

Stibbe



Het bestuursrechtelijke jaar

2020

in blogs

Inhoudsopgave

| | | |
|---|--|-----------|
|  | Inleiding | 4 |
|  | Algemeen bestuursrecht | 5 |
| | • Van inspraakverordening naar participatieverordening op decentraal niveau | 7 |
| | • Wijziging Algemene wet bestuursrecht op komst: sanctionering medewerkingsplicht door middel van last onder bestuursdwang en dwangsom | 9 |
| | • Schadevergoeding bij de bestuursrechter op grond van de AVG voor feitelijk handelen van een bestuursorgaan? | 12 |
| | • Bestuursdwang, last onder dwangsom en faillissement: eindelijk prejudiciële vragen | 14 |
| | • De amicus curiae in het bestuursrecht wettelijk verankerd bij hamerstuk | |
|  | Omgevingsrecht | 16 |
| | • Planologische medewerking mag worden geweigerd als initiatiefnemer zich in strijd met gemeentelijk beleid onvoldoende heeft ingespannen voor draagvlak | 20 |
| | • De vierde handelsperiode van het Europees emissiehandelssysteem (ETS-IV): een overzicht van belangrijke wijzigingen per 1 januari 2021 | 27 |
| | • Belanghebbende in het omgevingsrecht: een steeds hogere drempel? | |
|  | Corona | 30 |
| | • Begunstigingstermijn en dwangsommen bij overmacht door crises | 32 |
| | • Coronacrisis en staatssteun: welke mogelijkheden hebben overheden om ondernemers, wetenschappers en medici te steunen? | 35 |
| | • Subsidierechtelijke aspecten van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW) | |
|  | Stikstof | 44 |
| | • Een klein jaar na de PAS-uitspraken: wanneer zijn stikstofrelevante activiteiten toelaatbaar? | 50 |
| | • Een halfslachtige vrijstelling voor de bouw en een ambitieuze (?) omgevingswaarde: het wetsvoorstel Wet stikstofreductie en natuurverbetering is definitief | 54 |
| | • De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geeft nadere handvatten voor extern salderen als mitigerende maatregel en hoe die maatregel zijn beslag moet krijgen in besluitvorming | |
|  | Openbaarheid van bestuur | 56 |
| | • Weigeren milieu-informatie op grond van Wob nog moeilijker door foute implementatie Richtlijn 2003/4/EG over toegankelijkheid milieu-informatie | |
|  | Schaarse rechten | 58 |
| | • Schaarse rechten: een mengvorm tussen fysieke en beleidsmatige schaarste is mogelijk | |
|  | Staatssteun | 60 |
| | • De Europese Commissie kan onherroepelijke oordelen van de nationale rechter over staatssteun overrulen | |



Dienstenrichtlijn

- Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?

62



Mobiliteit

- Het rapport Toekomstbestendige Mobiliteit: we zijn onderweg en juist dat is de uitdaging

65

Praktijkgroep bestuursrecht

68

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 over 2020 gebundeld. Deze blogs geven een goed beeld van de ontwikkelingen uit het afgelopen jaar. Veel van deze ontwikkelingen zetten zich voort in 2021. 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. De vraag rijst welke bestuursrechtelijke Corona-maatregelen ook na de pandemie het behouden waard zijn.

THEMA

2

STIKSTOF

Na de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) hebben de bestuursrechter en de wetgever niet stilgezeten. De rechtspraak heeft op onderdelen meer duidelijkheid gebracht en er zijn nieuwe regels opgesteld. Die ontwikkeling zal zich in 2021 voortzetten.

THEMA

3

MAATWERK

De kinderopvangtoeslagaffaire heeft het thema maatwerk hoog op de bestuursrechtelijke agenda gezet. Het gaat er hierbij om dat de burger merkt dat het in de rechtsstaat om hem te doen is. Er is werk aan de winkel voor de bestuursrechter, het bestuur en de wetgever. We zullen daar het komende jaar veel van gaan zien.

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**



**Jan
van Oosten**



**Tijn
Kortmann**



Algemeen bestuursrecht

Van inspraakverordening naar participatieverordening op decentraal niveau

De regering stelt voor om de reikwijdte van de decentrale inspraakverordeningen te vergroten naar de uitvoering en evaluatie van decentraal beleid. Dat staat in een conceptwetsvoorstel dat van 9 december 2019 tot 14 februari 2020 ter [internetconsultatie](#) heeft voorgelegen. Het conceptwetsvoorstel beoogt een wijziging van onder meer de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet. In dit blog gaan wij alleen in op de voorgenomen wijziging van het eerste en tweede lid van artikel 150 Gemeentewet (Gemw). Eveneens bespreken wij de relatie met de Omgevingswet. Wat wij hier bespreken, geldt ook voor de wijzigingen van de andere wetten waarop het wetsvoorstel ziet. In een [afzonderlijk blog](#) wordt ingegaan op het voorgestelde derde lid, dat het zogenoemde *right to challenge* (kort gezegd: een verzoek om bepaalde taken van het gemeentebestuur uit te voeren) moet verankeren.

Van voorbereiding naar uitvoering en evaluatie

Artikel 150 Gemw ziet op de zogenoemde inspraakverordening. Iedere gemeenteraad is volgens het eerste lid verplicht om deze verordening vast te stellen teneinde te regelen hoe ingezetenen en belanghebbenden betrokken kunnen worden bij de voorbereiding van gemeentelijk beleid. Onder inspraak wordt in dit kader verstaan het *“het proces, waarbij individuele burgers of groepen uit de bevolking hun mening kenbaar maken omtrent voorgenomen of voorgesteld beleid, langs de weg van door de overheid geregelde procedures”* (*Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 34*). Deze inspraak vindt overeenkomstig het tweede lid plaats via de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht (Awb)), tenzij de verordening anders bepaalt.

Nu niet langer meer (exclusief) sprake is van een inspraakverordening, wordt de naam gewijzigd in “participatieverordening”.

In een notendop beoogt het consultatievoorstel om de reikwijdte van de inspraakverordening te vergroten naar de uitvoering en evaluatie van het gemeentelijk beleid. Het verruimt ook de mogelijkheden voor burgerbetrokkenheid. Waar het huidige tweede lid ervan uitgaat dat de betrokkenheid plaatsvindt in de vorm van inspraak, laat het voorgestelde tweede lid ook andere opties open. Nu niet langer meer (exclusief) sprake is van een inspraakverordening, wordt de naam gewijzigd in “participatieverordening”.

De afweging tussen rechtszekerheid en maatwerk en het gevolg van “niets” regelen

Het conceptwetsvoorstel stelt randvoorwaarden aan de bestaande praktijk van burgerparticipatie. Die is tegenwoordig niet meer beperkt tot inspraak, maar omvat bijvoorbeeld ook burgerfora, -panels, -initiatieven, referenda, dialogen, enquêtes en straatinterviews. Met het oog op de rechtszekerheid is het volgens de regering wenselijk dat gemeenten in hun participatieverordening duidelijkheid scheppen over de mogelijkheden van participatie in de verschillende fasen van het beleidsproces en over de rol die de gemeente daarbij speelt. Om lokaal maatwerk niet in de weg te staan, is besloten om geen aanvullende voorschriften ten aanzien van participatie op te nemen in de Gemw.

Gemeenten hebben in principe dus alle vrijheid om in de participatieverordening de afweging te maken tussen rechtszekerheid enerzijds en ruimte voor maatwerk anderzijds. Echter, het voorgestelde tweede lid blijft de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing verklaren als de participatieverordening de burgerbetrokkenheid regelt in de vorm van *inspraak*, maar verder niets bepaalt.

De huidige gemeentelijke inspraakverordeningen regelen zelden meer dan het van toepassing verklaren van afdeling 3.4 Awb. Dit is, naar wij aannemen, het gevolg van de verwijzing naar afdeling 3.4 Awb in de modelinspraakverordening van de VNG, die door veel gemeenteraden is overgenomen. Het is derhalve interessant om te bezien hoe de VNG de nieuwe modelparticipatieverordening zal gaan vormgeven. Aan de ene kant lijkt het niet onlogisch dat de VNG, vanwege het algemene karakter van de modelverordening, blijft verwijzen naar afdeling 3.4 Awb. Aan de andere kant zou, vanwege het grote belang van maatwerk, een verwijzing naar afdeling 3.4 Awb juist een verkeerd signaal kunnen afgeven. In dat geval wordt immers geen maatwerk gefaciliteerd.

Verder rijst de vraag hoe met alle overige gevallen van participatie moet worden omgegaan als de participatieverordening slechts inspraak volgens afdeling 3.4 Awb noemt. Lezen wij de wettekst en de memorie van toelichting goed, dan zijn in dat geval alle andere manieren waarop gemeenten burgers kunnen betrekken in de voorbereiding, uitvoering en evaluatie van hun beleid niet meer toegestaan. Alleen dan wordt immers de rechtszekerheid gediend.

De participatieverordening en het omgevingsplan onder de Omgevingswet: de cirkel rond?

Hoe verhoudt de participatieverordening zich tot de Omgevingswet, waarin participatie als een “doorsnijdend thema” wordt beschouwd ([Stb. 2018, 209, p. 66](#))? Opmerkelijk genoeg besteedt de toelichting op de consultatiewet aan die vraag geen aandacht. Op grond van artikel 6a van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) moest inspraak krachtens artikel 150 Gemw plaatsvinden voordat het ontwerpbestemmingsplan ter inzage werd gelegd. De inspraakverordening maakte dus expliciet deel uit van de bestemmingsplanprocedure. Onder omstandigheden kon het om die reden zo zijn dat een gebrek in de uitvoering van de inspraakverordening leidde tot vernietiging van het bestemmingsplan.

Het voorgaande veranderde door de invoering van afdeling 3.4 Awb, die van toepassing werd op de voorbereiding van het bestemmingsplan. Volgens deze procedure vindt inspraak plaats in de vorm van het indienen van zienswijzen over het ontwerpbestemmingsplan. Deze inspraak bood volgens de regering een goed alternatief voor de inspraak die op grond van de inspraakverordening plaatsvond. Bovendien werd in artikel 150 Gemw het huidige tweede lid opgenomen, waardoor inspraak volgens de inspraakverordening voortaan in beginsel ook op grond van afdeling 3.4 Awb zou plaatsvinden. Het voorgaande leidde tot de afschaffing van artikel 6a WRO. In de woorden van de regering zou handhaving van artikel 6a WRO ertoe hebben geleid dat “de gemeente verplicht zou zijn om bij de voorbereiding van een bestemmingsplan(wijziging) twee procedureel identieke inspraakrondes te houden” ([Kamerstukken II 2002/03, 28916, 3, p. 28](#)).

Ondanks het ontbreken van een wettelijke verplichting, kunnen gemeenten op grond van artikel 150 Gemw nog steeds inspraak organiseren die plaatsvindt voordat een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd. Een gebrek in deze inspraak kan echter niet meer de rechtmatigheid van het bestemmingsplan aantasten, zo blijkt uit vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 16 januari 2008, [ECLI:NL:RVS:2008:BC2320](#), r.o. 2.2.1.). Het volgen van de inspraakverordening maakt immers formeel geen onderdeel meer uit van de bestemmingsplanprocedure.

Ondanks het ontbreken van een wettelijke verplichting, kunnen gemeenten nog steeds inspraak organiseren die plaatsvindt voordat een ontwerpbestemmingsplan ter inzage is gelegd.

De vraag rijst of deze Afdelingsjurisprudentie gecontinueerd zal kunnen worden na de inwerkingtreding van de Omgevingswet (Ow), waarin het bestemmingsplan vervangen zal worden door het omgevingsplan. Op grond van artikel 16.29 Ow moet het bevoegd gezag kennisgeven van het voornemen om een omgevingsplan vast te stellen. In deze kennisgeving moet het bevoegd gezag onder meer aangeven hoe het participatieproces in de voorbereiding van het omgevingsplan vorm gegeven zal worden, zo volgt uit artikel 10.2 Omgevingsbesluit (Ob). Op basis van de Omgevingswet worden, gelet op het belang van maatwerk, weinig inhoudelijke eisen gesteld aan participatie. Wel wijst de regering op de mogelijkheid om in de participatieverordening kaders te stellen waarbinnen burgers kunnen participeren bij de voorbereiding

van besluiten op grond van de Omgevingswet ([Kamerstukken I 2019/20, 34986, S, p. 27](#)).

Indien het bevoegd gezag in de kennisgeving vermeldt de participatieverordening toe te zullen passen, dan wordt het volgen van deze verordening onzes inziens een formeel onderdeel van de voorbereidingsprocedure van het omgevingsplan. Het niet correct volgen van de participatieverordening is juridisch dan niet meer zo vrijblijvend als nu het geval is.

Op 18 december 2019 oordeelde de Afdeling ([ECLI:NL:RVS:2019:4209](#)) al dat het wellicht mogelijk is dat gemeenteraden in hun beleid opnemen om hun medewerking aan een planologische ontwikkeling afhankelijk te maken van het feit of een initiatiefnemer participatie heeft laten plaatsvinden teneinde draagvlak voor die ontwikkeling te creëren. Voor een uitgebreidere beschouwing over deze uitspraak verwijzen wij graag naar het [Stibbeblog](#) dat Koen Giezeman en Jan van Oosten over deze uitspraak schreven.



Niels Jak



Jelmer Ypinga



Wijziging Algemene wet bestuursrecht op komst: sanctionering medewerkingsplicht door middel van last onder bestuursdwang en dwangsom

In de Eerste Kamer wordt op dit moment [het wetsvoorstel](#) behandeld tot wijziging van de Awb en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht. Dit wetsvoorstel voorziet onder meer in een algemene regeling voor de niet-naleving van de medewerkingsplicht in artikel 5:20 lid 3 Awb. Als gevolg daarvan kan een bestuursorgaan de niet-naleving van de medewerkingsplicht bestuursrechtelijk handhaven door het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Het gevolg daarvan is dat bijzondere regelingen die daar al in voorzien (o.a. de Arbeidsomstandighedenwet, Uitvoeringswet AVG) komen te vervallen.

In dit blogbericht bespreken we onder meer de wijzigingen als gevolg van het wetsvoorstel en de gevolgen voor bestaande wetgeving.

Aan dit wetsvoorstel ging een internetconsultatie vooraf. In een [eerder blogbericht](#) bespraken we de handhaving van de medewerkingsplicht.

Handhaving van de medewerkingsplicht

Op grond van artikel 5:20 lid 1 van de Awb is een ieder verplicht om alle medewerking te verlenen aan een toezichthouder bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Het gaat dan bijvoorbeeld om het verstrekken van inlichtingen (artikel 5:16 Awb) en het geven van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 Awb).

Wordt niet of niet tijdig medewerking verleend dan kan daartegen handhavend worden opgetreden. Sanctionering is mogelijk op grond van het bestuursrecht én het strafrecht ([niet opvolgen ambtelijk bevel](#)). Voor bestuursrechtelijke sanctionering geldt dat die bevoegdheid thans volgt uit de bijzondere wet. Het kan dan gaan om een last onder dwangsom, bestuursdwang (o.a. Arbowet, Uitvoeringswet AVG) en/of een bestuurlijke boete (o.a. financiële toezichtwetgeving).

Iedereen is verplicht om alle medewerking te verlenen aan een toezichthouder bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Toekomst: wat verandert er als gevolg van het wetsvoorstel?

- Met toevoeging van een derde lid aan artikel 5:20 Awb creëert de wetgever een algemene grondslag voor *het bestuursorgaan* om de medewerkingsplicht te handhaven middels het opleggen van een last onder bestuursdwang. Gelet op artikel 5:32 Awb kan handhaving door het bestuursorgaan ook door middel van een last onder dwangsom plaatsvinden.

De bevoegdheid voor het bestuursorgaan is een belangrijke wijziging, omdat die op dit moment veelal (met uitzondering van zelfstandige bestuursorganen zoals AFM, DNB, AP) is toebedeeld aan de toezichthouder die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkt (bijv. SZW-wetgeving; Inspectie SZW). Het is overigens wel mogelijk dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot oplegging van een last onder dwangsom/bestuursdwang aan de toezichthouder mandateert.

- Voor de rechtsgang tegen een last onder bestuursdwang of dwangsom wordt aangesloten bij de rechtsgang tegen besluiten die worden genomen op grond van de bijzondere wet. Daartoe wordt een vierde lid toegevoegd aan artikel 5:20 en artikel 5:32 Awb.

Voorbeeld: in het geval de AFM een last onder dwangsom voor schending van de medewerkingsplicht oplegt aan een onderneming, dan betekent dat net als voorheen dat de onderneming daartegen bij de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven kan opkomen.

Gevolgen voor bestaande wetgeving

Het gevolg van het wetsvoorstel is onder meer dat sanctionering middels een last onder dwangsom en/of bestuursdwang die in een bijzondere wet is geregeld, komt te vervallen. Handhaving van de medewerkingsplicht door middel van een bestuurlijke boete blijft mogelijk, indien de bijzondere wet dat regelt. Ook blijft de mogelijkheid om via het strafrecht te handhaven bestaan.

Afsluiting

- De voorgestelde wetswijziging met betrekking tot een algemene sanctioneringsbepaling van de medewerkingsplicht in de Awb stuit naar verwachting op weinig weerstand.
- De wijziging houdt in dat in de Awb een algemene bevoegdheid wordt opgenomen op grond waarvan bestuursorganen bij de niet-naleving van de medewerkingsplicht een last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom kunnen opleggen. Het gevolg daarvan is dat bepalingen in de bijzondere wetgeving die hetzelfde regelen komen te vervallen.
- Handhaving van de medewerkingsplicht door middel van een bestuurlijke boete blijft mogelijk, indien de bijzondere wet dat regelt. Ook blijft het strafrecht in beeld als niet wordt meegewerkt met een toezichthouder.



Christien Saris



**Francisca
Ribeiro
Bártolo**



Schadevergoeding bij de bestuursrechter op grond van de AVG voor feitelijk handelen van een bestuursorgaan?

Op 1 april 2020 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("Afdeling") een [viertal uitspraken gewezen](#) waarin zij oordeelt over het verzoek tot toekenning van schadevergoeding door een bestuursorgaan op grond van de (Europese) Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). De eerste zaak draaide om een man van wie ten onrechte medische gegevens waren verstrekt aan een tuchtcollege voor de gezondheidszorg, zonder dat hij voor deze verwerking toestemming had gegeven. De andere drie zaken zagen op de verwerking van persoonsgegevens op een internetforum van de Vereniging Nederlandse Gemeenten. Dit internetforum is bedoeld om gegevens uit te wisselen tussen gemeenten om misbruik van de Wet openbaarheid van bestuur te voorkomen. Betrokkenen hebben voor deze verwerking evenmin toestemming gegeven. Alleen bij de eerste zaak neemt de Afdeling aan dat de persoonlijke levenssfeer van de betreffende persoon zodanig is geschonden dat er sprake is van een 'aantasting in de persoon' en daarmee recht op een schadevergoeding.

In dit blogbericht nemen we de [eerste uitspraak](#) nader onder de loep. We zullen allereerst beknopt de casus beschrijven. Vervolgens zullen we de materiële aspecten beschrijven die ertoe leiden dat de Afdeling tot haar conclusie komt om schadevergoeding toe te wijzen. Daarna gaan wij in op de, niet minder interessante, procesrechtelijke bevoegdheidskwestie. Onder het regime van de Wet bescherming persoonsgegevens was de burgerlijke rechter de gebruikelijke weg om als burger schadevergoeding te krijgen wanneer een bestuursorgaan privacyregels overtrad. De Afdeling legt in deze uitspraak uit dat zij onder de AVG, naast de burgerlijke rechter, óók bevoegd is om kennis te nemen van dit verzoek om schadevergoeding. Zij voorspelt vaker schadevergoeding te gaan geven bij schending van privacywetgeving door bestuursorganen. Wij bespreken enkele vragen die de uitleg van de Afdeling oproept ten aanzien van deze bevoegdheidsverdeling.

Afdeling voorspelt vaker schadevergoeding te gaan geven bij schending van privacywetgeving door bestuursorganen.

Voorgeschiedenis en procesverloop

De directeur van het Pieter Baan Centrum heeft in een tegen hem gerichte klachtprocedure zonder toestemming en buiten medeweten van appelland op 15 januari 2018 stukken met strikt vertrouwelijke persoonsgegevens over appelland verstrekt aan een tuchtcollege. Nadat het tuchtcollege appelland hiervan op de hoogte heeft gesteld en aan hem heeft bericht dat de persoonsgegevens buiten beschouwing worden gelaten in de klachtprocedure tegen de directeur, heeft appelland bij brief van 4 februari 2018 bij de minister voor Rechtsbescherming bezwaar gemaakt tegen het overleggen van de rapportages. Ook heeft hij verzocht om schadevergoeding wegens de overlegde rapportages. Bij besluit van 13 maart 2018 heeft de minister het verzoek om schadevergoeding afgewezen omdat appelland volgens de minister niet in zijn eer of goede naam of anderszins in zijn persoon is aangetast. Bij besluit van 17 mei 2018 heeft de minister het door appelland daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. De rechtbank, afdeling bestuursrecht, heeft vastgesteld dat de verstrekking van de persoonsgegevens wél onrechtmatig was en acht een schadevergoeding van €300,- billijk.

Welke materiële aspecten zijn volgens de Afdeling relevant voor de vaststelling van (de hoogte van) de schadevergoeding?

De Afdeling is eveneens van oordeel dat appelland recht heeft op de toekenning van een vergoeding voor immateriële schade. De minister heeft het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van appelland geschonden door ten onrechte zijn persoonsgegevens te verwerken. De Afdeling sluit conform haar vaste jurisprudentie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 25 augustus 2010, [ECLI:NL:RVS:2010:BN4952](#)) aan bij het civiele schadevergoedingsrecht. De inbreuk op de privacy van appelland kan worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, eerste lid, onder b, BW, die aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade.

Om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen, kijkt de Afdeling naar de omstandigheden van dit geval, waaronder de aard, duur en ernst van de inbreuk. De Afdeling neemt in aanmerking dat de aard van de inbreuk bijzonder gevoelig is. Het gaat namelijk om het, zonder toestemming van appelland, verwerken van bijzondere persoonsgegevens als bedoeld in artikel 9 AVG.

Bij verwerking van deze soort persoonsgegevens is een hoger beschermingsniveau vereist dan voor gewone persoonsgegevens. Ook is relevant dat de gegevens zijn verwerkt door de directeur van het Pieter Baan Centrum (waarvoor de minister verantwoordelijk is) in het kader van een tegen hem gerichte klachtprocedure, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond voor bestond.

Daar staat tegenover dat wat betreft de *duur* van de inbreuk van belang is dat het Pieter Baan Centrum snel actie heeft ondernomen om de gegevensverstrekking ongedaan te maken. Het tuchtcollege heeft snel aangegeven dat het de toegezonden gegevens buiten beschouwing zou laten en niet aan het dossier zou toevoegen. Voor wat betreft de *ernst* van de inbreuk overweegt de Afdeling dat de privacygevoelige persoonsgegevens slechts bij een kleine groep professionals is terecht gekomen, die bovendien uit hoofde van hun functie een geheimhoudingsplicht hebben.

Gelet op deze factoren komt de Afdeling tot de vaststelling van een billijke schadevergoeding van €500,-. De Afdeling geeft geen nadere onderbouwing waarom een vergoeding van €500,- in dit specifieke geval billijk is, en bijvoorbeeld een vergoeding van €300,- (het bedrag waar de rechtbank in eerste aanleg op uitkwam) niet. Het zal voor bestuursorganen dan ook lastig blijven om in te schatten wat kwalificeert als een billijke vergoeding bij een specifieke schending van de normen uit de AVG. Ter vergelijking: bij een overschrijding van de redelijke termijn van de [behandeling van een procedure door een rechtbank](#), heeft een appellant op grond van vaste rechtspraak per half jaar eveneens recht op een immateriële schadevergoeding €500,-. Blijkbaar levert het zonder toestemming van de betrokkene ten onrechte delen van persoonsgegevens een gelijke immateriële schade op.

Bevoegdheidsverdeling: waar volgt de competentie van de Afdeling uit en hoe ver strekt deze bevoegdheid?

Zoals gezegd, oordeelt de Afdeling dat zij, sinds de inwerkingtreding van de AVG, vaker een oordeel kan geven over schadevergoeding bij een schending van privacywetgeving. Zij baseert haar 'vernieuwde bevoegdheid' op artikel 82 AVG, in samenhang gelezen met artikel 8:88 Awb en artikel 34 Uitvoeringswet AVG.

Afdeling neemt in aanmerking dat de aard van de inbreuk bijzonder gevoelig is.

Artikel 82 AVG geeft de grondslag voor materiële en immateriële schadevergoeding ten gevolge van een inbreuk op de AVG. De AVG (een Europese verordening) bepaalt echter niet welke gerechten binnen een lidstaat bevoegd zijn over het recht op schadevergoeding te oordelen. Bij gebreke aan Unierechtelijke procedurele voorschriften is het volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie aan de lidstaten zelf om de bevoegde rechtelijke instanties aan te wijzen en om hun nationale procesrecht toe te passen.

Artikel 34 Uitvoeringswet AVG bepaalt dat een schriftelijke beslissing op een verzoek als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22 AVG, voor zover deze is genomen door een bestuursorgaan, geldt als een besluit in de zin van de Awb. Artikel 15 tot en met 22 AVG geven belanghebbenden het recht om te beschikken over hun persoonsgegevens, waardoor de controle op de verwerking van persoonsgegevens wordt gerealiseerd. De brief van appellant van 4 februari 2018, waarin hij bij de minister bezwaar maakt tegen het overleggen van de rapportages en tevens om schadevergoeding verzoekt, is een handeling als bedoeld in de artikelen 15 tot en met 22 AVG. Het besluit van 13 maart 2018 van de minister tot afwijzing van de schadevergoeding wordt aangemerkt als een 'artikel 34'-beschikking.

In de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet AVG is in de implementatietabel bij artikel 82 AVG opgenomen: "Huidige titel 8.4 Awb of civiele rechter". De Afdeling leidt hieruit af dat het mogelijk moet zijn om zowel bij de bestuursrechter als bij de civiele rechter (via een onrechtmatige daad) een aanspraak op vergoeding van schade als gevolg van een inbreuk op de AVG door een bestuursorgaan aan de orde te stellen. Artikel 8:88 Awb geeft de bestuursrechter de bevoegdheid om een bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van schade die een belanghebbende lijdt als gevolg van een onrechtmatig besluit (tot een maximum van €25.000,-).

De Afdeling leidt uit artikel 8:88 Awb in samenhang gelezen met artikel 34 Uitvoeringswet AVG af dat dezelfde rechter die oordeelt over de onrechtmatigheid van beslissingen van bestuursorganen op een verzoek als bedoeld in artikel 15 tot en met 22 AVG, óók kan worden verzocht om vergoeding van daarmee in verband staande schade.

Kortom: de bestuursrechter is op grond van artikel 82 AVG volgens de Afdeling bevoegd tot het beoordelen van een verzoek tot schadevergoeding ten aanzien van de beschikkingshandelingen ten aanzien van persoonsgegevens als genoemd in artikel 15 tot en met 22 AVG (tot een maximum van €25.000,-). Dat is een praktisch resultaat dat bijdraagt aan het beperken van versnipperde rechtsbescherming en om die reden steun verdient. Toch zijn er kanttekeningen mogelijk als het om de onderbouwing gaat.

Een minder strikt regime ten aanzien van schadevergoeding?

Het is bijzonder dat de Afdeling de bestuursrechter zonder meer bevoegd acht in gevallen als hier aan de orde. Artikel 8:88 Awb wordt, zo overweegt de Afdeling ook zelf, in deze uitspraak zo uitgelegd dat er voor de bevoegdheid van de bestuursrechter minder strikt wordt vastgehouden aan de eis van een onrechtmatig *besluit*; het gaat immers om een feitelijk handelen (het verwerken van de gegevens). Er moet volgens de Afdeling wel een verband zijn met een besluit als bedoeld in artikel 34 Uitvoeringswet AVG (lees: ten aanzien van de ‘beschikkingshandelingen’ genoemd in artikel 15 tot en met 22 AVG), maar dit besluit als zodanig hoeft niet onrechtmatig te zijn. Ook bij een rechtmatig besluit mag de Afdeling een oordeel geven over de rechtmatigheid van onderliggende feitelijke handeling: de verwerking van de persoonsgegevens.

Deze ruimere interpretatie van artikel 8:88 Awb roept vragen op: wanneer kunnen burgers nu wel en niet op grond daarvan bij de bestuursrechter schadevergoeding claimen? Kunnen burgers voor al het onrechtmatig feitelijk handelen van een bestuursorgaan een verzoek tot schadevergoeding indienen? Dat zou een behoorlijke verruiming van de bestuursrechtelijke schadevergoeding zijn.

Vooralsnog moet in ieder geval worden aangenomen dat de gekozen benadering alleen voor de AVG geldt. De hier besproken uitspraak lijkt het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht in AVG-context in ieder geval te versoepelen, maar gaat volgens ons niet zo ver dat al het onrechtmatig feitelijk overheidshandelen zonder meer tot een schadevergoedingsmogelijkheid bij de bestuursrechter zal leiden (vgl. R. Wiekeraad, *Gst.* 2020/24). Het feitelijk handelen moet nog steeds verband houden met een besluit wil de bestuursrechter bevoegd zijn, zij het dat het besluit zelf niet meer onrechtmatig hoeft te zijn. Deze benadering sluit aan bij een al langer bestaande

stroming in de literatuur waarbij de bevoegdheid van de bestuursrechter wordt opgehangen aan een ‘bestuursrechtelijke rechtsbetrekking’, waardoor ook ‘besluitgerelateerde’ feitelijke voorbereidings- en uitvoeringshandeling onder de rechtsmacht van de bestuursrechter vallen (zie VAR-adviezen 2013). Wij menen dan ook dat voor schadevergoeding door ‘losstaand’ feitelijk handelen door een bestuursorgaan de burgerlijke rechter nog steeds de gebruikelijke route blijft, maar zien in de voorspelling van de Afdeling ook een waarheid: de bestuursrechter zal vaker schadevergoeding geven bij het schenden van privacywetgeving door bestuursorganen.

De uitspraak lijkt het bestuursrechtelijke schadevergoedingsrecht in AVG-context te versoepelen.

De gekozen benadering zou ook een opmaat kunnen zijn naar een verruiming van de schadevergoedingsmogelijkheden van de bestuursrechter in brede zin. Ter voorkoming van versnipperde rechtsbescherming zou een dergelijke ontwikkeling toe te juichen zijn. Tegelijk roept deze ingewikkelde rechtsmachtverdelingsvraagstukken op. Dat maakt actie van de wetgever uiteindelijk gewenst, waarbij mogelijk de AVG-aanpak van de Afdeling als proeftuin kan dienen.



**Tom
Barkhuysen**



Tijn Kortmann



**Steven
Bastiaans**



Niels Jak



Bestuursdwang, last onder dwangsom en faillissement: eindelijk prejudiciële vragen

Van de lasten onder dwangsom aan Alvat (1997) en DIT (2013) tot het kostenverhaal op [Bavin](#) (2014) en [North Refinery](#) (2019), de handhaving van milieurecht in faillissementssituaties blijft een uitdaging voor gemeenten, provincies en omgevingsdiensten. De rechtbank Rotterdam wil nu een einde maken aan alle onduidelijkheid. Zij heeft op [23 september 2020](#) prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. Dat zal een arrest opleveren waar overheden en curatoren al vele jaren met smart op wachten. In dit blogbericht de highlights en een eerste duiding als sneak preview op een publicatie die later zal verschijnen.

De problematiek in het kort

Zoals bekend hebben bestuursorganen van het Rijk, provincies en gemeenten bijzondere bevoegdheden om de naleving van wettelijke voorschriften af te dwingen. Denk aan bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Vanzelfsprekend moet een bedrijf dat in zwaar weer of faillissement verkeert nog steeds de wet naleven. Maar hoe effectief kunnen overheden dat afdwingen, als de directeur niet thuis geeft (of uit zijn functie is gezet) en er geen geld in kas meer is om boetes, dwangsommen of kosten van bestuursdwang te betalen? In de praktijk gaat het vaak om de overtreding van milieuvoorschriften en om grote belangen. Denk aan bodemverontreiniging waarvan de sanering vele miljoenen kost.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft al in 1997 (uitspraak op het beroep van de curator van Alvat BV, gepubliceerd in JOR 1997/105 m.nt. Kortmann, MenR 1997/130 m.nt. Cup en AB 1998/268 m.nt. Jurgens) uitgemaakt dat in geval van een faillissement op de curator de plicht rust om ervoor te zorgen dat de failliete onderneming de milieuvoorschriften naleeft. Dat is een logisch oordeel als de curator besluit de bedrijfsvoering te continueren: de curator is immers de enige die over het vermogen van de failliete onderneming ('de boedel') kan beschikken. Hij doet dat ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke crediteuren, maar mag daarbij andere relevante belangen (waaronder de naleving van de wet) niet uit het oog verliezen, aldus de Hoge Raad in het befaamde Maclou arrest (HR 19 april 1996, JOR 1996/48, NJ 1996/727, r.o. 3.5.2).

Een arrest waar overheden en curatoren al vele jaren met smart op wachten.

NB: het gaat bij de handhaving van voor de inrichting geldende milieuvoorschriften om de curator in de uitoefening van zijn functie, ofwel de curator q.q. Persoonlijk is de curator niet als overtreder aan te merken, zo oordeelde de Afdeling in haar uitspraak van 26 februari 2020 ([North Refinery](#)). Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator verwijst de Afdeling naar het Maclou arrest. Dat is niet een bestuursrechtelijke, maar een civielrechtelijke aansprakelijkheid, zo voegen wij daaraan toe.

Wordt een curator bij zijn benoeming geconfronteerd met een bedrijf dat vóór de faillietverklaring ernstige bodemverontreiniging heeft veroorzaakt, dan zal de curator niet snel geneigd zijn deze op kosten van 'de boedel' te saneren. Zijn primaire taak is immers om het nog aanwezige vermogen te verdelen onder de schuldeisers en daar komt weinig van terecht als hij eerst opdracht geeft voor een kostbare sanering. Zelfs als de boedel voldoende oplevert om die sanering te kunnen betalen, zal er immers doorgaans weinig meer overblijven om onder de schuldeisers te verdelen. Curatoren nemen dan ook vaak – en begrijpelijkerwijs – de positie in, dat het saneren van historische milieuverontreiniging (veroorzaakt vóór de faillissementsdatum) een overheidstaak is. De rekening van die sanering mag de overheid indienen bij de curator, die dan op basis van het faillissementsrecht bepaalt in hoeverre die rekening uit de boedel kan worden voldaan. Vanuit de optiek van het faillissementsrecht is dat geen gekke benadering.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt tegen deze problematiek echter anders aan te kijken. Zij heeft in de genoemde Alvat-uitspraak namelijk niet alleen geoordeeld dat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van de milieuvoorschriften, maar ook dat aan de curator een last onder dwangsom of bestuursdwang kan worden opgelegd. In 2014 ([Bavin](#)) is de Afdeling is nog een stapje verder gegaan, door te oordelen dat de financiële verplichtingen die uit deze lasten ontstaan, boedelschulden zijn. Boedelschulden zijn schulden die de curator direct uit de boedel moet voldoen, nog voordat hij toekomt aan een verdeling van de boedel onder de schuldeisers. Zo verwerven de handhavende overheden een bijzonder sterke positie ('supervoorrang') in het faillissement van milieuvuulende bedrijven.

