds. Hiertoe heb ik alle 767 toetsingsgronden onderverdeeld in drie categorieën: overwegingen waarin ter onderbouwing verwezen wordt naar het deskundigenbericht (134), overwegingen waarin niet verwezen wordt naar het uitgebrachte deskundigenbericht (347) en overwegingen waarin daar niet naar verwezen wordt omdat geen deskundigenbericht is uitgebracht (286). Ten aanzien van de uitgebreidheid van de motivering heb ik een onderverdeling gemaakt in vier categorieën: lang, gewoon, kort en summier.[121] Uit onderstaande tabel blijkt dat overwegingen waarin wordt verwezen naar het deskundigenbericht enerzijds verhoudingsgewijs veel vaker uitgebreid gemotiveerd zijn, maar anderzijds ook vaker een summiere motivering bevatten.

Uitgebreidheid motivering bij (niet) verwijzen naar deskundigenbericht

	lang	gewoon	kort	summier	*totaal*
verwijzing naar bericht	21%	62%	11%	6%	100%
geen verwijzing (wel bericht)	8%	63%	24%	5%	100%
geen verwijzing (geen bericht)	7%	66%	23%	3%	99%[122]

120 Varianten hiervan zijn: '(mede) gelet op het deskundigenbericht' en 'blijkens het deskundigenbericht'.

121 Hierbij heb ik grofweg de volgende maatstaf gebruikt: lang: ¾ pagina of meer; gewoon: 1 of enkele alinea's; kort: 1 of enkele zinnen; summier: 1 of enkele zinnen, zonder dat de juistheid van het oordeel evident is. Deze maatstaf is dus voornamelijk kwantitatief, met toevoeging van een kwalitatief element voor het onderscheid tussen 'kort' en 'summier'.

122 Dat de som van de percentages niet 100% bedraagt, is te wijten aan afrondingen.

Een verklaring voor de eerste bevinding is dat de rechter zijn oordeel beter kan onderbouwen indien hij de beschikking heeft over een deskundigenbericht. De tweede, tegengestelde, bevinding kan vermoedelijk worden verklaard doordat de Afdeling meent dat, nu partijen het deskundigenbericht kennen, zij met een verwijzing daarnaar kan volstaan.[123]

Voor de geïnteresseerde buitenstaander gaat dit laatste echter niet op. Met name bij overwegingen waarin de Afdeling het beschermingsniveau toereikend acht, is in een aantal gevallen onduidelijk wat in het deskundigenbericht ter ondersteuning van dat oordeel is opgemerkt (zie de onderstaande voorbeelden). In dergelijke gevallen schiet de motivering naar mijn mening enigszins tekort omdat een rechterlijke uitspraak, ter wille van de kritiseerbaarheid, zo veel mogelijk zelfstandig leesbaar moet zijn. Bovendien zal het met een korte verwijzing als 'gelet op het deskundigenbericht' ook voor partijen niet altijd duidelijk zijn welke bevinding of welk argument uit het deskundigenbericht de Afdeling nu precies doorslaggevend heeft geacht. Zie ter illustratie de volgende overwegingen.

> *(Appellant: uitbreiding van de inrichting levert gevaar op voor insleep van ziektes). De Afdeling overweegt dat de afstand tussen de stallen van de inrichting en die van appellant niet kleiner zal worden als gevolg van de uitbreiding. Gelet hierop en in aanmerking genomen het advies van de ABM ziet de Afdeling geen grond om ervan uit te gaan, dat verweerders vanwege dit risico de gevraagde vergunning hadden moeten weigeren dan wel nadere voorschriften aan de vergunning hadden moeten verbinden. (97/24)
>
> *Voor een woonwijk in de stad wordt in de Handreiking een richtwaarde van 50 dB(A) etmaalwaarde aanbevolen. De Afdeling stelt vast dat de in voorschrift 2.1 voorgeschreven grenswaarden een etmaalwaarde van 50 dB(A) niet te boven gaat. […] Gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht, en hetgeen appellanten in dit kader verder nog hebben aangevoerd, bestaat geen grond voor het oordeel dat verweerder het in voorschrift 2.1 gestelde langtijdgemiddeld beoordelingsniveau op de gevels van woningen van derden niet in redelijkheid toereikend […] heeft kunnen achten. (03/14)

123 Uit mijn onderzoek blijkt niet waarom de Afdeling in het ene geval juist uitgebreid naar het deskundigenbericht verwijst en in het andere geval summier. Wellicht hangt dit af van de mate waarin de bevinding van de deskundige voor zich spreekt (gaat het om de vaststelling van een feitelijke omstandigheid of om een waardering?) en de mate waarin deze door partijen is betwist. Het op de kadastrale tekening gebaseerde oordeel van de deskundige over de afstand van de inrichting tot een woning zal bijvoorbeeld in het algemeen minder voor betwisting vatbaar zijn dan zijn oordeel over de deugdelijkheid van een onderzoek.

5.5 Conformiteit rechterlijk oordeel en deskundigenbericht

Verwacht mag worden dat de Afdeling het deskundigenbericht in ieder geval op de technische aspecten volgt,[124] nu zij vanwege haar tekortschietende kennis daarover dat bericht heeft gevraagd. Uit twee van de onderzochte uitspraken, beide uit 1997, blijkt dat de Afdeling daarin het deskundigenbericht niet volgt.

> In uitspraak 97/26 signaleert de deskundige drie gebreken met betrekking tot de door verweerder gebruikte berekeningen van de emissie van stikstofdioxide door een energiecentrale. Mede naar aanleiding van de reactie van verweerder gaat de Afdeling aan de in het deskundigenbericht gesignaleerde gebreken voorbij.
> In uitspraak 97/32 stellen appellanten dat de openingstijden van een discotheek moeten worden beperkt om overlast te voorkomen, met welk standpunt de conclusie van de deskundige overeenstemt. De Afdeling wijst het beroep echter af en gaat daarbij niet in op het deskundigenbericht. Aan het slot van de uitspraak stelt de Afdeling dat zij, gezien de afwijzing van het beroep, niet toekomt aan de door vergunninghouder geuite bezwaren ten opzichte van het deskundigenbericht. Hiertoe overweegt zij dat vergunninghouder, nu de aan hem verleende vergunning in stand blijft, niet in zijn belangen is geschaad, 'temeer niet nu de Afdeling de door vergunninghouder gewraakte conclusies van het verslag niet tot de hare heeft gemaakt'.

Ik acht zeker niet uitgesloten dat de Afdeling in meer gevallen het deskundigenbericht niet (op alle punten) heeft gevolgd dan alleen in deze twee uitspraken. Of dat inderdaad zo is, blijkt normaal gesproken niet uit de uitspraak, nu het voor de rechter niet relevant is om te vermelden waarop hij zich *niet* heeft gebaseerd.[125] Om iets steekhoudends over de conformiteit te kunnen zeggen, zou ook het deskundigenbericht moeten worden onderzocht.[126]

---

124 Dit ligt alleen principieel anders indien een partij het deskundigenbericht heeft betwist door middel van een contra-expertise. Dit komt echter niet vaak voor.

125 Dit is bijvoorbeeld anders indien een partij zich beroept op het deskundigenbericht. In een uitspraak van 10 januari 2007, 200602630/1, vermeldt de Afdeling wel dat zij afwijkt van het deskundigenbericht. Het gaat hierbij om visuele hinder, waarbij nogal een grote beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag bestaat. 'In het deskundigenbericht is vermeld dat door de komst van de inrichting het open landschap zal worden aangetast. De Afdeling is evenwel van oordeel dat verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat zich niet zodanige visuele hinder voordoet, dat dit zou moeten leiden tot het weigeren van de vergunning of tot het stellen van nadere voorschriften.'

126 Door Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, Freriks en Robbe 2001 en Hoitink en Spelt 1994 is wel onderzoek verricht naar de conformiteit tussen de rechterlijke uitspraak en het deskundigenbericht.

6 SAMENVATTING EN CONCLUSIE

6.1 Inleiding

Dit hoofdstuk vormt de weerslag van een empirisch onderzoek naar de toetsing in vergunning- en handhavingsgeschillen door de milieukamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Ik heb in totaal 196 uitspraken uit de jaren 1997, 2000 en 2003 onderzocht. Deze uitspraken heb ik op twee niveaus aan een onderzoek onderworpen: op uitspraakniveau en op toetsingsgrondniveau.[127] Op uitspraakniveau heb ik bekeken wie als appellant(en) optreden, of het bevoegd gezag zich heeft gebaseerd op een of meer buitenwettelijke richtlijnen en of de Afdeling een deskundigenbericht heeft ingewonnen. Per toetsingsgrond heb ik de intensiteit van de rechterlijke toets geanalyseerd en voorts de rol van buitenwettelijke richtlijnen (in hoeverre geeft de rechter een oordeel over een door het bevoegd gezag gebruikte richtlijn?) en de rol van het deskundigenbericht (bij welke grond steunt de rechter op het deskundigenbericht en hoe motiveert hij dan de uitspraak?) onderzocht.

Om conclusies te kunnen trekken over de rechterlijke toetsing heb ik de toetsingsgronden onderverdeeld in categorieën, mede omdat de premissen aangaande bijvoorbeeld de toetsingsintensiteit per toetsingsgrond kunnen verschillen.[128] De veruit grootste categorie toetsingsgronden betreft het oordeel over het door de vergunning geboden beschermingsniveau. Deze grond beslaat 40% van het totaal aantal gronden in vergunningzaken. De op een na grootste categorie toetsingsgronden betreft het oordeel over de vraag of het bevoegd gezag heeft gehandeld in strijd met een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (15% van de vergunninggronden).[129]

Bij het onderzoek naar de toetsingsintensiteit hanteer ik een semantische benadering, omdat uit een rechtsoverweging zelf zou moeten blijken hoe intensief de rechter heeft getoetst. Ik leid de intensiteit van de toetsing dus af uit de formulering van de uitspraak. Een in 2005 verschenen intern rapport van de Afdeling over opzet en vormgeving van uitspraken, waarin onder meer wordt ingegaan op de intensiteit van de aan te leggen toets, hanteer ik hierbij mede als referentiekader.

Doordat ik mij heb gebaseerd op de aan de uitspraken ontleende toetsingsgronden, heb ik geen rekening kunnen houden met nuances in de stelligheid van het beroep of de kwaliteit van de onderbouwing daarvan. Hierom past met name bij de beoordeling van de toetsingsintensiteit enige relativering van de bevindingen.

---

127 Zie voor dit laatste begrip paragraaf 1.

128 Bij 'strijd met een wettelijke bepaling' is volgens de doctrine bijvoorbeeld een volle toets aangewezen, bij 'lengte van de begunstigingstermijn' een marginale.

129 Zie verder de tabel met de meest voorkomende toetsingsgronden in paragraaf 2.

Om te controleren of de strekking van de bevindingen over de uitspraken over de drie onderzoeksjaren ook opgaat (voor de jurisprudentie) onder het eind 2005 gewijzigde toetsingskader van de Wet milieubeheer, heb ik in 2006 en 2007 (tot november) de wekelijks op de website van de Raad van State gepubliceerde uitspraken van de milieukamer globaal doorgenomen.

In de vergunningzaken vormen particuliere derde-belanghebbenden (voornamelijk omwonenden) de grootste categorie appellanten, op grote afstand gevolgd door de vergunninghouder/-aanvrager en milieuorganisaties. Zij treden in respectievelijk 69%, 27% en 22% van de vergunningzaken op als (mede-)appellant. In de handhavingszaken hebben in ongeveer evenveel gevallen de verzoeker(s) om handhaving als de aangeschrevene van het handhavingsbesluit beroep aangetekend.

6.2 Intensiteit van de rechterlijke toetsing

De intensiteit van de rechterlijke toetsing bespreek ik hierna door middel van twee 'ingangen', namelijk de toetsingsgrond en het toetsingscriterium. Op grond van het in dit hoofdstuk gedane onderzoek kan per categorie toetsingsgronden worden bekeken welke toetsingscriteria de Afdeling daarbij gebruikt. Andersom kan, uitgaande van de toetsingscriteria, worden bekeken bij welke categorie(ën) toetsingsgronden een bepaald toetsingscriterium wordt gebruikt.

Hierna bespreek ik in paragraaf 6.2.1 eerst de door de Afdeling gebruikte toetsingscriteria, zoals 'terecht', 'in redelijkheid kunnen' en 'mogen'. Over elk toetsingscriterium beantwoord ik de volgende vragen:

- wat betekent het criterium?
- voor welke toetsingsintensiteit staat het?
- gebruikt de Afdeling het criterium op consequente wijze?

Mede op grondslag van de daarmee verkregen inzichten bespreek ik in paragraaf 6.2.2 de algemene bevindingen met betrekking tot de toetsingsintensiteit en in paragraaf 6.2.3 de bevindingen daarover per categorie toetsingsgronden.

6.2.1 De door de Afdeling gebruikte toetsingscriteria

'terecht'

Aangenomen kan worden dat dit criterium een geheel volle toets weergeeft.[130] De Afdeling geeft hiermee weer dat het bevoegd gezag de enige juiste beslissing heeft genomen of het enige juiste standpunt heeft ingenomen. De onderzochte uitspraken zijn hiermee in lijn. Ik heb dit toetsingscriterium het vaakst

130 Aldus ook het interne rapport 'Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak'.

aangetroffen in de categorie 'strijd met een wettelijke bepaling' en verder bij overwegingen met betrekking tot de naleefbaarheid van een voorschrift, de uitleg van een aanvraag, de toepassing van een buitenwettelijke richtlijn en, in handhavingsuitspraken, de vraag of een voorschrift is overtreden. Daarnaast gebruikt de Afdeling in een aantal gevallen een andersoortige formulering van een geheel volle toets voor, door direct zelf te overwegen dat een voorschrift toereikend is, nageleefd kan worden, wordt overtreden etc. In deze gevallen toetst zij dus niet het standpunt van het bevoegd gezag met een van de in deze paragraaf genoemde toetsingscriteria. Deze formuleringswijze heb ik vaak aangetroffen bij de volle beschermingsniveau-toets in 1997.

'in redelijkheid kunnen'
Gelijk 'terecht' de standaardformulering is voor een volle toets, zo is 'verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen' dat voor een marginale toets. Dit toetsingscriterium wordt veel gebruikt bij toetsing van het beschermingsniveau (in 2000 en 2003), bij de beoordeling van de beslissing om (niet) handhavend op te treden en bij de categorie 'lengte van de begunstigingstermijn', en ben ik daarnaast tegengekomen bij de categorie 'onvolledigheid van de aanvraag'.

'kunnen'
Dit toetsingscriterium heb ik in meerdere categorieën toetsingsgronden incidenteel aangetroffen (in totaal 9 keer).[131] Bijvoorbeeld bij de evenredigheid om handhavend op te treden: 'Verweerders hebben onder deze omstandigheden, bij afweging van de betrokken belangen, het belang van omwonenden – verschoond te blijven van verdere stankhinder ten gevolge van het slachten – kunnen laten prevaleren boven het economische belang van appellant.' (97/64) Uit de formulering en context van de desbetreffende overwegingen leid ik af dat met dit, op zichzelf niet geheel duidelijke,[132] criterium een marginale toets is beoogd. Er is mij niet gebleken van inhoudelijke of contextuele verschillen met overwegingen waarin de hiervoor besproken standaard marginale toets 'in redelijkheid kunnen' is gebruikt. Ik vermoed dan ook dat, ondanks het ontbreken van de woorden 'in redelijkheid', in deze gevallen geen andere toets is beoogd.[133]

131 Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 14 maart 2007, 200603478/1, r.o. 2.3.2.
132 Het toetsingscriterium 'kunnen' werd ook in één van de *Wende*-uitspraken gebruikt. Dat zorgde ook toen voor enige verwarring (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.1).
133 Volgens het interne rapport 'Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak', eerste druk van juli 2005, geeft 'kunnen', althans 'niet kunnen', evenwel een iets minder marginale toets weer dan '(niet) in redelijkheid kunnen'. In de tweede druk van dit rapport, van oktober 2007, wordt daarentegen het gebruik van 'kunnen' zonder '(niet) in redelijkheid' afgeraden, behalve als het gaat om een oordeel over de bevoegdheid van het bestuursorgaan.

'op goede gronden'
Als de Afdeling overweegt dat het bevoegd gezag zich op goede gronden op een bepaald standpunt heeft gesteld, lijkt dit te betekenen dat zij diens redenering concludent acht. Dit toetsingscriterium wekt de indruk dat de Afdeling de door het bevoegd gezag gehanteerde argumenten dragend vindt en dat naar haar oordeel het in het besluit ingenomen standpunt daaruit voortvloeit. In de gevallen waarin de Afdeling dit criterium naar mijn mening met reden heeft gehanteerd (bijvoorbeeld bij een gestelde onzorgvuldige voorbereiding van het besluit, zie hieronder), heb ik de indruk dat zij de in beroep aangevochten handelswijze of beoordeling van het bevoegd gezag inhoudelijk[134] toetst met behulp van het motiveringsbeginsel of het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Het criterium lijkt niet te impliceren dat een ander standpunt per se fout is (zoals bij 'terecht'), maar wel dat het ingenomen standpunt naar het oordeel van de rechter inhoudelijk juist is. De Afdeling lijkt dus tot op zekere hoogte een eigen inhoudelijk standpunt in te nemen, wat duidt op een terughoudend volle toets (zie voor dit begrip paragraaf 6.2.2 hierna).[135]

> Stel bijvoorbeeld dat in beroep wordt aangevoerd dat het bevoegd gezag ten onrechte heeft ingestemd met het bij de vergunningaanvraag gevoegde akoestisch rapport. Appellant betoogt dat voor een representatieve uitkomst van een geluidmeting gebruik moet worden gemaakt van minimaal vijf meetpunten, terwijl in het akoestisch rapport drie meetpunten zijn gebruikt (hiermee doet appellant een beroep op het formele zorgvuldigheidsbeginsel). Als de Afdeling nu vindt dat drie meetpunten voldoende zijn, omdat in het deskundigenbericht is vermeld dat dat conform een algemeen aanvaarde meetmethode is, kan zij vol toetsen dat het standpunt van het bevoegd gezag juist is, omdat dat wordt ondersteund door heersende technische inzichten. Zij hoeft daarom niet te volstaan met een marginale toets, maar kan een volle toets hanteren. Een *geheel* volle toets, die suggereert dat elke andere insteek onjuist is, is dan evenwel niet correct. Immers, het gebruik van

134 In tegenstelling tot gevallen waarin de Afdeling het besluit aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur toetst, *zonder* aan een inhoudelijke beoordeling van het aangevochten bestuurlijk oordeel toe te komen. Zie bijvoorbeeld het begin van paragraaf 3.2, waar is aangegeven dat de Afdeling in de onderzochte uitspraken in 20% van de overwegingen niet toekomt aan een inhoudelijke rechtmatigheidstoets van het geboden beschermingsniveau, omdat het aangevochten voorschrift reeds wegens strijd met bijvoorbeeld het formele zorgvuldigheidsbeginsel moet worden vernietigd. Stel bijvoorbeeld dat een appellant aanvoert dat hij vreest voor geluidhinder. Als de Afdeling dan wil toetsen of de gestelde voorschriften geluidhinder in redelijke mate zullen beperken, maar constateert dat de te verwachten geluidemissie niet in een akoestisch rapport is onderzocht, moet zij volstaan met een formele zorgvuldigheidsvernietiging. Haar conclusie is dan dat het bestreden besluit in strijd met art. 3:2 Awb niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid en daarom moet worden vernietigd. De Afdeling gebruikt in zo'n geval geen volle of marginale toets ten aanzien van de door het bevoegd gezag gemaakte beoordeling van de aanvaardbaarheid van geluidhinder.

135 Volgens de eerste druk van het voornoemde interne rapport is het evenwel als een geheel volle toets bedoeld. In de tweede druk is het daarentegen niet opgenomen als te gebruiken toetsingscriterium.

zeven meetpunten was ook goed geweest. Een terughoudend volle toets geeft wel aan dat er enige ruimte voor een andere beoordeling bestaat.

In de onderzochte uitspraken heb ik dit toetsingscriterium aangetroffen bij de categorieën 'beschermingsniveau', 'strijd met het formele zorgvuldigheidsbeginsel, 'strijd met een wettelijke bepaling' en 'toepassing van een buitenwettelijke richtlijn' (in totaal 7 keer).[136] Bij de eerste categorie is een volle toets niet juist, nu het gaat om twee overwegingen uit 2000 (dus na de toetsingsomslag). Bij categorie 'strijd met een wettelijke bepaling' is een geheel volle toets aangewezen, dus verdient het onderhavige criterium ook daar niet de voorkeur. Bij de overige twee categorieën kan het gebruik van dit criterium wel aangewezen zijn.

'op goede gronden kunnen'
Dit toetsingscriterium is in de onderzochte uitspraken 3 keer gebruikt: in een uitspraak bij toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel en in een andere uitspraak zowel in het kader van de evenredigheid om af te zien van handhavend optreden als ten aanzien van de vraag of het bevoegd gezag gedoogvoorwaarden had moeten stellen. Uit het voorgaande vloeit voort dat dit een innerlijk tegenstrijdig toetsingscriterium is, nu het een combinatie is van de volle toets 'op goede gronden' en de marginale toets 'kunnen'.[137]

'mogen'
De Afdeling heeft dit toetsingscriterium in de onderzochte uitspraken 11 keer gebruikt. In vier overwegingen betreft het de toetsing aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel. De Afdeling overweegt in deze gevallen dat zij geen aanleiding of grond ziet voor het oordeel dat verweerder niet 'mocht' volstaan met het gebruiken van het beschikbare rapport dan wel de beschikbare (meet)gegevens. Dit rechterlijk oordeel betekent materieel dat verweerder niet gehouden was een nader rapport in te winnen of nadere metingen of berekeningen te verrichten. Maar betekent dit nu dat de Afdeling, zich verplaatsende in de positie van het bevoegd gezag, vindt dat nader onderzoek niet is geboden (volle toets) of 'slechts' dat het niet onredelijk is dat verweerder dat achterwege heeft gelaten? Taalkundig lijkt 'mogen', net als 'kunnen', met betrekking tot de inhoud van het bestuurlijk oordeel een afstand te impliceren, wat zou

136 En voorts nog twee keer in de onjuiste samenstelling 'op goede gronden kunnen' (zie hierna). Het aantal van 7 (of 9) overwegingen is overigens lager dan ik op basis van lezing van recente jurisprudentie verwachtte. Zo heb ik dit toetsingscriterium in de milieu-uitspraken van de eerste tien maanden van 2007 enkele tientallen keren aangetroffen.

137 Zie voor twee recente voorbeelden van het gebruik van dit toetsingscriterium: ABRvS 23 mei 2007, 200607085/1, r.o. 2.4 en ABRvS 10 oktober 2007, 200701590/1, r.o. 2.8.1. Een vergelijkbaar innerlijk tegenstrijdig toetsingscriterium luidt dat verweerder zich 'terecht op het standpunt heeft kunnen stellen', zoals bijvoorbeeld gebruikt in ABRvS 14 maart 2007, 200510541/1, r.o. 2.8.2.

betekenen dat daarmee een marginale toets is beoogd. Anderzijds zou het rechterlijk oordeel dat 'verweerder zich niet mocht baseren op' duidelijk een volle toets inhouden, terwijl het oordeel 'verweerder heeft zich niet (in redelijkheid) op het standpunt kunnen stellen' marginaal blijft. In zoverre gaat de vergelijking met 'kunnen' dus niet op. Een marginale toets is in deze gevallen wel in die zin begrijpelijk dat 'redelijk oordelende mensen' er in meer- of mindere mate over kunnen twisten of een (nader) onderzoek onmisbaar is om een voldoende onderbouwd besluit te kunnen nemen. Dit neemt naar mijn mening evenwel niet weg dat de rechter een terughoudend volle toets dient te hanteren, omdat hij zelf moet vaststellen of een besluit voldoende zorgvuldig is voorbereid. Zie hierover ook paragraaf 6.2.2 hierna.

De Afdeling heeft het toetsingscriterium 'mogen' voorts drie keer gebruikt in een oordeel over de vraag of het bevoegd gezag de aanvraag in behandeling had mogen nemen. Deze vraag toetst de Afdeling, buiten de volle toets aan het Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer, normaal gesproken marginaal (zie hierna bij de bespreking per categorie toetsingsgronden). Een marginale toets had ook moeten worden gebruikt in de overweging over het – met toepassing van art. 20.5 Wm – terstond van kracht verklaren door het bevoegd gezag van een besluit. Deze bepaling bevat namelijk zowel beleidsruimte als beoordelingsruimte.

Daarnaast ben ik het onderhavige criterium drie keer in een handhavingsoverweging tegengekomen. In één overweging twee keer met betrekking tot de vraag of iemand was aan te merken als mede-drijver van een inrichting (zodat de dwangsom ook aan die personen kon worden opgelegd)[138] en in een andere overweging of verweerder 'mocht' concluderen dat een bepaald voorschrift niet werd overtreden. In deze gevallen is evident een volle toets aangewezen. Hetzelfde geldt voor de overweging waarin de Afdeling dit criterium gebruikte ten aanzien van een feitelijke omstandigheid.[139]

De Afdeling gebruikt het toetsingscriterium 'mogen' dus zowel in gevallen waarin een marginale als in gevallen waarin een volle toets is aangewezen en zowel in gevallen waarin zij voor het overige een marginale als in gevallen waarin zij voor het overige een volle toets hanteert. De intensiteit van dit toetsingscriterium is derhalve onduidelijk en de Afdeling gebruikt het niet

---

138 Gelet op de grote invloed van appellant op het bestuur van en de zeggenschap over deze vennootschap die ten tijde van het nemen van het bestreden besluit uit zijn hoedanigheid voortvloeiden, mochten verweerders naar het oordeel van de Afdeling naast A en B BV ook appellant aanmerken als een van degenen die de inrichting dreven. (97/62)

139 'De Afdeling ziet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat verweerder bij het verlenen van de onderhavige lozingsvergunning niet ervan heeft mogen uitgaan dat in de gemeente Leerdam geen risicovolle overstorten in de door appellant bedoelde zin aanwezig zijn.' (03/18)

op eenduidige wijze. Volgens het interne rapport 'Rapport opzet en vormgeving van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak', zowel de eerste druk uit 2005 als de tweede druk van oktober 2007, duidt 'mogen' op een 'neutrale' toets, dat wil zeggen marginaal noch vol. Dat is een creatieve manier om te weerleggen dat het een onduidelijk toetsingscriterium is.[140]

'aanvaardbaar'

Dit toetsingscriterium heb ik in de eerste plaats aangetroffen in 3 overwegingen uit 1997 over het beschermingsniveau, waarvan ik er één hier aanhaal: 'Gelet op het vergunde aantal transportbewegingen en gelet op het totale wegverkeer op deze weg, acht de Afdeling het in dit geval aanvaardbaar dat geen nadere voorschriften ter beperking van geluidhinder van transportbewegingen zijn gesteld.'

Verder is dit criterium 2 keer gebruikt in het kader van het formele zorgvuldigheidsbeginsel. De Afdeling moest hier beoordelen of een bepaald berekeningsmodel mocht worden gebruikt respectievelijk of het extrapoleren van een grafiek toelaatbaar was.[141]

In de derde plaats heb ik het aanvaardbaar-criterium 1 keer gesignaleerd bij de toetsing aan een plan (in dit geval een ammoniakreductieplan).[142] Ten slotte noem ik een tussenoverweging in het kader van de vraag of een milieueffectrapport had moeten worden opgesteld: 'De Afdeling acht het standpunt van verweerders dat deze hogere capaciteit ook als representatief kan gelden voor de feitelijk bestaande situatie ten tijde van de indiening van de aanvraag niet onaanvaardbaar.' (00/19)

In totaal is dit toetsingscriterium in de onderzochte uitspraken dus 7 keer gebruikt, waarbij het in hoofdzaak overwegingen uit 1997 betreft. In het criterium klinkt duidelijk een terughoudende benadering door. Maar of dit betekent dat het een terughoudend volle toets is of een marginale toets, is moeilijk te zeggen. Bij de genoemde beschermingsniveau-toets uit 1997 was in ieder geval een volle toets aangewezen.

---

140 Ook in uitspraken waarin het nieuwe toetsingskader van de Wet milieubeheer van toepassing is, wordt het toetsingscriterium 'mogen' regelmatig gebruikt.

141 'Gezien het feit dat de afstand van de inrichting tot de in dit verband meest relevante bebouwing […] minder dan 100 meter bedraagt, acht de Afdeling het niet onaanvaardbaar dat verweerder zich heeft gebaseerd op berekeningen waarbij het voor de korte afstanden bedoelde SDI-model als berekeningsgrondslag is gehanteerd.' (97/26) En: 'Verweerders hebben de benodigde afstand berekend met behulp van de geëxtrapoleerde afstandsgrafiek op circa 180 meter. De Afdeling is van oordeel dat deze berekening aanvaardbaar is.' (00/7)

142 Volgens het ammoniakreductieplan van de gemeente is een vergunning voor een nieuwe en/of nieuw in te richten stal alleen mogelijk als deze met de best uitvoerbare methoden voor reductie van ammoniakemissie is uitgerust. Het is […] aanvaardbaar dat verweerders zich op het standpunt hebben gesteld dat de stalafdeling met de best uitvoerbare methoden voor emissiereductie is uitgerust. (97/37)

'aannemelijk'

In de onderzochte uitspraken ben ik vaak de term 'aannemelijk' tegengekomen. Ik heb enkele overwegingen op een rij gezet waarin deze term wordt gebruikt.

> *De Afdeling acht het voorts op grond van de bovenstaande motivering van verweerder en het verhandelde ter zitting voldoende aannemelijk dat de in voorschrift 3 opgenomen lozingsnormen zodanig zijn dat de kwaliteit van het oppervlaktewater niet zal verslechteren. Gelet hierop en hetgeen overigens uit de stukken is gebleken is de Afdeling van oordeel dat verweerder [het beschermingsniveau in redelijkheid toereikend heeft kunnen achten].
> *Gelet op het verhandelde ter zitting is de Afdeling aannemelijk geworden dat gezien de aangevraagde bedrijfsvoering binnen de inrichting voldoende parkeergelegenheid voorhanden is voor het parkeren van auto's van bezoekers en personeelsleden alsmede voor het parkeren van bedrijfswagens.
> *Appellanten hebben niet aannemelijk gemaakt en ook overigens is niet gebleken dat de vergunde stallen niet binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van de vergunning zouden zijn opgericht en in werking gebracht, zodat moet worden aangenomen dat op grond van voornoemd artikel geen rechten zijn vervallen.
> *Gelet op het geringe aantal verkeersbewegingen van en naar de inrichting [14 per week], de in voorschrift 5.5 opgenomen uitzondering voor het maximale geluidniveau gedurende de dagperiode, alsmede het uitgebrachte deskundigenbericht, is aannemelijk dat aan de gestelde geluidgrenswaarden kan worden voldaan.
> *Appellant stelt dat ten onrechte de gegevens die gehanteerd zijn voor de bepaling van de omvang van de bestaande rechten wat betreft de ammoniakdepositie niet met het ontwerpbesluit ter inzage zijn gelegd. Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting acht de Afdeling niet aannemelijk gemaakt dat de door appellant bedoelde gegevens niet met het ontwerpbesluit ter inzage zijn gelegd.
> *Niet aannemelijk is geworden dat deze begunstigingstermijn te kort is om de overtreding van artikel 8.1, eerste lid, onder b, van de Wet milieubeheer ongedaan te maken.

