

Stibbe



Het bestuursrechtelijke jaar 2021

In blogs en podcasts

Amsterdam

Brussels

London

Luxembourg

New York

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 2021 gebundeld. Deze blogs geven een goed beeld van de ontwikkelingen uit het afgelopen jaar. Veel van deze ontwikkelingen zetten zich voort in 2022. Onderwerpen waarover we het komende jaar waarschijnlijk nog veel gaan horen zijn:

THEMA 1

Corona

De Covid-19 pandemie heeft diverse staats- en bestuursrechtelijke vragen opgeworpen. Onder meer over digitalisering, staatssteun en de NOW-subsidie. Het komende jaar zal nog steeds in het teken staan van Corona gelet op de vele subsidieterugvorderingen die zullen komen. De vraag rijst welke bestuursrechtelijke Corona-maatregelen ook na de pandemie het behouden waard zijn.

THEMA 2

Emissies naar de lucht, waaronder stikstof en energietransitie

Om de klimaatverandering af te remmen en de transitie naar andere bronnen van energie te versnellen, worden energie- en klimaatdoelen gesteld op internationaal, Europees, nationaal en regionaal niveau. Denk bijvoorbeeld aan de concrete inzet en het gebruik van duurzame energiebronnen zoals zon en wind. Er zijn ook andere initiatieven om emissies naar de lucht van stoffen te beperken, zoals het Schone Lucht Akkoord. We verwachten veel aandacht voor deze onderwerpen ook bij vergunningverlening voor de industrie. Daarnaast verwachten we dat de stikstofproblematiek ook in 2022 zal blijven zorgen voor veel uitspraken over vergunningverlening en intrekkingverzoeken van bestaande natuurvergunningen. Met de aparte Minister voor Natuur en Stikstof kijken we ook uit naar nieuwe concrete (uitvoerings) maatregelen.

THEMA 3

Evenredigheid en maatwerk

De kinderopvangtoeslagaffaire heeft het thema maatwerk en evenredigheid hoog op de bestuursrechtelijke agenda gezet. In 2022 wordt een belangrijke uitspraak verwacht van de Afdeling bestuursrechtspraak over evenredigheid. Het coalitieakkoord kondigt aan dat er een vorm van grondwettoetsing komt. Gaat in 2022 artikel 120 Grondwet eindelijk op de schop?

THEMA 4

Omgevingswet

De invoeringsdatum van de omgevingswet, te weten 1 juli 2022, wordt niet gehaald. De beoogde invoeringsdatum van de omgevingswet wordt 1 oktober 2022 of 1 januari 2023 (**Kamerbrief minister voor Volksgezondheid en Ruimte Ordening d.d. 1 februari 2022**).

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

Inleiding

2



Algemeen bestuursrecht

- Ontvankelijk bestuursrecht 5
- Bestuursrechtelijke voorstellen van het kabinet naar aanleiding van de toeslagenaffaire: moet alles anders? 7
- FAQ: Hoe een begrip uit te leggen als een definitie of andere uitleg ervan in de wettelijke regeling ontbreekt? 10



Omgevingsrecht

- De Afdeling geeft criteria voor werken met open normen in bestemmingsplannen en omgevingsplannen 12
- De Afdeling: niet-belanghebbenden zijn soms welkom bij de bestuursrechter vanwege het Varkens in Nood- arrest 15
- Toenemende sturing op vestigingslocaties datacenters 17
- Mobility as a Service ("MaaS") in bestemmingsplannen. Hoe werkt dat? 23



Energietransitie en klimaat

- Klimaatzaak Milieudefensie e.a. – rechtbank beveelt Shell te zorgen voor CO2-reductie 26
- Afdeling haalt wind uit de zeilen van normen over windturbines in Activiteitenbesluit 31
- Voorstel tot wijziging van het Europees emissiehandelssysteem (ETS) in het kader van Fit-for-55 34
- De Europese Klimaatwet uitgelicht 38



Stikstof

- De Afdeling over extern salderen: inzicht bieden in andere stikstofmaatregelen 40
- Beoordelingskader voor intrekking natuurvergunningen en geen vergunningplicht bij intern salderen: een duidelijke uitspraak 44



Corona

- Eerste NOW-uitspraak van de Centrale Raad van Beroep bevestigt dat mogelijk nadelige bepalingen in de NOW niet onevenredig zijn 46



Emissie-eisen

- Het Schone Lucht Akkoord en de industrie: de overheid zet in op strengere emissie-eisen 48



Openbaarheid van bestuur

- FAQ: Wat verandert er met de inwerkingtreding van de Woo ten opzichte van de Wob? Een update 50



Schaarse rechten

- Schaarse vergunning moet lonen: terugverdiendtijd investeringen van belang bij bepalen 'passende beperkte duur' 54



Staatssteun

- Europese Commissie herzielt en verruimt een belangrijk staatssteunkader: consultatie wijzigingen AGVV geopend tot 8 december 2021 56



Mobiliteit

- Eindelijk staat een nieuwe spoorwegwet op de rails! 58



Toezicht en handhaving

- Overzichtsuitspraak ABRvS: overmacht en de wettelijke dwangsommen wegens niet tijdig beslissen. Hoe werkt dat? 61



Digital Government

- Overheid: let op naleving AVG 64



Omgevingswet

- Participatie en privacyregels: hoe te combineren onder de Omgevingswet? 66



Podcasts

- Podcast: Nederlands bestuursprocesrecht in strijd met Verdrag van Aarhus
- Podcast: de NOW en het procesrecht
- Podcast: de NOW en het bonusverbod
- Podcast: de NOW en de accountantscontrole
- Podcast: de NOW en faillissementen

69

Praktijkgroep bestuursrecht

70



Algemeen bestuursrecht

Ontvankelijk bestuursrecht

De omgang met ontvankelijkheidskwesties bij de bestuursrechter is vaak een goede graad-meter voor het bestuursrechtelijk klimaat. Een klimaat dat in wisselwerking tussen wetgever en rechter wordt bepaald.

Is deze omgang streng, dan is er veelal sprake van een op efficiency gericht klimaat. Projecten waarvoor vergunningen nodig zijn en handhavingsacties, bijvoorbeeld, mogen daarin zo weinig mogelijk hinder ondervinden van rechterlijke procedures. Bij een soepelere omgang met ontvankelijkheidsvragen hoort vaak een klimaat waarin het belang van effectieve rechtsbescherming meer voorop staat. Daarin wordt het niet als negatief gezien als projecten door rechterlijke procedures worden vertraagd of moeten worden aangepast. Iets vergelijkbaars geldt ten aanzien van rechterlijke toetsing van handhavingsbesluiten.

Twee recente (sets van) uitspraken over ontvankelijkheidskwesties laten zien dat we middenin een wisseling van de wacht zitten als het gaat om het bestuursrechtelijk klimaat. Dit verandert ontegenzeggelijk verder ten gunste van de rechtsbescherming. Er is wat dat betreft zelfs sprake van een bestuursrechtelijke lente. Maar een derde –uitspraak illustreert dat nog niet alle groepen daarvan kunnen meeprofiteren.

De eerste set uitspraken vindt zijn oorsprong in prejudiciële vragen van de Rechtbank Limburg die resulteerden in het *Varkens in Nood* arrest van het Hof van Justitie (**ECLI:EU:C:2021:7**). Als gevolg van dit arrest oordeelde de Afdeling onlangs dat vanwege het Verdrag van Aarhus voortaan de ontvankelijkheidsdrempel van artikel 6:13 Awb niet meer kan worden tegengeworpen aan belanghebbenden die geen zienswijze hebben ingediend (**ECLI:NL:RVS:2021:786**). Recenter oordeelde de Afdeling dat gelet

op het *Varkens in Nood* arrest zelfs voor niet-belanghebbenden beroep openstaat bij de bestuursrechter als zij maar een zienswijze hebben ingediend (**ECLI:NL:RVS:2021:953**). Opvallend aan beide uitspraken van de Afdeling is bovendien dat deze nieuwe lijnen in afwachting van actie van de wetgever gaan gelden voor vrijwel alle omgevingsrechtelijke besluiten, ook buiten de reikwijdte van het Verdrag van Aarhus. Een heel ruimhartige ontvankelijkheidsbenadering dus.

Recenter oordeelde de Afdeling dat gelet op het *Varkens in Nood* arrest zelfs voor niet-belanghebbenden beroep openstaat bij de bestuursrechter als zij maar een zienswijze hebben ingediend.

Eveneens ruimhartig is de Rechtbank Noord-Nederland als het gaat om de verschoonbaarheid van termijnoverschrijdingen (**ECLI:NL:RBNNE:2021:1833**). Omdat het zo'n mooie centrale rechtsoverweging is, volgt daarvan hierna het letterlijke citaat: 'Gelet op de geestestoestand van eiser en de andere omstandigheden van het geval is naar het oordeel van de rechtbank sprake van een situatie van verschoonbaarheid als bedoeld in artikel 6:11 van de Awb. De rechtbank is bekend met de strikte jurisprudentie van de AbRvS ten aanzien van deze bepaling. Het kan echter niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat de termijnoverschrijding in deze aardbevingszaak aan eisers kan worden tegengeworpen. Immers, de wetgever heeft zich in de afgelopen jaren ook als opdracht gesteld om zich aan te passen aan het doenvermogen van de burger en een realistisch burgerperspectief tot uitgangspunt te nemen (zie **WRR Rapport** nr. 97 (2017) 'Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid', en, bijvoorbeeld, **Kamerstukken I 2018/19, 34775**,

AS). Dit vereist dat wordt uitgegaan van realistische assumpties ten aanzien van de mentale belastbaarheid van burgers, waarbij een rol spelen de mentale belasting, de cumulatie van lasten, de gevolgen van inertie of fouten, en hulp en vroegsignalering. De rechtbank verwijst ook naar de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 1 maart 2017 (**ECLI:NL:RBNNE:2017:715**) waarin de zware geestelijke belasting van de burger in de aardbevingsproblematiek juridisch is erkend in die zin dat is geoordeeld dat gesproken kan worden van een ernstige inbreuk op een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, welke inbreuk ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel, bij degenen die daardoor persoonlijk gevoelens van angst, zorg en psychisch onbehagen ervaren, leidt tot aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub b van het Burgerlijk Wetboek.'

In schril contrast hiermee staat de positie van asielzoekers die te lang moeten wachten op beslissingen van de IND en daartegen rechtsbescherming zoeken. Voor hen geldt sinds juli 2020 voor de periode van één jaar de Tijdelijke wet opschorting dwangsommen IND. De wetgever beoogt daarmee de werklast van de IND en de financiële last van verbeurde dwangsommen voor het Ministerie van Justitie en Veiligheid te verminderen. De oorzaak daarvan is overigens louter gelegen in de traagheid van IND. Als gevolg van deze wet zag de Afdeling bestuursrechtspraak zich recent gedwongen te bepalen dat zij in dit soort gevallen geen oordeel kan geven over de vraag of de IND op tijd op de aanvraag van de vreemdeling heeft beslist en dus ook niet over het verzoek om een dwangsom (**ECLI:NL:RVS:2021:1027**). Dergelijke beroepen zijn niet ontvankelijk omdat de Afdeling niet meer bevoegd is daarover te oordelen. De Afdeling kon daarom niet meer doen dan erop wijzen dat de keuze van de wetgever voor het invoeren van deze tijdelijke wet tot gevolg heeft dat de vreemdeling in deze zaak alleen nog een vordering kan instellen bij de burgerlijke rechter als restrechter en niet meer terecht kan bij de bestuursrechter. Niet bepaald een aantrekkelijk laagdrempelig en snel alternatief voor asielzoekers die wachten op een IND-besluit. De verwijzing door de Afdeling naar de optie van de burgerlijke rechter kan dan ook vooral worden gezien als impliciete – terecht – kritiek op de wetgever.



Met deze jurisprudentie toont de bestuursrechter zich gelukkig ontvankelijk voor kritiek als het gaat om de toegang tot de rechter. Die was, zoals de hiervoor besproken zaken illustreren, de afgelopen jaren vanuit efficiencyoverwegingen wat te veel beperkt geraakt. Het is te hopen dat de wetgever daarin meegaat en er tevens niet meer voor kiest om rechtsbescherming te onthouden aan specifieke groepen zoals asielzoekers.

Er is namelijk genoeg ruimte om met behoud van voldoende efficiency de deur naar de rechter weer wat meer open te zetten.

Dit blogbericht is ook gepubliceerd in **NJB 2021/1639, afl. 23**.



Tom
Barkhuysen



Bestuursrechtelijke voorstellen van het kabinet naar aanleiding van de toeslagenaffaire: moet alles anders?

Inleiding

“De overheid zat fout”. Dit schrijft het kabinet expliciet in de **kabinetsreactie van 15 januari 2021** op het **rapport ‘Ongekend Onrecht’** van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: “**POK**”). De belangrijkste conclusie uit het rapport van de POK is dat de grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden. In de toeslagenaffaire zijn vele ouders slachtoffer geworden van onterechte fraudeverdenkingen met de kinderopvangtoeslag en/of slachtoffer van een (te) harde fraudeaanpak door de Belastingdienst.

De POK, ingesteld op 2 juli 2020, had als doel om inzicht te verkrijgen in hoeverre bewindspersonen (en niet de Tweede Kamer) betrokken waren bij de uit de hand gelopen fraudeaanpak, en de ‘alles-of-niets’ benadering bij de (terugvordering van de) kinderopvangtoeslag. Daarnaast moest duidelijk worden waarom het, ondanks eerdere signalen, tot 2019 duurde voordat erkend werd dat er problemen waren bij de kinderopvangtoeslag.

Na openbare verhoren van onder andere experts, topambtenaren en (oud-)bewindslieden overhandigde de POK op 17 december 2020 haar rapport ‘Ongekend Onrecht’ aan de Tweede Kamer. In dit harde rapport met de belangrijkste conclusie zoals hiervoor al benoemd doet de POK een oproep aan alle actoren van de rechtsstaat om bij zichzelf te rade te gaan hoe dit in de toekomst kan worden voorkomen en hoe het ontstane onrecht kan worden rechtgezet.

Het kabinet probeert in haar kabinetsreactie van 15 januari 2021 antwoord te geven op deze kwestie en komt met een agenda aan acties en voornemens. De lessen die het kabinet trekt uit het rapport van de POK hebben niet slechts gevolgen voor het domein van toeslagen, maar mogelijk ook het bredere domein van het (bestuurs)recht in algemene zin. Welke maatregelen stelt het kabinet voor? In dit blogbericht signaleren wij de vijf meest in het oog springende (voorgenomen) maatregelen die op een of andere wijze raken aan het bestuursrecht in algemene zin.

Toegankelijke dienstverlening

Het communiceren met de overheid verloopt de afgelopen jaren steeds meer digitaal. Het kabinet benoemt dat door digitalisering veel aspecten van de uitvoering goed gaan. Echter, digitalisering kan er ook voor zorgen dat sommige burgers tussen wal en schip raken omdat mensen in de knel komen met digitale processen. Het kabinet wil dit probleem ondervangen door (meer) te investeren in het leveren van maatwerk aan burgers en bedrijven die minder zelfredzaam zijn. Meer concreet: deze groep personen en bedrijven moeten terecht kunnen bij fysieke loketten waar iemand ‘van vlees en bloed’ ze te woord kan staan. Deze loketfunctie wil het kabinet slimmer en breder inrichten.

Daarnaast gaat het kabinet uit van het principe ‘er is geen verkeerde deur’. Kortgezegd betekent dit principe dat als de burger aanklopt bij het verkeerde overheidsloket, dit loket de burger op weg helpt naar het juiste loket. Daarbij moet de overheid in de gaten houden of de burger het juiste loket daadwerkelijk kan vinden. Dit sluit aan bij de doorzendplicht voor bij de overheid op een onjuiste plaats ingediende stukken uit de Algemene wet bestuursrecht.

De belangrijkste conclusie uit het rapport van de POK is dat de grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden.

Invoeringstoets

Naast de bestaande ‘uitvoeringstoets’, welke voorafgaat aan invoering van nieuw beleid, wil het kabinet voortaan ook een ‘invoeringstoets’ hanteren. De invoeringstoets houdt in dat nieuwe wet- en regelgeving voortaan een jaar na de start van de uitvoering wordt getoetst op uitwerking in de praktijk. Oftewel: pakt de regelgeving in de praktijk uit zoals door de overheid is bedoeld? Maar ook: zit er verschil tussen de resultaten van de uitvoeringstoets en de invoeringstoets en is dit verklaarbaar? En zijn er ongewenste neveneffecten voor burgers en bedrijven bij de uitvoering van de regelgeving, die verholpen moeten worden? Bij de invoeringstoets wordt ook gekeken naar (indirect) discriminerende aspecten van de nieuwe wet- en regelgeving. Het niet signaleren van discriminatoire bejegening bij de uitvoering van regelgeving was een van de belangrijkste probleempunten in de toeslagenaffaire.

Meer ‘veiligheidsventielen’ in wet- en regelgeving en nadruk op algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In het bestuursrecht moet meer ruimte komen voor maatwerk en de menselijke maat moet worden versterkt. Dit heeft de toeslagenaffaire duidelijk laten zien, aldus het kabinet. Al langere tijd klinkt de roep om meer maatwerk met een ‘responsieve rechtsstaat’ waarin het ‘burgerperspectief’ centraal staat. Dit houdt onder andere in dat de uitvoering van wet- en regelgeving moet zijn toegesneden op de bijzondere omstandigheden en de belangen van de individuele burger. In 2020 verschenen **twee belangrijke onderzoeken** over maatwerk in het bestuursrecht. Het eerste onderzoek, ‘Bestuursrecht op Maat’, is afkomstig van de Universiteit van Leiden en geeft oplossingsrichtingen voor versterking van de Awb. Het tweede onderzoek, ‘Maatwerk en bijzondere wetgeving: ondanks of dankzij?’, is afkomstig van de Tilburg University. Het Tilburgse onderzoek heeft gekeken naar



maatwerkbevorderende en maatwerkbelemmerende bepalingen in sectorale wet- en regelgeving in verhouding tot de Awb. Beide onderzoeken zijn uitgevoerd in opdracht van de Rijksoverheid.

Hoe denkt het kabinet te komen tot een bestuursrecht waarin de menselijke maat meer centraal staat? In de kabinetsreactie wordt vooropgesteld dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een beter doorwerking moeten krijgen in beleid en wetgeving om te komen tot rechtvaardige uitkomsten voor de individuele burger in de praktijk. Het kabinet maakt daarom plannen voor een nadere regeling van de verhouding tussen de beginselen (met name het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 Awb) en sectorale wetten, door wijziging van de Awb of van sectorale wetgeving of een combinatie daarvan.

Daarnaast wil het kabinet zogenoemde 'veiligheidsventielen' opnemen in de wet. Dit komt erop neer dat, waar nodig en mogelijk, strikt gebonden bevoegdheden in bijzondere wetten worden vervangen door bevoegdheden met beoordelingsruimte. Ook het opnemen van hardheidsclausules in de wet moet ervoor zorgen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leidend zijn bij de uitvoering van regelgeving en niet het principe 'regel is regel'.

Informatievoorziening aan het parlement

De POK uit in haar rapport veel kritiek op de informatievoorziening vanuit de regering naar het parlement. Bij de toeslagenaffaire zijn veel documenten niet of te laat met het parlement gedeeld en als documenten werden gedeeld, werd vaak veel tekst weggelakt. **Artikel 68 Grondwet**, waarin de inlichtingenplicht van ministers en staatssecretarissen is opgenomen, staat toe dat gevraagde informatie wordt geweigerd of delen van de informatie worden weggelakt in 'het belang van de staat'. Het begrip 'belang van de staat' wordt nader ingevuld door meerdere weigeringsgronden waaronder de nationale veiligheid, het belang van opsporing en diplomatieke belangen.

De grond 'persoonlijke beleidsopvattingen' van ambtenaren geeft ook invulling aan het begrip 'belang van de staat'. De POK constateert echter dat er de afgelopen jaren een praktijk is ontstaan waarbij het begrip 'persoonlijke beleidsopvattingen' is opgerekt om door het

parlement gevraagde stukken te weigeren of te lakken met een beroep op het staatsbelang. Het kabinet wil deze praktijk kantelen en kiest voor een ruimere, actieve, informatievoorziening aan het parlement. Samengevat zijn de voornemens van het kabinet om:

- Bij elk stuk dat aan het parlement wordt gestuurd of gedeeld, de onderliggende departementale nota's die de bewindspersonen hebben gebruikt voor de besluitvorming, actief openbaar te maken. In deze interne ambtelijke stukken zullen persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren niet langer worden gelakt. Het streven is om vanaf 1 juli 2021 deze nieuwe lijn te hanteren waarbij de stukken eerst op Rijksoverheid.nl gepubliceerd worden en later via **PLOOI** (het platform open overheidsinformatie).
- De besluitenlijst van de ministerraad openbaar te maken op de dag van de vergadering. Op latere termijn worden ook toelichtingen op de besluitenlijst openbaar gemaakt.
- Adviezen van de landsadvocaat openbaar te maken voor zover die niet zien op lopende procedures, maar meer het karakter hebben van algemene juridische beleidsadviezen. Adviezen die zien op procedures kunnen na afloop van de procedure alsnog openbaar gemaakt worden mits het procesbelang en het belang van de Staat zich daar niet tegen verzetten.

Belangrijk om vast stellen is dat het hier niet gaat om een wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur die ook de weigeringsgronden 'belang van de staat' en 'interne beleidsopvattingen' kent. Net als trouwens de aanstaande nieuwe Wet open overheid. Het gaat bij de voorstellen van het kabinet om de informatievoorziening aan het parlement. Niet uitgesloten kan echter worden dat een nieuwe praktijk op dat vlak reflexwerking heeft op de genoemde openbaarheidswetgeving.

Grotere rol College voor de Rechten van de Mens

De laatste maatregel die we hier willen benoemen is het voornemen van het kabinet om het College voor de Rechten van de Mens een grotere rol toe te kennen om discriminatie bij de uitvoering van wet- en regelgeving en beleid te adresseren en te voorkomen. Het College is een onafhankelijke organisatie die toezicht houdt op de naleving van mensenrechten in Nederland. Bij het College kunnen ook individuele discriminatiezaken worden voorgelegd, waarin het College een oordeel geeft.

Op drie punten wil het kabinet de rol van het College vergroten. Allereerst gaat het kabinet met het College rond de tafel om te bekijken hoe cliënten van grote uitvoeringsorganisaties (denk aan DUO, SVB en het UWV) beter kunnen worden doorverwezen naar het College als deze cliënten met discriminatieklachten niet goed terecht kunnen bij de uitvoeringsorganisaties zelf. Ten tweede zal het College trainingen geven aan medewerkers van grote uitvoeringsinstanties waarbij wordt geleerd om vooroordelen te herkennen. Tot slot wil het kabinet bevorderen dat overheidsinstellingen vaker gebruik maken van de mogelijkheid om (wijzigingen van) beleidsregels te laten beoordelen door het College. Het College kijkt dan of beleidsregels ontoelaatbaar discriminatoir onderscheid maken in de uitvoering.

Afsluiting

De maatregelen die het kabinet voor ogen heeft, moeten verder uitgewerkt worden. Daarvoor reserveert het kabinet structureel 800 miljoen euro. De uitwerking zal tijd kosten, temeer omdat het kabinet dit samen wil doen met de uitvoerders, medeoverheden,

In het bestuursrecht moet meer ruimte komen voor maatwerk en de menselijke maat moet worden versterkt.



andere betrokken instellingen en vertegenwoordigers van de verschillende doelgroepen. Daarnaast moet het kabinet nadere keuzes maken bij de implementatie van bepaalde maatregelen. Zo is bijvoorbeeld op dit moment nog niet geheel duidelijk op welk manier de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een betere doorwerking krijgen in wetgeving. Daarnaast zal ook duidelijkheid moeten komen over de toepassing van de weigeringsgrond 'belang van de staat' bij de informatievoorziening aan het parlement.

Hoe dan ook zijn het over het algemeen goede stappen die worden aangekondigd. Uiteindelijk valt of staat het hele project natuurlijk bij de daadwerkelijke uitvoering. Verder vereist het een rechte rug van alle betrokken actoren waarvoor het nodig is dat de lessen van deze affaire in het geheugen blijven gegriefd en niet bij de eerste de beste opkomende (fraude)kwestie onder druk van de media en politieke belangen terzijde worden geschoven.



Tom
Barkhuysen



Ali
al Khatib



Diederik
de Groot



FAQ: Hoe een begrip uit te leggen als een definitie of andere uitleg ervan in de wettelijke regeling ontbreekt?

Hoe een begrip uit te leggen als een definitie of andere uitleg ervan in de wettelijke regeling ontbreekt? Deze vraag komt meer dan eens aan de orde in geschillen en procedures. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beantwoordt deze vraag onder meer in een uitspraak over pleziervaartuigen en woonschepen in de jachthaven te Kaag ([ECLI:NL:RVS:2021:1897](#)).

Hoe tot een definitie te komen?

Deze uitspraak over pleziervaartuigen laat zien hoe tot een definitie van een begrip te komen. Er is hierbij sprake van een bepaalde volgorde van de volgende punten:

1. Het heeft de voorkeur een definitie in de regeling zelf op te nemen. Dit dient de rechtszekerheid. Daarbij geldt dan een letterlijke interpretatie van die definitie.
2. Als een definitie in de regeling ontbreekt, kan worden onderzocht of de regeling op andere wijze aanknopingspunten voor een definitie bevat. Die kunnen volgen uit de toelichting bij de regeling en/of uit de systematiek van de regeling zelf.
3. Ontbreken ook dergelijke aanknopingspunten, dan ligt het meer open hoe tot een definitie te komen. In casu heeft het bestuursorgaan aansluiting gezocht bij een definitie in een andere regeling, namelijk die van de gemeentelijke Schepenverordening. In die situatie dient aan twee (minimale) vereisten te worden voldaan, zo laat de Afdelingsuitspraak zien:
 - Aansluiting bij die andere regeling dient te kunnen worden uitgelegd. Het is jammer dat de Afdeling niet inzichtelijk maakt waarom aansluiting bij de Schepenverordening mocht worden gezocht.
 - De definitie uit die andere regeling mag niet 'dermate algemeen' zijn, in de zin dat deze onbruikbaar is. De definitie moet daartoe 'voldoende onderscheidende elementen' bevatten. In eigen bewoordingen, er moet sprake zijn van een selectie.

Een andere, veel gebruikte methode is om voor de uitleg van een begrip aan te sluiten bij het algemeen spraakgebruik. Als bron wordt dan vaker het 'Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal' erbij gepakt. Een van de voorbeelden van deze aanpak is een uitspraak van de Afdeling van 14 juli 2021, [ECLI:NL:RVS:2021:1546](#), r.o. 6.1-6.3. Deze methode is niet toegepast in de uitspraak over de pleziervaartuigen.

Wat is de aanleiding voor de uitspraak?

Een andere, veel gebruikte methode is om voor de uitleg van een begrip aan te sluiten bij het algemeen spraakgebruik.

In de centrale Afdelingsuitspraak van dit blog jachthaven 't Fissertje in Kaag ligt de *Nautic Loft* aangemeerd. Het voor deze jachthaven geldende bestemmingsplan staat toe dat daar pleziervaartuigen worden aangemeerd. Echter, de *Nautic Loft* is volgens het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Kaag en Braassem een woonschip. Een woonschip is volgens het college iets anders dan een pleziervaartuig. Daarom legt het college aan de eigenaar van de *Nautic Loft* een last onder dwangsom op. Volgens deze last mag de *Nautic Loft* niet langer in de jachthaven zijn aangemeerd.

De centrale vraag

De eigenaar van de *Nautic Loft* stelt zich in de procedure over deze last onder dwangsom op het standpunt dat de *Nautic Loft* geen woonschip, maar een pleziervaartuig is. Dit standpunt roept de vraag op wat in het bestemmingsplan met een 'pleziervaartuig' wordt bedoeld.

Het standpunt van het college van B&W: een pleziervaartuig is bedoeld voor dagrecreatieve activiteiten

Het college geeft aan het begrip 'pleziervaartuigen' de uitleg dat deze zijn bedoeld voor dagrecreatieve activiteiten. Het college onderbouwt deze uitleg op drie manieren:

1. Het begrip pleziervaartuig moet worden beschouwd als onderdeel van het begrip 'jachthaven'. Jachthavens zijn alleen mogelijk binnen bestemmingen waar activiteiten op dagrecreatie zijn toegestaan.
2. De plantoelichting biedt duidelijke aanknopingspunten dat het begrip 'pleziervaartuig' conform deze uitleg moet worden begrepen.
3. De lokale Schepenverordening maakt een duidelijk beoogd en nadrukkelijk onderscheid tussen woonschepen en pleziervaartuigen.



Het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak

De Afdeling onderzoekt stapsgewijs in hoeverre de uitleg door het college van het begrip 'pleziervaartuig' is te volgen.

Letterlijke uitleg van planregels

Vooropgesteld overweegt de Afdeling dat regels van een bestemmingsplan letterlijk moeten worden uitgelegd. Dit is omwille van de rechtszekerheid. *"De rechtszekerheid vereist immers dat van wat in het bestemmingsplan is bepaald, in beginsel dient te worden uitgegaan."* Deze uitleg van de Afdeling is vaste jurisprudentie. Verder is vaste jurisprudentie dat de toelichting bij een bestemmingsplan niet bindend is. Deze heeft volgens de Afdeling wel *"in zoverre betekenis (...) dat deze over de bedoeling van de planwetgever meer inzicht kan geven indien de bestemming en de bijbehorende voorschriften waaraan moet worden getoetst, op zichzelf noch in samenhang (systematiek) duidelijk zijn."*

Het bestemmingsplan in casu definieert niet de begrippen pleziervaartuig en woonschip

Ten tweede stelt de Afdeling vast dat het geldende bestemmingsplan geen definitie bevat van de hiervoor genoemde begrippen. De Afdeling overweegt daarna dat *"[d]e planregels als zodanig (...) geen aanknopingspunten [bieden] voor de door het college voorgestane uitleg dat de Nautic Loft vanwege zijn constructie, inrichting en uiterlijke kenmerken niet als pleziervaartuig (...) kan worden beschouwd."*

Uit de plansystematiek volgt niet dat het begrip 'pleziervaartuig' alleen vaartuigen zijn die naar hun constructie, inrichting en uiterlijke kenmerken gericht zijn op dagrecreatieve activiteiten

Ten derde onderzoekt de Afdeling of uit de plansystematiek de uitleg van het college aan het begrip 'pleziervaartuig' volgt. De Afdeling kan het college niet volgen in zijn redenering: *"Artikel 19 van de planregels, waarin de regels voor de bestemming "Water" zijn opgenomen, bevat geen verwijzing naar dagrecreatieve of verblijfsrecreatieve activiteiten. Dit geldt ook*

voor de definitie van het begrip "jachthaven" in artikel 1.35 van de planregels. Anders dan het college in zijn verweerschrift stelt, is verblijfsrecreatie binnen de bestemming "Water" en de aanduiding "jachthaven" dan ook niet uitgezonderd, zodat aan het begrip "pleziervaartuig" niet de door het college gewenste betekenis kan worden toegekend. Uit de plansystematiek volgt daarom niet dat onder het begrip "pleziervaartuig" alleen vaartuigen worden verstaan die naar hun constructie, inrichting en uiterlijke kenmerken gericht zijn op dagrecreatieve activiteiten."

Uit de plantoelichting is niet op te maken wat de planwetgever heeft beoogd met het begrip pleziervaartuig – Hoe dan wel de betekenis van dit begrip vast te stellen?

Een definitie van het begrip 'pleziervaartuig' ontbreekt in de bestemmingsplanregels en ook de plansystematiek, in het bijzonder de toelichting van het bestemmingsplan, biedt daartoe geen aanknopingspunten. Het is daarom nodig op andere wijze de betekenis van het 'begrip' pleziervaartuig vast te stellen. Het college heeft daartoe al een voorzet gedaan, namelijk door een vergelijking te maken met de uitleg van het begrip 'pleziervaartuig' in de gemeentelijke Schepenverordening. *"De Afdeling zal beoordelen of de uitleg van het begrip "pleziervaartuig" in de Schepenverordening een redelijke uitleg is."*

De Afdeling komt tot de volgende bevindingen, waarbij ik de belangrijkste tekstdelen heb onderstreept:

Artikel 1, aanhef en onder f, van de Schepenverordening definieert "pleziervaartuig" als: "vaartuig dat hoofdzakelijk wordt gebruikt voor de recreatie, niet zijnde passagiersschepen noch zeilende bedrijfsvaartuigen". Deze definitie is niet dermate algemeen dat deze onbruikbaar is om te kunnen bepalen wat onder een pleziervaartuig wordt verstaan. De definitie bevat voldoende onderscheidende elementen, waardoor niet elk vaartuig als een pleziervaartuig kan worden aangemerkt. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is de Afdeling van oordeel dat het college voor de betekenis van het begrip "pleziervaartuig" aansluiting heeft mogen zoeken bij de definitie van het begrip in de Schepenverordening. Uit de definitie van "pleziervaartuig" kan echter geenszins worden afgeleid dat de planregels beperkend moeten worden uitgelegd zoals door het college is betoogd. De bepaling biedt eerder aanknopingspunten voor het tegendeel, juist omdat deze definitie van het begrip "pleziervaartuig" uitgaat van het feitelijke gebruik. Omdat de Nautic Loft hoofdzakelijk wordt gebruikt voor de recreatie, wordt aan de definitie van het begrip "pleziervaartuig" als opgenomen in de Schepenverordening voldaan.

Eindoordeel: geen strijd met het bestemmingsplan dus het college was niet bevoegd handhavend op te treden.

Dit is een blog in de "FAQ"-serie. Een overzicht van alle blogs in deze serie kunt u [hier](#) vinden.



Machteld
Claessens



Omgevingsrecht

De Afdeling geeft criteria voor werken met open normen in bestemmingsplannen en omgevingsplannen

Op 27 oktober 2021 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een belangwekkende uitspraak gedaan op het vlak van het werken met open normen in ruimtelijke plannen. De Afdeling geeft in deze uitspraak criteria voor de wijze waarop die normen in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen. Aangezien open normen als belangrijk instrument worden gezien voor de verwezenlijking van uitnodigingsplanologie en organische gebiedsontwikkeling, waar de Omgevingswet de voorwaarden voor schept, biedt de uitspraak ook duidelijke aanknopingspunten voor de vaststelling van omgevingsplannen.

Open normen in bestemmingsplan Retailpark Belvédère

De aanleiding voor de uitspraak van de Afdeling van 27 oktober 2021 is het bestemmingsplan Retailpark Belvédère dat de gemeenteraad van Maastricht op 18 juni 2019 heeft vastgesteld. Dit bestemmingsplan voorziet in de realisatie van drie clusters van het retailpark met voorzieningen voor perifere en grootschalige detailhandel en leisure. Het bestemmingsplan betreft een zogenaamd bestemmingsplan met verbrede reikwijdte. Een dergelijk bestemmingsplan vindt zijn grondslag in artikel 7c van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw). Op grond van dit artikel kan een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte meer en andere regels bevatten dan een regulier bestemmingsplan op grond van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). Zo kan een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte ook regels bevatten die betrekking hebben op de fysieke leefomgeving (lid 1) en kunnen regels uit gemeentelijke verordeningen die op die fysieke leefomgeving betrekking hebben in het plan worden opgenomen (lid 4).

Deze mogelijkheid houdt kort gezegd in dat een abstract criterium (een open norm) opgenomen in een planregel, concreet wordt ingevuld aan de hand van een beleidsregel.

De gemeenteraad van Maastricht had voor haar bestemmingsplan gebruik gemaakt van de mogelijkheid uit lid 6 van artikel 7c BuChw. De raad had in het plan namelijk regels opgenomen waarvan de uitleg bij de uitoefening van een bij die regels aan te geven bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van beleidsregels. Deze mogelijkheid – die overigens voor reguliere bestemmingsplannen is opgenomen in artikel 3.1.2 lid 2 aanhef en onder a Besluit ruimtelijke ordening (Bro), zij het dat de regels dan enkel mogen strekken ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening – houdt kort gezegd in dat een abstract criterium (een open norm) opgenomen in een planregel, concreet wordt ingevuld aan de hand van een beleidsregel.

Deze beleidsregels worden ook wel wetsinterpretierende beleidsregels genoemd. Een bekend voorbeeld van de toepassing van een open norm is dat voorzien dient te worden in “voldoende parkeergelegenheid” voordat een omgevingsvergunning voor bouwen verleend kan worden. Wat precies onder voldoende parkeergelegenheid verstaan dient te worden, is vervolgens uitgewerkt in de gemeentelijke parkeernota in de vorm van een beleidsregel, waarnaar verwezen wordt in de planregels.

Uit de tussenuitspraak van 19 augustus 2020 blijkt dat de gemeente Maastricht gedeeltelijk wel en gedeeltelijk niet op de juiste wijze gebruik had gemaakt van artikel 7c lid 6 BuChw. Zo was de verwijzing naar beleidsregels die nadere invulling gaven aan een planregeling over duurzaamheid volgens de Afdeling in beginsel toegelaten. Lid 1 van artikel 7c BuChw biedt immers de mogelijkheid om ook over duurzaamheid regels in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte op te nemen. Lid 6 is op die regels onverkort van toepassing. Ook mocht de raad ter invulling van een open norm gebruik maken van beleidsregels die zien op de afweging van belangen. Niet juist was echter dat de raad verwees naar beleidsregels die geen nadere invulling gaven aan een open norm (de beleidsregels waarnaar verwezen werd in het kader van de parkeergelegenheid waarin voorzien diende te worden, bevatten geen parkeernormen). Ook had de raad in planregels verwezen naar beleidsregels, terwijl de regels zelf geen open normen bevatten (“Echter, wat in de “Beleidsregel stedenbouwkundig kader Retailpark Belvédère” zou zijn uitgewerkt tot een concrete normering, valt niet te herleiden tot terzake in de planregels opgenomen open normen.” (r.o. 21.1)). De Afdeling droeg de gemeenteraad daarom op om deze gebreken te herstellen.

Open normen in herstelplan Retailpark Belvédère

Bij besluit van 9 februari 2021 heeft de gemeenteraad van Maastricht gehoor gegeven aan de opdracht van de Afdeling. Bij dat besluit heeft de raad het plan Retailpark Belvédère opnieuw, gewijzigd vastgesteld. Tegen dit besluit zijn wederom beroepsgronden aangevoerd, waaronder de grond dat er een minimale eis aan het gebruik van open normen in een planregeling moet worden gesteld. Die minimale eis zou volgens appellanten inhouden dat op basis van open normen als zodanig – dus zonder de beleidsregels waarnaar verwezen wordt – voldoende inzicht moet worden verkregen in de toekomstige ontwikkeling van het desbetreffende gebied.

