

Stibbe



HET BESTUURSRECHTELIJKE JAAR

2022

In blogs en podcasts

Amsterdam

Brussels

London

Luxembourg

Inleiding

De bestuursrechtadvocaten van Stibbe in Amsterdam bloggen regelmatig over actuele onderwerpen op het gebied van het bestuursrecht en het omgevingsrecht. In dit e-book zijn voor u de belangrijkste bestuursrechtelijke blogs en podcasts over 2022 gebundeld. Deze blogs geven een goed beeld van de ontwikkelingen uit het afgelopen jaar. Veel van deze ontwikkelingen zetten zich naar alle waarschijnlijkheid voort in 2023. Onderwerpen waarover we het komende jaar naar verwachting opnieuw meer gaan horen zijn de volgende.

THEMA

1

Evenredigheid en maatwerk

De intensiteit waarmee de bestuursrechter aan het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel toetst is onmiskenbaar in ontwikkeling. Ook in 2022 verschenen belangwekkende conclusies en uitspraken over de aan te leggen evenredigheidstoets bij besluiten die berusten op een discretionaire bevoegdheid, op decentrale (beleids-)regels en op wetten in formele zin. Wij zien dat de nieuwe evenredigheidstoets inmiddels steeds vaker toepassing vindt over de volle breedte van het bestuursrecht en bij alle bestuursrechters. Deze tendens, zo verwachten wij, zal in 2023 verder voortzetten. Met belangstelling kijken wij uit naar de dit jaar te verschijnen uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over de toetsing van wetten in formele zin aan het evenredigheidsbeginsel. Daarmee zal naar verwachting opnieuw een belangrijke bouwsteen worden toegevoegd aan het leerstuk van de bestuursrechtelijke evenredigheidstoets.

Maar ook de wetgever zit niet stil. In een **Kamerbrief van 1 juli 2022** schetste het kabinet de hoofdlijnen van een nieuw stelsel van constitutionele toetsing. Om dit mogelijk te maken is in elk geval aanpassing van het in artikel 120 van de Grondwet neergelegde grondwettelijke toetsingsverbod vereist. Het kabinet heeft dan ook aangekondigd voornemens te zijn om, na het doorlopen van een (pre-) consultatieronde, een grondwetwijzigingsprocedure te starten. Daarnaast verwachten we dat in 2023 ook veel aandacht zal uitgaan naar het wetsvoorstel dat strekt tot het meer mensgericht maken van de Algemene wet bestuursrecht. De uitgangspunten hiervoor heeft het kabinet reeds verwoord in een **Kamerbrief van 11 juli 2022**. In die brief heeft het kabinet de Tweede Kamer geïnformeerd over alle op handen zijnde acties ter bevordering van de menselijke maat bij het opstellen en toepassen van wetten en (decentrale) regels. Uiteraard volgen wij deze ontwikkelingen met grote belangstelling.

THEMA

2

Omgevingswet

Veel aandacht ging in 2022 uit naar de beslissing om de datum van inwerkingtreding van de Omgevingswet opnieuw uit te stellen. Zeer recent heeft minister De Jonge aangekondigd te willen streven naar inwerkingtreding per 1 januari 2024 (**Kamerbrief van 26 januari 2023**). Maar ook los van het exacte moment van inwerkingtreding markeert de Omgevingswet een dusdanig ingrijpende stelselherziening van het omgevingsrecht, dat alleen al vanwege de noodzaak van een goede voorbereiding de wet in al zijn facetten in 2023 opnieuw volop in de belangstelling zal staan. Dit geldt ook voor het beoogde nieuwe stelsel van bouwtoezicht dat onder de Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) vorm zal krijgen. Nieuwe ontwikkelingen op dit vlak houden wij in de gaten.

Energietransitie en emissies naar de lucht (waaronder stikstof)

Om de op (inter-)nationaal en regionaal niveau gestelde klimaatdoelen te halen, zien steeds meer initiatieven het licht om de transitie van fossiele energiebronnen (aardgas, aardolie, kolen) naar hernieuwbare bronnen mogelijk te maken en te versnellen. Denk bijvoorbeeld aan het opwekken van duurzame energie uit wind, waterkracht, zon en bodem, aan de vergroting van het aandeel kernenergie in de landelijke energiemix, aan het verduurzamen van grondstoffenstromen en aan het beperken van schadelijke emissies naar de lucht in het kader van het Schone Lucht Akkoord. We verwachten ook in 2023 veel aandacht voor deze onderwerpen onder meer in het kader van de rechtspraak over de vaststelling van bestemmings- en inpassingsplannen, de verlening van vergunningen en verzoeken om handhaving of intrekking van eerder verleende vergunningen. En hoewel in de rechtspraak de contouren van de stikstofproblematiek bij de uitbreiding van veehouderijen, de bouw van nieuwe woningen of de aanleg van nieuwe infrastructuur het afgelopen jaar weer verder zijn uitgekristalliseerd, zal ook naar dit onderwerp in 2023 de nodige aandacht blijven uitgaan.

Wij wensen u veel leesplezier! Mocht u vragen hebben, neemt u dan gerust contact met ons op. De contactgegevens van onze advocaten vindt u achterin dit e-book.

Namens de bestuursrechtadvocaten van Stibbe



Jan Reinier
van Angeren



Tom
Barkhuysen



Anna
Collignon



Tijn
Kortmann



Valérie
van 't Lam



Jan
van Oosten

Inhoudsopgave



Algemeen bestuursrecht

- Meer evenredigheid in het bestuursrecht en indringender toetsing door de rechter 6
- Evenredigheid nieuwe stijl, woordenspel of cultuuromslag? 7
- Wijziging Awb in consultatie: ruimere toegang tot de bestuursrechter vanwege 'Varkens in Nood' 9
- Het kabinet wil dat rechters wetten toetsen aan de Grondwet. Wat betekent dat concreet? 12
- Te laat ingediend beroep toch ontvankelijk 15
- Bestuursrechter of burgerlijke rechter: waar ben ik welkom in procedures tegen de Staat? De deur van de burgerlijke rechter lijkt (terecht) ietsje meer open bij (ideële) collectieve acties 17
- Gedeeltelijk einde grondenfuik in hoger beroep 20



Omgevingsrecht

- FAQ: welke aandachtspunten zijn er bij globale en flexibele bestemmingsplannen? 21
- Conclusie staatsraad A-G en uitspraak Afdeling bieden inzicht in mogelijkheden delegatie bij vaststelling bestemmingsplan verbrede reikwijdte en omgevingsplan 26
- FAQ: Bodembeschermingsrecht 31
- De (beperkte) mogelijkheden voor strengere vergunningvoorschriften dan de algemene eisen in het Activiteitenbesluit en het toekomstige Besluit activiteiten leefomgeving 35
- Trillinghinder: bij gebrek aan bestuursrechtelijke normering toch civiele risicoaansprakelijkheid en zorgplicht om hinder te reduceren of te compenseren 38
- De nieuwe Ecologische Autoriteit: takenpakket en knelpunten 41



Energietransitie en klimaat

- Kamerbrief Jetten over hernieuwbare energie en voortgang RES'en: vertraging in ambities, geen tijdelijke afstandsnormen windturbines, meer gezondheidsonderzoek en experimenteren met naderingsdetectie 44
- De toekomst van kernenergie in Nederland: bedrijfsduurverlenging Borssele en twee nieuwe kerncentrales 46
- Rijkscoördinatieregeling van toepassing op landelijke infrastructuur voor het transport van waterstofgas 51



Stikstof

- Minister kondigt nieuwe aanpak aan voor een breder en strenger stikstofbeleid 54
- Daadwerkelijke beëindiging bestaande bedrijven vereist voor toepassing externe saldering stikstofdepositie 58
- Exit bouwvrijstelling – stikstofdepositie moet (voorlopig) weer per project worden beoordeeld 62
- Wat wél kan. Vuistregels voor een stikstof-proof bestemmingsplan of project 66



Subsidies

- Meer maatwerk bij de NOW-vaststelling: het UWV moet een belangenafweging maken als het de subsidie lager wil vaststellen 69



Emissie-eisen

- Afdeling oordeelt: geen algemene plicht tot nul-emissie van zeer zorgwekkende stof PFOS bij watervergunning voor lozing

72



Schaarse rechten

- Derde update FAQ Didam-arrest

73



Mobiliteit

- Richtlijn (EU) 2022/362 noopt tot timmeren aan de weg voor de infrastructuurheffing in Nederland
- Mobiliteit en de Omgevingswet: met het Besluit werkgebonden personenmobiliteit wil de regering sturen op verduurzaming van woonwerkverkeer en zakelijk verkeer

81

84



Toezicht en handhaving

- Haagse afvalzaken: Afdeling bestuursrechtspraak verduidelijkt jurisprudentie over het weerleggen van bewijsvermoedens
- Streep door boetenormbedragen voor overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen: meer differentiatie naar verwijtbaarheid vereist
- FAQ: informatieverzoeken van toezichthouders (update juni 2022)

88

91

94



Mensenrechten

- Het gebruik van algoritmes door overheden leidt te vaak tot discriminatie en andere mensenrechtelijke knelpunten: biedt het Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes een oplossing?

98



Privacy

- Is de Autoriteit Persoonsgegevens te streng? Volgens de Europese Commissie wel

102



Podcasts

- Podcast: Het evenredigheidsbeginsel en kritische toetsing van bestuursbesluiten
- Podcast: Hoe de overheid de klimaattransitie wél op juridisch effectieve wijze kan stimuleren
- Podcast: Het Didam-arrest en de gevolgen voor verkoop van onroerende zaken door overheden
- Podcast: Vertrouwen op voorlichting door de overheid
- Podcast: Circulair ondernemen en de juridische mogelijkheden en beperkingen
- Podcast: De burgerschapsopdracht van het onderwijs

105

Praktijkgroep bestuursrecht

106



Algemeen bestuursrecht

Meer evenredigheid in het bestuursrecht en indringender toetsing door de rechter

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in een grotekameruitspraak, waarin ook rechters van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zitting hebben, een belangrijke uitspraak gedaan over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Medio jaren negentig werd het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb zo ingevuld dat dit als het ging om discretionaire bevoegdheden leidde tot een terughoudende toets: 'kon het bestuur in redelijkheid tot het besluit komen. Die lijn is nu verlaten.

De Afdeling **oordeelt** nu dat bij de toetsing van een besluit aan artikel 3:4, tweede lid, Awb deze willekeurttoets niet meer vooropstaat en de Unierechtelijke evenredigheidstoets tot voorbeeld strekt bij de invulling van de toetsing. Dat geldt voor alle discretionaire besluiten, van een boetebesluit tot een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan. De Unierechtelijke evenredigheidstoets is een drietrapstoets: (i) is het besluit geschikt om het doel te bereiken, (ii) is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken en (iii) is de maatregel evenwichtig. De Afdeling oordeelt uitdrukkelijk dat de drietrapstoets niet bij elk besluit nodig is. De vraag of een besluit geschikt is om het doel te bereiken is namelijk vaak al beantwoord in het algemeen verbindend voorschrift (een wet of een regeling) waarop het besluit rust. Bij de beoordeling van het besluit kan dat voorschrift wel exceptief worden getoetst. De Afdeling geeft meteen een definitie van exceptieve toetsing in deze uitspraak. Exceptieve betekent dat de bestuursrechter, in het kader van een beroep tegen een besluit, de rechtmatigheid van dat algemeen verbindende voorschrift of die beleidsregel toetst aan hoger recht of algemene rechtsbeginselen.

De Afdeling oordeelt verder dat er voor de evenredigheidsbeoordeling twee belangrijke oriëntatiepunten zijn

De Afdeling oordeelt verder dat er voor de evenredigheidsbeoordeling twee belangrijke oriëntatiepunten zijn. Ten eerste: de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen. Ten tweede: de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbende aantast.

Over de intensiteit waarmee de rechter aan het evenredigheidsbeginsel moet toetsen bij deze twee oriëntatiepunten is de Afdeling minder duidelijk. Zij oordeelt dat dit van zoveel factoren afhangt dat het om een glijdende schaal gaat waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden.

Bovendien, zo oordeelt de Afdeling, maakt het uit of het om een belastend besluit gaat of om een begunstigend besluit en alles wat daar tussen zit. Wel zegt de Afdeling hoe de rechter de intensiteit van de toetsing moet bepalen. Daartoe zijn van belang (i) de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, (ii) de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en (iii) de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn. De Afdeling belooft in haar uitspraken inzichtelijk te maken hoe zij de intensiteit van de toetsing vorm geeft.

Aanleiding voor de uitspraak vormde een besluit van de burgemeester van Harderwijk om een woning te sluiten op grond van de Opiumwet, omdat in de woning drugs zijn aangetroffen en de oudste zoon verdacht werd van handel in drugs. Door die sluiting komt een gezin met zes kinderen op straat te staan. De Afdeling oordeelt dat sluiting van een woning inbreuk maakt op het huisrecht en het privéleven, die worden beschermd door artikel 8 EVRM. De burgemeester moet bij een sluiting dan ook de omstandigheid betrekken dat de verhuurder, een woningcorporatie, de huurovereenkomst ontbindt. Wat dat voor gevolgen heeft voor het gezin, waarbij ook minderjarigen zijn betrokken, had de burgemeester niet beoordeeld. De rechtbank was zover gegaan om het sluitingsbevel zelf te herroepen. Dat vindt de Afdeling te ver gaan. De burgemeester moet in de gelegenheid worden gesteld om alsnog die belangen te betrekken bij zijn besluit. Wordt dus nog vervolgd....

Dit bericht is ook verschenen op mr-online.nl.



Jan Reinier
van Angeren



Tom
Barkhuysen



Algemeen bestuursrecht

Evenredigheid nieuwe stijl, woordenspel of cultuuromslag?

Ruim vier jaar geleden prijkte boven een **blog** van mij de titel 'Zonder crisis geen revolutie'. Die zin had meer voorspellende waarde dan ik toen had kunnen denken. Of is die conclusie te snel getrokken? Een crisis is er in het bestuursrecht, daarover is geen twijfel mogelijk. De parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslagen constateert in december 2020 dat bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslag grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden.

Dat verwijt treft niet alleen de uitvoering - specifiek de Belastingdienst/Toeslagen - maar ook de wetgever en de rechtspraak, aldus de commissie. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft deze conclusie weliswaar niet woordelijk overgenomen, maar in haar reflectierapport een harde conclusie getrokken. Zij heeft ouders niet de rechtsbescherming geboden waar zij op mochten rekenen en dat mag niet weer gebeuren, aldus de Afdeling, waarna zij haar excuses aan de ouders aanbiedt.

De vraag is of deze crisis ook daadwerkelijk tot een revolutie zal leiden. Dat hoeft geen Franse Revolutie te zijn, want onze rechtsstaat lijkt nog voldoende veerkracht te hebben om crises zoals die van de kinderopvangtoeslag te boven te komen. Maar voor de jurist, van nature niet al te opruiend van karakter, zullen de noodzakelijke veranderingen toch snel als revolutionair worden gezien. Denk alleen al aan de afschaffing of relativering van het toetsingsverbod, welk verbod ons een internationaal buitenbeentje maakt, in gezelschap van Irak, Cuba, Noord-Korea en Saoedi-Arabië. Zij wordt zelfs na de toeslagenaffaire door menigeen nog als een brug te ver gezien.

De bestuursrechter kan wel de wet zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel

De parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslagen is met name geraakt door het tot in oktober 2019 weggredeneren van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die zouden moeten dienen als stootkussen en beschermende deken voor mensen in nood. De voorzitter van de Afdeling, Bart-Jan van Ettekovén vindt dat te kort door de bocht. Hij merkt op dat er geen eenstemmigheid is over de vraag of het wenselijk is dat de rechter het evenredigheidsbeginsel uit de Algemene wet bestuursrecht kan inzetten om de toepassing van formele wetten te corrigeren. Dit is voer voor debat binnen de instituties van de rechtsstaat. De commissie lijkt dit dilemma te hebben gemist, aldus Van Ettekovén. Hij spreekt zich ook uit: wat hem betreft is de inzet van dit rechterlijk paardenmiddel (toepassing van het evenredigheidsbeginsel contra legem) niet zonder meer voor herhaling vatbaar. Kort daarop neemt ook De Tweede Kamer positie in. Zij neemt op 19 januari 2021 met een ongekennde meerderheid moties aan die de regering oproepen om wettelijk te verankeren dat een uitvoeringsorgaan altijd maatwerk kan leveren, zo nodig contra legem. Hoewel de moties niet duidelijk maken of voor contra legem uitvoering de hulp van de rechter nodig is, verwondert het niet dat de Afdeling twee weken later een conclusie vraagt aan de staatsraden advocaat-generaal Wid-

dershoven en Wattel over hoe indringend de bestuursrechter bestuurlijke maatregelen moet toetsen en wat daarbij de betekenis is van het evenredigheidsbeginsel. Hun conclusie verschijnt op 7 juli 2021. Wat hen betreft zou de bestuursrechter bij het toetsen van de evenredigheid van een bestuurlijke maatregel moeten aansluiten bij de drietraps-evenredigheidstoets uit het Europese recht. Erg revolutionair is dat niet, temeer niet omdat het Hof van Justitie van de Europese Unie nu niet direct bekend staat om zijn indringende toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook de door de Tweede Kamer unaniem aangenomen moties lijken voor Widdershoven en Wattel een brug te ver. Althans, als je het persbericht van de Raad van State bij hun conclusie moet geloven. Daarin staat dat volgens de staatsraden advocaat-generaal bij formele wetgeving alleen ruimte is voor een evenredigheidstoets als daar een basis voor is in het Europese recht of rechtstreeks werkend internationaal recht. De bestuursrechter kan wel de wet zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel. Biedt dat geen soelaas, dan kan de bestuursrechter de wet niet onverbindend verklaren. Hij kan de wet wel in een concrete zaak buiten toepassing laten, maar alleen als de onevenredigheid het gevolg is van een omstandigheid die de wetgever niet in zijn afwegingen heeft betrokken. Aldus nog steeds het persbericht. Het Harmonisatiewetarrest is nog springlevend, zo denk je als je dit leest. Het loont echter de moeite om er de conclusie zelf op na te slaan.

Widdershoven en Wattel behandelen eerst de situatie dat de tekst van de wet (ook al is het met enig duw- en trekwerk) een interpretatie mogelijk maakt die tot een evenredige uitkomst leidt. Zij bevelen aan dat de rechter deze ‘beginselconforme interpretatie’ pas achterwege laat als in de parlementaire behandeling van de wet ‘ondubbelzinnig uitdrukking is gegeven aan de welbewuste bedoeling’ om de wet een algemeen rechtsbeginsel opzij te doen zetten. Pas als blijkt dat een sanctie volgens de wetgever ook moet worden toegepast als zij in de omstandigheden van het individuele geval duidelijk onevenredig uitpakt en daarmee in strijd komt met een andere wet (art. 3:4 lid 2 Awb), staat volgens hen art. 120 Grondwet aan beginselconforme uitleg in de weg. Nu de Tweede Kamer met de genoemde moties van 19 januari 2021 heeft uitgedrukt dat het nooit de bedoeling van de wetgever is om onevenredige uitkomsten toe te laten, is beginselconforme interpretatie een krachtig wapen van de rechter tegen wetgeving die onevenredig uitpakt.

Wat te doen als de tekst van de wet beginselconforme uitleg niet toelaat? Widdershoven en Wattel bepleiten voor dit geval een (veel) restrictievere toepassing van de Harmonisatiewetdoctrine dan de rechtspraak tot nu toe laat zien. Volgens hen mag de rechter – bij afwezigheid van tegengestelde belangen van derden – niet snel aannemen dat de onevenredigheid het gevolg is van een omstandigheid die de wetgever in zijn afwegingen heeft betrokken. Net als bij de beginselconforme uitleg mag hij het buiten toepassing laten van de wet wegens onevenredigheid pas achterwege laten als de wetgever min of meer expliciet heeft gezegd dat hij de mate van onredelijkheid in de door hem ‘verdisconteerde’ gevallen irrelevant acht; dat hij ook aperte onredelijkheid in concrete gevallen aanvaardt en geen ‘Doorbraak’-rechtspraak wenst. In het licht van de genoemde moties van 19 januari 2021 zal het, als het aan Widdershoven en Wattel ligt, voor de rechter aanzienlijk eenvoudiger worden om formele wetgeving buiten toepassing te laten wegens schending van het evenredigheidsbeginsel.

De Afdeling beperkt zich tot het eerste, minst revolutionaire deel van de conclusie (de drietraps-evenredigheidstoets) en schuift het zojuist besproken interessantste vraagstuk nog even voor zich uit

Nu deze stevige conclusies van Widdershoven en Wattel niet zijn terug te vinden in het persbericht van de Raad van State bij hun conclusie, is het interessant te zien of wij deze wel gaan terugvinden in de rechtspraak van de Afdeling. De tekst van de uitspraak van 2 februari 2022 is op dit punt zonder meer teleurstellend. De Afdeling beperkt zich tot het eerste, minst revolutionaire deel van de conclusie (de drietraps-evenredigheidstoets) en schuift het zojuist besproken interessantste vraagstuk nog even voor zich uit. Anders gezegd, ruim twee jaar na het ‘paardenmiddel’ uit de toeslagenaffaire, is de Afdeling nog weinig opgeschoten met het bieden van rechtsbescherming tegen onbarmhartige sociale-zekerheidswetgeving. Toch is het de vraag hoe veel waarde we moeten hechten aan de tekst van deze uitspraak. De toeslagenaffaire en de reflectierapporten daarover hebben namelijk laten zien dat het – tegen de stroom in – bieden van rechtsbescherming vooral een kwestie van rechterlijke attitude is. Ik ben ervan overtuigd dat als een rechter werkelijk apert onrecht wil voorkomen, hij daarvoor altijd een motivering zal kunnen vinden, zonder de trias politica geweld aan te doen. Het reflectierapport van de rechtspraak stemt op dit punt overigens niet meteen vrolijk. Daarin merkt een senior-rechter, na lezing van alle rapporten over de toeslagenaffaire op: “Natuurlijk

probeer je die evenredigheid toch een rol te laten spelen in je uitspraak, maar dan word je teruggefloten door de Afdeling. En als iets mij tegen de borst stuit, is het mensen proberen blij maken met een ‘dead parrot’. Dus ging ik mee in de stroom, en achteraf gezien ben ik daar niet heel gelukkig mee. Ik zou alleen niet zo goed weten hoe ik het anders aan had kunnen pakken.” Met name de laatste zin getuigt van een gebrek aan strijdbaarheid die we na lezing van de reflectierapporten en de conclusie over evenredigheid graag anders zouden zien. Gelukkig lijden niet alle eerstelijnsrechters aan deze vorm van ‘moedeloosheid’. Op 11 februari 2022 heeft de rechtbank Midden-Nederland een ander geluid laten horen. Zij distantieert zich – onder verwijzing naar het reflectierapport van de rechtspraak – van vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep, omdat deze volgens haar tot onevenredige uitkomsten leidt. Zij doet dat door toepassing van de nieuwe drietraps-evenredigheidstoets. Toch is dat laatste niet het voornaamste van deze uitspraak. Op basis van louter de tekst van artikel 3:4 lid 2 Awb had de rechtbank tot dezelfde motivering kunnen komen. Belangrijker is dat de – uitstekend gemotiveerde – uitspraak getuigt van daadwerkelijk inlevingsvermogen in de positie van de gehandicapte burger en haar omgeving. Zo is de nieuwe evenredigheid meer dan een woordenspel. Misschien wel het begin van de in de reflectierapporten zo aanbevolen culturomslag. Als dat zo is, dan kunnen we nog fraaie Afdelingsuitspraken tegemoet zien.



Tijn
Kortmann



Algemeen bestuursrecht

Wijziging Awb in consultatie: ruimere toegang tot de bestuursrechter vanwege "Varkens in Nood"

Ruim een jaar na het "Varkens in Nood"-arrest verschijnt het eerste voorstel van de regering om de Awb Aarhus-proof te maken. Op 6 april 2022 is het concept- "**Wetsvoorstel wijziging Awb n.a.v. HvJ EU Varkens in Nood**" voor internetconsultatie gepubliceerd. In dit blogbericht bespreken wij de beoogde wijzigingen en de mogelijke gevolgen voor de praktijk.

De regering stelt in de consultatieversie van dit conceptwetsvoorstel voor om in de Awb een beroepsrecht op te nemen voor niet-belanghebbenden die een zienswijze over een Aarhus-ontwerpbesluit hebben ingediend. Daarnaast beoogt de regering de toevoeging van een tweede lid aan artikel 6:13 Awb. Dit tweede lid regelt dat belanghebbenden in Aarhus-zaken niet langer verplicht zijn om deel te nemen aan de zienswijzenprocedure om hun recht op toegang tot de bestuursrechter te waarborgen. Een nieuwe bijlage 4 bij de Awb, de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten, bevat de door de regering aangewezen Aarhus-besluiten. Dit alles volgt uit het concept- "**Wetsvoorstel wijziging Awb n.a.v. HvJ EU Varkens in Nood**" dat vorige week in internetconsultatie ging.

In dit blog bespreken wij kort de belangrijkste beoogde wijzigingen en de mogelijke gevolgen voor de praktijk.

Aanleiding: het Nederlandse bestuursprocesrecht is in strijd met artikel 9 Verdrag van Aarhus, aldus het Hof van Justitie en de Afdeling

Op 14 januari 2021 wees het Hof van Justitie het Varkens in Nood-arrest, naar aanleiding van prejudiciële vragen door de Rechtbank Limburg (zie daarover uitgebreider dit [blog](#)). De kern van dit arrest is dat artikel 9 lid 2 Verdrag van Aarhus verbiedt dat een belanghebbende verplicht is om deel te nemen aan een inspraakprocedure om toegang tot de rechter te hebben inzake besluiten die vallen onder de reikwijdte van artikel 6 Verdrag van Aarhus. Daarnaast moeten niet-belanghebbenden volgens het Hof ook toegang tot de rechter hebben als zij op grond van het nationale procesrecht inspraakrechten genieten in de voorbereiding van besluiten die onder artikel 6 van het Verdrag van Aarhus vallen.

In twee uitspraken, van 14 april 2021 en 4 mei 2021, volgde de vertaling van het Varkens in Nood-arrest van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de "Afdeling") (zie daarover dit [blog](#) resp. dit [blog](#)).

De belangrijkste lessen uit deze uitspraken waren dat:

(i) artikel 6:13 Awb niet meer kan worden tegengeworpen aan belanghebbenden die geen zienswijze hebben ingediend in de voorbereiding van een omgevingsrechtelijk besluit waarop afdeling 3.4 Awb van toepassing is (de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, "uov").

(ii) als een niet-belanghebbende in het kader van de uov een zienswijze indient in de voorbereiding van een omgevingsrechtelijk besluit, dan moet hij ook toegang tot de bestuursrechter hebben om dat besluit te betwisten.

In beide uitspraken doet de Afdeling een oproep aan de wetgever om de ontstane onverenigbaarheid van het Nederlandse bestuursprocesrecht met het Verdrag van Aarhus te repareren. De regering komt met dit conceptwetsvoorstel aan die oproep tegemoet.

Wat stelt de regering precies voor?

In de eerste plaats stelt de regering voor om de besluiten waarop artikel 6 Verdrag van Aarhus van toepassing is, op te nemen in

Het Nederlandse bestuursprocesrecht is in strijd met artikel 9 Verdrag van Aarhus, aldus het Hof van Justitie en de Afdeling

een nieuwe bijlage 4 bij de Awb. De regering noemt deze bijlage de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten (de "**Regeling**"). Kort gezegd gaat het om besluiten die in drie categorieën kunnen worden onderverdeeld:

1. Mer-plichtige besluiten en mer-beoordelingsplichtige besluiten die met de uov worden voorbereid.
2. Besluiten die als gevolg van EU-richtlijnen of – verordeningen of van jurisprudentie onder artikel 6 Verdrag van Aarhus vallen.
3. Andere besluiten over activiteiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben.

In de tweede plaats beoogt de regering om een tweede lid aan artikel 6:13 Awb toe te voegen dat als volgt luidt: "*Het eerste lid is niet van toepassing op een besluit dat in de bij deze wet behorende Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten is omschreven*". Hierdoor hebben belanghebbenden direct toegang tot de bestuursrechter in Aarhus-zaken zonder dat zij daarvoor deelgenomen moeten hebben aan de uov. In een nieuw artikel 7:1 lid 1 onder h Awb wenst de regering op te nemen dat evenmin bezwaar gemaakt hoeft te worden tegen besluiten die in de Regeling zijn opgenomen voordat beroep bij de bestuursrechter mogelijk is.

Wij begrijpen de wens voor een toekomstbestendige Regeling. Het ongewenste neveneffect van de gekozen restcategorie is echter wel dat het rechtsonzekerheid in de hand werkt

Ten derde is de regering voornemens om in afdeling 3.4 Awb vast te leggen dat besluiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben met de uov moeten worden voorbereid (nieuw artikel 3:10 lid 5 Awb) en dat in die gevallen ook "anderen dan belanghebbenden" een zienswijze naar voren moeten kunnen brengen (nieuw artikel 3:15 lid 5 Awb). Daarnaast moet in een nieuw artikel 8:1 lid 2 Awb worden opgenomen dat een niet-belanghebbende in beroep bij de bestuursrechter kan tegen een besluit dat (i) in de Regeling is opgenomen en waarover hij (ii) op grond van artikel 3:15 Awb een zienswijze had moeten kunnen indienen en (iii) waarover hij ook een zienswijze heeft ingediend of hem redelijkerwijs niet kan worden verweten dat hij dat heeft nagelaten.

Enkele observaties: ruime toegang tot de bestuursrechter, maar ook voer voor jurisprudentie?

De regering beoogt in de Regeling besluiten op te nemen die "*zo nauw mogelijk aansluiten bij de besluiten die vallen onder artikel 6 van het verdrag*" (p. 16 van de consultatie-MvT). De Regeling omvat in ieder geval de besluiten die vallen onder de reikwijdte van bijlage I bij het Verdrag van Aarhus (artikel 6 lid 1 onder a). De regering erkent echter dat ook besluiten die strikt genomen niet onder artikel 6 vallen, wel in de Regeling zijn opgenomen. Het gaat bijvoorbeeld om mer-beoordelingsplichtige besluiten die om een andere reden dan hun mogelijke aanzienlijke milieueffecten met de uov worden voorbereid.

Artikel 6 lid 1 onder b Verdrag van Aarhus geeft daarnaast aan dat artikel 6 (en 9 lid 2) ook van toepassing is op besluiten die naar het oordeel van Partijen een aanzienlijk effect op het milieu kunnen hebben. De Regeling voldoet aan deze eis door de opname van een open categorie "andere besluiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben". Hieronder kunnen besluiten vallen die "*normaal gesproken niet gauw aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben, maar in bepaalde gevallen wel, en aan besluiten over nieuwe technieken of een nieuw soort ontwikkeling in de fysieke leefomgeving waarover in het kader van de mer-regelgeving of EU-regelgeving (nog) geen regels zijn gesteld*." Ook kan volgens de regering "niet uitgesloten worden dat door toekomstige ontwikkelingen in de jurisprudentie nog andere besluiten onder de werking van artikel 6 van het verdrag zullen vallen" (p. 20 van de consultatie-MvT).

Wij begrijpen de wens voor een toekomstbestendige Regeling. Het ongewenste neveneffect van de gekozen restcategorie is echter wel dat het rechtsonzekerheid in de hand werkt. De regering stelt daarom dat "*het aanbeveling verdient*" dat een bestuursorgaan bij twijfel afdeling 3.4 Awb van toepassing verklaart en in het besluit aangeeft dat hij dat doet vanwege de mogelijke aanzienlijke milieueffecten van het besluit (p. 21 van de consultatie-MvT).

Desalniettemin verwachten wij de nodige jurisprudentie over de kwalificatie van een besluit door een bestuursorgaan. Een begunstigde van een besluit zal er immers belang bij hebben als een besluit niet wordt aangemerkt als een besluit dat aanzienlijke milieugevolgen kan hebben: in dat geval kan belanghebbenden worden tegengeworpen dat zij geen zienswijze hebben ingediend en kunnen niet-belanghebbenden buiten het bestuursrechtelijk geding worden gehouden. De vraag daarbij is wel of de bestuursrechter vaak zal oordelen dat een bestuursorgaan in redelijkheid niet tot de kwalificatie "besluit dat aanzienlijke milieueffecten kan hebben" had kunnen komen. Daartegen pleit dat het bestuursorgaan enige beoordelingsruimte heeft en bovendien met die kwalificatie verwachtingen creëert over de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Daar staat tegenover dat het in deze gevallen

gaat om besluiten die niet evident aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben; zij vallen immers niet onder de hiervoor genoemde categorie 1- en 2-besluiten in de Regeling. Het woord "aanzienlijke" maakt verder dat enige milieueffecten onvoldoende zijn om een besluit onder de reikwijdte van de Regeling te scharen.

Een ander nadeel van de open norm in de Regeling die door bestuursorganen moet worden ingevuld, is dat het mogelijk leidt rechtsongelijkheid. Bestuursorganen kunnen dezelfde (soorten) besluiten immers anders typeren.

Een mogelijk alternatief voor de open norm in de Regeling beroep aanzienlijke milieueffecten

Een alternatief voor de open norm in de Regeling zou kunnen zijn om de Regeling in een AMvB of ministeriële regeling op te nemen en daarin de (categorieën) besluiten met mogelijk aanzienlijke milieugevolgen expliciet op te nemen. Daarmee blijft het voordeel van flexibiliteit gewaarborgd omdat de lijst relatief snel en eenvoudig kan worden aangepast. De wetgever voorkomt op die manier echter de rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en de bijkomende juridische procedures die het gevolg zijn van de opname van de voorgestelde open norm "besluiten die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben" in de Regeling.



Tom
Barkhuysen



Jake
Tingen



Jelmer
Ypinga



Algemeen bestuursrecht

Het kabinet wil dat rechters wetten toetsen aan de Grondwet. Wat betekent dat concreet?

Het kabinet wil dat rechters formele wetgeving kunnen toetsen aan de Grondwet. Dat staat in de hoofdlijnenbrief die de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Rechtsbescherming op 1 juli 2022 stuurden aan beide Kamers van de Staten-Generaal. Hoe zou dit er in Nederland precies uit zien? En wat zijn de gevolgen van deze wens van het kabinet. Dit blogbericht betreft het leerstuk van “constitutionele toetsing”, gaat in op die hoofdlijnenbrief en wat deze concreet betekent.

Wat is “constitutionele toetsing” en wat betekent artikel 120 Grondwet?

Een grondwet is in een volwassen rechtsstaat het ‘ankerpunt’ en het ‘basisdocument met de spelregels’ in de relatie tussen overheid en burger. De Nederlandse Grondwet bevat onder meer een opsomming van mensenrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst. Toch is het de rechter in Nederland verboden om formele wetten te toetsen aan de Grondwet, zo volgt uit artikel 120 Grondwet. In Nederland was namelijk lang het uitgangspunt dat formele wetten “onschendbaar” zijn. Dit stond eerder ook zo in de Grondwet (de voorganger van artikel 120 Grondwet). Alleen de formele wetgever (de Staten-Generaal en de regering gezamenlijk) toetst de ‘grondwettelijkheid’ van haar eigen wetgeving (met advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State), zo was de gedachte. Grondwettelijke toetsing door rechters zou het evenwicht tussen het bestuur, de wetgever en de rechter te veel verstoren.

Het kabinet wil dat rechters formele wetgeving kunnen toetsen aan de Grondwet

Rechters mogen dus niet toetsen of de wetgever de fundamentele rechten uit de Grondwet schendt. Dit toetsingsverbod gaat nog een stapje verder. Met het bekende (én beruchte) **Harmonisatiewet-arrest** uit 1989 oordeelde de Hoge Raad dat artikel 120 Grondwet óók inhoudt dat formele wetten in beginsel niet getoetst mogen worden aan algemene (rechts)beginselen (van behoorlijk bestuur) zoals het evenredigheidsbeginsel. De Hoge Raad oordeelde dit gelet op het eerdere Grondwetsartikel en het toen geldende politieke klimaat. Deze uitleg van artikel 120 Grondwet is alleen anders als bijzondere omstandigheden “niet verdisconteerd” zijn in de afwegingen van de wetgever. Maar uit rechtspraak blijkt dat die lat behoorlijk hoog ligt (zie [hier](#), [hier](#) en [hier](#)).

De Nederlandse burger staat echter niet geheel met lege handen. Rechters mogen wel toetsen aan grondrechten uit internationale verdragen en het Europese recht. Daarnaast wordt lagere regelgeving, bijvoorbeeld van de gemeenteraad, door rechters wel getoetst aan de Grondwet en aan algemene (rechts)beginselen (van behoorlijk bestuur).

Wat stelt het kabinet nu concreet voor?

Met deze brief toont het kabinet zich voorstander van constitutionele toetsing. Zij staat daarin niet alleen: het toeslagenschandaal heeft de roep om meer rechtsbescherming en dus ook aanpassing van artikel 120 Grondwet versterkt. De Grondwet en algemene (rechts)beginselen (van behoorlijk bestuur), moeten bij gebrekkige wetgeving gaan dienen als stootkussen en beschermend deken voor mensen in nood. Dat vond al de **Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, de Venetië-commissie** én de **Tweede Kamer**. Het stond ook in het **coalitieakkoord**. Inmiddels hebben de **Raad van de Rechtspraak**, de **Hoge Raad** en de **Afdeling Bestuursrechtspraak** van de Raad van State (“Afdeling”) zich ook (nogmaals) uitgesproken voor constitutionele toetsing.

Het kabinet is voorstander van een model waarbij alle rechters in alle rechtelijke instanties formele wetten aan “klassieke grondrechten” kunnen toetsen (gespreide toetsing zonder een constitutioneel hof). Bij strijd met de Grondwet wordt een wet(sbepaling) buiten toepassing gelaten.

De brief definieert “klassieke grondrechten” niet, maar bevat wel voorbeelden. Het gaat in ieder geval om de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6) en vrijheid van meningsuiting (art. 7), vrijheid van vereniging (art. 8) en het recht op betoging en vergadering (artikel 9). De Minister **geeft aan** dat de definitie van klassieke grondrechten bewust is open gelaten om het open debat te houden. Een scherp onderscheid tussen klassieke grondrechten (vrijheidsrechten) en andere meer sociale grondrechten is niet altijd makkelijk te maken; de grondrechten kennen vaak beide dimensies (zoals het recht op onderwijs of sociale zekerheid). Wij zullen dus met interesse het debat volgen om te zien welke grondrechten de eindstreep halen.

De vraag is verder hoe het zit met fundamentele rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel op basis van de Harmonisatiewet-leer. Eerdere kabinetten wezen deze toetsing nadrukkelijk af. Maar een nadrukkelijke politieke afwijzing daarvan is volgens het huidige kabinet “niet langer aan de orde”.

Wat zou constitutionele toetsing concreet betekenen in Nederland?

Rechters mogen nu al formele wetten toetsen aan sommige internationaal vastgelegde grondrechten, zoals in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Wat zou constitutionele toetsing, naast de symboliek, dan nog toevoegen?

Wat zou constitutionele toetsing, naast de symboliek, dan nog toevoegen?

Op een aantal punten kan de Grondwet meer bescherming bieden dan het EVRM. Ten eerste bieden sommige grondrechten in de Grondwet meer bescherming dan hun internationale evenknie. Zo behelst het spiksplinternieuwe artikel 17 Grondwet (dat **recent is aangenomen** en naar verwachting binnenkort in werking zal treden) een recht op een eerlijk proces voor alle juridische geschillen, terwijl artikel 6 EVRM gaat over strafrechtelijke en civiele zaken. Ook verbiedt artikel 7 Grondwet bijvoorbeeld dat de vrijheid van meningsuiting wordt beperkt door een verplichte voorafgaande toestemming, terwijl artikel 10 EVRM dit niet categorisch verbiedt.

Ten tweede bevat de Grondwet bepaalde grondrechten die niet uitdrukkelijk voorkomen in het EVRM, zoals het huisrecht (artikel 12 Grondwet) en het briefgeheim (artikel 13 Grondwet). Die rechten vallen onder omstandigheden wel onder artikel 8 EVRM (het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven), maar wij sluiten niet uit dat de Grondwettelijke bescherming soms verder zal gaan.

Ten derde vereist de Grondwet vaak een sterkere wettelijke grondslag om grondwetten te beperken dan het EVRM. De vrijheid van Godsdienst (artikel 6 Grondwet) en het recht op betoging en vergadering (artikel 9 Grondwet) mogen bijvoorbeeld alleen worden beperkt bij formele wet, terwijl voor het EVRM lagere regelgeving ook voldoende is.

Ten vierde zijn er soms in de Grondwet minder legitieme doelen omschreven op grond waarvan de overheid grondrechten mag beperken. Zo bepaalt artikel 11 EVRM dat het recht op vereniging en vergadering mag worden beperkt vanwege de “goede zeden” of de “bescherming van de rechten van anderen”, terwijl dit artikel 9 Grondwet geen legitieme beperkingsgronden zijn.

Tot slot gaat de Nederlandse rechter bij toetsing aan het EVRM vaak niet verder dan het beschermingsminimum, mede vanwege artikel 120 Grondwet. De wijziging daarvan zou dus kunnen betekenen dat de grondrechtentoetsing over de hele linie meer op de Nederlandse samenleving wordt toegesneden.

Wat is de timing?

De hoofdlijnenbrief is vooral een eerste echte stap in het proces. Een daadwerkelijke grondwetswijziging moet nog worden voorbereid, voorgesteld en in twee “lezingen” worden aangenomen. De Eerste en Tweede Kamer moeten het voorstel dus twee keer – met verkiezingen ertussen – goedkeuren. Concreet gaan er dus jaren overheen voordat we zeker weten dat de grondwetswijziging plaatsvindt.

Wat kan de rechtspraak nu al doen?

Tot die tijd mogen rechters nog geen formele wetten toetsen aan fundamentele grondrechten uit de Grondwet. Maar hoe zit het dan met fundamentele rechtsbeginselen zoals het evenredigheidsbeginsel? Deze kunnen in bepaalde gevallen immers al als het gewenste stootkussen werken. Wij denken dat het hanteren van de strenge leer uit het Harmonisatiewet-arrest vooral een keuze is die de rechtspraak zelf maakt. De strenge leer kan dus door rechters worden teruggedraaid.

De hoofdlijnenbrief is vooral een eerste echte stap in het proces

In de **A-G conclusie over evenredigheid** van 7 juli 2021 braken Wattel en Widdershoven een lans over een minder vergaande uitleg van artikel 120 Grondwet. De desbetreffende zaak leende zich echter niet voor een dergelijke uitspraak. Maar nu is dit anders: bij de Afdeling loopt op dit moment een toelagenzaak die zich wél leent voor een oordeel over artikel 120 Grondwet. In die zaak gaf A-G Snijders recentelijk een **conclusie** over de toetsing van formele wetten aan het evenredigheidsbeginsel. Snijders houdt vast aan het Harmonisatiewet-arrest en wijst voor een mogelijke oplossing een iets bredere uitleg van de al bestaande uitzondering (niet verdisconteerde omstandigheden). Hij meende dat er nog “onvoldoende raakvlak in de politiek” was voor een algehele koerswijziging van de rechter.

Maakt de hoofdlijnenbrief daarin verandering? Volgens ons wel. Een nadrukkelijke politieke afwijzing van toetsing aan ongeschreven recht is volgens het kabinet “niet langer aan de orde”. Wij denken dat de hoofdlijnenbrief als een impliciete uitnodiging aan de rechter kan worden gezien om de strenge leer van het Harmonisatiewet-arrest terug te draaien. Wij zien met interesse de uitspraak van de Afdeling tegemoet.

Meer weten? Hou Stibbe Legal Insights podcast (**Apple Podcasts** en **Spotify**) in de gaten. Zodra de verwachte uitspraak er is verschijnt een podcast over constitutionele toetsing en toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen.



Jake
Tingen



Annemieke
Zwanenburg



Algemeen bestuursrecht

Te laat ingediend beroep toch ontvankelijk

In april en mei van dit jaar hebben de hoogste bestuursrechters hun rechtspraak over de zogenaamde verschoonbare termijnoverschrijding iets versoepeld. Dat betrof de zogenaamde tweewekenregel, die betrekking heeft op de situatie dat een belanghebbende pas na de beroepstermijn bekend raakt met het voor hem nadelige besluit. Al eerder was de rechtbank Limburg nog een behoorlijke stap verder gegaan. Zij toont clementie met een burger die wél op de hoogte was van het besluit, maar toch niet tijdig beroep instelde.

Het is nog geen maand geleden dat ik een **nieuwe lijn** signaleerde in de rechtspraak over het niet tijdig instellen van beroep. Dat ging over de zogenaamde tweewekenregel. Die houdt in dat als een belanghebbende buiten schuld (geen 'verzuim') te laat bezwaar of beroep instelt, hij dat in beginsel alsnog binnen twee weken moet doen zodra hij bekend raakt met besluit en de mogelijkheid om daartegen bezwaar of beroep in te stellen. De hoogste bestuursrechters zijn deze tweewekenregel met wat meer souplesse gaan toepassen.

In een **uitspraak** die recent de aandacht heeft getrokken is de rechtbank Limburg nog een (behoorlijke) stap verder gegaan. In die zaak ging het niet om de vraag of de belanghebbende burger binnen de genoemde twee weken alsnog beroep had ingesteld, maar of het hem verweten kon worden dat hij dat niet binnen de reguliere termijn van zes weken had gedaan. Wat de uitspraak extra bijzonder maakt, is dat het een uitspraak is op verzet. Dat wil zeggen, de rechtbank had de burger in eerste instantie buiten zitting niet-ontvankelijk verklaard ("kennelijk niet-ontvankelijk") en komt daar nu op terug. (Ter informatie: bij een kennelijke niet-ontvankelijkheid heeft de burger het recht om alsnog behandeling van zijn zaak ter zitting te verlangen. Dat vloeit voort uit het recht op een eerlijk proces, waarvan het in persoon verschijnen voor de rechter een belangrijk element is).

Kort gezegd ging het om een burger in moeilijke privé-omstandigheden die zijn beroepschrift een dag te laat indiende. Bij nader inzien vindt de rechtbank dat hem die termijnoverschrijding niet verweten kan worden. De rechtbank heeft de uitspraak in '**klare taal**' geschreven, zodat het niet nodig is deze hier samen te vatten. Ik licht er een paar interessante elementen uit.

De uitspraak is duidelijk als een nieuwe standaard bedoeld

De rechtbank constateert allereerst dat de beroepstermijn van 6 weken een harde termijn is, waar niet mee te marchanderen valt. Een dag te laat is dus gewoon te laat.

Vervolgens kijkt de rechtbank naar artikel 6:11 Awb, dat luidt: 'Ten aanzien van een na afloop van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift blijft niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.' De rechtbank stelt (terecht) vast dat het wetsartikel beoordelingsruimte biedt. De rechter moet namelijk beoordelen of de indiener in verzuim is geweest. De rechtbank wijst er (eveneens terecht) op dat het wetsartikel geen beleidsruimte biedt. Er is geen plaats voor een belangenafweging. Het argument dat er voor de betrokken burger grote belangen op het spel staan, laat de rechtbank dan ook buiten beschouwing. Wel verdisconteert de rechtbank de op het spel staande belangen (groot bij de burger, laag bij het SVB en geen belangen van derden) bij de bewijsvoering: zij stelt geen hoge eisen aan het bewijs dat de burger levert.

Wat voor de rechtbank uiteindelijk de doorslag geeft is dat deze burger geen rechtsbijstand had, niet bekend was met de mogelijkheid een pro forma in te dienen en in een moeilijke privé situatie verkeerde. Die omstandigheden maken volgens de rechtbank dat het hem niet verweten kan worden het beroepschrift één dag te laat te hebben ingediend. Daarbij verwijst de rechtbank naar het befaamde rapport van de WRR 'Weten is geen doen' en – kort samengevat – het sindsdien gewijzigde burgerbeeld.

De uitspraak is duidelijk als een nieuwe standaard bedoeld. Dat blijkt uit overweging 2, die ik citeer:

“In deze uitspraak legt de rechtbank uit waarom zij er nu anders tegenaan kijkt dan in de eerdere uitspraak waarin het beroep niet-ontvankelijk is verklaard. Deze uitleg is tamelijk uitgebreid en in juridische taal, omdat die ook van belang is voor andere zaken waarin te laat beroep wordt ingesteld of te laat bezwaar wordt gemaakt. Dat is voor de rechtbank ook reden om deze uitspraak te publiceren. Belanghebbenden bij toekomstige zaken weten dan hoe de rechtbank dit soort gevallen voortaan gaat beoordelen.”

Zodoende heeft de rechtbank een flinke steen in de juridische vijver gegooid. Het is nu afwachten of andere rechtbanken gaan volgen en wat onze hoogste bestuursrechters uiteindelijk zullen doen. Uiteindelijk overigens, ligt ingrijpen van de wetgever voor de hand. Bij de wetgever ligt al vele jaren de – van diverse zijden gedane – aanbeveling om in zuivere tweepartijengeschillen de beroepstermijn op te rekken. Ik ondersteun die aanbeveling. Het doet wellicht wat afbreuk aan de uniformiteit van de zesweken-termijn, maar volgens mij kunnen wij prima uit de voeten met twee uniforme termijnen: een korte voor meerpartijengeschillen, zoals over omgevingsvergunningen, en een lange voor tweepartijengeschillen, zoals over belastingen en uitkeringen. Tenslotte is het bestuursorgaan ook verplicht om in het besluit aan te geven binnen welke termijn beroep kan worden ingesteld. Bovendien is de winst groot: adequate rechtsbescherming voor burgers die wat minder alert of kundig zijn en minder procedures over procedureregels. Werk aan de winkel voor mevrouw Yesilgöz-Zegerius!



Tijn
Kortmann



Algemeen bestuursrecht

Bestuursrechter of burgerlijke rechter

Waar ben ik welkom in procedures tegen de Staat? De deur van de burgerlijke rechter lijkt (terecht) ietsje meer open bij (ideële) collectieve acties.

Wie wil procederen tegen de Staat moet weten bij welke rechter hij moet aankloppen. Dat is niet altijd eenvoudig. Ook bij collectieve acties speelt regelmatig de vraag of de bestuursrechter of de burgerlijke rechter de aangewezen instantie is. Dit speelde ook bij een recente **uitspraak in kort geding van 6 oktober 2022**, gestart door VluchtelingenWerk Nederland om de collectieve belangen van asielzoekers te behartigen. De Staat vond dat de betreffende asielzoekers (individueel) bij de bestuursrechter moesten aankloppen, maar de (burgerlijke) voorzieningenrechter dacht daar anders over en stond de collectieve actie van VluchtelingenWerk Nederland toe. Aanleiding voor ons om weer eens op een rijtje te zetten: wanneer ben je bij welke rechter welkom?