De Afdeling gebruikt deze term dus onder meer bij haar oordeel over het effect van een in een voorschrift gestelde norm, over een feitelijke omstandigheid in het verleden, over de uitkomst van een berekening en of aan een voorschrift kan worden voldaan. Soms is de overweging passief geformuleerd (niet aannemelijk is geworden dat), soms actief (appellant heeft niet/onvoldoende aannemelijk gemaakt dat). Met de laatste wijze van formuleren wordt benadrukt dat de bewijslast op appellant rustte.

Het gebruik van de term 'aannemelijk' hangt soms samen met het feit dat 'de' waarheid niet meer kan worden achterhaald (bijvoorbeeld of een bepaald stuk ter inzage heeft gelegen). In andere gevallen blijkt daaruit dat de Afdeling hetgeen appellant heeft aangevoerd onvoldoende acht om te concluderen tot een zorgvuldigheidsgebrek of zelfs om, bijvoorbeeld door middel van een deskundigenbericht, de ontbrekende feiten of kennis te verzamelen. Een dergelijk oordeel zal vooral afhangen van de vraag hoe waarschijnlijk het is dat de stelling juist is (gezien de bekende feiten en het standpunt van de

andere partij(en)) en vermoedelijk ook enigszins van de vraag hoe ernstig de implicaties van de stelling kunnen zijn (zou het leiden tot een passeerbaar gebrek of niet?).

Bij overwegingen met het woord 'aannemelijk' kan soms moeilijk de intensiteit van de toetsing worden vastgesteld. De formulering 'appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat bepaalde gegevens niet met het ontwerpbesluit ter inzage zijn gelegd' bijvoorbeeld bevat strikt genomen geen toetsingscriterium. Aldus zegt de Afdeling immers alleen iets over de aannemelijkheid van de aan de beroepsgrond ten grondslag gelegde stelling en komt zij aan een inhoudelijke beoordeling van de grond niet toe.[143] Met de ook wel gebruikte overweging dat 'niet gebleken is' dat in strijd met een procedurevoorschrift is gehandeld, is dit anders. Daarmee geeft de Afdeling weliswaar óók geen definitief uitsluitsel of het vormvoorschrift is geschonden, maar zij doet daar wel een, enigszins terughoudende, uitspraak over: uit alle beschikbare gegevens, waaronder het beroepschrift, blijkt de schending niet. Het inhoudelijke onderscheid tussen deze overwegingen is overigens gering. De Afdeling zal een stelling immers pas als niet aannemelijk terzijde kunnen schuiven nadat zij daar enig onderzoek naar heeft gedaan.

6.2.2 *Intensiteit toetsing: algemene bevindingen*

De eerste bevinding, 'vooraf', is dat de Afdeling in een substantieel aantal overwegingen (113 van de 767; ongeveer 15%) niet toekomt aan een rechtmatigheidstoets op grondslag van de door appellant aangedragen grond, omdat het aangevochten besluit, vergunningvoorschrift of onderdeel van het handhavingsbesluit naar haar oordeel reeds wegens strijd met een of meer van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden vernietigd.[144] In deze gevallen legt de Afdeling dus geen volle of marginale rechtmatigheidstoets aan, maar constateert zij, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, strijd met een algemeen beginsel. De Afdeling geeft aldus geen materieel-inhoudelijk oordeel over het betwiste besluit(onderdeel), maar 'slechts' een negatief[145] oordeel over de onderbouwing daarvan: er is bijvoorbeeld onvoldoende onderzoek gedaan naar de feiten, de motivering is niet dragend of het besluit is innerlijk tegenstrijdig. Het merendeel van deze oordelen betreft een formeel gebrek. In 91 van de 113 overwegingen (81%) vernietigt de Afdeling (mede)

143 Zij het dat die beoordeling daar wel direct uit voortvloeit, nu de juistheid van de stelling (de stukken zijn niet ter inzage gelegd) ook meteen het slagen van de beroepsgrond (het vormvoorschrift is overtreden) zou betekenen.

144 Deze bevinding heeft op praktisch alle categorieën toetsingsgronden betrekking, zij het in verschillende mate (variërend van 10% tot 30%).

145 Als het besluit(onderdeel) niet in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dan merkt de Afdeling daar uiteraard niet ambtshalve iets over op.

vanwege strijd met het motiveringsbeginsel (art. 3:46 of 7:12 Awb) en/of het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb).

Deze bevinding vormt in zekere zin een bevestiging van de in de literatuur veel gehoorde en in paragraaf 3.3 van hoofdstuk 3 besproken stelling dat de Afdeling een voorkeur heeft voor formele vernietigingsgronden. Anderzijds kan worden gesteld dat een percentage van 12% van alle onderzochte overwegingen (91 van de 767) niet zodanig hoog is dat deze bevinding de bedoelde stelling volledig ondersteunt.

Nu de rechter, anders dan bij een volle of marginale rechtmatigheidstoets, in deze overwegingen geen oordeel geeft over de beoordeling of afweging die het bevoegd gezag heeft gemaakt, ligt het mijns inziens in de rede om een dergelijke ambtshalve toets aan een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur niet in te delen tussen een volle en marginale rechtmatigheidstoets in. Het betreft een andersoortige toets.[146] Dat neemt niet weg dat een dergelijke toets wel in die zin op terughoudendheid duidt, dat de rechter niet aan de materiële inhoud van het besluit komt.

Voor de duidelijkheid merk ik op dat van de hier bedoelde gevallen dus moeten worden onderscheiden de gevallen waarin *appellant aanvoert* dat het besluit in strijd is met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en de Afdeling toetst of het bestuursorgaan in zoverre heeft gehandeld in strijd met bijvoorbeeld het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel. In deze laatste gevallen moet de Afdeling dus wel een toets uitvoeren ten aanzien van de in beroep aangevochten beoordeling of afweging van het bevoegd gezag, waarbij wel een bepaalde toetsingsintensiteit kan worden onderscheiden. Zie hierover nader hiervoor in paragraaf 6.2.1 onder het kopje *'op goede gronden'*, en hierna in paragraaf 6.2.3.

De tweede belangrijke algemene bevinding, die voor bijna alle categorieën toetsingsgronden geldt, is dat de in de literatuur gebruikelijke tweedeling tussen enerzijds een volle en anderzijds een marginale toets, te ongenuanceerd is. Er bestaan weliswaar als hoofdtypen een volle toets (de Afdeling doet de beoordeling over of geeft een geheel eigen interpretatie) en een marginale toets (de Afdeling laat het bestuur een beoordelings- of afwegingsmarge), maar daarbinnen zijn meerdere gradaties van intensiteit te onderscheiden. Deze bevinding vormt in zoverre een bevestiging van eerdere onderzoeken over rechterlijke toetsing (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3).

Binnen de volle toets kan onderscheid worden gemaakt tussen geheel volle toetsen en 'terughoudend volle' toetsen. Bij een geheel volle toets geeft de rechter zijn eigen, onvoorwaardelijk geformuleerde oordeel (bijvoorbeeld met een formulering als 'de grenswaarden zijn toereikend'), of geeft hij met de

146 Anders Klap 1994, p. 239, die betoogt dat toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het midden houdt tussen een integrale en een marginale toetsing.

toetsingsmaatstaf 'terecht' aan dat het door verweerder ingenomen standpunt het enige juiste is. Als 'terughoudend volle' toets heb ik aangemerkt toetsen die weliswaar duidelijk vol zijn, maar ook enige terughoudendheid bevatten. Hiervan heb ik drie categorieën onderscheiden: toetsen met een dubbele ontkenning ('niet onjuist'), toetsen met een voorbehoud in de formulering (bijvoorbeeld 'voldoende aannemelijk' of 'niet gebleken') en overwegingen waarin de rechter niet een direct oordeel formuleert, maar het oordeel op indirecte wijze geeft door het standpunt van het bevoegd gezag te beoordelen (dus niet: 'de voorschriften zijn toereikend', maar: 'niet gebleken is dat verweerder nadere voorschriften had moeten stellen'). Een toetsingsmaatstaf die met enige regelmaat opduikt is 'op goede gronden'. Deze wordt soms als geheel volle toets gebruikt (bijvoorbeeld bij de categorie 'strijd met een wettelijke bepaling'), maar vaker als 'terughoudend volle' toets. In laatstbedoelde gevallen geeft de rechter daarmee aan dat het door verweerder ingenomen standpunt naar zijn oordeel juist is, maar wordt doorgaans ook enige ruimte gelaten voor een andersluidend standpunt (anders dan bij 'terecht', dat erop duidt dat verweerder het enige juiste standpunt heeft ingenomen).

Binnen de marginale toets kan onderscheid gemaakt worden tussen een 'gewone' marginale toets en nog meer terughoudende toetsen. Een 'gewone' marginale toets luidt als volgt: 'verweerder heeft de gestelde geluidgrenswaarden in redelijkheid toereikend kunnen achten'.

Net als bij de volle toets heb ik bij de marginale toets drie categorieën onderscheiden van meer terughoudende toetsen. Hiervan komen er twee overeen met die bij de volle toets, namelijk toetsen met een dubbele ontkenning en toetsen met een voorbehoud in de formulering. De derde categorie van een meer terughoudende marginale toets is die waarin wordt getoetst aan de bovengrens van de beoordelingsruimte. De categorieën komen ook in combinatie voor, soms zelfs alle drie tegelijk. Een dergelijk ruimhartig gebruik van terughoudende toets-elementen doet afbreuk aan de leesbaarheid van het rechterlijk oordeel:

> 'Verder is niet gebleken van zodanige omstandigheden dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de bijdrage van de in het buitenverblijf aanwezige kippen aan de cumulatie van stank niet zodanig is, dat de vergunning hierom (gedeeltelijk) had moeten worden geweigerd.'

De aanwezigheid van een deskundigenbericht noch het gebruik door het bevoegd gezag van een buitenwettelijke richtlijn geeft enig zicht op een verklaring voor het gebruik van een 'gewone' volle of marginale toets in het ene geval en een terughoudend volle of marginale toets in een vergelijkbaar ander geval. Beide factoren wijzen in de onderzochte zaken namelijk in geen van de categorieën toetsingsgronden in een bepaalde richting.

Het feit dat ik verschillen in toetsen heb geconstateerd tussen voor het overige praktisch gelijkluidende overwegingen, vormt een aanwijzing voor

de stelling dat het gebruik van een verschillende mate van intensiteit binnen een volle of marginale toets niet altijd berust op een bewuste keuze van de rechter. De bedoelde verschillen zijn mogelijk mede terug te voeren op persoonlijke voorkeuren of gewoonten van de staatsraden of de ondersteunende jurist in kwestie. Daarnaast kan de aanleiding voor een meer of minder terughoudend geformuleerde overweging gelegen zijn in de mate van stelligheid en de kwaliteit van het beroepsschrift.

Uit deze paragraaf, paragraaf 6.2.1 en paragraaf 6.2.3 blijkt dat de Afdeling in milieugeschillen soms een onjuiste toetsingsintensiteit toepast, dat zij bepaalde toetsingscriteria niet altijd consequent gebruikt en in de desbetreffende uitspraken geen verklaring kan worden gevonden voor die inconsequenties, en dat van sommige toetsingscriteria die de Afdeling gebruikt de intensiteit onduidelijk is, bijvoorbeeld omdat zij innerlijk tegenstrijdig zijn. Gelet hierop verdient het aanbeveling dat de Afdeling meer aandacht besteedt aan het gebruik van overwegingen waaruit zoveel mogelijk de intensiteit van de aangelegde toets blijkt en aan het gebruik van correcte toetsingsformuleringen die op een consequente manier worden gehanteerd. Het is positief te waarderen dat de Afdeling voor intern gebruik een rapport heeft opgesteld waarin onder meer richtsnoeren worden gegeven voor het toepassen van een juiste toetsingsintensiteit, al geeft het rapport niet voor alle gevallen houvast.

6.2.3 Intensiteit toetsing: bevindingen per categorie toetsingsgronden

Beschermingsniveau

De in de vergunninguitspraken veruit meest voorkomende toetsingsgrond is de voor milieuvergunninggeschillen typische grond over het door de vergunning geboden niveau van bescherming van het milieu (oftewel: is een vergunningvoorschrift in strijd met art. 8.11 lid 3 Wm?). Hierbij wordt meestal aangevoerd dat een voorschrift onvoldoende bescherming biedt, maar het komt ook voor dat, door de vergunninghouder, wordt betoogd dat een voorschrift te streng is. Deze categorie beslaat ruim 40% van het totale aantal van 652 vergunninggronden.

In één op de vijf overwegingen van deze categorie komt de Afdeling niet toe aan een rechtmatigheidstoets over het beschermingsniveau, omdat zij al schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur constateert. Overigens komt uit veel van deze overwegingen wel naar voren dat het geboden beschermingsniveau vermoedelijk lager is dan verweerder kennelijk beoogde te bieden.

In verband met de toetsingsomslag in 1998 verwachtte ik dat de Afdeling in 1997 het beschermingsniveau vol toetst en in 2000 en 2003 marginaal. Op hoofdlijnen is deze verwachting uitgekomen. In de uitspraken uit 1997 heb

ik 8 marginale dan wel onduidelijke[147] toetsingsformuleringen aangetroffen (op een totaal van 109) en in de uitspraken uit 2000 en 2003 9 onjuiste[148] volle toetsen (op een totaal van 158).[149] Van deze 9 volle toetsen gaan er 4 over stankhinder door intensieve veehouderijen. De onjuiste toetsing in deze zaken hangt waarschijnlijk samen met het feit dat de beoordeling van het beschermingsniveau wordt voorafgegaan door een – volle – toets van de volgens de Richtlijn veehouderij en stankhinder aan te houden afstand tot woningen.

Nauw verwant met de eerste categorie is de categorie 'onnodig bezwarendheid van een voorschrift'. In deze gevallen heeft de vergunninghouder of -aanvrager aangevoerd dat een bepaald voorschrift in zijn geheel niet had mogen worden opgenomen, omdat daarmee geen milieubelang is gediend. De Afdeling toetst deze grond op twee manieren. Soms overweegt ze (vol) dat het aangevochten voorschrift al dan niet onnodig bezwarend is, maar in andere gevallen gebruikt ze een beschermingsniveau-toets. Nu in deze categorie ook het beschermingsniveau wordt betwist, verdient het uit het oogpunt van uniformiteit de voorkeur om altijd een beschermingsniveau-toets te gebruiken.

Strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur
De in de vergunninguitspraken op één na grootste categorie toetsingsgronden (94 gronden; 14%) betreft de vraag of het bevoegd gezag heeft gehandeld in strijd met één van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In 13 van de 94 overwegingen komt de Afdeling niet toe aan een oordeel over de strijdigheid met het aangevoerde beginsel, omdat zij al strijd met een ander beginsel constateert. In deze gevallen heeft het bevoegd gezag meestal een tegenstrijdig standpunt ingenomen in de considerans van het besluit ten opzichte van het dictum daarvan of erkent het bevoegd gezag ter zitting dat het besluit een gebrek bevat.

In deze categorie toetst de Afdeling in beginsel vol, hetgeen juist is: de rechter moet zelf vaststellen of een besluit in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in deze categorie varieert de mate van indringendheid van de (volle) toets. Bij het rechtszekerheidsbeginsel bijvoorbeeld wordt een meer volle toets als 'er bestaat geen grond voor het oordeel dat het voorschrift niet duidelijk zou zijn' afgewisseld met een terughoudender

147 Zie over onduidelijke toetsingsformuleringen hiervoor in paragraaf 6.2.1.

148 Soms is een volle toets over het beschermingsniveau, ook als beoordelingsruimte wordt aangenomen, wél terecht. Bijvoorbeeld als door appellant wordt aangevoerd dat een bepaalde voorziening ontbreekt, terwijl die op grond van de aanvraag, als onderdeel van de vergunning, al moet worden getroffen. Dan heeft het bevoegd gezag die voorziening terecht niet ook nog eens in de voorschriften voorgeschreven.

149 Ook nu gaat dit nog wel eens mis. Zie voor twee recente voorbeelden van een onjuiste volle beschermingsniveau-toets: ABRvS 20 september 2006, 200601506/1, r.o. 2.6.5 en ABRvS 18 april 2007, 200606383/1, *JM* 2007, 89, m.nt. Zijlmans, r.o. 2.7.1.

volle toets als 'de door appellant aangehaalde zinsneden zijn niet zodanig onduidelijk dat de voorschriften op die grond moeten worden vernietigd'.

Bij de toetsing van het beginsel waarvan de schending het vaakst wordt aangevoerd, namelijk het formele zorgvuldigheidsbeginsel, is het beeld echter minder positief. De Afdeling wisselt een volle toets[150] hierbij namelijk af met een marginale toets[151] en daarnaast is de toetsingsintensiteit vaak onduidelijk. Een marginale toets is in deze gevallen wel begrijpelijk omdat 'redelijk oordelende mensen' er in meer- of mindere mate over kunnen twisten of een (nader) onderzoek onmisbaar is om een voldoende onderbouwd besluit te kunnen nemen. Toch dient de rechter in beginsel een terughoudend volle toets te hanteren, omdat hij zelf moet vaststellen of een besluit voldoende zorgvuldig is voorbereid.

Deze categorie komt ook voor in de handhavingsuitspraken. Met de kanttekening dat vanwege het geringe aantal overwegingen enige terughoudendheid is geboden bij het trekken van een conclusie, bevestigen de bevindingen over de handhavingsuitspraken de uitkomsten met betrekking tot de vergunninguitspraken. Dat wil zeggen een inconsequente toetsing van het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het (juiste) gebruik van een volle toets ten aanzien van de overige beginselen.

Strijd met een wettelijke bepaling
De volgende categorie (48 overwegingen) betreft 'strijd met een wettelijke bepaling'. Hierbij hanteert de Afdeling een volle, meestal geheel volle, toets. Dit is juist, omdat (uiteindelijk) de rechter bepaalt hoe een wettelijke bepaling moet worden uitgelegd. Deze toets kent drie verschijningsvormen.
In de eerste plaats dat verweerder zich terecht op het door hem ingenomen standpunt heeft gesteld.

> 'Verweerder heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat hij, gelet op de voornoemde wettelijke bepalingen, niet verplicht is om advies in te winnen.'

150 Bijvoorbeeld: Evenmin ziet de Afdeling grond voor het oordeel dat verweerders voor dit concrete geval nader onderzoek hadden moeten doen naar het aspect van de verminderde inzijging van regenwater. (97/2)

151 Bijvoorbeeld: Gelet op het deskundigenbericht […] ziet de Afdeling in het door appellante aangevoerde geen aanleiding voor het oordeel dat bij de beoordeling van de geluidbelasting in het akoestisch rapport niet in redelijkheid de aldaar genoemde referentiepunten tot uitgangspunt hadden kunnen worden genomen. (03/40) Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 24 mei 2006, 200505749/1, *AB* 2006, 280, *M en R* 2006, 66, m.nt. Hillegers, r.o. 2.3.3.

In de tweede plaats dat het bestreden besluit al dan niet in strijd is met de desbetreffende wettelijke bepaling.

> 'Het voorschrift is gelet hierop in strijd met art. 8.13 lid 1 Wm.'

En in de derde plaats dat een feitelijke toepassingsvoorwaarde van een bepaling al dan niet is vervuld.

> 'Niet is gebleken dat de in 1982 vergunde stallen niet binnen drie jaar na het onherroepelijk worden van de vergunning zijn opgericht en in werking gebracht, zodat moet worden aangenomen dat op grond van art. 27 lid 1 Hinderwet geen rechten zijn vervallen.'

In twee overwegingen van de eerste verschijningsvorm heeft de Afdeling overigens het toetsingscriterium 'op goede gronden' in plaats van 'terecht' gebruikt. Omdat in deze categorie toetsingsgronden een geheel volle toets is aangewezen, lijkt mij dit minder juist.

In de handhavingsuitspraken (9 overwegingen) hanteert de Afdeling in deze categorie steevast een geheel volle toets.

Naleefbaarheid vergunningvoorschrift
Van de 40 overwegingen over de naleefbaarheid van een vergunningvoorschrift komt de Afdeling in 12 gevallen niet toe aan een inhoudelijke rechtmatigheidstoets; meestal vanwege een gebrek in de voorbereiding van het besluit.

Op één, vermoedelijk onbedoeld, geval na, toetst de Afdeling deze grond vol. Een volle toets is juist, nu een (vergunning)voorschrift óf wel óf niet naleefbaar is. Bij het oordeel hierover dient geen bestuurlijke vrijheid te worden gelaten.

Binnen de volle toets gebruikt de Afdeling zowel geheel volle toetsen als toetsen met enige terughoudendheid in de formulering. Bij een geheel volle toets overweegt zij met zoveel woorden dat de inrichting (niet) kan voldoen aan het vergunningvoorschrift, dan wel dat de in het voorschrift gestelde normen (niet) worden overschreden. In terughoudend volle naleefbaarheidstoetsen overweegt de Afdeling bijvoorbeeld dat 'aannemelijk is' dat aan de norm kan worden voldaan, gebruikt zij een dubbele ontkenning ('geen grondslag voor het oordeel dat het voorschrift niet naleefbaar is') of stelt ze niet zelf vast of het voorschrift naleefbaar is, maar geeft zij weer wat verweerder op dit punt moest oordelen ('gelet hierop bestond voor verweerder geen aanleiding om aan te nemen dat vergunninghoudster niet aan de gestelde geluidgrenswaarden kan voldoen').

Strijd met een buitenwettelijke richtlijn
De Afdeling toetst in de onderzochte uitspraken 31 keer of aan het bestreden besluit een gebrek kleeft dat samenhangt met het gebruik door het bevoegd

gezag van een buitenwettelijke richtlijn. Dit gebrek kan gelegen zijn in de keuze van de richtlijn (de richtlijn ziet niet op de vergunde activiteiten), in de deugdelijkheid van de richtlijn (aan de richtlijn ligt bijvoorbeeld geen deugdelijk onderzoek ten grondslag) of de concrete toepassing van de richtlijn door het bevoegd gezag.

Het eerstgenoemde type gebrek komt niet vaak voor. Het tweede type gebrek kent een piek in de uitspraken uit 2000, waarin, als uitvloeisel van een aantal uitspraken van de Afdeling uit 1998, veelvuldig de ondeugdelijkheid van de Richtlijn veehouderij en stankhinder is aangevoerd. Bij het derde type gebrek, de verkeerde toepassing van een richtlijn, gaat het vaak om de categorisering van de omgeving in veehouderijzaken en in geluidhinderkwesties.

In alle gevallen hanteert de Afdeling een volle toets (met één uitzondering, zie het slot van deze alinea). Dat is juist. Bij het eerste en derde type gebrek vloeit dit voort uit het motiveringsbeginsel. Een bevoegd gezag kan niet ter motivering van een bepaalde voorziening verwijzen naar een richtlijn die niet is geschreven voor de desbetreffende activiteiten. Dit beginsel verlangt ook dat wanneer een bevoegd gezag ter invulling van zijn beoordelingsruimte een richtlijn hanteert, het dit consequent doet. Voor het tweede type gebrek vloeit dit voornamelijk voort uit art. 8.11 lid 3 Wm. Deze bepaling stelt een ondergrens aan de beoordelingsruimte: de invulling daarvan moet aan bepaalde eisen voldoen. In de in de vorige alinea bedoelde uitspraken uit 1998 oordeelde de Afdeling bijvoorbeeld dat de in de Richtlijn veehouderij en stankhinder opgenomen indeling in omgevingscategorieën onvoldoende draagkrachtig is gemotiveerd.[152]

Een marginale toets is alleen aangewezen indien het bij het derde type gebrek gaat om een richtlijn die beleidskeuzes bevat, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening op een aantal punten.[153]

Formele tekortkomingen

Een formeel gebrek is in de onderzochte milieuvergunningzaken 35 keer aangevoerd. Het gaat in deze categorie meestal om de (vermeende) schending van een procedurevoorschrift uit afdeling 3.5 Awb (oud), die de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure regelde, of uit hoofdstuk 13 van de Wet milieubeheer, dat aanvullende procedurevoorschriften bevat.[154] Hierbij valt te denken aan het onjuist bekendmaken van het ontwerp-besluit, het niet met het ontwerp ter inzage leggen van relevante stukken en het niet behandelen van ingebrachte bedenkingen.

---

152 Zie hierover hoofdstuk 4, paragraaf 3.1.

153 Zie paragraaf 3.7

154 Per 1 juli 2005 is de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, geregeld in afdeling 3.4 Awb (nieuw), in werking getreden, waarbij de oude afdelingen 3.4 en 3.5 Awb zijn samengevoegd. In samenhang hiermee is hoofdstuk 13 Wm ook versoberd.

De toetsing in deze categorie is vol. Dit is juist, nu het in feite gaat om toetsing aan een wettelijke bepaling. Een aantal toetsen is geheel vol ('ten onrechte', 'in strijd met'), een aantal andere bevat enige terughoudendheid (dubbele ontkenning, 'niet gebleken is'). Buiten schending van wettelijke procedurevoorschriften is in twee gevallen aangevoerd dat het bevoegd gezag bij de beslissing op de vergunningaanvraag ten onrechte een latere wijziging daarvan heeft meegenomen. De intensiteit van de toets is in deze twee overwegingen, met de termen 'mogen' en 'kunnen', onduidelijk.

In de handhavingsuitspraken heb ik 3 overwegingen met betrekking tot een formeel gebrek aangetroffen. Hier gaat het eveneens om wettelijke procedurevoorschriften, waaraan de Afdeling ook vol toetst.

Onvolledigheid en onduidelijkheid aanvraag
In 22 overwegingen is aangevoerd dat de aanvraag om vergunning onvolledig of onduidelijk is. Bij onvolledigheid van de aanvraag gaat het doorgaans om de vraag of voldoende inzicht bestaat in de nadelige gevolgen voor het milieu van de aangevraagde activiteiten. Een (aangevoerde) onduidelijkheid met betrekking tot de aanvraag betreft bijvoorbeeld de vraag welke stukken deel uitmaken van de aanvraag of welke activiteiten zijn aangevraagd.

De wet stelt eisen aan de gegevensverstrekking bij de aanvraag, namelijk in art. 8.5 lid 1 Wm in samenhang met art. 5.1 e.v. Ivb (voorheen in de Hinderwet in samenhang met het Hinderbesluit). Het gaat hierbij primair om de volledigheid van de gegevensverstrekking. In de meeste onderzochte uitspraken toetst de Afdeling aan de wettelijke regeling. In de uitspraken uit 1997 volstaat zij daarmee.

In 2000 en 2003 voegt de Afdeling aan de (volle) toets aan het Ivb een (marginale) overweging toe of verweerder in redelijkheid heeft kunnen stellen dat de aanvraag voldoende informatie bevat. Deze aanvullende overweging vindt haar grondslag in art. 4:5 lid 1 Awb, waarin is bepaald dat het bevoegd gezag kan besluiten een aanvraag niet inhoudelijk te behandelen indien de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag. De Afdeling toetst in de onderzochte uitspraken niet consequent *expliciet* aan art. 4:5 lid 1 Awb en, belangrijker, zij toetst qua intensiteit op uiteenlopende wijze. In uitspraak 03/65 overweegt de Afdeling, in lijn met haar uitgangspunt, dat verweerder gelet op art. 4:5 de aanvraag 'in redelijkheid' in behandeling heeft kunnen nemen. In twee overwegingen uit 1997 hanteert de Afdeling echter een volle toets en in twee andere gevallen, uit 1997 en 2003, hanteert de Afdeling het onduidelijke toetsingscriterium 'mogen'.

In een aantal gevallen acht de Afdeling een toets aan de voornoemde wettelijke regeling kennelijk niet nodig, omdat duidelijk is dat de grond geen doel treft. Het betreft hier steeds een gestelde onduidelijkheid met betrekking tot de vraag

wat precies vergund is (en dus niet de vraag of voldoende gegevens zijn overgelegd om de gevolgen voor het milieu te kunnen beoordelen). De Afdeling legt in deze gevallen een (al dan niet terughoudend) volle toets aan. Een volle toets lijkt mij juist, nu voor de beoordeling in rechte van de vergunning precies moet vaststaan welke activiteiten op grond van de vergunning mogen worden verricht en binnen welke begrenzing en met behulp van welke technieken deze worden uitgevoerd. Een terughoudendheid in die volle toets kan onder meer voortvloeien uit een gebrekkige onderbouwing van de beroepsgrond.

Hieronder bespreek ik de categorieën toetsingsgronden die alleen in handhavingsuitspraken voorkomen.

Bevoegdheid tot handhavend optreden
In de onderzochte handhavingsuitspraken, waarin ik 115 toetsingsgronden heb onderscheiden, wordt 25 keer aangevoerd dat het bevoegd gezag zich ten onrechte (niet) bevoegd heeft geacht om handhavend op te treden. Het gaat hierbij om de vraag of een of meerdere voorschriften van een vergunning of AMvB zijn overtreden dan wel of is gehandeld zonder verplichte vergunning.

Of met de litigieuze handeling(en) een vergunningvoorschrift of AMvB-bepaling is of wordt overtreden, stelt de Afdeling vol toetsend vast. Soms betracht zij hierbij enige terughoudendheid in de formulering, bijvoorbeeld dat de overtreding 'voldoende aannemelijk' is geworden of dat daarvan 'niet is gebleken'. Een volle toets op dit punt is terecht, omdat het gaat om een vraag van feitelijke aard. De 'slottoets' of het bestuursorgaan bevoegd was handhavend op te treden, is uiteraard ook geheel vol, omdat dat rechtstreeks voortvloeit uit het oordeel of er een overtreding heeft plaatsgevonden.