De Afdeling kan zich vinden in deze beroepsgrond. Naar haar oordeel vereist de rechtszekerheid van (toekomstige) eigenaren en gebruikers van het plangebied dat, indien toepassing wordt gegeven aan artikel 7c lid 6 BuChw of 3.1.2 lid 2, aanhef en onder a Bro,



de open norm concreet en objectief wordt begrensd door de raad. De verbeelding en de planregels moeten zelf voldoende inzicht bieden in de bouw- en gebruiksmogelijkheden van het plan wil de rechter kunnen beoordelen of het plan (1) strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening dan wel ten behoeve van de doelstellingen opgenomen in artikel 7c lid 1 onder a en b BuChw, (2) getuigt van een zorgvuldige en evenwichtige afweging van belangen en (3) niet in strijd is met het recht. Van belang in dat kader is ook dat er relevante verschillen bestaan tussen een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan en een besluit tot vaststelling van een beleidsregel. Een bestemmingsplan wordt voorbereid met toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb, terwijl tegen een beleidsregel alleen indirect kan worden opgekomen in het kader van, bijvoorbeeld, tegen een omgevingsvergunning aan te wenden rechtsmiddelen. Van een beleidsregel kan op grond van artikel 4:84 Awb bovendien worden afgeweken.

Criteria begrenzing open normen

De beantwoording van de vraag of een in de planregels opgenomen open norm voldoende concreet en objectief begrensd is, hangt volgens de Afdeling af van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan onder meer belang worden gehecht aan:

1. de aard en omvang van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de open norm, en in samenhang daarmee de beleidsregel, zien;
2. het anderszins in de planregels genormeerd zijn van de bouw- en gebruiksmogelijkheden, waarop de figuur van de open norm, die in een beleidsregel wordt uitgelegd, ziet, en de relatie tussen die andere normering en de betrokken open norm;
3. de aanleiding voor het werken met een dergelijke figuur; en
4. de aard en omvang van het plangebied of het betrokken deel daarvan, waarop die figuur ziet.

Van betekenis in dit kader is ook op welk facet van een goede ruimtelijke ordening de open norm betrekking heeft en wat de aard en omvang van de effecten ervan voor de omgeving zijn.

Toepassing criteria

Dat het om zo'n strikt toetsingskader gaat, moet dan ook tot uitdrukking worden gebracht in de formulering van de planregeling.

Ondanks dat de criteria die de Afdeling biedt enige houvast geven voor de vraag of een open norm overeenkomstig de mogelijkheden uit het BuChw en Bro wordt toegepast, laten de criteria nog veel ruimte voor eigen interpretatie van het bevoegd gezag. De nadere invulling zal van geval tot geval verschillen. Bruikbaar is dan ook dat de Afdeling ter illustratie een voorbeeld geeft van een norm in het herstelplan Retailpark Belvédère die wel voldoende objectief en concreet in de planregels en verbeelding is begrensd. De norm die de Afdeling daarbij aanhaalt, is het vereiste dat sprake dient te zijn van een 'evenwichtige verdeling van de beschikbare winkelvloeroppervlakte'. Ter invulling van deze norm zijn in de planregels bepalingen opgenomen waarbij een begrenzing van het beschikbare winkelvloeroppervlak (maximaal 28.500 m²) en de in het plangebied toegestane (sub)branches is bepaald. Ook volgt uit de planregels dat de functie verdeeld dient te worden over de clusters in het plangebied. De beleidsregels bevatten vervolgens de mogelijkheden voor de exacte verdeling van het winkelvloeroppervlak. Uit dit voorbeeld volgt dus dat de planregels de open norm enigszins dienen in te kaderen en niet volstaan kan worden met de enkele opname van de open norm.

Let op formulering planregel met open norm!

Los van de voornoemde criteria wijst de Afdeling erop dat het te vrijblijvend is om in een planregel waarin een open norm is opgenomen, enkel te stellen dat de beleidsregel bij de beoordeling van een vergunningaanvraag "moet worden betrokken". De open norm vormt in combinatie met de beleidsregel immers een deel van het toetsingskader voor de beoordeling van een aanvraag om een omgevingsvergunning voor onder meer de activiteit bouwen. De nadere invulling van de open norm in de beleidsregel is bepalend voor de vraag of het bestemmingsplan zich tegen de verlening van de aangevraagde vergunning verzet. Dit is slechts anders indien de toets aan de beleidsregel voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (zie artikel 4:84 Awb). Dat het om zo'n strikt toetsingskader gaat, moet dan ook tot uitdrukking worden gebracht in de formulering van de planregeling.

Betekenis uitspraak

Onder de Wabo staat het limitatief imperatief stelsel in artikel 2.10 lid 1 nog overeind, inclusief de jurisprudentie dat een nader afwegingsmoment (anders dan gebruikmaking van de binnenplanse flexibiliteitsbevoegdheden op grond van artikel 3.6 lid 1 Wro) wat betreft de in het plan gegeven bouw- en gebruiksmogelijkheden in beginsel niet aanvaardbaar is. Dit nadere afwegingsmoment leidt tot strijd met de rechtszekerheid: onvoldoende zekerheid bestaat over de bouw- en gebruiksmogelijkheden die het bestemmingsplan biedt (bijvoorbeeld, ABRvS 26 oktober 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:2791](#), r.o. 6.4, en ABRvS 23 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:3971](#), r.o. 7.3.). Deze jurisprudentie is echter niet van toepassing op bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte, zo overweegt de Afdeling in haar uitspraak van 14 augustus 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2772](#), r.o. 16.2 en staat daardoor niet in de weg aan het werken met open normen in bestemmingsplannen.



De voorliggende uitspraak – en de daaraan voorafgaande tussenuitspraak – maakt wel duidelijk dat de rechtszekerheid grenzen stelt aan de toepassing van open normen in een bestemmingsplan. Uit eerdere uitspraken bleek al dat alertheid vereist is ten aanzien van de aanwezigheid van een bestuursbevoegdheid (zie o.a. ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:1374, waarover wij eerder **dit blog** schreven). Deze uitspraak voegt daar oplettendheid aan toe ten aanzien van de begrenzing van de gehanteerde open norm. Aangezien de Omgevingswet met het omgevingsplan inzet op een meer dynamische aanpak van de fysieke leefomgeving, waarbij *“regels worden gesteld die wel een begrenzing vormen voor het realiseren van de gewenste kwaliteit van de fysieke leefomgeving, maar niet op voorhand invullen hoe een bepaalde activiteit precies verricht zal moeten worden”* (Kamerstukken II 2017/2018, 34986, nr. 3, p. 10), is het van belang dat omgevingsplannen op dit punt juist worden vastgesteld. Ook is het van belang acht te slaan op de beleidsregels die als uitwerking worden toegepast. Het zwaartepunt zal bij toepassing van de open normen immers komen te liggen bij vergunningverlening. Die verlening zal meer aandacht vereisen indien de beleidsregels onvoldoende aanknopingspunten bieden voor een zorgvuldig besluit. De flexibiliteit die het werken met open normen en beleidsregels biedt, zal niet ten koste mogen gaan van de rechtszekerheid die ook aan burgers geboden dient te worden. Met het vereiste van een concrete en objectieve begrenzing van de open norm zorgt de Afdeling ervoor dat het belang van de rechtszekerheid niet geheel het onderspit delft.

Gegevens uitspraak

ABRvS 27 oktober 2021, **ECLI:NL:RVS:2021:2388**
Zaaknummer 201906673/2/R1



Anne-Marie
Span



Jan
van Oosten



De Afdeling: niet-belanghebbenden zijn soms welkom bij de bestuursrechter vanwege het Varkens in Nood-arrest

De toegang tot de bestuursrechter staat open voor niet-belanghebbenden die willen procederen tegen omgevingsbesluiten, indien zij tijdens de voorbereidingsprocedure een zienswijze hebben ingediend. Dat oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in **een uitspraak** van 4 mei 2021. De Afdeling baseert zich op het Varkens in Nood-**arrest** dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie daarover dit **blog**). Met deze overweging schudt het Nederlandse bestuursprocesrecht op zijn grondvesten: procederen is niet langer voorbehouden aan een “belanghebbende” in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

Eerder oordeelde de Afdeling al dat ook uit het Varkens in Nood arrest volgt dat *belanghebbenden* altijd in beroep mogen tegen omgevingsbesluiten, ook als zij geen zienswijze hebben ingediend (zie daarover dit **blog**). De twee uitspraken van de Afdeling kenmerken zich door een ruimhartige uitleg van de overwegingen van het Hof in afwachting van actie door de wetgever.

Wat zegt het Hof van Justitie in Varkens in Nood?

In het Varkens in Nood-arrest gaf het Hof van Justitie van de EU (het “**Hof**”) antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Limburg over de verenigbaarheid van het Nederlandse bestuursprocesrecht met het Verdrag van Aarhus (het “**Verdrag**”). De Rechtbank Limburg vroeg onder meer of een niet-belanghebbende die wel had deelgenomen aan de zienswijzenprocedure (de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, afdeling 3.4 van de Awb) de toegang tot de rechter ontzegd mocht worden gelet op artikel 6 en 9 van het Verdrag.

Niet-belanghebbenden
ontlenen geen
inspraakrechten (lees:
zienswijze-rechten) aan
het Verdrag.

Een korte uitleg. In Nederland mogen als harde regel alleen “belanghebbende” – dat wil zeggen degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken – in beroep bij de bestuursrechter. Maar bij veel omgevingsrechtelijke besluiten geldt dat wel eenieder (dus ook niet-belanghebbenden) een zienswijze mag indienen bij een ontwerpbesluit als dat ter inzage ligt. Dat resulteerde erin dat niet-belanghebbenden die een zienswijze hadden ingediend omdat zij iets vonden van een ontwerpbesluit, na vaststelling van dat besluit niet welkom waren bij de bestuursrechter. De vraag was of dat systeem is toegestaan.

Het Hof gaf een opvallend antwoord. Niet-belanghebbenden ontleen geen inspraakrechten (lees: zienswijze-rechten) aan het Verdrag. Maar als Nederland er zelf voor kiest om wel inspraakrechten te verlenen aan niet-belanghebbenden, dan moeten die niet-belanghebbenden ook toegang hebben tot de rechter om zich te kunnen beroepen op die ruimere rechten op inspraak. Logischerwijs geldt dit alleen voor zover het Verdrag van Aarhus van toepassing is en de zienswijzeprocedure is voorgeschreven.

Deze overweging van het Hof riep voor de praktijk in ieder geval twee vragen op:

1. Bij welke rechter moeten niet-belanghebbenden terecht kunnen?
2. Waar mogen niet-belanghebbenden precies over klagen?

Hoe oordeelt de Afdeling?

Op die vragen geeft de Afdeling nu antwoord. De zaak ging over verlening van een omgevingsvergunning voor het realiseren van een zonnepark. Een aantal niet-belanghebbenden had mee gedaan aan de zienswijzeprocedure en daarna beroep in gesteld bij de bestuursrechter. Hun beroepen werden, conform het systeem, niet-ontvankelijk verklaard. In hoger beroep bij de Afdeling stelden dat dit onterecht was, gelet op het Varkens in Nood-arrest.

1. Een niet-belanghebbende mag bij de bestuursrechter in beroep kunnen tegen milieurechtelijke besluiten waar de zienswijzeprocedure wettelijk is voorgeschreven.

De Afdeling stelt de niet-belanghebbenden in het gelijk. Uit het Varkens in Nood-arrest volgt volgens de Afdeling inderdaad dat een niet-belanghebbende die op grond van een wettelijke bepaling op het terrein van het milieurecht een zienswijze naar voren heeft gebracht over een ontwerpbesluit, in beroep niet kan worden tegengeworpen dat hij geen belanghebbende is. Dit behoeft aanpassing door de wetgever, aldus de Afdeling.

Volgens de Afdeling ligt het op de weg dat niet-belanghebbenden bij de bestuursrechter in beroep moeten kunnen tegen omgevingsbesluiten, omdat deze de bevoegde rechter is om over deze besluiten te oordelen. Dat is opvallend. De wet schrijft voor dat de bevoegdheid van de bestuursrechter is beperkt tot besluiten waartegen belanghebbenden opkomen (8:1 van de Awb). Dat betekent niet dat niet-belanghebbenden nooit naar de rechter kunnen: zij zijn namelijk wel welkom bij de burgerlijke rechter, die in dat geval optreedt als zogeheten “rechter”. Met deze uitspraak laat de Afdeling die systematiek links liggen, waarschijnlijk om de rechtszoekende zo veel mogelijk rechtszekerheid te geven.



Deze nieuwe regel geldt alleen als bij milieurechtelijke besluitvorming de wet voorschrijft dat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is. In de uitspraak somt de Afdeling meteen een lijst met besluiten op waarvoor dat in ieder geval geldt. In de praktijk komt het voor dat bestuursorganen er zelf voor kiezen om de uniforme openbare voorbereidingsprocedure te doorlopen, zonder dat hiervoor een wettelijke verplichting geldt. Dit gebeurt bijvoorbeeld vaak bij besluitvorming op grond van de Wet natuurbescherming. Het lijkt erop dat in die gevallen nog steeds uitsluitend belanghebbenden welkom zijn bij de bestuursrechter.

Volgens de Afdeling ligt het op de weg dat niet-belanghebbenden bij de bestuursrechter in beroep moeten kunnen tegen omgevingsbesluiten, omdat deze de bevoegde rechter is om over deze besluiten te oordelen.

2. Niet-belanghebbenden mogen het gehele besluit aanvechten, maar het relativiteitsvereiste geldt nog wel.

De Afdeling oordeelt verder dat niet-belanghebbenden beroepsgronden over het gehele omgevingsbesluit naar voren mogen brengen. De Afdeling meent dat niet eenduidig uit het Varkens in Nood-arrest volgt dat beroepsgronden slechts mogen zien op de procedurele aspecten van de inspraakprocedure. Zo een enge uitleg zou ook niet stroken met de achtergrond van dat arrest, aldus de Afdeling. De Afdeling hecht er verder belang aan dat het niet altijd eenvoudig is om een onderscheid te maken tussen beroepsgronden over inspraakrechten en materiële gronden die in het verlengde daarvan liggen. Een ruime uitleg dient derhalve de rechtspraktijk.

Ter voorlichting van de rechtspraktijk wijst de Afdeling wel op het relativiteitsvereiste. Dat betekent dat een bestuursrechter een besluit niet zal vernietigen op grond van een norm die kennelijk niet strekt tot de bescherming van de belangen van de persoon die zich beroept op die norm. Een beroep van een niet-belanghebbende op een materiële norm zal in veel gevallen om deze reden toch niet slagen. Het ligt wel voor de hand dat procedurele normen vaak door deze toets zullen heen komen. Onder de streep zal het er waarschijnlijk dus toch op neer komen dat niet-belanghebbenden vooral kunnen procederen over gestelde inbreuken op hun inspraakrechten.

Wat betekent deze uitspraak voor de praktijk?

Deze uitspraak geeft allereerst een helder kader voor de praktijk. Maar het is de vraag of het materieel veel verschil zal maken. De toepassing van het relativiteitsvereiste zal doorgaans verhinderen dat een materiële beroepsgrond van een niet-belanghebbende zal leiden tot vernietiging van het besluit. Het is interessant om te bezien of zich ook situaties zullen voordoen waarin de bestuursrechter tot het oordeel komt dat een materiële beroepsgrond van een niet-belanghebbende de relativiteitseis doorstaat en dus de vernietiging van een omgevingsbesluit zou kunnen betekenen.

Zoals de Afdeling in de uitspraak ook aangeeft, is de wetgever nu aan zet. Wij houden nauwlettend in de gaten hoe de wetgever om zal gaan met de gevolgen van het Varkens in Nood-arrest en de bovenstaande uitspraak.



Jelmer
Ypinga



Jake
Tingen



Toenemende sturing op vestigingslocaties datacenters

De datacentermarkt is booming, zo blijkt uit een **recent rapport** van JLL. Door ontwikkelingen als cloud computing, streaming en 5G bestaat er een grote vraag naar nieuwe datacenters. In de Metropool Regio Amsterdam (MRA) is door de gunstige geografische ligging van Nederland binnen Europa, het grote aantal beschikbare zeekabels en de Amsterdam Internet Exchange (AMS-IX) – een van de grootste internetknooppunten ter wereld – een grote clustervorming aan datacenters ontstaan. Daarnaast draagt de grote beschikbaarheid van duurzame energie bij aan de vestiging van hyperscale datacenters in bijvoorbeeld het Eemshavengebied en Middenmeer.

Het toenemende aantal datacenters heeft echter ook impact op het landschap en op de energie-infrastructuur. Hierom heeft de gemeente Amsterdam datacenterbeleid vastgesteld, heeft de gemeente Haarlemmermeer datacenterbeleid en een paraplubestemmingsplan vastgesteld en heeft de provincie Noord-Holland conceptdatacenterbeleid opgesteld om te sturen op vestigingslocaties voor datacenters. In dit blog bespreken wij deze stukken.

Het toenemende aantal datacenters heeft echter ook impact op het landschap en op de energie-infrastructuur.

Datacenters in Nederland

Datacenters bieden stroom, connectiviteit, koeling en beveiliging. De IT-voorzieningen (servers) zijn doorgaans van klanten van datacenters. In 2020 waren er volgens de **Dutch Datacenter Association**, de branchevereniging van datacenters, circa 189 commerciële multi-tenant datacenters in Nederland en 5.772 organisaties die een eigen datacenter hebben. In Nederland zijn momenteel twee locaties met hyperscale datacenters (Eemshaven en Middenmeer) en is er sprake van de mogelijke vestiging van een derde in de regio Zeewolde (zie [link](#), onder beantwoording vraag 5).

Datacenters worden vaak in vier categorieën verdeeld:

1. [Internationale colocatie/multi-tenant datacenters](#)

Deze huisvesten de servers van een groot aantal klanten op de internationale markt. Voor deze datacenters is hyperconnectiviteit van groot belang. Daarvan is sprake in geval van een cluster van datacenters met een hoge dichtheid van connecties tussen de servers of in geval van directe toegang tot AMS-IX of de internationale glasvezelkabels, waardoor er sprake is van zeer snelle verbindingen en daarmee een zeer lage latency (respons tijd). In de MRA zijn drie hyperconnectiviteitclusters (Amsterdam Science Park, Amsterdam Zuidoost en Schiphol-Rijk). Daarbuiten is er in Nederland geen hyperconnectiviteitcluster.

2. [Nationale colocatie/multi-tenant datacenters](#)

Deze huisvesten servers van een groot aantal klanten op de nationale en regionale markt en zijn gevestigd door heel Nederland.

3. [Hyper-scale datacenters](#)

Deze zijn zeer groot en zijn voor eigen gebruik. Voor dit type zijn de grondprijzen, uitbreidingsmogelijkheden en de beschikbaarheid van duurzame elektriciteit van belang. Dat geldt ook voor een lage latency, maar minder dan het geval is voor internationale colocatie/multi-tenant datacenters. Hierdoor zijn hyper-scales op grotere afstand van AMS-IX mogelijk.

4. [Edge datacenters](#)

Dit zijn kleinere datacenters die relatief dicht bij de gebruikers zitten en van belang worden voor 5G en internet of things (IOT)-toepassingen en streaming diensten waarbij de latency voor de gebruikers zo klein mogelijk moet zijn. Zij maken doorgaans verbinding met een of meerdere decentrale datacenter(s).

Beleid: NOVI en Ruimtelijke Strategie Datacenters 2030

De **Nationale Omgevingsvisie** ("NOVI") betreft het nationale beleid voor de fysieke leefomgeving en bevat een aantal beleidskeuzes. Beleidskeuze 2.6 heeft betrekking op datacenters en is in grote lijnen gebaseerd op de **Ruimtelijke Strategie Datacenters 2030**. De beleidskeuze strekt ertoe dat in samenwerking met de andere overheden, de netbeheerders en het bedrijfsleven het Rijk voor de digitalisering van de economie inzet op de uitrol van nieuwe netwerken en selectieve groei van datacenters. Op grond daarvan kunnen datacenters daar worden gevestigd waar (cumulatief)

1. op een duurzame manier in de energievraag kan worden voorzien via huidige of toekomstige energienetwerken. Dat vraagt om goede afstemming van vraag en aanbod;
2. de levering van restwarmte aan warmtenetwerken bij voorkeur mogelijk is aan het stedelijk gebied; en
3. voldaan kan worden aan de eisen die marktpartijen stellen aan digitale connectiviteit.

De inzet van het Rijk is erop gericht om colocatie in de MRA te faciliteren voor datacenters die hyperconnectiviteit als belangrijke vestigingsvoorwaarde hebben. Voor deze colocatie datacenters zijn regionale verkenningen van ontwikkelingen richting Almere en Zuid-Holland logische vervolgstappen. Vestiging van hyper-scale datacenters kan op locaties waar veel aanbod is van (hernieuwbare) elektriciteit, waar aansluiting op het elektriciteitsnetwerk kan worden geboden en waar ruimte minder schaars is. De voorkeur gaat uit naar vestiging in de randen van Nederland, zoals op de bestaande locaties Eemshaven en Middenmeer.

Datacenters en bestemmingsplannen

Datacenters vallen doorgaans in een relatief lage milieucategorie (categorie 2), omdat de impact van een datacenter op de directe omgeving beperkt is. Datacenters zijn daardoor doorgaans toegestaan binnen reguliere bedrijfsbestemmingen. Dat betekent dat een omgevingsvergunning voor het bouwen voor een datacenter op een bedrijfsbestemming niet kan worden geweigerd, mits ook wordt voldaan aan de bouwregels.

Concretere sturing op vestigingsmogelijkheden van datacenters vergt daarom maatbestemmingen voor datacenters binnen de bredere bedrijfsbestemming (vergelijkbaar met het reguleren van supermarkten binnen de bredere detailhandelsbestemming).

De gemeenten Haarlemmermeer en Amsterdam en de provincie Noord-Holland sturen wel op vestigingsmogelijkheden van datacenters

In de provincie waar de meeste datacenters staan, Noord-Holland, wordt wel gestuurd op datacenters. De gemeenten Haarlemmermeer en Amsterdam lopen hierin voorop.

Beide gemeentes hebben in 2019 een voorbereidingsbesluit voor de vestiging van datacenters genomen (zie daarover ook dit eerdere [blogbericht](#)) en hebben vervolgens een datacenterbeleid ontwikkeld, zie [hier](#) voor Haarlemmermeer en [hier](#) voor Amsterdam. De gemeenteraad van Haarlemmermeer heeft vervolgens het Parapluplan Datacenters (NL.IMRO.0394.BPGHlmdatacenters0-C001) en de Beheersverordening Datacenters (NL.IMRO.0394.BHVIgbddatacenters0-C001) vastgesteld (gezamenlijk hierna: het Paraplubestemmingsplan). Amsterdam heeft (nog) geen parapluplan voor datacenters vastgesteld.

Datacenters zijn
daardoor doorgaans
toegestaan
binnen reguliere
bedrijfsbestemmingen.

Situatie in Haarlemmermeer

Het Haarlemmermeerse datacenterbeleid voorziet in gematigde groei en concentratie van datacenters tot 2030 met 550 megavolt ampère (MVA) (naast enkele datacenters waarvoor al omgevingsvergunningen zijn aangevraagd). Na 2030 is geen extra ruimte voor datacenters in Haarlemmermeer beschikbaar. Haarlemmermeer kiest ervoor om datacenters alleen toe te staan op specifieke bedrijventerreinen (Polanenpark, Schiphol-Rijk, Schiphol Trade Park (STP) en Corneliahoeve) en niet in woongebieden of het landelijk gebied. In het beleid wordt aan de vestiging van datacenters strikte voorwaarden gesteld. Deze voorwaarden hebben betrekking op de ruimtelijke kwaliteit en landschappelijke inpassing, het energiegebruik en duurzaamheid van de datacenters.

Een aantal aspecten uit het Datacenterbeleid wordt geregeld in het Paraplubestemmingsplan. Het Datacenterbeleid wordt planologisch in twee stappen uitgevoerd. De eerste stap is het Paraplubestemmingsplan. Daarin wordt voor nieuwe datacenters of voor de uitbreiding van bestaande datacenters een eerste groep belangrijke ruimtelijke elementen vastgelegd. Onder deze voorwaarden blijft het de komende jaren mogelijk om een nieuw datacenter te realiseren als de geldende ruimtelijke plannen dat al mogelijk maken. Deze voorwaarden zijn de volgende:

1. Aansluiting op een energienetwerk: een nieuw datacenter mag pas in gebruik worden genomen als het is aangesloten op een energienetwerk met afdoende capaciteit waarbij vooraf schriftelijk advies is ingewonnen bij de netbeheerder.
2. Maximering aansluitvermogen elektriciteit: het Parapluplan maximeert het totale aansluitvermogen van nieuwe datacenters op 550 MVA (waarbij een aantal datacenters waarvoor aanvragen voor een omgevingsvergunning zijn ingediend, niet meetellen).
3. Eigen inkoopstation: datacenters met een aansluitvermogen groter dan 80 MVA moeten over een 150 kV-inkoopstation op eigen terrein beschikken.
4. Verharding: in het Paraplubestemmingsplan is ten behoeve van een goede waterhuishouding en ter stimulering van een groene invulling voorts opgenomen dat 75 % van het onbebouwde terrein onverhard is met een minimum van 250 m² en dat de onverharde gronden landschappelijk moeten worden ingepast.
5. Landschappelijke inpassing: het gebruik van gronden voor een nieuw datacenter is alleen toegestaan als uiterlijk binnen twee jaar na het onherroepelijk worden van een omgevingsvergunning voor bouwen voor een nieuw datacenter de onverharde gronden landschappelijk zijn ingepast.

De definitie van een datacenter in het Paraplubestemmingsplan is “een bedrijf dat zich in hoofdzaak richt op het digitaal opslaan en verwerken van informatie op computers (servers)”. Deze definitie lijkt echter meer van toepassing op de klant van een datacenter, die daar zijn servers plaatst, dan de eigenaar/exploitant van een datacenter die ‘slechts’ voorziet in stroom, connectiviteit, koeling en beveiliging.



Wat verder opvalt is dat er geen minimumvermogen is waarop het Paraplubestemmingsplan van toepassing is. Dit is anders voor het hierna te bespreken Amsterdamse en Noord-Hollandse (concept)datacenterbeleid, dat met name geldt vanaf 5 MVA.

De tweede stap is om over enkele jaren het datacenterbeleid van Haarlemmermeer volledig planologisch-juridisch te verzekeren, door een aantal specifieke gebieden aan te wijzen waar datacenters toegestaan blijven. Voor de rest van het grondgebied zijn nieuwe datacenters dan niet meer toegestaan. In de aangewezen gebieden kan de groei van datacenters verder vorm krijgen. Verdere sturing vindt plaats door voor elk van die gebieden op een later moment oppervlaktebepalingen voor nieuwe datacenters en uitbreiding van bestaande datacenters op te nemen. Daardoor blijft er ook ruimte voor andere vormen van bedrijvigheid binnen de gemeente Haarlemmermeer.

Situatie in Amsterdam

Het voorbereidingsbesluit in Amsterdam is op 31 juli 2020 verlopen. Er geldt nu geen 'hard' planologisch regime specifiek voor datacenters binnen de gemeente Amsterdam. Wel heeft de gemeente Amsterdam op 17 december 2020 het beleid "**Amsterdam Duurzaam Digitaal, Vestigingsbeleid datacenters gemeente Amsterdam 2020 – 2030**" vastgesteld.

Omdat de gemeenteraad van Amsterdam geen paraplubestemmingsplan voor datacenters heeft vastgesteld, kan het college van burgemeester en wethouders niet via de planologie sturen op vestiging en uitbreiding van datacenters die niet in strijd zijn met het bestemmingsplan. Sturing zal dan plaatsvinden via erfpachtovereenkomsten (mits de gemeente grondeigenaar is) en – ingeval van strijd met het bestemmingsplan – via de goede ruimtelijke ordening (onder de Omgevingswet: een evenwichtige toedeling van functies aan locaties).

Het datacenterbeleid van Amsterdam is niet slechts gericht op maximering van de groei, maar ook op verduurzaming van datacenters. De hoofdlijnen van het Amsterdamse beleid zijn:

1. Faciliteren groei: maximale toename van 670 MVA tot 2030.
2. Maximaliseren groei: maximale jaarlijkse groei van 67 MVA.
3. Faciliteren bekende projecten en initiatieven tot in ieder geval 2025: de bekende projecten en initiatieven binnen de gemeente Amsterdam voorzien in het faciliteren van de marktvraag tot in ieder geval 2025. Hierom zal de gemeente niet meewerken aan nieuwe initiatieven, tenzij deze zijn gericht op realisatie na 2025.
4. Ruimtelijke spreiding: de gemeente zet in op spreiding van de datacenters in de huidige clusters. Dit zijn Science Park, Amstel III – West bedrijvenstrook, Haven / Havenstad en delen van Schinkelkwartier.
5. Intensief ruimtegebruik: datacentergebouwen mogen alleen intensief gestapeld uitgevoerd worden waarbij er in overleg met de gemeente kan worden bekeken welke hoogte passend is binnen het gebied. Ook ondergronds bouwen past bij intensief grondgebruik. Waar de techniek dat toelaat en dit gecombineerd kan worden met andere ruimtegebruikers wordt ondergronds bouwen van een datacenter aangemoedigd.
6. Ruimtelijke inpassing en kwaliteit: bij het beoordelen van het ruimtelijke ontwerp wordt gekeken naar de relatie met de omgeving, het bouwvolume en aansluiting op de omgeving, de plint en het publiek programma en de transformatiemogelijkheden. Ook is (het zorgen voor) voldoende ruimte in de ondergrond voor de 10 of 20 kV kabels een belangrijke randvoorwaarde.
7. Gemengd ruimtegebruik: een datacenter is geen functie die gebonden is aan de begane grond. Het combineren van datacenters met functies die wel baat hebben bij een plek op de begane grond (horeca, bedrijfsruimte, logistiek centrum en overige publieksvoorzieningen) zorgt voor intensiever ruimtegebruik en verbetert de uitstraling op straatniveau.
8. Capaciteit te contracteren vermogen: de eventuele groei van datacenters na 2025 is neergelegd in de kaders voor de uitbreiding van het netwerk, mits het de gemeente en Liander lukt om de benodigde onderstations in Amsterdam te realiseren. In het deelgebied Amstel III wordt onderzocht of het mogelijk is de huidige datacenters direct op het hoogspanningsnetwerk van Tennet aan te sluiten, waardoor het netwerk van Liander wordt ontlast. Voor nieuwe initiatieven is net als in Haarlemmermeer het uitgangspunt dat datacenters met een vermogen groter dan 80 MVA een eigen 150 kV inkoopstation moeten realiseren.
9. Energiebesparing: hierop gaan wij hierna nader in.
10. Het verplicht benutten van restwarmte: het verplicht benutten van restwarmte van een datacenter door technische uitkoppeling van restwarmte op de perceelgrens te realiseren voor nieuw te bouwen datacenters en, indien technisch mogelijk, bij uitbreiding van bestaande datacenters. Zie hierover hierna nader punt 4.
11. Inzetten op duurzaam opgewekte energie: kavelgebonden duurzame elektriciteit (benutten daken en gevels voor zonnepanelen en fossielvrije systemen voor nood- en piekvoorzieningen) en inkoop van duurzame elektriciteit (de datacenterbranche loopt voorop met het inkopen van duurzame energie).
12. Toekomstbestendig circulair bouwen: er wordt ingezet op toekomstbestendig (circulair) bouwen passend bij het vastgestelde ruimtelijke kader op het betreffende bedrijventerrein.

Bijzondere aandacht voor energiebesparing en duurzaamheid in Amsterdam

De gemeente Amsterdam wil dat initiatiefnemers bij de vestiging van datacenters binnen de gemeente haar ambities (privaatrechtelijk) onderschrijven en samen met de gemeente komen tot een invulling die meerwaarde levert. Hierom is duurzaamheid een belangrijk criterium bij het verkrijgen van toestemming om een datacenter te realiseren. Het datacenterbeleid noemt de volgende elementen die betrekking hebben op duurzaamheid:

1. **LEAP**: de Amsterdam Economic Board, NLdigital, Green IT Amsterdam, Rijksdienst voor Ondernemend Nederland en de Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied zijn het Low Energy Acceleration Program (LEAP) gestart. In samenwerking met grote klanten, datacenters, hardware-leveranciers, onderzoeksinstellingen en overheden wordt gewerkt aan het vergroten van de energie-efficiëntie van servers en het toewerken naar een duurzame digitale infrastructuur. Bekeken wordt hoe de resultaten uit het LEAP-traject worden verankerd in specifieke regelgeving.
2. **PUE < 1,2**: de Power Usage Effectiveness (PUE) is de waarde van het totale energieverbruik, gedeeld door de hoeveelheid energieverbruik van ICT-apparatuur. Hoe efficiënter de koeling en de elektriciteitsverdeling van de apparatuur is, hoe energie-efficiënter het datacenter werkt en hoe lager de PUE is. De ontwerp-PUE mag maximaal < 1,2 zijn. Bij deze waarde dient rekening te worden gehouden met de eventuele negatieve impact van duurzaamheidsmaatregelen, zoals het leveren van restwarmte, die een negatieve invloed op de PUE kunnen hebben. De minister van Economische Zaken en Klimaat heeft de Tweede Kamer laten weten dat op landelijk niveau voorlopig geen eisen zullen worden gesteld aan de PUE-factor (zie **beantwoording Kamervragen** over energiebesparing van datacenters).
3. **EPC**: de energieprestatie coëfficiënt (EPC) (nu: BENG) is een index die de energetische efficiëntie van nieuwbouw aangeeft. Voor eventuele 'Bouwbesluit functies' zoals kantoren, die onderdeel uitmaken van het datacenter, dient een EPC te worden gerealiseerd die aansluit bij het Amsterdamse beleid van energieneutraal bouwen.
4. **Benutten van restwarmte**: het verplicht benutten van restwarmte uit een datacenter op een vastgestelde temperatuur door technische uitkoppeling van restwarmte op de perceelgrens te realiseren en door het uitkoppelen van restwarmte en terugontvangen van koeling op te nemen in het ontwerp van het datacenter met een WKO. Afspraken over het benutten van restwarmte dienen uiteindelijk te worden vastgelegd in overeenkomsten tussen de ontwikkelaar, het datacenter en de warmte-exploitant. De gemeente heeft daar vooral een faciliterende rol en voert regie op de realisatie van (lokale) warmtenetten. Maar aan het benutten van restwarmte zitten nog veel haken en ogen, waarbij ook niet behulpzaam is dat onlangs het wetsvoorstel Wet collectieve warmtevoorziening (Warmtewet 2) *on hold* is gezet ([link](#)), zie over dat wetsvoorstel Stibbeblog ([link](#) en [link](#)). Dat wetsvoorstel stimuleerde het gebruik van restwarmte in de gebouwde omgeving op een maatschappelijk kosteneffectieve manier door warmtebedrijven het recht te geven om restwarmte tegen uitkoppelkosten 'op te halen' aan de poort van een industrieel bedrijf, datacenter of andere producent van restwarmte.
5. **Drinkwaterverbruik beperken**. De datacenter projecten in Amsterdam voor de korte en middellange termijn zijn bekend bij Waternet, het gemeentelijke waterbedrijf. De projecten voor de korte termijn passen binnen de bestaande ruimte van de drinkwaterproductiecapaciteit. Toekomstige aanvragen van datacenters voor drinkwateraansluitingen zal Waternet per geval beoordelen aan de hand van het criterium dat de hoeveelheid voor koelwater benodigd drinkwater drastisch wordt beperkt. Vooralsnog is het koelmedium grondwater verboden, zodat datacenters voor koeling zijn aangewezen op drinkwater.

Datacenterstrategie Noord-Holland

Hierom is duurzaamheid een belangrijk criterium bij het verkrijgen van toestemming om een datacenter te realiseren.

In juli 2021 hebben gedeputeerde staten van Noord-Holland de concept Datacenterstrategie Noord-Holland vastgesteld ([link](#)), waarvan u een Engelse vertaling [hier](#) aantreft. Dit concept kan nog veranderen na consultatie met stakeholders. Eind 2021 stellen provinciale staten de definitieve provinciale datacenterstrategie vast ([link](#)).

De provinciale datacenterstrategie is van toepassing op datacenters met een oppervlakte van meer dan 2.000 m² en een elektriciteitsaansluiting van minimaal 5 MVA.

De provinciale datacenterstrategie richt zich vooral op de vestiging van nieuwe datacenters. De 57 bestaande grote datacenters in de provincie (55 colocatie/multi-tenant datacenters en 2 hyper-scale datacenters) blijven in grote lijnen ongemoeid.

De provinciale datacenterstrategie wil sturen door reguleren en stimuleren. Reguleren vindt plaats door het stellen van regels in de Omgevingsverordening die doorwerken naar gemeenten, zoals vestigingsvoorwaarden die in Amsterdam en Haarlemmermeer al worden toegepast. Het stimuleren heeft betrekking op initiatieven vanuit de sector zelf, bijvoorbeeld

het ondersteunen van kennisontwikkeling, lobby, samenwerking, innovatie en informatievoorziening en het maken van afspraken hierover met publieke en private partners.

De provinciale inzet komt samengevat op het volgende neer, waarbij de Datacenterstrategie een onderscheid maakt tussen ruimte en duurzaamheid:

Datacenterstrategie: ruimte

Dit thema ziet op keuzes voor locaties en clustervorming, de inpassing van datacenters en het ruimtegebruik:

- Regels in de Omgevingsverordening
 - Locatiekeuze door aanwijzen van bedrijventerreinen in Amsterdam, Haarlemmermeer, Diemen en Hollands Kroon en een verbod op de vestiging van datacenters daarbuiten.
 - Voor deze clusters geldt het opstellen van een stedenbouwkundig plan en beeldkwaliteitsplan als voorwaarde, waarbij de inhoudelijke punten waaraan plannen moeten voldoen worden vastgelegd.
 - Datacenters mogen zich alleen vestigen op of aangrenzend aan bedrijventerreinen.
 - Ontwikkelingen moeten voldoen aan provinciaal beleid, zoals de **Leidraad Landschap en Cultuurhistorie**.
- Vestigingsvoorwaarden
 - Verplichte afspraken over vestigingsvoorwaarden tussen provincie en gemeenten waar datacenters zich nog mogen vestigen, gericht op impact op de omgeving, multifunctioneel ruimtegebruik en uitwerking stedenbouwkundig plan en beeldkwaliteitsplan.
- Aanvullende afspraken en samenwerking
 - Verdere samenwerking en afstemming met gemeenten waar datacenters zich nog mogen vestigen.
 - Afspraken met de sector.

Datacenterstrategie: duurzaamheid

Dit thema ziet op energieverbruik, duurzame energie, restwarmte, watergebruik voor koeling (in relatie tot waterbeschikbaarheid), waterveiligheid en overlast en de kwaliteit van lozingswater:

- **Omgevingsverordening**, artikel 6.62
 - Motiveringsplicht omgevingsplan (beschrijving van de wijze waarop rekening wordt gehouden met risico's klimaatverandering, waaronder waterveiligheid, wateroverlast en waterbeschikbaarheid).
- Vestigingsvoorwaarden
 - Vestigingsvoorwaarden rondom energie en water vaststellen met gemeenten. Deze voorwaarden zijn gericht op maximale inzet op energiebesparing, hergebruik van restwarmte in omliggende bebouwing, duurzame energieopwekking en duurzaam watergebruik.
- Vergunningverlening, toezicht en handhaving
 - Via vergunningverlening, toezicht en handhaving (VTH) kunnen overheden sturen op naleving van regels in bestemmingsplannen en milieu. Dit betreft bijvoorbeeld het toepassen van erkende maatregelen op basis van de Best Beschikbare Technieken.
 - Afspraken met het Omgevingsdiensten.
- Aanvullend afspraken en samenwerking met gemeenten, de datacentersector en ander partnerorganisaties
 - Onderzoek en pilots.
 - Duurzaam inkopen.
 - Verbinding van de sector met het ecosysteem voor innovatie, werk en ontwikkeling.
 - Afspraken met de sector.

Observaties

Het datacenterecosysteem in met name Amsterdam en Haarlemmermeer heeft zich de afgelopen jaren stormachtig kunnen ontwikkelen tot drie hyperconnectiviteitsclusters, maar aan die groei lijkt een einde te komen. Beide gemeenten maximaliseren de groei. Daarnaast stelt met name Amsterdam duurzaamheidseisen. Niet alleen deze gemeenten, ook de provincie Noord-Holland trekt de teugels aan: nieuwe datacenters zijn alleen nog toegestaan in de gemeenten Amsterdam, Haarlemmermeer, Diemen en Hollands Kroon (mits duurzaam en landschappelijk ingepast) en niet meer daarbuiten. Bovendien dienen grote datacenters (meer dan 80 MVA) hun eigen inkoopstation aan te sluiten op het netwerk van TenneT, waarmee aanzienlijk investeringen gemoeid zijn.

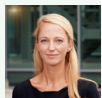
Of het vestigingsverbod buiten de locaties genoemd in het provinciale conceptbeleid voor de rechter standhoudt, kan mede in het licht van de Dienstenrichtlijn, worden betwijfeld. Vanwege de groeiende vraag naar datacenters bij de hyperconnectiviteitsclusters is goed voorstelbaar dat over de weigering planologische medewerking te verlenen meer geprocedeerd gaat worden.

Een alternatief, namelijk een vierde hyperconnectiviteitscluster, is er niet zomaar. Dat vergt in ieder geval duidelijk overheidsbeleid en forse investeringen in de elektriciteitsvoorziening.

Voor datacenters geldt tot op zekere hoogte 'onbekend maakt onbemind', zij hebben geen menselijk gezicht en dragen niet zichtbaar bij aan hun omgeving. Initiatiefnemers kunnen hun kansen op overheidsmedewerking vergroten door veel aandacht te besteden aan duurzaamheid, de levering van warmte aan warmtenetten, landschappelijke inpassing, intensief en meervoudig ruimtegebruik en door het tonen van maatschappelijke betrokkenheid.



Jan
van Oosten



Anne-Marie
Span



Pauline
van Lingen



Rachèl
Held



Meike
Pakkert

Mobility as a Service (“MaaS”) in bestemmingsplannen. Hoe werkt dat?

Op 29 oktober 2021 ([ECLI:NL:RVS:2021:2403](#)) schorste de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een bestemmingsplan omdat de ontwikkeling die het plan mogelijk maakt onvoldoende voorziet in de parkeerbehoefte op eigen terrein, aangezien deelname aan MaaS uiteindelijk is gebaseerd op vrijwilligheid. Deze uitspraak is aanleiding voor dit blogbericht om te bezien hoe MaaS-oplossingen, als onderdeel van duurzame mobiliteit, wel in bestemmingsplannen kunnen worden geregeld.

1. Inleiding

Duurzame mobiliteit staat hoog op de politieke agenda, maar het is nog best lastig om duurzame mobiliteit op een juiste manier te integreren in de ruimtelijke ordening. In dit blogbericht bespreken wij naar aanleiding van twee uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“de Afdeling”) van dit jaar enkele handreikingen voor een juiste toepassing van Mobility as a Service (“MaaS”) in een bestemmingsplan. MaaS is een innovatief middel om mobiliteit te verduurzamen. In de [kamerbrief](#) van de toenmalig Minister van Infrastructuur en Waterstaat wordt MaaS geïntroduceerd als nieuw flexibel mobiliteitsconcept. Wij schreven over MaaS al eerder dit [blogbericht](#), waarin MaaS werd omschreven als een geïntegreerde mobiliteitsdienst, waarbij een klant via één platform zijn volledige reis van A naar B kan plannen, boeken en betalen, waarbij rekening wordt gehouden met de persoonlijke (reis)voorkeuren van de klant. Als er een goede MaaS-oplossing is, is het bezit van een auto niet meer nodig. Voor de ruimtelijke ordening betekent dit dat indien voor een ontwikkeling goede MaaS-oplossingen aanwezig zijn, minder rekening behoeft te worden gehouden met eigen autobezit. Dat betekent een lagere parkeerbehoefte, zodat een ontwikkeling toch in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening indien niet aan de ‘standaard’ parkeernormen wordt voldaan.

Door toepassing van lagere parkeernormen – die overigens natuurlijk wel met de vereiste zorgvuldigheid moet worden vastgesteld – wordt autobezit ontmoedigd en worden alternatieven zoals MaaS juist gestimuleerd.

2. Parkeernormen in het bestemmingsplan

Op grond van artikel 3.1 Wet ruimtelijke ordening (“Wro”) stelt de gemeenteraad een bestemmingsplan vast. Een bestemmingsplan moet voldoen aan de norm “een goede ruimtelijke ordening”. Voor een goede ruimtelijke ordening moet onder meer worden gekeken naar de parkeerbehoefte behorend bij de in het bestemmingsplan voorziene ontwikkelingen. Indien een bestemmingsplan een ontwikkeling mogelijk maakt die onvoldoende voorziet in parkeerplaatsen op eigen terrein, vergroot dit de parkeerdruk op de al bestaande parkeerplaatsen in de nabije omgeving. Dit kan leiden tot (parkeer)hinder voor omwonenden en zal daarmee het woon- en leefklimaat voor omwonenden verslechteren. Het bestemmingsplan voldoet in dat geval niet aan de norm van “een goede ruimtelijke ordening” uit artikel 3.1 Wro.

Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt dat de gemeenteraad bij het vaststellen van een bestemmingsplan steeds de parkeerbehoefte beoordeelt (ABRvS 9 oktober 2013, [ECLI:NL:RVS:1426](#), r.o. 4.3 en ABRvS 22 mei 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:1668](#), r.o. 9.3). Het is gebruikelijk dat de gemeenteraad voor deze berekening de algemeen aanvaarde CROW-richtlijnen hanteert. Het probleem bij verwijzing naar de CROW-richtlijnen in een bestemmingsplan is dat het lastig(er) is om rekening te houden met factoren zoals de nabijheid en het gebruik van openbaar vervoersfaciliteiten of deelmobiliteit. CROW stelt ook dat de invloed van MaaS op de parkeernorm lastig te bepalen is omdat het er vooral om gaat wat de gemeente verwacht van het mobiliteitsgedrag van bewoners en bezoekers ([CROW publicatie Toekomstbestendig Parkeren, December 2018, CROW, p. 134](#)). De parkeernormen van CROW houden dus geen rekening met het gebruik van MaaS.

3. MaaS & het bestemmingsplan

Voor een effectieve inzet van MaaS is het van belang dat MaaS in een bestemmingsplan op een juiste wijze wordt gestimuleerd en geïmplementeerd. Op basis van de jurisprudentie van de Afdeling die over MaaS is verschenen, komen wij tot de volgende aanpak om toepassing van MaaS in een bestemmingsplan succesvol te maken.

3.1 Goed vaststellen van parkeerbeleid

Een juiste toepassing van MaaS start met het aanbrengen van flexibiliteit in de parkeernormen. Door in een bestemmingplan gebruik te maken van een dynamische verwijzing naar beleidsregels, kan de lokale parkeerbehoefte in een plangebied meer flexibel worden vastgesteld. Hierdoor is het mogelijk om rekening te houden met reductiefactoren zoals MaaS of deelmobiliteit. Over dynamische verwijzingen naar beleidsregels in een bestemmingsplan schreven wij al eerder dit [blogbericht](#). In de uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2021 ([ECLI:NL:RVS:2021:569](#)) oordeelt de Afdeling dat de gemeenteraad van Rotterdam dit succesvol heeft gedaan door dynamische verwijzing naar beleidsregels. In zijn parkeerbeleid heeft de gemeenteraad van Rotterdam geregeld dat het gebruik van MaaS voor een periode van minimaal 10 jaar, de parkeereis met maximaal 20% verlaagt.

Bij de vaststelling van parkeernormen heeft een gemeenteraad beleidsruimte. Hierdoor kan de gemeenteraad bij de vaststelling van zijn parkeerbeleid rekening houden met verschillende reductiefactoren zoals MaaS, maar ook de nabijheid van OV-stations,

deelauto's en -fietsen. Door in beleidsregels de toepassing van MaaS te regelen, ontstaat een mogelijkheid om in bepaalde gevallen de parkeernorm omlaag te brengen. Daarbij kan de gemeenteraad afwijken van de standaard CROW-normen, mits hij dat goed motiveert. In het bestemmingsplan kan dan vervolgens weer naar dit parkeerbeleid worden verwezen. Door toepassing van lagere parkeernormen – die overigens natuurlijk wel met de vereiste zorgvuldigheid moet worden vastgesteld – wordt autogebruik ontmoedigd en worden alternatieven zoals MaaS juist gestimuleerd.

De gemeenteraad kan in zijn parkeerbeleid overigens ook de mogelijkheid tot “afkoop” van het voldoen aan de parkeereis opnemen. Deze mogelijkheid kwamen wij in het **parkeerbeleid** van de gemeente Den Haag tegen. De gemeenteraad regelt in zijn beleidsregels de mogelijkheid om minder parkeerplaatsen aan te (laten) leggen dan de parkeernorm voorschrijft, mits een bedrag wordt gestort in een mobiliteitsfonds. Het gestorte geld wordt vervolgens gebruikt om mobiliteitsmaatregelen te treffen in het gebied van de nieuwe ontwikkeling. Deze praktijk is al eerder door de Afdeling geaccepteerd toen de parkeernormen nog via de Bouwverordening werden geregeld (ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7719). Destijds ging het echter om een parkeerfonds, waarbij het gestorte geld moest worden besteed aan parkeerplekken. Het geld dat in het mobiliteitsfonds wordt gestort kan aan meer worden besteed dan aan parkeerplekken, bijvoorbeeld aan extra vervoersmiddelen binnen het MaaS-abonnement. Wij vragen ons wel af of een dergelijk mobiliteitsfonds ook op korte termijn mogelijkheden biedt om te voorzien in de parkeerbehoefte. Een en ander hangt af van de mate van concreetheid waarin het storten van geld in een mobiliteitsfonds daadwerkelijk leidt tot investeringen welke binnen afzienbare termijn een mobiliteitsoplossing mogelijk maken die het reduceren van de parkeernormen rechtvaardigt.

3.2 Waarborgen door vaststellen vergunningsvoorschriften

Naast de mogelijkheid om de beschikbaarheid van MaaS te waarborgen in vergunningsvoorschriften, zien wij ook de mogelijkheid om de beschikbaarheid van MaaS te regelen in een voorwaardelijke verplichting.

Na het vaststellen van de parkeerbehoefte, moet de gemeenteraad aantonen dat de ontwikkeling waarin het bestemmingsplan voorziet, waarborgt dat inzet van MaaS daadwerkelijk leidt tot een reductie van de parkeerbehoefte en dus de realisatie van minder parkeerplaatsen rechtvaardigt. Op dit punt ging het mis in de uitspraak van de voorzieningenrechter van 29 oktober 2021 (**ECLI:NL:RVS:2021:2403**). De voorzieningenrechter twijfelt eraan of het bestemmingsplan “Ridder van Catsweg 683, Gouda” (het “Bestemmingsplan”) voldoende voorziet in de parkeerbehoefte op eigen terrein, aangezien deelname van MaaS uiteindelijk is gebaseerd op vrijwilligheid. In het mobiliteitsplan bij het Bestemmingsplan wordt MaaS genoemd als een van de deelfactoren om de parkeereis te verminderen, maar verder voorziet het plan niet in een daadwerkelijke garantie dat MaaS gedurende een bepaalde periode beschikbaar wordt gesteld voor bewoners en andere gebruikers. De voorzieningenrechter oordeelt dat (i) in het Bestemmingsplan niet is geborgd dat MaaS gedurende een bepaalde periode beschikbaar wordt gesteld voor bewoners en andere gebruikers, (ii) in het Bestemmingsplan ook niet is geregeld dat de toekomstige bewoners gebruik moeten maken van de deelauto's, en (iii) uit het mobiliteitsplan bij het Bestemmingsplan blijkt dat deelname aan MaaS – en ook het daaraan deel blijven nemen – gebaseerd is op vrijwilligheid, waardoor de kans bestaat dat minder bewoners dan verwacht van deze dienst gebruik zullen (blijven) maken en dat meer bewoners een eigen auto zullen hebben.

Wij vinden de overwegingen dat in het Bestemmingsplan niet is geregeld dat toekomstige bewoners gebruik moeten maken van deelauto's en dat het systeem gebaseerd is op vrijwilligheid opmerkelijk. Deelname aan MaaS is uiteindelijk altijd gebaseerd op vrijwilligheid. Verder is het via een bestemmingsplan in ieder geval niet mogelijk om bewoners tot deelname aan deelauto's te verplichten. Ook is het op dit moment niet mogelijk om bewoners publiekrechtelijk te dwingen om van eigen autobezit af te zien. Mogelijk bedoelt de voorzieningenrechter dat voor de concrete ontwikkeling de garantie dat een MaaS-oplossing ook wordt gerealiseerd en langere tijd beschikbaar blijft, onvoldoende aanwezig is.

Dat laatste sluit ook meer aan op een eerdere uitspraak van de Afdeling van 17 maart 2021 (**ECLI:NL:RVS:2021:569**). In die uitspraak hadden B&W van Rotterdam door een vergunningsvoorschrift bij de omgevingsvergunning gewaarborgd dat MaaS voor een periode van minstens 10 jaar voor bewoners en andere gebruikers beschikbaar was. De Afdeling acht dit voorschrift controleerbaar en handhaafbaar. Het college van B&W legde de verantwoordelijkheid in dat geval bij de vergunninghouder om de beschikbaarheid van MaaS te garanderen.

Naast de mogelijkheid om de beschikbaarheid van MaaS te waarborgen in vergunningsvoorschriften, zien wij ook de mogelijkheid om de beschikbaarheid van MaaS te regelen in een voorwaardelijke verplichting. Deze oplossing is het overwegen waard, aangezien een voorwaardelijke verplichting al iets meer zekerheid biedt in het bestemmingsplan zelf. Uit de jurisprudentie van de Afdeling volgt wel dat een voorwaardelijke verplichting in een planregel voldoende duidelijk en handhaafbaar dient te zijn (ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4017, r.o. 4.3).

3.3 Civielrechtelijke verankering

De vergunninghouder kan ook aan de verplichting om de beschikbaarheid van MaaS te garanderen voldoen door dit civielrechtelijk te verankeren in een overeenkomst. Bijvoorbeeld in geval van ontwikkeling van een woontoren, bestaat de mogelijkheid voor de vergunninghouder om deelname aan MaaS te verdisconteren in de servicekosten van de VvE. Alle bewoners zouden in dat geval (mee)betalen voor het gebruik van MaaS, ook indien zij geen gebruikmaken van de dienst. Bij de ontwikkeling van een woonwijk kan een vergunninghouder deelname aan MaaS bijvoorbeeld opnemen in een kettingbeding bij de koopovereenkomst. Het meebetalen aan de abonnementskosten van MaaS hoeft echter niet te betekenen dat bewoners afscheid nemen van hun auto of geen auto



zullen aanschaffen. In feite houdt het enkel een financiële last in, maar het stimuleert allicht het gebruik van de MaaS-oplossing en ontmoedigt het eigen autobezit. Derden kunnen de naleving van een civielrechtelijke overeenkomst om een MaaS systeem op te zetten niet afdwingen. Mocht de Afdeling de eis stellen dat het opzetten van een MaaS systeem ook publiekrechtelijk moet worden verankerd, dan heeft het de voorkeur om die verplichting vast te leggen in een voorwaardelijke verplichting.

Om de beschikbaarheid van MaaS vervolgens publiekrechtelijk te kunnen waarborgen, kan de gemeenteraad in het bestemmingsplan voorsorteren op de mogelijkheid om vergunningsvoorschriften te stellen bij het verlenen van een omgevingsvergunning.

4. Doorkijkje omgevingswet

Hiervoor hebben wij beschreven hoe de gemeenteraad de toepassing van MaaS kan implementeren in een bestemmingsplan, maar naar verwachting moet de gemeenteraad per 1 juli 2022 – met de inwerkingtreding van de Omgevingswet – MaaS regelen in een omgevingsplan. Daarom blikken we kort vooruit op hoe de gemeenteraad MaaS in een omgevingsplan kan regelen.

In de Omgevingswet is niet meer enkel 'een goede ruimtelijke ordening' het uitgangspunt voor de planwetgever. Het omgevingsplan moet zien op een evenwichtige toedeling van functies aan locaties en betreft de gehele fysieke leefomgeving. Duurzame mobiliteit is daarmee een onderdeel van het integrale afwegingskader dat bij opstellen van een omgevingsplan moet worden aangehouden. Naar verwachting biedt het omgevingsplan vanwege deze integraliteit meer ruimte om rekening te houden met MaaS-oplossingen. Wij zijn bijvoorbeeld benieuwd of artikel 4.7 van de Omgevingswet, op grond waarvan een omgevingsplan mag toestaan dat een gelijkwaardige maatregel wordt getroffen te treffen, ruimte biedt om MaaS als gelijkwaardige maatregel voor bereikbaarheid en parkeerbehoefte in te zetten. De hier besproken uitspraken bieden eigenlijk al een voorproefje voor de werking onder de Omgevingswet, omdat in de daar voorliggende gevallen gebruik is gemaakt van de bestaande mogelijkheden om meer integraliteit en flexibiliteit in het bestemmingsplan te hanteren.

5. Conclusie

In het meest ideale scenario wordt MaaS als reductiefactor bij het berekenen van de parkeernorm opgenomen in het bestemmingsplan. Om de beschikbaarheid van MaaS vervolgens publiekrechtelijk te kunnen waarborgen, kan de gemeenteraad in het bestemmingsplan voorsorteren op de mogelijkheid om vergunningsvoorschriften te stellen bij het verlenen van een omgevingsvergunning. Het college van B&W kan hiermee de vergunninghouder verantwoordelijk maken voor de beschikbaarheid van MaaS. De vergunninghouder kan deelname aan MaaS vervolgens weer civielrechtelijk overeenkomen met gebruikers en eigenaren. Uiteindelijk zal het in de praktijk voor het waarborgen van deelname aan MaaS vooral van belang zijn dat gebruik van MaaS aantrekkelijker wordt gemaakt (het bezit van) een auto en dat MaaS ook daadwerkelijk beschikbaar is voor een langere periode. Dit past goed in de maatschappelijke trend waarbij bezit minder belangrijk wordt, en gezamenlijk gebruik meer centraal staat.



Jan Reinier
van Angeren



Rut Molenaar-
Wingens



Energietransitie en klimaat

Klimaatzaak Milieudefensie e.a. – rechtbank beveelt Shell te zorgen voor CO₂-reductie

Klimaatzaak Milieudefensie e.a. – rechtbank beveelt Shell te zorgen voor CO₂-reductie

Inleiding en samenvatting

Op 26 mei 2021 ([ECLI:NL:RBDHA:2021:5337](#)) deed de rechtbank Den Haag uitspraak in 'de klimaatzaak van de eeuw'. Een alliantie van belangenorganisaties en ruim 17.000 individuele eisers hebben, onder leiding van Milieudefensie, Royal Dutch Shell Plc gevestigd te Den Haag ("RDS") gedagvaard en kort gezegd een reductie van de CO₂-emissies van RDS gevorderd.

Milieudefensie e.a. hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd dat RDS onrechtmatig handelt jegens hen en dat voor de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm gebruik kan worden gemaakt worden van de 'Kelderluik-criteria' (deze criteria zien op gevaarstelling en of die voorkomen had kunnen en moeten worden door de gevaarzetter), mensenrechten en soft law.

De rechtbank heeft deze vordering toegewezen omdat volgens haar RDS de verplichting heeft om via het concernbeleid van de Shell-groep de CO₂-uitstoot van de activiteiten van de Shell-groep eind 2030 te verminderen met netto 45% ten opzichte van 2019. Deze reductieverplichting ziet op de gehele energieportefeuille van de Shell-groep en op het gezamenlijk volume van alle emissies. De rechtbank is tot deze reductieverplichting gekomen door invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden zoals de beleidsbepalende positie van RDS in de Shell-groep en de CO₂-uitstoot van de Shell-groep, de beschikbare wetenschap over (de aanpak van) gevaarlijke klimaatverandering en de naar het oordeel van de rechtbank breed gedragen internationale consensus dat mensenrechten bescherming bieden tegen de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering en dat bedrijven mensenrechten moeten respecteren (samengevat in r.o. 4.1.3 e.v.).

De rechtbank heeft deze vordering toegewezen omdat volgens haar RDS de verplichting heeft om via het concernbeleid van de Shell-groep de CO₂-uitstoot van de activiteiten van de Shell-groep eind 2030 te verminderen met netto 45% ten opzichte van 2019.

Dit is een baanbrekende uitspraak – indien de uitspraak in een eventueel hoger beroep en cassatie standhoudt. In dit blog plaatsen wij enkele eerste kanttekeningen bij de uitspraak.

Aan wie is het bevel gegeven en wat houdt dit in

Het bevel tot minimaal 45% CO₂-reductie ten opzichte van 2019, te behalen in 2030, is gegeven aan RDS. RDS is de directe of indirecte aandeelhoudster van ruim 1.100 afzonderlijke vennootschappen die wereldwijd zijn gevestigd. De rechtbank hanteert als feit dat RDS als tophoudstermaatschappij het algemene beleid van de Shell-groep vaststelt, ook op het terrein van klimaat. De rechtbank wijst erop dat RDS de *business principles* van de groep vaststelt, net als de investeringsrichtlijnen voor de energietransitie binnen het concern. Ook wijst de rechtbank op het Sustainability Report 2019 van de Shell-groep waarin het bestuur van RDS wordt aangeduid als '*oversight of climate change risk management*'. De rechtbank stelt dus vast dat RDS een beslissende rol heeft in het klimaatbeleid van de Shell-groep.

Meer specifiek ziet het reductiebevel op emissies die worden aangeduid met 'Scope 1 t/m 3'. Scope 1-emissies zijn kortweg de directe emissies uit installaties van de wereldwijde vennootschappen die behoren tot RDS (zoals een raffinaderij). Scope 2-emissies zijn indirecte emissies van derden (leveranciers) van wie bijvoorbeeld elektriciteit wordt ingekocht door RDS. Scope 3-emissies zijn de overige emissies die ontstaan door activiteiten van derden (eindgebruikers), zoals andere organisaties of consumenten. Hieronder vallen bijvoorbeeld de emissies van auto's die rijden op brandstof getankt bij Shell. De rechtbank gaat uit van het feit dat 85% van de aan RDS toe te rekenen CO₂-emissies bestaan uit Scope 3-emissies.

De rechtbank concludeert dat de reductieverplichting een *resultaatsverplichting* waar het de activiteiten van de Shell-groep (Scope 1-emissies) betreft. Ten aanzien van de zakelijke relaties van de Shell-groep, met inbegrip van de eindgebruikers, (Scope 2- en 3-emissies) is dit een *zwaarwegende inspanningsverplichting*, waarbij van RDS kan worden verwacht dat zij de nodige stappen neemt om de ernstige risico's als gevolg van de door hen gegenereerde CO₂-uitstoot op te heffen of te voorkomen en haar invloed aanwendt om eventueel voortdurende gevolgen zo veel mogelijk te beperken.

De rechtbank geeft ook aanwijzingen hoe RDS de reductie kan behalen. Zo wordt onder meer overwogen dat een consequentie van de zwaarwegende verplichting (Scope 2- en 3-emissies) kan zijn dat RDS "nieuwe investeringen in het winnen van fossiele grondstoffen nalaat en/of haar productie van fossiele grondstoffen beperkt".

De rechtbank verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad. Dat betekent dat een hoger beroep RDS niet ontslaat van de verplichting om aan het bevel te voldoen. In de media wordt al gesproken over een benodigde reductie van 4,5% per jaar om de



bevolen 45% in 2030 te halen. De rechtbank zegt dat echter niet. Het bevel ziet op het behalen van de reductie aan het eind van het jaar 2030. De rechtbank laat het te volgen reductiepad uitdrukkelijk vrij en formuleert geen bindende norm (r.o. 4.4.29).

Klimaatverandering en de gevolgen daarvan

De rechtbank begint haar uitspraak met feitelijke vaststellingen over de aard en potentiële gevolgen van klimaatverandering als gevolg van CO₂-emissies. Zij baseert haar vaststellingen op een aantal onderzoeken en rapporten, in het bijzonder de rapporten van het *Intergovernmental Panel on Climate Change* ("IPCC") van de Verenigde Naties. Voor de conclusies van de IPCC die de rechtbank aanhaalt verwijzen we naar par. 2.3 en r.o. 4.4.29 van de uitspraak.

De belangrijkste conclusies van de IPCC die de rechtbank aanhaalt zijn:

- Opwarming van de aarde met meer dan 2o C leidt tot gevaarlijke, onomkeerbare klimaatverandering. Dat moet worden voorkomen. Om dit te bereiken, moet de concentratie broeikasgassen in de atmosfeer worden gestabiliseerd.
- Als gevolg van klimaatverandering zullen extreme weersomstandigheden optreden zoals langdurige hitte, stormen, en overstromingen. In combinatie met een stijging van de zeespiegel kunnen die weeromstandigheden leiden tot overlijden, letsel en verlies van bestaansmiddelen voor personen, systeemrisico's door wegvallen van kritieke infrastructuur, voedselschaarste en het verlies van een divers ecosysteem en biodiversiteit.
- In het Verdrag van Parijs is neergelegd dat de opwarming van de aarde moet worden beperkt tot maximaal 1,5o C. Om dit doel te behalen, is vereist dat de wereldwijde CO₂-emissies in 2030 met netto 45% zijn teruggebracht ten opzichte van 2010 en in 2050 met netto 100%. Om dit doel te bereiken dienen de wereldwijde CO₂-emissies al voor 2030 substantieel af te nemen.
- Voor de potentiële gevolgen van klimaatverandering voor Nederland gaat de rechtbank te rade bij onderzoek van het KNMI. Nederland zal meerdere maatregelen moeten nemen om de gevolgen van zeespiegelstijging tegen te gaan, zoals het suppleren (kunstmatig ophogen) van de kust, het op kortere termijn versterken of vervangen van stormvloedkeringen en het verplaatsen en vergroten van zoetwaterinlaten. Ook zouden inwoners van Nederland door klimaatverandering te maken kunnen krijgen met hittestress, toenemende infectieziekten, verslechtering van de luchtkwaliteit, toename van UV-blootstelling en toename van water- en voedselgerelateerde ziekten, alsmede periodes van droogte en wateroverlast, aldus de rechtbank.

Ontvankelijkheid en toepasselijk recht

Ontvankelijkheid collectieve actie en individuele eisers

Milieudefensie e.a. hebben hun vordering ingesteld in collectieve procedure (als algemeen-belangactie). De rechtbank toetst de ontvankelijkheid van die vordering aan artikel 3:305a BW (oud). Die bepaling maakt het voor een stichting of vereniging mogelijk om een collectieve vordering in te stellen ter bescherming van de "*gelijkssoortige belangen*" van een groep belanghebbenden.

Meer specifiek ziet het reductiebevel op emissies die worden aangeduid met 'Scope 1 t/m 3.'

Primair stelden Milieudefensie e.a. dat zij opkwamen voor de belangen van de huidige en toekomstige generaties van de gehele wereldbevolking, en subsidiair dat zij opkwam voor de huidige en toekomstige generatie van inwoners van Nederland (en het Waddengebied). De rechtbank overweegt dat Milieudefensie e.a. met hun vordering opkomen voor het algemeen belang van het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering door vermindering van CO₂-uitstoot. Het belang van de gehele wereldbevolking is echter volgens de rechtbank onvoldoende gelijksoortig voor bundeling in een collectieve actie, omdat er grote verschillen bestaan in het moment en de wijze waarop de wereldbevolking zal worden getroffen door klimaatverandering als gevolg van CO₂-emissies. Voor de inwoners van Nederland (en het Waddengebied) ligt dat volgens de rechtbank echter anders: ook binnen Nederland verschilt de mate en intensiteit waarin inwoners worden getroffen door klimaatverandering, maar deze verschillen zijn volgens de rechtbank van "*mindere en van andere aard*" dan bij de hele wereldbevolking. De rechtbank acht de belangen van alle (huidige en toekomstige) inwoners van Nederland dus wél (voldoende) gelijksoortig, waardoor Milieudefensie e.a. in een

collectieve procedure voor die belangen kunnen opkomen.

Milieudefensie e.a. stelden op basis van een volmacht de vordering ook in namens een groep van zo'n 17.000 individuele eisers. De rechtbank verklaart de vorderingen van deze eisers niet-ontvankelijk, omdat zij naast de collectieve actie geen voldoende concreet eigen belang hebben. Hun belangen worden namelijk ook al behartigd in de collectieve actie.

Toepasselijk recht

De rechtbank past Nederlands recht toe op de vordering van Milieudefensie e.a. Zij doet dit op basis van artikel 7 van de Europese Rome II-verordening (**Verordening (EG) nr. 864/2007**) ("Rome II"). Artikel 7 Rome II geeft twee mogelijkheden voor het recht dat van toepassing is op vorderingen die voortvloeien uit milieuschade: ofwel het recht van de plaats waar de milieuschade is ingetreden (ook wel: het *Erfolgsort*) of – indien de benadeelde daarvoor kiest – de plaats waar de gebeurtenis zich heeft voorgedaan waar de milieuschade uit voortvloeit (het *Handlungsort*).



De rechtbank stelt vast dat de vordering van Milieudefensie e.a. zich richt tot RDS in hoedanigheid van beleidsbepalende entiteit binnen de Shell-groep. De vaststelling van het concernbeleid van Shell is volgens de rechtbank aan te merken als “*zelfstandige schadeoorzaak*” die, in combinatie met de beschermingsgedachte die aan artikel 7 Rome II ten grondslag lag, de rechtskeuze van Milieudefensie e.a. voor Nederlands recht rechtvaardigt. De rechtbank paste dus Nederlands recht toe.

Reductieverplichting van RDS vloeit voort uit ongeschreven zorgvuldigheidsnorm

Dan het materiële oordeel van de rechtbank. De rechtbank oordeelt dat RDS een reductieverplichting heeft. Deze reductieverplichting vloeit voort uit de in artikel 6:162 BW neergelegde ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Het invullen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm komt aan op een beoordeling van de omstandigheden van het geval. De rechtbank noemt veertien aspecten aan de hand waarvan zij de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm invult. Wij benoemen een aantal van deze aspecten.

i. Beleidsbepalende positie RDS in de Shell-groep

De rechtbank onderkent dat de vennootschappen in de Shell-groep verantwoordelijk zijn voor de implementatie en uitvoering van het beleid en moeten daarbij voldoen aan toepasselijke wetgeving en contractuele verplichtingen. Deze uitvoeringsverantwoordelijkheid van de Shell-vennootschappen neemt evenwel niet weg dat RDS degene is die het algemeen beleid van de Shell-groep bepaalt (zie ook hierboven bij de uitleg van het bevel).

ii. CO₂-uitstoot van de Shell-groep en Scope 1 t/m 3

De Shell-groep is een grote speler op de wereldwijde markt van fossiele brandstoffen. Als alle Scopes worden meegeteld, is de Shell-groep wereldwijd verantwoordelijk voor een substantiële CO₂-uitstoot. Deze mondiale CO₂-uitstoot van de Shell-groep (Scope 1 t/m 3) draagt in Nederland en het Waddengebied bij aan de opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat. De rechtbank betreft hier niet bij dat 85% van de totale emissie van RDS Scope 3-emissie betreft: de emissies van onder meer consumenten.

iii. Internationale normen

Deze verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren geldt voor alle bedrijven, maar de middelen waarmee een bedrijf invulling geeft aan de verantwoordelijkheid zijn evenredig aan onder meer de omvang van de organisatie.

De rechtbank betreft ook het recht op leven en het recht op een ongestoord gezinsleven bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Op deze mensenrechten kan Milieudefensie e.a. tegenover RDS geen direct beroep doen. Vanwege het fundamentele belang van de mensenrechten en daarin belichaamde waarden voor de samenleving als geheel, kunnen de mensenrechten echter wel een rol spelen in de verhouding tussen Milieudefensie e.a. en RDS. De rechtbank verdisconteert de mensenrechten en de daarin belichaamde waarden daarom in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dit onderbouwt de rechtbank onder verwijzing naar het Urgenda-arrest en een uitspraak van het VN-Mensenrechtencomité. Die uitspraken komen erop neer dat de ingeroepen mensenrechten bescherming (ge)bieden tegen gevaarlijke klimaatverandering.

Naast de in onder meer het EVRM bindend verankerde mensenrechten, betreft de rechtbank ook soft law, namelijk de *UN Guiding Principles* (“**UNGP**”). Omdat de EU sinds 2011 van Europese bedrijven verwacht dat zij handelen conform de UNGP, zijn die normen geschikt om als leidraad te dienen bij het invullen van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, aldus de rechtbank. De UNGP leggen gedragsnormen op die niet optioneel zijn en overal gelden. De rechtbank leidt uit de UNGP af dat de verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren inhoudt dat bedrijven zich moeten onthouden van inbreuken op de mensenrechten van anderen, dat zij negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij een aandeel hebben moeten aanpakken en dat ze passende actie moeten nemen. Deze verantwoordelijkheid om mensenrechten te respecteren geldt voor alle bedrijven, maar de middelen waarmee een bedrijf invulling geeft aan de verantwoordelijkheid zijn evenredig aan onder meer de omvang van de organisatie. De rechtbank verwacht van RDS in dit verband veel, omdat het aan het hoofd staat van de omvangrijke Shell-groep.

Ook het Oxfordrapport, een rapport met de analyse van de verschillende protocollen en richtlijnen voor klimaatverandering voor niet-statelijke actoren dat is opgesteld door de universiteit van Oxford in 2020, wordt veelvuldig door de rechtbank aangehaald. De rechtbank ontleent hieraan dat internationaal breed wordt onderschreven dat bedrijven verantwoordelijkheid dragen ten aanzien van Scope 3-emissies en dat ieder bedrijf zelfstandig naar het doel van netto nul emissies in 2050 moet toewerken.

iv. ETS-systeem en vergunningen

RDS beroept zich op de vrijwarende werking van het Europese emissiehandelssysteem (“ETS”) en andere, elders ter wereld geldende vergelijkbare *cap and trade*-emissiehandelssystemen. Activiteiten van de Shell-groep in de EU worden gedekt door het ETS-systeem. Dat is een systeem dat onder meer de CO₂-uitstoot van een grote verscheidenheid aan bedrijfstakken reguleert op basis van het *cap and trade*-principe. Door met het ETS-systeem schaarste in CO₂ te creëren wil de EU de totale uitstoot in haar lidstaten in absolute zin verlagen. Voor de EU is dit de hoeksteen van het klimaatbeleid en een belangrijk middel om broeikasgasemissie op een kosteneffectieve manier te beperken.



De rechtbank oordeelt dat RDS erop mag vertrouwen dat de in aanmerking te nemen belangen, die ook in deze procedure aan de orde zijn, bij het verstrekken van de emissierechten door de uitgevende instantie(s) volledig en op juiste wijze zijn afgewogen. Het ETS-systeem heeft dan ook vrijwarende werking. Die vrijwarende werking is echter maar beperkt: voor zover de reductieverplichting van RDS verder reikt dat de reductiedoelstelling van het ETS-systeem, zal RDS aan haar eigenstandige verplichting moeten voldoen. Zij kan zich daarom niet volledig beroepen op de vrijwarende werking van het ETS-systeem. Dit geldt ook voor andere *cap and trade*-emissiehandelsystemen. Vergunningen en lopende verplichtingen van de Shell-groep hebben in het geheel geen vrijwarende werking.

v. Bezwaarlijkheid en proportionaliteit van de reductieverplichtingen voor RDS

De rechtbank gaat voorbij aan het argument van RDS dat het aan haar opleggen van reductieverplichting zal leiden tot concurrentievervalsing en aantasting van het *level playing field* voor de olie- en gasmarkt. Volgens de rechtbank heeft Shell dit niet nader geconcretiseerd en gaat het verweer verder onder meer niet op omdat ook andere bedrijven een bijdrage zullen moeten leveren aan de nodige wereldwijde vermindering van olie- en gaswinning om de CO₂-uitstoot tegen te gaan.

Bij de beoordeling van de proportionaliteit neemt de rechtbank in aanmerking dat de CO₂-uitstoot waar RDS verantwoordelijk voor kan worden gehouden een “zeer groot gevaar” creëert voor huidige en toekomstige generaties. Het zwaarwegende algemene belang legt volgens de rechtbank meer gewicht in de schaal dan de nadelige effecten die RDS mogelijk zal ondervinden.

Aantal kanttekeningen bij de uitspraak

Land van vestiging

De uitspraak is verstrekkend. Partijen binnen en buiten Nederland (de uitspraak is ook door de rechtbank in het **Engels** vertaald) volgden deze procedure met argusogen en zouden de uitspraak kunnen proberen te gebruiken om andere bedrijven tot emissiereductie te dwingen.

Voor andere zaken kan het land van vestiging van het moederbedrijf van belang zijn. In dit geval is dat Nederland en is aan de beleidsbepalende positie van dat moederbedrijf waarde toegekend. Dit is onder meer interessant vanwege de opvatting van de rechtbank dat ook andere bedrijven een bijdrage moeten leveren aan de CO₂-reductie. Als die bedrijven in andere landen zijn gevestigd, waar een rechter geen CO₂-reductie afdwingt, kunnen scheve verhoudingen ontstaan tussen reductieverplichtingen van wereldwijd opererende bedrijven.

Beleid RDS

De rechtbank onderkent dat de Shell-groep al het nodige klimaatbeleid had. De rechtbank wijst er bijvoorbeeld op dat de Shell-groep in 2017 een Net Carbon Footprint Ambition vaststelde, waarmee zij beoogt om op lange termijn de CO₂-intensiteit van haar producten te verkleinen. Naast deze ambities stelde de Shell-groep in 2019 concretere

kortetermijndoelstellingen vast die jaarlijks worden aangescherpt en committeerde zij zich aan het Klimaatakkoord. In 2020 heeft de Shell-groep bovendien haar klimaatambities aangescherpt: zij streeft sindsdien naar netto-nul emissie voor Scope 1- en Scope 2-emissies in 2050, en een verkleining van Scope 3-emissies met 30% in 2035 en 65% in 2050.

De rechtbank vindt dit beleid echter te weinig concreet. De rechtbank constateert dat de klimaatambities en –plannen van de Shell-groep op veel punten afhankelijk zijn van het tempo van de wereldwijde energietransitie en ontwikkelingen in de samenleving. Dat beleid heeft bovendien de vorm van ambities en voornemens die nog moeten worden omgezet in concrete plannen. Dit beleid strookt volgens de rechtbank onvoldoende met de reductieverplichting die op de Shell-groep rust, waardoor RDS die reductieplicht dreigt te schenden. Daarom is het door Milieudefensie c.s. gevorderde bevel toewijsbaar.

WAMCA en schadevergoeding

De rechtbank past het ‘oude’ collectieve actierecht toe. Per 1 januari 2020 is een nieuw regime voor collectieve acties in werking getreden, de **Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (“WAMCA”)**.

Mensenrechten en soft law

De rechtbank merkt op dat Milieudefensie c.s. geen rechtstreeks beroep kan doen op de mensenrechten uit het EVRM en IVBPR, maar vult wel met de mensenrechten en de waarden die daaruit voortvloeien de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in. Vanwege het fundamentele belang van de mensenrechten voor de samenleving als geheel, kunnen de mensenrechten zo dus wel een rol spelen in de verhouding tussen Milieudefensie c.s. en RDS. De rechtbank gaat uit van een horizontale werking van mensenrechten en verwijst naar onder meer het Urgenda-arrest voor een invulling van de reikwijdte van artikelen 2 en 8 EVRM. De rechtbank besteedt wat weinig aandacht aan het feit dat in de Urgenda-zaak de Nederlandse Staat werd gedaagd in plaats van een onderneming. Die aandacht was wat ons betreft op zijn plek geweest, omdat verplichtingen van staten wezenlijk verschillen van die van ondernemingen. Dit komt ook tot uitdrukking in de UNGP: ondernemingen moeten mensenrechten respecteren, maar het is aan staten om een juridisch kader te maken dat ervoor zorgt dat dit afgedwongen kan worden. Hierbij kan dan ook een brede, democratisch ingebedde belangenafweging worden gemaakt met bijvoorbeeld aandacht voor het *level playing field*.

Bij de beoordeling van de proportionaliteit neemt de rechtbank in aanmerking dat de CO₂-uitstoot waar RDS verantwoordelijk voor kan worden gehouden een “zeer groot gevaar” creëert voor huidige en toekomstige generaties.



Overigens had in 2019 **35% van de grote bedrijven in Nederland** de UNGP onderschreven, ondanks de doelstelling van 90% in 2023 van de Nederlandse Staat. RDS **onderschrijft de UNGP** wel. De rechtbank gebruikt de UNGP als soft law om te motiveren dat de mensenrechten op deze wijze werking hebben voor bedrijven. Het is de vraag of een civiele procedure, waarin de rechter open ongeschreven zorgvuldigheidsnormen invult, het juiste middel is voor het indirect verplicht stellen van de UNGP en het op deze wijze laten doorwerken van mensenrechten. Ook kan dit ertoe leiden dat actoren minder gauw geneigd zijn toezeggingen te doen: die zouden namelijk op deze wijze afgedwongen kunnen worden.

Vrijwarende werking verleende vergunningen en andere wettelijke regelingen

De uitspraak zaagt aan de poten van het ETS-systeem en de verhouding tussen het gebruik kunnen maken van een publiekrechtelijke toestemming en de rechtmatigheid daarvan. In dit geval betreft het het handelen conform bepalingen in een wet in formele zin (de Wet milieubeheer), waarin het ETS-systeem is opgenomen, en de rechtmatigheid van dat handelen. Het ETS-systeem is in Europees verband opgezet, om op een ook voor bedrijven verantwoorde manier de broeikasgasemissie te verminderen, waarbij alle verschillende belangen zijn afgewogen. Om die reden kunnen in de Nederlandse omgevingsvergunningen voor milieu ook geen voorschriften over CO₂-emissies worden opgenomen voor bedrijven die verplicht deelnemen aan het ETS-systeem. Tot op heden is het gebruiken van een vergunning pas potentieel onrechtmatig, als de gevolgen daarvan bij de vergunningverlening niet voldoende zijn betrokken. Bij het ETS-systeem zijn, zoals de rechtbank uitdrukkelijk overweegt, juist de gevolgen van de klimaatverandering betrokken en het systeem bestaat juist om klimaatverandering te beperken. De rechtbank overweegt dan ook dat het ETS-systeem vrijwarende werking heeft. Desondanks oordeelt de rechtbank dat het gebruiken van dat systeem de gebruiker maar ten dele vrijwaart. De reductieverplichting van RDS reikt volgens de rechtbank verder dan het wettelijk kader vanwege de invulling van het ongeschreven recht aan de hand van de hiervoor besproken soft law.

De uitspraak zaagt aan de poten van het ETS-systeem en de verhouding tussen het gebruik kunnen maken van een publiekrechtelijke toestemming en de rechtmatigheid daarvan.

Inbreuk eigendomsrechten

Ondanks dat RDS over de relevante toestemmingen beschikt – die bijvoorbeeld in Nederland in het geval van gaswinning verplichtingen kunnen behelzen – beveelt de rechtbank emissies als gevolg daarvan te beperken. De facto zou dit kunnen neerkomen op een inbreuk op het eigendomsrecht van RDS: activiteiten op grond van concessies en vergunningen moeten immers worden teruggeschoefd. De rechtbank ziet geen ruimte voor een belangenafweging en gaat ook niet in op een afweging van de mogelijk ook aan Shell toekomende grondrechten zoals het eigendomsrecht.

Dictum en netto reductieverplichting

In de overwegingen maakt de rechtbank onderscheid tussen resultaatsverplichtingen (eigen emissies) en inspanningsverplichtingen (emissies van derden). Het in het dictum gegeven reductiebevel maakt echter geen onderscheid in de verschillende soorten emissies. Mogelijk valt dit te verklaren door het oordeel van de rechtbank dat de bevolen reductie 45% netto is, te weten “de som van de reductie van de CO₂-uitstoot van de gehele energieportefeuille van de Shell-groep (Scope 1, 2 en 3)”. Ook volgt uit de uitspraak dat met netto reductie ook de ruimte wordt gegeven voor compensatie van CO₂-emissies. Dit kan bijvoorbeeld door de afvang en opslag van CO₂ (Carbon Capture and Storage – CCS).

Dat het dictum het onderscheid niet maakt tussen resultaatsverplichtingen (eigen emissies) en inspanningsverplichtingen (emissies van derden) wringt vooral ten aanzien van de verplichting om de Scope 3 emissies te verminderen. De rechtbank geeft in overweging dat door het aanpassen van het energiepakket dat de Shell-groep aan eindgebruikers aanbiedt, die emissies kunnen verminderen. Hier gaat de rechtbank uit van een zeer grote, sturende rol van de Shell-groep op het gedrag van de eindafnemers, waarvan onduidelijk is hoe realistisch dat is.

Afsluiting

RDS overweegt in hoger beroep te gaan. De uitkomst van een dergelijke procedure zal wederom van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Of de overwegingen van de rechtbank gevolgen zullen hebben voor **andere bedrijven en situaties** zal de praktijk moeten uitwijzen.

Ga voor meer informatie naar onze website: **Energietransitie en klimaat**.
De Engelse versie van dit blogbericht is **hier** beschikbaar.



Anna
Collignon



Neeltje
Walgemoed



Sofja
Goldstein



Twan
Heikens



Tom
Barkhuysen



Afdeling haalt wind uit de zeilen van normen over windturbines in activiteitenbesluit

De Afdeling oordeelt in een uitspraak over windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding dat voor de windturbijnennormen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een plan-MER moet worden gemaakt.

“Europees recht dwingt tot milieubeoordeling voor windturbijnennormen”, kopte het persbericht van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**Afdeling**”) over de uitspraak over windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding van 30 juni 2021 (**ECLI:NL:RVS:2021:1395**). In die uitspraak oordeelt de Afdeling dat voor de normen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling voor slagschaduw, geluid en externe veiligheid voor windturbijnen een plan-milieueffectrapport (“**plan-MER**”) moet worden gemaakt. Hoe de Afdeling tot deze uitspraak is gekomen en de – mogelijke – gevolgen die deze uitspraak kan hebben, lichten wij in dit blogbericht toe.

In die uitspraak oordeelt de Afdeling dat voor de normen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling voor slagschaduw, geluid en externe veiligheid voor windturbijnen een plan-milieueffectrapport (“**plan-MER**”) moet worden gemaakt.

SMB-richtlijn: plan of programma als kader voor vergunningverlening?

De vraag die aan de orde is, is of de windturbijnennormen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling kwalificeren als een plan of programma in de zin van de **Richtlijn** betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (“**SMB-richtlijn**”) en of daarvoor een plan-MER had moeten worden gemaakt. In artikel 2 aanhef en onder a van de SMB-richtlijn staat het volgende:

“In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) “plannen en programma's”: plannen en programma's, met inbegrip van die welke door de Gemeenschap worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan,

– die door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld en

– die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven.”

Indien sprake is van een plan of programma moet op basis van artikel 3 worden bekeken in hoeverre een plan-MER moet worden opgesteld voor het betreffende plan of programma. Uit dat artikel, specifiek lid 2, komen twee vereisten naar voren:

“Werkingsfeer

1. Een milieubeoordeling wordt uitgevoerd overeenkomstig de artikelen 4 tot en met 9, voor de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde plannen en programma's die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben.
2. Onverminderd lid 3, wordt een milieubeoordeling gemaakt van alle plannen en programma's
 - A. die voorbereid worden met betrekking tot landbouw, bosbouw, visserij, energie, industrie, vervoer, afvalstoffenbeheer, waterbeheer, telecommunicatie, toerisme en ruimtelijke ordening of grondgebruik en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten, of
 - B. waarvoor, gelet op het mogelijk effect op gebieden, een beoordeling vereist is uit hoofde van de artikelen 6 of 7 van Richtlijn 92/43/EEG.”

D'Oultremont-arrest en Battenoord-uitspraak

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (“**Hof**”) had zich al in meerdere arresten uitgesproken over de MER-verplichtingen voor wet- en regelgeving waarin normen voor windparken waren opgenomen. In het arrest D'Oultremont van 27 oktober 2016 (C-290/15, **ECLI:EU:C:2016:816**) had het Hof onder meer geoordeeld dat algemene regels ook een plan of programma kunnen zijn zoals bedoeld in artikel 2 SMB-richtlijn. Het ging in dat arrest om Waalse windturbijnennormen, waarvan het Hof uiteindelijk besliste dat voor die normen een plan-MER had moeten worden gemaakt.

Dit arrest is in het verleden door meerdere appellanten in Nederland aangehaald om te betogen dat ook voor de windturbijnennormen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een plan-MER zou moeten worden gemaakt. De Afdeling ging daar echter lange tijd niet in mee. In de uitspraak van 3 april 2019 over windpark Battenoord (**ECLI:NL:RVS:2019:1064**), waarnaar de Afdeling ook in daaropvolgende jurisprudentie steevast verwees, oordeelde de Afdeling in het licht van het D'Oultremont-arrest dat een besluit enkel als plan of programma kan worden aangemerkt wanneer sprake is van een planmatig of programmatisch karakter, hetgeen veronderstelt dat het plan of programma een zekere mate van concretisering van specifieke projecten behelst (r.o. 29.7). Nu daarvan in het Activiteitenbesluit noch in de Activiteitenregeling sprake was, hoefde geen plan-MER te worden uitgevoerd. Het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling voldeden immers niet aan het vereiste van artikel 2 van de SMB-richtlijn en waren daarom

geen plan of programma in de zin van die richtlijn. Aan een toetsing van artikel 3 SMB-richtlijn kwam de Afdeling dus niet toe.

Nevele-arrest aanleiding voor vragen van de Afdeling

Er was al enige tijd kritiek op deze rechtspraak van de Afdeling. Deze kritiek laaide weer op door het arrest van het Hof over de Vlaamse windturbijnennormen van 25 juni 2020 (C-24/19, **ECLI:EU:C:2020:503**) (“**Nevele-arrest**”). In dat arrest oordeelde het Hof dat voor de windturbijnennormen die besloten lagen in Vlare II – algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne – en in de zogenoemde Omzendbrief, een plan-MER had moeten worden gemaakt. Om duidelijkheid te scheppen over de gevolgen van het Nevele-arrest voor de Nederlandse windturbijnennormen heeft de Afdeling op 6 april 2021 een gevoegde zitting gehouden met de partijen die betrokken waren bij verschillende zaken over drie windparken, te weten windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding, windpark Karolinapolder en windpark Goyerbrug. Ter zitting heeft de Afdeling aan appellanten, verweerders en initiatiefnemers van die drie windparken hun standpunten gevraagd over de vraag of het Nevele-arrest ertoe zou moeten leiden dat voor de windturbijnennormen uit de Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een milieueffectrapport zou moeten worden opgesteld.

Of sprake is van enige mate van concretisering van projecten speelt dus niet langer een rol bij de kwalificatie van een regeling als plan of programma.

Uitspraak Delfzijl Zuid Uitbreiding en toetsen van windturbijnennormen aan SMB-richtlijn

De Afdeling heeft de beroepsprocedure over het windpark Delfzijl Zuid Uitbreiding aangegegrepen om uitsluitend te geven. Het gaat in deze zaak om een windpark dat bestaat uit zestien windturbines. De bestreden besluiten in deze zaak zijn een bestemmingsplan en een omgevingsvergunning, onder meer voor het oprichten van een inrichting op grond van artikel 2.1 lid 1 sub e Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (“**Wabo**”). Op basis van artikel 2.1 in combinatie met bijlage I, categorie 20 van het Besluit omgevingsrecht (“**Bor**”) is het in werking hebben van een inrichting voor het omzetten van windenergie immers een vergunningplichtige inrichting.

In deze uitspraak neemt de Afdeling afstand van de Battenoord-lijn en stelt dat voor de normen voor slagschaduw, geluid en externe veiligheid van windturbines in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een plan-MER zal moeten worden gemaakt. De Afdeling overweegt namelijk dat om vast te kunnen stellen of sprake is van een plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn, volgens het Hof in het Nevele-arrest enkel naar de

twee gedachtestreepjes van artikel 2 onder a van die richtlijn moet worden gekeken. De Afdeling overweegt hierover het volgende: *“Uit die overwegingen blijkt dat het Hof voor de vraag of afdeling 5.20.6 van Vlare II en de omzendbrief hebben te gelden als zo’n plan of programma – anders dan de Afdeling heeft gedaan in de Battenoorduitspraak – niet expliciet afzonderlijk is ingegaan op de vraag of afdeling 5.20.6 van Vlare II en de omzendbrief een planmatig of programmatisch karakter hebben.”* Aan het begrip ‘plan of programma’ komt dus geen zelfstandige betekenis toe. Het Hof heeft daar namelijk in het Nevele-arrest ook geen aandacht aan besteed. Of sprake is van enige mate van concretisering van projecten speelt dus niet langer een rol bij de kwalificatie van een regeling als plan of programma. Hierbij neemt de Afdeling ook in aanmerking dat het Hof bij zijn beoordeling van de Vlare II-normen en de Omzendbrief niet nader is ingegaan op de totstandkomingsgeschiedenis van de SMB-richtlijn, waarop de Afdeling zelf wel deels de Battenoord-uitspraak had gebaseerd. Bovendien vertonen de bepalingen uit Vlare II volgens de Afdeling grote gelijkenissen met de Nederlandse windturbijnennormen.

Toetsing artikel 2: plan of programma?

Slechts toetsend aan de twee gedachtestreepjes van artikel 2 onder a SMB-richtlijn concludeert de Afdeling dat het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling kwalificeren als een plan of programma in de zin van die richtlijn. Beide regelingen zijn immers vastgesteld op nationaal niveau en zijn voorgeschreven op basis van wettelijke bepalingen, te weten artikel 8.40 Wet milieubeheer en artikel 3.14-3.15 Activiteitenbesluit.

Toetsing artikel 3: kaderstellend voor vergunningverlening?

Ook aan de criteria uit artikel 3 tweede lid aanhef en onder a SMB-richtlijn wordt volgens de Afdeling voldaan. In bijlage II van **Richtlijn** 2011/92/EU (“**MER-richtlijn**”) wordt immers een categorie genoemd waar de winning van windenergie voor energieproductie onder valt. Dit stond ook niet ter discussie. Of het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een kader vormen voor toekomstige vergunningverlening was wel een punt van discussie. Zoals ook al uit eerdere rechtspraak van het Hof naar voren kwam is daarvoor van belang of sprake is van een groot pakket criteria en modaliteiten voor de goedkeuring en uitvoering van projecten die aanzienlijke milieugevolgen kunnen hebben (overweging 67 Nevele-arrest). De Afdeling concludeert dat nu de windturbijnennormen uit Vlare II grote gelijkenissen vertonen met de Nederlandse windturbijnennormen, in navolging van het oordeel van het Hof ook het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling een dergelijk pakket aan criteria en modaliteiten vormen. De Afdeling acht hierbij ook van belang dat het feit dat naar nationaal recht de windturbinebepalingen geen wettelijk toetsingskader vormen voor de vaststelling van een bestemmingsplan niet bepalend is. De Afdeling zoekt hierbij aansluiting bij overweging 75 van het Nevele-arrest: *“De woordgroep „die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor [...] projecten” in artikel 3, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/42, bevat immers geen enkele verwijzing naar het nationale recht en vormt dus een autonoom Unierechtelijk begrip dat op het grondgebied van de Unie uniform moet worden uitgelegd.”*

Daar komt bij dat de windturbijnennormen de planwetgever wel beperkingen opleggen bij het opstellen van het bestemmingsplan. Indien een bestemmingsplan niet voldoet aan die normen is de uitvoerbaarheid van dat plan immers niet verzekerd. De



windturbinebepalingen zijn naar het oordeel van de Afdeling dan ook een kader voor toekomstige vergunningverlening.

Conclusie: windturbinenormen plan-MER-plichtig

Op basis van bovenstaande komt de Afdeling tot de slotsom dat een plan-MER moet worden gemaakt voor de windturbinenormen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling. Het gevolg daarvan is dat bestuursorganen die normen niet mogen gebruiken voor het mogelijk maken van windparken zolang daarvoor geen milieubeoordeling is gemaakt. Dit geldt overigens enkel voor windparken die vallen binnen het bereik van de MER-richtlijn. Dit is het geval indien het windpark bestaat uit ten minste drie windturbines, zoals volgt uit de definitie van een windpark uit de bijlage bij het Besluit-m.e.r.

Dit betekent daarnaast niet dat de bestreden besluiten voor de windturbines in Delfzijl niet meer te herstellen zijn. De Afdeling overweegt namelijk eveneens dat voor de beoordeling van een goede ruimtelijke ordening niet verplicht aansluiting hoeft te worden gezocht bij het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling. De gemeente wordt dan ook door middel van een tussenuitspraak naar de tekentafel teruggestuurd. De gemeente kan bij het aanpassen van het bestemmingsplan en de omgevingsvergunning zelfgekozen normen hanteren, zolang die maar voorzien zijn van een *“actuele, deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering”*.

Weg voorwaarts en andere mogelijke gevolgen

Bij **Kamerbrief** van 6 juli 2021 liet staatssecretaris Yesilgöz-Zegerius van Economische zaken en Klimaat – Klimaat en Energie weten dat zij ervan uitgaat dat het verrichten van de benodigde onderzoeken 1,5 tot 2 jaar in beslag zal nemen. We kunnen ons voorstellen dat vanwege de Omgevingswet en in het bijzonder het Besluit kwaliteit leefomgeving, de onderzoeken zo worden uitgevoerd dat ze ook voor die regelgeving toepasbaar zijn. Bestaande windparken kunnen volgens haar in bedrijf blijven, maar lopende procedures zullen hoogstwaarschijnlijk worden aangehouden.

Ten aanzien van nieuwe windturbineparken stelt de staatssecretaris dat ook daar de mogelijkheid bestaat eigen gekozen normen te hanteren. Hier ligt volgens ons ook de oplossing voor nog te ontwikkelen windparken. Anders dan een verwijzing naar de normen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling, zal het bevoegd gezag in de besluitvorming voor windturbines moeten onderbouwen waarom voor een bepaalde norm is gekozen.

Op basis van bovenstaande komt de Afdeling tot de slotsom dat een plan-MER moet worden gemaakt voor de windturbinenormen uit het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling.

Windpark Goyerbrug in Houten is het eerste slachtoffer van de uitspraak van 30 juni 2021: de Afdeling vernietigt de omgevingsvergunning voor dit windpark, omdat het bevoegd gezag er bij het verlenen van de omgevingsvergunning ten onrechte van is uitgegaan dat windpark Goyerbrug zich bij de bouw en het gebruik van dat windpark heeft te houden aan de windturbinebepalingen. Het bevoegd gezag was namelijk uitgegaan van de normen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling, maar die blijven buiten toepassing (ABRvS 28 juli 2021, **ECLI:NL:RVS:2021:1679**).

De gevolgen van deze uitspraak van de Afdeling zijn dus verstrekkend, maar hoeven voor het realiseren en exploiteren van windparken in Nederland in beginsel geen obstakel te vormen. Zolang het bevoegd gezag ten aanzien van slagschaduw, geluid en externe veiligheid zelf normen aan de omgevingsvergunning en/of het bestemmingsplan verbindt en deze onderbouwt met een deugdelijke motivering kan een windpark nog steeds worden gerealiseerd. De vraag blijft natuurlijk staan of deze rechtspraak zich ook leent voor het beoordelen van andere milieurechtelijke normen en grenswaarden. Het D'Oultremont-arrest is immers ook al eerder, weliswaar zonder succes, aangehaald in een zaak met betrekking tot signaleringswaarden en ondergrenzen voor dijktrajecten in de Waterwet (ABRvS 22 april 2020, **ECLI:NL:RVS:2020:1125**).



Jan
van Oosten



Neeltje
Walgemoed



Meike
Pakkert

Voorstel tot wijziging van het Europees emissiehandelssysteem (ETS) in het kader van Fit-for-55

Een van de onderdelen van het Fit-for-55 klimaatpakket is een herziening van het Europees emissiehandelssysteem (ETS) waardoor ook het ETS bijdraagt aan het reductiedoel van 55% minder broeikasgassen in 2030 ten opzichte van 1990. De wijzigingen van het ETS die de Europese Commissie heeft voorgesteld zijn onder andere de opname van maritiem vervoer in het ETS, een afzonderlijk emissiehandelssysteem voor gebouwen en wegverkeer en een nieuw systeem voor koolstofcorrectie aan de grens om het risico op koolstoflekage te beperken.

Op 14 juli 2021 heeft de Europese Commissie ('de Commissie') het klimaatpakket 'Fit-for-55' gepresenteerd, een wetgevingspakket met verschillende voorstellen die allemaal hetzelfde doel nastreven: een netto broeikasgasreductie van 55% in 2030 ten opzichte van 1990. Zie hierover ook een [eerder Stibbeblog](#). Een van de onderdelen van het wetgevingspakket is een herziening van het Europees emissiehandelssysteem (ETS) waarmee ook met het ETS het nieuwe reductiedoel van 55% in 2030 moet worden behaald. De Commissie stelt voor om de ETS-richtlijn op een aantal punten te **wijzigen**, zoals de opname van maritiem vervoer binnen het systeem en de vaststelling van een apart emissiehandelssysteem voor gebouwen en wegverkeer. Ook doet de Commissie aparte voorstellen om een **mechanisme voor koolstofcorrectie aan de grens** vast te stellen en om de **hoeveelheid emissierechten in de marktstabiliteitsreserve** te wijzigen. In dit blog bespreken wij de voorgestelde wijzigingen op hoofdlijnen. Wij gaan daarbij ook in op de eerste reactie van het kabinet op de voorstellen.

Voorstel tot wijziging ETS-Richtlijn

De Commissie stelt voor om de ETS-richtlijn op een aantal punten te wijzigen met de **Richtlijn tot wijziging van de ETS-richtlijn**. De wijzigingen zien zowel op nieuwe voorstellen en het uitbreiden van het ETS naar andere sectoren (zie onder 1) als op wijzigingen van de huidige werking (zie onder 2). De belangrijkste voorstellen zijn de volgende:

1. Uitbreiding van en nieuwe onderdelen in het ETS

– **Het ETS wordt van toepassing op maritiem vervoer.** Door de opname van maritiem vervoer in het ETS zullen emissierechten moeten worden ingeleverd voor de emissies van schepen die maritieme vervoersactiviteiten verrichten. Dit geldt voor schepen met een brutotonnage van meer dan 5000 die passagiers of vracht voor commerciële doeleinden vervoeren (de **Richtlijn tot wijziging van de ETS-Richtlijn** verwijst hiervoor naar de **Verordening 2015/757, betreffende de monitoring, rapportage en verificatie van kooldioxide-emissies door maritiem vervoer**). De emissies die onder het ETS vallen zijn de emissies van activiteiten binnen de EU, de helft van de emissies van activiteiten tussen havens binnen de EU en havens buiten de EU en emissies die ontstaan op een ligplaats in een EU-haven. Met het opnemen van de helft van de emissies tussen EU-havens en derde landen-havens in het ETS wordt de milieu impact vergroot ten opzichte van enkel de emissies van activiteiten tussen EU-havens. De Commissie hoopt hiermee ook het risico op havenontwijkend gedrag en verplaatsing van overladingsactiviteiten naar buiten de EU te beperken. Hoewel de Commissie dit niet expliciet vermeldt, volgt uit het voorstel dat voor maritiem vervoer geen kosteloze emissierechten worden toegewezen. Om emissierechten in te leveren zullen de rechten via veilingen moeten worden aangekocht. De inleverplicht wordt geleidelijk ingevoerd; het percentage emissies waarover emissierechten moeten worden ingeleverd loopt van 2023 tot en met 2026 op. De inlever- en rapportageverplichting rust op scheepvaartmaatschappijen. Elke scheepvaartmaatschappij die binnen het toepassingsgebied van het EU-ETS valt, wordt toegewezen aan een lidstaat, waarbij de plaats van registratie van

de maatschappij bepaalt bij welke lidstaat moet worden gerapporteerd. Indien de maatschappij niet in een lidstaat is geregistreerd, wordt zij toegewezen aan de lidstaat waar zij in de twee voorgaande monitoringjaren het hoogste aantal havenaanlopen had. De Commissie publiceert vanaf 2024 een lijst van scheepvaartmaatschappijen die onder het ETS vallen. De effecten van de uitbreiding van het ETS naar maritiem vervoer zijn op verzoek van het Europees Parlement onderzocht en **in kaart gebracht**.

– **Er komt een afzonderlijk systeem voor emissiehandel voor gebouwen en wegverkeer.** Om ook de emissies van gebouwen en wegvervoer te verminderen wil de Commissie het emissiehandelssysteem uitbreiden naar deze sectoren. Om de werking van het huidige ETS niet te verstoren wordt hiervoor één afzonderlijk systeem ontwikkeld dat per 2025 van toepassing moet zijn. De verplichtingen binnen dit systeem worden geleidelijk ingevoerd. In het eerste jaar hebben de entiteiten die onder dit systeem vallen alleen een vergunning nodig en moeten zij de desbetreffende emissies rapporteren. De entiteiten waarop deze verplichtingen rusten zijn niet de uiteindelijke uitstoters van de emissies. Dit betreft immers een ontelbare hoeveelheid brandstofgebruikers, zoals automobilisten of huiseigenaren, waarvan het volgens de Commissie technisch en administratief niet haalbaar is de vergunningplicht bij hen neer te leggen. De vergunningplicht zal daarom hoger in de toeleveringsketen worden opgelegd en is gericht op de 'uitslag tot verbruik van brandstoffen die voor verbranding in de sectoren gebouwen en wegvervoer worden gebruikt'. Voor de definitie van 'uitslag tot verbruik' verwijst de Richtlijn tot wijziging van de ETS-Richtlijn naar **Richtlijn (EU) 2020/262** (de algemene regeling voor accijns). Dit betekent dat de vergunningplicht, kort samengevat, geldt voor het voorhanden hebben, opslaan, produceren, verwerken en invoeren van brandstoffen die in de sectoren gebouwen en wegvervoer worden gebruikt voor verbranding. De vergunningplicht zal dus gelden voor bijvoorbeeld raffinaderijen die in deze sectoren gebruikte brandstof produceren. Brandstoffen



waarvoor de emissiefactor nul is (zoals bij milieuvriendelijke, vervangende brandstoffen) vallen niet onder de vergunningplicht. Het toepassingsgebied van de sectoren gebouwen en wegvervoer wordt gedefinieerd op basis van de relevante emissiebronnen die zijn opgenomen in de IPCC-richtsnoeren voor nationale broeikasgasinventarissen van 2006. Pas vanaf 2026 moeten voor de onder dit systeem vallende emissies emissierechten worden ingeleverd. De emissierechten binnen dit systeem worden niet kosteloos toegewezen, zoals onder het ETS nog het geval is, maar kunnen enkel via veilingen worden gekocht. Voor dit systeem wordt een aparte marktstabiliteitsreserve ingesteld en zijn specifieke maatregelen vastgelegd in het geval buitensporige prijsstijgingen van de desbetreffende brandstoffen zich voordoen.

– **Er komt een nieuw systeem voor koolstofcorrectie aan de grens om het risico op koolstoflekkage te beperken.**

Dit systeem is aangekondigd in de Richtlijn tot wijziging van de ETS-Richtlijn en is verder uitgewerkt in de door de Commissie voorgestelde **Verordening tot vaststelling van een mechanisme voor koolstofcorrectie aan de grens** (“**CBAM**” – *Carbon Border Adjustment Measure*). CBAM vervangt het huidige systeem waarbij bedrijven voor activiteiten met een risico op koolstoflekkage gratis emissierechten ontvangen. Het CBAM moet zorgen voor een gelijkwaardige koolstofbeprijzing van binnenlandse en ingevoerde producten om zo het risico op koolstoflekkage op effectievere wijze te beperken dan met het kosteloos toewijzen van emissierechten het geval is. Deze huidige methode zwakt immers de druk op de CO₂-prijs af, waardoor investeringen die leiden tot reductie van broeikasgasemissies minder aantrekkelijk zijn. De sectoren die onder CBAM vallen zijn de productie van staal/ijzer, cement, kunstmest, aluminium en elektriciteit. Onder het CBAM dienen importeurs die deze goederen in de EU importeren CBAM-certificaten te kopen die moeten worden ingeleverd op basis van het aantal geïmporteerde goederen en daarbij horende ingebedde emissies. Ingebedde emissies zijn alle directe emissies die zijn vrijgekomen bij de productie van het desbetreffende goed en bij de productie van de grondstoffen daarvan. De prijs van CBAM-certificaten wordt gebaseerd op de veilingprijs van een emissierecht. Het systeem zal stapsgewijs worden ingevoerd; van 2023 tot 2026 geldt een overgangsfase waarin bepaalde verplichtingen binnen het mechanisme nog niet gelden. Vervolgens zal per 2026 het aantal kosteloos toegewezen emissierechten per jaar met 10% afnemen. Na tien jaar worden er dus geen kosteloos toegewezen emissierechten meer verstrekt voor de productie van producten die vallen onder het CBAM.

Er komt een
afzonderlijk systeem
voor emissiehandel
voor gebouwen en
wegverkeer.

2. Wijziging van al bestaande onderdelen in het ETS

– **Het maximale aantal emissierechten in omloop van het huidige systeem wordt jaarlijks verlaagd met 4,2%.** De lineaire verminderingsfactor is het percentage waarmee het maximale aantal emissierechten in omloop (ook plafond of *cap* genoemd) jaarlijks wordt verlaagd. Onder het huidige ETS is deze factor 2,2%. Met de wijziging wordt dit percentage verhoogd, zodat het totale aantal emissierechten in omloop in een verhoogd tempo afneemt. Het verlagen van het plafond beoogt een prijsstijging van emissierechten en daarmee een sterker signaal aan bedrijven om te innoveren en investeren in technologieën waarmee minder CO₂ wordt uitgestoten. Met inwerkingtreding van deze wijziging wordt bovendien het plafond eenmalig verlaagd met een hoeveelheid emissierechten die nog moet worden bepaald. Daartegenover staat dat het plafond ook wordt verhoogd met emissierechten in het kader van de opname van maritiem vervoer in het ETS.

– **Wijzigingen in het ETS ten aanzien van opslag en opslag of benutting van CO₂.** Het vervoer per schip of vrachtwagen van broeikasgassen bedoeld voor opslag zal onder het ETS gaan vallen. Dit is op dit moment al het geval voor het vervoer van broeikasgassen voor opslag door pijpleidingen. Dit wordt uitgebreid met het oog op gelijke behandeling van de verschillende soorten vervoer van broeikasgassen voor opslag. Afvang en opslag van CO₂ (**CCS** – *carbon capture and storage*) en afvang en benutting van CO₂ (**CCU** – *carbon capture and utilization*) zijn, zoals ook onder de huidige ETS-richtlijn het geval is, voor de Commissie belangrijke activiteiten die bijdragen aan het beperken van de CO₂-uitstoot. In het kader van het stimuleren van CCU, dat ook onder het ETS valt, zal er geen verplichting meer gelden om emissierechten in te leveren voor emissies van broeikasgassen die zijn afgevangen en permanent chemisch in een product worden gebonden en bij normaal gebruik niet in de atmosfeer terechtkomen.

– **Aanvullende voorwaarden voor de kosteloze toewijzing van emissierechten.** Bedrijven met een verplichte energieaudit op grond van de **Richtlijn energie-efficiëntie** moeten ofwel de aanbevelingen uit het auditverslag uitvoeren voor zover de terugverdientijd voor de betrokken investeringen niet meer dan vijf jaar bedraagt ofwel andere broeikasgas reducerende maatregelen nemen. Doen zij dit niet, dan vermindert de hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten met 25 %.

– **De maximale aanpassing van benchmarkwaarden wordt vanaf 2026 verhoogd naar 2,5%.** Onder het ETS wordt onder andere aan de hand van benchmarkwaarden bepaald hoeveel kosteloos toegewezen emissierechten bedrijven ontvangen. De waarde van de benchmark staat voor het aantal emissierechten per ton product. De benchmarkwaarden worden jaarlijks bijgesteld op basis van een zogenoemd verminderingspercentage. Het huidige maximale verminderingspercentage is 1,6%. Met de wijziging naar 2,5% kunnen de benchmarks verder worden geactualiseerd, waarmee de technologische voortuitgang beter wordt weergegeven. Volgens de Commissie sluiten de benchmarkwaarden hiermee ook beter aan bij de relevante toewijzingsperioden en worden hierdoor innovaties beter beloond.

Voorgestelde wijzigingen van de marktstabiliteitsreserve

De **marktstabiliteitsreserve** (MSR) is bedoeld om onevenwichtigheden tussen vraag en aanbod van emissierechten te stabiliseren. De MSR is ingesteld bij het **Besluit 2015/2018** (MSR-besluit). Bij de inwerkingtreding van de MSR zijn 900 miljoen emissierechten – die uit de veilinghoeveelheid zijn gehaald – in de MSR geplaatst. Sindsdien wordt jaarlijks een vast percentage emissierechten in de



MSR geplaatst. De belangrijkste wijzigingen van de MSR zijn de volgende.

– **Het aantal emissierechten dat jaarlijks in de MSR wordt geplaatst wordt opgehoogd.** Dit is vastgelegd in het voorgestelde **Besluit tot wijziging van Besluit 2015/1814 wat betreft de hoeveelheid emissierechten die tot 2030 in de marktstabiliteitsreserve moeten worden opgenomen**. Dit voorstel zorgt ervoor dat tot 2030 jaarlijks een percentage van 24% emissierechten (en minimaal 200 miljoen emissierechten) in de MSR zal worden opgenomen.

– **Een bufferopname wordt geïntroduceerd om het ‘drempel effect’ weg te nemen.** Het drempel effect treedt op wanneer het totale aantal emissierechten in omloop (**TNAC – total number of allowances**) zeer dicht bij de bovengrens van 833 miljoen emissierechten ligt; de grens die bepalend is voor de opname van emissierechten in de MSR. In dat geval kan één emissierecht meer of minder de doorslag geven voor het al dan niet opnemen van de totale hoeveelheid emissierechten dat in de MSR moet worden geplaatst wanneer de drempel wordt bereikt. De onzekerheid die dit met zich meebrengt kan leiden tot prijsvolatiliteit op de markt en kan het risico op marktmisbruik vergroten. Om dit te voorkomen wordt een bufferopname voorgesteld in het geval het aantal emissierechten in omloop tussen 833 en 1096 miljoen rechten ligt. In dit geval wordt het verschil tussen 833 miljoen en het aantal emissierechten in omloop in de MSR geplaatst. Is het aantal emissierechten in omloop hoger dan 1096 miljoen, dan wordt het normale opname percentage van 24% gehanteerd zoals hiervoor besproken.

Deze wijziging van het MSR-besluit is opgenomen in de **Richtlijn tot wijziging van de ETS-richtlijn**. Andere wijzigingen die hierin zijn opgenomen betreffen onder andere het voorstel luchtvaartemissierechten mee te nemen bij de berekening van het totale aantal emissierechten in omloop en het vaststellen van 400 miljoen emissierechten dat in de MSR blijft na ongeldigverklaring van de overige emissierechten in de MSR per 2023.

Nederlandse positie ten aanzien van de voorstellen

De voorstellen van de Commissie zijn inmiddels beoordeeld door de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC), die haar beoordelingen heeft opgenomen in twee zogeheten fiches (**Fiche 9: Herziening EU ETS, herziening MSR** en **Fiche 13: Verordening Carbon Border Adjustment Mechanism**). De twee fiches zijn onderdeel van in totaal **14 fiches** met beoordelingen van voorstellen van de Commissie in het kader van het Fit-for-55 wetgevingspakket. In de fiches is het (eerste) Nederlandse standpunt ten aanzien van de voorstellen opgenomen.

Fiche 9: Herziening EU ETS, herziening MSR

De maximale aanpassing van benchmarkwaarden wordt vanaf 2026 verhoogd naar 2,5%.

Het kabinet is overwegend positief over de voorstellen tot aanscherping van de al bestaande mechanismen binnen het ETS. Zij is ook positief over de uitbreiding van het systeem naar maritiem vervoer maar ziet wel enkele zorgen, onder anderen het risico op uitwijking naar havens nabij de EU en ontwijking door meer gebruik van schepen die net onder de minimumgrens van 5000 bruto ton komen.

Het emissiehandelssysteem voor gebouwen en wegverkeer wordt ook positief ontvangen, hoewel het kabinet benadrukt dat voldoende aandacht moet worden besteed aan impact van prijsstijgingen voor huishoudens en maatschappelijke organisaties door inwerkingtreding van dit systeem. Het kabinet heeft de Commissie verzocht om nadere onderbouwing van de verwachte prijsstijgingen. Daarnaast is het kabinet niet overtuigd van de voorgenomen plannen voor wegverkeer. Volgens het kabinet is de prikkel die het voorgestelde nieuwe

systeem met zich brengt onvoldoende om de benodigde transitie in de samenstelling van het wagenpark snel genoeg te voltrekken. Het kabinet meent dat een ambitieuze en vroegtijdige aanscherping van de CO₂-normen voor personen- en bestelauto's van belang is om innovatie aan te jagen.

Ten slotte heeft het kabinet de Commissie gevraagd om meer onderbouwing van de keuze om het gewijzigde ETS niet toe te passen op alle fossiele brandstoffen. Hiermee zou volgens het kabinet een gelijk spelveld kunnen worden gecreëerd. In het huidige voorstel wordt de CO₂-uitstoot van brandstofgebruik van het systeem uitgezonderd in de sectoren land- en tuinbouw, kleinere industriële bedrijven, niet-voor-de-weg-bestemde voertuigen en niet-elektrisch spoorvervoer.

Fiche 13: Verordening Carbon Border Adjustment Mechanism

Het kabinet is positief over het voorstel om het CBAM in te voeren en is het met de Commissie eens dat dit systeem kan leiden tot een effectievere manier om koolstoflekage te voorkomen dan het huidige stelsel van gratis emissierechten. Daarentegen signaleert het kabinet ook dat door het voorstel in combinatie met de uitfasering van gratis rechten per 2026 een risico op koolstoflekage op exportmarkten buiten de EU ontstaat. Met het systeem van gratis emissierechten is er een gelijk spelveld op zowel de EU- als exportmarkten, wat straks zal veranderen naar enkel een gelijk spelveld op de EU-markt onder het CBAM. Dit exportlekagerisico is een aandachtspunt, dat volgens het kabinet met Europese subsidies zou kunnen worden verminderd.

Het kabinet is positief over de stapsgewijze invoering van het CBAM, maar is kritisch ten aanzien van het feit dat in de eerste jaren enkel directe emissies onder het systeem vallen. Het ontbreken van indirecte emissies in de reikwijdte vergroot volgens het kabinet het koolstoflekagerisico voor elektriciteitsintensieve sectoren binnen de CBAM, zoals aluminiumproductie en andere sectoren die op termijn vergaand zullen elektrificeren. Het kabinet verzoekt de Commissie om de effecten van het ontbreken van indirecte emissies



te onderzoeken en toe te lichten. Ten slotte is het kabinet voorstander van het idee om de CO₂-prijs van producten uit landen waar sprake is van CO₂-bepijzing in mindering te brengen op het aantal af te dragen CBAM-certificaten, maar is zij wel benieuwd hoe de Commissie dit concreet gaat vormgeven.

Tot slot

De Richtlijn tot wijziging van de ETS-Richtlijn, de Verordening tot vaststelling van een het CBAM en het Besluit tot wijziging van het MSR-besluit liggen nu voor bij de Raad, waar inmiddels meerdere beraadslagingen hebben plaatsgevonden. Hierna moeten de voorstellen nog door het Europees Parlement worden ingestemd, voordat vaststaat op welke wijze het ETS zal uitbreiden en wijzigen.

In aanvulling hierop verwachten wij dat het ETS in de toekomst ook zal wijzigen naar aanleiding van de afspraken die zijn gemaakt tijdens de **COP-26**. Tijdens de 26e editie van de klimaatconferentie van de VN, die die jaar werd gehouden in Glasgow, is verdere overeenstemming bereikt over een mondiaal emissiehandelssysteem. De COP-26 stond voor een groot deel in het teken van het uitwerken en finaliseren van de regels om het Akkoord van Parijs uit te voeren. Deze regels zijn opgenomen in het Paris Rulebook. Artikel 6 van het Paris Rulebook omvat de regels voor de ontwikkeling van een mondiaal systeem voor het beprijzen van koolstof en andere internationale samenwerking op dit gebied. Hierin is bijvoorbeeld opgenomen dat partijen bij het Akkoord de nationale bijdrage aan emissiereductie ook mogen behalen door het opkopen van koolstof krediet in andere landen of door het koppelen van emissiehandelssystemen. Er is altijd veel discussie geweest over de uitvoering en uitwerking van artikel 6, bijvoorbeeld de vraag hoe dubbeltelling van emissiereductie (in welk land wordt de reductie meegeteld?) kon worden voorkomen. Tijdens COP-26 is overeenstemming bereikt over het voorkomen van dubbeltelling en zijn verdere stappen gezet in de ontwikkeling van een mondiaal emissiereductiesysteem. Met name deze laatste afspraken zouden in de toekomst invloed kunnen hebben op het ETS en mogelijk kunnen leiden tot wijzigingen aan de ETS-Richtlijn.

An English translation of this blog can be found [here](#).



Jan Reinier
van Angeren



Valérie
van 't Lam



Sandra
Putting



Jaap
Waverijn

De Europese Klimaatwet uitgelicht

Op 21 april 2021 is een voorlopig akkoord bereikt over de Europese Klimaatwet. Deze Klimaatwet kan worden gezien als de kern van de Europese Green Deal, die in december 2019 werd gepubliceerd door de Europese Commissie. Het overstijgende doel van deze instrumenten is om een klimaatneutraal Europa te bewerkstelligen in 2050. De Europese Klimaatwet zorgt ervoor dat deze klimaatneutraliteitsdoelstelling in een Europese verordening wordt vastgelegd. Dit blogbericht gaat nader in op de Europese Klimaatwet en legt uit wat dit met zich brengt.

In dit bericht gaan we eerst in op de achtergrond van de Europese Klimaatwet, waaronder de Overeenkomst van Parijs. Daarna introduceren we de Europese Green Deal en de Europese Klimaatwet inclusief de huidige stand van zaken en de doelstellingen van de Klimaatwet. Dit bericht sluiten we af met een paar concluderende opmerkingen.

Achtergrond: Overeenkomst van Parijs

Daar waar het gaat om de impact van klimaatverandering, is de **Overeenkomst van Parijs** een veelgehoorde term. Deze overeenkomst is het resultaat van de klimaatconferentie van Parijs in 2015. Op 22 april 2016 werd de Internationale Overeenkomst van Parijs inzake klimaatverandering door de verdragsluitende Staten ondertekend en in oktober 2016 door de Europese Unie geratificeerd. Een belangrijk onderdeel van de Overeenkomst van Parijs is artikel 2. Dit artikel bevat de doelstelling om de wereldwijde temperatuurstijging ruim onder 2°C boven het pre-industriële niveau te houden en te streven naar een opwarming tot maximaal 1,5°C boven het pre-industriële niveau.

Europese Klimaatwetgeving

De Europese Green Deal

Na ratificering van de Overeenkomst van Parijs, moest de Europese Unie aan de slag. In december 2019 heeft de Europese Commissie de **Europese Green Deal** gepubliceerd, met als overstijgend doel om Europa klimaatneutraal te laten zijn tegen 2050 en vanaf dat moment netto geen broeikasgassen meer uit te stoten. In deze Green Deal presenteert de Commissie een hoop elementen. Zo wordt de transitie naar een circulaire economie besproken, waarin het bedrijfsleven gemobiliseerd moet worden, maar ook gezorgd moet worden voor schone energie en het bewerkstelligen van een gifvrij milieu. Ten slotte, een van de kernelementen van de Europese Green Deal is de Europese Klimaatwet. Daarover werd op 21 april 2021 een voorlopig akkoord bereikt.

De Europese Klimaatwet

Stand van zaken

Op 4 maart 2020 presenteerde de Europese Commissie een **voorstel** voor de Europese Klimaatwet (neer te leggen in een direct werkende verordening), waarna dit voorstel op 17 september 2020 nog op enkele kleine punten werd **gewijzigd**. Op 21 april 2021 was het groot nieuws dat een **voorlopig akkoord** is bereikt door het Europese Parlement en de Raad over de wijze waarop in de Europese Unie de doelstelling van klimaatneutraliteit tegen 2050 in bindende wetgeving wordt verankerd. Hiermee zal deze doelstelling een wettelijke verplichting worden.

Inhoud van het voorstel van de Europese Klimaatwet

De Europese Klimaatwet schetst een kader voor de onomkeerbare en geleidelijke reductie van broeikasgasemissies en legt het doel van een klimaatneutraal Europa tegen 2050 wettelijk vast.

De Europese Klimaatwet schetst een kader voor de onomkeerbare en geleidelijke reductie van broeikasgasemissies en legt het doel van een klimaatneutraal Europa tegen 2050 wettelijk vast.

Welke maatregelen de instellingen van de Unie en de lidstaten moeten nemen om daadwerkelijk naar een klimaatneutraal Europa in 2050 te komen, omschrijft de Europese Klimaatwet nog niet exact. De Europese Klimaatwet omschrijft wel de wijze waarop het traject daar naartoe wordt vastgesteld. De Europese Klimaatwet voorziet namelijk in een grondslag voor het vaststellen van gedelegeerde handelingen. In die gedelegeerde handelingen zal ook duidelijker worden wat de concrete gevolgen van deze Europese Klimaatwet voor andere actoren dan de Unie en de lidstaten, zoals het bedrijfsleven, zijn. Ook omschrijft de Europese Klimaatwet waarmee rekening moet worden gehouden bij het vaststellen van die gedelegeerde regelgeving, bijvoorbeeld het concurrentievermogen van de economie van de Unie (level playing field) en de beste beschikbare technieken. Daarnaast moeten de lidstaten aanpassingsstrategieën en –plannen opstellen en uitvoeren.

De Europese Klimaatwet introduceert daarnaast maatregelen om de geboekte vooruitgang te monitoren. Elke vijf jaar zal de Europese Commissie de collectieve vooruitgang en de maatregelen beoordelen en zo nodig maatregelen treffen indien er te weinig vooruitgang wordt geboekt. Kortom: wel een stip op de horizon maar nog geen concrete maatregelen.



Het voorlopige akkoord

De **Europese Commissie heeft uiteengezet** op welke aspecten een voorlopige akkoord tussen het Europese Parlement en de Raad is bereikt, welke hieronder puntsgewijs uitgelicht worden.

- Op basis van een uitgebreide impactstudie heeft de Commissie voorgesteld om een ambitieuzer tussentijds doel voor 2030 te implementeren: een broeikasgasreductie van 55% ten opzichte van 1990, in plaats van een reductie van 'slechts' 40%. Op deze reductiedoelstelling van 55% tegen 2030 is een akkoord bereikt.
- Het verbeteren van zogenoemde 'carbon sinks': opslagpunten van koolstof.
- Een proces om een klimaatdoelstelling voor 2040 vast te stellen.
- Een verplichting tot negatieve emissies na 2050.
- De oprichting van een Europese wetenschappelijke adviesraad inzake klimaatverandering.
- Een duidelijkere focus op klimaatadaptatie, zodat Europa zich zal aanpassen aan de onvermijdelijke gevolgen van klimaatverandering.
- Een focus op een betere samenhang tussen huidige richtlijnen en verordeningen, zodat deze instrumenten ook bij kunnen dragen aan de klimaatneutraliteitsdoelstelling. De Commissie zal vóór juni 2021 bepalen of deze instrumenten herzien moeten worden. Samenwerken met verschillende sectoren.

Belangrijker nog is dat de Europese Klimaatwet de kaders voor het instrumentarium biedt om die doelen ook daadwerkelijk te bereiken én een mogelijkheid biedt voor de Commissie om in te grijpen als blijkt dat de lidstaten achterlopen op schema.

Conclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat de Europese Klimaatwet de doelstelling voor een klimaatneutraal Europa verscherpt en wettelijk verankert. Belangrijker nog is dat de Europese Klimaatwet de kaders voor het instrumentarium biedt om die doelen ook daadwerkelijk te bereiken én een mogelijkheid biedt voor de Commissie om in te grijpen als blijkt dat de lidstaten achterlopen op schema. Daarnaast is in april 2021 een voorlopig akkoord bereikt over deze Klimaatwet, waarin overeenstemming werd bereikt over een groot aantal belangrijke aspecten. Aan de ene kant kan de Europese Klimaatwet daarom worden gezien als een kaderwet: een voertuig naar gedetailleerdere maatregelen. Aan de andere kant kan deze Klimaatwet ook beoordeeld worden als een 'papieren tijger' waarbij achterwege wordt gelaten hoe we de weg ernaartoe zullen moeten bewandelen. Om die reden zijn we benieuwd of hiermee daadwerkelijk de eerste stappen gezet zijn om de ambities van de Europese Commissie waar te maken.

Ga voor meer informatie naar onze website: **Energietransitie en klimaat**.

An English translation of this blog can be found **here**.



Valérie
van 't Lam



Lisa van
der Maden



De Afdeling over extern salderen: inzicht bieden in andere stikstofmaatregelen

Op 24 november 2021 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('**Afdeling**') **tussenuitspraak** over de inpassingsplannen voor de Gebiedsontwikkeling Oostelijke Langstraat ('**GOL**'). Deze uitspraak verdient een blogbericht, omdat de Afdeling (i) de randvoorwaarden van extern salderen nader uiteenzet en (ii) duidelijk maakt dat ook inzichtelijk moet zijn welke andere passende maatregelen worden getroffen om de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden te realiseren. In dit blogbericht schetsen wij kort het oordeel van de Afdeling en plaatsen wij daarbij enige opmerkingen.

1. De feiten in deze zaak

Op 3 juli 2020 stelden provinciale staten van de provincie Noord-Brabant ('**PS**') twee inpassingsplannen vast, te weten Gebiedsontwikkeling Oostelijke Langstraat West en Gebiedsontwikkeling Oostelijke Langstraat Oost. Deze inpassingsplannen maken – kort gezegd – de aanpassing van de infrastructuur en de aanleg van natuur, water en recreatiefaciliteiten mogelijk. De ontwikkeling van de GOL zal leiden tot toename van stikstofdepositie op onder meer het Natura 2000-gebied Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen.

De (aanvullende) passende beoordeling laat zien dat de uitstoot van stikstof voornamelijk afkomstig is van vervoersbewegingen waartoe de GOL zal leiden. Deels wordt ingezet op emissiearm(er) materieel om stikstofuitstoot te reduceren. Daarnaast wordt toepassing gegeven aan extern salderen met een saldogevend agrarisch bedrijf uit Drunen. Met het bedrijf is een overeenkomst gesloten voor de aankoop van de inrichting, het intrekken van de natuurtoestemming ten behoeve van de GOL en de beëindiging van bemesting van de maïsakker. Uit de berekeningen met de AERIUS Calculator volgt dat de toename van stikstofdepositie op de relevante hexagonen door het nemen van mitigerende maatregelen – waaronder extern salderen – volledig wordt weggenomen.

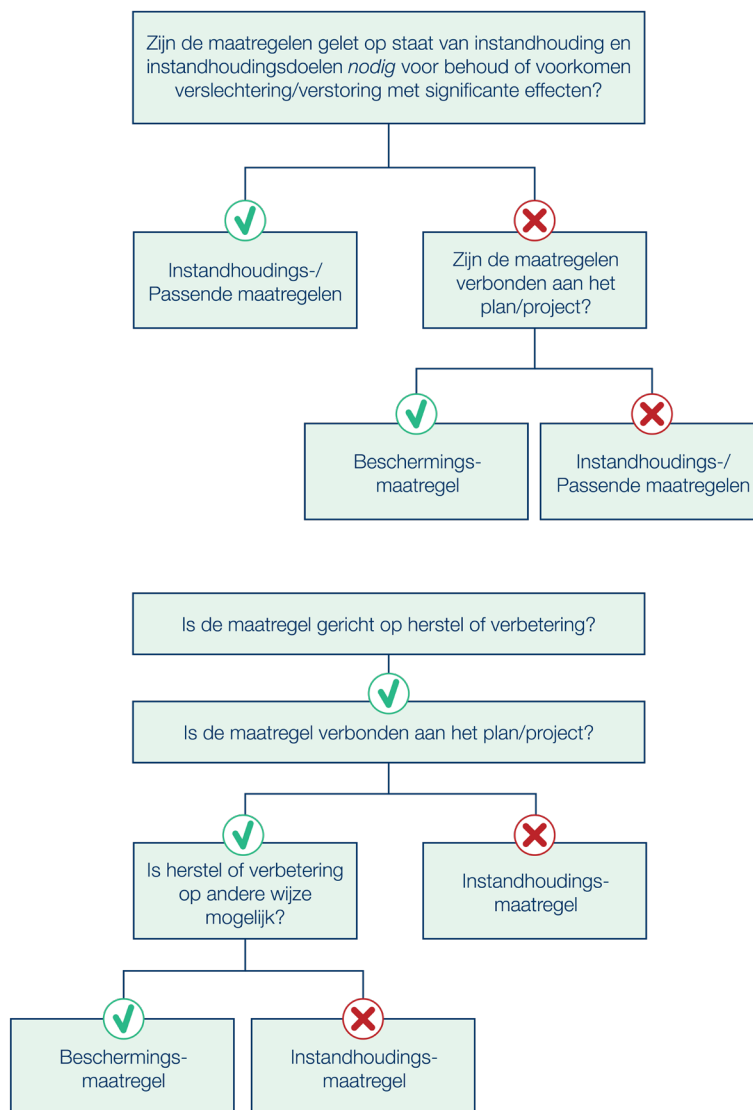
Tegen het plan kwamen diverse stichtingen en omwonenden op. Zij betogen dat ten onrechte extern is gesaldeerd met het agrarische bedrijf. Volgens hen is de beëindiging van dit bedrijf op zichzelf al nodig om te kunnen voldoen aan artikel 6, eerste en tweede lid, Habitatrichtlijn ('**Hrl**'). De betrokken Natura 2000-gebieden zijn al overbelast met stikstof. Daarom kan de stikstofwinst die geboekt wordt met die beëindiging niet worden ingezet voor het externe salderen omdat de maatregel dan niet kwalificeert als mitigerende (of: beschermings)maatregel.

2. Resumé: de PAS-uitspraken en de kwalificatie van extern salderen

De ontwikkeling van de GOL zal leiden tot toename van stikstofdepositie op onder meer het Natura 2000-gebied Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen.

Uit de **PAS-uitspraken** (r.o. 13.3 – 13.8) volgt dat bepaalde maatregelen zowel het karakter kunnen hebben van een instandhoudings- of passende maatregel in de zin van artikel 6, eerste respectievelijk tweede lid, Hrl, als van een mitigerende maatregel in de zin van artikel 6, derde lid Hrl. In dat geval mag zo'n maatregel als mitigerende maatregel in een passende beoordeling worden betrokken als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Allereerst moet de maatregel specifiek in het kader van dat plan of project worden getroffen. Daarnaast moet ook verzekerd zijn dat, gelet op de staat van instandhouding en de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied, de natuurwaarden worden behouden. Als een maatregel gericht is op herstel of verbetering van een Natura 2000-gebied, moet eerst worden nagegaan of ook op een andere wijze herstel of verbetering van dit gebied mogelijk is. Is dat niet het geval, dan kan deze maatregel niet als mitigerende maatregel in een passende beoordeling worden meegenomen.

Samengevat: er moeten andere maatregelen beschikbaar zijn waarmee invulling kan worden gegeven aan de verplichtingen uit artikel 6, eerste en tweede lid, Hrl. In de uitspraak is het volgende schema weergegeven:



3. Extern salderen en andere maatregelen

Waar leidt dit toe in de onderhavige zaak?

Voor het betreffende gebied zijn behoudoelstellingen vastgesteld, die nopen tot daling van stikstofdepositie (r.o. 30.5). De Afdeling benadrukt allereerst – in lijn met eerdere jurisprudentie – dat de algemene opgave om de te hoge stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden terug te brengen moet worden onderscheiden van de besluitvorming over individuele plannen en projecten die tot stikstofdepositie leiden (artikel 6, derde lid, Hrl; zie r.o. 30.3). Vervolgens concludeert de Afdeling dat de maatregel in kwestie – de beëindiging van het saldogevende bedrijf door aankoop en intrekking van de vergunning – een maatregel is die naar zijn aard ook geschikt is om ingezet te worden als instandhoudings- of passende maatregel (r.o. 30.4). Het hiervoor weergegeven stappenplan moet daarom worden doorlopen.

De Afdeling overweegt vervolgens dat PS bij de vaststelling van het besluit niet hebben onderzocht of de genoemde maatregel dan kan worden betrokken als mitigerende maatregel in de passende beoordeling. Dat blijkt uit de – enigszins summiere – motivering van PS. Daarin wordt gesteld dat “*de intrekking van de vergunning voor het agrarisch bedrijf (...) niet de enige maatregel is die kan worden getroffen*”, dus dat er ook andere instandhoudings- of passende maatregelen mogelijk zijn (r.o. 30.4). De Afdeling acht deze motivering ontoereikend.

Pas ter zitting geven PS aan dat andere maatregelen worden getroffen om de instandhoudingsdoelstellingen te bereiken. Zij verwijzen naar het **beheerplan** voor het Natura 2000-gebied Loonse en Drunense Duinen & Leemkuilen en in het bijzonder naar paragraaf 4.3 van dit plan. Daarnaast worden in Noord-Brabant volgens PS ook andere maatregelen getroffen, zoals de invoering van extra emissie-eisen voor stallen en afroting van 30 procent bij vergunningverlening op basis van extern salderen. Vervolgvrage is dan

ook of deze nadere motivering toereikend is. Met andere woorden: is hiermee alsnog voldoende inzichtelijk gemaakt welke andere maatregelen worden getroffen om daling van stikstofdepositie in dit Natura 2000-gebied?

Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Volgens de Afdeling bevat paragraaf 4.3 van het beheerplan “*geen enkele concrete maatregel*” gericht op (reductie van) stikstofdepositie in dit Natura 2000-gebied. De genoemde paragraaf verwijst slechts naar vaststaand provinciaal en landelijk beleid. Deze beleidsstukken richten zich op de beperking van emissie van nieuwe stallen en het sluiten van convenanten over het verbinden van extra eisen aan bestaande stallen, voor zover wij hebben kunnen vaststellen zonder dit te concretiseren. Dit is opmerkelijk, omdat uit hetzelfde beheerplan mede volgt dat “*de bodemkwaliteit van habitattypen op droge zandgronden (...) sterk onder druk staat door verzuring in het verleden en de optredende stikstofdepositie*” en “*afname van stikstofdepositie op het Natura 2000-gebied nodig*” is (p. 30). Ook de overige stellingen – invoering van extra emissie-eisen aan stallen door de provincie Noord-Brabant en afroming van 30% – bieden geen soelaas. Volgens de Afdeling is daarmee nog steeds onvoldoende inzichtelijk dat daling van stikstofdepositie op andere wijze kan worden gerealiseerd. Het voorgaande brengt de Afdeling tot de conclusie dat PS “onvoldoende (hebben) gemotiveerd dat de voorziene maatregel als mitigerende maatregel in de passende beoordeling kan worden betrokken” (r.o. 30.5).

4. Hoe verhoudt de uitspraak zich tot eerdere jurisprudentie?

Het oordeel van de Afdeling lijkt te wijzen op een indringender toetsing dan in eerdere, recente jurisprudentie over extern salderen.

De hier geschetste Afdelingsuitspraak vertoont gelijkenis met de motiveringsplicht bij het afwijzen van een intrekkingsverzoek op grond van artikel 5.4, tweede lid Wet natuurbescherming ('Wnb').

In de **uitspraak** Logistiek Park Moerdijk overweegt de Afdeling onder verwijzing naar de PAS-uitspraken dat een maatregel die als instandhoudings- of passende maatregel kan worden ingezet als mitigerende maatregel in een passende beoordeling kan worden betrokken als “*gelet op de staat van instandhouding en de instandhoudingsdoelstelling het behoud van natuurwaarden is geborgd of in geval een verbeter- of hersteldoelstelling geldt, dat doel ook op andere wijze kan worden gerealiseerd*.” In die uitspraak neemt de Afdeling vervolgens genoegen met de stelling van PS “*dat – voor zover nodig – andere maatregelen dan de aankoop van de saldogevende bedrijven en intrekking van de vergunning daarvan, worden getroffen voor het behoud, de verbetering of het herstel van de natuurwaarden in de betrokken Natura 2000-gebieden*” (r.o. 4.2).

Met de onderhavige uitspraak van 24 november 2021 lijkt de Afdeling te kiezen voor een indringender beoordeling die overeenkomsten vertoont met de uitspraken van de Rechtbank Limburg van **19 mei** en **20 mei** 2021. In deze zaken had verweerder “*zich moeten vergewissen van de staat van instandhouding en instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden, in hoeverre daarvoor herstel- en verbetervoorstellen gelden, in verband daarmee andere maatregelen (moeten) worden getroffen en wat daarvan het te verwachten resultaat is*” (r.o. 14 en 22).

5. Vergelijking motiveringsplicht intrekking natuurvergunning

De hier geschetste Afdelingsuitspraak vertoont gelijkenis met de motiveringsplicht bij het afwijzen van een intrekkingsverzoek op grond van artikel 5.4, tweede lid Wet natuurbescherming ('Wnb'). Dit artikellid bevat – kort gezegd – een verplichting voor het bevoegd gezag een vergunning in te trekken. Dat is het geval als die intrekking nodig is om verslechtering van habitattypen te voorkomen (artikel 6, tweede lid, Hrl). In eerdere blogberichten bespraken wij de stand van zaken met betrekking tot artikel 5.4 Wnb (zie **blogbericht**) en de toepassing van dit artikel in een recente rechtbankuitspraak (zie **blogbericht over de afwijzing van een intrekkingsverzoek vanwege andere passende stikstofmaatregelen**).

Bij het afwijzen van een intrekkingsverzoek ex artikel 5.4, tweede lid Wnb moet het bevoegd gezag aannemelijk en inzichtelijk maken met welke andere passende maatregelen – anders dan de intrekking van de natuurvergunning – uitvoering wordt gegeven of zal worden gegeven aan de noodzakelijke reductie van stikstofdepositie binnen een afzienbare termijn (**zie r.o. 7.3 uitspraak de Logt**).

De motiveringsplichten lijken op elkaar. Alleen de eis voor stikstofdaling binnen ‘afzienbare termijn’ is niet in de GOL-uitspraak expliciet benoemd, hoewel dit mogelijk wel kan worden ingelezen in de overweging dat een ‘*concrete maatregel*’ ontbreekt. Dat neemt niet weg dat er een relevant verschil bestaat tussen beide procedures (toestemmingverlening en intrekking). Bij de vraag of terecht toestemming is verleend met behulp van extern salderen ligt het zwaartepunt bij de toepassing van artikel 6, *derde lid*, Hrl. Daarvoor moet in de passende beoordeling de zekerheid worden verkregen dat het plan of project niet de natuurlijke kenmerken van het gebied zal aantasten. Bij de beoordeling van intrekkingsverzoeken op grond van artikel 5.4, tweede lid, Wnb ligt de focus op de uitvoering van benodigde passende maatregelen in de zin van artikel 6, *tweede lid*, Hrl. Zijn in een bepaald geval passende maatregelen nodig, en zo ja: welke passende maatregelen worden getroffen, ervan uitgaand dat het bevoegd gezag niet kiest voor intrekking?

6. Nadere beschouwing

Met de onderhavige uitspraak van de Afdeling lijken artikel 6, eerste en tweede lid, Hrl een grotere rol te gaan spelen bij de verlening van toestemmingen waarbij extern wordt gesaldeerd. Het is de vraag of die toenemende vermenging in lijn is met de bedoeling van de Habitatrichtlijn en wetgever.

Het Hof van Justitie overwoog in het **PAS-arrest** dat naar het positieve effect van de maatregelen die krachtens artikel 6, leden 1 en 2, Hrl nodig zijn, niet kan worden verwezen om op grond van lid 3 toestemming te verlenen voor projecten die nadelige gevolgen hebben voor beschermde gebieden (r.o. 123 en 124). Dat zou in strijd komen met de nuttige werking van artikel 6, eerste en tweede lid, Hrl. Daarbij verwijst het Hof van Justitie naar het arrest inzake **Commissie/Polen**. In die zaak benadrukte het Hof dat, wil artikel 6, eerste lid, Hrl haar nuttige werking niet verliezen, *"niet alleen de nodige instandhoudingsmaatregelen voor het behoud van een gunstige staat van instandhouding van de in het betrokken gebied beschermde habitats en soorten worden vastgesteld, maar moeten deze maatregelen ook en bovenal daadwerkelijk worden uitgevoerd"* (r.o. 213).

Met bovenstaand schema heeft de Afdeling daar waar het gaat om PAS en daarin opgenomen maatregelen geschetst waaraan zo'n maatregelenprogramma moet voldoen. Wij vragen ons af of genoemde Europese jurisprudentie noopt tot een (onverkorte) toepassing van dat schema waar het gaat om toestemmingverlening met gebruikmaking van extern salderen.

Daarbij is van belang dat bij extern salderen veelal sprake is van een uit vrije wil gesloten overeenkomst tussen veelal private partijen. De kwalificatie van een tussen partijen vrijwillig overeengekomen beëindiging van een stikstofveroorzakende functie als instandhoudings- of passende maatregel voert ver. Een vraag die daarbij rijst is of het nog uitmaakt dat – zoals dat hier lijkt te zijn – van overheidswege een overeenkomst is gesloten.

De kwalificatie van een tussen partijen vrijwillig overeengekomen beëindiging van een stikstofveroorzakende functie als instandhoudings- of passende maatregel voert ver.

Tot slot is opvallend dat de Afdeling er uitdrukkelijk rekening mee dat PS alsnog inzichtelijk zullen en kunnen maken welke andere maatregelen worden getroffen om daling van stikstofdepositie in de betrokken Natura 2000-gebieden te realiseren (vergelijk ook de **uitspraak** van de rechtbank Gelderland en ons eerdere **blogbericht** daarover, waarin de provincie Gelderland haar besluit tot afwijzing van een intrekkingsverzoek alsnog adequaat had gemotiveerd). Met het oog op finale geschilbeslechting en *"ervan uitgaande dat het geconstateerde gebrek kan worden hersteld"* (r.o. 24.3) beantwoordt de Afdeling namelijk alvast de vraag of extern mag worden gesaldeerd met een PAS-vergunning. Het antwoord luidt bevestigend: de PAS-uitspraak maakt vergunningen niet ongeldig die met het PAS-regime zijn verleend en die in rechte onaantastbaar zijn. Iemand die met toepassing van het PAS-beoordelingskader een vergunning heeft gekregen die onherroepelijk is, heeft steeds een vergunning voor die activiteit, aldus de Afdeling. Extern salderen daarmee blijft dan ook mogelijk.

7. Hoe verder

Voor de praktijk is het – uitgaande van de ingezette lijn – van belang om voor de inzet van extern salderen inzichtelijk te hebben welke andere maatregelen worden getroffen om de instandhoudingsdoelstellingen van de betrokken Natura 2000-gebieden te realiseren, te

behouden en verslechtering te voorkomen. De hiervoor besproken Afdelingsuitspraak laat in ieder geval zien dat het ontbreken van daadwerkelijke, concrete maatregelen ter reductie van stikstofdepositie in deze situatie op bezwaren stuit.

Wat wel voldoende is hangt af van de specifieke omstandigheden, zoals de mate van concreetheid van de genomen en te treffen maatregelen, de effecten daarvan, de stikstofgevoeligheid van de betrokken Natura 2000-gebieden en de omvang van de gevolgen van het plan of project. Wij merken op dat veel van die omstandigheden buiten het bereik van private initiatiefnemers liggen. Zij hebben nauwelijks invloed op welke maatregelen in de zin van artikel 6, eerste en tweede lid, Hrl wanneer en waar getroffen worden. Als die er van provinciewege onvoldoende zijn, beperkt dat de mogelijkheid tot extern salderen aanzienlijk. Ook als initiatiefnemers alle benodigde gegevens wel op orde hebben en bereid zijn de nodige kosten voor hun rekening te nemen in verband met beëindiging van andere functie(s).

Hoe dan ook brengt deze Afdelingsuitspraak een substantiële motiveringsplicht mee bij de inzet van extern salderen aan de zijde van het bevoegd gezag. Er zullen ongetwijfeld meer uitspraken volgen die nadere handvatten bieden op dit gebied.

*Noot: Aan dit blogbericht heeft **Ayça Kurt** bijgedragen. Zij is recent afgestudeerd aan de Universiteit Leiden en schreef haar scriptie over extern salderen.*



Anna
Collignon



Liesbeth
Berkouwer

Beoordelingskader voor intrekking natuurvergunningen en geen vergunningplicht bij intern salderen: een duidelijke uitspraak

Inleiding

Op 20 januari 2021 deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**Afdeling**”) **uitspraak** over een verzoek tot intrekking van de natuurvergunning van een veehouderij. Deze uitspraak is een blogbericht waard, omdat hierin (i) het kader voor het intrekken van natuurtoestemmingen uiteen wordt gezet en (ii) de Afdeling duidelijk maakt dat als een project wel enige, maar geen significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden heeft, er geen vergunningplicht geldt. Dit laatste geldt ook in het geval van intern salderen. Hierna schetsen wij kort het oordeel van de Afdeling.

Veehouderij De Logt en intrekkingsverzoek natuurtoestemming

Op 19 december 2013 verleende het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant (“GS”) een vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 aan De Logt B.V., een veehouderij in Oirschot, voor 19.000 biggen. Van die vergunning werd vervolgens geen gebruik gemaakt. Natuurmonumenten en BMF vroegen om intrekking van die vergunning met toepassing van artikel 5.4, tweede lid van de Wet natuurbescherming (“**Wnb**”). Zij wilden voorkomen dat de veehouderij alsnog van start zou gaan met als gevolg stikstofdepositie op het Natura 2000-gebied Kampina en Oisterwijkse Vennen. Dat gebied wordt al door stikstof overbelast. Op 27 juli 2018 wees GS het intrekkingsverzoek af. Daartegen kwamen Natuurmonumenten en BMF bij de rechtbank in beroep. Die oordeelde dat GS het verzoek van eisers om intrekking van de natuurvergunning op basis van artikel 5.4, tweede lid Wnb verkeerd heeft beoordeeld. Daarnaast heeft GS niet goed in kaart gebracht of in de natuurvergunning wel is uitgegaan van de juiste stikstofemissies en is de vereiste belangenafweging op basis van artikel 5.4, eerste lid van de Wnb gebrekkig. Over deze uitspraak schreven we dit **blogbericht**. De Logt B.V. ging in hoger beroep, waarop de uitspraak van 21 januari 2021 betrekking heeft.

Intrekken van een natuurtoestemming

Een natuurtoestemming is geen rustig bezit. Er kunnen namelijk omstandigheden zijn die leiden tot aanpassing of intrekking van die vergunning op grond van artikel 5.4 Wnb. Artikel 5.4, eerste lid Wnb kent aan het bevoegd gezag een bevoegdheid toe een vergunning in te trekken. Daarvan kan het bevoegd gezag bijvoorbeeld gebruik maken als de gevolgen van een activiteit bij het verlenen van de natuurtoestemming goed zijn beoordeeld, maar naderhand toch een verslechtering of verstoring blijken mee te brengen. Ook kan dit het geval zijn als de beoordeling van de gevolgen van de activiteit bij de natuurtoestemming gebrekkig is geweest en de activiteit heeft geleid of dreigt te leiden tot een verslechtering of verstoring met significante gevolgen.

De Afdeling overweegt dat gebruikmaking van de intrekkingsbevoegdheid op grond van artikel 5.4, eerste lid Wnb moet plaatsvinden aan de hand van een afweging van de betrokken belangen. Tot die belangen behoort in het licht van de formele rechtskracht van de vergunning ook het belang van de rechtszekerheid voor de vergunninghouder.

Artikel 5.4, tweede lid Wnb bevat een verplichting voor het bevoegd gezag een vergunning in te trekken. Dat is het geval als die intrekking nodig is om verslechtering van habitattypen te voorkomen. Als de intrekking of wijziging van een natuurvergunning kan bijdragen aan het voorkomen van de dreigende achteruitgang van de natuurwaarden, kan dat een passende

maatregel zijn. Uit de Wnb kan niet worden afgeleid dat alleen tot intrekking kan worden overgegaan als vaststaat dat intrekking de enige passende maatregel is om dreigende achteruitgang te voorkomen, aldus de Afdeling.

Wat in een specifiek geval een passende maatregel is, is aan het bevoegd gezag om te onderbouwen. Dat geldt ook hier, voor de situatie waarin GS beslist om niet in te trekken. Voor de motivering van die keuze is nodig dat het bevoegd gezag aannemelijk en inzichtelijk maakt met welke andere maatregelen dan intrekken of wijzigen van de natuurvergunning uitvoering wordt gegeven of zal worden gegeven aan de noodzakelijke reductie van stikstofdepositie binnen een afzienbare termijn. De rechtszekerheid kan, aldus de Afdeling, bij de keuze voor passende maatregelen een rol spelen.

In de uitspraak komt ook de vraag aan de orde of de jarenlange leegstand invloed heeft op de beoordeling van een intrekkingsverzoek op grond van artikel 5.4, eerste lid Wnb. De rechtbank vond van wel, maar de Afdeling gaat daar niet in mee: het niet gebruiken van de vergunning is geen omstandigheid die intrekking op basis van artikel 5.4, eerste lid rechtvaardigt. Wel kan die omstandigheid een rol spelen bij de belangenafweging als zich een andere aanleiding voor intrekking voordoet op grond van artikel 5.4, eerste lid. Datzelfde geldt wanneer het bestuursorgaan de beoordelingsruimte invult die het heeft bij de toepassing van artikel 5.4, tweede lid.

Volgens de Afdeling heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat GS onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt welke andere passende maatregelen dan de intrekking of wijziging van de natuurvergunning zullen worden ingezet. De afwijzing van het verzoek om intrekking of wijziging van de natuurvergunning op grond van artikel 5.4, tweede lid Wnb was dan ook inderdaad onvoldoende gemotiveerd. De

De Afdeling overweegt dat gebruikmaking van de intrekkingsbevoegdheid op grond van artikel 5.4, eerste lid Wnb moet plaatsvinden aan de hand van een afweging van de betrokken belangen.

uitspraak van de rechtbank bevestigt zij met verbetering van de gronden. GS zou dus nogmaals moeten beslissen op het verzoek tot intrekking van de natuurtoestemming van De Logt B.V. Maar de Afdeling constateert vervolgens dat het intrekken of wijzigen van de natuurtoestemming geen passende maatregel (meer) kan zijn. Dat heeft te maken met het kader van de vergunningplicht zoals dat sinds 1 januari 2020 geldt. Dat brengt ons op het tweede belangrijke onderdeel van de uitspraak.

Vergunningplicht project met enige gevolgen voor een Natura 2000-gebied

Erg helder en nuttig is het oordeel van de Afdeling over de vergunningplicht voor projecten die enige, maar geen significante gevolgen kunnen hebben. Op grond van de Wnb van voor 1 januari 2020 waren die projecten vergunningplichtig; daar bestond weinig discussie over. Na de wetswijziging van 1 januari 2020 veranderde dit. Artikel 2.7, tweede lid Wnb beperkt sindsdien de vergunningplicht tot projecten met mogelijke significante gevolgen. Volgens sommigen betekende deze wijziging een flinke inperking van de vergunningplicht. Zo zou bij interne saldering zonder toename van depositie geen vergunningplicht meer bestaan (zie daarover ons artikel in BR 2020/71). Ook in dit **blogbericht** wezen wij op de gevolgen van de wetswijziging voor de reikwijdte van de vergunningplicht. Bestuursorganen zagen echter tot nu toe geen aanleiding om hun beleid aan te passen aan de inperking van de vergunningplicht.

De Afdeling oordeelt op dit punt in de uitspraak van 20 januari 2021 als volgt: de wijziging of uitbreiding van een bestaande activiteit die ten opzichte van de referentiesituatie niet leidt tot een toename van stikstofdepositie is vanaf 1 januari 2020 niet vergunningplichtig.

Volgens de Afdeling heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat GS onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt welke andere passende maatregelen dan de intrekking of wijziging van de natuurvergunning zullen worden ingezet.

Dit betekent ook dat – in het licht van de per 1 januari 2020 gewijzigde vergunningplicht – projecten die met intern salderen niet tot een toename van stikstofdepositie leiden niet langer vergunningplichtig zijn, aldus de Afdeling.

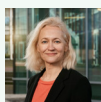
Over een vergunningplicht voor nieuwe projecten met enige, maar geen significante gevolgen spreekt de Afdeling zich niet in het bijzonder uit. Een dergelijk project lag ook niet voor in deze casus, dus dat is te begrijpen. Wij menen echter dat dat wel uit de wet en de uitspraak volgt. In de uitspraak staat namelijk dat er nu alleen nog een vergunningplicht bestaat voor projecten die significante gevolgen kunnen hebben. De vergunningplicht voor projecten die enige maar geen significante gevolgen kunnen hebben is vervallen, ook wel de verslechteringsvergunning genoemd. In overgangsrecht is niet voorzien.

Voor De Logt betekent dat goed nieuws. De natuurtoestemming waarvan de intrekking is verzocht, is in 2013 terecht op basis van intern salderen verleend (een zgn. 'verslechteringsvergunning'). In dergelijke situaties bestaat op dit moment dus geen vergunningplicht meer. Het vervallen van deze vergunningplicht betekent niet dat daardoor de natuurvergunning van De Logt is vervallen, maar het betekent wel dat de intrekking van die vergunning niet meer als passende maatregel kan worden geduid. De Afdeling laat dan ook de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand.

Afrondend

In dit blogbericht hebben wij kort de onderdelen in de uitspraak aangestipt die wat ons betreft het meest in het oog springen. Voor de praktijk is dit een nuttige uitspraak, omdat hiermee meer duidelijkheid is gegeven over twee hete hangijzers. Binnenkort volgt over de uitspraak een uitgebreidere annotatie van onze hand.

ABRvS 20 januari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:71



Liesbeth
Berkouwer



Neeltje
Walgemoed



Eerste NOW-uitspraak van de Centrale Raad van Beroep bevestigt dat mogelijk nadelige bepalingen in de NOW niet onevenredig zijn

De eerste NOW-uitspraak van de hoogste bestuursrechter, de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) is **gepubliceerd**. De uitspraak betreft het hoger beroep van een **uitspraak** waarover wij eerder een **blog** over schreven. In die uitspraak toetst de bestuursrechter of een bepaling in de NOW mogelijk in strijd is met het evenredigheidsbeginsel en daarom buiten toepassing zou moeten worden gelaten. De rechtbank ziet hiervoor geen aanleiding. In de onderhavige uitspraak bevestigt de CRvB het oordeel van de rechtbank.

Bevestiging absolute competentie en lijn rechtbankuitspraken

De uitspraak is ten eerste interessant omdat de CRvB bevestigt dat hij zich bevoegd acht om te oordelen over NOW-geschillen. In de **toelichting** bij de NOW-1 vermeldt de minister dat hij verwacht dat de CRvB de hoogste bestuursrechter zal zijn voor besluiten op grond van de NOW. Er was echter discussie mogelijk of deze zaken door de CRvB of de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State moeten worden behandeld. De CRvB bevestigt zijn bevoegdheid onder verwijzing naar de wettelijke grondslag van de NOW: de Wet SUWI en de Kaderwet SZW-subsidies. De CRvB is aangewezen als de hoger beroepsrechter ten aanzien van de Wet SUWI.

De uitspraak is ten tweede interessant omdat de CRvB bevestigt dat de NOW een generieke noodmaatregel is waarbij niet steeds maatwerk kan worden geboden. Dat bepalingen nadelig zijn voor bepaalde werkgevers betekent niet dat die bepalingen in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel en buiten toepassing moeten worden gelaten. Dit oordeel is in lijn met de eerdere rechtbankuitspraken die zijn verschenen over NOW-geschillen. In alle tot nu toe verschenen uitspraken over de NOW oordeelde de bestuursrechter dat een uitzondering op de NOW niet mogelijk is.

Beroep op buiten toepassing laten nadelige bepalingen NOW

Voor een uitgebreide toelichting op de relevante feiten en het procesverloop verwijzen wij naar ons eerdere **blogbericht** over de rechtbankuitspraak (zie over deze uitspraak ook de **annotatie** van Astrid Helstone en Thomas Boot). Kort samengevat, ontvangt de werkgever, die op 1 februari 2020 een restaurant heeft geopend, voor zowel de NOW-1 als de NOW-2 een subsidieverlening voor een bedrag van nul euro. De NOW-1 subsidieverlening bedraagt nul euro omdat er geen loongegevens zijn over januari 2020 of november 2019, de in de NOW-1 opgenomen referentiemaanden voor het bedrag bij subsidieverlening. De NOW-2 subsidieverlening bedraagt nul euro omdat de loonsom over maart 2020 op de in de NOW-2 (en NOW-1) vastgelegde peildatum 15 mei 2020 nul euro was. Omdat de subsidieverlening nul euro is, krijgt de werkgever geen voorschot. Het voorschot wordt namelijk gebaseerd op de subsidieverlening. De werkgever gaat tegen beide verleningsbeschikkingen in beroep. De werkgever voert aan dat de bepaling in de NOW-1 over het voorschot en de bepaling in de NOW-2 over de peildatum haar onevenredig benadelen.

De rechtbank beschouwt de beroepsgrond van de werkgever als een verzoek om het buiten toepassing laten van de voor de werkgever nadelige bepaling. Dit vergt een zogeheten 'exceptieve toets'. De CRvB bevestigt dit en voert ook een exceptieve toets uit. Bij een exceptieve toets gaat de bestuursrechter na of lagere regelgeving, zoals de NOW, in strijd is met hogere regelgeving en of toepassing van de regeling strijd oplevert met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toets wordt verricht op de wijze zoals door de CRvB uiteengezet in zijn **uitspraak** van 1 juli 2019. De CRvB toetst in dit geval of de bepaling over het voorschot in de NOW-1 en de bepaling over de peildatum in de NOW-2 in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, en aldus tot onevenredige uitkomsten leidt. Is dit het geval, dan kan de CRvB de bepaling buiten toepassing laten.

De werkgever voert ten aanzien van de NOW-1 subsidieverlening aan dat de NOW-1 is gewijzigd zodat werkgevers, die geen loonsom hadden in januari 2020 of november 2019, toch in aanmerking komen voor de subsidie. Voorwaarde is dat die werkgevers een loonsom hebben over maart tot en met mei 2020. De wijziging geldt echter alleen voor de berekening van het subsidiebedrag bij de subsidievaststelling. De subsidieverlening, en daarmee het voorschot, blijft gebaseerd op de referentiemaanden januari 2020 of november 2019. Volgens de werkgever schiet de NOW hiermee zijn doel voorbij, aangezien juist het voorschot van belang is. Dit standpunt van de werkgever is te begrijpen. Met name voor startende ondernemingen kan het van groot belang zijn nu al een subsidiebedrag te ontvangen en niet te moeten wachten op de subsidievaststelling. De CRvB gaat uitgebreid in op de toelichting van de minister in verschillende Kamerbrieven over de desbetreffende wijziging van de NOW-1. Hieruit volgt dat de minister er bewust voor kiest de wijziging slechts toe te passen bij de subsidievaststelling en niet bij de verlening. Voor wie nog geen loonsom in de referentieperiode had, betekent dit een voorschot op nihil. Hiermee wordt echter niet gemotiveerd waarom die wijziging slechts bij de subsidievaststelling wordt toegepast en niet bij de subsidieverlening en bevoorschotting.

Ook hier gaat de CRvB op in. De minister heeft ter zitting toegelicht dat hiervoor is gekozen omdat de uitvoeringslasten voor het UWV anders onevenredig zijn. Indien de wijziging ook van toepassing zou zijn verklaard op de subsidieverlening, zouden de verleningsbesluiten opnieuw moet worden beoordeeld. Dit betreft ongeveer 15.000 werkgevers, aldus de minister.

Een beroep op het evenredigheidsbeginsel en het buiten toepassing laten van een onevenredige bepaling zou een uitzondering mogelijk kunnen maken, maar de uitspraak van de CRvB bevestigt dat hier niet snel sprake van zal zijn.

Men kan zich afvragen of het feit dat de uitvoeringslasten te hoog zijn een gegronde motivering is om de wijziging enkel toe te passen bij de subsidievaststelling. Met name omdat de minister toelicht dat enkele honderden werknemers als gevolg van de wijziging alsnog voor een (aanvullende) NOW-subsidie in aanmerking komen. De minister had ook mogelijk kunnen maken dat de verleningsbesluiten slechts op verzoek van de werkgever kunnen worden herbeoordeeld. In dat geval was de uitvoeringslast waarschijnlijk beperkt tot de enkele honderden werkgevers die hierbij gebaat zijn. De CRvB oordeelt echter dat de minister voldoende heeft toegelicht waarom de wijziging is beperkt tot de subsidievaststelling. Dat de wijziging niet geldt voor de subsidieverlening levert volgens de CRvB geen strijd op met het evenredigheidsbeginsel. Ook ten aanzien van de NOW-2 subsidie oordeelt de CRvB, onder verwijzing naar de toelichting bij de NOW-2, dat de minister met de peildatum op 15 mei 2020 een bewuste keuze heeft gemaakt die niet onevenredig is.

Interessant is verder dat de CRvB vaststelt dat het voor de werkgever niet had geholpen als de wijziging van de NOW-1 ook zou worden toegepast bij subsidieverlening. De loonsom over maart 2020 was op de peildatum 15 mei 2020 immers nul euro, tevens de reden waarom de NOW-2 verlening ook nul euro is. Dit roept de vraag op of de CRvB niet had kunnen volstaan met deze opmerking en de exceptieve toets ten aanzien van de NOW-1 achterwege had kunnen laten. Wellicht heeft de CRvB de exceptieve toets bewust uitgevoerd om met zijn eerste NOW-uitspraak een precedent te scheppen. De CRvB onderstreept in zijn conclusie immers duidelijk dat de NOW een generieke regeling is die zo snel mogelijk veel werkgevers te hulp moest schieten. Bovendien is de regeling meermaals aangepast om het doel hiervan

zoveel mogelijk te bereiken. Hoewel de NOW voor sommige werkgevers nadelig kan uitpakken, betekent het niet dat die nadelige bepalingen in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel, aldus de CRvB.

Conclusie

De uitspraak van de CRvB bevestigt de jurisprudentie over de mogelijkheid om af te wijken van de NOW. De rechtbank oordeelde meermaals dat een uitzondering op de NOW niet mogelijk is omdat er geen hardheidsclausule in de regeling is opgenomen. Een beroep op het evenredigheidsbeginsel en het buiten toepassing laten van een onevenredige bepaling zou een uitzondering mogelijk kunnen maken, maar de uitspraak van de CRvB bevestigt dat hier niet snel sprake van zal zijn. Het is te verwachten dat de 'strengere' lijn in de NOW-jurisprudentie zich met deze uitspraak verder zal bestendigen. Een uitzondering is niet onmogelijk, maar een verzoek om een nadelige bepaling buiten toepassing te laten zal wel zeer goed moeten worden onderbouwd wil dit kunnen slagen.

Ga voor meer informatie naar onze website over de NOW: www.stibbe-now.nl



Astrid
Helstone



Jan Reinier
van Angeren



Sandra
Putting



Emissie-eisen

Het Schone Lucht Akkoord en de industrie: de overheid zet in op strengere emissie-eisen

Op 26 maart 2021 werd de **uitvoeringsagenda** Schone Lucht Akkoord aan de Tweede Kamer aangeboden. Hiermee wordt een aanzet gegeven naar het concretiseren van de emissiereductieafspraken die in het **Schone Lucht Akkoord** zijn neergelegd. In dit blog gaan wij nader in op deze materie. In het bijzonder geven wij een overzicht van de maatregelen voor de industrie die in het Schone Lucht Akkoord en de uitvoeringsagenda zijn opgenomen en de stand van zaken omtrent de uitwerking van deze maatregelen in de praktijk.

Het Schone Lucht Akkoord

Het Schone Lucht Akkoord ("SLA") is op 13 maart 2020 gesloten tussen de Rijksoverheid en een groot aantal provincies en gemeenten. In het SLA hebben de deelnemende partijen afgesproken om, zoals de naam al doet vermoeden, de Nederlandse luchtkwaliteit permanent te verbeteren teneinde gezondheidswinst te realiseren. In artikel 16 van het SLA is opgenomen dat de afspraken niet juridisch bindend zijn, en partijen in rechte niet kunnen worden aangesproken op het niet nakomen van de afspraken.

Het SLA is een van de instrumenten om dit doel te behalen en hangt nauw samen met het Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL). Het NSL is eveneens een gevolg van afspraken tussen verschillende overheden, maar is enkel gericht op het behalen van de Europese grenswaarden voor luchtkwaliteit. De bevoegdheid tot het vaststellen van het NSL is opgenomen in **paragraaf 5.2.3 van de Wet milieubeheer** (Wm). Het NSL kan een onderdeel zijn van de toetsing van plannen en projecten (**artikel 5.16 Wm**). Kort gezegd zorgt het NSL ervoor dat de gevolgen van deze plannen en projecten voor de luchtkwaliteit meer dan worden gecompenseerd door het uitvoeren van maatregelen die de luchtkwaliteit verbeteren. Het NSL is dan ook mede opgesteld met als doel het mogelijk maken van nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen. Het SLA is fundamenteel verschillend van aard. Het SLA zet namelijk in op een verdergaande reductie van emissies aan de bron ten behoeve van gezondheidswinst, zonder dat daarmee nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen worden mogelijk gemaakt.

Het SLA hangt verder nauw samen met de stikstofaanpak. De stikstofaanpak, gericht op het behalen van natuurdoelen, draagt ook bij aan gezondheidswinst. Andersom draagt het SLA, gericht op gezondheidswinst, vanwege o.a. de voorgenomen stikstofemissiereductie ook bij aan het behalen van de natuurdoelen. Verder hangt het SLA ook samen met het Klimaatakkoord. De effecten van het Klimaatakkoord worden meegenomen in de doorrekeningen van het SLA..

Als we inzoomen op de industrie, dan is het doel om 'uitstoot en groei verder te ontkoppelen en een continue daling van emissies naar de lucht te realiseren.'

Het SLA loopt tot 2030 en is gericht op het toewerken naar de WHO-advieswaarden voor stikstofdioxide en fijnstof en op het behalen van minimaal 50% gezondheidswinst uit binnenlandse bronnen ten opzichte van 2016. Dit zijn ambitieuze doelstellingen. Zo zijn de WHO-advieswaarden, die volgens een recente **uitspraak** van de Afdeling juridisch niet bindend zijn, voor fijnstof bijvoorbeeld tweemaal zo streng als de grenswaarden die momenteel gelden op grond van het Europese recht. De vraag die logischerwijs volgt, is hoe deze doelen concreet moeten worden behaald. De deelnemende partijen hebben ten aanzien van de volgende deelgebieden afgesproken om maatregelen te treffen:

1. Mobiliteit
2. Mobiele werktuigen
3. Industrie
4. Houtstook
5. Binnenvaart en havens
6. Landbouw
7. Internationaal luchtbeleid

Als we inzoomen op de industrie, dan is het doel om 'uitstoot en groei verder te ontkoppelen en een continue daling van emissies naar de lucht te realiseren.' Om dat doel te behalen wordt een tiental maatregelen getroffen. In het oog springt de maatregel om zo streng mogelijke emissie-eisen in vergunningen op te nemen. Dat kan volgens het SLA bewerkstelligd worden door in vergunningen de emissie-eisen op te nemen die zo dicht mogelijk aan de onderkant van de bandbreedte in BBT-conclusies (dat zijn Europees vastgestelde bandbreedtes van emissies die volgen uit de toepassing van de beste beschikbare technieken) staan. Verder committeert het Rijk zich in het SLA tot het doen van onderzoek om de emissie-eisen in algemene regels te kunnen aanscherpen. Daarnaast bevat het SLA de pilot industrie, die onder meer inhoudt dat bevoegde gezagen standaard scherp gaan vergunnen en effectief handhaven op de gestelde emissie-eisen.

Uitvoeringsagenda SLA

Op 26 maart 2021 werd de **uitvoeringsagenda SLA** door de Minister van I&W aan de Tweede Kamer gestuurd. De uitvoeringsagenda is voor de periode 2021-2023 vastgesteld en bevat kort gezegd een nadere uitwerking en concretisering van de maatregelen die in het SLA staan opgenomen. In het kader van de uitvoeringsagenda zijn de zogeheten themagroepen van belang. Deze themagroepen werken maatregelen uit en zetten pilots op. De coördinatoren van de themagroep Industrie zijn de Rijksoverheid en de Provincie Noord-Holland.

De 10 maatregelen voor de industrie uit het SLA worden in de uitvoeringsagenda onderverdeeld in drie sporen. Deze sporen worden in de uitvoeringsagenda uitgewerkt. Hieronder zetten wij de concrete voorstellen per spoor op een rijtje:

Spoor 1: Vergunningverlening en handhaving

- In opdracht van het Ministerie van I&W wordt een juridische **analyse** gemaakt omtrent de kansen en knelpunten van het zo streng mogelijk vergunnen van emissie-eisen. Deze analyse is inmiddels uitgevoerd door Adviesbureau KokxDeVoogd en verscheen op 1 april 2021;
- Het verankeren van zo scherp mogelijk vergunnen in beleid. Hiertoe wordt een modeltekst opgesteld voor de Nota vergunningverlening, toezicht en handhaving;
- Het stimuleren van vrijwillige emissiereductie (die verder gaat dan de wettelijk verplichte emissiereductie);
- Het beschikbaar stellen van BBT-kennis. De themagroep Industrie verkent in hoeverre een verdere kennisuitwisseling over BBT nodig is;
- De themagroep Industrie gaat na in hoeverre een betere handhaving kan leiden tot verdere emissiereductie;
- Rijkswaterstaat stelt samen met vergunningverleners oplegnotities op die beschrijven op welke manier BBT-conclusies kunnen worden geïmplementeerd in de Nederlandse situatie. Zij dienen als hulpmiddel om zo scherp mogelijk te vergunnen. Op 26 oktober 2020 is de eerste oplegnotitie, de '**Oplegnotitie** BREF LCP', door Rijkswaterstaat gepubliceerd;
- Het Ministerie van I&W actualiseert zo nodig de factsheets over reductietechnieken aan. Deze **factsheets** bevatten informatie over de technische werking en een indicatie van de kosten van reductietechnieken;

Spoor 2: Actualiseren algemene regels

- Het Ministerie van I&W heeft haalbaarheidsstudies laten doen naar het aanscherpen van de emissie-eisen voor biomassa-ketels, het updaten van emissiegrenswaarden in het Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) en het actualiseren van de kosteneffectiviteitsmethodiek. Inmiddels is het wetgevingsproces tot wijziging van het Bal gestart; op 29 maart 2021 is de **internetconsultatie** over de ontwerp wijzigingen gesloten.

Spoor 3: Internationale inzet

- Het Rijk gaat een actieve rol spelen bij de herziening van de Richtlijn industriële emissies (RIE) en zet verder in op ambitieuze emissiegrenswaarden en kleinere bandbreedtes in BBT-conclusies en achterliggende BREF-documenten.

Afsluiting

Het SLA en de uitvoeringsagenda zetten ambitieus in op strengere emissie-eisen voor de industrie. In de praktijk laat zich dit al concreet zien door de Oplegnotitie BREF LCP en het voornemen om de emissiegrenswaarden voor biomassa-installaties in het Bal aan te scherpen. Het is de vraag of alle doelstellingen ook kunnen worden bereikt. Wij wijzen bijvoorbeeld op de jurisprudentie van de Afdeling waaruit volgt dat een emissie die binnen een bandbreedte van een BBT-conclusie valt, reeds overeenkomt met de in aanmerking komende BBT (ABRvS 21 maart 2012, **ECLI:NL:RVS:2012:BV9479**). Ook wijzen we op de al in het Activiteitenbesluit milieubeheer geïmplementeerde BBT-conclusies voor grote stookinstallaties, waar niet zomaar ten nadele van inrichtingen van kan worden afgeweken in de omgevingsvergunning. De vraag is verder of bij de uitvoering van het SLA voldoende aandacht zal zijn voor de ook betrokken belangen van de industrie en het (Europese) level playing field. Het moeten voldoen aan strengere emissie-eisen kan leiden tot een (negatieve) impact op de bedrijfsvoering ten opzichte van (Europese) concurrenten voor wie deze strengere eisen mogelijk niet gelden. Anders dan bijvoorbeeld het NSL met algemene maatregelen, lijkt in het SLA de last voor de gewenste emissiereductie vanuit overheidswege dan ook enkel gelegd bij individuele inrichtingen, en zonder een positieve keerzijde zoals ontwikkelruimte voor die inrichtingen.

An English translation of this blog can be found [here](#)



Anna
Collignon



Jelmer
Ypinga



Openbaarheid van bestuur

FAQ: Wat verandert er met de inwerkingtreding van de Woo ten opzichte van de Wob? Een update

De wet open overheid ("Woo") moet de Wet openbaarheid van bestuur ("Wob") vervangen. Al in 2016 is het initiatiefvoorstel van de Woo aangenomen in de Tweede Kamer. Hierover kon u eerder een [Stibbeblog](#) lezen. De impactanalyse die volgde toonde echter aan dat de Woo zoals voorgesteld mogelijk onuitvoerbaar was voor decentrale overheden. Dit heeft geleid tot wijzigingen in het [wetsvoorstel](#) dat op 26 januari 2021 door de Tweede Kamer is aangenomen. Het voorbereidend onderzoek door de Eerste Kamercommissie heeft op 6 april 2021 plaatsgevonden. De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel vervolgens op 5 oktober 2021 aangenomen. De Woo zal mogelijk in 2022 in werking treden, met uitzondering van de [verplichtingen voor actieve openbaarmaking](#).

Deze verplichtingen zullen later en gefaseerd in werking treden op een nader te bepalen tijdstip. Duidelijk is in ieder geval dat de noodzaak van een betere toegang tot overheidsinformatie onverminderd actueel blijft, zo blijkt ook uit de recente kinderopvangtoeslag-affaire. Daarom is het tijd voor een update. In dit blogbericht bespreken wij in FAQ-vorm de voornaamste wijzigingen die de Woo in vergelijking met de Wob teweegbrengt.

I. Wat is de reikwijdte van de Woo?

De Wob is met name van toepassing op bestuursorganen als de ministeries, gemeenten, provincies, waterschappen en publiekrechtelijke organisaties. In de Woo wordt het toepassingsbereik van de wet vergroot. Ingevolge artikel 2.2 gelden de bepalingen uit de Woo ook voor de Eerste en Tweede Kamer, de Raad van de rechtspraak en het College van afgevaardigden, onderdelen van de Raad van State, de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman en besturen van openbare lichamen. In het wetsvoorstel van 2016 bestond de mogelijkheid om het toepassingsbereik van de Woo uit te breiden naar de semipublieke sector bij AMvB. Dit is ongedaan gemaakt in het huidige wetsvoorstel.

Bij de inwerkingtreding van de Woo zal de reikwijdte van het de openbaarheidsregeling dus verruimd worden.

II. Wat verandert er aan de actieve openbaarmakingsplicht?

De Wob kent bestuursorganen een grote mate van vrijheid toe om naar eigen inzicht documenten openbaar te maken (actieve openbaarheid). Dit wijzigt bij de inwerkingtreding van de Woo. In artikel 3.3 Woo zijn categorieën vastgesteld: indien informatie onder één van deze categorieën valt, dienen de organen deze informatie in beginsel uit eigen beweging openbaar te maken. Het doel van de specificatie van de actieve openbaarmakingsplicht is dat dit een cultuurverandering teweegbrengt bij bestuursorganen, die in plaats van op verzoek nu meer informatie uit zichzelf zullen gaan openbaren.

Deze informatie moet ook bereikbaar zijn voor een ieder. Daarom regelt artikel 3.3b Woo dat de documenten die onder de actieve openbaarmakingsplicht vallen via een digitaal platform (PLOOI) toegankelijk worden gesteld. PLOOI is een centrale online vindplaats voor alle overheidsinformatie, ongeacht waar op internet dit is gepubliceerd.

Op grond van de Woo zullen organen dus meer documenten uit eigen bewegingen openbaar moeten maken en toegankelijk moeten stellen via een voor een ieder toegankelijke digitale infrastructuur.

III. Wat verandert er aan de passieve openbaarmakingsplicht?

Daar waar bij de Wob het zwaartepunt ligt op de passieve openbaarmakingsplicht (waarbij het initiatief van de openbaarmaking dus bij de verzoeker ligt), kent de Woo een gelijke focus op de actieve en passieve openbaarmaking van documenten. Onder de Woo treden er geen veranderingen op omtrent de vereisten aan een passief verzoek om openbaarmaking: een ieder kan, net zoals onder het regime van de Wob, een verzoek indienen bij een bestuursorgaan om bepaalde informatie te openbaren, zonder dat de verzoeker hierbij een belang hoeft te stellen.

Wel biedt artikel 4.1, tweede lid, Woo de additionele mogelijkheid om een verzoek elektronisch in te dienen. Daarnaast zijn de procedurele verschillen die de Wob kent tussen verzoeken omtrent milieu-informatie en andere informatie in de Woo zo veel mogelijk opgeheven. Zo is in de Woo de termijn om te reageren op een milieu-informatieverzoek gelijkgesteld aan de termijn voor elk ander informatieverzoek. Ook dient de overheid bij elk verzoek informatie te verstrekken over de wijze waarop de informatie tot stand is gekomen. Onder de Wob is dit enkel verplicht bij verzoeken tot het verstrekken van bepaalde milieu-informatie.

Bij de inwerkingtreding van de Woo zal de reikwijdte van het de openbaarheidsregeling dus verruimd worden.



IV. Hoe worden belanghebbenden beschermd?

Bestuursorganen verkrijgen grote hoeveelheden informatie van derden bij het vaststellen, uitvoeren en controleren van beleid, wet- en regelgeving. De openbaarmaking van deze informatie kan de belangen van derden schenden. Onder de Wob worden degenen die rechtstreeks in hun belang worden getroffen in de gelegenheid gesteld een zienswijze in te dienen om openbaarmaking van informatie gelegen bij een bestuursorgaan te voorkomen. Het is hierbij doorgaans noodzakelijk om parallel aan het indienen van de zienswijze een verzoek in te dienen bij een voorzieningenrechter, om zo openbaarmaking van de informatie te voorkomen. Het enkel indienen van zo een verzoek schorst de openbaarmaking onder de Wob nog niet. De rechtsbescherming is zowel van toepassing op actieve als op passieve openbaarmaking.

Bij openbaarmaking onder de Woo staat dezelfde procedure open als onder de Wob, op grond van artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht jo. artikel 4.4, derde lid, Woo. Anders dan de Wob, regelt de Woo dat bij passieve openbaarmaking de openbaarmaking wél automatisch wordt opgeschort na indiening van een verzoek om voorlopige voorziening. Op grond van artikel 4.4, vijfde lid, Woo loopt de opschorting tot de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan of het verzoek is ingetrokken.

V. Wanneer blijft openbaarmaking van informatie achterwege?

Als bepaalde informatie onder een absolute weigeringsgrond valt, wordt dit in beginsel niet geopenbaard.

Het verstrekken van informatie blijft achterwege als er sprake is van een weigeringsgrond. De Wob maakt onderscheid tussen absolute en relatieve weigeringsgronden. Als bepaalde informatie onder een absolute weigeringsgrond valt, wordt dit in beginsel niet geopenbaard. Indien bepaalde informatie onder een relatieve weigeringsgrond valt, wordt het publieke belang van de openbaarheid van die informatie afgewogen tegen het belang dat de specifieke weigeringsgrond beoogt te beschermen. Uit deze belangenafweging volgt of openbaarmaking achterwege dient te blijven. In de Woo blijft dit onderscheid tussen de absolute en de relatieve weigeringsgronden bestaan.

Toch treden er wijzigingen op ten aanzien van de Wob. Wij bespreken hieronder de voor ons meest in het oog springende wijzigingen in de weigeringsgronden. De Woo introduceert in artikel 5.1 bijvoorbeeld nieuwe gronden. Openbaarmaking van informatie kan achterwege blijven als het niet opweegt tegen de bescherming van het milieu waarop deze informatie betrekking heeft. Hierbij kan gedacht worden aan informatie over voortplantingsgebieden en de habitat van zeldzame soorten. Ook nieuw is dat onder de Woo het goed functioneren van de Staat, van andere publiekrechtelijke organisaties of van bestuursorganen meeweegt in de belangenafweging. Daarnaast wordt het bereik van de weigeringsgrond “*de beveiliging van*

personen en bedrijven en het voorkomen van sabotage” (artikel 5.1, tweede lid, onder h, Woo) uitgebreid naar elk type informatie, terwijl de weigeringsgrond krachtens de Wob slechts van toepassing is op milieu-informatie. Ook wordt de weigeringsgrond uit de Wob die ziet op het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling in de Woo aangepast. De onevenredige bevoordeling vervalt volledig en slechts in uitzonderlijke gevallen, indien er geen sprake is van milieu-informatie, kan openbaarmaking van informatie achterwege blijven als er sprake is van onevenredige *benadeling*. Tevens kan deze weigeringsgrond niet meer als ‘vangnet’ gebruikt worden, omdat de onevenredige benadeling niet mag strekken tot belangen die al zijn opgenomen in de andere weigeringsgronden. Daarbij is het nog onduidelijk of reputatieschade beschermd wordt via deze weigeringsgrond.

VI. Welk openbaarmakingsregime geldt er voor bedrijfsgegevens?

Ter specificatie van het voorgaande, wordt verder ingegaan op (het achterwege laten van) de openbaarmaking van bedrijfsinformatie. Bij de bescherming van bedrijfs- en fabricagegegevens dient onderscheid gemaakt te worden tussen verschillende soorten bedrijfsgegevens, te weten i) bedrijfs- en fabricagegegevens die *vertrouwelijk* aan de overheid zijn verstrekt, ii) bedrijfs- en fabricagegegevens die betrekking hebben op *milieu-informatie* en *vertrouwelijk* aan de overheid zijn verstrekt, iii) *concurrentiegevoelige* bedrijfs- en fabricagegegevens die *niet in vertrouwen* aan de overheid zijn vertrekt en iv) bedrijfs- en fabricagegegevens over *milieu-informatie* die betrekking heeft op *emissies* in het milieu.

Hoe worden de categorieën gedefinieerd?

Om te bepalen welk regime geldt, dient eerst bepaald te worden onder welke categorie de betreffende gegevens vallen. In de Woo (en overigens ook in de Wob) worden de begrippen ‘bedrijfs- en fabricagegegevens’, ‘vertrouwelijk’ en ‘emissies’ niet gedefinieerd. Daarom baseren wij de kaders hiervoor op rechtspraak over de Wob.

- Stap 1: zijn de gegevens ‘bedrijfs- en fabricagegegevens’?

Uit vaste jurisprudentie onder de Wob blijkt dat het begrip ‘bedrijfs- en fabricagegegevens’ restrictief wordt uitgelegd. Hiervan is slechts sprake “*indien en voor zover uit de gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers.*” Zie bijvoorbeeld de **uitspraak van de Afdeling van 17 juli 2002**, waarbij de gegevens die betrekking hebben op de examenresultaten van rij scholen niet werden aangemerkt als bedrijfsgegevens.

Ook uitsluitend de financiële gegevens van de bedrijfsvoering kunnen onder omstandigheden bedrijfs- en fabricagegegevens betreffen, daarvoor is de actualiteit van de financiële gegevens relevant.



Zie hiervoor de **uitspraak van de Afdeling van 17 juli 2013**.

Als informatie aan deze uitleg voldoet, kan vervolgens nagegaan worden welke specifieke categorie van toepassing is.

- Stap 2: betreffen de bedrijfs- en fabricagegegevens 'milieu-informatie die betrekking heeft op emissies in het milieu'?

Het begrip emissie wordt in artikel 1.1 **Wet milieubeheer** gedefinieerd als “*stoffen, trillingen, warmte, die of geluid dat direct of indirect vanuit een bron in de lucht, het water of de bodem worden, onderscheidenlijk wordt gebracht.*” Na (recente) uitspraken van het Europese Hof, is de opvatting van dit begrip verruimd. Onder emissiegegevens moet niet alleen worden verstaan informatie over de daadwerkelijke uitstoot, ook gegevens over de invloeden van emissies op het milieu en de gegevens waarmee het publiek de beoordeling van daadwerkelijke of voorzienbare emissies die aan besluitvorming ten grondslag liggen kan controleren, vallen onder het begrip.

Als bedrijfs- en fabricagegegevens milieu-informatie betreft dat betrekking heeft op emissies, is categorie iv van toepassing. Zo niet, dan moeten de volgende stappen afgelopen worden.

- Stap 3: zijn de bedrijfs- en fabricagegegevens 'vertrouwelijk' aan de overheid verstrekt?

Om dit te bepalen wordt een stuk inhoudelijk beoordeeld. Het enkele feit dat informatie door de verstrekker als 'vertrouwelijk' wordt bestempeld, betekent niet dat de vertrouwelijkheid daarvan automatisch aangenomen wordt. Omgekeerd geldt dat het ontbreken van een dergelijke aanduiding niet betekent dat er geen sprake kan zijn van vertrouwelijkheid. Doorslaggevend is of het bedrijf redelijkerwijs het contact met de overheid als vertrouwelijk mag beschouwen.

Als een bedrijf de communicatie redelijkerwijs niet als vertrouwelijk kan beschouwen, dan is het regime van *categorie iii* aan de orde. Als een bedrijf *wel* redelijkerwijs uit mag gaan van de vertrouwelijke verstrekking, dan dient nog vastgesteld te worden of de gegevens milieu-informatie betreffen.

- Stap 4: bevatten de vertrouwelijk verstrekte bedrijfs- en fabricagegegevens 'milieu-informatie'?

Het enkele feit dat informatie door de verstrekker als 'vertrouwelijk' wordt bestempeld, betekent niet dat de vertrouwelijkheid daarvan automatisch aangenomen wordt.

Voor de definitie van 'milieu-informatie' wordt in de Woo (net zoals bij de Wob) verwezen naar artikel 19.1a **Wet milieubeheer**.

De bedrijfs- en fabricagegegevens die betrekking hebben op milieu-informatie en vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt, vallen onder categorie ii. Hebben de gegevens geen betrekking op milieu-informatie, dan is het regime van categorie i van toepassing.

Wel of geen openbaarmaking van informatie?

i. Bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt.

Het wetsvoorstel van de Woo uit 2016 zou een grote impact hebben gehad op openbaarmaking van deze categorie gegevens. Deze bedrijfs- en fabricagegegevens zouden kunnen worden geopenbaard als het belang van openbaarheid zwaarder woog dan het bedrijfseconomische belang, omdat er sprake zou zijn van een relatieve weigeringsgrond. In het recentelijk aangenomen voorstel is deze grond, net zoals in de Wob, een absolute weigeringsgrond geworden die geen belangenafweging behoeft. Uit artikel 5.1, eerste lid, onder c, Woo blijkt dat de gegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt in beginsel niet worden geopenbaard, behoudens de uitzonderingen op de weigeringsgronden.

ii. Bedrijfs- en fabricagegegevens die betrekking hebben op milieu-informatie en vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt.

Het hierboven onder i) omschreven regime geldt echter niet bij bedrijfs- en fabricagegegevens die betrekking hebben op milieu-informatie. In dat geval zal er wel een belangenafweging plaatsvinden, ook als deze gegevens in vertrouwen zijn verstrekt. Zie uitgebreider over deze belangenafweging onder iii). Dit betreft géén wijziging t.o.v. de Wob. Deze belangenafweging volgt uit het Verdrag van Aarhus.

iii. Concurrentiegevoelige bedrijfs- en fabricagegegevens die niet in vertrouwen aan de overheid zijn verstrekt.

Betreft een Woo-verzoek concurrentiegevoelige bedrijfs- of fabricagegegevens die niet vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld, dan vindt er een belangenafweging plaats (artikel 5.1, tweede lid, onder f, Woo). Mogelijk kan de belangenafweging voorkomen worden door alle communicatie tussen een bedrijf en de overheid als vertrouwelijk te bestempelen, maar zoals reeds vermeld is de vraag of hier niet doorheen wordt geprikt. Bij de Wob valt deze categorie gegevens onder de weigeringsgrond van onevenredige bevoordeling of benadeling, waarbij eveneens een belangenafweging voorafgaat aan openbaarmaking. Het verschil met de Woo is dat in de Wob milieu-informatie die niet in vertrouwen aan de overheid is verstrekt, niet onder het bereik van de weigeringsgrond valt. Onder de Woo vindt bij de openbaarmaking van deze gegevens wel eerst de belangenafweging plaats.

iv. Bedrijfs- en fabricagegegevens die milieu-informatie betreffen die betrekking heeft op emissies.