Hoe zit het: wanneer ben je welkom bij welke rechter?

Eerst over de bevoegdheid. Op grond van artikel 8:1 Algemene wet bestuursrecht kan een belanghebbende procederen bij de bestuursrechter tegen een besluit van een bestuursorgaan. De bevoegdheid van de bestuursrechter is dus afhankelijk van of er een "besluit" in de zin van de Awb is genomen (dat niet van beroep aldaar is uitgezonderd).

De bevoegdheid van de burgerlijke rechter is breder. Al meer dan een eeuw geleden oordeelde de Hoge Raad in het Guldemon/Noordwijkerhout-arrest (**ECLI:NL:HR:1915:AG1773**) dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter bepaald wordt door waarop iemand zich beroept. Is dat een *burgerlijk recht*, dan is de burgerlijke rechter bevoegd. Dat blijkt ook uit artikel 112 van de Grondwet. De stelling dat een inbreuk is gepleegd op een burgerlijk recht van de eiser door de overheid maakt dat de burgerlijke rechter bevoegd is om kennis te nemen van een vordering.

Wie wil procederen tegen de Staat moet weten bij welke rechter hij moet aankloppen. Dat is niet altijd eenvoudig

In het Plassenschap Loosdrecht-arrest (**ECLI:NL:PHR:1977:AC6111**) oordeelde de Hoge Raad dat als beide rechters bevoegd zijn, de procedure bij de bestuursrechter moet worden gevoerd. De burgerlijke rechter moet een eiser *niet-ontvankelijk* verklaren als er een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of open heeft gestaan. De achterliggende gedachte is dat zo het belang van de rechtseenheid wordt gewaarborgd en voorkomen wordt dat eenzelfde zaak tot verschillende resultaten kan leiden bij verschillende rechters (**ECLI:NL:HR:1991:ZC0261**).

De burgerlijke rechter is nog altijd wel aangewezen als 'restrechter' om aanvullende rechtsbescherming te bieden in bepaalde situaties (zie bijvoorbeeld het Changoe-arrest, **ECLI:NL:HR:1992:ZC0527**). Eén voorbeeld biedt het geval waarin de overheid nog geen besluit in de zin van de Awb heeft genomen, waardoor een bestuurlijke rechtsingang nog niet open staat. De vraag is dan of de rechtszoekende de bestuursrechtelijke besluitvorming moet af-

wachten dan wel alvast de burgerlijke rechter om bescherming kan vragen. Het adriëren van de burgerlijke rechter vóór de bestuursrechtelijke besluitvorming kan gewenst zijn omdat de schadelijke gevolgen van een besluit voorkomen kunnen worden en omdat via een collectieve actie de belangen van alle betrokken (rechts)personen in één procedure gediend kunnen worden. Op deze laatste situatie gaan we hierna in.

Maar hoe zit het met een belangenorganisatie die een collectieve actie voert?

Op grond van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek kan een stichting of een vereniging een rechtsvordering instellen die mede strekt tot de bescherming van gelijksoortige belangen van *andere* personen. Met andere woorden: als veel (rechts)personen met dezelfde problemen kampen, kan een collectieve actie worden gestart zodat die (rechts)personen niet allemaal in per-

soon hoeven te procederen. Tegen de Staat worden regelmatig collectieve acties gestart, bijvoorbeeld om bepaalde regelgeving te laten toetsen bij een rechter. Wanneer kan de burgerlijke rechter een dergelijke collectieve actie inhoudelijk behandelen?

In het Paspoort-arrest ([ECLI:NL:HR:2015:1296](#)), en eerder in het Leges Turkse Immigranten-arrest ([ECLI:NL:HR:2010:BM2314](#)), gaf de Hoge Raad antwoord. Er moet worden gekeken naar de individuele belangen die worden gebundeld. Bepalend is of er voor de rechtzoekende individuen een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat waarin zij voor hun individuele belangen kunnen opkomen. Als de individuen waarom het gaat *zelf* (individueel) bij de bestuursrechter terecht kunnen, dan zijn zij collectief niet-ontvankelijk bij de burgerlijke rechter.

Een belangrijke uitzondering is wanneer het bewandelen van de bestuursrechtelijke rechtsingang onredelijk bezwarend is (HR 11 oktober 1996, [ECLI:NL:HR:1996:ZC2169](#) (*Leenders/Ubbbergen*)). Hierbij zij gedacht aan onder meer de situatie dat de overheid een gebod of verbod instelt waarvan de inhoud alleen bij de bestuursrechter aan bod kan komen als de (rechts)persoon dat gebod of verbod overtreedt en een besluit krijgt. In dat geval meent de burgerlijke rechter dat het niet redelijk is om van een rechtzoekende te vergen dat hij de bestuursrechtelijke rechtsingang afwacht.

Een collectief aan individuen is in principe dus aangewezen op de bestuursrechter als zij via een Awb-besluit een achterliggende regeling 'exceptief' kunnen laten toetsen. Alle individuen moeten los van elkaar bezwaar maken en beroep instellen. Vanuit de juridische literatuur klinkt er daarom ook kritiek op deze rechtspraak. Een uitzondering hierop is de situatie dat het afwachten van het Awb-besluit onredelijk bezwarend is.

Wanneer is eigenlijk sprake van 'een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang'?

Bij een rechtsingang bij de bestuursrechter bij normale Awb-besluiten is natuurlijk sprake van een met waarborgen omklede rechtsgang. Er kan worden gesproken over een rechtsgang met voldoende waarborgen wanneer een onafhankelijk en onpartijdig rechterlijk college kennis kan nemen van het geschil en een effectief rechtsmiddel kan bieden. Rechtszoekenden moeten daarbij voldoende de gelegenheid krijgen om hun standpunten naar voren te brengen in een openbare zitting en zij moeten kennis kunnen nemen van alle stukken – tenzij daartegen ernstige bezwaren bestaan ([ECLI:NL:HR:2016:1049](#), zie met name ook de conclusie van A-G Langemeijer).

Of er inhoudelijk een verschil bestaat in de wijze waarop de burgerlijke rechter en de bestuursrechter een geschil toetst, maakt daarbij niet uit. Dat zou namelijk een afbreuk doen aan het belang van de behoorlijke taakverdeling tussen beide rechters ([HR 17 december 2004](#), [ECLI:NL:HR:2004:AO9556](#)).

Een collectief aan individuen is in principe dus aangewezen op de bestuursrechter

Wat voegt de uitspraak d.d. 6 oktober 2022 van de rechtbank Den Haag in het kort geding als gestart door Vluchtelingenwerk Nederland toe aan de jurisprudentie over de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter?

De uitspraak d.d. 6 oktober 2022 van de rechtbank Den Haag werpt een interessant nieuw licht op de verhouding tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Uit deze uitspraak blijkt namelijk dat als er een rechtsgang in theorie bestaat, dit nog niet betekent dat dit *feitelijk* ook het geval is.

Deze lijn was reeds waar te nemen in een eerdere uitspraak van de voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag van 1 december 2020. Deze uitspraak betrof een kort geding over het voornemen van de Staat om het Nederlandse Hoofdrailnet onderhands te gunnen aan NS. De uiteindelijke gunning is echter een appellabel besluit, waar een bestuursrechtelijke ingang tegen opstaat. De Staat betoogde daarom dat eisers niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Toch ging de burgerlijke rechter ([ECLI:NL:RBD-HA:2020:12226](#)) daarin niet mee. Achtergrond hiervan is dat het afwachten van de bestuurlijke besluitvorming – die pas in een heel laat stadium kan komen – de rechtsbescherming van eisers illusoir zou maken. De vorderingen van eisers vergen – indien ze gehonoreerd zouden worden – veel voorbereidingstijd van de Staat en kunnen niet uitgevoerd worden als het besluit tot gunning er pas is. Vanwege dit “tijdsprobleem” heeft de burgerlijke rechter de zaak inhoudelijk beoordeeld.

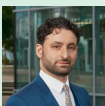
Deze lijn wordt doorgezet in de uitspraak van de voorzieningenrechter van Rechtbank Den Haag op 6 oktober 2022, inzake een kort geding gestart door VluchtelingenWerk Nederland ([ECLI:NL:RBDHA:2022:10210](#)). VluchtelingenWerk Nederland vorderde in kort geding (o.a.) dat de asielopvang, waar meer dan 18.000 asielzoekers zich in schrijnende omstandigheden in de (crisis-) noodopvang bevinden, zo snel mogelijk weer moest gaan voldoende aan de daarvoor geldende internationale (minimum)normen.

Op grond van artikel 72 lid 3 Vreemdelingenwet 2000 is bij feitelijke handelingen van een bestuursorgaan ten aanzien van een vreemdeling de bestuursrechter bevoegd. Deze feitelijke handeling wordt gelijkgesteld aan een Awb-besluit. Konden de individuele asielzoekers niet over die boeg bij de bestuursrechter terecht, waardoor de burgerlijke rechter tot niet-ontvankelijkverklaring moest overgaan?

De voorzieningenrechter oordeelde van niet. De asielzoekers konden in de bestuursrechtelijke procedure niet eenzelfde of een vergelijkbaar resultaat behalen. Vanwege de overbelasting van het asielsysteem was het betwifelbaar of de asielzoekers feitelijk in staat moesten worden geacht om hun rechten in te roepen bij de bestuursrechter. Dit onder meer vanwege het personeelstekort in alle facetten van het asielsysteem waardoor asielzoekers onvoldoende begeleiding krijgen en te weinig gefaciliteerd worden in de procedure. Bovendien acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat de geestestoestand van asielzoekers, vanwege gebrek aan privacy en (nacht)rust, in de weg kan staan aan het doorlopen van de bestuursrechtelijke rechtsgang. Zij konden bovendien niet binnen een redelijke termijn een beslissing krijgen op een verzoek voor adequate opvang dan wel een beslissing op bezwaar verwachten van het bestuursorgaan, wat wel nodig zou zijn voor een effectieve oplossing van de schrijnende situatie. De asielzoekers hadden dus niet daadwerkelijk effectief toegang tot de bestuursrechter hoewel die toegang in theorie bestond. Het individueel doorlopen van een bestuursrechtelijke procedure kon daarom volgens de voorzieningenrechter (en naar onze mening terecht) niet in redelijkheid van de individuele asielzoekers worden gevergd.

Dus kortom: bij welke rechter ben je welkom?

Als er een met waarborgen omklede rechtsgang open staat in het bestuursrecht, volgt in principe niet-ontvankelijkverklaring bij de burgerlijke rechter. Als er in theorie een bestuursrechtelijke rechtsingang open staat, maar die ingang in de praktijk niet daadwerkelijk een oplossing biedt voor een probleem, ziet de burgerlijke rechter aanleiding om toch rechtsbescherming te bieden. De VluchtelingenWerk Nederland-uitspraak is daar een goed voorbeeld van omdat de burgerlijke rechter onderzocht of het feitelijk mogelijk is om naar de bestuursrechter te stappen. Voor de rechtsbescherming lijkt dat ons een goede ontwikkeling, zeker wanneer (asiel)systemen overbelast zijn. Via de civiele rechter kan een oplossing geboden worden voor talloze gevallen in één procedure. Dit in tegenstelling tot de bestuursrechtelijke procedure waar in beginsel elk geval apart aan de rechter voorgelegd moet worden.



Ali
Al Khatib



Jake
Tingen



Algemeen bestuursrecht

Gedeeltelijk einde grondenfuik in hoger beroep

Het bestuursrecht is weer een stukje minder formalistisch geworden. Ook de Afdeling bestuursrecht staat nu toe dat er in hoger beroep nieuwe gronden worden aangevoerd.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verlaat de zogenoemde grondenfuik en sluit zich daarmee aan bij de andere hoogste bestuursrechters (ABRvS 9 februari 2022, [ECLI:NL:RVS:2022:363](#) en [ECLI:NL:RVS:2022:362](#)). Op basis van deze fuik liet de Afdeling gronden die voor het eerst in hoger beroep werden aangevoerd, in de regel buiten beschouwing tenzij er een goede reden was waarom die bezwaren niet al bij de rechtbank konden worden aangevoerd.

Het bestuursrecht is weer een stukje minder formalistisch geworden. Ook de Afdeling bestuursrecht staat nu toe dat er in hoger beroep nieuwe gronden worden aangevoerd

De grondenfuik blijft wel bestaan voor het omgevingsrecht. Daar spelen namelijk belangen van derden en gaat het vaak om zaken met grote maatschappelijke belangen, zoals infrastructurele projecten, woningbouw en energietransitie met korte wettelijke termijnen. Daar is een efficiënte rechterlijke procedure extra belangrijk. Alleen als uitgesloten is dat anderen benadeeld worden, kan de bestuursrechter in het omgevingsrecht een uitzondering maken en een nieuw bezwaar in hoger beroep toch inhoudelijk beoordelen. Hoeveel zaken onder de uitzondering vallen is nog niet duidelijk. Planschadezaken vallen in elk geval wel onder de uitzondering (ABRvS 9 maart 2022, [ECLI:NL:RVS:2022:693](#)).

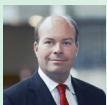
Daarnaast kan de bestuursrechter in hoger beroep ook in andere zaken nieuwe gronden weigeren mee te nemen als dat nodig is met het oog op de goede procesorde. Voor een zorgvuldige en efficiënte hoger beroepsprocedure moet namelijk tijdig vaststaan waar een procedure over gaat. Komt iemand heel laat in de procedure met nieuwe gronden, dan kunnen andere partijen daardoor worden overvallen of daarop niet meer fatsoenlijk reageren. Ook

kan een inhoudelijke behandeling van te laat ingediende nieuwe gronden tot onaanvaardbare vertraging in de behandeling van de zaak leiden.

Binnen het vreemdelingenrecht geldt het in de wet verankerde zogenoemde grievenstelsel dat uitgaat van een grondenfuik. Dat blijft onveranderd.

De afschaffing van de grondenfuik door de Afdeling kan positief worden gewaardeerd. Dit draagt bij aan de rechtsbescherming en de rechtseenheid. Tegelijk is er met de uitzondering voor het omgevingsrecht voldoende oog voor belangen van derden. Blijft nog over een wens aan de wetgever om de fuik voor het vreemdelingenrecht te heroverwegen. Dat is immers een klassiek tweepartijengeschil.

Dit bericht is ook verschenen op [mr-online.nl](#).



Jan Reinier
van Angeren



Tom
Barkhuysen



FAQ: welke aandachtspunten zijn er bij globale en flexibele bestemmingsplannen?

"Globaal bestemmen", "flexibiliteit" en "uitnodigingsplanologie". Het zijn een paar termen die in de ruimtelijke ordening vaak voorbijkomen. Zo ook in parlementaire stukken die ten grondslag liggen aan de Omgevingswet. De wetgever beoogt met die wet mogelijkheden te bieden om het omgevingsplan globaler en flexibeler in te richten. Daarmee zou er ook voor "dynamische gebieden met onzekere toekomstige ontwikkelingen" voor langere duur een bestendige basis worden geboden (*Kamerstukken 2017/2018, 34 986, nr. 3*, p. 58).

In dit blogbericht wordt in FAQ-vorm besproken wat er precies onder globale en flexibele ruimtelijke plannen wordt verstaan en waar de wens naar dit soort plannen vandaan komt. Gekeken zal worden hoe flexibiliteit onder de huidige wetgeving vormgegeven kan worden en welke aandachtspunten daarbij uit de jurisprudentie naar voren komen. Tot slot zal er ook worden stilgestaan bij mogelijkheden die de Omgevingswet biedt.

Wat wordt er onder globale en flexibele bestemmingsplannen verstaan?

Globale bestemmingsplannen zijn bestemmingsplannen die geen specifiek eindbeeld vastleggen maar meerdere uitvoeringen en inrichtingen toestaan. Een flexibel bestemmingsplan is een plan dat meer ruimte laat voor initiatieven die niet direct in het plan zijn geregeld. Doordat er in het plan nadere afwegingsmomenten zijn ingebouwd op grond waarvan het bevoegd gezag alsnog kan bepalen dat een initiatief kan worden toegestaan, kan er relatief eenvoudig en sneller op nieuwe ontwikkelingen worden ingespeeld.

Waar komt de wens naar globaliteit en flexibiliteit vandaan?

Globale bestemmingsplannen zijn bestemmingsplannen die geen specifiek eindbeeld vastleggen maar meerdere uitvoeringen en inrichtingen toestaan

De wens naar globale bestemmingsplannen is niet van de laatste jaren. Het voormalige ministerie van VROM probeerde in 2010 met de brochure "Met globale bestemmingsplannen meer mogelijkheden" bestuurders al te bewegen om meer globale bestemmingsplannen vast te stellen die ruimte bieden "voor ideeën en beleid". Met globale bestemmingsplannen zou het bouwproces versnelt kunnen worden, omdat de toets van bouwaanvragen met meer globale of minder regels makkelijker zou verlopen.

De wens naar flexibiliteit hangt ook samen met versnelling. Met een flexibel plan kunnen ontwikkelingen immers relatief eenvoudig (en daarmee sneller) worden gefaciliteerd. Opvalt is wel dat de wens naar flexibiliteit van latere datum lijkt te zijn dan die naar globaliteit. Zo blijkt uit de genoemde brochure van het ministerie van VROM dat flexibiliteit vooral als de uitkomst van globale bestemmingsplannen werd gezien, niet als een wens op zich. Dit lijkt met name te zijn ingegeven door het feit dat de flexibiliteitsinstrumenten die de Wet ruimtelijke ordening

(Wro) aanvankelijk slechts bood – binnenplanse afwijkingsregels, wijzigingsbevoegdheden en uitwerkingsverplichtingen – gepaard gaan met voorbereidingsprocedures en beroepsmogelijkheden. De tijdswinst die met de toepassing deze mogelijkheden gepaard gaat, is volgens het ministerie beperkt ten opzichte van de vaststelling van een nieuw bestemmingsplan of het verlenen van een omgevingsvergunning tot afwijking van het plan. Met de introductie van 'nieuwe' flexibiliteitsmogelijkheden als het werken met beleidsregels en bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte, werd de tijdswinst groter en de roep om flexibiliteit luider.

Wat zijn beperkingen waar onder de Wro tegenaan gelopen wordt?

Naast inzicht in de wens naar globaliteit biedt de brochure van het ministerie van VROM uit 2010 ook een goede inblik in de beperkingen van globale bestemmingsplannen. Zo wijst het ministerie erop dat er ongewenste ruimtelijke ontwikkelingen binnen een plangebied kunnen komen (ook die ontwikkelingen zullen immers sneller binnen de globale regels passen). De bestemmings-

plannen zelf zullen daarnaast moeilijker te maken zijn. Bij het aantonen van de ruimtelijke aanvaardbaarheid van een bestemmingsplan dient namelijk te worden uitgegaan van de "maximale planologische mogelijkheden" van het plan (zie o.a. ABRvS 15 december 2021, [ECLI:NL:RVS:2021:2782](#), r.o. 6). Inzichtelijk moet worden gemaakt wat de ruimtelijke gevolgen zijn van alle mogelijke activiteiten die het plan toestaat. In het geval van een globaal bestemmingsplan betekent dit dat uitgebreid onderzoek gedaan dient te worden naar de milieueffecten van de verschillende mogelijkheden. Vanwege dat onderzoek – en niet te vergeten de planschaderisico's die met een globaal plan gepaard gaan – wordt er door gemeenten in de regel niet vaak gekozen voor een globaal bestemmingsplan.

Wat betreft flexibiliteitsmogelijkheden geldt dat het onder de Wro in beginsel niet aanvaardbaar is om in bestemmingsplannen nadere afwegingsmomenten op te nemen voor de in het plan gegeven bouw- en gebruiksmogelijkheden. De Wro biedt geen grondslag voor een planregel waarin bijvoorbeeld is opgenomen dat bepaald gebruik is toegestaan "voor zover daarbij geen sprake is van negatieve effecten voor de omgeving". De ruimtelijke gevolgen van de in het plan gegeven bouw- en gebruiksmogelijkheden moeten bij planvaststelling zijn beoordeeld en aanvaardbaar zijn geacht (zie o.a. ABRvS 29 maart 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:868](#), r.o. 82.2).

Hoe kan flexibiliteit worden vormgegeven?

Met de introductie van het bestemmingsplan verbrede reikwijdte zijn er steeds meer uitspraken over de toepassing van open normen en wetsinterpreterende beleidsregels

Primaire flexibiliteitsinstrumenten

De primaire flexibiliteitsmogelijkheden voor ruimtelijke plannen zijn opgenomen in artikel 3.6 lid 1 Wro. Op grond van dat artikel kan bij een bestemmingsplan worden bepaald dat burgemeester en wethouders: a) het plan, binnen bij het plan te bepalen grenzen, kunnen wijzigen, b) het plan moeten uitwerken en c) een omgevingsvergunning kunnen verlenen ter afwijking van de bij het plan aan gegeven regels. Hoewel initiatieven die niet direct geregeld zijn in het bestemmingsplan met deze mogelijkheden kunnen worden toegestaan, leveren deze opties zoals gezegd relatief weinig tijdswinst op (wijzigings- en uitwerkingsplan) of bieden ze slechts beperkte mogelijkheid tot afwijking (binnenplanse afwijkingsregels). Er wordt tegenwoordig dan ook niet direct aan deze mogelijkheden gedacht als gesproken wordt over flexibele bestemmingsplannen.

Open normen en beleidsregels

Waar wel vaak aan gedacht wordt als het gaat om flexibele bestemmingsplannen is de toepassing van open normen en wetsinterpreterende beleidsregels. In artikel 3.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) is in 2014 expliciet de mogelijkheid opgenomen om in een bestemmingsplan ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening regels op te nemen "waarvan de uitleg bij de uitoefening van een daarbij aangegeven bevoegdheid, afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels". De aanleiding voor deze bepaling is in [eerder blog](#) besproken. Kort gezegd komt deze mogelijkheid erop neer dat een abstract criterium dat is opgenomen in een planregel en gekoppeld aan een bestuursbevoegdheid, concreet wordt ingevuld aan de hand van een beleidsregel ten tijde van de uitoefening van die bestuursbevoegdheid. Zo kan een bestemmingsplan bepalen dat een omgevingsvergunning voor bouwen slechts wordt verleend (de bestuursbevoegdheid) indien voorzien wordt in voldoende parkeergelegenheid (de open norm) met inachtneming van de lokale parkeernota (de wetsinterpreterende beleidsregels).

De flexibiliteit die het werken met open normen en beleidsregels met zich brengt, zit erin dat beleidsregels relatief eenvoudig gewijzigd kunnen worden. Er hoeft geen bestemmingsplanprocedure te worden doorlopen om planregels te wijzigen. Tegen de beleidsregels kan bovendien slechts indirect worden opgekomen. Gewijzigde beleidsinzichten kunnen daardoor eenvoudiger worden doorgevoerd, waardoor initiatieven die aanvankelijk niet binnen de beleidsregels pasten – en daarmee ook niet binnen de planregels – na wijziging van die regels wel kunnen worden toegestaan. Aan een beleidsregel is op grond van artikel 4:84 van de Awb daarnaast inherent dat daarvan kan worden afgeweken. Ook dit maakt het makkelijker om initiatieven – mits deugdelijk gemotiveerd – toch toe te staan.

Bestemmingsplan met verbrede reikwijdte

De voornoemde flexibiliteitsmogelijkheden uit de Wro en Bro gelden voor 'reguliere' bestemmingsplannen. Het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw) biedt aangewezen gemeenten in aanvulling daarop de mogelijkheid om zogenoemde bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte vast te stellen. Zoals de naam doet vermoeden kunnen deze plannen een breder bereik hebben dan reguliere bestemmingsplannen: op grond van artikel 7c lid 1 BuChw kunnen er naast regels die strekken ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening tevens regels worden gesteld met betrekking tot de fysieke leefomgeving zoals duurzaamheid of gezondheid. Deze regels kunnen net als reguliere bestemmingsplannen open normen bevatten waarvan de invulling afhankelijk is van beleidsregels. Lid 6 van artikel 7c BuChw bepaalt expliciet dat bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte regels mogen bevatten waarin de uitoefening van bestuursbevoegdheden afhankelijk is gesteld van beleidsregels.

Naast het werken met open normen en beleidsregels merkt de wetgever de mogelijkheid uit artikel 7c lid 14 BuChw – de zogenoemde bestemmingsplanactiviteit: een omgevingsvergunningplicht voor het gebruik van gronden of bouwwerken dat niet in strijd is met het bestemmingsplan – ook aan als een vorm van flexibiliteit (**Stb. 2018, 438**, p. 38). Deze mogelijkheid is echter duidelijk van andere aard dan de andere genoemde flexibiliteitsmogelijkheden. Met de bestemmingsplanactiviteit wordt immers niet een ontwikkeling toegestaan die niet direct binnen het plan past, maar wordt een extra vergunningplicht geïntroduceerd voor activiteiten die wel binnen het plan passen. In beginsel levert het opnemen van dit vergunningstelsel dan ook niet de flexibiliteit op die ervoor zorgt dat afwijkende activiteiten eenvoudiger kunnen worden toegestaan. Wel kan er in de beoordelingsregels voor de bestemmingsplanactiviteit weer gebruik worden gemaakt van open normen en wetsinterpreterende beleidsregels. Hierdoor kunnen activiteiten die in eerste instantie niet voldoen aan de beoordelingsregels toch relatief eenvoudig worden toegestaan door wijziging of afwijking van de beleidsregels. De introductie van de bestemmingsplanactiviteit levert dan ook op dat het werken met open normen en beleidsregels breder kan worden toegepast.

Een wijzigingsbevoegdheid dient – net als de rest van de planregels – in overeenstemming te zijn met een goede ruimtelijke ordening

De bestemmingsplanactiviteit biedt overigens ook nieuwe aanknopingspunten voor meer globaliteit in bestemmingsplannen. Op grond van artikel 7c lid 9 aanhef en onder a, onder 2° BuChw kan er voor bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte namelijk worden afgeweken van het vereiste dat het bestemmingsplan inzichten moet bevatten over de uitvoerbaarheid van het plan. Door opname van een vergunningstelsel voor bestemmingsplanactiviteiten kan de gemeente bij de vaststelling van het plan volstaan met een globaal onderzoek naar de gevolgen van het milieu, terwijl de initiatiefnemer in het kader van de vergunningverlening de gevolgen van het initiatief (meer) in detail in beeld brengt (**Stb. 2014, 168**, p. 15). De bestemmingsplanactiviteit kan daarmee een prikkel zijn voor gemeenten om globaler te bestemmen.

Wat zijn aandachtspunten bij het werken met flexibiliteit?

Primaire flexibiliteitsmogelijkheden

Een wijzigingsbevoegdheid dient – net als de rest van de planregels – in overeenstemming te zijn met een goede ruimtelijke ordening. Bij vaststelling van het plan waarin deze bevoegdheid is opgenomen, dient dan ook te worden vastgesteld dat het eventuele gebruik van de wijzigingsbevoegdheid in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Die beoordeling mag niet vooruitgeschoven worden naar het moment waarop de bevoegdheid wordt toegepast (zie o.a. ABRvS 16 januari 2019, **ECLI:NL:RVS:2019:102**, r.o. 4.4). De wijzigingsbevoegdheid dient daarnaast door voldoende objectieve normen te worden begrensd. Of van een dergelijke begrenzing sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Belang kan echter worden gehecht aan de aard van de wijziging en de omvang van het gebied waarop de wijzigingsbevoegdheid ziet. In bepaalde situaties kan het afdoende zijn dat duidelijk is in welke andere bestemming de in het moederplan opgenomen bestemming kan worden gewijzigd (ABRvS 27 januari 2021, **ECLI:NL:RVS:2021:173**, r.o. 7.3). Voor uitwerkingsregels geldt de eis van voldoende objectieve begrenzing niet. Voor die regels geldt dat voldoende inzicht geboden dient te worden in de toekomstige ontwikkeling van het uit te werken gebied (ABRvS 15 januari 2014, **ECLI:NL:RVS:2014:75**, r.o. 8.1). Voor afwijkingsregels geldt tot slot dat deze niet zonder enige beperking mogen worden opgenomen en niet mogen voorzien in een planologisch relevante wijziging van de bestemming. De bestaande bestemming dient na afwijking van het plan realiseerbaar te blijven (zie o.a. ABRvS 28 oktober 2020:2569, **ECLI:NL:RVS:2020:2569**, r.o. 9.1).

Open normen en beleidsregels

Met de introductie van het bestemmingsplan verbrede reikwijdte zijn er steeds meer uitspraken over de toepassing van open normen en wetsinterpreterende beleidsregels. Uit die jurisprudentie blijkt dat door gemeentes nogal eens uit het oog verloren wordt dat de beleidsregel betrekking dient te hebben op de uitoefening van een bestuursbevoegdheid. Bij recht toegestaan gebruik mag niet gekoppeld worden aan een beleidsregel. Dan is er immers geen sprake van de uitoefening van een bestuursbevoegdheid die uitleg behoeft (zie o.a. ABRvS 2 september 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:2087](#), r.o. 16.4 en zie ook een [eerder blog](#)). De wetsinterpreterende beleidsregels moeten daarnaast ook dienen ter invulling van een open norm (zie o.a. ABRvS 1 september 2021, [ECLI:NL:RVS:2021:1960](#), r.o. 5.5). Zonder een dergelijke norm is er immers ook geen uitleg verwijst.

Indien de beleidsregels waarnaar verwezen wordt, wijzigen, dan mag met die wijziging rekening worden gehouden. Een zogenoemde dynamische verwijzing naar beleidsregels is toegestaan. Duidelijk moet dan wel zijn welke beleidsregels van toepassing zijn (zie o.a. ABRvS 8 maart 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:607](#), r.o. 3.5). Belangrijk voor het gebruik van de dynamische verwijzing is bovendien dat de gevolgen van die verwijzing meegenomen dienen te worden in de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het plan. Er moet met andere woorden deugdelijk worden gemotiveerd waarom het plan ook na eventuele wijzigingen van de beleidsregels nog aanvaardbaar is (zie ABRvS 9 december 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:2920](#), r.o. 8.2).

De toepassing van open normen mag er tot slot niet toe leiden dat het plan zelf onvoldoende inzicht biedt in de bouw- en gebruiksmogelijkheden binnen het plangebied. Ook dient vast te kunnen worden gesteld of het plan voldoet aan het recht. De rechtszekerheid vereist dat de toegepaste open normen voldoende concreet en objectief worden begrensd. Wij schreven eerder [een blog](#) over de uitspraak waarin de Afdeling tot dit oordeel kwam (ABRvS 27 oktober 2021, [ECLI:NL:RVS:2021:2388](#), r.o. 9.5). Kort gezegd komt het erop neer dat enige inkadering van de open norm vereist is. Deze inkadering dient te gebeuren door de overige planregels of de planverbeelding. Dit laatste kan gebeuren door bijvoorbeeld het gebied waar de norm betrekking op heeft te begrenzen.

Bestemmingsplan met verbrede reikwijdte

De rechtszekerheid vereist dat de toegepaste open normen voldoende concreet en objectief worden begrensd

Voor bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte geldt dat de Afdeling in haar uitspraak van 14 augustus 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2772](#), r.o. 16.2) expliciet heeft overwogen dat het opnemen van open normen in beoordelingsregels voor bestemmingsplanactiviteiten is toegestaan. In de uitspraak staat het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte 'Omgevingsplan Buitengebied 2016' van de gemeente Boekel centraal. Dit plan bevat een vergunningstelsel voor het aanvangen en wijzigen van gebruik van gronden en bouwwerken. In de beoordelingsregels aan de hand waarvan wordt bepaald of een omgevingsvergunning kan worden verleend, zijn open normen opgenomen die bepalen dat een belangenafweging moet plaatsvinden of die beoordelingsruimte bieden dan wel een combinatie van beiden. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat de raad vanwege het gebruik van deze open normen niet had mogen vaststellen. Zij acht het gebruik van dergelijke normen pas-

send bij het flexibele karakter van het plan. De gekozen plansystematiek zorgt er bovendien voor dat een nadere invulling van die open normen bij de toetsing van een aanvraag om omgevingsvergunning aan de orde kan komen. De bestuursrechter kan naar aanleiding van een beroep tegen die omgevingsvergunning de nadere invulling toetsen. De rechtspraak die de Afdeling heeft gevormd over reguliere bestemmingsplannen onder de Wet ruimtelijke ordening, namelijk dat een nader afwegingsmoment omtrent het toegestane grondgebruik in geval van een bestemming bij recht niet is toegestaan, is niet van toepassing op een vergunningstelsel als het voorliggende in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte. Een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte dat voor bestemmingsplanactiviteiten beoordelingsregels bevat met open normen is – mits juist vormgegeven – kortom mogelijk.

Biedt de Omgevingswet nog nieuwe mogelijkheden voor globale en flexibele plannen?

Onder de Omgevingswet (Ow) zullen de genoemde flexibiliteitsmogelijkheden niet allemaal terugkomen. Van de primaire flexibiliteitsmogelijkheden zullen de wijzigingsbevoegdheid en uitwerkingsplicht komen te vervallen. In plaats daarvan kan de gemeenteraad de bevoegdheid tot het vaststellen van delen van het omgevingsplan delegeren aan het college van burgemeester en wethouders (artikel 2.8 Ow). Ook de uitsluitend op afwijkingen betrekking hebbende vorm van de binnenplanse afwijkmogelijkheid komt als apart te onderscheiden figuur niet meer terug. Deze mogelijkheid wordt samen met de bestemmings-

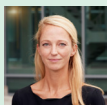
planactiviteit, de omgevingsplanactiviteit. Een omgevingsplanactiviteit kent drie vormen: het kan een activiteit zijn waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het verboden is deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die niet in strijd is met het omgevingsplan, of het is een activiteit waarvoor in het omgevingsplan is bepaald dat het verboden is deze zonder omgevingsvergunning te verrichten en die in strijd is met het omgevingsplan, of het is een andere activiteit die in strijd is met het omgevingsplan (zie onderdeel A van de bijlage bij de Ow). Voor al deze vormen geldt dat een omgevingsvergunning vereist is.

In de beoordelingsregels voor de zogenoemde binnenplanse omgevingsplanactiviteit kan net als onder het huidige recht gewerkt worden met open normen en beleidsregels

In de beoordelingsregels voor de zogenoemde binnenplanse omgevingsplanactiviteit (de eerstgenoemde vorm) kan net als onder het huidige recht gewerkt worden met open normen en beleidsregels. De mogelijkheid daartoe wordt echter niet meer expliciet benoemd in de Ow. Dit omdat deze mogelijkheid ook niet afzonderlijk wordt geregeld bij andere autonome regelgevende bevoegdheden uit bijvoorbeeld de Gemeentewet of de Provinciewet. De keuzevrijheid om al dan niet te werken met open normen ligt volgens de wetgever besloten in die regelgevende bevoegdheid en volgt rechtstreeks uit de Awb (**Stb. 2018, 290**, p. 98). De bevoegdheid tot het werken met open normen en beleidsregels blijft dan ook bestaan en aannemelijk is dat de jurisprudentie zoals die tot nu toe gewezen is, relevant zal blijven onder de Ow.

Andere nieuwe flexibiliteitsmogelijkheden biedt de Ow niet direct. Opvalt is wel dat de wetgever de figuur van de vergunning bij uitstek als flexibiliteitsinstrument aanmerkt. Dit omdat de aanvaardbaarheid van activiteiten op basis van een nadere afweging kan worden vastgesteld (**Kamerstukken 2017/2018, 34 986, nr. 3**, p. 58). De situatie blijft dan echter gelijk aan die nu geldt voor de bestemmingsplanactiviteit. Een vergunningstelsel in een omgevingsplan

levert niet direct de flexibiliteit op die ervoor zorgt dat afwijkende activiteiten eenvoudiger kunnen worden toegestaan. Als de beoordelingsregels gedetailleerd en strikt zijn, biedt ook een vergunningstelsel weinig flexibiliteit. Open normen en wetsinterpretende beleidsregels kunnen dat anders maken. Het is echter aan de gemeente om het nadere afwegingsmoment concreet in te vullen en te bezien welke mate van flexibiliteit wenselijk is.



Anne-Marie
Span



Omgevingsrecht

Conclusie staatsraad A-G en uitspraak van de Afdeling

Deze bieden inzicht in mogelijkheden delegatie bij vaststelling bestemmingsplan verbrede reikwijdte en omgevingsplan.

Afgelopen april schreef staatsraad advocaat-generaal Nijmeijer een conclusie over de mogelijkheden van delegatie van delen van een bestemmingsplan verbrede reikwijdte door de gemeenteraad aan het college van burgemeester en wethouders. Aangezien onder de Omgevingswet (Ow) deze mogelijkheid ook zal bestaan, werd met deze conclusie een tipje van de sluier opgelicht van de werking van de Ow en de vaststelling van omgevingsplannen. Op 17 augustus 2022 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een uitspraak waarin de conclusie werd toegepast. In dit blogbericht bespreken wij zowel de conclusie van de staatsraad A-G als de uitspraak van de Afdeling.

Aanleiding conclusie en uitspraak

Een conclusie over de mogelijkheden van delegatie van delen van een bestemmingsplan verbrede reikwijdte door de gemeenteraad aan het college van burgemeester en wethouders

De gemeenteraad van de gemeente Boekel heeft het 'Omgevingsplan Buitengebied 2016' (het "**Omgevingsplan**") vastgesteld met toepassing van artikel 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet ("**BuChw**"). Een bestemmingsplan verbrede reikwijdte is een ruimtelijk plan dat een breder bereik kan hebben dan een regulier bestemmingsplan. Naast regels die strekken ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening kunnen in dit plan regels worden gesteld met betrekking tot de fysieke leefomgeving zoals duurzaamheid of gezondheid. Lid 13 van artikel 7c BuChw geeft aan de gemeenteraad daarnaast de bevoegdheid om de vaststelling van delen van het bestemmingsplan met verbrede reikwijdte te delegeren aan het college van burgemeester en wethouders. De gemeenteraad van Boekel heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en bij afzonderlijk besluit de bevoegdheid om herzieningen van het Omgevingsplan vast te stellen, onder voorwaarden gedelegeerd aan het college van burgemeester en wethouders van Boekel (het "**College**"). Naar aanleiding van dit besluit heeft het College een drietal herzieningen van het Omgevingsplan vastgesteld. Tegen deze herzieningen is beroep ingesteld en een verzoek om voorlopige voorziening ingediend.

In het beroep hebben appellanten onder meer aangevoerd dat de herzieningen onbevoegd zijn genomen omdat ze niet conform het delegatiebesluit zijn vastgesteld. Ook zouden de herzieningen niet voldoen aan de beleidsregels die in het delegatiebesluit zijn opgenomen. De voorzieningenrechter heeft zich over deze aspecten in haar uitspraak niet uitgelaten. Naar haar oordeel zou nader onderzoek in de bodemprocedure dienen plaats te vinden. De rechter heeft op grond van een belangenafweging de herziene plannen wel geschorst (**ECLI:NL:RVS:2021:1637**). Vooruitlopend op het onderzoek in de bodemprocedure heeft de voorzitter van de Afdeling staatsraad A-G Nijmeijer op 1 december 2021 gevraagd een conclusie te nemen. De vragen die aan hem zijn voorgelegd zijn samengevat de volgende:

1. Welke eisen moeten uit het oogpunt van kenbaarheid en rechtszekerheid worden gesteld aan het delegatiebesluit?
2. Is het toegestaan in het delegatiebesluit te verwijzen naar beleid waarin inhoudelijke eisen worden gesteld?
3. Kunnen bij het Omgevingsplan vastgestelde regels, die relevantie krijgen in het kader van een herziening van het plan, (opnieuw) worden aangevochten?

Algemene bepalingen delegatie

Voordat we naar de analyse van de staatsraad A-G gaan, is het goed vast te stellen wat delegatie ook al weer inhoudt en wat hierover in de Algemene wet bestuursrecht ("**Awb**") geregeld is. Een definitie van delegatie is opgenomen in artikel 10:13 Awb. Op grond van dat artikel wordt onder delegatie verstaan: het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder zijn eigen verantwoordelijkheid uitoefent. Omdat delegatie een ingrijpende

inbreuk maakt op de verdeling van bevoegdheden – het delegerende orgaan mag de bevoegdheid immers niet meer zelf uitoefenen (art. 10:17 Awb) – is er een wettelijke grondslag voor vereist (art. 10:15 Awb). Met betrekking tot de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid kan het delegerende bestuursorgaan beleidsregels stellen (art. 4:81 lid 1 en art. 10:16 lid 1 Awb). Andere instructies over hoe te beslissen in een concreet geval zijn niet toegestaan, omdat deze zelfstandige bevoegdheidsuitoefening illusoir zouden maken. De beleidsregels kunnen betrekking hebben op de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan (art. 1:3 lid 4 Awb). In het delegatiebesluit zelf kunnen ook beperkingen in de overdracht worden opgenomen, bijvoorbeeld door te bepalen dat de delegatie slechts geldt voor bepaalde situaties (**Kamerstukken II 1993/1994, 23 700, nr. 3**).

De analyse van de staatsraad A-G start met de vraag hoe een delegatiebesluit bekend dient te worden gemaakt

Delegatiebevoegdheid bestemmingsplan verbrede reikwijdte en omgevingsplan

Delegatie betreft dus het overdragen van een bevoegdheid door een bestuursorgaan. Zoals gezegd is de delegatiemogelijkheid die de aanleiding gaf voor de conclusie van staatsraad A-G Nijmeijer – de mogelijkheid tot delegatie van het vaststellen van delen van een bestemmingsplan verbrede reikwijdte – opgenomen in artikel 7c lid 13 van het BuChw. De toelichting op dit artikel is beperkt. De wetgever merkt hoofdzakelijk op dat lid 13 meer vrijheid biedt dan de planfiguren die in artikel 3.6 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) zijn opgenomen om het bestemmingsplan door het college van burgemeester en wethouders te laten aanpassen (uitwerkings- en wijzigingsplannen). De delegatiemogelijkheid wordt niet zo strikt geregeld als die planfiguren. Het wordt aan de raad overgelaten om grenzen voor het college van burgemeester en wethouders te stellen (**Stb. 2014, 168**).

Onder de Ow is de bevoegdheid tot het delegeren van delen van het omgevingsplan neergelegd in artikel 2.8 Ow. De toelichting op dat artikel is een stuk uitgebreider. Naast algemene inzichten over de werking van delegatie wordt concreet benoemd dat uit de woorden "delen van" blijkt dat regelgevende bevoegdheden niet integraal kunnen worden overdragen. Het is aan het democratisch meest gelegitimeerde orgaan om te bepalen of en op welke wijze toepassing wordt gegeven aan deze bevoegdheid tot delegatie. Ook benoemt de wetgever dat artikel 2.8 Ow geen voortzetting is van artikel 3.6 Wro. Uitvoering van een delegatiebesluit wijzigt het omgevingsplan zelf en betreft geen zelfstandig planfiguur. De jurisprudentie gevormd over artikel 3.6 Wro zou volgens de wetgever dan ook niet of niet zonder meer toepasbaar zijn bij toepassing van artikel 2.8 Ow. Zo hoeft niet al ten tijde van de vaststelling van het delegatiebesluit te zijn aangetoond dat de gedelegeerde aanpassingen van het omgevingsplan zullen voldoen aan het wettelijke kader. Delegatie kan bovendien ook afhankelijk worden gemaakt van een onzekere, toekomstige gebeurtenis. De aanpassing van het omgevingsplan zelf zal wel aan dezelfde eisen moeten voldoen als een door de gemeenteraad aangebrachte wijziging en daartegen kan ook op dezelfde wijze in rechte worden opgekomen. Tegen het delegatiebesluit – dat volgens de wetgever een afzonderlijk besluit is dat geen deel uitmaakt van het omgevingsplan – kunnen geen rechtsmiddelen worden aangewend (**Kamerstukken II 2013/204, 33 963, nr. 3**).

Conclusie staatsraad A-G Nijmeijer

Bekendmaking delegatiebesluit

De analyse van de staatsraad A-G start met de vraag hoe een delegatiebesluit bekend dient te worden gemaakt. Deze vraag komt aan de orde omdat het besluit – dat volgens de wetgever en de A-G aangemerkt kan worden als algemeen verbindend voorschrift – pas in werking treedt op het moment dat het op de juiste manier bekend is gemaakt (zie art. 8 Bekendmakingswet). De bevoegdheid van het college tot vaststelling van delen van het bestemmingsplan verbrede reikwijdte bestaan dus pas na die bekendmaking. Van belang daarbij is dat algemeen verbindende voorschriften vastgesteld door bestuursorganen van de gemeente bekend dienen te worden gemaakt door plaatsing in een publicatieblad (art. 6 Bekendmakingswet; geldend per 1 juli 2021). Publicatiebladen, zoals de Staatscourant of het gemeenteblad, worden uitgegeven op www.officielebekendmakingen.nl (art. 3.1 Besluit elektronische publicaties juncto art. 2.1 Regeling elektronische publicaties). Slechts na plaatsing van het delegatiebesluit in een publicatieblad op deze website is het college toegestaan delen van het ruimtelijk plan aan te passen. Onder de Ow wijzigt dit niet.

Mogelijkheden delegatie en vereisten rechtszekerheid

De staatsraad A-G buigt zich vervolgens over de vraag wanneer het primaat van de gemeenteraad bij het maken van bestemmingsplannen ongeoorloofd doorbroken wordt door de vormgeving van een delegatiebesluit. Daarbij vraagt de staatsraad A-G zich af wat precies verstaan moet worden onder 'delen van' het plan waarop de delegatie volgens de artikelen 7c lid 13 BuChw en 2.8 Ow mag zien. Hij ziet twee mogelijke benaderingen: een geografische en inhoudelijke. De geografische uitleg gaat volgens hem uit van het grondgebied van de gemeente. De planbevoegdheid mag in die benadering niet voor het gehele grondgebied aan het college worden gedelegeerd, maar slechts gedeeltelijk. In de inhoudelijke uitleg heeft 'delen van' betrekking op onderdelen van het voor een locatie geldende samenstel van planregels. Dat betekent dat de gemeenteraad voor iedere locatie binnen de gemeente zelf een deel van de planregeling vaststelt en aan het college de bevoegdheid delegeert om de geldende planregeling aan te vullen of anderszins te wijzigen.

Volgens de staatsraad A-G blijkt uit de wettekst noch de toelichtende stukken welke uitleg door de wetgever is beoogd. De bestuursrechter zal dan ook duidelijkheid moeten geven. De voorkeur van de staatsraad A-G gaat uit naar de inhoudelijke uitleg, onder meer omdat in de nota van toelichting op artikel 7c lid 13 BuChw wordt gesproken over '(ondergeschikte) delen'. Waarschijnlijk maakt hij uit die bewoordingen op dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad de gehele planregeling voor een locatie aan het college over te laten. De gemeenteraad zal hoe dan ook zelf in het delegatiebesluit tot uitdrukking dienen te brengen wat in het kader van het besluit verstaan moet worden onder 'delen van het plan'. Kenbaarheid en rechtszekerheid vereisen dat het delegatiebesluit de grenzen van de gedelegeerde bevoegdheid zo concreet en nauwkeurig mogelijk begrenst. Naar mening van de staatsraad A-G kan voor de eisen die gesteld worden aan de inhoud van het delegatiebesluit aansluiting

gezocht worden bij de rechtspraak over wijzigingsbevoegdheden als bedoeld in artikel 3.6 lid 1 aanhef en onder a Wro. In de rechtspraak over die bevoegdheid is namelijk een vaste lijn ontwikkeld die inhoudt dat door de gemeenteraad in voldoende mate moet worden bepaald in welke gevallen en op welke wijze het college van de wijzigingsbevoegdheid gebruik mag maken. De bevoegdheid moet in beide opzichten door voldoende objectieve normen worden begrensd (zie in dit kader ook het **eerdere blog dat wij schreven over flexibele bestemmingsplannen**). De staatsraad A-G wijst er hierbij wel op dat het gaat om 'aansluiting' bij deze jurisprudentie en niet het één-op-één overnemen. De delegatiebevoegdheid is immers ruimer dan de wijzigingsbevoegdheid. In de kern gaat het er om dat het delegatiebesluit voor eenieder kenbaar in objectief omschreven normen aangeeft in welke gevallen en onder welke voorwaarden het college regelgevende bevoegdheid toekomt. Het gebruik van open normen is daarbij volgens de staatsraad A-G toegestaan, zolang de gekozen normen op zichzelf bezien als objectieve normen kwalificeren (zie in dat kader **een ander blog dat wij eerder schreven**).

Volgens de staatsraad A-G blijkt uit de wettekst noch de toelichtende stukken welke uitleg door de wetgever is beoogd. De bestuursrechter zal dan ook duidelijkheid moeten geven

Verwijzing naar beleid(s)regels in het delegatiebesluit

Over de mogelijkheid tot verwijzing naar beleidsregels in het delegatiebesluit wijst de staatsraad A-G erop dat de gemeenteraad, binnen de grenzen van de aan hem gedelegeerde bevoegdheid beleidsregels kan vaststellen. Dit volgt uit artikel 4:81 lid 1 Awb. De staatsraad A-G merkt echter op dat er in de literatuur over deze mogelijkheid niet eenduidig gedacht wordt. Naar aanleiding hiervan overweegt hij dat als de eis wordt gesteld dat de grenzen van de gedelegeerde bevoegdheid zo concreet en nauwkeurig mogelijk moeten worden begrensd, iedere constructie waarbij het college enigerlei vorm van discretionaire ruimte krijgt bij de beoordeling of hem een regelgevende bevoegdheid toekomt, onrechtmatig is. De beleidsregels zullen dan ook geen betrekking kunnen hebben op de vraag of er een regelgevende bevoegdheid is, maar zien op de wijze hoe de bevoegdheid in een concreet geval door het college mag worden gebruikt. Daarmee wordt ook voorkomen dat het college op grond van artikel 4:84 Awb – de inherente afwijkingsbevoegdheid die bestaat in het kader van beleidsregels – zichzelf een regelgevende bevoegdheid zou kunnen toekennen.

Omvang beroep bij opeenvolgende planherzieningen

Staatsraad A-G Nijmeijer buigt zich tot slot over de vraag of regels uit een bestemmingsplan verbrede reikwijdte/omgevingsplan die door de herziening van dat plan niet gewijzigd worden, wel opnieuw kunnen worden aangevochten in een beroepsprocedure. De staatsraad A-G gaat er in beginsel vanuit dat dit niet kan. Om de mate van rechtsbescherming echter niet ten koste te laten

gaan van de keuze voor een geconsolideerde plansystematiek, zouden beroepsgronden die zijn gericht tegen regels die bij een eerdere vaststelling in het omgevingsplan zijn opgenomen, wél moeten worden toegelaten als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. de bestreden regel is nodig voor een vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, zorgvuldigheid en evenredigheid bezien rechtmatige planologische regeling, en
2. appellant was ten tijde van de vaststelling van de bestreden regel niet gerechtigd om beroep in te stellen of appellant kan niet worden verweten dat hij toen geen beroep heeft ingesteld.

Deze voorwaarden komen er onzes inziens op neer dat indien regels uit het moederplan door de planherziening een nieuwe betekenis krijgen – bijvoorbeeld doordat er nieuwe activiteiten worden toegestaan – deze regels opnieuw mogen worden aangevochten. Daarmee wordt volgens de staatsraad A-G bereikt dat appellanten in de positie komen die voor hen zou bestaan als voor de relevante locatie een planologisch regime wordt vastgesteld zonder dat het bevoegd gezag voor de invulling van dat regime kan terugvallen op een geconsolideerd omgevingsplan. Om de rechtszekerheid te borgen merkt de staatsraad A-G wel op dat, indien de beroepsgronden die zijn gericht tegen de in rechte onaantastbare planregels naar het oordeel van de bestuursrechter doel treffen, de rechter daar niet het gebruikelijke gevolg aan zou moeten verbinden van vernietiging. De in rechte onaantastbare planregels zouden hun rechtskracht moeten behouden en de bestuursrechter zou zich moeten beperken tot het oordeel dat de in het omgevingsplan opgenomen planregels die in rechte onaantastbaar zijn, moeten worden aangevuld of gewijzigd opdat voor de locatie van appellant een evenwichtige planregeling wordt vastgesteld.

Uitspraak Afdeling

Het belangrijkste vereiste is dat de raad de gedelegeerde bevoegdheid voldoende concreet en objectief begrenst

Na de conclusie van de staatsraad A-G heeft de Afdeling op 17 augustus 2022 een uitspraak gedaan in de bodemprocedure. De Afdeling onderschrijft in die uitspraak de conclusie van de staatsraad A-G dat een delegatiebesluit als het voorliggende een algemeen verbindend voorschrift is. Steun voor deze opvatting vindt de Afdeling in de totstandkomingsgeschiedenis van de Derde tranche Awb. De Afdeling komt vervolgens tot de conclusie dat het besluit van de gemeenteraad van Boekel niet volgens de wettelijke eisen bekend is gemaakt en dus niet in werking is getreden. De Afdeling ziet echter aanleiding om dit gebrek met toepassing van artikel 6:22 Awb te passeren, omdat belanghebbenden niet door het gebrek zijn benadeeld. Uit de beroepschriften blijkt immers dat de appellanten met de inhoud van het besluit

bekend waren en dat ook zij ervan uitgingen dat het besluit in werking was getreden. Dit neemt echter niet weg dat het delegatiebesluit alsnog juist bekend dient te worden gemaakt.

De Afdeling onderschrijft daarnaast de conclusie van de staatsraad A-G dat het primaat van de vaststelling van een planregeling bij de raad berust. Het is dus aan de raad om te besluiten over het al dan niet delegeren van de vaststelling van delen van het plan. Die delegatie dient begrensd te worden, maar de vraag of in een concreet geval sprake is van delegatie van delen van het plan kan volgens de Afdeling niet op voorhand op de door de staatsraad A-G bedoelde categoriale wijze worden beantwoord, maar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De raad dient in het delegatiebesluit de bevoegdheid van het college wel voldoende concreet en objectief begrenzen, zodat uit het oogpunt van rechtszekerheid duidelijk en kenbaar is voor welke delen het college verantwoordelijk is. Beleidsregels kunnen de bevoegdheid ook begrenzen, mits die begrenzing op grond van de beleidsregels voldoende concreet en objectief te bepalen is. Of dit het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Voor het delegatiebesluit van de gemeente Boekel betekent het voorgaande vrij weinig. Waar de staatsraad A-G nog opmerkte dat het besluit niet voldoende objectief begrensd is omdat er verwezen wordt naar beleidsstukken die niet geschreven zijn om te fungeren als afbakening van een te delegeren planbevoegdheid, komt de Afdeling niet aan een dergelijke analyse toe. De Afdeling kijkt slechts naar de aangevoerde beroepsgronden en gaat na of het plan in overeenstemming is met de beleidsregels die genoemd zijn in het delegatiebesluit. Aangezien die op een aantal punten niet het geval is, wordt het College opgedragen deze gebreken te herstellen. Het delegatiebesluit blijft in stand.

Betekenis voor de praktijk

Met de uitspraak van 17 augustus 2022 biedt de Afdeling enige concretisering wat betreft de delegatiebevoegdheid in het kader van een bestemmingsplan verbrede reikwijdte/omgevingsplan. De Afdeling laat de mogelijkheid open om de vaststelling van delen van het plan geografisch te delegeren aan het college. Het belangrijkste vereiste is dat de raad de gedelegeerde bevoegdheid voldoende concreet en objectief begrenst. Ondanks dat de Afdeling niet toekomt aan de vraag hoe dat dan precies zou moeten, kan daarbij onzes inziens aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over wijzigingsplannen en het gebruik van open normen.

Gegevens conclusie en uitspraak

Concl. A-G Nijmeijer 14 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1109

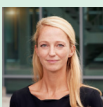
Zaaknummer: 202100119/3/R2

ABRvS 17 augustus 2022, ECLI:NL:RVS:2022:2394

Zaaknummer: 202100119/1/R2



Jan
van Oosten



Anne-Marie
Span



FAQ: Bodembeschermingsrecht

Bij de verkoop van vastgoed en grond speelt de status van de bodem vaak een grote rol. Kopers willen graag weten of er sprake is van bodemverontreiniging en zo ja, wie verantwoordelijk is voor het saneren ervan. In dit blogbericht wordt in FAQ-vorm besproken wat er juridisch gezien geldt voor de bescherming van de bodem.

Wat is het wettelijke kader voor bodembescherming?

De regels met betrekking tot de bodem zijn hoofdzakelijk neergelegd in de Wet bodembescherming ("**Wbb**"). De Wbb bevat algemene regels ter voorkoming en beperking van bodem- en grondwaterverontreiniging en over het ongedaan maken van reeds ontstane bodemverontreiniging. De Wbb vormt de grondslag voor verschillende algemene maatregelen van bestuur (amvb's), zoals het Besluit bodemkwaliteit, het Besluit lozing afvalwater huishoudens en het Besluit gebruik meststoffen. In deze besluiten zijn verschillende regels opgenomen met betrekking tot handelingen die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit van de bodem. Regels ter voorkoming van bodemverontreiniging door inrichtingen zijn daarnaast opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer. Omgevingsvergunningen en overeenkomsten zoals huurcontracten kunnen ook bodembeschermingsregels bevatten. Dit blogbericht beperkt zich tot bespreking van de Wbb (en een vooruitblik onder de Omgevingswet). Goed in dat kader is overigens op te merken dat de Wbb specifiek betrekking heeft op de landbodem. De waterbodem en oevers van oppervlaktewaterlichamen worden gedekt door het regime van de Waterwet.

Wat is het uitgangspunt van de Wbb?

Bij de verkoop van vastgoed en grond speelt de status van de bodem vaak een grote rol

De Wbb is in eerste instantie gericht op preventie (hoofdstuk III). De artikelen 6 tot en met 12 Wbb bevatten de mogelijkheid om bij amvb regels te stellen over handelingen die kunnen leiden tot bodemverontreiniging. De eerdergenoemde amvb's zijn op deze artikelen gebaseerd. De Wbb bevat daarnaast de algemene zorgplicht die verplicht om bij (dreigende) bodemverontreiniging, waaronder die van grondwater, alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging of aantasting te voorkomen dan wel de gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Deze zorgplicht is vastgelegd in artikel 13 Wbb en geldt voor eenieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 van de Wbb. De plicht richt zich niet alleen tot de directe veroorzaker van een verontreinigingsincident, maar geldt ook voor degene die bevoegd en feitelijk in staat is om een overtreding van de zorgplicht te voorkomen of te beperken (ABRvS 7 juli 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1561](#), r.o. 7). De zorgplicht heeft bovendien een zelfstandige en

aanvullende betekenis naast de voorschriften van een omgevingsvergunning van een inrichting (ABRvS 3 maart 2010, [ECLI:NL:RVS:2010:BL6262](#), r.o. 2.2.5). De Wbb bevat naast deze regels ter voorkoming van bodemverontreiniging ook regels over het ongedaan maken van reeds ontstane verontreinigingen (hoofdstuk IV) en financiële bepalingen (hoofdstuk VII).

Wie is het bevoegd gezag onder de Wbb?

Het bevoegd gezag voor taken op grond van de Wbb is in beginsel het college van gedeputeerde staten van de provincie waarin de gronden zich bevinden. In een enkel geval is de commissaris van de Koning bevoegd gezag (indien het gaat om spoedmaatregelen bij ongewone voorvallen, zie artikel 31 Wbb). Op grond van artikel 88 lid 1 Wbb worden de gemeenten Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht daarnaast gelijkgesteld met een provincie. Ook andere gemeenten kunnen als bevoegd gezag worden aangewezen (artikel 88 lid 7 Wbb). Dit is gedaan bij het Besluit aanwijzing bevoegd gezag gemeenten Wet bodembescherming van 12 december 2000. Op grond van dit besluit worden onder meer Alkmaar, Deventer en Maastricht gelijkgesteld met een provincie voor de toepassing van verschillende artikelen uit het Wbb.

Wat is het verschil tussen historische en niet-historische bodemverontreinigingen?

De zorgplicht uit artikel 13 Wbb is een belangrijk aspect in het kader van de bescherming van de bodem. Deze plicht geldt echter alleen voor zogenaamde 'nieuwe', niet-historische bodemverontreinigingen. Niet-historische bodemverontreinigingen zijn verontreinigingen die zijn ontstaan op of na 1 januari 1987 – de datum dat de Wbb in werking is getreden. Bodemverontreinigingen die zijn ontstaan vóór 1987 worden aangeduid als 'historische verontreinigingen'. Indien uit bodemonderzoek blijkt dat van een dergelijke historische verontreiniging sprake is en iemand is voornemens handelingen te gaan verrichten die ervoor kunnen zorgen dat de verontreiniging wordt verplaatst dan wel verminderd, dan moet er een melding worden gedaan van dit voornemen bij het bevoegd gezag (artikel 28 Wbb). Naar aanleiding van deze melding kan het bevoegd gezag een schriftelijke beschikking afgeven waarin wordt vastgesteld of er sprake is van een geval van ernstige verontreiniging (artikel 29 Wbb). Als het bevoegd gezag vaststelt dat er sprake is van een geval van ernstige bodemverontreiniging, stelt het bij deze beschikking tevens vast of het huidige dan wel voorgenomen gebruik van de bodem of de mogelijke verspreiding van de verontreiniging leiden tot zodanige risico's voor mens, plant of dier dat spoedige sanering noodzakelijk is (artikel 37 Wbb). Een dergelijke beschikking wordt ook wel een 'beschikking ernst en spoed' genoemd. Indien het bevoegd gezag deze beschikking afgeeft en tot de conclusie komt dat er sprake is van een ernstige verontreiniging die spoedig gesaneerd dient te worden, dan zal het ook bepalen wanneer de sanering uitgevoerd dient te worden (artikel 37 lid 2 Wbb). Tevens kan worden bepaald door wie de sanering dient te worden uitgevoerd (artikel 37 lid 5 Wbb).

Wat dient er te gebeuren als er sprake is van een historische verontreiniging die niet met spoed gesaneerd dient te worden?

De Wbb bevat algemene regels ter voorkoming en beperking van bodem- en grondwaterverontreiniging en over het ongedaan maken van reeds ontstane bodemverontreiniging

Indien er sprake is van een geval van historische bodemverontreiniging dat ernstig is en met spoed gesaneerd dient te worden, is het duidelijk wat er dient te gebeuren. Het bevoegd gezag kan echter ook tot de conclusie komen dat de verontreiniging niet ernstig is of dat deze wel ernstig is, maar niet met spoed hoeft te worden gesaneerd. In het eerste geval is er geen saneringsplicht. Verbetering van de bodemkwaliteit kan in een dergelijk geval niet worden voorgeschreven op grond van de regels van de Wbb. In het tweede geval geldt er daarnaast ook niet direct een saneringsplicht, maar is het wel waarschijnlijk dat nieuwe ontwikkelingen, zoals bouwactiviteiten of herinrichting van een locatie of gebied, aanleiding kunnen geven tot sanering (zie in dit kader ook de [Circulaire bodemsanering per 1 juli 2013](#)). Door die werkzaamheden kunnen de risico's verbonden aan de bodemverontreiniging immers wijzigen. Ondanks het ontbreken van een saneringsplicht kan het bevoegd gezag in zijn beschikking overigens wel aangeven welke maatregelen in het belang van de bodembescherming moeten worden genomen en hoe en wanneer aan hem verslag zal worden uitgebracht over de uitvoering van die maatregelen (artikel 37 lid 3 Wbb). In de beschikking kan ook worden aangegeven welke beperkingen bij het gebruik van de bodem

in acht moeten worden genomen door de eigenaar, pachter of gebruiker van het grondgebied waar zich ernstige verontreiniging heeft voorgedaan (artikel 37 lid 4 Wbb). In de beschikking dient het bevoegd gezag ook aan te geven welke veranderingen in het gebruik van de bodem aan hen moeten worden gemeld (artikel 37 lid 6 Wbb). Bij een wijziging van het gebruik zal de urgentie van de sanering namelijk opnieuw beoordeeld worden, omdat met de sanering de bodem ten minste geschikt moet worden gemaakt voor de functie die het na de sanering krijgt (artikel 38 lid 1 Wbb).

Wie is er verantwoordelijk voor het saneren van een bodemverontreiniging?

Het uitgangspunt van de Wbb is dat de vervuiler betaalt. Dit beginsel is ook opgenomen in artikel 13 Wbb waarin voor nieuwe, niet-historische bodemverontreinigingen is bepaald dat "ieder" die op of in de bodem handelingen verricht die de bodem kunnen verontreinigen of aantasten, verplicht is alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem geveerd kunnen worden om een verontreiniging en de directe gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken. Zoals eerder benoemd gaat het hierbij zowel om de directe veroorzaker van de verontreiniging als degene die bevoegd is en feitelijk in staat om aan de zorgplicht te voldoen (ABRvS 7 juli 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1561](#), r.o. 7).

Voor historische verontreinigingen geldt daarnaast dat in de Wbb enkel gesproken wordt over "degene die voornemens is de bodem te saneren" (artikel 28 Wbb) dan wel "degene die de bodem saneert" (artikel 38 Wbb). Er is hier dus enige mate van vrijheid

wie de sanering uitvoert. Deze vrijheid zal ook daadwerkelijk bestaan als de sanering vrijwillig door een bepaalde partij wordt uitgevoerd. De vrijheid is echter beperkter als er in de beschikking ernst en spoed door het bevoegd gezag is bepaald wie de sanering dient uit te voeren (artikel 37 lid 4 Wbb). Het bevoegd gezag kan daarnaast ook de veroorzaker van een ernstige verontreiniging dan wel de eigenaar of erfpachter waarop de verontreiniging zich bevindt of de directe gevolgen daarvan zich voordoen, bevelen de bodem te saneren indien het in een beschikking ernst en spoed heeft vastgesteld dat spoedige sanering noodzakelijk is (artikel 43 lid 3 Wbb). Een dergelijk saneringsbevel mag niet worden gegeven aan een eigenaar of erfpachter die aantoonbaar a) gedurende de periode waarin de verontreiniging is veroorzaakt geen duurzame rechtsbetrekking heeft gehad met de veroorzaker(s), b) geen (in)directe betrokkenheid heeft gehad bij de veroorzaking van de verontreiniging en c) op het moment van de verkrijging van het recht op het grondgebied niet op de hoogte was dan wel redelijkerwijs niet op de hoogte had kunnen zijn van de verontreiniging (artikel 46 lid 1 Wbb).

In 2006 is in de Wbb daarnaast een paragraaf toegevoegd met een verantwoordelijkheidsregeling voor eigenaren van bedrijfsterreinen (artikel 55a, 55ab en 55b Wbb). Op grond van die artikelen geldt er voor eigenaren en erfpachters van bedrijfsterreinen die zijn aangewezen in het Besluit verplicht bodemonderzoek bedrijfsterreinen – terreinen waar met een zekere mate van waarschijnlijkheid ernstige en spoedeisende verontreiniging aanwezig is – en waar zich blijkens bodemonderzoek een verontreiniging bevindt

of directe gevolgen van een verontreiniging zich voordoen, van rechtswege een verplichting om nader onderzoek te doen. In dat kader kan een gedoogplicht worden opgelegd op grond van artikel 70 Wbb. Er geldt op grond van de artikelen daarnaast een saneringsplicht voor eigenaren en erfpachters van bedrijfsterreinen waarvan het bevoegd gezag heeft vastgesteld dat er op die terreinen een geval van ernstige verontreiniging is, dat spoedig gesaneerd dient te worden. Omdat beide verplichtingen direct in de wet zijn opgenomen, is een onderzoeksdan wel saneringsbevel niet noodzakelijk. Worden de plichten niet nagekomen dan kan het bevoegd gezag overgaan tot handhaving. Onder een "bedrijfsterrein" wordt in dit kader overigens een kadastraal perceel verstaan waarop bedrijfsactiviteiten worden verricht door een

Het uitgangspunt van de Wbb is dat de vervuiler betaalt

onderneming in de zin van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 of de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, niet behorend tot de landbouwsector. Hieronder vallen dus ook kantoren of winkelpanden. Indien de eigendom of de erfpacht van het perceel wordt overgedragen, blijft de saneringsverplichting mede rusten op de eigenaar of erfpachter die zijn eigendom respectievelijk zijn recht van erfpacht heeft overgedragen. De verkoper is pas van deze verantwoordelijkheid verlost op het moment dat de koper of opvolgend erfpachter financiële zekerheid stelt voor de saneringskosten én het bevoegd gezag daarmee instemt (artikel 55b lid 3 Wbb). Volgens de wetgever zou dit een stimulans vormen om de bodem voorafgaand aan een verkoop/overdracht te saneren.

De overheid zelf kan overigens ook tot sanering van bodemverontreiniging overgaan. Artikel 75 Wbb biedt voor de overheid een grondslag om de kosten te verhalen op de veroorzaker van de verontreiniging. Voor particuliere saneerders die niet de vervuiler zijn, bevat de Wbb geen concrete grondslag voor kostenverhaal en zal gebruik dienen te worden gemaakt van het civiele recht (onder meer de artikelen 6:162 BW (onrechtmatige daad) en artikel 6:174 BW (risicoaansprakelijkheid voor haar opstallen).

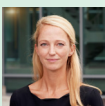
Hoe zit het bodembeschermingsrecht onder de Omgevingswet?

Het uitgangspunt van de Omgevingswet is dat alle locaties met onaanvaardbare humane, ecologische en verspreidingsrisico's – de ernstig vervuilde locaties die met spoed gesaneerd dienen te worden – zijn aangepakt of beheerst. Er zou daardoor minder behoefte bestaan aan de geïsoleerde interventie zoals die nu in de Wbb is opgenomen. Voor de overgebleven verontreinigingen wordt naar een integrale, meer gebiedsgerichte systematiek gestreefd. Het idee is dat een verontreinigde locatie niet meer per geval van verontreiniging wordt beschouwd, maar er wordt uitgegaan van de benodigde bodemkwaliteit op de locatie in relatie tot het (gewenste) gebruik. Waar de verontreiniging een belemmering vormt voor het gebruik van de bodem, wordt deze op een natuurlijk moment aangepakt in het proces. Alleen als onverhoopt onaanvaardbare risico's zichtbaar worden, kan en moet er nog steeds actief worden opgetreden, zodat blootstelling aan deze risico's wordt beperkt (*Kamerstukken II 2017/2018, 34 864, nr. 3*, p. 7-9).

Eventuele overgebleven historische ernstige bodemverontreinigingen die pas na de inwerkingtreding van de Omgevingswet ontdekt worden en met spoed gesaneerd moeten worden, worden als 'toevalsvondst' aangemerkt. De regeling van die verontreinigingen is gericht op beheersing en dus niet meer sanering (zie ook artikel 19.9a lid 4 Omgevingswet). Voor nieuwe, niet-historische gevallen van verontreiniging blijft het wettelijk kader inhoudelijk gelijk door gebruik van zorgplichten en (algemene) regels voor burgers en bedrijven. Het gaat daarbij om de zorgplichten opgenomen in artikel 1.6 en 1.7 Omgevingswet, maar ook

eventuele zorgplichten opgenomen in een omgevingsplan. De gemeente wordt daarbij primair verantwoordelijk voor zowel de naleving van de zorgplichten als de regeling voor toevalsvondsten (zie o.a. artikel 19.9b lid 1 Omgevingswet). De civielrechtelijke aansprakelijkheidsrisico's wijzigen niet met de inwerkingtreding van de Omgevingswet.

Qua overgangsrecht geldt tot slot dat het recht zoals dat gold voor het tijdstip van inwerkingtreding van toepassing blijft op saneringen van historische bodemverontreinigingen die op grond van de Wbb dienen te worden uitgevoerd. Ook blijft de zorgplicht uit artikel 13 Wbb van toepassing op nieuwe, niet-historische verontreinigingen die zijn ontstaan vóór de inwerkingtreding van de Omgevingswet. Overtreding van de zorgplicht kan ook nog op grond van artikel 95 Wbb gehandhaafd worden (zie hoofdstuk 3 van de **Aanvullingswet bodem Omgevingswet**).



Anne-Marie
Span



Omgevingsrecht

De (beperkte) mogelijkheden voor strengere vergunningvoorschriften dan de algemene eisen in het Activiteitenbesluit en het toekomstige Besluit activiteiten leefomgeving

Voor inrichtingen waarvoor op grond van de Wabo een omgevingsvergunning milieu is vereist, gelden naast de vergunningvoorschriften ook algemene regels op grond van het Activiteitenbesluit. Binnen dit kader rijst de vraag in hoeverre het bevoegd gezag in deze gevallen strengere omgevingsvergunningvoorschriften mag stellen dan het Activiteitenbesluit. En hoe zal dit geregeld worden in de Omgevingswet en het Besluit activiteiten leefomgeving?

In dit blog beantwoorden wij deze vragen aan de hand van de wet- en regelgeving en de (recente) jurisprudentie.

Welke inrichtingen worden gereguleerd door zowel de omgevingsvergunningvoorschriften en het Activiteitenbesluit?

In de praktijk staan maatwerkvoorschriften en omgevingsvergunningvoorschriften doorgaans in één document opgenomen

Het gaat om inrichtingen waarvoor een omgevingsvergunningplicht voor milieu geldt op grond van artikel 2.1 lid 1 onder e van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht ("**Wabo**"). Op grond van artikel 2.22 lid 2 jo. artikel 2.14 van de Wabo worden aan zo'n omgevingsvergunning voorschriften verbonden. In artikel 1.2 van het Activiteitenbesluit wordt een omgevingsvergunningplichtige inrichting gekwalificeerd als een inrichting type C. Met uitzondering van hoofdstuk 4 is het Activiteitenbesluit grotendeels van toepassing op inrichtingen type C.

Wanneer zijn strengere omgevingsvergunningvoorschriften dan het Activiteitenbesluit toegestaan?

Hoofddregel: het Activiteitenbesluit moet een strenger omgevingsvergunningvoorschrift toestaan...

Artikel 2.22 lid 5, eerste volzin, van de Wabo geeft de hoofddregel over de verhouding tussen algemeen verbindende voorschriften (zoals het Activiteitenbesluit) en de omgevingsvergunningvoorschriften. Die hoofddregel houdt in dat een omgevingsvergunning alleen afwijkende voorschriften kan bevatten als het Activiteitenbesluit dat toestaat. Wij kunnen hier kort over zijn: het Activiteitenbesluit laat strengere omgevingsvergunningvoorschriften nergens toe. Op een paar plaatsen zijn wel versoepelingen bij omgevingsvergunning toegelaten. Hier gaan wij verder niet op in.

Het voorgaande wil overigens niet zeggen dat het Activiteitenbesluit in het geheel geen strengere voorschriften toelaat. Bij maatwerkvoorschrift kan het bevoegd gezag in bepaalde gevallen wel strengere voorschriften stellen. Het maatwerkvoorschrift wordt volledig gereguleerd door het Activiteitenbesluit. Artikel 2.22 lid 5 van de Wabo is daarom niet van toepassing. Materieel maakt dat voor de drijver van een inrichting weinig verschil. In de praktijk staan maatwerkvoorschriften en omgevingsvergunningvoorschriften doorgaans in één document opgenomen.

...tenzij het gaat om een IPPC-inrichting en strengere omgevingsvergunningvoorschriften nodig zijn om te kunnen voldoen aan artikel 2.14 en 2.22 lid 2 en 3 van de Wabo

Op de hoofddregel dat het Activiteitenbesluit moet voorzien in een strengere afwijkmogelijkheid geldt een uitzondering. Volgens de tweede volzin van artikel 2.22 lid 5 van de Wabo kunnen wel strengere vergunningvoorschriften worden opgelegd voor inrichtingen waartoe een IPPC-installatie behoort ("**IPPC-inrichting**"). Dat kan echter alleen voor zover met de regels uit het Activiteitenbesluit niet wordt voldaan aan de voorwaarden uit de artikelen 2.14 en 2.22 lid 2 en 3 van de Wabo. Dit zijn de beoor-

delingscriteria voor een aanvraag van een omgevingsvergunning milieu. Op grond van deze uitzondering kunnen omgevingsvergunningen voor IPPC-inrichtingen dus strengere eisen bevatten dan de eisen die voortvloeien uit het Activiteitenbesluit.

Hoe beoordeelt de bestuursrechter een afwijking van het Activiteitenbesluit in de omgevingsvergunningvoorschriften?

De jurisprudentie over strengere omgevingsvergunningvoorschriften dan het Activiteitenbesluit is schaars. Zoals hiervoor bleek, laat het Activiteitenbesluit zelf geen strengere omgevingsvergunningvoorschriften toe. De jurisprudentie ziet dus uitsluitend op de uitzondering van artikel 2.22 lid 5, tweede volzin, van de Wabo.

De jurisprudentie over strengere omgevingsvergunningvoorschriften dan het Activiteitenbesluit is schaars

Wij voorzien dat er wel meer jurisprudentie zal volgen, nu provincies en gemeenten in het kader van het Schone Lucht Akkoord inzetten op onder meer het voorschrijven van lagere emissies dan de huidige standaardgrenswaarden in het Activiteitenbesluit (zie ook ons eerdere [blogbericht](#)).

Hieronder zetten wij de verschillende regels uit de jurisprudentie over artikel 2.22 lid 5 Wabo kort op een rij. Hoewel afkomstig van lagere rechters, bespreken wij regel 1 en 2 wat uitgebreider. De uitspraken van deze rechters zijn bijzonder omdat het, voor zover wij weten, de eerste uitspraken zijn waarin een bevoegd gezag ambtshalve strengere vergunningvoorschriften heeft opgelegd dan de normen die volgden uit het Activiteitenbesluit. In de overige gevallen gaat het uitspraken waarin derden betogen dat het bevoegd gezag ten onrechte geen strengere vergunningvoorschriften heeft opgelegd.

Regel 1: het in afwijking van de Activiteitenregeling opleggen van een continue meetverplichting kan gebaseerd worden op een BBT-afweging

- Rb. Noord-Nederland (vz.) 28 oktober 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:4614](#). Het bevoegd gezag stelt ter uitvoering van BBT-conclusie 4 voor grote stookinstallaties een continue meetverplichting voor een aantal stoffen. De Activiteitenregeling regelt voor deze stoffen een periodieke meetverplichting. Daarmee heeft de wetgever gekozen voor een zo min mogelijk belastende implementatie, want de BBT-conclusie geeft continue metingen als hoofdregel. De toelichting vermeldt dat als niet aan de randvoorwaarden uit de conclusie wordt voldaan, het bevoegd gezag alsnog een continue meetverplichting moet opleggen in de vergunningvoorschriften. De vergunninghouder had, ondanks herhaaldelijke verzoeken van het bevoegd gezag, niet onderbouwd dat aan de randvoorwaarden was voldaan. De voorzieningenrechter oordeelt dan ook dat het bevoegd gezag de continue meetverplichting kon opleggen. Een interessante toevoeging van de voorzieningenrechter is dat het bevoegd gezag, ook indien wel aan de randvoorwaarden zou zijn voldaan, beoordelingsruimte heeft in de wijze waarop het toepassing geeft aan de BBT-conclusie. Conform de systematiek van de wet is er inderdaad enige beoordelingsruimte, maar de invulling hiervan met een strengere norm dan de toepasselijke BBT lijkt ons moeilijk te motiveren, te meer gelet op de hiervoor aangehaalde overwegingen van de wetgever.

Regel 2: een afwijking van het Activiteitenbesluit kan niet worden gebaseerd op een vermeende onjuiste implementatie van BBT-conclusies door de wetgever

- Rb. Den Haag (vz.) 30 maart 2021, [ECLI:NL:RBDHA:2021:3040](#), r.o. 7.7: Het bevoegd gezag stelde in de omgevingsvergunning emissievoorschriften die afweken van het Activiteitenbesluit omdat de wetgever een toepasselijke BBT-conclusie onjuist zou hebben omgezet in dit besluit. Deze motivering kon niet door de beugel volgens de voorzieningenrechter. Volgens de rechter werd niet afdoende onderbouwd dat de wetgever de BBT-conclusie onvolledig zou hebben omgezet. Verder heeft de wetgever afwijkingen van de desbetreffende normen uit het Activiteitenbesluit volgens de nota van toelichting bij dit besluit enkel voorbehouden voor uitzonderingen, bijvoorbeeld voor technisch afwijkende installaties. Het bevoegd gezag heeft niet gemotiveerd dat daar sprake van was, zo concludeert de voorzieningenrechter.

Regel 3: een verzoek om omgevingsvergunningvoorschriften die verder gaan dan de normering in het Activiteitenbesluit moet worden onderbouwd door de verzoeker, bevestigd in (op chronologische volgorde):

- Rb. Limburg 2 maart 2015, [ECLI:NL:RBLIM:2015:1650](#), r.o. 11.
- Rb. Midden-Nederland 5 december 2016, [ECLI:NL:RBMNE:2016:6478](#), r.o. 17.2 & ABRvS 26 juli 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:2022](#), r.o. 8.2.
- ABRvS 29 januari 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:289](#), r.o. 13-13.7.
- ABRvS 8 april 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:1024](#), r.o. 6.7 & 6.8.

Regel 4: vergunningvoorschriften in afwijking van het Activiteitenbesluit zijn mogelijk indien het gaat om stoffen die niet gescheiden kunnen worden van producten die niet door het Activiteitenbesluit worden gereguleerd, bevestigd in:

- ABRvS 15 mei 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:1575](#), r.o. 4.1.

Blik vooruit: strengere omgevingsvergunningvoorschriften onder de Omgevingswet?

Onder de Omgevingswet ("Ow") zal de omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit ("MBA-vergunning") grotendeels de rol overnemen van de huidige omgevingsvergunning voor milieu. Het Besluit activiteiten leefomgeving ("Bal") zal verder in belangrijke mate voorzien in de algemene regels die nu in het Activiteitenbesluit staan opgenomen.

Afgaande op de schaarse jurisprudentie stellen bevoegde gezagen niet vaak strengere voorschriften dan het Activiteitenbesluit

De hiervoor beschreven systematiek zal op twee belangrijke punten wijzigen. In de eerste plaats zal het uitgangspunt onder de Ow zijn dat in principe (strengere) maatwerkvoorschriften kunnen worden gesteld, tenzij de betreffende algemene regel anders bepaalt. Dit volgt uit artikel 4.5 van de Ow en artikel 2.13 van het Bal. Dat is een omkering van de huidige systematiek, waarin in beginsel geen maatwerk mogelijk is.

In de tweede plaats zal voor MBA-vergunningplichtige activiteiten het stellen van maatwerkvoorschriften niet mogelijk zijn. In plaats daarvan worden afwijkingen van de algemene regels in de omgevingsvergunningvoorschriften opgenomen. Dit volgt uit artikel 2.13 lid 4 van het Bal. Dit betreft overigens een puur formeel vereiste: de voorwaarden voor het stellen van (strengere) omgevingsvergunningvoorschriften zijn identiek aan de hiervoor genoemde voorwaarden voor het stellen van (strengere) maatwerkvoorschriften.

Vanwege de gewijzigde systematiek komt de uitzondering die thans in artikel 2.22 lid 5, tweede volzin, van de Wabo staat, niet terug onder de Ow.

Wij wijzen er tot slot op dat voor veel IPPC-installaties het uitgangspunt zal zijn dat zoveel mogelijk in de omgevingsvergunning zal worden opgenomen. Het gaat dat om activiteiten met IPPC-installaties die kwalificeren als 'complexe bedrijven', genoemd in afdeling 3.3 van het Bal. Artikel 3.49 van het Bal sluit voor deze activiteiten de toepassing van de algemene regels in afdeling 3.4 tot en met 3.11 uit.

Afsluiting

Afgaande op de schaarse jurisprudentie stellen bevoegde gezagen niet vaak strengere voorschriften dan het Activiteitenbesluit. Gelet op het in het Schone Lucht Akkoord neergelegde streven om 'strenger' te vergunnen (zie ook ons eerdere [blogbericht](#)), verwachten wij in de toekomst wel meer discussies over deze vraag.



Anna
Collignon



Jelmer
Ypinga



Trillinghinder: bij gebrek aan bestuursrechtelijke normering toch civiele risicoaansprakelijkheid en zorgplicht om hinder te reduceren of te compenseren

Bestuursrechtelijke regelgeving en harde normen ter voorkoming van trillinghinder zijn zeer beperkt. De rechtbank Zeeland-West Brabant oordeelde onlangs dat het ontbreken van een concrete wettelijke norm de verantwoordelijke – in dit geval ProRail – echter niet ontslaat van de zorgplicht om de trillinghinder zoveel mogelijk te beperken dan wel degene die hinder ten gevolge van de trilling ondervindt daarvoor te compenseren. Op de verantwoordelijke rust een risicoaansprakelijkheid.

In haar tussenvonnis van 8 april 2020, gepubliceerd op 11 april 2022, oordeelt de rechtbank Zeeland-West Brabant (**ECLI: NL:RBZWB:2020:7212**) dat op Pro Rail als beheerder van spoorinfrastructuur een risicoaansprakelijkheid rust. Pro Rail was op de hoogte van de door eiser gestelde hinder en het had volgens de rechtbank daarom op de weg van Pro Rail als concessiehouder gelegen om de impact van de trillingen op de woning van eiser te reduceren, dan wel eiser voor schade ten gevolge van de trillinghinder te compenseren. Pro Rail heeft bij de uitvoering van haar taak niet alleen rekening te houden met de wettelijke normen maar ook met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.

Casus

Eiser woont op 15 a 16 meter van de spoorlijn Vlissingen – Roosendaal en vordert vergoeding van materiële en immateriële schade als gevolg van door treinverkeer veroorzaakte trillingen in zijn woning. De schade bestaat kort gezegd uit beschadiging van de woning (scheurvorming), waardedaling van de woning en beperking van het leefgenot van eiser. Eiser vordert, wegens onrechtmatig handelen, betaling van € 112.541,9,-. Volgens eiser overstijgen de trillingen de toepasselijke normen ingevolge SBR-richtlijn B (zie hierna). ProRail voert kort gezegd aan dat trillingen inherent zijn aan treinverkeer, dat de trilling in de zin van de SBR-richtlijn B niet als “ernstige” hinder kwalificeert en dat de scheurvorming (na schade- en trillingsonderzoek) primair andere oorzaken heeft dan trillingen van buitenaf. Bovendien stelt Pro Rail dat het haar niet vrij staat om ingrijpende en kostbare trillingsreducerende maatregelen te treffen, tenzij dit plaatsvindt in het kader van specifieke projecten ter uitvoering van tracébesluiten. ProRail wijst op het maatschappelijk belang van treinverkeer en de omstandigheid dat het huidige gebruik van de spoorweg ter plaatse is toegestaan. Het spoor is geschikt voor en ingericht op het huidige treinverkeer. Volgens ProRail rust op haar geen plicht om trillingen te reduceren.

Op de verantwoordelijke rust een risicoaansprakelijkheid

Relevante regelgeving trillinghinder

De ruimtelijke ordenings- en milieuwetgeving bevat op vier onderwerpen aanknopingspunten voor regulering van trillinghinder.

1. *ruimtelijke ordening in algemene zin*: voor ruimtelijke ontwikkelingen geldt dat op grond van de norm “goede ruimtelijke ordening” zoals vervat in **artikel 3.1 van de Wet ruimtelijke ordening** (“Wro”) bij de vaststelling van bestemmingsplannen mogelijke trillinghinder inzichtelijk moet worden gemaakt en in de beoordeling moet worden betrokken;
2. *bouwactiviteiten*: **artikel 8.4 van het Bouwbesluit** 2012 stelt grenzen aan trillingen veroorzaakt door het uitvoeren van bouw- of sloopwerkzaamheden;
3. *inrichtingen Wet milieubeheer (“Wm”)*: het Activiteitenbesluit milieubeheer (“Abm”) bevat als onderdeel van de algemene zorgplicht in **artikel 2.1 Abm** de verplichting om nadelige gevolgen voor het milieu te voorkomen of beperken, waaronder voorkomen dan wel voor zover dat niet mogelijk is het tot een aanvaardbaar niveau beperken van trillinghinder. Verder bevat **afdeling 2.9 Abm** een regeling voor trilling veroorzaakt door activiteiten binnen een inrichting. Mogelijke trillinghinder ten gevolge van activiteiten binnen een inrichting dienen ook te worden beoordeeld bij verlening van een omgevingsvergunning voor milieu op grond van **artikel 2.14 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht**;
4. *spoor*: op de vaststelling van een tracébesluit voor de aanleg of wijziging van een landelijke spoorweg is de **Beleidsregel trillinghinder spoor** van toepassing. Ingevolge deze beleidsregel dient het tracébesluit onder andere een beschrijving van

de maximale trillingssterkte ten gevolge van gebruik van het spoor te bevatten. Ingevolge de Beleidsregel moet zowel in geval van een tracébesluit voor een nieuwe situatie als bij een tracébesluit voor wijziging van een bestaande situatie, voor zover nodig, het tracébesluit maatregelen bevatten om de trillingssterkte onder de in de Beleidsregel genoemde grenswaarden te laten blijven. Daaraan is in de Beleidsregel een oplevertoets één jaar na ingebruikname van het spoor gekoppeld en dienen aanvullende maatregelen te worden getroffen als uit de oplevertoets alsnog blijkt dat de grenswaarden worden overschreden.

Alle bovengenoemde wettelijke kaders worden ingevuld met behulp van de meet- en beoordelingsrichtlijnen van trillingen van de Stichting Bouwresearch (SBR), te weten deel A (Schade aan gebouwen, uitgaven 2002 en 2017, “SBR Deel A”) en deel B (hinder voor personen in gebouwen, uitgave augustus 2002, “SBR Deel B”). De SBR-richtlijn biedt een hulpmiddel voor het meten van trillingen ten behoeve van trillingsonderzoek en bevat een beoordelingssystematiek voor trillinghinder aan de hand van het maximale trillingsniveau en het gemiddeld trillingsniveau. Het betreft hier altijd trilling die van buiten het te beoordelen gebouw afkomstig is, zoals in de hier besproken uitspraak geldt voor de woning van eiser.

De SBR-richtlijn is al aardig verouderd en de mate van afdwingbaarheid van de daarin opgenomen streefwaarden en grenswaarden, verschilt afhankelijk van de wijze waarop de regelgeving naar de SBR-richtlijn verwijst. Specifiek ten aanzien van trillinghinder ten gevolge van spoorverkeer, geldt dat dit alleen wordt beoordeeld bij de voorbereiding van het tracébesluit. Wanneer, zoals in de hier besproken uitspraak het geval, later de intensiteit van het spoorverkeer op het tracé toeneemt, geldt daarvoor niet een doorlopende toetsing aan grenswaarden voor trillinghinder. Eenzelfde lastigheid geldt bij de beoordeling van trillinghinder in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Dat gebeurt alleen in de voorbereiding van de besluitvorming, niet in een mogelijkheid van handhaving wanneer de activiteiten eenmaal zijn gerealiseerd. Alleen voor trillingen ten gevolge van bouw- en sloopactiviteiten of vanuit inrichtingen in de zin van de Wm, geldt dat de activiteiten voortdurend de gestelde trillingsterkte niet mogen overschrijden en daarop gehandhaafd kan worden.

Overigens kan voor de verlening van omgevingsvergunningen voor milieu in plaats van de SBR richtlijn, de **Handreiking Industrielawaai en Vergunningverlening** (par. 6.3.4) worden gehanteerd. De keuze voor het toetsingskader is in dit geval overgelaten aan de beoordelingsruimte van het bevoegd gezag.

Terug naar het tussenvonnis: geen concrete regelgeving, wel risicoaansprakelijkheid en zorgplicht

Het geval als aan de orde in het tussenvonnis van de rechtbank van 8 april 2020, betreft een situatie waarin sinds 2000 het treinverkeer over het spoor is toegenomen. De aanleg van het spoor en daarvoor benodigde tracébesluiten dateren (hoogstwaarschijnlijk) van voor de datum van inwerkingtreding van de Beleidsregel trillinghinder spoor en bovendien voorziet die beleidsregel als gezegd alleen in beoordeling van trillinghinder bij vaststelling van een tracébesluit, niet in de situatie dat daarna het treinverkeer en dus ook de trillingen en trillinghinder intensiveren. Een spoortracé kwalificeert niet als inrichting in de zin van de Wm, zodat er als een spoortracé eenmaal in gebruik is genomen, dus geen wettelijk kader geldt op grond waarvan Pro Rail of enig andere verantwoordelijke kan worden aangesproken ter voorkoming of reductie van trillinghinder. Dat in dit geval sprake was van trillinghinder als

gevolg van intensivering van het treinverkeer, bleek uit metingen gedaan in 2001 (als onderdeel van de milieueffectrapportage t.b.v. aanleg van het spoortracé) en metingen in 2010 en 2011 door TNO. De metingen toonden aan dat sprake was van een (aanzienlijke) overschrijding van de streefwaarden in de SBR B en van “hinder” conform de daarin opgenomen classificatie. ProRail betwist de resultaten van voornoemde metingen niet.

De rechtbank verwijst naar vaste rechtspraak en stelt dat het antwoord op de vraag of het toebrengen van hinder onrechtmatig is, afhankelijk van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waaronder de plaatselijke omstandigheden. Daarbij is mede van belang of degene die zich beklaagt over hinder, zich ter plaatse heeft gevestigd vóór dan wel ná het tijdstip waarop de hinder veroorzakende activiteiten een aanvang hebben genomen. In het laatste geval zal hij een zekere mate van hinder hebben te dulden. Eiser is reeds in 1970 in zijn woning gaan wonen en toen was het spoortracé ook al in gebruik. Eiser heeft daarom een zekere mate van hinder als gevolg van het treinverkeer te dulden. ProRail heeft de stelling van eiser dat juist de toename van het treinverkeer sinds ongeveer het jaar 2000

De ruimtelijke
orderings- en milieu-
wetgeving bevat op vier
onderwerpen
aanknopingspunten voor
regulering van
trillinghinder

en het (toenemend) gebruik van langere en zwaardere treinen en een hogere snelheid van de treinen, ertoe hebben geleid dat de hinder een voor hem onacceptabel niveau bereikte, echter onvoldoende weersproken. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat de hinder in de loop der jaren is toegenomen. Ter zitting heeft ProRail bevestigd dat bij regelen van de capaciteit op het spoor geen rekening wordt gehouden met de impact van trillingen, omdat hier geen normen voor gelden. ProRail miskent daarmee volgens de rechtbank echter dat zij bij de uitvoering van haar taak niet alleen rekening dient te houden met wettelijke normen, maar ook met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Het had op de weg van ProRail – die al sinds de hiervoor aangehaalde metingen op de hoogte was van de door het treinverkeer veroorzaakte hinder als gevolg van trillingen – gelegen om de impact van trillingen op de woning van eiser te reduceren, dan wel hem hiervoor te compenseren.

Geen concrete regelgeving, wel risicoaansprakelijkheid en zorgplicht

Er is sprake van onrechtmatige hinder en ProRail dient de door eiser ten gevolge daarvan geleden schade te vergoeden. Een vergaand oordeel waartegen ProRail mogelijk in beroep zal gaan. Voor vaststelling van de schade wegens waardedaling van de woning en schade wegens kosten voor herstel van de woning is overigens nader deskundigenonderzoek nodig en wordt een verdere beslissing aangehouden. De deskundigen zijn benoemd bij **vonnis van 1 november 2020** en bij **vonnis van 30 maart 2022** is de gestelde schade als gevolg van waardevermindering van de woning toegewezen tot een bedrag van € 19.875. Vergoeding van immateriële schade is – in lijn met het tussenvonnis van 8 april 2020 – toegewezen tot een bedrag van € 7.500,- en de vordering tot vergoeding van schade wegens gederfd woongenot is – eveneens in lijn met het tussenvonnis van 8 april 2020 – toegewezen tot een bedrag van € 8.812 plus een bedrag van € 108,79 voor iedere maand sinds januari 2019 dat de onrechtmatige trillinghinder voortduurt. In het vonnis van 30 maart 2022 wordt namelijk op vordering van eiser voor recht verklaard dat ProRail onrechtmatig jegens eiser heeft ge-

handeld en nog steeds handelt, doordat het trainspoor nabij de woning van eiser bij het passeren van treinen trillingen veroorzaakt waardoor voortdurend het woon- en leefgenot van eiser wordt beperkt.

Afsluitend

Trilling wordt steeds vaker als bron van hinder erkend en dient een solide plek te krijgen in omgevingsrechtelijke regelgeving. De vonnissen van de rechtbank Zeeland-West-Brabant bieden daarvoor aanknopingspunten maar het is bezien of dit oordeel standhoudt. Vanuit bestuursrechtelijk perspectief is er niet op korte termijn zicht op uitbreiding van omgevingsrechtelijke regelgeving om trillinghinder beter te kunnen voorkomen en te handhaven. Onder de Omgevingswet, die naar verwachting per 1 januari 2023 in werking treedt, worden trillinggevoelige gebouwen beschermd tegen trillingen van milieubelastende activiteiten, in plaats van trillingen door inrichtingen. Deze bescherming wordt geregeld in het omgevingsplan. Daartoe bevat paragraaf 5.1.4.4 van het Besluit kwaliteit leefomgeving instructieregels. Deze instructieregels zijn echter niet van toepassing op doorgaand verkeer op wegen, vaarwegen en spoorwegen. De gemeente *kan* daarvoor eigen regels stellen in een omgevingsplan (zie www.iplo.nl) en voor spoorwegen blijft de Beleidsregel trillinghinder spoor het uitgangspunt. Hier zit dus enige ruimte maar zeker voor de aanleg van spoorwegen is de vraag of de op gemeentelijk niveau gestelde regels uiteindelijk het onderspit delven tegen een op Rijksniveau vastgesteld projectbesluit voor de aanleg of wijziging van een landelijk spoortracé (opvolger van het tracébesluit onder de Omgevingswet). Voorlopig blijft het instrumentarium beperkt tot de verouderde SBR-richtlijn – veelal toegepast bij voorbereiding van de besluitvorming en minder ter handhaving van trillinghinder ten gevolge van voortdurende activiteiten – en de mogelijkheid om civielrechtelijk vergoeding van schade ten gevolge van trillinghinder af te dwingen.



Rut
Molenaar-Wingens



De nieuwe Ecologische Autoriteit: takenpakket en knelpunten

Sinds kort heeft Nederland een Ecologische Autoriteit. Deze autoriteit geeft invulling aan de behoefte die het Planbureau voor de Leefomgeving ("PBL") **eind 2019** signaleerde: een "wettelijk geborgde wetenschappelijke autoriteit" die een onafhankelijk en omvattend ecologisch oordeel kan geven over beleid, vergunningverlening of rechtspraak. Het ministerie van LNV onderzocht deze behoefte met wetenschappers, kennisinstellingen en belangenpartijen in een **verkenning** (de "**Verkenning**"). De voormalig Minister van LNV nam zich voor aan de gesignaleerde behoefte invulling te geven door bestaande onafhankelijke organisaties daarbij te faciliteren (zie **Kamerbrief**); er zou onvoldoende meerwaarde zijn voor het instellen van een nieuwe autoriteit. Toch belandde de Ecologische Autoriteit ("**EA**") in het **coalitieakkoord** en de EA werd op 9 september 2022 bij **besluit van de Minister voor Natuur en Stikstof** ingesteld. Sinds 19 september 2022 is de EA operationeel. Uit het **plan van aanpak** (het "**Plan van Aanpak**") volgt de afbakening en organisatievorm van de EA. Wij bespreken het oprichten van deze autoriteit, het takenpakket en waar de knelpunten zitten.

Wat gaat de Ecologische Autoriteit doen?

Zowel het Europese als het nationale recht stelt in het kader van vergunningverlening eisen aan een deugdelijke wetenschappelijke onderbouwing van de ecologische (schadelijke) gevolgen van voorgenomen plannen of projecten (zie in dit kader onze **blog** over de PAS-uitspraak). De EA is opgericht om de wetenschappelijke onderbouwing te bestendigen die ten grondslag ligt aan beleid, besluiten en rechtspraak. De EA toetst of de essentiële wetenschappelijke onderbouwing van ecologische informatie aanwezig is voor besluitvorming. Zij stelt daarvoor ook kaders en handreikingen op en geeft gevraagd en ongevraagd advies aan het bevoegd gezag.

Prioriteit ligt bij het toetsen van de ecologische informatie die de basis vormt voor natuurdoelanalyses ("**NDA's**"), gebiedsplannen van stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden en gebiedsprogramma's. Daarnaast geldt het opstellen van de daarvoor benodigde handreikingen en kaders als prioriteit. De EA doet zelf geen onderzoek, maar signaleert wel eventuele kennislacunes. De adviezen van de EA komen tot stand in een werkgroep per natuurgebied, die bestaat uit een voorzitter, een secretaris en deskundigen. De EA schakelt deskundigen per advies in.

De EA is opgericht om de wetenschappelijke onderbouwing te bestendigen die ten grondslag ligt aan beleid, besluiten en rechtspraak

Natuurdoelanalyses, gebiedsplannen en –programma's

De EA toetst of de juiste ecologische informatie gebruikt wordt bij de onderbouwing van de concrete maatregelen in de NDA's, gebiedsplannen en gebiedsprogramma's en analyseert het doelbereik en effect daarvan. De autoriteit geeft ook duidelijkheid over (de kwaliteit van) de informatie die de documenten moeten bevatten. Aan de hand daarvan kan worden beoordeeld of de genomen maatregelen ook volstaan of wat er concreet nodig is om de vastgestelde doelen te halen per (Natura 2000-)gebied.

- *Natuurdoelanalyses*

NDA's brengen de status van de Natura 2000-gebieden in kaart, of en welke problemen er zijn en welke mogelijke maatregelen getroffen kunnen worden om de natuur weer gezond te maken. De Minister voor Natuur en Stikstof liet in de **Kamerbrief** van 1 april 2022 weten dat de afronding van de NDA's is voorzien voor eind 2022 en uiterlijk 1 april 2023 (lees ook onze **blog** over deze Kamerbrief inzake het stikstofbeleid).

- *Gebiedsplannen*

Provincies werken op grond van de NDA's gebiedsplannen uit. Deze bevatten per gebied de definitieve stikstofdoelstellingen en

de maatregelen om die te behalen. Bij elkaar opgeteld dienen de gebiedsplannen de landelijke omgevingswaarden te behalen en te voldoen aan het **Programma** Stikstofreductie en Natuurverbetering. Op grond van de gebiedsplannen kan een analyse plaatsvinden van de effecten van de maatregelen in dat gebied. De gebiedsplannen worden uiterlijk 1 juli 2023 opgeleverd.

- *Gebiedsprogramma's*

Uit de **Startnotitie Nationaal Programma Landelijk Gebied** ("NLPG") en bijbehorende **Kamerbrief** van 10 juni 2022 volgt dat gebiedsplannen onder het NLPG worden verbreed naar brede, integrale gebiedsprogramma's. De gebiedsplannen zullen uiteindelijk opgaan in gebiedsprogramma's. In die programma's kijken provincies samen met gebiedspartners en betrokken stakeholders niet enkel naar stikstofdoelen en -maatregelen, maar ook naar de aanpak daarvan in samenhang met de klimaat-, water- en natuurdoelen. Het is de bedoeling dat, door naar meerdere doelstellingen tegelijk te kijken, de samenhang op maatregelniveau zo goed mogelijk wordt geborgd. Ook de gebiedsprogramma's moeten op 1 juli 2023 worden opgeleverd.

Verbondenheid Ecologische Autoriteit met Commissie m.e.r.

De EA is zeer nauw verbonden met de Commissie voor milieueffectrapportage (de "**Commissie m.e.r.**"). De Commissie m.e.r. adviseert al 35 jaar over de inhoud van milieueffectrapporten en heeft veel ervaring met onafhankelijke advisering over natuur en milieu. In de oprichtingsfase, maar mogelijk definitief, zal de EA (juridisch) worden ondergebracht bij dezelfde stichting die ook de Commissie m.e.r. ondersteunt bij de uitvoering van haar taak: de Stichting Bureau Commissie voor de m.e.r. (de "**Stichting**"). Dat biedt de mogelijkheid om aan te haken bij bestaande procedures en werkwijzen. Om de gewenste onafhankelijkheid te bereiken is ervoor gekozen de EA niet onder te brengen onder (verantwoordelijkheid van) een ministerie. De EA zal ook huisvesten in hetzelfde gebouw als de Commissie m.e.r. en zal voor het vinden van deskundigen onder meer putten uit het bestand van de Commissie m.e.r.

De toevoeging van een
gezaghebbend ecologisch
oordeel van een
onafhankelijke autoriteit
valt toe te juichen

Ook verschillende andere instellingen met ervaring op het gebied van advisering over natuur en milieu – zoals Kennisnetwerk Ontwikkeling en Beheer Natuurkwaliteit en de Taakgroep Ecologische Onderbouwing (TEO) – helpen de EA op weg.

De autoriteit wordt in eerste instantie ingesteld voor een periode van acht jaar. Het ministerie van LNV bekostigt de opstart en de eerste periode van de EA. Hans Mommaas – de voormalig voorzitter van het PBL – is sinds 1 november 2022 voorzitter van de EA.

Knelpunten

De EA is in het leven geroepen voor een omvangrijke en zeer ambitieuze klus. De autoriteit heeft vanaf haar oprichting negen maanden de tijd om de eerste klus af te ronden: de advisering over de NDA's, gebiedsplannen en gebiedsprogramma's. Het grootste risico dat de Commissie m.e.r. in zijn Plan van Aanpak signaleert (juli 2022), is dat de gevraagde adviezen niet allemaal binnen de gewenste doorlooptijd en planning af zijn door een gebrek aan capaciteit van gekwalificeerde secretarissen en deskundigen. De Commissie m.e.r. acht het niet reëel dat voor medio 2023 is geadviseerd over alle NDA's (162) en gebiedsprogramma's (40). Daarbij is het de vraag of – zelfs als de EA wel tijdig adviezen uitbrengt – de NDA's, gebiedsplannen en gebiedsprogramma's nog op tijd kunnen worden aangevuld als de EA adviseert dat (nog) niet de juiste wetenschappelijke onderbouwing en analyses aanwezig zijn in de documenten. Hoewel de Commissie m.e.r. verschillende scenario's schetst in het Plan van Aanpak, blijkt vertraging in meer of mindere mate niet te vermijden.

Daarnaast zal de EA in haar rol moeten groeien; het is de vraag of men al direct in staat is om een sluitend wetenschappelijk onderbouwd ecologisch oordeel klaar te hebben over de complexe stikstofproblematiek.

Met voorgaande in het achterhoofd lijkt de risicobeheersmaatregel die de Commissie m.e.r. voorstelt in het Plan van Aanpak geen overbodige luxe: *'underpromise and overdeliver'*.

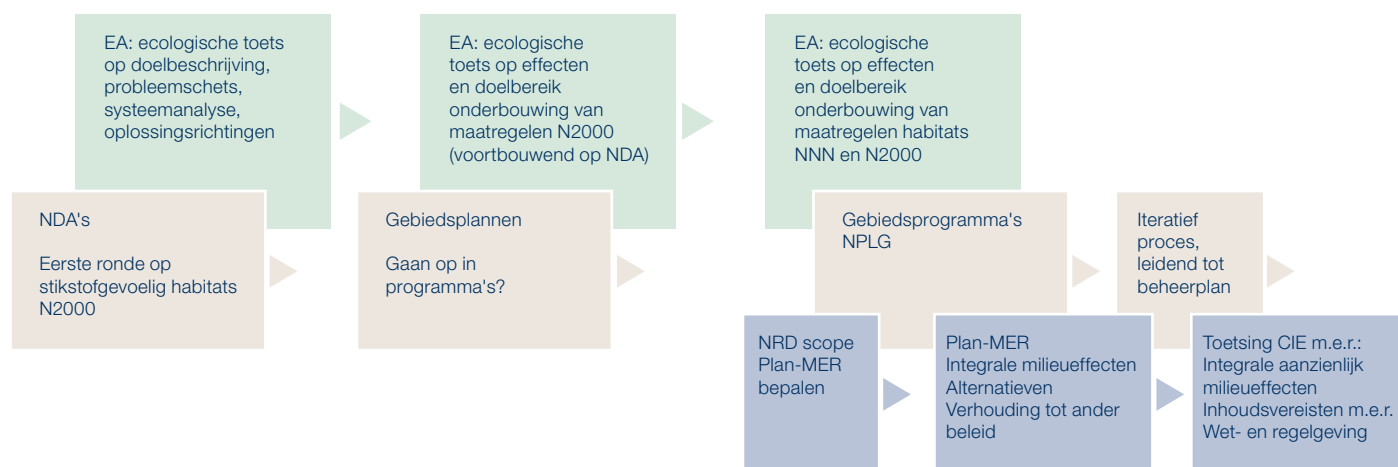
Verhouding milieueffectrapportage en advies EA

Een mogelijke complicatie kan ontstaan wanneer voor een gebiedsprogramma ook een plan-m.e.r. nodig is en daardoor zowel

de EA, als de Commissie m.e.r. advies geeft over het programma. Een gebiedsprogramma kan m.e.r.-plichtig zijn, omdat het programma kaderstellend is voor besluiten die m.e.r.-(beoordelings)plichtig zijn. In dat geval is een advies van de Commissie m.e.r. verplicht.

De Commissie m.e.r. geeft aan op dit punt geen conflicten te verwachten tussen het advies van de EA en dat van de Commissie m.e.r.. Het advies van de EA ziet uitsluitend op de ecologische essentiële informatie en komt dus (uitdrukkelijk) niet in de plaats van de onafhankelijke, bredere, kwaliteitstoets van de Commissie m.e.r. Volgens de Commissie m.e.r. zal het m.e.r.-advies zelfs een positief effect hebben op een besluit over een gebiedsprogramma, omdat (i) alternatieven in de m.e.r.-toets worden meege- wogen waardoor een nog completer beeld ontstaat, (ii) nog meer (wettelijke verankerde) milieuonderwerpen worden beoordeeld en (iii) participatie onderdeel is van het m.e.r.-proces en dit het draagvlak voor het besluit vergroot. De verhouding tussen beide adviezen is in onderstaande figuur uit het Plan van Aanpak weergegeven:

EA i.o. ten opzichte van m.e.r. (exclusief pilotfase)



Gezien de grote onderlinge verwevenheid is het interessant om in de gaten te houden wat de wisselwerking zal zijn tussen de adviezen van beide instituten.

Tot slot

De toevoeging van een gezaghebbend ecologisch oordeel van een onafhankelijke autoriteit valt toe te juichen. Transparantie en uniformiteit over de grondslagen waarop het natuurbeleid wordt gebaseerd, versterkt de legitimiteit van de maatregelen. Het is echter zaak de verwachtingen te temperen. Door de grote tijdsdruk en complexiteit van de stikstofproblematiek, is het voor de EA een pittige opgave om zowel kwaliteit als kwantiteit te leveren. Bovendien was voor oprichting van de autoriteit al de verwachting dat de EA de taak die voorligt waarschijnlijk niet binnen de gestelde termijn kan voltooien.

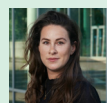
Had de Minister van LNV gelijk toen zij in juli 2021 uit de Verkenning concludeerde dat het oprichten van een ecologische autoriteit onvoldoende meerwaarde zou hebben en het beter was om, in plaats daarvan, bestaande organisaties te faciliteren bij het uitvoeren van deze taak? Het is nog te vroeg om daarover te kunnen oordelen. De EA heeft inmiddels haar eerste taak volbracht en eind oktober 2022 een **advies** uitgebracht over de handreiking voor NDA's. Daarin verduidelijkt de EA hoe een NDA het beste kan worden gemaakt en welke inhoudelijke elementen daarin thuishoren.



Anna Collignon



Liesbeth Berkouwer



Emma Biemans



Energietransitie en klimaat

Kamerbrief Jetten over hernieuwbare energie en voortgang RES'en

Vertraging in ambities, geen tijdelijke afstandsnormen windturbines, meer gezondheidsonderzoek en experimenteren met naderingsdetectie

Op 6 juli 2022 heeft minister Jetten voor Klimaat en Energie een brief aan de Kamer gestuurd over projecten voor windenergie op land en regionale energiestrategieën. Bij die kamerbrief zit als bijlage een rapport van het RIVM met een verkenning van de opties voor gezondheidsonderzoek rond windturbines. De inhoud van die brief en de bijbehorende bijlage bespreken wij in dit blog.

Het kabinet heeft in het coalitieakkoord de klimaatdoelen aangescherpt naar 55% CO₂-reductie in 2030. Die doelen moeten onder andere worden gehaald door op nationaal niveau meer ruimte te geven aan windenergie op zee en regionaal via de aanpak van de regionale energiestrategieën ("**RES'en**"). In een RES beschrijft iedere van de in totaal 30 energieregio's in Nederland – een samenwerkingsverband van provincies, gemeenten en waterschappen – de mogelijkheden voor de uitvoering van de beoogde energietransitie. De RES'en brengen onder meer de (ruimtelijke) mogelijkheden voor zon en wind op land in kaart.

Voortgang RES'en

De minister concludeert dat de voortgang in veel van de 30 RES-regio's beperkter is geweest in de afgelopen maanden dan de periode daarvoor. Een aantal regio's geeft aan niet alle vergunningen voor 2025 te kunnen verlenen. Dit wordt ook duidelijk in de **RES-foto** van juli 2022 die op 7 juli 2022 door het Nationaal Programma RES is gepresenteerd. De minister noemt daar onder meer de volgende redenen voor:

- Financiële onzekerheid over de voortgang van de RES;
- De komst van nieuwe gemeenteraden en coalities;
- Netcongestie;
- De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("**Afdeling**") over windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding, waarin de normen voor windturbines uit het Activiteitenbesluit milieubeheer buiten toepassing worden verklaard (zie hierover **dit blog** dat wij eerder schreven);
- De ruimtelijke inpassing en verankering van de RES'en behoeft meer aandacht.

Het Planbureau voor de Leefomgeving zal eind 2022 de RES-voortgangsmonitor uitbrengen waarin meer gedetailleerd inzicht zal worden gegeven in de voortgang.

Geen tijdelijke afstandsnormen windturbines, daarvoor is een plan-m.e.r. vereist

Naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling over windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding is het Rijk begonnen met het uitvoeren van een milieueffectrapportage voor algemene regels voor windparken (een landelijke plan-m.e.r.). Er is inmiddels ook een overbruggingsregeling gepubliceerd voor bestaande windparken, waarover wij eerder ook **een blog** schreven. Naast de plan-m.e.r. en de overbruggingsregeling gaat de minister in op de motie Leijten/Erkens, waarin de regering onder meer wordt verzocht om onderzoek te doen naar algemene uitgangspunten – waaronder minimumafstandsnormen – voor de plaatsing van windturbines.

De motie heeft betrekking op windparken waarvoor naar verwachting voorafgaand aan de komst van de nieuwe algemene normen voor windturbines een omgevingsvergunning zal worden verleend. Volgens de minister gaat het daarbij om zes windparken die in totaal bestaan uit 35 à 40 windturbines. De minister benadrukt dat het belangrijk is in deze tussenliggende periode de voortgang voor windenergie op land op peil te houden om de duurzame energiedoelstellingen te halen.

Zolang er geen algemene regels zijn, vergt toestemmingverlening voor windparken een intensieve motivering

Vooruitlopend op de landelijke plan-m.e.r. is het volgens de minister niet mogelijk algemene regels op te leggen aan nieuwe windparken. Voor dat soort algemene regels is volgens de Minister immers een milieueffectrapport nodig. Gezien deze juridische beperking en de uitkomst van de inventarisatie van de Minister bij het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en het Nationaal Programma RES meent de minister dat nu geen afstandsnormen hoeven worden opgesteld. De staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat ("I&W") zal in de landelijke plan-m.e.r. procedure wel varianten voor afstandsnormen onderzoeken.

Verkenning gezondheidsonderzoek

De Minister zegt in de kamerbrief wel toe nog meer onderzoek te doen naar de mogelijke gevolgen voor de gezondheid van windturbines. Op basis van de verkenning van opties voor gezondheidsonderzoek rond windturbines (bijlage 1 bij de kamerbrief) van het RIVM zal de Minister twee onderzoeken laten uitvoeren:

1. Een uitgebreide dosis-effectstudie. Bij deze studie zullen de verschillende factoren/kenmerken van windturbine(geluid) worden meegenomen (de 'dosis') en ook op verschillende manieren de effecten worden gemeten, namelijk met vragenlijsten, eventueel aangevuld met fysiologische metingen en interviews.
2. Een 'historisch cohortonderzoek'. Hierbij worden bestaande gezondheidsregistraties van omwonenden van windturbines met elkaar vergeleken.

Daarnaast stelt de minister dat de staatssecretaris van I&W dit jaar het RIVM zal vragen om een onderzoeksvoorstel uit te werken voor het uitvoeren van metingen naar zowel geluid als beleving ten aanzien van laagfrequent geluid.

Naderingsdetectie

Het is nu verplicht om zowel overdag als 's nachts obstakelverlichting te voeren op windturbines. Over obstakelverlichting schreven wij al eerder een uitgebreid **blogbericht**. De minister stelt in de in dit blog besproken kamerbrief dat het gebruik van naderingsdetectie bij deze obstakelverlichting naar verwachting op 1 januari 2024 verankerd zal zijn in de Omgevingswet. Vooruitlopend daarop kan bij wijze van pilot ervaring worden opgedaan met naderingsdetectie. De verantwoordelijkheid hiervoor ligt bij het ministerie van I&W en de Inspectie Leefomgeving en Transport. De provincies die openstaan voor deze pilot zullen hiervoor een kader opstellen. Het uitgangspunt is dat de windparkexploitant 50% van de kosten betaalt en het Rijk en de provincie de resterende 50%. Bij nieuwe windparken speelt dit niet, aangezien het dan onderdeel kan uitmaken van de totale businesscase en de daaraan gerelateerde SDE++-subsidie, aldus de minister.

Conclusie en mogelijke oplossingen voor versnelling energietransitie

De realisatie van de ambities voor duurzame energie loopt vertraging op. Een reden daarvoor is de Afdelingsuitspraak windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding: zolang er geen algemene regels zijn, vergt toestemmingverlening voor windparken een intensieve motivering. Dergelijk onderzoek is mogelijk, maar kost aanzienlijk meer tijd dan het geval is als kan worden aangesloten bij een algemene regel, zoals het Activiteitenbesluit milieubeheer. Het is dan ook van groot belang dat er op korte termijn een plan-m.e.r. gereedkomt die ten grondslag kan worden gelegd aan nieuwe algemene regels. Daarnaast zijn er nog geen richtinggevende Afdelingsuitspraken over zelfstandige lokale milieubeoordeling. Wij kijken daarom met zeer uit naar de uitspraken van de Afdeling in de lopende beroepsprocedures over een aantal windparken, waarmee die nadere duiding kan worden verschaft.

De minister heeft in een **brief** van 17 juni 2022 aan de kamer al benadrukt dat het van belang is dat de transitie naar schone energie wordt versneld, mede vanwege de afhankelijkheid van Nederland en de EU als geheel van Russisch gas. In die brief reageert de minister met name op het **REPowerEU-plan** van de Europese Commissie. Een van de aanbevelingen uit dat plan is om de procedure voor vergunningverlening voor nieuwe hernieuwbare energie-installaties in EU-lidstaten te versoepelen en te versnellen. In die kamerbrief stelt de Minister ook dat het kabinet het belang dat de Commissie hecht aan snellere besluitvorming deelt. Hoe dit vorm moet gaan krijgen vergt volgens de minister verdere uitwerking en aandacht, maar mogelijk biedt dit wel uitkomst voor het halen van de duurzame energie-doelstellingen.



Jan
van Oosten



Meike
Pakkert



Omgevingsrecht

De toekomst van kernenergie in Nederland: bedrijfsduurverlenging Borssele en twee nieuwe kerncentrales

Op 1 juli 2022 heeft minister Jetten voor Klimaat en Energie de Tweede Kamer **geïnformeerd over de acties die de regering heeft ingezet om uitvoering te geven aan het coalitieakkoord op het gebied van kernenergie**. Op diezelfde datum beantwoordde hij vragen van Kamerleden Erkens (VVD) over **modellen voor de financiering van nieuwe kerncentrales in ons land** en Kops (PVV) over de **financiële voordelen van kernenergie**. In dit blog schetsen wij kort de achtergrond van deze Kamerbrieven en belichten wij de juridische uitdagingen waarvoor de Rijksoverheid het komende decennium komt te staan bij de uitvoering van de gepresenteerde plannen.

Inleiding

Tot voor kort leek kernenergie in Nederland weinig toekomst te hebben. De kerncentrale in Dodewaard (KCD) is al decennialang buiten gebruik en wacht op ontmanteling terwijl de overheid met de aandeelhouders steggelt over de bekostiging daarvan. Van de enige nog operationele kerncentrale, die in Borssele uit 1973, werd aanvankelijk sluiting in 2013 beoogd. Toen dat geen realistische optie bleek, zijn de aandeelhouders van de Kerncentrale Borssele (KCB) en de Rijksoverheid overeengekomen de kernenergieproductie in 2033 te staken. Dit is neergelegd in het **Convenant Kerncentrale Borssele** uit 2006 en vervolgens ook wettelijk, in artikel 15a van de Kernenergiewet (Kew).

Maar sinds enkele jaren waait er een nieuwe wind, en is kernenergie in Nederland 'hot'. De klimaatdoelen van Parijs spelen daar- in natuurlijk een belangrijke rol, maar er zijn ook voor Nederland specifieke oorzaken aan te wijzen. Enerzijds is dat de tamelijk

probleemloze exploitatie van de KCB gedurende een periode van inmiddels 50 jaren, en het grote draagvlak dat voor deze kerncentrale bestaat bij de lokale bevolking. Beroepen tegen vergunningen voor de KCB worden zelden ingesteld door omwonenden, maar vrijwel zonder uitzondering door landelijke of internationaal opererende milieugroeperingen, zoals Greenpeace en Wise. Anderzijds is er het internationaal bekende **Urgenda vonnis** uit 2015 op grond waarvan de Nederlandse Staat een extra inspanning moet verrichten om de landelijke CO₂-uitstoot terug te brengen. Niet voor niets presenteerde EPZ al in 2020 een **toekomstvisie** die voorzag in bedrijfsduurverlenging van de bestaande kerncentrale (485 MW) én de bouw van twee nieuwe centrales van 1500 MW. De oorlog in Oekraïne ten slotte, heeft het risico van de afhankelijkheid van de fossiele brandstoffen nog eens pijnlijk bloot gelegd en het zoeken naar alternatieven een extra impuls gegeven.

Een wetswijziging zal naar verwachting dan niet eerder dan in het voorjaar van 2025 in werking kunnen treden

Coalitieakkoord 2021

In dit licht verbaast het niet dat in het regeerakkoord van het kabinet Rutte IV de volgende passage is opgenomen:

"Kernenergie kan in de energiemix een aanvulling zijn op zon, wind en geothermie en kan worden ingezet voor de productie van waterstof. Ook maakt het ons minder afhankelijk van de import van gas. Daarom blijft de kerncentrale in Borssele langer open, met uiteraard oog voor de veiligheid. Daarnaast zet dit kabinet de benodigde stappen voor de bouw van 2 nieuwe kerncentrales. Dat betekent onder andere dat wij marktpartijen faciliteren bij hun verkenningen, innovaties ondersteunen, tenders uitzetten, de (financiële) bijdrage van de overheid bezien, wet- en regelgeving waar nodig in orde maken. Ook zorgen we voor veilige, permanente opslag van kernafval."

Op het gebied van kernenergie zette de regering hiermee twee, voor Nederland tamelijk revolutionaire stappen:

- Verdere verlenging van de bedrijfsduur van de KCB tot na 2033
- De bouw van twee nieuwe kerncentrales

Beide stappen zijn ambitieus. Voor de KCB gaat het om een verlenging van de bedrijfsduur na 60 jaar exploitatie, wat noodzaakt tot een gedegen bewijsvoering van de veiligheid na 2033. Met nieuwbouw heeft Nederland geen ervaring (meer), terwijl nieuwbouwprojecten in het buitenland de nodige uitdagingen hebben laten zien. Daarom hebben de stakeholders met belangstelling uitgekeken naar de brief waarin minister Jetten voor Klimaat en Energie uiteen zou zetten hoe de regering deze plannen denkt te realiseren. Die brief is nu verschenen.

Wij gaan er vooralsnog vanuit dat de twee nieuwe kerncentrales zullen worden vergund onder de Omgevingswet

Bedrijfsduurverlenging KCB

In artikel 15a lid 1 Kew staat dat de Kew-vergunning voor de KCB, voor zover het betreft het vrijmaken van kernenergie, met ingang van 31 december 2033 vervalt. Bedrijfsduurverlenging van de KCB vergt dus een wijziging van de Kew. Minister Jetten bereidt daartoe in samenwerking met de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat (I en W), Vivianne Heijnen, het wetsvoorstel voor. De staatssecretaris voor I en W is namelijk verantwoordelijk voor het beleid op gebied van nucleaire veiligheid en stralingsbescherming en is stelselverantwoordelijk voor vergunningverlening, toezicht en handhaving rondom nucleaire toepassingen, waarvoor de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming (ANVS) het onafhankelijk bevoegde gezag is.

Ten behoeve van de wetswijziging wordt een milieueffectrapport opgesteld.

Daarnaast vergt verlenging van de bedrijfsduur een aanpassing van het Convenant kerncentrale Borssele, waarbij de staat en EPZ en haar aandeelhouders partij zijn. Overigens zijn de achterliggende publieke aandeelhouders van EPZ vooralsnog gericht op beëindiging van de KCB en niet op voortzetting, aldus de minister. Vervolgens zal een Kew-vergunning moeten worden verleend.

De planning van de bedrijfsduurverlenging van de KCB is vooralsnog als volgt:

Najaar 2022: start MER voor bedrijfsduurverlenging KCB.

Voorjaar 2023: wetsvoorstel aanpassing Kew ten behoeve van de bedrijfsduurverlenging KCB ter consultatie.

Najaar 2023: aanbidding wetsvoorstel aanpassing Kew ten behoeve van bedrijfsduurverlenging aan Tweede Kamer

Een wetswijziging zal naar verwachting dan niet eerder dan in het voorjaar van 2025 in werking kunnen treden.

Nieuwbouw twee nieuwe kerncentrales

Voor de twee nieuwe kerncentrales verzamelt de minister nu kennis en ervaringen uit een aantal Europese landen die ook met de ontwikkeling van nieuwe kerncentrales bezig zijn en spreekt daarbij met andere overheden netbeheerders, toezichthouders en (private) ontwikkelaars van kerncentrales. Daarbij kijkt de minister naar keuzes die zijn gemaakt over de inzet van kernenergie in het energiesysteem, de rol van de overheid en financieringsmodellen en ook de risico's/veiligheid en opslag van radioactief afval.

Onderdeel van deze studie is een oriëntatie voor de locatiekeuze van de kerncentrales. De huidige locaties die voor kerncentrales zijn gereserveerd in artikel 2.8.4 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening en in artikel 5.156 lid 2 van het toekomstige Besluit kwaliteit leefomgeving, zijn Borssele/Vlissingen, Maasvlakte I in Rotterdam en Eemshaven (gemeente Het Hogeland). Eemshaven lijkt echter geen locatie voor een kerncentrale meer te zijn. Begin maart 2021 is namelijk **motie Beckermann c.s.** aangenomen, die oproept om de locatie Eemshaven te schrappen uit het ruimtelijk beleid. Ook is de **motie van Sienot en Mulder** aangenomen, die ertoe strekt dat er geen kerncentrale wordt gerealiseerd in de provincie Groningen. Het **concept van de nota richtlijnen en detailniveau voor het MER ten behoeve van het Programma Energiehoofdstructuur** gaat daarom als een van de te onderzoeken alternatieven uit van de mogelijke ontwikkeling van kernenergie op de locaties Maasvlakte I en Borssele, niet Eemshaven. Mochten die locaties geen soelaas bieden, dan wordt afgewogen of het onderzoek moet worden uitgebreid met een extra locatie.

Dit najaar zal de minister de Kamer nader informeren over de locatiekeuze. Nadat een voorkeurslocatie is geïdentificeerd, wordt een milieueffectrapportage opgesteld, aldus de minister. Uit de kamerbrief wordt ons niet meteen duidelijk hoe deze milieueffectrapportage zich verhoudt tot de milieueffectrapportage die wordt voorbereid ten behoeve van het Programma Energiehoofdstructuur.

Wij gaan er vooralsnog vanuit dat de twee nieuwe kerncentrales zullen worden vergund onder de Omgevingswet. Dat is voor de Kew-vergunning minder relevant, omdat de Kew niet opgaat in de Omgevingswet. Maar voor inpassing van de kerncentrales in het omgevingsplan is de Omgevingswet wel relevant. Artikel 9b lid 1 onder b Elektriciteitswet 1998, zoals gewijzigd met de Invoeringswet Omgevingswet, bepaalt dat de minister voor Klimaat en Energie voor de aanleg en uitbreiding van een productie-installaties met een capaciteit van ten minste 50 MW, indien het betreft een installatie voor de opwekking van duurzame elektriciteit anders dan met behulp van windenergie, een nationaal projectbesluit als bedoeld in afdeling 5.2 Omgevingswet vaststelt. Voor niet-duurzame elektriciteit is de minister voor Klimaat en Energie pas verplicht een nationaal projectbesluit vast te stellen indien de capaciteit ten minste 500 MW bedraagt. Op dit moment valt elektriciteit opgewekt door een kerncentrale onzes inziens niet onder de definitie van 'duurzame elektriciteit' als bedoeld in artikel 1 lid 1 aanhef en onder u Elektriciteitswet 1998, maar mogelijk komt daar nog verandering in. Zo ziet de regering de energie uit kerncentrales als 'relatief duurzaam'. Daarnaast zijn er vooralsnog vanuit 'Brussel' **geen bezwaren** om kernenergie te kwalificeren als een **duurzame economische activiteit**. Waar de huidige kerncentrale in Borsselle een vermogen heeft van 485 MW, ligt voor de nieuwe reactoren een vermogen van ten minste 1500 MW voor de hand, zodat sowieso een nationaal projectbesluit moet worden vastgesteld. Mocht het vermogen van een of beide kerncentrales kleiner zijn dan 500 MW, dan kan de minister voor Klimaat en Energie daartoe alsnog een nationaal projectbesluit vaststellen als daarmee nationale belangen gemoeid zijn die niet op een doelmatige en doeltreffende wijze door het provinciebestuur of gemeentebestuur kunnen worden behartigd (zie artikel 2.3 lid 3 aanhef en onder a Omgevingswet).

Het is daarbij het overwegen waard om die nieuwbouw aan te grijpen voor een algehele herziening van de Kernenergiewet

Bij de gronduitgifte zal – als sprake is van grond in eigendom van de overheid – de normering uit het **Didam-arrest** in acht moeten worden genomen. Die normering verlangt dat een overheidslichaam dat voornemens is een onroerende zaak te verkopen, ruimte biedt aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar die onroerende zaak, indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop daarvan of als redelijkerwijs te verwachten is dat die er zullen zijn. Deze mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Het Didam-arrest biedt de ruimte in beleid criteria vast te stellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Die criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Daarnaast zal – afhankelijk van de verdere eisen die aan de oprichters/exploitanten van de kerncentrale worden gesteld – het aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen. In het licht hiervan zullen wij niet de enigen zijn die benieuwd zijn of de minister gaat opteren voor een klassieke, openbare selectieprocedure (tender) of een innovatieve selectieprocedure.

De volgende planning van de besluitvorming over de twee nieuwe kerncentrales staat in de brief:

Najaar 2022: Kamerbrieven over de inpassing van kernenergie in het systeem inclusief bepalen voorkeurslocatie en analyse welke financieringsmodellen uitgewerkt gaan worden en hoe de kennisinfrastructuur over kernenergie op peil wordt gebracht.

Voorjaar 2023: start MER nieuwe centrales ten behoeve van voorkeurslocatie.

Najaar 2023: definitieve besluitvorming door beide Kamers over financiering, rol en kosten overheid en gunningsproces nieuwe centrales.

Na het politieke besluit in het najaar van 2023 zal het gunningsproces opgestart worden voor de nieuwbouw. Partijen zullen dit gunningsproces alleen in willen gaan, als duidelijk is dat het beleid voor kernenergie voor de komende jaren consistent en bestendig is, aldus de minister. De minister merkt hierover op dit vast te leggen in het Nationaal Plan Energiesysteem (waarvan het streven is om de hoofdlijnen daarvan zo vroeg mogelijk in de volgende kabinetsperiode vast te stellen). In het najaar zal de minister de Tweede Kamer nader informeren over het meest geschikte instrument om het beleid voor kernenergie vast te leggen.

Financiering

Welk instrument het meest geschikt is, hangt af van de keuzes die in het najaar aan de Tweede Kamer worden voorgelegd. Zo zal bijvoorbeeld een subsidiemodel tot andere vastlegging leiden dan een staatsdeelneming, aldus de minister.

En dat brengt ons bij het punt van de financiering van de twee nieuwe kerncentrales. Dit is een issue dat de afgelopen periode een blokkerende factor was in de Nederlandse context, omdat de regering het standpunt huldigde dat nieuwbouw 100% privaat gefinancierd moest worden. Dat standpunt lijkt nu te zijn verlaten, althans, minister Jetten geeft aan dat hij op dit moment allerlei vormen van financiering laat onderzoeken, mede op basis van ervaringen in het buitenland.

Nadat de productie van kernenergie in Nederland jarenlang een aflopende zaak leek, is er onder druk van de klimaat- en energiecrisis plotseling een nieuw elan voor deze vorm van energievoorziening

In het antwoord op de kamervragen van het lid Erkens bespreekt de minister een groot aantal financieringsmodellen (een staatsdeelneming, subsidiëring via de SDE++-regeling, het Contract for Difference-model, het Regulated Asset Based (RAB)-model, Mankala-model, financiële burgerparticipatie en CAPEX-financiering). De minister spreekt geen voorkeur uit voor een (combinatie) van deze modellen. Wel schrijft de minister dat het aangaan van een nieuwe staatsdeelneming – waarmee de staat risicodragend participeert in ondernemingen – eigenlijk alleen aan de orde is als wet- en regelgeving en eventuele andere (publiekrechtelijke) instrumenten niet toereikend zijn voor het borgen van de publieke belangen. Voordeel van het aandeelhouderschap is dat de staat met de aan het aandeelhouderschap verbonden zeggenschap invloed kan uitoefenen op de koers van ondernemingen. Daar staat (vanzelfsprekend) tegenover dat de staat met publiek geld ook meedeelt in de (bedrijfs)risico's. Een staatsdeelneming is pas aan de orde als andere instrumenten niet toereikend zijn om de publieke belangen te borgen, aldus de minister.

Vooruitblik

Nadat de productie van kernenergie in Nederland jarenlang een aflopende zaak leek, is er onder druk van de klimaat- en energiecrisis plotseling een nieuw elan voor deze vorm van energievoorziening. Als het aan de regering ligt draaien er in Nederland over een jaar of tien à vijftien drie kernreactoren, waarvan twee nieuwe. In de toekomstvisie van EPZ wordt gesproken over 3500 MW aan opgesteld nucleair vermogen. Dat is niet alleen bestuurlijk en financieel een uitdaging, maar ook juridisch. De brief van minister Jetten van 1 juli 2022 stipt enkele juridische uitdagingen zoals die van de publieksparticipatie aan, maar er is natuurlijk veel meer: van aanbestedings- tot staatssteunrecht, van structurering tot projectfinanciering, van omgevingsrecht tot (kern) energierecht. Die problematiek zal niet allemaal in Kamerbrieven terecht komen, maar zal door de betrokkenen wel zeer serieus genomen moeten worden. Juridische fouten en omissies kunnen zoals bekend kostbaar en tijdrovend zijn.

Ook voor de rijksoverheid als organisatie zijn de bestuurlijke en juridische uitdagingen legio. Alleen al omdat de nieuwbouw van kerncentrales soepele samenwerking verlangt van een flink aantal departementen, van financiën tot infrastructuur en milieu, en zbo's, zoals de ANVS. Zij doen er goed aan om nu al te investeren in de opbouw van kennis die nodig zal zijn om de bouw en exploitatie van twee nieuwe kerncentrales in goede banen te leiden. Het is daarbij het overwegen waard om die nieuwbouw aan te grijpen voor een algehele herziening van de Kernenergiewet. De huidige wet stamt uit 1963, net als de voor kerncentrales belangrijkste AMvB, het Besluit kerninstallaties, splijtstoffen en ertsen (Bkse). Kew en Bkse zijn sindsdien nooit geheel gereviseerd, terwijl er sindsdien vele ontwikkelingen zijn geweest op juridisch gebied, met name internationaal. Daarbij is de timing van de herziening wel een punt van aandacht. Zoals bekend zijn lopende wetswijzigingen doorgaans niet bevorderlijk voor de realisatie van projecten onder vigeur van die wet. Gelet op de grote tijdsdruk die er ligt op het vergroten van het aandeel kernenergie in de Nederlandse energiemix (met navenante werkdruk bij de betrokken ambtenaren) ligt het voor de hand om die integrale herziening door te voeren als de vergunningen voor de bedrijfsduurverlenging en de nieuwbouw zijn verleend. De ervaringen bij die vergunningverlening zijn dan meteen een goede inspiratiebron voor een nieuwe Kernenergiewet waarmee Nederland dan weer enkele decennia vooruit kan.

Over Stibbe en kernenergie

Stibbe is een full service kantoor, dat overheid en ondernemingen bijstaat. Stibbe is betrokken bij alle relevante projecten in Nederland met betrekking tot nucleaire installaties. Stibbe staat al decennialang EPZ bij, de operator van de enige kerncentrale in Nederland. Ook adviseert Stibbe diverse andere partijen die in deze sector een vooraanstaande rol spelen.



Tijn
Kortmann



Jan
van Oosten



Energietransitie en klimaat

Rijkscoördinatieregeling van toepassing op landelijke infrastructuur voor het transport van waterstofgas

Waterstofgas zal een belangrijke rol spelen in de energietransitie. Dit vergt een landelijke infrastructuur voor het transport en de opslag van waterstofgas. Om de ontwikkeling van deze landelijke infrastructuur te coördineren, heeft de minister voor Klimaat en Energie op **1 april 2022 besloten** de rijkscoördinatieregeling op de daarvoor vereiste besluitvorming van toepassing te verklaren.

Introductie coördinatieregeling

Paragraaf 3.6 Wet ruimtelijke ordening (Wro) regelt de gemeentelijke coördinatieregeling, de provinciale coördinatieregeling (PCR) en de rijkscoördinatieregeling (RCR). De coördinatieregeling is van toepassing indien dat bij besluit van respectievelijk de gemeenteraad (artikel 3.30 lid 1 Wro), provinciale staten (artikel 3.33 lid 1 Wro) of de betrokken minister(s) (artikel 3.35 lid 1 Wro) is bepaald. Een besluit tot toepassing van de PCR of de RCR vergt dat sprake is van respectievelijk een provinciaal of een nationaal belang. Toepassing van de PCR of de RCR leidt ertoe dat gedeputeerde staten, respectievelijk de betrokken minister(s), bevoegd gezag zijn voor de in de coördinatieregeling betrokken planologische besluitvorming (een provinciaal of rijksinpassingsplan of projectbesluit als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 aanhef en onder c jo. artikel 2.12 lid 1 aanhef en onder a nummer 3 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)).

De coördinatieregeling kan worden toegepast bij separaat besluit, maar dat kan ook door vaststelling van een gemeentelijke coördinatieverordening (zie bijvoorbeeld de **coördinatieverordening van Amsterdam**). Daarnaast kan de coördinatieregeling bij wet van toepassing worden verklaard, zie daarover de volgende paragraaf.

Waterstofgas zal een belangrijke rol spelen in de energietransitie. Dit vergt een landelijke infrastructuur voor het transport en de opslag van waterstofgas

Toepassing van de coördinatieregeling op besluitvorming voor een project leidt ertoe dat die besluiten (bijvoorbeeld een bestemmingsplan, een omgevingsvergunning voor bouwen, een omgevingsvergunning voor milieu en een natuurvergunning) gezamenlijk met afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden voorbereid. De ontwerpbesluiten worden dan gelijktijdig ter inzage gelegd, waardoor er in één keer op alle gecoördineerde besluiten zienswijzen kunnen worden ingebracht.

Na de vaststelling van de besluiten is beroep mogelijk bij één instantie, namelijk de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (artikel 2 van bijlage 2 bij Algemene wet bestuursrecht). De Afdeling bestuursrechtspraak behandelt de besluiten als één besluit en dient binnen zes maanden na ontvangst van het verweerschrift een besluit te nemen (artikel 8.3 lid 2 Wro). Hierdoor kan er aanzienlijke tijdswinst worden behaald.

Toepassing Wro-coördinatieregeling op energieprojecten op grond van de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet

In zowel de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) als de Gaswet is op bepaalde categorieën van projecten de Wro-coördinatieregeling van toepassing verklaard.

Elektriciteitswet 1998

In artikel 9b E-wet is bepaald dat de RCR van toepassing is op kort gezegd de aanleg en uitbreiding van een productie-installatie van tenminste 100 MW (ingeval van opwekking van duurzame energie door windenergie), 50 MW (ingeval van opwekking van duurzame energie anders dan door windenergie) en 500 MW (ingeval van opwekking van andere dan duurzame elektriciteit). In artikel 9e E-wet is bepaald dat de PCR van toepassing is op de aanleg of uitbreiding van een productie-installatie van tussen de 5 en 100 MW ingeval van opwekking door windenergie.

De minister voor Klimaat en Energie (de Minister) is het coördinerende bestuursorgaan, een rijksinpassingsplan wordt vastgesteld door de Minister samen met de minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening.

Gaswet

In artikel 39b Gaswet is bepaald dat de RCR van toepassing is op onder meer de uitbreiding van het landelijk gastransportnet, voor zover het betreft de van dat net deel uitmakende leidingen met een druk van ten minste 40 bar en een diameter van ten minste 45,7 centimeter.

De bevoegd gezagregeling is gelijk aan die hiervoor beschreven bij de E-wet.

Gaswet en waterstofgas

De Gaswet is van toepassing op gasvormige stoffen die in hoofdzaak bestaan uit methaan of een andere stof die vanwege haar eigenschappen aan methaan gelijkwaardig is (gemakshalve: aardgas) (artikel 1 lid 1 Gaswet). Hieronder valt waterstofgas niet, zodat de Gaswet inclusief artikel 39b Gaswet niet van toepassing is op de aanleg van een landelijk transportnet voor waterstofgas.

Artikel 1 lid 2 Gaswet bevat een bevoegdheid om de Gaswet bij algemene maatregel van bestuur van toepassing te verklaren op andere gasvormige stoffen dan aardgas. Van deze bevoegdheid is geen gebruik gemaakt.

Besluit toepassing coördinatie-regeling op waterstofgas

De minister voor Klimaat en Energie is het coördinerende bestuursorgaan, een rijksinpassingsplan wordt vastgesteld door de Minister samen met de minister voor Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening

“De transitie van fossiele brandstoffen naar hernieuwbare energiebronnen zoals wind- en zonne-energie is in volle gang. Het Kabinet ziet een belangrijke rol voor de inzet van waterstofgas als energiedrager in een CO₂-vrij energie- en grondstoffensysteem. Hiertoe zal een landelijke infrastructuur moeten worden ontwikkeld voor transport en opslag van waterstofgas. Het Kabinet acht het wenselijk dat de ontwikkeling van deze landelijke infrastructuur op nationaal niveau wordt gecoördineerd.”, aldus de Minister in het coördinatiebesluit. Hierom heeft hij op grond van artikel 3.35 leden 1-3 Wro besloten dat de RCR van toepassing is op het landelijk transportnet voor waterstofgas. Onder dat landelijk transportnet verstaan: met elkaar verbonden leidingen of hulpmiddelen bestemd of gebruikt voor het op nationaal of landsgrensoverschrijdend niveau transporteren van waterstofgas, met inbegrip van hulpmiddelen en installaties waarmee ondersteunende diensten voor dat transport worden verricht. Hiervan worden uitgezonderd: a. leidingen waarvan niet is voorzien dat deze op het landelijke transportnet voor waterstofgas zullen worden aangesloten; b. leidingen en hulpmiddelen die onderdeel uitmaken van een op 1 januari 2022 bestaand transportnet voor waterstofgas of toekomstige uitbreidingen vormen direct gekoppeld aan deze leidingen; en c. leidingen die behoren tot de installatie van een afnemer of invoerder.

Hierbij valt overigens op dat het coördinatiebesluit niet van toepassing is op de opslag van waterstofgas, alleen op het transport daarvan. Dit terwijl de Minister schrijft dat de landelijke infrastructuur voor waterstofgas zowel het transport als de opslag daarvan omvat en het kabinet het wenselijk acht de ontwikkeling van die landelijke infrastructuur op nationaal niveau te coördineren.

Voor de ruimtelijke inpassing van het landelijk transportnet, worden rijksinpassingsplannen in de zin van artikel 3.28 lid 1 Wro vastgesteld. Deze plannen worden gecoördineerd met de voorbereiding en bekendmaking van de besluiten die zijn opgenomen in de bijlage bij het besluit. Dit zijn onder meer omgevingsvergunningen en verklaringen van geen bedenkingen op grond van de Wabo en vergunningen en ontheffingen op grond van de Wet natuurbescherming.

Tegen het besluit tot toepassing van een Wro-coördinatie-regeling staat geen beroep open (zie artikel 1 van bijlage 2 Awb).

Op grond van artikel 3.35 lid 9 Wro heeft de Minister het coördinatiebesluit aan de Eerste en Tweede Kamer gestuurd. Aan het besluit wordt pas uitvoering gegeven nadat beide Kamers daarmee hebben ingestemd, waarvan sprake is als geen van beide Kamers binnen vier weken na 1 april 2022 een besluit heeft genomen omtrent de behandeling van dit besluit.

Toekomst: Omgevingswet

Met de Invoeringswet Omgevingswet worden de E-wet en de Gaswet gewijzigd, zodat in de gevallen waarin nu de PCR of RCR van toepassing is, een provinciaal of rijksprojectbesluit in de zin van de Omgevingswet wordt genomen. De figuur van het provinciaal en het rijksinpassingsplan komt te vervallen. De gevallen waarin besluitvorming door middel van een projectbesluit plaatsvindt, wijken niet af van de gevallen waarin nu besluitvorming door middel van de PCR en de RCR plaatsvindt. Dat betekent dat waterstofgas nog steeds niet binnen het bereik van de Gaswet valt en daarmee dat met de door de Invoeringswet Omgevingswet gewijzigde Gaswet de aanleg van het landelijk transportnet niet voorgeschreven is door middel van een projectbesluit.

Dat is overigens op zichzelf niet bezwaarlijk, nu de Minister – als sprake is van een nationaal belang (artikel 2.3 lid 3 Omgevingswet) – kan besluiten tot toestemmingverlening voor het landelijk transportnet door middel van een projectbesluit. Daar is geen voorafgaand besluit voor nodig vergelijkbaar met het coördinatiebesluit zoals nu genomen. Voor de onderbouwing van de aanwezigheid van een nationaal belang kan de Minister gebruikmaken van de motivering die ten grondslag ligt aan het coördinatiebesluit.



Jan
van Oosten



Minister kondigt nieuwe aanpak aan voor een breder en strenger stikstofbeleid

Op 1 april heeft minister Van der Wal in een omvangrijke **Kamerbrief** haar plannen gepresenteerd voor een gecombineerde aanpak van natuur, water en klimaat in het landelijk gebied en een breder stikstofbeleid. Het gaat daarbij in de eerste plaats om natuurherstel, maar tegelijkertijd om het “op termijn” bieden van meer perspectief op vergunningsruimte voor andere urgente maatschappelijke opgaven als de energietransitie, de woningbouw, bereikbaarheid en defensie. In dit blog bespreken wij de plannen van de minister op hoofdlijnen en besteden wij aandacht aan een aantal opvallende onderdelen daarin.

Doelen van de aanpak

In haar brief loopt de minister voor Natuur en Stikstof eerst vier doelen af die met de beoogde aanpak “onontkoombaar” gerealiseerd zullen worden. Het eerste dwingende doel is natuurherstel en -verbetering. Die continue verplichting bestaat op grond van de **Vogelrichtlijn** (in artikel 2) en de **Habitatrichtlijn** (in artikel 6). Met de integrale aanpak zullen richting 2030 “onvermijdelijke stappen” worden gezet om de instandhoudingsdoelen van deze richtlijnen “op termijn” te bereiken. De minister noemt geen bindend tijdvak. Wel wijst zij op een voorstel van de Europese Commissie voor een **Europese Biodiversiteitsstrategie**. Daarin worden mogelijk wel wettelijk bindende tussendoelen voor 2030 en 2040 geconcretiseerd om de doelstellingen uit de Vogelrichtlijn en Habitatrichtlijn waar te maken.

Realisering van de doelstellingen uit de Vogel- en Habitatrichtlijn zal in de praktijk een forse stikstofvermindering vereisen. Het tweede doel van de integrale aanpak is daarom stikstofreductie. In veel natuurgebieden slaat al geruime tijd meer stikstof neer dan de natuur kan verdragen, waardoor de kritische depositiewaarden worden overschreven. Om de schade en noodzakelijke maatregelen vast te stellen, zal een nieuw op te richten Ecologische Autoriteit zogeheten ‘natuurdoelanalyses’ vaststellen. Verder is de wettelijke doelstelling uit de Wet stikstofreductie en natuurverbetering (Wsn) van 2035 in het **coalitieakkoord** naar voren gehaald (lees ook **onze blog** over de ontwikkelingen binnen de Wsn). Hierdoor moet in 2030 74% van het stikstofgevoelig Natura 2000-areaal onder de kritische depositiewaarde liggen.

Andere doelen van de integrale aanpak zijn de klimaatopgave voor landbouw en landgebruik en de wateropgave. Daarbij gaat het vooral om broeikasgasreductie en het bereiken van een goede toestand van oppervlakte- en grondwater. In deze blog zullen wij inzoomen op het nieuwe stikstofbeleid. Meer informatie over de wateropgave is te raadplegen in onze eerdere **blogs**.

Het eerste dwingende doel is natuurherstel en -verbetering

Kaders van de aanpak

De aanpak krijgt allereerst vorm door generiek rijksbeleid. Te denken valt aan landelijke bronmaatregelen voor stikstof of maatregelen uit het mestbeleid, bijvoorbeeld naar aanleiding van het addendum voor het **zevende actieprogramma** voor de **Nitraatrichtlijn**. Concreet kan het gaan om beëindigingsregelingen, aankoop en afwaardering van grond, bijvoorbeeld ten behoeve van extensivering of ondersteuning bij innovatie en investeringen. Een andere mogelijkheid die de minister noemt is een versnelling van de aanscherping van emissienormen voor ammoniak, die al eerder aan de Tweede Kamer is **toegezegd**. De minister zal in samenspraak met provincies en sectoren concretiseren op welke aspecten een aanscherping van het landelijk beleid nodig is. Daarbij benadrukt zij dat alle sectoren een evenredige bijdrage moeten leveren aan het behalen van de doelstellingen.

Anderzijds is de gebiedsgerichte aanpak van belang, die vorm krijgt in provinciale gebiedsplannen. De kenmerken van het gebied zijn daarbij bepalend. Het Rijk stelt zo snel mogelijk – naar verwachting in april/mei – een kader op voor de gebiedsplannen. Daarin zullen per provincie taakstellende doelen worden geformuleerd die voortborduren op de (inter)nationale verplichtingen op het terrein van natuur, stikstof, water en broeikasgassen. In de gebiedsplannen leggen provincies de maatregelen en het instrumentarium vast. Dat moet uiterlijk 1 juli 2023 gebeuren. Ook PAS-melders worden in de gebiedsplannen meegenomen.

Bij zowel de landelijke als gebiedsgerichte aanpak blijft vrijwilligheid een belangrijk uitgangspunt. De voorkeur gaat daarom uit naar bijvoorbeeld extensivering, innovatie, verplaatsen of bedrijfsbeëindiging. De minister erkent echter ook dat “ingrijpende maatregelen” nodig zijn om de stikstofbelasting voldoende te reduceren. Op het moment dat de maatregelen niet het gewenste resultaat opleveren, is escalatie noodzakelijk. Dan zullen ook meer verplichtende maatregelen, zoals onteigening, aan de orde komen. Wanneer de gebiedsplannen onvoldoende zekerheid geven dat doelstellingen behaald kunnen worden, heeft Van der Wal daarnaast de mogelijkheid om bij te springen en het beleid aan te scherpen.

Welke maatregelen noodzakelijk zijn, volgt uit de hiervoor al genoemde natuurdoelanalyses die een Ecologische Autoriteit zal uitvoeren om de status van natuur en stikstof per Natura 2000-gebied te bepalen. De natuurdoelanalyses worden vervolgens steeds periodiek geactualiseerd. Volgens de minister moeten de natuurdoelanalyses het liefst dit jaar, maar uiterlijk 1 april 2023 zijn afgerond, vlak voor de eerdergenoemde deadline voor de gebiedsplannen. Of deze planning realistisch is, valt te bezien. De Ecologische Autoriteit moet bovendien nog operationeel worden.

Middelen, instrumenten en uitvoering

In het coalitieakkoord kondigde het kabinet al aan dat er een transitiefonds wordt ingesteld, waarin tot 2035 25 miljard euro wordt gereserveerd om de beoogde aanpak mogelijk te maken. Het pakket aan landelijke en gebiedsgerichte maatregelen dat gerealiseerd zal worden moet volgens Van der Wal een mix worden tussen verduurzaming en innovatie, en opkoop en afwaardering. Ter illustratie noemt de minister maatregelen als het invoeren van innovatieve staltechnieken, het treffen van managementmaatregelen en circulaire mestverwerking.

Een ander instrument is het wijzigen van de ruimtelijke bestemming in een gebied. Het kabinet bekijkt de mogelijkheid om het bestemmingsplan (in de toekomst het omgevingsplan) per 2027 te wijzigen, waardoor natuurgrond of natuurinclusief grasland met extensieve begrazing een verplichting wordt in bepaalde gebieden. Daarnaast kan de Wet voorkeursrecht (in de toekomst de Omgevingswet) handvaten bieden om via opkoop of wijziging van de agrarische functie lokale doelen te bereiken.

Andere doelen van de integrale aanpak zijn de klimaatopgave voor landbouw en landgebruik en de wateropgave

Om de aanpak te ondersteunen, wordt een ‘tussenorganisatie’ opgericht. Deze regieorganisatie ondersteunt zowel het Rijk als provincies in de succesvolle en slagvaardige uitvoering en ziet toe op een nauwe samenwerking tussen alle betrokken partijen. Zo komt er onder andere een grondbank die toeziet op de vrijkomende grond. De regieorganisatie moet op 1 oktober 2022 operationeel zijn.

De maatregelen zullen zorgvuldig worden gemonitord om de impact te bepalen en de aanpak waar nodig bij te sturen. Om de bestaande meet- en rekensystemen te verbeteren is er een Nationaal Kennisprogramma Stikstof (NKS) ingesteld, waarin wordt gekeken naar het gebruik van meerdere (waaronder buitenlandse) modellen om de uitkomsten van berekeningen robuuster te maken.

Ruimte voor ontwikkeling, toestemmingverlening en legalisatie

Met haar aanpak slaat de minister een nieuwe koers in met betrekking tot het stikstofbeleid. Zowel het aanscherpen als het verduidelijken van het beleid en het instrumentarium van toestemmingverlening lijken daarbij voorop te staan. Dat moet leiden tot meer zekerheid voor initiatiefnemers en “op termijn” ook tot meer ruimte voor nieuwe maatschappelijke en economische ontwikkelingen. De minister schetst drie principes die zij daarbij hanteert.

Ten eerste gaat de houdbaarheid van het systeem boven meer, maar onzekerder ontwikkelruimte. Volgens de minister heeft die “noodzakelijke versterking van de houdbaarheid van toestemmingverlening” echter wel tot gevolg dat er in ieder geval de komende jaren niet meer, en mogelijk zelfs minder ruimte beschikbaar is voor ontwikkeling. De inzet van ontwikkelreserve zal daarnaast alleen daar mogelijk zijn waar de ruimte niet nodig is voor natuurbehoud of –herstel.

Ten tweede zullen beleidsmatige keuzes eraan moeten bijdragen dat toekomstige vergunningverlening op basis van salderen in principe niet leidt tot een feitelijke toename van stikstofdepositie. Dit principe is opmerkelijk, in de eerste plaats omdat de minister hiermee de mogelijkheid lijkt op te werpen dat voor intern salderen in de toekomst weer een vergunning nodig zal zijn.

(de zogenoemde verslechteringsvergunning), in afwijking van het oordeel van de Afdeling in de Logtsebaan-uitspraak ([ECLI:NL:RVS:2021:71](#)). Daarnaast geeft de minister aan dat bij salderen moet worden gezien of er sprake is van een feitelijke toename van stikstofdepositie, terwijl het vaste jurisprudentie van de Afdeling is dat wordt beoordeeld of er sprake is van een toename ten opzichte van de vergunde situatie – en dus niet de feitelijk uitgevoerde situatie (bijvoorbeeld [ECLI:NL:RVS:2021:175](#)). Het standpunt van de minister sluit overigens wel aan bij rechtspraak van de rechtbank Oost-Brabant, die al eerder pleitte voor een nuancering op de jurisprudentie van de Afdeling ([ECLI:NL:RBOBR:2022:192](#)).

Het laatste vertrekpunt dat de minister benoemt, is dat er meer nadruk komt te liggen op de controleerbaarheid van activiteiten, vergunningen en uitstoot door bevoegde instanties, toezichthouders en handhavers. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de wens van de minister om PAS-meldingen zo snel mogelijk te legaliseren (lees ook onze [blog](#) over PAS-melders). De minister zal de Kamer nog vóór deze zomer informeren over de concrete invulling van de beoogde aanscherpingen in toestemmingverlening.

Het gevolg van het hanteren van deze principes is dat er in ieder geval de komende jaren niet meer, en mogelijk zelfs minder ruimte beschikbaar is voor ontwikkeling, aldus Van der Wal. Dat betekent echter niet dat er helemaal geen ruimte is of zal ontstaan. Zowel de partiële bouwvrijstelling als het stikstofregistratiesysteem (SSRS) blijven in de volgende fase van de stikstofaanpak in stand. Eén van de bronmaatregelen die onderdeel uitmaakte van het SSRS – de landelijke verlaging van de maximumsnelheid op rijkswegen – zal in de toekomst echter niet meer voor vergunningverlening inzetbaar zijn. Reden daarvoor is, kort gezegd, dat de precieze opbrengst van de maatregel niet meer voldoende zeker is. Na het verschijnen van deze Kamerbrief oordeelde de rechtbank Noord-Holland al dat de vrijgekomen stikstofruimte als gevolg van de snelheidsmaatregel niet mocht worden opgenomen in het SSRS ([ECLI:NL:RBNHO:2022:3375](#)). De Afdeling heeft zich hierover nog niet uitgelaten. In een recente uitspraak leidden summieri gronden die tegen het SSRS werden aangevoerd niet tot een gegrond beroep ([ECLI:NL:RVS:2022:1210](#)).

Vastleggen van de aanpak in programma's en wetgeving

De aanpak van de minister lijkt een sterke reactie op de verslechterde natuurwaarden en is absoluut ambitieus te noemen

Om de aangescherpte doelstellingen te behalen, zal de aanpak vorm moeten krijgen in programma's en wetgeving. De minister noemt hierbij de mogelijke aanpassing van de Omgevingswet of de Wet natuurbescherming. Het wetsvoorstel hiervoor zal in de eerste helft van 2023 worden ingediend. In mei van dit jaar zal het kabinet starten met de inspraak op het ontwerpprogramma Stikstofreductie en Natuurverbetering (programma SN).

Op de korte termijn zal de Minister een uitvraag sturen naar provincies om te kijken of bepaalde maatregelen al vóór de invoer van de gebiedsplannen kunnen worden uitgevoerd. Hiervoor zal zij criteria opstellen om te wegen of de maatregelen voor nu volstaan. Alleen 'no regret' maatregelen, waarbij de winst op voorhand zeker is, zullen deze test doorstaan.

Afsluitende opmerking

De aanpak van de minister lijkt een sterke reactie op de verslechterde natuurwaarden en is absoluut ambitieus te noemen. Zowel voor natuurherstel als voor de vergunningverlening voor maatschappelijke en economische ontwikkelingen wordt een duidelijk beleidsmatig kader geschetst. Daarbij valt wel op dat de vergunningverlening niet eenvoudiger lijkt te worden. De minister benoemt in de brief meermaals dat de vergunningverlening voor ontwikkelingen "op termijn" verder op gang zal komen en dat er "op den duur" meer perspectief zal zijn op ruimere mogelijkheden voor nieuwe projecten. Op dit moment is er volgens de minister echter "zeer beperkt ruimte" voor nieuwe ontwikkelingen en die ruimte zal er de komende jaren mogelijk zelfs nog minder zijn. Hoe deze constatering zich verhoudt tot de – ook door de minister genoemde – andere urgente opgaven waar Nederland voor staat, zoals de woningbouw en de energietransitie, wordt niet geheel duidelijk. Duidelijk is wel dat de komende periode (nog) niet gemakkelijk zal worden voor initiatiefnemers. Of het ambitieuze beleid de gewenste effecten zal hebben en met de verwachte snelheid gerealiseerd kan worden, zal de toekomst uitwijzen.

Tijdslijn (bijlage 2 bij de brief)	
April/mei 2022	• Richtinggevende doelen voor de ruimtelijke verdeling stikstofreductie; voor natuur, klimaat- en water voor zover beschikbaar al richtinggevend • Startnotitie Nationaal Programma Landelijk Gebied (NPLG) • Quick-scan natuurdoelanalyses beschikbaar • Start internetconsultatie instellingswet transitiefonds voorzien • Start zienswijzenprocedure Programma SN
Voor zomer 2022	• Eerste stikstofruimte beschikbaar in het kader van het Legalisatieprogramma PAS-melders • Versnellingsopties 2022/2023 in beeld • De minister van LNV informeert de Kamer over de uitwerking van het perspectief voor de landbouw • De minister voor N&S informeert de Kamer over de concrete invulling van de aanscherpingen toestemmingsverlening • Informeren Kamer over beleidsprogramma Klimaat en Energie
Medio 2022	• Ecologische Autoriteit operationeel (voorzien)
Zomer 2022	• Presentatie Agenda Natuurinclusief
Najaar 2022	• Vaststellen programma Stikstofreductie en natuurverbetering • Voorziene behandeling instellingswet transitiefonds (vanaf september) • Opleveren conceptprogramma NPLG • Afronding natuurdoelanalyses (uiterlijk 1 april 2023)
Eerste helft 2023	• Indienen wetsvoorstel aanpassing Wnb/Omgevingswet
1 juli 2023	• Gebiedsplannen gereed • Vaststelling definitieve gebiedsdoelstellingen • Beoogde inwerkingtreding instellingswet transitiefonds
Prinsjesdag 2023	• Aanbieding ontwerpbegroting in het kader van het transitiefonds



Anna
Collignon



Liesbeth
Berkouwer



Jane
van der Loo



Stikstof

Daadwerkelijke beëindiging bestaande bedrijven vereist voor toepassing externe saldering stikstofdepositie

Het uitkopen van stikstofuitstotende bedrijven wordt in de huidige stikstofcrisis regelmatig als oplossing aangedragen voor het kunnen faciliteren van nieuwe projecten. De stikstofdepositie die met deze projecten gepaard gaat, wordt dan weggestreepd tegen de stikstofdepositie die met de beëindiging van de bestaande bedrijven vrijkomt. Deze vorm van het beperken van negatieve effecten van projecten – ook wel extern salderen genoemd – is niet nieuw. Wel blijkt in de praktijk dat er nog niet altijd op juiste wijze uitvoering aan gegeven wordt. De **uitspraak** van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de ‘Afdeling’) van 26 oktober 2022 geeft hier een voorbeeld van. In deze uitspraak staat een zaak centraal waarin de beëindiging van het bestaande bedrijf niet adequaat geborgd is.

Aanleiding uitspraak

Het uitkopen van stikstofuitstotende bedrijven wordt in de huidige stikstofcrisis regelmatig als oplossing aangedragen voor het kunnen faciliteren van nieuwe projecten

Op 10 oktober 2016 is door gedeputeerde staten van Limburg (“**GS**”) aan de eigenaar van een melkveehouderij in Nuth een vergunning verleend op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 (thans: Wet natuurbescherming; we spreken daarom hierna over een “**Wnb-vergunning**”). De Wnb-vergunning is verleend voor het wijzigen en exploiteren van de melkveehouderij. Deze wijziging en exploitatie zou geen (significante) negatieve effecten tot gevolg hebben, omdat de aangevraagde situatie eenzelfde ammoniakemissie met bijbehorende stikstofdepositie tot gevolg zou hebben als de depositie die al was toegestaan op basis van een melding op grond van het Besluit Melkrundveehouderij.

Op 19 september 2017 hebben GS de vergunning echter ingetrokken op grond van artikel 5.4 lid 1 aanhef en onder b en c Wnb. De melkveehouder zou namelijk geen bestaande rechten meer zou hebben voor de melkveehouderij. De melkveehouderij was namelijk eerder verpacht en de pachter had een overeenkomst gesloten met de provincie, waarin is bepaald dat de pachter het exploiteren van de melkveehouderij op deze locatie zou beëindigen ten gunste van de aanleg en ingebruikname van de ringweg Buitenring Parkstad Limburg (“**BPL**”).

De beëindiging van de melkveehouderij zou met andere woorden ruimte maken voor de BPL omdat er voor de ringweg gebruik zou kunnen worden gemaakt van de (stikstof)emissierechten van de melkveehouderij (ook wel externe saldering genoemd). Aangezien er bij de verlening van de vergunning geen rekenschap was gegeven van deze overeenkomst zijn GS van oordeel dat de gegevens op grond waarvan de vergunning aan de melkveehouder was verleend zodanig onjuist gebleken dat een andere beslissing zou zijn genomen als het de juiste gegevens bekend waren geweest (artikel 5.4 lid 1 aanhef en onder b Wnb). GS stellen bovendien dat uit de aanvraag blijkt dat de melkveehouderij negatieve gevolgen kan hebben voor Natura 2000, omdat met de exploitatie stikstofdepositie gepaard gaat waarvoor geen bestaande rechten meer bestaan. De vergunning zou dan ook in strijd met de wettelijke voorschriften zijn verleend (artikel 5.4 lid 1 aanhef en onder c Wnb). Een klein detail in dit kader is dat de overeenkomst tussen de provincie en de pachter geheim was. De melkveehouder was dan ook niet op de hoogte van de overeengekomen beëindiging.

Juridisch kader vergunningplicht Wnb

Op grond van artikel 2.7 lid 2 Wnb is het verboden zonder vergunning van gedeputeerde staten een project te realiseren dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, en waarvan op *voorhand* niet kan worden uitgesloten dat het project, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Significante gevolgen kunnen veelal – dit kan in specifieke gevallen anders zijn – niet op voorhand worden uitgesloten indien het project gepaard gaat met een toename van stikstofdepositie op stikstofgevoelige habitattypen in Natura 2000-gebieden waarvan de kwaliteit al slecht is. Of er sprake is van een toename wordt bepaald aan de hand van de zogenoemde referentiesituatie. Bij een reeds bestaand project wordt de referentiesituatie ontleend aan een al geldende natuur-

vergunning of bij het ontbreken daarvan, aan de milieutoestemming die gold op de referentiedatum (het moment waarop artikel 6 van de Habitatrichtlijn van toepassing werd voor het betrokken Natura 2000-gebied), tenzij nadien een milieutoestemming is verleend voor een activiteit met minder gevolgen. Dan geldt die toestemming als referentiesituatie (zie o.a. ABRvS 2 november 2022, **ECLI:NL:RVS:2022:3159**, r.o. 20.2). Bestaat het aangevraagde project uit een wijziging of uitbreiding van het bestaande project, dan kan volgens de rechtspraak van de Afdeling op grond van objectieve gegevens worden uitgesloten dat die wijziging/uitbreiding significante gevolgen heeft, indien er geen sprake is van een toename van stikstofdepositie ten opzichte van de referentiesituatie. Dit kan bijvoorbeeld worden bewerkstelligd door interne saldering: de bestaande activiteiten worden dan zodanig geherstructureerd dat de aangevraagde activiteit niet leidt tot extra stikstofdepositie (zie o.a. ABRvS 20 januari 2021, **ECLI:NL:RVS:2021:71**, r.o. 17.2). Een vergunningplicht is door die herstructurering dan niet aan de orde. Hetgeen overigens anders was vóór 1 januari 2020, toen artikel 2.7 Wnb nog anders luidde. De melkveehouder had daarom wel een vergunning nodig voor de wijziging en exploitatie van de melkveehouderij.

Zijn significante gevolgen daarnaast niet op voorhand uit te sluiten, dan kunnen gedeputeerde staten de vergunning verlenen indien uit een passende beoordeling blijkt dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet aantasten (artikel 2.8 lid 3 Wnb). In een passende beoordeling wordt onderzoek gedaan naar de gevolgen van het project en mag rekening worden gehouden met zogeheten mitigerende maatregelen. Mitigerende maatregelen zijn maatregelen binnen het project die specifiek zijn opgenomen om eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, te voorkomen of te verminderen. Externe saldering is een dergelijke maatregel. Met deze maatregel wordt ervoor gezorgd dat de nieuwe ontwikkeling per saldo niet leidt tot een toename van de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden door het beperken of beëindigen van emissie van een andere bestaande activiteit of activiteit die nog aanwezig kan zijn op grond van relevante toestemmingen (zie o.a. ABRvS 13 november 2013, **ECLI:NL:RVS:2013:1931**, r.o. 3.7).

Mitigerende maatregelen zijn maatregelen binnen het project die specifiek zijn opgenomen om eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit het project voortvloeien, te voorkomen of te verminderen

Beroep rechtbank

De melkveehouder kan zich niet verenigen met de intrekking van zijn vergunning en heeft – nadat zijn bezwaar bij besluit van 3 april 2018 is afgewezen – beroep ingesteld. Dit beroep is door de rechtbank gegrond verklaard. Naar oordeel van de rechtbank mocht de melkveehouder de exploitatie van de veehouderij op basis van bestaande rechten overnemen. De gegevens over de bestaande toestemming voor de veehouderij in de aanvraag waren juist. De melkveehouder kon niet verweten worden dat hij de overeenkomst tussen de pachter en de provincie niet had vermeld in zijn aanvraag, aangezien hij door het geheime karakter van de overeenkomst er niet van op de hoogte was. Bovendien is er volgens de rechtbank ook geen sprake van strijd met wettelijke voorschriften, aangezien de BPL feitelijk pas na de verlening van de Wnb-vergunning aan de melkveehouder in gebruik is genomen. Het is dan ook niet de veehouderij die passend beoordeeld moest worden volgens de rechtbank, maar de BPL.

Hoger beroep bij de Afdeling

GS hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Afdeling en voeren daar primair aan dat de rechtbank ten onrechte belang hecht aan het feit of de melkveehouder iets te verwijten valt. Volgens GS zijn de intrekkingssgronden niet afhankelijk van verwijtbaarheid, maar gaat het er sec om of de vergunning verleend is op grond van onjuiste gegevens dan wel in strijd met wettelijke voorschriften. Wat volgens GS vaststaat is dat de bestaande rechten die rusten op de melkveehouderij op grond van de privaatrechtelijke overeenkomst zijn komen te vervallen en zijn benut ten behoeve van externe saldering voor de verlening van de Wnb-vergunning voor de BPL in 2013.

Rol privaatrechtelijke overeenkomst: externe saldering

De Afdeling buigt zich naar aanleiding van dit betoog allereerst over de vraag welke rol de geheime privaatrechtelijke overeenkomst uit 2013 tussen de pachter en provincie in het voorliggende geval speelt. GS stellen dat de pachter op basis van deze overeenkomst gehouden is de exploitatie van de melkveehouderij te beëindigen ten behoeve van de BPL. De overeenkomst maakt daarmee volgens GS externe saldering mogelijk. De aanleg van de BPL zou onder meer door het vrijvallen van de stikstofdepositie van de melkveehouderij niet leiden tot significante negatieve gevolgen. De bestaande rechten van de melkveehouderij zijn volgens GS met de overeenkomst komen te vervallen.

De Afdeling merkt in dit kader in algemene zin op dat bij externe saldering, de locatie van de te beëindigen activiteit en de wijze van emitteren en verspreiden van stikstofverbindingen in de regel niet gelijk zijn aan de locatie en wijze van emitteren en verspreiden van stikstofverbindingen die het gevolg zullen zijn van de gewenste ontwikkeling. Het salderen van de neerslag van emissies is dus niet hetzelfde als het salderen met de uitstoot van emissies. De saldering zal altijd per locatie van stikstofgevoelige habitattypen moeten worden bepaald aan de hand van de desbetreffende emissies en verspreiding. De aanvaardbaarheid van het extern salderen wordt dus in een concreet geval niet beoordeeld op basis van de emissies van gewenste ontwikkelingen en te beëindigen activiteiten, maar juist via de beoordeling van de toename en/of afname van de depositie op stikstofgevoelige habitattypen als gevolg van deze ontwikkelingen.

De uitspraak van de rechtbank dient volgens de Afdeling wel op het punt van de verwijtbaarheid te worden verbeterd

De eerdere jurisprudentie van de Afdeling op dit punt, zoals de uitspraak van 13 november 2013, **ECLI:NL:RVS:2013:1931**, moet ook tegen deze achtergrond worden begrepen. In die uitspraak overwoog de Afdeling als volgt: “3.5 (...) externe saldering [is], slechts mogelijk (...) als er een directe samenhang bestaat tussen de intrekking van de milieuvergunning en de verlening van de Nbw-vergunning [tegenwoordig: Wnb-vergunning]. Die directe samenhang wordt aangenomen als de milieuvergunning voor het saldogevende bedrijf daadwerkelijk is of zal worden ingetrokken ten behoeve van de uitbreiding van het saldo-ontvangende bedrijf. Dit kan blijken uit het intrekkingsbesluit of uit een overeenkomst tussen het saldogevende en saldo-ontvangende bedrijf over de overname van het stikstofdepositiesaldo van de in te trekken milieuvergunning. Verder dient vast te staan dat de bedrijfsvoering van het saldogevende bedrijf daadwerkelijk is of wordt beëindigd.” Anders dan GS stellen, volgt uit

deze jurisprudentie niet dat een (civielrechtelijke) overeenkomst tussen het saldogevende en saldo-ontvangende bedrijf over de overname van het stikstofdepositiesaldo reeds voldoende is om extern te salderen. Er dient immers tevens vast te staan dat de saldogevende activiteit feitelijk daadwerkelijk is of wordt beëindigd, omdat alleen dan ook het depositiesaldo van de gevende partij kan worden aangewend door de ontvangende partij. Deze beëindiging dient zodanig te zijn vormgegeven, dat een nieuwe of hernieuwde activiteit op die locatie niet kan plaatsvinden op basis van diezelfde – overgedragen – depositiesaldi van de vroegere referentiesituatie. Het is cruciaal dat wordt voorkomen dat Natura 2000-gebieden, nadat extern is gesaldeerd en saldogevende activiteiten zijn gestaakt, deze alsnog opnieuw worden belast met stikstofdepositie van die eerder gestaakte activiteiten, bovenop de depositie van de ontwikkelingen ten behoeve waarvan extern was gesaldeerd.

De overeenkomst gesloten tussen de provincie en de pachter voldoet niet aan deze uitgangspunten. GS hebben weliswaar hebben gesteld dat de pachter zijn stikstofdeponerende activiteiten heeft beëindigd, maar niet is gebleken dat is gewaarborgd dat deze activiteiten ook (rechtens) blijvend beëindigd moeten blijven. Dat de pachter bereid zou zijn om zijn activiteiten gestaakt te houden, is maar van beperkte betekenis. Na afloop van de pachttermijn heeft de melkveehouder immers wederom de zeggenschap over zijn eigendom verkregen. Nu de melkveehouder op basis van de melding die ten grondslag lag aan de externe saldering opnieuw een Wnb-vergunning kon aanvragen en heeft verkregen, is van het adequaat waarborgen dat de activiteit niet kan worden hervat, geen sprake. Dat de melkveehouder dit kon doen is een gevolg van het feit dat (blijkbaar) geen voorwaarden aan de overeenkomst waren verbonden gericht op het afbreken van stallen en dat ook niet op andere wijze, bijvoorbeeld door wijziging van de planologische situatie, was geborgd dat het bedrijf niet met een melding opnieuw kon worden gestart. Dit betekent dat de melkveehouder, die geen partij was bij de geheime overeenkomst, bij zijn aanvraag om Wnb-vergunning niet zodanig onjuiste gegevens over de referentiesituatie heeft verstrekt dat de b-grond of de c-grond als grondslag kon dienen voor de intrekking. De uitspraak van de rechtbank die hiertoe strekt moet dus worden bevestigd.

Verwijtbaarheid speelt geen rol bij de intrekkingsbevoegdheid

De uitspraak van de rechtbank dient volgens de Afdeling wel op het punt van de verwijtbaarheid te worden verbeterd. Verwijtbaarheid speelt bij de door GS ingeroepen intrekkingsgronden geen rol. Het gaat er dus sec om of de bij de aanvraag verstrekte gegevens onjuist waren of niet. Dat de overeenkomst geheim was, werkt dan ook niet in het voordeel van de melkveehouder. Dit betekent echter niet dat partijen hier slim gebruik van zouden kunnen maken. Het vereiste dat vast dient te staan dat de saldogevende bedrijven feitelijk daadwerkelijk zijn of worden beëindigd, zal er immers toe leiden dat derden in ieder geval met die (voorgenomen) beëindiging bekend zullen zijn. Dat deel van de overeenkomst zal dan ook in zekere zin openbaar zijn, omdat een (her)nieuw(de) activiteit op dezelfde locatie niet meer kan plaatsvinden op basis van de depositiesaldi van de vroegere referentiesituatie. Situaties als de voorliggende zouden daarom niet meer voor moeten komen.

Rechtsgevolgen in stand laten

In het voorliggende geval mag het voorgaande de melkveehouder overigens niet baten. Hoewel de Afdeling de vernietiging van het besluit tot intrekking van de Wnb-vergunning bevestigt, wijst de Afdeling erop dat deze vernietiging verstrekkende feitelijke gevolgen zal hebben. De vernietiging zou er namelijk voor zorgen dat de melkveehouderij weer tot stikstofdepositie zal leiden, terwijl de stikstofdepositie als gevolg van de BPL ook nog aanwezig is. De Wnb-vergunning voor de BPL wordt door deze uitspraak immers niet aangetast. De stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden zal dan ook toenemen tot maximaal een dubbele hoeveelheid, terwijl er al sprake is van een overbelaste situatie. De Afdeling acht, gelet op de uitzonderlijke omstandigheden van deze zaak, het voorkomen van een dergelijke toename van stikstofdepositie in een reeds overbelaste situatie, een zodanig zwaarwegend maatschappelijk belang dat zij ervoor kiest de rechtsgevolgen van het vernietigde intrekkingsbesluit in stand te laten. Voor de melkveehouder blijft er dan enkel een recht op schadevergoeding over, voor zover dit aan de orde is.

Relevantie voor de praktijk

Het is niet zozeer van belang wat een bestaand bedrijf precies uitstoot, maar op welke locaties die uitstoot precies leidt tot stikstofneerslag

In deze uitspraak zet de Afdeling nog eens helder uiteen hoe externe saldering kan worden toegepast als mitigerende maatregel. Wat hierbij met name relevant is voor degenen die in extern salderen een uitkomst zien voor de voortgang van projecten is dat de Afdeling concreet benoemt dat het dient te gaan om saldering van depositie en niet van emissies. Het is kortom niet zozeer van belang wat een bestaand bedrijf precies uitstoot, maar op welke locaties die uitstoot precies leidt tot stikstofneerslag. Die locaties dienen vergeleken te worden met de locaties waar het nieuwe project tot stikstofdepositie zal leiden. Een project in Rotterdam zal daarom niet snel gefaciliteerd kunnen worden door het opkopen van een boerderij in Limburg, omdat deze activiteiten tot stikstofdepositie op verschillende locaties zullen leiden. Externe saldering luistert kortom nauw en is dan wellicht ook niet de generieke oplossing die het volgens sommigen zou kunnen zijn.

Blijkt uit een vergelijking van de locaties waar de stikstofdepositie concreet plaatsvindt dat een nieuw project mogelijk kan worden gemaakt door externe saldering, dan volgt uit de voorliggende uitspraak dat daadwerkelijk vast dient te staan dat de saldogevende activiteit feitelijk is of wordt beëindigd. Enkel dan kan het depositiesaldo van de saldogever worden aangewend door de ontvangende partij. De beëindiging dient daarbij zodanig te worden vormgegeven dat een (her)nieuw(d)e activiteit op dezelfde locatie niet kan plaatsvinden op basis van het depositiesaldo van de saldogever. Hiervan zal onder meer sprake zijn als de vergunning van de saldogevende partij daadwerkelijk wordt ingetrokken. Als van intrekking geen sprake kan zijn – bijvoorbeeld omdat er net als in de voorliggende situatie sprake is van een melding – dan zal op een andere wijze gewaarborgd dienen te worden dat de activiteiten gestaakt worden, zoals de wijziging van de planologische situatie. Het enkel sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst zonder nadere waarborgen is in ieder geval niet voldoende.

Het voorgaande doet overigens niet af aan de plicht die op gedeputeerde staten rust op grond van de Habitatrichtlijn om te voldoen aan de voor Natura 2000-gebieden geformuleerde instandhoudingsdoelstellingen en om te voorkomen dat die beschermde natuur verslechtert (zie in dat kader **dit** eerdere bericht). Inzichtelijk zal dan ook dienen te worden gemaakt dat er naast de externe saldering ook nog andere maatregelen zijn waarmee voldaan kan worden aan die plicht. Voor zowel het bevoegde gezag als initiatiefnemers heeft externe saldering dan ook nogal wat voeten in de aarde. Met de voorliggende uitspraak biedt de Afdeling een extra handvat om de mitigerende maatregel succesvol in te zetten.

Gegevens uitspraak

ABRvS 26 oktober 2022, **ECLI:NL:RVS:2022:3074**

Zaaknummer: 202005343



Anne-Marie
Span



Exit bouwvrijstelling – stikstofdepositie moet (voorlopig) weer per project worden beoordeeld

De bouwvrijstelling mag van de **Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State** niet meer gebruikt worden om bouwactiviteiten toe te staan zonder stikstofbeoordeling. In dit blogbericht gaan wij in op de uitspraak en bespreken wij de consequenties daarvan.

Het **Porthos-project** moet voorzien in de opslag van CO² in lege gasvelden onder de Noordzee. De afvang en opslag van CO², afkomstig van de industrie, moet bijdragen aan het realiseren van de klimaatdoelstellingen voor CO²-reductie. Om dit mogelijk te maken hebben de ministers van EZK en BZK (hierna: “**ministers**”) in september 2021 een inpassingsplan vastgesteld. Verder heeft de minister van EZK (hierna: “**minister**”) aan N.V. Nederlandse Gasunie een omgevingsvergunning verleend voor het bouwen, het oprichten en in werking hebben van een compressorstation.

Bij de besluitvorming hebben de ministers voor de tijdelijke stikstofemissies afkomstig van de bouw gebruikt gemaakt van op artikel 2.9a van de Wet natuurbescherming (“**Wnb**”) en artikel 2.5 van het Besluit natuurbescherming (“**Bnb**”). Die regeling voorziet erin dat bij vergunningverlening met toepassing van artikel 2.7, lid 2 Wnb de stikstofdepositie als gevolg van bouwwerkzaamheden buiten beschouwing blijft. Mobilisation for the Environment (“**MOB**”) kwam in het geweer en voerde aan dat deze regeling onverbindend is, kort gezegd wegens strijd met de Habitatrichtlijn (“**Hrl**”).

De ministers en de initiatiefnemers hadden eerder het standpunt ingenomen dat de besluiten ontwikkelingen mogelijk maken die (wel) *kunnen leiden tot een toename van stikstofdepositie op al overbelaste stikstofgevoelige natuurwaarden in nabijgelegen Natura 2000-gebieden*. Zij gingen er vanuit dat niet op voorhand op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat een en ander significante gevolgen zal hebben voor die Natura 2000-gebieden. Er was dan ook een passende beoordeling opgesteld en een Wnb-aanvraag ingediend. Omdat ten tijde van de besluitvorming de bouwvrijstelling inmiddels een feit was – de regeling trad op

1 juli 2021 in werking – hebben betrokkenen die route laten varen. Bij de inpassingsplannen is een nieuwe effectbeoordeling gevoegd waarin gevolgen van stikstofdepositie als gevolg van het gebruik van aggregaten, pompen en rijdend en varend materieel buiten beschouwing blijven, zoals de wet toen ook voorschreef.

De bouwvrijstelling

De **onderbouwing** van de bouwvrijstelling in de wetsgeschiedenis vat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**Afdeling**”) als volgt samen (zie daarover uitvoeriger het **artikel** van Ypinga en Van der Loo in Bouwrecht). Bij activiteiten in de bouwfase van een project gaat het vaak om kleine, tijdelijke stikstofdeposities, die afgezet tegen het totaal beperkt bijdragen aan de stikstofbelasting. Berekeningen van stikstofemissies in de bouwfase laten met toepassing van een nauwkeurige AERIUS Calculator niettemin regelmatig een toename zien. Dat maakt – mede gelet op de bestaande overbelasting – een passende beoordeling nodig. Dat is niet effectief en vormt aanleiding voor een generieke beoordeling en een afzonderlijke regeling in het kader van de structurele aanpak van het stikstofprobleem. De structurele aanpak van stikstof voorziet in natuurmaatregelen, bronmaatregelen en aanvullende maatregelen, met bijbehorend budget. De stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door de bouwsector is daarmee niet van betekenis, aldus de regering.

Duiding van de vrijstelling

De Afdeling gaat eerst uitvoerig in op de juridische kwalificatie van de bouwvrijstelling in het licht van de systematiek van de Wnb en de Hrl. De wetsgeschiedenis is op dit punt niet helder en ook op zitting wordt een en ander blijkbaar niet helemaal duidelijk.

Mede aan de hand van wat de ministers ter zitting hebben verklaard, concludeert de Afdeling dat aan de bouwvrijstelling een 'generieke voortoets' ten grondslag is gelegd.

Daarbij heeft de wetgever op een hoger schaalniveau geconcludeerd dat *'op grond van objectieve gegevens met zekerheid is uitgesloten dat de stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door de aangewezen activiteiten van de bouwsector, afzonderlijk of in combinatie met andere projecten, significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden'* (ro. 27.6). De wetgever komt tot deze conclusie op grond van een beoordeling van de specifieke kenmerken van bouwactiviteiten in combinatie met een 'robuust en effectief maatregelenpakket om de stikstofuitstoot landelijk te verminderen en de natuur te verbeteren' (ro. 37.2). De bouwvrijstelling dekt ook bouwactiviteiten die individueel bezien wel significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden kunnen hebben (ro. 27.7). In dergelijke gevallen is dus sprake van een vrijstelling van de vergunningplicht.

Is sprake van het opknippen van een project?

Activiteiten in de bouwfase kunnen onderdeel vormen van een project in de zin van artikel 6 lid 3 Hrl (ro. 35.3). Daarmee komt de vraag op of de bouwvrijstelling leidt tot het opknippen van een project. In de PAS-uitspraak oordeelde de Afdeling dat het opknippen van één project in een vergunningvrij en een vergunningplichtig deel niet mogelijk is. Dat is bij de bouwvrijstelling niet het geval, aldus de Afdeling. De bouwvrijstelling leidt er volgens de Afdeling enkel toe dat bij de beantwoording van de vraag of voor een individueel project een natuurvergunning is vereist, geen rekening hoeft te worden gehouden met de stikstofdepositie die in de bouwfase wordt veroorzaakt omdat deze effecten al generiek zijn beoordeeld. Om die reden is geen sprake van het opknippen van een project (ro. 36.3).

De bouwvrijstelling kan in principe onbeperkt gebruikt worden. Er is echter geen worst case-benadering gevolgd

Is een regeling als de bouwvrijstelling toegestaan?

Hiervoor kwam aan de orde hoe de Afdeling de (onderbouwing van de) bouwvrijstelling duidt. De Afdeling beoordeelt vervolgens of deze benadering verenigbaar is met de Hrl (ro. 37 e.v.). Het voorzorgsbeginsel noopt ertoe dat een project dat mogelijk significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden kan hebben, nooit mag worden toegestaan zonder dat daaraan een generieke of individuele passende beoordeling ten grondslag ligt. De Afdeling gaat verder en oordeelt dat de beoordeling in een (generieke) voortoets of passende beoordeling niet op een hoger schaalniveau mag plaatsvinden als daarmee wordt voorbijgegaan aan de gevolgen voor individuele Natura 2000-gebieden. De Afdeling concludeert dat in dit geval *"een beoordeling op een hoger schaalniveau [is] uitgevoerd en is niet buiten twijfel dat significante effecten voor een of meer Natura 2000-gebieden kunnen optreden"* (ro. 37.5).

De Afdeling heeft *"gelet op het landelijke tekort aan woningen en gezien de noodzaak om klimaatmaatregelen uit te voeren en de energietransitie vorm te geven"* begrip voor de generieke beoordeling op een hoger schaalniveau die ten grondslag lag aan de bouwvrijstelling. De Afdeling vervolgt echter dat zij de vraag of de generieke voortoets op een hoger schaalniveau mocht plaatsvinden niet bevestigend kan beantwoorden. De Afdeling ziet evenmin aanleiding om deze vraag aan het Hof voor te leggen. Bepalend daarvoor is dat de Afdeling meent dat de generieke voortoets niet aantoonde dat het maatregelenpakket waarmee de bouwvrijstelling is onderbouwd, zo effectief en robuust is als de ministers stellen (ro. 37.8). Daar gaan wij hierna op in.

Beoordeling van de voortoets

De ministers hebben, zo overweegt de Afdeling allereerst, geen duidelijk inzicht gegeven in de omvang van de stikstofdepositie die kan worden veroorzaakt door bouwactiviteiten (ro. 38.7). De bouwvrijstelling kan in principe onbeperkt gebruikt worden. Er is echter geen worst case-benadering gevolgd. Dat had wel gemoeten om te voorkomen dat de stikstofdepositie onderschat zou kunnen worden, aldus de Afdeling.

De Afdeling wijdt daarna een groot aantal overwegingen aan het maatregelenpakket dat ten grondslag ligt aan de bouwvrijstelling (ro.'s 40 t/m 46). Volgens de ministers kwalificeren deze maatregelen als instandhoudings- en passende maatregelen (ro. 39). Samengevat acht de Afdeling het maatregelenpakket onvoldoende om als onderbouwing voor de bouwvrijstelling te dienen omdat de verwachte voordelen nog niet vaststonden ten tijde van de generieke voortoets. Deze maatregelen konden dus ook niet worden betrokken bij de bepaling van de stand van instandhouding van de natuurwaarden waarvoor een Natura 2000-gebied is aangewezen. Ook is onzeker of de maatregelen, als zij worden uitgevoerd, *"zo'n robuust en zeker resultaat hebben dat de*

stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door het gebruik van de bouwvrijstelling – op een hoger schaalniveau niet tot significante effecten leidt" (ro. 46).

Tot slot gaat de Afdeling in op de autonome ontwikkelingen waarvan de wetgever is uitgegaan bij de onderbouwing van de bouwvrijstelling. Deze ontwikkelingen zouden in 2030 in ieder geval leiden tot een afname van de stikstofdepositie van in totaal 120 mol/N/ha/jaar, aldus de ministers. De Afdeling laat dit punt buiten beschouwing omdat al is geconcludeerd dat de stikstof-depositiereductie die door het maatregelenpakket zou moeten worden bewerkstelligd, onvoldoende is onderbouwd (zie hiervoor) (ro. 47).

De uitspraak maakt het de bouwsector moeilijk, zoveel is duidelijk. Toch benadrukken wij dat de Porthos-uitspraak niet leidt of hoeft te leiden tot een algehele bouwstop

Eindconclusie en tussenuitspraak

Het voorgaande leidt ertoe dat de bouwvrijstelling is gebaseerd op een ontoereikende generieke voortoets. Artikel 2.9a Wnb en artikel 2.5 Bnb moeten wegens strijd met artikel 6 Hrl buiten toepassing worden gelaten (ro. 49). De bouwvrijstelling mag dus niet meer worden toegepast. De Afdeling benadrukt dat daarmee geen sprake is van een bouwstop. Het blijft mogelijk om voor een individueel plan of project een (projectspecifieke) voortoets en indien nodig een passende beoordeling uit te voeren.

Initiatiefnemers van het Porthos-project vangen bot met hun verzoek om de rechtsgevolgen in stand te laten. Dertien dagen voor de zitting hadden zij een nader onderzoeksrapport ingediend. Daaruit zou blijken dat het project ook zonder de bouwvrijstelling aan de eisen van de Wnb en Hrl voldeed. De Afdeling vond dat te laat voor alle partijen om gedegen op

te kunnen reageren en zag niet in waarom dat rapport niet eerder had kunnen worden ingebracht. Vandaar dat de Afdeling een 'extra ronde' inlast met deze tussenuitspraak. Het onderzoek wordt heropend: MOB krijgt de gelegenheid om binnen zes weken te reageren op het rapport. Wordt vervolgd, dus.

Geen verrassing

De uitspraak komt niet als een verrassing. De Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde in zijn **advies** om "de voorgestelde vrijstellingsregeling te schrappen en een vrijstellingsregeling op te nemen die verdedigd kan worden in het licht van een geloofwaardig en structureel pakket van maatregelen tot stikstofreductie". De **opvolging** van dit advies – een uiteenzetting in de **Memorie van toelichting** "waarom de emissies tijdens de bouwfase, gezien de bron- en natuurmaatregelen die in het programma zullen worden opgenomen, niet zullen kunnen afdoen aan het behalen van de landelijke instandhoudingsdoelstellingen" – heeft echter niet overtuigd. Ook in literatuur en blogs zijn de nodige vraagtekens geplaatst bij de juridische houdbaarheid (zie onder meer het **artikel** van Ypinga en Van der Loo in Bouwrecht, **Stibbeblog** en het **artikel** van Frins in Tijdschrift voor Bouwrecht).

Wat betekent dit voor andere projecten?

De uitspraak maakt het de bouwsector moeilijk, zoveel is duidelijk. Toch benadrukken wij dat de Porthos-uitspraak niet leidt of hoeft te leiden tot een algehele bouwstop. De uitspraak hoeft naar onze mening niet te raken aan de onder meer de volgende categorieën bouwactiviteiten:

- Bouwactiviteiten op locaties die niet zo nabij Natura-2000 gebieden liggen waardoor er sprake is van meetbare depositie (meer dan 0,00 mol/ha/jr) op die gebieden, of die bij Natura 2000-gebieden liggen waar de KDW niet wordt overschreden;
- Bouwactiviteiten die, onderbouwd door een AERIUS-berekening, niet leiden tot een toename van stikstofdepositie (al dan niet na salderen);
- Bouwactiviteiten die weliswaar leiden tot een tijdelijke toename, maar welke tijdelijke toename volgens een voortoets niet resulteert in mogelijk significante gevolgen – een tijdelijke toename van 3,13 respectievelijk 5,05 mol N/ha/jaar stond bijvoorbeeld niet in de weg aan het inpassingsplan voor de overnachtingshaven in Lobith (**ECLI:NL:RVS:2020:682**), een tijdelijke toename van 0,02 mol/ha/jaar niet in de weg aan een bestemmingsplan voor de realisering van een woning in Callantsoog (**ECLI:RVS:2020:1110**) en een tijdelijke toename van 0,05, 0,03 en 0,01 mol/ha/jaar wierp geen belemmering op voor een bestemmingsplan voor de reconstructie van een weg in Heiloo (**ECLI:NL:RVS:2022:1368**);

- Bouwactiviteiten die passend beoordeeld zijn, waarbij de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zullen worden aangetast (al dan niet na salderen);
- Bouwactiviteiten met het oog op projecten die een dwingende reden van groot openbaar belang dienen, waarvoor geen alternatieven zijn en mits compenserende maatregelen worden getroffen. Daarvan zijn voorbeelden beschikbaar, ook waar het stikstof betreft (zie bijvoorbeeld Blankenburgertunnel (**ECLI:NL:RVS:2018:2454**), en Kempenbaan West (**ECLI:NL:RVS:2019:2560**), in welk geval de toename van stikstof als gevolg van het project werd vertaald in de afname van oppervlak aan habitattypen in 30 jaar, waarvoor vervolgens compenserende maatregelen werden getroffen).

Vervolg

Voorgaande mogelijkheden zien op de korte termijn. Voor de langere termijn zou een meer generieke oplossing nog steeds voor de hand liggen. Het Hof van Justitie heeft al eerder **uitgesproken** dat een drempel- of grenswaarde voor stikstofdepositie juridisch mogelijk is. Gelet op de staat van de natuur en de langdurige overbelasting is de uitvoering daarvan op dit moment lastig. De regering zet wel in op maatregelen om de stikstofdepositie terug te dringen, zoals in de **Kamerbrief van 25 november 2022** uiteengezet. Ook wordt onderzocht hoe nieuwe bronmaatregelen kunnen resulteren in meer stikstofruimte in het stikstofregistratiesysteem, wat ook kan zorgen voor een eenvoudigere oplossing voor de bouw (zie over het SRSS ook '**Minister kondigt nieuwe aanpak aan voor een breder en strenger stikstofbeleid**'). De voortgang van de stikstofaanpak is cruciaal voor de verdere toestemmingverlening voor projecten.



Anna
Collignon



Jan
van Oosten



Liesbeth
Berkouwer



Wat wèl kan. Vuistregels voor een stikstof-proof bestemmingsplan of project

Plannen en projecten die stikstofdepositie tot gevolg hebben liggen al geruime tijd onder een vergrootglas. Na onder meer het **onverbindend verklaren van het PAS** en het **buiten toepassing laten van de bouwvrijstelling** dringt de vraag zich op of stikstofrelevante activiteiten nog wel kunnen doorgaan. Een **uitspraak** van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 december 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:3914) laat zien dat dit zo is. Het bestemmingsplan “Kustzone Petten 2020” leidt tot een permanente toename van 0,75 mol/ha/jr op stikstofoverbelaste gebieden en maar haalt toch de eindstreep. In dit blogbericht zetten we uiteen hoe dat kan en welke vuistregels gelden voor andere plannen en projecten.

Stikstof en plannen en projecten, de uitgangspunten

Het bestemmingsplan “Kustzone Petten 2020” leidt tot een permanente toename van 0,75 mol/ha/jr op stikstofoverbelaste gebieden maar haalt toch de eindstreep

Als een plan of een project ondanks eventueel **intern salderen** leidt tot een toename van de stikstofdepositie op reeds overbelaste stikstofgevoelige natuurwaarden in een Natura 2000-gebied, dan dienen de gevolgen van die toename te worden onderzocht. De overbelasting kan worden getoetst aan de hand van de per habitatype vastgestelde kritische depositiewaarden (KDW). Overschrijding van deze waarde betekent niet dat vaststaat dat een aantasting van de kwaliteit van een habitatype plaatsvindt, maar **uitsluitend dat de mogelijkheid van een aantasting niet zonder meer afwezig is**.

Als uit een voortoets volgt dat significante gevolgen niet op voorhand op grond van objectieve gegevens kunnen worden uitgesloten, dient een passende beoordeling te worden gemaakt. Als uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten, dan kan het plan worden vastgesteld zonder dat het in strijd is met de Wet natuurbescherming of kan een vergunning voor het project worden verleend. Voor die beoordeling moeten de gevolgen van de activiteit voor het Natura 2000-gebied worden onderzocht, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen die bij de aanwijzing van het Natura 2000-gebied zijn vastgesteld. Bij die beoordeling kan worden uitgegaan van de actuele staat van instandhouding van het gebied. Als uit de passende beoordeling niet de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten, kan het plan of project alsnog doorgaan als er geen alternatieven zijn, wel dwingende redenen van groot openbaar belang en er wordt gecompenseerd (de ADC-toets).

In de praktijk merken we dat sommige partijen menen dat in stikstofoverbelaste gebieden geen enkele toename meer is toegestaan van de stikstofdepositie. Ook Remkes zegt in zijn rapport “**Wat wel kan: Uit de impasse en een aanzet voor perspectief**” dat vergunningverlening pas weer mogelijk is nadat een fors dalende lijn in de neerslag van stikstof is ingezet en er een onomkeerbaar pad is ingeslagen. Dat zien wij anders, zoals ook toegelicht in eerdere blogberichten in **2019**, **2020** en **2022**. Daarvoor is het wel van belang dat een ecooloog beoordeelt of er inderdaad geen significant negatieve effecten zijn, aan de hand van de specifieke omstandigheden in het betreffende Natura 2000-gebied.

In de praktijk merken we dat sommige partijen menen dat in stikstofoverbelaste gebieden geen enkele toename meer is toegestaan van de stikstofdepositie. Ook Remkes zegt in zijn rapport “**Wat wel kan: Uit de impasse en een aanzet voor perspectief**” dat vergunningverlening pas weer mogelijk is nadat een fors dalende lijn in de neerslag van stikstof is ingezet en er een onomkeerbaar pad is ingeslagen. Dat zien wij anders, zoals ook toegelicht in eerdere blogberichten in **2019**, **2020** en **2022**. Daarvoor is het wel van belang dat een ecooloog beoordeelt of er inderdaad geen significant negatieve effecten zijn, aan de hand van de specifieke omstandigheden in het betreffende Natura 2000-gebied.

Het bestemmingsplan “Kustzone Petten 2020”

Voor het bestemmingsplan “Kustzone Petten 2020” was aanvankelijk een passende beoordeling opgesteld die onvoldoende informatie bevatte om de conclusie te dragen dat de natuurlijke kenmerken van het betreffende Natura 2000-gebied niet worden aangetast. Hangende de beroepsprocedure is in nadere onderzoeken alsnog de staat van instandhouding onderbouwd, wat voor de Afdeling voldoende was om op basis van die nadere onderzoeksresultaten de rechtsgevolgen van het plan in stand te laten. Kortom, het plan heeft de eindstreep gehaald.

Wij zien de volgende belangrijke elementen in de uitspraak, die ook kunnen worden gebruikt voor het realiseren van andere activiteiten:

- Anders dan appellanten menen, zijn de in de passende beoordeling beschreven beheermaatregelen (die kwalificeren als **instandhoudingsmaatregelen of passende maatregelen**) niet als mitigerende maatregel ingezet, wat inderdaad niet zou mogen. Wel zijn de beheermaatregelen betrokken bij de beoordeling van de staat van instandhouding van het gebied. Dat mag, omdat de verwachte voordelen van die uitgevoerde maatregelen op dat moment vaststaan. Er was namelijk sprake van de continuering van al uitgevoerde, bestaande en in uitvoering zijnde maatregelen (r.o. 26.3-26.5).
- Autonome ontwikkelingen zijn wel in de passende beoordeling beschreven en meegenomen bij het bepalen van de staat van instandhouding, maar anders dan appellanten stellen is er geen sprake van de niet-toegestane weging van de positieve gevolgen van autonome ontwikkelingen ten opzichte van de negatieve effecten van het plan (r.o. 27.1-27.2).
- Er is sprake van een zeer uitgebreide en toegespitste ecologische beoordeling. Er zijn veldbezoeken uitgevoerd en vervolgens is er een vegetatie- en florakartering gemaakt (NB: het is volgens de Afdeling geen verplichting om nieuwe karteringen te maken voor een passende beoordeling, maar het kan wel een van de middelen zijn om bevindingen goed te documenteren en navolgbaar te maken, zie r.o. 30.2). Op basis daarvan is een rapport over de actuele kwaliteit van de habitattypen opgesteld. Dit rapport bevat de vertaalslag van de vegetatie- en florakarteringen naar de staat van instandhouding van de habitattypen. Hierop is een "peer review" uitgevoerd. Uit de onderzoeken volgt dat de feitelijke conditie van de verschillende habitattypen beter is dan volgt uit de bestaande vegetatiekarteringen (gebaseerd op de situatie in 2004) (r.o. 29.2).
- In de passende beoordeling is voor de habitattypen waarvoor dit plan tot een toename van de stikstofdepositie leidt en waarbij sprake is van een bestaande overschrijding van de KDW met een ecologische systeemanalyse onderzocht of de berekende toenames zullen leiden tot aantasting van areaal en kwaliteit. Voor die habitattypen concludeert de passende beoordeling dat deze habitattypen zich niet alleen hebben gehandhaafd, maar soms ook zijn uitgebreid of in kwaliteit zijn verbeterd sinds de laatste integrale vegetatiekartering in 2004. Op basis hiervan wordt geconcludeerd dat de relatief beperkte overschrijdingen van de KDW's, de natuurlijke dynamiek in het gebied en het gevoerde beheer (waaronder begrazing) hebben voorkomen dat stikstof een nadelige invloed heeft gehad op deze habitattypen. Het is – gezien de huidige kwaliteit van de habitattypen – volgens de passende beoordeling uitgesloten dat door de geringe bijdrage aan de stikstofdepositie vanwege de ontwikkelingen die het bestemmingsplan mogelijk maakt, een afname van de kwaliteit van deze habitattypen optreedt (r.o. 28).
- Het is niet vereist dat de habitattypen die gevolgen van het plan ondervinden zich in een goede staat van instandhouding bevinden. Vast moet staan dat de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied als gevolg van het plan niet worden aangetast. Dat betekent niet dat een plan positieve effecten moet hebben op de instandhoudingsdoelstellingen alvorens dat plan kan worden vastgesteld (r.o. 31.2).
- De Afdeling oordeelt dat niet vereist is dat in een passende beoordeling wordt onderzocht wat de oorzaken zijn van de staat van instandhouding van een betrokken Natura 2000-gebied. De gevolgen van het plan voor het Natura 2000-gebied moeten worden onderzocht, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen. Bij de beoordeling van de gevolgen van het plan kan worden uitgegaan van de actuele staat van instandhouding van het gebied en is een trendanalyse niet vereist (r.o. 32.1).
- De passende beoordeling is gebaseerd op een actuele ecologische beoordeling. Dat de beoordeling van de staat van instandhouding van de verschillende habitattypen een andere is dan die in het beheerplan is gemaakt, betekent op zichzelf niet dat de ecologische beoordeling niet juist kan zijn (r.o. 33.1).

Het gaat niet altijd goed

Op dezelfde dag heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in de zaak met kenmerk **ECLI: NL:RVS:2022:3910** twee andere bestemmingsplanen (beide voor een deel van het tracé voor de N65) vernietigd vanwege gebreken in het stikstofonderzoek. Ook in die zaak was hangende beroep een nadere ecologische beoordeling ingediend, omdat de raad bij nader inzien meende dat niet kon worden volstaan met een voortoets maar een passende beoordeling nodig was. Wij menen dat de volgende elementen van belang zijn voor de conclusie dat de passende beoordeling niet voldoet:

Het is niet vereist dat de habitattypen die gevolgen van het plan ondervinden zich in een goede staat van instandhouding bevinden

- In de passende beoordeling is een mitigerende maatregel betrokken: het weren van niet-bestemmingsverkeer op de sluiptwegen. Het was echter niet verzekerd dat de maatregel daadwerkelijk getroffen zou worden. Er was bijvoorbeeld nog geen verkeersbesluit genomen, of een voorwaardelijke verplichting in de planregels opgenomen. Ten tijde van de passende beoordeling is dus niet gegarandeerd dat de maatregelen resultaat hebben voordat de plannen negatieve gevolgen zullen hebben, wat wel een vereiste is (r.o. 118.5).



Meer maatwerk bij de NOW-vaststelling: het UWV moet een belangenafweging maken als het de subsidie lager wil vaststellen

Eind 2021 deed de rechtbank Zeeland-West-Brabant een interessante **uitspraak** over een NOW-subsidievaststellingsbesluit. In haar uitspraak oordeelt de rechtbank dat het UWV de subsidie niet zonder meer lager kan vaststellen op grond van bepalingen in de NOW, maar hiervoor een belangenafweging moet plaatsvinden, zoals voorgeschreven in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze uitspraak maakt de weg vrij voor meer maatwerk in de vaststellingsbesluiten rondom de NOW.

Achtergrond

De werkgever heeft in januari 2020 een stagiaire in dienst gehad. Januari 2020 is de referentiemaand voor de loonsom onder de NOW-1. Is de loonsom lager in de subsidieperiode ten opzichte van de referentieloonsom in januari 2020, dan wordt de subsidie lager vastgesteld op grond van de formule in artikel 7 lid 2 NOW-1. Deze formule is bewust in de NOW-1 opgenomen als stimulans om werknemers in dienst te houden. De stagiaire is eind januari 2020 bij de werkgever uit dienst getreden, waardoor zij niet meer in dienst was tijdens de subsidieperiode en de loonsom is verlaagd. De NOW-subsidie wordt door het UWV vastgesteld op € 110, waardoor de werkgever € 1.321 aan voorschot moet terugbetalen. De lagere vaststelling is het gevolg van zowel een lagere omzetsdaling (dan bij de subsidieaanvraag werd verwacht) als het feit dat de loonsom is verlaagd door het vertrek van de stagiaire. In beroep stelt de werkgever dat de stagiaire zelf is weggegaan. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (het UWV neemt de subsidiebesluiten namens de minister) stelt zich echter op het standpunt dat artikel 7 lid 2 NOW-1 een dwingende bepaling betreft die voorschrijft dat de subsidie in dit geval lager moet worden vastgesteld. Bovendien volgt ook uit artikel 13 NOW-1 (het artikel over de subsidieverplichtingen) dat de werkgever verplicht is de loonsom zoveel mogelijk gelijk te houden.

Oordeel rechtbank

De rechtbank gaat uitgebreid in op de vraag of de NOW-subsidie terecht lager is vastgesteld. De rechtbank benadrukt dat voor de lagere vaststelling niet alleen de NOW-1 van belang is maar ook artikel 4:46 lid 2 Awb. In dit artikellid zijn vier (limitatieve) gronden voor het lager vaststellen van een subsidie opgenomen. De minister meent dat de subsidie in dit geval lager kon worden vastgesteld op grond van (i) artikel 4:46 lid 2 onder b Awb (waaruit volgt dat de subsidie lager kan worden vastgesteld indien niet aan de subsidieverplichtingen is voldaan) en (ii) artikel 4:46 lid 2 onder d (waaruit volgt dat de subsidie lager kan worden vastgesteld indien de subsidieverlening onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten).

Deze uitspraak maakt de weg vrij voor meer maatwerk in de vaststellingsbesluiten rondom de NOW

(i) Lagere subsidievaststelling vanwege het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen

De subsidieverplichtingen onder de NOW-1 zijn (onder andere) opgenomen in artikel 13. Hierin is opgenomen dat de werkgever verplicht is om de loonsom zoveel mogelijk gelijk te houden. De rechtbank oordeelt dat deze verplichting is geformuleerd als een inspanningsverplichting. De werkgever moet volgens de rechtbank de loonsom gelijk houden, voor zover dat binnen zijn mogelijkheden ligt. Volgens de rechtbank had de werkgever in dit geval geen invloed op het gelijk houden van de loonsom, omdat de stagiaire zelf is weggegaan. De inspanningsverplichting strekt bovendien niet zo ver dat de werkgever in een periode waarin minder omzet wordt gedraaid, nieuw personeel moet aannemen, aldus de rechtbank. Het oordeel dat de verplichting om de loonsom gelijk te houden een inspanningsverplichting betreft, is opvallend. In de jurisprudentie over de NOW tot nu toe (die met name ziet op de subsidieverlening) laat de bestuursrechter weinig ruimte voor discussie over de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de NOW-subsidie. Uit deze uitspraak volgt dat de bestuursrechter minder streng is ten aanzien van bepaalde subsidieverplichtingen. Door een subsidieverplichting aan te merken als inspanningsverplichting, ontstaat er meer ruimte voor discussie over de vraag wanneer aan die verplichting is voldaan. Wij vragen ons af of dit oordeel ook opgaat voor andere subsidieverplichtingen in de NOW. Het is overigens interessant dat de rechtbank verder niet ingaat op artikel 7 lid 2 NOW-1. Zoals hiervoor besproken, is de verplichting om de loonsom gelijk te houden, naast de expliciete vermelding in artikel 13 NOW-1, ook opgenomen in de formule in artikel 7 lid 2 NOW-1: in het geval de loonsom is verlaagd ten opzichte van de referentieloonsom,

wordt ook het subsidiebedrag verlaagd. De rechtbank gaat hier niet op in, maar wij maken uit (het vervolg van) de uitspraak op dat de rechtbank van oordeel is dat ook de formule in artikel 7 lid-2 NOW-1 niet zonder meer kan worden toegepast, maar artikel 4:46 lid 2 Awb voor gaat.

(ii) Lagere subsidievaststelling omdat de subsidieverlening onjuist was

De rechtbank oordeelt dat de subsidie niet lager kan worden vastgesteld op grond van het feit dat niet aan de subsidieverplichting is voldaan, omdat dit buiten de invloedssfeer van de werkgever valt. Wel oordeelt de rechtbank dat het UWV de subsidie lager kan vaststellen op grond van artikel 4:46 lid 2 onder d Awb: de subsidie kan lager dan bij verlening worden vastgesteld indien de subsidieverlening onjuist was en de subsidieontvanger dit wist of behoorde te weten. Bij de aanvraag wordt de subsidieverlening onder de NOW-1 vastgesteld op basis van een verwachting, zoals de verwachte omzetzijding. Dit is een onzekere factor omdat bij de subsidievaststelling sprake kan zijn van een andere omzetzijding dan verwacht. Werkgevers dienen er dus rekening mee te houden dat de subsidie lager kan worden vastgesteld.

Belangenafweging

Interessant is dat de rechtbank vervolgens oordeelt dat de bevoegdheid om een subsidie lager vast te stellen, op grond van artikel 4:46 lid 2 Awb, een discretionaire bevoegdheid betreft. Dit betekent dat het UWV beslissingsruimte heeft bij het toepassen van dit artikel. Het UWV kan de subsidie lager vaststellen, maar is dit niet verplicht. Er is in dit geval ruimte voor het maken van een belangenafweging, aldus de rechtbank. De minister erkent dit, maar benadrukt dat er intern beleid is voor de gevallen waarin de subsidie – in afwijking van de NOW – niet lager wordt vastgesteld. Dit is het geval indien de referentieloonsum niet representatief is door bijvoorbeeld de uitbetaling van bonussen in de referentiemaand januari 2020 (zie onze **short read** bij de **uitspraak** van 15 november 2021 waarin dit beleid wordt besproken). In deze uitspraak oordeelt de rechtbank dat de interne werkwijze onvoldoende recht doet aan individuele gevallen. Volgens de rechtbank zou deze gedragslijn er feitelijk op neer komen dat er geen belangenafweging plaatsvindt in alle gevallen waarbij een lagere loonsum in de subsidieperiode niet wordt veroorzaakt door extra beloningen in het loon over januari 2020. Dit is volgens de rechtbank niet in overeenstemming met de Awb. Dat is een interessante overweging, waaruit volgt dat de minister niet enkel kan verwijzen naar interne werkwijzen die bepalen hoe het UWV in bezwaar moet handelen, maar dat in alle gevallen een individuele belangenafweging moet plaatsvinden.

De tendens naar meer maatwerk binnen de bestuursrechtelijke jurisprudentie is hierin goed terug te zien

De rechtbank gaat zelf over tot die belangenafweging en oordeelt dat het belang van de werkgever, het ontvangen van de NOW-subsidie conform het bedrag bij de subsidieverlening, zwaarder weegt dan het belang van de minister, het uitvoerbaar houden van de regeling. Het is voor het UWV immers eenvoudig om een nieuwe berekening te maken. Bovendien speelt de noodzaak van een snelle en eenvoudige beoordeling minder bij de subsidievaststelling dan bij de subsidieverlening, mede door de ruime beslistermijn die het UWV voor de subsidievaststelling heeft. Deze overweging zagen wij ook terug in de hiervoor aangehaalde **uitspraak** van de rechtbank Limburg, de eerste uitspraak waarin de bestuursrechter oordeelt dat het UWV van de NOW moet afwijken. De bestuursrechter baseerde dat oordeel onder andere op de interne werkwijze van het UWV en een 'redelijke

toepassing' van artikel 7 NOW-1. De rechtbank Zeeland-West-Brabant gaat nog een stap verder met haar oordeel dat altijd een individuele belangenafweging dient plaats te vinden als het UWV de subsidie lager wil vaststellen, onder verwijzing naar artikel 4:46 lid 2 Awb. Naar aanleiding van de belangenafweging besluit de rechtbank om zelf in de zaak te voorzien, en aan de hand van een nieuwe berekening de subsidie vast te stellen op € 739 (dat dit bedrag lager is dan het bedrag bij subsidieverlening, is het gevolg van een lagere omzetzijding).

Betekenis van de uitspraak voor de rechtspraak over vaststellingsbesluiten: meer maatwerk mogelijk

Hoewel de uitspraak slechts draait om een klein subsidiebedrag, is de betekenis van de uitspraak naar onze mening groot. De bestuursrechter is kritisch op de wijze waarop strikte bepalingen in de NOW worden toegepast en oordeelt dat dit afwijkt van de Awb. Wil het UWV de subsidie onder de NOW lager vaststellen, dan moet dit op een van de gronden van artikel 4:46 lid 2 Awb, waarbij een belangenafweging moet worden gemaakt. Dit oordeel is daarmee ook relevant voor andere situaties waarin het UWV de subsidie lager wil vaststellen, bijvoorbeeld in het geval niet in lijn met het bonus- en dividendverbod is gehandeld. Wij menen het UWV ook in die gevallen eerst een belangenafweging moeten maken (en de subsidie niet zonder meer op nihil kan

vaststellen). Dit biedt werkgevers ruimte voor discussie met het UWV. Bovendien oordeelt de rechtbank dat een van de subsidie-verplichtingen in de NOW een inspanningsverplichting is, waarbij omstandigheden die buiten de invloedssfeer van de werkgever vallen niet meewegen. De tendens naar meer maatwerk binnen de bestuursrechtelijke jurisprudentie is hierin goed terug te zien. De uitspraak is naar onze mening een welkome uitspraak die bevestigt dat de bestuursrechter een minder strenge lijn inzet in de jurisprudentie rondom vaststellingsbesluiten onder de NOW (ten opzichte van de jurisprudentie rondom verleningsbesluiten). Dit wordt bevestigd in een recentere **uitspraak** van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 14 januari 2022, waarin de bestuursrechter ook overgaat tot een belangenafweging.

Stibbe website over de NOW

De ontwikkelingen rondom de NOW-subsidie volgen elkaar in een snel tempo op en blijven door de aanhoudende coronacrisis zeer actueel. Daarom heeft het Stibbe NOW-team een speciale website over de NOW opgezet. Op deze website houdt dit team onder andere literatuur, rechtspraak, regelgeving en nieuwsberichten over de NOW bij. Daarnaast vindt u hier de belangrijkste parlementaire documentatie inzake de NOW. Ook staan op deze website onze short reads met een juridische duiding van de NOW-ontwikkelingen. Kortom, met onze website biedt het Stibbe NOW team u een up-to-date overzicht van de ontwikkelingen en inzicht in de juridische betekenis hiervan.

- Ga naar onze NOW-website www.stibbe-now.nl



Jan Reinier
van Angeren



Sandra
Putting



Emissie-eisen

Afdeling oordeelt: geen algemene plicht tot nul-emissie van zeer zorgwekkende stof PFOS bij watervergunning voor lozing

Recent oordeelde de Afdeling dat er bij de watervergunning voor lozingen geen algemene plicht is voor nul-emissies van zeer zorgwekkende stoffen (ZZS). De beste beschikbare technieken (BBT) bij een lozing eisen ook geen nul-emissie van ZZS voor alle lozingen. Dit is voor zover wij weten de eerste uitspraak waarin de Afdeling dit expliciet overweegt. Wij lichten deze uitspraak hierna uitgebreider toe.

In de procedure waar deze **uitspraak** over ging werd een watervergunning verleend aan Schiphol Nederland B.V. ('Schiphol') om PFOS-houdend water te lozen op een oppervlaktewater. PFOS is een ZZS. Het college van dijkgraaf en hoogheemraden van het Hoogheemraadschap van Rijnland ('hoogheemraadschap') had beperkingen gesteld aan het gehalte PFOS en aan de hoeveelheid afvalwater die geloosd mocht worden, maar een aantal appellanten, waaronder Chipshol IV B.V. ('Chipshol') vond deze beperkingen niet genoeg. Volgens Chipshol e.a. mocht er géén PFOS in het afvalwater zitten. Het bevoegd gezag had volgens Chipshol e.a. deze zogenoemde 'nul-emissie' met een vergunningvoorschrift moeten vastleggen.

Volgens de Afdeling hoefde het bevoegd gezag niet een nul-emissie te eisen. De Afdeling concludeert dat uit de door Chipshol e.a. aangehaalde rapporten geen plicht tot een nul-emissie valt af te leiden. Verder hebben Chipshol e.a. ook niet kunnen onderbouwen wat de juridische basis zou zijn voor deze plicht tot een nul-emissie.

De beste beschikbare technieken eisen ook niet noodzakelijk een nul-emissie. Op grond van artikelen 6.26 lid 1 aanhef en onder a Waterwet en 2.14 lid 1 aanhef en onder c Wabo moet het bevoegd gezag bij het verlenen van de Watervergunning in acht nemen dat BBT worden toegepast. De Afdeling overweegt dat onder BBT moeten worden verstaan de meest doeltreffende technieken om emissies te voorkomen of te beperken, die economisch en technisch haalbaar zijn in de bedrijfstak waartoe het betrokken bedrijf behoort. Dat betekent dat bij de

toepassing van BBT rekening gehouden mag worden met de kosten en baten van een techniek. Een lozingseis mag met andere woorden worden afgestemd op een kosteneffectieve BBT.

Voor lozingen zijn de relevante BBT beschreven in de BBT-informatiedocumenten Algemene Beoordelingsmethodiek 2016, het Handboek Immissietoets 2019 en de nota Lozingseisen Wvo-vergunningen (2005). Volgens de Afdeling waren de lozingseisen uit de vergunning in lijn met die BBT-informatiedocumenten. Het hoogheemraadschap had meerdere eisen gesteld ter beperking van ZZS-emissies, en volgens de Afdeling had het hoogheemraadschap daarmee de BBT voldoende in acht genomen. De plicht om BBT toe te passen betekent niet dat er altijd een nul-emissie moet worden geëist.

Voor zover ons bekend is dit de eerste uitspraak van de Afdeling over nul-emissies van ZZS bij lozingen. Eerder deden rechtbanken vergelijkbare uitspraken. De rechtbank Noord-Nederland **oordeelde** in 2019 dat een vergunningvoorschrift waarbij (te) lage ZZS-emissies in een lozing werden geëist niet naleefbaar was en voor vernietiging in aanmerking kwam. De rechtbank Gelderland **oordeelde** in 2019 dat onder het Besluit lozen buiten inrichtingen geen absoluut lozingsverbod voor ZZS geldt.

Deze uitspraak laat volgens ons zien dat bij vergunningen voor lozingen van ZZS getoetst moet worden aan de BBT. Daarbij is niet vereist dat er geen enkele ZZS wordt geloosd. Vereist is dat de toepasselijke BBT in acht worden genomen.



Bram
Schmidt



Valérie
van 't Lam



Derde update FAQ Didam-arrest

Inmiddels dateert het Didam-arrest van één jaar geleden. Naast de eerder in onze blogs besproken uitspraken van **18 maart 2022 van de rechtbank Midden-Nederland** en **van 22 juni 2022 van de rechtbank Gelderland, de door het ministerie van BZK opgestelde factsheet** van 10 januari 2022, en de **brief van minister De Jonge van 24 juni 2022**, zijn in de afgelopen maanden verschillende uitspraken van rechtbanken gepubliceerd waarin verdere inkleuring wordt gegeven aan het Didam-arrest. In deze blog bespreken wij een aantal recente uitspraken. Wij wijzen erop dat het steeds gaat om het oordeel van lagere rechters en dat in toekomstige rechtspraak anders kan worden geoordeeld.

1. Uitspraak rechtbank Oost-Brabant van 8 juli 2022

In het **kort geding vonnis van 8 juli 2022** ging de rechtbank Oost-Brabant in op een beoogde grondruil tussen enerzijds de provincie Noord-Brabant en de gemeente Bergeijk ("**Provincie c.s.**") en anderzijds enkele private grondeigenaren. Teneinde natuurdoelen te bereiken, hadden Provincies c.s. gezocht naar eigenaren die bereid waren percelen gelegen in natuurgebieden, al dan niet via grondruil, over te dragen. Sinds medio 2017 hadden de Provincie c.s. en een maatschap gesprekken gevoerd over een mogelijke grondruil. Uiteindelijk zijn in 2020 de onderhandelingen definitief afgebroken.

Vervolgens hadden Provincies c.s. met een derde overeenstemming bereikt over de uitruil van gronden en de daaraan verbonden voorwaarden. Naar aanleiding van het Didam-arrest werd door Provincies c.s. de voorgenomen grondruil bekendgemaakt in het Provincieblad. Volgend op dit besluit had de maatschap een procedure aanhangig gemaakt, waarin zij vorderde de Provincie c.s. te verbieden de beoogde overeenkomsten te sluiten met de derde.

De voorzieningenrechter overweegt dat er geen redenen van juridisch-dogmatische aard bestaan om aan te nemen dat een grondruiltransactie niet onder de werking van de in het Didam-arrest gegeven regel kan vallen. Naar oordeel van de voorzieningenrechter hebben de Provincie c.s. ruimte geboden aan potentiële gegadigden om mee te dingen. Vanwege de eerder gevoerde onderhandelingen met de maatschap, overweegt de voorzieningenrechter dat de Provincie c.s. op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria genoegzaam heeft gemotiveerd dat de derde de enige serieuze kandidaat is voor de percelen.

Tot slot nog een opvallende overweging van de voorzieningenrechter: de belangen van de derde, die geconfronteerd wordt met een nieuwe, onvoorziene juridische werkelijkheid door het Didam-arrest nádat zij met Provincie c.s. bindende afspraken heeft gemaakt, worden 'evident' geacht. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter mag een derde er op vertrou-

wen dat de overheid haar afspraken nakomt en dat bij een nadien optredende wijziging van het toepasselijke juridische regime verworven rechten worden gerespecteerd.

2. Arrest hof Arnhem-Leeuwarden van 26 juli 2022

Deze procedure gaat over de verkoop door de gemeente Oldambt van een stuk onbebouwde grond. In hoger beroep vorderde appellant dat de gemeente werd veroordeeld tot nakoming van de beweerdelijk met appellant gesloten koopovereenkomst. De gemeente betwistte dat dit het geval zou zijn. Bovendien stelde de gemeente dat zij de grond reeds aan een derde heeft verkocht.

Destijds had de gemeente omwonenden geïnformeerd over haar voornemen het perceel te gaan verkopen. Vervolgens was door de gemeente een overleg georganiseerd waarbij belangstellenden een bod op het perceel konden indienen. Tijdens dit overleg hadden omwonenden de voorkeur uitgesproken dat het perceel zou worden verkocht aan appellant. Desalniettemin had de gemeente het perceel aan een derde verkocht, welke niet bij het overleg aanwezig was.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter mag een derde er op vertrouwen dat de overheid haar afspraken nakomt en dat bij een nadien optredende wijziging van het toepasselijke juridische regime verworven rechten worden gerespecteerd

Het Hof volgt appellant niet in zijn standpunt dat na het overleg met de gemeente de koop met hem 'rond' was en dat er een koopovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. Voor appellant was het immers duidelijk dat er eerst overleg moest plaatsvinden tussen de gemeente en de derde, alvorens de gemeente een keuze kon maken. Voorts stelt appellant dat de gemeente haar bevoegdheid om de grond te verkopen, heeft uitgeoefend in strijd met de algemene maatregelen van bestuur. Ook hier gaat het Hof niet in mee. Het gelijkheidsbeginsel strekt in deze context tot het bieden van gelijke kansen aan omwonenden, waaronder het bieden van ruimte om mee te dingen naar het perceel. Daarbij zou de gemeente met inachtneming van de haar toekomstige beleidsruimte objectieve, toetsbare en redelijke criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper zou worden geselecteerd. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook met zich dat de gemeente een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van het perceel, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria.

Het Hof concludeert dat de gemeente heeft gehandeld binnen de grenzen van de beleidsvrijheid die de gemeente bij de verkoop van gronden heeft. Zij heeft in dit geval in redelijkheid tot de verkoop aan de andere partij kunnen besluiten. Het enkele feit dat appellant bereid was de vraagprijs te betalen en het feit dat omwonenden de voorkeur gaven aan verkoop aan appellant, verplicht de gemeente er niet toe het perceel aan hem te verkopen. De gemeente is hierover voldoende transparant geweest. Dit oordeel is op zich opvallend te noemen, omdat te de door de gemeente gehouden procedure niet heel veel weg leek te hebben van een 'selectieprocedure' als bedoeld in het Didam-arrest.

3. Uitspraak rechtbank Noord-Holland van 4 augustus 2022

Aannemelijk is dat een bodemrechter zal oordelen dat de gemeente de zittende huurders redelijkerwijs als de enige serieuze gegadigde mocht aanmerken

De gemeente Beverwijk verhuurde delen van het strand bij Wijk aan Zee aan ondernemingen ("Exploitanten") ten behoeve van de exploitatie van strandpaviljoens en het plaatsen van strandhuisjes. De huurovereenkomsten zouden op 1 januari 2022 aflopen, maar Exploitanten hadden medio 2019 de gemeente verzocht om verlenging van de looptijd van de lopende huurovereenkomsten. Ook eiseres had meermaals haar interesse voor de exploitatie van een deel aan het strand aan de gemeente kenbaar gemaakt. Ondanks de getoonde interesse had de gemeente op 15 augustus 2021 een addendum gesloten met Exploitanten, waarin was opgenomen dat de looptijd van de huurovereenkomsten werden verlengd met 10 jaar en dat Exploitanten na afloop een mogelijkheid tot verlenging kregen. Eiseres **spande een kort geding aan** en vorderde de gemeente te gebieden de huurovereenkomst te beëindigen en een selectieprocedure te organiseren zoals bedoeld in het Didam-arrest.

In geschil was of, en zo ja, in hoeverre, de handelswijze van de gemeente in het kader van de verlenging van de huurovereenkomsten kon worden getoetst aan de eisen die volgen uit het Didam-arrest. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het, nog afgezien van de vraag of de in het Didam-arrest geformuleerde criteria in huursituaties van toepassing zijn, voorshands niet aannemelijk dat een bodemrechter de vorderingen van eiseres zal toewijzen. Aannemelijk is dat een bodemrechter zal oordelen dat de gemeente de zittende huurders redelijkerwijs als de enige serieuze gegadigde mocht aanmerken. De door Exploitanten onbetwist gedane investeringen in het strand vormen een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente hen een voorrangspositie heeft kunnen geven. Voorgaande geldt des te meer omdat ook nog eens zou moeten worden geoordeeld dat de Exploitanten huurbescherming toekwam op grond van artikel 7:290 e.v. BW, hetgeen in onderhavig kort geding bij gebreke van een afgerond debat daarover niet kan worden vastgesteld.

De voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat hooguit kan worden geoordeeld dat de gemeente niet heeft voldaan aan haar in het Didam-arrest geformuleerde plicht haar voornemen tot het verlengen van de huurovereenkomsten te publiceren. Omdat het Didam-arrest op het moment van het verlengen van de huurovereenkomsten nog niet was gewezen, kan dit de gemeente niet worden verweten.

4. Uitspraak rechtbank Midden-Nederland van 22 augustus 2022

Op **22 augustus 2022 heeft de Rechtbank Midden-Nederland** zich uitgelaten over de vraag of de gemeente Almere uitvoering mocht geven aan een één-op-één verkoop van grond aan een woningcorporatie.

Samen met woningbouwcorporatie Ymere had de gemeente een plan opgesteld voor de realisatie van sociale huurwoningen. Dit plan zou onder meer worden gerealiseerd op een perceel van de gemeente dat specifiek was aangewezen voor sociale wo-

ningbouw. Begin 2022 had de eigenares van de naastgelegen supermarkt zich bij de gemeente gemeld als gegadigde voor de verwerving van het perceel. De gemeente stelde zich op het standpunt dat Ymere in haar hoedanigheid van woningcorporatie als enige serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop van het perceel. Eiseres startte een kort geding en vorderde onder meer de gemeente te verbieden het perceel te verkopen zonder het doorlopen van een openbare selectieprocedure.

De voorzieningenrechter overweegt dat nu de gemeente zich beroept op de uitzondering uit het Didam-arrest, de vraag is of vaststaat dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat sprake is van slechts één serieuze gegadigde. Ook is het de vraag of de gemeente dit voldoende heeft gemotiveerd. De voorzieningenrechter beantwoordt de vragen bevestigend. Uit de publicatie op haar website blijkt dat de gemeente de aard van de beoogde ontwikkeling op het perceel (overwegend sociale huurwoningen), de realisatie van haar woonbeleid (voorzien in de behoefte van sociale en betaalbare huurwoningen) en de waarborgen die een woningcorporatie in dat kader biedt (voortvloeiend uit de Woningwet) als doorslaggevend heeft geoordeeld bij de selectie van een woningcorporatie. Het criterium of een gegadigde een woningcorporatie is, is objectief bepaalbaar en toetsbaar. Ook betreft het een redelijk criterium, gelet op het belang van volkshuisvesting. De gemeente heeft een en ander in haar publicatie medio 2022 ook voldoende gemotiveerd door te benoemen dat er voor haar ten opzichte van Ymere een aanbiedingsverplichting geldt uit hoofde van eerder gemaakte afspraken. De gemeente heeft haar voornemen tot verkoop tevens op de juiste wijze en tijdig bekendgemaakt.

Tot slot overweegt de voorzieningenrechter dat uit het Didam-arrest niet volgt dat de gemeente de volledige inhoud van eerder met Ymere gemaakte afspraken over het perceel hoeft te publiceren.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente een beroep toekomt op de uitzondering op de verplichting tot het doorlopen van een selectieprocedure

5. Uitspraak rechtbank Overijssel van 14 september 2022

De uitspraak van de **rechtbank Overijssel van 14 september 2022** gaat over een voorgenomen grondruil door de provincie Overijssel. De provincie had op 30 juni 2022 haar voornemen bekend gemaakt percelen te verkopen aan een betrokkene, middels grondruil ter voorkoming van onteigening.

Eiser wenste ook in aanmerking te komen voor de aankoop van enkele percelen van de provincie. Hij meende onder meer dat de provincie in strijd zou hebben gehandeld met het gelijkheidsbeginsel en het Didam-arrest door criteria te hanteren die zijn toegeschreven aan één specifieke gegadigde met als doel te komen tot een bij voorbaat vaststaande 'serieuze' gegadigde aan wie de gronden worden verkocht.

De voorzieningenrechter overweegt dat het overheidslichaam criteria mag stellen aan de (potentiele) koper en in zoverre de kring van potentiële gegadigden op voorhand kan afbaken. De door de Provincie gehanteerde criteria, namelijk (1) grondruil ter voorkoming van onteigening, (2) de ligging van de te verkopen percelen, en (3) de te compenseren oppervlakte, zijn naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter objectief, toetsbaar en redelijk. Toepassing van deze criteria leidt ertoe dat de provincie bij voorbaat redelijkerwijze heeft mogen aannemen dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop en dat zij daarom kon afzien van een openbare selectieprocedure.

6. Uitspraak Rechtbank Rotterdam van 16 september 2022

In het **kort geding van 16 september 2022** oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de gemeente Rotterdam redelijkerwijs mocht aannemen dat de erfpachter van het terrein bij voorbaat de enige serieuze gegadigde is die in aanmerking kwam voor de aankoop/uitgifte in erfpacht.

De gemeente had de ambitie om de Rijnhaven te ontwikkelen en had dit uitgewerkt in het Ambitiedocument Rijnhaven van juni 2018. Daarin was vermeld dat het uitgeven van bouwlocaties in een door de gemeente geopende grondexploitatie gunstig leek om grip te houden op de gebiedsontwikkeling en om goede concurrentievoorwaarden te scheppen. Eiser begon een procedure en vorderde dat de gemeente alsnog ruimte biedt aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar de onroerende zaken die zij voornemens is te vervreemden c.q. te bezwaren, zoals gepubliceerd in het Gemeenteblad.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente een beroep toekomt op de uitzondering op de verplichting tot het doorlopen van een selectieprocedure. De gemeente mocht redelijkerwijs aannemen dat de erfpachter de enige serieuze gegadigde is die in aanmerking kwam voor de aankoop/uitgifte. Daarbij mocht de gemeente van doorslaggevend belang achten dat de erfpachter rechthebbende is op het terrein. Zonder medewerking van de erfpachter kan de integrale gebiedsontwikkeling niet worden gerealiseerd omdat de fabriek in dat geval niet, binnen afzienbare tijd, kan worden verplaatst. Alternatieve mogelijkheden zouden in elk geval aanzienlijk meer tijd vergen. De voorzieningenrechter overweegt voorts dat het gelijkheidsbeginsel niet noopt tot het reeds bekendmaken van het voornemen tot het sluiten van voorovereenkomsten (zoals een anterieure overeenkomst).

7. Uitspraak rechtbank Midden-Nederland van 20 september 2022

Voor het plaatsen van een onderstation ten behoeve van de elektriciteitsvoorziening van het spoor, had ProRail de Gemeente Gooische Meren gevraagd grond aan haar te verkopen. De gemeente had haar voornemen tot verkoop aan ProRail gepubliceerd in het Gemeenteblad. Vervolgens bleek dat de eigenaar van een aangrenzend perceel ook interesse had in de aankoop.

De **voorzieningenrechter overweegt** dat de gemeente geen mededingingsruimte hoeft te bieden aan andere partijen dan ProRail. In deze procedure is er geen sprake van de omstandigheid dat de gemeente haar grond uit geeft en moet besluiten aan wie. De gemeente handelt uitsluitend in het openbaar belang (i.e. het tekort aan elektrische energie en de impact daarvan op het laten rijden van treinen) en is slechts voor dit doel bereid haar grond te verkopen. Voor verwezenlijking van dit doel bestaat maar één serieuze gegadigde, namelijk ProRail. Gelet op de geldende wetgeving mag niemand dan ProRail de taken uitoefenen van aanleg en beheer van de nationale hoofdspoorweginfrastructuur. Derhalve oordeelt de voorzieningenrechter dat de gemeente zich rechtsgeldig op de uitzondering van het Didam-arrest heeft beroepen.

8. Uitspraak rechtbank Den Haag 5 oktober 2022

De gemeente Den Haag was met een vastgoedontwikkelaar een grondreserveringsovereenkomst voor een perceel aangegaan. De vastgoedontwikkelaar, tevens eigenaar van het aangrenzende perceel, wilde een nieuwe hoofdvestiging realiseren voor een openbaarvervoerbedrijf. Na realisatie zou de hoofdvestiging worden verkocht aan het openbaarvervoerbedrijf.

De toepassing van het Didam-arrest reikt niet zo ver dat de gemeente verplicht zou zijn om de objectieve, toetsbare en redelijke criteria zodanig te formuleren dat ook ongewenste alternatieve ontwikkelplannen zouden kunnen meedingen

In deze zaak vorderde de eigenaar van een ander aangrenzend perceel in kort geding dat het de gemeente werd verboden de grondreserveringsovereenkomst te sluiten. Eiser stelde dat hij een gelijke kans had moeten krijgen om mee te dingen naar het perceel door middel van een selectieprocedure. Daarentegen meende de gemeente dat zij aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria heeft kunnen vaststellen dat de vastgoedontwikkelaar de enige serieuze gegadigde is voor de aankoop van het perceel.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft de gemeente voldoende onderbouwd dat het noodzakelijk is dat op het perceel van de vastgoedontwikkelaar de nieuwe hoofdvestiging wordt gerealiseerd. Een andere locatie is daarvoor niet geschikt. Ook vanwege de eisen die voortvloeien uit het omgevingsplan en het bouwbesluit is het noodzakelijk het perceel te benutten voor de huisvesting van het openbaarvervoerbedrijf. Aan de gemeente komt een ruime beleidsvrijheid toe om publiek-maatschappelijke belangen te dienen en beleidsdoelen te realiseren. De toepassing van het Didam-arrest reikt niet zo ver dat de gemeente verplicht zou zijn om de objectieve, toetsbare en redelijke criteria zodanig te formuleren dat ook ongewenste alternatieve ontwikkelplannen zouden kunnen meedingen. Dit zou immers tot gevolg hebben dat de beleidsruimte van de gemeente feitelijk zinledig is.

9. Uitspraak rechtbank Noord-Holland 6 oktober 2022

In onderhavig kort geding heeft de gemeente Haarlemmermeer een perceel grond verkocht aan woningcorporatie Ymere, zonder eerst een openbare selectieprocedure te volgen. De gemeente beriep zich op de uitzondering van de hoofdregel uit het Didam-arrest en stelde dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam voor het realiseren van de sociale huurwoningen. Eiser meende echter dat deze handelwijze in strijd zou zijn met het Didam-arrest.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat de vorderingen ertoe strekken dat de nakoming van een koopovereenkomst wordt verboden die door de gemeente en Ymere is gesloten vóórdat het Didam-arrest is gewezen. De regels in het arrest zijn (in ieder geval in hun concrete uitwerking) nieuw. De gemeente kon daarmee bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening houden. Aldus gezien zijn de vorderingen van eiser verstrekking te achten. Dat brengt mee dat voor toewijzing daarvan alleen aanleiding is indien er een aanzienlijke kans is dat zij in een bodemprocedure toewijsbaar worden geacht.

De voorzieningenrechter verwijst naar het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 22 augustus 2022 (zie hiervoor onder 4.) en onderschrijft dat het toetsingscriterium voor de selectie van een gegadigde voor de verkoop van gemeentegrond met het oog op de realisatie van sociale woningbouw een redelijk criterium is. De uitvoering van de taken door een woningcorporatie is in de Woningwet met waarborgen omkleed. Zo zijn de taken en de besteding van de financiële middelen van woningcorporaties wettelijk vastgelegd, maken zij prestatieafspraken met gemeenten die moeten bijdragen aan een door gemeenten binnen hun werkgebied verplicht vast te stellen woonvisie(s) en staan zij onder toezicht van de Autoriteit woningcorporaties. Ook zouden andere binnen de gemeente actieve woningcorporaties hebben ingestemd met de verkoop van het perceel aan Ymere. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter mocht de gemeente op basis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria oordelen dat Ymere de enige gegadigde was die in aanmerking kwam voor de aankoop.

De voorzieningenrechter overweegt dat de regels in het Didam-arrest nieuw zijn en de gemeente daarmee ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geen rekening kon houden

10. Uitspraak rechtbank Noord-Holland 20 oktober 2022

Deze procedure gaat over de verkoop door de gemeente Heemskerk van een perceel grond aan een bouwbedrijf. Ten behoeve van het realiseren van woningen hadden de gemeente en het bouwbedrijf in 2017 een koopovereenkomst voor het perceel gesloten. Na procedures bij de bestuursrechter inzake de benodigde omgevingsvergunning voor de realisatie van het woningbouwplan, was uiteindelijk in mei 2022 de vergunning onherroepelijk geworden. Vervolgens had de gemeente in juni 2022 haar voornemen in het Gemeenteblad gepubliceerd om het perceel aan het bouwbedrijf te leveren. Volgend op deze publicatie had eiser – als eigenaar van een aangrenzend perceel – een procedure aanhangig gemaakt, waarin zij vorderde de gemeente te verbieden het perceel te leveren aan het bouwbedrijf.

De voorzieningenrechter overweegt dat de regels in het Didam-arrest nieuw zijn en de gemeente daarmee ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geen rekening kon houden. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat de koop van het perceel is gesloten ruimschoots voordat het Didam-arrest was gewezen, en dat de planontwikkeling ook geheel of grotendeels heeft plaatsgevonden voordat dit arrest is gewezen. Uitgangspunt is dat de koopovereenkomst te goeder trouw is gesloten en door de gemeente in beginsel moet worden nagekomen. De door eiser gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel kan de vordering alleen dragen als de overeenkomst strijdig geoordeeld moet worden met de goede zeden of openbare orde en op grond van artikel 3:40 BW nietig is. Handelen door een overheidslichaam in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan tot dat rechtsgevolg leiden, maar daarvoor is wel een gekwalificeerde schending nodig. De voorzieningenrechter oordeelt dat daar geen sprake van is. De gemeente heeft op goede gronden gekozen voor nakoming van het vertrouwensbeginsel door middel van nakoming van de overeenkomst. Daarbij is van belang dat eiser zich in dit geding als *gegadigde* presenteert, terwijl hij zich afgelopen jaren als *omwonende* heeft verzet tegen de verleende omgevingsvergunning.

De voorzieningenrechter concludeert dat eiser niet heeft onderbouwd dat hij een serieuze gegadigde is en in het geheel niets heeft laten zien dat tegenwicht kan bieden aan de uit de historie voortvloeiende grote twijfel omtrent zijn werkelijke intenties. Bij deze stand van zaken is geen sprake van strijd met het Didam-arrest.

11. Uitspraak rechtbank Rotterdam 24 oktober 2022

Op **24 oktober 2022 heeft de rechtbank Rotterdam** zich uitgelaten over de vraag of de gemeenten Barendrecht, Ridderkerk en Rotterdam ("**Gemeente c.s.**") uitvoering mochten geven aan een één-op-één verkoop van percelen aan een consortium ten behoeve van onder meer een tankstation en een truckparking. Shell had in 2021 verscheidende e-mails aan Gemeente c.s. gestuurd, waarin zij mededeelde dat zij geïnteresseerd was in de kavel. Gemeente c.s. hadden niet gereageerd op deze e-mails. Begin 2022 hadden Gemeente c.s. aan Shell laten weten dat zij Shell zouden informeren wanneer de tender van start zou gaan, en dat dit waarschijnlijk medio maart 2022 zou zijn. Vervolgens hadden Gemeente c.s. op 2 mei 2022 haar voornemen tot verkoop van de kavel aan een consortium gepubliceerd, waarin Gemeente c.s. uiteenzette dat deze partij de enige serieuze gegadigde zou zijn.

In kort geding vorderde Shell kort gezegd dat het Gemeente c.s. werd verboden de percelen te leveren aan het consortium zonder het doorlopen van een openbare selectieprocedure. De voorzieningenrechter overweegt dat het voor Gemeente c.s. duidelijk had moeten zijn dat Shell een potentiële gegadigde was, immers had zij reeds voor de publicatie meerdere keren navraag gedaan bij Gemeente c.s. over de stand van zaken van de verkoop. Door geen tender te plaatsen en Shell nimmer te informeren over de mogelijkheid tot aankoop van de percelen, hebben Gemeente c.s. Shell voor een voldongen feit geplaatst en haar de kans ontnomen om mee te dingen naar de aankoop van de percelen.

Gemeente c.s. meenden dat zij met de publicatie het voornemen tot verkoop van de percelen bekend hebben gemaakt en daarbij hebben toegelicht, aan de hand van de gehanteerde selectiecriteria, waarom het consortium de enige serieuze gegadigde was. De voorzieningenrechter gaat daar niet in mee. Volgens de voorzieningenrechter heeft het er alle schijn van dat de concrete selectiecriteria (pas) zijn opgesteld naar aanleiding van zowel het Didam-arrest als het vergevorderde stadium van de besprekingen met het consortium en dus zijn toegeschreven naar (het plan/de bieding van) het consortium. Shell verwijt Gemeente c.s. terecht dat zij niet hebben gereageerd op de door haar getoonde interesse. De voorzieningenrechter oordeelt dat de handelswijze van Gemeente c.s. in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

Tot slot overweegt de voorzieningenrechter dat het maar de vraag is of het consortium zelf wel voldoet aan enkele selectiecriteria. Daarentegen kan niet worden uitgesloten dat Shell wél is aan te merken als een serieuze gegadigde. Derhalve dient aan Shell – en eventueel ook aan anderen – de gelegenheid te worden geboden aan te tonen dat zij in staat is te voldoen aan de selectiecriteria en aldus mee te dingen naar de aankoop van de percelen.

12. Uitspraak rechtbank Gelderland van 1 november 2022

De gemeente Ede was eind 2020 voornemens om enkele percelen in erfpacht uit te geven aan eiser en een betrokken partij. Partijen hadden begin 2022 een overeenkomst tot bindend advies gesloten teneinde overeenstemming te bereiken over enkele (rest)punten (“**de Overeenkomst**”). Vanwege (de gevolgen van) het Didam-arrest, brak de gemeente in juni 2022 de voorbereidende contractbesprekingen af. Kort daarop bracht de deskundigencommissie in augustus 2022 haar bindend advies uit, waarin werd vastgesteld dat de redenen waarom de gemeente vanwege het Didam-arrest had besloten de uitgifte stop te zetten gebaseerd zijn op feiten en omstandigheden die al vóór de start van de werkzaamheden van de deskundigencommissie aan de orde waren. De deskundigencommissie concludeerde dat partijen verder dienden te gaan met fase 2 van Overeenkomst, teneinde een erfpachtovereenkomst te sluiten. Desondanks publiceerde de gemeente in september 2022 het voornemen dat zij voor de meerjarige pacht van de percelen een openbare tender zou starten.

Meer in het bijzonder was het de vraag of het vertrouwensbeginsel in de weg staat aan het beëindigen van de lopende contractbesprekingen met de gemeente

In kort geding vorderde eiser dat de gemeente werd veroordeeld de Overeenkomst na te komen en uit te voeren. De vraag die voorlag is wat de gevolgen van het Didam-arrest zijn voor de contractbesprekingen tussen de gemeente en eiser, mede gelet op het uitgebrachte bindend advies. Meer in het bijzonder was het de vraag of het vertrouwensbeginsel in de weg staat aan het beëindigen van de lopende contractbesprekingen met de gemeente. Deze vraag wordt door de voorzieningenrechter ontkennend beantwoord. Gelet op de gesprekken over het Didam-arrest die partijen voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst hebben gevoerd, had het voor eiser duidelijk moeten zijn dat dit arrest gevolgen kon hebben voor de lopende contractbesprekingen en dat de gemeente zich hierover aan het beraden was. Ook in de Overeenkomst zelf was nog ruimte gecreëerd om de uitwerking van het Didam-arrest mee te nemen.

Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter staat de Overeenkomst er naar haar aard niet aan in de weg dat de gemeente er nog van kon afzien te contracteren met eiser. De voorzieningenrechter concludeert dat de gemeente met een beroep op het Didam-arrest de procedure tot gronduitgifte kon stopzetten, zonder daarmee in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te handelen jegens eiser.

13. Uitspraak rechtbank Zeeland-West-Brabant van 7 november 2022

Op 7 november 2022 heeft de **Rechtbank Zeeland-West-Brabant** zich uitgelaten over de vraag of de gemeente Tilburg uitvoering mocht geven aan een onderhands tot stand gekomen koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak. In

2015 was de gemeente voornemens de ontwikkeling van een stadregionaal park nadrukkelijk tot stand te laten komen via initiatieven van burgers, ondernemers en/of grondeigenaren. In dat kader hebben naburige grondeigenaren in 2015 een initiatiefvoorstel ingediend ten bedrage van € 2.750,00. De ambitie van dit voorstel was een plek te creëren waar kinderen uit financieel armlastige gezinnen onbezorgd hun verjaardag konden vieren. Medio 2019 had de gemeente een website gelanceerd, waarop initiatiefnemers hun ideeën kenbaar konden maken. De grondeigenaren hadden in de loop van 2020 aan de gemeente kenbaar gemaakt dat hun initiatiefvoorstel alleen goed ontplooid kon worden indien zij het naastgelegen perceel mochten kopen. Vervolgens was begin 2021 aan de naburige grondeigenaren een concept-koopovereenkomst gestuurd.

Ook eisers hadden de gemeente meermaals geïnformeerd over het feit dat zij graag het perceel wilden kopen. Desondanks had de gemeente medio 2022 haar voornemen tot verkoop van het perceel aan de naburige grondeigenaren op haar website gepubliceerd. Eisers konden zich niet met deze verkoop verenigen en spande vervolgens een kort geding aan.

De rechtbank concludeert dat de gemeente uitvoering mag geven aan de voorgenomen verkoop van het perceel. Nu eenieder de mogelijkheid heeft gehad om initiatieven in te dienen met betrekking tot het perceel, en eisers destijds geen initiatief hebben ingediend, heeft de gemeente genoegzaam gemotiveerd dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria de naburige grondeigenaren perceel de enige serieuze gegadigde is voor het perceel.

Een interessante overweging van de voorzieningenrechter is dat van de gemeente niet kan worden gevergd dat zij in dit geval een omvangrijke en arbeidsintensieve openbare verkoopprocedure moet volgen die niet in verhouding staat tot de grootte en de waarde van het perceel. Daarmee valt de voorgenomen transactie binnen het bereik van de Didam-uitzondering en heeft de gemeente haar voornemen tot verkoop bekend kunnen maken op de wijze zoals zij heeft gedaan.

14. Uitspraak rechtbank Amsterdam van 23 november 2022

Nu eenieder de mogelijkheid heeft gehad om initiatieven in te dienen met betrekking tot het perceel, en eisers destijds geen initiatief hebben ingediend, heeft de gemeente genoegzaam gemotiveerd dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria de naburige grondeigenaren perceel de enige serieuze gegadigde is voor het perceel

Deze procedure ging over de verkoop van een sportschool, waarbij de gemeente als huiseigenaar moest instemmen met de opvolgende huurder. Eind november 2021 bereikten de zittend huurder en eisers overeenstemming over het overnemen van de sportschool. Eén dag later had de zittend huurder met een derde afgesproken dat hij de sportschool overneemt. Eisers startten vervolgens een kort geding en vorderden dat de zittend huurder zich aan de overname-overeenkomst hield. Het Hof Amsterdam besliste uiteindelijk dat er een overname-overeenkomst tot stand was gekomen. Voorts overwoog het Hof dat de gemeente in januari 2022 had toegezegd het huurcontract te gunnen aan de opvolgend huurder, indien deze zou voldoen aan de door haar opgestelde eisen. Het Hof ging er dan ook vanuit dat de huurovereenkomst tot stand zou komen, waarbij een selectieprocedure niet meer nodig zou zijn. Desondanks had de gemeente – na herhaaldelijke rappellen van eisers – in oktober 2022 geantwoord dat het haar niet vrijstond enkel het pand aan eisers aan te bieden.

Eisers vorderden in onderhavig kort geding dat het de gemeente werd bevolen hen een huurovereenkomst aan te bieden. De kernvraag was of de gemeente de toezegging heeft gedaan dat zij een huurovereenkomst zou sluiten met degene met wie de sportschooleigenaar een overname-overeenkomst heeft gesloten en zo ja, of de gemeente daaraan kan worden gehouden.

De voorzieningenrechter sluit zich aan bij de oordelen in het arrest van het Hof. De gemeente heeft ongeclausuleerd toegezegd een huurovereenkomst aan te bieden indien eisers aan bepaalde voorwaarden zouden voldoen. Nu eisers hieraan voldoen, dient de gemeente haar toezegging na te komen en eisers een huurovereenkomst aan te bieden.

De voorzieningenrechter komt voorts nog met een interessante overweging, namelijk dat het Didam-arrest niet alleen voor koop geldt maar bijvoorbeeld ook voor huur en dus in dit geval op zichzelf van toepassing is. Toch vormt het arrest geen reden om de gemeente niet aan haar toezegging te houden. Het Didam-arrest heeft de gemeente er kennelijk niet van weerhouden een procedure te volgen waarbij de voorkeur van de zittende huurder leidend was. Het arrest was op dat moment al twee maanden

oud, waardoor eisers erop mochten vertrouwen dat de gemeente hen een huurovereenkomst zou aanbieden. Dat vloeit zowel voort uit het algemene principe 'afpraak is afspraak' als uit het in acht te nemen vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel botst hier met het gelijkheidsbeginsel – waarop in het Didam arrest de plicht tot het houden van een openbare en transparante procedure wordt gebaseerd. Bij een dergelijke botsing zal een belangenafwegingen moeten plaatsvinden, die in dit geval uitvalt in het voordeel van eisers.

Slotsom

De hierboven genoemde uitspraken verduidelijken en nuanceren het Didam-arrest. In meerdere gevallen werd een beroep op de uitzondering van één serieuze gegadigde gehonoreerd. Ook werd belang gehecht aan in het verleden (vóór het Didam-arrest) aangegane verplichtingen. Het valt te bezien of deze ontwikkelingen in verdere rechtspraak worden voortgezet.

Dit is een blog in de 'FAQ'-serie over het Didam-arrest. Andere blogberichten in deze serie zijn [hier](#), [hier](#) en [hier](#) te vinden.



David
Orobio de Castro



Anna-Belle
de Blanken



Richtlijn (EU) 2022/362 noopt tot timmeren aan de weg voor de infrastructuurheffing in Nederland

Op 24 maart 2022 is Richtlijn (EU) 2022/362 in werking getreden. Richtlijn (EU) 2022/362 wijzigt verschillende richtlijnen, waaronder Richtlijn 1999/62/EG (hierna: de 'Tolrichtlijn'). Uit overweging 11 en 13 uit de considerans bij Richtlijn (EU) 2022/362 volgt dat de richtlijn beoogt de inconsistenties in de infrastructuurheffing voor wegverkeer in de Europese Unie weg te nemen.

Daarnaast dwingt deze richtlijn tot differentiatie in de infrastructuurheffing op basis van CO₂-emissieklasse om zo het gebruik van schonere voertuigen te bevorderen. In dit blogbericht gaan wij in op de gevolgen van Richtlijn (EU) 2022/362 voor de Nederlandse regelgeving op het gebied van infrastructuurheffingen.

De gewijzigde Tolrichtlijn verplicht tot differentiatie van infrastructuurheffingen voor zware bedrijfsvoertuigen

De Tolrichtlijn verstaat onder een 'infrastructuurheffing': "een heffing ter dekking van dooreen lidstaat gemaakte aanleg-, onderhouds-, exploitatie- en ontwikkelingskosten in verband met de infrastructuur." Vóór de inwerkingtreding van Richtlijn (EU) 2022/362 waren lidstaten met tolgebieden niet gehouden om eigenaren van schone(re) voertuigen te belonen door middel van een gereduceerd toltarief. Richtlijn (EU) 2022/362 brengt daar verandering in, althans voor 'zware bedrijfsvoertuigen' (voertuigen met een technisch toelaatbare maximummassa in beladen toestand van meer dan 3,5 ton). Artikel 7 octies bis lid 1 van de gewijzigde Tolrichtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten gehouden zijn om infrastructuurheffingen voor zware bedrijfsvoertuigen te differentiëren al naar gelang hun CO₂-emissieklasse. Zo zullen de schoonste voertuigen (CO₂-emissieklasse 5) onder de gewijzigde Tolrichtlijn bijvoorbeeld beloond worden met een korting op het toltarief van 50% tot 75%. Voor lichte voertuigen blijft de differentiatie van het toltarief onder de gewijzigde Tolrichtlijn optioneel.

Richtlijn (EU) 2022/362 verplicht Nederland om toltarieven bij infrastructuurheffingen voor vrachtwagens en andere zware bedrijfsvoertuigen te differentiëren op basis van CO₂-emissieklasse

Infrastructuurheffing in Nederland

In Nederland is er op dit moment één wet die voorziet in een infrastructuurheffing in de zin van de Tolrichtlijn, namelijk: de Wet tijdelijke tolheffing Blankenburgverbinding en ViA15 (hierna: Wet tijdelijke tolheffing). Een wijziging van de Wet tijdelijke tolheffing is op 20 juni 2022 bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken II 2021/22, 36 137). Uit de memorie van toelichting van de Wet tijdelijke tolheffing (Kamerstukken II 2014/15, 34189, nr. 3, p. 9) volgt kort gezegd dat de inkomsten door middel van deze heffing dienen om de infrastructuur te betalen en onderhouden. Daarmee is met de Wet tijdelijke tolheffing dus sprake van een infrastructuurheffing in de zin van de Tolrichtlijn.

In de nabije toekomst komt er nog een infrastructuurheffing aan, namelijk de vrachtwagenheffing. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel voor de Wet vrachtwagenheffing op 22 maart 2022 aangenomen en de Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel op 12 juli 2022 als hamerstuk afgedaan. Inwerkingtreding van de Wet vrachtwagenheffing zal tot gevolg hebben dat vrachtwagens een tarief zullen moeten betalen per gereden kilometer over het heffingsplichtige wegennet. Onder dit heffingsplichtige wegennet vallen alle autosnelwegen (A-wegen), met uitzondering van de A31 (Friesland) en de A270 (Noord-Brabant). Daarnaast vallen onder het heffingsplichtige wegennet enkele (N-)wegen waarop naar verwachting uitwijkend vrachtverkeer van substantiële omvang zou ontstaan bij heffing op alleen autosnelwegen. Uit de memorie van toelichting van de Wet vrachtwagenheffing volgt dat de regering van mening is dat de vrachtwagenheffing een infrastructuurheffing is: "In artikel 5, eerste lid, zijn de tarieven voor de vrachtwagenheffing per kilometer opgenomen. De tarieven zijn gedifferentieerd naar gewichtsklasse en de euro-emissieklasse van de vrachtwagen. De tarieven gaan uit van een infrastructuurheffing als bedoeld in artikel 7 ter, eerste lid, van Richtlijn 1999/62/EG" (Kamerstukken II 2020/21, 35910, nr. 3, p. 70).

De gevolgen van Richtlijn (EU) 2022/362 voor de Nederlandse wetgeving

Zware voertuigen

Richtlijn (EU) 2022/362 verplicht dus tot differentiatie van infrastructuurheffingen voor zware bedrijfsvoertuigen al naar gelang hun CO₂-emissieklasse. Deze differentiatie moet in de Nederlandse wetgeving voor 25 maart 2024 zijn geïmplementeerd. Momenteel is noch in het voorstel voor de Wet vrachtwagenheffing noch in de Wet tijdelijke tolheffing sprake van zo'n differentiatie. De Nederlandse wetgever is dus aan zet! Wat moet de Nederlandse wetgever doen?

De Europese wetgever heeft met de Tolrichtlijn de lidstaten enige vrijheid gelaten ten aanzien van de verplichte tariefdifferentiatie voor zware bedrijfsvoertuigen. In artikel 7 octies bis lid 3 zijn namelijk de volgende 'kortingbandbreedtes' vastgesteld:

3. Onverminderd lid 1 zijn de verlaagde heffingen als volgt van toepassing op voertuigen van CO₂ emissieklassen 2, 3, 4 en 5:

- a. CO₂-emissieklasse 2- verlaging van **5 %** tot en met **15 %** ten opzichte van de heffing voor CO₂-emissieklasse 1;
- b. CO₂-emissieklasse 3- verlaging van **15 %** tot en met **30 %** ten opzichte van de heffing voor CO₂-emissieklasse 1;
- c. CO₂-emissieklasse 4- verlaging van **30 %** tot en met **50 %** ten opzichte van de heffing voor CO₂-emissieklasse 1;
- d. CO₂-emissieklasse 5- verlaging van **50 %** tot en met **75 %** ten opzichte van de heffing voor CO₂-emissieklasse 1;

Uit een brief d.d. 11 mei 2022 van de minister van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: de '**Minister**') aan de voorzitter van de Tweede Kamer volgt dat de regering bij de noodzakelijke wijzigingen van de Wet tijdelijke tolheffing en de Wet vrachtwagenheffing binnen alle bandbreedtes zal inzetten op het gemiddelde toegestane kortingspercentage (Kamerstukken II 2021-2022, 35 910, C). Tweede Kamerleden Grinwis e.a. hebben de regering in een motie over het voorstel van de Wet vrachtwagenheffing evenwel verzocht om bij de invoering van de wet de maximale korting van 75% te hanteren voor zero-emissievoertuigen (Kamerstukken II 2021/22, 35910, nr. 19). Deze motie is aangenomen, zodat de verwachting is dat de regering daar ook gehoor aan zal geven. De Minister heeft op 5 juli 2022 in **de Kamerbrief 'Uitgangspunten implementatie herziene Eurovignetrichtlijn in vrachtwagenheffing'** laten weten dit 75%-kortingspercentage als uitgangspunt te willen nemen voor de zero-emissie voertuigen. We zullen de nadere uitwerking hiervan moeten afwachten. De maximale korting zou in ieder geval bijdragen aan de verwezenlijking van het doel van Richtlijn (EU) 2022/362, namelijk: het bevorderen van het gebruik van de schoonste (zware) voertuigen. Dat de regering op zichzelf genomen sympathiek staat tegenover dat doel, mag blijken uit de recent vastgestelde Aanschafsubsidiering Zero-Emissie Trucks (AanZET) waarover wij eerder een **blog** schreven.

Lichte voertuigen

Anders dan de Wet vrachtwagenheffing is de Wet tijdelijke tolheffing ook van toepassing op lichte voertuigen, waaronder personenauto's. Richtlijn (EU) 2022/362 bevat geen verplichting om infrastructuurheffingen voor personenauto's te differentiëren al naar gelang de CO₂-emissieklasse van het voertuig. Het is interessant om te bezien of de wetgever in het kader van de noodzakelijke wijziging van de Wet tijdelijke tolheffing wegens de verplichte differentiatie van het toltarief voor zware voertuigen ook aanleiding zal zien om het gebruik van schone(re) personenauto's te bevorderen door middel van een differentiatie van het toltarief. Het kabinet heeft verder op 1 juli 2022 kenbaar gemaakt de huidige motorrijtuigenbelasting voor personenauto's te gaan vervangen. Het kabinet is voornemens een kilometerheffing in te voeren voor personenauto's in 2030. Uit **de Kamerbrief van 1 juli 2022 'Eerste hoofdlijnen Betalen naar Gebruik'** volgt dat het kabinet beoogt dat de overheidsinkomsten door de kilometerheffing ten goede komen aan de publieke voorzieningen zoals zorg, onderwijs en (het onderhoud van) de wegen. Gelet op deze toelichting is niet uit te sluiten dat deze kilometerheffing als een infrastructuurheffing in de zin van de Tolrichtlijn moet worden aangemerkt. Vanuit het doel van de invoering van kilometerheffing bezien, een bewuster gebruik van voertuigen, is dan ook toe te juichen dat het kabinet onderzoek doet om in deze voorgenomen kilometerheffing tariefonderscheid te maken op grond van factoren zoals gewicht, brandstofsoort en milieukeurmerken. Zoals gezegd, tot dat laatste verplicht Richtlijn (EU) 2022/362 niet.

Conclusie

Richtlijn (EU) 2022/362 stimuleert Nederland om nog meer bij te dragen aan het gebruik van schonere (zware) voertuigen. Richtlijn (EU) 2022/362 verplicht Nederland om toltarieven bij infrastructuurheffingen voor vrachtwagens en andere zware bedrijfsvoertuigen te differentiëren op basis van CO2-emissieklasse. Deze differentiatie van de infrastructuurheffing voor zware voertuigen zal de wetgever moeten gaan bewerkstelligen door middel van een wijziging van de Wet tijdelijke tolheffing en de Wet vrachtwagenheffing. De regering beoogt ter implementatie van Richtlijn (EU) 2022/362 voor de meest schone, zero-emissie vrachtwagens een kortingspercentage van 75% toe te passen. Een goede stap om het gebruik van schonere (zware-)voertuigen te bevorderen. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe het streven naar schoner en bewuster gebruik van voertuigen gaat uitpakken voor de voorgenomen kilometerheffing op personenauto's.



Jan Reinier
van Angeren



Laurens
Westendorp



Mobiliteit

Mobiliteit en de Omgevingswet: met het Besluit werkgebonden personenmobiliteit wil de regering sturen op verduurzaming van woonwerkverkeer en zakelijk verkeer

Het Besluit werkgebonden personenmobiliteit is op 19 april 2022 aan de Staten-Generaal voorgehangen. Dit besluit verplicht ondernemingen met meer dan 100 werknemers om gegevens aan te leveren over hun woon-werk verkeer en zakelijke verkeer van werknemers. Het besluit strekt tot naleving van de Europese Klimaatwet, de Green deal en de Klimaatwet. In dit blog belichten wij de belangrijkste aspecten van het besluit.

Grondslag voor de regulering van mobiliteit

Artikel 4.3 lid 1 onder b van de Omgevingswet verplicht de regering om regels vast te stellen voor activiteiten die nadelige gevolgen hebben of kunnen hebben voor de fysieke leefomgeving, zoals milieubelastende activiteiten (zie hieromtrent ook onze eerder [blog](#)). Dergelijke regels zijn opgenomen in het **Besluit activiteiten leefomgeving (Bal)**. Het voorgehangen **Besluit werkge-**

bonden personenmobiliteit (hierna gemakshalve: het **ontwerpbesluit**) voegt een nieuwe afdeling toe aan het Bal. Die afdeling wijst (i) woon-werkmobiliteit en (ii) zakelijke mobiliteit aan als milieubelastende activiteit (**MBA**). Ook bepaalt die afdeling grenswaarden voor de emissie in de lucht van CO₂. Zo zal vanaf 2050 een emissiegrenswaarde van 0 g per reizigerskilometer gelden, zowel voor zakelijke mobiliteit als woon-werkmobiliteit (zie verder: Doelstellingen en emissiegrenswaarden die zullen gelden). Er zal geen vergunning vereist zijn voor deze MBA.

Kortom: i) woon-werkmobiliteit en ii) zakelijke mobiliteit zal worden gereguleerd als MBA in het kader van de Ow. Dit ontwerpbesluit laat dus zien hoe breed het begrip MBA in de bijlage van de Omgevingswet is en hoe veel activiteiten in theorie kunnen worden aangewezen in het Bal zodat deze activiteiten door Rijksregels kunnen worden gereguleerd eventueel via een vergunningplicht.

Het ontwerpbesluit is gericht op ondernemingen of rechtspersonen die meer dan 100 werknemers in dienst hebben

Doelgroep én de aanwijzing als MBA

Het ontwerpbesluit is gericht op ondernemingen of rechtspersonen die meer dan 100 werknemers in dienst hebben. Voor deze groep ondernemingen geldt dat woon-werkmobiliteit en zakelijke mobiliteit binnen Nederland als milieubelastende activiteit zullen worden aangemerkt in hoofdstuk 18 van het Bal (art. 18.11). Hoe dat verkeer (binnen Nederland) wordt geregistreerd, bespreken wij hierna.

Uitzondering / wat buiten de aanwijzing als MBA valt....

Uit de toelichting van het ontwerpbesluit volgt dat het gaat om de totale afstand die de werkgever de werknemers 'laat reizen' reizen binnen Nederland waarvoor de werknemer i) een financiële vergoeding ontvangt of ii) waarvoor de werknemer een vervoerbewijs voor openbaar vervoer, een fiets, een bromfiets of scooter en motorvoertuig ter beschikking krijgt gesteld (**nota van toelichting op de voorhangversie**, p. 6). Buiten de aanwijzing als MBA valt het vervoer met vliegtuigen, helikopters, vaartuigen (ook per pont) of werktuigen (18.11 lid 2 onder d). Ook het vervoer van goederen of dieren, personenvervoer, hulpverleningsdiensten en militair gebruik valt buiten de aanwijzing als MBA (18.11 lid 2). Dus als een transportonderneming met meer dan 100 werknemers met vrachtauto's goederen transporteert naar haar klanten, geldt het verkeer dat de chauffeur moet maken naar de transportonderneming als MBA op grond van het ontwerpbesluit, maar het vervoer van goederen met de vrachtauto's niet. Als een werknemer geen financiële vergoeding ontvangt voor een zakelijke reis of zijn reis van of naar werk of geen fiets, bromfiets, scooter, motorvoertuig of vervoersbewijs voor openbaar vervoer krijgt van zijn werkgever, dan is deze reis ook uitgezonderd.

Het begrip "werknemer"

De peildatum om te bepalen of de grens van 100 werknemers wordt behaald, is 1 januari van het kalenderjaar waarover de emis-

sies moeten worden gerapporteerd (18.15 lid 1 onder d). Als de onderneming over het jaar 2025 moet rapporteren, dan is bepalend of de onderneming op 1 januari 2025 100 of meer werknemers in dienst heeft. Een werknemer wordt volgens artikel 18.1 van het ontwerpbesluit gedefinieerd als “*degene de krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van ten minste twintig uur betaalde arbeid per maand voor een onderneming of rechtspersoon*”. Gedetacheerden worden in beginsel niet meegenomen in de berekening, tenzij een arbeidsovereenkomst is afgesloten. De situatie kan zich dan voordoen dat een onderneming met 100 werknemers waarvan een deel gedetacheerd is bij een andere onderneming, toch onder de reikwijdte van het ontwerpbesluit valt. Medewerkers met afroepcontracten of deeltijdscontracten voor minder dan 20 uur vallen niet onder de definitie van ‘werknemer’. Ook vrijwilligers worden buiten beschouwing gelaten. Voor buitenlandse ondernemingen geldt dat de vestiging *in Nederland* meer dan 100 werknemers moet hebben. Onder het werknemersbegrip vallen ook personen met een publiekrechtelijke aanstelling, zodat ook gemeentes, provincies en het Rijk vallen onder ondernemingen of rechtspersonen op grond van het ontwerpbesluit.

Doelstellingen en emissiegrenswaarden die zullen gelden

In de Europese Klimaatwet is de tussentijdse doelstelling opgenomen om de netto-uitstoot van broeikasgassen tegen 2030 ten minste 55% te reduceren ten opzichte van 1990 (**artikel 4 lid 1**). In de (Nederlandse) Klimaatwet is het doel verankerd om de CO₂-emissies in 2030 met 49% te verminderen ten opzichte van 1990 (**artikel 2 lid 2**).

Voor woon-werkmobiliteit is nog geen emissiegrenswaarde opgenomen omdat daarvoor nog onvoldoende data beschikbaar is

Om deze doelen te realiseren zijn in het ontwerpbesluit voorschriften voorgesteld, zoals emissiegrenswaarden. Die voorschriften zijn gericht tot degene die een in art. 18.11 Bal aangewezen MBA verricht (18.6 ontwerpbesluit).

Voor woon-werkmobiliteit is nog geen emissiegrenswaarde opgenomen omdat daarvoor nog onvoldoende data beschikbaar is. Daarom wordt voor woon-werkmobiliteit op een later moment een emissiegrenswaarde vastgesteld. Daarbij zal ook worden bepaald op welk tijdstip (voor 1 januari 2050) daaraan moet worden voldaan (nota van toelichting op de voorhang versie, p. 9). Het ontwerpbesluit bepaalt wel dat de emissie in de lucht van kooldioxide door woon- en werkmobiliteit en zakelijke mobiliteit met ingang van 1 januari 2050 op 0 gram per reizigerskilometer moet liggen (art. 18.12 lid 1 ontwerpbesluit).

Voor de zakelijke mobiliteit geldt wel een emissiegrenswaarde: met ingang van 1 januari 2026 geldt een emissiegrenswaarde van 96 gram in kalenderjaargemiddelde per reizigerskilometer (art. 18.12 lid 2 ontwerpbesluit). Een onderneming voldoet aan deze norm als de emissie in de lucht van CO₂ door zakelijke mobiliteit in het kalenderjaar niet hoger is dan 96 gram vermenigvuldigd met het aantal reizigerskilometers in het eerste kalenderjaar waarover de onderneming gegevens moet verstrekken (18.12 lid 3 ontwerpbesluit). Voldoet de onderneming niet aan de norm, dan is sprake van een overtreding en moet, zo volgt uit de toelichting, de onderneming de CO₂ emissie terugbrengen, bijvoorbeeld door minder te reizen, meer online vergaderen en thuiswerken, anders reizen door meer gebruik te maken van fiets en openbaar vervoer, of schoner te reizen door elektrificatie van het wagenpark en het bieden van een hogere kilometervergoeding bij gebruik van auto's met een lage CO₂-emissie (**nota van toelichting** op de voorhang versie, p. 8). Anders dan bij het systeem van emissiehandel voor broeikasgassen kunnen er dus geen emissierechten worden gekocht in de markt ter dekking van de CO₂-emissie.

De norm van 96 gram is gebaseerd op het Nederlands gemiddelde voor 2026, aldus de Nota van Toelichting op de voorhangversie (p. 27), maar hoe het aantal van 96 gram is berekend verduidelijkt de Nota van Toelichting op de voorhangversie niet. De norm treedt niet direct in werking treden maar – na overleg met de stakeholders – op een nog te bepalen moment (**nota van toelichting** op de voorhang versie, p. 9). Wel zal op basis van de rapportages die jaarlijks op grond van artikel 18.15 ontwerpbesluit moeten worden ingediend, worden beoordeeld of de in het Klimaatakkoord afgesproken reductie van de CO₂-emissie door werkgebonden personenmobiliteit in 2030 gehaald gaat worden (reductie van 1 Mton). Daarop gaan wij hierna in bij ‘informatieverstrekking’.

Informatieverstrekking

Om te berekenen of aan deze doelstellingen is voldaan, moeten grote ondernemingen jaarlijks op uiterlijk 30 juni gegevens verstrekken aan het bevoegd gezag (artikel 18.15 ontwerpbesluit). De gegevens moeten worden verstrekt met gebruikmaking van de door de Minister van Infrastructuur en Waterstaat beschikbaar gestelde elektronische voorziening (art. 18.15 lid 4). Volgens

de Nota van Toelichting op de voorhangversie (p. 13) is de elektronische voorziening zodanig ingericht dat de regeldruk zo laag mogelijk blijft. De voorziening berekent op basis van de ingevoerde gegevens en overeenkomstig de berekeningsmethode van art. 18.14 automatisch de CO₂-emissie. De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) zal deze beheren. Die keuze voor RVO is niet vanzelfsprekend omdat RVO de uitvoeringsorganisatie is van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, terwijl het ontwerpbesluit valt onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat.

De regering streeft ernaar om de voorziening uiterlijk 15 januari 2023 operationeel te hebben. Het gaat daarbij enerzijds om basisinformatie, zoals de naam, het inschrijvingsnummer, het adres van een onderneming en het aantal werknemers. Anderzijds moeten de grote ondernemingen informatie delen over de gebruikte reismodaliteiten, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen reizen met het openbaar vervoer, per fiets of te voet, per bromfiets of scooter en per motorvoertuig. Als gebruik is gemaakt van een bromfiets, scooter of motorvoertuig, moet vervolgens informatie worden verstrekt over de gebruikte brandstof of andere voeding van de motor van het voertuig. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen elektrische voertuigen, elektrische voertuigen gecombineerd met benzine, diesel of waterstof en voertuigen die draaien op LPG, CNG, LNG, benzine, biobrandstof of diesel.

Voor werknemers die met verschillende reismodaliteiten van en naar werk reizen, kan worden volstaan met de gegevens over de reismodaliteit waarmee deze werknemers de meeste reizigerskilometers hebben afgelegd. Als het jaargemiddelde op twee opeenvolgende jaren niet hoger is dan 3 gram per reizigerskilometer, dan is een onderneming niet verplicht om informatie te delen over de gebruikte reismodaliteiten (artikel 18.15 lid 5 ontwerpbesluit).

Het oude – nu nog van toepassing zijnde – systeem

Op dit moment is het mogelijk om via een omgevingsvergunning voor milieu en algemene regels eisen te stellen aan de emissies van verkeer van personen en goederen. Dit is mogelijk in het belang van “bescherming van het milieu”. Het belang van bescherming van het milieu ziet op alle gevolgen van het milieu, waaronder indirecte gevolgen zoals hinder van aan- en afrijden van motorvoertuigen. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State (“Afdeling”) kan dat alleen worden gereguleerd via algemene regels of vergunning als verkeer kan worden toegerekend aan de inrichting. De gevolgen voor het milieu van het verkeer van en naar de inrichting wordt niet aan de inrichting toegerekend als het verkeer is opgenomen in het heersende verkeersbeeld (zie bijvoorbeeld **ECLI:NL:RVS:2019:1260** en onze eerdere **blog**). Bedrijven hebben daarnaast een zorgplicht om nadelige gevolgen voor het milieu zoveel mogelijk te voorkomen (artikel 1.1a **Wet Milieubeheer**). In een omgevingsvergunning voor milieu werden bedrijven op basis van

Handreiking Vervoermanagement – ten onrechte – verplicht gesteld maatregelen te treffen om hinder van motorvoertuigen te beperken. In deze handreiking werd – volgens de Afdeling ten onrechte – verwezen naar de algemene zorgplicht van de Wet Milieubeheer. In een uitspraak van 19 april 2019 bepaalde de Afdeling namelijk expliciet dat daarom geen vergunningvoorschriften kunnen worden opgelegd om het gehele vervoerstraject van en naar een inrichting te verduurzamen. Een beroep op de algemene zorgplicht, was volgens de Afdeling onvoldoende. Het ontwerpbesluit biedt een raamwerk waarbinnen de negatieve gevolgen voor het milieu van het verkeer van en naar de bedrijven in de toekomst wél kunnen worden gereguleerd. De Omgevingswet biedt hier dus een reguleringsmogelijkheid die voorheen op grond van het systeem van de Wet milieubeheer niet mogelijk was.

Bevoegd gezag – toezicht en handhaving

Doorgaans zal het bevoegd gezag het college van burgemeesters & wethouders zijn in de gemeente waar de grote onderneming is gevestigd (18.4 ontwerpbesluit). Als een grote onderneming meerdere vestigingen heeft, dan zal het college van burgemeesters & wethouders van de gemeente van de hoofdvestiging (als omschreven in artikel 1 onder k **Handelsregisterwet**) het bevoegd gezag zijn. Een onderneming kan zelf eenvoudig een vestiging aanmerken als hoofdvestiging, zoals blijkt uit de Handelsregisterwet (**artikel 11 lid 2 Handelsregisterwet**). Dit kan mogelijk tot forumshopping leiden, waarbij ondernemingen de hoofdvestiging afstemmen op de gemeente van voorkeur.

Op het moment dat grote ondernemingen niet voldoen aan de verplichtingen uit het ontwerpbesluit, komt handhaving in beeld. Het bevoegd gezag is verplicht om in dat geval haar uitvoerings- en handhavingstaken op te dragen aan een omgevingsdienst

(art. 13.12 Omgevingsbesluit). De omgevingsdienst controleert vervolgens rapportages op volledigheid, betrouwbaarheid en inhoud. Als niet aan de emissiegrenswaarde wordt voldaan, kan de omgevingsdienst bedrijven verplichten om maatregelen te treffen, zo nodig door middel van een bestuurlijke sanctie. Wat die maatregelen zijn, is hiervoor aan de orde gekomen. De Nota van toelichting (**nota van toelichting** op de voorhang versie p. 27) wijst overigens op subsidieregelingen die een onderneming kan benutten om een overgang naar elektronisch vervoer te bewerkstelligen.

Maatwerk?

Maatwerk kan alleen worden gesteld ten aanzien van de emissiegrenswaarde die in art. 18.12 ontwerpbesluit is opgenomen. Als de emissiegrenswaarde voor een bepaalde sector of in een bepaald gebied onredelijk uitpakt, kan het bevoegd gezag zodoende maatwerkregels opnemen in een omgevingsplan (artikel 18.7 ontwerpbesluit). Maatwerkregels kunnen worden vastgesteld ten aanzien van locaties en ten aanzien van activiteiten. Het kan daarbij gaan om bestaande of toekomstige activiteiten.

Daarnaast kan het bevoegd gezag maatwerkvoorschriften stellen ten aanzien van één onderneming of rechtspersoon ten aanzien van de emissiegrenswaarde (artikel 18.8 ontwerpbesluit en artikel 18.12 ontwerpbesluit). Een verzoek van een onderneming om versoepeling zal goed moeten worden gemotiveerd.

Het ontwerpbesluit leidt tot het overleggen van gegevens die in veel bedrijven vermoedelijk nog niet beschikbaar zijn

Omgevingsplan: een vangnet?

Wat op rijksniveau in het Bal niet als milieubelastende activiteit wordt aangemerkt, kan op grond van artikel 2.3 Omgevingswet lokaal via het omgevingsplan worden gereguleerd. Op grond van artikel 4.1 lid 1 Omgevingswet bevat het gemeentelijke omgevingsplan regels over “activiteiten die gevolgen hebben voor de fysieke leefomgeving”. Het begrip “fysieke leefomgeving” is ruimer dan het eerdergenoemde belang van bescherming van het milieu. In de bruidsschat is een zorgplicht opgenomen voor gemeenten, die ziet op het zoveel mogelijk voorkomen of beperken van nadelige gevolgen voor het milieu van het verkeer van personen en vervoer van goederen van en naar de activiteit of inrichting (artikel 22.44 Invoeringsbesluit Omgevingswet). Dit biedt mogelijkheden voor gemeenten om eventuele leemtes in wetgeving aan te vullen. Bijvoorbeeld voor bedrijven die minder dan 100 werknemers in dienst hebben. Het is denkbaar dat een gemeente voor zulke bedrijven een specifiek voorschrift uit het Bal overneemt in het omgevingsplan. Ondernemingen moeten hier rekening mee houden. Het is maar de vraag of dit echter de gewenste gevolgen teweegbrengt. Als gemeenten pluriform beleid voeren leidt dit niet vanzelfsprekend tot de landelijke afname van emissies waar de regering op doelt.

Tot slot: tips voor de praktijk

Het ontwerpbesluit leidt tot het overleggen van gegevens die in veel bedrijven vermoedelijk nog niet beschikbaar zijn. Voor een onderneming is het dus raadzaam om vooruitlopend op 1 januari 2023 wanneer de Omgevingswet vermoedelijk in werking treedt te bezien of de gegevens eenvoudig kunnen worden versterkt.

Verder vereist het ontwerpbesluit op de korte termijn duurzaam beleid van grote ondernemingen voor woon- werk mobiliteit en zakelijke mobiliteit. Omdat de emissies in 2050 naar nul moeten gaan is het praktisch gezien raadzaam om vervoer met de auto die rijdt op fossiele brandstoffen zoveel mogelijk te beperken. Dit kan bijvoorbeeld door het aantal parkeerplekken te beperken of alternatief vervoer aantrekkelijker te maken. Ook kunnen ondernemingen elektrische auto's beschikbaar stellen, daar waar alternatief vervoer onrealistisch is. Waar dit onmogelijk blijkt, is in overleg met de gemeente wellicht nog ruimte voor maatwerkvoorschriften.

Als de beoogde reductie in 2025 al is bereikt, worden de verplichte emissiegrenswaarden opgeschort en resteert slechts de hiervoor besproken informatieplicht. Ondernemingen die twee jaar achtereenvolgend zeer positieve resultaten boeken, kunnen worden gevrijwaard van deze informatieplicht. Wellicht is dat een stimulans voor innovatieve ideeën.



Jan Reinier
van Angeren



Valérie
van 't Lam



Toezicht en handhaving

Haagse afvalzaken: Afdeling bestuursrechtspraak verduidelijkt jurisprudentie over het weerleggen van bewijsvermoedens

Op 1 juni 2022 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (**"Afdeling"**) in de "drie Haagse afvalzaken" dat onomstotelijk tegenbewijs niet nodig is bij het aanvechten van een handhavingsbesluit voor het verkeerd aanbieden van huisvuil (**ECLI:NL:RVS:2022:1550**; **ECLI:NL:RVS:2022:1554**; **ECLI:NL:RVS:2022:1558**). In dit blog bespreken wij deze uitspraken en de mogelijke gevolgen daarvan voor de (handhavings)praktijk.

De Haagse afvalzaken

In alle drie de uitspraken had het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Den Haag (het **"College"**) spoedeisende bestuursdwang toegepast vanwege een overtreding van de Afvalstoffenverordening 2010 van de gemeente Den Haag. Die overtreding bestond in alle gevallen uit het plaatsen van afval naast – of in ieder geval niet in – een daarvoor bestemde afvalcontainer. De spoedeisende bestuursdwang hield in dat het College niet goed aangeboden huisvuil verwijderde. De kosten die het College daarvoor maakte verhaalde het vervolgens op appellanten. Tegen die kostenverhaalsbeschikking stelden appellanten beroep in.

Vaste lijn van de Afdeling ten aanzien van verkeerd aangeboden huisvuil

Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling mag ervan worden uitgegaan dat de persoon tot wie de aangetroffen afvalstoffen kunnen worden herleid, ook de overtreder is, tenzij de betrokkene het tegendeel aannemelijk maakt (**ECLI:NL:RVS:2018:2432**). Dit betekent dat wanneer een naam van iemand op een adreslabel staat van een pakketje dat naast de afvalcontainer wordt aangetroffen, ervan mag worden uitgegaan dat dat pakketje diegene toebehoort en het verkeerd aanbieden van dat pakketje aan diegene mag worden toegerekend. De desbetreffende persoon wordt dan als overtreder aangemerkt, tenzij diegene het tegendeel aannemelijk maakt.

Wanneer sprake is van 'aannemelijk maken' was tot voor kort echter niet duidelijk. Het kwam zelden voor dat iemand aannemelijk kon maken niet verantwoordelijk te zijn geweest voor het verkeerd aanbieden van afval dat tot diegene te herleiden was. Dat is ook lastig. Hoe maak je immers aannemelijk dat je iets niet hebt gedaan?

De persoon tot wie de aangetroffen afvalstoffen kunnen worden herleid geldt in beginsel als overtreder, tenzij de betrokkene het tegendeel aannemelijk maakt

Een voorbeeld waarin het wel lukte om dit aannemelijk te maken, is te vinden in een uitspraak van de Afdeling van 10 februari 2021 (**ECLI:NL:RVS:2021:266**). In die zaak verklaarde een mevrouw dat er drie jongetjes, van ongeveer 9 of 10 jaar oud, aan het spelen waren nabij de afvalcontainer, die vroegen of ze haar afval mochten hebben om een huisje mee te bouwen. De mevrouw had haar afval niet aan hen willen geven, maar toen zij wegreed, zag ze dat de jongens in de container zochten naar spullen om mee te spelen. Zij gaat er dus van uit dat de jongens haar afval uit de container hebben gehaald. Later – zo verklaarde de mevrouw – zag ze die jongens bij de Albert Heijn staan en heeft ze hen aangesproken. Volgens haar gaven de jongens toe dat ze de doos uit de container hadden gehaald. Zij heeft ook een verklaring overgelegd van een kok van de Albert Heijn die bij het gesprek met de jongens aanwezig was. Daardoor acht de Afdeling het aannemelijk dat de mevrouw niet de overtreder is.

Hoewel deze zaak aanknopingspunten biedt, is deze zaak zeer casuïstisch en is dit feitencomplex niet of nauwelijks in andere zaken toepasbaar. Er zijn immers lang niet altijd getuigen aanwezig die kunnen verklaren dat iets op een bepaalde manier is gebeurd. Hierdoor ontstond het beeld dat een vermeend overtreder met onomstotelijk tegenbewijs – zoals een betrouwbare getuigenverklaring – moest komen om het bewijsvermoeden te kunnen weerleggen. In de Haagse afvalzaken verduidelijkt de Afdeling dat dit niet het geval is. Om het bewijsvermoeden te weerleggen is het voldoende om het tegendeel aannemelijk te maken. Wij lichten het oordeel van de Afdeling in de Haagse Afvalzaken hierna toe.

Het oordeel in de Haagse afvalzaken

In de Haagse afvalzaken herhaalt de Afdeling haar vaste lijn, namelijk dat de enkele omstandigheid dat het aangetroffen afval tot iemand te herleiden is, in eerste instantie voldoende is voor het bestuursorgaan om diegene als overtreder aan te merken. Met een beroep op het bewijsvermoeden kan het bestuursorgaan in dat geval dus volstaan. Vervolgens is het aan degene die als overtreder is aangemerkt om het tegendeel aannemelijk te maken. Wij lezen in twee van de drie zaken terug dat het College aanvoert dat de vermeend overtreders onomstotelijk tegenbewijs moeten leveren om het tegendeel aannemelijk te maken (ECLI:N-L:RVS:2022:1550 en ECLI:NL:RVS:2022:1554). Volgens de Afdeling legt het College de lat daarmee te hoog voor vermeend overtreders. Het is voldoende voor (vermeend) overtreders om voldoende twijfel te zaaien over de aanname dat iemand afval verkeerd heeft aangeboden. De Afdeling geeft twee voorbeelden van hoe een vermeend overtreder het bewijsvermoeden kan weerleggen:

1. Door het geven van een concrete, gedetailleerde, logische en met objectieve omstandigheden onderbouwde verklaring voor het aantreffen van de afvalstoffen op die plek, zonder toedoen van betrokkene;
2. Door met objectieve omstandigheden aannemelijk te maken dat betrokkene niet in de gelegenheid was om de afvalstoffen op de aangetroffen plek achter te laten.

Als betrokkene het tegendeel voldoende aannemelijk maakt, is het bestuursorgaan weer aan zet. Wij bespreken hierna hoe het appellanten in de Haagse afvalzaken lukte om het tegendeel voldoende aannemelijk te maken.

Het geleverde tegenbewijs

In zaak-1550 (wij verwijzen voor het gemak naar de laatste cijfers van de ECLI-nummers van de uitspraken) had appellant voldoende aannemelijk gemaakt dat niet hij, maar de schoonmakers van zijn appartementencomplex het vuilnis naast de container hadden neergezet. Zijn vuilniszak was namelijk tussen een aantal halflege andere niet aan hem toebehorende vuilniszakken aangetroffen. Het was volgens de Afdeling niet logisch dat een bewoner van een appartement een huisvuilzak slechts half zou vullen, dat vier keer zou herhalen en daarna pas de vijf halfvolle zakken ter inzameling zou aanbieden. Hiermee had appellant voldoende aannemelijk gemaakt dat het de schoonmaker was die het afval verkeerd had aangeboden.

In zaak-1554 had appellante een e-mailbericht overgelegd, waaruit bleek dat een pakketje niet bij haar was bezorgd. Hiermee kon zij haar vermoeden kracht bij zetten dat de postbezorging de Kempstraat met de Kemperstraat had verward. Hiermee had appellante aannemelijk gemaakt dat het de postbezorger was die het afval verkeerd had aangeboden.

Als betrokkene het tegendeel voldoende aannemelijk maakt, is het bestuursorgaan weer aan zet

In zaak-1558 maakte appellant met onder meer een screenshot aannemelijk dat zijn schoonmoeder een afspraak had gemaakt om het grofvuil op te halen. Hij onderbouwde daarmee zijn standpunt dat hij wel de bedoeling had gehad zijn afval weg te gooien. In samenhang met de concrete, gedetailleerde en logische verklaring van appellant op zitting voor het aantreffen van de spullen op die plek, was sprake van voldoende twijfel om het bewijsvermoeden te weerleggen. Appellant had aannemelijk gemaakt dat het zijn schoonmoeder was die het afval verkeerd had aangeboden.

Uiteindelijk is het voor het ontkrachten van het bewijsvermoeden dus relevant dat de vermeend overtreder met een aannemelijker verhaal komt dan het bestuursorgaan dat het handhavingsbesluit oplegt. Het is bijvoorbeeld onvoldoende als de betrokkene te stelt dat hij nooit huisvuil naast de container plaatst (**ECLI:NL:RVS:2022:1844**). Deze stelling is namelijk onvoldoende objectief om aannemelijk te maken.

Gevolgen voor de praktijk

Hoewel alle hiervoor besproken zaken zien op het verkeerd aanbieden van afval, bieden deze zaken onzes inziens ook in andere handhavingzaken handvatten voor de manier waarop bewijs moet worden geleverd indien een (rechts)persoon meent ten onrechte als overtreder te zijn aangemerkt. Weet de vermeend overtreder voldoende twijfel te zaaien door het tegendeel aannemelijk te maken, dan is het bestuursorgaan weer aan zet om de twijfel en het geleverde tegenbewijs te weerleggen. Het leveren van onomstotelijk tegenbewijs is hiervoor niet noodzakelijk. Wij zijn in ieder geval benieuwd of ook in andere handhavingzaken die concrete, gedetailleerde, logische en objectieve aangedragen omstandigheden soelaas kunnen bieden voor ten onrechte als zodanig bestempelde overtreders.



Lisa
van der Maden



Meike
Pakkert



Dominique
Diesfeldt



Toezicht en handhaving

Streep door boetenormbedragen voor overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen: meer differentiatie naar verwijtbaarheid vereist

Op 13 juli 2022 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de "Afdeling") in een belangwekkende uitspraak dat de boetenormbedragen die de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ("de Minister") hanteert voor overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen ("Wav") onredelijk zijn. Met deze uitspraak zet de Afdeling een streep door de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2017 ("Boetebeleid 2017").

Naar oordeel van de Afdeling houdt de Minister in het Boetebeleid 2017 onvoldoende rekening met de mate waarin de overtreding de overtreder te verwijten valt. De Afdeling ziet aanleiding om zelf – in afwachting van nieuw beleid van de Minister – een differentiatie te maken naar mate van verwijtbaarheid, inclusief passend percentage van het boetenormbedrag. In dit blog lichten wij de uitspraak toe en analyseren wij deze nieuwe jurisprudentielijn van de Afdeling. Tot slot bespreken wij de gevolgen voor de (handhavings)praktijk.

I. Feitelijke achtergrond uitspraak

In deze zaak gaat het om een tuindersbedrijf. In dat tuindersbedrijf voerden negen vreemdelingen in de periode van 6 juli 2016 tot 29 september 2016 verschillende productiewerkzaamheden in de tuinbouw uit, terwijl zij niet gerechtigd waren om in Nederland te werken. Daarmee overtreedt het tuindersbedrijf het tewerkstellingsverbod van artikel 2 van de Wav.

De Minister besluit daarom op 18 september 2019 tot oplegging van een bestuurlijke boete van € 36.000,-. De Minister komt tot dit bedrag door het boetenormbedrag van € 8.000 voor overtreding van artikel 2 van de Wav voor rechtspersonen (zie Bijlage I van het Boetebeleid 2017) te vermenigvuldigen met negen, wegens de illegale tewerkstelling van negen vreemdelingen. Vervolgens matigt de Minister deze boete van € 48.000 met 25%, omdat er tussen het afronden van het onderzoek en het insturen van het boeterapport een periode zit van meer dan een half jaar (thans een vaste matigingsgrond: zie artikel 11 jo. Bijlage II van de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2020 ("Boetebeleid 2020")).

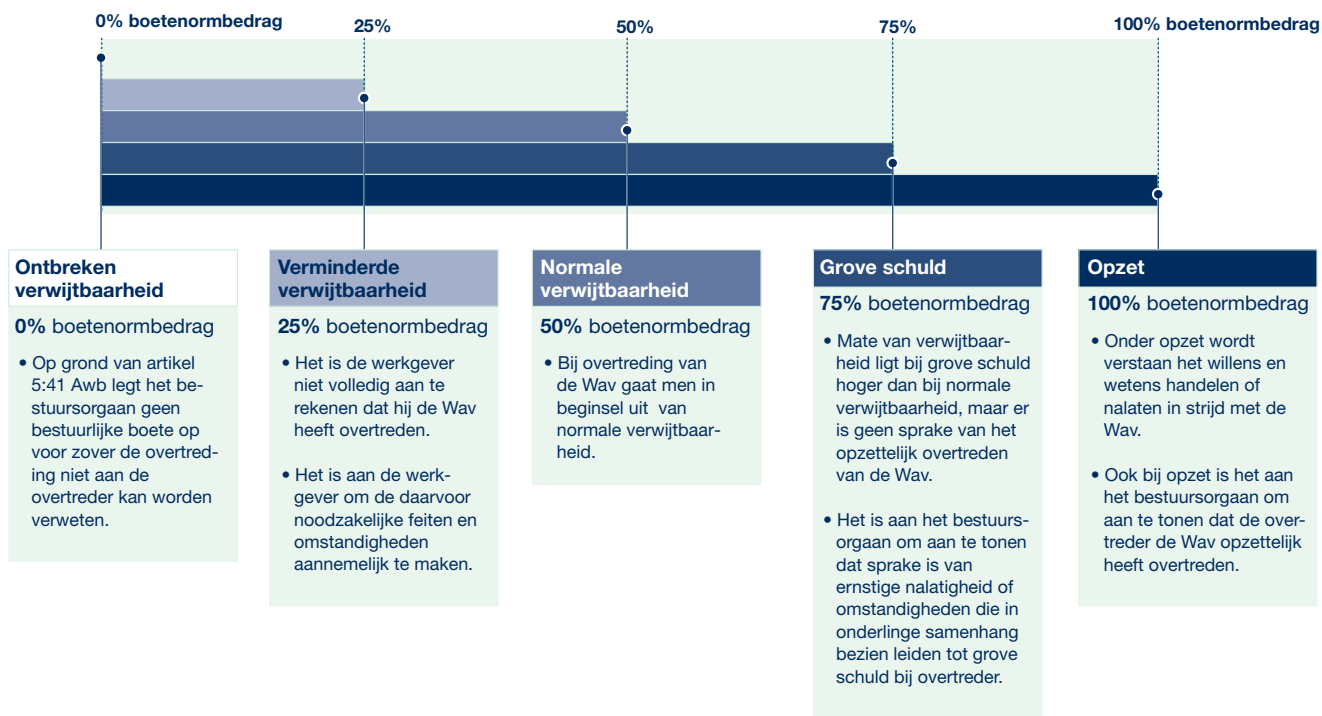
In de uitspraak van de Afdeling gaat het alleen nog om de vraag of de Minister dan wel de rechtbank aanleiding had moeten zien de opgelegde boete verdergaand te matigen.

II. Oordeel Afdeling

De Afdeling oordeelt – anders dan voorheen – dat de boetenormbedragen uit het Boetebeleid 2017 van de Minister niet redelijk zijn. Volgens de Afdeling maakt de Minister met de boetenormbedragen in het Boetebeleid 2017 onvoldoende onderscheid naar de mate van verwijtbaarheid van de overtreding. Hierdoor stelt de Minister een werkgever onvoldoende in de gelegenheid om succesvol schulditsluitings- en matigingsgronden aan te voeren. De Afdeling acht het onwenselijk dat een malafide werkgever die opzettelijk de Wav overtreedt dezelfde boete krijgt als een niet-malafide werkgever die eenmalig door onoplettendheid de Wav overtreedt. Mede gelet op grond van artikel 5:46, tweede lid, van de Awb dient de Minister tot een stelsel te komen dat voldoende differentieert naar de mate waarin de overtreding aan overtreder kan worden verweten.

Naar oordeel van de Afdeling houdt de Minister in het Boetebeleid 2017 onvoldoende rekening met de mate waarin de overtreding de overtreder te verwijten valt

Percentage boetenormbedrag, passend naar mate verwijtbaarheid



De Afdeling ziet aanleiding om zelf – in afwachting van nieuw beleid van de Minister – een differentiatie te maken naar mate van verwijtbaarheid, inclusief passend percentage van het boetenormbedrag:

De Afdeling sluit met deze differentiatie aan bij de mate van verwijtbaarheid zoals vastgelegd in het Boetebesluit socialezekerheidswetten en het Besluit inburgering 2021.

De Afdeling overweegt dat bij overtreding van de Wav in beginsel van normale verwijtbaarheid mag worden uitgegaan.