In 4 overwegingen spitst de onderhavige bevoegdheidsvraag zich toe op de vraag of sprake is van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer. Een activiteit is immers alleen dán vergunningplichtig op grond van die wet. Deze vraag toetst de Afdeling vol. Dit is juist, nu het de uitleg van een wettelijke bepaling betreft waarmee niet is beoogd beoordelingsruimte toe te kennen (het gaat dus om *objectieve* beoordelingsruimte[155]).

Evenredigheid beslissing om (niet) handhavend op te treden
Met 27 overwegingen betreft de grootste categorie toetsingsgronden in handhavingsuitspraken de evenredigheid/redelijkheid van de beslissing om handhavend op te treden dan wel om daarvan af te zien.

In drie overwegingen komt de Afdeling niet toe aan een inhoudelijke beoordeling op dit punt, omdat zij een motiveringsgebrek signaleert.

155 Zie over deze term hoofdstuk 3, paragraaf 3.1.

Vanaf eind jaren negentig hanteert de Afdeling een beginselplicht tot handhaving. Daarmee brengt de Afdeling tot uiting dat het algemeen belang dat met handhaving is gediend dermate zwaar weegt, dat in geval van een overtreding in beginsel moet worden gehandhaafd. Hierdoor wordt de beleidsruimte om af te zien van handhavend optreden sterk ingeperkt.

Bij de invulling van de beginselplicht speelt een belangrijke rol of concreet zicht bestaat op legalisatie van de illegale situatie (slechts in een handvol overwegingen gaat de Afdeling daar niet op in). Indien dit het geval is, is het afzien van handhavend optreden volgens de Afdeling in beginsel redelijk. Als er geen zicht op legalisatie bestaat, is het volgens de Afdeling in beginsel evenredig om handhavend op te treden.

In overeenstemming met de beleidsruimte die het bevoegd gezag op grond van de wet toekomt, gebruikt de Afdeling in de onderzochte uitspraken in beginsel een marginale toets ten aanzien van het besluit om (niet) handhavend op te treden ('in redelijkheid kunnen'), al dan niet met een dubbele ontkenning. Een enkele keer acht de Afdeling het (niet) handhaven 'niet onredelijk'. In twee overwegingen staat de toetsingsmaatstaf 'kunnen', zonder 'in redelijkheid'. Over de laatstgenoemde toetsingsmaatstaf heb ik eerder al opgemerkt dat hij niet geheel duidelijk is, maar op een marginale toets duidt. Eén overweging uit 1997 en één uit 2000 bevat een volle toets op dit punt. Ook in sommige, in paragraaf 3.11 aangehaalde, uitspraken uit 2006 en 2007 gebruikt de Afdeling overigens een volle toets bij de beoordeling van de beslissing om al dan niet handhavend op te treden. Zij lijkt dus van oordeel dat de beleidsruimte onder omstandigheden tot nul is gereduceerd.

Gezien het grote gewicht dat in de rechtspraak wordt toegekend aan de legaliseerbaarheid van de geconstateerde overtreding, is het voorts interessant om te kijken hoe de rechter dat element toetst. Of sprake is van concreet zicht op legalisatie toetst de Afdeling vol, zij het soms met enige terughoudendheid (bijvoorbeeld: 'voldoende aannemelijk'). Slechts in één overweging heb ik op dit punt een marginale toets aangetroffen.

Evenredigheid van de sanctie

In 5 van de onderzochte handhavingsuitspraken is aangevoerd dat de opgelegde sanctie onevenredig is in relatie tot de ernst van de overtreding.

In één uitspraak volstaat de Afdeling met een motiveringsvernietiging.

In de overige vier uitspraken wordt in drie gevallen geklaagd over de hoogte van de opgelegde dwangsom. In twee overwegingen gebruikt de Afdeling een zogenoemde 'volle redelijkheidstoets', door te overwegen dat zij de hoogte van de dwangsom niet onredelijk vindt. Deze toets is naar zijn aard vol, maar naar zijn inhoud marginaal. De toets vindt zijn grond in art. 5:32 lid 4 Awb (voorheen art. 18.9 lid 2 Wm (oud) in samenhang met art. 136 lid 2 van de Gemeentewet (oud)), waarin is bepaald dat het vastgestel-

de bedrag in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging. In de derde overweging over de hoogte van de opgelegde dwangsom gebruikt de Afdeling daarentegen een 'gewone' marginale toets.

Hetzelfde geldt voor het ene geval waarin wordt geklaagd over de modaliteit van de aangezegde bestuursdwang. Hierop is art. 5:32 lid 4 Awb echter niet van toepassing, zodat in zoverre ook geen reden bestaat om geen 'gewone' marginale toets te hanteren.

Lengte van de begunstigingstermijn

De laatste categorie heeft betrekking op de begunstigingstermijn in handhavingsgeschillen. In de wet is bepaald dat in een handhavingsbesluit een termijn wordt gesteld, waarbinnen belanghebbenden de tenuitvoerlegging van dat besluit kunnen voorkomen door zelf maatregelen te treffen. Deze eis geldt alleen niet in spoedeisende gevallen.

In 7 van de onderzochte handhavingsoverwegingen wordt aangevoerd dat de gegunde begunstigingstermijn te kort is en in 1 uitspraak wordt aangevochten dat het bevoegd gezag, vanwege vereiste spoed, in het geheel geen termijn heeft gegund. In één overweging constateert de Afdeling een motiveringsgebrek, waardoor zij niet toekomt aan een inhoudelijk oordeel over de gegunde termijn.

De intensiteit van de rechterlijke toets loopt in deze categorie sterk uiteen. In drie overwegingen, uit elk van de drie onderzochte jaren, hanteert de Afdeling (terecht) een marginale toets. In één geval gebruikt de Afdeling een volle redelijkheidstoets. In het ene geval waarin door het bevoegd gezag in het geheel geen termijn is gegund, is de toetsingsintensiteit naar mijn mening onduidelijk: 'Het ontbreken van een begunstigingstermijn kan worden gerechtvaardigd […]'. De twee overige overwegingen bevatten een onvolledige toets, doordat de Afdeling alleen ingaat op de vraag of de overtreding binnen de gegunde termijn beëindigd kan worden. Dit toetst zij overigens in het ene geval vol en in het andere geval marginaal. Vervolgens ontbreekt een oordeel over de redelijkheid van de lengte van de gegunde termijn.

6.3 Rol buitenwettelijke richtlijnen

De rol van buitenwettelijke richtlijnen in de onderzochte uitspraken heeft zowel een kwantitatief als een kwalitatief aspect. Bij het eerste aspect gaat het erom in hoeveel zaken een richtlijn een rol speelt bij de toetsing en welke richtlijnen dat zijn. Wat het kwalitatieve aspect betreft, heb ik onderzocht in hoeverre de Afdeling de richtlijnen inhoudelijk beoordeelt en welke gevolgen het gebruik van een richtlijn door het bevoegd gezag kan hebben voor de rechterlijke toetsing.

Kwantitatief aspect
In 44% van de onderzochte vergunningzaken[156] heeft het bevoegd gezag bij het nemen van zijn besluit een of meer richtlijnen gebruikt. Het percentage van het aantal uitspraken waarin een richtlijn een rol speelt bij de toetsing door de rechter is echter nog iets hoger, namelijk 52%. Dit verschil wordt veroorzaakt doordat de Afdeling in 12 uitspraken uit 1997 wel toetst aan een richtlijn, zonder dat uit de uitspraak blijkt dat het bevoegd gezag die richtlijn heeft gebruikt. Dit hangt samen met de in dat jaar nog gehanteerde volle toets van het door de vergunning geboden beschermingsniveau. Om zelf vast te kunnen stellen of het geboden beschermingsniveau toereikend was, had de Afdeling een beoordelingskader nodig, waarvoor zij gebruik maakte van buitenwettelijke richtlijnen. Door de toetsingsomslag kwam de Afdeling eerst minder snel toe aan toetsing aan een dergelijke richtlijn, wanneer het bevoegd gezag die niet heeft gebruikt ter invulling van de hem toekomende beoordelingsruimte. Onder het in december 2005 gewijzigde toetsingskader van de Wet milieubeheer ligt dit voor een deel van de richtlijnen weer anders, te weten voor de richtlijnen die zijn aangewezen als BBT-document. Omdat het bevoegd gezag op grond van het nieuwe recht met die richtlijnen rekening moet houden bij het bepalen welke de beste beschikbare technieken voor de inrichting zijn, liggen deze richtlijnen sowieso binnen het blikveld van de Afdeling.[157]

In 12 uitspraken spelen twee, drie of zelfs vier richtlijnen een rol bij de rechterlijke toetsing. De meest gebruikte richtlijnen zijn die met betrekking tot het aspect geluid (de Circulaire industrielawaai uit 1979 en haar opvolger de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening uit 1998) en het aspect stank van veehouderijen (de Brochure veehouderij en hinderwet uit 1985 en haar opvolger de Richtlijn veehouderij en stankhinder uit 1996).[158]

Voorts heb ik op toetsingsgrondniveau gekeken naar het gebruik van richtlijnen. Met betrekking tot de in dit verband meest relevante toetsingsgrond, die over het beschermingsniveau, speelt in 64 van de 203 overwegingen (32%) een buitenwettelijke richtlijn een rol bij de toetsing.

Oordeel rechter over richtlijn
Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Afdeling de door het bevoegd gezag gebruikte richtlijn inhoudelijk beoordeelt, geven de onderzoeksresultaten blijk van een opmerkelijk verschil tussen de onderzoeksjaren. De Afdeling geeft in de overwegingen uit 1997 altijd en in die uit 2000 bíjna altijd een oordeel over de door het bevoegd gezag gebruikte richtlijn, terwijl zij in bijna alle overwegingen uit 2003 het gebruik van een richtlijn juist stilzwijgend aanvaardt. Dit verschil kan (slechts) deels worden verklaard door een aantal

156 Het gebruik van buitenwettelijke richtlijnen in de *handhavingszaken* is verwaarloosbaar.
157 Zie hierover nader hoofdstuk 4, paragraaf 5.4, met name paragraaf 5.4.2.
158 In verband met de inwerkingtreding van de Wet geurhinder en veehouderij zijn de twee laatstgenoemde richtlijnen op 1 januari 2007 vervallen.

overwegingen uit 1997 en met name 2000 waarin door de appellant is aangevoerd dat de door het bevoegd gezag gehanteerde richtlijn ondeugdelijk is.[159] In deze gevallen moet de rechter uiteraard een expliciet oordeel geven over de desbetreffende richtlijn. Het verschil tussen de uitspraken uit deze jaren en die uit 2003 kan voor het overige vermoedelijk worden verklaard doordat de Afdeling tussen 2000 en 2003 het standpunt is gaan innemen dat wanneer zij een richtlijn eenmaal (in een aantal uitspraken) heeft aanvaard, zij die aanvaardbaarheid niet steeds opnieuw hoeft te vermelden. Op dit standpunt ga ik onder het volgende kopje nog nader in.

Wanneer de Afdeling een expliciet oordeel geeft over een door het bevoegd gezag toegepaste richtlijn, bevat de uitspraak niet altijd uitgebreide beschouwingen op dat punt. In tweederde van de gevallen geeft zij dit oordeel namelijk in een korte standaardformule weer. In 1997 gebruikt de Afdeling als standaardformule dat het gebruik van de desbetreffende richtlijn 'aanvaardbaar' is. Na de *Wende* (voornamelijk in de uitspraken uit 2000) overweegt de Afdeling als standaardformule dat de invulling van de aan het bevoegd gezag toekomende beoordelingsruimte met behulp van de desbetreffende richtlijn (of kortweg: dat het hanteren van die richtlijn) niet in strijd met het recht is (te achten).

In één van de onderzochte uitspraken heeft de Afdeling een standaardformule gebruikt, terwijl appellanten hadden aangevoerd dat de desbetreffende richtlijn ten onrechte was gebruikt. Dit betekent dat die uitspraak in zoverre niet deugdelijk is gemotiveerd.

Op één geval na, kan in alle (21) overwegingen waarin de Afdeling géén standaardformule gebruikt maar een uitgebreider oordeel over de gehanteerde richtlijn geeft, de aanleiding hiervoor in het beroep worden gevonden. Onder het volgende kopje bespreek ik de twee beroepsgronden die de Afdeling nopen tot een uitgebreidere beoordeling.

In het geval een richtlijn de eerste keer in een procedure aan de orde is, dient de rechter, ook indien de deugdelijkheid daarvan niet is betwist, een uitgebreidere inhoudelijke beoordeling van die richtlijn te geven. De rechter zal dan moeten beoordelen of de richtlijn uitgaat van de meest recente milieutechnische inzichten (vanaf december 2005: van minimaal de beste beschikbare technieken), zodat die mag worden gebruikt ter invulling van de beoordelingsruimte. Het is zeer wel denkbaar dat de rechter hiervoor een deskundigenbericht nodig heeft.

Intensiteit rechterlijke toetsing

Ten slotte bespreek ik de gevolgen die het gebruik van buitenwettelijke richtlijnen kan hebben voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing en de uitkomst

159 Het gaat hierbij meestal om de Richtlijn veehouderij en stankhinder.

daarvan. Hierbij sluit ik aan bij de drie toetsingsgronden die ik in paragraaf 3.7 heb onderscheiden.

In de eerste plaats kan in beroep worden aangevoerd dat de gehanteerde richtlijn niet ziet op de vergunde activiteiten, al dan niet onder de toevoeging dat een andere richtlijn meer in aanmerking komt. Dit moet de rechter vol toetsen. Niet goed denkbaar is dat een bevoegd gezag kan aansluiten bij een richtlijn die in geen enkel verband staat met de aangevraagde activiteiten. Wat in beginsel wel mogelijk moet worden geacht is dat een richtlijn wordt gehanteerd die weliswaar niet specifiek op de aangevraagde activiteiten ziet, maar wel op vergelijkbare activiteiten. Voorwaarde daarvoor lijkt dat er niet een méér op de aangevraagde activiteiten toegesneden richtlijn bestaat.[160] Het bevoegd gezag zal het 'analoge' gebruik van een richtlijn voorts moeten motiveren.

In de tweede plaats kan de deugdelijkheid van de gehanteerde richtlijn aangevochten zijn. In het onderzoek is dit in een relatief groot aantal zaken uit 2000 het geval met betrekking tot de Richtlijn veehouderij en stankhinder. In dergelijke gevallen volstaat de Afdeling als gezegd niet met een standaardformule, maar geeft zij een meer uitgebreide beoordeling van de richtlijn.

Uit het onderzoek blijkt ook, zoals hiervoor al even aangestipt, dat wanneer de deugdelijkheid van de gehanteerde richtlijn *niet* expliciet wordt betwist, de Afdeling in de uitspraken uit 2000 nog een korte standaardformule gebruikt ('de richtlijn is niet in strijd met het recht') maar in de uitspraken uit 2003 helemaal niets meer over de deugdelijkheid van de richtlijn zegt. Dat lijkt mij uit motiveringsoogpunt geen goede ontwikkeling. Immers, alleen iemand die ingewijd is in milieuvergunningprocedures zal weten of een bepaalde richtlijn ooit is aanvaard. Wanneer het bevoegd gezag een richtlijn gebruikt ter invulling van zijn beoordelingsruimte, vloeit het te bieden beschermingsniveau daar vaak direct uit voort (bijvoorbeeld: bij emissie x geldt de minimaal tot een woning aan te houden afstand van y). Vanwege deze centrale rol van richtlijnen zou de Afdeling zich telkens indien wordt aangevoerd dat het geboden beschermingsniveau niet voldoende is, alvorens zij het aan de hand van de richtlijn vastgestelde beschermingsniveau beoordeelt, moeten uitlaten over de deugdelijkheid van de richtlijn. Dit zou kunnen met een overweging zoals die uit de eerder aangehaalde uitspraak 97/36,[161] of door de voornoemde

160 In uitspraak 97/5 accepteerde de Afdeling bijvoorbeeld dat het bevoegd gezag de NeR en de Richtlijn Verbranden 1989 had gehanteerd, omdat er geen specifieke richtlijn voor emissies van crematoria voorhanden was.

161 'De Afdeling overweegt dat in de SBR-Richtlijn streefwaarden zijn neergelegd, waarbij naar wordt aangenomen, normaal gesproken geen hinder optreedt. Bij het opstellen van deze richtlijn is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij bestaande buitenlandse normen, waaronder de DIN 4150 van 1992. Niet kan worden geoordeeld dat verweerders de SBR-Richtlijn

standaardformule te gebruiken in combinatie met een verwijzing naar een eerdere uitspraak waarin de desbetreffende richtlijn is aanvaard (zie voor een tekstvoorstel daartoe hoofdstuk 4, paragraaf 4.4). Zoals ik heb uiteengezet in hoofdstuk 4, paragraaf 5.4.1, geldt deze motiveringsplicht niet (meer) voor richtlijnen die zijn aangewezen als BBT-document.

In de derde plaats kan geklaagd worden over de concrete toepassing van een richtlijn door het bevoegd gezag. Als de rechter hieraan toekomt, zijn de twee voorgaande stadia gepasseerd: het gaat om een toepasselijke, deugdelijke richtlijn. Bij deze toetsingsgrond gaat het bijvoorbeeld om de vraag of het bevoegd gezag de omgeving van de inrichting conform de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening of de Brochure veehouderij en hinderwet heeft gecategoriseerd. In deze gevallen zal de rechter (vol) moeten toetsen of de richtlijn correct is toegepast. Voor zover de richtlijn beleidskeuzes bevat, is evenwel een marginale toets aangewezen.[162]

6.4 Rol deskundigenbericht

Kwantitatief aspect
Zoals in hoofdstuk 5, paragraaf 4.2.2 is besproken, wordt sinds ongeveer het jaar 2000 ten aanzien van elke milieuzaak die op een zitting moet worden behandeld een korte instructie opgemaakt, waarbij onder meer wordt bezien of een deskundigenbericht nodig is. Deze verandering van de werkwijze komt tot uiting in de onderzoeksresultaten. Waar in de onderzochte zaken uit 1997 in nagenoeg alle gevallen een deskundigenbericht is ingewonnen, is dat met betrekking tot 2000 en 2003 'slechts' in de helft van de zaken het geval. Uit mijn onderzoek blijkt evenwel ook dat in ongeveer een derde van de zaken waarin een deskundigenbericht is ingewonnen, daar in de uitspraak in het geheel niet naar wordt verwezen. Dit lijkt erop te duiden dat de Afdeling in milieuvergunninggeschillen ook nu nog in zekere mate onnodig deskundigenberichten inwint (zie hierover nader paragraaf 5.2). In handhavingszaken blijft adviesinwinning zeer uitzonderlijk.

Een vollediger beeld van het getalsmatige gebruik van het deskundigenbericht door de Afdeling kan worden verkregen door te kijken op toetsingsgrondniveau. In 131 van de 652 toetsingsgronden (20%) die ik in de onderzochte vergunninguitspraken heb onderscheiden, verwijst de Afdeling bij haar afdoening naar het deskundigenbericht. Dit percentage is in 1997, gelet op de vorige alinea, logischerwijs hoger dan in de andere jaren. Bij de belangrijkste

---

niet als uitgangspunt voor hun normering hebben mogen nemen, als neerslag van de meest recente, aanvaardbare milieuhygiënische inzichten.'

162 Zie de bespreking in paragraaf 5.4.7, en specifiek voor dit laatste de daar geciteerde overweging uit uitspraak 03/35.

grond, over het geboden beschermingsniveau, ligt het percentage verwijzingen naar het deskundigenbericht iets boven het genoemde gemiddelde.

Kwalitatief aspect
De verwijzing door de rechter naar het deskundigenbericht heeft in het overgrote deel van de overwegingen (108 van de 134) (mede) betrekking op het geboden beschermingsniveau. Afhankelijk van de toetsingsgrond geeft de deskundige in deze gevallen zijn mening over de toereikendheid, de onnodig bezwarendheid of de naleefbaarheid van de aangevochten vergunningvoorschriften. Dit vergt vaak een beoordeling van de technische onderbouwing van de vergunning(voorschriften). De deskundige controleert dan bijvoorbeeld of het bevoegd gezag, gegeven de aangevraagde bedrijfssituatie, is uitgegaan van een realistische geluidbelasting op de gevel van een nabijgelegen woning.[163] Ook wordt de deskundige wel gevraagd om technische of specialistische informatie te verschaffen. Bijvoorbeeld over de veiligheidsrisico's bij de opslag van bepaalde stoffen, over de vraag of bij een bepaald procédé geurhinder kan optreden en of postduiven verwilderde soortgenoten aantrekken.

In 18 overwegingen waarin de Afdeling steunt op het deskundigenbericht, gaat het om een oordeel over de deugdelijkheid van een in de procedure gebracht onderzoek. Het betreft dan meestal een onderzoek dat is uitgevoerd door de aanvrager om vergunning, maar het kan ook zijn dat het bevoegd gezag een controle-onderzoek heeft uitgevoerd. Indien appellant contra-expertise heeft ingebracht, moet de deskundige beoordelen of die twijfel zaait over de juistheid van de opzet of uitkomst van de door het bevoegd gezag gebruikte rapportage(s).

In slechts 14 overwegingen, veel minder dan ik had verwacht, verwijst de Afdeling naar het deskundigenbericht bij haar oordeel over een feitelijke aangelegenheid. In de meeste van deze overwegingen gaat het om de typering van de omgeving in geluidkwesties of veehouderijzaken.

Motivering van de uitspraak in relatie tot het deskundigenbericht
In de meeste overwegingen verwijst de Afdeling kort naar het deskundigenbericht, door de conclusie uit het deskundigenbericht te incorporeren in de overweging waarin zij de beroepsgrond afdoet:

163 Ook indien de deugdelijkheid van het verrichte onderzoek niet door appellant is betwist (zie de volgende alinea over de categorie waarin dat *wel* het geval is), moet de deskundige die beoordelen in zijn rapport. Indien bijvoorbeeld alleen is aangevoerd dat de gestelde geluidgrenswaarden niet streng genoeg zijn om geluidhinder te voorkomen, moet de deskundige ook beoordelen of wel alle geluidbronnen in het akoestisch model zijn ingevoerd. Indien de deskundige in zo'n geval geen gebreken constateert, dan vermeldt de uitspraak daarover uiteraard niets.

> 'Gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht, is voldoende aannemelijk dat aan de gestelde geluidgrenswaarden kan worden voldaan.'

Soms parafraseert de Afdeling meer uitgebreid de relevante technische of feitelijke informatie uit het deskundigenbericht.

Om de motivering van de uitspraak in relatie tot het deskundigenbericht te onderzoeken, heb ik in kaart gebracht of er een verband bestaat tussen de uitgebreidheid van de motivering enerzijds en de aanwezigheid van en verwijzing naar het deskundigenbericht anderzijds. Uit mijn onderzoek blijkt dat overwegingen waarin wordt verwezen naar het deskundigenbericht enerzijds verhoudingsgewijs veel vaker uitgebreid gemotiveerd zijn, maar anderzijds ook vaker een summiere motivering bevatten. Een verklaring voor de eerste bevinding is dat de rechter zijn oordeel beter kan onderbouwen indien hij de beschikking heeft over een deskundigenbericht. De tweede, tegengestelde, bevinding kan vermoedelijk worden verklaard doordat de Afdeling meent dat, nu partijen het deskundigenbericht kennen, zij met een verwijzing daarnaar kan volstaan.[164]

Buitenstaanders kennen het deskundigenbericht echter niet. Met name bij overwegingen waarin de Afdeling met gebruikmaking van een korte verwijzing als 'gelet op het deskundigenbericht' het beschermingsniveau toereikend acht, is in een aantal gevallen onduidelijk wat in het deskundigenbericht ter ondersteuning van dat oordeel is opgemerkt. In dergelijke gevallen schiet de motivering naar mijn mening enigszins tekort, omdat een rechterlijke uitspraak – omwille van de kritiseerbaarheid – zo veel mogelijk zelfstandig leesbaar moet zijn. Bovendien zal het met een dergelijke korte verwijzing ook voor partijen niet altijd duidelijk zijn welke bevinding of welk argument uit het deskundigenbericht de Afdeling nu precies doorslaggevend heeft geacht.

Conformiteit rechterlijk oordeel en deskundigenbericht

In paragraaf 5.5 heb ik ten slotte enkele opmerkingen gemaakt over de conformiteit van het deskundigenbericht en het rechterlijk oordeel. Verwacht mag worden dat de Afdeling het deskundigenbericht op de technische aspecten in beginsel volgt, nu zij vanwege haar tekortschietende kennis daarover dat bericht heeft gevraagd.[165] Uit twee van de onderzochte uitspraken, beide uit 1997, blijkt dat de Afdeling het deskundigenbericht niet volgt. Ik sluit niet

---

164 Uit mijn onderzoek blijkt niet waarom de Afdeling in het ene geval juist uitgebreid naar het deskundigenbericht verwijst en in het andere geval summier. Wellicht hangt dit af van de mate waarin de bevinding van de deskundige voor zich spreekt (gaat het om de vaststelling van een feitelijke omstandigheid of om een waardering?) en de mate waarin deze door partijen is betwist.

165 Dit ligt alleen principieel anders indien een partij het deskundigenbericht heeft betwist door contra-expertise in te brengen (zie daarover ook hoofdstuk 5, paragraaf 4.2.5). Dit komt echter niet heel vaak voor.

uit dat de Afdeling ook in andere gevallen het deskundigenbericht niet (op alle punten) heeft gevolgd, met name als het meer om een waarderingskwestie gaat dan om puur technische informatie. Indien de Afdeling het deskundigenbericht niet volgt, kan dit echter normaal gesproken niet uit de uitspraak worden afgeleid. Nu ik alleen de uitspraken en niet de deskundigenberichten heb onderzocht, geeft mijn onderzoek geen inzicht in de mate van conformiteit van het deskundigenbericht en het rechterlijk oordeel.

7 Samenvatting en conclusies

In dit boek is een antwoord gezocht op de volgende vraag: Hoe voldoet de rechter bij de toetsing in bestuursrechtelijke milieugeschillen aan eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid zonder enerzijds zelf beleidsmatige, bestuurlijke afwegingen te maken en anderzijds blind te varen op deskundigen?

Het eerste onderdeel van de onderzoeksvraag heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter en het bestuur (zie paragraaf 1), het tweede onderdeel heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter en de deskundige (zie paragraaf 2). Bij de bespreking hiervan komen terloops al enige bevindingen uit mijn empirisch onderzoek aan de orde. In paragraaf 3 bespreek ik de bevindingen uit dat onderzoek met betrekking tot de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Ik sluit in paragraaf 4 af met beantwoording van de onderzoeksvraag.

1 De verhouding tussen de rechter en het bestuur, in het bijzonder in milieugeschillen

De verhouding tussen de rechter en het bestuur komt tot uiting in de mate van indringendheid van de rechterlijke toetsing. Er zijn in hoofdzaak twee aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag hoe indringend de bestuursrechter een besluit moet toetsen: in de eerste plaats de staatkundige verhouding tussen de wetgever, het bestuur en de rechter (besproken in hoofdstuk 3) en in de tweede plaats de formulering van de wettelijke bepalingen waaraan het bestuursorgaan zijn bevoegdheid ontleent (besproken in hoofdstuk 4). Maar voor dit antwoord zijn, zoals in hoofdstuk 3 is geschetst, ook andere factoren van belang, zoals de aard van de gebruikte bevoegdheid en de aard van het in geding zijnde belang. Voor de praktijk van (de toetsing van) de milieuvergunning is verder de wijze waarop het bestuur en de rechter omgaan met richtlijnen en circulaires e.d. van net zo'n groot belang als de formulering van de bepalingen van de Wet milieubeheer, zo bleek eveneens in hoofdstuk 4.

De staatkundige verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter
In hoofdstuk 3 heb ik geconcludeerd dat het onjuist is om te stellen dat de bestuursrechter in beginsel marginaal dient te toetsen vanwege de democrati-

sche legitimatie van het bestuur. De democratische legitimatie van een besluit van een decentraal bestuursorgaan is namelijk vrij gering.

Het is wel juist om het vraagstuk van de intensiteit van de rechterlijke toetsing te benaderen vanuit de idee van de machtenscheiding en de daarbij behorende taakverdeling. Volgens deze taakverdeling is de wetgever als eerste aan zet. Hij kan door de formulering van een wettelijke bepaling vastleggen dat het bestuursorgaan bij het uitoefenen van de in die bepaling geregelde bestuursbevoegdheid beschikt over beslissingsruimte (beoordelingsruimte en/of beleidsruimte). Is dat het geval, dan dient de rechter een beoordelings- of afwegingsmarge te laten, omdat hij anders de eigen taak en verantwoordelijkheid van het bestuur zou miskennen. Daarnaast kan de wetgever in de toelichting op een wettelijke bepaling aanwijzingen geven over de beslissingsruimte voor het bestuur, maar dergelijke aanwijzingen zijn niet bindend voor de rechter.

Het grote belang van de primaire rol van de wetgever neemt niet weg dat ook de rechter een rol speelt bij de bepaling van de toetsingsintensiteit in een concreet geval. De rechter moet immers de wet toepassen en daartoe de formulering van de relevante wettelijke bepalingen en eventueel de toelichting daarop interpreteren. Ook moet hij de feiten en omstandigheden van elk concreet geval wegen. In zoverre bepaalt de rechter zelf de grootte van zijn speelveld. Voor deze stelling kan steun worden gevonden in mijn empirisch onderzoek (zie paragraaf 3 hierna).

Aan het slot van hoofdstuk 3 heb ik vastgesteld dat de bijzondere kenmerken van milieugeschillen (driepartijenverhouding, het technische karakter en de stemloosheid van het milieubelang) niet eenduidig nopen tot een meer of minder indringende rechterlijke toets. Het milieubelang kan verder niet worden gezien als een zodanig fundamenteel belang dat daarop in beginsel geen inbreuk mag worden gemaakt (wat een meer intensieve rechterlijke toetsing van de door het bestuursorgaan gemaakte beoordeling of afweging zou kunnen rechtvaardigen). Ook de aard van de in milieugeschillen gebruikte bevoegdheid, of het nu gaat om de vergunningverleningsbevoegdheid of de bevoegdheid tot handhavend optreden middels bestuursdwang of een last onder dwangsom, noopt niet tot een indringende rechterlijke toets.