De benadering van de Afdeling heeft tot veel vragen en ook kritiek geleid. Want welke rechtvaardiging is er voor deze sterke positie van overheden in het faillissement? Natuurlijk is het belang van het milieu een hoog belang, maar hier gaat het niet om het milieubelang zelf, maar om een daarvan afgeleid belang, namelijk het belang om de kosten van saneringsmaatregelen niet ten laste van de samenleving maar van de overtreder te laten komen ('de vervuiler betaalt').

Bovendien rijst de vraag of de Afdeling eigenlijk wel bevoegd is te bepalen dat verbeurde dwangsommen en kosten van bestuursdwang een boedelschuld opleveren.

De prejudiciële vragen samengevat

Ook de rechtspraak worstelt al jaren met deze problematiek. De rechtbank Rotterdam constateert (r.o. 4.16) dat talrijke vergelijkbare geschillen bestaan tussen overheden en curatoren waarin steeds dezelfde vraag zich voordoet, namelijk wat de status en de rangorde is van vorderingen die voortvloeien uit de niet-naleving van milieuverplichtingen in een faillissement. Partijen hebben gewezen op acht voorbeelden van zulke faillissementen in de periode 2011-2019, waarbij de geldelijke belangen variëren van enkele tientallen duizenden euro's tot tientallen miljoenen euro's. Daarbij komt het veelal niet tot een procedure, omdat de omvang van de boedel daaraan in de weg staat (procederen is te duur, waardoor de curator voor een andere 'oplossing' kiest).

Daarmee is wat de rechtbank betreft voldaan aan de wettelijke vereisten van [art. 392 Rv](#) voor het stellen van prejudiciële vragen. Deze zijn niet eenvoudig te lezen, daarom hier een samenvatting van de essentie.

De eerste vraag die de rechtbank stelt betreft de kwalificatie van schulden die voortvloeien uit verbeurde dwangsommen of verhaal van kosten van bestuursdwang. De rechtbank vraagt de Hoge Raad of dit (i) boedelschulden, (ii) verifieerbare concurrente faillissementsschulden of (iii) niet-verifieerbare faillissementsschulden zijn. Het onderscheid tussen (ii) en (iii) is voor deze blog niet zo relevant. Voor de praktijk is de hamvraag of het boedelschulden zijn of niet. Want boedelschulden zijn – voor zover de omvang van de boedel het toelaat – verhaalbaar. Zijn het geen boedelschulden, dan heeft de invorderende overheid doorgaans het nakijken.

De tweede vraag, over de formele rechtskracht van de lasten, betreft in feite de vraag welke rechter beslist over de eerste vraag. Als de tot de curator gerichte last onder dwangsom of kostenbeschikking – al dan niet na een procedure bij de bestuursrechter – formele rechtskracht heeft gekregen, staat het de civiele rechter dan nog vrij om te oordelen dat er desondanks geen sprake is van boedelschulden? Ook dat is een terechte vraag, omdat de Hoge Raad in het arrest [Koot / Tideman q.q.](#) (r.o. 3.7.1) heeft uitgesproken dat schulden die ontstaan als gevolg van – kort gezegd – onrechtmatig handelen van de curator, boedelschulden zijn. De gemeente Rotterdam heeft betoogd dat met de formele rechtskracht van de last vaststaat dat de curator overtreders is en dus onrechtmatig heeft gehandeld, zodat de daaruit voortvloeiende schulden boedelschulden zijn. De rechtbank heeft nu de Hoge Raad gevraagd of dat betoog juist is.

Curatoren nemen vaak de positie in, dat het saneren van historische milieuverontreiniging (veroorzaakt vóór de faillissementsdatum) een overheidstaak is.

Met haar derde vraag schetst de rechtbank allerlei variaties op de casus die bij haar voorlag. De variaties hebben betrekking op de factor tijd: maakt het verschil of de milieuovertredingen, de lasten, de verbeurde en de invordering voor of na datum faillissement plaatsvonden. Met die vraag probeert de rechtbank de Hoge Raad te verleiden om zijn antwoord in de vorm van een soort 'gids voor de rechtspraak' te gieten. En inderdaad, de rechtspraak zou met zo'n les van de Hoge Raad enorm geholpen zijn.

Een eerste duiding

Kunnen we al iets zeggen over de te verwachten antwoorden van de Hoge Raad? Dat is nog niet zo eenvoudig. Niet voor niets zijn dit vragen waarmee niet alleen de rechtspraak, maar ook de wetenschap al jaren worstelt. De meningen zijn bovendien behoorlijk verdeeld. Toch durven wij één voorspelling wel aan, namelijk dat de Hoge Raad zal beslissen dat niet de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State, maar de Hoge Raad beslist over de kwalificatie en rangorde van bestuursrechtelijke geldschulden in een faillissement. De Hoge Raad heeft op dit punt al eerder de Ondernemingskamer op de vingers getikt en wij verwachten dat de Hoge Raad niet bereid zal zijn om de Afdeling op dit punt het voortouw te laten.

Over de hamvraag: kwalificeren dwangsommen en kosten van bestuursdwang voortvloeiend uit een aan de curator opgelegde last, als boedelschulden of als gewone faillissementsschulden, doen wij nog even geen voorspelling. Daarover meer in onze later te verschijnen noot in AB. Wie al een indruk wil hebben van hoe men over deze vraag kan denken, verwijzen wij naar het lezenswaardige vonnis van de rechtbank Zeeland-West Brabant van 19 maart 2014 in het [Thermphos](#) faillissement.



Tijn Kortmann



Annemieke Zwanenburg



De amicus curiae in het bestuursrecht wettelijk verankerd bij hamerstuk

De amicus curiae is een instrument van de bestuursrechter om anderen dan procespartijen opmerkingen te laten maken in een procedure. Na enkele experimenten met de inzet van de amicus curiae door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, is in 2020 door de Tweede Kamer en Eerste Kamer een wetsvoorstel aangenomen om de figuur van de amicus curiae een wettelijke basis te geven. De wet zal zo spoedig mogelijk in werking treden.

In september 2020 schreven ondergetekenden een artikel in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* over het conceptwetsvoorstel zoals dat ter internetconsultatie heeft voorgelegen. Hoewel het [wetsvoorstel](#) inmiddels de parlementaire behandeling heeft doorlopen, is dit artikel nog steeds relevant en actueel, temeer nu het wetsvoorstel in beide Kamers als hamerstuk is afgedaan en een parlementair debat helaas achterwege is gebleven, terwijl er toch nog belangrijke vraagpunten openstaan. U kunt ons artikel [hier](#) lezen.

De inzet van de amicus curiae ziet op het verkrijgen van informatie.

De regering heeft verschillende reacties ontvangen op het conceptwetsvoorstel. In de [memorie van toelichting](#) is de regering daarop ingegaan. Omdat wij dit niet bij ons artikel hebben kunnen betrekken, nemen wij deze gelegenheid te baat om dat alsnog te doen. Wij gaan in op de meest in het oog springende observaties.

Geen opmerkingen Raad van State

Het valt op dat zowel de Afdeling advisering van de Raad van State (klik [hier](#) voor het advies) als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) (klik [hier](#) voor de reactie) geen opmerkingen hadden bij het wetsvoorstel. Een verklaring daarvoor is wellicht dat de voorzitter van de ABRvS mede namens de presidenten van de andere drie hoogste bestuursrechters de minister voor Rechtsbescherming destijds zelf heeft verzocht om wettelijke verankering van de amicus curiae (zie [Kamerstukken II 2018/19, 29279, 498](#)). Ook de Hoge Raad (klik [hier](#)) en de Raad voor de Rechtspraak (klik [hier](#)) hadden geen opmerkingen, op een enkele kleine technische observatie na.

Plaats van de regeling in de Awb

Een aspect dat wij, evenals de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en de Gemeente Rotterdam, in ons artikel hebben aangesneden, is de vraag of de wettelijke regeling voor de amicus curiae wel op haar plaats is na afdeling 8.1.2A Awb over de conclusie van de staatsraad A-G. Had een plaats in de buurt van artikel 8:45 Awb (in afdeling 8.2.2 Awb) niet meer voor de hand gelegen, nu de regeling tekstueel ook aansluiting zoekt bij de artikelen 8:45, 8:45a en 8:47 Awb? De inzet van de amicus curiae staat, anders dan de conclusie van de staatsraad A-G, niet zozeer ten dienste van de rechtseenheid (al heeft het daar uiteraard wel een rol, zie MvT, p. 15), maar ziet meer op het verkrijgen van informatie, waardoor aansluiting bij de genoemde artikelen wellicht meer voor de hand ligt.

In de memorie van toelichting schrijft de regering in reactie hierop dat de keuze voor opname in titel 8.1 Awb een wetstechnisch motief heeft. Ofschoon de regels over de amicus curiae op zichzelf zouden passen in afdeling 8.2.2 Awb, heeft de regering daarvoor toch niet gekozen. Afdeling 8.2.2 Awb heeft namelijk slechts betrekking op het vooronderzoek. Gelet hierop zouden de bepalingen over het verschijnen van amici curiae ter zitting (vierde en vijfde lid van het voorgestelde artikel 8:12b) moeten worden opgenomen in afdeling 8.2.5. Dit zou betekenen dat de regeling over de amicus curiae verspreid raakt over twee afdelingen van de Awb, wat afbreuk zou doen aan de toegankelijkheid en inzichtelijkheid. Een andere reden om de regeling op te nemen in titel 8.1 is volgens de regering dat deze regeling, evenals de regeling over het nemen van conclusies in artikel 8:12a Awb, alleen geldt voor de ABRvS, de CRvB en het CBb en dus niet voor de rechtbanken. Gelet hierop geeft de regering de voorkeur aan een integrale regeling van de amicus curiae in titel 8.1 van de Awb (MvT, p. 12-13). Dit lijkt ons een legitieme keuze waarvan het goed is dat de regering die nu nader heeft gemotiveerd.

Bottom-up amicus-curiaeprocedure

In ons artikel hebben wij voorts de vraag opgeworpen of amici curiae niet zelf de gelegenheid zouden moeten hebben om zaken te selecteren waarbij zij bottom-up (feitelijke) informatie en inzichten kunnen verschaffen. Ook de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) en de Gemeente Rotterdam hebben hiervoor in hun reactie op de internetconsultatie aandacht gevraagd.

De regering is geen voorstander van dit idee. Het zou een te grote belasting opleveren van de rechtspraak en risico's geven voor de doorlooptijden.

Het instrument van de amicus curiae in de hoogste bestuursrechtspraak is volgens de regering niet bedoeld als generiek instrument voor alle procedures, maar alleen voor die procedures waarbij dat instrument naar het oordeel van het betrokken rechtscollège een duidelijke meerwaarde kan hebben (MvT, p. 14).

Dit overtuigt ons niet zonder meer. Onzes inziens is bijvoorbeeld voorstelbaar dat belangenorganisaties een verzoek kunnen indienen om deel te nemen als amici curiae in zaken waarin de rechter nog niet zelf tot inzet van de amicus curiae heeft besloten. Dat zou de rechtsbescherming van dergelijke organisaties ten goede kunnen komen. Dat neemt niet weg moet worden nagedacht over de eisen die aan dergelijke initiatieven gesteld moeten worden. Te denken valt aan toestemming van partijen, transparantie van de amici curiae over hun (financiële) belang, voor wie zij opkomen en openbaarheid van de amicusbrieven. De genoemde transparantie-eisen kunnen ook enig tegenwicht bieden aan de inherente partijdigheid van de amici curiae en de eventuele vrees voor lobbyisme.

Kennisneming van processtukken

Een belangrijke vraag is nog in hoeverre amici kennis kunnen nemen van de op de zaak betrekking hebbende stukken.

De rechter is niet verplicht om alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter beschikking te stellen aan de amici curiae.

De regering merkt op dat de rechter niet verplicht is om alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter beschikking te stellen aan de amici curiae. Het rechtscollège beoordeelt zelf of en zo ja welke stukken het ter kennis brengt van de amici curiae met het oog op een doelmatig verloop van de amicus-curiaeprocedure, waarbij rekening moet worden gehouden met de vereisten van de Algemene verordening gegevensbescherming.

De regering verwijst naar het derde lid van artikel 8:12b Awb. Hierin is de mogelijkheid voor partijen opgenomen om aan de rechter wensen kenbaar te maken over het voornemen tot inzet van de amicus curiae.

Volgens de regering kan dit moment door partijen mede worden benut om wensen kenbaar te maken over het al dan niet delen van bepaalde informatie over hun zaak met derden. Zo nodig kunnen de betrokken rechtscollèges hierover nadere regels opnemen in hun procesreglementen, aldus de regering, bijvoorbeeld over het anonimiseren van processtukken (MvT, p. 17, p. 14). Dit is ons inziens hard nodig. Wat bijvoorbeeld moet worden voorkomen, is dat een concurrent enkel als amicus curiae optreedt om inzicht te verkrijgen in bedrijfsgevoelige gegevens van een concurrent procespartij die in het procesdossier zijn opgenomen.

Openbaarheid amicusbrieven

Het is volgens ons niet meer dan vanzelfsprekend dat de amicusbrieven in beginsel ongeanonimiseerd openbaar worden gemaakt. Dat kan ook tegenwicht bieden aan mogelijk lobbyisme. De regering merkt hierover op dat de betrokken rechtscollèges in of krachtens hun procesreglementen vanzelfsprekend de nodige eisen kunnen stellen aan de personen en organisaties die opmerkingen kunnen indienen en aan de vorm, inhoud en omvang van die opmerkingen (MvT, p. 15). Dat is ons inziens te verblijvend. De regering had in het wetsvoorstel moeten opnemen dat de amicusbrieven in beginsel ongeanonimiseerd openbaar worden gemaakt, of op z'n minst daarover in de memorie van toelichting een standpunt moeten innemen. De verdere uitwerking kan plaatsvinden in de procesreglementen.

Er is nog veel onduidelijk

Het is goed te zien dat de regering in reactie op enkele vragen naar aanleiding van de internetconsultatie een aantal zaken opheldert. Dat neemt niet weg dat sprake is van een summier basisregeling die nog veel zaken openlaat. Dat is op zich niet verkeerd, maar wij zouden de suggestie willen doen om vanwege de rechtszekerheid direct bij inwerkingtreding van artikel 8:12b Awb uitgewerkte procesreglementen te hebben liggen. Die kunnen later eventueel, naar aanleiding van opgedane ervaringen, worden aangepast. Verder hebben wij in ons artikel een aantal nog openstaande vragen geformuleerd waarover de regering wat ons betreft een standpunt had moeten innemen. Nu zullen die vraagpunten in de praktijk verder uitgekristalliseerd moeten worden. De opgedane ervaringen kunnen vervolgens, indien nodig, aanleiding zijn voor verfijning van de wettelijke regeling dan wel de procesreglementen.



Tom Barkhuysen



Niels Jak



Omgevingsrecht

Planologische medewerking mag worden geweigerd als initiatiefnemer zich in strijd met gemeentelijk beleid onvoldoende heeft ingespannen voor draagvlak

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 18 december 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:4209](#)) overwogen dat een bestuursorgaan geen planologische medewerking hoeft te verlenen aan de wijziging van een bestemmingsplan als de aanvrager zich niet heeft ingespannen om maatschappelijk draagvlak te creëren. Daarvoor geldt wel als voorwaarde dat, bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid, van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting kan voor het bestuursorgaan reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen.

De Afdeling biedt hiermee de mogelijkheid participatie een verplichtend karakter te geven bij planologische besluitvorming. Daarmee neemt de Afdeling een voorschot op de mogelijkheid van verplichte participatie voorafgaand aan de indiening van een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit onder de Omgevingswet.

Etriplus / Venlo: weigering vaststelling bestemmingsplan omdat Etriplus zich onvoldoende voor participatie heeft ingespannen

Etriplus wil een windpark in het Klavertje 4-gebied in Venlo realiseren en verzoekt de gemeenteraad van Venlo daarom om een nieuw bestemmingsplan vast te stellen. De gemeenteraad weigert dit onder andere omdat Etriplus omwonenden onvoldoende zou hebben betrokken bij het overleg over de voorbereiding van het initiatief en omdat Etriplus onvoldoende onderzoek zou hebben verricht naar het draagvlak voor het windpark. Dat blijkt volgens de gemeenteraad uit de omstandigheid dat meer dan 100 omwonenden een zienswijze naar voren hebben gebracht tegen de ontwerpplannen.

Wet ruimtelijke ordening (Wro) kent geen verplichting om draagvlak onder omwonenden te realiseren.

Draagvlak en planologische besluitvorming

Voor het vaststellen van een nieuw bestemmingsplan is draagvlak in de gemeenteraad vereist. De Wet ruimtelijke ordening (Wro) kent geen verplichting om draagvlak onder omwonenden te realiseren. Omwonenden hebben wel het recht om zienswijzen over een ontwerpbesluit en een ontwerpbestemmingsplan naar voren te brengen volgens de zienswijzenprocedure van afdeling 3.4 Algemene wet bestuursrecht. De Afdeling oordeelt steevast dat het bieden van inspraak voorafgaande aan de zienswijzenprocedure geen onderdeel uitmaakt van de in de Wro en het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) geregelde bestemmingsplanprocedure (zie onder meer ABRvS 18 december 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:4328](#)). Sommige gemeenten hebben inspraakrechten verruimd in verordeningen, zoals de ‘inspraakverordening’ of de ‘participatieverordening’ op grond van artikel 150 Gemeentewet. Verplichtingen uit die verordening zijn echter ook geen onderdeel van de in de Wro en het Bro geregelde bestemmingsplanprocedure, zodat het schenden van een inspraakverplichting ook geen gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van het besluit (zie onder meer ABRvS 2 februari 2011, [ECLI:NL:RVS:2011:BP2792](#)).

In de onderhavige uitspraak bevestigt de Afdeling dat het ontbreken van maatschappelijk draagvlak geen reden kan zijn om planologische medewerking aan een bestemmingsplan te weigeren. Zij overweegt echter wel dat “bijvoorbeeld op grond van gemeentelijk beleid, van een initiatiefnemer kan worden verlangd dat hij (specifieke) inspanningen verricht die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Het niet behoorlijk nakomen van een dergelijke verplichting kan voor het bestuursorgaan reden zijn de gewenste medewerking niet te verlenen.” De Afdeling verwijst hierbij naar de uitspraak van 23 oktober 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:3580](#), waarin het bestemmingsplan “Borger, zonnepark Daalkampen”, vastgesteld door de gemeenteraad van Borger-Odoorn, centraal stond. Dit bestemmingsplan voorziet in een zonnepark.

Appellant betoogde dat de raad ten onrechte niet met een objectieve beoordeling heeft aangetoond dat het voorziene zonnepark kan rekenen op een breed draagvlak bij omwonenden. De Afdeling betreft bij deze beroepsgrond het gemeentelijke Beleidsplan Zonneoogst. In het beleidsplan staat dat het inrichten van grootschalige zonneparken maatschappelijke effecten heeft en dat gelet hierop draagvlak bij omwonenden voor het zonnepark essentieel is. Een van de beoordelingsaspecten voor initiatieven is dat er een breed draagvlak moet zijn bij omwonenden. De initiatiefnemer moet aantonen voldoende te hebben geïnvesteerd in het verkrijgen van dit draagvlak. De Afdeling ziet in dit gemeentelijke beleid echter *“niet een harde randvoorwaarde neergelegd waaraan de consequentie is verbonden dat het plan niet mag worden vastgesteld als draagvlak of een vorm van participatie ontbreekt. Het beleid brengt de wens tot uitdrukking dat voldoende maatschappelijk draagvlak wordt verkregen alsmede de wens inwoners te laten participeren bij de planvorming, een wens waarvan de realisering primair op de weg van de initiatiefnemer is gelegen. Van de initiatiefnemer wordt verwacht dat hij zich inspanningen getroost om voldoende draagvlak te verwerven en participatie mogelijk te maken.”* Bovendien heeft de initiatiefnemer volgens de Afdeling zich wel voldoende ingespannen bij het bevorderen van draagvlak en participatie (onder andere door het organiseren van informatieavonden en door omwonenden aan te bieden tegen een goedkoper tarief van zonnepanelen te worden voorzien), zodat het plan in zoverre niet in strijd met het gemeentelijke beleid, inclusief het Beleidsplan Zonneoogst, is vastgesteld.

De gemeente Venlo blijkt echter geen ‘participatiebeleid’ te hebben en Etriplus heeft weldegelijk inspanningen verricht om het maatschappelijk draagvlak voor het initiatief te peilen en te vergroten. De gemeenteraad heeft het ontbreken van maatschappelijk draagvlak ten onrechte ten grondslag gelegd aan het weigeringsbesluit.

Betekenis Etriplus / Venlo voor verplichte participatie

Afdeling slaat een nieuwe koers in wat betreft betrokkenheid van omwonenden bij planologische besluitvorming.

Wij leiden uit deze uitspraak en die van 23 oktober 2019 af dat het mogelijk is om in gemeentelijk beleid op te nemen dat van een initiatiefnemer specifieke inspanningen worden verlangd die gericht zijn op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van het maatschappelijk draagvlak voor de gewenste ontwikkeling. Bovendien kan in dat beleid ook worden bepaald dat als die specifieke inspanningen niet worden verricht, planologische medewerking niet wordt verleend.

De Afdeling slaat dus een nieuwe koers in wat betreft betrokkenheid van omwonenden bij planologische besluitvorming. Het informeren en het bevorderen van draagvlak onder omwonenden kan als vereiste voor planologische medewerking worden opgenomen in gemeentelijk beleid. Dat betekent eveneens dat een vaststellingsbesluit van een bestemmingsplan voor vernietiging in aanmerking kan komen indien het in strijd met dat vereiste wordt vastgesteld, terwijl dat vereiste geen onderdeel uitmaakt van de in de Wro en het Bro geregelde bestemmingsplanprocedure. Daarbij gaan wij ervan uit dat deze lijn niet alleen geldt voor de bestemmingsplanprocedure, maar ook voor de procedure tot verlening van een omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik als bedoeld in artikel 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

Participatie in de Omgevingswet

Met deze uitspraken neemt de Afdeling een voorschot op de Omgevingswet, waarin participatie een belangrijke plaats inneemt. De ‘algemene’ participatieverplichting voorafgaand aan de vaststelling van een omgevingsplan geregeld in artikel 10.2 Omgevingsbesluit verschilt inhoudelijk niet van wat nu is geregeld in artikel 3.1.6 lid 1 aanhef en onder e Bro. De Omgevingswet en het Omgevingsbesluit geven voor wat betreft het omgevingsplan geen aanleiding aan te nemen dat de lijn in de in dit bericht besproken uitspraken daarop niet van toepassing is.

Anders is dat mogelijk voor omgevingsvergunningen. Artikel 16.55 lid 2 Omgevingswet bepaalt dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld over de door de aanvrager van een omgevingsvergunning te verstrekken gegevens en bescheiden. In artikel 16.55 lid 6 Omgevingswet staat dat in die ministeriële regeling in ieder geval regels worden gesteld over het bij de aanvraag verstrekken van gegevens over participatie van en overleg met derden. Hieraan is invulling gegeven via artikel 7.4 Omgevingsregeling. Lid 1 daarvan bepaalt dat bij de aanvraag wordt aangegeven of burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding van de aanvraag zijn betrokken. *Als dat het geval is*, dan verstrekt de aanvrager op grond van lid 2 bij de aanvraag gegevens over hoe zij zijn betrokken en wat de resultaten daarvan zijn. Kortom, artikel 7.4 Omgevingsregeling verplicht niet tot participatie.

Bovendien is de regeling in artikel 7.4 Omgevingsregeling volgens de nota van toelichting (Stcrt. 2019, nr. 56288, p. 338) uitputtend:

“De aanvraagvereisten zijn uitputtend geregeld in artikel 7.4. Er mogen geen aanvullende eisen worden gesteld aan de participatie, al dan niet via een aanvraagvereiste. Dit geldt dus ook voor eventuele vormvereisten. Hiermee wordt de vormvrijheid van het participatieproces verzekerd.

Door de uitputtendheid van het aanvraagvereiste mogen decentrale overheden geen aanvullende regels stellen over participatie waaraan een aanvraag voor vergunningplichtige activiteiten zoals opgenomen in een omgevingsplan, omgevingsverordening of waterschapsverordening moet voldoen. Bijvoorbeeld een vereiste dat burens instemming moeten hebben verleend voor een activiteiten. Zo een vorm van ‘burenplanologie’ miskent ook de rol van het bevoegd gezag en is niet geoorloofd.”

Artikel 16.55 lid 6 Omgevingswet jo. artikel 7.4 Omgevingsregeling is dus relatief tandeloos. Dat geldt in (iets) mindere mate voor artikel 16.55 lid 7 Omgevingswet. Die bepaling luidt: *“De gemeenteraad kan gevallen van activiteiten aanwijzen waarin participatie van en overleg met derden verplicht is voordat een aanvraag om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit waarvoor het college van burgemeester en wethouders bevoegd gezag is, kan worden ingediend.”*

Deze bepaling strekt ertoe dat de raad gevallen kan aanwijzen waarin participatie verplicht is voorafgaand aan de aanvraag van een omgevingsvergunning voor een gemeentelijke buitenplanse omgevingsplanactiviteit. In de nota van toelichting staat hierover:

“Voor die gevallen waarin de participatie is verplicht, moet de aanvrager aantonen dat hij aan participatie heeft gedaan.

Voor deze door de gemeenteraad aan te wijzen gevallen kan de aanvraag buiten behandeling worden gelaten indien niet aan participatie is gedaan. Dit in tegenstelling tot de hierboven beschreven aanvraagvereisten over participatie van artikel 7.4. Doordat de aanvraagvereisten over participatie uitputtend geregeld zijn, mogen ook voor deze door de gemeenteraad aan te wijzen gevallen gedaan aanvullende aanvraagvereisten worden gesteld.” (Stcrt. 2019, nr. 56288, p. 337)

De Afdeling is een nieuwe koers ingeslagen ten aanzien van participatie bij ruimtelijke besluiten.

Artikel 7.4 Omgevingsregeling stelt geen inhoudelijke vereisten aan participatie. Daardoor kan onzes inziens een initiatiefnemer aan artikel 16.55 lid 7 Omgevingswet al voldoen door een bericht te verspreiden met de strekking dat een aanvraag voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit zal worden ingediend en dat omwonenden hun observaties daarover binnen bijvoorbeeld twee weken kenbaar kunnen maken aan de initiatiefnemer. Als omwonenden van die gelegenheid geen gebruik maken, dan is onzes inziens aan artikel 16.55 lid 7 Omgevingswet voldaan (op een

vergelijkbare wijze als aan de vooroverlegverplichting op grond van artikel 3.1.1 Bro kan worden voldaan). Als omwonenden van de gelegenheid wel gebruikmaken, dan kan de initiatiefnemer afhankelijk van de opmerkingen van omwonenden een reactie daarop meesturen met de aanvraag.

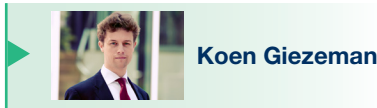
Omgevingswet: participatievereiste als aanvraagvereiste tandeloos, maar niet als invulling van een discretionaire bevoegdheid een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit te verlenen

Onzes inziens is het van belang om een onderscheid te maken tussen de rol van participatie als aanvraagvereiste en de rol van participatie bij gebruikmaking van een discretionaire bevoegdheid van een bestuursorgaan bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit. Participatie heeft als aanvraagvereiste weliswaar een (zeer) beperkte rol, maar via beleid kunnen gemeenten concrete participatievereisten stellen aan een initiatiefnemer die voorwaardelijk zijn voor het bevoegd gezag om gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid om een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit te verlenen.

Conclusie

De Afdeling is een nieuwe koers ingeslagen ten aanzien van participatie bij ruimtelijke besluiten. Anders dan voorheen kunnen gemeenten, op basis van gemeentelijk beleid, planologische medewerking aan een ruimtelijk besluit afhankelijk stellen van specifieke inspanningen door de initiatiefnemer die erop gericht zijn om omwonenden te informeren en om maatschappelijk draagvlak te verwerven of te vergroten. De nieuwe koers van de Afdeling is ook van belang voor de Omgevingswet. Hoewel participatie in die wet als tandeloos aanvraagvereiste is geformuleerd, maken de in dit bericht besproken uitspraken het mogelijk dat gemeenten aanvullende ‘participatievereisten’ stellen. Gemeentelijk ‘participatiebeleid’ kan daardoor een grotere betekenis krijgen.

Dat vergt meer inspanningen van initiatiefnemers en bestuursorganen en heeft mogelijk ook meer discussie over participatie en betrokkenheid van omwonenden tot gevolg. Ter voorkoming van rechtsonzekerheid vergt het aanbeveling om participatiebeleid helder te formuleren en goed af te wegen of, en zo ja in welke gevallen en in welke vorm burgerparticipatie bij ruimtelijke besluiten vereist is.





De vierde handelsperiode van het Europees emissiehandelssysteem (ETS-IV): een overzicht van belangrijke wijzigingen per 1 januari 2021

Op 1 januari 2021 begon de vierde handelsperiode van het Europees Emissiehandelssysteem voor CO₂ emissierechten (hierna ook: ETS-IV). ETS-IV bevat een aantal wijzigingen ten opzichte van de derde handelsperiode (hierna: ETS-III). De doelstelling van het Europese emissiehandelssysteem (hierna: ETS) was en is een vermindering van 43% van de broeikasgasemissies (hierna ook: CO₂-uitstoot) in de EU in 2030 ten opzichte van 2005. Om dit doel te behalen zal de hoeveelheid emissierechten die in omloop is onder ETS-IV verder verminderen.

In dit blog bespreken wij belangrijke wijzigingen onder ETS-IV ten opzichte van ETS-III, die voor een groot deel sinds 1 januari 2021 in werking getreden en voor een deel al in werking zijn ter voorbereiding van de nieuwe handelsperiode. Wij gaan eerst in op de hoofdlijnen van de veranderingen onder ETS-IV (**onder 2**). Vervolgens bespreken wij belangrijke wijzigingen in de ETS-Richtlijn en de intrekking en toepassing van oude en nieuwe verordeningen (**onder 3**). Hierna bespreken wij hoe de wijzigingen van de Europese wetgeving zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving, waarbij wij achtereenvolgens ingaan op hoofdstuk 16 van de Wet Milieubeheer, het Besluit handel in emissierechten en de Regeling handel in emissierechten (**onder 4**). Wij sluiten af met een overzicht van de belangrijkste praktische gevolgen van vorenstaande voor deelnemers aan het ETS (**onder 5**). Het blog biedt een overzicht van de belangrijke wetswijzigingen onder ETS-IV, waarbij we enkele onderwerpen nader uitlichten. Een gedetailleerde bespreking per wijziging gaat de reikwijdte van dit blog te buiten.

Op 1 januari 2021 begon de vierde handelsperiode van het Europees Emissiehandelssysteem voor CO₂ emissierechten.

Wijziging op hoofdlijnen: wat wijzigt er onder het ETS-IV?

Op hoofdlijnen zijn de wijzigingen onder ETS-IV te verdelen in twee thema's. Ten eerste de vermindering van de hoeveelheid emissierechten in omloop. Het aantal kosteloos toe te wijzen emissierechten en de te veilen hoeveelheid emissierechten is een stuk lager dan onder ETS-III. Dit bespreken wij nader in paragraaf 3 waarin wij nader ingaan op de wijziging van de Richtlijn 2003/87/EG (hierna: de ETS-Richtlijn). De vermindering van emissierechten in omloop is deels ook het gevolg van de uitbreiding

van het gebruik van de zogenaamde marktstabiliteitsreserve. Al sinds 1 januari 2019 wordt een hoeveelheid emissierechten "buiten de markt gehouden" en in een zogenoemde marktstabiliteitsreserve geplaatst, op grond van het [Besluit 2015/1814](#). In het geval het totaal aantal emissierechten in omloop een drempelwaarde overschrijdt, wordt een hoeveelheid gelijk aan 12% van de in omloop zijnde hoeveelheid emissierechten in de marktstabiliteitsreserve geplaatst. In de periode tussen 2019 en 2023 verdubbelt het percentage van 12 naar 24% (artikel 1 lid 5 Besluit 2015/1814). Onder voorwaarden kunnen emissierechten in de marktstabiliteitsreserve weer op de markt komen (artikel 1 lid 6 en 7 Besluit 2015/1814). Met ingang van 2023 is echter mogelijk een deel van de emissierechten in de marktstabiliteitsreserve niet langer geldig. Het aantal emissierechten in de marktstabiliteitsreserve dat het totaal aantal emissierechten overschrijdt dat het jaar ervoor is geveild, is dan niet meer geldig (artikel 1 lid 5 bis Besluit 2015/1814). Dit wordt het annuleringsmechanisme genoemd. Het annuleringsmechanisme treedt automatisch in werking maar kan door de Europese Commissie worden aangepast na haar evaluatie van de werking van marktstabiliteitsreserve. De Europese Commissie publiceert jaarlijks uiterlijk 15 mei het totaal aantal emissierechten in omloop. In 2020 is dit gepubliceerd in het [besluit van de Europese Commissie van 8 mei 2020](#). Hierin stelt zij vast dat het totaal aantal emissierechten in omloop ruim 1,38 miljard emissierechten betrof op 31 december 2019. In dit besluit stelt de Europese Commissie ook vast hoeveel emissierechten in de marktstabiliteitsreserve zijn geplaatst, op grond van de bepalingen in Besluit 2015/1814.

Ten tweede beogen de wijzigingen dat de kosteloze toewijzing van emissierechten onder ETS-IV meer aansluit op de daadwerkelijke activiteiten en CO₂-uitstoot bij deelnemers aan het ETS. De kosteloze toewijzing van emissierechten vindt plaats in twee rondes, namelijk een toewijzing over 2021-2025 en een toewijzing over 2026-2030. Door toe te wijzen per periodes van vijf jaar in plaats van tien jaar (en acht jaar onder ETS-III), sluit de toewijzing beter aan bij de actuele situatie bij ETS-deelnemers. Onder ETS-IV is bovendien een nieuw systeem ingericht voor het aanpassen van de kosteloze toewijzing van emissierechten bij een wijziging in de activiteiten in de broeikasgasinstallatie van een ETS-deelnemer. Dit systeem lichten wij toe in paragraaf 3 in het onderdeel over Uitvoeringsverordening 2019/1842. Hierna bespreken wij de belangrijkste specifieke wijzigingen in Europese wetgeving.

Belangrijke wijzigingen in Europese wetgeving

1. Richtlijn 2018/410 wijzigt de Richtlijn 2003/87/EG (ETS-richtlijn)

Voor ETS-IV is de [ETS-richtlijn](#) gewijzigd met [Richtlijn 2018/410](#). Een aantal belangrijke wijzigingen in de ETS-richtlijn onder ETS-IV is de volgende:

- Het begrip ‘nieuwkomer’ is gewijzigd. Voor ETS-IV zijn nieuwkomers installaties met een emissievergunning van na 30 juni 2019 (deze datum ligt drie maanden voor de datum waarop lidstaten de lijst van ETS-deelnemers moeten indienen bij de Europese Commissie). Bovendien zijn installaties met een significante uitbreiding van de capaciteit zijn – anders dan onder ETS-III – geen nieuwkomer meer (artikel 3 onderdeel h ETS-Richtlijn).
- De hoeveelheid beschikbare kosteloos toe te wijzen emissierechten vermindert per 2021 jaarlijks met 2,2 %. Onder het ETS-III was dit 1,74 % per jaar. De vermindering vindt plaats door gebruik van de zogenoemde lineaire reductiefactor (artikel 9 ETS-Richtlijn).
- De ETS-richtlijn legt vast wat het aantal te veilen emissierechten is. Met ingang van 2021 is het aantal te veilen emissierechten 57% van het totaal aantal emissierechten in omloop (artikel 10 lid 1 ETS-Richtlijn).
- Tussen 2021 en 2030 wordt 2% van de totale hoeveelheid emissierechten geveild voor de oprichting en financiering van een zogeheten “moderniseringsfonds”: een fonds voor de verbetering van de energie-efficiëntie en de modernisering van de energiesystemen van bepaalde lidstaten (artikel 10 lid 1 ETS-Richtlijn). Het fonds ondersteunt investeringen, voorgesteld door de begunstigde lidstaten, die zijn gericht op modernisering van de energiesystemen en verbetering van de energie-efficiëntie in die lidstaten. De begunstigde lidstaten zijn lidstaten waarvan in 2013 het bruto binnenlands product (bbp) per hoofd van de bevolking tegen marktprijzen minder dan 60 % van het Unie-gemiddelde bedroeg. Het moderniseringsfonds valt onder de verantwoordelijkheid van de begunstigde lidstaten. De Europese Investeringsbank (hierna: EIB) beheert de opbrengsten uit de veilingen die naar het fonds gaan (artikel 10 quinquies ETS-Richtlijn).
- Een uitbreiding van de doelstellingen waar 50% van de opbrengsten aan besteedt dient te worden. Aan de doelstellingen zijn toegevoegd: i) ontwikkeling van hernieuwbare energie, ii) maatregelen voor energie-efficiëntie en iii) financiering van klimaatacties in kwetsbare derde landen (artikel 10 ETS-Richtlijn). De lidstaten ontvangen de opbrengsten van de veilingen en dienen zich te houden aan deze doelstellingen.
- De benchmarks op grond waarvan de kosteloze toewijzing van emissierechten wordt bepaald, worden onder ETS-IV opnieuw vastgesteld voor de eerste (2021-2025) en de tweede (2026-2030) toewijzingsperiode.
- De kosteloze toewijzing van emissierechten voor stadverwarming en hoogrenderende warmteluchtkoppelingen is onder ETS-IV mogelijk (artikel 10 bis lid 4 Richtlijn). Onder ETS-III was dit niet het geval.
- Er vindt een aanpassing plaats van de kosteloze toewijzing van emissierechten wanneer er sprake is van een wijziging van meer dan 15% in activiteitsniveau van de broeikasgasinstallatie (artikel 10bis lid 20 ETS-Richtlijn). Wij bespreken dit onderdeel in de paragraaf over Uitvoeringsverordening 2019/1842 over aanpassing kosteloze toewijzing emissierechten bij wijzigingen in het activiteitsniveau. De lijst van bedrijfstakken en deeltakken die worden geacht te zijn blootgesteld aan een significant CO₂-weglekrisico (*carbon leakage list*) is aangepast. Op deze lijst staan de bedrijfstakken waarvan wordt geacht dat er een risico is dat deze bedrijven zich, door de kosten van het ETS, buiten de EU vestigen waar geen vergelijkbare kosten voor CO₂-uitstoot van toepassing zijn. Om die reden krijgen de bedrijfstakken op de lijst 100% van de kosteloos toe te wijzen emissierechten ten opzichte van de benchmark (artikel 10ter lid 1 ETS-Richtlijn). Onder ETS-IV zijn slechts de bedrijfstakken met een zeer hoog weglekrisico op de *carbon leakage list* geplaatst, waardoor de lijst kleiner wordt ten opzichte van ETS-III.

Met ingang van 2023 is mogelijk een deel van de emissierechten in de marktstabiliteitsreserve niet langer geldig.

- Een reductie van het aantal kosteloos toegewezen emissierechten tot 0% in 2030 voor activiteiten die niet op de *carbon leakage* lijst staan. Van 2021 tot en met 2026 krijgt een exploitant 30% van het totaal aan kosteloos toegewezen emissierechten dat op grond van de benchmark kan worden verkregen. Dit percentage neemt af tot uiteindelijk 0% kosteloos toegewezen emissierechten in 2030. Voor exploitanten van stadsverwarming zal dit percentage niet afnemen, dit blijft 30% tot 2030 (artikel 10ter lid 4 ETS-Richtlijn).
- De ETS-richtlijn stelt de geldigheidsduur van emissierechten uit ETS-III en ETS-IV vast (artikel 13 ETS-Richtlijn). Wij bespreken dit onderdeel in de paragraaf over de wijzigingen van hoofdstuk 16 van de Wet Milieubeheer.
- Installaties met minder dan 2500 ton CO₂-equivalente emissies per jaar kunnen worden uitgesloten van het ETS mits de lidstaat een aantal voorwaarden in acht neemt (artikel 27 bis ETS-Richtlijn). Wij bespreken dit onderdeel in de paragraaf over de wijzigingen van het Besluit handel in emissierechten.

2. De nieuwe verordeningen over monitoring en rapportage van emissies en het EU-register zijn sinds 1 januari 2021 van toepassing

Onder het ETS zijn er verordeningen van toepassing met bepalingen over de monitoring en rapportage van emissies en over het EU-register en ETS-(handels)rekeningen. De nieuwe verordeningen over deze onderwerpen zijn al sinds 2019 in werking, en enkele overgangsrechtelijke bepalingen zijn al van toepassing. De verordeningen komen inhoudelijk voor een groot deel overeen met de verordeningen die onder het ETS-III van toepassing waren. Om die reden gaan wij niet in op de inhoudelijke wijzigingen van deze verordeningen. Het betreft de volgende verordeningen.

- Voor de monitoring en rapportage van emissies van broeikasgassen onder ETS-IV is [Uitvoeringsverordening 2018/2066](#) vastgesteld. Deze verordening is van toepassing op emissies sinds 1 januari 2021. De oude verordening betreffende monitoring en rapportage, Verordening 601/2012, is sinds 1 januari 2021 ingetrokken.
- Voor de werking van het EU-register is de [Gedelegeerde Verordening 2019/1122](#) vastgesteld. In het EU-register worden alle transacties in het kader van het ETS bijgehouden. Deze verordening bevat tevens bepalingen omtrent de verschillende ETS-rekeningen zoals exploitanttegoedrekeningen en handelsrekeningen. De oude verordening betreffende de instelling van een EU-register, Gedelegeerde Verordening 389/2013, is sinds 1 januari 2021 ingetrokken.

3. De verordening met betrekking tot kosteloze toewijzing van emissierechten onder ETS-III, Besluit 2011/278/EU ('CIMS'), is op 1 januari 2021 ingetrokken en vervangen met Gedelegeerde Verordening 2019/331

De [Gedelegeerde Verordening 2019/331](#) is al in werking en van toepassing, en voorziet in de bepalingen van kosteloze toewijzing voor emissierechten onder ETS-IV. In het Engels wordt hiernaar gerefereerd als 'FAR' (naar *Free Allocation Regulation*). In de FAR zijn de bepalingen over de kosteloze toewijzing van emissierechten onder ETS-IV opgenomen. De FAR is al geruime tijd van toepassing. De aanvragen voor de eerste toewijzingsperiode onder ETS-IV moesten immers worden ingediend op grond van de bepalingen onder de FAR. Voor een groot deel komt de wijze van toewijzen van emissierechten overeen met de toewijzing onder ETS-III. Belangrijke onderdelen in de FAR die nieuw zijn, of gewijzigd ten opzichte van de CIMS onder ETS-III, zijn de volgende:

- De FAR bevat bepalingen over de aanvraag voor kosteloze toewijzing. Bij de aanvraag moet een exploitant een monitoringmethodiekplan indienen (artikel 8 FAR). Dit is nieuw ten opzichte van ETS-III. Het monitoringmethodiekplan is iets anders dan het monitoringsplan dat exploitanten op grond van de verordening over monitoring en rapportage moeten indienen. De FAR bevat hiermee aanvullende bepalingen over de monitoring van emissies. Wij bespreken dit onderscheid uitgebreider in de paragraaf over de wijzigingen van de Regeling handel in emissierechten.
- De FAR bevat bepalingen over de toewijzing van kosteloze emissierechten voor stadsverwarming.
- Exploitanten kunnen afstand doen van de toegewezen emissierechten voor alle of voor bepaalde installaties (artikel 24 FAR). Onder ETS-III konden exploitanten overigens al emissierechten afschrijven. Dit betrof het afschrijven van de emissierechten van de ETS-rekening, zonder deze in te leveren voor emissies. Dit kan ook onder ETS-IV. Anders dan bij het afstand doen van emissierechten staat de hoeveelheid af te schrijven emissierechten los van de voor de broeikasgasinstallatie kosteloos toegewezen emissierechten. Een afschrijving kan bovendien nog worden teruggedraaid, een verzoek tot afstand doen van emissierechten.
- De FAR bevat een bepaling over fusies en splitsingen van broeikasgasinstallaties, zodat meer duidelijkheid is wat de gevolgen zijn voor de toewijzing van emissierechten als exploitanten van broeikasgasinstallaties fuseren of splitsen (artikel 15 FAR).
- De FAR bepaalt dat exploitanten over 2021 tot en met 2026 30% kosteloos toegewezen krijgen van het totaal aantal emissierechten dat op grond van de benchmark kan worden verkregen voor activiteiten in de broeikasgasinstallatie. Dit percentage neemt af tot uiteindelijk 0% kosteloos toegewezen emissierechten in 2030. Voor exploitanten van stadsverwarming zal dit percentage niet afnemen en blijft dit 30% tot 2030. Dit percentage geldt niet voor bedrijven op de *carbon leakage list*, die krijgen steeds kosteloos 100% van het totaal aantal emissierechten dat op grond van de benchmark kan worden verkregen (artikel 16 lid 3 jo. bijlage V FAR).
- Een capaciteitswijziging van de broeikasinstallatie heeft geen invloed meer op het aantal kosteloos toegewezen emissierechten. Onder ETS-III leidde een wijziging in de capaciteit van de broeikasgasinstallatie of het gedeeltelijk stopzetten van de activiteiten van een broeikasgasinstallatie onder bepaalde voorwaarden tot een aanpassing van de hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten. Dit was geregeld in de CIMS. Onder ETS-IV verandert dit. Het verminderen of vermeerderen van de activiteiten in de broeikasgasinstallatie (hierna ook: activiteitsniveau) is wel van invloed op het aantal kosteloos toegewezen emissierechten. Dit volgt uit de FAR en is verder uitgewerkt in een aparte verordening: [Uitvoeringsverordening 2019/1842](#).

4. De Uitvoeringsverordening 2019/1842, betreffende de aanpassing van kosteloze toewijzing van emissierechten bij wijzigingen in het activiteitsniveau

Voor veranderingen in het activiteitsniveau van broeikasgasinstallaties is onder ETS-IV een geheel nieuw systeem van toepassing dat is uitgewerkt in [Uitvoeringsverordening 2019/1842](#) (op grond van artikel 10bis lid 20 van de ETS-Richtlijn). Onder ETS-IV wordt de kosteloze toewijzing van emissierechten aangepast wanneer het gemiddelde activiteitsniveau van een subinstallatie met meer dan 15% verschilt van het activiteitsniveau zoals toegepast bij het bepalen van de kosteloze toewijzing. De NEa voert de aanpassing uit door de kosteloze toewijzing van emissierechten te wijzigen in het jaar volgend op de twee jaren die zijn gebruikt ter bepaling van het gemiddeld activiteitsniveau. Niet het gemiddelde activiteitsniveau van de broeikasgasinstallatie als geheel, maar van de zogenoemde 'subinstallatie' is relevant. Kort samengevat, omvat een subinstallatie de emissies die ontstaan voor de vervaardiging van één specifiek product. Een broeikasgasinstallatie kan meerdere subinstallaties bevatten.



De kosteloze toewijzing van emissierechten wordt niet aangepast in het geval een verschil van 15% leidt tot het een aanpassing van minder dan 100 emissierechten.

Hiervoor is gekozen om onnodig administratieve lasten te vermijden bij een dergelijk geringe aanpassing. Als de exploitant van de broeikasgasinstallatie kan aantonen dat de daling in activiteitsniveau het gevolg is van een toename in energie-efficiëntie en geen gevolg is van een lagere productie, vindt geen aanpassing van de kosteloze toewijzing plaats.

Het nieuwe systeem brengt een nieuwe verplichting met zich: exploitanten moeten met ingang van dit jaar jaarlijks uiterlijk 31 maart een verslag indienen van het activiteitsniveau per subinstallatie binnen de broeikasgasinstallatie (artikel 3 lid 3 Uitvoeringsverordening 2019/1842). Zoals besproken, kan een broeikasgasinstallatie meerdere subinstallaties bevatten. Voor elke subinstallatie moet de exploitant het activiteitsniveau apart in het verslag opnemen. Onder ETS-III was deze verplichting er nog niet. Het verslag moet zijn geverifieerd door een verificateur en voldoen aan de vereisten zoals opgenomen in bijlage IV van de FAR. Doel van de nieuwe wijzigingsmogelijkheid is om de hoeveelheid kosteloos toegewezen emissierechten voor broeikasgasinstallaties beter af te stemmen op de daadwerkelijke productieniveaus.

Wijzigingen in nationale wetgeving

De bepalingen in de hiervoor besproken Europese verordeningen zijn rechtsreeks van toepassing op ETS-deelnemers in Nederland. Bepalingen uit de ETS-Richtlijn moet de nationale wetgever implementeren. Bepalingen over het ETS zijn in de nationale wetgeving opgenomen in hoofdstuk 16 (en hoofdstuk 18) van de Wet Milieubeheer, het Besluit handel in emissierechten en de Regeling handel in emissierechten. Wij bespreken in dit onderdeel op welke wijze deze wetgeving is gewijzigd ter implementatie van de ETS-Richtlijn. Ten slotte bespreken wij de intrekking van de Beleidsregels Nederlandse emissieautoriteit handhaving handel in emissierechten 2016 en de inwerkingtreding van de Beleidsregel Nederlandse Emissieautoriteit ETS 2021.

De bepalingen in de besproken Europese verordeningen zijn rechtsreeks van toepassing op ETS-deelnemers in Nederland.

Wijzigingen in de Wet Milieubeheer

In hoofdstuk 16 van de [Wet Milieubeheer](#) (hierna: Wm) zijn de bepalingen over handel in emissierechten opgenomen. In hoofdstuk 18 Wm zijn bepalingen opgenomen over handhaving van het bepaalde in hoofdstuk 16. Hoofdstuk 16 Wm is al bij [wet van 2 oktober 2019](#) gewijzigd ter voorbereiding op ETS-IV. Het overgangsrecht bepaalt echter dat de nieuwe tekst alleen geldt voor emissies en emissierechten van na 1 januari 2021. De oude tekst,

voor inwerkingtreding van de wijzigingen per 14 november 2019, blijft gelden ten aanzien van emissierechten verkregen onder ETS-III. Hieronder hebben wij enkele belangrijke wijzigingen van hoofdstuk 16 Wm op een rij gezet:

- Een belangrijke wijziging in de Wm is de vervanging van het begrip 'inrichting' voor 'broeikasgasinstallatie'. In de Europese wetgeving over het ETS wordt het begrip 'installatie' (waarmee wordt bedoeld op een broeikasgasinstallatie) als kernbegrip gehanteerd. In hoofdstuk 16 werden de begrippen inrichting en broeikasgasinstallatie naast elkaar gebruikt. Het begrip inrichting was bepalend voor de reikwijdte van de emissievergunning. Met de wijziging is het begrip broeikasgasinstallatie bepalend voor de reikwijdte van de emissievergunning. Voor de praktijk kan dit een belangrijke wijziging inhouden omdat het begrip broeikasgasinstallatie naar wij verwachten minder ver reikt dan het begrip inrichting. Bovendien is er over de reikwijdte van het begrip broeikasgasinstallatie weinig Nederlandse en Europese rechtspraak. Het valt ons op dat de nationale wetgever bij de wetswijziging niet vermeldt dat de wijziging te maken heeft met de aansluiting bij de ETS-Richtlijn. In de [Memorie van toelichting](#) wordt benadrukt dat de aanpassing wordt gedaan ter voorbereiding op de Omgevingswet. In de Omgevingswet wordt het inrichtingenbegrip losgelaten. Omdat de wetgever het voornemen heeft om hoofdstuk 16 Wm op den duur over te laten gaan in de Omgevingswet, is het begrip ter voorbereiding op die overgang vast aangepast. De inwerkingtreding van de Omgevingswet en de gevolgen voor hoofdstuk 16 Wm gaan de reikwijdte van dit blog te buiten en behandelen wij hier niet. Wij menen dat het een goede ontwikkeling is dat de Wm met de wijzigingen aansluit bij het begrip broeikasgasinstallatie. Op grond van de oude tekst in de Wm was 'de drijver van de inrichting' degene voor wie de emissievergunning van toepassing was (artikel 16.19 Wm) en aan wie de emissierechten werden toegewezen (artikel 16.35 Wm). Uit jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt dat er meerdere drijvers van een inrichting kunnen zijn (ABRvS 28 april 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AN5834). Hierdoor kon er dus discussie zijn over de vraag wie bijvoorbeeld de emissierechten zou moeten ontvangen in het geval er meerdere drijvers zijn. Door in de desbetreffende artikelen te verwijzen naar de exploitant van de broeikasgasinstallatie, wordt deze discussie (zoveel als mogelijk) voorkomen. Opvallend is wel dat de artikelen 16.24 Wm, 16.34c Wm en 16.37 Wm na de wijziging nog verwijzen naar het begrip inrichting. Uit de memorie van toelichting volgt niet dat dit een bewuste keuze is van de wetgever. Het zou dus kunnen dat dit een ommissie is.
- In artikel 16.27 Wm zijn de voorschriften opgenomen ten aanzien van de kosteloze toewijzing van 100% van de emissierechten voor bedrijfstakken op de *carbon leakage* lijst en 30% (aflopend tot 0% in 2030) voor

- andere bedrijfstakken (op grond van artikel 10ter lid 1 en lid 4 ETS-Richtlijn).
- Zoals besproken omvat ETS-IV een aanpassing van de kosteloze toewijzing van emissierechten bij een verandering in het activiteitsniveau van de broeikasgasinstallatie van meer dan 15% (op grond van artikel 10bis lid 20 en 21 ETS-Richtlijn, uitgewerkt in de FAR). Artikel 16.29 Wm bepaalt dat bij ministeriële regeling regels kunnen worden gesteld over dit systeem. Daarnaast bepaalt artikel 16.34 lid 1 onder b Wm dat een besluit inhoudende kosteloze toewijzing van emissierechten kan worden gewijzigd wanneer het *niveau van in bedrijf zijn van de broeikasgasinstallatie wordt verminderd of verhoogd* in de zin van artikel 10bis lid 20 van de ETS-Richtlijn. Ten tijde van de wijziging van de Wm was de Uitvoeringsverordening 2019/1842 nog niet vastgesteld, om die reden wordt in de Wm naar de bepaling in de ETS-Richtlijn verwezen. Om diezelfde reden was het voor de nationale wetgever nog niet duidelijk welke regels moesten worden vastgesteld over een meldingsplicht van wijzigingen in het activiteitsniveau. Daarom creëert artikel 16.13a Wm de mogelijkheid bij ministeriële regeling een meldingsplicht vast te stellen. Deze meldingsplicht is (nog) niet opgenomen in een ministeriële regeling. Wij bespreken dit in de paragraaf over de Regeling handel in emissierechten.
- In artikel 16.35 Wm zijn de voorschriften met betrekking tot de geldigheid van emissierechten opgenomen. Een broeikasgasemissierecht dat met ingang van 1 januari 2013 is verleend, is voor onbepaalde tijd geldig. Een broeikasgasemissierecht dat met ingang van 1 januari 2021 is verleend, bevat een aanduiding waaruit blijkt in welke periode van tien jaar te rekenen vanaf 1 januari 2021 het is verstrekt en is geldig voor emissies met ingang van het eerste jaar van die periode.
- In hoofdstuk 18 van de Wm (handhaving) is een verbod opgenomen tot handelen in strijd met een aantal bepalingen uit de FAR (artikel 18.5a Wm). In de Wm wordt naar de FAR verwezen als de Verordening kosteloze toewijzing van emissierechten.

Wijzigingen in het Besluit handel in emissierechten.

Het [Besluit handel in emissierechten](#) (hierna: het Besluit) wijst de activiteiten aan die emissie van een broeikasgas naar de lucht veroorzaken. Installaties waarin deze activiteiten worden verricht zijn broeikasgasinstallaties, die op grond van de Wet milieubeheer verplicht een emissievergunning moeten hebben (art. 16.5 Wm). Hieronder bespreken wij enkele belangrijke wijzigingen van het Besluit, die bij besluit van [9 oktober 2019](#) zijn vastgesteld in het kader van ETS-IV:

- Per 1 januari 2020 zal in het Besluit het woord 'inrichting' worden vervangen voor 'broeikasgasinstallatie'. Met die wijziging verandert ook de reikwijdte van een van de uitgezonderde activiteiten. Het verbranden van gevaarlijk of huishoudelijk afval is uitgezonderd van deelname aan het ETS. Aanvankelijk waren alle broeikasgasinstallaties binnen een inrichting waarin huishoudelijk of gevaarlijk afval werd verbrand, uitgezonderd van het ETS. Dit wijzigt: broeikasgasinstallaties binnen een dergelijke inrichting waarin andere, niet uitgezonderde activiteiten, worden verricht, zullen vergunningplichtig worden. De reikwijdte van de uitzondering wordt daarmee beperkt.
- Een andere belangrijke wijziging in het Besluit in het kader van ETS-IV betreft de bepaling dat broeikasgasinstallaties met minder dan 2500 ton CO₂-equivalenten aan emissies per jaar kunnen worden uitgezonderd van deelname aan het ETS (artikel 2 lid 2 onder f Besluit). Het Besluit implementeert hiermee artikel 27 bis van de ETS-richtlijn. De exploitant die gebruik wil maken van deze uitzondering moet hier zelf om verzoeken bij de Nederlandse Emissieautoriteit (hierna: NEa). De NEa meldt de installaties bij de Europese Commissie. Een verzoek tot uitzondering kan slechts vóór de toewijzingsperiode plaatsvinden. Dit was in 2019 voor de eerste toewijzingsperiode en is in 2024 voor de tweede toewijzingsperiode onder het ETS-IV. Deze wijziging is al op 24 oktober 2019 in werking getreden.

Onder ETS-IV vinden veel wijzigingen plaats ten opzichte van ETS-III.

Wijzigingen in de Regeling handel in emissierechten

In de [Regeling handel in emissierechten](#) (hierna: de Regeling) zijn de voorschriften over de aanvraag van de emissievergunning, monitoring, gegevensverstrekking en het melden van wijzigingen ten aanzien van de broeikasgasinstallatie opgenomen. De regeling is bij [besluit van 24 mei 2019](#) grotendeels al aangepast ter voorbereiding op ETS-IV. Deze wijzigingen zijn per 29 mei 2019 in werking getreden. Met deze wijzigingen zijn de bepalingen over gegevensverstrekking ten behoeve van de aanvraag kosteloze toewijzing voor de periode 2021-2025 toegevoegd (artikel 41a t/m 41f). Bij [besluit van 5 juni 2020](#) is de regeling verder aangepast aan ETS-IV. Deze regeling is (met uitzondering van enkele artikelen) per 1 juli 2020 in werking getreden. Vrijwel alle wijzigingen zijn van toepassing op emissies van broeikasgassen in de periode vanaf 1 januari 2021 en op broeikasgasemissierechten die kosteloos zijn toegewezen of geveild in de periode vanaf 1 januari 2021. Hieronder bespreken wij enkele belangrijke wijzigingen:

- Het begrip 'inrichting' is vervangen voor 'broeikasgasinstallatie'.
- Aan de Regeling zijn monitoringsvereisten toegevoegd voor broeikasgasinstallaties met minder dan 2500 ton CO₂-equivalenten aan emissies die op verzoek van de exploitant zijn uitgezonderd (artikel 7b Regeling). Wij hebben deze uitzondering besproken bij het Besluit handel in emissierechten. In artikel 7b Regeling is opgenomen dat op de exploitant een meldingsplicht rust wanneer de desbetreffende broeikasgasinstallatie de drempel van 2500 ton CO₂ overschrijdt.

- In de Regeling is de verplichting opgenomen tot het indienen van een monitoringmethodiekplan (artikel 41c Regeling). Voor de inhoud van het monitoringmethodiekplan verwijst de Regeling naar de eisen die hierover zijn opgenomen in de FAR. Het monitoringmethodiekplan is iets anders dan het monitoringsplan dat de exploitant bij de aanvraag om een emissievergunning moet indienen op grond van de Verordening monitoring en rapportage emissiehandel (zoals voorgeschreven in artikel 23 Regeling). De verplichting tot het indienen van het monitoringsplan bestond al onder ETS-III. Het monitoringsplan is uitgebreider dan het monitoringmethodiekplan en meer toegespitst op de gehanteerde meetmethoden. Het monitoringmethodiekplan omvat de monitoring van activiteitsniveaus, energiestromen en emissies op subinstallatieniveau. Dit plan dient als uitgangspunt voor zowel de vaststelling van het activiteitsniveau dat nodig is voor de kosteloze toewijzing van emissierechten, als het jaarlijks in te dienen verslag over het activiteitsniveau, dat wij hierna bespreken. Het monitoringmethodiekplan moest door exploitanten uiterlijk 30 juni 2019 zijn ingediend. Als een exploitant het monitoringmethodiekplan wil wijzigen moet dit worden afgestemd met de NEa. De exploitant mag niet significante wijzigingen doorvoeren zonder toestemming van de NEa, maar moet dit wel uiterlijk 31 december van het jaar waarin de wijzigingen zijn doorgevoerd melden (artikel 41d Regeling). Voor significante wijzigingen is eerst toestemming van de NEa nodig (artikel 9 lid 4 van de FAR). Artikel 9 lid 5 van de FAR omschrijft wat significante wijzigingen zijn. Een verandering van de wijze waarop activiteitsniveaus en de andere te rapporteren gegevens worden bepaald is in ieder geval een significante wijziging (artikel 41d lid 3 Regeling).
- In de Regeling is de verplichting opgenomen tot indienen van een verslag over het activiteitsniveau, zoals volgt uit Uitvoeringsverordening 2019/1842. In de Regeling wordt naar deze verordening verwezen als: Verordening aanpassingen kosteloze toewijzing door verandering activiteitsniveau. Exploitanten moeten uiterlijk 31 maart van elk jaar (beginnend in 2021) een verslag van het activiteitsniveau van de broeikasgasinstallatie opstellen en indienen bij de NEa (artikel 3 Uitvoeringsverordening 2019/1842). De Regeling bepaalt hoe dit verslag moet worden ingediend (artikel 41g Regeling) en wat het gevolg is wanneer het verslag niet voldoet aan de eisen in de desbetreffende verordening (artikel 41h Regeling). De datum 31 maart is tevens de datum waarop een exploitant uiterlijk het emissieverslag in moet dienen op grond van de verordening over monitoring en rapportage (artikel 68 Verordening 2018/2066).
- Onder ETS-III moesten exploitanten op eigen initiatief een melding indienen bij de NEa wanneer er sprake was van een wijziging in capaciteit of een gedeeltelijke stopzetting van activiteiten. Die meldingsplichten zijn vervallen, omdat de capaciteitswijziging en gedeeltelijke stopzetting van activiteiten geen onderdeel meer zijn van ETS-IV. Er is in de Regeling geen nieuwe meldingsplicht opgenomen met betrekking tot wijzigingen in het activiteitsniveau. De NEa wordt immers al bekend met veranderingen in het activiteitsniveau via het verslag van het activiteitsniveau. Wel moet een exploitant de volledige beëindiging van de werking van een broeikasgasinstallatie of subinstallatie melden (artikel 44 en 45 Regeling). De verplichting tot het melden van een stopzetting van de broeikasgasinstallatie bestond al onder ETS-III. Het melden van een stopzetting van slechts een subinstallatie is nieuw.

Intrekking Beleidsregels NEa

Ten slotte merken wij nog op dat de [Beleidsregels Nederlandse emissieautoriteit handhaving handel in emissierechten 2016](#) sinds 1 januari 2021 zijn ingetrokken. De beleidsregels bevatten voorschriften over de hoogtes van de boetes en de last onder dwangsom die de NEa in het kader van handhaving van ETS-III kan opleggen. Op overtredingen die zijn gepleegd of aangevangen vóór 1 januari 2021 zullen de Beleidsregels Nederlandse emissieautoriteit handhaving handel in emissierechten 2016 van toepassing blijven. De NEa heeft voor ETS-IV nieuwe beleidsregels vastgesteld: de [Beleidsregel Nederlandse Emissieautoriteit ETS 2021](#). De nieuwe beleidsregel is op 1 januari 2021 in werking getreden.

Ten slotte – concrete wijzigingen voor exploitanten van broeikasgasinstallaties

Onder ETS-IV vinden veel wijzigingen plaats ten opzichte van ETS-III. Dit blog biedt een overzicht van de wijzigingen per wettelijke regeling. Enkele wijzigingen hebben wij uitvoeriger besproken, zoals de wijziging van het aantal kosteloos toegewezen emissierechten bij een wijziging in het activiteitsniveau en de vervanging van de term broeikasgasinstallatie voor de term inrichting in de nationale wetgeving. Aankomende wijzigingen, zoals de inwerkingtreding van de Omgevingswet waar het ETS in zal worden opgenomen, gaan de reikwijdte van dit blog te buiten en zullen wij in een apart blog bespreken.

De wijzigingen leiden voor exploitanten van broeikasgasinstallaties tot de volgende nieuwe verplichtingen, in aanvulling op de verplichtingen die onder ETS-III al van toepassing waren:

- De exploitant dient bij de aanvraag om kosteloze toewijzing van emissierechten een monitoringmethodiekplan in bij de NEa. Dit moest voor 30 juni 2019 voor de eerste toewijzingsperiode onder ETS-IV.
- De exploitant meldt significante en niet significante wijzigingen in het monitoringmethodiekplan bij de NEa. Voor niet significante wijzigingen is geen toestemming nodig van de NEa. De exploitant meldt dit uiterlijk 31 december van het jaar waarin de wijziging is doorgevoerd. Voor significante wijzigingen moet de exploitant toestemming krijgen van de NEa.

- De exploitant dient jaarlijks uiterlijk 31 maart een geverifieerd verslag van het activiteitsniveau van de subinstallaties in bij de NEa.
- De exploitant meldt een (volledige) beëindiging van de werking van een broeikasgasinstallatie binnen 6 weken na beëindiging bij de NEa. De exploitant meldt de beëindiging van de werking van een subinstallatie voor 20 januari in het jaar volgend op de beëindiging.



**Jan Reinier
van Angeren**



**Valérie van
't Lam**



**Sandra
Putting**



**Jaap
Waverijn**



Belanghebbende in het omgevingsrecht: een steeds hogere drempel?

De Afdeling hanteert sinds enige jaren een vaste jurisprudentielijn ten aanzien van het belanghebbende-begrip in het omgevingsrecht. Het uitgangspunt daarbij is dat iemand die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit belanghebbende is, tenzij 'gevolgen van enige betekenis' ontbreken. De lat om aan dit criterium te voldoen lijkt steeds hoger te liggen. Wordt de toegang tot de bestuursrechter daardoor bemoeilijkt, en zo ja: is die beperking te rechtvaardigen?

De kwalificatie als belanghebbende dient als toegangspas tot de bestuursrechter: alleen personen die als belanghebbenden bij een besluit aangemerkt kunnen worden, kunnen beroep instellen bij de bestuursrechter. De Awb definieert een belanghebbende als 'degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken'. Daarmee wordt beoogd de kring van personen die een beroep op de bestuursrechter kunnen doen te begrenzen, in die zin dat niet iedere willekeurige belangstellende tegen een besluit kan opkomen.

Tot 2016 was het [vaste jurisprudentie](#) van de Afdeling dat eigenaren en bewoners van percelen die milieugevolgen van een inrichting *kunnen* ondervinden, als belanghebbende werden aangemerkt bij het verlenen van een omgevingsvergunning voor milieu voor die inrichting. Daarbij werd niet van belang geacht *in welke mate* milieugevolgen aanwezig konden zijn. In 2016 heeft de Afdeling deze jurisprudentie verlaten en is een andere, strengere lijn ingezet: sindsdien moet aannemelijk zijn dat ter plaatse van de woning of het perceel van de betrokkene *gevolgen van enige betekenis* kunnen worden ondervonden. De Afdeling sloot daarmee aan bij het criterium dat in jurisprudentie over evenementenvergunningen en bestemmingsplannen al werd gehanteerd, namelijk dat sprake moest zijn van *hinder van enige betekenis* voordat iemand als belanghebbende werd aangemerkt. Voor een uitgebreidere bespreking van deze koerswijziging van de Afdeling verwijzen wij naar ons eerdere [blogbericht](#).

Gevolgen van enige betekenis: het kader

Het moet aannemelijk zijn dat ter plaatse van de woning of het perceel van de betrokkene gevolgen van enige betekenis kunnen worden ondervonden.

In een [uitspraak](#) uit 2017 gaf de Afdeling een concrete nadere invulling van het criterium 'gevolgen van enige betekenis', die heeft geleid tot de standaardoverweging die nu wordt gehanteerd. Die uitspraak ging over de vraag wie als belanghebbende bij een handhavingverzoek ten aanzien van een mestbassin kon worden aangemerkt. Het bestuursorgaan had appellanten die op meer dan 250 meter afstand van het mestbassin woonden niet-ontvankelijk verklaard omdat zij, gelet op de omvang en aard van de activiteiten in relatie tot de beperkte klachten over geuroverlast, niet als belanghebbenden aangemerkt zouden kunnen worden.

De Afdeling overwoog allereerst dat degene die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die het besluit toestaat, in beginsel belanghebbende is bij dat besluit. Het criterium 'gevolgen van enige betekenis' dient als correctie op dit uitgangspunt. Gevolgen van enige betekenis ontbreken indien de gevolgen wel zijn vast te stellen, maar de gevolgen van de activiteit voor de woon-, leef- of bedrijfssituatie van betrokkene dermate gering zijn dat een persoonlijk belang bij het besluit ontbreekt. Daarbij wordt acht geslagen op de factoren afstand tot, zicht op, planologische uitstraling van en milieugevolgen (o.m. geur, geluid, licht, trilling, emissie, risico) van de activiteit die het besluit toestaat, waarbij die factoren zo nodig in onderlinge samenhang worden gezien. Ook aard, intensiteit en frequentie van de feitelijke gevolgen kunnen van belang zijn.

Met toepassing van deze overweging kwam de Afdeling tot de conclusie dat bezwaarmakers ten onrechte niet als belanghebbenden werden aangemerkt. Het bestuursorgaan had niet weersproken dat appellanten de geur van het mestbassin konden waarnemen, en dus dat zij feitelijke milieugevolgen van het mestbassin ondervonden. Appellanten waren daarom in beginsel belanghebbenden bij het handhavingverzoek, tenzij geoordeeld moest worden dat geen sprake was van gevolgen van enige betekenis. Bij die vraag werd van belang geacht dat de geurhinder zich met name voordeed als het mestbassin net gevuld was en de wind in de richting van de betreffende woningen stond, dat de geurhinder niet continu maar wel regelmatig plaatsvond en dat geur van mest doorgaans als penetrant wordt ervaren. Onder die omstandigheden bestond volgens de Afdeling geen grond voor het oordeel dat voor de betreffende omwonenden van het mestbassin gevolgen van enige betekenis zouden ontbreken. Appellanten moesten dan ook aangemerkt worden als belanghebbenden en hun beroepsgronden tegen het afwijzen van het handhavingverzoek konden inhoudelijk worden getoetst.

Van 'gevolgen van enige betekenis' naar 'ernstige hinder'?

Het criterium 'gevolgen van enige betekenis' biedt in principe veel ruimte voor maatwerk, waardoor casuïstische rechtspraak is ontstaan.

Het lijkt er echter op dat de vraag of iemand gevolgen van enige betekenis ervaart, steeds strenger wordt beantwoord. Aannemelijk moet zijn dat ter plaatse van een perceel hinder van enige betekenis wordt ondervonden. En – daar waar dat eerder niet altijd even duidelijk was: de bewijslast daarvoor rust op de procederende partij. Aan die bewijslast valt, zo blijkt, niet gemakkelijk te voldoen. De standaardoverweging dat een rechtzoekende niet zelf hoeft aan te tonen dat hij belanghebbende is, verliest daarmee aan betekenis. Wij wijzen bijvoorbeeld op de [situatie](#) waarin buurtgenoten van een mestverwerkingsbedrijf geen belanghebbenden waren bij de verlening van een omgevingsvergunning voor dat bedrijf, en een [uitspraak](#) waarin een omwonende van een perceel waarop reuzenraden met verlichting werden getest bot ving.

Een voorbeeld biedt de [uitspraak](#) van de Afdeling van 15 april 2020 waarin een appellant, die op 1,4 km afstand van een overslag- en mestverwerkingsbedrijf woonde, niet als belanghebbende werd aangemerkt bij een door hem ingediend handhavingsverzoek vanwege geuroverlast van het bedrijf. Zowel het bestuursorgaan als appellant verwezen naar een geurbelevingsonderzoek, dat onderdeel uitmaakte van een rapport van de StAB. Volgens het bestuursorgaan toonde dit onderzoek aan dat het bedrijf voor een “duidelijk waarneembare geur” zorgde die gekwalificeerd kon worden als “ernstige hinder”, maar dat de geur die bij de woning van appellant werd waargenomen een “aanzienlijk lichtere geur” betrof die niet als ernstige hinder werd bestempeld. Desalniettemin kon niet worden uitgesloten dat appellant feitelijke gevolgen van (onder meer) het bedrijf ondervond. De Afdeling leidde hieruit af dat geen sprake was van gevolgen van enige betekenis ter plaatse van de woning van appellant.

Dit oordeel roept de vraag op of de Afdeling de lat niet te hoog legt. Uit het rapport van de StAB bleek dat appellant in ieder geval geuroverlast, en daarmee feitelijke gevolgen, van het bedrijf ondervond. In beginsel is appellant daarmee belanghebbende. Vervolgens zou de vraag moeten zijn of die geuroverlast ‘van enige betekenis’ is. In plaats daarvan acht de Afdeling van belang dat de door appellant ondervonden gevolgen volgens een geurbelevingsonderzoek niet als “ernstige hinder” kwalificeren. Daarmee lijkt het erop dat appellant zelf nog met tegenbewijs moet komen tegen een rapport waaruit blijkt dat hij geuroverlast ervaart, om aan te tonen dat die overlast ook ernstig van aard is.

Wordt de toegang tot de bestuursrechter te veel beperkt?

Laatstgenoemde uitspraak legt een stevige bewijslast bij de procederende partij. De Afdeling is daarmee wel erg ver verwijderd geraakt van hetgeen tot 2016 nog de vaste jurisprudentielijn vormde: het *kunnen* ondervinden van milieugevolgen *in welke mate* dan ook was voldoende om als belanghebbende aangemerkt te worden.

Wij betwijfelen om meerdere redenen of deze koers gerechtvaardigd is. Vanuit het perspectief van de burger bezien: men kan lastig van een procederende burger verwachten dat hij (vooraf) met een rapport aantoont dat de hinder die hij ervaart als ernstig kwalificeert. Dat vergt heel wat meer dan een uitleg “*welke feitelijke gevolgen hij van de activiteit ondervindt of vreest te zullen ondervinden*” ([r.o. 2.2](#)). Een strenge toets vooraf zorgt verder voor veel bewerkelijke werkzaamheden voor de bestuursrechter. De bestuursrechter zal zich, in het kader van de beoordeling van de toegang tot de rechter, aan de hand van argumenten, onderzoeken en rapporten een oordeel moeten vormen over de mate van hinder. Het heeft wat ons betreft de voorkeur om geschillen, waarin vast staat dat een burger noemenswaardige hinder ondervindt maar twijfel bestaat over de mate waarin die hinder aanwezig is, inhoudelijk tot een eind te brengen. Daarbij is ook van belang dat degene die niet over een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang beschikt omdat hij bij de bestuursrechter niet-ontvankelijk is, een beroep op de civiele rechter kan doen. Voorkomen moet worden dat een te vergaande inperking van het belanghebbende-begrip ertoe leidt dat de civiele rechter moet oordelen over zaken die bij de bestuursrechter thuishoren.

Het criterium ‘gevolgen van enige betekenis’ biedt in principe veel ruimte voor maatwerk, waardoor casuïstische rechtspraak is ontstaan.

Anderzijds is het belanghebbende-begrip juist bedoeld om de kring van degenen die een besluit kunnen bestrijden te begrenzen. In de [memorie van toelichting](#) bij artikel 1:2 van de Awb werd al een strikte toepassing voorgestaan. Het hanteren van een criterium als ‘gevolgen van enige betekenis’ lijkt ons dan ook zeker geen slechte ontwikkeling, maar de steeds striktere toepassing ervan is naar onze mening niet wenselijk.

Hoe dan wel verder?

Een toepassing van het evidentie-criterium – zoals dat in artikel 8:69a van de Awb is verwoord en wordt toegepast – lijkt ons een betere weg. Daarmee zouden alleen degenen die kennelijk geen gevolgen van enige betekenis van een activiteit ondervinden vooraf van toegang tot de bestuursrechter uitgesloten worden (zie in vergelijkbare zin [literatuur](#) op dit punt).

Zo wordt voorkomen dat de toets die in het kader van de belanghebbendheid (toegang tot de rechter) plaatsvindt feitelijk al een inhoudelijke beoordeling van de mate van hinder inhoudt. Van een rechtszoekende wordt dan niet meer gevraagd dan wat binnen het redelijke ligt. Tot slot wordt op deze manier gewaarborgd dat de burger die heeft aangetoond hinder te ondervinden, die niet kennelijk van dusdanig geringe aard is dat deze te verwaarlozen is, toegang tot de bestuursrechter heeft (en zich niet tot de civiele rechter hoeft te wenden).



**Liesbeth
Berkouwer**



**Jane
van der Loo**



Corona

Begunstigingstermijn en dwangsommen bij overmacht door crises

Als de begunstigingstermijn die aan een last onder dwangsom is verbonden voor een overtreder niet haalbaar is, kan het bestuursorgaan de last opheffen, opschorten of verminderen. De huidige crisissituatie in Nederland biedt bestuursorganen ruimte om de looptijd van handhavingsbesluiten op te schorten. In dit bericht zetten wij de mogelijkheden daartoe uiteen en schetsen wij de randvoorwaarden waaraan zo'n opschorting moet voldoen.

Kader

Ingevolge artikel 5:34, lid 1 van de Awb kan een overtreder het bestuursorgaan verzoeken een last onder dwangsom op te schorten ingeval van tijdelijke gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan zijn verplichtingen te voldoen. Daarnaast kan het verzoek zien op een opheffing van de last of een vermindering van de dwangsom. In dit blogbericht focussen wij op de opschorting van de last wegens tijdelijke onmogelijkheid om aan verplichtingen te voldoen.

Artikel 5:34, lid 1 Awb vindt, zo blijkt uit de [wetsgeschiedenis](#), haar oorsprong in het burgerlijk recht (artikel 611d Rv). In een eerder [blogbericht](#) is uiteengezet wanneer een verzoek om opschorting voor toewijzing in aanmerking komt. Kort gezegd moet sprake zijn van een tijdelijke onmogelijkheid om aan de verplichtingen te

voldoen. Daarbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan situaties van overmacht, bijvoorbeeld wanneer een eigenaar niet over het pand ten aanzien waarvan een last is opgelegd kan beschikken omdat dat pand wordt gekraakt. Uit de [wetsgeschiedenis](#) blijkt verder dat de onmogelijkheid om aan verplichtingen te voldoen niet is beperkt tot situaties van overmacht. Van een onmogelijkheid kan [bijvoorbeeld](#) ook sprake zijn wanneer voor de uitvoering van een last een toestemming vereist is van een ander bestuursorgaan dan het orgaan dat de last oplegt.

Kort gezegd moet sprake zijn van een tijdelijke onmogelijkheid om aan de verplichtingen te voldoen.

Toepassing en jurisprudentie

[Jurisprudentie](#) laat zien dat strenge eisen worden gesteld aan de onderbouwing van een overmachtssituatie. Verzoeken om opschorting lijken zelden te slagen. Dat geldt temeer voor situaties waarin de overtreder laat gestart is met het beëindigen van de overtreding.

Aan de andere kant moet een bestuursorgaan een verzoek om opschorting in verband met tijdelijke onmogelijkheid – ook als dat verzoek minder expliciet is gedaan – zorgvuldig beoordelen. Dat laatste was niet gebeurd in een uitspraak over de last om bodemassen af te voeren. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland oordeelde dat wijzigingen in de markt, onder meer ten gevolge van de PAS-uitspraken, rechtvaardiging bieden voor een opschorting van de begunstigingstermijn. Daarbij vond de [voorzieningenrechter](#) relevant dat de langere opslag geen ongunstige milieugevolgen had.

Crisissituatie en opschorting

De situatie in Nederland als gevolg van het Corona-virus heeft een zeer grote impact op de dagelijkse gang van zaken bij particulieren, bedrijven, overheden en instellingen. Dat kan voor sommige partijen betekenen dat ingezette handhavingstrajecten spaak (dreigen te) lopen. De vraag doet zich voor of opschorting van de looptijd van handhavingsbesluiten gerechtvaardigd kan zijn. Dat lijkt ons in bepaalde situaties zeker het geval. Denk aan de omstandigheid dat geen of minder personeel beschikbaar is om werk te verrichten dat nodig is om een overtreding te beëindigen. Maar ook de stopzetting van goederenlevering kan ertoe leiden dat een planning onhaalbaar blijkt. Wanneer de verwachting bestaat dat niet-tijdig kan worden voldaan doet de geadresseerde van een last onder dwangsom er dan ook verstandig aan daarvan melding te maken bij het bevoegd gezag.

Artikel 5:34, lid 1 Awb spreekt van 'op verzoek van de overtreder'. Dat betekent niet dat bestuursorganen alleen in geval van een verzoek over kunnen gaan tot opschorting van de looptijd van een last en wijziging van de begunstigingstermijn. In [ons eerdere bericht](#) hebben wij uiteengezet dat (en onder welke voorwaarden) bestuursorganen bevoegd zijn om een gegeven dwangsombeschikking te wijzigen.

Een overmachtssituatie kan daartoe aanleiding geven, ook wanneer de overtreder zelf niet aan de bel trekt.

Opschorting voor hoe lang?

Vervolg vraag is welke begunstigingstermijn in de plaats moet komen van de eerder gegeven, onhaalbaar gebleken begunstigingstermijn. Uit de [wetsgeschiedenis](#) en de [jurisprudentie](#) blijkt dat de termijn gedurende welke een last kan worden uitgevoerd zonder dat een dwangsom wordt verbeurd, door het bestuursorgaan zo kort mogelijk moet worden gesteld. De termijn moet echter wel lang genoeg zijn om de last te kunnen uitvoeren.

Artikel 5:34, lid 1 Awb vermeldt dat de opschorting plaatsvindt 'voor een bepaalde termijn'. Dat laatste is nog niet zo makkelijk, wanneer onzeker is hoe lang de situatie van overmacht zal voortbestaan.

Wij zien twee mogelijkheden. Daarbij zijn vanzelfsprekend in alle gevallen de specifieke omstandigheden leidend. De eerste mogelijkheid is om de opschorting kort te houden (bijvoorbeeld een maand) en tijdig te bezien of verdere opschorting noodzakelijk is. De tweede mogelijkheid is om de begunstigingstermijn voor een langere periode op te schorten; een periode die wellicht langer is dan, op dit moment en vooralsnog, strikt noodzakelijk. De laatste mogelijkheid staat misschien op gespannen voet met jurisprudentie en wetsgeschiedenis. Toch valt voor die optie in dit tijdsgewricht zeker iets te zeggen. Ook bestuursorganen roeien in deze tijd met de riemen die zij hebben. Op een vergroting van de administratieve lasten zitten zij niet te wachten. Opschorting voor langere termijn daar waar dat aanvaardbaar is, kan dus de voorkeur hebben boven een korte opschorting met een reëel risico van herhaalde vervolgbesluitvorming.

Niet-invorderen in verband met overmacht

Opschorting moet plaatsvinden 'voor een bepaalde termijn'. Dat is nog niet zo makkelijk, wanneer onzeker is hoe lang de situatie van overmacht zal voortbestaan.

Van belang is ten slotte dat overmacht een rechtvaardiging kan bieden om te zijner tijd niet tot invordering van verbeurde dwangsommen over te (hoeven) gaan. [Jurisprudentie](#) van de Afdeling laat zien dat het niet kunnen voldoen wegens overmacht in de weg kan staan aan invordering. Advocaat-Generaal Wattel heeft in zijn [conclusie](#) aandacht besteed aan overmacht in het kader van invordering (zie daarover ons [blogbericht](#)). Overmacht rechtvaardigt een uitzondering op het uitgangspunt dat verbeurde dwangsommen ingevorderd (moeten) worden.

Een geslaagd beroep op overmacht in het kader van invordering lijkt overigens meer kans te maken wanneer de betreffende partij de omstandigheden die tot overmacht hebben geleid, tijdig heeft gemeld, zo blijkt uit [jurisprudentie](#). Het is dus ook om deze reden raadzaam om, als partijen voorzien dat zij niet tijdig aan een last kunnen voldoen, daarvan melding te doen.

Concluderend

Situaties van overmacht doen zich in bestuursrechtelijke handhavingstrajecten niet vaak voor. Doorgaans wordt dan ook terughoudend gebruik gemaakt van de bevoegdheid van bestuursorganen om de looptijd van de last onder dwangsom op te schorten. De huidige crisissituatie biedt ruimte aan bestuursorganen om, daar waar dat mogelijk en geboden is, de looptijd van een last onder dwangsom op te schorten met gebruikmaking van artikel 5:34 Awb. Geadresseerden van een last die voorzien dat zij door de huidige situatie niet tijdig kunnen voldoen, dienen tijdig daarvan melding te maken bij het bevoegd gezag.



Anna Collignon



Liesbeth Berkouwer



Jane van der Loo



Coronacrisis en staatssteun: welke mogelijkheden hebben overheden om ondernemers, wetenschappers en medici te steunen?

De opmars van het COVID-19-virus ("Coronavirus") leidt tot een crisis die zich niet slechts afspeelt in ziekenhuizen over de hele wereld, maar ook de Europese economieën piepend en krakend tot stilstand dreigt te brengen. Om dat proces een halt toe te roepen kondigde Eurocommissaris Vestager (mededinging) op 13 maart 2020 al aan dat er gewerkt werd aan een tijdelijke staatssteunkaderregeling vergelijkbaar met de [regeling](#) die naar aanleiding van de economische crisis in 2008 werd vastgesteld. Vervolgens is op 19 maart 2020 de *Kaderregeling inzake staatssteun ter ondersteuning van de economie vanwege de huidige COVID-19-uitbraak* ("[Kaderregeling](#)") aangenomen. Met deze Kaderregeling baant de Europese Commissie ("EC") de weg voor overheden om staatssteun te verstrekken ter bestrijding van de Coronacrisis. Op 3 april 2020 en 8 mei 2020 is de Kaderregeling aangepast door de EC om de staatssteun mogelijkheden nog meer uit te breiden.

In deze blog lichten wij eerst toe welke andere instrumenten overheden, naast de Kaderregeling, hebben om staatssteun te verstrekken ter bestrijding van de Coronacrisis. Vervolgens zetten wij de inhoud van de Kaderregeling uiteen. Wij sluiten vervolgens af met een selectie van de staatssteunmaatregelen die Nederland en andere overheden in de steigers gezet hebben.

De Europese Commissie neemt heel snel een besluit tijdens deze crisis, soms zelfs binnen enkele dagen.

De plaats van de "Kaderregeling" in het staatssteunrecht: één instrument in aanvulling op vele andere instrumenten

Deze Kaderregeling geeft houvast aan overheden die bijvoorbeeld snel een subsidieregeling willen opzetten voor (noodlijdende) ondernemingen. De opzet van de Kaderregeling is dat overheden staatssteun ter goedkeuring aanmelden bij de EC. De EC zal wanneer de aangemelde steunregeling voldoet aan de Kaderregeling deze steun goedkeuren. De EC neemt heel

snel een besluit tijdens deze crisis, soms zelfs binnen enkele dagen.

De EC stelt daarbij overigens voorop dat deze Kaderregeling aanvullend van aard is. De EC roept in herinnering dat overheden andere maatregelen kunnen nemen. Dat zijn deels maatregelen die niet als staatssteun kwalificeren (staatssteunvrije maatregelen). Voor een ander deel gaat het om maatregelen die wél staatssteun vormen, maar op grond van bepaalde (reeds bestaande) uitzonderingen niet aangemeld hoeven te worden bij de EC (niet-aanmeldingsplichtige staatssteunmaatregelen). En voor weer een ander deel gaat het om maatregelen die de EC snel goed kan keuren op grond van andere mededelingen en richtsnoeren (aanmeldingsplichtige staatssteunmaatregelen). Wij geven hierna een aantal voorbeelden:

- Staatssteunvrije maatregelen: het gaat hier bijvoorbeeld om loonsubsidies die niet gelden voor een bepaalde groep ondernemingen maar in principe voor eenieder open zijn gesteld. Hetzelfde geldt voor het uitstellen van verplichtingen om belastingen en sociale premies te betalen.
- Niet-aanmeldingsplichtige staatssteunmaatregelen: de Algemene Groepsvrijstellingsverordening ("AGVV") en de De-minimisverordening maken het mogelijk om staatssteun te verstrekken. De AGVV biedt onder meer ruime mogelijkheden om het midden- en kleinbedrijf staatssteun te geven. De De-minimisverordening biedt onder meer (afhankelijk van de omstandigheden) de mogelijkheid om een renteloze lening van een miljoen euro te verstrekken voor een periode van vijf jaar.
- Aanmeldingsplichtige staatssteunmaatregelen: het is ook mogelijk om noodlijdende ondernemingen te redden op basis van de [Richtsnoeren](#) voor reddings- en herstructureringssteun aan niet-financiële ondernemingen in moeilijkheden. Een aanmelding bij en goedkeuring door de EC is noodzakelijk waarbij de EC onder meer zal onderzoeken of niet te veel staatssteun gegeven wordt.

De inhoud van de Kaderregeling zelf

De – aldus als aanvulling op het hiervoor beschreven instrumentarium bedoelde – Kaderregeling ziet op nationale staatssteunregelingen (bijvoorbeeld subsidieverordeningen) en bij bepaalde gevallen op staatssteun die niet op een nationale regeling is gebaseerd, oftewel *ad hoc*-steun (denk aan een gunstige overeenkomst met een overheid). De Kaderregeling is vanaf 19 maart 2020 van toepassing. In principe kunnen alleen ondernemingen die op 31 december 2019 niet als onderneming in moeilijkheden in de zin van de AGVV in aanmerking komen voor staatssteun op grond van de Kaderregeling. De regeling is van toepassing tot 31 december 2020. Dit geldt voor alle hierna besproken steuntypen. Voor het verstrekken van herkapitalisatie als steun geldt een langere termijn, namelijk tot en met 31 juni 2021. De mogelijkheid van steun in de vorm van herkapitalisatie is op 8 mei 2020 door de tweede wijziging van de Kaderregeling toegevoegd (*deze tweede wijziging van de Kaderregeling is vastgesteld na publicatie van dit blog en wordt daarom niet besproken*).

De Kaderregeling onderscheidt de volgende *tijdelijke steunmaatregelen* om acute problemen veroorzaakt door de Coronacrisis te verhelpen.

(i) Steun in de vorm van rechtstreekse subsidies, terugbetaalbare voorschotten of belastingvoordelen

Deze staatssteun kan alleen verleend worden *op grond van een nationale regeling* met een vooraf geraamd budget. Deze steun mag niet méér bedragen dan €800.000,- bruto per onderneming en mag ook de vorm van een lening of een garantie aannemen. Steun aan ondernemingen die landbouwproducten verwerken en afzetten mag niet geheel of gedeeltelijk ten goede komen aan de primaire producenten van die producten. Voor de landbouw- en visserijsector zijn *afwijkende* voorwaarden opgenomen (zie randnummer 23 van de Kaderregeling). Ondernemingen die in verschillende sectoren met verschillende steunmaxima actief zijn dienen een gescheiden boekhouding aan te houden.

(ii) Steun in de vorm van garanties voor leningen

De overheid mag voor een beperkte periode garanties verlenen voor hogere leningen van ondernemingen. De Kaderregeling maakt zeer gunstige garantiepremies mogelijk. Die premies zijn vervat in de tabel onder randnummer 25 van de regeling. Overheden *kunnen ook een regeling* voor dergelijke garantstellingen in het leven roepen, waarbij de tabel uit de Kaderregeling geldt.

De hoofdsom van een lening met een looptijd tot na 31 december 2020 is beperkt tot 25% van de jaaromzet van de onderneming over 2019. Voor leningen met een looptijd tot 31 december 2020 mag gemotiveerd worden afgeweken van dit maximum mits de evenredigheid van de steun gewaarborgd blijft.

De garanties mogen voor maximaal 6 jaar verstrekt worden. De Kaderregeling zet regels uiteen voor de verdeling van de risico's tussen de overheid en de kredietverstrekker (randnummer 25 onder f). Bij een evenredige verdeling van de verliezen mag de overheid bijvoorbeeld 90% van de lening dekken.

(iii) Staatssteun in de vorm van rentesubsidies voor leningen

Leningen met een nominale waarde van €800.000,- mogen rentevrij verleend worden als die leningen gebaseerd zijn op een nationale steunregeling (zie punt (i)).

Overheden kunnen ook grotere leningen tegen een relatief lage rente verlenen: IBOR-percentages én een opslag als opgenomen in randnummer 27 sub a van de Kaderregeling. Die opslag is afhankelijk van de looptijd van de lening en het type onderneming. Overheden kunnen ook een (subsidie) regeling aanmelden bij de EC waarin onder andere rentesubsidies worden gebaseerd op de voornoemde tabel. De leningsovereenkomsten mogen alleen een beperkte looptijd hebben van 6 jaar en moeten zijn ondertekend voor of op 31 december 2020. Wederom geldt dat de hoofdsom van de lening beperkt is afhankelijk van de looptijd van de lening.

Kaderregeling maakt het mogelijk om onderzoek naar en ontwikkeling van medicijnen tegen COVID-19 te steunen.

(iv) Garanties en leningen verstrekt via kredietinstellingen of andere financiële instellingen

De steunmaatregelen beschreven onder (ii – garanties) en (iii – rentesubsidies) kunnen direct door de overheid worden verleend maar ook door de overheid via financiële intermediairs. Wanneer de steun via intermediairs wordt verleend, moet aan een aantal aanvullende voorwaarden worden voldaan. Deze voorwaarden komen dus bij de voorwaarden die reeds gelden en hiervoor zijn beschreven. Bij dit soort garanties en leningen wordt niet de intermediair (kredietinstelling) maar de leningnemer geacht staatssteun te ontvangen. Voor kredietinstellingen bestaan er immers aparte (crisis-)steunkaders. De kredietinstellingen moeten de voordelen van de overheids Garantie of rentesubsidie “zo veel mogelijk” doorberekenen. Het is aan de kredietinstelling om aan te tonen dat dit gebeurt en dat dit ook leidt tot bijvoorbeeld een hoger volume van kredietverstrekking.

(v) Kortlopende exportkredietverzekering

Er wordt ook geanticipeerd op een terugtrekkende markt voor exportkredietverzekeringen. Als overheden kunnen aantonen dat die markt inderdaad tekortschiet, mogen overheden zelf zekerheden bieden om de exportmarkt op gang te houden.

(vi) Onderzoek, ontwikkeling en infrastructuur gerelateerd aan COVID-19

De Kaderregeling (als per 3 april 2020 geamendeerd) maakt het mogelijk om onderzoek naar en ontwikkeling van medicijnen tegen COVID-19 te steunen. Het gaat dan kosten die noodzakelijk zijn om COVID-19 te onderzoeken en om remedies daartegen te ontwikkelen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het testen van mogelijke medicijnen.

Dit is in detail toegelicht in de toegevoegde paragraaf 3.6, waarbij ingegaan wordt op de voorwaarden waaronder de EC staatssteun goedkeurt. De benodigde infrastructuur om producten gerelateerd aan COVID-19 te testen, te ontwikkelen en op te schalen kan ook onder voorwaarden door overheden gefinancierd worden. Paragraaf 3.7 van de Kaderregeling gaat hierover.

(vii) Investeringssteun in COVID-19 gerelateerde producten

Investeringssteun voor onder meer medicijnen, behandelingen en medische apparaten die COVID-19 tegengaan is ook mogelijk. De staatssteun kan de vorm hebben van subsidies, belastingvoordelen en voorschotten. Dit is mogelijk voor projecten die op of na 1 februari 2020 zijn gestart. Projecten die daarvoor zijn gestart komen in aanmerking voor staatssteun voor zover deze het project versnelt of vergroot. Het project moet in principe uitgevoerd worden binnen zes maanden na de verlening van de staatssteun. De staatssteun mag in principe maximaal 80% van de kosten voor onder meer de productie van het product dekken. Het is mogelijk om de maximale staatssteunintensiteit met 15% te verhogen als het project binnen twee maanden wordt afgerond of als de staatssteun via meer dan één Lidstaat wordt verleend. Het is mogelijk voor de overheid om ook een garantie voor eventuele verliezen te geven.

(viii) Uitstel van belastingen en sociale premies voor bedrijven en ZZP'ers

Het is ook mogelijk om staatssteun te verstrekken door bepaalde (en dus niet alle) groepen ondernemingen een uitstel van betaling van belastingen te verlenen met als doel om hun liquiditeit gedurende de Coronacrisis in stand te houden of te verhogen. Het uitstel moet verleend worden voor 31 december 2020 en mag niet langer duren dan tot 31 december 2022.

(ix) Loonsubsidies voor werknemers

Om ontslagen te voorkomen gedurende de Coronacrisis kunnen overheden loonsubsidies geven aan ondernemingen die anders de betreffende werknemers moeten ontslaan. De steun moet wel gebaseerd zijn op nationale regelingen voor ondernemingen in een bepaalde sector, regio of van een bepaalde grootte. De staatssteun mag in principe maximaal 12 maanden duren en niet meer dekken dan 80% van het loon.

Een voortvarende start door de Lidstaten

De EC heeft op grond van de Kaderregeling reeds 27 (d.d. 8 april 2020) [beschikkingen](#) genomen. Deze beschikkingen hebben betrekking op een breedspectrum van maatregelen waaronder een Deens garantieschema voor het MKB, Duitse gesubsidieerde leningen tot 1 miljard euro per onderneming, 300 miljoen euro aan voorschotten in Luxemburg maar ook een meer specifieke Italiaanse directe subsidiëring om de productie van medisch materieel zo snel mogelijk op te schroeven. Ook is een Nederlandse regeling met een budget van € 23 miljoen [goedgekeurd](#) op basis van de Kaderregeling. Het doel daarvan is om bepaalde verstrekkers van maatschappelijke hulp en medische zorg die thuisverzorging aanbieden te ondersteunen tijdens de Coronacrisis.

Het is afwachten wat Nederland en andere Lidstaten gaan doen met het door de Europese Commissie geboden instrumentarium. Het staatssteunrecht kan echter gezien alle beschikbare instrumenten nauwelijks een obstakel zijn om de benodigde investeringen te doen ten einde de Coronacrisis te bezweren. Van belang is wel de steun goed vorm te geven en zo nodig bij de EC aan te melden.



**Tom
Barkhuysen**



Ali al Khatib



Ramses Walon



Subsidierechtelijke aspecten van de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (NOW)

Inleiding

Op 2 april 2020 trad de [tijdelijke Noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid](#) (NOW-1) in werking. Inmiddels zijn ook de NOW-2 en NOW-3 regelingen verschenen. Doelstelling van de NOW is om werkgevers te stimuleren hun personeel te behouden tijdens de corona-crisis. Dat gebeurt met een subsidie voor werkgevers, waarmee werkgevers worden gecompenseerd voor de loonkosten. De NOW is een subsidieregeling, wat betekent dat naast de regels uit de NOW zelf, ook de bepalingen over subsidies uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (titel 4.2) van belang zijn voor degenen die aanvragen indienen onder de NOW. Omdat naar verwachting velen tienduizenden beschikkingen zullen volgen verdienen enkele bijzonderheden en aandachtspunten van het subsidierecht de aandacht.

Dit blogbericht is gebaseerd op de NOW-1 en is geschreven vóórdat de NOW-2 en NOW-3 zijn verschenen. Ga voor meer informatie en blogs over de NOW-regelingen naar onze website: www.stibbe-now.nl

Een subsidie wordt verstrekt om wenselijke activiteiten te stimuleren.

Het juridische karakter van de NOW: is het wel echt een subsidie?

De tegemoetkoming die aan werkgevers wordt verstrekt is in de regeling aangemerkt als een subsidie. Dat blijkt onder andere uit het feit dat deze 'subsidie' wordt genoemd in de NOW. Een subsidie is een aanspraak op financiële middelen, verstrekt door een bestuursorgaan 'met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager' (artikel 4:21 Awb). Een subsidie

wordt verstrekt om wenselijke activiteiten te stimuleren. Met de NOW worden werkgevers gestimuleerd om hun werknemers te behouden en hiermee kwalificeert de tegemoetkoming onder de NOW als subsidie.

Die kwalificatie als subsidie is niet vanzelfsprekend. De tegemoetkoming onder de NOW bevat namelijk ook kenmerken van een uitkering, en nadeelcompensatie. De kwalificatie is van belang voor de vraag of de regeling van titel 4.2 Awb van toepassing is. Deze biedt namelijk de overheid bepaalde voordelen (zoals het eenzijdig lager vaststellen van het bedrag en het terugvorderen bij dwangbevel) die de overheid niet zou hebben als het niet om een subsidie zou gaan.

De NOW-gelden hebben karaktertrekken van uitkeringen, omdat het doel van de NOW is inkomensbehoud voor werknemers, waarmee in hun bestaan wordt voorzien. Uitkeringen zijn bedoeld om te voorzien in de kosten van het bestaan van bepaalde mensen en zijn daarmee een algehele of aanvullende inkomensvoorziening. Uitkeringen zijn daarom geen subsidie (*Kamerstukken II 1993/94, 23700, 3*).

De NOW-regeling heeft karaktertrekken van financiële compensatie voor ondernemingen die veel schade lijden door een bijzondere gebeurtenis, namelijk de corona-crisis. Dit wordt wel nadeelcompensatie genoemd. Nadeelcompensatie is verplichte schadevergoeding door bestuursorganen van schade die is veroorzaakt door rechtmatige overheidshandelingen. Bijvoorbeeld in het geval de regering verplicht horecagelegenheden te sluiten om verdere besmettingen te voorkomen. De verplichting om horecagelegenheden te sluiten kan op zichzelf rechtmatig zijn omdat daar een legitiem doel voor is, maar zorgt wel voor schade. Als aan de vereisten voor nadeelcompensatie is voldaan, is een bestuursorgaan verplicht om nadeelcompensatie toe te kennen, met aftrek van het 'normaal maatschappelijk risico', een percentage van de schade dat per geval kan verschillen. Nadeelcompensatie verschilt van subsidies omdat de overheid verplicht kan zijn schade te vergoeden maar niet kan worden verplicht subsidies te verlenen.

Wettelijke grondslag van de NOW en bevoegdheidsperikelen

De NOW is gebaseerd op de Kaderwet SZW-subsidies en de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen. Vanwege deze dubbele wettelijke grondslag is niet zeker of de Centrale Raad van Beroep (CRvB) of de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) de bevoegde hoger beroepsrechter is. De minister van SZW vermoedt dat de CRvB bevoegd is, en verwijst naar een uitspraak van de Afdeling ([ECLI:NL:RVS:2018:776](#)). Die uitspraak ging over een tegemoetkomingsregeling die was gebaseerd op dezelfde wetten als de NOW. De Afdeling oordeelde dat de CRvB bevoegd was, omdat die regeling qua onderwerp en strekking beter aansloot bij zaken die de CRvB gebruikelijk behandelt. In het geval van de NOW kan in afwijking van die uitspraak betoogd worden dat de Afdeling de meest aangewezen hoger beroepsrechter is. In de eerste plaats omdat de NOW veel kenmerken bevat van een subsidieregeling, waarvoor de Afdeling doorgaans de bevoegde rechter is. In de bepaling uit de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen, waarop de NOW is gebaseerd, is slechts in algemene zin gesteld dat taken aan het UWV kunnen worden opgedragen.

De Kaderwet SZW-subsidies, waarop de NOW ook is gebaseerd, is een meer specifieke wettelijke grondslag die direct ziet op het verstrekken van subsidies. In de tweede plaats was de Afdeling bevoegd om te beslissen op hoger beroep over werktijdverkorting, in zekere zin de voorganger van de NOW (zie bijvoorbeeld [ECLI:NL:RVS:2009:BI1067](#)).

Anderzijds heeft de NOW kenmerken van een uitkering, waarover de CRvB de bevoegde rechter is. Volgens de hiervoor genoemde uitspraak van de Afdeling ([ECLI:NL:RVS:2018:776](#)) was bovendien de CRvB de bevoegde rechter voor een regeling die op dezelfde wettelijke grondslagen was gebaseerd als de NOW. Er is dus voor beide rechtscolleges iets te zeggen, waardoor er nu twijfel is over wie de bevoegde hoger beroepsrechter is. Het zou voor de praktijk wenselijk zijn als de Afdeling en de CRvB bij voorbaat, dus voordat er hoger beroep kan worden ingesteld, al zouden kunnen mededelen bij welk rechtscollege hoger beroep zou kunnen worden ingesteld. In deze crisistijd zit niemand te wachten om geld te verspillen aan bevoegdheidsperikelen.

Ontbreken subsidieplafond

Bijzonder aan de regeling is verder het feit dat er geen subsidieplafond is opgenomen. Dat is een zeldzaamheid, maar met het oog op de huidige economische ontwikkelingen toe te juichen. Bovendien worden hiermee vraagstukken over een verdeling op grond van het 'wie het eerst komt, het eerst maalt'-principe of een loting voorkomen, voor zover de capaciteit bij het UWV daar geen aanleiding toe geeft.

Het UWV als uitvoerder van de NOW

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is formeel het bevoegde bestuursorgaan om de besluiten op grond van de NOW te nemen. Hij heeft mandaat, volmacht en machtiging verleend aan de Raad van Bestuur van het UWV (hierna: het UWV), onder andere om besluiten te nemen ter uitvoering van de NOW.

Dat betekent onder meer dat het UWV zal beslissen op aanvragen, dat bezwaarschriften tegen beschikkingen over subsidies aan het UWV kunnen worden gericht en dat het UWV deze bezwaarschriften behandelt, en dat het UWV eventuele procedures bij de bestuursrechter zal voeren. De minister van SZW is als mandaatgever bevoegd om het UWV instructies te geven over de uitoefening van de mandaatbevoegdheid. Ook blijft de minister altijd bevoegd om zelf de gemandateerde bevoegdheden uit te oefenen (artikelen 10:6 en 10:7 Awb). Ook is de minister bevoegd om beleidsregels vast te stellen over de uitoefening van bevoegdheden onder de NOW. Het is denkbaar dat de minister een beleidsregel vaststelt waarmee deze aanwijzingen geeft voor het bepalen van de loonsom.

De kwalificatie als subsidie is niet vanzelfsprekend. De tegemoetkoming onder de NOW bevat namelijk ook kenmerken van een uitkering, en van nadeelcompensatie.

Een minister kan mandaat verlenen aan een zelfstandig bestuursorgaan, zoals het UWV, voor de uitvoering van bepaalde taken (zie bijvoorbeeld [ECLI:NL:CBB:2013:294](#)). Het UWV zal wel precies moeten zijn bij de uitvoering van het mandaat. Zo mag een lid van een collegiaal bestuursorgaan, zoals de Raad van het Bestuur van het UWV, niet beslissen over een bezwaarschrift tegen een besluit van dit collegiale bestuursorgaan, en mag een ondergeschikte van het bestuursorgaan niet beslissen over een bezwaarschrift tegen een besluit van het bestuursorgaan ([ECLI:NL:RVS:2005:AR8743](#)).

De aanvraag

De aanvraag moet worden ingediend door middel van het [formulier](#) dat op de website van het UWV beschikbaar wordt gesteld. In artikel 8 NOW is opgenomen wat bij de aanvraag moet worden vermeld. Dit betreft onder anderen de verwachte omzetzaling en de aaneengesloten periode waarin dit wordt verwacht. Het is in beginsel de verantwoordelijkheid van de aanvrager om alle gegevens te verschaffen die nodig zijn voor de beschikking (artikel 4:2 lid 2 Awb). Hierna wordt een en ander toegelicht ten aanzien van de verwachte omzetzaling.

De verhouding tussen de verlening en de vaststelling: verwachte omzetzaling en daadwerkelijke omzetzaling

Het doel van de subsidie is om werkgevers tegemoet te komen in de betaling van loonkosten om ontslag van werknemers te voorkomen (artikel 3 NOW). Uit de voorwaarden om voor subsidieverlening (artikel 4 NOW) in aanmerking te komen volgt dat een werkgever aanspraak kan maken op de regeling wanneer hij in een aangesloten periode van drie maanden (tussen 1 maart tot en met 31 juli 2020) verwacht te worden geconfronteerd met een acute omzetzaling van ten minste 20%.

Uit de voorwaarden volgt dat een verwachting voldoende grondslag is om de subsidie aan te vragen. Hoewel het in het kader van subsidierecht bijzonder is dat een subsidie wordt verleend op basis van een *verwachting*, is dat in dit geval logisch omdat de subsidieregeling bedoeld is om loonkosten gelijk te houden en ontslagen te

voorkomen. Het geld moet zo snel mogelijk, en niet pas na de omzetzaling, bij de werkgever terechtkomen. Een en ander roept echter de vraag op of de uiteindelijke subsidievaststelling wordt getoetst aan de hand van de gerechtvaardigde verwachting of aan de hand van de daadwerkelijke omzetzaling.

Bij de aanvraag om subsidieverlening moet de verwachte omzetzaling worden opgegeven (zie artikel 8 lid 4 sub c NOW). Het bedrag waarvoor subsidie wordt verleend wordt volgens artikel 10 NOW berekend aan de hand van het percentage van de *verwachte* omzetzaling. Vervolgens wordt 80% van het bedrag van de subsidieverlening als voorschot verstrekt. Tot zover is de verwachting bepalend. Bij de aanvraag tot subsidievaststelling moeten echter de definitieve gegevens van de omzetzaling worden meegezonden. Artikel 14 lid 3 NOW bepaalt dat de subsidie wordt vastgesteld aan de hand van de berekeningswijze in artikel 7 NOW, die afwijkt van artikel 10 NOW. Volgens artikel 7 lid 1 NOW wordt de subsidie berekend aan de hand van het percentage van de omzetzaling. Het uiteindelijke subsidiebedrag waarop de subsidie wordt vastgesteld is dus niet de verwachte omzetzaling, hoe reëel die op dat moment ook had mogen zijn, maar op de *daadwerkelijk gerealiseerde* omzetzaling.

Het is van belang dat werkgevers zich hiervan bewust zijn. Het voorgaande kan ertoe leiden dat de subsidie uiteindelijk lager wordt vastgesteld dan de verlening en het voorschot moet worden terugbetaald (op grond van artikel 4:57 lid 1 en 4:95 lid 4 Awb). Dit is niet geheel in lijn met de hoofdregel in het subsidierecht dat de subsidie overeenkomstig de verlening wordt vastgesteld (4:46 lid 1 Awb). De (limitatieve) gronden in artikel

4:46 lid 2 Awb bepalen wanneer een subsidie lager kan worden vastgesteld. Deze gronden lichten wij uitgebreid toe in het onderdeel over de gevolgen van het niet naleven van subsidieverplichtingen. Onder de NOW wordt een andere grond toegevoegd om de subsidie lager vast te stellen dan de Awb bepaalt. Mogelijk zou een lagere vaststelling als gevolg van een lagere, daadwerkelijke omzetzaling kunnen vallen onder artikel 4:46 lid 2 onder a Awb omdat de 'activiteit' waarvoor de subsidie wordt verleend, het behoud van werknemers als gevolg van meer dan 20% omzetzaling, heeft in een dergelijk geval immers niet of niet geheel plaatsgevonden. Helemaal duidelijk is dat echter niet.

Hoewel het bijzonder is dat een subsidie wordt verleend op basis van een verwachting, is dat in dit geval logisch omdat de subsidieregeling bedoeld is om loonkosten gelijk te houden en ontslagen te voorkomen.

Wanneer overigens het omgekeerde zich voordoet (de daadwerkelijke omzetzaling is hoger dan verwacht) kan de subsidie niet hoger worden vastgesteld dan het bedrag waarvoor de subsidie is verleend. Uit de jurisprudentie volgt dat een aanvraag om vaststelling van een subsidiebedrag dat hoger is dan is verleend, moet worden opgevat als een verzoek om terug te komen van het besluit waarbij die subsidie is verleend. Het UWV moet dan dus eerst de verleningsbeschikking aanpassen met het hogere subsidiebedrag alvorens de subsidie hoger kan worden vastgesteld ([ECLI:NL:RVS:2004:AO4351](#)).

Voorwaarde om in aanmerking te komen voor de subsidie

Artikel 4 NOW bevat de voorwaarde om in aanmerking te komen voor subsidieverlening. De voorwaarde is dat een werkgever een omzetzaling van ten minste 20% verwacht. Wat opvalt is de formulering: de minister kan aan een werkgever, die de voorwaarde voldoet, een subsidie verlenen. Dit wekt de indruk dat de minister er ook voor kan kiezen geen subsidie te verlenen aan een werkgever die wel aan de voorwaarde voldoet. Dat zal niet de bedoeling zijn en het zal ook in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel als sommige werkgevers die aan de voorwaarde voldoen geen subsidie krijgen en anderen wel. Bij regelingen met een subsidieplafond is er een verplichte weigering als het geld op is (artikel 4:25 lid 2 Awb). Zoals besproken is bij de NOW niet gekozen voor een subsidieplafond.

Uit het doel van de subsidie volgt dat de omzetzaling het gevolg moet zijn van buitengewone omstandigheden die in redelijkheid niet tot het normale ondernemersrisico kunnen worden gerekend (artikel 3 NOW). Uit de toelichting blijkt echter dat niet hoeft niet te worden aangetoond in welke mate de buitengewone omstandigheden aan de omzetzaling bijdragen. Bovendien hoeven de buitengewone omstandigheden niet per se betrekking te hebben op de huidige overheidsmaatregelen. Er kan aldus ook een aanvraag worden ingediend als de omzetzaling niet het gevolg is van de corona-crisis.

Weigeringsgronden

Artikel 5 NOW bevat de weigeringsgronden. Hieruit volgt dat de omzetzaling van 20% voldoende aannemelijk moet zijn. Wanneer niet of onvoldoende aannemelijk is dat de omzetzaling 20% zal zijn wordt de subsidie geweigerd. Het is echter onduidelijk hoe de werkgever de omzetzaling aannemelijk moet maken. Bij de aanvraag moeten een aantal gegevens worden verstrekt, zoals opgenomen in artikel 8 lid 4 NOW. Op de website van het UWV staat vermeld dat deze gegevens moeten worden vermeld op een formulier, dat geprint en ondertekend moet worden ingediend tezamen met een bankafschrift.

De mogelijkheid om aanvullend bewijs voor de verwachte omzetzaling mee te sturen ontbreekt. Uit de toelichting bij de regeling volgt niet hoe het UWV deze weigeringsgrond toetst. Mede gelet op het doel en de urgentie van de regeling verwachten wij dat het UWV deze weigeringsgrond niet streng zal hanteren. Hierover zal echter pas zekerheid zijn na de eerste ronde beschikkingen.

Bovendien zijn ook de 'standaard' weigeringsgronden uit artikel 4:35 lid 2 Awb van toepassing. Op grond hiervan kan de subsidieverlening worden geweigerd wanneer de aanvrager onjuiste of onvolledige gegevens heeft verstrekt of wanneer een aanvrager failliet is verklaard, aan hem surséance van betaling is verleend of ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard. Ook wanneer slechts nog een verzoek daartoe bij de rechtbank is ingediend kan de verlening al worden geweigerd. Dit is van belang voor schuldeisers van werkgevers: als zij een verzoek indienen tot faillietverklaring van een onderneming moeten zij zich er van bewust zijn dat die ondernemingen een subsidie op grond van de NOW kan worden onthouden. Daarnaast wordt de subsidie geweigerd wanneer met de subsidie sprake zou zijn van ongoorloofde staatsteun (artikel 4:35 lid 3 Awb).

De subsidiebeschikkingen: verlening, voorschot en vaststelling

Om in de fase tussen verlening en vaststelling te beschikken over gelden kan een voorschot op het uiteindelijk vastgestelde subsidiebedrag worden verleend.

Het subsidierecht voorziet in verschillende beschikkingen: de beschikking tot subsidieverlening, de beschikking tot verlening van een voorschot en de beschikking tot vaststelling van de subsidie. De beschikking tot subsidieverlening bevat een voorwaardelijke aanspraak op gelden. De beschikking tot subsidievaststelling bevat een onvoorwaardelijke aanspraak op gelden. Om in de fase tussen verlening en vaststelling te beschikken over gelden kan een voorschot op het uiteindelijk vastgestelde subsidiebedrag worden verleend. Zie een [eerder Stibbe-blog](#) over de subsidieverstrekking, met animatie. Hieronder wordt toegelicht hoe dit onder de NOW is uitgewerkt.

De subsidieverlening en het voorschot

Onder de NOW vormen de subsidieverlening en het voorschot samen één beschikking. Een voorschot hoeft dus niet apart te worden aangevraagd. De verleningsbeschikking bepaalt zowel de hoogte van het bedrag van de subsidieverlening als het voorschot (artikel 9 lid 2 sub b NOW). Bij elke subsidieverlening wordt een voorschot verstrekt. De formulering van artikel 11 NOW laat immers geen ruimte voor de minister om een subsidie zonder voorschot te verlenen. Een voorschot is niet mogelijk voordat subsidieverlening heeft plaatsgevonden. Omdat de beslistermijn voor subsidieverlening 13 weken is zou het daarom nog wel even kunnen duren voordat werkgevers daadwerkelijk geld ontvangen. Uit de toelichting op de NOW blijkt dat het streven is om de eerste betaling te doen binnen twee tot vier weken na ontvangst van de volledige aanvraag.

Voor werkgevers is van belang dat de beslistermijn voor de verleningsbeschikking begint te lopen na ontvangst van de *volledige* aanvraag (zie artikel 9 lid 1 NOW). Dit wijkt af van de standaard Awb-bepaling over de beslistermijn bij een aanvraag. Normaal gesproken begint de beslistermijn meteen te lopen na de ontvangst van de aanvraag, ook wanneer de aanvraag onvolledig is. Is de aanvraag onvolledig, dan krijgt de aanvrager dit binnen vier weken te horen en krijgt hij een termijn om de aanvraag aan te vullen (zie artikel 4:5 Awb). De beslistermijn wordt dan opgeschort totdat de aanvraag is aangevuld of de termijn ongebruikt is verstreken (artikel 4:15 Awb). Uit de toelichting bij de NOW volgt dat de werkgever ook de mogelijkheid krijgt om een onvolledige aanvraag aan te vullen. Omdat de beslistermijn pas begint te lopen na de volledige aanvulling kan het echter nog even duren voordat er een verleningsbeschikking komt. Een tip voor de werkgever is dus om kort na de aanvraag te informeren bij het UWV of de aanvraag volledig is.

De subsidievaststelling

Op grond van artikel 14 NOW moet de werkgever binnen 24 weken na afloop van de periode waarover de omzetzaling is berekend, de beschikking tot subsidievaststelling aanvragen. Het UWV moet binnen 52 weken op die aanvraag beslissen. Hier geldt niet de eis dat de aanvraag volledig dient te zijn alvorens de beslistermijn aanvangt.

Niet tijdig beslissen door het UWV

Mocht het UWV niet tijdig beslissen op een aanvraag, dan zijn er middelen om een tijdige beslissing af te dwingen. Als de beslistermijn is verlopen, kan de aanvrager het UWV in gebreke stellen. Als het UWV twee weken na het ontvangen van deze ingebrekestelling nog geen beslissing heeft genomen, verbeurt het dwangsommen (artikel 4:17 Awb).

Ook kan werkgever twee weken nadat hij het UWV in gebreke heeft gesteld beroep instellen bij de bestuursrechter wegens het niet tijdig nemen van het besluit (artikel 6:2 en 6:12 Awb). De rechter kan het UWV zo nodig veroordelen om alsnog zo snel mogelijk een beslissing te nemen. In spoedeisende gevallen zou een werkgever de voorzieningenrechter kunnen verzoeken om een voorlopige voorziening te treffen, zoals het verlenen van een voorschot aan werkgevers in acute financiële nood. De voorlopige voorzieningenprocedure beschrijven wij kort in het onderdeel over de rechtsbescherming.

Subsidieverplichtingen

Bij een subsidie kunnen verplichtingen worden opgelegd waaraan moet worden voldaan om de subsidie te kunnen ontvangen (Afdeling 4.2.4 Awb). Artikel 13 NOW noemt de subsidieverplichtingen die aan de werkgever worden opgelegd. Een paar belangrijke voorbeelden zijn (i) de verplichting om de loonsom zoveel mogelijk gelijk te houden, (ii) geen werknemers wegens bedrijfseconomische redenen te ontslaan tijdens de subsidieperiode en (iii) de subsidie aan te wenden voor de betaling van loonkosten. Als deze verplichtingen niet worden nageleefd, kan de subsidie op grond van de Awb lager worden vastgesteld (artikel 4:46 lid 2 Awb) of de subsidieverlening worden ingetrokken dan wel gewijzigd (artikel 4:48 Awb). De NOW bevat aanvullende bepalingen ten aanzien van het intrekken en wijzigen van de subsidie, die wij hierna bespreken.

Voor de werkgever is het van belang dat naast de verplichtingen op grond van artikel 13 NOW het UWV ook de algemene verplichtingen die gelden op grond van artikel 4:37 Awb kan opleggen bij de subsidieverleningsbeschikking.

Mocht het UWV niet tijdig beslissen op een aanvraag, dan zijn er middelen om een tijds beslissing af te dwingen.

In het subsidierecht kan geen nakoming worden gevorderd ten aanzien van de subsidieverplichtingen of het doel waardoor de subsidie wordt verleend. Ter naleving van de verplichtingen op grond van de NOW kan dus geen nakoming worden gevorderd wanneer lonen niet gelijk worden gehouden of toch een ontslaaanvraag wordt ingediend. Ook kan geen last onder dwangsom of boete worden opgelegd wanneer subsidieverplichtingen niet worden nagekomen. In zulke gevallen wordt de subsidieverlening (of eventueel vaststelling) slechts gewijzigd of ingetrokken, zoals wij hierna toelichten.

Gevolgen bij niet naleven subsidieverplichtingen en misbruik: terugvorderen, intrekken, wijzigen en opschorten

De standaardbepalingen uit het subsidierecht ten aanzien van het (lager) vaststellen van de subsidie zijn van toepassing. Een subsidie wordt in beginsel vastgesteld overeenkomstig de verlening maar kan lager worden vastgesteld indien (i) de activiteit waarvoor de subsidie is verleend niet heeft plaatsgevonden, (ii) niet is voldaan aan de subsidieverplichtingen, (iii) onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt of (iv) de subsidieverlening anderszins onjuist was (artikel 4:46 Awb). Een subsidieverlening kan in deze gevallen ook worden gewijzigd of ingetrokken (artikel 4:48 Awb). Een subsidievaststelling kan ook worden gewijzigd of ingetrokken, maar slechts voor een beperkt aantal redenen (artikel 4:49 Awb). Dit lichten wij toe in het onderdeel over het intrekken of wijzigen van de subsidievaststelling.

Hieronder bespreken wij de aanvullende bepalingen die in de NOW zijn opgenomen ten aanzien van het niet naleven van subsidieverplichtingen of misbruik en oneigenlijk gebruik van de regeling.

Het lager vaststellen van de subsidie

Artikel 14 NOW bepaalt hoe de subsidie wordt vastgesteld. Zoals eerder besproken wordt de subsidie vastgesteld aan de hand van de daadwerkelijke omzetsdaling en wordt aldus een andere formule gehanteerd dan bij de subsidieverlening, waarbij de verwachte omzetsdaling bepalend is. Dit kan ertoe leiden dat de subsidie lager wordt vastgesteld dan de aanvankelijke subsidieverlening. Ook correcties die worden meegenomen bij de vaststelling, maar niet bij de verlening (zoals uitkeringen) kunnen leiden tot een lagere subsidievaststelling. Zoals hiervoor vermeld kan een subsidie op grond van artikel 4:46 Awb ook lager worden vastgesteld dan de verlening wanneer, onder anderen, niet wordt voldaan aan de subsidieverplichtingen.

Het valt op dat in de toelichting bij de NOW ten aanzien van de verplichtingen aan de werkgever wordt gesproken van een correctie op de vaststelling wanneer hieraan niet (volledig) is voldaan. In het geval bijvoorbeeld toch een ontslaaanvraag wordt ingediend (in de periode waarin dit niet is toegestaan), zal een correctie worden toegepast waardoor het subsidiebedrag lager uitvalt. In het subsidierecht wordt eigenlijk niet gesproken van correcties: de subsidie wordt lager vastgesteld dan de verlening.

Dat dit hier correctie wordt genoemd is waarschijnlijk omdat in het geval van het hiervoor genoemde voorbeeld de totale loonsom, waarmee de hoogte van de subsidie wordt berekend, wordt verlaagd. Er komt als het ware een 'correctie' op de formule waarmee de subsidie wordt berekend. In feite is dat een wijziging van de verlening dan wel een lagere vaststelling.

Interessant is verder dat er, naast de verlaging van het subsidiebedrag door het niet nakomen van een subsidieverplichting, een aantal 'standaard' correcties zijn opgenomen die niet bij de verlening maar pas bij de subsidievaststelling worden meegenomen, zoals een correctie ten aanzien van uitkeringen en vakantiebijslag (zie artikel 7 lid 1 onder a, b en c NOW). Uit de toelichting volgt dat hiervoor is gekozen omdat voor de berekening van deze complexe correcties tijd nodig is en dit een snelle bevoorschotting in de weg zou staan. Met het oog op de noodzaak van de regeling is dit een logische keuze.

Het is echter de vraag of deze systematiek zich verdraagt met artikel 4:46 Awb omdat hiermee in de NOW andere gronden worden toegevoegd om de subsidie lager vast te stellen dan de Awb toestaat (zoals ook besproken ten aanzien van het verschil tussen de verwachte en daadwerkelijke omzetsdaling, waardoor een subsidie lager zou kunnen worden vastgesteld dan verleend). De Awb gaat als wet in formele zin 'boven' een regeling zoals de NOW. De praktijk zal moeten uitwijzen hoe de bestuursrechter hiermee omgaat. Onzes inziens kunnen de gronden uit artikel 4:46 Awb lid 1 onder a (de activiteiten waarvoor subsidie is verleend hebben niet of niet geheel plaatsgevonden) en onder d (de subsidieverlening was onjuist en de subsidieontvanger wist dit of behoorde dit te weten) ten aanzien van de correcties een uitkomst bieden.

Artikel 15 NOW bevat ook de grondslag voor terugvordering van het voorschot indien dit ten onrechte of voor een te hoog bedrag is verstrekt.

Terugvorderen van het voorschot

Op grond van artikel 15 NOW kan het voorschot worden teruggevorderd wanneer niet aan de subsidieverplichtingen wordt voldaan. Dat is niet onlogisch. Het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen is immers een reden om de subsidie lager vast te stellen dan de aanvankelijke verlening (zie art. 4:46 lid 2 sub b Awb). Het voorschot dat in een dergelijk geval te veel is ontvangen kan als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd (zie art. 4:57 lid 1 en 4:95 lid 4 Awb). Omdat de Awb dit al regelt is de vraag

waarom ervoor is gekozen een en ander in een apart voorschrift op te nemen.

Artikel 15 NOW bevat ook de grondslag voor terugvordering van het voorschot indien dit ten onrechte of voor een te hoog bedrag is verstrekt. Uit de toelichting op de NOW volgt dat dit mogelijk moet maken dat voorschotten worden teruggevorderd wanneer bijvoorbeeld op enig moment blijkt dat de werkgever onjuiste of onvolledige informatie heeft verstrekt tijdens de aanvraagprocedure en op basis van de juiste informatie geconcludeerd wordt dat de subsidie ten onrechte of voor een te hoog bedrag is verstrekt. De mogelijkheid een subsidieverlening of subsidievaststelling te wijzigen of in te trekken wanneer onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt is geregeld in respectievelijk art. 4:48 lid 1 sub c en 4:49 lid 1 onder a Awb (in dit laatste artikel is een en ander niet letterlijk opgenomen, maar hiervan wordt aangenomen dat dit onder lid 1 sub a valt). Betalingen die als gevolg hiervan onverschuldigd zijn gedaan, kunnen worden teruggevorderd op grond van art. 4:57 en 4:95 lid 4 Awb. Voor zover de minister met artikel 15 NOW heeft willen regelen dat voorschotten op elk moment (dus ook vóór de vaststelling zonder de subsidieverleningsbeschikking te wijzigen) kunnen worden teruggevorderd, achten wij dit in strijd met de Awb. De toelichting verduidelijkt echter niet of de minister dit inderdaad zo heeft willen regelen. Wil het UWV tot terugvordering overgaan voor vaststelling dan zal het eerst de subsidieverleningsbeschikking moeten intrekken of wijzigen, hetgeen mogelijk is op grond van artikel 4:48 Awb.

Van belang is te vermelden dat het voorschot dat wordt teruggevorderd kan worden ingevorderd bij dwangbevel (artikel 4:57 lid 2 in samenhang met artikel 4:95 lid 5 Awb). Een dwangbevel levert een executoriale titel op en betekent dat de vordering zonder tussenkomst van de rechter kan worden uitgevoerd. Degene die zich tegen de executie verzet zal dan een executie kort geding moeten starten.

Opschorting van uitbetaling

Als het UWV vermoedt dat er gronden zijn om de verlenings- of vaststellingsbeschikking in te trekken kan het de uitbetaling van voorschotten stopzetten. Dit volgt uit artikel 4:56 Awb. Artikel 12 NOW bevat een aanvullende bepaling ten aanzien van het opschorten van de betaling. Artikel 12 onder a NOW bepaalt dat de betaling wordt opgeschort wanneer er een ernstig vermoeden is dat niet aan subsidieverplichtingen wordt voldaan. Dit is in lijn met artikel 4:56 Awb. Artikel 4:56 Awb bepaalt immers dat de betaling wordt opgeschort wanneer er een ernstig vermoeden bestaat dat artikel 4:48 Awb (wijziging of intrekking subsidieverlening) of 4:49 Awb (wijziging en intrekking subsidievaststelling) moet worden toegepast. Beide grondslagen kunnen worden toegepast in het geval niet aan de subsidieverplichtingen wordt voldaan.

Opschorten indien een melding van de werkgever daartoe aanleiding geeft, zoals opgenomen in artikel 12 onder b NOW, roept wel vragen op. Uit de toelichting maken wij op dat er controles zullen worden uitgevoerd bij op bijvoorbeeld onverwachte personeelsverschuivingen binnen concerns. Naar aanleiding hiervan kan een verklaring worden opgevraagd bij de werkgever die de subsidie ontvangt. Hoewel dit niet expliciet wordt toegelicht verwachten wij dat de 'melding' in artikel 12 onder b NOW zo een verklaring zou kunnen zijn. Onder de melding zou onzes inziens ook een vrijwillige melding vanuit de werkgever kunnen vallen waarin deze verklaart de subsidieverlening niet (meer) nodig te hebben.

Intrekken of wijzigen van de subsidievestigstelling

Artikel 16 NOW ziet op het intrekken of het wijzigen van de subsidievestigstelling. Dit kan volgens dit artikel plaatsvinden wanneer een werkgever tijdens of na de subsidieperiode niet heeft voldaan aan het doel van de subsidieregeling, zoals opgenomen in artikel 3 NOW. De vraag is hoe deze bepaling zich verhoudt met artikel 4:49 Awb. Omdat een subsidievestigstelling een definitieve aanspraak op financiële middelen vestigt en meestal na afloop van de activiteit waarvoor deze wordt verleend plaatsvindt, dienen de gronden waarop deze kan worden gewijzigd of ingetrokken beperkt te zijn. De intrekking van een onvoorwaardelijke aanspraak op gelden is namelijk een forse inbreuk op het rechtzekerheidsbeginsel. De gronden voor intrekking en wijziging van de subsidievestigstelling zijn opgenomen in artikel 4:49 Awb. Dit betreft gevallen waarin de subsidie vaststelling onjuist was door bewust handelen van de aanvrager (lid 1 sub b) of door feiten waarvan de aanvrager niet op de hoogte was maar die wel tot een lagere subsidie hadden geleid (lid 1 sub a). De laatste grond betreft het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen na de vaststelling (lid 1 sub c). Deze grond ziet op doorlopende subsidieverplichtingen die ook na het verkrijgen van de subsidie blijven gelden. Artikel 4:49 Awb omvat een limitatieve opsomming van intrekking- en wijzigingsgronden. Het artikel voorziet niet in een mogelijkheid om bij wettelijk voorschrift andere gronden op te nemen (zoals wel in art. 4:50 lid 1 sub c Awb). Het is daarom de vraag of een aanvullende intrekkinggrond zoals opgenomen in artikel 16 NOW in overeenstemming is met de Awb.

De wijze waarop een en ander nu in artikel 16 NOW is opgenomen heeft verduidelijking.

De ratio van artikel 16 NOW is misbruik en oneigenlijk gebruik van de regeling voorkomen, zo volgt uit de toelichting. De bepaling richt zich op vormen van misbruik of oneigenlijk gebruik die pas later bekend worden. Een en ander wordt overigens niet duidelijk uit de tekst zelf maar is opgenomen in de toelichting. Hiermee volgt het artikel eigenlijk al de ratio van artikel 4:49 Awb, zodat artikel 16 NOW mogelijk niet nodig is. Uit de toelichting wordt echter duidelijk dat de minister veel belang hecht aan het voorkomen van handelen in strijd met het doel van de regeling: het in dienst houden van werknemers. Onzes inziens had de minister er beter

aan gedaan het doel van de regeling nog explicieter op te nemen als (doorlopende) subsidieverplichting, zodat over de band van art. 4:49 lid 1 sub c Awb altijd een intrekking- of wijzigingsmogelijkheid bestaat. Dit is nu wel opgenomen ten aanzien van de subsidieperiode. Een van de verplichtingen is immers dat de werkgever gedurende de subsidieperiode geen werknemers mag ontslaan. Indien de minister ervoor wil zorgen dat het doel van de NOW zoveel mogelijk wordt gewaarborgd, bijvoorbeeld door het mogelijk maken van een lagere vaststelling, intrekking of wijziging wanneer na de subsidieperiode sprake is van ontslag of verlaging van het loon, had hij dit op een duidelijke en concrete wijze moeten opnemen als subsidieverplichting. Een voorbeeld is het noemen van een termijn waarbinnen de werknemers na 31 juli 2020 niet mogen worden ontslagen of waarbinnen de loonsom niet mag worden verlaagd.

De wijze waarop een en ander nu in artikel 16 NOW is opgenomen heeft verduidelijking. Het artikel beoogt een intrekking- of wijzigingsgrond in het leven te roepen voor het geval het handelen of nalaten van de werkgever in strijd is met het doel van de regeling, zowel tijdens als na de periode waarover subsidie wordt verleend. De periode na de subsidieperiode is zeer lang. Impliceert dit dat een ontslag een jaar na de subsidieperiode ook nog zou kunnen worden aangemerkt als handelen in strijd met de subsidie? Een en ander valt niet te verwachten, omdat de regeling is gericht op de periode van acute terugval, maar de tekst van de regeling is hier niet geheel duidelijk en sluit dergelijke opvattingen niet uit.

Ten aanzien van de subsidieverplichting om na 17 maart 2020 geen ontslagaanvraag in te dienen (artikel 13 onder b NOW) wordt duidelijk hoe het niet naleven hiervan doorwerkt in de subsidievestigstelling. Dit is vastgelegd in artikel 7 lid 5 NOW. In de toelichting bij de NOW is opgenomen dat loon van de ontslagen werknemers plus een vermeerdering van 50% in mindering wordt gebracht op de totale loonsom waarop de uiteindelijke hoogte van de subsidie wordt gebaseerd. Ten aanzien van het niet naleven van de andere subsidieverplichtingen is niet (vooraf) vastgesteld welk effect dit zal hebben op de uiteindelijke subsidievestigstelling.

Ten aanzien van het lager vaststellen, intrekken of wijzigen van de subsidieverlening (op grond van artikel 4:46 lid 2 respectievelijk artikel 4:48) is van belang dat dit in het subsidierecht niet proportioneel hoeft te zijn aan de grootte van de schending van de subsidieverplichtingen. Ook bij een relatief kleine schending van de verplichtingen is het mogelijk dat groot deel van de subsidies wordt ingetrokken ([ECLI:NL:RVS:2011:BP2121](#)).

De overdraagbaarheid van subsidies

De vraag kan rijzen of de subsidies onder de NOW overdraagbaar zijn. In algemene zin is het toegestaan om subsidies over te dragen. De NOW zelf heeft hier niets over geregeld. Er kan dus vanuit worden gegaan dat de subsidies overdraagbaar zijn. Hiervoor is wel toestemming van de minister van SZW nodig. Dat wil zeggen, de werkgever moet de minister verzoeken om een besluit te nemen waarmee de tenaamstelling van de subsidie wordt gewijzigd. Daarnaast kan de subsidieverleningsbeschikking eisen stellen aan de overdraagbaarheid van de subsidie. Het niet naleven van deze eisen of het zonder toestemming overdragen van de subsidie kan ertoe leiden dat de subsidie wordt ingetrokken of lager wordt vastgesteld.

Zie ook een [eerder blog](#) over het overdragen van subsidies.

Rechtsbescherming tegen beschikkingen op grond van de NOW

De hiervoor genoemde beschikkingen tot subsidieverlening en voorschot, subsidievaststelling, opschorting van betaling, intrekking en wijziging van de vaststelling zijn allemaal besluiten in de zin van de Awb. Tegen die besluiten kunnen werkgevers rechtsmiddelen aanwenden.

Binnen zes weken nadat de beschikking aan hen is toegezonden kunnen belanghebbenden, waaronder in elk geval begrepen de werkgevers bezwaar maken tegen beschikkingen (artikel 3:41 en 6:7 Awb).

Bezwaar

Binnen zes weken nadat de beschikking aan hen is toegezonden kunnen belanghebbenden, waaronder in elk geval begrepen de werkgevers bezwaar maken tegen beschikkingen (artikel 3:41 en 6:7 Awb). Niet is uit te sluiten dat ook werknemers of de ondernemingsraad bezwaar kunnen maken, ook al hebben zij mogelijk alleen een afgeleid belang bij deze beschikkingen. Een afgeleid belang moet een derde niet worden tegengeworpen als de betrokkenheid van zijn rechts- of belangenpositie bij het besluit een zelfstandige aanspraak op rechtsbescherming rechtvaardigt, zo heeft de Centrale Raad van Beroep in een tweetal uitspraken

van 5 maart 2019 geoordeeld ([ECLI:NL:CRVB:2019:669](#)). Zie hiervoor ook een [eerder blog](#) over het afgeleid belang. Mogelijk rechtvaardigt het belang van een werknemer bij behoud van werk en loon een zelfstandige aanspraak op rechtsbescherming tegen beschikkingen van het UWV. Daarnaast verplicht artikel 13 van de NOW werkgevers om de ondernemingsraad of werknemers te informeren over de subsidieverlening, hetgeen wijst op een betrokkenheid van werknemers bij beschikkingen op grond van de NOW.

Het UWV beslist binnen zes weken nadat de bezwaartermijn is afgelopen, maar kan deze beslissing eventueel voor zes weken verdagen (artikel 7:10 Awb). Het beoordeelt aan de hand van het bezwaarschrift of de beschikking die in bezwaar bestreden is in stand kan blijven, of moet worden aangepast of ingetrokken. De beslissing op het bezwaarschrift wordt ook genomen door het UWV, overigens door werknemers die niet bij de voorbereiding van de beschikking betrokken waren.

Beroep

De werkgever kan beroep instellen bij de rechtbank tegen de beslissing op bezwaar. De beroepstermijn is zes weken, vanaf de dag na die waarop de beslissing op bezwaar is toegezonden aan de werkgever (artikel 6:7 en 7:12 Awb). Tegen de uitspraak van de rechtbank kan hoger beroep worden ingesteld. Wij bespraken hierboven al dat op dit moment niet volledig zeker is welke hoger beroepsrechter bevoegd is.

Onaantastbaarheid van subsidieverleningsbeschikkingen

Tijdens een eventueel bezwaar en beroep is de onaantastbaarheid van de verleningsbeschikking een aandachtspunt voor werkgevers. Onaantastbaarheid houdt in dat de inhoud van beschikkingen juridisch komt vast te staan nadat de bezwaar- of beroepstermijn is verstreken. De inhoud hiervan kan dan niet meer ter discussie worden gesteld in een procedure. Op het moment dat een werkgever een aanvraag om subsidievaststelling indient, staat de inhoud van de subsidieverlening in beginsel vast, indien daartegen geen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld. Bij de subsidieverlening worden beslissingen genomen die van belang zijn voor de hoogte van de uiteindelijke subsidievaststelling. Zo wordt in ieder geval al bepaald voor welke periode de subsidie wordt verleend (artikel 9 lid 2 NOW). Werkgevers is daarom aan te raden om alle bezwaren die zij hebben tegen de subsidieverlening direct aan te kaarten in een bezwaarschrift tegen de subsidieverlening.

Voorlopige voorziening

Procedures voor de bestuursrechter duren vaak minimaal enkele maanden. Ook bezwaarprocedures kunnen enkele maanden duren. In sommige gevallen kan een werkgever niet een eindbeslissing op het bezwaar of beroep afwachten, omdat deze acute financiële problemen heeft. In zulke gevallen kan een werkgever met een voorlopige voorzieningenprocedure een tijdelijke oplossing bereiken. Een verzoek om voorlopige voorziening kan alleen worden ingediend als er een bezwaar- of beroepsprocedure aanhangig is tegen het bestreden besluit. De voorlopige voorzieningenprocedure is dus geen zelfstandige procedure, maar altijd afhankelijk van het aanhangig zijn van de bodemprocedure.

De voorzieningenrechter zal in principe alleen een voorziening toewijzen als er een spoedeisend belang is. Deze voorziening kan inhouden dat een aanvraag geacht wordt de zijn toegewezen en kan er ook in voorzien dat betaling dient plaats te vinden. Er is een spoedeisend belang als een besluit onomkeerbare gevolgen kan hebben. Bij financiële belangen zal vaak alleen een mogelijk faillissement of veel ontslagen als onomkeerbaar gevolg worden beschouwd. Een rechter zal niet snel een voorziening treffen als hij vermoedt dat het bestreden besluit rechtmatig is, en juist sneller een voorlopige voorziening treffen als hij denkt dat het bestreden besluit onrechtmatig is. Dat is het voorlopige rechtmatigheidsoordeel. Het bestuursorgaan dat het bezwaar behandelt en de bestuursrechter in beroep zijn niet gebonden aan het rechtmatigheidsoordeel van de voorzieningenrechter.

Afsluiting

Het is toe te juichen dat de overheid is gelukt om in een korte tijd deze subsidieregeling vast te stellen voor werkgevers. Wij hopen dat de uitvoering zorgvuldig gaat en het aantal juridische procedures hierover beperkt blijft. Er zullen echter onvermijdelijk procedures volgen. Om dit zoveel mogelijk te voorkomen is het voor werkgevers ook van belang om rekening te houden met de subsidierechtelijke aspecten van de NOW. Wij geven graag nog drie praktische tips mee voor werkgevers die een aanvraag gaan indienen of hebben ingediend:

1. Zorg dat de aanvraag volledig is en ga op tijd na bij de UWV of dit inderdaad het geval is.
2. Doe alleen een aanvraag indien aannemelijk is dat een omzetsdaling van 20% wordt verwacht en zorg ervoor dat een controleerbare administratie wordt beheerd, zodat de omzetsdaling achteraf goed kan worden gecontroleerd.
3. Kijk goed naar de subsidieverplichtingen en wees ervan bewust dat niet nakomen consequenties heeft voor het subsidiebedrag dat uiteindelijk wordt vastgesteld.



**Jan Reinier
van Angeren**



Sandra Putting



Bram Schmidt



Stikstof

Een klein jaar na de PAS-uitspraken: wanneer zijn stikstofrelevante activiteiten toelaatbaar?

Ontwikkelingen in de rechtspraak hebben niet stil gestaan sinds de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('Afdeling') eind mei 2019 de bekende PAS-[uitspraken](#) deed. De Afdeling heeft in een aantal belangwekkende uitspraken enige lijnen uitgezet. In dit blogbericht zetten wij een aantal uitspraken op een rij. Daarbij richten wij ons op de vraag wanneer stikstofrelevante activiteiten na de PAS-uitspraken toelaatbaar zijn.

Het gaat het bestek van dit blogbericht te buiten om bij alle onderwerpen stil te staan die in de hierna te behandelen rechtspraak aan bod komt. Om die reden laten wij onderwerpen als cumulatie, bestaand gebruik en de relativiteitseis in relatie tot natuurbeschermingsrecht buiten beschouwing.

Korte terugblik

De inhoud en strekking van de PAS-uitspraken kwamen in ons [eerdere blog](#) uitvoerig aan de orde, evenals de consequenties van die uitspraken voor stikstofrelevante activiteiten. Daarnaast hebben wij in een [eerder blog](#) stilgestaan bij de vraag onder welke voorwaarden het op grond van de Wet natuurbescherming ('Wnb') is toegestaan om nieuwe projecten te realiseren die een (geringe) toename van de stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden veroorzaken. Verder bespreken wij in een [artikel](#) de consequenties en oplossingsrichtingen voor specifiek de bouwpraktijk.

Vuistregels

Aan de hand van een aantal recente uitspraken en de daarin opgenomen gezichtspunten, bieden we in dit blogbericht inzicht in de (on)mogelijkheden voor het ontplooiën van stikstofrelevante activiteiten op dit moment. Kort en goed ontwaren wij uit de recente uitspraken de volgende vuistregels.

- De enkele overschrijding van de KDW bij een toename van stikstofdepositie hoeft de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebieden niet aan te tasten;
- Ook bij een overschrijding van de KDW kunnen met een voortoets significante gevolgen op voorhand worden uitgesloten;
- Een permanente toename van 0,03 mol N/ha/jr hoeft geen significante gevolgen te hebben indien de toename niet van merkbare invloed is op de kwaliteit van de aanwezige habitattypen;
- Een tijdelijke toename van 3,13 mol N/ha/jaar op de aanwezige habitattypen en 5,05 mol N/ha/jaar op de aanwezige leefgebieden hoeft geen significante effecten te hebben indien de tijdelijke toename niet van merkbare invloed is;
- De modaliteiten van een beschermingsmaatregel die is gerealiseerd ná de passende beoordeling kunnen maken dat het verwachte voordeel vaststaat ten tijde van de passende beoordeling, waarbij de eventuele vastlegging in een vergunningvoorschrift relevant is;
- Het wegstrepen van toenames en afnames van stikstofdepositie als gevolg van verschillende functies en locaties in een bestemmingsplan om te bepalen of per saldo sprake is van een toename is in overeenstemming met het recht;
- De referentiedatum bij planvergelijking wordt in beginsel gevormd door de feitelijke, planologisch legale situatie ten tijde van de vaststelling van het plan, waarbij onder voorwaarden de situatie ten tijde van de passende beoordeling kan worden genomen.

We zetten hierna de achtergrond van deze vuistregels uiteen en zullen daarbij in gaan op de feiten en omstandigheden die een rol speelde in de uitspraken.

Plannen en projecten

Hierna wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds plannen in de zin van artikel 2.7 lid 1 Wnb en anderzijds vergunningverlening voor projecten in de zin van artikel 2.7 lid 2 Wnb. Voor plannen is bepalend of een plan, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kan hebben voor een (of meer) Natura 2000-gebied(en). Is dat het geval, dan geldt dat het bestuursorgaan bij de vaststelling van een plan met toepassing van artikel 2.8 Wnb een passende beoordeling dient te maken.

Het huidige artikel 2.7 vermeldt overigens nog dat het negende lid daarbij buiten toepassing kan worden gelaten. Wij vermoeden dat daar sprake is van een ommissie: het negende lid van artikel 2.8 is immers bij inwerkingtreding van de [Spoedwet aanpak stikstof](#) – zie daarover ook ons [eerdere blog](#) – komen te vervallen. Het plan kan vervolgens uitsluitend worden vastgesteld indien uit de passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het plan de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten.

Voor projecten geldt dat verboden is zonder vergunning een project te realiseren dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. In geval van mogelijk significante gevolgen kan vergunningverlening slechts plaats vinden nadat uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten (artikel 2.7 lid 3 en artikel 2.8 lid 3 Wnb).

De kritische depositiewaarde (KDW): wat zegt dat precies? Vergunningplicht, voortoets en/of passende beoordeling

Uit [jurisprudentie van vóór de PAS-uitspraken](#) bleek al dat overschrijding van de kritische depositiewaarde (“KDW”) in een gebied niet betekent dat nimmer (zonder ADC-toets) een vergunning kan worden verleend of een plan kan worden vastgesteld die (dat) leidt tot een toename van stikstofdepositie. Wel betekent een overschrijding van de KDW volgens vaste jurisprudentie dat in geval van een toename van stikstofdepositie niet op voorhand kan worden uitgesloten dat sprake is van significante gevolgen.

Voor projecten geldt dat verboden is zonder vergunning een project te realiseren dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied.

In de uitspraak van 11 maart 2020 inzake de Pallas Reactor Petten ([ECLI:NL:RVS:2020:741](#)) benadrukt de Afdeling dit uitgangspunt nogmaals. De Afdeling overweegt dat, anders dan appellanten stellen, het enkele feit dat de stikstofdepositie op een aantal habitattypen toeneemt terwijl de KDW al wordt overschreden, niet betekent de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden worden aangetast. Wel geeft de KDW aan bij welke mate van

stikstofdepositie wordt aangenomen dat niet langer op voorhand kan worden uitgesloten dat er een risico is dat de kwaliteit van het habitatype wordt aangetast als gevolg van de stikstofdepositie.

In de uitspraak van 22 april 2020 inzake de Markermeerdijken Hoorn/Amsterdam ([ECLI:NL:RVS:2020:1125](#)) redeneert de Afdeling daar op door. Als een project leidt tot een toename van de stikstofdepositie terwijl de KDW is overschreden, dan dienen de gevolgen van die toename te worden onderzocht. Dit kan ten eerste met een ‘voortoets’: een ecologisch onderzoek op grond van objectieve gegevens. Blijkt uit de voortoets dat significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, dan bestaat geen noodzaak tot het maken van een passende beoordeling (en kan naar onze mening ook betwijfeld worden of op grond van de Wnb een vergunningplicht geldt). Als significante gevolgen niet (op voorhand) door een voortoets kunnen worden uitgesloten, dan dient een passende beoordeling te worden gemaakt. Als uit de passende beoordeling de zekerheid wordt verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten, dan staat de toename van stikstof niet aan de verlening van een natuurvergunning voor dat project in de weg.

In de uitspraak van 22 april 2020 over het bestemmingsplan “[locatie 1] te Callantsoog” in Schagen ([ECLI:NL:RVS:2020:1110](#)) hanteert de Afdeling dezelfde lijn voor bestemmingsplannen. Als een plan (ten opzichte van de referentiesituatie) leidt tot een toename van de stikstofdepositie terwijl de KDW is overschreden, dan dienen de gevolgen van die toename voor de vaststelling van het plan te worden onderzocht. Als significante gevolgen niet door een voortoets kunnen worden uitgesloten, dient een passende beoordeling te worden gemaakt. Als uit de gemaakte passende beoordeling de zekerheid wordt verkregen dat het plan de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten, kan het plan worden vastgesteld.

Hiervoor benoemden wij al dat als (uit een voortoets) blijkt dat significante gevolgen kunnen worden uitgesloten, betwijfeld kan worden of er voor een project een vergunningplicht bestaat. De Afdeling hanteerde echter een strenge [lijn](#) die erop zag dat bij overschrijding van de KDW iedere toename, hoe gering ook, leidt tot een verplichting tot het maken van een passende beoordeling en derhalve een vergunningplicht (zie ons eerder genoemde [artikel](#) met onze kritiek daarop). Met de hiervoor genoemde uitspraken inzake Markermeerdijken en Callantsoog, voor plannen al ingezet in de uitspraak van 22 januari 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:212](#)) over het bestemmingsplan “2e Herziening Buitengebied Bergeijk 2017”, wordt als we het goed zien deze strenge jurisprudentielijn verlaten. De Afdeling heeft in die uitspraken nog niet expliciet benoemd dat er na een met goed gevolg doorlopen voortoets ook geen vergunningplicht geldt voor een project. Dat zou volgens ons wel de consequentie moeten zijn, gelet op de inhoud van artikel 2.7 lid 3 Wnb (zie hiervoor) dat vergunningverlening slechts mogelijk maakt na het verrichten van een passende beoordeling.

Voor plannen is van belang dat de verplichting tot het maken van een passende beoordeling een MER-plicht in het leven roept (artikel 7.2a Wet milieubeheer). Dat geldt niet als met een voortoets kan worden volstaan. De nieuw ingezette jurisprudentielijn van de Afdeling biedt dus meer mogelijkheden om projecten en plannen vlot te ontwikkelen.

Passende beoordeling, tijdelijke toename en permanente toename in geval van overschrijding van KDW

In een aantal uitspraken accordeert de Afdeling passende beoordelingen waarmee, ondanks overschrijding van de KDW, een toename van stikstofdepositie wordt toegestaan.

Zowel de gemeenteraad van Petten in de uitspraak over de Pallas Reactor, als Gedeputeerde Staten van Noord-Holland in de uitspraak over de Markermeerdijken Hoorn/Amsterdam hadden passend laten beoordelen dat, ondanks de overschrijding van de KDW, was uitgesloten dat er effect zou optreden op de habitattypen die voorkomen in de relevante Natura 2000-gebieden. Daarin werd volgens de Afdeling terecht geconcludeerd dat de natuurlijke kenmerken van die gebieden niet zullen worden aangetast en dat de toename van stikstofdepositie dus niet in de weg stond aan respectievelijk vaststelling van het plan en verlening van de natuurvergunning.

In de passende beoordelingen wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen een permanente toename en een tijdelijke toename van stikstofdepositie.

Wij leiden uit de uitspraken af dat een appellant nauwkeurig moet onderbouwen wat er schort aan de passende beoordeling. De Afdeling toetst vervolgens vrij summier of een door appellant aangevoerd argument hout snijdt de Afdeling houdt, in aanvulling op het aangevoerde, niet de hele passende beoordeling tegen het licht. De enkele stelling op basis van eigen waarnemingen dat de natuurwaarden wel degelijk worden aangetast, is onvoldoende om de ondeugdelijkheid van een passende beoordeling te onderbouwen.

In andere uitspraken zien we dat in de passende beoordelingen een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen een permanente toename en een tijdelijke toename van stikstofdepositie. De tijdelijke toename is vaak het gevolg van (sloop-, bouw-, graaf-, ect.) werkzaamheden die nodig zijn om een project of een plan te realiseren. Zodra het plan of project eenmaal is gerealiseerd, is de toename van stikstofdepositie vaak minder of zelfs niet aan de orde.

Dat was het geval in bijvoorbeeld de uitspraak van 4 maart 2020 over het inpassingsplan “Overnachtingshaven Lobith” ([ECLI:NL:RVS:2020:682](#)). Dat inpassingsplan zag onder meer op het realiseren van een nieuwe overnachtingshaven in een Natura 2000-gebied, die zou leiden tot tijdelijke en permanente toename van stikstofdepositie op natuurgebieden waar de KDW al was overschreden.

In de (aanvullende) passende beoordeling is – voor beantwoording van de vraag of een toename van de stikstofdepositie leidt tot significante effecten en in het verlengde daarvan tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de Natura 2000-gebieden – per “*habitattypen en soort gekeken naar de omvang van de toename, de kritische depositiewaarde, de instandhoudingsdoelen, het aanwezige areaal en de kwaliteit daarvan en de specifieke milieukenmerken*”. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen stikstofdepositie in de aanlegfase (tijdelijke depositie) en de gebruiksfase (permanente depositie) van de overnachtingshaven.

In de aanlegfase bedraagt de hoogste depositietoename 3,13 mol N/ha/jaar op het betreffende habitattypen en 5,05 mol N/ha/jaar op de leefgebieden. Voor de tijdelijke eerste toename is in de passende beoordeling geconcludeerd dat de effecten “- door de tijdelijke bijdrage, de vegetatie die ter plaatse voorkomt en de bufferende werking van de bodem – niet merkbaar zijn”. Ten aanzien van de gevolgen van de tijdelijke toename voor de kwartelkoning en het bijbehorend leefgebied meldt de passende beoordeling dat die “*een ondergeschikte rol speelt en dat de berekende maximale toename niet leidt tot negatieve gevolgen (..) het leefgebied van de kwartelkoning.*” Op het punt van de permanente toename in de gebruiksfase – 0,03 mol N/ha/jr – concludeert de Afdeling dat die “*niet van merkbare invloed is op de kwaliteit van de aanwezige habitattypen*”. Er zijn verder geen significante gevolgen voor de instandhoudingsdoelen van het desbetreffende gebied (de Rijntakken). Voor de overige gebieden vermeldt de passende beoordeling dat 1) in de aanlegfase sprake is van een beperkte toename op habitattypen en leefgebieden, en 2) in de gebruiksfase geen sprake is van een toename. Daarmee heeft het project geen significant negatieve gevolgen voor de instandhoudingsdoelen van deze Natura 2000-gebieden, aldus de passende beoordeling. De Afdeling kent, zo leiden wij uit de uitspraak af, grote waarde toe aan de inhoud van het rapport. Zij komt vrij vlot tot de conclusie dat de aanvullende passende beoordeling voldoet aan de vereisten van artikel 2.8 Wnb.

Ook in de eerder aangehaalde [uitspraak](#) over het bestemmingsplan te Callantsoog bleek het onderscheid tussen tijdelijke en permanente toename van stikstofdepositie relevant. Dat bestemmingsplan voorziet in de realisering van een woning in Callantsoog, in de buurt van het stikstofgevoelige en –overbelaste Natura 2000-gebied Duinen Den Helder-Callantsoog. De gemeenteraad legt een natuurtoets ten grondslag aan het plan, waarin wederom is uitgegaan van een aanlegfase (tijdelijke toename) en de gebruiksfase (permanent). In de aanlegfase is stikstofdepositie te verwachten van “*het gebruik van een hijskraan, een graafmachine en het verkeer van en naar de bouwplaats*”. De tijdelijke toename van stikstofdepositie in het bijzonder stikstofgevoelige habitattypen H2130B – Grijze duinen (kalkarm) is 0,02 mol/ha/jaar (overigens blijkt uit een nadere berekening 0,01 mol/ha/jaar). Deze toename vindt plaats in een hexagoon waar de huidige achtergronddepositie ongeveer twee keer zo hoog is als de kritische depositiewaarde voor dit habitattypen, aldus de gemeenteraad. In de gebruiksfase is, nu de woning gasloos wordt gebouwd, alleen stikstofdepositie te verwachten van verkeer van en naar de woning. Maar volgens de notitie bedraagt de projectbijdrage in de gebruiksfase op het stikstofgevoelige gebied 0,00 mol/ha/jaar.

Kortom: een kleine toename van stikstofdepositie tijdens de bouw en daarna niet meer. “*Gezien de terreinomstandigheden, de afstand van ongeveer 40 m tot het gebied, de inrichting van het tussenliggende gebied, de aard en de omvang van de ontwikkeling*” zijn geen negatieve gevolgen te verwachten voor het Natura 2000-gebied, zo blijkt uit de passende beoordeling. De Afdeling gaat daar in mee. Zij overweegt dat “*gelet op de natuurtoets [...] en gelet op het feit dat de stikstofdepositiebijdrage gering en tijdelijk is*” de

Kortom: een kleine toename van stikstofdepositie tijdens de bouw en daarna niet meer.

gemeenteraad voldoende heeft gemotiveerd dat is uitgesloten dat dit plan significante gevolgen heeft voor dit Natura 2000-gebied. De appellante heeft geen concreet aanknopingspunt voor twijfel aan de juistheid van de door de gemeenteraad gegeven motivering aangedragen. Artikel 2.8 Wnb staat dus niet aan vaststelling van het plan in de weg.

Beschermingsmaatregelen: wel of niet meenemen?

De uitspraak van 24 december 2019 over de vaarverbinding Reevediep ([ECLI:NL:RVS:2019:4360](#)) is van belang voor de rol die beschermingsmaatregelen kunnen spelen in het kader van een passende beoordeling. De Afdeling laat in deze uitspraak namelijk ruimte voor het meenemen van die maatregelen, ook al zijn die maatregelen nog niet ten uitvoer gelegd. Die ruimte is er met name als het gaat om maatregelen waarvan de werking en voordelen eenduidig zijn vast te stellen. Een voorschrift dat het gebruik koppelt aan de realisering en effectiviteit van de maatregel kan daaraan bijdragen.

Hoe zit het ook al weer met beschermingsmaatregelen? In de PAS-uitspraak van 29 mei 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:1603](#)) overweegt de Afdeling dat beschermingsmaatregelen als bedoeld in artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn, maatregelen zijn waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen. Doel daarvan is om ervoor te zorgen dat het plan of project de natuurlijke kenmerken van een Natura 2000-gebied niet zal aantasten. Dergelijke maatregelen mogen volgens de Afdeling worden betrokken in een passende beoordeling “*als de verwachte voordelen van die maatregelen ten tijde van de beoordeling vaststaan. In de regel staan verwachte voordelen niet vast als de maatregelen ten tijde van de passende beoordeling nog niet volledig ten uitvoer zijn gelegd en de verwachte voordelen afhankelijk zijn van een ontwikkeling of reactie in de natuur, het ecologisch systeem of van een diersoort, zoals de aanleg van nieuwe of verbetering van bestaande habitattypen, leefgebieden of foerageergebieden.*” (Technische) beschermingsmaatregelen die functioneel verbonden zijn aan de uitvoering van het plan of project hoeven ten tijde van de passende beoordeling niet al volledig ten uitvoer zijn gelegd, maar de verwachte voordelen moeten op dat moment al wel vaststaan. Die voordelen staan niet vast als ten tijde van de passende beoordeling nog niet is uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht en evenmin als het niveau van wetenschappelijke kennis het niet mogelijk maakt dat die voordelen met zekerheid in kaart worden gebracht. Verder geldt dat ten tijde van de passende beoordeling moet zijn gegarandeerd dat de maatregelen resultaat hebben voordat het plan of project negatieve gevolgen zal hebben, aldus de Afdeling in haar uitspraak van 29 mei 2019.

De bovengenoemde [uitspraak](#) van 24 december 2019 ziet op een projectplan voor het aanleggen en gebruiken van de vaarverbinding Reevediep. Ten behoeve van het projectplan zijn uitvoeringsbesluiten genomen, waaronder een Wnb-vergunning. Tegen het projectplan en de uitvoeringsbesluiten is beroep ingesteld bij de bestuursrechter. De aanleg en het gebruik van de vaarverbinding vindt plaats nabij een Natura 2000-gebied en zou negatieve gevolgen hebben voor de aanwezigheid van twee vogelsoorten. Ook zou de vaarverbinding leiden tot een toename van stikstofdepositie.

Uit de passende beoordeling volgt dat voor een van de vogelsoorten niet is uitgesloten dat het recreatieve gebruik van de vaargeul tot een significant verstrend effect leidt als gevolg van visuele verstoring van hun broedgebied.

Om visuele verstoring te voorkomen is als beschermingsmaatregel gekozen voor het aanleggen van afscherpende rieteilanden en een nieuwe rietkraag van minimaal twee meter hoog. In de natuurvergunning is opgenomen dat gebruik van de vaarverbinding pas is toegelaten als en zolang het afscherpende riet de benodigde kwaliteit bezit. Door de beoogde rietkraag is er volgens het bevoegd gezag geen negatief effect op de natuurlijke kenmerken, ongeacht het aantal vaarbewegingen. Dit laatste wordt beaamd door een deskundige.

De Afdeling overweegt in deze zaak dat de onderhavige beschermingsmaatregel weliswaar is gerealiseerd na de passende beoordeling, maar dat voor een effectieve werking van de visuele barrière niet meer vereist is dan voldoende hoogte en dichtheid. Het riet is niet bedoeld om nieuw broed- of leefgebied te creëren. Er was dus grond om te stellen dat het verwachte voordeel vaststond ten tijde van de passende beoordeling. Dit oordeel ziet de Afdeling bevestigd doordat inmiddels is gebleken dat het riet zich overeenkomstig de verwachting heeft ontwikkeld. De Afdeling hecht verder waarde aan het feit dat de beschermingsmaatregel in een vergunningvoorschrift is opgenomen; het bevoegd gezag heeft daarmee verzekerd dat de maatregel daadwerkelijk wordt uitgevoerd en effectief is.

Referentiedatum bij plan, planbreed salderen van functies en cumulatie

In een uitspraak van 4 maart 2020 lag bij de Afdeling een bestemmingsplan van de gemeenteraad van Beverwijk voor ([ECLI:NL:RVS:2020:683](#)). Het plan voorziet in de herontwikkeling van de kern Wijk aan Zee. Voorafgaand aan de planvaststelling in januari 2019 was in mei 2017 een passende beoordeling opgesteld. Daarin werd enerzijds aandacht besteed aan de staat van nabije Natura 2000 gebieden en de (eventuele) toename als gevolg van verschillende functies in het plan. Anderzijds verwees die passende beoordeling voor de toelaatbaarheid van die toename naar het PAS. Een van de locaties die herontwikkeld wordt is een mytyschool; daarvoor in de plaats komen (aardgasloze) woningen. De school was na de passende beoordeling en ruim voor vaststelling van het plan gesloopt.

Een passende beoordeling moet worden gemaakt als een plan significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden. Dat is als een plan voorziet in ruimtelijke ontwikkelingen die ten opzichte van de referentiesituatie significante gevolgen kunnen hebben. Met referentiesituatie wordt in beginsel bedoeld de

feitelijke, planologisch legale situatie [ten tijde van de vaststelling van het plan](#) (zie ook de uitspraak van de Afdeling van 4 maart 2020 inzake Landelijk gebied Aalten ([ECLI:NL:RVS:2020:684](#)), waar ook wordt ingegaan op de mogelijkheid van het zonder een voortoets of een passende beoordeling opnemen van uitbreidingsmogelijkheden op basis van een natuurvergunning die bij vaststelling van het plan (a) onherroepelijk is, (b) waaraan een passende beoordeling ten grondslag ligt en (c) die in het plan een een-op-een-inpassing heeft gekregen).

Een passende beoordeling moet worden gemaakt als een plan significante gevolgen kan hebben voor Natura 2000-gebieden.

Toch zijn uitzonderingen op die lijn mogelijk, zo volgt uit de Afdelingsuitspraak. De omstandigheid dat de school is gesloopt na het opstellen van de passende beoordeling en vóór vaststelling van het plan, betekent volgens de Afdeling niet dat de raad is uitgegaan van een onjuiste referentiesituatie. Dat de raad in deze situatie voor het peilmoment is uitgegaan van de datum van de passende beoordeling, is volgens de Afdeling niet in strijd met het recht. Daarbij betreft de Afdeling dat na het slopen van de school geen andere stikstofrelevante activiteiten zijn ontplooid.

De uitspraak laat verder zien dat plussen en minnen (of: salderen) van toenames en afnames van depositie als gevolg van verschillende functies in één plan, is toegestaan. Die mogelijkheid is er naar onze mening temeer als – zoals hier het geval was, zie de [bestemmingsplanregels](#) – de planregels verzekeren dat de realisering van het plan niet tot een toename leidt en kan leiden. Aardgasloos bouwen kan daarbij een rol spelen (zie daarover de slotoverwegingen in de [uitspraak](#) over Logistiek Park Moerdijk).

Slotopmerkingen

De jurisprudentie heeft sinds de PAS-uitspraken niet stilgestaan. Met deze uitspraken en bovengenoemde vuistregels zet de Afdeling de hoofdlijnen uit voor plannen en projecten nu en in de toekomst. De toepassing ervan vinden wij bestendig, maar uiteraard is en blijft de beoordeling in een specifieke kwestie afhankelijk van de omstandigheden.

NB: Stibbe is betrokken geweest bij de bovengenoemde uitspraken inzake Pallas als gemachtigde van initiatiefnemer, en inzake Beverwijk als gemachtigde van verweerder.



**Anna
Collignon**



**Liesbeth
Berkouwer**



Jake Tingen



Een halfslachtige vrijstelling voor de bouw en een ambitieuze (?) omgevingswaarde: het wetsvoorstel Wet stikstofreductie en natuurverbetering is definitief

Ongeveer anderhalf jaar nadat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een streep door het Programma Aanpak Stikstof (PAS) zette, heeft de regering het [wetsvoorstel](#) voor de Wet stikstofreductie en natuurverbetering ("Wsn") ingediend bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel verankert de structurele aanpak van de stikstofproblematiek die de regering voor ogen heeft. Het voorstel heeft als doel het realiseren van een gunstige of verbeterde landelijke staat van instandhouding van stikstofgevoelige soorten en habitattypen. Het wetsvoorstel strekt er niet (direct) toe toestemmingverlening voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken te vergemakkelijken; het is in die zin dus geen 'PAS 2.0'.

Over het concept van het wetsvoorstel schreven wij eerder [een blog](#). Daarin stipten wij aan dat het Adviescollege Stikstofproblematiek – ook wel de Commissie Remkes genoemd – er een hard hoofd in had dat het voorstel voldoende waarborgen zou bieden voor natuurbehoud en –herstel. Inmiddels heeft de Afdeling advisering van de Raad van State (de "Afdeling advisering") op 9 september 2020 ook [een advies](#) uitgebracht dat kritisch was op verschillende onderdelen. De regering heeft deze kritiek aangegrepen om het wetsvoorstel op onderdelen te wijzigen. In dit blog focussen wij ons op die wijzigingen en de onderbouwing daarvan.

Wijzigingen ten opzichte van het conceptwetsvoorstel Wsn

Het wetsvoorstel verankert de structurele aanpak van de stikstofproblematiek die de regering voor ogen heeft.

Het wetsvoorstel voor de Wsn voorziet in een systeem met drie elementen: (i) een streef-/omgevingswaarde, (ii) een programma stikstofreductie en natuurverbetering en (iii) een systematiek van periodieke monitoring en bijsturing. De wijzigingen die in het definitieve wetsvoorstel zijn doorgevoerd ten opzichte van het concept, betreffen alle drie de elementen. De keuze voor wettelijke verankering van deze elementen in de Wet natuurbescherming ("Wnb") en – op langere termijn – de Omgevingswet is niet gewijzigd.

Een belangrijk deel van de uitwerking vindt ook nog steeds plaats in een algemene maatregel van bestuur (amvb). Die zal te zijner tijd worden voorgehangen bij het parlement.

Omgevingswaarde

Net als in het conceptvoorstel vormt de omgevingswaarde in het wetsvoorstel het hoofdelement van de structurele aanpak van de stikstofproblematiek. In het concept dat voorlag in de internetconsultatie werd naast de term omgevingswaarde, echter ook de term "streefwaarde" gehanteerd. Artikel 1.12a lid 1 Wnb zou bepalen dat per *amvb* een *streefwaarde* zou worden vastgesteld voor de depositie van stikstof op gevoelige habitats. Deze streefwaarde betrof een inspanningsverplichting. In het uiteindelijke wetsvoorstel is afscheid genomen van deze inspanningsverplichting en is gekozen voor een resultaatsverplichting. Vanwege die keuze is ook afscheid genomen van de streefwaarde. Het wetsvoorstel zoals dat nu voorligt, gaat uit van een omgevingswaarde, die inhoudt dat in 2030 minimaal de helft van de natuur in gevoelige habitats op een veilig niveau van stikstofdepositie moet zitten. Deze omgevingswaarde is neergelegd in artikel 1.12a lid 1 Wnb – en op den duur artikel 2.15a lid 1 Omgevingswet – en is op grond van het tweede lid een resultaatsverplichting. In lijn met het advies van de Afdeling advisering is de resultaatsverplichtende omgevingswaarde in het uiteindelijke wetsvoorstel neergelegd in de *wet* en niet in de *amvb* die nog vastgesteld moet worden. De Afdeling advisering beval dit aan omdat deze norm het uitgangspunt en daarmee het hoofdelement van de voorgestane structurele aanpak is.

Een andere aanbeveling van de Afdeling advisering betrof de omgevingswaarde zelf. De Afdeling advisering was kritisch over de toelichting op die omgevingswaarde. Zo was niet afdoende gemotiveerd welke maatregelen nodig zijn om de waarde te halen. Ook werd niet onderbouwd waarom de regering van oordeel is dat de doelstelling van de Commissie Remkes – in 2030 een reductie van 50% stikstofdepositie t.o.v. 2019 – niet gehaald kan worden, terwijl de Commissie hier zelf een ecologische analyse voor naar voren had gebracht. Voor de regering was deze kritiek aanleiding om de toelichting aan te vullen en toe te lichten waarom de voorgestelde omgevingswaarde "ambitieuw, maar haalbaar en betaalbaar is". Daartoe verwijst de Memorie van Toelichting onder meer naar berekeningen die zijn gemaakt door het Planbureau voor de Leefomgeving en het RIVM. Over het verschil in ambitieniveau met de Commissie Remkes wordt opgemerkt dat dit komt door een andere keuze in "tempo". Het lagere tempo van de regering wordt verantwoord door de stelling dat rekening is gehouden met "de maximale inspanning die verwacht mag en kan worden van de verschillende sectoren". Hoewel de regering terecht stelt dat artikel 2 lid 3 Habitatrictlijn bepaalt dat bij de maatregelen die op grond van de richtlijn genomen moeten worden, rekening wordt gehouden met de vereisten op economisch, sociaal en cultureel

gebied, en met regionale en lokale bijzonderheden, wordt niet inzichtelijk gemaakt hoe dat precies is gebeurd. Afgevraagd kan dan ook worden waarom de Commissie Remkes wel van een grotere inspanning is uitgegaan en of die inspanning echt niet haalbaar was rekening houdende met de genoemde aspecten.

Het programma en de uitvoeringsplicht

Aan de omgevingswaarde is in overeenstemming met het conceptwetsvoorstel een programma met maatregelen gekoppeld: het programma stikstofreductie en natuurverbetering. Dit programma bevat het beleid om de omgevingswaarde te realiseren. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering zijn de bepalingen over het programma en de uitvoering daarvan aangescherpt. In het wetsvoorstel is een lid 2 aan 1.12b Wnb toegevoegd op grond waarvan in het programma *inspanningsverplichtende* tussendoelen moeten worden opgenomen. Dit moet leiden tot tijdige voldoening aan de resultaatsverplichtende omgevingswaarde en tijdige uitvoering van de opgenomen natuurmaatregelen. Indien blijkt dat met het programma niet kan worden voldaan aan de omgevingswaarde of een tussendoel, dan ontstaat een plicht voor de Minister om het programma te wijzigen.

Het wetsvoorstel voegt voorts (een nieuw) artikel 1.12d Wnb toe. Dit artikel bevat een uitvoeringsplicht. Deze plicht houdt in dat als uit het programma blijkt dat een bestuursorgaan heeft ingestemd met een maatregel, dan is dat orgaan verplicht om die maatregel uit te voeren binnen de in het programma daarvoor gestelde termijn. Deze uitvoeringsplicht wordt via het voorgestelde artikel 1.12e Wnb gecombineerd met een vervangingsmogelijkheid voor de maatregelen, mits het beoogde resultaat in stand blijft. Bestuursorganen krijgen daarmee de mogelijkheid om maatregelen, activiteiten of ontwikkelingen te wijzigen, te vervangen of te laten vervallen. Ook kunnen zij maatregelen, activiteiten of ontwikkelingen aan het programma toevoegen. Door deze vervangingsmogelijkheid wordt bestuursorganen flexibiliteit geboden om aan de uitvoeringsplicht te voldoen. Een voorbeeld van een situatie waarin dit relevant kan zijn, is als een maatregel niet geschikt blijkt of niet kan plaatsvinden zoals voorzien.

Naast de opname van de uitvoeringsplicht en de vervangingsmogelijkheid, heeft het advies van de Afdeling advisering ertoe geleid dat de regering in de Memorie van Toelichting uitgebreid inzichtelijk heeft gemaakt welk pakket aan bron- en natuurmaatregelen zij in gedachten heeft om invulling te geven aan het programma stikstofreductie en natuurverbetering. Maatregelen die in het kader van de stikstofreductie genoemd worden zijn onder andere de gerichte opkoop van piekbelasters rondom Natura 2000-gebieden en het verdunnen van mest. Natuurmaatregelen betreffen onder meer de verbetering van hydrologie in en rondom natuur en het versneld inrichten en verwerven van natuur. Voor de stikstof beperkende maatregelen geldt dat de regering uiteenzet dat het gepresenteerde pakket bronmaatregelen is verdeeld over verschillende sectoren, aangezien de regering zich beseft dat het realiseren van de doelstellingen impact zal hebben op verschillende burgers, bedrijven en sectoren. Daarom is ook rekening gehouden met de kosteneffectiviteit, implementatie en regeldruk van de maatregelen. Voor algemene bronmaatregelen en de structurele aanpak wordt tot 2030 ruim twee respectievelijk drie miljard euro gereserveerd.

In het uiteindelijke wetsvoorstel is afscheid genomen van deze inspanningsverplichting en is gekozen voor een resultaatsverplichting.

Vrijstelling voor de bouwsector

Nieuw ten opzichte van het conceptvoorstel is de bevoegdheid een (gedeeltelijke) vrijstelling van de Natura 2000-vergunningplicht uit artikel 2.7 lid 2 Wnb voor bouwactiviteiten te verlenen. Het nieuwe artikel 2.9a Wnb bepaalt dat bij amvb bepaalde activiteiten van de bouwsector aangewezen kunnen worden waarvoor geldt dat de gevolgen van stikstofdepositie veroorzaakt door deze activiteiten voor de toepassing van de vergunningplicht op grond van artikel 2.7 lid 2 Wnb buiten beschouwing worden gelaten. Deze vrijstelling is ingegeven door de gedachte dat een voorspoedige doorgang en voortgang van bouwprojecten essentieel zijn voor het herstel van de economie en de bestrijding van de bestaande crisis op de woningmarkt. Die doorgang en voortgang wordt gerealiseerd door de nadruk bij vergunningverlening te verschuiven naar de structurele uitstoot die een project in de gebruiksfase veroorzaakt. Hiermee wordt de toestemmingsverlening vereenvoudigd. De vrijstelling is, zo licht de regering toe, om twee redenen partieel. Allereerst is de vrijstelling alleen van toepassing voor de bouwfase van het project, niet voor de gebruiksfase. Daarnaast heeft de vrijstelling alleen betrekking op de gevolgen van stikstofdepositie, en niet op andere gevolgen die een bouwproject kan hebben.

Hoewel de regering met de vrijstelling invulling geeft aan het eindadvies van de Commissie Remkes, die verzocht een drempelwaarde voor tijdelijke emissies te onderzoeken, uitte de Afdeling advisering zich in [haar eerdere advies over de Spoedwet aanpak stikstof](#) terughoudend over de haalbaarheid van de invoering van drempelwaarden. Invoering van zo'n drempelwaarde zou "*moeillijk (..) zijn, zeker op de korte termijn*". Ook nu heeft de Afdeling advisering weer een kritische kanttekening geplaatst bij deze partiële vrijstelling voor de bouwsector.

Relevant daarvoor is dat de vrijstelling in het initiële wetsvoorstel uitsluitend werd gemotiveerd met een verlaging van emissies tijdens de bouwfase. Dat is volgens de Afdeling advisering onvoldoende. Zij adviseerde daarom de voorgenomen vrijstellingsregeling te schrappen en te vervangen door een vrijstelling die in het licht van een geloofwaardig en structureel pakket van maatregelen verdedigd kan worden. Voorkomen moet worden dat deze emissies af kunnen doen aan het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen, aldus de Afdeling advisering. In dat verband spelen ook de specifieke kenmerken van de bouwsector een rol, waarbij onder meer gedacht kan worden aan het tijdelijke karakter en de wisselende locatie van activiteiten en het geringe aandeel van de bouwsector aan de totale stikstofdepositie in Nederland.

De regering heeft dit advies “*ter harte*” genomen ([Memorie van Toelichting](#), p. 43). In het uiteindelijke wetsvoorstel is de partiële vrijstelling niet meer gekoppeld aan een reductie-opgave voor de bouw, maar wordt die vrijstelling zelfstandig onderbouwd. Bouwactiviteiten maken, aldus de regering, onderdeel uit van een continu veranderend geheel van tijdelijke activiteiten, worden van jaar tot jaar op andere plaatsen uitgevoerd, en behelzen een min of meer gelijkblijvend bouwvolume. De bijdrage van de bouwsector aan de totale NOx-emissie (246 kiloton per jaar, berekend over 2017) bedraagt 10% en zal in de periode tot 2030 flink dalen (zo’n 46% volgens TNO). Tot 2030 wordt jaarlijks 100 miljoen euro gereserveerd voor bronmaatregelen om de partiële vrijstelling mogelijk te maken. Conclusie is dat – gezien de robuustheid en effectiviteit van de structurele aanpak, het geringe aandeel van de bouwsector aan de totale stikstofdepositie van binnenlandse bronnen en het feit dat de aanpak van de regering op meer pijlers rust dan uitsluitend depositiereductie – uitgesloten is dat het toelaten van tijdelijke emissies van bouwactiviteiten met een partiële vrijstelling het bereiken van de instandhoudingsdoelstellingen in de weg kan staan.

Deze vrijstelling is ingegeven door de gedachte dat een voorspoedige doorgang en voortgang van bouwprojecten essentieel zijn voor het herstel van de economie en de bestrijding van de bestaande crisis op de woningmarkt.

Wij vragen ons af of deze onderbouwing voldoende tegemoetkomt aan de Europese juridische randvoorwaarden die gelden voor projecten (artikel 6 lid 3 van de Habitatrichtlijn). Op zichzelf beschouwd is aannemelijk dat een tijdelijke en beperkte toename van stikstofemissie (en –depositie) als gevolg van bouwactiviteiten op wisselende locaties geen blijvende significante negatieve effecten heeft (of kan hebben) op Natura 2000-gebieden. Tegelijkertijd blijkt uit jurisprudentie dat een uitzondering op de vergunningplicht voor projecten, die een bepaalde grens- of drempelwaarde voor stikstofdepositie niet overschrijden, uitsluitend toelaatbaar is indien op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat stikstofdepositie onder deze waarden afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben

voor beschermingszones (zie daarover o.a. HvJ EU 7 november 2018, [ECLI:EU:C:2018:882](#) (PAS) en de daarbij behorende conclusie van AG Kokott, [ECLI:EU:C:2018:622](#) en de uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019 naar aanleiding van het arrest van het Hof, [ECLI:NL:RVS:2019:1604](#) (r.o. 7.5)). Recente jurisprudentie, waarin een tijdelijke stikstofdepositie-toename ten gevolge van bouwactiviteiten toelaatbaar werd geacht, laat zien dat aan die constatering een individuele beoordeling (dat kan onder omstandigheden ook een voortoets zijn) ten grondslag lag (zie onder meer [ECLI:NL:RVS:2020:1125](#) (Markermeerdijken), [ECLI:NL:RVS:2020:682](#) (overnachtingshaven Lobith), [ECLI:NL:RVS:2020:741](#) (PALLAS-reactor), [ECLI:NL:RVS:2020:1110](#) (Callantsoog) en [ECLI:NL:RVS:2020:1230](#) (RIP Hollandse Kust)). Met de vrijstellingsregeling wordt beoogd de noodzaak van een individuele beoordeling weg te nemen, in ieder geval op vergunningsniveau. Daarmee wordt afgeweken van de hoofdregel dat ieder project of plan dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied en dat de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied in gevaar dreigt te brengen, passend moet worden beoordeeld alvorens dat project of plan doorgang kan vinden. Van deze hoofdregel kan worden afgeweken als op grond van objectieve gegevens kan worden uitgesloten dat plannen of projecten waarvoor dat toestemmingsregime geldt, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen hebben voor een Natura 2000-gebied. Er dient een adequate, generieke beoordeling te zijn verricht die de individuele beoordelingen vervangt. Zo’n beoordeling zou dan ten grondslag kunnen worden gelegd aan de verschillende activiteiten in de bouwsector (al dan niet gebundeld per gebied) waarvoor bij amvb wordt bepaald dat die activiteiten niet hoeven te worden betrokken bij een individuele beoordeling voor het aan de orde zijnde project. Wij kunnen ons voorstellen dat, hoewel niet eenvoudig, het verrichten van een dergelijke generieke passende beoordeling op zichzelf mogelijk is.

Overigens valt op dat artikel 2.9a uitsluitend naar *lid 2* van artikel 2.7 Wnb verwijst en niet naar *lid 1* van artikel 2.7 Wnb. In artikel 2.7 lid 1 Wnb is de plantoets geregeld. Die plantoets houdt in dat een bestemmingsplan dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied slechts worden vastgesteld als daarvoor een passende beoordeling – en daarmee op grond van artikel 7.2a lid 1 Wet milieubeheer een plan-milieueffectrapportage (plan-m.e.r.) – wordt verricht. Dit betekent dat als woningbouw in strijd is met het vigerende bestemmingsplan en de met die woningbouw gepaarde gaande stikstofdepositie vanwege de bouw- en de gebruiksfase significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, het nieuwe artikel 2.9a Wnb *geen* soelaas biedt om te ontkomen aan een passende beoordelingsplicht en een plan-m.e.r.-plicht.

Het voorgaande betekent kort gezegd dat als een woningbouwproject in strijd is met het bestemmingsplan en een initiatiefnemer gebruik wil maken van het nieuwe artikel 2.9a Wnb, hij gestimuleerd wordt de strijd met het bestemmingsplan weg te nemen met een omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1 lid 1 aanhef en onder c Wabo. Dat is echter niet zo praktisch als het vaststellen van een nieuw bestemmingsplan, omdat een afwijkingsvergunning zich niet leent voor herhaalde toepassing en iedere wijziging van de betrokken woningen strijdig zal zijn met het onderliggende bestemmingsplan (de afwijking ligt als krimpfolie om de woningen heen). Bovendien zal het vervolgens positief bestemmen met een bestemmingsplan van die afwijking (in het geval de woningen nog niet zijn gerealiseerd) nog steeds een passende beoordeling en een plan-m.e.r. kunnen vergen, omdat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 2.8 lid 2 Wnb (er is voor de afwijkingsvergunning immers geen passende beoordeling verricht). Voor de goede orde, als de woningen op basis van een afwijkingsvergunning inmiddels zijn gerealiseerd, dan maken zij in beginsel deel uit van de referentiesituatie. In dat geval vergt een daaropvolgende positieve bestemming van die woningen in een bestemmingsplan niet een passende beoordeling en een plan-m.e.r. op grond van artikel 7.2a Wm (zie ter illustratie ABRvS 20 december 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:3530](https://www.ecli.nl:RVS:2017:3530), r.o. 4.4).

Een tegenvoorstel vanuit de Tweede Kamer

Sommige leden van de Tweede Kamer vonden het wetsvoorstel te lang duren, en waarschijnlijk inmiddels ook te mager. Onder leiding van Kamerlid Bromet is daarom begin oktober door Groen Links een initiatiefwetsvoorstel ingediend. Voor een uiteenzetting van de inhoud van dit initiatiefwetsvoorstel verwijzen we graag naar een [eerder blog](#).

Tot slot

Met het wetsvoorstel voor de Wsn heeft de regering een aanpak van het stikstofprobleem gekozen die inzet op natuurherstel en natuurbehoud. De ambitie voor dat herstel is minder ambitieus dan die volgens de Commissie Remkes had moeten zijn. De enkele stelling dat “rekening is gehouden met de maximale inspanning die verwacht mag en kan worden van de verschillende sectoren” is naar ons idee wat mager.

Voor het daadwerkelijk bereiken van het ambitieniveau is het in ieder geval van belang dat de onderliggende amvb binnen aanzienlijke tijd wordt vastgesteld (waarvoor dus mogelijk een passende beoordeling moet worden verricht). De vrijstellingsregeling die in het wetsvoorstel wordt genoemd kan ook pas gebruikt worden nadat die amvb is vastgesteld. In haar brief van [13 oktober 2020](#) heeft de Minister de Tweede Kamer in ieder geval om een “spoedige behandeling” van het wetsvoorstel verzocht. Voor de aanpak van de stikstofproblematiek is dit een eerste stap in de juiste richting.



**Liesbeth
Berkouwer**



**Jan
van Oosten**



**Jan-Maarten
Schepel**



**Anne-Marie
Span**



De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geeft nadere handvatten voor extern salderen als mitigerende maatregel en hoe die maatregel zijn beslag moet krijgen in besluitvorming

Op [30 september 2020](#) deed de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) einduitspraak over het inpassingsplan Logistiek Park Moerdijk (Inpassingsplan). Het Inpassingsplan voorziet in de ontwikkeling van een bovenregionaal bedrijventerrein voor grootschalige en haven gerelateerde logistieke bedrijven. De ontwikkeling van het bedrijventerrein zal leiden tot een toename van stikstofdepositie op verschillende Natura 2000-gebieden. In de tussenuitspraak had de Afdeling geconstateerd dat er gebreken aan het Inpassingsplan kleefden, omdat verwezen was naar het PAS. Deze gebreken heeft provinciale staten van Noord-Brabant (PS) willen herstellen en daarover gaat de einduitspraak. In dit blog bespreek ik enkele aspecten van de einduitspraak die nuttig voor de praktijk zijn.

Het Inpassingsplan voorziet in de ontwikkeling van een bovenregionaal bedrijventerrein voor grootschalige en haven gerelateerde logistieke bedrijven.

Tussenuitspraak – verwijzen naar de passende beoordeling bij het PAS

Op 15 juli 2016 stelde PS het Inpassingsplan vast. Daartegen kwamen onder meer Stichting Behoud Buitengebied Moerdijk en Vereniging Milieuwerkgroep Moerdijk (appellanten) op. Betogen van deze appellant slaagden en de Afdeling deed [13 november 2019](#) een tussenuitspraak. PS is opgedragen om het geconstateerde gebrek in het Inpassingsplan te herstellen. Er was namelijk geen zekerheid verkregen dat het Inpassingsplan de natuurlijke kenmerken

van de Natura 2000-gebieden niet zal aantasten. PS had bij de vaststelling van het Inpassingsplan verwezen naar de passende beoordeling die ten grondslag lag aan het PAS en die verwijzing geeft, zoals bekend [na 29 mei 2019](#), niet de zekerheid dat de natuurlijke kenmerken niet worden aangetast. PS had een aanvullende passende beoordeling laten opstellen, maar hierin werd rekening gehouden met maatregelen die ten tijde van de passende beoordeling nog niet ten uitvoer waren gelegd. Daardoor konden de verwachte voordelen van die maatregelen niet in de passende beoordeling worden betrokken bij de vraag of de negatieve gevolgen van het plan kunnen worden voorkomen of verminderd.

Einduitspraak – externe saldering als mitigerende maatregel

Op 8 mei 2020 heeft PS het Inpassingsplan gewijzigd vastgesteld met een nadere onderbouwing. Daar maakt een aanvullende passende beoordeling deel van uit waarin extern gesaldeer wordt. Hierbij is als uitgangspunt genomen dat maximaal 70% van de vrijkomende emissies van de saldogevende bedrijven voor extern salderen wordt ingezet. Saldogevende bedrijven zijn bedrijven waarvan de toestemming wordt ingetrokken en die stoppen ten gunste van het bedrijventerrein, de saldo-ontvangende activiteit.

Belangrijke overwegingen van de Afdeling over extern salderen in de passende beoordeling zijn de volgende:

- 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. Die algemene opgave hangt samen met de uit de Habitatrictlijn (Hrl) voortvloeiende verplichting tot behoud, herstel en het voorkomen van verslechtering van de Natura 2000-gebieden (artikel 6, eerste en tweede lid). Maatregelen waarmee wordt beoogd de eventuele schadelijke gevolgen die rechtstreeks uit een plan of project voortvloeien te voorkomen of te verminderen mogen in een passende beoordeling worden betrokken, mits die voordelen ten tijde van de passende beoordeling vaststaan. Hieruit kan dus niet worden afgeleid dat mitigerende maatregelen, zoals extern salderen, alleen in een passende beoordeling kunnen worden betrokken als die leiden tot of bijdragen aan de verbetering of het herstel van het Natura 2000-gebied. Reductie van de depositie door extern salderen is dus geen voorwaarde om extern salderen als mitigerende maatregel in een passende beoordeling te betrekken.
- Het intrekken van een milieutoestemming kan als mitigerende maatregel worden betrokken als het bedrijf op het moment van intrekken van de toestemming of het sluiten van de overeenkomst feitelijk nog aanwezig was. Dat is het geval als hervatting van het bedrijf mogelijk is zonder dat daarvoor een vergunning op grond van artikel 2.7, tweede lid, van de Wet natuurbescherming (Wnb) voor de realisering van een project, is vereist.
- Het intrekken van een natuurvergunning kan als mitigerende maatregel worden betrokken als de stikstofdepositie door de vergunde activiteit aanwezig was of kon zijn op het moment van intrekken van de natuurvergunning of het sluiten van de overeenkomst. Dat is ook het geval als het project op de genoemde momenten alsnog kan worden gerealiseerd en in gebruik kan worden genomen op basis van de natuurvergunning.

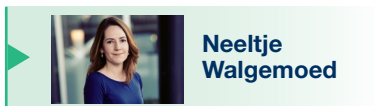
Daarnaast oordeelt de Afdeling of de planregels van het Inpassingsplan zodanig zijn dat de zekerheid is verkregen dat het Inpassingsplan de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten. In een van de planregels is bepaald dat de aanleg, bouw en gebruik overeenkomstig de bestemmingen in het Inpassingsplan uitsluitend is toegestaan indien het houden van vee in de in het addendum op de passende beoordeling genoemde bedrijven is beëindigd en verzekerd is dat hervatting van die activiteiten rechtens is uitgesloten. Tegen deze bepaling heeft de Afdeling geen bezwaar.

In een andere planregel is bepaald dat bij een omgevingsvergunning kan worden afgeweken van deze planregel, indien de noodzakelijke externe saldering met het beëindigen van andere bedrijven dan genoemd in het addendum op de passende beoordeling wordt bewerkstelligd, en verzekerd is dat op die wijze de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet worden aangetast.

Daar heeft de Afdeling wel bezwaar tegen. De verwachte voordelen van mitigerende maatregelen staan namelijk niet vast indien ten tijde van de passende beoordeling niet is uitgewerkt hoe de voordelen tot stand zullen worden gebracht. De verwachte voordelen van extern salderen met bedrijven die ten tijde van de passende beoordeling niet bekend zijn en daarin niet zijn onderzocht, staan niet vast als hiervoor bedoeld. De Afdeling vernietigt het herstelde Inpassingsplan, voor zover het ziet op de planregel waarmee met andere bedrijven dan degene die zijn onderzocht gesaldeerd kan worden.

Afronding

Voor het extern salderen in bijzonder is deze uitspraak behulpzaam, omdat duidelijk wordt herbevestigd met welke toestemmingen gesaldeerd kan worden. Daarnaast kunnen de overwegingen over de instandhoudingsmaatregelen en preventieve maatregelen enerzijds en mitigerende maatregelen anderzijds ook in een breder kader nuttig zijn. In Moerdijk kan men in ieder geval aan de slag met de ontwikkeling van het bedrijventerrein.





Openbaarheid van bestuur

Weigeren milieu-informatie op grond van Wob nog moeilijker door foute implementatie Richtlijn 2003/4/EG over toegankelijkheid milieu-informatie

Richtlijn 2003/4/EG (Richtlijn) stelt hoge eisen aan de toegankelijkheid van milieu-informatie. In haar uitspraak van 15 april 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:1071](#)) oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat deze Richtlijn niet goed is geïmplementeerd in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

Casus

Het verstrekken van informatie blijft achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de betrekkingen van Nederland met andere staten en internationale organisaties.

Begin oktober 2017 hebben diverse Europese landen gemeld dat ruthenium-106 (Ru-106), een radioactieve stof die vrijkomt bij kernsplijting, in de lucht is aangetroffen. In Nederland heeft het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) gemeten op Ru-106 en deze stof niet aangetroffen. Het International Atomic Energy Agency (IAEA), een organisatie van de Verenigde Naties voor internationale samenwerking op nucleair gebied, heeft de meetgegevens van Ru-106 van een groot aantal landen opgenomen in een overzicht. Dit 'Metingenoverzicht IAEA van Ru-106' heeft het IAEA op 24 november 2017 gedeeld op het portaal 'Unified System for Information Exchange in Incidents and Emergencies'(USIE) onder

de classificatie 'for authority use only'. Het portaal is alleen toegankelijk voor, kort gezegd, toezichthouders van de aangesloten lidstaten, onderzoeksinstituten en enkele internationale organisaties.

De vereniging World Information Service on Energy Amsterdam (WISE) heeft de Autoriteit Nucleaire Veiligheid en Stralingsbescherming (ANVS) verzocht om openbaarmaking van het metingenoverzicht van 24 november 2017. De ANVS heeft met een beroep op artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob geweigerd het gevraagde metingenoverzicht openbaar te maken. Tegen dit besluit heeft WISE bezwaar gemaakt, tegen de afwijzing daarvan heeft WISE beroep ingesteld bij de rechtbank Amsterdam en tegen de ongegrondverklaring van dat beroep hoger beroep bij de Afdeling.

Op grond van artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob blijft het verstrekken van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de betrekkingen van Nederland met andere staten en internationale organisaties. Samengevat stelt de ANVS zich op het standpunt dat het eenzijdig doorbreken van de door het IAEA aan de betrokken landen toegezegde vertrouwelijkheid van de informatie het risico met zich brengt dat landen in het vervolg terughoudender zullen zijn met het delen van hun gegevens met het IAEA en andere landen. Hierdoor kan het werk van het IAEA worden beïnvloed en kunnen de betrekkingen tussen Nederland en het IAEA en de daarmee samenwerkende landen in gevaar worden gebracht. Het belang dat te voorkomen weegt in dit geval zwaarder dan het belang van openbaarmaking van het metingenoverzicht.

WISE stelt zich op het standpunt dat de rechtbank bij de beoordeling van haar beroep ten onrechte slechts de Wob en niet mede het Verdrag van Aarhus en de Richtlijn heeft toegepast. Daarbij voert WISE ook aan dat de gegevens van het metingenoverzicht door de Franse en Duitse collega-organisaties van de ANVS ten dele openbaar zijn gemaakt, zonder dat dit tot internationale spanningen heeft geleid.

Het oordeel van de Afdeling

De Afdeling gaat mee met het betoog van WISE en overweegt daartoe het volgende. De Afdeling constateert dat de relevante bepalingen van het Verdrag van Aarhus zijn opgenomen in de Richtlijn. Hierom vormt de Richtlijn het toetsingskader voor deze uitspraak en komt de Afdeling niet toe aan (de vraag naar de rechtstreekse werking van) de ingeroepen bepalingen van het Verdrag van Aarhus.

Op grond van artikel 3 leden 1, 4 en 5 van de Richtlijn zijn de overheidsinstanties, overeenkomstig het bepaalde in de Richtlijn, in beginsel gehouden de milieu-informatie waarover zij beschikken, zo nodig in een andere vorm, aan elke aanvrager op verzoek beschikbaar te stellen, en worden de ambtenaren verplicht om burgers die toegang tot informatie wensen behulpzaam te zijn.

Op grond van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn kan een verzoek om milieu-informatie onder meer worden afgewezen indien afbreuk wordt gedaan aan internationale betrekkingen, openbare veiligheid of nationale defensie. Van belang is dat de gronden voor weigering van openbaarmaking van milieu-informatie restrictief worden uitgelegd, aldus artikel 4 lid 2 van de Richtlijn, met inachtneming van het met bekendmaking gediende openbare belang. In elk afzonderlijk geval moet het algemene belang dat is gediend met openbaarmaking worden afgewogen tegen het specifieke belang dat is gediend met de weigering openbaar te maken. Op grond artikel 4 lid 4 van de Richtlijn wordt milieu-informatie gedeeltelijk beschikbaar gesteld wanneer het mogelijk is informatie waarop het tweede lid van toepassing is van de overige gevraagde informatie te scheiden.

De Afdeling overweegt dat de genoemde artikelen van de Richtlijn zijn geïmplementeerd in artikel 3 leden 3 en 4, artikel 5, artikel 7 lid 2 en artikel 10 lid 1 aanhef en lid 2 aanhef en onder a Wob. Deze artikelen brengen met zich dat een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf in beginsel de informatie waarover wordt beschikt, verstrekt aan een ieder die daarom verzoekt, in de verzochte vorm of, indien nodig, in een andere vorm, en de verzoeker bij zijn verzoek behulpzaam is. Op grond van artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob blijft het verstrekken van informatie op grond van de Wob achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties. Gelet op hierop zijn de vermelde artikelen van de Richtlijn in zoverre correct geïmplementeerd, aldus de Afdeling. Maar dan overweegt de Afdeling:

Het besluit van de ANVS is niet zorgvuldig voorbereid en onvoldoende gemotiveerd.

“Evenwel is de verplichting op grond van artikel 4, tweede lid, van Richtlijn 2003/4/EG om, bij de afweging of openbaarmaking van milieu-informatie met het oog op internationale betrekkingen moet worden geweigerd, deze weigeringsgrond restrictief en met inachtneming van het voorliggende met bekendmaking gediende openbare belang uit te leggen, op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wob niet in alle gevallen verzekerd.”

Hierop legt de Afdeling bij de beoordeling van het bestreden besluit artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob richtlijnconform uit. De Afdeling overweegt dat de door de ANVS gestelde vrees voor afbreuk aan de betrekkingen met het IAEA en de daarmee samenwerkende landen, onvoldoende is voor een beroep op artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob wanneer deze bepaling richtlijnconform wordt uitgelegd.

Gelet daarop en de op grond van de Richtlijn geldende verplichting het publiek behulpzaam te zijn bij het verkrijgen van toegang tot milieu-informatie, had de ANVS bij het IAEA navraag moeten doen welke landen zich tegen openbaarmaking van hun meetresultaten verzetten en of, en in hoeverre de gegevens uit het metingenoverzicht, zo nodig in een andere vorm, openbaar gemaakt kunnen worden zonder dat daardoor afbreuk aan internationale betrekkingen wordt gedaan. Daarbij acht de Afdeling van belang dat een aantal landen en de European Nuclear Safety Regulators Group al tot publicatie van delen van het metingenoverzicht zijn overgegaan. Nu de ANVS bij het bestreden besluit de weigering tot openbaarmaking van het metingenoverzicht op grond van artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob heeft gehandhaafd zonder het IAEA een zienswijze hierover te hebben gevraagd, is het besluit niet zorgvuldig voorbereid en onvoldoende gemotiveerd.

Gevolgen voor de praktijk

De richtlijnconforme restrictieve uitleg van weigeringsgronden in geval van een verzoek om milieu-informatie is in artikel 4 lid 2 van de Richtlijn niet beperkt tot de weigeringsgrond in artikel 10 lid 2 aanhef en onder a Wob, maar is van toepassing op alle weigerings- en beperkingengronden in artikel 10 en 11 Wob. Het gevolg hiervan zal zijn dat het – ook wanneer het niet gaat om informatie over emissies in het milieu – voor bestuursorganen nog moeilijker zal worden Wob-verzoeken over milieu-informatie te weigeren.





Schaarse rechten

Schaarse rechten: een mengvorm tussen fysieke en beleidsmatige schaarste is mogelijk

Het schaarse rechten-leerstuk is al enige jaren volop in ontwikkeling. Op 8 april 2020 verscheen er opnieuw een interessante uitspraak van de Afdeling waarin de vraag voorlag of ligplaatsen schaars zijn en daarom op een transparante manier verdeeld moeten worden. Daarin komt de Afdeling tot een belangrijke conclusie: ook wanneer er sprake is van een ‘mengvorm’ tussen fysieke en beleidsmatige schaarste, kan er sprake zijn van schaars publiek recht.

Procesverloop

In de uitspraak van 8 april 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:1013](#)) ging het om negen aanvragen van New Orange B.V. om ligplaatsvergunningen voor bedrijfsvaartuigen in Amsterdam. De gemeente heeft deze aanvragen afgewezen omdat er minder ligplaatsen beschikbaar zouden zijn dan waaraan behoefte is. Om de vergunningen voor de beschikbare ligplaatsen te verdelen, moet eerst een nieuw verdeelsysteem gecreëerd worden. Tot dat nieuwe systeem er is, verleent de gemeente geen ligplaatsvergunningen, zodat de aanvragen van New Orange moesten worden afgewezen. De gemeente baseert zich daarbij op de Verordening op het binnenwater 2010 (“Vob”), waarin is opgenomen dat de aanvraag om een ligplaatsvergunning kan worden geweigerd in het belang van de ordening. Omdat sprake is van een schaarse vergunning en nog geen verdelingssystematiek is vastgesteld, doet deze weigeringsgrond zich volgens de gemeente voor.

New Orange meent dat de gemeente haar aanvragen niet had mogen afwijzen vanwege het ontbreken van een verdeelsysteem, omdat er geen sprake is van fysieke of beleidsmatige schaarste. Van fysieke schaarste is volgens New Orange geen sprake omdat de beschikbaarheid van de natuurlijke hulpbron, de binnenwateren van Amsterdam, niet beperkt is. Beleidsmatige schaarste zou niet aan de orde zijn omdat de Vob niet voorziet in een maximumaantal te verlenen vergunningen. Verder heeft New Orange betoogd dat de duur van de feitelijke vergunningenstop niet meer redelijk is en een beroep op het gelijkheidsbeginsel gedaan.

Ook wanneer er sprake is van een ‘mengvorm’ tussen fysieke en beleidsmatige schaarste, kan er sprake zijn van een schaars publiek recht.

Wat is schaarste?

In de literatuur wordt aangenomen dat er sprake is van een schaars publiek recht “als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”. Ook de partijen in deze zaak sluiten zich bij deze definitie aan en zijn het erover eens dat indien sprake is van een schaars recht een verdelingsmethode moet worden toegepast om de beschikbare rechten te verdelen.

Deze definitie van schaarse publieke rechten impliceert volgens staatsraad advocaat-generaal Widdershoven in zijn conclusie ([ECLI:NL:RVS:2016:1421](#)) in de zaak Speelautomatenhal Vlaardingen ([ECLI:NL:RVS:2016:2927](#)) dat het aantal beschikbare publieke rechten beperkt is en dat voor het aantal te verlenen rechten een maximum of plafond bestaat. Dat plafond kan voortvloeien uit de schaarste aan beschikbare natuurlijke hulpbronnen (fysieke schaarste) of aan bruikbare technische mogelijkheden (technische schaarste), maar kan ook om beleidsmatige redenen worden vastgesteld. In dat laatste geval wordt doorgaans een plafond vastgesteld dat wordt neergelegd in een wettelijk voorschrift.

