

Duurzaamheid begint bij duidelijk beleid

- J.S. Procee en M.J.W. Timmer¹

1. Inleiding

1.1. In deze paper volgt een korte verkenning waar specifiek op het gebied van eigendomsregulering en het gebruik van omgevingsrechtelijke open normen, kansen liggen om duurzame ontwikkeling te bevorderen. Voor het doel van deze paper verstaan wij onder “verduurzaming”: het bevorderen van duurzame ontwikkeling, zoals gedefinieerd in de Omgevingswet: duurzame ontwikkeling: ontwikkeling die voorziet in de behoeften van de huidige generatie zonder de mogelijkheden voor toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien in gevaar te brengen. Wij brengen hier – gegeven de focus op het eigendomsrecht en open normen als belemmeringen voor of aanjagers van verduurzaming – wel de beperking aan dat wij ons richten op de verduurzaming van *bestaande* activiteiten, en niet op het stimuleren van nieuwe duurzame initiatieven.

2. Eigendomsrecht

2.1. De vraag of het eigendomsrecht voldoende is toegesneden op verduurzaming, kan vanuit twee perspectieven worden aangevlogen: dat van de eigenaar die *zelf* wil verduurzamen, en vanuit de overheid die verduurzaming wil stimuleren of (*ultimo*) wil afdwingen.

2.2. Vanuit het perspectief van de eigenaar bestaan zeer weinig beletsels voor verduurzaming: wie zijn woning wil isoleren of een bedrijfsproces minder CO₂-intensief wil maken, zal dit in de regel gewoon kunnen doen. Ten hoogste zijn hiervoor vergunningen nodig, maar zolang de aanpassingen geen problematische potentiële risico's met zich brengen, zullen die vergunningen kunnen worden verleend. Er zijn enkele (niche)gevallen denkbaar waarin de particuliere eigenaar te hoop loopt op het recht, zoals:

- Het te verduurzamen eigendom betreft een appartementsrecht, en in de vereniging van eigenaars (**VvE**) zijn onvoldoende stemmen om de verduurzamingsmaatregel goed te keuren. In dat geval houdt het idee snel op.²

¹ Jelmer Procee en Matthijs Timmer zijn advocaat bij Pels Rijcken.

² Met dien verstande dat de Wet collectieve warmte (**Wcw**), die voorwaarden en verplichtingen stelt over de aansluiting van gebouwen op een collectief warmtenet, in hoofdstuk 8 wat mogelijkheden geeft om “blokkerende” eigenaars tegemoet te komen zonder dat de hele aansluiting van een gebouw op een warmtenet in het gedrang komt. Een andere verzachtende omstandigheid is dat de VvE de kantonrechter om een vervangende machtiging kan verzoeken; art. 5:121 BW.

- Het te verduurzamen eigendom is als monument aangewezen, waardoor het – minst genomen – ingewikkeld kan zijn om karakteristieke elementen (zoals kozijnen) te vervangen om een pand te isoleren.
- *Derden* zetten hun eigendomsrecht in, als belanghebbende in procedures tegen bijvoorbeeld windturbines of zonneparken. Dan rijst de vraag of het initiatief nog voldoende voorziet in een evenwichtige toedeling van functies aan locaties. Deze variatie laten wij overigens in de rest van dit paper buiten beschouwing.
- De verduurzaming ziet specifiek op het verlagen van stikstofemissies bij een bedrijf dat een natuurvergunning heeft. Door wat eigenheden in de recente stikstofjurisprudentie³ is het in veel gevallen zeer ingewikkeld om een stikstofreducerende maatregel door te voeren: naar de huidige stand van de jurisprudentie lijkt daarvoor vaak een nieuwe natuurvergunning nodig, die nauwelijks kan worden verleend.

2.3. De voornaamste uitdagingen met betrekking tot verduurzaming in relatie tot het eigendomsrecht doen zich voor als een eigenaar *niet* de intrinsieke behoefte tot verduurzaming voelt, en de overheid door middel van regulering die behoefte moet afdwingen. In dat geval rijst de vraag in hoeverre het eigendomsrecht de eigenaar tegen dergelijke regulering beschermt – en dus of het eigendomsrecht een beperkende factor vormt voor verduurzamingsinitiatieven. Dat is de verdere focus van dit onderdeel van ons paper. Daartoe zullen wij eerst ingaan op het autonome eigendomsbegrip van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (**EHRM**) en het verschil tussen eigendomsontneming en -regulering. Ten aanzien van beide zullen wij bespreken in hoeverre deze inmengingen op het eigendomsrecht een verduurzamingsdoel kunnen dienen. Na vervolgens een bespreking van de vereisten voor een rechtmatige inmenging op het eigendomsrecht, staan wij uitgebreider stil bij het *fair balance*-vereiste – onder de vlag van dat vereiste wordt immers getoetst of het nagestreefde verduurzamingsdoel opweegt tegen de daarmee gepaarde inmenging op het eigendomsrecht.

3. Bescherming van het eigendomsrecht

3.1. Het eigendomsrecht wordt primair beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (**artikel 1 EP** resp. **EVRM**). Deze bescherming is niet absoluut: binnen de grenzen van artikel 1 EP bestaat weldegelijk de mogelijkheid om eigendommen te beperken of af te nemen. Daartoe is vereist dat een overheidsinmenging in een eigendomsrecht bij wet is voorzien; in overeenstemming is met het algemeen belang; en een *fair balance* in

³ In het bijzonder ten aanzien van het zogenoemde additionaliteitsvereiste en de uitleg van het projectbegrip; zie ABRvS 18 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4923 (*Rendac*).

acht neemt. De invulling van de *fair balance*-toets heeft zich door de jaren heen ontwikkeld in de rechtspraak van het EHRM.⁴

Eigendom

3.2. Voordat wij toekomen aan deze vereisten, eerst een korte uiteenzetting over wat "eigendom" in deze context betekent. In het Nederlandse recht is eigendom "het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben".⁵ Het eigendomsbegrip van artikel 1 EP is anders, door de autonome uitleg die het EHRM hieraan geeft. Dit omvat wezenlijk meer dan het meest omvattende recht. In de meest praktische essentie kan ieder op geld waardeerbaar vermogensbestanddeel of recht als '*possession*' binnen het beschermingsbereik van artikel 1 EP vallen.⁶ Zo mag de verhuurder zowel het verhuurde als de huurovereenkomst zelf als eigendom beschouwen,⁷ terwijl de huurder de rechten uit hoofde van die huurovereenkomst evenzeer tot diens *possessions* mag rekenen.⁸ Ook uit het publiekrecht kan beschermd eigendom voortvloeien. Zo kunnen bijvoorbeeld visrechten,⁹ en vergunningen om tabak¹⁰ of alcohol¹¹ te verkopen binnen het bereik van artikel 1 EP vallen. De vergunning levert zo een titel op om, onder voorwaarden, een activiteit te mogen verrichten. Wordt de vergunning ingetrokken, of worden de vergunningvoorwaarden aangescherpt, dan is sprake van een inmenging in het eigendomsrecht. Overigens is niet de vergunning zelf de betrokken *possession*, maar de onderneming die door de vergunning mogelijk wordt gemaakt.¹²

3.3. Een complexe nuance hierop is die van *toekomstig* eigendom. Dit wordt niet door artikel 1 EP beschermd, tenzij een gerechtvaardigde verwachting op toekomstig eigendom bestaat. Toekomstige inkomsten uit bestaande eigendom vallen hier in ieder geval niet onder, en het EHRM heeft ook wel aangenomen dat een directe waardedaling van bestaande eigendom door de beperking van toekomstige inkomsten ook niet door art. 1 EP wordt beschermd.¹³

⁴ Zie in algemene zin de *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, uitgave van de Raad van Europa.

⁵ Art. 5:1 BW.

⁶ Zie bijv. EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), par. 63.

⁷ O.a. EHRM 19 december 1989, 10522/83 e.a. (*Mellacher e.a. t. Oostenrijk*), par. 43.

⁸ Vgl. EHRM 24 juni 2003, 44277/98 (*Stretch t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM (Grote Kamer) 25 maart 1999, 31107/96 (*Iatridis t. Griekenland*), par. 54.

⁹ EHRM 7 juni 2018, 44460/16 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. t. Ierland*), par. 89.

¹⁰ EHRM 13 januari 2015, 65681/13 (*Vekony t. Hongarije*), par. 29.

¹¹ EHRM 7 juli 1989, 10873/84 (*Tre Trakrörer Aktiebolag t. Zweden*), par. 53.

¹² Hoge Raad 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493 (*Wet herstructurering varkensrechten*), NJ 2002/469.

¹³ EHRM 21 januari 2000, 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*): "The Court considers that the applicant is complaining in substance of loss of future income in addition to loss of goodwill and a diminution in value of the company's assets. It concludes that the element of the complaint which is based upon the diminution in value of the business assessed by reference to future income, and which amounts in effect to a claim for loss of future income, falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1." Idem in (de qua feitencomplex nagenoeg identieke zaken) EHRM 26 september 2000, 37657/97 (*Andrews t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 26 september 2000, 37660/97 (*Denimark e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

Eigendomsontnemning en -regulering

- 3.4. Artikel 1 EP maakt vervolgens een onderscheid tussen eigendomsontnemning (dus: onteigening) en eigendomsregulering. In de hierna te bespreken *fair balance*-toets bestaat tussen beide vormen van inmenging één wezenlijk verschil: in geval van onteigening moet steeds worden voorzien in een volledige schadevergoeding,¹⁴ terwijl dit niet is vereist bij eigendomsregulering. Eigendomsregulering kan ook zonder (gehele óf gedeeltelijke) compensatie in overeenstemming zijn met artikel 1 EP, mits de *fair balance* dan over een andere band wordt bereikt – bijvoorbeeld door een adequate overgangstermijn¹⁵ of eenvoudigweg economisch omdat de eigendomsregulering voldoende lang voorzienbaar was.
- 3.5. Van eigendomsontnemning is echter niet uitsluitend sprake als iemand daadwerkelijk zijn eigendommen *verliest* door overheidsingrijpen. Zeker waar het gaat om regulering van bedrijfsactiviteiten, moet worden getoetst of als gevolg van de regulering nog enig belang bij de onderneming en alle daartoe behorende activa resteert. Zo niet, dan is sprake van *de facto*-onteigening.¹⁶ In nationale jurisprudentie zien we dat nog “enig” economisch belang resteert, als activa die niet langer voor een specifieke bedrijfsactiviteit kunnen worden gebruikt vanwege regulering, nog wel vrij verhandelbaar zijn.¹⁷
- 3.6. Vanuit het perspectief van verduurzaming is het eigendomsrecht geen serieuze horde als de betrokken overheid bereid is om tot onteigening over te gaan. Dan gelden naar nationaal recht vooral enige formele vereisten: de vervuiler moet uit het omgevingsplan worden weg bestemd, waarna een onteigeningsbeschikking kan worden genomen op grond waarvan de onteigenende overheid de eigendom verkrijgt en aan de (voormalige) eigenaar een volledige schadeloosstelling wordt betaald. Hoewel dit op papier eenvoudig lijkt, bestaan er wel enige bezwaren.
- 3.7. In de eerste plaats spoort onteigening niet echt grootschalige verduurzaming aan, maar haalt het slechts een vervuiler weg. Onteigening is bovendien uitsluitend mogelijk als de betrokken overheid ook een andere bestemming heeft voor het onteigende, en de aan het onteigende toegedachte bestemming zwaarder weegt dan het bestaande gebruik – anders is een wijziging van het omgevingsplan niet aan de orde. Als een overheid daarentegen van opvatting zou zijn dat een bepaalde fabriek prima kan blijven bestaan áls maar een

¹⁴ EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 54. Slechts onder uitzonderlijke omstandigheden kan hiervan worden afgeweken, zoals bij onteigeningen die samenhangen met de Duitse eenwording; EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, 46720/99 e.a. (*Jahn e.a. t. Duitsland*), par. 117.