Toetsingskader Wet milieubeheer en de Wende

Tot 1988 stond onder meer in milieugeschillen administratief beroep open op de Kroon (de minister) als hoogste bestuursorgaan. De Afdeling geschillen van de Raad van State stelde ten behoeve van de Kroon een ontwerp-besluit op, dat de Kroon in milieugeschillen bijna altijd overnam. In 1988 werd het Kroonberoep afgeschaft en werd de Afdeling geschillen aangewezen als onafhankelijke rechter. Aanvankelijk zette de Afdeling de door de Kroon gehanteerde volle toetsing in milieuvergunninggeschillen voort. In 1998 maakte

zij, inmiddels de Afdeling bestuursrechtspraak geheten, evenwel een omslag naar een marginale toetsing, die bekend staat als de *Wende*. Uit mijn analyse van het toetsingskader van de Wet milieubeheer in hoofdstuk 4 blijkt dat deze toetsingsomslag terecht was. Het bevoegd gezag beschikt bij het beslissen op een vergunningaanvraag op grond van art. 8.8 tot en met 8.11 Wm namelijk over zowel subjectieve beoordelingsruimte als beleidsruimte.

Het normatieve karakter van de bevoegdheidsvoorwaarde in milieuvergunninggeschillen, 'nodig in het belang van de bescherming van het milieu', wijst op beoordelingsruimte, evenals (tot de wijziging van de Wet milieubeheer in december 2005) het element 'redelijkerwijs' uit het alara-beginsel en (vanaf december 2005) het samenstel van factoren dat in art. 5a.1 lid 1 Ivb is genoemd ter bepaling van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken (BBT). Onder het oude toetsingskader werd voorts al aangenomen dat het bevoegd gezag bij de vergunningverlening over beleidsruimte beschikt, omdat het redelijkerwijs te eisen voorzieningenniveau werd afgemeten aan wat in de bedrijfstak gebruikelijk was. In het nieuwe toetsingskader is expliciet vastgelegd dat de vergunningvoorschriften moeten worden gebaseerd op de beste technieken die economisch en technisch haalbaar zijn in de bedrijfstak waartoe de inrichting behoort.

Milieurichtlijnen algemeen

Bestuursorganen vullen hun beoordelingsruimte in het milieurecht in belangrijke mate in door aansluiting te zoeken bij allerlei pseudo-regelgeving: richtlijnen en circulaires die vaak wel van de overheid afkomstig zijn, maar niet op grond van een wettelijke bevoegdheid tot stand zijn gekomen. In mijn empirisch onderzoek spelen in 52% van de onderzochte vergunningzaken één of meer milieurichtlijnen een rol bij de toetsing. Voorbeelden van dergelijke richtlijnen zijn de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening, de Nederlandse emissierichtlijn lucht (NeR) en de Nederlandse richtlijn bodembescherming (NRB). Zij bevatten vaak voor één bepaald milieuaspect een uitgewerkt beoordelingskader, in de vorm van concreet te hanteren normen. Door bij de richtlijn aan te sluiten, geeft het bevoegd gezag een niet op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau. In die zin geeft het bevoegd gezag geen volledige invulling aan de hem ter beschikking staande beoordelingsruimte.[1] Nu de meeste milieurichtlijnen betrekking hebben op een bedrijfstak, is de vraag of de daarin genoemde maatregelen redelijk zijn voor het desbetreffende type bedrijf, in beginsel al beantwoord. Ook aan een verdere invulling van de beleidsruimte komt het bevoegd gezag dan niet toe.

De Afdeling accepteert vanouds dit 'eenvoudig volgen' van een richtlijn en gaat er dus vanuit dat de in deze richtlijnen neergelegde beoordelingskaders

1 Ook het formuleren van een eigen beoordelingskader, zoals een gemeentelijke geluidnota, is na de *Wende* betrekkelijk weinig van de grond gekomen.

voldoen aan het in art. 8.11 lid 3 Wm neergelegde toetsingscriterium (tot 1 december 2005: het alara-beginsel, nadien: toepassing van ten minste de beste beschikbare technieken).

Kritiek op de bestuurspraktijk van het 'eenvoudig volgen' van milieurichtlijnen
In hoofdstuk 4, paragraaf 4, heb ik de toetsingspraktijk van milieurichtlijnen bekritiseerd. Door het 'eenvoudig volgen' van een richtlijn te accepteren, stelt de Afdeling zich onvoldoende kritisch op ten opzichte van de buitenwettelijke milieurichtlijnen en de wijze waarop het bevoegd gezag die gebruikt. De Afdeling geeft zich in de eerste plaats onvoldoende rekenschap van het feit dat deze richtlijnen behalve een technisch aspect ook een beleidsmatig aspect hebben, uit welk feit voortvloeit dat zij zou moeten toetsen of het bestuursorgaan de richtlijn in een beleidsregel heeft neergelegd of als vaste bestuurspraktijk volgt. In de tweede plaats geeft de Afdeling zich onvoldoende rekenschap van de eisen die voortvloeien uit het dynamische karakter van milieutechnische inzichten. Aangezien deze inzichten zich steeds ontwikkelen, dient zij in elke uitspraak onder ogen te zien of de in een eerdere uitspraak gegeven beoordeling van de richtlijn nog steeds valide is.

Deze kritiek gaat ook na de wijziging van de Wet milieubeheer op 1 december 2005 onverkort op voor de milieurichtlijnen die *niet* in de ministeriële Regeling aanwijzing BBT-documenten zijn aangewezen als Nederlands BBT-document, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening met betrekking tot geluidhinder en de SBR-richtlijn met betrekking tot trillinghinder.

Met de *wel* aangewezen richtlijnen, zoals de NeR en de NRB, moet het bevoegd gezag op grond van het nieuwe recht daarentegen rekening houden bij het bepalen van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken. De in deze richtlijnen gemaakte milieuhygiënische afwegingen zijn volgens de wetgever dus in beginsel conform BBT. Daarmee bestaat voor het bevoegd gezag geen noodzaak meer om te beoordelen of het een dergelijke richtlijn als beleid wil hanteren. Hieruit vloeit voort dat de Afdeling niet meer hoeft te onderzoeken of het bestuursorgaan het volgen van de richtlijn als beleidsregel heeft vastgelegd of als vaste bestuurspraktijk hanteert. Nu de aangewezen richtlijnen in beginsel geacht kunnen worden conform BBT te zijn, hoeft de Afdeling evenmin meer in iedere uitspraak ambtshalve te toetsen of een dergelijke richtlijn nog berust op de meest recente milieutechnische inzichten. Indien evenwel in beroep onderbouwd wordt aangevoerd dat een al wat oudere aangewezen richtlijn niet (meer) overeenstemt met de beste beschikbare technieken, dient zij dat wel te onderzoeken. De omstandigheid dat de Minister de Regeling aanwijzing BBT-documenten op dat moment niet heeft veranderd, betekent immers niet zonder meer dat (een onderdeel van) de desbetreffende aangewezen richtlijn nog steeds geacht moet worden de beste beschikbare technieken weer te geven.

Milieurichtlijnen en de door de wetgever gewenste integrale afweging en meer op de individuele inrichting toegespitste beoordeling

De wetgever heeft met de wijziging in 2005 van art. 8.8 lid 1, onder b, Wm beoogd een integrale afweging van alle milieugevolgen van de vergunningvragende inrichting te bevorderen. In die bepaling is daarnaast opgenomen dat bij de beoordeling van de milieugevolgen van de inrichting de technische kenmerken en de geografische ligging van de inrichting moeten worden betrokken.

Duidelijk is dat de bestuurspraktijk van het 'eenvoudig volgen' van milieurichtlijnen in de weg staat aan de door de wetgever gewenste integrale afweging en meer op de individuele inrichting toegespitste beoordeling, omdat bij deze praktijk niet wordt toekomen aan een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau.

Het is niet te verwachten dat de wijziging van art. 8.8 lid 1 Wm voldoende zal zijn om op dit punt een koerswijziging in de bestuurspraktijk te forceren. Hierbij is in de eerste plaats het geringe bindende karakter van art. 8.8 lid 1 Wm van belang. Het bevoegd gezag moet de in deze bepaling genoemde aspecten *betrekken* bij zijn beoordeling, wat slechts betekent dat het moet aantonen dat het zich daarvan op de hoogte heeft gesteld. In de tweede plaats verplicht het nieuwe toetsingskader het bevoegd gezag ertoe om, bij de bepaling van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken, rekening te houden met de in de ministeriële Regeling aangewezen milieurichtlijnen, zonder dat hieraan een plicht tot een integrale afweging is gekoppeld. In zoverre is de wijziging van de Wet milieubeheer niet consistent.

Ruimte om af te wijken van milieurichtlijnen en de meer emissiegerichte benadering in het nieuwe toetsingskader

Voor milieurichtlijnen die in de ministeriële Regeling aanwijzing BBT-documenten zijn aangewezen als Nederlands BBT-document, zoals de NeR en de NRB, geldt het volgende. Onder het nieuwe toetsingskader moet het bevoegd gezag bij het beslissen op een vergunningaanvraag ter bepaling van de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken rekening houden met deze richtlijnen. Dit betekent dat daarvan alleen gemotiveerd kan worden afgeweken. Onder het oude recht moest een beschermingsniveau dat niet was gebaseerd op een van de gangbare milieurichtlijnen ook al worden gemotiveerd. De verandering bestaat er met betrekking tot milieuaspecten die in de aangewezen richtlijnen zijn geregeld dus in dat bij de onderbouwing van het gekozen beoordelingskader, dat afwijkt van de NeR, NRB etc., expliciet moet worden gemotiveerd waarom *van die richtlijnen* wordt afgeweken. De ruimte om af te wijken van de aangewezen richtlijnen lijkt mij dus niet zozeer kleiner geworden.

Voor milieurichtlijnen die *niet* zijn aangewezen als BBT-document is het volgende van belang. Hoewel de wetgever heeft aangegeven geen nieuw beoorde-

lingskader te willen introduceren, lijkt de nieuwe tekst van art. 8.11 lid 3 Wm toch te duiden op een lichte accentverschuiving. Deze tekst focust sterker dan de oude op het emissieniveau van de inrichting, dat met (ten minste) BBT kan worden bereikt. Pas als de met dat emissieniveau corresponderende grenswaarde bepaald is, zou de vraag aan de orde moeten komen of gelet op het ondervonden immissieniveau een strengere waarde nodig is.

Dit zou met name gevolgen kunnen hebben voor de invulling van de beoordelingsruimte door middel van richtlijnen met een zuiver immissiegerichte benadering, zoals de Handreiking industrielawaai en vergunningverlening.

Zo lijkt mij het onder het oude recht wel eens ingenomen standpunt, dat het stellen van geluidgrenswaarden die beduidend lager zijn dan de streefwaarden voor de omgeving of het referentieniveau van het omgevingsgeluid in strijd is met art. 8.11 lid 3 Wm, onder het nieuwe toetsingskader – vanwege de meer emissiegerichte benadering daarin – minder goed verdedigbaar.

Ook zou kunnen worden gesteld dat er als gevolg van de meer emissiegerichte benadering minder ruimte bestaat voor de huidige praktijk waarin automatisch wordt aangesloten bij de richtwaarden van de Handreiking of het referentieniveau van het omgevingsgeluid. Aldus wordt immers een niet-geïndividualiseerde, immissiegerichte benadering gehanteerd, terwijl het nieuwe toetsingskader lijkt te nopen tot een op de individuele inrichting toegespitste beoordeling van welk geluidemissieniveau conform BBT is.

Aan een dergelijk strikte uitleg van het nieuwe art. 8.11 lid 3 Wm met betrekking tot de beoordeling van het gemiddelde geluidniveau kleven echter ook bezwaren. Zoals ik in hoofdstuk 4, paragraaf 5.4.2, heb uiteengezet, is het gelet op die bezwaren te billijken dat de Afdeling ook onder het nieuwe recht van oordeel is dat aansluiting bij de richtwaarden of het referentieniveau binnen de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag valt.

Ik acht het, wat de beoordeling van piekgeluiden betreft, echter minder juist dat de Afdeling onder het nieuwe toetsingskader de onder het oude recht ingezette lijn voortzet, waarbij automatisch een opvulling wordt toegestaan tot een niveau van 70/65/60 dB(A).

Grondslag van milieurichtlijnen

Door opname in de Regeling aanwijzing BBT-documenten hebben richtlijnen als de NeR en de NRB een zekere wettelijke grondslag gekregen. Dat is, gezien de belangrijke rol die milieurichtlijnen spelen in de praktijk van de vergunningverlening, een positieve ontwikkeling. Het lijkt mij wenselijk om ook de grondslag van de niet-aangewezen richtlijnen enigszins te formaliseren, bijvoorbeeld door ze op te nemen in een instructie-AMvB als bedoeld in art. 8.45 Wm. Daarbij kan worden bepaald dat het bevoegd gezag, mits gemotiveerd, van de AMvB kan afwijken. De instructie-AMvB zou tot stand kunnen worden gebracht met toepassing van de zogeheten 'voorhangprocedure' van art. 21.6 lid 5 Wm, zodat ook de Tweede Kamer een rol van betekenis kan spelen.

2 De verhouding tussen de rechter en de deskundige

Het tweede onderdeel van de onderzoeksvraag heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter en de deskundige, welke verhouding in hoofdstuk 5 is belicht. Daar ben ik eerst ingegaan op de deskundigenadvisering aan de bestuursrechter, zowel meer in het algemeen als specifiek in milieugeschillen, en heb ik vervolgens geanalyseerd of de werkwijze van de Afdeling en de StAB in milieugeschillen voldoet aan de daaraan uit het oogpunt van art. 6 EVRM te stellen eisen.

Deskundigenadvisering aan de bestuursrechter
De rechter moet een deskundige inschakelen indien zijn kennis of deskundigheid tekortschiet om het beroep inhoudelijk te beoordelen. In milieugeschillen heeft de Afdeling vaak een deskundige nodig om informatie te verschaffen over de processen die binnen een inrichting plaatsvinden, over het beoordelingskader en de meet- en rekenmethoden die het bevoegd gezag heeft gebruikt, over de vraag of een rapport bij de vergunningaanvraag op de juiste uitgangspunten is gebaseerd en over de vraag in hoeverre de gestelde vergunningvoorschriften in overeenstemming zijn met de stand van de techniek.

De rechter mag het deskundigenbericht niet klakkeloos volgen. Hij moet nagaan of het onderzoek zorgvuldig is geweest, of het bericht geen kennelijke onjuistheden bevat en of de gevolgde redeneringen logisch en concludent zijn. Indien het deskundigenbericht deze toets doorstaat, mag de rechter daarop in beginsel afgaan. Dit is slechts anders indien contra-expertise is ingebracht. Daar zal de rechter meestal slechts aan kunnen voorbijgaan op basis van een door hem ingewonnen nader deskundigenbericht.

Deskundigenadvisering in milieugeschillen
De deskundigenadvisering in milieugeschillen kent een aantal bijzondere elementen, waarvan het bestaan kan worden verklaard uit het verleden. Deze elementen zijn het gebruik van een vaste deskundige, het feit dat de rechter een algemene, geheel open, adviesvraag stelt en de afwezigheid van de deskundige op de zitting.

Er zijn vele voordelen verbonden aan de vaste advisering door de StAB. Het belangrijkste voordeel is dat haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid wettelijk en statutair zijn gewaarborgd en dat zij alleen aan de rechter adviezen mag uitbrengen. Voorts is zij terzake deskundig en zich bewust van het belang van fundamentele procesregels.

In het algemeen verdient een gerichte onderzoeksvraag waarover partijen zich kunnen uitlaten de voorkeur boven een algemene onderzoeksvraag. De Afdeling stelt echter in beginsel geen gerichte onderzoeksvraag, onder meer omdat partijen dan over de vraagstelling zouden moeten worden gehoord, hetgeen

zij uit tijdsoverwegingen niet aantrekkelijk acht. Los van het tijdsbeslag, dient in dit verband te worden opgemerkt dat de StAB in haar rapporten aansluit bij het beroep: zij haalt daarin alle beroepsgronden aan en geeft daar een technische beoordeling over. In zoverre kan worden gesteld dat de appellanten bepalen waarover de deskundige adviseert. Op zich zou het mogelijk zijn dat de Afdeling de beroepsgronden vertaalt in aan de deskundige voor te leggen onderzoeksvragen (welke vertaalslag de deskundige nu zelf maakt), maar de meerwaarde daarvan kan worden betwijfeld. Verder is een gerichte onderzoeksvraag in milieugeschillen momenteel niet goed mogelijk, nu de Afdeling naast de technische beoordeling veelal ook de feitelijke informatie uit het deskundigenbericht nodig heeft om het geschil te kunnen beslechten.

Een adviespraktijk waarin een vaste deskundige een algemene onderzoeksvraag krijgt voorgelegd, draagt het risico in zich van een monocultuur. Een cultuur waarin de deskundige op de gebaande paden blijft en niet zelfkritisch is over eventuele kennislacunes, en waarin de rechter zich kritiekloos opstelt ten opzichte van de deskundige. Uit eerder onderzoek naar het functioneren van de StAB komt evenwel niet naar voren dat de eerste twee risico's zich verwezenlijken en blijkt voorts dat de rechter, hoewel sterk leunend op het feitenonderzoek van de StAB, een zelfstandige feitenkwalificatie en juridische beoordeling verricht.[2]

De geheel afwijzende houding van de Afdeling tegenover de aanwezigheid van de deskundige op de zitting lijkt mij niet terecht. De deskundige kan ter zitting meer duidelijkheid geven over de door partijen bestreden onderdelen van het deskundigenbericht en reageren op eventueel door partijen ingebrachte tegenrapporten (waarbij de zittingsvoorzitter er voor moet zorgen dat de deskundige niet in een verdedigende positie terecht komt). Aldus kan ook duidelijk aan het licht komen wanneer het inwinnen van een nader rapport nodig is. Dit is te meer van belang, nu er aanwijzingen zijn dat de Afdeling niet altijd om een nader rapport verzoekt in gevallen waarin een partij door middel van contra-expertise twijfel heeft gezaaid over het StAB-rapport. Het is wenselijk dat de deskundige in ieder geval in twee gevallen op de zitting aanwezig is: wanneer een partij daarom verzocht heeft en wanneer een partij een tegenrapport heeft ingebracht. De Afdeling zou partijen er in de uitnodiging voor de zitting op moeten wijzen dat zij kunnen verzoeken om de aanwezigheid van de deskundige op de zitting, welk verzoek de rechter in beginsel zal moeten inwilligen. Indien de Afdeling naar aanleiding van het verhandelde op de zitting besluit dat een nader deskundigenbericht is vereist, valt te overwegen daartoe een andere deskundige, bijvoorbeeld TNO, in te schakelen.

2 Zie Freriks en Robbe 2001, p. 110 en 133 en Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 74-76.

De standaard adviesinwinning in milieugeschillen behoort tot het verleden. Sinds een aantal jaren verricht een stafjurist ten aanzien van elke milieuzaak die op een zitting zal worden behandeld een korte voorbeoordeling, waarbij onder meer wordt bezien of een deskundigenbericht nodig is.

In mijn empirisch onderzoek wordt in ongeveer een derde van de zaken waarin een deskundigenbericht is ingewonnen, daar in de uitspraak in het geheel niet naar verwezen. Dit duidt er vermoedelijk op dat de Afdeling in milieuvergunninggeschillen enerzijds ook nu nog in zekere mate onnodig deskundigenberichten inwint en anderzijds niet altijd naar het deskundigenbericht verwijst, ook al baseert zij daar wel mede haar oordeel op. Het eerste is niet geheel te vermijden, mede gelet op de fase van het onderzoek waarin wordt besloten tot het vragen van een deskundigenbericht, het tweede is wel te vermijden.

Over de motivering van de uitspraak in relatie tot het deskundigenbericht merk ik verder het volgende op. In de meeste overwegingen verwijst de Afdeling kort naar het deskundigenbericht, door de conclusie uit het deskundigenbericht te incorporeren in de overweging waarin zij de beroepsgrond afdoet:

> 'Gelet op de stukken, waaronder het deskundigenbericht, is voldoende aannemelijk dat aan de gestelde geluidgrenswaarden kan worden voldaan.'

In het empirisch onderzoek is in een aantal gevallen waarin een dergelijke overweging is gebruikt, onduidelijk wat in het deskundigenbericht ter ondersteuning van het rechterlijk oordeel is opgemerkt. In deze gevallen schiet de motivering tekort, omdat een rechterlijke uitspraak – omwille van de kritiseerbaarheid – zo veel mogelijk zelfstandig leesbaar moet zijn. Bovendien zal het met een dergelijke korte verwijzing ook voor partijen niet altijd duidelijk zijn welke bevinding of welk argument uit het deskundigenbericht de Afdeling nu precies doorslaggevend heeft geacht.

De processuele eisen aan het deskundigenonderzoek en art. 6 EVRM

Voor de uit het oogpunt van art. 6 EVRM (*fair trial*) aan het deskundigenonderzoek te stellen eisen, is met name de Mantovanelli-uitspraak van het EHRM uit 1997 van belang. Uit deze uitspraak blijkt dat het onder omstandigheden niet voldoende is dat partijen kunnen kennisnemen van het deskundigenbericht en dat zij daarop ten overstaan van de rechter kunnen reageren. Volgens het EHRM moeten partijen in staat zijn '*to comment effectively*' op het deskundigenrapport, om te waarborgen dat zij in voldoende mate aan de gerechtelijke procedure kunnen deelnemen.

Uit de jurisprudentie blijkt dat het voor de vraag in hoeverre de deskundige partijen bij zijn onderzoek moet betrekken, van belang is of het gaat om gegevens die van de desbetreffende partij afkomstig zijn of hem in ieder geval

bekend zijn. Nu het in milieugeschillen doorgaans een driepartijenverhouding betreft, bevat het dossier in beginsel zowel voor de vergunninghouder als de derde-belanghebbenden stukken die niet van die partij afkomstig zijn. Voorts hoort de StAB de partijen niet in elkaars aanwezigheid en krijgen partijen (pas) inzage in eventuele door andere partijen aan de deskundige gestuurde stukken nadat de deskundige zijn rapport aan de rechter heeft gestuurd. Gelet hierop bestaat in zoverre in milieugeschillen aanleiding voor de deskundige om niet terughoudend te zijn bij het betrekken van partijen bij zijn onderzoek.

Op grond van haar interne Gedragscode benadert de StAB partijen voor het maken van opmerkingen en het inbrengen van stukken. Ik acht de stelling verdedigbaar dat de advisering in milieugeschillen op dit moment voldoet aan de daaraan op grond van art. 6 EVRM en het verdedigingsbeginsel te stellen eisen. Dit is mede te danken aan de Gedragscode van de StAB, nu de Algemene wet bestuursrecht noch de Wet milieubeheer aangeeft welke waarborgen in acht moeten worden genomen bij het onderzoek door de deskundige.

Het zou evenwel een belangrijke verbetering zijn indien de StAB (en de Afdeling) gaat werken met een concept-rapport. Daarin moet de deskundige verslag doen van alle activiteiten en contacten die hij heeft ondernomen respectievelijk onderhouden in het kader van zijn onderzoek, waarbinnen het onderzoek ter plaatse van de inrichting een belangrijke plaats inneemt. Alle partijen kunnen met behulp van het concept-rapport kennisnemen van de (voorlopige) bevindingen van de deskundige, van de stukken waarop hij zich heeft gebaseerd en van de stellingnames van de andere partijen. Vervolgens kan iedereen reageren op het concept-rapport, welke reacties de deskundige vervolgens moet behandelen en verwerken in zijn eindrapport.

Naast de verbetering uit het oogpunt van hoor en wederhoor is het voordeel hiervan dat partijen meer bij het onderzoek(srapport) worden betrokken en dat het rapport aan kwaliteit wint, doordat fouten en hiaten kunnen worden gecorrigeerd. De StAB-adviezen bevatten weliswaar nu ook al informatie over wie er zijn gehoord door de adviseur en wat die personen naar voren hebben gebracht, maar het heeft een grote meerwaarde als deze informatie eerst in een concept-versie aan betrokkenen wordt voorgelegd. Er kan dan al een keer, vóór de zitting bij de Afdeling, op elkaars stellingen worden gereageerd (in plaats van alleen het eigen standpunt naar voren te brengen). Zodoende kunnen partijen ook effectief invloed uitoefenen op het advies. Deze beïnvloedingsmogelijkheid moet principieel worden onderscheiden van het beïnvloeden van de rechterlijke uitspraak door het, in een schriftelijke reactie dan wel mondeling op de zitting, becommentariëren van het (definitieve) deskundigenbericht.

Het is onvermijdelijk dat bij invoering van een concept-rapport met een reactiemogelijkheid, het deskundigenonderzoek met ongeveer zes weken zal worden

verlengd. Gezien de afdoeningstermijnen van de laatste jaren moet het voor de Afdeling in beginsel mogelijk zijn om ook met een dergelijke verlenging van de procedure de wettelijke afdoeningstermijn van één jaar te halen. Daarbij verdient opmerking dat er op andere momenten in het vooronderzoek wel enige tijdwinst kan worden geboekt.

3 BEVINDINGEN EMPIRISCH ONDERZOEK

In hoofdstuk 6 heb ik verslag gedaan van een empirisch onderzoek naar de toetsing in vergunning- en handhavingsgeschillen door de milieukamer van de Afdeling. Ik heb in totaal bijna 200, *at random* geselecteerde, uitspraken uit de jaren 1997, 2000 en 2003 onderzocht. Om te controleren of de strekking van de bevindingen over deze uitspraken ook opgaat (voor de jurisprudentie) onder het eind 2005 gewijzigde toetsingskader van de Wet milieubeheer, heb ik in 2006 en 2007 (tot november) de wekelijks op de website van de Raad van State gepubliceerde uitspraken van de milieukamer globaal doorgenomen.

In het voorgaande heb ik al de belangrijkste bevindingen met betrekking tot de rol van milieurichtlijnen en van het deskundigenbericht vermeld. Hieronder bespreek ik mijn bevindingen met betrekking tot de toetsingsintensiteit.

In aantal gevallen geen volle of marginale rechtmatigheidstoets

De eerste bevinding, 'vooraf', is dat de Afdeling in een substantieel aantal overwegingen (ongeveer 15%) uit de onderzochte uitspraken niet toekomt aan een rechtmatigheidstoets op grondslag van de door appellant aangedragen grond, omdat het aangevochten besluit, vergunningvoorschrift of onderdeel van het handhavingsbesluit naar haar oordeel reeds wegens strijd met een of meer van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden vernietigd. In deze gevallen legt de rechter dus geen volle of marginale rechtmatigheidstoets aan, maar constateert hij, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. De rechter geeft aldus geen materieel-inhoudelijk oordeel over het betwiste besluit(onderdeel), maar 'slechts' een negatief oordeel over de onderbouwing daarvan: er is bijvoorbeeld onvoldoende onderzoek gedaan naar de feiten, de motivering is niet dragend of het besluit is innerlijk tegenstrijdig. Het merendeel van deze oordelen (81%) betreft een formeel gebrek, waarbij de Afdeling vernietigt (mede) vanwege strijd met het motiveringsbeginsel (art. 3:46 of 7:12 Awb) en/of het formele zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb).

Deze bevinding vormt in zekere zin een bevestiging van de in de literatuur veel gehoorde en in paragraaf 3.3 van hoofdstuk 3 besproken stelling dat de Afdeling een voorkeur heeft voor formele vernietigingsgronden. Anderzijds kan worden gesteld dat het aantal overwegingen waarin de Afdeling, ambtshalve de rechtsgronden aanvullend, tot een formele vernietiging komt, zijnde

12% van alle onderzochte overwegingen, niet zodanig hoog is dat deze bevinding de bedoelde stelling volledig ondersteunt.

Tussenvormen binnen volle en binnen marginale toets
De tweede algemene bevinding, die voor bijna alle categorieën toetsingsgronden geldt, is dat de in de literatuur gebruikelijke tweedeling tussen enerzijds een volle en anderzijds een marginale toets, te ongenuanceerd is. Er bestaan weliswaar als hoofdtypen een volle toets (de Afdeling doet de beoordeling over of geeft een geheel eigen interpretatie) en een marginale toets (de Afdeling laat het bestuur een beoordelings- of afwegingsmarge), maar daarbinnen zijn meerdere gradaties van intensiteit te onderscheiden. Deze bevinding vormt in zoverre een bevestiging van eerdere onderzoeken over rechterlijke toetsing.

Binnen de volle toets kan onderscheid worden gemaakt tussen geheel volle toetsen en 'terughoudend volle' toetsen. Bij een geheel volle toets geeft de rechter zijn eigen, onvoorwaardelijk geformuleerde oordeel (bijvoorbeeld met een formulering als 'de grenswaarden zijn toereikend'), of geeft hij met het toetsingscriterium 'terecht' aan dat het door verweerder ingenomen standpunt het enige juiste is. Als 'terughoudend volle' toets heb ik aangemerkt toetsen die weliswaar duidelijk vol zijn, maar ook enige terughoudendheid bevatten. Hiervan heb ik drie categorieën onderscheiden: toetsen met een dubbele ontkenning ('niet onjuist'), toetsen met een voorbehoud in de formulering (bijvoorbeeld 'voldoende aannemelijk' of 'niet gebleken') en overwegingen waarin de rechter niet een direct oordeel formuleert, maar het oordeel op indirecte wijze geeft door het standpunt van het bevoegd gezag te beoordelen (dus niet: 'de voorschriften zijn toereikend', maar: 'niet gebleken is dat verweerder nadere voorschriften had moeten stellen').

Een toetsingscriterium dat met enige regelmaat opduikt is 'op goede gronden'. Dit wordt soms als geheel volle toets gebruikt (bijvoorbeeld bij de categorie 'strijd met een wettelijke bepaling'), maar vaker als 'terughoudend volle' toets. In laatstbedoelde gevallen geeft de rechter daarmee aan dat het door verweerder ingenomen standpunt naar zijn oordeel juist is, maar laat hij doorgaans ook enige ruimte voor een andersluidend standpunt (anders dan bij 'terecht', dat erop duidt dat verweerder het enig juiste standpunt heeft ingenomen). Dit toetsingscriterium is onder meer goed bruikbaar bij toetsing van een gestelde schending van het formele zorgvuldigheidsbeginsel, waarbij de Afdeling weliswaar zelf moet vaststellen of het besluit voldoende zorgvuldig is voorbereid, maar waar ten aanzien van de invulling van de zorgvuldigheidsplicht wel enige ruimte bestaat. Het criterium kan ook uitkomst bieden in gevallen waar een volle toets is aangewezen, maar bijvoorbeeld vanwege een gebrekkige onderbouwing van de beroepsgrond of het ontbreken van absolute zekerheid over een feitelijke aangelegenheid, toch behoefte bestaat aan enige terughoudendheid in de toetsingsformulering.