Op deze categorie gegevens zijn, anders dan onder het regime van de Wob, geen weigeringsgronden van toepassing (artikel 5.1, zevende lid, Woo). Het zal lastig zijn om te voorkomen dat dit soort informatie geopenbaard wordt.

VII. Zijn er uitzonderingen op de weigeringsgronden waardoor informatie toch geopenbaard wordt?

Onder de Woo zijn er bepaalde gevallen waarin de overheid toch informatie openbaar kan maken, ondanks dat er sprake is van een situatie die onder een absolute of relatieve weigeringsgronden valt. Een bestuursorgaan kan onder de Woo informatie uit eigen beweging openbaar maken, wanneer een zwaarwegend algemeen belang, zoals de openbare veiligheid, de volksgezondheid het milieu of de bescherming van de democratische rechtsorde, dat in het specifieke geval vergt (artikel 3.4 Woo) Tevens worden in de Woo enkele categorieën verzoekers als *bijzonder* aangemerkt, waardoor er een ander openbaarmakingsregime beleid geldt. Indien een verzoeker een bijzonder belang heeft, of de openbaarmaking dient ten behoeve van historisch, statistisch, wetenschappelijk of journalistiek onderzoek, dan worden de betrokken belangen bij de openbaarmaking anders afgewogen (artikel 5.5, artikel 5.7 Woo). In deze situaties kan informatie geopenbaard worden die normaliter onder de absolute en relatieve weigeringsgronden valt. Dit betreft een wijziging t.o.v. de Wob.

Tot slot

Tot slot merken wij op dat een aantal andere nieuwe aspecten in de Woo worden geïntroduceerd. Zo is in de Woo een antimisbruikbepaling opgenomen. Als de verzoeker duidelijk een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie, of indien het verzoek evident geen bestuurlijke aangelegenheden betreft, kan een bestuursorgaan besluiten het verzoek niet te behandelen. Daarnaast wordt een permanent 'Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding' bij Koninklijk Besluit benoemd (Hoofdstuk 7 Woo). Het takenpakket van het Adviescollege omvat het adviseren over wetgeving omtrent openbaarheid en het spelen van een bemiddelende rol bij geschillen tussen bestuursorganen en klagers.

Toch menen wij dat de Woo zal resulteren in een transparantere overheid.

Wij startten dit blog met de opmerking dat de noodzaak van een betere toegang tot overheidsinformatie onverminderd actueel blijft. Met de recente wetwijzigingen zijn de meest controversiële veranderingen die de Woo teweeg zou brengen echter ingeperkt. Toch menen wij dat de Woo zal resulteren in een transparantere overheid. Dit is voornamelijk te danken aan het ruimere toepassingsbereik en de uitgebreide actieve openbaarmakingsplicht.

Dit is een blog in de "FAQ"-serie. Een overzicht van alle blogs in deze serie kunt u [hier](#) vinden.

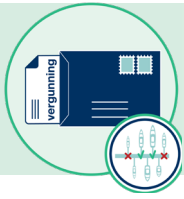
An English translation of this blog can be found [here](#).



Tom
Barkhuysen



Liesbeth
Berkouwer



Schaarse rechten

Schaarse vergunning moet lonen: terugverdiendtijd investeringen van belang bij bepalen 'passende beperkte duur'

De Afdeling oordeelt in een uitspraak van 21 juli 2021 dat schaarse vergunningen met een beperkte geldigheidsduur voor een passende beperkte duur moeten worden verleend en dat daarbij de terugverdiendtijd van mogelijke investeringen in acht moet worden genomen.

In een uitspraak van 21 juli 2021 (**ECLI:NL:RVS:2021:1588**) oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("Afdeling") dat bij het verlenen van schaarse vergunningen met een beperkte geldigheidsduur, het bevoegd gezag de vergunning moet verlenen voor een 'passende beperkte duur'. Hierbij moet de terugverdiendtijd van mogelijke investeringen die gegadigden voor de vergunning hebben gedaan in acht worden genomen. In dit blog zullen wij nader op deze uitspraak ingaan.

Feiten

Appellanten in deze zaak hadden twee vaste standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd voor de verkoop van vis en visproducten op de Grote Markt in Nijmegen en de Frankrijkstraat in Lent. Bij brief van 7 november 2017 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Nijmegen ("College") aan eisers laten weten dat een nieuw standplaatsenbeleid is vastgesteld, op grond waarvan vaste standplaatsen voortaan voor maximaal vijf jaar worden verleend. Appellanten hebben hierop – zij het onder protest – op 20 januari 2018 nieuwe aanvragen ingediend voor vaste standplaatsen, waarop het College aan beide appellanten standplaatsvergunningen heeft verleend voor de duur van vijf jaar.

De gemeente stelt in de Beleidsregel dat nieuwe aanvragen voor een vaste standplaatsvergunning niet meer worden verleend in het belang van de verkeersvrijheid en –veiligheid en het voorkomen en beperken van overlast.

Tegen deze beslissingen zijn appellanten eerst in bezwaar en vervolgens in beroep gegaan. De rechtbank had geoordeeld (**ECLI:NL:RBGEL:2020:808**) dat een geldigheidsduur van vijf jaar voor de vergunningen niet onredelijk was. De rechtbank overwoog daarbij dat de financiële gevolgen van een beperkte geldigheidsduur voor appellanten niet zwaarwegender zijn dan het feit dat bij een langere geldigheidsduur een onevenredige bevoordeling ten opzichte van andere gegadigden kan bestaan. Volgens de rechtbank behoort het daarnaast tot het ondernemingsrisico dat appellanten in deze vijf jaar niet alle gemaakte investeringen kunnen terugverdienen. Aangezien appellanten zich niet met dit oordeel konden verenigen hebben zij hoger beroep ingesteld bij de Afdeling.

Juridisch kader

De **Dienstenwet** en de daarin omgezette Europese **Dienstenrichtlijn** zijn in deze zaak van toepassing. Ambulante handel (verkoop op openbare markt) kan immers ook als een 'dienst' worden aangemerkt, aangezien het om een economische activiteit gaat, die tegen een vergoeding, anders dan in loondienst, geschiedt (artikel 4 lid 1 Dienstenrichtlijn). Ook standplaatsvergunningen voor een markt kunnen schaarse vergunningen zijn. Dit gebeurt in de gemeente Nijmegen doordat in de **Beleidsregels standplaatsen** ("Beleidsregel") schaarste wordt gecreëerd. In de Beleidsregel is immers een vergunningenplafond van acht standplaatsen in het centrum en twee standplaatsen buiten het centrum vastgelegd. De gemeente stelt in de Beleidsregel dat nieuwe aanvragen voor een vaste standplaatsvergunning

niet meer worden verleend in het belang van de verkeersvrijheid en –veiligheid en het voorkomen en beperken van overlast. Dit leidt aldus tot beleidsmatige schaarste (zie voor het verschil tussen fysieke/natuurlijke en beleidsmatige schaarste uitgebreid **dit blog**).

Daarnaast wordt de looptijd van een standplaatsvergunning dus beperkt tot een periode van maximaal vijf jaar. Het College heeft hiermee toepassing willen geven aan artikel 11 lid 1 aanhef en onder b Dienstenrichtlijn, hetgeen is uitgewerkt in artikel 33 lid 1 aanhef en onder b Dienstenwet. Het College kan de geldigheidsduur van de standplaatsvergunningen alleen beperken als het aantal beschikbare vergunningen beperkt is door een dwingende reden van algemeen belang.

Beoordeling Afdeling

De Afdeling komt uiteindelijk tot een ander oordeel dan de rechtbank. Zij is namelijk van oordeel dat het College het bestreden besluit onvoldoende heeft gemotiveerd, nu bij het bepalen van de 'passende beperkte duur' van de vergunningen geen rekening is gehouden met de terugverdiendtijd van de gedane investeringen van appellanten.

Dat een vergunning voor een passende beperkte duur moet worden verleend volgt uit artikel 33 lid 5 Dienstenwet. Hoewel dat artikel van toepassing is op fysieke/natuurlijke schaarste, acht de Afdeling het wel van belang dat de toepassing van artikel 33 lid 1 aanhef en onder b Dienstenwet – en dus beleidsmatige schaarste – tot eenzelfde uitkomst moet leiden als bij toepassing van lid 5 van dat



artikel. Ook vergunningen bij beleidsmatige schaarste dienen dus voor een passende beperkte duur te worden verleend.

De vraag wat moet worden verstaan onder een ‘passende beperkte duur’ kan worden beantwoord aan de hand van overweging 62 uit de preambule van de Dienstenrichtlijn. Daarin staat het volgende: *“In het bijzonder moet de geldigheidsduur van de vergunning zodanig worden vastgesteld dat de vrije mededinging niet in grotere mate wordt belemmerd of beperkt dan nodig is met het oog op de afschrijving van de investeringen en een billijke vergoeding van het geïnvesteerde kapitaal.” De Afdeling leidt hieruit af dat “bij het bepalen van een passende beperkte duur van een beleidsmatig schaarse vergunning de terugverdientijd van noodzakelijke investeringen als factor moet worden meegenomen.”*

Wat volgens de Afdeling overigens geen rol kan spelen bij deze beoordeling is de mogelijke financiële problemen waarin appellanten zouden komen te verkeren bij verlies van de standplaatsvergunningen na afloop van vijf jaar. Appellanten hadden dit argument wel naar voren gebracht, maar dit kan dus niet tot vernietiging van het bestreden besluit leiden. Een dergelijk argument ziet immers op toekomstige vergunningverlening en moet volgens de Afdeling dan ook worden aangedragen in een eventuele procedure tegen de mogelijke weigering van de volgende standplaatsvergunning.

Zij is namelijk van oordeel dat het College het bestreden besluit onvoldoende heeft gemotiveerd, nu bij het bepalen van de ‘passende beperkte duur’ van de vergunningen geen rekening is gehouden met de terugverdientijd van de gedane investeringen van appellanten.

De Afdeling oordeelt dus dat het College bij het bepalen van de geldigheidsduur van de standplaatsvergunningen niet genoeg heeft rekening gehouden met de terugverdientijd van de investeringen die appellanten hebben gedaan voor hun marktkramen. Dat een looptijd van vijf jaar een ‘passende beperkte duur’ is, is daarmee niet (voldoende) vast komen te staan, waardoor het bestreden besluit onvoldoende is gemotiveerd. Het College moet dan ook een nieuw besluit nemen.

Overwegingen ten overvloede

Om het College op weg te helpen besteedt de Afdeling in de uitspraak ook nog aandacht aan het rapport ‘**Schaarse vergunningen op de markt, een onderzoek naar de gevolgen**’ van 2 augustus 2019 dat in opdracht van de Centrale Vereniging voor de Ambulante Handel is opgesteld. In dit rapport wordt geconcludeerd dat een geldigheidsduur van vijftien jaar voor de meeste ondernemers een passende terugverdientijd is. Uit het rapport komt eveneens naar voren dat bedrijven in de ambulante handel die zich met voedsel bezighouden, zoals appellanten in deze zaak, een gemiddelde afschrijftermijn van zeven à acht jaar hebben. De Afdeling laat op basis daarvan doorschemeren dat een termijn van vijf jaar waarschijnlijk, ook met een nadere motivering, geen passende beperkte duur is in dit geval.

Daarbij komt dat in onderhavige zaak de standplaatsvergunningen voor onbepaalde tijd worden vervangen door vergunningen met een beperkte geldigheidsduur. Ook daarmee moet het College rekening houden, door bijvoorbeeld de betrokken vergunninghouders extra tijd te geven om de (eerder) gemaakte investeringen terug te verdienen. Het bieden van een overgangstermijn is in het licht van de Dienstenrichtlijn beperkt mogelijk, maar kan wel in bijzondere situaties waarin bijvoorbeeld het beleid plotseling wijzigt. Appellanten hebben immers ook ter zitting naar voren gebracht dat zij bepaalde investeringen hebben gedaan, die

zij niet zouden hebben gedaan als zij hadden geweten dat de standplaatsvergunningen voortaan voor bepaalde tijd zouden worden verleend. Voor de vergoeding van deze schade kunnen zij zich met een verzoek tot het College richten.

Conclusie en gevolgen voor de praktijk

Uit deze uitspraak komt naar voren dat een bevoegd gezag bij het verdelen van schaarse vergunningen onder meer rekening moet houden met de mogelijke investeringen die door vergunninghouders zijn gedaan of moeten worden gedaan en de tijd die het zou kosten om die investeringen terug te verdienen. Hierbij mag niet zonder meer doorslaggevende betekenis worden toegekend aan het feit dat mogelijke toekomstige gegadigden zullen afhaken als de geldigheidsduur heel lang is. Ook maakt het niet uit of het om beleidsmatige- of fysieke/natuurlijke schaarste gaat. Om tot een passende beperkte duur te komen, kan een rapport zoals dat van de Centrale Vereniging voor de Ambulante Handel worden gebruikt om te bepalen hoe lang de gemiddelde terugverdientijd van investeringen is.



Ali
al Khatib



Meike
Pakkert



Europese Commissie herzielt en verruimt een belangrijk staatssteunkader: consultatie wijzigingen AGVV geopend tot 8 december 2021

De Europese Commissie zet in op meer staatssteun voor innovatieve ondernemingen en duurzaamheid. Dit blijkt uit de voorgestelde wijziging van de Algemene groepsvrijstellingsverordening waarover tot 8 december a.s. een consultatie loopt.

Inleiding

Het verlenen van staatssteun aan ondernemingen is in principe verboden op grond van Europees recht. Op dat verbod bestaan echter legio uitzonderingen. Een belangrijke bron van uitzonderingen is de **Algemene groepsvrijstellingsverordening** ("AGVV"). De AGVV geeft een breed palet aan vrijstellingen op grond waarvan overheden staatssteun kunnen verlenen om bijvoorbeeld kleine- en middelgrote ondernemingen te laten groeien, steun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie ("O&O&I") te geven, en steun voor hele specifieke onderwerpen als breedbandinfrastructuur te verlenen. Als de steun voldoet aan de betreffende voorwaarden van de AGVV kan, zonder formele aanmeldingsprocedure bij de Europese Commissie ("Commissie"), steun worden verleend. Over de verhouding tussen de formele aanmeldingsprocedure en de AGVV hebben wij eerder **geschreven**.

Als de steun voldoet aan de betreffende voorwaarden van de AGVV kan, zonder formele aanmeldingsprocedure bij de Europese Commissie ("Commissie"), steun worden verleend.

De AGVV is een document dat constant in ontwikkeling is, omdat de vrijstellingscategorieën moeten aansluiten bij de wijzigende behoeftes van de Europese economieën. De oude AGVV (van 2008) is in 2014 vervangen door een nieuwe AGVV waarbij een groot aantal vrijstellingscategorieën zijn toegevoegd (zie eveneens onze eerdere blog hierover). Sindsdien is de AGVV meerdere malen gewijzigd. In 2021 heeft de Commissie eveneens enkele wijzigingen doorgevoerd. Momenteel ligt er daarnaast een wijzigingsvoorstel ter consultatie dat de 'groene en digitale transitie' van de EU moet vergemakkelijken.

In deze blog komen eerst de gedane wijzigingen sinds 2014 aan bod. Vervolgens bespreken wij de wijzigingen waarover momenteel een consultatie loopt tot 8 december 2021. Tot slot sluiten wij af met hoe en waarom belanghebbenden hun mening dienen te geven over de lopende consultatie.

Wijzigingen aan de AGVV sinds 2014

De AGVV is sinds 2014 in vier onderscheiden 'tranches' gewijzigd. Met de **wijziging van 14 juni 2017** werden in het bijzonder steunmogelijkheden toegevoegd voor regionale luchthavens en voor zowel maritieme als binnenlandse havens. De **wijziging van 2 juli 2020** zag met name op de verlenging van de werkingsduur van de AGVV tot en met 31 december 2023. De **wijziging van 15 maart 2021** zag op een aanpassing in de Roemeense taalversie van de AGVV.

Op **23 juli 2021 werd de AGVV** voor het laatst gewijzigd. Deze wijziging zag er in de eerste plaats op om steun op grond van de AGVV (tijdelijk, tot en met 31 december 2021) mogelijk te maken voor ondernemingen die door de COVID-19-crisis in moeilijkheden waren geraakt. Dit in aansluiting op het COVID-19 steunkader waarover wij eerder schreven (**1 & 2**). Normaal gesproken kunnen ondernemingen in moeilijkheden niet op grond van de AGVV gesteund worden. Ook werd toegang tot steun onder verschillende Europese steunprogramma's vergemakkelijkt onder meer door aanmeldverplichtingen op te heffen. Meer specifieke steunmogelijkheden zijn in de AGVV opgenomen voor bijvoorbeeld oplaadpunten voor elektrische of hybride auto's en de uitrol van mobiele 4G- en 5G-netwerken. Tenslotte werd Deel 16 (artikel 56quinquies en verder) AGVV toegevoegd waarmee de AGVV werd afgestemd op het pas opgerichte **InvestEU-fonds**, waarmee het Juncker-plan van de vorige Commissie werd voortgezet. Met het InvestEU-programma, dat in de periode 2021-27 meer dan 372 miljard euro aan extra investeringen op gang moet brengen, wordt beoogd een extra impuls te geven aan duurzame investeringen, innovatie en het scheppen van werkgelegenheid in Europa.

Wijzigingen aan de AGVV ter bevordering van de groene en digitale transitie

De Commissie heeft in 2019 en 2020 de "**Fitness check**" laten uitvoeren om het bredere Europese staatssteunrechtelijke kader te evalueren en dit waar nodig te verbeteren. Deze check betrof dus niet alleen de AGVV, maar ook andere documenten die onder voorwaarden staatssteun aan bepaalde sectoren van de economie toestaan, al dan niet na aanmelding bij en goedkeuring door de Commissie. De wijzigingen die de Commissie nu **ter consultatie heeft gelegd** hangen daarom nauw samen met wijzigingen die de Commissie eerder deed aan de richtsnoeren van de Commissie waarmee steun voor energie- en milieu, regionale steun, innovatiesteun, en steun in de vorm van risicofinanciering mogelijk wordt gemaakt. Het belangrijkste verschil tussen deze richtsnoeren en de AGVV is dat de richtsnoeren (zoals de naam doet vermoeden) slechts kaders geven voor de beoordeling van bij de Europese

Commissie ter goedkeuring aangemelde staatssteun. De AGVV daarentegen noemt concrete voorwaarden waaraan de staatssteun moet voldoen. De overheid hoeft, wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, geen voorafgaande goedkeuring van de Commissie te vragen. De AGVV geeft daarmee meer zekerheid aan steunverlenende overheden en begunstigden van die steun.

De aanpassingen aan het staatssteunkader bleken vooral nodig in het licht van nieuwe prioriteiten van de Commissie, de **Europese Green Deal**, de **Industriestrategie** en de **Digitale strategie**. Wij noemen de vier gebieden waarop de wijzigingen zien, en stippen een aantal interessante wijzigingen aan:

Regionale steun. Deze wijzigingen zien op (i) de uitbreiding van de mogelijkheid om exploitatiesteun toe te kennen die ontvolking moet voorkomen of beperken door niet alleen “zeer dunbevolkte” maar ook (reeds) “dunbevolkte” gebieden te kunnen steunen (artikel 15, lid 3 AGVV) en (ii) het bijstellen van aanmeldingsdrempels en specificeren van de steunintensiteiten voor regionale steun (artikel 4, onder a) AGVV).

Het belangrijkste verschil tussen deze richtsnoeren en de AGVV is dat de richtsnoeren (zoals de naam doet vermoeden) slechts kaders geven voor de beoordeling van bij de Europese Commissie ter goedkeuring aangemelde staatssteun.

Risicofinancieringssteun. De wijzigingen zien op:

(i) het opsplitsen van artikel 21 in twee afzonderlijke artikelen. Artikel 21 (nieuw) ziet op steun door financiële intermediairs en Artikel 21bis op fiscale stimuleringsmaatregelen voor particuliere investeerders;

(ii) de wijziging van het criterium dat geldt voor ondernemingen die in aanmerking kunnen komen voor risicofinancieringssteun. Dit laatste maakt het concreet mogelijk dat risicofinancieringssteun kan ontstaan voor ondernemingen met een langere ‘runway’ dan tot nu was aangenomen. Na registratie van de onderneming komt deze nu nog 10 jaar in aanmerking voor dit type steun waar dat eerst was tot 7 jaar “na hun eerste commerciële verkoop”. Voor innovatieve ondernemingen kan het bestaande criterium “zeven jaar na hun eerste commerciële verkoop” gebruikt worden (artikel 21 lid 5 AGVV);

(iii) starterssteun wordt uitgebreid waardoor ook steun kan worden verleend in de vorm van een overdracht van intellectuele eigendomsrechten door een onderzoeksorganisatie aan kleine en innovatieve ondernemingen.

O&O&I-steun. Deze wijzigingen zien in het bijzonder op de verduidelijking van concepten en definities zoals “industriële onderzoek” en “experimentele ontwikkeling” om duidelijk te maken dat deze ook O&O-activiteiten op het gebied van digitale technologie of digitale oplossingen omvatten. Concreet wordt aan beide definities toegevoegd dat onder producten, procedés

en diensten óók wordt begrepen “digitale producten, processen of diensten, ongeacht domein, technologie, bedrijfstak of sector (met inbegrip van, doch niet beperkt tot digitale bedrijfstakken en technologieën, zoals supercomputers, kwantumtechnologie, blockchaintechnologie, artificiële intelligentie, cyberbeveiliging, big data en cloudtechnologie)”. Wij schreven eerder een **Stibbeblog over de concrete en soms problematische toepassing van deze definities**, ook in Nederland.

Milieu- en energiesteun. Deze wijzigingen zien op (i) de uitbreiding van mogelijkheden om investeringen voor de reductie van CO₂-emissies te ondersteunen. Het gaat dan om voorwaarden waaronder steun voor zowel CO₂-afvang voor gebruik (CCU) als afvang voor opslag (CCS) is vrijgesteld van de aanmeldverplichting. (ii) investeringssteun voor schone of emissievrije vervoermiddelen wordt mogelijk gemaakt, in aanvulling op de eerdere wijziging ten behoeve van steun voor oplaadpunten. (iii) een groepsvrijstelling voor steunregelingen in de vorm van belastingkortingen die op grond van de richtlijn energiebelastingen aan energie-intensieve bedrijven worden toegekend. Opvallend is dat met betrekking tot deze categorie de Commissie in de toelichting op de consultatieversie van de AGVV expliciet benadrukt dat zij uitziet naar opmerkingen over de randvoorwaarden voor dergelijke regelingen. (iv) tenslotte wordt steun voor energie uit hernieuwbare energiebronnen en voor stadsverwarming en energie-infrastructuur, waaronder waterstof, vergemakkelijkt.

Tot slot

De Commissie wil de AGVV zodanig aanpassen dat overheden middelkleine ondernemingen en innovatie kunnen steunen. De Commissie heeft daarbij aandacht voor de behoefte aan een groene economie met daarbij horende infrastructuur. Overheden en potentiële steunontvangers kunnen tijdens de consultatie de Commissie wijzen op eventuele onnodige beperkingen die de voorgestelde wijzigingen van de AGVV bevatten. Concurrenten en andere belanghebbenden kunnen de Commissie wijzen op de potentiële negatieve effecten op de mededinging van de voorgestelde wijzigingen. Zo kan de Commissie een meer geïnformeerde beslissing nemen over of en hoe de beoogde wijzigingen doorgang krijgen. De consultatie staat open van 6 oktober 2021 tot 8 december 2021.



Tom
Barkhuysen



Ali
al Khatib



Ramses
Walon



Eindelijk staat een nieuwe spoorwegwet op de rails!

Het jaar 2021 is door de Europese Unie uitgeroepen tot jaar van het spoor. Het spoor is belangrijk voor het behalen van de klimaatdoelen. Daarom staat in 2021 de modernisering van het spoor centraal. Een goed gekozen moment dus om de nieuwe Spoorwegwet 202# ter consultatie te leggen. Draagt dit wetsvoorstel bij aan de modernisering van het spoor?

1. Inleiding

Dat de nieuwe Spoorwegwet 202# (de “**Spoorwegwet**”) samenvalt met het jaar van het spoor is niet toevallig. 2021 is het eerste volledige jaar waarin de regels van het vierde Europese spoorwegpakket in de hele Europese Unie worden toegepast. De wetgever maakt van dit moment gebruik om de nationale wetgeving in overeenstemming te brengen met het systeem van de Europese spoorregelgeving. Dat was ook nodig. De huidige Spoorwegwet is in werking getreden in 2005. Sindsdien zijn er veel spoorregels bijgekomen. Het gegeven dat de vormgeving van onze nationale spoorregelgeving niet goed aansloot bij de vormgeving van regelgeving op Europees niveau en de snelle ontwikkeling van die regelgeving maakten dat onze spoorregelgeving steeds minder goed aansloot op de Europese en dat implementatie steeds ingewikkelder werd. De implementatietermijn van twee jaar kwam dan ook geregeld in de knel. De Afdeling advisering van de Raad van State merkte in 2016 op dat door de wijze waarop in richtlijnen in het verleden waren omgezet, onnodig is afgeweken van het systeem, de indeling en de bewoordingen van die richtlijnen. De Europese Commissie had moeite om de geïmplementeerde onderdelen van de richtlijnen terug te vinden in de implementatiewetgeving en startte een infractieprocedure (Kamerstukken II 2015-16, 34 474, nr. 4, p. 1). Het wetsvoorstel dat nu ter consultatie voorligt moet verbetering brengen en de Nederlandse spoorregelgeving beter laten aansluiten op de Europese. In dit blogbericht belichten wij een aantal aspecten van de nieuwe Spoorwegwet.

2. Systematische herstructurering

De modernisering van de Spoorwegwet is vooral een systematische herstructurering van de huidige regels. In de huidige Spoorwegwet zijn de spoorwegen ingedeeld naar de spoorwegbeheerder die verantwoordelijk is voor de spoorweg. Er wordt onderscheid gemaakt tussen hoofdspoorwegen, lokale spoorwegen en bijzondere spoorwegen, elk met een eigen juridisch kader. Die structuur sloot niet aan bij de Europese regels met als gevolg dat die regels niet optimaal konden worden toegepast. In de nieuwe Spoorwegwet worden de spoorwegen daarom in overeenstemming met de Europese regelgeving ingedeeld op basis van gebruiksfunctie. Er zijn in totaal acht gebruiksfuncties. De gebruiksfunctie bepaalt het toepasselijke juridisch kader. De aansluiting bij de Europese systematiek heeft als voordeel dat een toekomstbestendiger nationaal wettelijk stelsel wordt gecreëerd dat preciezer aansluit op Europese regels, waardoor implementatie wordt vereenvoudigd en waardoor beter gebruik kan worden gemaakt van de mogelijkheden om bepaalde Europese regels al dan niet toe te passen. Die vrijstellingsmogelijkheden werden in het huidige stelsel niet goed benut. In het huidige stelsel zijn er bijvoorbeeld hoofdspoorwegen met een regionale functie die aan alle verplichtingen van de richtlijnen moeten voldoen, terwijl deze spoorwegen naar Europees recht van verschillende verplichtingen kunnen worden vrijgesteld. Een mogelijk nadeel van de systematische herstructurering is dat de nieuwe Spoorwegwet acht verschillende juridische

regimes zal kennen. Dat zijn er dus vijf meer dan de huidige drie. Een ‘goed leesbaar stelsel van regelgeving’, wat een van de doelstellingen van de wetgevingsexercitie was, is daarmee niet vanzelfsprekend. Daarom heeft de regering aangekondigd een digitale spoorwegkaart te publiceren waarmee inzichtelijk wordt gemaakt welke regels waar gelden en voor wie (MvT, p. 15). Dat zou wat ons betreft een mooie aanvulling zijn.

3. Rechtsmiddelen tegen een aanwijzing van een spoorweg

Spoorwegen worden onder een bepaalde gebruiksfunctie gebracht doordat zij als zodanig worden aangewezen. Die aanwijzing kennen wij ook in het huidige stelsel. Een verschil is dat de aanwijzing onder de nieuwe Spoorwegwet geschiedt bij ministeriële regeling in plaats van bij koninklijk besluit (het voorgestelde artikel 1.3 lid 1). De aanwijzing van een spoorweg concretiseert welk juridisch kader van toepassing is en welke verplichtingen ten aanzien van die spoorweg gelden. Een aanwijzing brengt dus rechtsgevolgen met zich voor beheerders, medeoverheden, spoorwegondernemingen en vervoerders. Daarom zal het nog nader op te stellen ontwerp van de ministeriële regeling apart ter consultatie worden voorgelegd (artikelsgewijze toelichting, p. 4). Daarnaast bepaalt het voorgestelde artikel 1.3 lid 3 dat voorafgaand aan een wijziging van een aanwijzing belanghebbenden worden gehoord. Het is de vraag of die bepaling wel nodig is gelet op een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (“**CBb**”). Het CBb heeft namelijk geoordeeld dat bezwaar en beroep openstaat tegen het aanwijzen van spoorwegen op grond van de Spoorwegwet (**ECLI:NL:CBB:2021:425**). Eerder oordeelde de rechtbank Rotterdam nog van niet omdat de aanwijzing een algemeen verbindend voorschrift zou zijn waartegen geen bezwaar en beroep openstaat op grond van artikel 8:3 lid 1 sub a jo.



7:1 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (“**Awb**”) (**ECLI:NL:RBROT:2018:3752**). De artikelsgewijze toelichting bij artikel 1.3 lid 3 verwijst naar die uitspraak van de rechtbank Rotterdam. De aanwijzing is naar oordeel van het CBb echter een concretiserend besluit van algemene strekking omdat zij slechts het toepassingsbereik van de normen van de Spoorwegwet concretiseert (waar is welk wettelijk regime van toepassing?) en zelfstandige normstelling ontbreekt. Belanghebbenden hebben volgens het CBb dus de mogelijkheid om tegen een aanwijzingsbesluit op te komen. Onder de nieuwe Spoorwegwet zal dat naar onze overtuiging ook zo zijn. De ‘aanwijzingssystematiek’ wordt immers niet gewijzigd. Dat de aanwijzing onder de nieuwe Spoorwegwet zal plaatsvinden bij ministeriële regeling en niet langer bij Koninklijk Besluit is voor het rechtskarakter van de aanwijzing niet relevant. Nu artikel 4:8 van de Awb reeds voorziet in een regeling die bestuursorganen verplicht om de zienswijze te vragen van belanghebbenden (die naar verwachting bedenkingen zullen hebben tegen een (aanwijzings)besluit) is artikel 1.3 lid 3 van de nieuwe Spoorwegwet in zoverre overbodig. Het artikellid is blijkens de Memorie van Toelichting een gevolg van de wens om belanghebbenden enige vorm van invloed te geven op (de totstandkoming van) een besluit dat wel degelijk gevolgen kan hebben voor zulke belanghebbenden, maar dat op grond van de destijds geldende jurisprudentie niet appellabel was. Wij zijn benieuwd of de wetgever in de uitspraak van het CBb aanleiding ziet om artikel 1.3 lid 3 te schrappen.

4. Nationale Veiligheidsinstantie en ProRail

De nieuwe Spoorwegwet introduceert ook twee bestuursorganen in een nieuwe vorm: de nationale veiligheidsinstantie (“**NVI**”) krijgt een wettelijke grondslag en ProRail wordt zelfstandig bestuursorgaan. Nederland was op grond van de spoorwegveiligheidsrichtlijn al verplicht om een veiligheidsinstantie in te stellen (artikel 16 lid 1 van Richtlijn 2004/49/EG). Dat had de wetgever voorheen gedaan door de taken van de nationale veiligheidsinstantie neer te leggen bij de minister van Infrastructuur en Waterstaat die zijn taken deels had gemandateerd. Artikel 7.1 van de nieuwe Spoorwegwet bepaalt dat de minister van Infrastructuur en Waterstaat een dienst van zijn ministerie aanwijst als NVI. De bedoeling is dat (een onderdeel van) de Inspectie Leefomgeving en Transport (“**ILT**”) functioneert als NVI. De NVI is met name verantwoordelijk voor het toezicht op en de handhaving van Europese regelgeving voor spoorwegen (MvT, p. 69). Een belangrijk technisch punt ter signalering is dat voor de bepaalde in artikel 7.35 van de nieuwe Spoorwegwet aangewezen besluiten van de NVI termijnen in afwijking van de Awb gelden. Een vervoerder die bezwaar maakt tegen de weigering van een veiligheidsvergunning dient dat bijvoorbeeld binnen een maand na bekendmaking van het besluit te doen en niet binnen de Awb-termijn van zes weken.

ProRail wordt omgevormd tot een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan. De publieke taak van ProRail sluit volgens de wetgever beter aan bij een publieke rechtspersoonlijkheid. Dat wetgevingstraject is al enige tijd in gang (Kamerstukken: 35396). De bepalingen van het wetsvoorstel zijn beleidsarm opgenomen in de nieuwe Spoorwegwet. Wij zullen in dit blogbericht dit daarom niet nader bespreken.

Vervoerregio's hebben met de nieuwe Spoorwegwet niet langer een ‘eigen’ wet.

5. Vervoerregio's

Een van de wezenlijke verschillen ten opzichte van het huidige stelsel is dat de Wet lokaal spoor (“**Wls**”) en de huidige Spoorwegwet worden geïntegreerd in de nieuwe Spoorwegwet. Vervoerregio's hebben met de nieuwe Spoorwegwet niet langer een ‘eigen’ wet. De bepalingen uit de Wls worden overgeheveld naar de nieuwe Spoorwegwet en komen daar verspreid in terecht. De algemene ‘beleids- en beheersverantwoordelijkheid’ van de vervoerregio's blijft gelijk (artikel 4 Wls wordt artikel 1.7 Spoorwegwet). Wel wordt mogelijk een wijziging aangebracht in de omvang van de bevoegdheden die de dagelijkse besturen van de vervoerregio's kunnen delegeren aan de colleges van burgemeester en wethouders van de deelnemende gemeentes. In het huidige stelsel somt artikel 4 lid 3 van de Wls limitatief op welke bevoegdheden kunnen worden gedelegeerd. De nieuwe Spoorwegwet zal bij nader op

te stellen algemene maatregel van bestuur bepalen welke delegatiemogelijkheden er zijn. De wetgever wil de regelgeving daarmee toekomstbestendig maken (artikelsgewijze toelichting, p. 6). Een algemene maatregel van bestuur kan immers gemakkelijker worden aangepast.

6. Omgevingswet

De nieuwe Spoorwegwet sorteert ook alvast voor op het nieuwe stelsel van de Omgevingswet. De bepalingen over omgevingsregimes rondom het spoor gaan over naar de Omgevingswet onder de noemer van ‘beperkingenregimes’ (MvT, p. 11). De Omgevingswet en de daarbij behorende lagere regelgeving worden daarmee de vindplaats voor de omgevingsregels voor het spoor: de regels over geluid en trillingen rondom het spoor, externe veiligheid en de aanleg van infrastructuur komen hierin terecht. Eén bevoegdheid blijft gereguleerd in de Spoorwegwet. Dat is de bevoegdheid tot het stellen van nadere regels voor maatregelen tegen trilling- en geluidhinder bij algemene maatregel van bestuur (het voorgestelde artikel 1.12). Nu is dit geregeld in artikel 105 van de Wet geluidhinder. Dit komt niet in de Omgevingswet, omdat het artikel ziet op het stellen van specifieke eisen aan plaatselijke spoorweginfrastructuur, die verder reiken dan de vraag of het geluid en de trillingen binnen de volgens de Omgevingswet vergunde waarden vallen. Hoewel de toelichting dit niet noemt, betekent dit ook dat gemeentes en provincies in hun omgevingsplannen en provinciale verordeningen geen nadere regels over geluid en trillingen in kunnen opnemen. De toelichting noemt verder nog subsidieregels om het rijden met stille treinen te stimuleren. Volgens de wetgever is op dit moment niet voorzien dat voor het beheersen van geluidhinder nadere regels op grond van het voorgestelde artikel 1.12 nodig zijn, maar voortschrijdende wetenschappelijke inzichten (zoals bijvoorbeeld nieuw en stiller materieel) kunnen in de toekomst anders uitwijzen (artikelsgewijze toelichting, p. 8).



7. Conclusie

Wat ons betreft is de nieuwe Spoorwegwet een mooie bijdrage aan het moderniseren van de spoorregelgeving. De nieuwe Spoorwegwet sluit goed aan bij de Europese spoorregelgeving. Daarmee wordt implementatie in de toekomst niet alleen gemakkelijker, maar het geheel van de Nederlandse regelgeving wordt ook 'beter leesbaar' tegen de achtergrond van het toepasselijke Europese recht. Volgens ons kan daarmee inderdaad worden gesproken van een toekomstbestendiger en 'Europa-gericht' wettelijk stelsel. Dat is nodig in een Europese spoorwegmarkt waar de Europese wetgever de lidstaten steeds minder ruimte laat om nationale regels te stellen. Het ontwerp van de nieuwe Spoorwegwet ligt tot 14 juni 2021 ter consultatie. Wij kijken met belangstelling uit naar de volgende ontwikkelingen. Op naar een mooi jaar van het spoor.



Jan Reinier
van Angeren



Laurens
Westendorp



Frédérique
ten Hove



Toezicht en handhaving

Overzichtsuitspraak ABRvS: overmacht en de wettelijke dwangsommen wegens niet tijdig beslissen. Hoe werkt dat?

Overmacht bij een bestuursorgaan schort beslistermijnen en wettelijke dwangsomtermijnen zelfstandig op. Ook als een bestuursorgaan daarvan geen mededeling stuurt. Dat oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) in een **overzichtsuitspraak van 16 december 2020**. In dit blogbericht gaan wij nader in op de achtergrond van die uitspraak en duiden wij wat dit betekent voor de praktijk.

Waar gaat de uitspraak over?

Als een bestuursorgaan niet tijdig beslist op een aanvraag, kan de aanvrager op grond van artikel 4:17 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) het bestuursorgaan in gebreke stellen en sommeren om binnen twee weken alsnog een besluit te nemen. Laat het bestuursorgaan dat na, dan verbeurt het aan de aanvrager een dwangsom voor elke dag dat het in gebreke is.

Door de coronapandemie en de *lockdown* maatregelen kon de Immigratie en Naturalisatiedienst (IND) vanaf 16 maart 2020 aanvragers van een asielvergunning voor een bepaalde periode niet horen. Aangezien het horen van die asielaanvragers (onder omstandigheden) verplicht is op grond van Europese regelgeving, was de IND niet in staat om bepaalde besluiten binnen de beslistermijn te nemen. De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld: verbeuren de dwangsommen ook als het bestuursorgaan niet bij machte is om tijdig een (rechtmatige) beslissing te nemen?