¹⁵ O.a. EHRM 14 mei 2013, 66529/11 (*NKM t. Hongarije*), par. 41. Ik merk overigens op dat het EHRM in beginsel uitgaat van een vergoeding van de *full market value*, zonder per se te vergen dat ook bijkomende schade wordt vergoed. Die bijkomende schade maakt wel onderdeel uit van de volledige (onteigenings-)schadeloosstelling naar Nederlands recht.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld EHRM 18 februari 1991, 12033/86 (*Fredin t. Zweden (nr. 1)*), par. 46.

¹⁷ Hof Den Haag 10 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3025, rechtsoverweging 5.3.

emissiereductie wordt doorgevoerd, zal onteigening daar weinig in kunnen betekenen. Dit maakt onteigening een alles-of-niets-oplossing, die moet worden gekoppeld aan een ruimtelijke ontwikkeling, waarvan het belang als zodanig moet worden onderbouwd.

- 3.8. In de tweede plaats landen de kosten van deze verduurzamingsmaatregel – bestaande uit ‘het weghalen van een vervuiler’ – geheel bij de overheid, en daarmee bij de gemeenschap. De onteigende vervuiler krijgt immers ál zijn schade vergoed. Het onteigeningsschadeloosstellingsrecht kent niet, bijvoorbeeld een duidelijke correctie voor het risico dat de vervuiler zonder onteigening tóch op termijn had moeten investeren in emissiereductie, of voorwerp zou worden van strengere regulering. Onteigening is dan weliswaar (onder omstandigheden) een *praktisch* middel om van grote vervuilers af te komen, maar gelijktijdig is het ook kostbaar.
- 3.9. Dit brengt ons bij eigendomsregulering als voorkeurnstrument voor overheden om verduurzaming aan te jagen. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan een verbod op het gebruik van kolen bij de productie van elektriciteit¹⁸, om zo “kolenstroom” uit te faseren en te vervangen door duurzamere alternatieven – of in ieder geval door stroom die is opgewekt met gas, dat al een stuk minder vervuילend is. Zoals hierboven al aangestipt, is de ruimte om te reguleren *zonder* dat de regulering omslaat in *de facto*-onteigening betrekkelijk groot. Zolang er voor de ‘assets’ na de regulering nog enige gebruiksmogelijkheden overblijven (inventaris die kan worden verkocht, inrichtingen die kunnen worden omgebouwd, grond die anders kan worden aangewend), blijft de overheid uit het domein van *de facto*-onteigening – en dus ook uit het domein van de volledige schadeloosstelling. De volgende vraag is dan hoe die ruimte tot regulering rechtmatig kan worden aangewend.

Voorzien bij wet, in overeenstemming met het algemeen belang

- 3.10. Iedere inmenging in het eigendomsrecht moet zijn “voorzien bij wet” – het legaliteitsvereiste. Zoals bij het eigendomsbegrip, hanteert het EHRM ook voor het begrip “wet” een autonome uitleg. Meer in het bijzonder valt binnen het wetsbegrip onder het EVRM niet uitsluitend het geschreven recht, maar ook de toepassing van het recht in jurisprudentie.¹⁹
- 3.11. Het legaliteitsvereiste is kwalitatief van aard: niet volstaat dat de inmenging op het eigendomsrecht op “een” wettelijke basis is gestoeld, maar de wet én wetsuitleg moeten ook voldoende toegankelijk, duidelijk en voorspelbaar in hun toepassing zijn.²⁰ Dit betekent vooral dat iemand op basis van het geldend recht

¹⁸ Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie.

¹⁹ EHRM 9 november 1999, 26449/95 (*Špaček t. Tsjechië*), par. 54.

²⁰ O.a. EHRM 5 januari 2000, 33202/96 (*Beyeler t. Italië*), par. 109.

moet kunnen inzien dat zijn eigendommen aan regulering onderhevig kunnen zijn.

3.12. Voor verduurzamingsmaatregelen zal dit in de regel betekenen dat wel duidelijk moet zijn *hoe* iemand aan een voorschrift kan voldoen. Een open norm als “de milieubelastende activiteit moet steeds zo duurzaam mogelijk worden uitgevoerd, met zo min mogelijk emissies” kent – naar onze inschatting – een onaanvaardbare mate van rechtsonzekerheid en zal daarmee niet voldoen aan het vereiste dat eigendomsregulering bij wet voorzien moet zijn. De regulering zal dus wel uit moeten gaan van – bijvoorbeeld – concrete rendementseisen, emissiegrenswaarden of te implementeren technische maatregelen.

3.13. Dit betekent overigens niet dat dergelijke voorschriften niet voortdurend aangescherpt kunnen worden, zolang deze maar *duidelijk* zijn. Dit kan ook over de band van verleende milieuvergunningen. Zo verplicht de Omgevingswet ertoe dat vergunningen voor milieubelastende activiteiten regelmatig door het bevoegd gezag tegen het licht worden gehouden, om te bezien of deze nog in overeenstemming zijn met beste beschikbare technieken.²¹ Als dit niet langer het geval is, kan of moet de vergunning daarop worden aangepast – en is de vergunninghouder verplicht de nieuw voorgeschreven maatregelen uit te voeren. Dat de precieze maatregelen op het moment van vergunningverlening nog ^{niet} voorzienbaar waren, doet daarbij niet ter zake – het was de vergunninghouder immers duidelijk *dát* zijn vergunning is verleend op basis van een wet die voortdurende actualisatie voorschrijft.²²

3.14. Voorts is eigendomsregulering uitsluitend mogelijk als dit in overeenstemming is met het algemeen belang. Het is primair aan de betrokken overheid om die toets te verrichten.²³ Het EHRM hanteert op dit punt een marginale toets. Allerhande belangen – variërend van ruimtelijke ordening²⁴ tot de transitie van socialisme naar een markteconomie²⁵ – zijn door het EHRM als “algemeen belang” geaccepteerd. Ook de bescherming van het milieu is uitdrukkelijk als algemeen belang erkend.²⁶ In het arrest *Hamer* benadrukt het EHRM (onder verwijzing naar eerdere rechtspraak) dat hoewel het EVRM als zodanig niet is ontworpen om het

²¹ Art. 5.38 e.v. Omgevingswet.

²² Dit ligt ook ten grondslag aan de Circulaire schadevergoedingen die hoorde bij de Wet milieubeheer, *Stcrt.* 1997, 246.

²³ Zie bijv. het Franse standpunt in *travaux préparatoires* bij het Eerste Protocol, p. 164.

²⁴ EHRM 23 september 1982, 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

²⁵ EHRM (Grote Kamer) 11 december 2018, 36480/07 (*Lekić t. Slovenië*).

²⁶ Bijv. EHRM (Grote Kamer) 28 juni 2018 1828/06 e.a. (*GIEM SRL e.a. t. Italië*), par. 295.

milieu te beschermen²⁷, milieubeschermt wél een steeds belangrijkere rol inneemt in de samenleving.²⁸ Hier voegt het EHRM het volgende aan toe:

“Het milieu is een zaak waarvan de bescherming de voortdurende en aanhoudende belangstelling van het publiek – en bijgevolg ook van de overheidsinstanties – wekt. Financiële overwegingen en zelfs bepaalde grondrechten, zoals het eigendomsrecht, mogen geen voorrang krijgen boven overwegingen inzake milieubeschermt, met name wanneer de staat hierover wetgeving heeft vastgesteld. De overheidsinstanties dragen derhalve een verantwoordelijkheid die er in de praktijk toe moet leiden dat zij op het juiste moment ingrijpen om te waarborgen dat de wettelijke bepalingen die zijn vastgesteld met het oog op de bescherming van het milieu, niet volledig zonder effect blijven.”²⁹

3.15. Oftewel, de bescherming van eigendom kan niet zwaarder wegen dan het belang van milieubeschermt. In plaats daarvan heeft de lidstaat een *verantwoordelijkheid* om te voorzien in een adequaat stelsel van regels ter bescherming van het milieu. In dat licht overweegt het EHRM dat aan lidstaten op dit punt een *ruime* beoordelingsmarge toekomt.³⁰ Dit betekent dat de afweging van de wetgever wat al dan niet in het algemeen belang is, wordt gehonoreerd zolang deze afweging niet “*manifestly without reasonable foundation*” is.³¹

3.16. Oftewel, er hoeft eigenlijk niet snel twijfel te bestaan dat eigendomsmaatregelen met het oog op verduurzaming niet met het algemeen belang in overeenstemming zijn. Dit zou eerst anders worden als een maatregel volstrekt ongeschikt is om dat verduurzamingsbelang te dienen, of evident is dat hetzelfde doel met minder verstrekkende maatregelen kan worden bereikt.³²

Fair balance

3.17. Het zwaartepunt van nagenoeg iedere discussie over artikel 1 EP, ligt bij de *fair balance*-toets. Deze komt er – in de jurisprudentie van het EHRM – op neer dat eigendomsregulering niet mag leiden tot een individuele en buitensporige last

²⁷ EHRM 22 mei 1993, 41666/98 (*Kyrtatos t. Griekenland*), par. 52. Het Hof overweegt in die paragraaf niettemin dat milieubeschermt wél binnen het bereik van het EVRM kan raken als het gebrek aan bescherming de persoonlijke levenssfeer, als beschermd door art. 8 EVRM, in gevaar brengt. Zie ook EHRM (Grote Kamer) 9 april 2024, 53600/20 (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*).

²⁸ EHRM 18 februari 1991, 12033/86 (*Fredin t. Zweden nr. 1*), par. 48.

²⁹ EHRM 27 november 2007, 21861/03 (*Hamer t. België*), par. 79 (in vertaling).

³⁰ EHRM 27 november 2007, 21861/03 (*Hamer t. België*), par. 78.

³¹ EHRM 21 februari 1986, 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 46 en later veelvuldig herhaald.

³² Zie bijv. EHRM 28 juli 2005, 51728/99 (*Rosenzweig en Bonded Warehouses Ltd. t. Polen*), waarin Polen niet kon verklaren waarom intrekking van een vergunning overeenkomstig het algemeen belang was, als ook lichtere middelen beschikbaar waren.