Binnen de marginale toets kan onderscheid worden gemaakt tussen een 'gewone' marginale toets en nog meer terughoudende toetsen. Een 'gewone' marginale toets luidt als volgt: 'verweerder heeft de gestelde geluidgrenswaarden in redelijkheid toereikend kunnen achten.'

Net als bij de volle toets heb ik bij de marginale toets drie categorieën onderscheiden van meer terughoudende toetsen. Hiervan komen er twee overeen met die bij de volle toets, namelijk toetsen met een dubbele ontkenning en toetsen met een voorbehoud in de formulering. De derde categorie van een meer terughoudende marginale toets is die waarin wordt getoetst aan de bovengrens van de beoordelingsruimte: 'verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat niet voor onaanvaardbare geurhinder hoeft te worden gevreesd'. De categorieën komen ook in combinatie voor, soms zelfs alle drie tegelijk. Een dergelijk ruimhartig gebruik van terughoudende toetselementen doet afbreuk aan de leesbaarheid van het rechterlijk oordeel.

> 'Verder is niet gebleken van zodanige omstandigheden dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de bijdrage van de in het buitenverblijf aanwezige kippen aan de cumulatie van stank niet zodanig is, dat de vergunning hierom (gedeeltelijk) had moeten worden geweigerd.'

Onduidelijke toetsingsintensiteit

De derde bevinding is dat lang niet altijd duidelijk is welke toetsingsintensiteit de Afdeling aanlegt. Behalve onder meer de twee zojuist genoemde duidelijke standaard toetsingscriteria ('terecht' bij een volle toets en 'in redelijkheid kunnen' bij een marginale toets) gebruikt de rechter namelijk ook toetsingscriteria als 'mogen' en 'aanvaardbaar'. Onduidelijk is voor welke toetsingsintensiteit deze criteria staan. De Afdeling gebruikt het toetsingscriterium 'mogen' zowel in gevallen waarin een marginale als in gevallen waarin een volle toets is aangewezen en – in overwegingen waarin niet evident is welke intensiteit is aangewezen – zowel in gevallen waarin zij voor het overige een marginale als in gevallen waarin zij voor het overige een volle toets hanteert. Ook gebruikt de rechter wel eens een innerlijk tegenstrijdig criterium, zoals 'op goede gronden kunnen' ('op goede gronden' duidt op een terughoudend volle toets, 'kunnen' daarentegen op een marginale toets). Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat het gebruik van andere toetsingscriteria dan de twee standaard criteria altijd onjuist is; zie bijvoorbeeld hetgeen onder het vorige kopje is opgemerkt over het toetsingscriterium 'op goede gronden'.

Inconsequenties in toetsingsintensiteit

Mijn vierde bevinding is dat de rechter op onderdelen niet consequent toetst. Dit bleek onder het vorige kopje al ten aanzien van het toetsingscriterium 'mogen' en is ook het geval bij het toetsingscriterium 'op goede gronden', nu dat zowel bij geheel volle toetsen als terughoudend volle toetsen wordt gebruikt. Benaderd vanuit de toetsingsgronden, heb ik geconstateerd dat de rechter inconsequent toetst bij de veel voorkomende toetsingsgrond dat het

besluit onvoldoende zorgvuldig is voorbereid. De Afdeling wisselt hierbij namelijk een volle toets af met een marginale toets en in andere gevallen is vaak onduidelijk welke toetsingsintensiteit zij hanteert. Ook bij twee, minder vaak voorkomende, toetsingsgronden in handhavingszaken, te weten over de evenredigheid van de opgelegde sanctie en over de lengte van de begunstigingstermijn, toetst de Afdeling niet consequent. Dit is ten slotte in geringe mate ook het geval bij de belangrijkste toetsingsgrond, namelijk die inzake het geboden beschermingsniveau (zie hierna bij de vijfde bevinding).

Ter ondersteuning van deze bevinding merk ik op dat de Afdeling in recente uitspraken niet consequent toetst bij de vraag of in de inrichting de beste beschikbare technieken worden toegepast. Hierbij gebruikt zij namelijk soms een (terughoudend) volle toets (zie de eerste twee overwegingen hierna) en in andere gevallen een marginale toets (zie de laatste twee overwegingen). Een (terughoudend) volle toets is op dit punt juist, nu het een vraag van feitelijke aard betreft waarbij het bestuur geen beslissingsruimte heeft.

> *Verweerder heeft zich op goede gronden op het standpunt gesteld dat de vergunde stalsystemen zijn gebaseerd op de beste beschikbare technieken.[3]
> *Er bestaat derhalve geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder zich niet op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat de vergunde systemen zijn gebaseerd op de beste beschikbare technieken.[4]
> *Mede gelet hierop heeft verweerder zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat in dit geval in zoverre de in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast.[5]
> *Gelet op het voorgaande en gezien de motivering van verweerder, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat in zoverre de voor de inrichting in aanmerking komende beste beschikbare technieken worden toegepast.[6]

Een andere vorm van inconsequente toetsing betreft de categorie 'onnodig bezwarendheid van een voorschrift'. In deze gevallen heeft de vergunninghouder of -aanvrager aangevoerd dat een bepaald voorschrift in zijn geheel niet had mogen worden opgenomen, omdat daarmee geen milieubelang is gediend. De Afdeling toetst deze grond op twee manieren. Soms overweegt ze (vol) dat het aangevochten voorschrift al dan niet onnodig bezwarend is, maar in andere gevallen gebruikt ze een beschermingsniveau-toets. Nu in deze categorie ook het beschermingsniveau wordt betwist, verdient het uit het oogpunt van uniformiteit de voorkeur om altijd een beschermingsniveau-toets te gebruiken.

---

3 ABRvS 16 mei 2007, 200607772/1, *M en R* 2007, 95, m.nt. Jesse, r.o. 2.5.3.
4 ABRvS 25 juli 2007, 200609173/1, r.o. 2.6.3.
5 ABRvS 20 september 2006, 200601330/1, r.o. 2.9.1 (idem r.o. 2.10.1).
6 ABRvS 23 mei 2007, 200603603/1, r.o. 2.8.5.

De Wende
De vijfde bevinding heeft betrekking op de toetsingsomslag van de Afdeling in 1998. Mijn verwachting met betrekking tot de toetsing van het geboden beschermingsniveau in relatie tot de *Wende* is op hoofdlijnen uitgekomen. Slechts in een klein aantal gevallen toetst de Afdeling het beschermingsniveau in 1997 marginaal en in 2000 en 2003 vol. In deze gevallen is vermoedelijk niet bewust van de hoofdlijn afgeweken. De helft van de volle toetsen uit 2000 en 2003 gaat over stankhinder door intensieve veehouderijen. De onjuiste toetsing in deze zaken kan waarschijnlijk worden verklaard doordat onvoldoende onderscheid is gemaakt tussen de beoordeling van het beschermingsniveau en de daaraan voorafgaande – volle – toets van de volgens de Richtlijn veehouderij en stankhinder aan te houden afstand tot woningen.

Conclusie over de bevindingen met betrekking tot de toetsingsintensiteit
Het hangt in hoofdzaak van de formulering van de wettelijke bevoegdheidsbepaling en van de aard van de gebruikte bevoegdheid af of de rechter een besluit vol of marginaal moet toetsen. Zo leidt in milieuvergunninggeschillen de formulering van art. 8.11 lid 3 Wm tot een marginale toetsing van het geboden beschermingsniveau en leidt in milieuhandhavingsgeschillen de discretionaire aard van de handhavingsbevoegdheid tot een marginale toetsing van de evenredigheid van het besluit om al dan niet handhavend op te treden. Indien het geschil daarentegen over de strekking van een wettelijke regeling gaat, moet de rechter in beide typen geschillen een volle toets verrichten.

In het empirisch onderzoek heb ik evenwel, naast de standaard marginale toets 'in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen' en de standaard volle toets 'terecht', gradaties van toetsingsintensiteit aangetroffen. Voor het gebruik van deze toetsingsgradaties binnen een volle en marginale toets kan een reden zijn. Zo bestaat bijvoorbeeld soms behoefte aan het gebruik van een terughoudend volle toets als 'op goede gronden'. In andere gevallen kan uit de uitspraak niet worden afgeleid waarom voor een bepaalde toetsingsintensiteit is gekozen. Het feit dat ik verschillen in toetsen heb geconstateerd tussen voor het overige praktisch gelijkluidende overwegingen, vormt een aanwijzing voor de stelling dat het gebruik van een verschillende mate van intensiteit binnen een volle of marginale toets niet altijd berust op een bewuste keuze van de rechter. Dergelijke verschillen zijn mogelijk mede terug te voeren op persoonlijke voorkeuren of gewoonten van de staatsraden of de ondersteunende jurist in kwestie. Daarnaast kan de aanleiding voor een meer of minder terughoudend geformuleerde overweging gelegen zijn in de mate van stelligheid en de kwaliteit van de beroepsgrond. Nu ik mij heb beperkt tot onderzoek van de uitspraken (en dus niet de beroepschriften heb onderzocht), kan ik daar verder niets over zeggen.

Uit het onderzoek blijkt dat de Afdeling in milieugeschillen soms een onjuiste toetsingsintensiteit aanlegt, dat zij bepaalde toetsingscriteria niet altijd consequent gebruikt en in de desbetreffende uitspraken geen verklaring kan

worden gevonden voor die inconsequenties, en dat van sommige door de Afdeling gebruikte toetsingscriteria de intensiteit onduidelijk is, bijvoorbeeld omdat zij innerlijk tegenstrijdig zijn. Gelet hierop verdient het aanbeveling dat de Afdeling meer aandacht besteedt aan het gebruik van overwegingen waaruit zoveel mogelijk de intensiteit van de aangelegde toets blijkt en aan het gebruik van correcte toetsingsformuleringen die op een consequente manier worden gehanteerd. Het interne rapport inzake een uniforme opzet en formulering van uitspraken kan hiervoor een aanzet vormen.

4 Beantwoording van de onderzoeksvraag

Hoe voldoet de rechter bij de toetsing in bestuursrechtelijke milieugeschillen aan eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid zonder enerzijds zelf beleidsmatige, bestuurlijke afwegingen te maken en anderzijds blind te varen op deskundigen?

Het antwoord op de vraag hoe de rechter voorkomt dat hij een bestuurlijke afweging moet plegen, is deels gelegen in de wijze waarop het bevoegd gezag en de rechter omgaan met milieurichtlijnen. In de milieurichtlijnen is ten aanzien van een bepaald milieuaspect een milieuhygiënische afweging gemaakt over welk beschermingsniveau wenselijk en toereikend is. Door hierbij aan te sluiten, geeft het bevoegd gezag niet een op het concrete geval toegespitste onderbouwing van het benodigde beschermingsniveau. Doordat de Afdeling dit 'eenvoudig volgen' van de milieurichtlijnen door het bevoegd gezag accepteert, vereenvoudigt ze haar beoordeling en voorkomt ze dat ze moet treden in een bestuurlijke afweging.

Voorts, zo blijkt uit het empirisch onderzoek, neemt de Afdeling bij de toetsing van het bestuurlijk oordeel een zekere afstandelijkheid in acht. Zo hanteert zij bij een volle toets soms een terughoudend volle toetsingsformulering en gebruikt zij bij een marginale toets verschillende soorten formuleringen waaruit een nog meer terughoudende beoordeling blijkt.

Indien haar kennis of deskundigheid tekortschiet om het beroep inhoudelijk te beoordelen, kan de Afdeling een deskundigenbericht inwinnen bij de StAB. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de vaste deskundige in milieugeschillen zijn sinds 1997 wettelijk en statutair gewaarborgd. Verder beziet de Afdeling tegenwoordig, anders dan voorheen toen zij de deskundige standaard om advies vroeg, in elke zaak of een deskundigenbericht nodig is.[7] Dit zijn uit het oogpunt van de objectiviteit van het rechterlijk oordeel respec-

7 Thans wordt in ongeveer één van de vier milieuzaken die op een zitting worden behandeld, een deskundigenbericht ingewonnen.

tievelijk van de onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van de deskundige positieve ontwikkelingen.

Tot op zekere hoogte kan de Afdeling haar relatie met de deskundige evenwel nog wat meer objectiveren. Het verdient aanbeveling dat de rechter de deskundige uitnodigt voor de zitting, in ieder geval indien een partij daarom heeft gevraagd of wanneer een partij een tegenrapport heeft ingebracht. Met behulp van de reactie van de deskundige op de ingebrachte contra-expertise kan beter inzichtelijk worden of het inwinnen van een nader rapport nodig is. Dit is te meer van belang, nu er aanwijzingen zijn dat de Afdeling niet altijd om een nader rapport verzoekt in gevallen waarin door middel van contra-expertise twijfel is gezaaid over het StAB-rapport.

Voorts kan de Afdeling de motivering van de uitspraak in een aantal gevallen verbeteren, door niet slechts naar het deskundigenbericht te verwijzen ('mede gelet op het deskundigenbericht'), maar in de uitspraak weer te geven op welke bevinding van de deskundige de afdoening van de desbetreffende beroepsgrond steunt.

Summary

JUDICIAL REVIEW IN ENVIRONMENTAL DISPUTES. ON THE INTENSITY OF JUDICIAL REVIEW, ROOM FOR ADMINISTRATIVE DECISION MAKING, AND THE CONSULTATION OF EXPERTS

This study discusses the role of the Administrative Jurisdiction Division of the Dutch Council of State in environmental disputes. It seeks to answer the following question: How does the Division comply with the demands of independence and objectivity, while avoiding on the one hand the risk of becoming too entangled in questions regarding policy, and on the other hand the risk of trusting experts blindly?

The first part of the research deals with the relation between the judicial branch and the executive (see paragraph 1). The second part deals with the relation between the courts and experts (see paragraph 2). In paragraph 3, I discuss the findings of my empirical research, and in paragraph 4, I provide an answer to the question formulated above.

1 THE RELATION BETWEEN THE JUDICIAL BRANCH AND THE EXECUTIVE

This relation is expressed through the intensity of the judicial review. In some cases, the administrative courts should review a government decision fully, and in other cases only to a limited extent. Two factors play a role here. Firstly, the constitutional relations between the legislative branch, the executive branch and the courts (discussed in Chapter 3). Secondly, the phrasing of the legal provisions from which the executive derives its authority in a given case (discussed in Chapter 4).

The constitutional relation between the legislative, executive, and the judicial branch
In Chapter 3, I concluded that it is not correct to assume that the administrative courts should only marginally review government decisions because the executive is democratically elected. Actually, the democratic legitimacy of a decision by a decentralized government body is rather limited. It is correct, however, to approach the question of the intensity of judicial review from the notion of the separation of powers and the corresponding division of tasks. This division entails that the legislator takes the first step. The phrasing of

a legal provision can make clear that the executive has a certain freedom to formulate its own decisions, to appraise a situation, or to create its own policy in a certain area. If this is the case, then the judicial branch should only marginally review the decisions of the executive. Otherwise, it would infringe on the powers of the executive. In an explanatory memorandum which accompanies a statute, the legislator can also provide instructions regarding the freedom of the executive to make its own decisions, but such instructions are not binding on the judicial branch.

The importance of the primary role of the legislator does not preclude the judicial branch from playing a role in the determination of the intensity of judicial review in a concrete case. Judges should apply the law, and by doing so they will interpret legal provisions, and if necessary the explanatory memorandum accompanying those provisions. To this extent, the judicial branch determines the size of its own playing field. This proposition is confirmed by my research (see below).

Finally, I have determined in this chapter that the special characteristics of environmental disputes – to wit the involvement of three parties, the technical character of the disputes, and the unvoiced environmental interests – do not clearly lead to a limited or a full judicial review of the decisions of the executive.

Framework for judicial review in the Environmental Management Act and the Wende
Until 1988, environmental disputes could be brought before the highest government body, the Crown, which is the Queen acting together with – and under the responsibility of – one or more cabinet ministers. A division of the Council of State formulated a draft decision, which was almost always adopted unchanged by the Crown, when it concerned environmental disputes. In 1988, this appeal on the Crown was abolished, and the division of the Council of State became an independent court. Initially, it continued the practice of the Crown of fully reviewing government decisions in environmental disputes. In 1998, however, the division, by now the Administrative Jurisdiction Division, shifted towards a limited form of review. This shift is known as the *Wende*, which refers analogously to the fall of the Berlin Wall.

My analysis of the framework for judicial review created by Chapter 8 of the *Wet milieubeheer* (Environmental Management Act (EMA)) reveals that this shift in the intensity of the review was justified. Based on Articles 8.8 to 8.11 of the EMA, the authorities can, to a certain extent, make their own appraisal of the situation and create their own policies when it concerns applications for permits. This is still the case, even though a number of amendments have been made to the framework for judicial review in 2005, in order to comply with

the Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC) Directive of the European Union.

Environmental guidelines
To an important extent, government bodies fill in their discretionary freedom by referring to all sorts of pseudo legislation: guidelines and circulars which are mostly distributed by the central government, but which are not based on the authority to legislate. To illustrate: in my empirical research, 52% of the cases showed that one or more of these guidelines played a role in the judicial review of a decision.

A few examples of such guidelines are the *Handreiking industrielawaai en vergunningverlening* (circular on industrial noise and the granting of environmental permits), the *Nederlandse emissierichtlijn lucht* (guideline concerning emissions to the air), and the *Nederlandse richtlijn bodembescherming* (guideline concerning the protection of the soil). These guidelines usually contain a detailed assessment framework for one particular aspect of the environment, in the form of concrete norms. Government bodies often simply refer to these guidelines when they lay down a certain environmental protection level in a permit, and do not tailor their decision to the concrete circumstances. In such a case, the authorities do not fully use the discretionary powers which they have been attributed.[1] Since most of the guidelines concern a certain branch of industry, they normally already provide the answer to the question whether the measures contained therein are reasonable for the type of business concerned. The authorities therefore usually do not have to answer this question for each individual company.

The Administrative Jurisdiction Division has accepted this practice of simply referring to a guideline, and thereby assumes that the frameworks contained in these guidelines comply with the criterion of Article 8.11, section 3 of the EMA. Until December 2005, the EMA used the 'as-low-as-reasonably-achievable' principle (abbreviated as the *alara* principle) as its criterion. This was replaced by the criterion that at least the best available techniques should be used (*de beste beschikbare technieken*, abbreviated as BBT). This latter criterion was derived from the European IPPC-directive, which demands the use of the 'best available techniques' (BAT).

In Chapter 4, paragraph 4, I have criticized the practice of judicial review by the Administrative Jurisdiction Division, because it accepts the practice that authorities simply refer to environmental guidelines (mostly provided by the central government), which do not have a basis in statutory law.

---

1 Few authorities have made use of the possibility to formulate their own assessment frameworks. Local governments can for instance formulate frameworks for noise levels.

Firstly, the Division does not take full account of the fact that these guidelines – besides having a technical aspect – also contain policies. The Division should therefore verify whether the relevant authority has incorporated the guideline in a policy rule of its own, or whether it has the steady practice of following the guideline. Secondly, the Division does not take full account of the demands which emanate from the dynamic character of environmental insights. Because these are developing constantly, the Division should review in each judgement whether the assessment of a guideline it has given in an earlier judgement, is still valid.

After the changes in the EMA in 2005, this criticism continues to apply to those environmental guidelines which have not been designated as a BAT-document in the 'Ministerial Regulation on Designation of BAT-documents', such as the circular on industrial noise and the granting of environmental permits, or the SBR guideline concerning interference through vibration. This is different for guidelines which have been designated as BAT-documents, such as the guideline concerning emissions to the air and the guideline concerning the protection of the soil, because the EMA now provides that the authorities are legally bound to take into account guidelines which have been designated as BAT-documents. According to the legislator, these guidelines have to be assumed to be in conformity with the BAT-principle. Thus, there is no longer any need for the relevant authorities to decide whether it will base its policy on the guideline. This means that the Administrative Jurisdiction Division does not have to review whether the competent authorities have incorporated the guideline in its policy rules or whether it has the steady practice of following the guideline. Since the guideline should be assumed to be in conformity with the BAT principle, there is also, in principle, no longer a need for the Division to determine whether the guideline is based on the most recent environmental insights.

The guidelines concerning emissions to the air and the protection of the soil have been given a certain basis in statutory law, because they have been designated as BAT-documents in the Ministerial Regulation. This is a positive development, in view of the important role of environmental guidelines in the practice of granting permits. It would be advisable to also formalize the legal basis of other guidelines – which have not been designated as BAT-documents – for instance by incorporating them in an Order in Council ('*algemene maatregel van bestuur*') referred to in Article 8.45 of the EMA. It could provide that the competent authorities may deviate from the Order in Council, if justified. The Order in Council could follow the procedure of Article 21.6, Section 5, of the EMA, which provides that the Order in Council is sent to the Lower House of the Dutch parliament four weeks before it comes into effect. If the Lower House prefers to regulate the subject concerned by Statute, the Order in Council does not come into effect.

2 THE RELATION BETWEEN JUDGE AND EXPERT

The second part of the research question concerns the relation between judges and experts. This relation is discussed in Chapter 5, where I have reviewed the consultation of experts by administrative courts in general, and more specifically in environmental disputes. Subsequently, I have analyzed the practice of the Administrative Jurisdiction Division and the Dutch foundation StAB (*Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening*) which has been established by the EMA as an impartial and independent organization of environmental experts which are consulted in environmental disputes. I have reviewed whether the Dutch practice conforms to Article 6 of the European Convention on Human Rights.

Consultation of experts by administrative courts
A judge should consult an expert when his knowledge or expertise concerning the content of the case is insufficient to reach his judgement. In environmental cases, judges may for instance need information on the industrial process of the company that has requested a permit, on the framework that the competent authority has used to evaluate the request, on the question whether a report that is attached to the request is based on the right starting points, or on the question whether the requirements connected to the permit are in line with current technical standards.

Judges may not simply follow the report of the expert without thinking. They have to determine whether the research was conducted properly, whether the report does not contain evident errors, and whether the reasoning of the expert is logical and conclusive. If the report passes these tests, the conclusions of the report can be used, unless the opposing party submits a different report by another expert. This opposing report may not be ignored, and may lead the judge to request a further expert report to decide the matter.

Consultation in environmental cases
The consultation of experts in environmental cases is characterized by a number of particular elements, which have an origin in history. These elements are the use of a permanent advisor, the fact that the Division poses an entirely open question, formulated in general terms, and the absence of the expert during the court session.

The permanent status of the advisory role of the StAB has many advantages. The most important advantages are that the independence and impartiality of this foundation have a basis in Statute law (the EMA), and the fact that the StAB may only submit advice to a judge. Furthermore, the StAB is an expert in environmental matters, and aware of the importance of fundamental rules in judicial proceedings.

In general, it is advisable for judges to formulate a specific question to the expert, on which parties may give their opinion, rather than a general question.

In environmental cases, however, specific questions are not really possible, since the Administrative Jurisdiction Division not only needs the expert to make a technical assessment, but also needs the factual information provided by the expert report in order to formulate its judgement.

A practice of posing questions in general terms to a permanent advisor harbours the risks of a monoculture. A culture wherein the advisor keeps to the beaten track and is not self-critical about possible gasps in the advisor's knowledge, and wherein judges take a non-critical attitude towards the advisor. Previous research into the functioning of the StAB does not show, however, that these risks have materialized. Rather, it showed that the Division, even though leaning heavily on the StAB, makes its own evaluation of the facts and the legal aspects of the case.[2]

The Administrative Jurisdiction Division is opposed to the presence of the expert during the session in court, but this attitude is not justified in my opinion. During the session in court, the expert may clarify parts of the report which are contested by parties, and react to reports which may be submitted by parties. Thus, the need to request a further expert report would clearly come to light. This is important in light of evidence that the Division does not always request a further report in cases where a party has shed doubt on the report of the StAB by submitting a report of its own. It is therefore advisable to have the expert present during the session in court when one of the parties has requested his presence, or when one of the parties has submitted an expert report of its own. The Division should inform parties beforehand that they can request the presence of the expert, and it should normally grant such a request. If the Division decides that the session in court has revealed the need for a further report, it might be advisable to bring in another expert, for instance the Netherlands Organisation for Applied Scientific Research (TNO).

The Administrative Jurisdiction Division has abandoned its practice of requesting an advice in each environmental case. Since a few years, the law clerks formulate a brief on each case which has to be heard in court, in which they address the question whether an expert report appears necessary. My empirical research shows that in approximately one third of the cases in which an expert report was requested, the judgement does not refer to the report. This probably means that on the one hand the Division still sometimes requests reports when these are not necessary, and on the other hand that the Division sometimes does not refer to an expert report even though the judgement is based on that report. This first problem can probably not be entirely avoided, but the second one can.

2 *See* Freriks en Robbe 2001, p. 110 en 133 and Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006, p. 74-76.

Regarding the formulation of the grounds in the judgements of the Division, I have made a further observance. The Division usually refers briefly to the expert report in its consideration of each ground for appeal, by stating (for instance):

> 'In view of the documents relating to the case, among which the report of the expert, it is sufficiently plausible that it is possible to stay below the required noise levels.'

My empirical research revealed a number of judgements which contain considerations such as these, which do not make clear exactly which parts of the expert report supported the decision of the Division. In my opinion, the grounds of the judgement are not sufficiently clearly formulated in judgements such as these, because a judgement should be able to stand on its own, and be criticisable. Moreover, these brief references do not always make it clear to parties exactly which finding or which argument in the report of the expert was decisive in the opinion of the Division.

The procedural demands set to expert reports in light of Article 6 of the European Covention on Human Rights

The judgement of the European Court of Human Rights (ECHR) of 1997 in the Mantovanelli case[3] is particularly relevant when determining the demands which should be set to an expert report in view of Article 6 of the European Convention on Human Rights. This judgement shows that under certain circumstances it may not be sufficient that parties have access to the expert report and can react to it during the session in court. According to the ECHR, parties should be able 'to comment effectively' on the expert report, in order to guarantee that they can participate sufficiently in the proceedings.

The case law provides that the expert may have to involve a party with his research, depending on whether a certain piece of information was provided by that party, or whether that party was at least familiar with the information concerned. Since environmental cases usually involve three parties, both the permit holder and the affected third party are normally confronted with a case file which contains information that was not provided by that party. Furthermore, the StAB does not hear the parties in each others presence and parties are only granted access to documents that may have been sent to the StAB by other parties, after the StAB has presented its advice to the judge. This means that there are good grounds for the StAB to thoroughly involve the parties in his investigation.

The StAB has drawn up an internal code of conduct, which provides that parties should be invited to submit observations and documents. It is defendable that the practice of expert reports in environmental cases complies

3 ECHR 18 March 1997, *RJ&D ECHR* 1997-II, p. 425.

with the minimum standards of the European Convention. Partly because of the code of conduct of the StAB, since the General Administrative Law Act nor the EMA provide guarantees concerning the investigation of experts.

It would be an important improvement, however, if the StAB would adopt a practice of submitting draft reports to the Administrative Jurisdiction Division. In such a draft report, the expert should report on his activities and on the contacts that he has initiated and maintained during his investigation. All parties could thus be informed of the initial findings of the expert, the documents that he used to reach these findings, and the statements of other parties. Subsequently, each party could respond to the draft report, and the expert should consider these reactions before submitting his final report.

Apart from the fact that this practice would give more meaning to the principle that both sides should be heard, it would also involve parties more with the investigation, and the quality of the reports would improve because errors and gaps could be addressed. The StAB already reports on the information which it has received, but it would be an improvement if this information could be reviewed by the parties. It would create a possibility for parties to react to the information provided by other parties, instead of simply submitting their own view on the case. Thus, parties could effectively influence the contents of the report. This influence differs fundamentally from the influence parties can exert on the verdict of the judge by commenting on the final expert report, either in writing or verbally during the session in court.

Inevitably, the introduction of a practice of submitting draft reports would lead to an extension of the period needed for the expert to report, by approximately six weeks. In view of the time needed by the Administrative Jurisdiction Division to produce judgements in recent years, it should be possible to extend the period for the expert to report, and still be able to produce a judgement within one year, as required by the EMA. It should be noted that there are other phases in the preliminary investigation during which some time could still be gained.

3 Results of the empirical research

In Chapter 6, I have reported on the empirical research into the judicial review by the Environmental Chamber of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State in cases concerning permits and the enforcement of the conditions attached to permits. I have looked at 200 verdicts in total, dating from 1997, 2000 and 2003. In addition, I have roughly examined verdicts from 2006 en 2007.

In the preceding sections, I have already summarized the most important findings concerning the role of environmental guidelines and expert reports. I will now discuss the findings concerning the intensity of the judicial review.

My first finding is that the usual division of judicial review into limited and full review is too simple. In practice, all sorts of intermediate forms of review are used.

The category of full judicial review should be divided into forms of completely full review and forms of 'reticent full review'. When a judge applies a completely full review, he makes his own appreciation, which is formulated in unconditional terms such as 'the limiting values are sufficient', or which uses the phrase 'rightfully' to indicate that the position of the competent authority was correct. I have considered as 'reticent full review' those forms of judicial review which are clearly full, but still show some restraint. Within this category, I have distinguished between three subcategories. (1) Judgements which contain a double negative, for instance 'not incorrect'. (2) Judgements which contain a reservation in their formulation, such as 'sufficiently plausible' or 'it has not been established'. (3) Considerations which contain an indirect judgement, through an appraisal of the position of the competent authority. For example, instead of 'the limiting values are sufficient', the judgement reads 'it has not been established that the competent authority should have provided additional requirements'.

A review criterion which is used regularly, is 'on good grounds'. This is sometimes used in a completely full review, for instance to reach the conclusion that a statutory provision has been violated. But more often it is used in a 'reticent full review', when the judge aims to indicate that he thinks the position of the competent authority is correct, while admitting that there is room for another opinion. This differs from a judgement which uses the phrase 'rightfully', which indicates that the competent authority has taken the only right position.

Forms of limited judicial review can be divided into 'normal' forms of limited review on the one hand, and even more reserved forms of limited review on the other. A 'normal' limited review will provide: 'the competent authority has taken a reasonable position by judging the limiting noise values as sufficient'.

As with 'reticent full reviews', I have divided three subcategories of limited review of a more reserved nature. Two of these are analogous to the subcategories of 'reticent full review', namely judgements which contain a double negative and judgements which contain a reservation in their formulation. The third subcategory contains judgements which delimit the room for appraisal of the competent authority. Such judgements read, for instance: 'the authority has taken a reasonable position by stating that there is no need to fear any unacceptable smells'. These three categories are used in combination.