Fysieke en beleidsmatige schaarste: een mengvorm is mogelijk

De Afdeling gaat niet mee met het standpunt van New Orange dat geen sprake zou zijn van fysieke schaarste omdat de binnenwateren van Amsterdam omvangrijk zijn en de schaarste daarom niet noodzakelijkerwijs voortvloeit uit de beperkte beschikbaarheid van de natuurlijke hulpbron. In het arrest *Promoimpresa* ([ECLI:EU:C:2016:558](#)) heeft het Hof van Justitie namelijk, anders dan New Orange meent, niet geoordeeld dat het gehele territorium waarop het vergunningverlenend orgaan bevoegd is, moet worden betrokken bij de beoordeling of sprake is van fysieke schaarste.

Verder overweegt de Afdeling dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een schaars recht ook sprake kan zijn van een ‘mengvorm’ tussen fysieke en beleidsmatige schaarste.

Uit het arrest Promoimpresa valt namelijk niet af te leiden dat bij de vaststelling of sprake is van fysieke schaarste geen enkel beleidsmatig aspect aan de orde kan komen. Ook de eerder in dit blogbericht genoemde conclusie van Widdershoven geeft volgens de Afdeling geen aanleiding voor de gevolgtrekking dat van slechts één soort schaarste sprake kan zijn en dat een mengvorm van de soorten schaarste op zichzelf niet als schaarste kan worden aangemerkt. Dat betekent dat er ook sprake kan zijn van een schaars recht wanneer eerst een beleidsmatige keuze wordt gemaakt om de fysieke ruimte te beperken.

Is er in dit geval sprake van schaarse ligplaatsvergunningen?

Dat ligplaatsvergunningen (beleidsmatig) schaarse vergunningen kunnen zijn, oordeelde de Afdeling al eerder in een uitspraak uit 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:2892](#)). In die zaak werd echter in een wettelijk voorschrift bepaald dat voor het aantal te verlenen ligplaatsvergunningen een plafond bestond. In dit geval is er (nog) geen plafond vastgesteld. Om die reden kan er volgens New Orange geen sprake zijn van beleidsmatige schaarste. In dat kader overweegt de Afdeling dat een plafond ook ‘verstopt’ kan zijn en dus niet expliciet hoeft te worden genoemd. In dit geval heeft de gemeente de beleidsmatige keuze gemaakt om een steiger aan te leggen van 100 meter. Het aantal te verlenen ligplaatsvergunningen wordt door die beleidsmatige keuze in fysieke zin beperkt. Daarmee heeft de gemeente volgens de Afdeling een ‘impliciet plafond’ gecreëerd voor de verdeling van de schaarse ligplaatsen voor bedrijfsvoertuigen. Verder is al gebleken dat alleen al de aanvragen van New Orange en een andere rederij het maximumaantal te verlenen vergunningen zullen overtreffen. Dat leidt de Afdeling tot de conclusie dat de ligplaatsvergunningen als schaarse vergunningen moeten worden aangemerkt. De gemeente mocht de aanvragen van New Orange afwijzen in afwachting van de vaststelling van een verdelingssystematiek.

Overige beroepsgronden

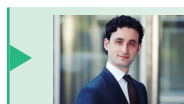
De Afdeling oordeelt dat de duur van de feitelijke vergunningenstop niet onredelijk lang is.

Tot slot oordeelt de Afdeling dat de duur van de feitelijke vergunningenstop niet onredelijk lang is. De gemeente mocht de vergunningen daarom weigeren in afwachting van het nieuwe verdeelsysteem. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt bovendien niet. New Orange had in dat kader aangevoerd dat aan een andere partij wel een ligplaatsvergunning verleend was. Die verlening was echter het gevolg van een onvoorzienbare en gedwongen verplaatsing van de ligplaatsen. Die omstandigheid maakt dat er naar het oordeel van de Afdeling geen sprake is van gelijke gevallen.

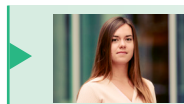
Conclusie

Een interessante conclusie die uit deze uitspraak volgt is dat er ook sprake kan zijn van een schaars recht wanneer dat niet direct uit de beperkte beschikbaarheid van de hulpbron zelf voortvloeit, maar wel nadat daartoe eerst een beleidsmatige keuze is gemaakt. Er kan dus een mengvorm bestaan tussen fysieke en beleidsmatige schaarste en om van een schaars publiek recht te kunnen spreken hoeft niet per definitie van één van de ‘soorten’ schaarste sprake te zijn.

Die conclusie lijkt ons niet meer dan terecht. Er is immers sprake van een schaars publiek recht “als de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”. Voor de beantwoording van de vraag of daarvan sprake is doet feitelijk niet ter zake of die schaarste voortvloeit uit natuurlijke hulpbronnen of uit beleidsmatige keuzes. Fysieke en beleidsmatige aspecten zijn een middel om vast te stellen of van schaarste sprake is.



Ali al Khatib



Jane van der Loo



Staatssteun

De Europese Commissie kan onherroepelijke oordelen van de nationale rechter over staatssteun overrulen

Op 4 maart 2020 [oordeelde](#) het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ") dat een onherroepelijk oordeel van de nationale rechter, over de vraag of sprake is van (onrechtmatige) staatssteun, niet in de weg staat aan een andersluidend oordeel van de Europese Commissie ("EC"). Uit deze uitspraak blijkt dat de EC toch de 'bovenliggende partij' is bij de handhaving van het staatssteunrecht.

Dit is een belangrijke nuancering van het voor de staatssteunjurist bekende mantra dat de nationale rechter en de EC bij de handhaving van het staatssteunrecht 'onderscheiden en aanvullende rollen' vervullen. De nationale rechter is volgens dit mantra verplicht en daarmee bevoegd om de zogeheten standstill-verplichting van artikel 108 lid 3 VWEU te handhaven. Dat wil zeggen dat de nationale rechter dient te voorkomen dat overheden onrechtmatige staatssteun verstrekken. Dat is staatssteun die aangemeld zou moeten worden bij de EC ter goedkeuring. De EC is op haar beurt exclusief bevoegd om te beoordelen of de aangemelde staatssteun verenigbaar is met de interne markt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de staatssteun voldoet aan de door de EC uitgebrachte kaderregeling, waarover wij eerder hebben [geblogd](#).

Uit de uitspraak van het HvJ volgt dat de EC de nationale rechter – achteraf – mag corrigeren ook als laatstgenoemde oordeelt dat van onrechtmatige staatssteun geen sprake is. Hiermee wordt niet alleen de relatie tussen de nationale rechter en de EC nader verduidelijkt. Ook komt het beginsel van gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken meer op losse schroeven te staan in de context van de handhaving van het staatssteunrecht.

De EC is de 'bovenliggende partij' bij de handhaving van het staatssteunrecht.

De feiten en de – door de Italiaanse overheid uitgelokte – beschikking van de EC

CTSP en Buonotourist (hierna: "rekwiranten") zijn Italiaanse ondernemingen. Zij bieden openbaarvervoersdiensten aan in de regio Campanië. Dit op basis van in de jaren '90 gesloten

concessieovereenkomsten. Zij meenden op grond van Europees recht, te weten verordening 1191/69, aanspraak te maken op compensatie voor het naar hun inzicht onder de marktprijs aanbieden van hun diensten. De hoogste Italiaanse bestuursrechter heeft deze compensatie na een vordering van rekwiranten in 2009 toegewezen en in november 2012 ook een vordering tot tenuitvoerlegging aan rekwiranten toegekend. Rekwiranten kregen op 21 december 2012 ongeveer vijf respectievelijk één miljoen euro overgemaakt van het regiobestuur.

De nationale rechter oordeelde dat van onrechtmatige staatssteun geen sprake was. Hij was namelijk van mening dat die compensatie op grond van verordening 1191/69 geboden is. Dergelijke compensatie hoeft in principe niet aangemeld te worden bij de EC, waardoor van onrechtmatige staatssteun geen sprake is. Ondanks dit oordeel van de rechter dat de compensatie geen onrechtmatige staatssteun betrof hebben de Italiaanse autoriteiten op 5 december 2012 de door de rechter bevolen compensatie als potentiële staatssteunmaatregel aangemeld bij de EC. De EC heeft vervolgens in januari 2015 de maatregel als onrechtmatige staatssteun aangemerkt. Daarmee werd het gezag van gewijsde van de uitspraken van de Italiaanse bestuursrechter feitelijk doorbroken. Vervolgens heeft de EC geoordeeld dat die staatssteun onverenigbaar is met de interne markt en dus de terugvordering daarvan gelast.

Rekwiranten gingen vervolgens tegen de beschikking in beroep bij het Gerecht van de EU, maar kregen daar nul op het rekest. In hoger beroep heeft het HvJ onlangs in laatste instantie over dit geschil geoordeeld. De vraag die onder meer aan het HvJ voor lag was of de EC haar beschikking kon nemen gelet op het gezag van gewijsde van de uitspraak van de hoogste Italiaanse rechter.

Het HvJ: de interpretatie van de EC van het staatssteunbegrip prevaleert boven die van de nationale rechter

Rekwiranten gaven aan dat de Italiaanse hoogste bestuursrechter zijn taak correct had uitgevoerd (i) door te onderzoeken en uit te sluiten dat onrechtmatige staatssteun aan de orde was en (ii) terwijl er op dat moment geen andersluidend oordeel van de EC was.

De nationale rechter is dus gebleven binnen de bevoegdheden die hij op grond van het staatssteunrecht heeft. Hij mag immers nagaan of van onrechtmatige staatssteun sprake is. Evenmin heeft hij de EC tegengesproken nu de EC zich (nog) niet over de zaak had gebogen. Daarom zou het oordeel van de nationale rechter moeten worden gerespecteerd, aldus rekwiranten.

Het HvJ kon zich niet in de standpunten van rekwiranten vinden en kwam tot de conclusie dat de exclusieve bevoegdheid van de EC om de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de interne markt te beoordelen zeer ruim is en ook van toepassing is op maatregelen waarover een nationale rechter reeds geoordeeld heeft:

“De uitoefening van deze bevoegdheid impliceert dat de Commissie in een situatie waarin de autoriteiten van een lidstaat zich op het standpunt hebben gesteld dat een maatregel niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 107, lid 1, VWEU, krachtens artikel 108 VWEU kan onderzoeken of die maatregel staatssteun vormt die op grond van artikel 108, lid 3, VWEU bij haar had moeten worden aangemeld. Dit is ook het geval wanneer die autoriteiten zich in dit verband hebben gevoegd naar de beoordeling die is verricht door een nationale rechter.

Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het feit dat die rechter een in kracht van gewijsde gegane beslissing heeft gegeven. Benadrukt moet namelijk worden dat de regel van de exclusieve bevoegdheid van de Commissie in de nationale rechtsorde geldt ten gevolge van het beginsel van voorrang van het Unierecht (zie in die zin arrest van 18 juli 2007, Lucchini, C 119/05, EU:C:2007:434, punt 62).”

Dat dat oordeel al kracht van gewijsde heeft gekregen staat aan de exclusieve bevoegdheid van de EC niet in de weg. De exclusieve bevoegdheid van de EC is een uitwerking van het primaat van het Unierecht op grond waarvan het Unierecht voorrang heeft boven de nationale rechtsorde.

Een beroep van rekwiranten op het vertrouwensbeginsel mocht ook niet baten. Het HvJ oordeelt dat een justitiabele zich niet kan beroepen op het vertrouwensbeginsel zonder dat de EC (in de loop van genoemde procedure) uitlatingen heeft gedaan die een gegronde verwachting konden wekken dat bijvoorbeeld van onrechtmatige staatssteun geen sprake is. De nationale rechter kan niet namens de EC een verwachting scheppen. De EC is immers exclusief bevoegd en alleen de EC kan verwachtingen scheppen over de manier waarop zij van die bevoegdheid gebruik zal maken.

Dat dat oordeel al kracht van gewijsde heeft gekregen staat aan de exclusieve bevoegdheid van de EC niet in de weg.

Conclusie

Het HvJ heeft in 2015 al eerder bepaald dat het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak opzij kan worden gezet door staatssteunregels (HvJ EU 11 november 2015, C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (*Klausner Holz Niedersachsen GmbH/Land Nordrhein-Westfalen*)). Deze zaak hebben wij ook toen [beblogd](#) met een waarschuwing aan de ondernemingen dat contracten met

overheid opengebroken kunnen worden met een beroep op het staatssteunrecht.

Het HvJ laat met deze nieuwe uitspraak zien dat de EC het voortouw heeft bij de handhaving van het staatssteunrecht. Dit hangt het HvJ op aan het primaat van het Unierecht. Voor overheden en ondernemingen is daarmee duidelijk dat alleen de EC een eindeoordeel kan vellen over de vraag of van staatssteun sprake is en of deze staatssteun toegestaan is. Ondernemingen moeten er bewust van zijn dat overheden achteraf een contract kunnen proberen open te breken door te betogen dat er van staatssteun sprake is. Zoals de Italiaanse overheid dit *in casu* met succes heeft gedaan.

Het bij twijfel vooraf aanmelden en laten goedkeuren van staatssteun door de EC heeft dus meerwaarde. Als dat niet mogelijk is dan verdient het aanbeveling om in het contract een inspanningsplicht op te nemen voor de overheid om de eventuele staatssteun aan te melden bij de EC en daarbij te bepleiten dat die staatssteun verenigbaar is met de interne markt. Verder zou in een eventuele nationale rechterlijke procedure kunnen worden aangedrongen op het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ. Het antwoord van dat Hof in dat verband kan namelijk niet worden overruled door de EC.



**Tom
Barkhuysen**



Ali al Khatib



**Ramses
Walon**



Dienstenrichtlijn

Vergunningstelsels en de Dienstenrichtlijn: hoe duidelijk en transparant moeten de vergunningsvoorwaarden zijn?

Mag de overheid de verlening van een horecavergunning weigeren vanwege het slechte levensgedrag van de exploitant of leidinggevende van een horecabedrijf? Verschillende lagere rechters oordeelden dat dit in strijd is met de Dienstenrichtlijn, omdat het criterium van (slecht) levensgedrag niet conform deze richtlijn duidelijk, ondubbelzinnig, transparant en objectief zou zijn. De Afdeling heeft inmiddels een [andere lijn](#) ingezet. Wij lichten deze ontwikkeling toe door eerst stil te staan bij de lagere rechtspraak en daarna de andere lijn van de Afdeling uit een te zetten.

Lagere rechters: criterium is in strijd met de Dienstenrichtlijn

Het (slechte) levensgedrag van een exploitant wordt in gemeentelijke verordeningen vaak als weigeringsgrond genoemd voor het verlenen van een exploitatievergunning voor een horecabedrijf. In een eerder [blogbericht](#) lichten wij de [uitspraak](#) van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam toe waarin werd geoordeeld dat dit criterium in strijd is met de Dienstenrichtlijn. De rechtbank Midden-Nederland was eerder tot een vergelijkbaar [oordeel](#) gekomen. De Dienstenrichtlijn bepaalt namelijk dat vergunningstelsels voor diensten gebaseerd moeten zijn op criteria die beletten dat bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op een willekeurige wijze kunnen uitoefenen (artikel 10). Dat betekent ook dat die criteria aan diverse vereisten moeten voldoen: deze criteria moeten non-discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig zijn, en moeten daarnaast duidelijk, ondubbelzinnig, objectief, vooraf en openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk zijn.

Verschillende lagere rechters oordeelden dat het criterium van (slecht) levensgedrag niet conform de Dienstenrichtlijn duidelijk, ondubbelzinnig, transparant en objectief zou zijn.

Volgens de rechtbank Amsterdam voldoet het criterium dat de exploitant van een horecabedrijf 'niet in enig opzicht van slecht levensgedrag' mag zijn hier niet aan. In de APV van de gemeente Amsterdam en in de toelichting daarop wordt namelijk niet nader gespecificeerd wat onder 'levensgedrag' moet worden verstaan en onder welke omstandigheden het levensgedrag van een exploitant aanleiding kan vormen om een vergunning te weigeren. Hieruit volgde volgens de voorzieningenrechter dat voor een dienstverrichter onvoldoende duidelijk was op welke wijze het criterium werd ingevuld, waardoor het criterium in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

De Afdeling: criterium is in beginsel voldoende duidelijk en objectief genoeg

Omdat het criterium over (slecht) levensgedrag in gemeentelijke APV's veelvuldig voorkomt bij de verlening van vergunningen voor onder andere cafés, speelautomatenhallen en evenementen, zou de lijn die de rechtbanken hadden ingezet grote gevolgen hebben en werd een uitspraak van de Afdeling met spanning afgewacht. De Afdeling kwam in december 2019 echter tot een ander [oordeel](#) dan de rechtbanken en bepaalde dat het "in beginsel voldoende duidelijk en objectief genoeg is wanneer het vereiste dat iemand niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is wordt tegengeworpen". Desalniettemin bood deze eerste uitspraak van de Afdeling nog geen volledige duidelijkheid voor de praktijk.

In de casus die aan de orde was, had de burgemeester het vereiste dat iemand niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mocht zijn, namelijk uitgewerkt in de gemeentelijke Horecanota. Daarin werd het niet in enig opzicht van slecht levensgedrag zijn gekoppeld aan de betrokkenheid bij strafbare feiten. Naast deze verdere uitwerking achtte de Afdeling van belang dat het vaste praktijk van de burgemeester was om het vereiste tegen te werpen bij vergelijkbare strafbare feiten. Volgens de Afdeling was de weigering op grond van het criterium van (slecht) levensgedrag daarmee voorzienbaar en niet willekeurig.

Dat de Afdeling het criterium in deze situatie in overeenstemming met de Dienstenrichtlijn acht, lijkt echter niet te betekenen dat het criterium als zodanig aanvaardbaar wordt geacht.

In deze uitspraak is de aanvaardbaarheid immers gekoppeld aan de nadere uitleg die wordt gegeven in de Horecanota, waardoor het toestaan van het criterium afhankelijk wordt gesteld van de omstandigheden van het geval. Daarnaast kon de uitspraak in de [literatuur](#) op kritiek rekenen omdat de Afdeling niet toetst of het *criterium* voldoende duidelijk, ondubbelzinnig en objectief is, maar of de *toepassing* ervan in het individuele geval op die manier wordt uitgelegd, bijvoorbeeld door daarbij te betrekken dat deze uitleg vaste praktijk van de burgemeester is.

Nadere invulling: het criterium houdt stand

In september 2020 heeft de Afdeling zich in twee uitspraken opnieuw gebogen over de vraag of het levensgedrag-criterium in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn. De omstandigheden waaronder het criterium aanvaardbaar wordt geacht zijn daarmee nog verder ingekleurd. De uitspraken laten bovendien zien dat volgens de Afdeling al snel aan de eisen van de Dienstenrichtlijn wordt voldaan wanneer beleidsnota's en de bestuurspraktijk al op een minimale manier inzichtelijk maken op welke manier met het criterium wordt omgegaan.

In de eerste [uitspraak](#) kwam opnieuw de APV van de gemeente Amsterdam aan de orde. Zoals ook al uit de eerdergenoemde uitspraak van de rechtbank Amsterdam bleek, worden in die APV en de toelichting daarop weinig aanknopingspunten gegeven over de wijze waarop slecht levensgedrag moet worden beoordeeld. Toch moet het criterium volgens de Afdeling in overeenstemming met de Dienstenrichtlijn worden geacht. Daarbij acht de Afdeling van belang dat het levensgedrag in de toelichting op de APV wel wordt gekoppeld aan 'betrokkenheid bij strafbare feiten van bepaalde aard en ernst' en dat de betrokkenheid bij harddrugs of heling als voorbeelden worden genoemd. Daarnaast heeft de burgemeester toegelicht dat als vaste gedragslijn wordt gehanteerd dat de vergunning in beginsel verleend wordt indien zich in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de vergunningaanvraag geen feiten hebben voorgedaan die te maken hebben met het levensgedrag van de aanvrager. Daarmee is naar het oordeel van de Afdeling in algemene zin duidelijk en vooraf kenbaar onder welke omstandigheden het levensgedrag wordt tegengeworpen en hoe de burgemeester dit beoordeelt.

De tweede [uitspraak](#) van de Afdeling gaat verder dan dat. De Afdeling stelt daarin vast dat het criterium door de regelgever niet nader is toegelicht en de burgemeester geen verdergaande uitwerking aan de door hem toe te passen voorwaarde heeft gegeven dan een vaste gedragslijn over de terugkijkperiode. Toch ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat het criterium dat dat de aanvrager niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is zich op voorhand niet verdraagt met de Dienstenrichtlijn. Volgens de Afdeling vallen namelijk in voorkomend gedrag uitsluitend die gedragingen onder de reikwijdte van dit criterium waarvan het voor eenieder evident is dat met dergelijke gedragingen niet voldaan wordt aan het vereiste dat de betrokkene niet in enig opzicht van slecht levensgedrag is. Uit de omstandigheden die in deze uitspraak aan de orde waren (het in strijd handelen met de Opiumwet) leidt de Afdeling vervolgens af dat voldoende duidelijk was dat sprake was van slecht levensgedrag, waardoor het criterium niet in strijd met de Dienstenrichtlijn moet worden geacht.

Afsluiting

De Afdeling heeft inmiddels in verschillende uitspraken bepaald dat het criterium over (slecht) levensgedrag niet op zichzelf in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Daarmee lijkt de Afdeling een vaste koers ingezet te hebben die ertoe leidt dat het criterium in stand kan blijven.

Hoewel dit goed nieuws is voor de gemeentelijke vergunningverlener, vragen wij ons af of de Afdeling zich niet te veel beperkt tot een toets van de *toepassing* van het criterium dat iemand niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn. Dat op basis van die toets de conclusie getrokken kan worden dat burgemeesters

het criterium levensgedrag niet willekeurig toepassen, betekent namelijk nog niet dat het criterium als zodanig aan de vereisten van de Dienstenrichtlijn voldoet. De Dienstenrichtlijn bepaalt immers niet alleen dat de criteria waaronder een vergunning kan worden verleend objectief moeten zijn, maar de richtlijn eist ook duidelijkheid, ondubbelzinnigheid en transparantie van die criteria. Uit de uitspraken van de Afdeling lijkt te volgen dat ook aan die criteria al snel wordt voldaan, ook wanneer geen nadere concretisering in beleid of vaste bestuurspraktijk heeft plaatsgevonden.

Afdeling kwam tot een ander oordeel dan de rechtbanken en bepaalde dat het criterium in beginsel voldoende duidelijk en objectief genoeg is.

Daarbij lijkt de Afdeling te veronderstellen dat een bepaalde lijst van delicten op voorhand duidelijk van slecht levensgedrag getuigt. Het is echter de vraag of een ondernemer op voorhand duidelijk op het netvlies heeft welke soort delicten wel en welk soorten delicten hem niet tegengeworpen kunnen worden. De Dienstenrichtlijn strekt immers tot het zoveel mogelijk wegnemen van een dergelijke onduidelijkheid. Of de Afdeling inderdaad meent dat wetgeving snel aan de voornoemde eisen van de Dienstenrichtlijn voldoet, zal uit nadere rechtspraak moeten blijken.



Ali al Khatib



**Jane van
der Loo**



Mobiliteit

Het rapport Toekomstbestendige Mobiliteit: we zijn onderweg en juist dat is de uitdaging

Op 22 april 2020 is het [onderzoeksrapport Toekomstbestendige Mobiliteit](#) aan de Tweede Kamer aangeboden. Het rapport maakt deel uit van een reeks van zestien rapporten Brede Maatschappelijke Heroverwegingen. Het is het resultaat van een brede analyse door een hiervoor aangestelde werkgroep naar de vraag waar de grootste toekomstige uitdagingen liggen rondom het mobiliteitssysteem in Nederland. **Conclusie: in een ideaal mobiliteitssysteem staan bereikbaarheid en duurzaamheid centraal en zijn de negatieve effecten van mobiliteit (klimaat, verkeersveiligheid en leefbaarheid) op de omgeving minimaal. Nederland is nog te veel onderweg en gebruikt daarvoor nog te vaak de (niet-elektrische) auto in plaats van de fiets of het ov.**

Er zijn belangrijke stappen te melden als het gaat om de ontwikkeling van mobiliteit. Het programma 'Beter benutten' dat tot 2018 onder het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat werd uitgevoerd, heeft geleid tot aantoonbare verbeteringen in de bereikbaarheid en toegankelijkheid van de huidige infrastructuur (er rijden bijvoorbeeld dagelijks gemiddeld 80 duizend voertuigen minder in de spits). Naast het stimuleren van de ontwikkeling van zero emissie-voertuigen, introduceert het kabinet ook andere maatregelen met het oog om klimaatdoelen te halen, zoals bijvoorbeeld de vrachtwagenheffing. Daarnaast is sinds een aantal jaar meer aandacht voor een meer integrale plan- en besluitvorming waarbij ruimtelijke opgaves worden gecombineerd met mobiliteit. Maar de conclusie is ook dat bij ongewijzigd beleid de bestaande doelstellingen op lange termijn buiten bereik blijven.

Betere bereikbaarheid staat niet in direct verband met duurzame mobiliteit.

In dit blogbericht geven wij op hoofdlijnen het rapport Toekomstbestendige Mobiliteit weer en signaleren wij de belangrijkste conclusies.

Mobiliteitsknelpunten

Het rapport benoemt de knelpunten die zich op mobiliteitsgebied voordoen en die bij ongewijzigd beleid ervoor kunnen zorgen dat de bestaande doelstellingen op lange termijn niet worden gehaald. Wij vatten deze als volgt samen. In de eerste plaats signaleert het rapport dat de groei van de bevolking en de economie de binnenstedelijke en tussenstedelijke bereikbaarheid in de Randstad-plus onder druk zet. Daarnaast groeit hierdoor ook de druk op de goederencorridor naar België en Duitsland, wat leidt tot druk op de bereikbaarheid en negatieve effecten op de concurrentiepositie van de havens en de logistieke keten van Nederland. De bereikbaarheid in de krimpgebieden vermindert juist door het wegvallen van voorzieningen en openbaar vervoer. Bij ongewijzigd beleid blijft ook de verkeersveiligheid een knelpunt op het terrein van mobiliteit. Tot slot blijft de duurzaamheid en leefbaarheid voor de mobiliteitssector een belangrijke uitdaging. Betere bereikbaarheid staat immers niet in direct verband met duurzame mobiliteit. De maatregelen uit het Klimaatakkoord betekenen voor mobiliteit onder meer sturing op elektrische voertuigen. De Europese Commissie heeft met de Green Deal ook ingezet op strengere CO₂-normen voor auto's en bestelwagens, investeringen in laad- en tankstations voor emissievrije voertuigen en de introductie van een kilometerheffing. Beide akkoorden vormen belangrijke kaders waarbinnen het mobiliteitssysteem zich zal moeten ontwikkelen.

Wat zijn de mogelijkheden om deze problemen de komende 20 jaar (beter) te baas te worden?

Het rapport geeft vervolgens een beschouwing van de verschillende beleidsopties die voor de geconstateerde knelpunten een oplossing kunnen geven. Wij bespreken deze beleidsopties samengevat en per knelpunt:

(1) Bereikbaarheid tussenstedelijk en de goederencorridors

Standaardoplossing voor het vastlopen van verkeer is in het verleden steeds geweest om te investeren in nieuwe infrastructuur. Het rapport pleit voor een verschuiving naar het op grote schaal beter benutten van de bestaande infrastructuur. Het valt ons op dat het rapport, in lijn met het Klimaatakkoord, onder meer aanstuurt op een gebruiksheffing per kilometer. In de [Kamerbrief over voortgang Klimaatakkoord mobiliteit](#) die 17 april 2020 aan de Tweede Kamer is aangeboden, werd namelijk niet gesproken over betalen naar gebruik.

Doel van de gebruiksheffing is om in de toekomst beter te kunnen sturen op autogebruik en daarnaast om de teruglopende accijnzen op fossiele brandstoffen te kunnen compenseren. Ook noemt het rapport de vrachtwagenheffing als een succesvol voorbeeld van de introductie van een gebruiksheffing per kilometer. Het rapport benadrukt hierover wel dat in het goederenvervoer voldoende capaciteit beschikbaar is op het spoor en de vaarwegen om het transport van extra goederen relatief gemakkelijk te faciliteren. Dat ligt anders bij autogebruik, want niet voor alle verplaatsingen is er nu een goed alternatief voorhanden. In dat opzicht benadrukt het rapport dat een gecoördineerde set aan maatregelen nodig is om autogebruik terug te dringen en gelijktijdig een goed alternatief te bieden in plaats van autovervoer.

Binnenstedelijke bereikbaarheid in de Randstad-plus

De binnenstedelijke bereikbaarheid kan volgens het rapport eveneens worden verbeterd door het autogebruik terug te dringen en goede alternatieven aan te bieden (fiets hubs, openbaar vervoer). Daarnaast benadrukt het rapport dat de binnenstedelijke bereikbaarheid een vraagstuk is dat overheden meer in samenhang met andere opgaven met een ruimtelijke dimensie (wonen, werken, natuur) moeten bezien. De mogelijkheden om ruimtelijke inrichting en infrastructuur goed op elkaar aan te laten sluiten, worden volgens het rapport op dit moment niet volledig benut. Bereikbaarheid is vaak nog het belangrijkste meetpunt van mobiliteit, maar voor een doelmatig beleid moeten overheden juist de overige ruimtelijke elementen op een gelijkwaardige manier betrekken. Sinds enige jaren wordt in toenemende mate de ruimtelijke planvorming en decentraal mobiliteitsbeleid (zoals parkeernormen) betrokken. Een mooi voorbeeld daarvan zagen wij al in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 28 februari 2020, waaruit volgt dat het gebruik van Mobility as a Service (MaaS) in bepaalde gevallen kan leiden tot een korting op de parkeereis ([ECLI:NL:RBROT;2020:1780](#)).

(2) Duurzaamheid

In het streven naar duurzame mobiliteit ligt het volgens het rapport voor de hand om op korte termijn te focussen op de uitvoering van het Klimaatakkoord, omdat vooralsnog onduidelijk is waar de Green Deal precies toe gaat leiden. Voordeel van het streven naar duurzaamheid in de mobiliteit is dat er één duidelijke oplossing voorhanden is: de transitie van diesel- en benzineauto's naar elektrisch rijdende auto's. Op langere termijn kunnen ook auto's die op waterstof rijden hieraan bijdragen. Wij merken op dat op dit terrein al

De timing is goed: de onvermijdelijke omslag in de economie kwam sneller dan gedacht in verband met noodzakelijke maatregelen rondom Covid-19.

veel ontwikkelingen plaatsvinden. In dat verband verwijzen wij bijvoorbeeld naar de [Subsidieregeling elektrische personenauto's particulier](#) die per 1 juli 2020 in werking is getreden. Daarnaast is ook de consultatiefase afgerond voor de wijzigingen in wet- en regelgeving die nodig zijn voor de implementatie van de hernieuwbare energierichtlijn ([Wijziging Wet milieubeheer i.v.m. implementatie richtlijn RED2](#)). Deze regeling draagt bij aan de vergroening van de mobiliteitssector. Het kabinet heeft tot slot 30 maart 2020 ook de kabinetsvisie waterstof toegestuurd aan de Tweede Kamer ([Kamerstukken II 2019-20, 32 813, nr. 485](#)).

(3) Krimpgebieden

Voor betere bereikbaarheid in de krimpgebieden zet het rapport tot slot in op uitbreiding van de initiatieven die in diverse krimpregio's al zijn uitgetest: belbussen, inzet van kleinere bussen en betere aansluiting van dienstregelingen van bussen en treinen. In overeenstemming met het regeerakkoord is ook de beleidsoptie opgenomen om sprinterdiensten te decentraliseren en op die manier beter te laten aansluiten met streekvervoer. Eerder heeft de Minister aangekondigd dat het besluit om al dan niet tot decentralisatie over te gaan onderdeel vormt van het besluit over de ordening op het spoor na 2024.

Ter besluit

Het onderzoek dat heeft geleid tot de Brede Maatschappelijke Heroverwegingen is destijds gestart omdat het kabinet het zinvol achtte om ter voorbereiding op een volgende neergaande conjunctuur of economische crisis effectieve beleidsopties in kaart te brengen ([Kamerstukken II 2018-19, 31 865, nr. 131](#)). Het uiteindelijke doel was om in de toekomst onderbouwde keuzes mogelijk te maken door inzicht te verschaffen in effectieve beleids- en uitvoeringsopties en de mogelijke gevolgen daarvan, zonder oordeel over de wenselijkheid. Dit oordeel is uiteindelijk aan de politiek. De timing is goed: de onvermijdelijke omslag in de economie kwam sneller dan gedacht in verband met noodzakelijke maatregelen rondom Covid-19. Wij zijn benieuwd op welke manier en op welke termijn het kabinet gevolg gaat geven aan de beleidsopties die het rapport voorstelt voor een toekomstbestendig mobiliteitssysteem. Mogelijk zou het kabinet dat ook meer kunnen zeggen over het juridisch instrumentarium dat het kabinet wil inzetten om deze doelen te bereiken. Wordt vervolgd.



**Jan Reinier
van Angeren**



**Frédérique
ten Hove**

PRAKTIJKGROEP BESTUURSRECHT

Jan Reinier van Angeren
Partner

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

Algemeen bestuursrecht & ruimtelijk
orderingsrecht



Tom Barkhuysen
Partner

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

Algemeen bestuursrecht, Europees
recht & handhaving. Hoogleraar
Bestuursrecht (Universiteit Leiden)



Jan van Oosten
Partner

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

Omgevingsrecht, in het bijzonder
ruimtelijk orderingsrecht



Anna Collignon
Partner

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

Milieurecht &
handhaving



Tijn Kortmann
Of counsel

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

Algemeen bestuursrecht &
snijvlak met privaatrecht



Valérie van 't Lam
Counsel

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

Milieurecht &
handhaving



Christien Saris
Senior medewerker

+31 20 546 01 31
christien.saris@stibbe.com

Compliance, toezicht-
en handhavingsrecht



Ali al Khatib
Senior medewerker

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

Economisch bestuursrecht,
Europees recht, staatssteunrecht en
overheidsaansprakelijkheidsrecht



Machteld Claessens
Senior medewerker

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

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



Rut Molenaar-Wingens
Senior medewerker

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

Bestuursrecht, ruimtelijk
orderingsrecht en mobiliteit



Liesbeth Berkouwer
Senior medewerker

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

Algemeen bestuurs(proces)recht,
ruimtelijke orderingsrecht en
milieurecht



Laurens Westendorp
Senior medewerker

+31 20 546 09 48
laurenswestendorp@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht en
economisch bestuursrecht



Stibbe