Wat is het gevolg van overmacht bij het bestuursorgaan?

De Afdeling constateert dat er in de rechtspraak behoefte bestaat aan verduidelijking vanwege de actualiteitswaarde van het onderwerp en omdat verschillende rechterlijke instanties verschillend oordelen. De Afdeling onderscheidt twee situaties: (i) de overmacht treedt in *voordat* de beslistermijn is verstreken en/of het bestuursorgaan nog niet in gebreke is en (ii) de overmacht treedt in *nadat* de beslistermijn is verstreken en twee weken zijn verstreken nadat de aanvrager een ingebrekestelling heeft verstuurd.

We gaan hierna in op beide situaties. In de hier aan de orde zijnde overzichtsuitspraak was trouwens sprake van de eerste situatie. De overmacht door de lockdown maatregelen trad in op 16 maart 2020, terwijl de beslistermijn liep tot 13 april 2020 (vier weken later). Maar de Afdeling behandelt ook de tweede situatie, waarin de beslistermijn al is verstreken (en het bestuursorgaan in gebreke is).

(i) De overmacht treedt in voordat het bestuursorgaan in gebreke is wegens niet tijdig beslissen.

Uit [artikel 4:15 lid 2 sub c Awb](#) blijkt dat een beslistermijn wordt opgeschort *zolang het bestuursorgaan door overmacht niet in staat is een beschikking te geven*. Uit het navolgende lid blijkt dat in geval van overmacht het bestuursorgaan zo *spoedig mogelijk* mededeelt aan de aanvrager dat de beslistermijn is opgeschort. Maar wat als het bestuursorgaan geen mededeling doet van de opschorting? Betekent dit dat de beslistermijn dan niet wordt opgeschort?

Nee, ook dan wordt de termijn opgeschort, antwoordt de Afdeling. Uit de letterlijke tekst en de systematiek van de wet volgt dat de mededeling geen constitutief vereiste is. Met andere woorden: de mededeling is wel verplicht, maar de opschorting van de beslistermijn is daarvan niet afhankelijk. In geval van overmacht schort de termijn dus zelfstandig op. Dit oordeel is opvallend, omdat uit de Memorie van Toelichting bij de wet juist lijkt te volgen dat de mededeling *wel* een constitutief vereiste is: *"Het bestuursorgaan moet van de opschorting wegens overmacht mededeling doen aan de aanvrager. Doet het bestuursorgaan dat niet, dan verstrijkt de termijn, is het bestuursorgaan te laat en kan bezwaar of beroep tegen niet tijdig beslissen worden ingesteld."* (**Kamerstukken II 2005/06, 30 435, nr. 3, blz. 16**).

Wij merken daarbij op dat het niet ongebruikelijk is in het bestuursrecht dat mededelingen niet constitutief zijn. Dat is bijvoorbeeld ook het geval bij mededelingen over bekendmakingen van besluiten aan indieners van bezwaarschriften of zienswijzen (zie artikel 3:34 en artikel 7:12 lid 4 Awb).

(ii) De overmacht treedt in nadat het bestuursorgaan in gebreke is wegens niet tijdig beslissen.

[Artikel 4:17 Awb](#) is de grondslag van de wettelijke dwangsommen. In het zesde lid staan drie situaties genoemd waarin een dwangsom niet is verschuldigd. Overmacht wordt daar niet genoemd.

De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld: verbeuren de dwangsommen ook als het bestuursorgaan niet bij machte is om tijdig een (rechtmatige) beslissing te nemen?



Kan het verbeuren van dwangsommen worden opgeschort door overmacht, ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag?

Dat kan, antwoordt de Afdeling. Bij overmacht verliest de dwangsom haar nut als drukmiddel en financiële prikkel om het bestuursorgaan te bewegen zo spoedig mogelijk een besluit te nemen. De dwangsom verwordt dan tot genoegdoening voor de aanvrager en dat was nooit de bedoeling van de wetgever, zo oordeelt de Afdeling onder verwijzing naar de Memorie van Toelichting (**Kamerstukken II 2005/06, 29 934, nr. 19, blz. 10**).

Hiermee wijkt de Afdeling af van de tot dusver gebruikelijke benadering in de jurisprudentie, dat slechts termijnen kunnen worden opgeschort zolang die niet zijn verstreken (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling van 2 oktober 2013, **ECLI:NL:RVS:2020:2949**). In de juridische literatuur is opgemerkt dat een afwijking van deze lijn onverstandig zou zijn (zie de annotatie van R. Stijnen in **AB 2020/372**), omdat het na een terechte ingebrekestelling 'klaar moet zijn'. Het gaat immers ten koste van de rechtszekerheid als een reeds verstreken termijn onverwachts herleeft omdat daar geen wettelijke grondslag voor bestaat.

Ons valt daarbij het volgende op. In deze gevallen bestaat geen wettelijke verplichting voor het bestuursorgaan om een mededeling te doen van het intreden van de overmacht. Anders dan de situatie waar de overmacht intreedt voor het einde van de beslistermijn (of voordat het bestuursorgaan in gebreke is), ontbreekt daarvoor in ieder geval een wettelijke grondslag. Het is dus nog de vraag hoe een aanvrager in dit soort gevallen kan weten dat hij geen recht heeft op een dwangsom, omdat de dwangsomtermijn is opgeschort vanwege overmacht.

De Afdeling overweegt dat de onmogelijkheid ophoudt wanneer een weggefallen cruciale stap in de besluitvorming kan worden hersteld of een alternatief beschikbaar is, door inspanningen die in redelijkheid van het bestuursorgaan kunnen worden gevraagd.

Wanneer is er sprake van overmacht?

De Afdeling gaat ook in op de vraag wanneer er sprake is van overmacht. Het gaat om de *onmogelijkheid* van een bestuursorgaan een besluit te nemen door abnormale en onvoorziene omstandigheden buiten zijn toedoen en risicosfeer. Het bestuursorgaan moet geen verwijt treffen dat het heeft nagelaten vooraf redelijke inspanningen te verrichten, aldus de Afdeling.

In de onderhavige uitspraak vond de Afdeling dat er inderdaad sprake was van overmacht. De IND moet een verzoeker om internationale bescherming namelijk persoonlijk de gelegenheid geven om het verzoek te onderbouwen en toe te lichten. Vanaf 16 maart 2020 was dat tijdelijk onmogelijk, vanwege de coronapandemie en de *lockdown* maatregelen. Hierdoor was sprake van onmogelijkheid om een besluit te nemen, door abnormale en onvoorziene omstandigheden buiten zijn toedoen.

Wanneer eindigt de overmacht?

De Afdeling gaat ook uitgebreid in op de vraag wanneer de overmacht weer eindigt. Dat moment is relevant, omdat vanaf dat moment de beslistermijn weer gaat lopen of dwangsommen weer verbeurd worden.

De Afdeling overweegt dat de onmogelijkheid ophoudt wanneer een weggefallen cruciale stap in de besluitvorming kan worden hersteld of een alternatief beschikbaar is, door inspanningen die in redelijkheid van het bestuursorgaan kunnen worden gevraagd. Het kan onvermijdelijk

zijn dat het bestuursorgaan de einddatum niet precies kan bepalen, maar bij benadering moet benoemen. Het bestuursorgaan moet dan aannemelijk maken dat het al wat redelijkerwijs mogelijk is, heeft gedaan om in algemene zin de overmacht zo snel mogelijk te beëindigen. Uiteindelijk is het aan de rechter om begin- en einddatum vol te toetsen, wat ertoe kan leiden dat de termijn van overmacht wordt ingekort.

In dit geval oordeelt de Afdeling dat de overmacht door de onmogelijkheid van het horen van de verzoekers vanwege de *lockdown* maatregelen twee maanden heeft geduurd. Daarbij verwijst zij naar een eerdere uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 3 juli 2020 (**ECLI:NL:RBDHA:2020:6088**), waarin de rechtbank ook tot die conclusie kwam. Dat betekent dus dat op 16 mei 2020 de overmacht is geëindigd en de beslistermijn niet langer is opgeschort. Wij gaan ervan uit dat vanaf dat moment de beslistermijn dus weer ging lopen. Aangezien de overmacht vier weken voor het einde van de beslistermijn in trad, had het bestuursorgaan dus nog vier weken vanaf 16 mei 2020 om een besluit te nemen, dus tot en met 14 juni 2020.

Hoe duiden wij deze uitspraak en wat betekent het voor de praktijk?

Wij kunnen in grote lijnen de redenering van de Afdeling volgen. De wettelijke dwangsom is geen doel op zich, maar is instrumenteel aan het bespoedigen van besluitvorming. Niettemin brengt deze nieuwe lijn nieuwe problemen met zich mee. De Afdeling koppelt de mededelingsplicht los van de opschorting van de termijnen. Als de aanvrager niets hoort van het bestuursorgaan, dan kan lastig van de aanvrager worden verwacht dat hij weet dat de beslistermijn is opgeschort. Het zal voor een aanvrager daarom doorgaans niet mogelijk zijn om te weten dat een verstuurde ingebrekestelling prematuur is. In deze zaak leidde dat meteen al tot een onbevredigende uitkomst. Nu de beslistermijn buiten weten van de aanvrager was opgeschort, stuurde de aanvrager de ingebrekestelling te vroeg. Daardoor is het bestuursorgaan nooit rechtmatig in gebreke gesteld en zijn de dwangsommen nooit verbeurd. De aanvrager werd dus niet-ontvankelijk verklaard.

Hoewel de aanvrager zich aan de letter van de wet hield en pas maanden na het versturen van een ingebrekestelling – én meer dan een maand na het eindigen van de overmacht – een besluit op zijn aanvraag ontving, liep hij dus de dwangsom mis.



Deze jurisprudentie kan er in de praktijk dus toe leiden dat de overheid ontkomt aan de verbeurte van dwangsommen, ook al is er – los van de overmacht – wel degelijk te laat beslist op een aanvraag. De Afdeling had ook voor een andere route kunnen kiezen. Zij had bijvoorbeeld kunnen oordelen dat de termijn van twee weken na het versturen van de ingebrekestelling (en dus voor het verbeuren van de dwangsom) wordt verlengd met de duur van de overmacht. Dit zou in ieder geval kunnen voorkomen dat aanvragers volledig buiten hun weten en schuld om op formele gronden dwangsommen mislopen, terwijl zij daar wel recht op hebben.

Tot slot: overmacht bij rechterlijke dwangsommen?

Tot slot valt ons nog het volgende op. Naast de wettelijke dwangsommen uit de Awb, kan de (bestuurs- of civiele) rechter ook een dwangsom opleggen op grond van artikel 611a Wetboek van Rechtsvordering (Rv). Uit artikel 611d Rv blijkt dat die dwangsom kan worden opgeschort in geval het voor de veroordeelde partij *onmogelijk* is om aan de hoofdveroordeling te doen. Let wel, het gaat hier – anders dan de besproken Afdelingsuitspraak – niet om opschorting van rechtswege, maar om een door de rechter uitgesproken opschorting. Blijkens onder meer het arrest van de **Hoge Raad van 13 december 2019**, is van zo een onmogelijkheid sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dat wil zeggen: als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – zijn zin verliest. Dit laatste moet worden aangenomen in een geval waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, indien het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht. Als de veroordeelde partij kan worden verweten dat hij zich niet voldoende heeft ingespannen om te voldoen aan de veroordeling, zal er niet snel sprake zijn van overmacht. Deze jurisprudentie lijkt veel op de hier besproken uitspraak van de Afdeling. Dit is goed nieuws voor de eenheid en samenhang van het recht met betrekking tot dwangsommen. Het zou goed zijn als de Afdeling die samenhang verder vergroot, door te waarborgen dat de belanghebbende niet meer nadeel ondervindt van de overmacht bij het bestuursorgaan dan strikt noodzakelijk. Op dat punt schiet de hier besproken uitspraak wat ons betreft nog tekort.

Meer weten over dwangsommen ten laste van de overheid? In een **eerder blogbericht** hebben wij besproken welke juridische mogelijkheden een partij ter beschikking staan als de overheid weigert reeds verbeurde dwangsommen te betalen. Daar gaan wij ook nader in op de verschillende dwangsommen die aan de overheid kunnen worden opgelegd.



Tijn
Kortmann



Jake
Tingen



Digital Government

Overheid: let op naleving AVG

1. Inleiding

Met twee handhavingskwesties in de afgelopen maand ziet het ernaar uit dat de Autoriteit Persoonsgegevens (“**AP**”) zich ook steeds meer gaat richten op gemeenten. Eind april **maakte de AP** bekend een boete op te leggen van €600.000 aan de gemeente Enschede wegens het verkeerd gebruik van wifitracking. Hiermee is voor het eerst een boete opgelegd aan een gemeente voor overtreding van de Algemene verordening gegevensbescherming (“**AVG**”). Een week later **meldde de AP** te hebben besloten het toezicht te verzwaren op een niet bij naam genoemde gemeente wegens signalen over overtredingen van de AVG.

Een kleine drie jaar na de inwerkingtreding van de AVG, na een periode waarin met name het informeren over de rechten en plichten uit de AVG de kerntaak van de AP betrof, lijken de handhavingsoverheidsactiviteiten door de AP nu enigszins op stoom te komen. In dit blog zullen we de twee genoemde handhavingsoverheidskwesties bespreken.

2. Onjuist gebruik van wifitracking

Het college van B&W van de gemeente Enschede (“**college van B&W**”) besloot in 2017 om met metingen via sensoren de drukte in de binnenstad van Enschede te gaan meten. Deze metingen werden door een gespecialiseerd bedrijf in opdracht van de gemeente uitgevoerd. Dit bedrijf was verantwoordelijk voor de installatie en het onderhoud van de sensoren en het verzamelen en valideren van de met de sensoren verzamelde gegevens. Door middel van de sensoren – in totaal 11 stuks – die hingen bij verschillende winkeliers in de binnenstad kon worden gemeten hoeveel mobiele telefoons er rondom deze plekken aanwezig waren. Daarmee was duidelijk hoe druk het was op een bepaald moment, op een bepaalde locatie.

Volgens de AP maakte de manier waarop deze gegevens werden verzameld het echter mogelijk om natuurlijke personen te identificeren. De AP constateerde bijvoorbeeld dat het voor personen die tot deze gegevens toegang hadden mogelijk was om ter plaatse of via een camera waar te nemen welke persoon zich binnen het bereik van de sensor bevond. Zo konden zij vaststellen om welke persoon het ging. Doordat het op verschillende manieren mogelijk was om aan de hand van de gegevens personen te identificeren, konden hiermee mensen worden gevolgd en leefpatronen worden gedestilleerd.

De AP stelt vast dat het college van B&W met de gehanteerde manier van wifitracking persoonsgegevens verwerkte. Het college van B&W mocht dit niet doen zonder een specifieke wettelijke grondslag hiervoor. In zijn zienswijze tegen het voornemen van de AP om een boete op te leggen heeft het college B&W beargumenteerd dat de verwerking van deze persoonsgegevens kon worden gebaseerd op zowel onderdeel e (vervulling van een taak van algemeen belang) als onderdeel f (gerechtvaardigd belang) van artikel 6, lid 1, AVG. Deze argumentatie kon het college van B&W echter niet baten.

De AP stelt vast dat het college van B&W met de gehanteerde manier van wifitracking persoonsgegevens verwerkte.

In het boetebesluit gaat de AP uitgebreid in op de mogelijke rechtmatigheidsgronden van artikel 6 AVG. Voor het rechtmatig verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van een taak van algemeen belang dient sprake te zijn van een specifieke taak. Het voeren van het dagelijks bestuur van de gemeente (**art. 160 Gemeentewet**) acht de AP een te ruim geformuleerde taak welke niet concreet genoeg is en daarmee niet voldoende voorspelbaar om te kwalificeren als ‘taak van algemeen belang’ op grond waarvan de persoonsgegevens verwerkt mochten worden (vgl. ABRvS 12 mei 2021, **ECLI:NL:RVS:2021:1028, r.o. 6**). Daarnaast kan het college van B&W als overheidsinstantie geen beroep doen op het gerechtvaardigd belang zoals bedoeld in artikel 6, lid 1, onderdeel f, AVG, nu overheidsinstanties zich slechts kunnen beroepen op de deze grond bij ‘typisch bedrijfsmatige handelingen’ (lees: privaatrechtelijke handelingen). In dit geval was hiervan geen sprake.

Door het ontbreken van een verwerkingsgrondslag als bedoeld in artikel 6, lid 1, AVG oordeelt de AP dan ook dat het college van B&W onrechtmatig persoonsgegevens heeft verwerkt bij de tracking van wifisignalen. Bij het bepalen van het boetebedrag (€600.000) heeft de AP meegewogen dat zij meent dat hier sprake is van een ernstige situatie, mede gelet op de duur van de inbreuk en het feit dat het hier ging op een inbreuk door de *overheid*.

De gemeente Enschede heeft bezwaar tegen de boete gemaakt. Het is interessant de uitkomst van deze procedure (die mogelijk ook bij de bestuursrechter wordt voortgezet) te volgen. Daarin moet immers blijken of overheden inderdaad zo kunnen worden beperkt in hun mogelijkheden en of de extra hoge boete omdat het gaat om een overheid terecht is. Dat is niet evident.



3. Verzwaard toezicht

De tweede kwestie omtrent een gemeente betreft het verzwaren van toezicht door de AP op deze gemeente wegens zorgen omtrent de bescherming van de (gevoelige) gegevens van haar inwoners. In dit geval is de AP niet direct overgegaan tot oplegging van een boete, maar zal de AP een jaar lang scherper toezicht houden op het AVG-beleid van de betreffende gemeente.

De gemeente in kwestie zou onder meer nog steeds geen privacybeleid hebben vastgesteld en onvoldoende de positionering van de functionaris gegevensbescherming ("FG") hebben gewaarborgd. De FG heeft als taak om binnen een organisatie toezicht te houden op de toepassing en naleving van de AVG. De organisatie dient er onder meer voor te zorgen dat de FG naar behoren en tijdig wordt betrokken bij privacyaangelegenheden en dat de FG zijn taken onafhankelijk kan vervullen (artikel 37, 38 en 39 AVG). Uit het rapport van de lokale Rekenkamer volgde dat zowel deze onafhankelijkheid als de informatiepositie van de FG onvoldoende waren geborgd. Ondanks de gesprekken die de AP heeft gevoerd met de gemeenteraad, het gemeentebestuur en de burgemeester, zijn de zorgen omtrent de positie van de FG blijven bestaan waarna de AP heeft besloten tot verzwaard toezicht over te gaan. Dit verzwaarde toezicht houdt in dat de gemeente elk kwartaal een voortgangsrapportage aan de AP dient te verstrekken over de maatregelen die worden genomen.

Met dit verzwaard toezicht heeft de AP gekozen voor directe interventie. De AP heeft wel aangegeven nader onderzoek niet uit te sluiten. Hoewel de handhaving van de AP bij deze gemeente nu nog gericht is op zo snel mogelijk zorgen voor een veilige en betrouwbare verwerking van persoonsgegevens van de inwoners van die gemeente, kan op een later moment nader onderzoek dus alsnog leiden tot andere vormen van handhaving.

4. Tot slot

Met de eerste boete voor een gemeente voor overtreding van de AVG en het verzwaard toezicht bij een andere gemeente, ontkomen ook gemeenten niet meer aan de AVG. Na 3 jaar sinds de inwerkingtreding van de AVG heeft de AP de handhaving opgepakt. We zagen al boetes aan **private partijen**, nu zijn de gemeenten aan de beurt. Dit is ons inziens een goede ontwikkeling, nu burgers juist van *overheden* mogen verwachten dat zij hun privacy waarborgen en volledig conform de AVG handelen. Tegelijk is steeds de vraag of de AP hier niet te streng is voor de betrokken overheden.

Tom Barkhuysen en Steven Bastiaans bespreken jaarlijks de meest relevante bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake de AVG in een nieuwe NTB kroniek: Gegevensbescherming: de bestuursrechtelijke aspecten van de AVG. Vindplaats: **NTB 2021/107**.

Met de eerste boete voor een gemeente voor overtreding van de AVG en het verzwaard toezicht bij een andere gemeente, ontkomen ook gemeenten niet meer aan de AVG.



Tom
Barkhuysen



Francisca
Ribeiro
Bártolo



Steven
Bastiaans



Omgevingswet

Participatie en privacyregels: hoe te combineren onder de Omgevingswet?

In het stelsel van de Omgevingswet (Ow) is een belangrijke rol bedacht voor participatie bij de totstandkoming van besluiten. Het beoogde resultaat: tijdig belangen, meningen en creativiteit op tafel krijgen en daarmee een groter draagvlak en kwalitatief betere besluitvorming bereiken. Door een grotere betrokkenheid van meer personen gaan overheden en initiatiefnemers ook meer persoonsgegevens verwerken. Dit brengt privacyrisico's met zich mee. Wat regelt de Ow op het gebied van privacy, de verwerking van persoonsgegevens en datagebruik?

In dit blogbericht bespreken wij aandachtspunten voor overheden en initiatiefnemers voor privacyrisico's bij de organisatie van participatie in het nieuwe stelsel van de Ow. Wij formuleren tot slot een aantal aandachtspunten voor overheden en initiatiefnemers voor het verwerken van persoonsgegevens voor participatiedoeleinden.

1. Participatie in de Omgevingswet

De Ow streeft naar vroegtijdige participatie van de omgeving bij de voorbereiding van beleids- en besluitvorming. Juist de beginfase biedt naar oordeel van de regering de meeste ruimte om de inbreng van derden mee te nemen (Kamerstukken II 2013-14, 33 962, nr. 3, p. 217). Daarom is in de Ow meer aandacht voor vroegtijdige participatie vóór het moment dat de formele besluitvorming van start gaat (Stb. 2018, 209, p. 131). Dat is wat ons betreft een goede ontwikkeling. Er komen bijvoorbeeld steeds meer energiebouwprojecten in de nabijheid van mensen (windparken, zonneparken) en draagvlak daarvoor is belangrijk.

De vereisten die de Ow voor het participatietraject stelt zijn minimaal om het participatieproces niet teveel te juridiseren (Kamerstukken II 2019-20, 34986, S, p. 28). Wij signaleren vier eisen voor het participatieproces:

1. de toepassing van afdeling 3.4 Aw op de voorbereiding van de kerninstrumenten van de Ow op grond van artikel 16.22 Ow;
2. een motiveringsplicht voor het bevoegd gezag voor het participatieproces. Die motiveringsplicht is van toepassing op alle kerninstrumenten (16.139, eerste lid, onder b Ow jo. artikel 10.7 Ob (omgevingsvisie), artikel 16.139, eerste lid, onder b Ow jo. 10.8 Ob (programma), artikel 16.139, eerste lid, onder b Ow jo. 10.2, tweede lid Ob (omgevingsplan) en artikel 5.51 Ow (projectbesluit));
3. de introductie van het participatieverslag voor initiatiefnemers; en
4. de verplichting een voortraject te organiseren voor het omgevingsplan en het projectbesluit.

Wij bespreken hierna kort het participatieverslag (punt 3) en het voortraject (punt 4).

1.1 Het participatieverslag

Het bevoegd gezag heeft een motiveringsplicht voor het participatieproces, maar bij de initiatiefnemer ligt op dit vlak ook een verantwoordelijkheid. Hij legt bij de aanvraag om een omgevingsvergunning een participatieverslag over. Dit is niet verplicht maar wel gewenst. Soms kan naar oordeel van de wetgever nu eenmaal niet van aanvragers gevraagd worden dat zij in alle gevallen hun burens betrekken bij hun aanvraag (Kamerstukken I 2019-20, 34986, S, p. 27). De gemeenteraad kan bij wijze van uitzondering participatie wel verplicht stellen voor aangewezen gevallen van buitenplannen afwijken op grond van artikel 16.55, zevende lid Ow. De Ow stelt geen inhoudelijke eisen aan het participatieverslag, maar mogelijk wordt dit nog nader geregeld in de gemeentelijke participatieverordeningen die gemeenteraden op grond van de voorgestelde wijziging van artikel 150 Gemeentewet zullen moeten vaststellen. Wij zijn benieuwd of de gemeentelijke participatieverordeningen hierdoor weer meer onderdeel

deel gaan uitmaken van de voorbereiding van ruimtelijke besluiten, zoals het geval was vóór inwerkingtreding van afdeling 3.4 Awb. In het huidige stelsel heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (**"Afdeling"**) namelijk juist duidelijk gemaakt de gemeentelijke participatieverordening geen inspraakverplichtingen kan stellen die gevolgen hebben voor de rechtmatigheid van de totstandkomingsprocedure van een besluit (o.m. ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2439, r.o. 2.1).

1.2 Het voortraject

In de totstandkomingsprocedure van het omgevingsplan en het projectbesluit voorziet de Ow naast de motiveringsplicht ook in een verbreding van het voortraject. Het voortraject is daarmee terug van weggeweest. Artikel 6a WRO (oud) voorzag namelijk ook al in een soortgelijke regeling. Dat artikel is met de inwerkingtreding van afdeling 3.4 Awb geschrapt met het doel om te dereguleren. Nu is participatie de reden om het voortraject weer opnieuw te introduceren. Het voortraject in de besluitvorming omtrent het omgevingsplan begint met de verplichting voor het bevoegd gezag om een kennisgeving te publiceren van het voornemen om een omgevingsplan vast te stellen (artikel 16.29 Ow). Bij de voorbereiding van het projectbesluit start het voortraject met de publicatie

De Ow streeft naar vroegtijdige participatie van de omgeving bij de voorbereiding van beleids- en besluitvorming.

van het voornemen om (kort gezegd) de opties te verkennen voor de oplossing voor een mogelijk bestaande of toekomstige opgave (artikel 5.47 Ow). Deze procedure is vergelijkbaar met de procedure van artikel 2 van de Tracéwet. Met deze kennisgeving start een periode waarin het bevoegd gezag informatie verzamelt over de aard van de opgave, de ruimtelijke ontwikkelingen en de mogelijke oplossingen (artikel 5.48 Ow). Participeren kan door mogelijke alternatieve oplossingen aan te dragen voor het project (artikel 5.47 lid 3 Ow) en het bevoegd gezag te verzoeken om advies in te winnen over de aangedragen alternatieven (artikel 5.48 Ow).

2. Wat regelt de Ow op het gebied van privacy en gegevensbescherming voor overheden?

Overheden beschikken over veel informatie over verschillende onderdelen van de fysieke leefomgeving die zij in het kader van de eigen taakuitoefening verzamelen. Nu die taakuitoefening zich uitbreidt naar het organiseren en faciliteren van participatie, ligt het voor de hand dat overheden ook meer informatie zullen verzamelen over de betrokken participanten. Met participatie ontstaan immers nieuwe gegevensverwerkingen. Bij gebruik van deze informatie vormen de Ow en de Algemene verordening gegevensbescherming (“AVG”) en de Uitvoeringswet AVG (“UAVG”) het belangrijkste wettelijk kader. Voor zover de Ow niets regelt, gelden de AVG en de UAVG.

Met de Ow wordt een centraal digitaal loket geïntroduceerd: het Digitaal Stelsel Omgevingswet (“DSO-LV”). In het DSO-LV zullen alle huidige voorzieningen voor de organisatie van de ruimtelijke ordening (OLO, ruimtelijkeplannen.nl) op één website beschikbaar zijn. Die data moeten toegankelijk zijn. Dat heeft een rechtszekerheidsfunctie (weten welke ruimtelijke regels er gelden) en een rechtsbeschermingsfunctie (nagaan of participatie voldoende heeft plaatsgevonden, zie Kamerstukken I 2019-20, 34986, S, p. 29).

Soms kan naar oordeel van de wetgever nu eenmaal niet van aanvragers gevraagd worden dat zij in alle gevallen hun burens betrekken bij hun aanvraag.

Artikel 20.5 Ow is de grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens in de DSO. Op grond van artikel 20.21, tweede lid, van de Ow dient de verantwoordelijke minister zorg te dragen voor de inrichting, instandhouding, werking en beveiliging van de DSO-LV. Uit de parlementaire toelichting volgt dat het in de uitvoering van deze wettelijke verplichting noodzakelijk kan zijn voor de minister om persoonsgegevens te verwerken. Dit is toelaatbaar onder de AVG op basis van artikel 6, eerste lid, onder c AVG, namelijk dat dit noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke plicht.

Naast de wettelijke plicht is de meest belangrijke grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens in het DSO-LV artikel 6, eerste lid, onder e, AVG: de gegevensverwerking moet noodzakelijk zijn voor de vervulling van een taak van algemeen belang of de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verantwoordelijke is opgedragen. Dat betekent dat bij wettelijke regeling in deze taak moet zijn voorzien. In die wettelijke regeling moet tevens het doel voor de verwerking worden bepaald en eventuele aanvullende eisen (artikel 6, derde lid AVG, zie ook overweging 41 AVG). Deze aspecten zijn niet nader uitgewerkt in de Ow. De Ow biedt wel de ruimte om dit nader uit te werken in lagere wetgeving zoals bijvoorbeeld de gemeentelijke participatieverordeningen. Dit is toegestaan onder de AVG, die geen formele wet vereist (overweging 41 AVG).

Op grond van artikel 20.25 Ow is in hoofdstuk 14 van het Omgevingsbesluit nader uitgewerkt welke persoonsgegevens in het DSO-LV mogen worden verwerkt, aan wie die gegevens mogen worden verstrekt en hoe lang de gegevens bewaard blijven. Uit het Omgevingsbesluit volgt verder dat bijzondere of strafrechtelijke gegevens niet via de DSO-LV worden verstrekt. Buiten afdeling 20.5 Ow (en hoofdstuk 14 van het Omgevingsbesluit) over de verwerking van persoonsgegevens in het DSO-LV bevat de Ow geen bepalingen over de verwerking van persoonsgegevens anders dan in het kader van handhaving. Dat betekent dat zowel bevoegd gezag als initiatiefnemers voor het overige moeten voldoen aan de vereisten van de AVG en UAVG als zij persoonsgegevens verwerken in het kader van participatie.

3. Wat regelt de Ow op het gebied van privacy en gegevensbescherming voor initiatiefnemers?

De Ow bevat geen regeling over privacy en gegevensbescherming voor initiatiefnemers. Initiatiefnemers die een participatieverslag samenstellen moeten voldoen aan de AVG en UAVG.

Omdat het in beginsel geen wettelijke verplichting is om participatiemogelijkheid te bieden, zal een beroep op artikel 6, eerste lid, onder c AVG vaak niet mogelijk zijn. Deze grondslag vereist namelijk dat de gegevensverwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke plicht. In plaats daarvan zal toestemming van deelnemers vaak de meest geschikte grondslag bieden voor initiatiefnemers om persoonsgegevens te verwerken voor participatiedoeleinden (artikel 6, eerste lid, sub a, jo. artikel 4, elfde lid, AVG). Dit kan anders zijn in het geval dat de gemeenteraad participatie verplicht stelt op grond van artikel 16.55, zevende lid, Ow. Dan bestaat er wel een wettelijke verplichting. Die wettelijke verplichting kan de grondslag zijn voor de verwerkingen van persoonsgegevens. Omdat er (achteraf) discussie kan ontstaan over welke gegevens noodzakelijk zijn om aan de wettelijke verplichting voor het participatieverslag te voldoen, kunnen wij ons voorstellen dat de toestemmingsgrondslag mogelijk meer houvast en zekerheid voor initiatiefnemers biedt in de praktijk.

4. Aandachtspunten voor het verwerken van persoonsgegevens voor participatiedoeleinden

Het is aan de overheden en initiatiefnemers om maatregelen te treffen om te voldoen aan de AVG en UAVG bij het organiseren van het participatieproces en het verwerken van persoonsgegevens hiervoor. Wij formuleren hieronder alvast een aantal aandachtspunten:



- Zorg voor transparantie over welke persoonsgegevens worden verwerkt en voor welke doeleinden. Deelnemers dienen te worden geïnformeerd overeenkomstig de eisen van de AVG. Het is gebruikelijk hiervoor een schriftelijke privacyverklaring beschikbaar te stellen.
- Deelnemers moeten rechten kunnen uitoefenen ten aanzien van eigen persoonsgegevens, zoals toegang, rectificatie en verwijdering van de gegevens.
- Persoonsgegevens moeten voor een specifiek doel worden verzameld en mogen vervolgens niet voor andere niet-verenigbare doelen worden gebruikt (doelbinding). Gegevens verzameld voor participatiedoelstellingen mogen bijvoorbeeld niet zomaar worden gebruikt voor een nieuwsbrief of andere marketingactiviteiten. Een ontwikkelaar die een participatietraject opzet mag de namen die hij heeft verzameld bijvoorbeeld niet gebruiken voor de potentiële kopers van zijn ontwikkeling.
- Persoonsgegevens die worden verzameld en verwerkt moeten noodzakelijk zijn (dataminimalisatie), niet langer dan nodig in identificerende vorm bewaard te worden (opslagbeperking) en voldoende worden beveiligd.
- Maak duidelijke verwerkersafspraken in het geval derde partijen worden ingeschakeld: welke partij(en) is (of zijn) verwerkingsverantwoordelijk en/of handelt een partij als verwerker namens de initiatiefnemer? In dat laatste geval dient er een verwerkersovereenkomst te worden gesloten. Dit geldt overigens ook voor IT-leveranciers die een online ruimte beschikbaar stelt ('host') voor de persoonsgegevens namens de initiatiefnemer.

5. Conclusie

In het stelsel van de Ow is een belangrijke rol bedacht voor participatie bij de totstandkoming van besluiten. De Ow zelf voorziet in een beperkte grondslag voor verwerking van persoonsgegevens in het DSO-LV, die nog nadere uitwerking behoeft in lagere wetgeving. Daarbuiten gelden de regels van de AVG en UAVG onverkort. Partijen die zich binnen dit speelveld begeven doen er daarom verstandig aan om van te voren goed na te denken of en hoe zij persoonsgegevens willen verzamelen in het kader van participatie, waarvoor in deze blog alvast een aantal aandachtspunten zijn geformuleerd.



Jan Reinier
van Angeren



Karlijn van
den Heuvel



Frédérique
ten Hove



Podcasts



Podcast: Nederlands bestuursprocesrecht in strijd met Verdrag van Aarhus

Nederlanders is jarenlang ten onrechte de toegang tot de rechter ontzegd. Zo bepaalde het Hof van Justitie van de Europese Unie eerder deze maand. Als je het in Nederland oneens bent met een omgevingsbesluit, maar in een voortijdig stadium geen zienswijze had ingediend mocht je volgens de wet (6:13 Awb) niet naar de rechter stappen. Dit wetsartikel blijkt nu in strijd met het Europese Verdrag van Aarhus.

Bestuursrechtadvocaten Liesbeth Berkouwer en Jake Tingen leggen in een podcast uit wat deze uitspraak betekent voor bedrijven, overheden en burgers.



Podcast: de NOW en het procesrecht

Kan je als ondernemer een NOW-boete krijgen? Kan de verlening van de NOW nog worden gewijzigd? En, waarom is het belangrijk om juist bij de verlening van de subsidie extra goed op te letten? In de eerste aflevering van een vierdelige podcastserie over de NOW (Tijdelijke noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid) geven arbeidsrechtadvocaat Thomas Boot en advocaat bestuursrecht Jan Reinier van Angeren antwoord op deze en andere vragen over de NOW en het procesrecht.



Podcast: de NOW en het bonusverbod

Hoe werkt het bonusverbod voor werkgevers die NOW aanvragen? Geldt dit verbod ook voor sales medewerkers? En, hoe zit dat nou met buitenlandse moederbedrijven die in Nederland wel bonussen mogen uitkeren? In de tweede aflevering van een vierdelige podcastserie over de NOW geven arbeidsrechtadvocaat Astrid Helstone en advocaat bestuursrecht Sandra Putting antwoord op deze en andere vragen over de NOW en het bonusverbod.



Podcast: de NOW en de accountantscontrole

Waarom is de accountant zo belangrijk bij het verkrijgen van NOW-subsidie? Waar let hij of zij op bij de controle of de subsidievoorwaarden zijn nageleefd? En, wat als je als werkgever het niet eens bent met de uitkomst van de controle? In de derde aflevering van een vierdelige podcastserie over de NOW geven Luuk van de Sandt en Steven Hijink – beiden advocaat gespecialiseerd in het jaarrekeningenrecht – antwoord op deze en andere vragen over de NOW en de accountantscontrole.



Podcast: de NOW en faillissementen

Wat gebeurt er als werkgevers die gebruikmaken van de NOW failliet gaan? Wat kunnen de curator en het UWV doen? En wat gaat er gebeuren als de overheid de NOW afbouwt of stopt? In de vierde en tevens laatste aflevering van een podcastserie over de NOW geven advocaat bestuursrecht Sandra Putting en Job van Hooff gespecialiseerd in het insolventierecht antwoord op deze en andere vragen over de NOW en de faillissementen.

[Klik op de titel om naar de podcast te gaan](#)

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

Milieurecht & handhaving



Valérie van 't Lam

Partner

+31 20 546 05 35

valerie.vantlam@stibbe.com

Milieurecht & handhaving



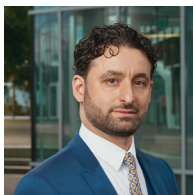
Liesbeth Berkouwer

Senior medewerker

+31 20 546 03 06

liesbeth.berkouwer@stibbe.com

Algemeen bestuurs(proces)recht, ruimtelijke ordeningsrecht en milieurecht



Ali al Khatib

Senior medewerker

+31 20 546 05 72

ali.alkhatib@stibbe.com

Economisch bestuursrecht, Europees recht, staatssteunrecht en overheidsaansprakelijkheidsrecht



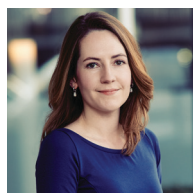
Rut Molenaar-Wingens

Senior medewerker

+31 20 546 05 98

rut.molenaar-wingens@stibbe.com

Bestuursrecht, ruimtelijke ordeningsrecht en mobiliteit



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



Machteld Claessens

Senior medewerker

+31 20 546 00 79

machteld.claessens@stibbe.com

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



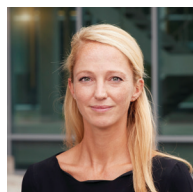
Lisa van der Maden

Senior medewerker

+31 20 546 05 15

lisa.vandermaden@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht



Anne-Marie Span

Senior medewerker

+31 20 546 02 03

anne-marie.span@stibbe.com

Omgevingsrecht



Laurens Westendorp

Senior medewerker

+31 20 546 09 48

laurenswestendorp@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht en economisch bestuursrecht