Sometimes they are used all three together in one judgement, which does not benefit the readability of the decision. An example of such a judgement reads:

> 'Furthermore, there has been no indication of circumstances of such a nature that the authority could not have reasonably taken the position that the contribution by the chickens in the outhouse to the accumulation of smells is not of such a nature that the permit should have been (partly) refused for that reason.'

The second finding of my empirical research is that it is not always clear which intensity of review is used by the Environmental Chamber of the Administrative Jurisdiction Division. Apart from the two standard phrases mentioned above – 'rightfully' to indicate full review, and 'could reasonably' to indicate limited review – the Division also uses criteria such as 'allowable' and 'acceptable'. It is not clear what form of review these criteria indicate. The Division uses 'allowable' in cases which require a full review, but also in cases which require a limited review. It is also used in considerations which do not clearly constitute either one of these types of review, and which may be part of a decision which for the remainder consists of a full review, or a limited review. The Division also uses criteria which are internally contradictory, such as 'may on good grounds', where 'may' indicates a limited form of review, whereas 'on good grounds' indicates a full review.

My third finding is that the judicial review by the Administrative Jurisdiction Division is not entirely consistent. The unclear use of the criterion 'acceptable' described above is one example, but the criterion 'on good grounds' is also used both in cases where a completely full review is applied, and in cases where a limited review is applied. I have found that the review practice of the Division is not consistent when applying the common criterion that the decision was not prepared with adequate care. The Division uses this criterion when it reviews a decision fully, but also when it applies a limited review, and in many cases the intensity of the review is not clear. The Division is also not consistent in its use of two less used criteria in enforcement cases, namely the proportionality of a sanction and the length of preferential periods (during which the violation can be rectified without the sanction being executed). To a lesser extent, this also goes for the most important review criterion, namely the level of protection offered (see below).

Another form of inconsistent reviewing concerns the category of 'unnecessarily burdensome requirement'. In these cases, the permit holder or applicant claims that a certain requirement should not have been set because it does not serve an environmental interest. The Division applies this criterion in two ways. Sometimes it will consider that the requirement is (not) unnecessarily burdensome, but in other cases it reviews whether the authority has taken a reasonable position by judging that the level of protection is sufficient. Since this category concerns cases in which the level of protection is contested,

it would lead to a more uniform practice if the Division would always use the latter reviewing form.

A fourth finding concerns the change in the practice of review of the Administrative Jurisdiction Division in 1998. My hypothesis concerning the review of the protection level in relation to the so-called *Wende* was proven correct. In only a small number of cases did the Division apply a limited review of the protection level in 1997, and a full review in 2000 and 2003. In these cases, the main line of review was probably not consciously abandoned. Half of the examples of full review in 2000 and 2003 concern smell pollution by intensive livestock farming. The incorrect form of review applied in these cases is probably connected with the fact that the appreciation of the level of protection is preceded by a full review of the distance to housing 'prescribed' by an environmental guideline of 1996 concerning livestock farming and smell pollution.

Conclusion concerning the findings on the intensity of review
On principle, the formulation of the statutory provision which grants a certain power, and the nature of that power, determine whether the Division applies a full or a limited form of judicial review. These factors do not explain, however, why the Division uses different forms of full review, and different forms of limited review. This can possibly be explained from the fact that the judges (and law clerks) have differing personal preferences and habits when it comes to formulating a judgement. To this extent, the first three findings of my research seem to confirm the hypothesis that I formulated in Chapter 3, namely that, to a certain extent, the judge himself determines the intensity of the review he applies. Also, the variation within the different types of reviews is possibly connected with the quality of the grounds for appeal. As my research was limited to judgements, and therefore did not cover the appeals, it is not possible to confirm this hypothesis.

4 An answer to the research question

How does the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, ruling in environmental disputes, comply with the demands of independence and objectivity, while avoiding on the one hand the risk of becoming too entangled in questions regarding policy, and on the other hand the risk of trusting experts blindly?

The answer to this question can be found partly in the way the competent authorities and judges use environmental guidelines, mostly issued by the central government. These guidelines determine the level of protection that is desirable with regard to a certain aspect of the environment. By following such a guideline, the competent authority does not have to provide any further

foundation for its decision to prescribe a certain level of protection in a concrete case. By accepting this practice of following environmental guidelines, the Administrative Jurisdiction Division simplifies its own assessment of the case, and prevents itself from having to weigh the interests involved, which is a task of the competent authority.

Furthermore, the empirical research shows that the Division adopts a reticent attitude when reviewing environmental decisions. In cases where it fully reviews the contested (part of the) decision, it uses reticent formulations, and when applying a limited form of review it uses several formulations which indicate an even more reticent consideration of the case.

In cases where the expertise of the Division is insufficient to make a judgement as regards the contents, it can request the StAB to submit an expert report. The independence and impartiality of the permanent advisor in environmental cases have been set down in a statute in 1997. Also, the Division nowadays no longer automatically requests an expert report – as it used to do – but in each case makes a separate consideration whether an expert report is necessary.[4] These should be considered positive developments with regard to the objectivity and independence of the judge in his relation to the expert.

To a certain extent, the Division might still further objectify its relation to the expert. The judge could invite the expert to be present during the session in court, certainly when a party has requested the presence of the expert, or when a party has submitted its own expert report. The reaction of the expert to a counter-expertise might clarify the issue of whether a further expert report is necessary. This is even more important when one considers that there are indications that the Division does not always request a further report when a counter-expertise has cast doubts on the report of the StAB.

The Division might also improve the formulation of the grounds of its judgements in certain cases. It should not simply refer to the expert report ('in view of *inter alia* the expert report'), but it should indicate exactly which finding of the expert substantiates its decision on a certain ground of appeal.

4 The Division at present requests an expert report in every one out of four environmental cases which make it to a session in court.

Literatuurlijst

Albers 2004
C.L.G.F.H. Albers, 'De 'beginselplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?', *Gst*. 2004, 7206, p. 233-243

Albers e.a. 1996
P. Albers e.a., *Het bestuursprocesrecht* (reeks Ervaringen met de Awb, nr. 2), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Backes 1999
Ch.W. Backes, 'Introduction', in: Ch.W. Backes and G. Betlem (red.), *Integrated Pollution Prevention and Control. The EC Directive from a Comparitive Legal and Economic Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 1-7

Backes e.a. 2002
Ch.W. Backes e.a., *Codificatie van milieurechtelijke beginselen in de Wet milieubeheer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002

Backes, Gilhuis en Koeman (red.) 2006
Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis, N.S.J. Koeman (red.), *Milieurecht*, Deventer: Kluwer 2006

Van Ballegooij e.a. 2004
G.A.C.M. van Ballegooij e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2004

Van den Berg 1997
B. van den Berg, 'Hoor en wederhoor in het deskundigenonderzoek', in: M. Herweijer, K.F. Schuiling en H.B. Winter (red.), *In wederkerigheid* (Scheltema-bundel), Deventer: Kluwer 1997, p. 269-281

Van den Berg 1999
B. van den Berg, *Deskundigheid in het geding* (diss. Groningen), Meppel: Boom Juridische uitgevers 1999

Ten Berge, Burkens en Van Buuren 1987
J.B.J.M ten Berge, M.C. Burkens en P.J.J. van Buuren, *De Tijdelijke wet Kroongeschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

De Bock 2000
R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de afdeling bestuursrechtspraak', *JBplus* 2000, p. 66-77

Boeve, Fleurke en Wiering 2004
M.N. Boeve, F.M. Fleurke en M.A. Wiering, 'Het begrip 'milieu' in de Wet milieubeheer', *M en R* 2004, p. 221-226

Bok 1992
A.J. Bok, *Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland*, Deventer: Kluwer 1992

Borgers 2005
H.C. Borgers, 'De bestrijding van geurhinder', *M en R* 2005, p. 126-134
Bots 2004
A.M.M.M. Bots, 'Het zorgvuldigheidsbeginsel en advisering', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 141-165
Boukema 1998
P.J. Boukema, 'Administratie of rechter: 1910-1998' (rubriek Verwachting), *NTB* 1998, p. 10-11
Brenninkmeijer 1983
A.F.M. Brenninkmeijer, *Kernenergie, rechtsstaat en democratie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983
Brenninkmeijer 1987
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde', in: J.M. Polak e.a., *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias. Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak* (RAIO-congresbundel), Lochem: Van den Brink & Co 1987, p. 51-70
Brenninkmeijer 1991
A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het ambtsbericht als deskundigenbericht', in: Jurgens, Ter Brugge en Veltman (red.) 1991, p. 49-65
Brenninkmeijer 2001
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', *NJB* 2001, p. 1191-1201
Van den Broek, De Gier en Veldkamp 2006
G.M. van den Broek, A.A.J. de Gier en A.M.E. Veldkamp, *Tien jaar StAB*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006
Bröring 1993
H.E. Bröring, *Richtlijnen. Over de juridische betekenis van circulaires, leidraden, aanbevelingen, brochures, plannen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993
Bröring e.a. 1985
H.E. Bröring, C. Lambers, M. Scheltema en H. Bolt, *Kroonberoepen milieuhygiëne*, Deventer: Kluwer 1985
Brouwer 1987
I. Brouwer, 'De rechter als dictator of de rechter tussen twee vuren in?', in: J.M. Polak e.a., *De rechter als dictator? Dynamiek in de trias. Verschuivingen in de verhouding regelgeving, bestuur en rechtspraak* (RAIO-congresbundel), Lochem: Van den Brink & Co 1987, p. 71-82
Ter Brugge e.a. 1991
T. ter Brugge, J. Veltman, H.E. Bröring, K.F. Schuiling en M. Scheltema, *Kroongeschillen en het nieuwe bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1991
Van der Burg, Cartigny en Overkleeft-Verburg 1985
F.H. van der Burg, G.J.M. Cartigny en G. Overkleeft-Verburg, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985
Van Buuren 1992
P.J.J. van Buuren, ´Het Ontwerp-Umweltgesetzbuch over plannen, vergunningen en aansprakelijkheid voor milieuschade´, *M en R* 1992, p. 322-334
Van Buuren 1992a
P.J.J. van Buuren, ´Codificatie en vernieuwing van milieurecht in Duitsland en in Nederland´, *NJB* 1992, p. 377-383

Van Buuren 2001
P.J.J. van Buuren, ´De ideologie van de Werkgroep Van Kemenade´, in: J.R. van Angeren e.a. (red.), *1000 weken bestuursrecht* (bundel aangeboden aan prof. mr. J.E.M. Polak bij zijn afscheid van Stibbe), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 215-223

Van Buuren, Bolt en Scheltema 1981
P.J.J. van Buuren, H. Bolt en M. Scheltema, *Kroonberoep en Arob-beroep*, Deventer: Kluwer 1981

Van Buuren en Widdershoven 1990
P.J.J. van Buuren en R.J.G.M. Widdershoven, ´Ervaringen met administratieve rechtspraak in milieugeschillen door de Afdeling Geschillen´, in: Damen en Uylenborg (red.) 1990, p. 16-25

Castelein e.a. 1998
A. Castelein e.a., *Meer dan de som der delen? Een onderzoek naar de aard van de afwegingen bij de opstelling van milieuvergunningen* (Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, Achtergrondstudie nr. 34), Den Haag 1998

Commissie Van Maarseveen 1974
Commissie van Maarseveen, *Rapport ontwerp-wet Algemene Bepalingen van Administratief Recht (A.B.A.R.)* (VAR-reeks LXXII), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974

Damen 1998
L.J.A. Damen, ´Van rechtsstaat naar rechtersstaat? De bestuursrechter onder vuur, deel II´, *Trema* 1998, p. 241-249

Damen e.a. 2006
L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Donner 1986
A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986

Duk 1988
W. Duk, ´Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid´, *RMThemis* 1988, p. 156-169

ECW 1998
Evaluatiecommissie Wet milieubeheer, *Integratie waar nodig. Advies over de 'integrale' Wm-vergunning* (ECW-advies nr. 14), Den Haag 1998

Faber 1992
W. Faber, *90 Jaren in beroep. Geschiedenis van de Raden van Beroep en de Ambtenarengerechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

François 2007
F. François, ´De implementatie en herziening van de IPPC-richtlijn´, in: A. Carette e.a., *Aan de grens van de milieuvergunning* (VMR 2007-5), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 89-97

Freriks en Robbe 2001
A.A. Freriks en J. Robbe, *Vijf jaar StAB*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001

Gaastra, Michiels en Van Buuren 1990
A.F. Gaastra, F.C.M.A. Michiels en P.J.J. van Buuren, *Gelet op het ambtsbericht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990
Van Geest 1998
H.J.A.M van Geest, ´Een gewijzigd toetsingscriterium voor Wm-vergunningen en de Richtlijn Veehouderij en Stankhinder´, *Gst.* 1998, 7078, p. 348-351
Gerards 2002
J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002
Van Gestel 2000
R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000
Van Gestel 2005
R.A.J. van Gestel, ´Geïntegreerde preventie en flexibele bestrijding van verontreiniging. Op weg naar een hoog niveau van bescherming?´, in: J. Teekens e.a., *IPPC: in wetgeving en praktijk* (VMR 2005-2), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 31-65
Van Gestel en Verschuuren 2000
R.A.J. van Gestel en J.M. Verschuuren, ´Alara: minimumregel of beginsel met aspiraties?´, *M en R* 2000, p. 56-63
De Gier en Robbe 1999
A.A.J. de Gier en J. Robbe, ´De actio popularis in het ruimtelijke ordeningsrecht en het milieurecht´, *Gst*. 1999, 7109, p. 605-611 en 7110, p. 639-643
Gribnau 2001
J.L.M. Gribnau, ´Legaliteit en legitimiteit. Fiscale rechtsvorming in de democratische rechtsstaat´, *NTB* 2001, p. 9-19

De Haan, Drupsteen, Fernhout 1998
P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 2*, Deventer: Kluwer 1998
De Haan, Drupsteen, Fernhout 2001
P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, deel 1*, Deventer: Kluwer 2001
Van der Heijden 1999
P.F. van der Heijden, *Het recht in de ramsj. Openbaar bestuur op de stoel van de rechter*, Amsterdam: Balans 1999
Heldeweg 1993
M.A. Heldeweg, *Normstelling en expertise. Waarborgen voor technische deskundigheid in het bijzonder bij vergunningverlening in het milieurecht* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Juridische & Fiscale Uitgeverij 1993
Heldeweg 1995
M.A. Heldeweg, ´Deskundigenadvisering in het milieurecht´, *M en R* 1995, p. 9-14
Heldeweg 1999
M.A. Heldeweg, ´Confidence in the workings of justice´, *NTB* 1999, p. 81-88
Heringa 2006
A.W. Heringa, ´De 'duas' in het staatsrecht. Een verlate bespreking van Stroinks Maastrichtse oratie´, in: Heringa e.a. (red.) 2006, p. 7-16

Heringa e.a. (red.) 2006
A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd* (Stroink-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006
Hirsch Ballin 1986
E.M.H. Hirsch Ballin, ´De Afdeling voor de geschillen van bestuur als administratieve rechter?´, *Gst.* 1986, 6816, p. 245-250
Hirsch Ballin 1987
E.M.H. Hirsch Ballin, ´De inwerkingtreding van de Tijdelijke wet Kroongeschillen´, *NTB* 1987, p. 9-14
Hirsch Ballin 1999
E.M.H. Hirsch Ballin, ´Controversieel bestuursrecht´, *NTB* 1999, p. 51-55
Van der Hoeven 1974
J. van der Hoeven, ´De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak´, *RMThemis* 1974, p. 658-678
Van der Hoeven 1989
J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. Ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht* (VAR-reeks 100), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989
Hoitink 1998
J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998
Hoitink en Spelt 1994
J.E. Hoitink en N.M. Spelt, *Deskundigenadvisering in milieugeschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994
Hoogendijk-Deutsch 1978
S.V. Hoogendijk-Deutsch, ´Advisering in het bestuursrecht (in het bijzonder aan de centrale overheid)´, in: S.V. Hoogendijk-Deutsch en R. Samkalden, *Advisering in het bestuursrecht* (VAR-reeks LXXX), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 11-65

De Jong e.a. 1984
E.P. de Jong e.a., *Het administratieve procesrecht volgens de beroepswet*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1984
De Jong 1988
J.P. de Jong, *Bestuursrecht van vreemde herkomst. Een onderzoek naar de bronnen en grondslagen van een drietal centrale elementen van de Nederlandse bestuursrechtstheorie* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988
Jongma 2002
M.P. Jongma, *De milieuvergunning. Een onderzoek naar het beschermingsniveau en de soorten voorschriften* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002
Jongma 2002a
M.P. Jongma, ´Het alara-beginsel bestaat niet´, in: G.H. Addink e.a., *De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter* (VMR 2002-1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 17-48
Jongma 2006
M.P. Jongma, ´De doorwerking van Europese BREF-documenten in het nationale recht´, *M en R* 2006, p. 346-355

Jongma en Michiels 2002
M.P. Jongma en F.C.M.A. Michiels, ´Het beroepsrecht van milieuorganisaties moet blijven!´, *NJB* 2002, p. 2238-2239
Jue 1985
R.J. Jue, ´Rechterlijke terugtred bij de beoordeling van bestuurlijke beslissingen´, *RMThemis* 1985, p. 440-465
Jurgens, Ter Brugge en Veltman (red.) 1991
G.T.J.M. Jurgens, T. ter Brugge en J. Veltman (red.), *Bestuursrechtspraak ingevolge de Tijdelijke wet Kroongeschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991
Jurgens en Widdershoven 1991
G.T.J.M. Jurgens en R.J.G.M. Widdershoven, ´De Tijdelijke wet Kroongeschillen geëvalueerd´, *Gst.* 1991, 6918, p. 153-161

Van Kemenade e.a. 1997
De werkgroep inzake terugdringing van de juridisering van het openbaar bestuur, onder voorzitterschap van de toenmalige Commissaris van de Koningin van Noord-Holland dr. J.A. van Kemenade, *Bestuur in geding*, Haarlem 1997
Klap 1994
A.P. Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994
Klap 1996
A. Klap, ´Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing´, *Bestuurswetenschappen* 1996, p. 242-258
Klap 1999
A. Klap, ´Rechter en milieu: een nieuwe lente en een nieuw geluid?´, in: L.J.A. Damen e.a. (red.), *Rechtspraak bestuursrecht 1997-1998: de annotaties*, Den Haag: Elsevier 1999, p. 153-168
Koenraad 2006
L.M. Koenraad, ´Deskundig besturen. Beschouwingen over de plaats van deskundigenadvisering in het bestuursrecht´, *JBplus* 2006, p. 15-33
Koning en Crombag (red.) 2001
H. Koning en E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001
Konijnenbelt 2003
W. Konijnenbelt, ´Het oordeel over de rechter´, in: H.J.M. Besselink en W. Konijnenbelt, *De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter* (verslag studiemiddag, VMR 2002-4), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 11-19
Van Kreveld 1983
J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983
Kuipers 1996
A.J. Kuipers, ´Het recht op 'full jurisdiction'´, in: R.L. Vucsán (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?* (Damen-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 97-112
Kuipers en Verburg 1999
A.J. Kuipers en D.A. Verburg, 'De Wet milieubeheer en bestuurlijke vrijheid', *M en R* 1999, p. 208-212
Kummeling 1988
H.R.B.M. Kummeling, *Advisering in het Publiekrecht. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Nijmegen), Den Haag: SDU uitgeverij 1988

Van 't Lam en Uylenburg 2006
V.M.Y. van 't Lam en R. Uylenburg, *Modernisering van VROM-Pseudowetgeving*, STEM publicatie 2005/6, 2006, <www.evaluatiemilieuwetgeving.nl>

De Lange 1991
R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Leemans 2002
T.C. Leemans, ´De rol van de deskundige in milieugeschillen´, in: G.H. Addink e.a., *De beoordeling van milieugeschillen door de bestuursrechter* (VMR 2002-1), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 95-142

Leemans 2007
T.C. Leemans, ´De Nederlandse milieurichtlijnen en BBT: de toetsing door de rechter´, in: H.C. Borgers e.a., *Nederlandse milieurichtlijnen en beste beschikbare technieken* (VMR 2007-4), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 47-62

Lennaerts 1999
A.H.J. Lennaerts, ´Het a-politieke bestuur: zelfstandige bestuursorganen en concerns´, in: A.J.G.M. van Montfort en G.H.M. Tromp (red.), *Gaat de rechter te ver? (Verslag van een symposium over de controverse tussen rechter en bestuurder)*, Hoogeveen: Slingenberg 1999, p. 53-63

Van der Linden 2006
E.C.H.J. van der Linden, ´De mantra der zorgvuldigheid: tussen de marges van de marginale toetsing van het bestuurlijke geloofwaardigheidsoordeel´, in: Heringa e.a. (red.) 2006, p. 125-139

Luigies 1991
H.H. Luigies, ´De Afdeling geschillen in milieuzaken´, in: Jurgens, Ter Brugge en Veltman (red.) 1991, p. 37-47

Marseille 2004
A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak. Een onderzoek naar het verloop en de uitkomst van bestuursrechtelijke beroepsprocedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Mekel 1986
J. Mekel, ´De oplossing voor het Kroonberoep; een tijdelijke rechter als adviseur´, *AA* 1986, p. 604-614

Michiels 1992
F.C.M.A. Michiels, ´Rechtsbescherming in het milieurecht´, in: F.C.M.A. Michiels en G.J.M. Cartigny, *Rechtsbescherming in het milieurecht* (VMR 1991-4), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 3-14

Michiels 1998
F.C.M.A. Michiels, ´Beleidsvrijheid of beoordelingsvrijheid?´, *AA* 1998, p. 893-900

Michiels 2003
F.C.M.A. Michiels, ´Buitenwettelijke richtlijnen in het milieurecht´, *AA* 2003, p. 454-459

Michiels en De Waard 2007
F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

MvA VAR
Memorie van antwoord bij het wetsvoorstel Vergunningen en algemene regels (VAR), *Kamerstukken II* 1989/90, 21 087, nr. 6
MvT VAR
Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vergunningen en algemene regels (VAR), *Kamerstukken II* 1988/89, 21 087, nr. 3

Van der Net 1978
B.J. van der Net, ´Advisering in het bestuursrecht´, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 1978, p. 351-356
Nicolaï 1981
P. Nicolaï, ´Advisering in het bestuursrecht´, *RMThemis* 1981, p. 511-531
Nicolaï 1990
P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990
Nota n.a.v. het eindverslag VAR
Nota naar aanleiding van het eindverslag bij het wetsvoorstel Vergunningen en algemene regels (VAR), *Kamerstukken II* 1990/91, 21 087, nr. 13

Peters 1987
J.A. Peters, ´De aanleg van een depot, ofwel de invloed van ambtsberichten´, *Gst.* 1987, 6836, p. 233-235
Polak 1975
J.M. Polak, ´Rechter en deskundige´, *NJB* 1975, p. 1289-1294
Polak 1997
J.E.M. Polak, ´De bestuursrechtspraak en de juridisering´, *NJB* 1997, p. 950-955
Polak 2000
J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Leiden 2000
Polak 2003
J.E.M. Polak, ´*Nationaal* bestuursrecht in een *internationale* context. Over verwaarloosde aspecten bij de discussie over de juridisering van het openbaar bestuur´, *NJB* 2003, p. 266-272
Van der Pot/Donner/Elzinga e.a. 2006
D.J. Elzinga en R. de Lange (m.m.v. H.G. Hoogers), *Van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006

Rijpkema 2001
P. Rijpkema, *Rechtersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001
Roos 2007
P.C. Roos, ´Inhaalslag implementatie IPPC-richtlijn´, in: A. Carette e.a., *Aan de grens van de milieuvergunning* (VMR 2007-5), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 99-110

Schlössels 1999
R.J.N. Schlössels, ´Bestuurlijke vrijheden en toetsing. Een rechtsvergelijkende en historische beschouwing over de intensiteit van administratieve rechtsbescherming in Nederland en Duitsland´, in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa en A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 73-113

Schlössels 2006
R.J.N. Schlössels, ´Ongehoorzame bestuursrechters?´, in: L.E. de Groot-van Leeuwen, A.M. van den Bossche en Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter. Rechters versus andere rechters, de wetgever, de bevolking en het Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 119-156

Schlössels en Stroink 2006
R.J.N. Schlössels en F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Schokkenbroek 1996
J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996

Schreuder-Vlasblom 1987
M. Schreuder-Vlasblom, *De macht der kritiek* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

Schueler 1994
B.J. Schueler, *Vernietigen en opnieuw voorzien. Over het vernietigen van besluiten en beslechten van geschillen* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Schuurmans 2005
Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005

Sievers 2007
I.P. Sievers, ´Wat doet VROM om de pseudowetgeving te herijken?´, in: H.C. Borgers e.a., *Nederlandse milieurichtlijnen en beste beschikbare technieken* (VMR 2007-4), p. 63-66

Simon 1999
H.J. Simon, ´Bestuursrecht en mensenrechten, top down of bottom-up?´, *NJB* 1999, p. 1187-1197

Simon 2001
H.J. Simon, ´De autonomie van het Nederlandse staats- en bestuursrecht in het licht van het EVRM´, in: Koning en Crombag (red.) 2001, p. 109-139

Slabbers en Mulder 2001
S. Slabbers en N.M. Mulder, ´Het deskundigenbericht in de civiele procedure: wet en praktijk´, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, p. 228-244

Steenbeek 1984
J.G. Steenbeek, ´Kroonberoep of AROB-beroep´, *Hartmans tijdschrift* 1984, p. 35-45

Stroink 1990
F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel. Enige beschouwingen over de positie van de rechter ten opzichte van wetgever en bestuur, toegespitst op het vraagstuk van de constitutionele rechtspraak* (oratie Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990

Stroink 2004
F.A.M. Stroink, ´Toetsingsintensiteit´, in: E.C.H.J. van der Linden en F.A.M. Stroink (red.), *JB Select. Jurisprudentie Bestuursrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 257-266

Stroink, Tak en Teunissen 1989
F.A.M. Stroink, A.Q.C. Tak en J.M.H.F. Teunissen, ´Een analyse van één jaar TwK-jurisprudentie´, *NJB* 1989, p. 253-257

Struycken 1910
A.A.H. Struycken, *Administratie of rechter*, Arnhem: Gouda Quint 1910

Tak 2005
A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005

Teekens 2005
J. Teekens, ´Wetsvoorstel 29 711: IPPC en milieuzorg geïntegreerd in de Wet milieubeheer´, in: J. Teekens e.a., *IPPC: in wetgeving en praktijk* (VMR 2005-2), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 11-29

Timmermans 1973
C.W.A. Timmermans, *De administratieve rechter en beoordelingsvrijheden van bestuursorganen* (diss. Leiden), Leuven: Acco 1973

Uylenburg 1990
R. Uylenburg, ´Verslag van de discussie van de ochtendzitting´, in: L.J.A. Damen en R. Uylenburg (red.), *Rechtsbescherming in het milieurecht. Inleidingen op en verslag van een studiedag georganiseerd door het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 42-45

Uylenburg 1992
R. Uylenburg, *Rechtsbescherming in het milieurecht* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

Uylenburg 2006
R. Uylenburg, *Omgevingsvergunning. Gevolgen van het invoeren van beroep in twee instanties* (Onderzoek omgevingsvergunning 2005/02, Centrum voor Milieurecht), Amsterdam 2006, <www.vrom.nl>; link 'Publicaties en Brochures', trefwoord 5214

VAR-Commissie Rechtsbescherming 2004
Commissie Rechtsbescherming van de Vereniging voor Bestuursrecht VAR, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Veltman 1992
M.J. Veltman, ´Administratieve rechtspraak in geschillen over bestemmingsplannen en planschadevergoeding´, *BR* 1992, p. 15-23

Verheij 1987
N. Verheij, ´De Tijdelijke wet Kroongeschillen´, *Bestuur* 1987, p. 116-121

Verheij 1989
N. Verheij, ´De Afdeling geschillen als rechter´, *Bestuur* 1989, p. 228-232 en 248-251

Verheij 1990
N. Verheij, ''Onder dexel van politie.' Het Nederlandse bestuursrecht onder het EVRM', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde (red.), 40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Opstellen over de ontwikkelingen van het EVRM in Straatsburg en in Nederland 1950-1990 (speciaal nummer NJCM-Bulletin 1990), p. 225-248

Verhey 2001
L.F.M. Verhey, ´Het Nederlandse staats- en bestuursrecht in het licht van het EVRM´, in: Koning en Crombag (red.) 2001, p. 141-154

Veringa 1991
G.H. Veringa, ´Terugblik en vooruitblik´, in: Jurgens, Ter Brugge en Veltman (red.) 1991, p. 7-17

De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

De Waard 1994
B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

De Waard 1998
B.W.N. de Waard, ´Knellend bestuursrecht. Reactie op het rapport 'Bestuur in geding' van de werkgroep Van Kemenade´, *NTB* 1998, p. 60-65

De Waard 2005
B.W.N. de Waard, ´Marginale toetsing en evenredigheid´, in: F.H. van der Burg e.a., *Getuigend* staatsrecht (Koekkoek-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 363-377

De Waard 2006
B.W.N. de Waard, ´Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht´, in: Heringa e.a. (red.) 2006, p. 113-124

Weesing 1994
G.H.L. Weesing, ´Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid: gegeven of te laten vrijheden?´, in: T. Hoogenboom en L.J.A. Damen (red.), *In de sfeer van administratief recht* (Konijnenbelt-bundel), Utrecht: Lemma 1994, p. 429-442

De Werd 1998
M.F.J.M. de Werd, ´Ius curia novit´, *NJB* 1998, p. 687-694

Werkgroep medische toetsing 1995
Werkgroep medische toetsing (bestaande uit zes rechters van verschillende rechtbanken), *Ben ik overtuigd?*, 1995

Widdershoven e.a. 1991
R.J.G.M. Widdershoven, G.T.J.M. Jurgens, P.J.J. van Buuren en G.H. Addink, *Bestuursrechtspraak in milieugeschillen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991

Widdershoven 1999
R.J.G.M. Widdershoven, ´Indringendheid van rechterlijke toetsing´, in: F.A.M. Stroink, A.W. Heringa en A.R. Neerhof (red.), *Vijf jaar JB en Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 115-122

Van Wijk/Konijnenbelt en Van Male 2005
H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van administratief recht*, Den Haag: Elsevier 2005

Van Wijmen 1998
P.C.E. van Wijmen, ´Complexe besluitvorming: actoren en waarden´, in: H.P. Heida, F.A.M. Stroink en P.C.E. van Wijmen, *Complexe besluitvorming* (VAR-reeks 120), Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 137-205

Van Wijnbergen 1955
S.F.L. baron van Wijnbergen, *Vrijheid en gebondenheid van het openbaar bestuur* (oratie Nijmegen), Utrecht: Dekker & Van de Vegt 1955