III. Analyse nieuwe jurisprudentielijn

Conform beleid legde de Minister in de meeste gevallen de volle 100% van het boetenormbedrag aan overtredders van de Wav op, ook als evident geen sprake was van opzet of grove schuld (zie bijvoorbeeld ABRvS 30 september 2020, **ECLI:NL:RVS:2020:2323**). Deze werkwijze achtte de Afdeling tot voor kort redelijk. Met deze uitspraak slaat de Afdeling echter een nieuwe weg in en zoekt (zeven jaar later) aansluiting bij de jurisprudentielijn van de Centrale Raad van Beroep (de "CRvB"). De CRvB oordeelde namelijk al eerder dat boetebeleid dat niet differentieert naar verwijtbaarheid onevenredig is:

- Op 24 november 2014 oordeelde de CRvB dat de Minister moest differentiëren naar verwijtbaarheid voor boetes in de sociale zekerheid die met de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-regelgeving drastisch waren verhoogd (**ECLI:NL:CRVB:2014:3754**).
- Op 2 december 2020 oordeelde de CRvB dat de Minister in het boetebeleid bij overtreding van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs ("Waadi") onvoldoende differentieerde naar mate van verwijtbaarheid van de overtreding (**ECLI:NL:CRVB:2020:2871**).

In de literatuur wordt door velen al lang de vraag gesteld of het Boetebeleid dat de Minister hanteerde voor de beboeting van de Wav wel voldoende gelegenheid gaf tot maatwerk en werd geopperd dat de Minister inspiratie moest zoeken in de jurisprudentie van het CRvB (vgl. onze eerdere blogberichten uit 2015 en 2016). Wij juichen het dan ook toe dat de Afdeling in deze uitspraak

eindelijk "om" gaat en oordeelt dat zij meer maatwerk verwacht van de Minister voor de boeteoplegging wegens overtreding van de Wav. De Afdeling maakt duidelijk dat de Minister concrete feiten en omstandigheden moet aandragen om grove opzet of schuld te bewijzen. Bovendien biedt deze uitspraak Wav-werkgevers meer mogelijkheden om een geslaagd beroep te doen op schuldsluitings- en matigingsgronden. Met deze uitspraak is een belangrijke stap gezet naar een responsiever en redelijker boetebeleid van de Minister voor overtreding van de Wav.

Met de differentiatie waartoe de Afdeling oproept in deze uitspraak, maakt de Afdeling een einde aan de praktijk van de Minister waarbij de welwillende Wav-werkgever die een vergissing begaat over één kam wordt geschoren met de Wav-werkgever die willens en wetens de Wav overtreedt

Wel menen wij dat de differentiatie die de Afdeling maakt in deze uitspraak maakt nog op een enkel punt onvolledig is. De Afdeling zoekt namelijk aansluiting bij het Boetebesluit socialezekerheidswetten, maar legt verminderde verwijtbaarheid niet geheel op dezelfde wijze uit als in dat besluit. Artikel 2a, tweede lid, sub e, van het Boetebesluit socialezekerheidswetten biedt de mogelijkheid om omstandigheden die op zichzelf niet, maar in onderlinge samenhang beschouwd wel, verminderde verwijtbaarheid aan te nemen. Wij zijn van oordeel dat dit ook voor de Wav een grondslag zou moeten zijn om verminderde verwijtbaarheid voor overtreding van de Wav aan te nemen.

IV. Toepassing van de differentiatie op deze zaak

Voor het tuindersbedrijf houdt de nieuwe jurisprudentielijn van de Afdeling een halvering van de boete in. De Afdeling gaat namelijk uit van normale verwijtbaarheid van de overtreder. Het tuindersbedrijf had namelijk om overtreding van de Wav te voorkomen bij aanvang van de werkzaamheden moeten nagaan of aan de voorschriften van de Wav werd voldaan. Door dit na te laten is overtreding van de Wav daarom 'normaal' verwijtbaar, aldus de Afdeling. Aangezien er geen aanknopingspunten zijn voor het aannemen van grove schuld of opzet, vindt de Afdeling een boete van in totaal €18.000 passend.

V. Betekenis voor de praktijk

Met de differentiatie waartoe de Afdeling oproept in deze uitspraak, maakt de Afdeling een einde aan de praktijk van de Minister waarbij de welwillende Wav-werkgever die een vergissing begaat over één kam wordt geschoren met de Wav-werkgever die willens en wetens de Wav overtreedt. De Minister kan niet meer volstaan met het opleggen van de standaardboete, maar zal in de meeste gevallen moeten uitgaan van 'normale' verwijtbaarheid en het boetenormbedrag met 50% moeten matigen. Pas als de Minister kan bewijzen dat sprake is van grove schuld of opzet kan de Minister de boete verhogen.

Overigens geldt deze nieuwe jurisprudentielijn niet alleen voor nieuwe zaken: wegens de 'ex nunc' toetsing moeten de Minister en de bestuursrechter deze nieuwe jurisprudentielijn ook toepassen op bestuurlijke boetes waartegen bezwaar, beroep of hoger beroep nog aanhangig is.

Tot slot zien wij met grote belangstelling het nieuwe boetebeleid van de Minister tegemoet. In het bijzonder zijn wij benieuwd of de Minister daarin dezelfde differentiatie toepast als de Afdeling voorstelt in deze uitspraak en daarbij voor de verminderde verwijtbaarheid de omstandigheden in onderlinge samenhang in ogenschouw neemt. Wij hopen in elk geval dat de Minister in het nieuwe boetebeleid aanknopingspunten biedt welke omstandigheden duiden op 'verminderde verwijtbaarheid', 'groeve schuld' of 'opzet'.



**Lisa
van der Maden**



**Dominique
Diesfeldt**



Toezicht en handhaving

FAQ: informatieverzoeken van toezichthouders (update juni 2022)

Een belangrijke en veel gestelde vraag is hoe bedrijven om moeten gaan met informatieverzoeken / inlichtingenvorderingen van toezichthouders. In dit blog geven we een aantal handvatten, waarin we recente ontwikkelingen meenemen.

In december 2021 verscheen het **Coalitieakkoord** 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst'. Daaruit blijkt dat het kabinet Rutte IV extra middelen beschikbaar stelt aan toezichthouders, zoals de Autoriteit Persoonsgegevens, de Nationale Ombudsman en de inspecties (bijvoorbeeld de Arbeidsinspectie, de Inspectie Leefomgeving en Transport en omgevingsdiensten), zodat deze hun taken goed kunnen uitvoeren. Eén van de bevoegdheden van een toezichthouder om deze toezichthoudende taken goed uit te voeren betreft het informatieverzoek (ook wel een inlichtingenvordering).

De focus in dit blog ligt vooral op de verschillende manieren waarop toezichthouders informatie in de praktijk opvragen en de mogelijkheden van bedrijven hoe hierop te reageren. Een schriftelijk verzoek van een toezichthouder vraagt namelijk om een andere aanpak dan een mondeling verzoek. Hetzelfde geldt voor een formeel of informeel verzoek van een toezichthouder. Hierna volgt eerst het juridisch kader voor informatieverzoeken van toezichthouders, waarna wij ingaan op de praktische handvatten voor bedrijven. Mede op basis van dit kader kunnen informatieverzoeken worden beoordeeld op de rechtmatigheid.

Juridisch kader informatieverzoek

Wie mag een informatieverzoek doen?

Artikel 5:11 Awb bepaalt wie toezichthouder is. Kort samengevat zijn toezichthouders de natuurlijke personen die op grond van een wettelijk voorschrift belast zijn met het houden van toezicht op bepaalde wettelijke regels. Bepaalde ambtenaren van de Arbeidsinspectie zijn bijvoorbeeld als toezichthouder aangewezen voor (onder meer) de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de Arbeidsomstandighedenwet (zie ter illustratie: **Aanwijzingsregeling toezichthoudende ambtenaren en ambtenaren met specifieke uitvoeringstaken op grond van SZW wetgeving**).

Wat mag een toezichthouder vragen?

- Artikel 5:16 Awb verleent aan een toezichthouder de bevoegdheid om bij een ieder inlichtingen te vorderen. Deze bevoegdheid beperkt zich tot feiten: medewerkers hoeven dus niet hun mening te geven.
- Artikel 5:17 Awb geeft toezichthouders de bevoegdheid om inzage in zakelijke gegevens of bescheiden te vorderen en daarvan kopieën te maken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan:
 - opnames van telefoongesprekken (ECLI:NL:CBB:2021:883);
 - bankafschriften (ECLI:NL:CBB:2015:288); en
 - GPS-gegevens (ECLI:NL:RVS:2015:3950).

Medewerkingsplicht

Indien een toezichthouder een informatieverzoek doet, moet degene tot wie dat verzoek zich richt in beginsel die informatie verstrekken. De reden daarvoor is de medewerkingsplicht die is vervat in artikel 5:20, eerste lid, van de Awb. De medewerkingsplicht verplicht een betrokkene in beginsel om mee te werken aan de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden door toezichthouders. In beginsel, omdat de medewerkingsplicht niet geldt voor:

- personen op wie een geheimhoudingsplicht rust (artikel 5:20, tweede lid, van de Awb); en ook niet voor
- informele verzoeken. De medewerkingsplicht ziet enkel op "vorderingen" in de zin van de Awb (zie ook hierna).

Niet alle verzoeken van toezichthouders kwalificeren als "vordering" in de zin van artikel 5:16 Awb of artikel 5:17 Awb

De medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb geldt niet enkel voor de onderneming die onder toezicht staat, maar voor *een ieder*. Dat betekent concreet dat de toezichthouder informatie bij een derde mag opvragen als de ondertoezichthouder zelf niet over die gegevens beschikt (ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3950, r.o. 5.2). Kortom: als een bedrijf (al dan niet onder een derde) over de *gevorderde gegevens* of bescheiden beschikt, dient dit bedrijf gelet op haar medewerkingsplicht deze gegevens te verstrekken.

Handhaving medewerkingsplicht

Voorheen konden bestuursorganen niet-naleving van de medewerkingsplicht alleen handhaven als de bijzondere wet dat expliciet regelde. Indien de bijzondere wet voor bestuursrechtelijke handhaving geen grondslag bood, resteerde alleen het strafrecht (niet opvolgen ambtelijk bevel, artikel 184 Wetboek van Strafrecht).

Met de wetwijziging per 1 juli 2021 is in artikel 5:20, derde lid, van de Awb een algemene grondslag geïntroduceerd, op grond waarvan het bestuursorgaan de medewerkingsplicht kan handhaven door oplegging van een last onder bestuursdwang (en daarmee ook een last onder dwangsom, zie artikel 5:32 Awb) (*Stb.* 2021, 135, p. 2). Hiermee is de sanctionering middels een last onder bestuursdwang en/of bestuursdwang op grond van de bijzondere wetgeving komen te vervallen. De Awb voorziet het bestuursorgaan niet in de mogelijkheid

een bestuurlijke boete op te leggen ter handhaving van de medewerkingsplicht. De mogelijkheid om de medewerkingsplicht te handhaven met een bestuurlijke boete zal de wetgever bij bijzondere wet moeten regelen.

Met artikel 5:20, derde lid, van de Awb heeft het bestuursorgaan dus een instrument om naleving van de medewerkingsplicht af te dwingen, op straffe van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Artikel 5:20, vierde lid, van de Awb regelt dat op dezelfde wijze rechtsbescherming wordt geboden tegen de op te leggen last als tegen besluiten die worden genomen op grond van de relevante bijzondere wet.

Indien het bestuursorgaan de informatievordering afdwingt met een last onder dwangsom, verbeurt degene tot wie de vordering zich richt dwangsommen indien deze niet voldoet aan de informatievordering. Maar wanneer wordt niet voldaan aan een informatievordering? In ieder geval indien diegene weigert mee te werken. Daarvan kan sprake zijn als de toezichthouder aannemelijk kan maken dat er meer gevorderde informatie beschikbaar is, dan door de onderneming is verstrekt (CBB 14 september 2021 **ECLI:NL:CBB:2021:883**). Daarom is het van belang dat medewerkers binnen een bedrijf goed begrijpen om welke informatie een toezichthouder verzoekt en over welke bedrijfsinformatie het bedrijf beschikt. Indien uiteindelijk blijkt dat onvolledige of onjuiste informatie is verstrekt, kan dit leiden tot een schending van de medewerkingsplicht.

Eisen aan het informatieverzoek

Het informatieverzoek van een toezichthouder moet wel aan enkele eisen voldoen. Deze eisen werken wij hierna uit.

1. Het informatieverzoek moet evenredig zijn

Allereerst is het van belang dat een toezichthouder zijn bevoegdheden alleen uitoefent *voor zover dit redelijkerwijs nodig is voor de vervulling van zijn taak*. Artikel 5:13 Awb verplicht een toezichthouder om bij de uitoefening van zijn bevoegdheden het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Een toezichthouder mag gelet op het evenredigheidsbeginsel alleen die bescheiden opvragen die verband houden met het wettelijk voorschrift waarop het toezicht betrekking heeft (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 141). Verder moet een toezichthouder bijvoorbeeld nagaan of hij de bedrijfsadministratie van een bedrijf op het bedrijf zelf kan inzien en kopiëren, voordat hij beslist om deze administratie voor korte tijd mee te nemen. Ook zal een toezichthouder eerst moeten nagaan of de betrokkene in kwestie vrijwillig medewerking wil verlenen aan een bedrijfsbezoek, alvorens hij de politie inzet (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, 3, p. 142).

2. De toezichthouder moet een verzoek voldoende motiveren

De toezichthouder moet zijn vordering motiveren en daarbij de wettelijke grondslag noemen (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 7, p. 11). Onderdeel van die motiveringsplicht is dat de toezichthouder motiveert waarom de gevorderde informatie noodzakelijk is voor het uitoefenen van de toezichthoudende taak (ABRvS 28 juli 2021, **(ECLI:NL:RVS:2021:1674)**).

Vanuit formeel oogpunt bestaat er dus geen medewerkingsplicht bij informele verzoeken om informatie

3. De vordering moet voldoende concreet zijn

Tot slot moeten toezichthouders hun vorderingen tot op zekere hoogte concretiseren. Een bedrijf kan natuurlijk alleen goed meewerken aan een informatieverzoek indien voldoende duidelijk is wat de toezichthouder van hem verlangt. De Afdeling stelt daarom hoge eisen aan de kenbaarheid van een vordering (ABRvS 17 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:378). Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid moet voor een betrokkene voldoende kenbaar zijn wat een toezichthouder van hem vordert.

Wij kunnen ons goed voorstellen dat niet altijd volledig duidelijk is waarom de gevorderde informatie relevant is voor de toezichthouder. Als de vordering van een toezichthouder erg algemeen (en abstract) is, dan kan degene van wie informatie wordt gevraagd aan de toezichthouder vragen het verzoek te verduidelijken dan wel te concretiseren. Dit is aan te raden om een eventuele schending van de medewerkingsplicht te voorkomen.

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid moet voor een betrokkene voldoende kenbaar zijn wat een toezichthouder van hem vordert

Aanpak bij informatieverzoek

Zoals wij aan het begin van dit blog al schreven, hangt de aanpak van een informatieverzoek af van de wijze waarop de toezichthouder om informatie verzoekt. Het bedrijf in kwestie moet daarbij voornamelijk afgaan op de bewoordingen van de toezichthouder. Uit de gekozen bewoordingen kan blijken dat het een formele vordering betreft (bijvoorbeeld omdat de toezichthouder in het verzoek verwijst naar een wettelijke bevoegdheid) of juist dat het om een informeel verzoek gaat (bijvoorbeeld als de toezichthouder “vrijblijvend verzoekt” om informatie).

Niet alle verzoeken van toezichthouders kwalificeren als “vordering” in de zin van artikel 5:16 Awb of artikel 5:17 Awb. Een toezichthouder kan bij een bedrijfsbezoek bijvoorbeeld op informele wijze om bepaalde informatie verzoeken. Een dergelijk verzoek kwalificeert niet snel als vordering in de zin van artikel 5:16 Awb of 5:17 Awb (vgl. *Handelingen II* 31 januari 1996, p. 3664). Ook schriftelijke verzoeken kwalificeren niet altijd als een vordering in de zin van de Awb. Uit de bewoordingen van het schriftelijke verzoek kan bijvoorbeeld blijken dat het gaat om een informeel verzoek van de toezichthouder.

De medewerkingsplicht uit artikel 5:20 Awb geldt zoals gezegd alleen voor “vorderingen” in de zin van de Awb. Vanuit formeel oogpunt bestaat er dus geen medewerkingsplicht bij informele verzoeken om informatie. Bij niet meewerken aan een vordering in de zin van de Awb bestaat het risico op een last onder bestuursdwang of zelfs een strafrechtelijke sanctie, terwijl dit niet het geval is bij een informeel verzoek. Verder zijn toezichthouders in geval van formele vorderingen (in beginsel) verplicht om vertrouwelijk met de verschafte informatie om te gaan. Bij informele verzoeken is dat niet zonder meer het geval.

In twijfelgevallen doen bedrijven er daarom in de regel goed aan om:

- De toezichthouder te verzoeken om zijn mondelinge verzoek op schrift te stellen; en
- Aan de toezichthouder te vragen van welke wettelijke bevoegdheid hij al dan niet gebruikmaakt.

Voor de praktijk

Dit blog geeft enkele handvatten over hoe om te gaan met (informatie)verzoeken – formele vorderingen dan wel informele verzoeken – van toezichthouders:

- Als niet duidelijk is of sprake is van een formele vordering in de zin van de Awb of van een informeel informatieverzoek, of als niet duidelijk is van welke (wettelijke) bevoegdheid een toezichthouder gebruikmaakt, is het verstandig dit na te vragen bij de desbetreffende toezichthouder.
- Als een betrokkene geconfronteerd wordt met een erg algemene vordering tot het verschaffen van inlichtingen, is het verstandig om de toezichthouder te vragen deze vordering te concretiseren.
- Als een toezichthouder het gebruikmaken van toezichthoudende bevoegdheden niet motiveert, dan kan om een motivering worden gevraagd.

- Als een toezichthouder bescheiden wil meenemen, dan kan worden voorgesteld om de bescheiden op het bedrijf zelf in te zien en te kopiëren.
- Het is van belang dat medewerkers binnen een bedrijf op de hoogte zijn van de beschikbare bedrijfsinformatie, zodat zij goed mee kunnen werken aan een informatievordering. Dit om een schending van de medewerkingsplicht te voorkomen.

Dit zijn uiteraard slechts algemene handvatten. De gewenste handelswijze in reactie op een informatieverzoek (of vordering) verschilt per concreet geval.



Valérie
van 't Lam



Dominique
Diesfeldt



Lisa
van der Maden



Francisca
Ribero Bártolo



Mensenrechten

Het gebruik van algoritmes door overheden leidt te vaak tot discriminatie en andere mensenrechtelijke knelpunten: biedt het Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes een oplossing?

Het **College voor de Rechten van de Mens** (CRM) vroeg recent aandacht voor 'aanhoudend foutief gebruik van algoritmes door overheden'. Dit zou leiden tot discriminatie. Het CRM roept daarom op een bindende discriminatietoets te hanteren. Deze (op)roep is niet nieuw. Eerder in 2022 nam de Tweede Kamer **een motie** aan tot invoering van het 'Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes' (IAMA) bij het gebruik van algoritmes in bestuurlijke besluitvorming, ook ter voorkoming van misbruik van algoritmes. De oproep van het CRM onderstreept het belang van het door de Tweede Kamer voorgestelde IAMA. In dit blogbericht bespreken wij de bedoeling en strekking van het IAMA. Eerst schetsen wij kort de achtergrond van het gebruik van algoritmes in besluitvorming van de overheid. Wij eindigen met een aanmoediging voor de regering om het IAMA in bredere zin voor overheden bij het gebruik van algoritmes in besluitvorming te verplichten.

De overheid past in toenemende mate algoritmes bij besluitvorming toe

Waar beslissingen voorheen volledig door mensen werden genomen, gebeurt dit tegenwoordig steeds vaker (deels) geautomatiseerd: met gebruikmaking van algoritmes. Ook overheidsorganen maken gebruik van algoritmische besluitvorming. Zo gebruiken gemeenten algoritmes bij vergunningsaanvragen, regelt DUO de studiefinanciering met behulp van algoritmes en handelt de Belastingdienst veel aangiftes af door algoritmes toe te passen.

Het gebruik van algoritmes bij bestuurlijke besluitvorming kan meerdere mensenrechtelijke knelpunten opleveren.

Algoritmes kunnen bijvoorbeeld ongerechtvaardigd onderscheid maken, zodat het gebruik van algoritmes leidt tot discriminatie en strijdig is met het recht op gelijke behandeling.

Het gebruik van algoritmes kan ook op gespannen voet staan met het recht op privacy en het recht op de bescherming van persoonsgegevens.

Verder brengt het gebruik van algoritmes mogelijk risico's mee voor het recht op een eerlijk proces (zie ABRvS 17 mei 2017, **ECLI:NL:RVS:2017:1259** inzake de PAS).

Het gebruik van algoritmes bij bestuurlijke besluitvorming kan meerdere mensenrechtelijke knelpunten opleveren

Gezien de potentiële risico's van de inzet van algoritmes, gaat steeds meer maatschappelijke en juridische aandacht uit naar regulering hiervan, ook vanuit 'Europa'. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) kent een specifiek op algoritmes gerichte bepaling ter waarborging van mensenrechten. In april 2022 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een specifieke, op algoritmes gerichte, verordening gepresenteerd: de Artificial Intelligence Act (AI-verordening). Verder wordt het gebruik van algoritmes door de overheid op dit moment gereguleerd door het algemene (nationale) staats- en bestuursrecht, in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en mensen- en grondrechten (bijv. ABRvS 18 juli 2018, **ECLI:NL:RVS:2018:2454**).

Op decentraal overheidsniveau neemt ook de aandacht voor een verantwoorde inzet van algoritmes toe. De **gemeente Amsterdam** heeft bijvoorbeeld contractvoorwaarden opgesteld voor algoritmen die zij bij leveranciers inkopen. In deze contractvoorwaarden staat welke informatie op het gebied van algoritmes de gemeente van de leveranciers nodig heeft. Daardoor verkrijgt de gemeente inzicht in het proces dat tijdens het ontwikkelen en toepassen van het algoritme gevolgd is. Verder hebben meerdere gemeenten een algoritmeregister (bijv. **Amsterdam, Den Haag, Rotterdam** en **Utrecht**). Hierin staat welke algoritmes de betreffende gemeente gebruikt bij gemeentelijke dienstverlening en wat de bedoeling en werking van deze algoritmes is. Dit beoogt bij te dragen aan de transparantie en uitlegbaarheid van de algoritmes, en zo het vertrouwen te vergroten in de dienstverlening waarbij algoritmes worden gebruikt.

Het doel van IAMA

Ondanks de toenemende regulering blijft er onvrede over het gebruik door de overheid van algoritmes in besluitvorming bestaan. Er worden bij algoritmische besluitvorming nog steeds strijdigheden met belangrijke normen zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en mensen- en grondrechten geconstateerd. Zie bijvoorbeeld **dit rapport** van de lokale Rekenkamer van Rotterdam uit 2021 over onder meer gebrekkige transparantie van en ongewenste discriminatie door het algoritme dat gebruikt werd bij bijstandsfraudebestrijding.

Het **IAMA** is bedoeld als een instrument voor overheidsorganen die bij hun besluitvormingsprocessen gebruikmaken van een algoritme. Het doel van het IAMA is dat het overheidsorgaan al in een vroege fase van het besluitvormingstraject aandacht besteedt aan de gevolgen van een specifiek algoritmegebruik voor mensenrechten. Het IAMA bevat hiertoe een groot aantal vragen waarop het overheidsorgaan een antwoord moet formuleren. Het IAMA beoogt zo een waarborgfunctie te vervullen voorafgaand aan de inzet van algoritmes (waaronder ook de ontwikkeling, inkoop en aanpassing daarvan wordt verstaan) bij het nemen van een overheidsbesluit. Maar ook wanneer een algoritme al in bepaalde besluitvorming wordt gebruikt kan het IAMA nog steeds van nut zijn, als instrument voor reflectie.

Het doel van het IAMA is dat het overheidsorgaan al in een vroege fase van het besluitvormingstraject aandacht besteedt aan de gevolgen van een specifiek algoritmegebruik voor mensenrechten

Het IAMA beoogt te voorkomen dat het overheidsorgaan een algoritme inzet, zonder de consequenties daarvan goed te hebben doorgrond en gewogen. Zo stelt het overheidsorgaan met behulp van het IAMA bijvoorbeeld vast wat de risico's zijn van een specifiek algoritme. Het gaat om risico's op grondrechteninbreuken, maar ook op onzorgvuldigheid en inefficiëntie.

Het IAMA dient te worden doorlopen door degenen die vanuit overheidsorganen verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling en/of de inzet van een algoritmisch systeem. Overheidsorganen kunnen het IAMA – op dit moment nog – op vrijwillige basis doorlopen.

De inhoud van het IAMA

Het IAMA bestaat uit vier delen.

In de eerste drie delen komen de eerste drie fasen van een traject rondom algoritmegebruik aan de orde. Kort gezegd zien de vragen in **deel 1** op de voorbereidingsfase: wat is de aanleiding en wat zijn de beoogde effecten van de inzet van het algoritme?

In **deel 2** gaat het om de vormgeving van het in te zetten algoritme: welke data worden ingezet en wat voor algoritme wordt gebruikt?

Deel 3 ziet op de vormgeving van de implementatie en toezichtfase.

Tot slot besteedt het IAMA in **deel 4** aandacht aan het vaststellen van de risico's op het maken van inbreuk op grondrechten en zo ja, of deze inbreuk eventueel gerechtvaardigd is. Als dat niet het geval is, geeft het IAMA aan dat de inzet van het algoritme mogelijk problematisch is.

De motie die overheidsorganen verplicht het IAMA toe te passen

Op 5 april 2022 is door een grote meerderheid van de Tweede Kamer een motie aangenomen, die tot doel heeft misbruik van algoritmes te voorkomen (**Kamerstukken II 2021-22, 26643, 835**). De Tweede Kamer verzoekt met de motie de regering om het IAMA verplicht te stellen voorafgaand aan het gebruik van algoritmen wanneer algoritmen worden ingezet om evaluaties van of beslissingen over mensen te maken. Verder verzoekt de Tweede Kamer de regering om verplicht te maken waar mogelijk de uitkomsten van het IAMA openbaar te maken.

Het doel van de motie is 'misbruik van algoritmes' helpen voorkomen. De motie legt niet uit wat daarmee precies wordt bedoeld en een nadere toelichting bij de motie ontbreekt. Ook het IAMA heeft het niet over 'misbruik van algoritmes'. Wij nemen aan dat wordt bedoeld om te voorkomen dat met de inzet van algoritmes mensenrechten in de knel komen.

Er zijn relevante verschillen in de reikwijdte van het IAMA zelf en de verplichting die de Tweede Kamer daarvan nu voorschrijft.

Ten eerste stelt de motie voor het IAMA alleen te verplichten voorafgaand aan het gebruik van algoritmes. Het IAMA kan echter ook dienen als instrument voor reflectie wanneer een algoritme al wordt ingezet.

Ten tweede beperkt de motie de voorgestelde verplichting nadrukkelijk tot het gebruik van algoritmes bij het maken van beslissingen over of evaluaties van 'mensen'. Het IAMA is daarentegen – terecht – ook toepasbaar wanneer mensenrechten van rechtspersonen in het geding zijn (zie p. 17 van het IAMA: het is bij het gebruik van algoritmes van belang dat '*burgers en rechtspersonen kunnen weten waar ze aan toe zijn en zo nodig hun handelen kunnen afstemmen op de verwachte gevolgen*').

De gevolgen van de in de motie voorgestelde verplichting tot toepassing van het IAMA

De motie leidt er uiteindelijk toe dat overheidsorganen het IAMA moeten gaan uitvoeren en – waar mogelijk – de uitgevoerde assessments moeten openbaar maken. Verplichte toepassing van het IAMA betekent niet dat zij daarmee extra verantwoordelijkheden krijgen ter waarborging van mensenrechten of het maken van zorgvuldige beslissingen. Deze verplichtingen hebben overheidsorganen reeds op grond van het staats- en bestuursrecht waarvan de mensenrechten deel uitmaken.

Toch kunnen verplichte toepassing van het IAMA en de openbaarmaking van de resultaten daarvan belangrijke, gunstige effecten hebben. Dit zorgt namelijk voor:

- *Meer houvast voor overheden bij het voldoen aan de (mensenrechtelijke) verplichtingen die op hen rusten.* De verplichting tot het uitvoeren van het IAMA bevestigt de verantwoordelijkheid die de overheid heeft voor de mensenrechtelijke gevolgen van de inzet van een algoritme. Het IAMA vult deze verantwoordelijkheden op een praktische wijze verder in. Het helpt overheden zo aan hun verplichtingen te voldoen. Daarmee stimuleert het IAMA dat overheidsorganen een kritische positie innemen als zij een algoritme willen inzetten, zij daarbij de juiste vragen stellen en een eigen afweging maken, en niet bijvoorbeeld louter afgaan op en richting burgers verwijzen naar de uitleg van de ontwerper van het algoritme.
- *Een bewustere, prominenter rol voor mensenrechten bij het gebruik van algoritmes.* Het IAMA maakt de risico's van het gebruik van specifieke algoritmes inzichtelijker. Het IAMA besteedt bijvoorbeeld uitgebreid aandacht aan het achterhalen van *biases* die in data besloten liggen. Het wegnemen of voorkomen van *biases* kan leiden tot algoritmes die 'beter zijn' vanuit mensenrechtelijk perspectief. Hierover merken wij wel op dat het achterhalen van de *biases* in data lastig kan zijn. Van tevoren kan namelijk lang niet altijd goed beoordeeld worden welke *biases* er (potentieel) zijn.
- *Een vergrote inzichtelijkheid en controleerbaarheid van gebruikte algoritmes voor burgers.* De motie verzoekt de uitkomsten van het IAMA verplicht openbaar te maken. Het IAMA beoogt bestuurlijke besluitvorming inzichtelijker te maken door de *input* van het algoritme en de *throughput* van een project expliciet te maken. Ook waarborgt het IAMA dat de overheid uitlegt wat het algoritme doet, hoe het algoritme dit doet en op basis van welke data het algoritme dit doet. Zo beoogt het IAMA een transparanter algoritmisch proces, dat nu nog vaker een *black-box*. Hierdoor zou minder snel een ongelijkwaardige procespositie van de burger jegens het overheidsorgaan moeten ontstaan. Wij menen dat het IAMA inderdaad aan een gelijkwaardigere procespositie kan bijdragen, met dien verstande dat voor een goed begrip van de vaak complexe algoritmes de burger nog steeds externe deskundigheid zal moeten inschakelen. Dit is kostbaar en daarmee blijft mogelijk een drempel voor de burger bestaan om in een gelijkwaardige procespositie met de overheid te komen.
- *Verdere invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel.* In de toekomst kan de situatie voordoen dat het uitvoeren van een IAMA verplicht is gesteld, maar er in de praktijk geen IAMA is uitgevoerd. Ook is het denkbaar dat na de uitvoering van het IAMA duidelijk is geworden dat risicobeheersing noodzakelijk is, maar dat het overheidsorgaan hiertegen niet afdoende maatregelen heeft genomen. In dat geval is het denkbaar dat dit een sterke aanwijzing is voor een schending van in ieder geval het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht). Het IAMA kan daarmee ook in rechterlijke procedures een belangrijk instrument worden ter beoordeling van de rechtmatigheid van een algoritmische besluitvorming.

Conclusie

Het CRM vindt het noodzakelijk om een bindende, effectieve discriminatietoets in te stellen om foutief gebruik van algoritmes door overheden te voorkomen. De door ons besproken motie over het IAMA heeft de potentie om hieraan tegemoet te komen, en bo-

vendien verder te gaan. Het IAMA kan bijdragen aan het voorkomen van discriminatie en andere mensenrechtelijke knelpunten. De precieze, hopelijk positieve gevolgen van de verplichte toepassing en openbaarmaking van het IAMA, zoals in de motie voorgesteld, zijn echter afhankelijk van de verdere uitwerking daarvan door de regering. Daarvoor brengen wij graag een aantal (in de motie) onderbelichte punten onder de aandacht. Allereerst zijn sommige mensenrechten ook inroepbaar door rechtspersonen, maar is de motie beperkt tot het gebruik van algoritmes bij het maken van beslissingen over of evaluaties van 'mensen'.

Daarnaast is voor een daadwerkelijke waarborging van mensenrechten van belang dat de mensenrechtelijke gevolgen van het inzetten van een algoritme ook na de toepassing ervan worden gemonitord blijven. Het IAMA kan bij beide punten een belangrijke waarborgfunctie vervullen. Wij moedigen de regering aan om ook hiernaar te kijken bij de verdere uitwerking van de motie.



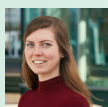
Tom
Barkhuysen



Machteld
Claessens



Janita
Hofman



Tess
Linders



Is de Autoriteit Persoonsgegevens te streng? Volgens de Europese Commissie wel

De Europese Commissie vindt dat de Autoriteit Persoonsgegevens te streng is bij de uitleg van het begrip 'gerechtvaardigd belang'. Dit blijkt uit een brief uit 2020, die NRC recent heeft gepubliceerd. De autoriteit zou zo het vrije ondernemerschap in de Europese Unie belemmeren. De Autoriteit Persoonsgegevens is niet van plan haar standpunt te wijzigen, zo zou blijken uit een (andere) brief die NRC in handen heeft. Dit belooft voer te worden voor het aanhangige hoger beroep in de VoetbalTV zaak, waarin de uitleg van het begrip 'gerechtvaardigd belang' centraal staat. In dit blog gaan wij kort in op deze zaak en op de visies van de Nederlandse toezichthouder en de Europese Commissie op het begrip 'gerechtvaardigd belang'. We analyseren daarbij of de Autoriteit Persoonsgegevens, gelet op de achtergrond van het persoonsgegevens-beschermingsrecht, inderdaad te streng is en of dit gevolgen moet hebben voor de aan VoetbalTV opgelegde boete.

In haar **brief** d.d. 6 maart 2022 stelt de Europese Commissie dat de Autoriteit Persoonsgegevens ('**AP**') te streng is bij de uitleg van het begrip 'gerechtvaardigd belang' als bedoeld in artikel 6 lid 1 onder f van de Algemene Verordening Gegevensbescherming ('**AVG**'). Dit artikel biedt een grondslag voor onder meer commerciële partijen om persoonsgegevens te gebruiken (te verwerken) bij het aanbieden van hun diensten. De Europese Commissie vreest dat de uitleg van de AP de markt te veel belemmert, terwijl de AP op haar beurt wil voorkomen dat persoonsgegevens te makkelijk gebruikt worden.

Al enkele jaren speelt deze uitleg van de AP een rol in het kader van de VoetbalTV zaak. VoetbalTV was een streamingsdienst die amateurvoetbalwedstrijden uitzond. Hiertoe had zij bij 150 amateurclubs camera's opgehangen. Hoewel de clubs hiervoor toestemming hadden gegeven, hadden de individuele spelers – waaronder veel minderjarigen – dit niet gedaan. VoetbalTV stelt dat zij de gegevens van de spelers desalniettemin mocht verwerken, omdat zij hier een gerechtvaardigd belang voor had. De AP

was het hier niet mee eens en heeft in november 2019 een boete van € 575.000 opgelegd aan VoetbalTV. Hierover is veel te doen geweest. Hoewel de Rechtbank Midden-Nederland ('**de Rechtbank**') het boetebesluit **in november 2020 vernietigde** omdat de AP volgens haar uitgang van een verkeerde interpretatie van 'gerechtvaardigd belang', kwam dit voor VoetbalTV te laat: zij was in september 2020 failliet verklaard, na eigen zeggen vanwege door een **treu- zelende houding van de AP**. De AP is bovendien (toentertijd) in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de Rechtbank, zo blijkt uit het **Jaarverslag 2020 van de AP**.

Dit blog bespreekt het standpunt dat de AP innam (in de context van de procedure bij de Rechtbank) over het begrip 'gerechtvaardigd belang' en welke redenen de AP heeft om aan dit standpunt vast te houden (**paragraaf 1**). Kortgezegd vreest de AP dat ander het hek van de dam is en dat commerciële partijen te snel persoonsgegevens gaan verwerken. Vervolgens zet dit blog uiteen hoe de Rechtbank en de Europese Commissie tegen dit standpunt aankijken (**paragraaf 2**). Tot slot zet dit blog uiteen waarom de AVG mogelijkheden biedt voor de AP om te snel en onnodig gebruik van persoonsgegevens aan banden te leggen (**paragraaf 3**).

Voor de Rechtbank stelt de AP zich op het standpunt dat een gerechtvaardigd belang een belang is dat in wetgeving of elders in het recht is benoemd als een rechtsbelang

1. Het 'gerechtvaardigd belang' volgens de AP: zuiver commerciële belangen zijn onvoldoende

Voor de Rechtbank stelt de AP zich op het standpunt dat een gerechtvaardigd belang een belang is dat in wetgeving of elders in het recht is benoemd als een rechtsbelang. Zuiver commerciële belangen en het belang van winstmaximalisatie zijn niet specifiek genoeg en missen dergelijk 'wettelijk' karakter, zodat zij volgens de AP niet kunnen worden aangemerkt als gerechtvaardigde belangen.

Volgens **de NRC** zou vooral de voorzitter van de AP deze visie sterk aanhangen. Uit zijn reactie op de hiervoor genoemde brief van de Europese Commissie zou blijken dat hij vreest dat wanneer puur commerciële belangen reden kunnen zijn om ongevraagd persoonsgegevens te verwerken, dit leidt tot een situatie waarin extra gevoelige persoonlijke data juist sneller worden verzameld dan minder privacygevoelige gegevens. Hij zou ervan overtuigd zijn dat dit niet het geval kan zijn.

2. Het 'gerechtvaardigd belang' volgens de Rechtbank Midden-Nederland en de Europese Commissie

Zowel de Rechtbank als de Europese Commissie gaan niet mee in de visie van de AP. De Rechtbank overweegt dat nergens uit blijkt dat een gerechtvaardigd belang altijd een benoemd rechtsbelang is. Bij de uitleg van het begrip vindt zij wel houvast bij de **conclusie van advocaat-generaal ('AG') Bobek** in de zaak Fashion ID (r.o. 15). AG Bobek concludeert dat de term 'gerechtvaardigd belang' "tamelijk flexibel en open van aard" is (o. 122). Volgens hem bestaat er geen type belang dat per se uitgesloten is, mits het belang op zichzelf wettig is. Deze visie sluit aan bij een opinie uit 2014 van de WP29 (een voormalig onafhankelijke Europese adviesorgaan) (**WP 217**). Hij is dan ook van mening dat ook het zo goed mogelijk maken van reclame een gerechtvaardigd belang kan zijn (o. 123). Uiteindelijk concludeert de Rechtbank dat de vraag of een verwerkingsverantwoordelijke een gerechtvaardigd belang heeft, moet worden beoordeeld aan de hand van de negatieve toets: hij mag slechts geen belang nastreven dat in strijd is met de wet. 'Gerechtvaardigd belang' verwijst, met andere woorden, naar legitiem belang en niet naar wettig belang (r.o. 16).

De Europese Commissie zit op dezelfde lijn, en stelt – in het bijzonder onder verwijzing naar de opinie van de WP29 en andere taalversies van de wet – dat vele verschillende belangen onder een 'gerechtvaardigd belang' kunnen zijn. Het categorisch uitsluiten van commerciële belangen zou niet leiden tot een passend evenwicht tussen het recht op gegevensbescherming enerzijds en de vrijheid van ondernemerschap anderzijds. Daarbij benadrukt zij dat het doel van de AVG niet het belemmeren van bedrijfsactiviteiten is, maar juist het mogelijk maken daarvan terwijl een hoog niveau van gegevensbescherming wordt gewaarborgd.

3. Een gevaar voor de betrokkene als commerciële belangen gerechtvaardigde belangen zijn? Een gerechtvaardigd belang is nog geen verwerkingsgrondslag

De Europese Commissie benoemt verder dat het enkel aanwezig zijn van een gerechtvaardigd belang niet meteen leidt tot een verwerkingsgrondslag in de zin van de AVG. Hiervoor moet aan nog twee eisen zijn voldaan:

- (i) de verwerking moet noodzakelijk zijn, en
- (ii) de belangen van de grondrechten en fundamentele vrijheden van betrokkenen die tot de bescherming van persoonsgegevens nopen, mogen niet zwaarder wegen dan het gerechtvaardigde belang.

Dit blijkt ook uit de relevante AVG-bepaling. Artikel 6 lid 1 aanhef en onder f AVG bepaalt dat gerechtvaardigde belangen een grondslag voor verwerking vormen *"behalve wanneer de belangen of de grondrechten en de fundamentele vrijheden van betrokkene die tot de bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan die belangen, met name wanneer de betrokkene een kind is"*. De VoetbalTV zaak betreft een voor zover relevant

gelijkluidende voorganger van deze bepaling, die in artikel 8 aanhef en onder f Wet bescherming persoonsgegevens ('Wbp') was verankerd. In dit artikel is enkel de toevoeging ten aanzien van kinderen niet opgenomen.

Wij denken dat de visie van de AP en de visie van de Rechtbank en de Europese Commissie in de VoetbalTV zaak, en in vergelijkbare zaken, samen kunnen komen, via de noodzakelijkheidseis en de belangenafweging. Gezien de jurisprudentie en de brief van de Europese Commissie is het lastig vol te houden dat commerciële belangen onder geen beding een gerechtvaardigd belang kunnen opleveren. Hoewel een categorische uitsluiting leidt tot meer persoonsgegevensbescherming, betekent een ruimere uitleg nog niet dat belangen van betrokkenen niet goed worden beschermd. De aanwezigheid van een gerechtvaardigd belang impliceert immers nog geen verwerkingsgrondslag. Hiervoor is meer nodig. Er moet een belangenafweging plaatsvinden, waarbij grondrechtelijke belangen worden meegenomen. Dit zou de door AP-voorzitter geuite zorg moeten tegengaan dat "extra gevoelige persoonlijke data juist sneller worden verzameld dan minder privacygevoelige gegevens" wanneer commerciële belangen gerechtvaardigde belangen kunnen zijn. Immers, als extra gevoelige persoonlijke data is betrokken, hebben de grondrechtelijke belangen van de betrokkene veel gewicht en zal het gerechtvaardigde belang van de verwerkingsverantwoordelijke niet automatisch tot een verwerkingsgrondslag leiden.

Als extra gevoelige persoonlijke data is betrokken, hebben de grondrechtelijke belangen van de betrokkene veel gewicht en zal het gerechtvaardigde belang van de verwerkingsverantwoordelijke niet automatisch tot een verwerkingsgrondslag leiden

Ook in de VoetbalTV-zaak is goed verdedigbaar dat de fundamentele vrijheden van betrokkenen zwaarder wegen dan het gerechtvaardigd belang van VoetbalTV. De gegevens die werden uitgezonden betroffen immers ook minderjarige voetballers. Dat dit van belang is blijkt weliswaar niet letterlijk uit artikel 8 aanhef en onder f Wbp, maar de toevoeging hiervan in artikel 6 lid 1 onder f AVG is volgens ons niet zozeer een inhoudelijke wijziging, maar een verduidelijking. Het grondrechtelijk kader is met de AVG immers niet gewijzigd. Wij zouden de AP dan ook aanraden zich in het hoger beroep voornamelijk op deze belangenafweging te richten. Mogelijk moet zij haar boetebesluit dan wel alsnog aanpassen. De Rechtbank heeft namelijk overwogen dat deze toets onvoldoende in het boetebesluit is aangelegd. Deze zou hierdoor niet voldoende zorgvuldig tot stand zijn gekomen.



Ali
al Khatib



Janita
Hofman



Podcasts

Het evenredigheidsbeginsel en kritische toetsing van bestuursbesluiten

In deze podcast gaan Lisa van der Maden, Jan Reinier van Angeren en Tom Barkhuysen in op de ontwikkeling en uitwerking van het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel blijkt in de praktijk noodzakelijk om disproportionaliteit van bestuursbesluiten te voorkomen, zoals de toeslagenaffaire recent heeft aangetoond.

Hoe de overheid de klimaattransitie wél op juridisch effectieve wijze kan stimuleren

De Nederlandse overheid speelt een belangrijke rol in het halen van de gestelde klimaatdoelen. Ali al Khatib en Tom Barkhuysen bespreken in deze podcast wat de overheid juridisch effectief kan doen om de klimaattransitie te stimuleren en hoe zij daarin kan samenwerken met het bedrijfsleven.

Het Didam-arrest en de gevolgen voor verkoop van onroerende zaken door overheden

In het Didam-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de contractsvrijheid van de overheid beperkt wordt door het gelijkheidsbeginsel. Dat heeft directe gevolgen voor de wijze waarop overheden omgaan met de verkoop van onroerende zaken, zoals grond. Ali al Khatib en Erik Verweij bespreken in deze podcast de totstandkoming van deze uitspraak en de praktische gevolgen voor overheden en private partijen.

Vertrouwen op voorlichting door de overheid

Tirza Cramwinckel en Tom Barkhuysen bespreken in deze podcast voorlichting die de overheid, waaronder de Belastingdienst, geeft aan burgers over wet- en regelgeving. Zij gaan in op de verwachtingen die burgers hieraan kunnen ontleenen in juridisch opzicht. Een actueel onderwerp, nu de afgelopen jaren duidelijk is geworden dat burgers in de problemen kunnen komen als er in het recht te weinig oog is voor hun perspectief.

Circulair ondernemen en de juridische mogelijkheden en beperkingen

In deze Stibbe Legal Insights gaan Bram Schmidt, Ida Mae de Waal en Christian van Maaren in op het juridisch kader bij circulariteit. Zij bespreken de transitie naar een circulaire economie en hoe bedrijven, ondanks de beperkingen van huidige wet- en regelgeving, meer circulair kunnen opereren. Ook bespreken zij hoe bedrijven zich kunnen voorbereiden op nieuwe Europese wet- en regelgeving op het gebied van hergebruik, recyclen en circulair productontwerp.

De burgerschapsopdracht van het onderwijs

Deze aflevering van Stibbe Legal Insights gaat over de burgerschapsopdracht van het onderwijs. Machteld Claessens, advocaat, en Tamar de Waal, universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en rechtsfilosoof, bespreken wat burgerschap inhoudt, wat de betekenis en het doel van burgerschapsonderwijs zijn en hoe scholen hieraan invulling kunnen geven.

Praktijkgroep bestuursrecht



Jan Reinier van Angeren

Partner

+31 20 546 01 95
janreinier.vanangeren@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht & ruimtelijk ordeningsrecht



Anna Collignon

Partner

+31 20 546 01 39
anna.collignon@stibbe.com

Omgevingsrecht en handhaving, in het bijzonder milieu en natuur



Valérie van 't Lam

Partner

+31 20 546 05 35
valerie.vantlam@stibbe.com

Omgevingsrecht en handhaving, in het bijzonder milieu, klimaat en de energietransitie



Liesbeth Berkouwer

Senior Associate

+31 20 546 03 06
liesbeth.berkouwer@stibbe.com

Algemeen bestuurs(proces)recht, ruimtelijke ordeningsrecht en milieurecht



Machteld Claessens

Senior Associate

+31 20 546 00 79
machteld.claessens@stibbe.com

Algemeen bestuurs(proces)recht, grondrechten, WNT & onderwijsrecht



Lisa van der Maden

Senior Associate

+31 20 546 05 15
lisa.vandermaden@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht

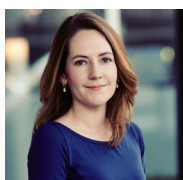


Sophie Ravelli

Senior Associate

+31 20 546 00 10
sophie.ravelli@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht en gezondheidsrecht



Neeltje Walgemoed

Senior Associate

+31 20 546 02 83
neeltje.walgemoed@stibbe.com

Milieurecht, klimaat en energietransitie



Tom Barkhuysen

Partner

+31 20 546 03 90
tom.barkhuysen@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht, Europees recht & handhaving. Hoogleraar Bestuursrecht



Tijn Kortmann

Of counsel

+31 20 546 04 12
tijn.kortmann@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht & snijvlak met privaatrecht



Jan van Oosten

Partner

+31 20 546 06 62
jan.vanoosten@stibbe.com

Omgevingsrecht, in het bijzonder ruimtelijk ordeningsrecht

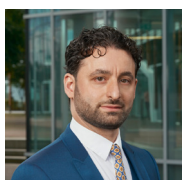


Roos Bruijnsteen

Senior Associate

+31 20 546 02 33
roos.bruijnsteen@stibbe.com

Milieurecht & handhaving



Ali al Khatib

Senior Associate

+31 20 546 05 72
ali.alkhatib@stibbe.com

Economisch bestuursrecht, Europees recht, staatssteunrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht

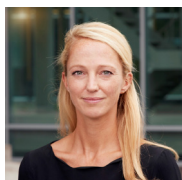


Rut Molenaar-Wingens

Senior Associate

+31 20 546 05 98
rut.molenaar-wingens@stibbe.com

Bestuursrecht, ruimtelijke ordeningsrecht en mobiliteit

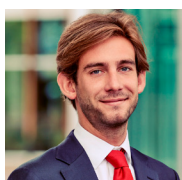


Anne-Marie Span

Senior Associate

+31 20 546 02 03
anne-marie.span@stibbe.com

Omgevingsrecht



Laurens Westendorp

Senior Associate

+31 20 546 09 48
laurenswestendorp@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht en economisch bestuursrecht

Praktijkgroep bestuursrecht

Associates



Maciek Bednarski



Thomas Boot



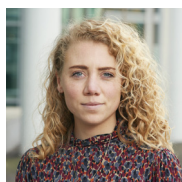
Lisanne van Boven



Koen Giezeman



Sofja Goldstein



Frédérique ten Hove



Pauline van Lingen



Jane van der Loo



Nikita Nowotny



Annalies Outhuijse



Sandra Putting



Francisca Ribeiro
Bartolo



Bram Schmidt



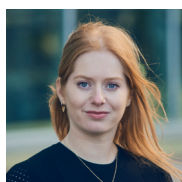
Jake Tingen



Ramses Walon



Jelmer Ypinga



Annemieke Zwanenburg

Junior Associates



Emma Biemans



Dominique Diesfeldt



Diederik de Groot



Rachèl Held



Janita Hofman



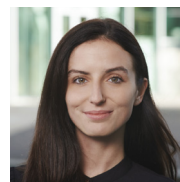
Shila Kobakiwal



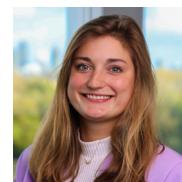
Helin Özcan



Meike Pakkert



Lili Szuhai



Stella van Venrooij

Professional Support Lawyers



Jeroen Heymans



Tess Linders