(of: een *individual and excessive burden*).³³ Dit is, naar de aard van de norm, een toets op het individuele niveau: is specifiek voor de normadressaat nog sprake van een *fair balance*? In de Nederlandse rechtspraak heeft zich evenwel een dubbele toetsing ontwikkeld, waarbij eigendomsregulering zowel op het niveau van de regelgeving als op het individuele niveau van de eiser langs de *fair balance*-lat wordt gelegd.³⁴

Belangenafweging en *margin of appreciation*

3.18. De *fair balance*-toets is vervolgens in essentie een evenredigheidstoets die alle aspecten van de betrokken regulering in ogenschouw kan nemen, voor zover die niet al zijn behandeld in het kader van de legaliteits- en algemeen belang toets. Met betrekking tot verduurzamingsmaatregelen is in ieder geval relevant dat als onderdeel van de *fair balance* de proportionaliteit van een maatregel aan de orde kan komen: het is goed voorstelbaar dat een verduurzamingsmaatregel die enorme investeringen vergt (en dan: *relatief* enorme investeringen, afgezet tegen de draagkracht van de normadressaat) maar slechts leidt tot marginale emissiereducties of rendementsverbeteringen, als buitenproportioneel wordt aangemerkt.

3.19. Dat laat onverlet dat het EHRM niet volledig in de proportionaliteitsafweging van een lidstaat treedt. Ook hier zien we dus weer een ruime beoordelingsmarge terug.³⁵ Een belangrijk uitstapje buiten het eigendomsrecht is bovendien dat andere EVRM-rechten bovendien kunnen noodzaken tot verduurzaming (en in het bijzonder: reductie van CO₂-emissies), vooral het recht op leven (art. 2 EVRM) en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM). Ter bescherming van die rechten, verwacht het EHRM van lidstaten dat deze optreden tegen gevaarlijke klimaatverandering. Ten aanzien van *die* verplichting laat het EHRM nagenoeg geen beoordelingsmarge – die marge keert pas weer terug bij de keuze van klimaatdoelen en, belangrijker, bij de keuze voor specifieke maatregelen.³⁶ In hun *choice of measures* hebben Lidstaten aldus een betrekkelijk vrije hand, maar niet in de vraag óf *measures* worden getroffen. Wij zouden menen dat die keuzevrijheid onder de artikelen 2 en 8 EVRM, ook doorwerkt in de *margin of appreciation* die onder artikel 1 EP bestaat.

Procedurele aspecten

3.20. Toepassing geven aan de *margin of appreciation* vergt niettemin een deugdelijke, inzichtelijke belangenafweging. Dan wordt relevant dat een *fair balance*-afweging voor de betrokken overheid een duidelijke procedurele kant kent: om tot die deugdelijke belangenafweging te komen, is noodzakelijk dat alle spelende belangen eerst worden geïnventariseerd. Zo zal een maatregel die tot een verbetering van de luchtkwaliteit leidt, niet kunnen volstaan met de

³³ EHRM 28 juli 2005, 51728/99 (*Rosenzweig en Bonded Warehouses Ltd. t. Polen*), par. 48.

³⁴ Bijv. HR 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:110.

³⁵ EHRM (Grote Kamer) 29 april 1999, 25088/94 e.a. (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), par. 75.

³⁶ Zie EHRM (Grote Kamer) 9 april 2024, 53600/20 (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. t. Zwitserland*).

onderbouwing dat een betere luchtkwaliteit nu eenmaal iets goeds is. Onzes inziens zouden dan bijvoorbeeld de gezondheidseffecten vanwege de maatregel in beeld moeten worden gebracht, en moeten worden afgezet tegen de vraag *hoe* vervuilers aan de maatregel kunnen voldoen; of dat wel redelijkerwijs uitvoerbaar is (en binnen welke termijn); of de maatregel niet leidt tot een onhaalbare investeringslast, kostenstijging of inkomensderving; et cetera. Oftewel, de effecten van een maatregel zullen – zo veel als mogelijk – moeten worden *gekwantificeerd*. Daar staat tegenover dat van een overheid niet wordt verwacht dat deze voorspellingen doet over onvoorspelbare toekomstige gebeurtenissen, zoals marktontwikkelingen die van allerlei aspecten afhankelijk zijn.³⁷

- 3.21. Dit betekent ook dat overheden uiteindelijk een hoop ruimte hebben om verduurzamingsmaatregelen voor te schrijven, als zij maar kunnen duiden *waarom* – in hun ogen – deze maatregelen wenselijk zijn en van vervuilers kunnen worden gevergd.

Voorzienbaarheid

- 3.22. Een volgend punt in de *fair balance*-afweging – zeer in het voordeel van verduurzamingsmaatregelen – is de voorzienbaarheid van de betrokken maatregel. Voorzienbaarheid valt uiteen in twee varianten: de *concrete* voorzienbaarheid ziet op gevallen waarin iemand investeringen pleegt in een activiteit, waarvan al helder is aangekondigd dat deze zal worden gereguleerd. In dat geval is het risico op nadeel aanvaard en is een schending van artikel 1 EP nagenoeg uitgesloten.³⁸ Interessanter is de *abstracte* voorzienbaarheid, die ertoe kan leiden dat (een bepaalde mate van) reguleringsrisico tot het normale ondernemersrisico behoort – ook als onzeker is *dát* en hoe zal worden gereguleerd.

- 3.23. Bij de voorzienbaarheid van enige maatregel dient als uitgangspunt genomen te worden dat ondernemers altijd rekening moeten houden met een risico op wijziging van regelgeving.³⁹ Dit risico wordt groter naarmate het maatschappelijk debat zich meer keert tegen een bepaalde activiteit. Zo heeft het EHRM in zaken over de regulering van gokhallen⁴⁰ en een verbod op de verkoop van

³⁷ Vgl. Hof Den Haag 24 juni 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:1160; het enkele feit dat de Staat niet met *zekerheid* kon voorspellen of kolencentrales rendabel tot biomassacentrales zouden kunnen worden omgebouwd, ging niet ten koste van de *fair balance* van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie.

³⁸ Bijv. EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, 34044/02 (*Depalle t. Frankrijk*).

³⁹ Zie o.a. EHRM 7 juni 2018, 44460/16 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd. t. Ierland*), par. 117 met verwijzingen (eigendomsregulering, geen schending art. 1 EP EVRM): "The Court would further observe that while the applicant company argued that it had had virtually no notice of the closure of the harbour for mussel seed fishing in June 2008, it is a commercial operator and therefore cannot disclaim all knowledge of relevant legal provisions and developments. *Rather, it can be expected to display a high degree of caution in the pursuit of its activities, and to take special care in assessing the risks that may attach to those activities* (see *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, 29 November 1991, § 59, Series A no. 222; also, *mutatis mutandis*, *Forminster Enterprises Limited v. the Czech Republic*, no. 38238/04, § 65, 9 October 2008)".

⁴⁰ ECieRM 17 oktober 1991, 16221/90 (*McKenna t. Ierland*): "The applicant must also have been aware that part of public opinion had been adverse to the continuation of these types of businesses in the area and that individual councillors and pressure groups had campaigned for rescission under Section 13."

vuurwapens⁴¹ uitdrukkelijk stilgestaan bij hoe de bestreden maatregelen voorzienbaar waren gelet op maatschappelijke tendensen en opvattingen, lang voordat deze maatregelen daadwerkelijk werden genomen. Ook in de Nederlandse jurisprudentie is goed zichtbaar dat naarmate een activiteit controversiëler wordt, de ondernemer steeds meer beducht zal moeten zijn op regulering. Dit speelde bijvoorbeeld bij de introductie van het paddoverbod,⁴² het verbod op dierenporno⁴³ en de pelsdierhouderij,⁴⁴ maar ook bij activiteiten die *op zichzelf* niet controversieel zijn, maar wel een steeds negatievere impact hebben op de leefomgeving. Wij noemen de introductie van het fosfaatreductieplan⁴⁵ met betrekking tot de veehouderij en – wederom – het verbod op kolen bij elektriciteitsproductie voor de energiesector.⁴⁶

3.24. Zeker bij deze laatste categorie van activiteiten: het produceren van elektriciteit, wordt de voorzienbaarheid mede ingekleurd door het beginsel dat “de vervuiler betaalt”: het beginsel dat degene die schade aan het milieu toebrengt met een activiteit, hiervoor ook de lasten draagt. Deze lasten horen niet te worden afgewenteld op de eindgebruiker, op de maatschappij, op de wereld – of op de Staat. De *rationale* van dit beginsel is even eenvoudig als solide. Als iemand winst wil maken met een milieuvervuilende activiteit, moet hij ook de door hem veroorzaakte schade dragen. Het mag niet zo zijn dat een activiteit slechts winstgevend is *omdat* de verrichter hiervan niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de door hem veroorzaakte schade en dus de kosten van zijn vervuiling externaliseert. Degene die de economische vruchten plukt van vervuiling en milieuschade, is dus ook gehouden om die schade te vergoeden. Het beginsel legt aldus de kosten van het probleem van de vervuiling bij de veroorzaker en legt daarmee ook de prikkel voor de *oplossing* van het probleem bij de bron. Ook het EHRM heeft het uitgangspunt dat de vervuiler betaalt in zijn jurisprudentie geaccepteerd.⁴⁷ De Hoge Raad heeft eveneens geoordeeld dat het in algemene zin niet in strijd is met artikel 1 EP EVRM om maatregelen ter bescherming van het milieu voor rekening te laten komen van degenen die de milieuschade (die de maatregelen beogen weg te nemen) hebben veroorzaakt.⁴⁸

⁴¹ EHRM 25 januari 2000, 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*).

⁴² Rechtbank Den Haag 2 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP4426.

⁴³ Rechtbank Den Haag 9 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8017, rechtsoverweging 4.5.

⁴⁴ HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888.

⁴⁵ Hof Den Haag 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2018:3072.

⁴⁶ Hof Den Haag 24 juni 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:1160.

⁴⁷ Zie: EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tatar t. Roemenië*), waarin het EHRM de *Rio Principles* mede aan zijn uitspraak ten grondslag legt.

EHRM 28 september 2010, 12050/04 (*Magouras t. Spanje*), waarin het EHRM een borgtocht die is gebaseerd op de kosten van het herstel van milieuschade aanvaardbaar acht, mede in het licht van het “de vervuiler betaalt”-beginsel.

EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), waarin het EHRM voor het relevante juridische kader onder meer verwijst naar het Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie. Dit verdrag is een toepassing van het “de vervuiler betaalt”-beginsel.

⁴⁸ Hoge Raad 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, rechtsoverweging 6.2.3

3.25. Juist bij verduurzamingsmaatregelen, beschouwen wij dit beginsel als een uiterst belangrijke factor in de *fair balance*-afweging: het neemt immers tot uitgangspunt dat de vervuiler zélf het risico – en de kosten – van zijn vervuiling draagt, in plaats van dat hij kan wachten totdat de overheid hem mettertijd weg reguleert en daarvoor bovendien een vergoeding moet betalen. Dit past voorts naadloos op de aangenomen eigen verantwoordelijkheid voor bedrijven om gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan.⁴⁹

3.26. Om een mate van voorzienbaarheid aan de vervuiler te kunnen tegenwerpen, beschouwen wij *consistent beleid* echter wel als een belangrijke voorwaarde. Een overheid die voortdurend herhaalt dat geen dwingende verduurzamingsmaatregelen worden opgelegd (of dat bepaalde sectoren nooit met dwang zullen worden geconfronteerd) zal het er moeilijk mee hebben om tóch dwingende maatregelen als voorzienbaar voorbij de civiele rechter te loodsen.⁵⁰ Hoe structureler op verduurzaming wordt ingezet, hoe eenvoudiger het dus wordt om *volgende* maatregelen te nemen. Onder ideale omstandigheden zouden wij dan ook een gefaseerde aanpak van (sectorale) verduurzaming voor ons zien:

- de *early adopters* van verduurzaming – bijvoorbeeld door toepassing van innovatieve technieken, die juist door hun innovatieve karakter nóg niet tot de beste beschikbare technieken behoren – worden gesteund met subsidies of experimenteerruimte in regelgeving;
- als de innovatieve technieken voldoende blijken te functioneren, stimuleert de overheid grootschalige toepassing ervan om deze zo snel mogelijk te verheffen tot de stand der techniek/best beschikbare techniek. Ook hier passen weer subsidieregelingen of belastingvoordelen, met dien verstande dat deze beperkter zijn: de bedoeling is hier een *versnelling* van een ontwikkeling die naar verwachting toch al zou plaatsvinden, zodat bedrijven ook kunnen inschatten dat als ze niet nú meebewegen en daarbij enige subsidie pakken, ze later met dwang worden geconfronteerd;
- de groep die steeds weigert mee te bewegen, krijgt te maken met regulering via algemene regels of aanpassing van vergunningvoorschriften, om *alsnog* de (intussen breed aanvaarde) verduurzamingsmaatregelen toe te passen. Toepassing wordt niet langer beloond met subsidie, maar weigering leidt tot handhaving.

3.27. Een dergelijk beleidstraject kan én dienen als aanjager van verduurzaming én bijdragen aan de voorzienbaarheid van het dwingend voorschrijven van specifieke maatregelen.

⁴⁹ Hof Den Haag 22 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099 (*RDS/Milieudefensie*).

⁵⁰ Onwelgevallige regelgeving wordt immers in de regel bij de civiele rechter aangevochten, met het doel van onverbindendverklaring. De rol van de bestuursrechter is hier beperkt tot situaties waarin regelgeving exceptief kan worden getoetst.

De belangen van bedrijven

3.28. Het voorgaande ging steeds in op de belangen aan de zijde van verduurzaming – hiertegenover staan echter ook de gerechtvaardigde belangen van de partij die moet verduurzamen, en daarvoor kosten maakt.

3.29. Een eenvoudige manier om in een *fair balance* te voorzien, is door de eigendomsregulering gepaard te laten gaan met financiële compensatie. Het Nederlandse nadeelcompensatierecht biedt hiertoe een uitgelezen kans: dit geeft immers iedereen die een *abnormale en speciale* last vanwege rechtmatig overheidshandelen ondervindt, aanspraak op nadeelcompensatie.⁵¹ Deze abnormale en speciale last verschilt materieel niet van de individuele en buitensporige last.⁵² Oftewel: de introductie van een nadeelcompensatieregeling kan eigenlijk per definitie voorkomen dat regulering in strijd komt met artikel 1 EP.

3.30. De vraag wordt dan evenwel: wanneer *is* een last abnormaal? Dat is de last die het normaal ondernemersrisico of normaal maatschappelijk risico overschrijdt. Dit risico wordt weer in (zeer) grote mate bepaald door de abstracte voorzienbaarheid van de maatregel. Naargelang de omstandigheden van het geval, wordt het normaal maatschappelijk risico groter of kleiner. Het gevolg is dat meer of minder nadeel voor rekening van de benadeelde blijft, maar niet dat vergoeding bij voorbaat hoeft te zijn uitgesloten. Het normaal maatschappelijk risico of het normale ondernemersrisico wordt in dat verband gewoonlijk uitgedrukt als *korting* op het schadebedrag of als *drempelwaarde* (een percentage van de referentieomzet, referentiekosten of waarde van een object dat waardedaling ondervindt) waaronder schade voor eigen rekening blijft. In de praktijk bestaat een (sterke) voorkeur voor het werken met drempels in plaats van kortingen. Een korting wordt in de regel slechts als een geschikt instrument gezien om de omvang van het normaal maatschappelijk risico weer te geven, als op voorhand duidelijk is dat de schade onevenredig is en (deels) voor tegemoetkoming in aanmerking zou komen.⁵³ De hoogte van de drempel of korting wordt bepaald door het bestuursorgaan, dat daarbij beoordelingsruimte toekomt.⁵⁴ Het bestuursorgaan dient deze vaststelling naar behoren te motiveren. Naarmate de korting of drempel hoger is, worden er zwaardere eisen aan de motivering gesteld.⁵⁵

⁵¹ Art. 4:126 Awb, met dien verstande dat dit artikel *niet* van toepassing is op abnormale en speciale lasten vanwege wetten in formele zin. Deze zullen steeds zelf in een compensatiegrondslag moeten voorzien.

⁵² Rb. Den Haag 9 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:11457, rechtsoverweging 4.18.

⁵³ Zie o.a. CBB 19 februari 2026, ECLI:NL:CBB:2026:101, rechtsoverweging 18.4.

⁵⁴ Zie o.a. ABRvS 18 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2774, rechtsoverweging 42.

⁵⁵ ABRvS 5 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5105 (*Wouwse Tol*).

- 3.31. Dit werken met kortingen en drempels is weliswaar een breed aanvaarde methode, maar niet altijd ideaal als het uitdrukkelijke doel is om de lasten van verduurzamingsmaatregelen bij de ondernemer te laten landen. Zelfs een relatief hoge drempel sluit immers niet bij voorbaat nadeelcompensatie uit. Dit leidt er dus toe dat het in algemene zin lastig voorstelbaar is dat een verduurzamingsmaatregel op voorhand geen nadeelcompensatierisico kent. Dit geldt temeer als het criterium van de *speciale* last wordt toegepast, waarbij het uitgangspunt is dat de “zwaarst geraakte” groep aanspraak kan maken op nadeelcompensatie (voor zover hun nadeel wel boven de drempel uitstijgt). Wij zien op dit punt echter twee potentiële oplossingen.
- 3.32. De eerste is gelegen in overgangstermijnen. Het is bestendige rechtspraak van het EHRM dat een adequate overgangstermijn in het geval van eigendomsregulering voldoende kan zijn om te voorzien in een *fair balance*, zonder dat (ook) in financiële compensatie hoeft te worden voorzien.⁵⁶ Dit is ook logisch nu met een overgangstermijn de exploitant ondanks het verbod in staat wordt gesteld om gedurende een bepaalde periode zijn activiteiten voort te zetten. Een ruime overgangstermijn drukt (of zelfs: elimineert) het nadeelcompensatierisico, maar vertraagt ook de verduurzaming.
- 3.33. De tweede bestaat uit meer aandacht voor het inherente reguleringsrisico, zoals hierboven ook geschetst. Zo vinden wij best bepleitbaar dat – mede in het licht van het beginsel dat de vervuiler betaalt – het eenvoudigweg van vervuilers mag worden verwacht dat zij voortdurend hun emissies beperken. Dit punt is nog eenvoudiger te maken, als wordt gewerkt met (een variant op) de hierboven gesuggereerde beleidsagenda, waar regulering met betrekking tot een verduurzamingsmaatregel langzaam verschuift van faciliterend naar handhavend. Zeker voor grote vervuilers behoort het op enig moment simpelweg bij de aard van hun bedrijfsvoering dat zij verduurzamingsmaatregelen treffen, zonder dat nog hoeft te worden beoordeeld of en in hoeverre het nadeel daardoor boven een bepaalde drempel uitkomt.⁵⁷ In de jurisprudentie lijkt dit concept met name goed te werken in tandem met enige overgangstermijn: het wordt dan redelijk geacht dat het bedrijf enige tijd krijgt om over te schakelen of nog wat laatste

⁵⁶ Zie o.a.:

EHRM 27 november 2012, 21252/09 (*TIPP 24 AG t. Duitsland*), par. 34-35: verbod op bemiddeling in openbare kansspelen. De aan klager gegunde overgangstermijn was voldoende om aan te nemen dat op hem geen individuele en buitensporige last drukte.

EHRM 16 oktober 2018, 21623/13 (*Könyv-Tar e.a. t. Hongarije*), par. 28: het EHRM overweegt dat de betrokken eigendomsregulering (centralisatie van schoolboekendistributie) niet voorziet in een *fair balance* omdat aan klagers geen compensatie wordt toegekend én bovendien de overgangstermijn onvoldoende lang is om dit gebrek aan compensatie te rechtvaardigen.

EHRM 13 december 2011, 27485/06 e.a. (*Lakecevic e.a. t. Servië*), par. 70: ten aanzien van het in dit geval ontbreken van een *fair balance* overweegt het EHRM: “It could have been otherwise had the applicants been obliged to endure a reasonable and commensurate reduction rather than the total suspension of their entitlements (see, among many authorities, Kjartan Asmundsson, cited above, § 45; Wiczorek v. Poland, cited above, § 67, Maggio and Others v. Italy, cited above, § 62, Banfield v. the United Kingdom (dec.), no. 6223/04, 18 October 2005) or if the legislature had afforded them a transitional period within which to adjust themselves to the new scheme [ond. adv.]”

⁵⁷ Vgl. over het inherente bedrijfsrisico ABRvS 4 oktober 2023, ECLIP:NL:RVS:2023:3707. Zie vergelijkbaar (maar dan over een geweldsincident in een discotheek) ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5333. Ook bepaalde externe risico's (weersomstandigheden, stakingen, oorlog) vallen bij voorbaat buiten het nadeelcompensatierecht, zie ABRvS 18 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:794.

verdiens tijd te hebben, voordat alle nadeel ná ommekomst van de overgangstermijn volledig tot zijn risico wordt gerekend – ongeacht de omvang ervan.⁵⁸

4. Reflecties eigendomsrecht

- 4.1. Op basis van het voorgaande, menen wij dat het eigendomsrecht geen “hinderpaal” is voor verduurzaming. Het eigendomsrecht staat eraan in de weg dat onmiddellijk, grootschalig en zonder compensatie verduurzamingsmaatregelen worden afgedwongen, maar dat lijkt ons ook niet onterecht. Het eigendomsrecht is in die zin vooral een kern waaromheen concepten als evenredigheid en rechtszekerheid draaien. Iedere vorm van regulering – of dat nu raakt aan eigendom of niet – zal deze concepten in acht moeten nemen.
- 4.2. Dit betekent echter wel dat een overheid met betrekking tot verduurzamingsmaatregelen steeds een keuze zal moeten maken: snel en duur (want: veel nadeelcompensatie of een volledige schadeloosstelling bij onteigening), of traag en goedkoop? Beide keuzes kunnen gerechtvaardigd zijn. De verhouding tussen snelheid van implementatie en nadeelcompensatierisico is echter niet gefixeerd, maar *juist* ook in handen van de betrokken overheid. Een *consistent en duidelijk* verduurzamingsbeleid maakt iedere volgende verduurzamingsmaatregel (nog) voorzienbaarder – zodat de *fair balance* van die maatregel weer sneller is gegeven. Bij een dergelijk beleid wordt het nadeelcompensatierisico voortdurend kleiner en de noodzakelijke overgangstermijn (als compenserende maatregel; de *implementatietermijn* zal ook steeds redelijk moeten zijn) korter.
- 4.3. Dit is geen proces dat nu nog moet beginnen; verduurzaming staat al decennialang steeds hoger op de agenda. De voornaamste uitdaging zit erin dat die algemene verduurzamingsnoodzaak moet worden vertaald naar bijvoorbeeld sectorale doelen, keuzes voor bepaalde technieken en een duidelijk beleid op uitfasering van oude technieken. Als dit op orde is, biedt het eigendomsrecht juist veel *mogelijkheden* om tot een vlotte verduurzaming van de samenleving over te gaan. Want als één ding uit de jurisprudentie rondom artikel 1 EP blijkt, is het dat eigendom niet onaantastbaar is. Integendeel, artikel 1 EP biedt overheden juist een praktisch kader om eigendom mee te reguleren. Zolang dit maar *fair* gebeurt.

5. Open normen en duurzaamheid

⁵⁸ Zie bijv. ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:227 over beëindiging van prostitutie in het Groningse A-Kwartier. Ook in het arrest over de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie lijkt het Hof van een dergelijke gedachte te zijn uitgegaan; Hof Den Haag 24 juni 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:1160.

- 5.1. Hiervoor zijn wij uitgebreid ingegaan op de bescherming van eigendomsrechten onder artikel 1 EP EVRM en de aanscherping daarvan in relatie tot het belang van verduurzaming. In deze paragraaf willen wij ingaan op de rol die open normen in het publiekrecht⁵⁹ kunnen spelen bij het nastreven van dat belang. Daar past gelijk een belangrijke *caveat* bij: open normen in het bestuursrecht zijn wijdverspreid en over de relatie tussen duurzaamheid en open normen is de afgelopen jaren veel geschreven en zijn allerlei invalshoeken denkbaar.⁶⁰
- 5.2. Wij pretenderen niet dit onderwerp in volledige diepgang te (kunnen) bespreken, hetgeen dus noopt tot keuzes. Onze focus ligt op eventueel aan de toepassing van open normen gestelde beperkingen bij het nastreven van duurzaamheidsdoelen in het bijzonder in de (gebouwde) omgeving, mede in het licht van de gestelde vraagpunten. Voorafgaand aan onze uiteenzetting daarvan eerst een korte duiding van het fenomeen "open norm" in het publiekrecht.
- 5.3. Open normen zijn normen die tekstueel gezien nog geen direct toepasbare normatieve inhoud hebben en die nadere invulling nodig hebben om concreet te kunnen worden toegepast. Het gaat om wettelijke normen met brede, vage begrippen, zoals 'openbare orde', 'algemeen belang' of 'doelmatigheid'. Omdat open normen nadere invulling behoeven, wordt ook wel gezegd dat zij reguleringsruimte bieden aan andere actoren – decentrale overheden, toezichthouders of zelfs de normadressaat zelf.⁶¹
- 5.4. Bij open normen in het publiekrecht kan een onderscheid worden gemaakt tussen objectieve en subjectieve open normen.⁶² Met objectieve open normen wordt doorgaans bedoeld op termen of definities met een duidelijke betekenis in het normale spraakgebruik, zoals 'brandgevaar', 'woning', 'bouwwerk' of 'peil'.⁶³ Over de betekenis van dergelijke normen is discussie denkbaar en bovendien is de

⁵⁹ Uiteraard valt het strafrecht ook binnen het publiek recht en ook dáár zijn mogelijkheden om duurzaamheid te waarborgen. Zo zijn er juristen die ervoor pleiten dat evidente, verwijtbare duurzaamheids-aftakelingen ook strafrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden. Zie bijv. Sjoerd Lopik die een proefschrift schreef over de rol van het strafrecht naar het juridische antwoord op klimaatverandering (S.J. Lopik, *Klimaatstrafrecht: de rol van het strafrecht binnen het juridische antwoord op klimaatverandering*, Deventer: Wolters Kluwer 2025). De richtlijn milieustrafrecht en de strafrechtelijke handhaafbaarheid van bepaalde zorgplichten (art. 1.7a Ow) illustreren dat dit spoor aandacht verdient. Een nadere verkenning valt evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld T. Barkhuysen en V. van 't Lam, *Handhaving van open, op duurzaamheid gerichte CSDDD-normen: lessen vanuit het bestuursrecht*, in H.J. de Kluiver, *Open normen, toezicht en duurzaamheid vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht, Preadviezen van de Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'*, nr. 2023. Zutphen, Uitgeverij Parijs, p. 37-59 (hierna: Barkhuysen & Van 't Lam 2023). Zie ook J. van der Velde, *Open normen in het omgevingsplan: een onderzoek naar de juridische aanvaardbaarheid en het gebruik van bouw-, aanleg- en gebruiksregels met open normen in het omgevingsplan* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), 2025 (hierna: Van der Velde 2025).

⁶¹ Barkhuysen & Van 't Lam 2023, p. 39.

⁶² Zie: R.J.N. Schlossels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, band 1, Kluwer: Deventer 2017, p. 122-123. Zie ook Barkhuysen & Van 't Lam 2023, p. 40.

⁶³ Van der Velde 2025, p. 23.

betekenis (deels) afhankelijk van de context waarin het begrip wordt gebruikt. Dergelijke normen laten wij hier rusten.

- 5.5. Met subjectieve open normen (hierna: open normen) wordt bedoeld dat de norm in kwestie ruimte biedt voor een afweging door het bestuursorgaan, te toetsen door een rechter. Het open karakter maakt niet dat deze normen niet hoeven te worden nageleefd; ze zijn juridisch bindend.⁶⁴ Dergelijke subjectieve open normen zijn schering en inslag in het publiekrecht, over alle beleidsterreinen. Denk in het, voor deze paper relevante, omgevingsrecht aan het voorzorgsbeginsel, de “redelijke eisen van welstand”, de evenwichtige toedeling van functies aan locaties, het beginsel dat de “vervuiler betaalt”, en de algemene zorgplicht uit artikel 1.6 Omgevingswet: “Een ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving”. Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in wezen open normen die per geval worden ingevuld en toegepast.
- 5.6. Open normen als genoemd zijn essentieel voor het goed functioneren van de overheid. Ze bieden de in een steeds complexere maatschappij noodzakelijke flexibiliteit, geven ruimte om maatwerk te leveren, om te gaan met (door de wetgever) niet voorziene omstandigheden en in te gaan op nieuwe (technologische) ontwikkelingen. Ook geven ze ruimte aan burgers en bedrijven voor zelfregulering.⁶⁵ De ruimte die de wetgever met open normen aan het bestuursorgaan respectievelijk burgers biedt, lijkt goed te passen bij het streven naar duurzaamheid. Zo gaan technologische ontwikkelingen snel en bestaat in veel gevallen de wens bij bedrijven tot zelfregulering.
- 5.7. Open normen zijn echter niet een soort heilige graal, maar kennen in onze optiek ook duidelijke beperkingen, mede in relatie tot duurzaamheidsvereisten. Om die beperkingen scherp te krijgen, is van belang een onderscheid te maken tussen enerzijds open normen die het bestuursorgaan ruimte geven om regelgevend op te treden⁶⁶ dan wel initiatieven te beoordelen of te beëindigen, en anderzijds open normen die het gedrag van burgers en bedrijven normeren, zoals zorgplichten. In het eerste geval (situatie 1) toetst de rechter de toepassing van de norm door het bestuursorgaan in beginsel terughoudend, omdat de open norm het bestuursorgaan vrijheid biedt bij de invulling daarvan. In het tweede geval (situatie 2) komt de rechter er pas aan te pas als het bestuursorgaan de open norm handhaaft, dan wel probeert te handhaven, en de aan handhaving onderhevige burger na bezwaar in beroep gaat, hetgeen een intensievere rechterlijke toets vereist.

⁶⁴ Zie: ABRvS 20 maart 2024, ECLI:NL:RVS:2024:1152.

⁶⁵ Barkhuysen 2023, paragraaf 2.3.

⁶⁶ Denk bijvoorbeeld aan de toepassing van het voorzorgsbeginsel in de Omgevingsvisie zoals voorgeschreven door artikel 3.3 Omgevingswet.

- 5.8. Open normen als bedoeld in situatie 1 doen zich bijvoorbeeld voor in het Omgevingsplan. Deze opvolger van het bestemmingsplan heeft onder meer tot doel om meer flexibiliteit te bieden aan bestuursorganen bij het toedelen van functies aan gronden.⁶⁷ Een belangrijke maatstaf in dat kader is het begrip 'evenwichtige toedeling van functies aan locaties' (ETFAL). Dit is de opvolger van de "goede ruimtelijke ordening", met die verruiming dat óók motieven als gezondheid, duurzaamheid en klimaatadaptatie eronder vallen.⁶⁸ Het bevoegd gezag heeft bij de vaststelling van een omgevingsplan beleidsruimte. Dat betekent dat er ook ruimte is om met het oog op duurzaamheidsbelangen bepaalde activiteiten planologisch niet toe te laten.
- 5.9. De ETFAL biedt zo een kans om duurzaamheid te bevorderen – maar alleen als het bevoegd gezag dat *wil*; deze is echter lastig afdwingbaar bij een rechter, die onderhavige afweging, als die aan hem voorligt, terughoudend toetst in verband met de aan het bestuursorgaan toekomende beleidsruimte. In dit verband wijzen wij op een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) waarin appellanten een omgevingsplanwijziging die voorzag in de bouw van 24 woningen ter discussie stelden, in verband met het belang van groen, duurzaamheid en afwatering. Zij meenden dat het bestuursorgaan niet voldeed aan zijn eigen verplichtingen zoals opgenomen in de Strategie Klimaatadaptatie. De Afdeling wees dit betoog echter af: het feit dat niet alle bestaande bomen op die locatie behouden konden blijven, betekende nog niet dat er sprake was van een onaanvaardbare afname van groen. Er bestond geen grond voor het oordeel dat als gevolg van het besluit tot omgevingsplanwijziging onaanvaardbaar veel groen verloren zou gaan en de raad niet in overeenstemming met de gemeentelijke ambities op het gebied van klimaatadaptatie en duurzaamheid had gehandeld.⁶⁹
- 5.10. Een ander relevant aspect bij Omgevingsplannen is, dat het ook toegestaan is om daarin een open norm op te nemen die nader wordt ingevuld door beleidsregels.⁷⁰ Het gaat dan om een zogeheten dynamische verwijzing, omdat de beleidsregels ook na vaststelling van het Omgevingsplan kunnen worden gewijzigd. Een dergelijke constructie geeft dus ruimte aan bestuursorganen om nadere duurzaamheidscriteria te stellen of aan te scherpen. Denk bijvoorbeeld aan parkeernormen of milieukwaliteitseisen.

⁶⁷ Stb. 2018, 290, p. 98.

⁶⁸ Kamerstukken II 2015/16, 33962, nr. 3, p. 137 e.v.

⁶⁹ ABRvS 5 november 2025, ECLI:NL:RVS:2025:5339.

⁷⁰ Zie: ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2004 en overweging 18.3 van de uitspraak van de Afdeling van 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2649.

5.11. Tegelijkertijd zit hier spanning met het rechtszekerheidsbeginsel. Bij vaststelling van het Omgevingsplan kan het beleid waar de opgenomen norm naar verwijst immers anders luiden of anders worden geïnterpreteerd, dan op het moment dat de eigenaar met de norm wordt geconfronteerd bij, bijvoorbeeld, de aanvraag van een vergunning. Die aanvrager zal dan de norm in het Omgevingsplan ter discussie willen stellen, ook al is het Omgevingsplan zelf inmiddels onherroepelijk.⁷¹ Dat kan, indien de betreffende norm evident in strijd is met hogere regelgeving: het evidentie criterium.⁷² Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt dat de wetgever bestuursorganen in de Omgevingswet (en haar voorloper de Wet ruimtelijke ordening (Wro) en Crisis- en herstelwet) expliciet de ruimte heeft geboden om open normen in het Omgevingsplan op te nemen en die nader in te vullen door beleidsregels, de dynamische verwijzing.

5.12. De Afdeling toetst scherp of het gebruik van open normen met dynamische verwijzing niet in strijd komt met het rechtszekerheidsbeginsel, in die zin dat een eigenaar bij vaststelling van het Omgevingsplan daaruit duidelijk moet kunnen afleiden aan welke norm hij gebonden is. De wijze waarop de Afdeling dit toetst is neergelegd in de zogenoemde Belvédère-uitspraak van de Afdeling.⁷³ Hieruit volgt dat de norm voldoende concreet en objectief begrensd moet zijn. Wanneer daarvan sprake is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁷⁴

5.13. Een goed voorbeeld van de toepassing van de eisen uit de Belvédère-uitspraak vormt de uitspraak over het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte voor de locatie aan het Maanplein 110 in Den Haag.⁷⁵ Hier ging het over een regel die bepaalde dat hoogbouw moest worden ingepast volgens het Haags hoogbouwbeleid, wat, volgens de gemeente, zag op aanvullende eisen van welstand. De Afdeling concludeerde echter dat de abstracte formulering van dat beleid niet duidelijk maakte dat het de gemeente alleen te doen was om eisen van welstand. Denkbaar was immers via de dynamische verwijzing dat de beleidsregel zou worden aangepast met nieuwe of andere normen. De norm was dan ook onvoldoende concreet en objectief begrensd en daarom evident in strijd

⁷¹ Dat kan via exceptieve toetsing. Zie daarover uitgebreid de conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven van 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367.

⁷² Zie uitgebreid over dit criterium: ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380.

⁷³ ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388.

⁷⁴ Onder de omstandigheden van het geval vallen: 1) de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, ziet, 2) het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de figuur van de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de betrokken open norm, 3) de aanleiding voor het werken met een dergelijke figuur, en 4) de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop die figuur ziet. Zie: ABRvS 27 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2388, rechtsoverweging 9.4.

⁷⁵ Zie: ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380 en de aan deze uitspraak ten grondslag liggende conclusie van staatsraad advocaat-generaal mr. A.G.A. Nijmeijer. Overigens is het eenvoudigweg stellen dat een open norm met dynamische verwijzing in strijd is met de rechtszekerheid niet voldoende. De appellant moet wel onderbouwen waarom dat dan zo is. Zie: ABRvS 11 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:5127, rechtsoverweging 13.1

met het rechtszekerheidsbeginsel.⁷⁶ Ook het niet concreet verwijzen naar “de op dat moment van toepassing zijnde” beleidsregels is onvoldoende rechtszeker.⁷⁷ Een zeer globale planregel kan overigens sowieso niet worden gecompenseerd door verwijzing naar een wél concrete beleidsregel – het moet in de planregel zelf al duidelijk zijn op welk facet van een evenwichtige toedeling de regel ziet.⁷⁸

- 5.14. In zijn dissertatie “Open normen in het Omgevingsplan” gaat Jurjen van der Velde uitgebreid in op deze problematiek. Hij concludeert, in essentie, dat de mate waarin een Omgevingsplan of ander instrumentarium onder de Omgevingswet open normen kan bevatten, afhangt van het regeltype. Zo dient, in zijn optiek, een vergunningplicht en meldingsplicht in hoge mate concreet en objectief te zijn begrensd, hetgeen zich minder leent voor een open norm. Dit terwijl een specifieke zorgplicht (zie hierna) of beoordelingsregel zich beter leent voor open normen.⁷⁹ Hij laat hiermee zien dat open normen weliswaar acceptabel zijn, maar in belangrijke mate worden begrensd door de vereiste rechtszekerheid, gekoppeld aan het moment van rechterlijke toetsing.

Vergunningen

- 5.15. Het voorgaande handelt over het toekennen van functies aan locaties en de in verband daarmee te stellen eisen, ook vanuit duurzaamheidsperspectief. Dat perspectief kan echter ook een rol spelen bij de beperking van activiteiten, zoals het intrekken van vergunningen. Ook daar kunnen open normen een belangrijke rol spelen. Sprekend voorbeeld is de recente weigering van het college van B&W van Amsterdam van de aanvragen om exploitatievergunningen voor passagiersvervoer over de Amsterdamse grachten.⁸⁰ B&W weigerden die vergunning, kort gezegd, vanuit welstandsperspectief, meer specifiek de wens om het stedelijk milieu, de leefbaarheid en de cultuurhistorische waarden van de historische binnenstad te beschermen. Bij uitstek open normen dus.
- 5.16. Appellanten betoogden dat die weigering in strijd was met (onder meer) de Dienstenrichtlijn. Niet ter discussie stond dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op passagiersvervoer over de Amsterdamse binnenwateren,⁸¹ maar de richtlijn bood tegelijkertijd ruimte om de aanvraag toch te weigeren wegens dwingende redenen van algemeen belang. Op zich kwalificeerde de bescherming van de leefbaarheid van het stadscentrum en de cultuurhistorische waarden van de

⁷⁶ Zie: rechtsoverweging 6.7.1 van de genoemde uitspraak. Overigens betekent dit niet dat een gemeente er verstandiger aan doet om de norm zelf in het Omgevingsplan (of bestemmingsplan) op te nemen, zonder dynamische verwijzing, omdat dat betekent dat de Afdeling de norm direct toetst bij vaststelling van het plan. Bijvoorbeeld: ABRvS 10 december 2025, ECLI:NL:RVS:2025:5993, rechtsoverweging 8.4.

⁷⁷ Zie: ABRvS 24 januari 2024, ECLI:NL:RVS:2024:249, rechtsoverweging 47.8.

⁷⁸ D.C.M. Vleeskens, ‘Open normen en beleidsregels: concretisering van het Belvédère-toetsingskader’, *PRO* 2024/44, p. 12.

⁷⁹ Zie Van der Velde 2025, paragraaf 8.1 en 8.5, in het bijzonder tabel 8.1

⁸⁰ ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:160.

⁸¹ ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:160, rechtsoverweging 9.

binnenstad als dwingende redenen van algemeen belang,⁸² maar daarvoor moeten B&W wel aannemelijk maken dat die waarden in het geding zijn. Daar bleken B&W niet in geslaagd. Weliswaar was het aantal in gebruik genomen vaartuigen gestegen, maar daaruit bleek nog niet dat de leefbaarheid onder druk staat. Ook was niet onderbouwd met rapporten of anderszins waarom het uiterlijk van de passagiersvaart ertoe leidt dat de kwaliteit van de grachten als historisch erfgoed onder druk staat. B&W zullen dit dus nog nader moeten onderbouwen.

- 5.17. Hoewel deze saga enigszins losstaat van het aspect duurzaamheid, laat de uitspraak wel een andere beperking bij de toepassing van open normen zien, zeker in de situatie waarin een open norm wordt gebruikt om een vergunningaanvraag te weigeren. Het bestuursorgaan zal in dat soort situaties goed moeten kunnen onderbouwen waarom een open norm als duurzaamheid in het geding komt bij verlening van de vergunning. Naarmate de belangen van de aanvrager zwaarder wegen, zal de rechter daarvoor een hogere lat aanleggen.

Voorzorgsbeginsel

- 5.18. Het vraagstuk van motivering komt ook terug bij toepassing van het voorzorgsbeginsel.⁸³ Het voorzorgsbeginsel is een beginsel gericht op risicobeheer: wanneer wetenschappelijk bewijs ontoereikend is of onzekerheden bevat, en er aanwijzingen bestaan voor potentieel gevaarlijke gevolgen voor milieu of gezondheid, kunnen maatregelen worden genomen zonder af te wachten tot alle wetenschappelijke gegevens beschikbaar zijn. Het beginsel kan zelfs *vereisen* dat een overheid maatregelen neemt bij onzekere risico's.⁸⁴ Vraag is alleen hoe motiveer of onderbouw je dat? In een kwestie aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Den Haag hanteerde het college in het belang van de bescherming van het milieu uit voorzorg, anticiperend op een mogelijke definitieve kwalificatie als Zeer Zorgwekkende Stoffen (ZZS), alvast de voorschriften en het beschermingsniveau van ZZS voor *potentiële* ZZS (pZZS).⁸⁵ De rechtbank oordeelde dat het college binnen de hem toekomende beoordelingsruimte *in beginsel ruimte heeft* om, anticiperend op een definitieve kwalificatie als ZZS, uit voorzorg het voor ZZS geldende beschermingsregime voor pZZS en Gelijkwaardige zorg-stoffen te hanteren. Maar in dit geval heeft het college onvoldoende gemotiveerd waarom op grond van het voorzorgsbeginsel het voor ZZS geldende beschermingsniveau voor pZZS en Gelijkwaardige zorg-stoffen moet worden gehanteerd, aangezien hier ook stoffen onder vallen waarvoor geen volwaardige risico-evaluatie heeft plaatsgevonden, zoals bedoeld

⁸² Zie reeds: ABRvS 25 september 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3732, rechtsoverweging 12.3.

⁸³ Het voorzorgsbeginsel heeft een plaats gekregen in de Omgevingswet: bij de vaststelling van omgevingsvisies (art. 3.3 Ow) en bepaalde AMvB's (art. 23.6 Ow) moet rekening worden gehouden met dit beginsel. Het is ook herkenbaar in de BBT-toets (art. 8.9 en 8.10 Bkl) en in de weigeringsgrond van artikel 5.32 Ow.

⁸⁴ Mededeling van de Commissie over het voorzorgsbeginsel (COM (2000) 1 definitief).

⁸⁵ Rb. Den Haag 24 september 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:18388.

in de mededeling van de Europese Commissie en zoals wel vereist is voor toepassing van het voorzorgsbeginsel.⁸⁶

Instandhoudingsdoelstellingen

5.19. Het valt niet uit te sluiten dat het beperken van initiatieven of zelfs de intrekking van verleende rechten, zoals vergunningen, in de (nabije) toekomst vaker nodig zal zijn om aan bepaalde duurzaamheidsverplichtingen te kunnen (blijven) voldoen.⁸⁷ Hier gaat het dan niet over de beoordeling van initiatieven door het bestuursorgaan, maar om het opleggen van beperkingen door het bestuursorgaan (situatie 1). Voorbeeld hiervan is de discussie rondom stikstof. In dat kader is relevant dat de Omgevingswet een scala aan opties biedt om bestaande rechten in te perken, dan wel in te trekken. Denk bijvoorbeeld aan algemeen verbindende regels op Rijks- of provinciaal niveau,⁸⁸ het stellen van strengere maatwerkvoorschriften of (zelfs) de intrekking van verleende vergunningen. Goed voorbeeld van dat laatste is de recente discussie over de intrekking van omgevingsvergunningen voor de activiteit natuur in Noord-Brabant. Een natuurorganisatie heeft gedeputeerde staten van de provincie verzocht om een aantal natuurvergunningen in te trekken van zogenaamde piekbelasters op Natura 2000-gebieden. Recent heeft de rechtbank Oost-Brabant bepaald dat als gedeputeerde staten onvoldoende passende maatregelen weten te treffen die leiden tot een substantiële daling van de stikstofdepositie in het Natura 2000-gebied, zij passende maatregelen moeten nemen met betrekking tot de onderneming zelf, hetgeen kan betekenen dat de vergunning (deels) wordt ingetrokken.⁸⁹

5.20. Los van de inhoudelijke merites van de zaak, is de kwestie met name interessant vanuit de norm die wordt geschonden. De verzoeken zijn namelijk gebaseerd op het (inmiddels vervallen) artikel 5.4 Wet natuurbescherming (Wnb) in combinatie met artikel 2.4 Wnb waaruit volgt dat gedeputeerde staten passende maatregelen moeten nemen gelet op de instandhoudingsdoelstellingen van het betreffende Natura 2000-gebied, waaronder de intrekking van een verleende vergunning. Hier zijn de instandhoudingsdoelstellingen ingevuld met natuurdoelanalyses die laten zien dat de stikstofdepositie op het natuurgebied te hoog is en dat aanvullende maatregelen noodzakelijk zijn om de depositie te laten afnemen tot onder de Kritische Depositie Waarde (KDW). De open norm “instandhoudingsdoelstelling”, wordt hier dus ingevuld met wetenschappelijk onderzoek dat vervolgens direct consequenties heeft voor verworven rechten.

⁸⁶ Rb. Den Haag 29 juli 2025, ECLI:NL:RBDHA:2025:14481.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld: M.N. Boeve e.a. 'Juridische uitdagingen in het Omgevingsrecht', TO 2024, nr. 1.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld de recente discussie omtrent de wijziging van de Omgevingsverordening van de provincie Noord-Brabant, waarbij aanvullende eisen zijn gesteld aan stalsystemen. Zie: [Omgevingsverordening Noord-Brabant | Lokale wet- en regelgeving](#)

⁸⁹ Rb. Oost-Brabant 16 april 2025, ECLI:NL:RBOBR:2025:2331.

5.21. De toepassing van de open norm lijkt hier dus niet zozeer beperkt te worden door de rechtszekerheid, althans niet vanuit het perspectief dat onduidelijk is waar een eigenaar aan moet voldoen (zoals vaak bij de open normen in het Omgevingsplan). Eerder speelt de rechtszekerheid hier een belangrijke rol bij het verworven recht van de vergunning, maar die discussie wordt voornamelijk gevoerd over de band van het evenredigheidsbeginsel, waar de rechtbank Oost-Brabant ook uitgebreid op ingaat. Deze beperkingen hebben wij hiervoor echter al uitgebreid besproken vanuit het perspectief van artikel 1 EP EVRM.

Specifieke zorgplichten

5.22. Een ander voorbeeld van het beperken van activiteiten door bestuursorganen, zijn de algemene en bijzondere zorgplichten uit de Omgevingswet.⁹⁰ Hier gaat het niet om open normen die beperkingen kunnen stellen aan de bouw- of gebruiksmogelijkheden van gronden via het Omgevingsplan of de beperking van bestaande of aangevraagde rechten, maar om normen die gedrag normeren. De Omgevingswet kent diverse voorbeelden, van algemene zorgplichten in artikel 1.6, 1.7 en 1.7a Omgevingswet⁹¹ tot specifieke zorgplichten voor milieubelastende activiteiten, zoals neergelegd in bijvoorbeeld artikel 2.11 van het Besluit Activiteiten Leefomgeving (Bal). Volgens de memorie van toelichting hebben deze zorgplichten vier functies: (1) bewust maken van de eigen verantwoordelijkheid, (2) bieden van een leidraad voor gedrag, (3) bieden van een maatstaf voor beoordeling, en (4) bieden van een rechtvaardigingsgrond voor handhaving bij onmiskenbare strijd (vangnetfunctie). Belangrijk verschil tussen de algemene en bijzondere zorgplichten is dat de algemene zorgplicht alleen geldt als de wet of lagere regelgeving geen specifieke regels bevatten en dat bijzondere zorgplichten gelden naast en in aanvulling op bestaande regels en voorschriften.⁹²

5.23. Wat beide typen van zorgplichten gemeen hebben, is dat zij een effectief instrument *kunnen* zijn om duurzaamheidsdoelstellingen na te streven. De vraag is echter of dat in de praktijk ook steeds zo zal uitwerken.⁹³ Weliswaar hanteert de Afdeling het uitgangspunt dat algemene zorgplichten handhaafbaar zijn en afdwingbaar via bestuursdwang of een last onder dwangsom,⁹⁴ maar het moet

⁹⁰ Overigens is ook andere regelgeving aan te wijzen waarin zorgplichten zijn opgenomen in relatie tot duurzaamheid. Denk bijvoorbeeld aan de CSRD- en de CSDDD-richtlijnen. Wij verwijzen daartoe naar Barkhuysen & Van 't Lam 2023.

⁹¹ Artikel 1.7a Omgevingswet biedt de mogelijkheid om strafrechtelijk op te treden. Bij dergelijk optreden speelt rechtszekerheid en legaliteit een nog grotere rol. Zie daarover: Ministerie van Justitie, 'Ruimte voor zorgplichten', bijlage bij *Kamerstukken II*, 2003.04, nr. 29 279, nr. 14.

⁹² M. Bloos e.a., 'Zorgplichten, ei van Columbus of zorgenkindje?', *TBS&H* 2024, nr. 2.

⁹³ Zie bijvoorbeeld: F.P.C.L. Tonnaer, 'Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst?', *TO* 2019, p. 89-100, die erop wijst dat de algemene zorgplicht van artikel 1.6 Omgevingswet zonder nadere invulling niets meer dan een signaalfunctie heeft en niet handhaafbaar is.

⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, rechtsoverweging 2.5.1

dan wel gaan om handelen dat onmiskenbaar⁹⁵ in strijd is met de zorgplicht.⁹⁶ Reden daarvoor, aldus de Afdeling, is dat de zorgplicht begrippen bevat die nadere invulling behoeven en waarbij niet één invulling als de enig juiste kan worden beschouwd. Kortom, de open norm moet eerst worden ingevuld voordat van overtreding of handhaving sprake kan zijn. Anders weet een burger niet waar hij aan toe is en staat de rechtszekerheid (wederom) in de weg aan handhaving van de norm.

5.24. Zo werd een college van B&W, dat op grond van de algemene zorgplicht uit artikelen 1.6 en 1.7 Ow een last onder dwangsom had opgelegd aan een appellant wegens stofvorming op het perceel, door de rechter teruggefloten.⁹⁷ De rechter oordeelde dat voor handhavend optreden op grond van die artikelen slechts ruimte bestaat als ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden voor de fysieke leefomgeving en de Omgevingswet geen concretere normen bevat ter voorkoming of beperking van deze gevolgen.⁹⁸ In dat geval was niet vast te stellen of er ernstige nadelige gevolgen dreigden op te treden. Het college heeft daarom ten onrechte handhavend opgetreden wegens schending van de algemene zorgplicht.

5.25. Weliswaar geldt bij *specifieke* zorgplichten een ander kader,⁹⁹ maar de problematiek is vergelijkbaar. Van overtreding van een specifieke zorgplicht kan pas sprake zijn als de burger redelijkerwijs kan voorzien wat een overtreding in een concreet geval inhoudt.¹⁰⁰ Ook daar wordt de mogelijkheid een open norm ten nadele van een burger in te vullen, beperkt door de rechtszekerheid. De rechtbank Noord-Nederland deed hierover recent een interessante uitspraak.¹⁰¹ Eiseressen meenden dat het gebruik van bestrijdingsmiddelen al een overtreding van de specifieke zorgplicht opleverde, omdat de bestaande regelgeving met betrekking tot het gebruik van bestrijdingsmiddelen ontoereikend zou zijn; daarom zou de specifieke zorgplicht ingevuld moet worden aan de hand van het voorzorgsbeginsel. Dit verzoek werd afgewezen onder verwijzing naar de rechtszekerheid:

⁹⁵ Overigens signaleert de Afdeling advisering dat "onmiskenbaar" op zichzelf ook een open norm is. Wanneer is immers sprake van "onmiskenbaarheid"? Zie: Nota van Toelichting bij ontwerpbesluit Bal, bijlage bij Kamerstukken II, 2018/19, 33 118, nr. 112.

⁹⁶ ABRvS 26 november 2025, ECLI:NL:RVS:2025:5756. Deze uitspraak gaat over zorgplichten voor invoering van de Omgevingswet. Uit een recente uitspraak van de Rb. Den Haag volgt dat diezelfde benadering ook toepassing kent onder de Omgevingswet. Zie: Rb Den Haag 27 maart 2026, ECLI:NL:RBDHA:2026:7185.

⁹⁷ Rb. Gelderland 2 september 2025, ECLI:NL:RBGEL:2025:7400.

⁹⁸ Rb. Gelderland 2 september 2025, ECLI:NL:RBGEL:2025:7400, rechtsoverweging 5.4.

⁹⁹ A. Collignon, 'Zorgplichten in het omgevingsrecht', in: *Zorgplichten in het bestuursrecht. Preadviezen* (Vereniging voor Bestuursrecht), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 135- 201.

¹⁰⁰ Bijvoorbeeld: Rb Oost-Brabant 2 juli 2025, ECLI:NL:RBOBR:2025:3947.

¹⁰¹ Rb. Noord-Nederland, 30 maart 2026, ECLI:NL:RBNNE:2026:1051.

“De rechtbank is van oordeel dat directe handhaving van het overtreden van de specifieke zorgplicht niet gerechtvaardigd is als diegene redelijkerwijs niet kon weten wat in het concrete geval een goede invulling is van de specifieke zorgplicht. Bij een evenwichtige toepassing van de specifieke zorgplicht en met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel hoort in ieder geval dat redelijkerwijs te voorzien moet zijn wat de specifieke zorgplicht in een concreet geval inhoudt.”

5.26. Ook de rechtbank Limburg deed recent een uitspraak in het zakje.¹⁰² Het college van B&W wees een handhavingsverzoek af, omdat geen sprake was van een evidente overtreding van de zorgplicht uit art. 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving (Bal); daarvoor is namelijk vereist dat het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen voor de lelieteelt onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht. Verzoekster betwijfelt of de voorschriften van het Ctgb en het Bal toereikend zijn en wijst op onderzoek van het RIVM over gewasbeschermingsmiddelen, maar de voorzieningenrechter, oordeelt dat - hoewel er aanwijzingen zijn voor een verband tussen het gebruik van bepaalde gewasbeschermingsmiddelen en het voorkomen van bepaalde ziektes en aandoeningen - daarmee nog niet is gegeven dat onmiskenbaar sprake is van een overtreding van de specifieke zorgplicht door de lelietelers enkel en alleen door het gebruik van gewasbeschermingsmiddelen, ook als dat in overeenstemming is met de gebruiksvoorschriften en paragraaf 4.64 van het Bal. Ook hier is dus de grens van de rechtszekerheid te zien: een derde hoeft niet, terwijl hij zich houdt aan de daarover gestelde regels door het Ctgb en het bevoegde gezag, zelf te voorzien dat hij mogelijk méér moet doen dan dat.

6. Reflecties open normen en een alternatief

6.1. Waar leidt het voorgaande nu toe in relatie tot de gestelde vraagpunten? Duidelijk mag zijn dat open normen in het publiek recht bestuursorganen de ruimte bieden om duurzaamheidsdoelstellingen na te streven. Dergelijke normen zijn flexibel en, bijvoorbeeld bij Omgevingsplannen, stellen bestuursorganen in staat om in theorie slagvaardig beleidsdoelen te realiseren.¹⁰³ Zodra echter toepassing van de open norm ingrijpt in de rechten van burgers, vormt de rechtszekerheid een belangrijke beperking. Bij Omgevingsplannen moet een eigenaar bij de vaststelling ervan weten waar hij aan toe is en een bestuursorgaan moet van goeden huize komen wil hij een vergunningaanvraag kunnen afwijzen op basis van open normen. Gaat het om handhaving van

¹⁰² Rb. Limburg 7 juli 2025, ECLI:NL:RBLIM:2025:6311. Overigens heeft het Hof 's-Hertogenbosch deze uitspraak inmiddels vernietigd en geoordeeld dat het voorzorgsbeginsel niet de grondslag kan zijn voor de vordering, maar wel geconcludeerd dat sprake is van dreigend onrechtmatig handelen. Zie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 22 juli 2025, ECLI:NL:GHSHE:2025:2043.

¹⁰³ Wij merken hierbij op dat dit vooral in theorie is. In de praktijk valt ook prima een scenario te verzinnen waarin open normen en wijze waarop bestuursorganen die invullen juist leidt tot meer discussie en onduidelijkheid wat een slagvaardige uitvoering niet ten goede komt. Dit zal van geval tot geval verschillen.

zorgplichten, dan voorkomt de rechtszekerheid dat sprake is van een overtreding zonder dat de overtreder weet aan welke norm hij moet voldoen.

- 6.2. Dit alles maakt ook de beperking van open normen zichtbaar. Open normen zijn bij uitstek geschikt om de bestaande rechtsorde te stabiliseren en excessen aan de randen bij te sturen, maar minder geschikt om richtinggevende verandering af te dwingen. Zij zijn ontworpen om flexibiliteit te bieden binnen bestaande verhoudingen, niet om die verhoudingen zelf te hertekenen. Wie via open normen toch vergaande verduurzaming wil realiseren, vraagt in feite om zo twee tegenstrijdige functies tegelijk te vervullen: enerzijds flexibiliteit om in te spelen op veranderende omstandigheden, anderzijds voldoende scherpte en voorspelbaarheid om afdwingbaar te zijn. Wie via open normen verduurzaming wil afdwingen, stuit op het fundamentele spanningsveld tussen de flexibiliteit die duurzaamheidsambities vereisen en de rechtszekerheid die het recht vereist.
- 6.3. Bovendien bemoeilijkt een open norm de taak van de rechter in het beoordelen van overheidshandelen en met wet- en regelgeving strijdig handelen door burgers en ondernemingen. In de door ons genoemde voorbeelden komt vaak terug dat een rechter terughoudend is met het aannemen van uit open normen voortvloeiende verplichtingen voor burgers en geeft hij, logischerwijs, tegelijkertijd de overheid veel ruimte bij het invullen van een open norm. Vanuit dat perspectief kan het hanteren van duidelijker normen ook bijdragen aan een effectieve toets door de rechter.
- 6.4. Een bijzondere open norm die een goed voorbeeld is van hoe het anders zou kunnen, vormt de systematiek van de 'beste beschikbare technieken' (BBT). Op grond van artikel 8.9 lid 4 onder d Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) mag een milieubelastende activiteit alleen worden vergund als de in aanmerking komende BBT worden toegepast. Het gaat er hierbij om dat de meest doeltreffende, praktisch bruikbare technieken als uitgangspunt worden genomen om emissies en nadelige gevolgen voor het milieu te voorkomen of beperken. Deze systematiek vindt haar oorsprong in de Europese Richtlijn industriële emissies, op grond waarvan per branche BBT-referentiedocumenten (BREF's) worden vastgesteld. Daarnaast bestaan op nationaal niveau informatiedocumenten die zijn opgenomen in bijlage XVIII bij het Bkl. In deze informatiedocumenten staat informatie over de beste beschikbare technieken. De vergunningverlener moet rekening houden met die informatiedocumenten bij het beoordelen van een vergunningaanvraag.
- 6.5. Hoewel 'beste beschikbare technieken' een open norm is, is het bijzondere aan de BBT-systematiek dat de norm *wel* wordt ingevuld via informatiedocumenten die

periodiek worden geactualiseerd.¹⁰⁴ Wat vandaag geldt als beste beschikbare techniek, kan morgen achterhaald zijn. Pas wanneer deze concretisering heeft plaatsgevonden, ontstaat een harde verplichting via de vergunningvoorschriften. Er is aldus sprake van een dynamische open norm die – anders dan statische open normen – wél een voertuig kan zijn voor *verbetering* in plaats van alleen voor handhaving van de status quo, zonder dat dit tot rechtsonzekerheid leidt. De kracht van deze benadering is dat een persoon die een milieubelastende activiteit wil verrichten, zo weet wat er van hem wordt verwacht, het bevoegd gezag weet waarop het moet handhaven, en het geheel meebeweegt met de stand van de techniek. Dit laat eigenlijk zien dat niet de *openheid* van de norm, maar de concretisering ervan leidt tot effectiviteit.

- 6.6. Een aan het BBT-systeem soortgelijke systematiek zou ook kunnen worden gebruikt om op andere gebieden in het milieuthema concrete beleidsdoelen te formuleren en te vertalen in individueel handhaafbare normen. In plaats van te vertrouwen op open normen die aan de hand van duurzaamheid zouden moeten worden ingekleurd, is het effectiever om helder te formuleren welke duurzaamheidsdoelen worden nagestreefd en welke concrete verplichtingen daaruit voortvloeien. Door essentiële keuzes op wetgeversniveau te maken, wordt de rechtszekerheid en handhaafbaarheid van normen beter gewaarborgd, terwijl tegelijk sprake is van meer democratische legitimatie van die normen.
- 6.7. De eerder al genoemde dissertatie van Van der Velde biedt daarvoor een goed aanknopingspunt in relatie tot de dynamische verwijzingen in het Omgevingsplan. Het is namelijk mogelijk om de vaststelling van delen van het omgevingsplan te delegeren aan het college van B&W. Nieuwe inzichten ten aanzien van duurzaamheid of ruimtelijke kwaliteit kunnen zo relatief snel in het omgevingsplan worden opgenomen, zonder de omweg via open normen met dynamische verwijzingen naar beleidsregels.¹⁰⁵ Het voordeel is dat een wijziging – anders dan beleidsregels – onderdeel uitmaakt van de integrale regeling van het gemeente dekkende omgevingsplan. Bovendien maakt een dergelijke delegatie van delen van het omgevingsplan aan B&W het voor belanghebbenden mogelijk om *voorafgaand* aan vergunningverlening hun recht te halen. Een wijziging kan op basis van de coördinatiebepalingen van de Awb en de Omgevingswet gelijktijdig met een omgevingsvergunning plaatsvinden, waardoor tijdsverlies kan worden voorkomen.¹⁰⁶
- 6.8. In onze optiek zit hier ook gelijk de link met het in de vraagpunten voor de invulling van open normen met duurzaamheid bedoelde draagvlak. Immers, op

¹⁰⁴ In die zin is de methodiek enigszins vergelijkbaar met de dynamische verwijzing in het Omgevingsplan, met dien verstande dat een nieuwe BBT wordt vertaald in een wijziging van de vergunning of algemene regel en op dat moment de discussie kan worden gevoerd over de inhoud van de norm.

¹⁰⁵ Van der Velde 2025, p. 290.

¹⁰⁶ Van der Velde 2025, p. 291.

het moment dat een burger wordt geconfronteerd met open, niet ingevulde normen waar hij wel aan wordt gehouden, dan erodeert in onze optiek ook het maatschappelijk draagvlak voor het stellen van dergelijke duurzaamheidsnormen. In dat opzicht zien wij rechtszekerheid en evenredigheid dan ook niet zozeer als belemmeringen voor duurzaamheidsnormen, maar eerder als “vangrails” ter bescherming van de rechten van burgers, en (vooral) ook om het draagvlak en democratische legitimatie van dergelijke normen te borgen.

Conclusie open normen omgevingsrecht

6.9. Open normen in het omgevingsrecht – met name het voorzorgsbeginsel, de zorgplichten en de ETFAL – bieden ontegenzeggelijk voordelen. Zij fungeren als vangnet, voorkomen lacunes en maken flexibiliteit mogelijk. Die voordelen zien echter primair op het voorkomen van negatieve effecten en vormen daarmee een soort ‘randregulatie’. Voor het actief bewerkstelligen van verduurzaming, zijn open normen aanzienlijk minder geschikt. De grenzen die het rechtszekerheidsbeginsel stelt, fungeren namelijk als rem: de normadressaat moet redelijkerwijs kunnen voorzien wat van hem wordt verwacht, hetgeen bij duurzaamheidsvraagstukken – gekenmerkt door wetenschappelijke onzekerheid en botsende belangen – dikwijls niet is gegeven.

6.10. Het BBT-stelsel toont dat de oplossing misschien niet ligt in de openheid van normen maar juist in de concretisering ervan. Wij bepleiten dan ook een benadering waarin concrete beleidsdoelen worden vertaald in individueel handhaafbare normen, gebruikmakend van instrumenten als de gedelegeerde wijzigingsbevoegdheid. Zo kunnen democratische legitimatie, rechtszekerheid en de ambitie van verduurzaming hand in hand gaan.

7. Slotsom publiek recht als vehikel voor verduurzaming

7.1. Het voorgaande brengt ons tot de conclusie dat binnen het huidige instrumentarium veel aandacht is voor duurzaamheid en de wet- en regelgeving veel opties bieden om duurzaamheidsdoelstellingen te bereiken. Tegelijkertijd leert het voorgaande ook dat duurzaamheid is gebaat bij duidelijke normen en regelgeving op basis waarvan burgers en bedrijven weten wat van hen wordt verwacht. Eigendomsrechtregulering door de overheid noch het gebruik van open normen in het omgevingsrecht is – zo lang deze niet vergezeld gaan van verdere uitwerking – geschikt om verduurzaming op grote schaal te bevorderen. Dat zit ‘m niet zozeer in de concepten zelf en ook niet zozeer in de timing – als wel in het ontbreken van een duidelijke, zekere afbakening die inherent is aan en noodzakelijk is voor iedere vorm van regulering. De gedachte dat een open norm in een eigendomsregulering of in het omgevingsrecht louter door haar inspirerende werking collectief duurzaam gedrag zal aanwakken, is juridisch noch beleidsmatig overtuigend. De wetgever dient richting te geven door concrete keuzes te maken en deze te vertalen in duidelijke, toetsbare normen,

zodat voor burgers en ondernemingen kenbaar is aan welke verplichtingen zij moeten voldoen en welke beperkingen worden gesteld aan hun rechten.