Witteveen+Bos en De Roever 2007
Witteveen+Bos Raadgevende ingenieurs B.V. en De Roever Milieuadvisering, *Onderzoek implementatie IPPC-richtlijn in Nederland in 2006*, <www.vrom.nl>; link 'Publicaties en Brochures', trefwoord 7150

Van Wolferen 1990
M.D. van Wolferen, ´Ervaringen van de Afdeling voor de geschillen van bestuur als milieurechter´, in: L.J.A. Damen en R. Uylenburg (red.), *Rechtsbescherming in het milieurecht. Inleidingen op en verslag van een studiedag georganiseerd door het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 9-15

Wolthuis 2000
A.J. Wolthuis, ´Een ontoereikend antwoord op de juridiseringscontroverse´, *NJB* 2000, p. 2122-2126

Wulffraat-Van Dijk (lbd.)
M.S.E. Wulffraat-van Dijk, ´Commentaar bij art. 8:47 Awb´, VUGA-Awb (losbladig), p. 30/111-30/140

Wulffraat-Van Dijk 1995
M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Wulffraat-Van Dijk 2001
M.S.E. Wulffraat-Van Dijk, ´Normering van advisering´, *JBplus* 2001, p. 124-133

Jurisprudentieregister

Van uitspraken die kunnen worden geraadpleegd op <www.rechtspraak.nl> is het Landelijk Jurisprudentie Nummer (LJN) vermeld.
Van uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die kunnen worden geraadpleegd op <www.raadvanstate.nl> is (tevens) het zaaknummer vermeld. Het gaat hierbij om alle uitspraken vanaf 1 april 2002; van eerdere uitspraken is alleen het zaaknummer vermeld indien het gaat om uitspraken van eenzelfde datum of om uitspraken die niet gepubliceerd zijn.
De in het empirisch onderzoek onderzochte uitspraken zijn aan het eind van dit register opgenomen.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 23 oktober 1985, *ECHR*, *Series A*, 97, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin, *NJ* 1986, 102, m.nt. Alkema (Benthem)
- EHRM 29 mei 1986, *ECHR*, *Series A*, 99, *NJ* 1987, 432, m.nt. Alkema (Feldbrugge)
- EHRM 18 maart 1997, *RJ&D ECHR* 1997-II, p. 425, *JB* 1997, 112, m.nt. Heldeweg, *NJ* 1998, 278, m.nt. Snijders (Mantovanelli)

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 5 juli 1995, *JB* 1995, 227, m.nt. Heldeweg, *M en R* 1996, 11, m.nt. Backes
- ABRvS 15 januari 1996, *AB* 1996, 296, m.nt. Backes, *M en R* 1996, 54, m.nt. Drupsteen
- ABRvS 11 maart 1996, E03.95.0350, *LJN* AP8279.
- ABRvS 9 mei 1996, *JB* 1996, 158, m.nt. Stroink
- ABRvS 16 september 1996, *MR* 1996, 56
- ABRvS 19 september 1996, *AB* 1997, 91, m.nt. Van Buuren
- ABRvS 19 december 1996, *AB* 1997, 92
- ABRvS 30 mei 1997, E03.94.0657 (niet gepubliceerd)
- ABRvS 20 juni 1997, *M en R* 1997, 115
- ABRvS 24 juni 1997, *AB* 1997, 298
- ABRvS 8 januari 1998, *AB* 1998, 194, m.nt. Van Buuren, *M en R* 1998, 29, m.nt. Claassen-Dales
- ABRvS 15 januari 1998, *JM* 1998, 36, m.nt. Zigenhorn
- ABRvS 2 februari 1998, *Gst.* 1998, 7082, 8, m.nt. Teunissen
- ABRvS 21 april 1998, E03.94.1697, *AB* 1998, 200, m.nt. Jurgens (onder nr. 199), *M en R* 1998, 70, m.nt. Backes, *Gst.* 1998, 7078, 6, m.nt. Van Geest
- ABRvS 21 april 1998, E03.96.0623, *BR* 1998, 592

- ABRvS 21 april 1998, E03.97.0115, *AB* 1998, 199, m.nt. Jurgens, *M en R* 1998, 69, m.nt. Backes (onder nr. 70), *JB* 1998, 133, m.nt. Stroink, *Gst.* 1998, 7078, 5, m.nt. Van Geest
- ABRvS 19 mei 1998, E03.96.0887, Gst 1998, 7086, 8, m.nt. Van Geest
- ABRvS 17 juli 1998, *JM* 1998, 123, m.nt. Van Reeken
- ABRvS 26 november 1998, *AB* 1999, 129, m.nt. Jongma
- ABRvS 30 november 1998, *AB* 1999, 90, m.nt. Michiels, *JB* 1999, 12, m.nt. Schlössels
- ABRvS 4 februari 1999, *JB* 1999, 66, m.nt. Seerden
- ABRvS 19 april 1999, *BR* 1999, 594
- ABRvS 29 april 1999, *AB* 1999, 266, m.nt. Schreuder-Vlasblom
- ABRvS 24 juni 1999, *AB* 2000, 93, m.nt. Jongma, *M en R* 2000, 7 en 8, m.nt. Verschuuren
- ABRvS 28 juni 1999, *LJN* AA3619, *JB* 1999, 219, m.nt. Heldeweg
- ABRvS 21 september 1999, E03.97.0263, *LJN* AP5828
- ABRvS 28 oktober 1999, *JM* 2000, 23, m.nt. Kavsek
- ABRvS 28 december 1999, *AB* 2000, 94, m.nt. Michiels
- ABRvS 11 januari 2000, *LJN* AA4609, *JB* 2000, 63, m.nt. Van den Brekel
- ABRvS 31 januari 2000, *LJN* AA5106, *JB* 2000, 113, m.nt. Heldeweg
- ABRvS 14 april 2000, E03.98.0077 (niet gepubliceerd)
- ABRvS 15 juni 2000, *LJN* AA6402, *JB* 2000, 219
- ABRvS 25 augustus 2000, *AB* 2000, 455, m.nt. Backes en Jongma, *M en R* 2000, 118, m.nt. Van Gestel
- ABRvS 5 september 2000, E03.97.0026, *LJN* AP5397
- ABRvS 2 november 2000, *JM* 2001, 9, m.nt. Kavsek
- ABRvS 10 november 2000, E03.98.1185 (niet gepubliceerd)
- ABRvS 28 november 2000, *JM* 2001, 19
- ABRvS 5 februari 2001, 199903881/2 (niet gepubliceerd)
- ABRvS 20 maart 2001, E03.98.1552 (niet gepubliceerd)
- ABRvS 26 maart 2001, *JM* 2001, 81, m.nt. Kavsek
- ABRvS 29 augustus 2001, *BR* 2001, 1045.
- ABRvS 5 december 2001, *LJN* AD6512, *AB* 2002, 110, m.nt. Verheij, *JB* 2002, 25
- ABRvS 12 december 2001, *AB* 2002, 126, m.nt. Marseille
- ABRvS 14 augustus 2002, 200104239/1, *LJN* AE6469, *JB* 2002, 296, m.nt. Peeters
- ABRvS 21 augustus 2002, 200200496/1, *LJN* AE6731
- ABRvS 24 december 2002, 200200492/1, *LJN* AF2501
- ABRvS 23 april 2003, 200202654/1, *LJN* AF7625, *StAB* 2003, 51
- ABRvS 28 mei 2003, 200100090/2, *LJN* AF9213, *BR* 2003, 806
- ABRvS 16 juli 2003, 200204777/2, *LJN* AH9864
- ABRvS 10 september 2003, 200204538/1, *LJN* AJ3277
- ABRvS 26 november 2003, 200204619/1, *LJN* AN8786, *AB* 2004, 106, m.nt. Jongma, *M en R* 2004, 27 m.nt. Van Gestel
- ABRvS 4 februari 2004, 200302714/1, *LJN* AO2898, *JB* 2004, 125, *StAB* 2004, 80
- ABRvS 24 maart 2004, 200304128/1, *LJN* AO6076, *JM* 2004, 53, m.nt. Kavsek, *M en R* 2004, 77, m.nt. Van der Meijden
- ABRvS 7 april 2004, 200206430/1, *LJN* AO7095, *AB* 2004, 460, m.nt. Jongma, *JB* 2004, 187, m.nt. Peeters
- ABRvS 7 april 2004, 200307137/1, *LJN* AO7135
- ABRvS 2 juni 2004, 200302200/1, *LJN* AP0317
- ABRvS 30 juni 2004, 200308289/1, *LJN* AP4683, *JB* 2004, 293, m.nt. Albers

- ABRvS 11 augustus 2004, 200305650, *LJN* AQ6637, *AB* 2004, 444, m.nt. Vermeer
- ABRvS 8 september 2004, 200401935/1, *LJN* AQ9940, *JM* 2004, 145, m.nt. Wiggers
- ABRvS 20 oktober 2004, 200304694/1 en 200400132/1, *LJN* AR4280, *M en R* 2005, 27, m.nt. Ten Veen
- ABRvS 10 november 2004, 200308121/1, *LJN* AR5419
- ABRvS 22 december 2004, 200404579/1, *LJN* AR7998
- ABRvS 16 februari 2005, 200308882/1, *LJN* AS6214, *AB* 2005, 337, m.nt. Struiksma, *JB* 2005, 111, m.nt. Peeters
- ABRvS 30 maart 2005, 200404084/1, *LJN* AT2781, *AB* 2005, 200, m.nt. Van Hall
- ABRvS 27 april 2005, 200405220/1, *LJN* AT4749
- ABRvS 8 juni 2005, 200409632/1, *LJN* AT6933
- ABRvS 29 juni 2005, 200308312/1, *LJN* AT8435
- ABRvS 5 oktober 2005, 200502052/1, *LJN* AU3800, *JB* 2005, 324, *Gst.* 2006, 7243, 5, m.nt. Nijmeijer
- ABRvS 9 november 2005, 200408053/1, *LJN* AU5868
- ABRvS 11 november 2005, 200409207/1, *LJN* AU6217, *AB* 2006, 162, m.nt. Blomberg
- ABRvS 28 december 2005, 200501665/1, *LJN* AU8723, *Gst*. 2006, 7245, 25, m.nt. Teunissen
- ABRvS 28 december 2005, 200502188/1, *LJN* AU8763, *Gst*. 2006, 7245, 26, m.nt. Teunissen (onder nr. 25)
- ABRvS 22 februari 2006, 200506270/1, *LJN* AV2262
- ABRvS 29 maart 2006, 200503777/1, *LJN* AV7555
- ABRvS 21 juni 2006, 200505134/1, *LJN* AX9037
- ABRvS 17 mei 2006, 200505488/1, *LJN* AX2066
- ABRvS 17 mei 2006, 200506621/1, *LJN* AX2134
- ABRvS 24 mei 2006, 200505749/1, *LJN* AX4423, *AB* 2006, 280, *M en R* 2006, 66, m.nt. Hillegers
- ABRvS 21 juni 2006, 200507634/1, *LJN* AX9027, *M en R* 2006, 103
- ABRvS 21 juni 2006, 200600272/1, *LJN* AX9035
- ABRvS 19 juli 2006, 200508480/1, *LJN* AY4248, *Gst.* 2006, 7262, 159, m.nt. Heinen, *StAB* 2006, 149
- ABRvS 9 augustus 2006, 200600828/1, *LJN* AY5906
- ABRvS 16 augustus 2006, 200602283/1, *LJN* AY6329
- ABRvS 30 augustus 2006, 200505979/1, *LJN* AY7152
- ABRvS 6 september 2006, 200601078/1, *LJN* AY7590
- ABRvS 20 september 2006, 200510548/1, *LJN* AY8532, *AB* 2007, 46, m.nt. Neerhof, *JB* 2006, 315, m.nt. Timmermans
- ABRvS 20 september 2006, 200601330/1, *LJN* AY8492
- ABRvS 20 september 2006, 200601506/1, *LJN* AY8493
- ABRvS 4 oktober 2006, 200510325/1, *LJN* AY9418
- ABRvS 1 november 2006, 200602308/1, *LJN* AZ1265, *AB* 2007, 95, m.nt. Van den Broek en Marseille, *JB* 2007, 6, m.nt. Timmermans
- ABRvS 22 november 2006, 200509072/1, *LJN* AZ2791, *M en R* 2007, 32, m.nt. Ten Veen, *StAB* 2007, 11
- ABRvS 22 november 2006, 200602000/1, *LJN* AZ2750, *JB* 2007, 12, m.nt. Bots
- ABRvS 22 november 2006, 200604103/1, *LJN* AZ3223, *StAB* 2007, 14, m.nt. Blomberg
- ABRvS 20 december 2006, 200603446/1, *LJN* AZ4803, *JM* 2007, 48, m.nt. De Vries, *StAB* 2007, 17

- ABRvS 20 december 2006, 200603702/1, *LJN* AZ4806, *JM* 2007, 84, m.nt. Bokelaar
- ABRvS 27 december 2006, 200603463/1, *LJN* AZ5176
- ABRvS 3 januari 2007, 200602789/1, *LJN* AZ5486
- ABRvS 10 januari 2007, 200602630/1, *LJN* AZ5842
- ABRvS 17 januari 2007, 200603909/1, *LJN* AZ6395, *StAB* 2007, 46, m.nt. Blomberg
- ABRvS 24 januari 2007, 200604785/1, *LJN* AZ6881, *Gst.* 2007, 7280, 106, m.nt. Kole
- ABRvS 31 januari 2007, 200602756/1, *LJN* AZ7457
- ABRvS 7 februari 2007, 200602947/1, *LJN* AZ7945
- ABRvS 21 februari 2007, 200606952/1, *LJN* AZ9002
- ABRvS 21 februari 2007, 200607079/1, *LJN* AZ8991
- ABRvS 28 februari 2007, 200601421/1, *LJN* AZ9516
- ABRvS 14 maart 2007, 200510541/1, *LJN* BA0653
- ABRvS 14 maart 2007, 200603478/1, *LJN* BA0639
- ABRvS 18 april 2007, 200606383/1, *LJN* BA3203, *JM* 2007, 89, m.nt. Zijlmans
- ABRvS 18 april 2007, 200607493/1 en 200607489/1, *LJN* BA3202, *Gst.* 2007, 116, m.nt. Rogier
- ABRvS 25 april 2007, 200607027/1, *LJN* BA3700
- ABRvS 2 mei 2007, 200604703/1, *LJN* BA4186
- ABRvS 9 mei 2007, 200604900/1, *LJN* BA4711, *JB* 2007, 127, m.nt. Bots, *M en R* 2007, 85, m.nt. Jesse
- ABRvS 16 mei 2007, 200607772/1, *LJN* BA5207, *M en R* 2007, 95, m.nt. Jesse
- ABRvS 23 mei 2007, 200603603/1, *LJN* BA5484
- ABRvS 23 mei 2007, 200607085/1, *LJN* BA5488
- ABRvS 30 mei 2007, 200607905/1, *LJN* BA5986
- ABRvS 13 juni 2007, 200605529/1, *LJN* BA7074, *StAB* 2007, 89, m.nt. Nijhoff
- ABRvS 13 juni 2007, 200606959/1, *LJN* BA7099, *BR* 2007, 191
- ABRvS 20 juni 2007, 200606479/1, *LJN* BA5615
- ABRvS 18 juli 2007, 200608654/1, *LJN* BA9785
- ABRvS 25 juli 2007, 200609080/1, *LJN* BB0366
- ABRvS 25 juli 2007, 200609173/1, *LJN* BB0367
- ABRvS 8 augustus 2007, 200607250/1, *LJN* BB1295
- ABRvS 10 oktober 2007, 200701590/1, *LJN* BB5204

VOORZITTER VAN DE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

- Vz. ABRvS 15 februari 1994, *AB* 1994, 662, m.nt. Drupsteen, *M en R* 1994, 80, m.nt. Nijhoff
- Vz. ABRvS 6 november 1998, *AB* 1999, 128
- Vz. ABRvS 18 augustus 2004, 200406414/1, *LJN* AQ7441, *AB* 2004, 424, m.nt. Michiels

AFDELING VOOR DE GESCHILLEN VAN BESTUUR VAN DE RAAD VAN STATE

- AGRvS 24 augustus 1988, *AB* 1988, 513

AFDELING RECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

- ARRvS 25 november 1985, *AB* 1986, 259
- ARRvS 29 juli 1992, *AB* 1994, 77, m.nt. Brenninkmeijer

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

- CRvB 15 januari 1988, *RSV* 1988, 211
- CRvB 18 april 1991, *RSV* 1991, 273
- CRvB 30 november 1994, *JB* 1995, 24
- CRvB 23 februari 1995, *AB* 1995, 333, m.nt. Hennekens
- CRvB 9 juli 1996, *RSV* 1997, 81
- CRvB 14 juni 2000, *RAwb* 2001, 7, m.nt. Widdershoven, *AB* 2000, 405, m.nt. Pennings
- CRvB 27 december 2001, *Gst.* 2002, 7156, 5
- CRvB 28 mei 2002, *LJN* AE5848, *JB* 2002, 253
- CRvB 25 juli 2007, *LJN* BB0694, *AB* 2007, 360, m.nt. Tollenaar, *JB* 2007, 177

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

- CBB 16 juli 1980, *AB* 1981, 61
- CBB 28 maart 1984, *AB* 1984, 499

VOORZIENINGENRECHTER CBB

- Vzr. CBB 7 november 2003, *Gst.* 2004, 7209, 101, m.nt. Albers

HOGE RAAD

- HR 25 februari 1949, *NJ* 1949, 558
- HR 12 februari 1993, *NJ* 1993, 234
- HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 328, m.nt. Rutgers

HOF AMSTERDAM

- Hof Amsterdam 21 april 1977, *BNB* 1978, 245

RECHTBANK ARNHEM

- Rechtbank Arnhem 12 oktober 2005, *LJN* AU8391

Hieronder staan de in het empirisch onderzoek onderzochte uitspraken, met daarbij de in hoofdstuk 6 gebruikte aanduiding.

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

- 97/1 27 februari 1997, E03.94.0594
- 97/2 29 mei 1997, E03.94.0512
- 97/3 20 februari 1997, E03.94.0175
- 97/4 27 februari 1997, E03.94.0303
- 97/5 30 mei 1997, E03.94.0657
- 97/6 25 februari 1997, E03.94.0481
- 97/7 6 november 1997, E03.94.0934
- 97/8 22 juli 1997, E03.94.0935
- 97/9 21 maart 1997, E03.94.0942, *BR* 1997, 578
- 97/10 23 januari 1997, E03.94.0961
- 97/11 7 februari 1997, E03.94.1000
- 97/12 1 mei 1997, E03.94.1063
- 97/13 25 februari 1997, E03.94.0444
- 97/14 24 oktober 1997, E03.96.0196
- 97/15 11 maart 1997, E03.94.0817
- 97/16 11 februari 1997, E03.94.0846
- 97/17 20 juni 1997, E03.94.0872
- 97/18 29 april 1997, E03.94.0877
- 97/19 20 februari 1997, E03.94.0881
- 97/20 20 februari 1997, E03.94.0880
- 97/21 20 februari 1997, E03.94.0879
- 97/22 16 oktober 1997, E03.94.1113
- 97/23 29 juli 1997, E03.94.1120
- 97/24 15 mei 1997, E03.94.1123
- 97/25 29 mei 1997, E03.94.1155
- 97/26 27 mei 1997, E03.94.1159
- 97/27 12 juni 1997, E03.94.1176
- 97/28 10 april 1997, E03.94.1177
- 97/29 6 maart 1997, E03.94.1182
- 97/30 21 juli 1997, E03.95.2008
- 97/31 22 augustus 1997, E03.95.2028
- 97/32 16 oktober 1997, E03.95.2043
- 97/33 24 november 1997, E03.95.2051, *JM* 1997, 57, m.nt. Woldendorp, *BR* 1998, 59
- 97/34 2 oktober 1997, E03.95.2055
- 97/35 30 oktober 1997, E03.95.2075
- 97/36 20 november 1997, E03.95.2092
- 97/37 19 augustus 1997, E03.95.2097
- 97/38 21 maart 1997, E03.95.1972, *JB* 1997, 100, m.nt. Seerden
- 97/39 8 augustus 1997, E03.95.1990
- 97/40 21 juli 1997, E03.95.1976
- 97/41 21 juli 1997, E03.95.1950
- 97/42 21 juli 1997, E03.95.1975

· 97/43 14 augustus 1997, E03.95.1802, *AB* 1998, 373, m.nt. Jurgens (onder nr. 374)
· 97/44 23 december 1997, E03.95.1808, *JM* 1998, 74, m.nt. Wiggers
· 97/45 23 september 1997, E03.95.1851
· 97/46 8 augustus 1997, E03.95.1864
· 97/47 30 januari 1997, E03.95.1865
· 97/48 8 juli 1997, E03.95.1869, *M en R* 1998, 16, m.nt. Verschuuren
· 97/49 11 september 1997, E03.95.1873
· 97/50 5 augustus 1997, 03.95.1879
· 97/51 23 september 1997, E03.95.1899, *BR* 1998, 55
· 97/52 24 november 1997, E03.96.0033, *JM* 1998, 21, m.nt. Zigenhorn
· 97/53 8 augustus 1997, E03.96.0002
· 97/54 15 augustus 1997, E03.96.0082
· 97/55 13 mei 1997, E03.96.0073
· 97/56 8 juli 1997, E03.95.1277
· 97/57 15 mei 1997, E03.95.1699
· 97/58 5 augustus 1997, E03.94.1964
· 97/59 17 juni 1997, E03.95.0537
· 97/60 20 februari 1997, E03.95.0751
· 97/61 20 februari 1997, E03.95.0915
· 97/62 28 april 1997, E03.96.0104, *AB* 1999, 43, m.nt. Knijff
· 97/63 21 maart 1997, E03.96.0123
· 97/64 29 juli 1997, E03.96.0131

· 00/1 6 januari 2000, E03.97.0433, *JM* 2000, 89, m.nt. Wiggers
· 00/2 6 januari 2000, E03.98.1688
· 00/3 13 januari 2000, E03.96.1349
· 00/4 13 januari 2000, E03.97.0761
· 00/5 13 januari 2000, E03.97.0533
· 00/6 21 januari 2000, E03.97.0621, *AB* 2000, 194, *JM* 2000, 42, m.nt. Kavsek
· 00/7 27 januari 2000, E03.97.0638
· 00/8 4 februari 2000, E03.98.0690
· 00/9 11 februari 2000, E03.96.0873
· 00/10 18 februari 2000, E03.97.0142 en E03.97.0170, *M en R* 2000, 114, m.nt. Verschuuren
· 00/11 28 februari 2000, E03.98.0534, *M en R* 2000, 116, m.nt. Van der Wilt
· 00/12 29 februari 2000, E03.97.1702
· 00/13 29 februari 2000, E03.98.1654, *JM* 2000, 55, m.nt. Kavsek
· 00/14 16 maart 2000, E03.98.0475
· 00/15 23 maart 2000, E03.97.0358
· 00/16 24 maart 2000, E03.98.0525
· 00/17 6 april 2000, E03.98.0258
· 00/18 18 april 2000, E03.96.0113
· 00/19 18 april 2000, E03.98.0652, *AB* 2000, 324, m.nt. Jongma
· 00/20 20 april 2000, E03.97.0456
· 00/21 11 mei 2000, E03.98.0394
· 00/22 12 mei 2000, E03.97.1850
· 00/23 12 mei 2000, E03.99.0477
· 00/24 18 mei 2000, E03.97.0831

· 00/25 30 mei 2000, E03.97.0927
· 00/26 6 juni 2000, E03.96.1657
· 00/27 9 juni 2000, E03.98.0667
· 00/28 20 juni 2000, E03.98.1004
· 00/29 23 juni 2000, E03.98.0020
· 00/30 29 juni 2000, E03.97.1780
· 00/31 30 juni 2000, E03.96.1555, *AB* 2000, 396, m.nt. Michiels, *M en R* 2001, 67, m.nt. Verschuuren
· 00/32 30 juni 2000, E03.98.1698
· 00/33 4 juli 2000, E03.98.0223
· 00/34 10 juli 2000, 199902424/2
· 00/35 11 juli 2000, E03.98.1265
· 00/36 13 juli 2000, E03.98.1612
· 00/37 18 juli 2000, E03.98.0027
· 00/38 18 juli 2000, E03.98.0420
· 00/39 3 augustus 2000, E03.98.0602, *M en R* 2001, 9, m.nt. Hoitink
· 00/40 10 augustus 2000, 199902996/1
· 00/41 10 augustus 2000, E03.98.1443, *JM* 2001, 1, m.nt. Zigenhorn, *M en R* 2001, 15, m.nt. Van Gestel (onder nr. 16)
· 00/42 17 augustus 2000, E03.99.0450
· 00/43 29 augustus 2000, E03.98.0472
· 00/44 31 augustus 2000, E03.95.0877, *AB* 2001, 50, m.nt. Van Rijswick, *M en R* 2001, 34, m.nt. Verschuuren (onder nr. 35)
· 00/45 1 september 2000, 200002216/1 en /2
· 00/46 5 september 2000, E03.98.0810
· 00/47 12 september 2000, E03.98.0173
· 00/48 12 september 2000, 199902685/2
· 00/49 26 september 2000, E03.97.1798
· 00/50 29 september 2000, 199900940/1
· 00/51 29 september 2000, E03.98.1247, *LJN* AA8136
· 00/52 3 oktober 2000, E03.98.1024
· 00/53 5 oktober 2000, E03.97.1770
· 00/54 10 oktober 2000, 199900928/1
· 00/55 20 oktober 2000, 199902586/1
· 00/56 20 oktober 2000, E03.99.0162
· 00/57 2 november 2000, E03.99.0461
· 00/58 2 november 2000, E03.98.0334
· 00/59 5 november 2000, E03.95.1347, *AB* 2001, 51, m.nt. Van Rijswick
· 00/60 7 november 2000, E03.99.0316
· 00/61 7 november 2000, E03.99.0324
· 00/62 7 november 2000, E03.99.0325
· 00/63 21 november 2000, 200003947/1 en /2
· 00/64 20 november 2000, E03.97.1300
· 00/65 8 december 2000, 200004474/1 en /2
· 00/66 14 december 2000, E03.98.0890

- 03/1 29 januari 2003, 200201387/1, *LJN* AF3502
- 03/2 29 januari 2003, 200200255/2, *LJN* AF3545, *AB* 2003, 252 m.nt. Michiels, *StAB* 2003, 8
- 03/3 22 januari 2003, 200104292/1, *LJN* AF3163
- 03/4 5 februari 2003, 200101898/1, *LJN* AF3962
- 03/5 5 februari 2003, 200203528/1, *LJN* AF3920
- 03/6 12 februari 2003, 200002925/2, *LJN* AF4367, *JM* 2003, 45 m.nt. Pieters, *M en R* 2003, 97
- 03/7 19 februari 2003, 200201294/1, *LJN* AF4706
- 03/8 5 februari 2003, 200203239/1, *LJN* AF3894
- 03/9 26 februari 2003, 200200718/2, *LJN* AF5037
- 03/10 26 februari 2003, 200204717/1, *LJN* AF4996
- 03/11 12 maart 2003, 200204234/1, *LJN* AF5649
- 03/12 12 maart 2003, 200203054/, *LJN* AF5645
- 03/13 26 maart 2003, 200203307/1, *LJN* AF6365
- 03/14 26 maart 2003, 200204697/2, *LJN* AF6379
- 03/15 2 april 2003, 200205071/1, *LJN* AF6742
- 03/16 9 april 2003, 200203984/1, *LJN* AF7030
- 03/17 16 april 2003, 200203606/1, *LJN* AF7345
- 03/18 23 april 2003, 200204095/1, *LJN* AF7639, *M en R* 2004, 41, m.nt. Van Rijswick, *StAB* 2003, 52
- 03/19 29 april 2003, 200202352/1, *LJN* AF8021
- 03/20 1 mei 2003, 200301495/1 en /2
- 03/21 29 april 2003, 200205099/1, *LJN* AF7990
- 03/22 14 mei 2003, 200203521/1, *LJN* AF8600
- 03/23 21 mei 2003, 200203199/1, *LJN* AF8962
- 03/24 21 mei 2003, 200205266/1, *LJN* AF8956
- 03/25 28 mei 2003, 200203865/1, *LJN* AF9217, *M en R* 2005, 19, m.nt. Van Rijswick (onder nr. 20)
- 03/26 11 juni 2003, 200202175/1, *LJN* AF9819
- 03/27 11 juni 2003, 200300038/1, *LJN* AF9817
- 03/28 18 juni 2003, 200203070/1, *LJN* AG7707
- 03/29 18 juni 2003, 200203251/1, *LJN* AG1698
- 03/30 25 juni 2003, 200205278/1, *LJN* AH8658
- 03/31 25 juni 2003, 200300198/2, *LJN* AH8626, *AB* 2003, 358 m.nt. Van Hall, *M en R* 2003, 134, m.nt. Van Rijswick
- 03/32 25 juni 2003, 200204867/1, *LJN* AH8645
- 03/33 18 juni 2003, 200300388/1, *LJN* AG1691
- 03/34 2 juli 2003, 199901825/2, *LJN* AH8977, *AB* 2003, 357, m.nt. Tieman
- 03/35 9 juli 2003, 200203679/1, *LJN* AH9416, *StAB* 2003, 86, m.nt. Drost
- 03/36 16 juli 2003, 200206225/1, *LJN* AH9884
- 03/37 16 juli 2003, 200206758/1, *LJN* AH9892
- 03/38 23 juli 2003, 200206447/1, *LJN* AI0180
- 03/39 23 juli 2003, 200204906/1, *LJN* AI0262
- 03/40 13 augustus 2003, 200205864/1, *LJN* AI0994
- 03/41 13 augustus 2003, 200300888/1, *LJN* AI1027
- 03/42 20 augustus 2003, 200300294/1, *LJN* AI1265
- 03/43 13 augustus 2003, 200301257/1, *LJN* AI1034

- 03/44 27 augustus 2003, 200205738/1, *LJN* AI1449, *JM* 2003, 112, m.nt. Kavsek
- 03/45 27 augustus 2003, 200300661/2, *LJN* AI1466
- 03/46 3 september 2003, 200206764/1, *LJN* AI1768
- 03/47 10 september 2003, 200206424/1, *LJN* AJ3333
- 03/48 17 september 2003, 200206127/1, *LJN* AK4017
- 03/50 24 september 2003, 200302055/1, *LJN* AL1512
- 03/51 8 oktober 2003, 200301317/1, *LJN* AL7662
- 03/52 15 oktober 2003, 200206856/2, *LJN* AL8919
- 03/53 15 oktober 2003, 200302301/1, *LJN* AL8979
- 03/54 29 oktober 2003, 200204940/1, *LJN* AL5359
- 03/55 5 november 2003, 200206893/1, *LJN* AM7232
- 03/56 5 november 2003, 200300593/1, *LJN* AN7237
- 03/57 12 november 2003, 200206624/1, *LJN* AN7864, *AB* 2004, 33, m.nt. Michiels, *StAB* 2004, 5, m.nt. Blomberg
- 03/58 12 november 2003, 200203258/1, *LJN* AN7848
- 03/59 19 november 2003, 200303220/1, *LJN* AN8331
- 03/60 26 november 2003, 200302880/1, *LJN* AO0877
- 03/61 26 november 2003, 200302961/1, *LJN* AO0828
- 03/62 3 december 2003, 200301424/1, *LJN* AO0238
- 03/63 3 december 2003, 200303081/1, *LJN* AN9767
- 03/64 10 december 2003, 200304741/1, *LJN* AN9251
- 03/65 17 december 2003, 200203042/1, *LJN* AN9264
- 03/66 24 december 2003, 200301307/1, *LJN* AN8821
- 03/67 24 december 2003, 200302214/1, *LJN* AN8825
- *Er is geen uitspraak 03/49*

Regelgevingregister

EUROPEES VERDRAG VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS (EVRM)

Artikel 6 | 8, 30, 43, 56, 173, 198, 219, 221-226, 229, 238, 371, 373-374
Artikel 8 | 30
Artikel 13 | 43

HABITATRICHTLIJN

Artikel 16 | 60

IPPC-RICHTLIJN

Artikel 9 lid 3 | 130-131
Artikel 9 lid 4 | 130-131, 137, 154, 167, 168

ALGEMENE WET BESTUURSRECHT (Awb)

Artikel 1:2 | 61
Artikel 1:2 lid 3 | 60
Artikel 1:3 lid 4 | 110
Artikel 2:4 lid 2 | 175
Artikel 3:2 | 73, 131, 176, 180, 181, 185, 271, 282, 341, 347, 375
Artikel 3:4 lid 2 | 27, 29, 40, 41, 45, 181, 313
Artikel 3:5 | 176
Artikel 3:6 lid 1 | 177
Artikel 3:6 lid 2 | 177
Artikel 3:7 lid 1 | 177
Artikel 3:7 lid 2 | 177
Artikel 3:9 | 176, 179, 182
Artikel 3:46 | 272, 347, 375
Artikel 3:49 | 179, 183-184, 196
Artikel 3:50 | 179, 186
Artikel 4:81 | 114, 128
Artikel 4:84 | 110
Artikel 5:24 lid 4 | 315, 316
Artikel 5:32 lid 4 | 313, 315, 357
Artikel 5:32 lid 5 | 315
Artikel 6:13 | 61
Artikel 8:30 | 190

Artikel 8:31 | 190
Artikel 8:34 | 14
Artikel 8:34 lid 1 | 190
Artikel 8:47 | 14, 187-188, 190
Artikel 8:47 lid 1 | 188
Artikel 8:47 lid 2 | 188, 204
Artikel 8:47 lid 3 | 188, 206, 224-225
Artikel 8:47 lid 4 | 188
Artikel 8:47 lid 5 | 188, 227, 236, 239
Artikel 8:47 lid 6 | 188
Artikel 8:48 | 217
Artikel 8:48 lid 1 | 190, 217
Artikel 8:50 | 215
Artikel 8:50 lid 1 | 213
Artikel 8:50 lid 3 | 215
Artikel 8:50 lid 4 | 215
Artikel 8:51 lid 1 | 213
Artikel 8:60 lid 1 | 208
Artikel 8:63 | 14
Artikel 8:69 lid 1 | 191
Artikel 8:69 lid 2 | 191

ALGEMENE WET INZAKE RIJKSBELASTINGEN

Artikel 63 | 39

BESLUIT SUBSIDIËRING STICHTING ADVISERING BESTUURSRECHTSPRAAK MILIEU EN RUIMTELIJKE ORDENING

| 11

GEMEENTEWET (Gemw)

Artikel 125 | 304
Artikel 125 lid 1 | 306
Artikel 130 lid 2 (oud) | 315
Artikel 130 lid 3 (oud) | 316
Artikel 136 lid 2 (oud) | 313, 356
Artikel 175 lid 1 | 38

HINDERWET

Artikel 17 lid 1 | 248
Artikel 28 | 13
Artikel 28a | 13

INRICHTINGEN- EN VERGUNNINGENBESLUIT MILIEUBEHEER (Ivb)

Artikel 5.1 | 150, 297-298, 354
Artikel 5a.1 | 140, 142
Artikel 5a.1 lid 1 | 142, 150, 164, 300, 367
Artikel 5a.1 lid 2 | 143-144, 147, 165
Artikel 5.10 | 298, 301

INTERIMWET AMMONIAK EN VEEHOUDERIJ

| 276, 282, 334

KERNENERGIEWET

Artikel 31 lid 1 | 265

NATUURBESCHERMINGSWET 1998

Artikel 19h | 60

REGELING AANWIJZING BBT-DOCUMENTEN

| 135, 143-146, 151-154, 158, 164-165, 169, 171, 368-370

VREEMDELINGENWET 2000

Artikel 29 lid 1 | 33, 35

WET AMMONIAK EN VEEHOUDERIJ

| 118, 137

WET AROB

Artikel 8 lid 1 | 40

WETBOEK VAN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING (Rv)

| 229-230

WET GEURHINDER EN VEEHOUDERIJ

| 117, 320, 358

WET INZAKE DE LUCHTVERONTREINIGING (Wlv)

Artikel 43 lid 1 | 37, 65-66

WET MILIEUBEHEER (Wm)

Artikel 1.1 | 139
Artikel 1.1 lid 1 | 139, 145, 149, 166
Artikel 1.1 lid 2 | 47, 74, 88, 160
Artikel 8.1 | 53
Artikel 8.5 lid 1 | 297, 354
Artikel 8.7 | 247
Artikel 8.8-8.11 lid 3 | 130-159, 164-166
Artikel 8.8-8.11 lid 3 (oud) | 87-89, 159-162
Artikel 8.8 | 71, 73, 75, 87, 159, 171
Artikel 8.8 lid 1 | 75, 127, 133-134, 136, 142, 152-154, 167-169, 369
Artikel 8.8 lid 2 | 73, 142
Artikel 8.8 lid 3 | 72-75, 159
Artikel 8.8 lid 4 | 136, 153
Artikel 8.8 (oud) | 73-75
Artikel 8.9 | 75, 159
Artikel 8.10 | 47, 71-73, 76, 89, 99, 131, 137, 150, 159
Artikel 8.10 lid 1 | 75, 77, 88, 104
Artikel 8.10 lid 2 | 74-76, 88, 137
Artikel 8.10 lid 3 | 75, 99
Artikel 8.10 (oud) | 75-80
Artikel 8.11 | 39, 47, 71, 73, 87, 89, 94, 139, 159
Artikel 8.11 lid 2 | 80, 131, 148
Artikel 8.11 lid 2 (oud) | 80-81
Artikel 8.11 lid 3 | 42, 52, 55, 66, 68, 72, 80-82, 84-86, 88, 89, 97, 98, 104, 106, 112, 127, 131, 132, 139, 141, 142, 145, 147-149, 155, 156, 160-162, 165, 166, 170, 248, 251, 258, 267, 323, 353, 368-370, 379
Artikel 8.11 lid 3 (oud) | 81-87, 131, 248-271
Artikel 8.11 lid 4 | 74, 139, 140
Artikel 8.12 | 79
Artikel 8.22 | 73
Artikel 8.22 lid 4 | 73
Artikel 8.23 | 73, 150
Artikel 8.23 lid 3 | 73
Artikel 8.24 | 73
Artikel 8.25 | 73
Artikel 8.25 lid 4 | 73
Artikel 8.26 | 73
Artikel 8.44 | 242, 267
Artikel 8.45 | 158, 172, 370
Artikel 8.45 lid 1 | 158
Artikel 8.45 lid 3 | 158
Artikel 10.1 (oud) | 256-258
Artikel 13.4 | 294
Artikel 18.9 (oud) | 286, 313, 315, 356
Artikel 20.14 | 16, 202
Artikel 20.14 lid 3 | 16

Artikel 20.16 | 16, 202
Artikel 20.17 | 16
Artikel 20.17 lid 1 | 17
Artikel 21.6 lid 5 | 158, 172, 370

WET OP DE RUIMTELIJKE ORDENING (WRO)

Artikel 8.5-8.8 | 16
Artikel 57-57c | 16, 17

WET OPENBAARHEID VAN BESTUUR (Wob)

Artikel 10 | 177-178

WET STANKEMISSIE VEEHOUDERIJEN IN LANDBOUWONTWIKKELINGS- EN VERWEVINGSGEBIEDEN

| 116-117

WET VERONTREINIGING OPPERVLAKTEWATEREN (Wvo)

Artikel 1 lid 1 | 48
Artikel 1 lid 5 | 47

Niet-bindende regelgeving

PROCESREGELING BESTUURSRECHTELIJKE COLLEGES 2006

Artikel 13 lid 3 | 189
Artikel 13 lid 4 | 190

Trefwoordenregister

A

aanvraag
- · verlaten grondslag van de aanvraag | 137-139

actio popularis | 31, 60, 61

advies
- · afwijken van advies | 185, 186
- · bevoegdheid tot het vragen van een advies | 180, 188, 195
- · controle van een advies | 179, 182
- · inwinnen van een advies | 4, 14, 56, 62, 69, 173, **180**, **181**, **196**, 200, 206, 210, 211, 231, 234, 235, 372, 380, 381
- · inwinnen van een advies als vaste bestuurspraktijk | 181
- · representatie-advies | 174, 176, 186
- · semi-rechterlijk advies | 174, 175
- · van een deskundige *zie* deskundigenadvies *en* deskundigenbericht
- · verplichting tot het vragen van een advies door de rechter | 192, 231
- · verplichting tot het vragen van een advies door het bestuur | 176, 180, 181, 351

adviesvraag
- · algemene (open) adviesvraag | 4, 18, 173, 177, 189, 198, **203-205**, 233, 236, 371
- · gerichte adviesvraag | 203, 205, 233, 235
- · invloed van partijen op adviesvraag | 206

advisering
- · standaard-advisering | 202, 203

adviseur
- · vaste adviseur | 14, 180, 181, 201, 372

Adviseur Beroepen Milieubeheer (ABM) | 10-15, 203, 224

Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS) | 3, 26, 89, 111

Afdeling voor de geschillen van bestuur van de Raad van State (AGRvS) | 2, 3, 7-10, 12, 13, 17, 26, 83, 111, 366

afdoeningstermijn | 189, 240, 375

afstandelijke toetsing *zie* toetsing

alara-beginsel | 62, 66, 83, **84-89**, 94, **97-100**, 103, 131, 132, 138, 139, 149, 150, 160, 161, 164, 166, 250, 266, 367, 368

algemene beginselen van behoorlijk bestuur | 27, 35, 39, 43, 50, 112, 113, 245, 248, 249, **271-282**, 284, 286, 296, 331, 338, 341, 346-350, **350-351**, 375 *zie ook* toetsing

ambtsbericht | 7-14, 18, 107, 202, 203, 232

B

BAT *zie* beste technieken

BBT *zie* beste technieken

bedrijfseconomisch(e) belang/aspecten/omstandigheden *zie* belang

belang
- · bedrijfseconomisch belang | 87, 89, **99-100**, 101, 143, **149-150**, 159, 161-166, 306
- · belangenafweging | 1, 8, 29, **37-39**, 45, 52-55, 58, 65, 66, 87, 94, **98-100**, **101-102**, **161-162**, 306
- · milieubelang | 52, 56-62, 67, 68, 71, 76, 83, 86, 88, 96-101, 150, 161, 162, 166, 306, 350, 366, 378

· stemloosheid van het milieubelang | 57, 59, 60, 62, 67, 366
· van de bescherming van het milieu | 1, 39, 47, 55, 58-60, 63, 67, 68, 73, **75-85**, 98, 99, 136, 149, 161, 245, 256, 268, 269, 310, 367
belanghebbende | 1, 31, 40, 57, 58, 60, 61, 67, 68, 175-181, 186, 209, 212, 214, 216, 217, 237, 246, 315, 339, 357, 374
· derde-belanghebbende | 57, 216, 217, 237, 246, 339, 374
beleidsregel | 104, 113, 121, 378
· toepassen van een milieurichtlijn als beleidsregel *zie* toetsing
beleidsruimte | **32-37**, 40-45, 53, 54, **65-67**, 71, 72, 75, 81, 82, 87, 89, 94, 95, **97-100**, 110, 141, 143, 149, **159-162**, **164-166**, 245, 272, 300, 301, **306-307**, 310, 311, 316, 343, 356, 366, 367 *zie ook* beoordelingsruimte *en* beslissingsruimte
benadering
· emissiegerichte benadering | 66, 103, 126, 127, 147, 154, 156, 157, 170, 171, 369, 370
· emissiegerichte benadering in milieurichtlijnen *zie* milieurichtlijnen
· immissiegerichte benadering | 103, 126, 127, 141, 147, 156, 158, 166, 170, 171, 370
· immissiegerichte benadering in milieurichtlijnen *zie* milieurichtlijnen
beoordelingsbeleid | 55, 68, 110
beoordelingsruimte *zie ook* beleidsruimte *en* beslissingsruimte
· bovengrens van de beoordelingsruimte | 96, 101, 112, 254, 259, 261, 348, 377
· ondergrens van de beoordelingsruimte | 96, 101, 112, 156, 271, 353
· objectieve beoordelingsruimte | 33, 35, 39, 45, 53, 66, 88, 293, 305, 355
· subjectieve beoordelingsruimte | **34-37**, 45, 53, 66, 67, 77, 78, 80, 82, 83, 88, 89, 94, 95, 160, 165, 166, 245, 300, 367
bescherming van het milieu *zie* belang
beschermingsniveau | 58, 62, 69, 82, **84-86**, 95, 97, 100-106, 109, 111, 114, 118, 123, 125-131, 143, 145, 152, 155, 162, 163, 167, 170, 246, **248-268**, 270, 271, 277, 282, 288, 289, 293, 319, 321, 327, 328, 331, 332, 336, 338, 340-345, **349-350**, 358, 360, 362, 363, 367, 369, 378-380
beslissingsruimte | 21, 32-56, 65-69, 72-101, 141-150, 159-167, 366, 378 *zie ook* beleidsruimte *en* beoordelingsruimte
beste technieken
· *best available techniques* (BAT) | 86, 144
· *best practicable means* | 82
· *best technical means* | 82
· beste beschikbare technieken (BBT) | 66, 86, 131, 134-136, 137, **139-141**, 143-149, 149-150, 151, 152, 154-157, 158, 164-166, 169-171, 321, 358, 359, 367-370
· beste bestaande technieken | 82, 84-86
· beste toepasbare technieken | 81, 82, 85
· beste uitvoerbare technieken | 82, 85, 86
bestuurspraktijk *zie* vaste bestuurspraktijk
bewijs | 222, 284
· bewijslast | 84, 188, 345
· bewijsleer | 188
· bewijsrecht | 222
bodembescherming
· Nederlandse richtlijn bodembescherming (NRB) | 138, 144, 151, 154, 155, 158, 165, 166, 169-171, 367-370
BREF-document | 134-138, 143-149, 153, 165
Brochure veehouderij en hinderwet *zie* stankhinder

buitenwettelijke richtlijnen *zie* milieurichtlijnen

C

Circulaire industrielawaai *zie* geluidhinder
Circulaire 'Geluidhinder veroorzaakt door het wegverkeer van en naar de inrichting' *zie* geluidhinder
contra-expertise | 179, 183-185, 191, 197, 200, 202, **209-212**, 223, 226, 232, 239, 278, 333, 337, 362, 371, 372, 381
CPR(-richtlijnen) *zie* externe veiligheid

D

democratische legitimatie | 3, 21-30, 63, 64, 366
derde-belanghebbende *zie* belanghebbende
derden | 1, 51, 52, 54, 55, 57, 212, 214, 215, 217, 218-220, 226, 237
deskundige
· onafhankelijkheid van de deskundige | 12, 15-18, 174-176, 187, 199, **201-202**, 208-211, 232, 233, 371, 380
· onpartijdigheid van de deskundige | 15, 16, 175, 190, 199, **201-202**, 210, 211, 214, 231, 233, 371, 380
deskundigenadvies/deskundigenrapport (aan het bestuur) | 7, 18, 54, **174-187**, 195-198, 210, 211, 373
· toetsing van het deskundigenadvies door het bestuur *zie* toetsing
deskundigenbericht (aan de rechter) | 4-5, 56, 69, **187-240**, 373
· conformiteit van het deskundigenbericht en de uitspraak | 13, 329, 337, 363, 364
· het deskundigenbericht in relatie tot de motivering van de uitspraak | 196, 197, 209-211, 220, 225, 231, 232, 335, 336, 362, 373, 381
· inwinnen van een deskundigenbericht | 191-196, 198-212, 231, 380
· inwinnen van een nader deskundigenbericht | **209-212**, 234, 235, 372, 381
· kwalitatieve rol van het deskundigenbericht | 328, 329, 332-334, 362
· kwantitatieve rol van het deskundigenbericht | 329-331, 361
· toetsing van het deskundigenbericht door de rechter *zie* toetsing
deskundigenonderzoek
· procedure van het deskundigenonderzoek ten behoeve van de rechter | 212-219, 219-231, **235-240**, 373-375
· procedure van het deskundigenonderzoek ten behoeve van het bestuur | 174-187
· procedure van het deskundigenonderzoek door de StAB | 212-219, 227, 237
dominus litis | 188, 192, 221
driepartijen
· driepartijengeschil | 55, 58, 67
· driepartijenverhouding | 55, 57, 58, 67, 237, 366, 374

E

'eenvoudig volgen' van een milieurichtlijn *zie* toetsing
emissie
· emissiegerichte benadering *zie* benadering
· emissiegerichte milieurichtlijnen *zie* milieurichtlijnen
· emissieniveau | 141, 155, 156, 166, 170, 171, 254, 370
equality of arms | 10, 220, 221
evenredigheidsbeginsel | 27, 29, 40, 41, 45, 56 *zie ook* toetsing
externe veiligheid
· CPR(-richtlijnen) | 267, 319, 320
· Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen (PGS) | 144, 320

F
fair trial | 43, 173, 219, 223, 228, 373
feitenkwalificatie | 46-48, 53, 56, 234, 372
feitenvaststelling | 7, 8, 43, 46, 47, 66
· toetsing van de feitenvaststelling *zie* toetsing
formele zorgvuldigheidsbeginsel *zie* toetsing

G
geluidhinder
· Circulaire 'Geluidhinder veroorzaakt door het wegverkeer van en naar de inrichting' (Schrikkelcirculaire) | 108, 111, 290, 319, 323
· Circulaire industrielawaai | 105, 124, 126, 127, 253, 255, 258, 272, 290, 292, 319, 321-325, 358
· Handleiding meten en rekenen industrielawaai 1981 (IL-HR-13-01) | 109, 110, 280
· Handleiding meten en rekenen industrielawaai 1999 | 109, 110
· Handreiking industrielawaai en vergunningverlening | 100, 101, 102, 107, 108, 121-124, 129, 138, 147, 151, 152, **155-157**, 162, 166, 167, 169, 170-171, 292-294, 319, 323, 353, 358, 361, 367, 368, 370
· Handreiking Limburgs traditioneel schieten | 105
geluidniveau
· equivalent (gemiddeld) geluidniveau | 107-109, 122, 249, 252, 255, 281, 286, 292, 294, 322
· langtijdgemiddeld geluidniveau | 109, 123, 136, 193, 289, 333, 336
· piekgeluidniveau | 105, 108, 157, 171, 252, 253, 255, 258, 275, 287, 289, 292, 322, 370
gemeentelijke geluidnota | 107, 121-124, 129, 166, 367
geografische ligging (van een inrichting) | 131, 132, 137, 152, 154, 167, 168, 289, 369 *zie ook* plaatselijke milieuomstandigheden
geurbeleid | 119-121, 320
grondslagverlating van de aanvraag *zie* aanvraag

H
Handleiding meten en rekenen industrielawaai 1981 (IL-HR-13-01) *zie* geluidhinder
Handleiding meten en rekenen industrielawaai 1999 *zie* geluidhinder
Handreiking industrielawaai en vergunningverlening *zie* geluidhinder
Handreiking Limburgs traditioneel schieten *zie* geluidhinder
hoor en wederhoor | 205, 208, 212, 215, 217, 220, 221, 230, 238, 374 *zie ook* verdedigingsbeginsel

I
immissie
· immissiegerichte benadering *zie* benadering
· immissiegerichte milieurichtlijnen *zie* milieurichtlijnen
· immissieniveau | 141, 155, 170, 193, 370
indringende toetsing *zie* toetsing
integrale afweging in milieuvergunning | 133-136, 152-154, 167-169, 267, 369
integrale toetsing *zie* toetsing
IPPC-installatie | 131, 147, 165, 166

J
juridisering | 19, 21, 27, 28, 30-32

K
Kroon(beroep) | 2, 3, 7-9, 12, 17, 21, 25, 26, 64, 161, 157, 195, 202, 323, 366

L
lucht
· Nederlandse emissierichtlijn lucht (NeR) | 100, 106, 119, 135, 144, 146, 147, 151, 154, 158, 162, 165, 166, 169-171, 250, 259, 292, 319-321, 325, 328, 360, 367-370

M
machtenscheiding | 22, 42, 53, 63, 65, 366
macrobestuur | 23, 25, 28, 51, 52, 54, 55, 63
Mantovanelli-uitspraak | 173, 198, 205, 217, 219, 220, **221-227**, 232, 235-237, 373
marginale toetsing *zie* toetsing
materiële zorgvuldigheidsbeginsel *zie* toetsing
microbestuur *zie* macrobestuur
milieubelang *zie* belang
milieucompartimenten | 84, 101, 127, 130, 134, 152, 167
milieuhygiënische inzichten | 112, 113, 260, 261, 324, 326, 361
milieurichtlijnen | 4, 5, 8, 12, 58, 63, **68-72**, 75, 83, 84, 92, 95, **100-130**, 133, 141, 144, 146, 147, 149, **151-159**, **162-172**, 241, 243, 246, 254, 260, 264, 266, 267, 289-294, 318-329, 331, 338, 340, 342, 348, 352, 353, **357-361**, **367-370**, 375, 380
· 'eenvoudig volgen' *zie* toetsing
· emissiegerichte milieurichtlijnen | 103, 147, 170
· immissiegerichte milieurichtlijnen | 103, 147, 155-158, 170, 171, 370
· kwalitatieve rol van milieurichtlijnen | 323-328, 357-359
· kwantitatieve rol van milieurichtlijnen | 5, 318-323, 358
· toepassen van een milieurichtlijn als beleidsregel of vaste bestuurspraktijk *zie* toetsing
milieutechnische inzichten | 90, 92, 94-96, 104, 105, **106-110**, 112-117, 119, 128, 129, 143, 148, 151, 152, 154, 163, 169, 171, 260, 270, 291, 326, 327, 341, 359, 368
Ministerie van VROM | 3, 7, 10-12, 15, 17, 18, 79, 113, 117, 131, 144, 171, 195, 199, 232
motiveringsbeginsel | 29, 106, 112-114, 128, 179, 184-186 *zie ook* toetsing

N
nationale milieurichtlijnen *zie* milieurichtlijnen
Nederlandse emissierichtlijn lucht (NeR) *zie* lucht
Nederlandse richtlijn bodembescherming (NRB) *zie* bodembescherming
norm
· objectieve norm | 34, 47, 53
· vage norm | 34-39, 43, 46, 50-53, 77-80, 82, 83, 88, 89, 160
norminterpretatie | 46-48, 54

O
objectieve norm *zie* norm
onderzoek ter plaatse | 12, 212-216, 238, 374

P
plaatselijke milieuomstandigheden | 101, 131, 132, 137, 145, 152, 167 *zie ook* geografische ligging
Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen (PGS) *zie* externe veiligheid

R
rechtsbescherming | 15, 19-23, 26, 27, 29, 31, 32, 41, 43, 50, 51, 55, 56, 63, 64, 68, 175, 190, 191, 205
rechtszekerheid *zie* toetsing
recours
· *subjectif* | 20
· *objectif* | 20
Richtlijn veehouderij en stankhinder *zie* stankhinder
richtlijnen *zie* milieurichtlijnen

S
SBR-richtlijn *zie* trillinghinder
Schrikkelcirculaire *zie* geluidhinder
stankhinder
· Brochure veehouderij en hinderwet | 90, 104, 115, 117, 263, 292, 320, 325, 358, 361
· rapport 'Beoordeling cumulatieve stankhinder door intensieve veehouderij' | 260, 261, 264, 290, 291, 326

· Richtlijn veehouderij en stankhinder | **90-92**, 96, 106, **115-117**, 290, 291, 320, 326, 350, 353, 358, 360, 379
Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB) | 13, 17, 18, 63, 173, 189, **198-219**, 240, 330, 371-374, 380, 381
· gedragscode van de StAB | 212-218, 237, 374
· onderzoek door de StAB | 212-219, 227, 237

T
technieken *zie* beste technieken
technische kenmerken (van een inrichting) | 131, 132, 152, 154, 167, 168, 369
terughoudende toetsing *zie* toetsing
Tijdelijke wet Kroongeschillen (TwK) | 2, 3, 8-13, 17, 18, 26, 47, 64, 158, 202, 329
toetsing
· aan het evenredigheidsbeginsel | 27, 29, 30, 40, 41, 45, 56, 306-315, 317, 340, 355, 356, 378, 379
· aan het formele zorgvuldigheidsbeginsel | 35, 73, 249, **273-278**, **279-282**, 331, 341, 342, 344, 346, 347, **351**, 375, 376
· aan het materiële zorgvuldigheidsbeginsel | 41, 249, 267, 272
· aan het motiveringsbeginsel | 42, 62, 249, 268, 282, 303, 307, 313, 316, 327-329, 335, 336, 341, 346, 347, 353, 355-357, 360, 362, 363, 373, 375, 381
· aan het rechtszekerheidsbeginsel | 249, 250, 271, 273, 279, 350, 351
· aan het verbod van willekeur | 27, 40, 41
· aan het vertrouwensbeginsel | 279, 331
· afstandelijke toetsing *zie* marginale toetsing
· indringende toetsing *zie* volle toetsing
· integrale toetsing *zie* volle toetsing
· intensiteit van de toetsing | 14, 31, 32, **39-56**, 57-63, 64-69, 77-101, 127-130, 142-150, **159-166**, 243-245, 248-318, **338-357**, **375-380**
· marginale toetsing | **39-44**, **52-56**, 77, 87-89, 89-101, 243, 244, 258-261, 270, 271, 274, 277, 278, 281, 282, 286, 288, 293, 296, 301, 310, 312-317, 328, 340-344, 347-351, 353, 356, 357, 361, 367, 376-380
· terughoudende toetsing *zie* marginale toetsing
· van de feitenvaststelling | 43, 46
· van het deskundigenbericht door de rechter | 195-198, 231-232
· van het deskundigenrapport door het bestuur | 182-185, 195-198
· van het 'eenvoudig volgen' van milieurichtlijnen | 69, 103, 105, 106, 115, 127-129, 152, 155, 162, 163, 167-169, 170, 367-369, 380
· van het toepassen van een milieurichtlijn als beleidsregel of vaste bestuurspraktijk | 110, 111, 114, 115, 121, 126, 128, 151, 163, 169, 368
· volle toetsing | 34, **39-44**, 46, 47, **52-56**, 161, 243, 244, 261-268, 269, 273, 274, 277, 278, 281, 285-288, 293, 298, 300, 301, 303, 307, 311-313, 321, 338-344, 347-358, 366, 376-380
toetsingsgrond | 242-248
· formele toetsingsgrond | 41-43, 346, 347, 375, 376
· materiële toetsingsgrond | 42
trias politica, *zie* machtenscheiding
trillinghinder
· SBR-richtlijn | 151, 169, 320, 326, 327, 360, 368

V
vage norm *zie* norm
vaste bestuurspraktijk | 110, 111, 114, 121, 126, 128, 151, 153, 162, 163, 168, 169, 368, 369

· toepassen van een milieurichtlijn als vaste bestuurspraktijk *zie* toetsing
· inwinnen van een advies als vaste bestuurspraktijk *zie* advies
verdedigingsbeginsel | 207, 208, 212, 219-222, 235, 238, 374 *zie ook* hoor en wederhoor
vertrouwensbeginsel | 28, 42 *zie ook* toetsing
volle toetsing *zie* toetsing

W
Wende | 3-5, 14, 32, 35, 36, 67, 71, **89-97**, 114-116, 124, 127, 129, 148, 154, **161-164**, 248, 250, 263, 270, 321, 325, **349-350**, 359, **366**, **367**, 379
· de *Wende*-uitspraken | 32, 36, 71, **89-97**, 104, 105, 116, 127, 161, 263
willekeur
· verbod van willekeur *zie* toetsing

Z
zorgvuldigheidsbeginsel | 112 *zie ook* toetsing

Curriculum vitae

Taco Leemans werd geboren op 15 september 1974 te Meppel. Zijn middelbare schoolopleiding volgde hij aldaar aan de Rijksscholengemeenschap. In 1992 begon hij zijn studie Nederlands recht aan de faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Daar studeerde hij in 1998 af in de richtingen civiel- en bedrijfsrecht. Van 1998 tot en met 2002 was hij als onderzoeker in opleiding verbonden aan de vakgroep Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Aansluitend was hij daar korte tijd werkzaam als docent. Sinds 2003 is hij jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en aldaar werkzaam in de Milieukamer; vanaf 2007 als ambtenaar van Staat.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2006 en 2007 verschenen:

MI-100 J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 741 3

MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8

MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept,* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1

MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X

MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen,* Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0

MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Leiden: Leiden University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1

MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law* (diss. Leiden) 2006

MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9

MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4

MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4

MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756 9

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2

MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5

MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8

MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1

MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4

MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.

MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde* (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5

MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5

MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2

MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978-90-13-04886-5

MI-131 M. Kaeding, *Better regulator in the European Union – Lost in translation or Full Steam ahead?* (diss. Leiden), Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 026 0

MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2

MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press

MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6

MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Indificudals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9

MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop,* Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2

MI-137 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4

MI-138 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4

MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek