

Stibbe

Het bestuursrechtelijke jaar 2019 in blogs



INHOUDSOPGAVE

Algemeen bestuursrecht

- Exit willekeursluit: een nieuwe rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften 5
- Verzendtheorie voor bezwaar – en beroepschriften niet langer houdbaar na arrest Hof van Justitie? 8
- Een gedoogbeslissing is geen appellabel Awb-besluit: heerlijk helder of een duidelijke oproep aan de wetgever? 11
- Afgeleid belang: CRvB volgt conclusie raadsheer A-G 14
- Herziening van in rechte onaantastbare boetebesluiten: de Centrale Raad van Beroep vult criterium 'evident onredelijk' in 16
- Bijzondere omstandigheden bij dwangsominvordering: Afdeling verzacht formele rechtskracht 20
- Ook WhatsApp- en sms-berichten op privételefoons vallen onder Wet openbaarheid van bestuur 22

Omgevingsrecht

- Meer ruimte voor het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht 24
- Niet nemen van een m.e.r.-beoordelingsbesluit kan leiden tot een kennelijk gegrond beroep en een 'kale vernietiging' 28

Stikstof

- Wat betekent de PAS-uitspraak van de Afdeling voor de toelaatbaarheid van stikstofrelevante activiteiten? 31
- Eerste advies stikstofproblematiek: op korte termijn alles vlot trekken kan niet, maar wel actiepunten en aanbevelingen 36
- Een geringe toename van stikstofdepositie en vergunningverlening, nu en na de Spoedwet stikstof 42
- Na het PAS volgt de SAS: de Spoedwet Aanpak Stikstof: belangrijkste wijzigingen op een rijtje 46

Mobiliteit

- Wetsvoorstel tot implementatie Vierde Spoorwegpakket op 29 januari 2019 aangenomen, maar nog geen duidelijkheid over de toekomst van het hoofdrailnet 51

Energietransitie

- Aangenomen Klimaatwet: een belangrijke symboolfunctie geformaliseerd 54
- Afdeling stelt grens aan opleggen duurzaamheidseisen via zorgplicht of milieuvergunning aan bedrijven 56

Kansspelmarkt

- Casus Lotto c.s.: Aanpassing naam vergunninghouder bij nieuwe rechtsvorm? Let op de eisen van het Unierecht! 58

Bestuurlijk organisatierecht

- Democratische legitimiteit gemeenschappelijke regelingen terug op de kaart 60
- Een nieuwe uittredingsregeling voor gemeenschappelijke regelingen 62

Staatssteun

- Hoogste Europese rechter bevestigt dat overheden onrechtmatige staatssteun proactief moeten terugvorderen 64

Dienstenrichtlijn

- De eerste drie lessen voor de praktijk na een jaar Appingedam 66

Markt en overheid

- CBb geeft nadere en verscherpte uitleg over de toepassing van de Wet markt en overheid 69

Digital Government

- Een strategisch actieplan voor het gebruik van AI door de overheid 73

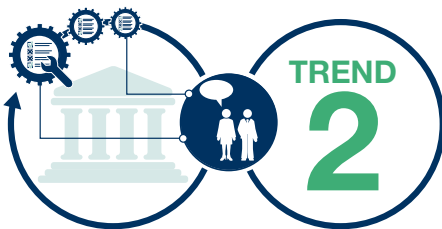
INLEIDING

De bestuursrechtadvocaten van Stibbe 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 2019 gebundeld. Deze blogs geven een goed beeld van de ontwikkelingen uit het afgelopen jaar. Veel van deze ontwikkelingen zetten zich voort in 2020 waarbij er wat ons betreft drie in het oog springen:



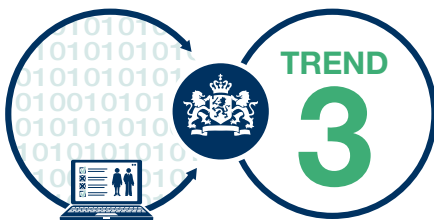
STIKSTOF

De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) heeft grote maatschappelijke impact. Naar aanleiding van de PAS-uitspraak zijn ook tal van juridische vragen opgekomen. Dit jaar zal duidelijk worden welke maatregelen de regering neemt om de stikstofproblematiek aan te pakken.



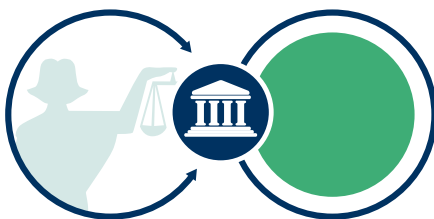
MAATWERK

Naast een responsieve rechtsstaat en meer burgerperspectief, is het thema maatwerk in het bestuursrecht aan een opmars bezig. Daar zullen we in de rechtspraak meer van gaan zien. Het is dan ook niet voor niets het onderwerp van de VAR-jaarvergadering 2020.



DIGITAL GOVERNMENT

Het gebruik van algoritmen door de overheid bij het nemen van besluiten staat volop in de belangstelling. De eisen waaraan dergelijke besluiten vanuit rechtsstatelijk oogpunt moeten voldoen, zijn voorwerp van debat en krijgen in de rechtspraak steeds meer vorm.



Naast deze drie belangrijke ontwikkelingen hebben ook tal van andere actualiteiten plaatsgevonden binnen het bestuurs- en omgevingsrecht.

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,



Tom
Barkhuysen



Jan Reinier
van Angeren



Anna
Collignon

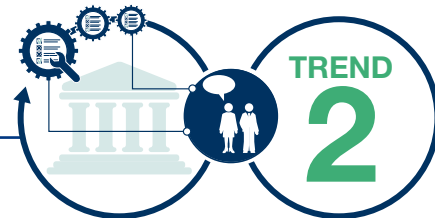


Jan
van Oosten



Tijn
Kortmann

Stibbe



Exit willekeursluis: een nieuwe rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften

Met ingang van 1 juli 2019 geldt er een nieuwe maatstaf voor de rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften (“avv’s”). De (bestuurs)rechter laat met de ‘1 juli-uitspraken’ van de Centrale Raad van Beroep (die zijn afgestemd met de andere hoogste rechterlijke colleges) definitief de terughoudende zogenaamde ‘willekeursluis’ uit het klassieke Landbouwwliegers-arrest los. Als de rechtmatigheid van een avv aan de orde is, zal de rechter dit avv voortaan intensiever en kritischer toetsen aan algemene rechtsbeginselen.

Stibbe is als advocaat betrokken in de zaken waar de toetsingsmaatstaf van de bestuursrechter aan de orde is gesteld. Mede om deze reden wordt in dit blogbericht niet de feitelijke grondslag van deze zaken besproken.

Introductie: rechtsbescherming tegen avv’s

Tegen de meeste avv’s kan niet rechtstreeks worden opgekomen bij de bestuursrechter (artikel 8:3 Awb). Desondanks bestaan er verschillende mogelijkheden om de rechtmatigheid van avv’s bij de rechter aan de orde te stellen. In de eerste plaats kan de civiele rechter worden gevraagd te oordelen over de vraag of een avv rechtmatig is. In de tweede plaats kan een avv indirect aan de bestuursrechter worden voorgelegd, namelijk door beroep in te stellen tegen een bestuursrechtelijk appellabel besluit dat op het bestreden avv is gebaseerd (de zogenoemde exceptieve toetsing). Als een rechter een avv of de toepassing daarvan bij zijn toets onrechtmatig acht, kan hij het aangevochten avv onverbindend verklaren of het in het concrete geval buiten toepassing laten.

In de situatie dat de bestuursrechter een avv exceptief kan toetsen, omdat op basis van dat avv (i) een bestuursrechtelijk appellabel besluit is genomen of (ii) kan worden genomen, acht de civiele rechter zich echter steeds vaker niet gerechtigd een oordeel over de rechtmatigheid van dat avv te geven. Daarmee rest in veel gevallen feitelijk alleen de mogelijkheid van een bestuursrechtelijke procedure om de rechtmatigheid van een avv indirect aan de orde te stellen over de band van een appellabel besluit.

“Bestuursrechters nemen afscheid van de willekeursluis uit het klassieke Landbouwwliegers-arrest.”

De rechtspraak liet echter zien dat die bestuursrechter avv’s een stuk minder intensief aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetste dan het geval is bij andere besluiten. Iets vergelijkbaars gold voor de civiele rechter bij diens directe toetsing. De rechtswetenschappelijke literatuur en ook procespartijen in concrete procedures waren kritisch op deze terughoudende rechterlijke toetsing van avv’s aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals evenredigheid, rechtszekerheid en zorgvuldigheid en de grenzen leken ook voor de rechters niet altijd meer even duidelijk. Deze gang van zaken heeft mede aanleiding gegeven voor de hier centraal staande ‘1 juli-uitspraken’ van de Centrale Raad van Beroep (CRvB 1 juli 2019, [ECLI:NL:CRVB:2019:2016](#), [ECLI:NL:CRVB:2019:2017](#), [ECLI:NL:CRVB:2019:2018](#) & [ECLI:NL:CRVB:2019:2019](#)).

Hoe was het ‘vroeger’? De terughoudende willekeurtoets uit het Landbouwwliegers-Arrest en de conclusie van AG-Widdershoven

Lange tijd was het Landbouwwliegers-arrest van de Hoge Raad (16 mei 1986 [ECLI:NL:HR:1986:AC9354](#)) leidend bij de vraag of en zo ja hoe de rechter een avv mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen.

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat bij deze toets een grote mate van terughoudendheid door de rechter is geboden én dat deze toets alleen tot onverbindendheid van een avv kan leiden als vaststaat dat het bestuursorgaan het verbod van willekeur overtreedt. Als gevolg hiervan achtten rechters een avv of de toepassing daarvan alleen onrechtmatig als er naast strijd met een algemeen rechtsbeginsel ook sprake was van willekeur.

Deze zogenoemde ‘willekeursluis’ vond ook haar weerslag in het bestuursrecht. Door de jaren heen kwam de intensiteit van de rechterlijke toetsing van avv’s echter in beweging. Ondanks het feit dat alle hoogste rechters nog steeds een terughoudende toets hanteerden, had dit als gevolg dat de precieze grenzen voor de verschillende bestuursrechters niet meer duidelijk bleken.

Ook de Afdeling was zich bewust van deze problematiek. Daarom vroeg de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in 2017 aan staatsraad A-G Widdershoven hoe intensief de bestuursrechter avv’s moet toetsen en welke omstandigheden daarvoor bepalend zijn. In zijn conclusie van 22 december 2017 ([ECLI:NL:RVS:2017:3557](#)) bepleit A-G Widdershoven dat er goede redenen zijn voor een nieuwe toets waarbij bestuursrechter avv’s voortaan indringender aan algemene rechtsbeginselen toetst en de zogenoemde ‘willekeursluis’ nadrukkelijk loslaat. Widdershoven stelt voor dat bestuursrechters een avv voortaan toetsen aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen en dat een avv bij de strijd met een enkel algemeen rechtsbeginsel onverbindend verklaard moet worden óf buiten toepassing moeten worden gelaten. Volgens Widdershoven dient de rechter wel terughoudendheid te blijven betrachten als het bestuursorgaan een grote mate van beslissingsruimte heeft. Naarmate de beslissingsruimte groter is, neemt de intensiteit van rechterlijke toetsing van een avv aan algemene rechtsbeginselen dan ook af.

De nieuwe toetsingsmaatstaf: 1 juli-uitspraken van de Centrale Raad van Beroep

Met de 1 juli-uitspraken van dit jaar is de Centrale Raad de eerste hoogste bestuursrechter die uitvoerig ingaat op de conclusie van A-G Widdershoven en daarmee – in afstemming met de andere hoogste rechters – de wijze bepaalt waarop rechters in het vervolg avv’s aan algemene rechtsbeginselen hebben te toetsen.

“Algemene rechtsbeginselen vormen een belangrijk richtsnoer bij exceptieve toetsing.”

De Centrale Raad overweegt dat als het gaat om de rechtmatigheid van een avv in het bijzonder kan worden getoetst aan hogere regelgeving, maar dat daarnaast ook aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een avv zodanig ernstige gebreken kunnen kleven dat het avv niet als grondslag kan dienen voor een te nemen besluit. In dat geval heeft de bestuursrechter het avv in beginsel onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten, aldus de Raad. Bij deze exceptieve toetsing vormen de algemene rechtsbeginselen een belangrijk richtsnoer, waarbij de Centrale Raad op enig punt onderscheid maakt tussen toetsing aan materiële respectievelijk formele rechtsbeginselen:

- De intensiteit van toetsing aan materiële én formele rechtsbeginselen is volgens de Centrale Raad onder meer afhankelijk van de beslissingsruimte van het regelgevend bestuursorgaan. Deze toetsing kan meer terughoudend zijn door de beslissingsruimte die voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie of als bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen zijn gemaakt. In dat laatste geval oordeelt de Centrale Raad dat de rechter niet de taak heeft om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat het bestuursorgaan aan de betrokken belangen toekende naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het avv meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn. Tot zover volgt de Centrale Raad de lijn van Widdershoven.
- Afwijkend van de conclusie van Widdershoven is het oordeel van de Centrale Raad dat een enkele schending van de formele rechtsbeginselen (zoals het motiveringsbeginsel of het zorgvuldigheidsbeginsel) niet kan leiden tot onverbindendheid van een avv. De formele rechtsbeginselen kunnen echter wel doorslaggevend zijn voor de bestuursrechter om een avv in een concreet geval buiten toepassing te laten en het daarop berustende besluit te vernietigen.

Deze situatie doet zich voor als de rechter oordeelt dat een avv waarop het bestreden besluit is gebaseerd niet zorgvuldig is voorbereid of gebrekkig is gemotiveerd, als gevolg waarvan de rechter niet kan beoordelen of het avv in strijd is met hogere regelgeving of de algemene rechtsbeginselen. Als het bestuursorgaan bij het voorbereiden en nemen van een avv de negatieve gevolgen daarvan voor een bepaalde groep uitdrukkelijk heeft betrokken en de afweging deugdelijk heeft gemotiveerd, voldoet deze keuze aan het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Als dit het geval is, beperkt de toets van de bestuursrechter zich tot de vraag of de regeling in strijd is met het beginsel van een niet-onevenredige belangenafweging, aldus de Centrale Raad.

Eenvoudig schematisch samengevat, ziet de exceptieve toets aan algemene rechtsbeginselen er in de toekomst als volgt uit:

“Nieuwe toets vindt naar verwachting ook weerklank in de jurisprudentie van de andere (hoogste) rechters.”

Tot slot

Met de uitspraken verlaat de (bestuurs)rechter de willekeursluis uit het Landbouwwliegers-arrest. De – vaak intensievere - rechterlijke toets aan formele rechtsbeginselen en de toets aan het evenredigheidsbeginsel bij de vraag of een avv buiten toepassing moet worden gelaten zullen in de praktijk waarschijnlijk tot daadwerkelijke vernieuwing gaan leiden. Doordat de nieuwe toets met de andere hoogste rechters is afgestemd, zal deze naar verwachting ook zijn weerklank vinden in de jurisprudentie van de andere (hoogste) rechters. We hebben dus te maken met een nieuwe klassieker. Omdat de rechtspositie van zowel burgers als publieke en private rechtspersonen in steeds belangrijkere mate wordt bepaald door avv's, zijn zij in ieder geval in theorie gebaat bij de nieuwe rechterlijke toetsingsmaatstaf. Tegelijk moeten overheden die avv's opstellen bedacht zijn op een mogelijk kritischere rechterlijke toetsing, ook als het gaat om de voorbereiding en motivering van dergelijke voorschriften. Maar we zullen eerst meer uitspraken moeten afwachten om te bezien of deze verwachting uitkomt. Daarbij zal vooral ook de invulling van het criterium 'beslisruimte' en het al dan niet ingrijpen in fundamentele rechten een belangrijke rol gaan spelen. In dit blogbericht verwijzen wij graag naar de al eerder gepubliceerde blogberichten over dit onderwerp: [Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften](#) en [De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht](#).



**Jan Reinier
van Angeren**



**Tom
Barkhuysen**



**Lisa
van der Maden**



**Annemieke
Zwanenburg**



Verzendtheorie voor bezwaar- en beroepschriften niet langer houdbaar na arrest Hof van Justitie?

Uit een **arrest van het Europese Hof van Justitie** van begin 2019 volgt dat het lidstaten in beginsel niet is toegestaan één postdienst aan te wijzen waarmee processtukken tijdig kunnen worden ingediend. Voor Nederland heeft dit arrest mogelijk tot gevolg dat de verzendtheorie en de invulling daarvan door de bestuursrechter niet langer houdbaar is, zoals de rechtbank Den Haag onlangs ook oordeelde. In dit blogbericht staan wij stil bij deze jurisprudentie en de gevolgen daarvan voor de praktijk.

Tijdig verzenden van processtukken: ontvangst- en verzendtheorie (artikel 6:9 Awb)

Het Nederlandse bestuursrecht hanteert als uitgangspunt de ontvangsttheorie. Dat betekent dat een bezwaar- of (hoger)beroepschrift in ieder geval op tijd is ingediend indien het voor het einde van de termijn (24:00 uur op de laatste dag) is ontvangen (art. 6:9 lid 1 Awb). Het is aan de verzender om aannemelijk te maken dat het stuk tijdig is ontvangen, bijvoorbeeld door middel van een ontvangstbevestiging per fax of per e-mail. De ontvangsttheorie is met name relevant voor het verzenden van stukken op een andere manier dan per post met PostNL.

“Hof van Justitie: ‘het is niet toegestaan één postdienst aan te wijzen waarmee processtukken tijdig worden ingediend’.”

Voor verzending per post geldt namelijk aanvullend de verzendtheorie. Dit houdt in dat, indien het } bezwaar- of (hoger)beroepschrift voor het einde van de termijn ter post is bezorgd (in een brievenbus of bij het postkantoor) én het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen, het stuk toch tijdig is ingediend (art. 6:9 lid 2 Awb). Voorwaarde is echter wel dat voor verzending met PostNL (de concessiehouder) wordt gekozen. Sinds jaar en dag geldt op grond van vaste jurisprudentie dat de terpostbezorging plaatsvindt op het moment dat een poststuk in een brievenbus van PostNL wordt gedeponereerd dan wel het moment waarop het op een postvestiging van PostNL wordt aangeboden (zie bijv. ABRvS 25 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:157). De datumstempel van PostNL moet als uitgangspunt worden genomen voor de datum waarop het stuk ter post is bezorgd (zie ook ter achtergrond de parlementaire geschiedenis van de Awb: Kamerstukken II 1988/89, 21221, A, p. 74-75).

Hof van Justitie: Poolse verzendtheorie strijdig met Unierecht

Op 27 maart 2019 heeft het Hof van Justitie prejudiciële vragen beantwoord, gesteld door de Sąd Najwyższy (de hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken van Polen) in het kader van een procedure tussen een Poolse burger, de heer Pawlak, en de voorzitter van Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (het Poolse socialezekerheidsfonds voor de landbouw, “KRUS”).

In de nationale procedure speelde het volgende. De heer Pawlak had aan de KRUS schadevergoeding gevraagd nadat hij een arbeidsongeval had gehad. Omdat hij het niet eens was met de beslissing van de voorzitter van de KRUS, had hij daartegen beroep ingesteld, en met succes. Vervolgens wilde de voorzitter van de KRUS hoger beroep instellen tegen de rechtbankuitspraak, maar het beroepschrift werd twee dagen na het verstrijken van de termijn ontvangen. Het hoger beroep werd niet-ontvankelijk verklaard, omdat, ondanks dat het processtuk op de laatste dag van de beroepstermijn was afgestempeld door de postdienst, Polen de nationale regeling kent dat enkel de indiening van een processtuk bij de aangewezen aanbieder (de universele dienst) gelijkstelt met de indiening van het stuk bij de betrokken rechterlijke instantie. Tegen dat oordeel heeft de KRUS cassatieberoep ingesteld. De cassatierechter Sąd Najwyższy heeft vervolgens in een prejudiciële procedure aan het Hof van Justitie (kort gezegd) gevraagd of deze Poolse verzendtheorie in strijd is met de Europese Postrichtlijn (97/67/EG, laatst gewijzigd bij Richtlijn 2008/6/EG).

Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend. De Postrichtlijn heeft tot doel om de interne markt voor postdiensten te verwezenlijken en om een einde te maken aan het handhaven van een voorbehouden sector en bijzondere rechten als middel om de financiering van de universele dienst te verzekeren. Het toekennen van een exclusief of bijzonder recht aan de universele dienst, zoals het geval bij de Poolse verzendtheorie, zou in strijd zijn met deze doelstellingen. Hier doet niet aan af dat in Polen de geografische dekking van de dienst van aangetekende zendingen door de verschillende aanbieders zeer uiteenlopend is en dat er dus een belang bestaat dat voor alle zendingen van processtukken aan rechterlijke instanties hetzelfde niveau van waarborg wordt geboden wat de veiligheid van zendingen betreft en de termijnen waarbinnen deze zendingen bij de rechterlijke instanties worden afgegeven, zoals de Poolse regering tijdens de zitting heeft aangevoerd. Het Hof van Justitie oordeelt dat nu de andere aanbieders op basis van de Poolse wetgeving eveneens gemachtigd zijn om voor rechterlijke instanties bestemde processtukken te vervoeren en te bezorgen, zij geacht worden te beschikken over de nodige organisatorische middelen en het nodige personeel om dit te doen.

Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat de Postrichtlijn zich verzet tegen de nationale regeling die, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging wegens redenen van openbare orde of openbare veiligheid bestaat, alleen de afgifte van een processtuk in een postkantoor van de enige voor de universele postdienst aangewezen aanbieder erkent als gelijkwaardig aan de indiening van het processtuk bij de betrokken rechterlijke instantie.

“In Nederland zijn de datumstempels van postdienstverleners anders dan PostNL straks ook geldig.”

Betekenis voor het Nederlandse bestuursrecht

Zoals hiervoor uiteengezet, kent het Nederlandse bestuursrecht een met het Poolse recht vergelijkbare verzendtheorie, namelijk dat een processtuk als tijdig ingediend wordt aangemerkt indien het voor het einde van de termijn is afgestempeld door PostNL en niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen. De rechtbank Den Haag heeft onlangs een **uitspraak** (ECLI:NL:RBDHA:2019:8610) gedaan waaruit volgt dat ook deze Nederlandse verzendtheorie niet langer houdbaar is. In die procedure was het beroepschrift van eiser vijf dagen na afloop van de beroepstermijn ontvangen, maar blijkens de datumstempel twee dagen vóór afloop van die termijn op de post was gedaan – echter niet met PostNL maar een andere aanbieder. Onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest van het Hof van Justitie overweegt de rechtbank dat het niet is toegestaan om zonder goede reden slechts één postdienst aan te wijzen waarmee beroepen op deze wijze op tijd kunnen worden ingediend en dat de rechtbank daarom voorbij gaat aan de vaste jurisprudentie van onder meer de Afdeling.

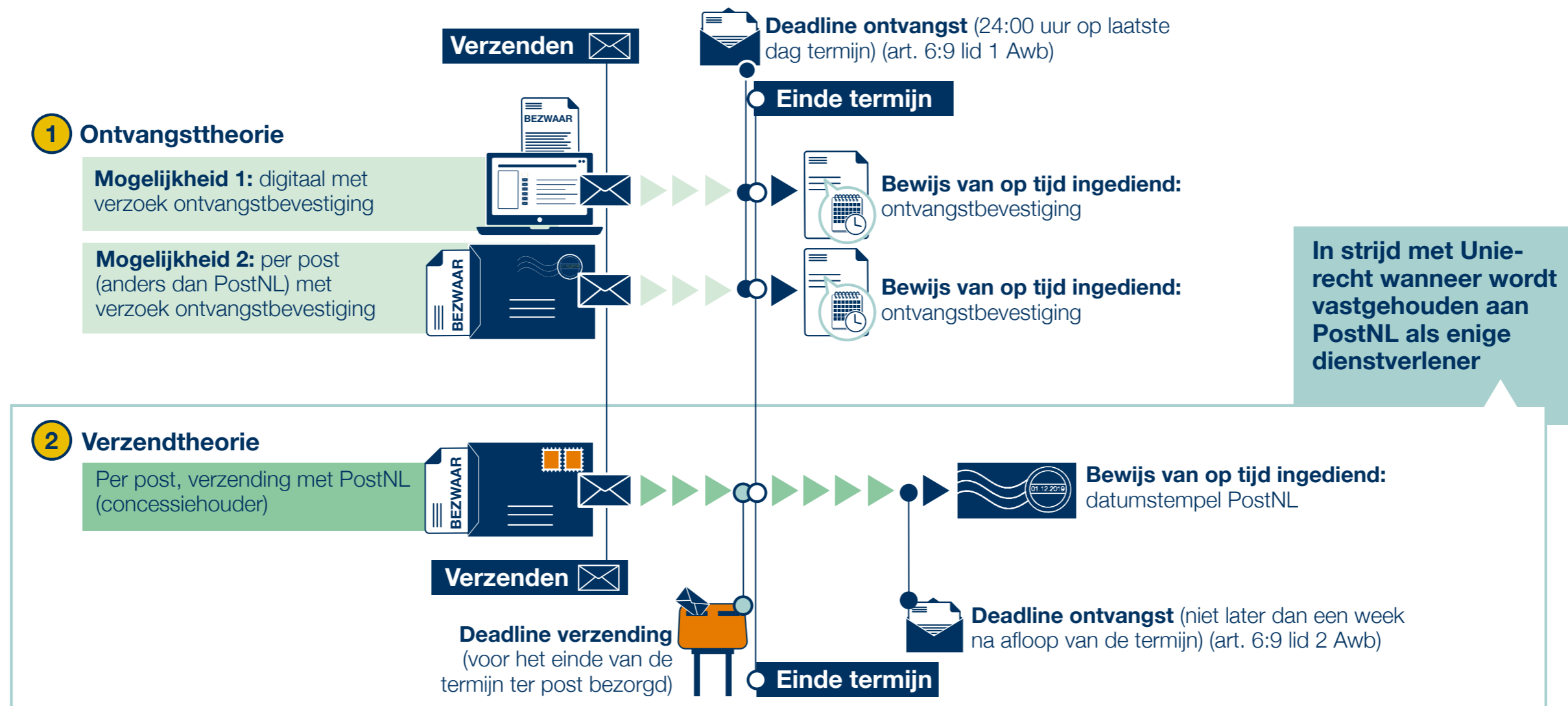
Wat betekent dit nou in praktische zin? Wat ons betreft hoeft er geen wetswijziging van de Awb plaats te vinden, nu in artikel 6:9 lid 2 Awb PostNL niet is aangewezen als enige dienstverlener waarvoor de verzendtheorie geldt. De vaste jurisprudentie met betrekking tot dit artikellid behoeft wel enige aanpassing, namelijk in die zin dat ook de datumstempel van een andere postdienstverlener geldt als uitgangspunt voor de datum waarop een processtuk ter post is bezorgd. De rechtbank Den Haag heeft daar terecht het voortouw in genomen. Daarbij moet het wel gaan om betrouwbare postdiensten, omdat er anders wel een rechtvaardiging kan bestaan een postdienst toch uit te zonderen van het ‘privilege’ van art. 6:9 lid 2 Awb.

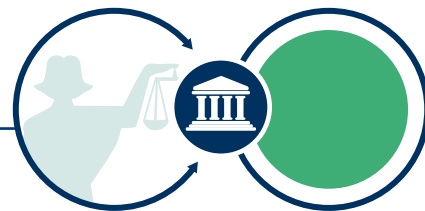
Zie ook de visual op de volgende pagina.





Verzendtheorie voor bezwaar- en beroepschriften niet langer houdbaar na arrest Hof van Justitie?





Een gedoogbeslissing is geen appellabel Awb-besluit: heerlijk helder of een duidelijke oproep aan de wetgever?

Een gedoogbeslissing is voortaan geen Awb-besluit en kan daarom niet worden aangevochten bij de bestuursrechter. Dat oordeelde de grote kamer van Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een uitspraak van 24 april 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:1356](#)).

De Afdeling kiest er niet voor om alle soorten gedoogbeslissingen aan te merken als een besluit of daarmee gelijk te stellen. Dat gaat, daargelaten of dat wenselijk is, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, aldus de Afdeling. De uitspraak is vanuit dogmatisch oogpunt weliswaar goed te volgen maar de benadering van de Afdeling is ook niet helemaal bevredigend. Wij lezen in deze uitspraak vooral een oproep aan de wetgever om voor deze problematiek een voorziening te treffen, bijvoorbeeld door de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter uit te breiden met een verklaring voor recht of een declaratoire procedure te introduceren.

“Gedoogbeslissingen zijn (in beginsel) geen besluiten in de zin van de Awb en worden daarmee ook niet gelijkgesteld.”

Einde aan het toppunt van juridisering

De uitspraak van de Afdeling brengt in ieder geval kristalheldere duidelijkheid. Uit rechtspraak tot nu toe was niet heel eenvoudig af te leiden wanneer tegen een gedoogbeslissing bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. De Afdeling kiest nu expliciet voor duidelijkheid: gedoogbeslissingen zijn (in beginsel) geen besluiten in de zin van de Awb en worden daarmee ook niet gelijkgesteld. Nu het hier om een grote-kameruitspraak gaat, zijn ook de andere hoogste bestuursrechters aan deze lijn gebonden.

Eerder nam staatsraad A-G Widdershoven een conclusie over dit vraagstuk. De suggesties van de staatsraad A-G leverde eigenlijk een nog complexer systeem op. Zie hierover ons [eerdere blogbericht](#). Het valt dan ook te waarderen dat de Afdeling in haar uitspraak – die overigens in klare taal is opgeschreven – de conclusie niet volgt en kiest voor duidelijkheid. Toch kunnen bij de benadering van de Afdeling ook enkele kanttekeningen worden geplaatst.

Dan maar handhaving afwachten?

Hoewel tegen een gedoogbeslissing geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen meer kunnen worden aangewend, staat een overtreder of een derde volgens de Afdeling niet geheel machteloos tegenover een (al dan niet) gedogend bestuursorgaan. De derde kan namelijk een handhavingsverzoek indienen. De overtreder kan een vergunning aanvragen dan wel een handhavingsbesluit uitlokken of afwachten. Tegen een beslissing van het bestuursorgaan op zo'n verzoek of aanvraag kan wel bij de bestuursrechter worden opgekomen. De Afdeling meent dat hiermee aan het niveau van rechtsbescherming niet wordt ingeboet. De vraag is of dat zonder meer het geval is. De Afdeling gaat er namelijk aan voorbij dat handhavingsmaatregelen voor betrokkenen vergaande gevolgen kunnen hebben.

Zo moeten sommige sancties openbaar gemaakt worden wat tot reputatieschade kan leiden (*naming and shaming*). Een bekend voorbeeld is het openbaar maken van een bestuurlijke sanctie op grond van de Wet op het financieel toezicht (art. 1:97 Wft). Reputatieschade wordt bijvoorbeeld in de rechtspraak van het CBb al van betekenis geacht ([CBb 27 mei 2015](#), [ECLI:NL:CBB:2015:175](#)).

Daarnaast kan een bestuurlijke herstelsanctie mogelijk gevolgen hebben in het kader van de Wet Bibob en leiden tot de weigering of intrekking van een beschikking (zie de omstreden Afdelingsuitspraak van 14 november 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:3717](#), ro. 10.1) dan wel tot uitsluiting in aanbestedingsprocedures.

Bovendien geldt dat in sectoren waarin bestuurders op hun betrouwbaarheid worden getoetst, meeweegt of jegens de rechtspersonen waarvan de bestuurder deel uit maakt maatregelen zijn genomen zoals een last onder dwangsom (bijvoorbeeld op grond van artikel 2 lid 2 van de Beleidsregel 06-01 betrouwbaarheid personen ingevolge de Wet toezicht accountantsorganisaties en Besluit toezicht accountantsorganisaties toezichtantecedenten van de AFM (Stcrt. 2006, 190).

Tegen deze achtergrond dringt zich de vraag op of de strenge lijn van de Afdeling dat alleen 'in zeer uitzonderlijke gevallen' ruimte bestaat om een gedoogbeslissing wel appellabel te achten, namelijk vanwege het risico op een vrijheidsbenemende maatregel, wel is vol te houden. Dat is op zichzelf beschouwd niet vanzelfsprekend. De hiervoor genoemde voorbeelden laten ons inziens zien dat het afwachten van een handhavingsbeslissing om meer redenen onevenredig bezwarend kan zijn. Daartoe zou ook kunnen worden gerekend dat een bestuurlijke boete in het verschiet ligt (anders: CBB 1 juli 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:256](#)).

Burgerlijke rechter

De consequentie van het niet appellabel achten van een gedoogbeslissing is dat moet worden teruggevallen op de burgerlijke rechter. Het springt in het oog dat de Afdeling daaraan geen aandacht besteedt. De burgerlijke rechter zal de lacune aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming moeten opvullen, terwijl de burgerlijke rechter qua specialisatie en ervaring niet de meest gereede rechter is om over de gedoogbeslissing te oordelen. Het is te hopen dat de burgerlijke rechter daarbij niet de jurisprudentielijn inzet die hij heeft ingezet bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften, namelijk dat burgers niet ontvankelijk worden verklaard omdat zij ook een handhavingsbesluit hadden kunnen uitlokken (vgl. randnr. 5.2 van de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven over exceptieve toetsing ([ECLI:NL:RVS:2017:3557](#))).

Rechtsvormende taak

Had de Afdeling wellicht niet anders kunnen oordelen? Vanuit rechtsbeschermingsoogpunt was het naar onze mening zeer wenselijk geweest als de Afdeling alle soorten gedoogbeslissingen met een besluit in de zin van de Awb had gelijkgesteld. De Afdeling is echter van oordeel dat '[e]en dergelijke algehele gelijkstelling (...), daargelaten of die wenselijk zou zijn, de rechtsvormde taak van de rechter te buiten [zou] gaan.' Hier wordt strak vastgehouden aan de dogmatiek van het besluitbegrip. Dat doet in onze ogen wat gedateerd aan als we de uitspraak bezien in het licht van de discussie die al enkele jaren volop wordt gevoerd in de doctrine over de houdbaarheid van het besluitbegrip als toegangscriterium tot de bestuursrechter. De teneur in de doctrine is dat het besluitbegrip als toegangscriterium te knellend is. De bestuursrechter zou over veel meer handelingen dan alleen besluiten moeten kunnen oordelen. Tegen die achtergrond sluit de uitspraak van de Afdeling niet helemaal aan bij het huidige tijdsgewricht.

“Vanuit rechtsbeschermingsoogpunt was het zeer wenselijk geweest als de Afdeling alle soorten gedoogbeslissingen met een besluit in de zin van de Awb had gelijkgesteld.”

Bovendien overtuigt het argument van de grenzen van de rechtsvormende taak ons niet. We hebben immers vaak genoeg gezien dat de Afdeling in andere situaties wel welwillend is ten aanzien van het strategisch oprekken van het besluitbegrip ten behoeve van het bieden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming (bijvoorbeeld ABRvS 21 oktober 1996, [ECLI:NL:RVS:1996:ZF2335](#)). Wanneer wij de uitspraak van de Afdeling welwillend lezen, zien wij daarin dan ook vooral een opdracht aan de wetgever om nu snel te voorzien in bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen gedoogbeslissingen.

De wetgever aan zet

Hoe zou de wetgever de rechtsbescherming tegen gedoogbeslissingen kunnen vormgeven? Nagedacht kan worden over een uitbreiding van de rechterlijke uitspraakbevoegdheden met bijvoorbeeld een verklaring voor recht. Overwogen kan zelfs worden een declaratoire procedure te introduceren die wellicht kan worden ingeleid door middel van een verzoekschrift. Op deze manier kan sneller zekerheid worden verkregen over de rechtspositie van de overtreder en derden, maar ook over die van het handhavende bestuursorgaan, zonder dat daarvoor onnodig de overtreding hoeft te worden gecontinueerd om een appellabel handhavingsbesluit te ontlocken, met alle nadelige gevolgen die daaraan verbonden zijn. Dit vergt wel een nadere door-denkning van de termijn waarbinnen een verzoek aanhangig kan worden gemaakt en van de verbindendheid van een declaratoire uitspraak voor eventuele nadere procedures.

Uiteindelijk gaat het er om dat de qua specialisatie en ervaring meest gerede rechter zaken kan behandelen op een moment dat partijen daaraan gelet op (onzekerheid over) hun rechtspositie behoefte hebben. Het huidige bestuursrecht voldoet daaraan helaas nog niet. Het is dan ook te hopen dat de wetgever de stille suggestie van de Afdeling ter hand neemt. Totdat de wetgever een voorziening heeft getroffen, zal het huidige tekort aan rechtsbescherming, dat door de Afdelingsuitspraak is toegenomen, moeten worden opgevuld door de burgerlijke rechter.

Wij verwijzen naar onze opinie in het Nederlands Juristenblad 'Stop het toppunt van jurisdisering. Een gedoogbeslissing moet appellabel zijn bij de bestuursrechter', [NJB 2019/640](#).



**Tom
Barkhuysen**



**Jan Reinier
van Angeren**



**Niels
Jak**



Afgeleid belang: CRvB volgt conclusie raadsheer A-G

De Centrale Raad van Beroep (CRvB) heeft in **twee uitspraken** van 5 maart 2019 uitleg gegeven over het leerstuk van 'afgeleid belang' in het kader van het belanghebbendebegrip in de Algemene wet bestuursrecht (art. 1:2 lid 1 Awb).

Wanneer iemand vanwege afgeleid belang niet als belanghebbende wordt aangemerkt, staan er voor hem geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen als bezwaar en beroep open tegen het besluit. Hij kan dan alleen nog terecht bij de burgerlijke rechter. De uitspraken van 5 maart 2019 volgen op een eerdere conclusie van raadsheer advocaat-generaal Widdershoven van 7 november 2018, waarover wij eerder een blog schreven. De CRvB sluit zich aan bij die conclusie.

Wat was er aan de hand?

De CRvB boog zich over twee verschillende zaken. De **eerste zaak** gaat over de vraag of een zorgverlener belanghebbende is bij een besluit van het college van burgemeester en wethouders gericht aan een van de cliënten van de zorgverzekeraar. De cliënt mag volgens het besluit zijn persoonsgebonden budget (pkb) niet meer bij de zorgverlener besteden omdat de zorg van onvoldoende kwaliteit zou zijn.

“CRvB: ‘Iemand die vanwege afgeleid belang niet als belanghebbende wordt aangemerkt kan alleen nog terecht bij de burgerlijke rechter.’”

De **tweede zaak** betreft een verzekeringsmaatschappij en de vraag of zij belanghebbende is bij een besluit waarbij een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan een werknemer is toegekend. De verzekeringsmaatschappij is op grond van een garantstellingsovereenkomst garantsteller voor de werkgever. Het UWV verhaalt de uitkering achteraf op de werkgever als eigenrisicodrager. De werkgever was op het moment van de toekenning van de arbeidsongeschiktheidsuitkering failliet, als gevolg waarvan de verzekeringsmaatschappij jegens het UWV de uitkering moet betalen. Zowel het bestuursorgaan als de rechtbank oordelen dat de zorgverlener respectievelijk de verzekeringsmaatschappij geen belanghebbende is bij het betrokken besluit omdat zij een afgeleid belang hebben.

Oordeel CRvB

In zijn conclusie formuleert de raadsheer A-G vijf vuistregels die de rechtspraak nader kunnen structureren, verhelderen en hier en daar verruimen. Zie daarover ook ons eerdere **blogbericht**. Eén van die vuistregels is dat afgeleid belang niet aan de orde is als de derde in kwestie een zelfstandig eigen belang heeft dat bij het besluit rechtstreeks betrokken is. Een dergelijk eigen belang kan in een andere hoedanigheid bestaan, maar bijvoorbeeld ook vanwege de reële mogelijkheid dat de derde in een aan een zakelijk of fundamenteel recht ontleend eigen belang wordt geschaad.

In het verlengde daarvan overweegt de CRvB in beide zaken dat sprake moet zijn van een belang dat rechtstreeks bij het desbetreffende besluit is betrokken. Als het belang uitsluitend is afgeleid van een andere betrokkene is niet aan deze eis voldaan. Het enkele feit dat er een contract is tussen degene tot wie een besluit is gericht en een derde, wil nog niet zeggen dat het belang van die derde bij dat besluit alleen al daarom als een afgeleid belang moet worden aangemerkt. Onderzocht moet worden of die derde los van die contractuele relatie ook een zelfstandig eigen belang heeft bij dat besluit. Deze algemene formulering bevestigt de hiervoor weergegeven vuistregel van de staatsraad A-G.

Vervolgens overweegt de CRvB voor de zorgverlener dat hij direct financiële gevolgen ondervindt door de voorwaarde in het besluit dat het pgb niet bij hem mag worden besteed. Die gevolgen vloeien niet uitsluitend voort uit de contractuele relatie die hij heeft met zijn cliënt. Daarom is hij toch belanghebbende.

Ook in de zaak over de verzekeringsmaatschappij concludeert de CRvB dat sprake is van een belanghebbende. Daarbij acht de CRvB van belang dat de betalingsverplichting voor de verzekeringsmaatschappij, als garantsteller, jegens het UWV direct voortvloeit uit artikel 84 lid 2 Wet WIA en niet (slechts) uit de garantstellingsovereenkomst. Dit brengt met zich dat de garantsteller een zelfstandig eigen belang heeft dat rechtstreeks bij het uitkeringsbesluit is betrokken.

“Interessant is om in de gaten te houden hoe de hoogste bestuursrechters zullen omgaan met de andere vuistregels.”

Iets nieuws onder de zon?

De onderhavige uitspraken geven, zoals gezegd, slechts toepassing aan één van de vijf door de raadsheer A-G gegeven vuistregels. Gelet op de bestaande rechtspraak van de CRvB is deze benadering niet geheel nieuw, maar over de invulling ervan bestaat nu wel meer duidelijkheid. De CRvB aanvaardde namelijk al dat een werkgever als zogenoemde ‘categoriaal belanghebbende’ kan worden aangemerkt bij een toekenning van een uitkering aan een van zijn werknemers. Achtergrond daarvan zijn de financiële verplichtingen die daaruit voor de werkgever kunnen voortvloeien (zie de conclusie van de raadsheer A-G onder 6.3-6.4 en 6.7). Op deze manier heeft de werkgever dus een eigen belang, los van de contractuele relatie met de werknemer. Ook in de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) wordt onder omstandigheden al geaccepteerd dat een derde die naast de contractuele relatie een zelfstandig eigen belang heeft, belanghebbende is. Bijvoorbeeld in het geval dat de mogelijkheid bestaat dat het besluit een aan een zakelijk of fundamenteel recht ontleend eigen belang schaadt (zie conclusie raadsheer A-G onder 6.34). De onderhavige uitspraken laten zien dat ook de CRvB genegen is om in andere gevallen dan bij de werkgever als categoriaal belanghebbende, een zelfstandig eigen belang aan te nemen. Dat neemt niet weg dat moet worden afgewacht of de CRvB ook bij de mogelijke aantasting van een aan een zakelijk of fundamenteel recht ontleend belang belanghebbendheid aanneemt. Voor zover het fundamentele rechten betreft, geldt dat overigens ook voor het CBB.

Hoe nu verder?

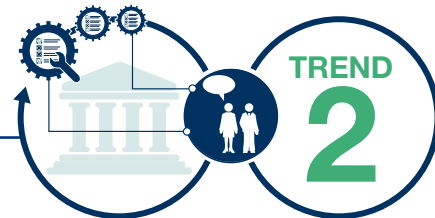
Interessant is om in de gaten te houden hoe de hoogste bestuursrechters zullen omgaan met de andere vuistregels. Dat geldt vooral voor de CRvB, die tot nog toe de meest strenge lijn voert. Met name zal interessant zijn of de CRvB de tweede vuistregel overneemt die inhoudt dat afgeleid belang niet aan de derde moet worden tegengeworpen als zijn belang bij een besluit materieel niet parallel loopt met dat van de eerst-betrokkene. De rechtspraak van de ABRvS en het CBB zijn al min of meer in lijn met de overige vuistregels. Vuistregel vijf is in het bijzonder nog van belang voor de ABRvS. Deze vuistregel houdt in dat in plaats van de verwevenheidscorrectie die in de rechtspraak van de ABRvS soms wordt toegepast om de bestuurder/ enig aandeelhouder als belanghebbende aan te merken als alleen hij en niet de vennootschap zelf beroep tegen het besluit heeft ingesteld, dat beroep moet worden toegerekend aan de vennootschap. Kortom, het is afwachten in hoeverre de hoogste bestuursrechters de andere door de raadsheer A-G gegeven vuistregels zullen overnemen.



**Jan Reinier
van Angeren**



**Niels
Jak**



Herziening van in rechte onaantastbare boetebesluiten: de Centrale Raad van Beroep vult criterium ‘evident onredelijk’ in

In een drietal uitspraken van 7 maart 2019 heeft de Centrale Raad van Beroep (de “Raad”) een duidelijk kader geschetst over hoe om te gaan met een verzoek om herziening van een in rechte onaantastbaar boetebesluit op grond van het Boetebesluit socialezekerheidswetten (“Boetebesluit 2013”).

Belangrijke uitspraken, omdat de Raad hiermee op lijkt af te wijken van de strenge lijn die (althans tot nu toe) door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“Afdeling”) en de Hoge Raad wordt gehanteerd en bovendien veel ruimte neemt ten opzichte van eerder keuzes van de wetgever. In dit bericht bespreken wij de uitspraken en onze observaties daarbij.

“Bestuursorganen lijken zich niet langer te kunnen verschuilen achter het argument dat gewijzigde jurisprudentie geen novum betreft in de zin van artikel 4:6 Awb.”

Casus en voorgeschiedenis: Boetebesluit 2013 in strijd met (inter)nationale wetgeving

Eerst de casus(sen). In alle drie de zaken gaat het om een appelland die van het UWV een te hoog bedrag aan uitkering of toeslag heeft ontvangen en waaraan – naast een besluit tot terugvordering van het teveel betaalde – een boete is opgelegd wegens overtreding van de inlichtingenverplichting. Deze boetes zijn gebaseerd op het niet onomstreden Boetebesluit 2013, op grond waarvan voor dergelijke overtredingen wordt uitgegaan van een boete ter hoogte van het benadelingsbedrag en 150% van dit bedrag bij recidive.

In een eerdere uitspraak van 24 november 2014 ([ECLI:NL:CRVB:2014:3754](#)) heeft de Raad geoordeeld dat het toepassen van dit sanctieregime in geval van schending van de inlichtingenverplichting in strijd is met diverse bepalingen van (inter)nationaal recht. Met name was de Raad van oordeel dat ten onrechte wordt uitgegaan van een gefixeerd boetestelsel waarbij verwijtbaarheid geen rol speelt (vgl. artikel 5:46 lid 2 Awb dat voorschrijft dat rekening moet worden gehouden met ernst en verwijtbaarheid) en dat op basis van het Boetebesluit 2013 voor hetzelfde vergrijp hogere boetes konden worden opgelegd dan op basis van het strafrecht. Conclusie in deze procedure was dat het Boetebesluit 2013 op de schop moest en dat bij het bepalen van de hoogte van boetes rekening moet worden gehouden met zowel de verwijtbaarheid van de overtreder als het strafrecht.

Naar aanleiding van deze uitspraak (en aanbevelingen van de Nationale Ombudsman) is het sanctiestelsel zodanig gewijzigd dat voortaan geen hogere bestuurlijke boete kan worden opgelegd dan de strafrechtelijke equivalent. Ook zijn in het gewijzigde Boetebesluit socialezekerheidswetten nieuwe criteria voor verwijtbaarheid vastgesteld. Uit efficiëntieoverwegingen is géén overgangsregeling opgenomen voor onherroepelijk geworden boetebesluiten die zijn genomen onder het oude regime. Bovendien was de toenmalige minister van SZW van mening dat overgangsrecht juridisch gezien niet nodig was ([Stb. 2016, 342, p. 13](#)).

Voor de drie appellanten kwamen deze ontwikkelingen net te laat: de aan hen gerichte boetebesluiten stonden al vast. Niettemin hebben zij met de uitspraak van 2014 in de hand het UWV verzocht om terug te komen van de gehandhaafde boetebesluiten. Deze verzoeken zijn door het UWV afgewezen onder verwijzing naar artikel 4:6 Awb, op grond waarvan een herzieningsverzoek kan worden afgewezen indien er geen sprake is van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden. Over de vraag of het UWV de verzoeken op deze grond mocht afwijzen, gaan de drie uitspraken van de Raad.

Artikel 4:6 Awb (ne bis in idem) in het kort

Kort gezegd geeft artikel 4:6 Awb invulling aan het algemene rechtsbeginsel dat niet meerdere malen over eenzelfde zaak wordt geoordeeld (ne bis in idem). Deze bepaling ziet niet alleen op de situatie dat na een afwijzend besluit op een aanvraag een nieuwe, soortgelijke aanvraag wordt ingediend (in de hoop dat het nieuwe besluit dan wel positief zal zijn), maar ook op verzoeken om terug te komen van een reeds genomen besluit, zoals in onderhavige uitspraken aan de orde. In geval van een dergelijke 'herhaalde aanvraag' dient de aanvrager nieuw gebleken feiten of omstandigheden (nova) te vermelden. Gebeurt dat niet of is geen sprake van nova, dan kan het bestuursorgaan er voor kiezen om de herhaalde aanvraag af te wijzen. Een wetswijziging of gewijzigde jurisprudentie geldt in beginsel niet als een novum.

Indien het bestuursorgaan afwijzend besluit op een herhaalde aanvraag wegens het ontbreken van nova, dan onderzoekt de bestuursrechter of het bestuursorgaan zich terecht op dat standpunt heeft gesteld. Maar daar eindigt het niet. Ook indien de bestuursrechter oordeelt dat inderdaad geen sprake is van nova, dan nog kan deze tot het oordeel komen dat het afwijzende besluit op de herhaalde aanvraag of het verzoek om terug te komen van een besluit evident onredelijk is. Het bestuursorgaan is overigens ook bevoegd om een herhaalde aanvraag inhoudelijk te behandelen en het besluit volledig te heroverwegen. De bestuursrechter toetst het heroverwogen besluit als ware het een eerste besluit (en laat het ne bis in idem-beoordelingskader daarmee buiten beschouwing).

Voor meer achtergrond over het beoordelingskader bij herhaalde aanvragen verwijzen wij naar het bericht '[Afdeling gaat om: niet langer het ne bis in idem-beoordelingskader bij een besluit op herhaalde aanvraag](#)'.

De Raad (I): Afwijzen herzieningsverzoek in beginsel evident onredelijk

Al bij tussenuitspraken van 31 januari 2018

([ECLI:NL:CRVB:2018:363](#), [ECLI:NL:CRVB:2018:364](#) en [ECLI:NL:CRVB:2018:365](#)) werd het UWV terug naar de tekentafel gestuurd. In deze uitspraken overwoog de Raad dat rechterlijke uitspraken op grond van vaste rechtspraak niet worden aangemerkt als nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden en dat daarom moet worden getoetst of de bestreden besluiten om niet terug te komen van de boetebesluiten evident onredelijk zijn. Dit was volgens de Raad het geval, omdat de bestreden besluiten gebaseerd zijn op beleid van het UWV dat inhoudt dat nooit wordt teruggekomen van een eerder genomen besluit en dat daarop ook nooit een uitzondering wordt gemaakt. De Raad oordeelde dat door het categoriaal uitsluiten van de bevoegdheid om besluiten te herzien, geen redelijk gebruik wordt gemaakt van die bevoegdheid. Het beleid is daarom onaanvaardbaar.

Uit de einduitspraken blijkt dat het UWV geen aanleiding heeft gezien om nieuw beleid op te stellen en dat het zich op het standpunt stelt dat afwijzing van de herzieningsverzoeken niet evident onredelijk is. Met dit standpunt maakt de Raad korte metten. De Raad stelt vast dat de wetgever ondanks de uitspraak van november 2014 en de aanbevelingen van de Nationale Ombudsman geen aanleiding heeft gezien om te voorzien in een overgangsrecht voor in rechte vaststaande boetebesluiten die zijn genomen onder het Boetebesluit 2013. Dit kan verstrekkinge gevolgen hebben voor de betrokkenen die geen rechtsmiddelen hebben aangewend tegen de aan hen gerichte boetebesluiten. Zo is de onbalans tussen het bestuursrecht en strafrecht voor hen niet opgeheven en geldt voor hen een zwaardere straf die in strijd is met bepalingen van nationaal en internationaal recht. Bovendien kan de betrokkene gedurende vele jaren de last ondervinden van een op leedtoevoeging gerichte betalingsverplichting. De Raad komt vervolgens tot het oordeel dat de afwijzing evident onredelijk is:

"2.3. De omstandigheid dat het hier gaat om boetebesluiten, die zijn gebaseerd op een strafregime waaraan fundamentele gebreken kleven, welke gebreken ook door de (materiële) wetgever zijn onderkend en die inmiddels hebben geleid tot een lichter strafregime dat deze gebreken ondervangt, zonder dat voorzien is in een overgangsregeling, en de omstandigheid dat handhaving van deze boetebesluiten voor betrokkenen kan leiden tot verstrekkinge gevolgen zoals hiervoor omschreven, maken dat het in beginsel afwijzen van verzoeken om herziening van deze besluiten, zonder met deze omstandigheden rekening te houden, evident onredelijk is."

De Raad (II): Vuistregels voor de beoordeling van een herzieningsverzoek

Daar blijft het vervolgens niet bij. Nu het UWV noch de wetgever gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om alsnog nadere (overgangs)wetgeving of beleid op te stellen ter beoordeling van de vraag of en zo ja, in hoeverre het handhaven van een onder het Boetebesluit 2013 genomen besluit als evident onredelijk moet worden beschouwd, ziet de Raad zich genoodzaakt om zélf vuistregels te formuleren.

Om tot een beoordelingskader te komen, weegt de Raad het belang van de betrokkenen die worden getroffen door het beleid af tegen het belang van rechtszekerheid en het beperken van de uitvoeringslasten. Het rechtszekerheidsbeginsel dient volgens de Raad voorrang te hebben boven het belang bij een volledige herbeoordeling met terugwerkende kracht, indien de boete al is afbetaald op het moment dat een herzieningsverzoek wordt gedaan. Daarbij geldt als bovengrens dat de boete niet hoger mag zijn dan de maximale strafrechtelijke boete die had kunnen worden opgelegd – in zoverre prevaleert dus het belang van de betrokkene. Voor de betrokkenen die de boete nog niet hebben afbetaald, geldt dat zij nog steeds de last van een op leedtoevoeging gerichte boete ondervinden. Er is daarom (in beginsel) aanleiding om het boetebesluit te herzien, aldus de Raad. Bij de herziening dient rekening te worden gehouden met de mate van verwijtbaarheid.

Het vorenstaande leidt tot de volgende vuistregels voor beoordeling van herzieningsverzoeken voor:

1. situaties waarin de invordering van de boete al was voltooid op het moment dat het herzieningsverzoek werd gedaan; en
2. situaties waarin de invordering van de boete nog gaande was op het moment dat het herzieningsverzoek werd gedaan.

In situatie (1) is de afwijzing van het herzieningsverzoek slechts evident onredelijk voor zover de opgelegde boete hoger is dan de maximale strafrechtelijke boete. De boete dient te worden beperkt tot dat bedrag. In situatie (2) is de afwijzing van het herzieningsverzoek per definitie evident onredelijk en dient het boetebedrag te worden herzien, waarbij de mate van verwijtbaarheid en het toepasselijke strafmaximum een rol spelen. Het oorspronkelijke boetebedrag geldt als uitgangspunt, waarvan 75% dient te worden betaald bij grove schuld, 50% bij normale verwijtbaarheid en 25% bij verminderde verwijtbaarheid. Dit kan echter nooit meer zijn dan het toepasselijke strafmaximum. Blijkt bij de herbeoordeling dat al meer is afgelost dan het bedrag dat correspondeert met de mate van verwijtbaarheid, dan wordt de boete verlaagd tot het reeds betaalde bedrag.

“Centrale Raad van Beroep roept met deze uitspraken een verdergaande verplichting tot herziening in het leven dan de Afdeling en de Hoge Raad tot nu toe hebben gedaan.”

Observaties: Assertieve houding van de Raad

De uitspraken van de Raad zijn om meerdere redenen opvallend. Allereerst omdat de Raad zelfstandig concreet beleid voor de minister van SZW en het UWV in het leven roept. Men kan zich afvragen of de Raad hiermee niet de grens tussen de wetgevende en rechtsprekende macht heeft overschreden. Anderzijds betreft het een einduitspraak in wat kan worden genoemd een lange saga over het omstreden Boetebesluit 2013. Zowel de minister als het UWV is ruimschoots in de gelegenheid gesteld om zelf het geconstateerde gebrek te herstellen, maar beiden zagen daarvoor geen aanleiding. Dit verklaart mogelijk de assertieve houding van de Raad die bovendien een onrechtvaardige uitkomst voorkomt. Opvallend is in dat licht wel dat overtreders die voortvarend hun boete hebben afgelost, door dit beleid van de Raad in zekere mate worden benadeeld. Uitsluitend in de gevallen dat een hoger bedrag is afgelost dan de maximale strafrechtelijke boete, wordt het bedrag immers verminderd.

Voorts is opvallend dat de Raad met deze uitspraken een verdergaande verplichting tot herziening in het leven roept dan de Afdeling en de Hoge Raad tot nu toe hebben gedaan. In dit kader wijzen wij met name op de uitspraken over het alcoholslotprogramma (“ASP”), dat door de **Afdeling** (in navolging van de **Hoge Raad**) onverbindend werd verklaard. Het ASP kwam met name in opspraak doordat veel betrokkenen niet in staat waren er aan deel te nemen (vanwege de hoge kosten of het niet hebben van een eigen auto) en daardoor als alternatief noodgedwongen hun rijbewijs vijf jaar moesten inleveren.

Dit werd door de Afdeling onevenredig geacht. Daarnaast constateerde de Afdeling dat het ASP voor betrokkenen, ook bij deelname, onevenredige gevolgen kan hebben. Bovendien werd niet zelden het ASP opgelegd terwijl de betrokkene ook nog strafrechtelijk werd vervolgd, wat strijd oplevert met het beginsel dat niemand meerdere malen wordt vervolgd voor hetzelfde feit.

Niettemin overwoog de Afdeling expliciet dat de onverbindendheid niet betekent dat het CBR (ondanks de bevoegdheid daartoe) gehouden is om in rechte onaantastbaar geworden besluiten tot oplegging van het ASP te heroverwegen (r.o. 5.8). Uit latere Afdelingsuitspraken over herzieningsverzoeken blijkt dat het CBR weigert van deze bevoegdheid gebruik te maken en zich op het standpunt blijft stellen dat geen sprake is van nova. Telkens wordt geconstateerd dat het in stand laten van de besluiten niet evident onredelijk is. Ook de Hoge Raad is op dit punt onverbiddelijk. Wij verwijzen naar het **bericht** dat wij eerder schreven over het arrest van de Hoge Raad inzake het ASP. In de procedure die leidde tot dat arrest, vorderden de betrokkenen tevergeefs teruggave van hun rijbewijs.

“Bestuursorganen worden in ieder geval verplicht om een beoordelingskader op de plank klaar te leggen, waaraan herzieningsverzoeken kunnen worden getoetst.”

Wat ons betreft zou de hiervoor geciteerde overweging 2.3 van de Raad goed kunnen worden toegepast op de herzieningsverzoeken in het kader van het ASP. Vermoedelijk zou de Raad wél tot het oordeel komen dat het categoriaal afwijzen van herzieningsverzoeken door het CBR evident onevenredig is. Immers gaat het ook hier om sanctiebesluiten die zijn gebaseerd op een strafregime waaraan (door de wetgever erkende) fundamentele gebreken kleven en waarvoor evenmin een overgangsregeling in het leven is geroepen. Bovendien heeft de Afdeling vastgesteld dat het handhaven van de besluiten onevenredige gevolgen kan hebben voor de betrokkenen.

Hoewel de uitspraken niet zijn gedaan door een grote kamer (met daarin vijf leden die deel uitmaken van de hoogste rechterlijke colleges), lijkt het er op dat over de uitspraken van de Raad afstemming heeft plaatsgevonden met de andere hoogste bestuursrechters. Als dit inderdaad zo is, dan zou een volgende ASP-achtige zaak ook daar anders aflopen. Maar waarschijnlijker is dat het betrokken bestuursorgaan het zover niet meer laat komen en wel deugdelijk overgangsrecht vaststelt dan wel los daarvan ruimhartiger omgaat met herzieningsverzoeken.

Ten slotte

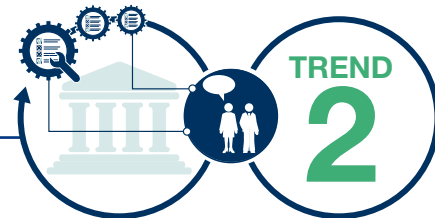
Uit de uitspraken van de Raad lijkt te volgen dat bestuursorganen zich niet langer kunnen verschuilen achter het argument dat gewijzigde jurisprudentie geen novum betreft in de zin van artikel 4:6 Awb. Juist voor de (vaak schrijnende) gevallen waarin een besluit is gebaseerd op onrechtmatige wetgeving, dient te worden voorzien in een overgangsregeling die zowel in de wet als in beleid kan worden vastgelegd. Bestuursorganen worden in ieder geval verplicht om beoordelingskader op de plank klaar te leggen, waaraan dergelijke herzieningsverzoeken kunnen worden getoetst. Een goede ontwikkeling, wat ons betreft.



**Tom
Barkhuysen**



**Lisanne
van Boven**



Bijzondere omstandigheden bij dwangsominvordering: Afdeling verzacht formele rechtskracht

Alleen in uitzonderlijke gevallen kan in een procedure tegen de invordering van een verbeurde dwangsom een geslaagd beroep worden gedaan op argumenten die al tegen de initiële handhavingsbeschikking naar voren zijn gebracht of hadden kunnen worden gebracht. Dat oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een uitspraak van 27 februari 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:466](#)). Daarmee volgt de Afdeling de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:1152](#)). Deze conclusie heeft overigens niet tot een uitspraak geleid omdat het beroep was ingetrokken. Wij schreven eerder een blogbericht over de conclusie van de staatsraad A-G.

Dwangsominvordering

De uitspraak van 27 februari 2019 gaat over de invordering van verbeurde dwangsommen. Aan appellante was door het college van burgemeester en wethouders van Tholen (college) een last onder dwangsom opgelegd omdat zij een aantal bouwwerken zonder de daarvoor vereiste omgevingsvergunning heeft gebouwd en in stand gelaten. Nadat haar bezwaar tegen de last ongegrond was verklaard, heeft zij daar- tegen geen beroep ingesteld. Nu komt appellante wel op tegen de invordering van de verbeurde dwang- sommen van in totaal € 35.700,-. Zij voert aan dat er bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan het college van invordering had moeten afzien. Appellante betoogt dat zij al ten tijde van het opleggen van de last onder dwangsom niet meer de eigenaar van de percelen en bouwwerken was.

“De Afdeling overweegt dat als uitgangspunt geldt dat verbeurde dwangsommen moeten worden ingevorderd. Alleen in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.”

Bijzondere omstandigheden

De Afdeling overweegt, kort gezegd, dat als uitgangspunt geldt dat verbeurde dwangsommen moeten worden ingevorderd. Alleen in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien. Dit sluit aan bij de conclusie van staatsraad A-G Wattel.

Vervolgens rijst de vraag hoe moet worden omgegaan met het beroep van appellante op bijzondere omstandigheden. Het gaat hier om omstandigheden die gaan over de rechtmatigheid van de last onder dwangsom en die zij tegen deze last zelf destijds ook al had kunnen inbrengen. Dat heeft zij echter niet gedaan. Uit de conclusie van staatsraad A-G Wattel volgt dat wanneer in de invorderingsfase gereede twijfel rijst over de rechtmatigheid van de lastoplegging, kwesties over de oplegging van de last (toch) aan de orde kunnen worden gesteld met het oog op de beoordeling van de redelijkheid van invordering en verhaal. Onder verwijzing naar de conclusie van staatsraad A-G Wattel overweegt de Afdeling:

‘dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaals- beschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of last onder bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is.’

In dit geval oordeelt de Afdeling dat geen sprake is van een 'uitzonderlijk geval' omdat niet is gebleken dat appellante geen eigenaar meer was van de percelen en bouwwerken.

In twee andere uitspraken van dezelfde datum is de Afdeling, onder verwijzing naar de onderhavige uitspraak, eveneens ingegaan op de vraag of sprake is van een uitzonderlijk geval. In beide zaken beantwoordt de Afdeling die vraag negatief (zie [ECLI:NL:RVS:2019:623](#); [ECLI:NL:RVS:2019:624](#)).

Relativering van de formele rechtskracht

De benadering van de Afdeling brengt voor de praktijk met zich dat stilzitten in de fase van lastoplegging niet betekent dat de kansen tegen de invordering en verhaal zonder meer verkeken zijn. De redenering van de Afdeling vormt in wezen een relativering van de formele rechtskracht van het besluit waarbij de last is opgelegd. Daarin staan de onderhavige uitspraken niet alleen. We zien dat de Afdeling de laatste tijd vaker genegen is om op grond van het evenredigheidsbeginsel de uitwerking van de formele rechtskracht te verzachten (vgl. bijv. ABRvS 20 september 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:2547](#); ABRvS 18 oktober 2017, [ECLI:NL:RVS:2017:2768](#), [JG 2018/2](#), m.nt. T. Barkhuysen & A. Span). Daarmee lijkt de Afdeling een nieuwe koers te varen die steeds meer vorm begint te krijgen.

Financiële draagkracht

Een aspect dat bij de dwangsominvordering ook relevant kan zijn, is de financiële draagkracht. Volgens staatsraad A-G Wattel valt niet in te zien waarom de financiële draagkracht geen relevant belang zou zijn bij de belangenafweging ingevolge artikel 3:4 Awb, nu invorderings- en verhaalbesluiten juist financiële gevolgen hebben. Een dwangsominvordering moet volgens hem verder onder meer en onder omstandigheden gematigd of achterwege gelaten worden als sprake is van duurzaam financieel onvermogen op of onder het bestaansminimum. Meer concreet is dat het geval als te voorzien valt dat de overtreder beneden de beslagvrije voet wordt geduwd als gevolg van het niet goed functioneren daarvan, met name door ongecoördineerd overheidscrediteurenoptreden, en/of te voorzien valt dat de overtreder geen toegang heeft tot de WSNP en onredelijk lang (in elk geval meer dan drie jaar) op het bestaansminimum moet leven indien volledig ingevorderd wordt.

In de twee andere uitspraken van 27 februari 2019 gaat de Afdeling in op de betekenis van de financiële draagkracht voor de invordering van verbeurde dwangsommen. Volgens de Afdeling hoeft een bestuursorgaan daar in beginsel geen rekening mee te houden. Een uitzondering hierop bestaat slechts indien evident is dat de overtreder gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de verbeurde dwangsommen (volledig) te betalen. De bewijslast ligt bij de overtreder. In beide uitspraken concludeert de Afdeling dat niet aannemelijk is gemaakt dat sprake is van onvoldoende draagkracht.

Verdere ontwikkelingen

De hier besproken uitspraken geven slechts helderheid voor een (beperkt) aantal aspecten die staatsraad A-G Wattel in zijn conclusie heeft aangedragen, namelijk: (i) hoe om te gaan met argumenten die zien op de rechtmatigheid van het besluit waarbij de last is opgelegd en (ii) de betekenis van de financiële draagkracht. De conclusie geeft echter een veel grotere catalogus aan argumenten die tegen dwangsominvordering en kostenverhaal kunnen worden ingebracht (zie ons eerdere [blogbericht](#)). Die andere argumenten zullen in de praktijk vast en zeker worden ingeroepen. Toekomstige rechtspraak zal duidelijk moeten maken welke betekenis die andere argumenten kunnen hebben voor de proportionaliteit van het invorderingsbesluit.



**Tom
Barkhuysen**



**Niels
Jak**



Ook WhatsApp- en sms-berichten op privételefoons vallen onder Wet openbaarheid van bestuur

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in een uitspraak van 20 maart 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:899](#)) bevestigd dat ook WhatsApp- en sms-berichten onder de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) vallen. Dat geldt niet alleen voor WhatsApp- en sms-berichten die staan op werktelefoons, maar ook voor berichten die staan op *privételefoons* van bestuurders of ambtenaren. Daarmee gaat de Afdeling terecht verder dan de rechtbank ([ECLI:NL:RBMNE:2017:5979](#)) in eerste aanleg, die van oordeel was dat de Wob niet van toepassing is op berichten op privételefoons.

In een eerder [blogbericht](#) naar aanleiding van de rechtbankuitspraak betoogden wij al dat er goede redenen zijn voor de conclusie dat ook berichten op privételefoons die een bestuurlijke aangelegenheid inhouden bij het bestuursorgaan behoren te berusten.

“Verskil met telefoongesprekken: bij WhatsApp- en sms-berichten kunnen onder meer andere documenten worden meegestuurd of daarin worden opgenomen.”

Documenten

De Wob is van toepassing op documenten (art. 3 lid 1 Wob). Kern van de zaak is of WhatsApp- en sms-berichten vallen onder de definitie van ‘document’ in de zin van de Wob. Een document is volgens artikel 1 aanhef en onder a Wob ‘een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat’. De Afdeling oordeelt in navolging van de rechtbank dat WhatsApp- en sms-berichten aan deze definitie voldoen. Hierna worden de verschillende elementen die het documentbegrip bepalen uiteengezet en wordt weergegeven hoe de Afdeling daarover voor WhatsApp- en sms-berichten oordeelt.

Schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat

De Afdeling gaat allereerst in op de vraag of WhatsApp- en sms-berichten kunnen worden aangemerkt als ‘schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat’. De Afdeling is van oordeel dat dergelijke berichten kunnen worden aangemerkt als ‘ander materiaal dat gegevens bevat’. Daarbij betreft zij dat het begrip document blijkens de wetsgeschiedenis een ruime betekenis heeft. Ook heeft de wetgever er acht op geslagen dat de ontwikkeling van de computertechniek naar verwachting tot nieuwe gegevensdragers zal leiden.

Telefoongesprekken vallen niet onder de Wob. Wat is dan het verschil met WhatsApp- en sms-berichten? Volgens de Afdeling is van belang dat bij WhatsApp- en sms-berichten onder meer andere documenten meegestuurd kunnen worden of daarin kunnen worden opgenomen. Daarmee lijken deze berichten op e-mails, die ook onder de Wob vallen. De informele en vluchtige aard van WhatsApp- en sms-berichten doet niet ter zake, omdat de aard van het materiaal geen rol speelt bij de invulling van het documentbegrip, aldus de Afdeling.

Bij een bestuursorgaan berustend

In de tweede plaats beoordeelt de Afdeling of WhatsApp- en sms-berichten wel bij een bestuursorgaan berusten. Ook die vraag beantwoordt de Afdeling bevestigend. De documenten hoeven volgens de Afdeling niet te staan op de harde schijf dan wel externe server of in de cloud. Vervolgens oordeelt de Afdeling overeenkomstig de rechtbank dat WhatsApp- en sms-berichten op werktelefoons van bestuurders of ambtenaren berusten bij het bestuursorgaan wanneer de inhoud van de berichten een bestuurlijke aangelegenheid betreft.

In het oog springt dat de Afdeling, anders dan de rechtbank, van oordeel is dat ook berichten op *privételefoons* onder omstandigheden bij het bestuursorgaan behoren te berusten. Dat is het geval wanneer de berichten *bestemd* zijn voor het bestuursorgaan als zodanig. Daarvan is sprake wanneer de inhoud van de berichten een bestuurlijke aangelegenheid betreft. Deze benadering is toe te juichen. De Afdeling kijkt naar de functionele relatie tussen het bestuursorgaan en (de inhoud van) het bericht; een suggestie die wij ook deden in het eerder genoemde **blogbericht**. Daarnaast schreven wij in dat blogbericht dat betoogd kan worden dat de betreffende informatie bij het bestuursorgaan behoort te berusten, wanneer het bestuursorgaan door gebruik van privételefoons aan de verplichtingen van de Wob tracht te ontkomen. Het is goed te zien dat ook de Afdeling wijst op het risico dat een verschuiving zou kunnen plaatsvinden naar privégegevensdragers met het doel de toepassing van de Wob te ontlopen. Daaraan voegt de Afdeling toe dat wanneer de toepassing van de Wob zou worden bepaald door de ‘concrete gegevensdrager waarop de informatie staat’ dit ongewenst en willekeurig is. Ons inziens zou het voorgaande ook kunnen gelden voor e-mails vanaf een privé-account, of voor berichten die zijn opgeslagen op een (privé) pc of tablet. Het had voor de hand gelegen als de Afdeling zich daarover in deze richtinggevende uitspraak ook had uitgelaten. Dat heeft de Afdeling niet gedaan en toekomstige rechtspraak zal uitsluitel moeten bieden.

“Afdeling kijkt naar de functionele relatie tussen het bestuursorgaan en (de inhoud van) het bericht.”

Werkprotocollen

Vervolgens rijst de vraag hoe het bestuursorgaan de berichten die via een privételefoon zijn verstuurd, gaat achterhalen. Hierbij rijzen netelige privacy- en arbeidsrechtelijke vragen. Volgens de Afdeling kan hierin worden voorzien door middel van ‘werkprotocollen’ voor de omgang met berichten op telefoons. De Afdeling ziet het privacy aspect als minder problematisch, omdat deze voorziening niet ziet op de privételefoon zelf, maar op de gegevens voor zover die een bestuurlijke aangelegenheid betreffen en bestemd zijn voor het bestuursorgaan. Dat het voor de uitvoeringspraktijk van het bestuursorgaan belastend kan zijn als WhatsApp- en sms-berichten onder de Wob vallen, is voor de toepasselijkheid niet relevant. Daarbij komt dat de weigeringsgronden van de Wob voor het openbaar maken van informatie ook onverkort voor dergelijke berichten gelden, aldus de Afdeling.

Klare taal

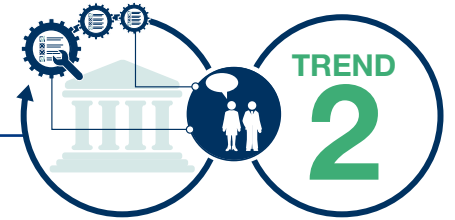
Ten slotte valt positief te waarderen dat de Afdeling in rechtsoverweging 7.1 onder het kopje ‘Wat betekent dit nu?’ nog eens in heldere bewoordingen opschrijft wat de kern van haar uitspraak is. Daarbij is het wel oppassen geblazen. Het kan zomaar zijn dat in deze overwegingen toch nog iets nieuws of anders te lezen is dan in de voorgaande overwegingen. Zo overweegt de Afdeling in dit geval dat de werknemer de werkgerelateerde berichten op zijn privételefoon zo nodig moet overdragen aan zijn werkgever wanneer de werkgever daarvoor een regeling heeft gemaakt. Dat is concreter dan wat de Afdeling eerder in overweging 5 noteert. Op zich is dat geen probleem, omdat de klare-taaloverweging onderdeel uitmaakt van de uitspraak. Maar het loont de moeite om die overweging wel steeds goed te lezen.



**Tom
Barkhuysen**



**Niels
Jak**



Meer ruimte voor het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht

Op woensdag 29 mei 2019 heeft de Afdeling een belangrijke **uitspraak** gedaan over de werking van het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht. Belangrijk, omdat de Afdeling in deze zaak een conclusie heeft gevraagd van staatsraad-advocaat-generaal Wattel en dus verwacht mocht worden dat de uitspraak principiële overwegingen zal bevatten. Dat is ook zo. In mijn **blog van 28 mei 2019** besprak ik de conclusie van Wattel van 20 maart jl. In dit blogbericht bekijk ik wat de Afdeling met deze conclusie heeft gedaan en wat er per saldo is veranderd.

De uitspraak samengevat

Van bestuurdersperspectief naar burgerperspectief

Aan toepassing van vertrouwensbeginsel stelt de bestuursrechtspraak op dit moment hoge eisen: er moet sprake zijn van aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige en onvoorwaardelijke ('harde') toezeggingen waaraan rechtens te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend. In het omgevingsrecht slaagt een beroep op het vertrouwensbeginsel maar zelden. Ofwel de toezegging is niet hard genoeg, ofwel zij is niet toe te rekenen aan het bevoegde orgaan. Vaak is er ook een bewijsprobleem. Dat leidt nogal eens tot onbegrip, omdat de lat voor gerechtvaardigd vertrouwen in het dagelijkse leven een stuk lager ligt dan de bestuursrechter hem legt. In allerlei publicaties wordt deze stand van zaken onbevredigend genoemd, maar de rechtspraak bleef de afgelopen decennia onverminderd streng. Daar komt nu verandering in. De Afdeling vindt dat bij de vraag of sprake is van een bindende toezegging meer de nadruk moet worden gelegd op het perspectief van 'de redelijk denkende burger' dan van de bedoelingen van het bestuursorgaan en zijn ambtenaren. Maar als er in dit nieuwe perspectief sprake is van een bindende toezegging, wil dat nog niet zeggen dat die toezegging altijd moet worden ingelost. Er kunnen namelijk zwaarder wegende belangen zijn die zich daartegen verzetten. De Afdeling noemt strijd met de wet, het algemeen belang en meer specifiek, veel voorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden. Als om die reden een toezegging niet nagekomen kan worden, moet het bestuursorgaan volgens de Afdeling nagaan of er aanleiding is zogenaamde 'dispositieschade te vergoeden.

Met de nieuwe lijn is niet gezegd dat een beroep op het vertrouwensbeginsel nu gemakkelijk succes heeft. Het zal niet toevallig zijn dat de Afdeling in haar **persbericht** wijst op twee uitspraken, één waarbij het beroep wel succes heeft, en een waarbij dat niet het geval is.

“Uitspraak luidt nieuw tijdperk in. Bij de vraag wat een bindende toezegging is staat niet langer het perspectief van het openbaar bestuur, maar dat van de burger centraal.”

Drie stappen

Bij de vraag of toezeggingen van overheidszijde gehonoreerd moeten worden zag AG Wattel drie knoppen om aan te draaien:

1. hoe snel kun je spreken van een toezegging;
2. hoe belangrijk is het dat deze toezegging is gedaan door een bevoegd persoon (ambtenaar, wethouder, gedeputeerde);
3. als er sprake is van tegengestelde belangen, hoe moeten die belangen dan worden gewogen?

Dit knoppenmodel heeft de Afdeling expliciet overgenomen, zij het dat zij spreekt van drie stappen. Die bespreek ik nu een voor een.

Stap 1: Is sprake van een toezegging (r.o. 11.2)

Om aan te nemen dat een toezegging is gedaan, dient degene die zich beroept op het vertrouwensbeginsel aannemelijk te maken dat sprake is van uitlatingen en/of gedragingen van ambtenaren die bij de betrokkene redelijkerwijs de indruk wekken van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur over de manier waarop in zijn geval een bevoegdheid al dan niet zal worden uitgeoefend, aldus de Afdeling. Daarbij geeft de Afdeling de volgende aandachtspunten:

- zowel uitlatingen (mededelingen) als gedragingen (feitelijk handelen of nalaten) kunnen een ‘toezegging’ opleveren. Dat is heel ruim (met name het ‘nalaten’) en de nuances volgen dan ook snel.
- de betrokkene moet wel te goeder trouw zijn, wat in elk geval betekent dat hij de overheid van de benodigde relevante informatie voorziet. Het verzwijgen of verdoezelen van een relevante omstandigheid kan tot rechtsverlies lijden.
- de betrokkene is niet te goeder trouw als hij begreep of moest begrijpen dat de ambtenaar ‘buiten zijn boekje ging’. Daarbij speelt de deskundigheid van de betrokkene (groot bedrijf of eenvoudige burger) een rol.
- volgens de Afdeling rust op de betrokkene een onderzoeksplicht. Ik neem aan dat de Afdeling daarmee bedoelt dat als de betrokkene reden heeft om te twifelen aan de juistheid van de toezegging, hij moet doorvragen.
- tot slot moet de toezegging concreet zijn en gericht tot de betrokkene. Aan algemene voorlichting of toezeggingen aan anderen kunnen geen rechten worden ontleend. Anderzijds moet een voorbehoud van overheidszijde ook concreet zijn: een algemene disclaimer die soms onder mails van overheden staat, is niet effectief.

Stap 2: kan de toezegging aan het bevoegde bestuursorgaan worden toegerekend (r.o. 11.3)

Op dit punt zat er al beweging in de rechtspraak sinds de bekende **uitspraak** over de Overbetuwse paardenbak. De Afdeling gaat nu nog een stapje verder en zal ook in gevallen waarin niet uitdrukkelijk is aangegeven dat de toezegging namens het bevoegde orgaan wordt gedaan, minder de nadruk leggen op de precieze bevoegdheidsverdeling. Ook in die gevallen kan een toezegging worden toegerekend aan het bevoegde orgaan, indien de betrokkene op goede gronden mocht veronderstellen dat degene die de toezegging heeft gedaan de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte.

Ook hier geeft de Afdeling enkele aandachtspunten:

- als een wethouder op het terrein van zijn portefeuille toezeggingen doet en de betrokkene niet hoeft te snappen dat de wethouder daarbij niet het standpunt van het college vertolkt, dan is het college gebonden.
- ook een inspecteur bouw- en woningtoezicht, of een medewerker van de afdeling vergunningverlening of de afdeling handhaving, kan een toezegging doen over een onderwerp dat zijn werkgebied betreft, die aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend.
- toezeggingen van medewerkers die in zijn algemeenheid slechts algemene informatie behoren te verstrekken, zoals een baliemedewerker, binden niet.

Stap 3: Nakoming van de toezegging of niet? (r.o. 11.4)

Pas als de stappen 1 en 2 tot de conclusie leiden dat namens het bevoegde bestuursorgaan een bindende toezegging is gedaan kom je toe aan stap 3: moet deze toezegging ook worden nagekomen? Op dit punt houdt de Afdeling vast aan de bestaande rechtspraak, zij verwijst naar een **uitspraak** van 30 mei 2012. Een toezegging mag en moet alleen worden nagekomen als er geen zwaarder wegende belangen zijn die zich daartegen verzetten. Die zwaarder wegende belangen kunnen zijn gelegen in strijd met de wet, het algemeen belang en meer specifiek, veel voorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden. Daarbij relateert de Afdeling het gewicht van het algemeen belang bij bijvoorbeeld handhaving van de wet. Het algemeen belang dat gediend is bij handhaving weegt in zijn algemeenheid weliswaar zwaar, maar, indien een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel wordt gedaan, hoeft het niet doorslaggevend te zijn, als er geen concrete bedreigde belangen van enige betekenis aangewezen kunnen worden. De belangen van derden zullen hier dus groot gewicht in de schaal gaan leggen, ook als zij een meer algemeen karakter hebben, zoals gezondheid en veiligheid.

Indien er zwaarder wegende belangen in de weg staan aan honorering van het gewekte vertrouwen kan voor het bestuursorgaan de verplichting ontstaan om de schade die er zonder het vertrouwen niet geweest zou zijn te vergoeden als onderdeel van diezelfde besluitvorming, zo besluit de Afdeling stap 3. Dit is niet helemaal nieuw, zie bijvoorbeeld de **uitspraak** inzake Cleaning Service Veghel uit 2015, maar het was ook zeker geen vaste jurisprudentielijn. Ik neem aan dat dat vanaf nu anders is. Bestuursorganen zullen zich, telkens als zij een bindende toezegging niet nakomen, moeten afvragen of er aanleiding is voor vergoeding van de zogenaamde dispositieschade, schade die de betrokkene heeft geleden doordat hij is afgegaan op de toezegging. Hoe dat precies beoordeeld moet worden, laat de Afdeling echter in het midden. Dat zal de komende jaren wel duidelijk worden.

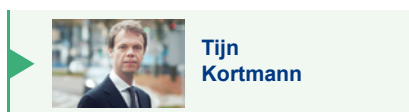
“De Afdeling komt lof toe dat zij gehoor heeft gegeven aan de kritiek in de literatuur, dat wetgever, bestuur en rechter een realistischer burgerbeeld moeten hanteren.”

Afrondend

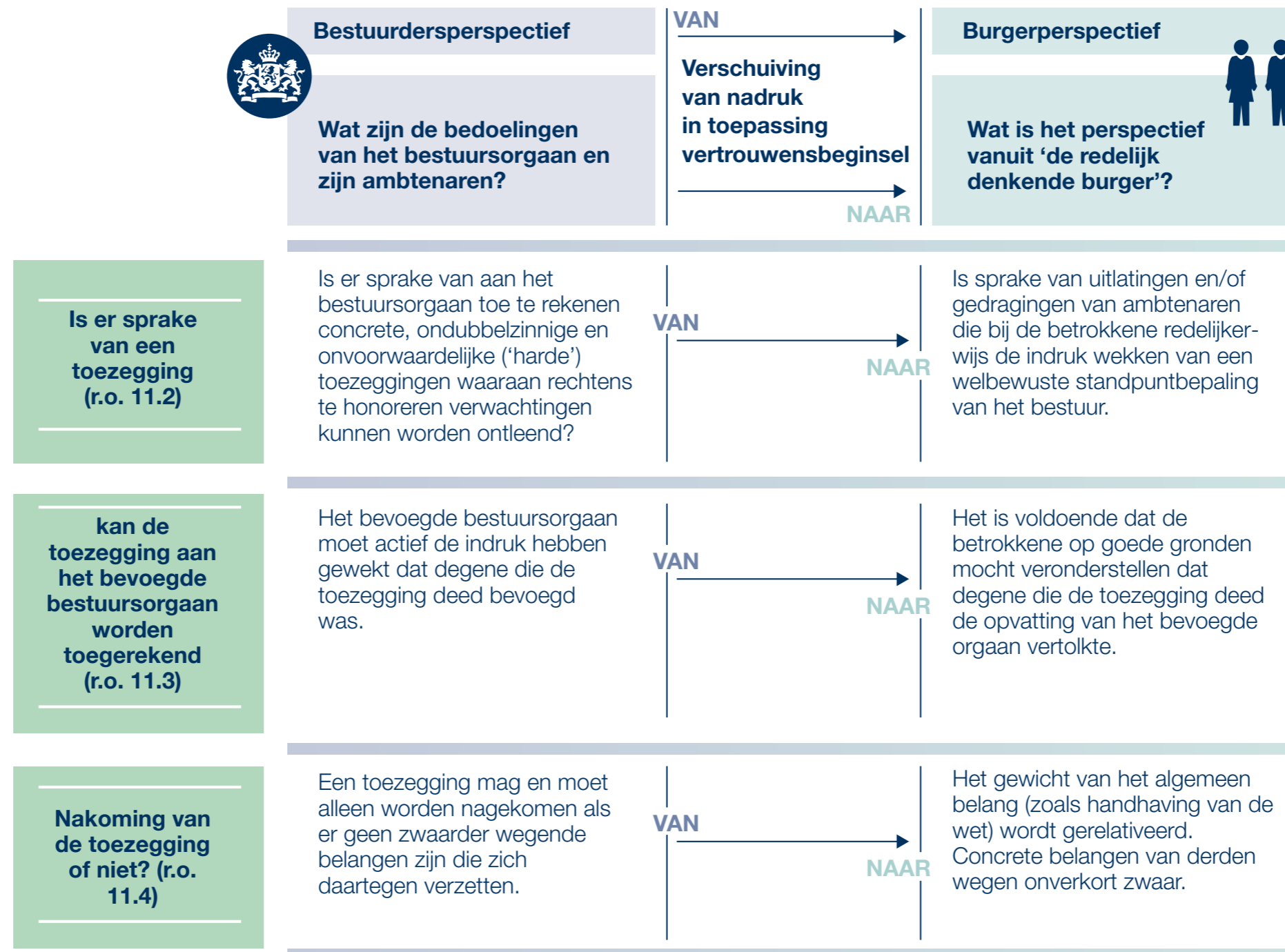
In mijn **blog** van 28 mei 2019 heb ik enkele beschouwingen gewijd aan de gevolgen voor de rechtspraak als de conclusie van AG Wattel wordt gevolgd. We kunnen vaststellen dat de Afdeling deze conclusie inderdaad in grote lijnen heeft gevolgd, zodat ik naar die blog kan verwijzen.

Vastgesteld kan in elk geval worden dat de Afdeling een principiële uitspraak heeft gedaan over de werking van het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht. De Afdeling komt lof toe dat zij gehoor heeft gegeven aan de kritiek in de literatuur, dat wetgever, bestuur en rechter een realistischer burgerbeeld moeten hantieren. Samenvattend geldt vanaf nu dat toezeggingen van overheidszijde binden als een redelijk denkend burger op die toezegging mag vertrouwen, ook als aan die toezegging strikt juridisch gezien haken en ogen zitten. Wel valt nog te bezien hoe hoog de lat ligt om het etiket ‘redelijk denkend’ te verdienen. Met name passages als ‘op de betrokkene rust een onderzoeksplicht’ en ‘betrokkene had moeten beseffen dat de ambtenaar buiten zijn boekje ging’ bieden ruimte om de lat van de ‘redelijk denkende burger’ een stuk hoger te leggen dan die van de gemiddelde burger, laat staan de laaggeschoolde, onoplettende of in persoonlijke moeilijkheden verkerende burger. Ik beveel in dat verband lezing van het **preadvies** van Leo Damen (waarvoor hij onlangs de Michiel Scheltema prijs won) van harte aan. Maar laten we eerst maar eens zien wat de nieuwe lijn van de Afdeling gaat opleveren. Er zijn stappen in de goede richting gezet.

Zie ook de visual op de volgende pagina.



Meer ruimte voor het vertrouwensbeginsel in het omgevingsrecht





Niet nemen van een m.e.r.-beoordelingsbesluit kan leiden tot een kennelijk gegrond beroep en een ‘kale vernietiging’

Een hard gelag voor de gemeenteraad van Rotterdam en de ontwikkelaar: bij uitspraak van 9 juli 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2298](#), verklaart de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het beroep tegen het bestemmingsplan “De Nieuwe Wielewaal” zonder zitting kennelijk gegrond wegens het ontbreken van een m.e.r.-beoordelingsbesluit en vanwege een gebrekkige vormvrije m.e.r.-beoordeling. De sloop van 545 woningen en de nieuwbouw van 675 woningen lopen hierdoor grote vertraging op, omdat het bestemmingsplan eerst weer in ontwerp ter inzage moet worden gelegd.

Vormvrije m.e.r.-beoordeling bij een activiteit genoemd in het Besluit milieueffectrapportage die kleiner is dan de drempelwaarde

Omdat het bestemmingsplan ter vervanging van de bestaande 545 woningen voorziet in maximaal 675 woningen, is sprake van een activiteit die wordt aangemerkt als een stedelijk ontwikkelingsproject als bedoeld in categorie 11.2 in onderdeel D van de bijlage bij het [Besluit milieueffectrapportage](#) (Besluit m.e.r.). Omdat de drempelwaarde voor een ‘formele’ m.e.r. beoordeling (een oppervlakte van 100 hectare of meer, een aaneengesloten gebied en 2000 of meer woningen, of een bedrijfsvloeroppervlakte van 200.000 m² of meer) niet wordt overschreden, hoeft geen formele m.e.r.-beoordeling te worden verricht. Wel moet op grond van artikel 2 lid 5 aanhef en onder b Besluit m.e.r. een zogenoemde vormvrije m.e.r.-beoordeling worden verricht. Daarbij dient op grond van de criteria als bedoeld in bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn ([Richtlijn 2011/92/EU](#)) te worden beoordeeld of kan worden uitgesloten dat de activiteit belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben. Als dat niet kan worden uitgesloten, dan moet een formele m.e.r.-beoordeling worden verricht, tenzij al direct wordt besloten om een milieueffectrapport te maken.

“Ook als een bestemmingsplan voorziet in een stedelijk ontwikkelingsproject kleiner dan de drempelwaarde moet een m.e.r.-beoordelingsbesluit worden genomen.”

Vormvrije m.e.r.-beoordeling niet helemaal vormvrij: na de beoordeling is een m.e.r.-beoordelingsbesluit vereist

Doordat artikel 2 lid 5 aanhef en onder b Besluit m.e.r. sinds 7 juli 2017 het bevoegd gezag verplicht om de artikelen 7.17, 7.17 leden 1 – 4, 7.18, 7.19 leden 1 en 2 en 7.20a Wet milieubeheer toe te passen, is het bevoegd gezag verplicht om een beslissing te nemen over de vraag of bij de voorbereiding van het betrokken besluit een milieueffectrapport moet worden gemaakt. Bepalend voor het antwoord op die vraag is of de betrokken activiteit belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben. Dit besluit wordt een m.e.r.-beoordelingsbesluit genoemd.

Een m.e.r.-beoordelingsbesluit is sinds 7 juli 2017 dus niet alleen vereist als de drempelwaarde voor een m.e.r.-beoordelingsplichtige activiteit wordt overschreden, maar ook als dat niet het geval is. Nu de in artikel 2 lid 5 aanhef en onder b Besluit m.e.r. genoemde artikelen in paragraaf 7.6 van de Wet milieubeheer staan en deze paragraaf ook voor bestemmingsplannen geldt, geldt de verplichting m.e.r.-beoordelingsbesluiten te nemen ook voor ambtshalve besluiten. Dat betekent dat als een bestemmingsplan voorziet in een stedelijk ontwikkelingsproject kleiner dan de drempelwaarde, een m.e.r.-beoordelingsbesluit dient te worden genomen.

Een impliciet besluit om geen m.e.r.-beoordelingsbesluit te nemen is geen m.e.r.-beoordelingsbesluit

In zijn verweerschrift erkent de raad dat geen m.e.r.-beoordelingsbesluit was genomen. Ook is niet alsnog een m.e.r.-beoordelingsbesluit overgelegd. De raad stelt slechts dat met de terinzagelegging van het ontwerpbestemmingsplan en met wat vermeld staat in de toelichting, impliciet is besloten om niet een milieueffectrapport op te stellen. In de plantoelichting (paragraaf 4.11) staat: *“De voorgenomen ontwikkeling blijft ruim onder de genoemde drempelwaarde, zoals opgenomen in categorie D11.2 van het Besluit m.e.r.. Toetsing aan deze drempelwaarde is echter niet voldoende; ook de andere selectiecriteria uit de Europese Richtlijn zijn van belang. Het gaat hierbij onder ander om cumulatie met andere projecten, gebruik van natuurlijke hulpbronnen, productie van afvalstoffen, verontreiniging en hinder, en risico van ongevallen. Uit de beschouwing van de eerder in dit hoofdstuk genoemde milieuthema's blijkt, dat de voorgenomen ontwikkeling geen bijzondere elementen bevat die bovenproportioneel bijdragen aan deze aspecten. Op basis hiervan wordt geconcludeerd, dat het uitvoeren van een (uitgebreide) m.e.r.(-beoordeling) niet noodzakelijk is.”*

Deze redenering van de raad houdt echter geen stand. Onder verwijzing naar haar uitspraak van 15 mei 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:1513](#), r.o. 11.4) overweegt de Afdeling dat een vormvrije m.e.r.-beoordeling die is opgenomen in de plantoelichting niet kan worden aangemerkt als een m.e.r.-beoordelingsbesluit. Hierom heeft de Rotterdamse raad niet voldaan aan zijn verplichting een m.e.r.-beoordelingsbesluit te nemen, wat in strijd is met artikel 2 lid 5 aanhef en onder b Besluit m.e.r. en de daarin genoemde artikelen uit paragraaf 7.6 Wet milieubeheer.

In dit geval een ‘kale vernietiging’, niet het passeren van gebreken of andere vormen van finale geschilbeslechting

In twee eerdere uitspraken, een van 26 september 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:3131](#), r.o. 3.5 en de eerdergenoemde uitspraak van 15 mei 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:1513](#), r.o. 11.5, heeft de Afdeling een schending van paragraaf 7.6 Wet milieubeheer vanwege het ontbreken van een (tijdig genomen) m.e.r.-beoordelingsbesluit gepasseerd met toepassing van artikel 6:22 Algemene wet bestuursrecht (Awb), omdat belanghebbenden daardoor in dat geval niet waren benadeeld. Van die benadeling was geen sprake, omdat in die zaken wat de m.e.r. betreft uitsluitend de beroepsgrond naar voren was gebracht dat een (tijdig genomen) m.e.r.-beoordelingsbesluit ontbrak. Er waren in die zaken geen inhoudelijke beroepsgronden naar voren gebracht tegen de verrichte vormvrije m.e.r.-beoordeling. In de Rotterdamse zaak hadden appellanten wel inhoudelijke beroepsgronden naar voren gebracht tegen de verrichte vormvrije m.e.r.-beoordeling. Daarom is volgens de Afdeling niet aannemelijk dat appellanten door het ontbreken van een m.e.r.-beoordelingsbesluit niet zijn benadeeld. Hierom is niet de Afdeling geen mogelijkheid om het ontbreken van het m.e.r.-beoordelingsbesluit te passeren met toepassing van artikel 6:22 van de Awb. De Afdeling ziet in dit geval evenmin aanleiding om toepassing te geven aan andere vormen van finale geschilbeslechting die in de Awb worden geboden. Daartoe overweegt de Afdeling dat naast het ontbreken van een m.e.r.-beoordelingsbesluit er ook geen toereikende integrale beoordeling is gemaakt van de mogelijke nadelige gevolgen van het project voor het milieu in relatie tot de criteria van bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn. In de eerdergenoemde paragraaf 4.11 van de plantoelichting is namelijk alleen maar gesteld dat uit de beschouwing van eerder in de plantoelichting genoemde milieuthema's blijkt dat de voorgenomen ontwikkeling geen bijzondere elementen bevat die bovenproportioneel bijdragen aan de aspecten genoemd in bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn en dat daarom het uitvoeren van een m.e.r.-beoordeling niet noodzakelijk is.

“Bij integrale beoordeling van mogelijke nadelige gevolgen van het project voor het milieu moet rekening worden gehouden met de relevante criteria van bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn.”

Inhoudelijke vereisten ‘vormvrije’ m.e.r.-beoordeling

De Afdeling verwijst vervolgens naar haar uitspraak van 24 december 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:4648](#), r.o. 20.4, waaruit volgt dat de raad zijn standpunt dat een activiteit die beneden de voor de m.e.r.-beoordeling gedefinieerde drempel valt daadwerkelijk geen belangrijke nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben, deugdelijk dient te motiveren. De enkele verwijzing naar de verrichte sectorale onderzoeken is daarvoor niet voldoende.

Daarbij verwijst de Afdeling ook naar haar uitspraak van 3 oktober 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:3201](#), overweging 6.4, waarin is overwogen dat het bevoegd gezag een integrale beoordeling van de mogelijke nadelige milieugevolgen van het project dient te verrichten. Een dergelijke integrale beoordeling is niet aan de orde indien slechts wordt verwezen naar uitgevoerde sectorale onderzoeken naar de mogelijke milieugevolgen, zo heeft de Afdeling overwogen. Bij de integrale beoordeling van de mogelijke nadelige gevolgen van het project voor het milieu dient rekening te worden gehouden met de relevante criteria van bijlage III bij de m.e.r.-richtlijn. In de motivering van het m.e.r.-beoordelingsbesluit dient het bevoegd gezag ook te verwijzen naar deze relevante criteria, zo vereist paragraaf 7.6 van de Wet milieubeheer, aldus de Afdeling.

Observaties

- De vormvrije m.e.r.-beoordeling en het m.e.r.-beoordelingsbesluit zijn niet vrijblijvend: de beoordeling zelf moet deugdelijk zijn en het m.e.r.-beoordelingsbesluit moet daadwerkelijk zijn genomen. Indien het m.e.r.-beoordelingsbesluit niet uiterlijk wordt meegestuurd met het verweerschrift in beroep en een adequate vormvrije m.e.r.-beoordeling ontbreekt, dan kan de Afdeling zonder een zitting houden een beroep kennelijk gegrond verklaren en het bestreden besluit kaal vernietigen.
- De verplichting een m.e.r.-beoordelingsbesluit te nemen geldt niet alleen voor besluiten op aanvraag, maar ook voor ambtshalve besluiten als de vaststelling van een bestemmingsplan.
- Het antwoord op de vraag of sprake is van een stedelijk ontwikkelingsproject beneden de drempelwaarde (of een andere activiteit genoemd in kolom 1 van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit m.e.r.) is niet alleen relevant voor de verplichting een vormvrije m.e.r.-beoordeling op te stellen en een m.e.r.-beoordelingsbesluit te nemen, maar ook voor de toepasselijkheid van artikel 5 lid 6 bijlage II Besluit omgevingsrecht (Bor). Die bepaling verbiedt het een dergelijke activiteit planologisch te vergunnen met een zogenoemde kruimelafwijking op grond van artikel 2.12 lid 1 aanhef en onder a nummer 2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht jo. artikel 4 lid 11 nummers 9 en 11 bijlage 2 Bor.
- Het is mij niet helemaal duidelijk waarom het niet mogelijk zou zijn geweest een bestuurlijke lus toe te passen en de raad in staat te stellen de vormvrije m.e.r.-beoordeling te verbeteren en de raad (of het college van burgemeester en wethouders, ABRvS 26 september 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:3131](#), r.o. 3.4) in staat te stellen alsnog een m.e.r.-beoordelingsbesluit te laten nemen. Mogelijk past deze strenge lijn in een voorzichtiger houding van de Afdeling waar het het Europese recht betreft, na de recente uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op de regulering van detailhandel in goederen in bestemmingsplannen ([het Appingedam-arrest](#)) en over de eisen die de Habitatrichtlijn stelt aan passende beoordelingen ([het PAS-arrest](#)). Bovendien is de Europese Commissie recentelijk een [ingebrekestellingprocedure tegen Nederland gestart wegens gebrekkige milieueffectbeoordelingswetgeving](#).



Jan
van Oosten



Wat betekent de PAS-uitspraak van de Afdeling voor de toelaatbaarheid van stikstofrelevante activiteiten?

Op 29 mei 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“Afdeling”) in haar langverwachte **uitspraak** geoordeeld dat het PAS in strijd met de Habitatrictlijn is vastgesteld. Bijlage 2 van het PAS, artikel 2 van het (vervallen) Besluit grenswaarden en artikel 2.12 van het Besluit natuurbescherming worden onverbindend verklaard. Na het **arrest van het Europese Hof van Justitie** (“Hof van Justitie”) van 7 november 2018, waarin het de **prejudiciële vragen** van de Afdeling beantwoordt, bestonden er twijfels over de houdbaarheid van het PAS. In dit blog gaan wij nader in op het systeem van het PAS, wat er volgens de Afdeling concreet mis is aan dit systeem, wat de gevolgen van het onverbindend verklaren van het PAS zijn en bieden wij een eerste doorkijk naar de toekomst.

Vooraf merken we op dat de Afdeling haar beoordeling – ondanks de weerbarstige materie – inzichtelijk heeft weergegeven, onder meer door gebruik van een afbeelding en schematische weergaven.

Wat is het PAS?

Het Programma Aanpak Stikstof (PAS) is een integraal programma met betrekking tot activiteiten die stikstof uitstoten die neerslaat op een Natura-2000 gebied (“stikstofdepositie”). Het gaat dan bijvoorbeeld om uitbreidingen van veehouderijen, de aanleg van woonwijken en wegen en industriële activiteiten. Stikstofdepositie kan een negatief effect hebben op de natuur. In veel Natura 2000-gebieden is sprake van een overschrijding van de ‘kritische depositiewaarde’ voor stikstof voor het specifieke habitatype in het betrokken gebied. Met andere woorden: er is in veel gebieden al te veel stikstof in het Natura 2000-gebied aanwezig. Het PAS strekt enerzijds tot herstel en behoud van de in het PAS opgenomen Natura 2000-gebieden en creëert daarmee tegelijkertijd ook ruimte voor economische activiteiten. In het PAS is een pakket van maatregelen vastgesteld (herstelmaatregelen en PAS-bronmaatregelen) dat samen met autonome ontwikkelingen moet leiden tot vermindering van stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden. Een gedeelte van die toekomstige ‘winst’ wordt beschikbaar gesteld voor economische activiteiten (“ontwikkelruimte”).

“Afdeling: ‘PAS is in strijd met de Habitatrictlijn’.”

Met het PAS werd ook beoogd het toestemmingsregime op grond van de Habitatrictlijn (geïmplementeerd in de Natuurbeschermingswet 1998 (oud) en de huidige Wet natuurbescherming) te versimpelen. Voor een plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied moet een passende beoordeling worden gemaakt om te beoordelen of (eventueel met mitigerende maatregelen) met zekerheid kan worden vastgesteld dat het plan of project de natuurwaarden niet aantast. Als na een passende beoordeling niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat natuurwaarden niet worden aangetast, mag het plan of project alleen plaatsvinden als er geen alternatieve oplossingen zijn, er een dwingende reden van openbaar belang is en er compenserende maatregelen worden genomen (de “ADC-toets”). Voor het PAS is een algemene passende beoordeling uitgevoerd waarmee vooraf is getoetst welke activiteiten kunnen plaatsvinden. Hierdoor hoeven individuele activiteiten niet passend te worden beoordeeld voor stikstofdepositie: er kan worden verwezen het PAS.

Wat is er concreet mis met het PAS?

Hieronder zetten we uiteen welke eisen het Hof van Justitie aan het PAS stelt, en of het PAS volgens de Afdeling concreet voldoet aan deze inhoudelijke toets.

Hof van Justitie

Het **Hof van Justitie** acht het toestaan van activiteiten op basis van een programmatische aanpak zoals het PAS niet principieel in strijd met het recht. Dit geldt echter alleen als de bijbehorende passende beoordeling wetenschappelijk deugt en is gegarandeerd dat er wetenschappelijk gezien redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat natuurwaarde niet wordt aangetast. Deze eisen gelden ook voor andere passende beoordelingen.

Het is ook toegestaan om bepaalde projecten vrij te stellen van de vergunningplicht, als die een drempel- of grenswaarde voor stikstofdepositie niet overschrijden. De nationale rechter moet er dan wel ervan overtuigd zijn dat de projecten niet tot een aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken Natura 2000-gebieden leiden.

De passende beoordeling mag géén rekening houden met de verwachte voordelen van maatregelen die ten tijde van de beoordeling nog niet vaststaan. Verder kunnen instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen alleen een rol spelen bij de beoordeling van de staat van instandhouding van de natuurwaarden en mogen de effecten van deze maatregelen dus niet worden gemitigeerd en dus niet als mitigerende factoren worden meegenomen bij de beoordeling van de effecten een het project.

Voor een uitgebreidere analyse en de achtergrond van dit arrest, verwijzen wij naar ons [eerdere blogbericht](#).

De Afdeling

De Afdeling heeft in onderhavige uitspraak het PAS inhoudelijk getoetst aan de door het Hof van Justitie opgestelde eisen. Daarbij concludeert zij dat het PAS niet voldoet aan de eisen die het Hof van Justitie stelt.

De Afdeling oordeelt dat het PAS ten onrechte geen rekening houdt met het verschil tussen enerzijds instandhoudingsmaatregelen, passende maatregelen en autonome ontwikkelingen en anderzijds beschermingsmaatregelen in de zin van de Habitatrictlijn. Het PAS gooit alle maatregelen en voordelen als het ware op één hoop. Dat mag van de Afdeling niet. Alleen de positieve gevolgen van beschermingsmaatregelen mogen bij een passende beoordeling van een stikstof veroorzakende activiteit worden betrokken. De positieve gevolgen van overige maatregelen en voordelen mogen alleen een rol spelen bij de beoordeling van de staat van instandhouding van de natuurwaarden (en dus niet bij de passende beoordeling).

De verwachte voordelen van maatregelen moeten bovendien vaststaan ten tijde van die beoordeling. Daarvan was bij het PAS geen sprake. De PAS-bronmaatregelen, herstelmaatregelen en autonome ontwikkelingen die zijn betrokken bij de passende beoordeling van het PAS stonden niet vast ten tijde van die beoordeling. De herstelmaatregelen waren bijvoorbeeld nog niet uitgevoerd of onvoldoende in kaart gebracht. De PAS-bronmaatregelen en autonome ontwikkelingen waren nog niet van kracht, hadden zich nog niet gemanifesteerd en konden bovendien niet voldoende op hexagooniveau (zeshoekige oppervlakte van één hectare) worden vastgesteld. De ontwikkelruimte had zich nog niet gemanifesteerd op het moment van beoordeling en mocht daarom ook nog niet op voorhand worden uitgegeven. De Afdeling hanteert een strenge toets van de wetenschappelijke deugdelijkheid. Er mag “geen redelijke wetenschappelijke twijfel” bestaan. Onder verwijzing naar een [eerder arrest van het Hof van Justitie](#), neemt de Afdeling als uitgangspunt dat een maatregel niet in een passende beoordeling kan worden betrokken als er wetenschappelijke discussie bestaat over het nut van de maatregel.

De Afdeling oordeelt dat het PAS in strijd met de Habitatrictlijn is vastgesteld. Bijlage 2 van het PAS, artikel 2 van het (vervallen) Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof en artikel 2.12 van het Besluit natuurbescherming worden zoals gezegd onverbindend verklaard.

Gevolgen van PAS-uitspraak

De onverbindendverklaring heeft grote gevolgen voor de verlening van toestemmingen voor activiteiten die stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden veroorzaken waar de kritische depositiewaarde voor stikstof is overschreden. Wij bespreken hierna de gevolgen voor verschillende situaties.

Onherroepelijke besluiten gebaseerd op het PAS

Volgens de Afdeling verandert deze uitspraak niets aan de onherroepelijke besluiten die met toepassing van het PAS tot stand zijn gekomen. Dat is op zichzelf goed nieuws. Wij plaatsen er wel de volgende kanttekeningen bij.

- Op 30 januari 2019 heeft de Afdeling een **prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie** over de houdbaarheid van onherroepelijke besluiten die in strijd zijn met het Europees recht. De Afdeling twijfelt of besluiten in strijd met het Unierecht in stand kunnen blijven. In de PAS-uitspraak evenwel oordeelt de Afdeling dat de onherroepelijke besluiten stand houden ondanks de strijd met de Habitatrichtlijn. De uitspraak van het Hof van Justitie naar aanleiding van die prejudiciële vraag is dus van belang.
- Uit **artikel 5.4 Wnb** volgt dat een bevoegd gezag een vergunning op grond van die wet kan intrekken of wijzigen indien die is verleend in strijd met een wettelijk voorschrift. Daarnaast is intrekking aangegeven als de uitvoering van artikel 6, tweede lid Habitatrichtlijn daartoe noopt. Mogelijk kunnen bestuursorganen, al dan niet op verzoek, met deze uitspraak in de hand een reeds onherroepelijk besluit intrekken.

“De onverbindendverklaring heeft grote gevolgen voor de verlening van toestemmingen voor activiteiten die stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden veroorzaken waar de kritische depositiewaarde voor stikstof is overschreden.”

Niet onherroepelijke vergunningen

Bij niet onherroepelijke vergunningen wordt teruggevallen op het wettelijk systeem van de Wnb. Dat geldt zowel voor bestaande vergunningen als voor toekomstige vergunningen. Er moet per activiteit worden bekeken of er mogelijk significante gevolgen voor een Natura 2000-gebied optreden.

Dat is in ieder geval zo als een kritische depositiewaarde is bereikt voor een specifieke habitat in het betrokken Natura 2000-gebied. Er zal dan een passende beoordeling moeten worden gemaakt van de gevolgen van de activiteit voor het Natura 2000-gebied. Als uit die beoordeling met zekerheid blijkt dat de activiteit waarvoor de vergunning is aangevraagd de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet aantast, kan de vergunning worden verleend en kan de activiteit worden uitgevoerd. Tast de activiteit, ondanks het nemen van mitigerende maatregelen, de betrokken natuurwaarden wel aan, dan kan de daarvoor vereiste vergunning toch worden verleend. Wel moet daarvoor de zogenoemde ADC-toets wordt doorlopen (Alternatieven ontbreken, er is een Dwingende reden van groot openbaar belang en in Compensatie wordt voorzien (zie hierna meer)). Wij merken op dat als er zogenaamde prioritaire soorten of habitats in het natuurgebied aanwezig zijn, het economisch belang alleen als openbaar belang kan worden aangemerkt na goedkeuring door de Europese Commissie (artikel 2.8, vijfde lid, onder a en b, Wnb). Als ook de vergunningverlening na het doorlopen van de ADC-toets niet kan, zal de activiteit geen doorgang kunnen vinden.

Besluitvorming over voortzetting bestaande projecten

Bij besluitvorming over voortzetting van bestaande projecten die stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden veroorzaken moet een onderscheid worden gemaakt tussen drie gevallen. Projecten waarvoor (i) een vergunning is verleend voordat de Habitatrichtlijn van kracht toepassing werd, projecten die (ii) passend zijn beoordeeld voordat het PAS als toetsingskader van kracht werd en projecten die (iii) op grond van het PAS zijn toegestaan.

Bij projecten waarvoor een vergunning is verleend voordat de Habitatrichtlijn van kracht werd, verandert de uitspraak niets. Op grond van **jurisprudentie van het Hof van Justitie** zal bij besluitvorming over de voortzetting van zo een project alsnog een passende beoordeling moeten worden uitgevoerd.

Bij de projecten die passend zijn beoordeeld voordat het PAS als toetsingskader van kracht werd verandert deze uitspraak ook niets. Op grond van artikel 2.8, tweede lid, Wnb kan bij voortzetting van hetzelfde project worden verwezen naar de eerder uitgevoerde passende beoordeling, voor zover redelijkerwijs geen nieuwe inzichten of gegevens zouden blijken uit een nieuwe passende beoordeling.

Voor projecten die zijn toegestaan op grond van het PAS en die aan besluitvorming over de voortzetting van de bestaande activiteit zijn onderworpen, verandert deze uitspraak de situatie wel. De Afdeling oordeelt dat, nu vast staat dat het PAS in strijd met de Habitatrichtlijn is vastgesteld, niet kan worden gezegd dat er redelijkerwijs geen nieuwe inzichten zouden blijken uit een passende beoordeling. Op grond van (thans) artikel 2.8 lid 2 Wnb geldt voor deze projecten dat bij besluitvorming over de voortzetting van het project alsnog een passende beoordeling moeten plaatsvinden.

Let op niet onherroepelijke bestemmingsplannen

Op een bestemmingsplan is het PAS-beoordelingskader niet van toepassing. Een ruimtelijke ontwikkeling waarin een bestemmingsplan voorziet die een toename meebrengt van stikstofdepositie op een Natura 2000-gebied waar de kritische depositiewaarde is bereikt, moet wel passend worden beoordeeld. Dit systeem blijft onveranderd.

Niettemin werd soms bij bestemmingsplan, in plaats van een passende beoordeling, verwezen naar het PAS. Namelijk in gevallen waaraan een Nbw of Wnb-vergunning vooraf ging, die met toepassing van het PAS was verleend. Voor zover die bestemmingsplannen nog niet onherroepelijk zijn, zal die onderbouwing geen stand kunnen houden en moet alsnog een passende beoordeling worden gemaakt.

Bovendien stelt de Afdeling dat, indien een bestemmingsplan in plaats van een passende beoordeling heeft verwezen naar het PAS en dat bestemmingsplan opnieuw moet worden vastgesteld, alsnog een passende beoordeling moet worden uitgevoerd. Ook hier geldt dat op grond van (thans) artikel 2.8, tweede lid, Wnb immers niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat er geen nieuwe gegevens of inzichten zullen blijken uit een nieuwe passende beoordeling.

“De uitspraak is ook relevant voor besluiten waarin het PAS geen rol speelt, maar wel een passende beoordeling moet worden gemaakt.”

Vrijgestelde projecten onder grenswaarden

Op grond van het Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof waren projecten die minder dan de grenswaarde van 1 mol ha/jr (dan wel na verlaging op grond van artikel 2, derde lid, Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof tot 0,05 mol ha/jr) aan stikstofdepositie veroorzaken op een Natura 2000-gebied waarvoor onder het PAS een vergunning was vereist, vrijgesteld van de vergunningplicht. Projecten die onder die grenswaarde zitten maar meer dan 0,05 mol ha/jr aan depositie veroorzaken, moeten op grond van dat besluit wel een melding doen (tenzij de grenswaarde was verlaagd naar 0,05 mol ha/jr: in dat geval was bij een hogere depositie een vergunning vereist en kon niet met een melding worden volstaan). Voor deze projecten geldt dat er geen onherroepelijk besluit ligt. Nu de Afdeling het Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof onverbindend heeft verklaard, zijn de projecten op grond van dat besluit niet langer vrijgesteld van vergunningplicht. De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit heeft per **Kamerbrief van 11 juni 2019** aangegeven dat voor de ruim 3.300 activiteiten die onder de vrijstelling zijn geregistreerd alsnog een toestemmingsbesluit moeten worden verleend.

Nieuwe inzichten over de eisen voor een passende beoordeling

De uitspraak is ook relevant voor besluiten waarin het PAS geen rol speelt, maar wel een passende beoordeling moet worden gemaakt. Uit de uitspraak blijkt ten eerste dat er een scherp onderscheid moet worden gemaakt tussen bepaalde maatregelen en voordelen die bij de passende beoordeling worden betrokken. Zoals hierboven gezegd, mogen alleen beschermingsmaatregelen worden betrokken bij de beoordeling of de negatieve gevolgen van een activiteit op natuurwaarden van een Natura 2000-gebied kunnen worden voorkomen of verminderd. Overige maatregelen en voordelen hebben alleen een rol bij de beoordeling van de staat van instandhouding van de natuurwaarden. Bovendien maakt de uitspraak duidelijk dat er op het moment van het maken van een passende beoordeling redelijkerwijs geen wetenschappelijke twijfel mag bestaan over de verwachte voordelen en gevolgen van maatregelen. Deze eis kan in de praktijk nog wel hoofdbrekers opleveren. Wanneer bestaat er geen redelijke twijfel? Hier ligt mogelijk een taak voor de specifieke wetenschappers die werkzaam zijn op dit gebied.

Heeft het PAS nog waarde?

De onverbindendverklaring betekent niet per se dat het PAS in zijn geheel tot het verleden behoort. Los van het mogelijk herstellen van de geconstateerde gebreken door de Afdeling (waar de minister zich op richt, zie de recent [Kamerbrief van 11 juni 2019](#)) heeft het PAS hoe dan ook nuttige aspecten. De Staat is nog steeds verplicht maatregelen te treffen voor het behoud, herstel of het voorkomen van achteruitgang van natuurwaarden (artikel 6, eerste en tweede lid, Habitatrichtlijn). Het PAS biedt inzicht in de keuzes die het bevoegd gezag in zijn beleid heeft gemaakt op dit gebied. Het PAS kan daarom een adequaat instrument zijn voor de uitvoer van die verplichtingen.

Het PAS hanteerde een **stelsel van prioritaire projecten**, waarbij ontwikkelingsruimte met voorrang aan belangrijke projecten werd toebedeeld. Die lijst van projecten kan nog steeds nuttig zijn: het kan wenselijk zijn projecten die aantoonbaar van nationaal of provinciaal maatschappelijk belang voorrang te verlenen. Vanwege de mogelijke schaarste van 'stikstofruimte' dient dan wel aandacht te worden besteed aan de transparante verdeling van die ruimte (zie ter illustratie [dit eerdere blogbericht](#)).

Wat is nu nog mogelijk voor nieuwe besluitvorming?

Let op de hexagonen

Nederland is geheel opgedeeld in hexagonen (zeshoeken) met een oppervlakte van één hectare. De depositie van stikstof wordt per hexagoon berekend. De voordelige effecten van maatregelen op natuurgebieden moeten op hexagoooniveau worden gekwantificeerd. Dat betekent dat op bepaalde delen in het land wel ruimte kan zijn voor nieuwe projecten. Nederland zit dus nog niet helemaal op slot.

Gebruik van de ADC-toets als oplossing?

Een volgende vraag is of het onverbindend verklaren van het PAS nu tot gevolg heeft dat er in het geheel geen stikstof uitstotende activiteiten bij overbelaste hexagonen meer mogen plaatsvinden. Bij overbelaste hexagonen, waarbij er ook met het gebruik van mitigerende maatregelen geen ontwikkelingsruimte is, bestaat nog altijd de mogelijkheid om een ADC-toets te verrichten. Gedeputeerde Staten kunnen onder omstandigheden een activiteit toestaan ondanks dat er geen zekerheid bestaat dat natuurwaarden niet worden aangetast. Dit kan als er (i) geen Alternatieve oplossing bestaat, (ii) er een Dwingende reden van groot openbaar belang is en (iii) er Compenserende maatregelen worden getroffen.

Een vraag die daarbij in ieder geval aan de orde kan komen is of het belang van economisch relevante activiteiten – denk aan werkgelegenheid – een groot openbaar belang is. Bepaalde op basis van het PAS aangemerkte prioritaire projecten kunnen mogelijk als projecten van groot openbaar belang worden aangemerkt. Mits er in dat geval ook wordt voldaan aan de onderdelen A en C, kunnen die projecten mogelijk alsnog worden vergund.

Bestaand gebruik

De uitspraak heeft geen directe gevolgen voor de uitzonderingen op de vergunningplicht in de Wnb in verband met onder meer voortzetting van 'bestaand gebruik' (zie voor een overzicht van de vrijstellingen dit [eerdere blogbericht](#)). Voor wijziging of uitbreiding van bestaand gebruik wordt in de Regeling natuurbescherming wel een koppeling gemaakt met de passende beoordeling voor het PAS (zie artikel 2.4, vijfde lid). Het is dan ook van belang om bij wijzigingen of uitbreidingen van bestaand gebruik te beoordelen of en op welke wijze de verandering vorm kunnen krijgen. Daarbij kan de eerder gevormde jurisprudentie over bestaand gebruik (waaronder [Europese jurisprudentie](#)) ook een rol spelen.





Eerste advies stikstofproblematiek: op korte termijn alles vlot trekken kan niet, maar wel actiepunten en aanbevelingen

“Juristen zijn de maatschappelijke ‘verkeersregelaars’. In een democratisch land dat zo intensief wordt gebruikt, zouden op basis van politieke afwegingen alle belangen zorgvuldig geborgd moeten zijn, in het ontstaan van wet- en regelgeving en in de uitvoeringspraktijk” (citaat uit ‘Niet alles kan’, eerste advies van het Adviescollege Stikstofproblematiek d.d. 25 september 2019).

Inleiding

De huidige stikstofproblematiek is zodanig complex, dat de vergunningverlening op korte termijn niet over de volle breedte kan worden vlot getrokken. Dat zegt de Commissie Remkes (voluit het Adviescollege Stikstofproblematiek) in haar advies van 25 september 2019. Om uit de huidige impasse te raken, moeten emissie-reductie-maatregelen worden getroffen en dienen versneld herstel- en verbetermaatregelen te worden uitgevoerd in de kwetsbare Natura 2000-gebieden. Tegelijkertijd benadrukt het Adviescollege dat het niet zo is dat na 29 mei 2019 geen enkele vergunning meer mag worden verleend. Er bestaat, ook nu, ruimte voor vergunningverlening. De Adviescommissie roept de politiek op om keuzes te maken. In dit bericht bespreken wij op hoofdlijnen de belangrijkste constatering en aanbevelingen van de Adviescommissie.

“Het advies is voor alles een duidelijke oproep aan overheden en politiek om keuzes te maken.”

Uitgangspunten advies: huidige wetgeving en beschikbare gegevens

Het Adviescollege is bij het opstellen van dit korte-termijnadvies uitgegaan van de huidige wetgeving. Verandering van wetgeving is iets voor de langere termijn (vanaf eind 2020). Overigens valt op dat het Adviescollege wel al suggesties doet voor (aanpassing van) regelgeving (Besluit emissiearme bedrijfsvoering, subsidieregelingen en een titel voor onteigening). Verder gaat het Adviescollege uit van de gegevens die nu beschikbaar zijn over de staat van instandhouding van habitattypen in Natura 2000-gebieden. Het Adviescollege merkt daarbij op dat die gegevens geen volledig beeld geven van de huidige stand van zaken; dat heeft gevolgen voor de mate waarin de effecten van maatregelen specifiek te onderbouwen zijn.

Bronmaatregelen

Allereerst beveelt het Adviescollege aan om specifieke, gebiedsgerichte bronmaatregelen te treffen die gericht zijn op reductie van emissie en depositie. Dat sluit aan bij het door Backes (‘De kater na de PAS-uitspraken’, NJB 2019/1926) geformuleerde uitgangspunt: *“Zonder dat de habitats in een gunstige staat van instandhouding worden gebracht is de manoeuvreerruimte juridisch zeer klein.”* Daarbij is het Adviescollege van mening dat alle sectoren in een evenwichtige verhouding moeten bijdragen. De Adviescommissie doelt dan specifiek op 4 sectoren: (i) Veehouderij, (ii) Mobiliteit (iii) Industrie en (iv) Bouwsector. Hierbij is interessant dat uit het overzicht van het Adviescollege volgt dat de bijdrage aan de stikstofproblematiek per sector erg uiteenloopt. Zo draagt de veehouderij voor 46,0% bij, mobiliteit voor in totaal 11,2 % (6,1% (wegverkeer), 2,9% (internationale scheepvaart) en 2,2% (overig verkeer)), industrie voor 1,0% en bouw voor 0,6%.

Veehouderij

Het Adviescollege is, gelet op de grote verschillen tussen ammoniakemissies binnen en tussen sectoren, geen voorstander van generieke volumebeperkingen in de verschillende veehouderijsectoren. Het Adviescollege beveelt een rijks gefinancierde, selectieve, gebiedsspecifieke en doelgerichte reductie van de ammoniakemissies aan, die gerelateerd zijn aan de veehouderij (denk aan gerichte verwerving of sanering van bedrijven met verouderde stalsystemen). In een 'Algemeen Verbindend Verklaring' met duidelijk tijdspad zouden de 'best environmental means' moeten worden vastgelegd. Verwarrend is de terminologie 'Algemeen Verbindend Verklaring' omdat die term doorgaans ziet op een overeenkomst tussen een aantal partijen die dan voor een grotere groep geldt door die algemeen verbindend verklaring. Waarschijnlijk bedoelt het Adviescollege dat overheidsregelgeving (zoals het Besluit emissiearme bedrijfsvoering) normen ("algemeen verbindende voorschriften") gaat bevatten waaraan iedereen moet voldoen. Ook de term 'best environmental means' roept vragen op. Het Adviescollege geeft geen nadere definitie maar verwijst wel tussen haakjes naar "praktijk en techniek". In de rest van de tekst wordt ook verwezen naar het gangbare begrip 'beste beschikbare technieken' (waarin ook de wijze van bedrijfsvoering en het toepassen van technieken voor het voorkomen of zoveel mogelijk beperken van emissies is begrepen) en naar 'de meest actuele milieupraktijk'. Een uitwerking van het begrip 'best environmental means' is dan ook wenselijk.

Het Adviescollege noemt onteigening op basis van een beheerplan als optie indien niet wordt voldaan aan de 'Algemeen Verbindend Verklaring' voor de toepassing van de 'best environmental means'. Belangrijke juridische vragen over wat dan de titel voor onteigening en welke vergoeding daar dan voor de onteigende tegenover gaat staan (normaal is dat volledige schadeloosstelling) worden in het advies nog niet beantwoord. De toepassing van emissie-reducerende technieken en -praktijken zou moeten worden versneld via experimenteerruimte.

Mobiliteit

Het Adviescollege adviseert een (eventueel gedifferentieerde) snelheidsverlaging door te voeren op rijks- en provinciale wegen, gericht op aantoonbare effecten in kwetsbare Natura 2000-gebieden. Deze aanbeveling kan juridisch relatief gemakkelijk ten uitvoer worden gelegd omdat de wijziging van de maximumsnelheid bij algemene maatregel van bestuur geschiedt.

“Adviescollege over de bouwpraktijk: Er valt winst te behalen door modulair, energieneutraal, circulair en natuurinclusief te bouwen.”

Industrie

Hoewel de emissies uit de industriële sector (slechts) circa 1,6% van het totaal uitmaken en reducties in die sector op korte termijn dan ook niet tot significante ruimte zullen leiden, gaat het advies vrij uitvoerig in op de bijstook van biomassa in energiecentrales. Het Adviescollege stelt dat stoppen met deze bijstook nauwelijks een bijdrage levert aan de vermindering van emissies en deposities van stikstof, maar wel een duidelijke bijdrage betekent op het punt van vermindering van NOx in de energieopwekking en CO2-uitstoot, aldus het Adviescollege. In dat licht vraagt het Adviescollege aandacht voor een heroverweging van het nut van subsidies die nu worden verstrekt voor het bijstoken van biomassa in energiecentrales. Verder is het aan de provincies om te verkennen in hoeverre verschillende industriële sectoren een negatieve bijdrage leveren en welk beleid daarop gevoerd kan worden.

Ons valt op dat dit onderdeel van het advies het minst concreet is. De paragraaf suggereert verder dat binnen het Adviescollege op enigerlei wijze bezwaar bestaat tegen het bijstoken van biomassa, maar het hoe en waarom wordt niet verduidelijkt.

Bouw

In de bouw (en bij terreinbeherende organisaties) valt volgens het Adviescollege winst te behalen door modulair, energieneutraal, circulair en natuurinclusief bouwen en door beter gebruik van innovatieve technieken en materialen. Om de sector te stimuleren adviseert het college om aanbestedingsvoorwaarden en vergunningsvoorwaarden aan te passen.

Uitwerking van deze aanbeveling vereist nog wel de nodige juridische aandacht. Een omgevingsvergunning kan slechts in bepaalde gevallen worden geweigerd. En voor aanbestedingsvoorwaarden geldt de proportionaliteitseis: als de bouw slechts in zeer beperkte mate bijdraagt aan de stikstofdepositie, doet zich de vraag voor of dergelijke voorwaarden proportioneel zijn.

Ook in het algemeen merken wij op dat het onevenredig kan zijn indien een maatregel met veel ingrijpende gevolgen wordt getroffen die niet of nauwelijks bijdraagt aan de reductie van stikstof, terwijl maatregelen die veel zouden bijdragen niet worden genomen.

Herstel van de natuur

Het Adviescollege is hierover duidelijk: alle partijen moeten, mede gelet op de resultaten van de 'Oriënterende studie evaluatie Natura 2000-doelensystematiek', prioriteit geven aan de herstelprogramma's in stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden. Intensivering en versnelling is noodzakelijk. Wij vermoeden dat het Adviescollege hierbij doelt op snellere politieke en bestuurlijke besluitvorming. Dat laat zich overigens nog niet zo makkelijk regelen zonder aanpassingen in wet- en regelgeving, denken wij. Verder adviseert het Adviescollege om de transitie naar natuurinclusieve landbouw beter te faciliteren, bijvoorbeeld door het inrichten van een fonds.

Benutten vrijgekomen ruimte

De vraag hoe om te gaan met de benutting van vrijgekomen ruimte is voor de praktijk interessant. In paragraaf 4.4. is uiteengezet hoe het Adviescollege meent dat de vrijgekomen ruimte kan worden benut. Daarbij begint het Adviescollege met twee inleidende opmerkingen.

Inleidende opmerkingen

Ten eerste moet een deel van de vrijgekomen ruimte worden 'afgeroomd'. Hiermee bedoelt de Adviescommissie waarschijnlijk dat die vrijgekomen ruimte niet voor de volle 100% mag worden gebruikt voor nieuwe activiteiten. Dat roept de vraag op hoe en door wie de omvang van de af te romen ruimte wordt bepaald en hoe verdeling plaatsvindt van de ruimte die vrij komt en niet wordt afgeroomd.

Ten tweede noemt de Adviescommissie in verband met de behoud- en herstelopgave ook de wijziging of intrekking van bestaande (natuur)vergunningen. Een dergelijke verstrekkende maatregel voor individuele bedrijven kan volgens het Adviescollege alleen aan de orde zijn indien (i) ofwel wordt aangetoond dat intrekking of wijziging van de toestemming voor deze specifieke activiteit de enige passende maatregel is om verslechtering of significante verstoringen te voorkomen, ofwel (ii) indien een dergelijke maatregel onderdeel uitmaakt van generiek beleid voor een gebied of sector.

Het is op het eerste gezicht wat merkwaardig dat dit onderwerp aan de orde komt in een paragraaf die gaat over het benutten van vrijgekomen ruimte, maar verderop wordt het duidelijk: intrekking van bestaande (natuur)vergunningen waarbij een stikstof veroorzakende activiteit niet is verricht, levert mogelijk weer ruimte op. Overigens is in het milieueffectrapport behorende bij het PAS al opgemerkt dat salderen met niet-ingevulde vergunningen weliswaar een daling van de latente ruimte betekent, maar in feite een actuele toename veroorzaakt als gevolg van een nieuw initiatief. Verder geeft het Adviescollege hier een duidelijk signaal: de strenge toets in een recente uitspraak van 19 augustus 2019 (ECLI:NL:RBOBR:2019:4830) van de rechtbank Oost-Brabant (zie ons eerdere [blogbericht](#)) is niet de manier waarop het Adviescollege van mening is dat moet worden omgegaan met het intrekken van vergunningen.

Het Adviescollege beveelt aan om een realisatietermijn van twee jaar te hanteren, waarna niet-benutte (latente) vergunningruimte ongedaan kan worden gemaakt. Die lijn geldt ook voor activiteiten waarbij onder het PAS geen vergunning nodig was, maar waarvoor nu alsnog een vergunning nodig is. Het gaat hier overigens wel om maatwerk, benadrukt het Adviescollege; al gedane investeringen of andere uitvoeringshandelingen moeten in beschouwing worden genomen.

Voor vergunningen die voorgaand aan het PAS zijn verleend, zou geen tweejaarstermijn gelden, maar moet wel worden onderzocht of mogelijkheden bestaan om latente ruimte terug te nemen. Omdat het hierbij gaat om aantasting van bestaande rechten, lijken de mogelijkheden hier beperkt, aldus het Adviescollege. Wij merken op dat die bestaande rechten er ook zijn, waar het gaat om vergunningen die met toepassing van het PAS zijn verleend; niet voor niets overwoog de Afdeling op 29 mei 2019 dat "*vergunningen en tracébesluiten (en eventuele andere toestemmingsbesluiten genoemd in artikel 19km van de Nbw 1998) die met toepassing van het PAS zijn verleend en die in rechte onaantastbaar zijn, het rechtsgevolg (behouden) dat zij hebben.*"

Prioritering

Het Adviescollege beveelt vervolgens aan om de vrijkomende ruimte te benutten voor de volgende prioritaire knelpunten:

1. Activiteiten die onder het PAS waren vrijgesteld van een vergunning (activiteiten onder grenswaarden).
2. Tijdelijke emissies indien na realisatie sprake zal zijn van een lagere emissie of nul-emissie. Interessant is dat het Adviescollege in dit verband overweegt dat voor tijdelijke emissies een ecologische onderbouwing kan worden gegeven waaruit volgt dat deze, gelet op het lange-termijn-effect van de activiteit, aanvaardbaar zijn in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen.
3. Vernietigde vergunningen waarvoor opnieuw een aanvraag moet worden ingediend.

Met beweiden en bemesten zit het Adviescollege duidelijk in zijn maag; eind 2019 volgt hierover een tussen-tijdsadvies van het Adviescollege. Geadviseerd wordt om in afwachting daarvan de huidige gedoogstatus te handhaven, nu het bemesten van landbouwgronden essentieel is voor de voedselproductie. Hier adviseert het Adviescollege een uitzonderingssituatie te creëren. We vragen ons af of er niet ook andere terreinen zijn waar een uitzondering (en gedoogstatus) gerechtvaardigd is. Te denken valt aan het verrichten van activiteiten die ondanks kortstondige emissie en depositie nu juist gericht zijn op een afname daarvan op de lange termijn (zoals de bouw van aardgasvrije woningen) en die geen uitstel dulden omdat zij noodzakelijk zijn om te voldoen aan bepaalde klimaatdoelstellingen.

“Het advies omvat een eerste stap op weg naar een evenwichtige lange-termijn oplossing.”

Juridische aspecten

Het adviescollege formuleert tot slot een aantal juridische actiepunten. Het Adviescollege constateert dat het toepassingsbereik van de AERIUS Calculator 2019 beperkt is. AERIUS moet zo snel mogelijk operationeel zijn voor het doorrekenen van activiteiten in de agrarische sector.

Verder dienen het Rijk en de provincies de mate van afroming nader te bepalen en motiveren. Er zullen keuzes moeten worden gemaakt als het gaat om benutting van ruimte, waarbij de ruimte op hectareniveau moet worden beschouwd. Uit het advies blijkt dat verschillende stakeholders hebben gepleit voor het (opnieuw) introduceren van een drempelwaarde voor kleine deposities. Hoewel het Adviescollege hier positief tegenover staat (mits het reductiebeleid voldoende ruimte biedt), merkt het op dat een deugdelijke juridische onderbouwing hiervoor vooralsnog ontbreekt. Daar is wel wat op af te dingen: als aan de ene kant ruimte op een bepaalde locatie in een Natura 2000-gebied daadwerkelijk is gecreëerd, dan is het andere kant mogelijk om met wetenschappelijke zekerheid te stellen dat projecten die niet meer uitstoten dan bijvoorbeeld 1 mol/ha/jaar geen significant negatieve effecten hebben op die locatie in Natura 2000 gebieden. Overigens ligt die grens in andere landen hoger; het lijkt ons goed om hier onderzoek naar te doen en zo mogelijk lering uit te trekken. Wij menen dat Backes in zijn eerder aangehaalde artikel in het NJB ook in die richting denkt. Hoe dan ook: in zijn tweede advies zal het Adviescollege een eventuele vrijstellingsregeling nader bespreken.

Om te voorkomen dat activiteiten met kleine bijdragen aan stikstofdepositie en tijdelijke emissies langdurige vergunningprocedures moeten doorlopen, beveelt het Adviescollege Rijk en provincies aan beleid te formuleren langs een aantal heldere lijnen. Voor activiteiten die voorheen vergunningvrij waren, is onder meer van belang dat aanvragers een redelijke termijn krijgen om een aanvraag in te dienen, een nieuwe AERIUS berekening overleggen en informatie verstrekken over de toepassing van beste beschikbare technieken, volgens het Adviescollege. Opmerkelijk is dat het Adviescollege hier de beste beschikbare technieken vermeldt, terwijl het eerder doelde op ‘best environmental means’. Mocht het Adviescollege met deze begrippen hetzelfde bedoelen dan verdient het de voorkeur eenduidige terminologie te hanteren. Provincies zullen de benodigde vergunningruimte moeten inventariseren, een collectieve passende beoordeling maken, zoeken naar een mogelijkheid om een eenvoudige afdoening te bewerkstelligen en bij het ontbreken van ruimte de stappen van saldering (of ADC-toets) doorlopen.

Voor situaties waarin na vernietiging een vergunning wordt aangevraagd, schetst het Adviescollege een aantal vergelijkbare lijnen voor de formulering van beleid.

Overige aanbevelingen en opmerkingen van het Adviescollege

Het Adviescollege benadrukt dat een overzicht van de huidige staat van instandhouding van per gebied cruciaal is. Verder moet naar de mening van het Adviescollege meer gebruik worden gemaakt van metingen in plaats van modellen.

Als reactie op ingebrachte adviezen merkt het Adviescollege nog op dat het positief staat tegenover intern en extern salderen, maar aanbeveelt om de regels rond intern salderen vast te leggen in beleidsregels. Verder is het Adviescollege voorstander van extern salderen vanuit economisch perspectief omdat daarmee een prikkel ontstaat om zo efficiënt mogelijk met emissies om te gaan. Extern salderen kan plaatsvinden tussen private partijen of door middel van overheidsinterventie (bijvoorbeeld door middel van een depositiebank). Tot slot gaat het Adviescollege in op de ADC-toets, meer in het bijzonder op de wijze waarop kan worden gecompenseerd. Wel stelt het dat de ADC-toets niet in alle gevallen kan leiden tot een vergunning voor vastgelopen projecten (onder meer omdat niet ieder project nodig is om dwingende redenen van groot openbaar belang). Wat extern salderen betreft brengt het Adviescollege onder de aandacht dat dat kan leiden tot verrommeling van locaties die zijn opgekocht. Indien op grotere schaal wordt gesaldeerd, neemt dit probleem toe. Vanuit gemeenten en provincies dient te worden onderzocht hoe aandacht kan worden besteed aan de ruimtelijke kwaliteit. Wat de ADC-toets betreft merkt het Adviescollege op dat de ruimte voor compensatie schaars is. Die opmerking suggereert dat er een beleid(sregel) wordt voorbereid die voorziet in een bepaalde verdelings-systematiek met een vorm van prioritaire projecten 2.0 waarvoor compensatieruimte beschikbaar komt. In de Kamerbrief van 13 september jl. staat dat aanvragen gebaseerd op extern salderen en/of een ADC-toets niet worden verleend. Dit kan worden verklaard door het onderzoek dat ter zake moet worden verricht en het beleid dat moet worden geformuleerd, maar de juridische houdbaarheid van het niet in acht nemen van de wettelijke beslistermijn voor aanvragen om een Wnb-vergunning is daarmee niet gegeven.

Juist omdat stikstof een schaars recht is geworden waarvoor vooralsnog geldt 'wie het eerst komt, die het eerst maalt', kunnen wij ons voorstellen dat er toch aanvragen met externe saldering / een ADC-toets worden ingediend, waarbij wettelijke beslistermijnen gelden.

“Het Adviescollege is, helaas, nog niet gekomen tot een aanbeveling over de mogelijkheid om emissies beneden een bepaalde drempelwaarde toe te staan zonder vergunning; dat zal in het tweede advies aan bod komen.”

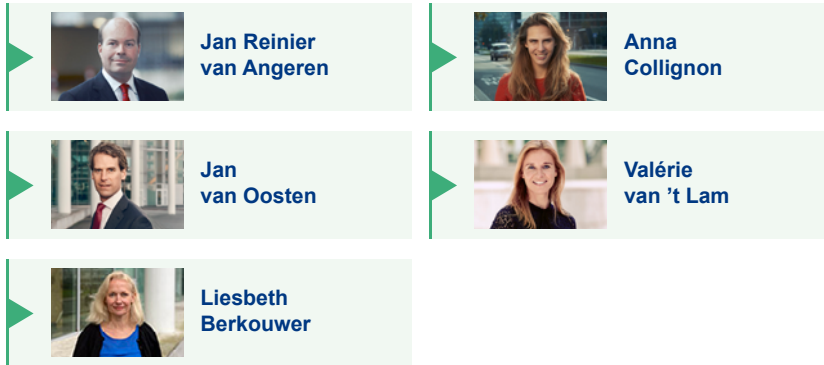
Het Adviescollege sluit af met een doorkijk naar de tweede fase van advisering: daarin zal het Adviescollege eerst een 'beleidsreconstructie' uitvoeren om zich vervolgens te verdiepen in de Europese regelgeving in relatie tot Nederlandse keuzen én in omringende landen gemaakte keuzen. Vervolgens zal het Adviescollege nader advies uitbrengen over een afwegingskader en over een samenhangende lange-termijnaanpak van (aanvullende) bronmaatregelen voor bestaande activiteiten in alle sectoren, om tot verdere vermindering van emissie en depositie te komen.

Conclusie

Het advies is voor alles een duidelijke oproep aan overheden en politiek om keuzes te maken. Het omvat verder een eerste stap op weg naar een evenwichtige lange-termijn oplossing. Te waarderen valt dat het Adviescollege probeert een oplossing aan te reiken voor de activiteiten die na het onverbindend verklaren van het PAS vergunningplichtig zijn geworden en voor de vernietigde vergunningen. Ook doet het Adviescollege hier en daar een concrete suggestie voor in de praktijk gerezen problemen (bijvoorbeeld voor de mogelijkheid van een ecologische onderbouwing waaruit blijkt dat tijdelijke emissies, gelet op het lange-termijn-effect van de activiteit, aanvaardbaar zijn in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen).

Het Adviescollege is, helaas, nog niet gekomen tot een aanbeveling over de mogelijkheid om emissies beneden een bepaalde drempelwaarde toe te staan zonder vergunning; dat zal in het tweede advies aan bod komen.

In dit blogbericht hebben we enkele juridische kanttekeningen geplaatst bij het advies. We menen dat het goed is als de politiek hiermee bij de verdere uitwerking rekening houdt. Aanwijzingen van de ‘maatschappelijk verkeersregelaars’ zijn wellicht – net zoals aanwijzingen van normale verkeersregelaars – niet altijd iedereen welgevallig, maar ze zijn wel noodzakelijk voor een goede afwikkeling.





Een geringe toename van stikstofdepositie en vergunningverlening, nu en na de Spoedwet stikstof

Op dezelfde dag (29 mei 2019) waarop de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State **uitspraak** deed over de vraag of het programma Programmatie Aanpak Stikstof ('PAS') ten grondslag mag worden gelegd aan toestemmingen op grond van de Wet natuurbescherming ('Wnb') volgde een **uitspraak** over handhavingprocedures waarin de aanvaardbaarheid van het PAS ook aan de orde kwam. De uitspraken hebben kort samengevat tot gevolg dat het PAS in zijn huidige vorm niet als basis voor toestemming voor (of vrijstelling van de vergunningplicht voor) activiteiten mag worden gebruikt. In een **eerder blog** schetsten we de hoofdlijnen van de uitspraken en de consequenties daarvan.

In de afgelopen tijd zijn kamerbrieven geschreven, provinciale beleidsregels vastgesteld (en weer ingetrokken en vastgesteld) en is advies uitgebracht door het Adviescollege Stikstofproblematiek. Verder is op 17 december jl. nieuwe wetgeving aangenomen door de Eerste Kamer die de impasse voor zowel natuur als (land)bouw moet doorbreken.

In dit blog gaan wij specifiek in op de vraag onder welke voorwaarden het op dit moment is toegestaan om nieuwe (wijzigings)projecten te beginnen die een (zeer) minimale bijdrage aan de stikstofdepositie in Natura 2000-gebieden veroorzaken. Daarbij besteden wij ook aandacht aan de toekomstige situatie waarin de recent aangenomen Spoedwet aanpak stikstof ("Spoedwet stikstof") in werking is getreden. Wij menen dat er juridische argumenten zijn om aan te nemen dat projecten met een geringe bijdrage aan de stikstofdepositie niet (altijd) onder de vergunningplicht vallen. De Spoedwet aanpak stikstof versterkt dit standpunt.

Wanneer is voorafgaande toestemming nodig voor een project?

Uitgangspunt is artikel 6, lid 3 van de **Habitatrichtlijn**. Indien een project afzonderlijk of in combinatie met andere projecten significante gevolgen kan hebben voor een speciale beschermingszone (hierna 'Natura 2000-gebied') kan zo'n project slechts worden toegestaan als voldaan is aan een tweetal eisen. Er moet een passende beoordeling worden verricht van de gevolgen voor het gebied in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen én daaruit moet blijken dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zullen worden aangetast. Als van dat laatste geen sprake is, komt het project slechts in aanmerking voor toestemming indien de zgn. ADC-toets met positief resultaat is doorlopen (Alternatieven ontbreken, er is een Dwingende reden van groot openbaar belang en in Compensatie wordt voorzien).

“Er moet een passende beoordeling worden verricht van de gevolgen voor het gebied in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen én daaruit moet blijken dat de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet worden aangetast.”

De bepaling is geïmplementeerd in artikel 2.7 Wnb. Daarbij valt gelijk een verschil op tussen de redactie voor plannen enerzijds (lid 1; wij laten dat lid hier buiten beschouwing), en het regime voor *projecten en andere handelingen anderzijds* (lid 2 en verder).

Is er sprake van een project dat de kwaliteit kan verslechteren?

Allereerst is van belang dat het verbod om zonder vergunning een project te realiseren geldt voor projecten die *“gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied de kwaliteit van natuurlijke habitats of de habitats van soorten in dat gebied kunnen verslechteren of een significant verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen”*.

Voor stikstofdepositie wordt aangenomen dat het uitsluitend gaat om een mogelijke verslechtering. Of die aan de orde is, zal moeten worden bepaald aan de hand van een eerste ecologisch (voor)onderzoek, soms ook wel ‘voortoets’ genoemd (zie daarover ook ons [eerdere blog](#)). Als uit dit onderzoek blijkt dat het project geen verslechterend effect heeft of kan hebben, kan het project uitgevoerd worden zonder dat daar een Wnb-vergunning of passende beoordeling voor nodig is. In een [eerder blog](#) gaven wij een algemene beschrijving van de vergunningplicht onder de Wnb.

Wij hebben de indruk dat de Afdeling in haar jurisprudentie deze stap overslaat. In de verwijzingsuitspraak van de Afdeling d.d. 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, oordeelt de Afdeling *“iedere toename, hoe gering ook (bijv. 0,02 mol N/ha/jr), leidt tot de conclusie dat een project significante gevolgen kan hebben, zodat daarvoor een passende beoordeling moet worden gemaakt”* (en een vergunning nodig is).

In geval van een vergunningplicht bestaat overigens niet altijd een verplichting om een passende beoordeling te maken. Voor *“andere handelingen dan projecten die afzonderlijk significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied”* geldt namelijk het toetsingskader van artikel 2.8, lid 9 Wnb (zie artikel 2.7, lid 3 onder b, Wnb) zonder een passende beoordeling.

Overigens laat de wetsgeschiedenis zien dat ook activiteiten onder de vergunningplicht vallen die tot *“enige verslechtering”* van de kwaliteit van habitats kunnen leiden, maar waarover geen discussie mogelijk is dat zij op zichzelf, of in samenhang met andere activiteiten in en rond het Natura 2000-gebied, geen wezenlijke invloed zullen hebben op de aanwezige natuurwaarden ([TK 33348, nr 3 p. 104](#)). Dit wijst op enige discrepantie tussen de tekst van de wet en de toelichting daarop: artikel 2.7, lid 2 Wnb doet uitsluitend een vergunningplicht ontstaan als sprake is van een mogelijke *verslechtering in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen* van het betreffende gebied. De toelichting in de wetsgeschiedenis lijkt dan ook ten onrechte eerder een vergunningplicht aan te nemen dan volgt uit de formulering in de wet.

Wat is een toename?

Bij de beoordeling of een project vergunningplichtig is doet zich de (voor)vraag voor welke stikstofemissie (nog) leidt tot een relevante en meetbare depositie die in het licht van de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied een mogelijke verslechtering met zich brengt in de zin van artikel 2.7, lid 2, Wnb.

Met AERIUS kunnen berekeningen worden uitgevoerd tot 0,005 mol/ha/jr en hoger. Zodra een bijdrage wordt berekend van 0,005 (of hoger) leidt dit tot een uitkomst van 0,01; als de bijdrage lager is, is de uitkomst 0,00. Een uitkomst van kleiner dan 0,00 betekent dus niet (per se) dat rekenkundig gezien geen enkele toename is. Wel wordt aangenomen dat bij een toename in stikstofdepositie die kleiner is dan 0,00 mol/ha/jr significante gevolgen kunnen worden uitgesloten. Volgens de [regering](#) is een afronding op twee decimalen *“voldoende precies om de ecologische effecten van stikstof te kunnen beoordelen, omdat kleinere bijdrages niet kunnen leiden tot een piek in de belasting van stikstof”*. Kwaliteitsverlagingen die kleiner zijn dan de eenheden waarin de kwaliteit van het habitatype of het leefgebied is uitgedrukt, worden volgens de [‘Leidraad bepaling significante effecten’](#) beschouwd als niet meetbaar.

Dit uitgangspunt zien we terug in de door de rijksoverheid gepubliceerde [beslisboom](#) ‘Toestemmingverlening stikstofdepositie bij nieuwe activiteiten’. De rechter zal zich nog moeten uitspreken over de vraag of deposities van afgerond 0,00 mol N/ha/jr ook vergunningplichtig (kunnen) zijn.

Passende beoordeling en vergunningverlening bij overschrijding kritische depositiewaarde

Als uit het eerste ecologisch onderzoek blijkt dat het project significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, is een passende beoordeling noodzakelijk (artikel 2.7 lid 3 (onder a) en artikel 2.8 lid 3 Wnb). Een passende beoordeling is een nader ecologisch onderzoek. Met deze passende beoordeling moet – wil het project vergunbaar zijn – met zekerheid vastgesteld worden dat het project de natuurlijke kenmerken van het gebied niet zal aantasten. Hierbij kan rekening worden gehouden met mitigerende maatregelen, waarbij de negatieve effecten van een toename in stikstofdepositie worden gemitigeerd. Zie voor een voorbeeld van mitigerende maatregelen in het kader van stikstofdepositie ons [eerdere blogbericht](#).

Als uit de passende beoordeling met zekerheid blijkt dat het project de natuurlijke kenmerken van een gebied niet aantast, kan voor het project een Wnb-vergunning worden verleend. Als dat niet het geval is, dan kan een Wnb-vergunning eventueel worden verleend als is voldaan aan de hierboven al genoemde ADC-toets.

Voor een project met een toename in stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden waarvoor de kritische depositiewaarde los van het project al is overschreden, geldt volgens de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak een verplichting tot het opstellen van een passende beoordeling (ABRvS d.d. 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, rechtsoverweging 9.6). Ook hier doet zich mogelijk de vraag voor wanneer stikstofemissies leiden tot een relevante en meetbare depositie. Als een toename van depositie in redelijkheid niet meetbaar is, kan betwijfeld worden of de minimale bijdrage relevant is in het licht van de overschreden kritische depositiewaarde. Ten slotte is van belang dat overschrijding van de kritische depositiewaarde niet per se tot gevolg heeft dat – zonder gebruikmaking van de ADC-toets - geen vergunning kan worden verleend. Ook bij stikstofdepositie op gebieden waarin de kritische depositiewaarde is overschreden, kan in bepaalde gevallen een Wnb-vergunning worden verleend (zie bijvoorbeeld ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:497, ro. 18, waarin een kleine toename van depositie toelaatbaar werd geacht; en een [eerder blog](#)). Of dat mogelijk is, zal altijd beoordeeld moeten worden door een ecoloog, aan de hand van de specifieke omstandigheden in het betreffende Natura 2000-gebied.

“Na inwerkingtreding van de Spoedwet stikstof geldt niet langer een vergunningplicht voor activiteiten met niet-significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden.”

Spoedwet aanpak stikstof, Omgevingswet en vergunningplicht

De op 17 december 2019 aangenomen [Spoedwet aanpak stikstof](#) voorziet in diverse aanpassingen in de reikwijdte van de vergunningplicht. Het wetsvoorstel is overigens op een aantal punten [bekritiseerd](#) door de Afdeling advisering van de Raad van State. Kort samengevat ontbreekt volgens de Afdeling advisering inzicht in de werking en de verwachte effecten van verschillende maatregelen die dienen tot natuurherstel. Zolang dat inzicht ontbreekt, valt niet vast te stellen welke ruimte er is om nieuwe projecten met stikstofdepositie toe te staan.

Na inwerkingtreding van de Spoedwet stikstof geldt niet langer een vergunningplicht voor activiteiten met niet-significante gevolgen voor Natura 2000-gebieden. Het gaat dan om gevolgen die – gezien de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het Natura 2000-gebied – met zekerheid niet significant zijn en de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied niet in gevaar brengen. Het begrip *“andere handelingen dan projecten met een mogelijk significant effect”* wordt geschrapt. Een vergunningplicht betekent automatisch een verplichting tot het opstellen van een passende beoordeling; een te wijzigen artikel 2.7, lid 3 voorziet daarin.

In haar advies besteedt de Afdeling advisering geen aandacht aan deze inperking van de vergunningplicht. Dat is opvallend, omdat diezelfde Afdeling advisering bij het voorstel tot invoering van de Wet natuurbescherming, in 2012, wel deed. De Afdeling advisering [uitte toen bezwaren](#) tegen een vergunningplicht die alleen geldt voor projecten met significante gevolgen.

Na inperking van de vergunningplicht zal naar ons oordeel zich eerder de situatie voordoen dat een geringe toename van stikstofdepositie niet vergunningplichtig is. Daarvoor mag uitsluitend sprake zijn van gevolgen die – gezien de specifieke milieukenmerken en omstandigheden van het Natura 2000-gebied – met zekerheid niet significant zijn en de instandhoudingsdoelstellingen van het gebied niet in gevaar brengen. Het is bovendien de vraag welke consequenties de juridische inperking van de vergunningplicht heeft voor de lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak dat bij elke (meetbare) toename van depositie op een gebied waarvoor de kritische depositiewaarde wordt overschreden, het project significante gevolgen kan hebben en daarmee noopt tot een passende beoordeling.

De Spoedwet stikstof voorziet verder in een wijziging van de (Aanvullingswet natuur) Omgevingswet. Het begrip 'Natura 2000-activiteit' zal ingevolge artikel IX namelijk anders komen te luiden: *“activiteit, inhoudende het realiseren van een project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied”* (onderstreept door auteurs). Hiermee wordt de nieuwe lijn doorgezet dat alleen activiteiten die mogelijk significante gevolgen hebben vergunningplichtig zijn.

De Spoedwet stikstof introduceert – voor zover relevant voor dit blog – de mogelijkheid om:

- bij provinciale verordening of ministeriële regeling te bepalen dat het verbod (en de vergunningplicht) ex artikel 2.7, lid 2 niet geldt voor bepaalde categorieën projecten, zoals projecten onder een bepaalde drempelwaarde. Categorieën van projecten kunnen worden aangewezen indien – kort samengevat - uit een passende beoordeling blijkt dat op voorhand significant negatieve gevolgen voor de natuurlijke kenmerken kunnen worden uitgesloten, indien de zekerheid is verkregen dat de natuurlijke kenmerken niet zullen worden aangetast of indien de ADC-toets dat rechtvaardigt.
- bij ministeriële regeling te bepalen dat besluiten waarbij projecten in de zin van artikel 2.7, lid 2 Wnb worden toegestaan (uitsluitend) kunnen worden genomen met gebruikmaking van geregistreerde stikstofdepositieruimte. Hier geldt onder andere als voorwaarde dat stikstofdepositieruimte alleen wordt geregistreerd als aanvullende maatregelen zijn getroffen met het oog op vermindering van stikstofbelasting of verbetering van de staat van instandhouding.

“De mogelijkheid om (opnieuw) een drempelwaarde in te voeren is van groot belang voor de praktijk.”

De mogelijkheid om (opnieuw) een drempelwaarde in te voeren is van groot belang voor de praktijk. Door deze nieuwe drempelwaarde zouden veel projecten die leiden tot een kleine toename van de stikstofdepositie, doorgang kunnen vinden zonder individueel ecologisch onderzoek. Invoering van een drempelwaarde vergt evenwel de nodige onderbouwing (te denken valt aan o.a. een passende beoordeling). Het kabinet wil aan het einde van dit kalenderjaar verdere duidelijkheid geven over wanneer deze drempelwaarde ingevoerd kan worden en hoe deze juridisch zal worden vormgegeven.

Slot

Realisering van projecten met een minimale toename van stikstofdepositie is – ook nu - niet uitgesloten. Als uit berekeningen met AERIUS blijkt dat de toename van depositie lager dan 0,005 mol/ha/jr is (en daarmee tot een uitkomst van 0,00 mol N/ha/jr leidt) kan worden aangenomen dat geen vergunningplicht bestaat. Verder kan uit een voortoets blijken dat het project geen verslechterend effect heeft en kan hebben. Indien dat niet op voorhand kan worden uitgesloten, kan (mogelijk) uit een passende beoordeling blijken dat de geringe toename de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten.

De Spoedwet stikstof zal door de daarin opgenomen inperking van de vergunningplicht, de grondslag voor een drempelwaarde en een stikstofregistratiesysteem de ruimte voor realisering van projecten met een geringe toename zonder significante gevolgen uitbreiden. Onderbouwing van die ruimte is, met het oog op juridische houdbaarheid, een belangrijk aandachtspunt.



**Anna
Collignon**



**Liesbeth
Berkouwer**



**Bram
Schmidt**



Na het PAS volgt de SAS: de Spoedwet Aanpak Stikstof: belangrijkste wijzigingen op een rijtje

Op 25 november 2019 zond de regering de Spoedwet aanpak stikstof ("SAS") naar de Tweede Kamer. Op 17 december 2019 nam de Eerste Kamer de SAS aan die op 1 januari in werking is getreden. Op zichzelf al een huzarenstukje. Hieruit blijkt duidelijk dat het SOS is voor de SAS.

In de parlementaire debatten kwam de juridische houdbaarheid van de SAS aan de orde (zie b.v. het Verslag Kamerstukken II 19/20, 35 347, 5 en de Memorie van Antwoord Kamerstukken I 19/20, 35347, D). In dit blogbericht gaan wij in op de vier belangrijkste wijzigingen. Wij bespreken daarbij ook de juridische houdbaarheid van de SAS.

Juridische houdbaarheid: strijd met Habitatrictlijn?

De SAS is een wet in formele zin. Een wet in formele zin is juridisch niet houdbaar indien die wet in strijd is met een regeling die hoger in rang staat dan die wet. De Habitatrictlijn is een dergelijke regeling. De vraag of de SAS juridisch houdbaar is komt dus neer op de vraag of de SAS in strijd is met de Habitatrictlijn. In het bijzonder artikel 6 van de Habitatrictlijn is dan relevant.

De SAS voorziet in wijzigingen van de Wet natuurbescherming ("Wnb"). Het artikel dat de juridische basis vormt voor het Programma Aanpak Stikstof wijzigt niet. De wettelijke grondslag om een (gewijzigd) programma op te stellen blijft dus bestaan. De regering beziet op dit moment de mogelijkheden of een dergelijk programma mogelijk is (Kamerstukken II 19/20, 35 347, 3, p. 5). Zij betreft daarbij ook de toekomstige adviezen van het Adviescollege stikstofproblematiek.

"De vraag of de SAS juridisch houdbaar is komt neer op de vraag of de SAS in strijd is met de Habitatrictlijn."

Eerste wijziging: onderscheid tussen project en andere handelingen verdwijnt

De eerste wijziging waarin de SAS voorziet is dat het onderscheid tussen "projecten" en "andere handelingen" vervalt. Het vervallen van dit onderscheid is niet in strijd met de Habitatrictlijn. Artikel 6, derde lid, van de Habitatrictlijn verplicht alleen om een passende beoordeling te maken voor elk plan of project dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Dat ook voor een andere handeling een beoordeling zou moeten worden gemaakt heeft Nederland destijds zelf aan de implementatiewetgeving toegevoegd. De gedachte daarachter was dat een project een fysieke ingreep inhield en een andere handeling (zoals het beweiden van vee) geen project was.

Juridisch heeft het vervallen van het onderscheid tussen project of andere handeling voor nieuwe activiteiten geen gevolgen omdat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("Afdeling") uit de uitspraak van het Hof van Justitie heeft afgeleid dat voor de uitleg van het begrip project doorslaggevend is "of de activiteit significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied" (ECLI:NL:RVS:2019:1604). Het verschil tussen project en andere handeling is er dus niet meer.

Het vervallen van het onderscheid tussen project of andere handelingen heeft vermoedelijk wel gevolgen voor de huidige vergunningenpraktijk voor bestaand gebruik. Strikte lezing van de wijzigingen van de SAS leidt tot de conclusie dat er geen nationale grondslag meer bestaat voor de vergunningplicht voor bestaand gebruik, ook niet als er een wijziging plaatsvindt. Die wijziging zelf kan wel onder de vergunningplicht vallen. We komen tot deze conclusie op basis van het volgende.

Artikel 2.7, tweede lid, Wnb bepaalt nu nog dat andere handelingen vergunningplichtig zijn. Hieronder valt volgens literatuur en de Afdelingsjurisprudentie ook “bestaand gebruik”, dat wil zeggen de voortzetting van projecten waarvoor toestemming is verleend voor de relevante referentiedatum op grond van de Habitatrichtlijn (uiterlijk 7 december 2004). Artikel 2.9, tweede lid, Wnb zoals dat luidde vóór de SAS zorgde voor de uitzondering op de vergunningplicht voor bestaand gebruik zolang de activiteit niet in betekenende mate was gewijzigd. Als er wel sprake was van een wijziging in betekenende mate verviel de uitzondering en herleefde de vergunningplicht. Voor het bestaande gebruik moest dan ook een vergunning worden aangevraagd, maar het bestaande gebruik behoefde niet passend te worden beoordeeld; uitsluitend de wijzigingen moesten passend worden beoordeeld. Kortom: er was in de Wnb een nationale kop op de Habitatrichtlijn door de introductie van een vergunningplicht voor bestaand gebruik.

Die nationale kop verdwijnt door het vervallen van de vergunningplicht voor “andere handelingen”. De uitzondering op de vergunningplicht voor bestaand gebruik in artikel 2.9, tweede lid, Wnb is met de SAS nu ook geschrapt. Dat betekent volgens ons niet dat bestaand gebruik dan dus onder de algemene vergunningplicht valt. De vergunningplicht in artikel 2.7, tweede lid Wnb na inwerkingtreding van de SAS ziet immers op het realiseren van een project. Een wijziging van bestaand gebruik kan zelfstandig een project zijn en daarmee onder de vergunningplicht vallen. Maar er is geen bepaling meer die vervolgens een vergunningplicht introduceert voor de bestaande activiteit zelf. Dat is in overeenstemming met de Habitatrichtlijn, nu projecten waarvoor vóór afloop van de omzettingstermijn van de habitatrichtlijn goedkeuring is verleend, niet vallen onder de procedure van voorafgaande goedkeuring van artikel 6, derde en vierde lid, Habitatrichtlijn. De Memorie van Toelichting van de SAS biedt op dit punt overigens geen duidelijkheid. De regering merkt in de Nota naar aanleiding van het Verslag de wijziging van artikel 2.7 en 2.9 het vervallen tweede lid aan als een “technische, niet-inhoudelijke” wijziging.

“De maatregelen zijn niet op voorhand in strijd met de Habitatrichtlijn. De Spoedwet biedt slechts een kapstok voor die regelingen.”

Tweede wijziging: uitsluitend vergunningplicht voor projecten met significante gevolgen

De tweede wijziging waarin de SAS voorziet is een aanpassing van artikel 2.7, tweede lid, Wnb. Artikel 2.7, tweede lid, Wnb bepaalt niet langer dat ook een vergunning nodig is indien een project de kwaliteit van de natuur kan verslechteren of daarop een significant verstorend effect kan hebben (gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied). Het nieuwe artikel bepaalt eenvoudigweg dat het verboden is zonder vergunning een project te realiseren dat significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Deze wijziging is niet in strijd met artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn. Integendeel, tekstueel sluit deze wijziging zelfs beter aan bij de letterlijke tekst van de Habitatrichtlijn. Ook is deze tekst niet in strijd met de jurisprudentie van de Afdeling. De Afdeling oordeelde al dat als uit een zogeheten voortoets volgt dat als gevolg van een project significant negatieve effecten zijn uit te sluiten voor een Natura 2000-gebied er geen vergunningplicht geldt. Artikel 2.7, derde lid, Wnb bepaalt na de SAS dat indien voldaan is aan artikel 2.8 Wnb Gedeputeerde Staten (“GS”) een vergunning verlenen. De gronden waarop GS een vergunning verlenen veranderen niet. Als uit de passende beoordeling volgt dat indien een project wel significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied verlenen GS een vergunning indien een passende beoordeling is gemaakt en daaruit volgt dat het project de natuur niet zal aantasten. Volgt uit de passende beoordeling dat er wel significante gevolgen zijn voor de natuur, dan verlenen GS een vergunning indien de uitkomst van een ADC-toets positief is (Alternatieven ontbreken, er is een Dwingende reden groot openbaar belang en er vindt Compensatie plaats).

Derde wijziging: geen vergunningplicht maar algemene regels

De derde wijziging waarin de SAS voorziet is een wijziging van artikel 2.9 Wnb. Het nieuwe artikel 2.9 Wnb maakt het mogelijk om categorieën van projecten aan te wijzen die significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied maar niet vergunningplichtig zijn op grond van de Wnb als aan nadere regels is voldaan. De aanwijzing van die categorieën en het stellen van nadere regels gebeurt bij ministeriële regeling of bij provinciale verordening. Als er sprake is van een ministeriële regeling dan geldt de zogeheten voorhangprocedure: een ontwerp van die regeling wordt niet vastgesteld voordat het aan beide kamers van de Staten-Generaal is voorgelegd.

Voorop staat dat het niet in strijd is met de Habitatrichtlijn om zonder individuele vergunning voor een project te beoordelen of een project negatieve gevolgen heeft voor een Natura 2000-gebied. In zijn uitspraak van 7 november 2018 oordeelde het Hof van Justitie (ECLI:EU:C:2018:882) dat dit kan indien uit een in een eerder stadium uitgevoerde passende beoordeling volgt dat er geen redelijke wetenschappelijke twijfel bestaat dat die projecten geen schadelijke gevolgen hebben voor de natuurlijke kenmerken van de betrokken gebieden.

In die ministeriële regeling of provinciale verordening kunnen dan bijvoorbeeld drempelwaarden worden vastgelegd. Overschrijdt het project geen drempelwaarde, dan is geen vergunning nodig. Op voorhand is een dergelijke regeling niet in strijd met de Habitatrichtlijn. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State heeft in eerdere adviezen erop gewezen dat een drempelwaarde op zichzelf niet in strijd is met de Habitatrichtlijn. Een dergelijke regeling is wél strijdig met Habitatrichtlijn indien geen adequaat ecologisch onderzoek is gedaan of projecten (ook in cumulatie met andere projecten) die een stikstofdepositie veroorzaken ter hoogte van de drempelwaarde significante gevolgen kunnen hebben voor een Natura 2000-gebied. Zonder een dergelijk onderzoek kan dan namelijk niet worden beoordeeld of de stikstofdepositie van die projecten significante gevolgen kan hebben voor het Natura 2000-gebied. Het is ook om die reden dat de SAS bepaalt dat categorieën alleen kunnen worden aangewezen als op voorhand kan worden uitgesloten dat zij significant negatieve gevolgen voor de natuur kunnen hebben. De inschatting van de Afdeling Advisering in haar advies bij de SAS is dat het moeilijk zal zijn om aan deze eisen te voldoen en zij verwacht hiervan dan ook op korte termijn geen wonderen.

De te stellen regels kunnen verder betrekking hebben op de wijze waarop een project wordt gerealiseerd en de maatregelen om te voorkomen dat een Natura 2000-gebied wordt aangetast. Ook hier geldt dat deze wijziging op voorhand niet in strijd is met de Habitatrichtlijn. Bij de uitwerking in een ministeriële regeling of provinciale verordening kan strijdigheid met de Habitatrichtlijn ontstaan indien deze maatregelen zogeheten “mitigerende maatregelen” zijn, dat wil zeggen maatregelen waarmee wordt beoogd stikstofdepositie te voorkomen of te verminderen. Deze kunnen weliswaar worden betrokken in een passende beoordeling voor een project, maar het is in strijd met artikel 6, derde lid, Habitatrichtlijn om zonder een passende beoordeling en zonder vergunning een project toe te staan dat zonder die mitigerende maatregelen stikstofdepositie veroorzaakt. Het is om die reden dat de SAS bepaalt dat categorieën alleen kunnen worden aangewezen indien een passende beoordeling is gemaakt dat de projecten het Natura 2000-gebied niet zullen aantasten.

Vierde wijziging: stikstofregistratiesysteem

Een vierde belangrijke wijziging betreft de zogeheten stikstofregistratiesysteem. De Wnb krijgt er een nieuw artikel 5.5a bij. Dat artikel voorziet erin dat projecten die significante gevolgen kunnen hebben voor Natura 2000-gebieden toch toestemming krijgen als zij stikstofdepositeruimte hebben gekregen. Alleen de minister kan een dergelijke regeling in het leven roepen.

De bedoeling is dat het stikstofregistratiesysteem per hexagoon de positieve effecten van maatregelen registreert in de vorm van een reductie. Het gaat dan om vaststaande effecten van vaststaande maatregelen waarvan de effecten en zekerheid op voorhand wetenschappelijk zijn beoordeeld. In de passende beoordeling voor een Wnb-vergunning voor een bepaald project kan dan een beroep gedaan worden op die reductie. Nadat een beroep daarop is gedaan wordt deze afgeboekt. Wij beseffen dat dit systeem nog nader zal moeten worden uitgewerkt, zodat een beoordeling ervan nog niet mogelijk is. Wij denken dat de reductie zal in de vorm van een soort reductierecht (mogelijk vergelijkbaar met een emissierecht uit hoofdstuk 16 Wet milieubeheer; al hoewel het uitdrukkelijk niet de bedoeling is om deze reductie verhandelbaar te maken) worden gegoten. Verder is het bedoeling dat per locatie in beeld wordt gebracht wat de beschikbare ruimte is. Dit systeem vertoont verwantschap met wat wel “externe saldering” wordt genoemd: de depositeruimte van een project dat verdwijnt of van een maatregel die tot reductie leidt wordt gebruikt voor een ander project. Of een dergelijk systeem verenigbaar is met artikel 6 van de Habitatrichtlijn is onzeker. De regering denkt van wel omdat dit systeem een mini-PAS is voor een specifieke doelgroep en dus toegestaan is omdat het Hof van Justitie oordeelde dat een in een eerder stadium uitgevoerde integrale effectbeoordeling, zoals de effectbeoordeling die bij de vaststelling van het PAS is uitgevoerd, het mogelijk maakt om te kijken naar eventuele cumulatieve gevolgen van de deposities van stikstof in de betrokken gebieden. Of het Hof hiermee ook heeft bedoeld dat reducties als gevolg van maatregelen mogen worden ingezet voor projecten die juist weer voor een toename zorgen blijft onzeker. Een definitief oordeel hierover is pas mogelijk indien de ministeriële regeling is uitgewerkt. De regering verwacht veel van het stikstofregistratiesysteem. Het moet op korte termijn helpen om weer Natura 2000-vergunningen voor de bouw af te geven (Kamerstukken I 19/20, 25 347, D, p. 2). Het is de bedoeling dat bij inwerkingtreding van de SAS de regeling voor het stikstofregistratiesysteem met ingang van 1 januari 2020 in werking te laten treden.

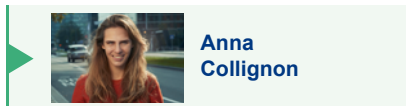
Een concept van die regeling is nog niet publiekelijk bekend, maar het zal in elk geval een tijdelijke regeling zijn. Of de regeling in overeenstemming is met de Habitatrichtlijn kunnen wij dus nog niet beoordelen. Het is in elk geval verstandig om te kijken of een dergelijk systeem landelijk kan worden opgericht. De regering zal gelet op de regio-overstijgende belangen over de inrichting van het systeem met de provincies bestuurlijke afspraken maken.

“De Spoedwet is daarmee meer dan een lapmiddel omdat het de mogelijkheid geeft ook oplossingen voor de lange termijn juridisch te verzekeren.”

Conclusie

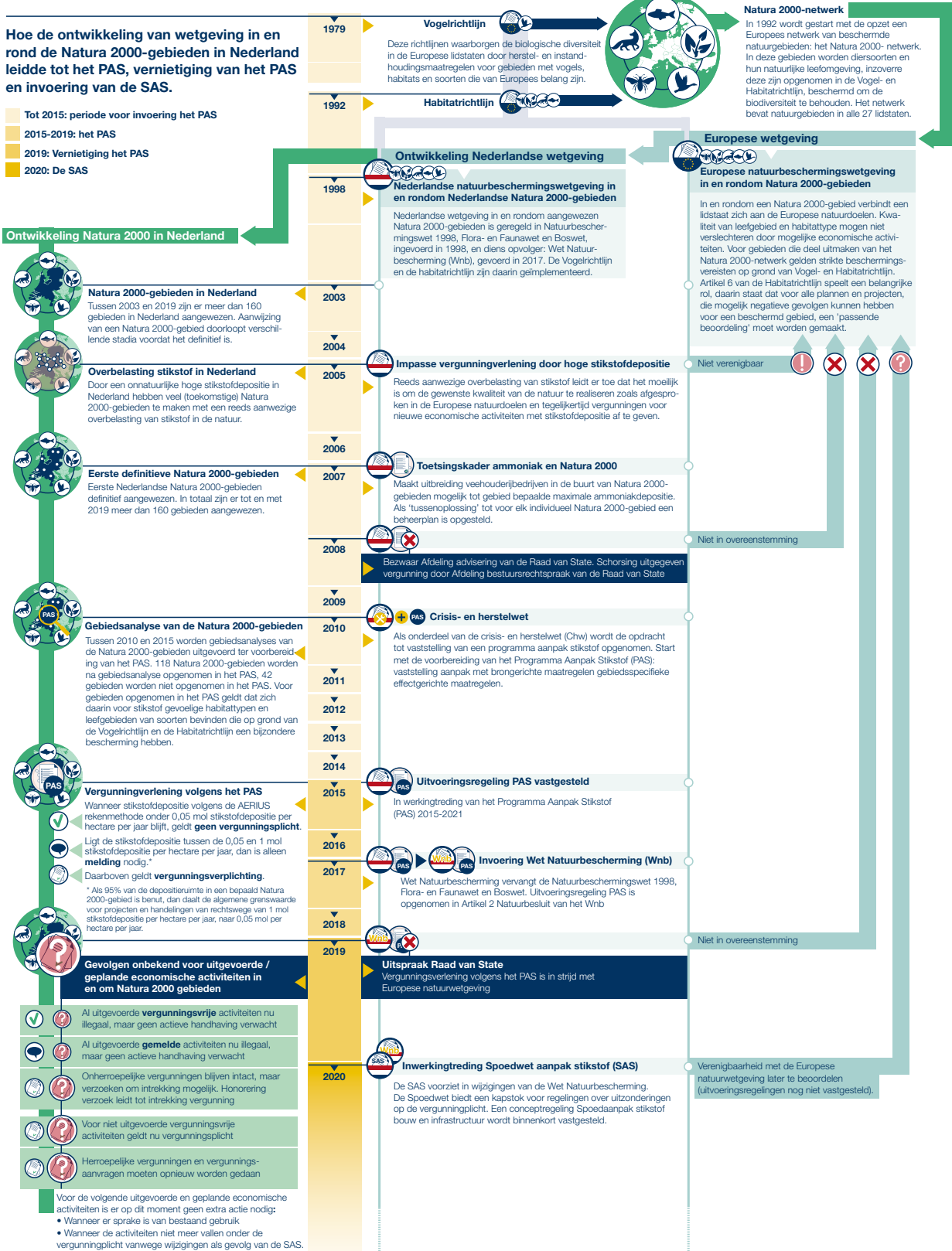
De voor de praktijk belangrijke maatregelen die de Spoedwet mogelijk maakt, de invoering van een drempelwaarde, de mogelijkheid om zonder vergunning op grond van de Wnb een project uit te voeren als aan algemene regels wordt voldaan en een stikstofregistratiesysteem, zijn niet op voorhand in strijd met de Habitatrichtlijn. De Spoedwet biedt slechts een kapstok voor die regelingen. Wij kunnen dus nu nog niet bepalen of de Spoedwet voorziet in de juiste juridische balans tussen natuur en ontwikkelingen. Pas als de regelingen bekend zijn kunnen wij beoordelen of die regelingen in overeenstemming zijn met de Habitatrichtlijn en voor de bouw een oplossing vormen. Wij vinden het wel verstandig dat de wetgever snel actie heeft ondernomen. De Spoedwet is daarmee meer dan een lapmiddel omdat het de mogelijkheid geeft ook oplossingen voor de lange termijn juridisch te verzekeren.

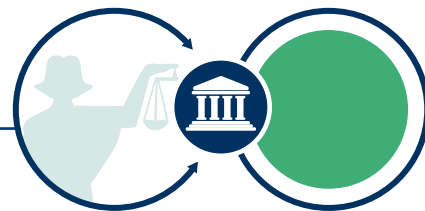
Zie ook de visual op de volgende pagina. Klik op de visual om deze in groter formaat te bekijken.



Tijdlijn ontwikkeling Natura 2000-netwerk en bijbehorende wetgeving

09.01.2020





Wetsvoorstel tot implementatie Vierde Spoorwegpakket op 29 januari 2019 aangenomen, maar nog geen duidelijkheid over de toekomst van het hoofdrailnet

Eerder schreven wij een [blogbericht](#) over de implementatie van het zogenaamde ‘[Vierde Spoorwegpakket](#)’. In navolging van de Tweede Kamer (9 oktober 2018) heeft de Eerste Kamer het daartoe strekkende wetsvoorstel op 29 januari 2019 aangenomen.

De uitbreiding van het recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur: enige ontwikkelingen

Voorheen bestond voor spoorwegondernemingen uitsluitend ten aanzien van goederenvervoersdiensten en internationale passagiersvervoersdiensten een recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur. Artikel 10, lid 2, van [Richtlijn 2012/34/EU](#) (hierna: de ‘SERA-Richtlijn’), zoals gewijzigd door [Richtlijn \(EU\) 2016/2370](#), heeft dat toegangsrecht nu uitgebreid naar allepassagiersvervoersdiensten over het spoor.

Dat toegangsrecht is niet absoluut. Artikel 11, lid, 1 van de gewijzigde SERA-Richtlijn bepaalt dat het toegangsrecht kan worden beperkt als voor het betrokken traject (of een alternatief traject) één of meer openbare-dienstcontracten zijn gesloten en de uitoefening van het toegangsrecht het economisch evenwicht van dat contract / die contracten in gevaar zou brengen. Maar wanneer komt ‘het economisch evenwicht’ precies in gevaar?

De Autoriteit Consument en Markt bepaalt op grond van artikel 19a, lid 4, van de Wet personenvervoer 2000 of het economisch evenwicht in gevaar komt. Zij zal daartoe een objectieve economische analyse moeten verrichten, met inachtneming van de uitvoeringshandelingen die de Commissie op grond van artikel 11, lid, 4 van de gewijzigde SERA-Richtlijn gehouden was vast te stellen. Inmiddels heeft de Commissie op die grondslag de [Uitvoeringsverordening \(EU\) 2018/1795](#) (hierna: de ‘Uitvoeringsverordening’) vastgesteld.

Zeer kort gezegd, komt het erop neer dat het economisch evenwicht geacht wordt in gevaar te komen wanneer de nieuwe passagiersvervoersdienst een *aanzienlijke* negatieve impact heeft op (i) de rentabiliteit van de diensten die de zittende spoorwegonderneming op grond van het openbaredienstcontract exploiteert of op (ii) de netto kosten voor de bevoegde instantie die het openbaredienstcontract heeft gegund (artikel 10, lid 1, Uitvoeringsverordening). Considerans (15) bij de Uitvoeringsverordening bepaalt in dat kader dat bij de beoordeling van de ‘aanzienlijkheid’ van de negatieve impact rekening moet worden gehouden met *“de vraag of de nieuwe dienst de levensvatbaarheid en continuïteit van de openbare dienst in gevaar zou brengen [...]”*. Bovendien geldt ten aanzien van de rentabiliteit dat *“[d]e analyse [...] betrekking [moet] hebben op het volledige openbaredienstcontract, niet op individuele diensten die onder dat contract vallen, en op de volledige looptijd daarvan (artikel 10, lid 2, Uitvoeringsverordening).”* Het feit dat e.e.a. op ‘concessieniveau’ moet worden gezien, legt de lat voor een afwijzende beslissing op een toegangsverzoek hoog.

Er kan een perverse prikkel uitgaan van het feit dat de netto kosten voor de concessieverlener ook een rol spelen. Als een concessiebesluit bepaalt dat de concessiehouder aanspraak heeft op een vergoeding van de concessieverlener als toewijzing van een toegangsverzoek leidt tot dalende inkomsten voor de zittende vervoerder, heeft die toewijzing mogelijk ook ‘aanzienlijke negatieve impact op de netto kosten voor de concessieverlener’. Dat is dan weer een reden om afwijzend te beslissen op het toegangsverzoek. Aan de andere kant is het maar de vraag in hoeverre concessieverleners bereid zullen zijn zulke bepalingen in het concessiebesluit op te nemen. Het zal er bij aan bestedingen van concessies dus op neerkomen dat inschrijvers rekening moeten houden met het feit dat inbreuk op de exclusiviteit van de concessie kan worden gemaakt.

De uitbreiding van het toegangsrecht gaat pas gelden met ingang van de dienstregeling die ingaat op 14 december 2020. Spoorwegondernemingen die reeds tijdens die dienstregeling van het toegangsrecht gebruik willen maken, moeten snel zijn.

Artikel 4, lid 1, Uitvoeringsverordening vereist dat een spoorwegonderneming die gebruik wil maken van zijn toegangsrecht, dat 18 maanden voor de aanvang van de dienstregeling moet laten weten aan de infrastructuurbeheerder en de toezichthoudende instanties. Dat moet dus vóór 14 juni 2019 gebeuren.

Overigens zal N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: de 'NS') zich, als houder van de concessie op het hoofdrailnet, vooralsnog niet over de uitbreiding van het toegangsrecht hoeven te bekommeren. Wij bespraken in ons [eerdere blogbericht](#) al dat artikel 11, lid 5, van de gewijzigde SERA-Richtlijn een overgangsmaatregel bevat. Lidstaten kunnen er in bepaalde gevallen (zoals die van de NS) voor kiezen om de uitbreiding van het toegangsrecht eerst te laten ingaan na afloop van de reeds gegunde concessie. In de Nota naar Aanleiding van het Verslag werd opgemerkt dat ervoor is gekozen om “*deze overgangsbepaling voor Nederland «aan» te zetten.*” Tweede Kamerlid Ziengs (VVD) had aanvankelijk getracht om door middel van amendementen die overgangsbepaling weer ‘uit’ te zetten. Hij beoogde met een [eerste amendement](#) het geheel ‘uitzetten’ van de overgangsbepaling. Hij verving dit amendement door een [gewijzigd amendement](#) dat beoogde om de overgangsbepaling uit te zetten voor verzoeken om toegang van regionale concessiehouders voor vervoersdiensten naar een station dat net buiten het concessiegebied is gelegen. De heer Ziengs heeft dat gewijzigde amendement echter voor de stemming ingetrokken. Het overgangsrecht staat dus gewoon nog ‘aan’.

“De verbetering van de kwaliteit van de diensten en/of de kostenefficiëntie vormen echter slechts één van de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de hoofdrailnetconcessie opnieuw onderhands te mogen gunnen.”

Afronding

Al met al heeft de behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer niet of nauwelijks tot aanpassingen ten opzichte van het ontwerpvoorstel geleid. Dit ondanks het feit dat het Verslag zeer uitgebreid was en er veel vragen waren. Anderzijds betreft het natuurlijk implementatiewetgeving waardoor er op nationaal niveau ook weinig bewegingsruimte is. Enige (belangrijke) openstaande vragen met betrekking tot het toegangsrecht zijn inmiddels beantwoord in de Uitvoeringsverordening van de Commissie.

Een vraag die nog niet is beantwoord, is: “Wat is de toekomst van de concessie voor het hoofdrailnet?” Gaat zij opnieuw onderhands worden gegund (waar het Europese recht nog steeds de ruimte voor laat) of gaat zij worden aanbesteed? In ons eerdere blogbericht signaleerden wij dat uit het Verslag bleek dat verschillende fracties de regering hadden verzocht om een voorschot op de beantwoording van die vraag te nemen. Dat voorschot is niet genomen. De staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: de ‘Staatssecretaris’) heeft meermalen herhaald dat pas in 2020 een besluit zal worden genomen over de toekomst van de hoofdrailnetconcessie. Wel heeft de Staatssecretaris benadrukt: “*Het focuspunt bij mijn besluit is het belang van de reiziger.*”

Als reizigers zijn wij verheugd dat de Staatssecretaris onze belangen bestempelt als focuspunt bij haar besluit omtrent het al dan niet onderhands gunnen van de hoofdrailnetconcessie. Die belangen (‘verbetering van de kwaliteit van de diensten en/of de kostenefficiëntie’) vormen echter slechts één van de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de hoofdrailnetconcessie opnieuw onderhands te mogen gunnen. Indien de Staatssecretaris besluit om die concessie onderhands te gunnen, moet zij ook kunnen motiveren dat de onderhandse gunning gerechtvaardigd is in het licht van de relevante structurele en geografische kenmerken van het hoofdrailnet. In de discussies over de toekomst van het hoofdrailnet zal ook nog verder aandacht moeten worden besteed aan dat tweede criterium.

Zie ook de visual op de volgende pagina.





Route naar één Europese spoorwegruiimte

Het EU-beleid voor het spoorwegvervoer heeft tot doel één Europese spoorwegruiimte tot stand te brengen. Na de openstelling van de spoorwegsector voor de concurrentie zijn tussen 2001 en 2016 vier spoorwegpakketten vastgesteld. In 2016 hebben het Europees Parlement en de Raad het Vierde Spoorwegpakket aangenomen. Deze bestaat uit richtlijnen en verordeningen die ten doel hebben de 'Single European Railway Area' te voltooien.

2001

Eerste spoorwegpakket:

Actualisering van het regelgevingskader uit de jaren 90. De eerste stap naar de totstandbrenging van een geïntegreerde Europese spoorwegverkeersruimte.



Tweede spoorwegpakket:

Versnelling liberalisering van het goederenvervoer per spoor door volledige openstelling van de markt per 1 januari 2007. Daarnaast is het Europees Spoorwegbureau opgericht, zijn er gemeenschappelijke procedures voor onderzoek van ongevallen ingevoerd en zijn in alle lidstaten veiligheidsinstanties opgericht.



Derde spoorwegpakket:

Openstelling van de markt voor internationale passagiersvervoerdiensten, met inbegrip van cabotage. Spoorwegondernemingen mogen in het kader van internationaal vervoer passagiers opnemen en afzetten op elk station. Invoering van een Europees rijbewijs voor machinisten. Versterking van de rechten van treinreizigers.



2016

Vierde spoorwegpakket:

Gericht op de voltooiing van de geïntegreerde Europese spoorwegruiimte en bestaat uit een marktpijler en een technische pijler. De marktpijler voltooit de marktopenstelling door onder meer de mogelijkheden tot onderhandse gunning van openbare dienstcontracten te beperken en het recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur uit te breiden. De technische pijler heeft betrekking op de veiligheid en de interoperabiliteit van de Europese spoorwegverkeersruimte.



Gevolgen van de uitbreiding van het toegangsrecht op het Nederlandse spoor:

niet alleen de concessiehouder voor het hoofdrailnet zal rekening moeten houden met 'inbreuken', maar alle concessiehouders op het Nederlandse spoor.



Spoorwegondernemingen hebben in beginsel een recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur;



Het toegangsrecht kan worden beperkt als het economisch evenwicht van een verleende concessie in gevaar komt;



De ACM is bevoegd om op verzoek vast te stellen dat het economisch evenwicht in gevaar komt;



De ACM neemt bij haar analyse de voorschriften van Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795 in acht;



Als de ACM besluit dat het economisch evenwicht in gevaar komt, vermeldt zij welke aanpassingen nodig zijn om het toegangsrecht alsnog te kunnen verwezenlijken.



Aangenomen Klimaatwet: een belangrijke symboolfunctie geformaliseerd

De Klimaatwet is aangenomen. Al in 2016 werd een initiatiefwetsvoorstel ingediend, en nu is dan eindelijk de kogel door de kerk. De Tweede Kamer stemde reeds in december in met de wet. Op 28 mei 2019 stemde ook de Eerste Kamer voor. Hoewel de wet een uitgeklede versie is van het initiatiefvoorstel, kan de wet een positieve symboolwerking hebben. Ook voor de vaststelling van een definitief Klimaatakkoord.

In eerdere blogberichten bespraken wij reeds de inhoud van het (gewijzigde) Klimaatswetsvoorstel (zie [hier](#)), de verhouding tussen de Klimaatwet en het Klimaatakkoord (zie [hier](#)), en het oorspronkelijke initiatiefwetsvoorstel van Klaver en Samsom (zie [hier](#)). In dit blogbericht bespreken wij dan ook alleen de wijzigingen ten opzichte van het voorstel en werpen wij een blik vooruit. Voor een verdere uitwerking van de wet verwijzen wij naar een door ons gepubliceerd artikel in Bouwrecht (zie [hier](#)).

Behandeling in de Kamers

In de Tweede Kamer is de Klimaatwet met grote meerderheid **aangenomen** (112 stemmen voor en 27 stemmen tegen). De PvdD beoogde de wet harder (meer afdwingbaar) te maken middels zeventien ingediende amendementen, maar deze zijn allemaal niet aangenomen, en werden zelfs afgeraden door de initiatiefnemers. De PvdD stemde dan ook tegen de wet. Ook de PVV, FvD en SGP stemden tegen, terwijl van de laatste partij het amendement afkomstig is dat als enige werd aangenomen. Het aangenomen **amendement** van de SGP is het enige onderdeel waarop de wet is aangepast na behandeling in de Tweede Kamer. De wijziging ziet op de aspecten die moeten worden meegenomen in het vijfjaarlijkse Klimaatplan (zie voor een uitleg over dit instrument ons eerdere [blog](#)). Op basis van dit amendement dient in het plan (artikel 3, tweede lid) ook rekening te worden gehouden met: de inzet op innovatie (onderdeel e), en de totstandkoming van een eerlijke en betaalbare transitie en de betrouwbaarheid van de energievoorziening (onderdeel g).

Ook in de Eerste Kamer is de Klimaatwet met ruime meerderheid **aangenomen** (62 van de 75 stemmen).

Hoe nu verder?

Zoals wij in ons eerdere [blogbericht](#) bespraken, kent de aangenomen Klimaatwet voor- en nadelen. Het belangrijkste voordeel is dat de Klimaatwet een (processueel) kader biedt waarmee de regering wordt gedwongen om klimaatbeleid te realiseren en over de voortgang hiervan te rapporteren en verantwoording af te leggen. Anderzijds is het gewijzigde wetsvoorstel minder ambitieus dan het oorspronkelijke voorstel en behoudt het veel flexibiliteit aan de regering tot invulling en wijziging van de gestelde (streef)doelen. Bovendien kan er tegen de verschillende beleidsinstrumentaria die de wet biedt niet in rechte worden opgekomen.

De wijze van uitvoering door de regering, maar ook de wijze van controle door de Kamers en de Afdeling advisering van de Raad van State en het Planbureau voor de Leefomgeving (als waakhonden), zal dus bepalend zijn voor het succes dat wordt beoogd met de Klimaatwet. We hoeven niet lang te wachten voordat dit zich zal uitwijzen. Immers, dit jaar nog dient het eerste klimaatplan vorm te krijgen, dan wel wordt het definitieve Klimaatakkoord vastgesteld. Te verwachten valt dat de invulling van het klimaatplan grotendeels zal samenvallen met de invulling van het Klimaatakkoord. De streefdoelen van de Klimaatwet kunnen een positieve (symbool)werking hebben op het bepalen van de concrete maatregelen die momenteel in het Klimaatakkoord worden vastgelegd.

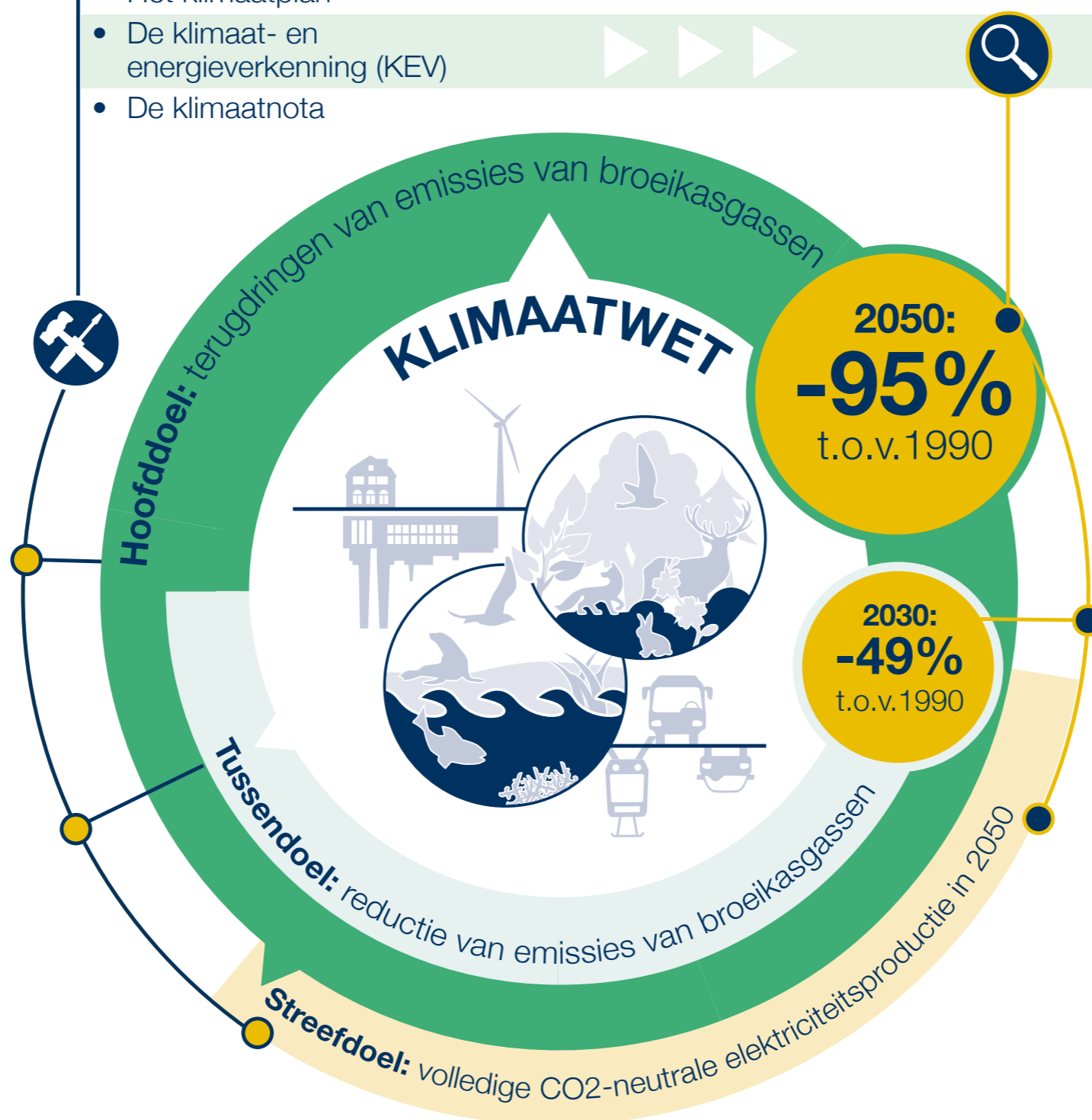
Zie ook de visual op de volgende pagina.



Valérie
van 't Lam

**Instrumenten:**

- Het klimaatplan
- De klimaat- en energieverkenning (KEV)
- De klimaatnota

**Controle of doelen worden gehaald:**

Planbureau voor de Leefomgeving brengt jaarlijks een klimaat- en energieverkenning uit. De KEV is een onafhankelijk wetenschappelijk rapport over de gevolgen van het gevoerde klimaatbeleid van het voorafgaande jaar op het gebied van emissies (per sector) en ontwikkelingen en maatregelen die daarop invloed hebben gehad.



Afdeling stelt grens aan opleggen duurzaamheidseisen via zorgplicht of milieuvergunning op te leggen aan bedrijven

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“Afdeling”) heeft op 17 april 2019 een belangrijke **uitspraak** gewezen voor de milieupraktijk. De Afdeling overweegt dat geen vergunningvoorschriften kunnen worden opgelegd tot het maken van een besparingsplan voor een geheel vervoerstraject van en naar de inrichting.

Deze milieugevolgen kunnen niet worden toegerekend aan een inrichting. Niet op basis van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (“Wabo”), en daarmee ook niet op basis van de algemene zorgplicht ingevolge de Wet milieubeheer (“Wm”). Hiermee stelt de Afdeling een grens aan de ruime invulling van de zorgplicht die bestuursorganen hanteren als algemene grondslag om duurzaamheidseisen op te leggen aan bedrijven. In dit blogbericht bespreken wij wat dit betekent voor de praktijk en kijken wij vooruit naar de Omgevingswet.

Een geheel vervoerstraject kan niet worden gereguleerd via vergunningvoorschriften op basis van de Wabo

Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de gevolgen voor het milieu van verkeer van en naar de inrichting niet aan de inrichting worden toegerekend, indien dit verkeer kan worden geacht te zijn opgenomen in het heersende verkeersbeeld. Op basis hiervan kan verkeer uitsluitend worden toegerekend aan de inrichting indien het verkeer zich door zijn snelheid en rij- en stopgedrag zich onderscheidt van het overige verkeer dat zich op de betrokken weg kan bevinden. De Afdeling merkt zelfstandig op dat dit niet alleen geldt voor **geluidhinder**, maar ook voor **trilling-** en **stofhinder**. Voorgaande houdt, aldus de Afdeling, in dat alleen verkeer van en naar de inrichting over slechts een relatief beperkte afstand aan het in werking zijn van een inrichting kan worden toegerekend en daarmee gevolgen voor het milieu kan hebben. Het is daarom niet mogelijk om met een omgevingsvergunning op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wabo te worden verplicht tot het onderzoeken of treffen van maatregelen ter beperking van emissies van het verkeer van en naar de inrichting over het gehele vervoerstraject.

“Deze uitspraak kan ruimer worden opgevat dan voorliggende verplichting met betrekking tot vervoersmanagement.”

Reikwijdte algemene zorgplicht voor het milieu strekt niet verder dan wat had gepast binnen vergunningvoorschriften

Onder de noemer “overigens...” gaat de Afdeling vervolgens eigenstandig in op de Handreiking Vervoersmanagement, uit welke koker de ter discussie voorliggende vergunningvoorschriften afkomstig zijn. Het betreft een **Handreiking** die is opgesteld en gepubliceerd door InfoMil (onderdeel van Rijkswaterstaat, de uitvoeringsorganisatie van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat) en waarnaar door verschillende omgevingsdiensten wordt verwezen bij het opleggen van dergelijke vervoersvoorschriften.

In de betreffende Handreiking wordt verwezen naar de algemene zorgplichtbepaling van artikel 1.1a van de Wm. De Handreiking stelt dat indien geen voorschriften aan een omgevingsvergunning zijn verbonden, een toezichthouder voor handhaving terugvalt op deze zorgplicht. De Afdeling is het hiermee niet eens. Zij verwijst naar haar vaste **jurisprudentie** en overweegt dat voor een inrichting de geldende omgevingsvergunning bepalend is voor de reikwijdte van de zorgplicht. Indien een bevoegd gezag strengere eisen dan de vergunning wil opleggen in verband met de bescherming van het milieu, dan dient zij die in voorschriften aan de vergunning te verbinden. Indien de gewenste voorschriften niet aan de vergunning kunnen worden verbonden, omdat de Wabo en Wm geen grondslag bieden voor het stellen van vergunningvoorschriften die betrekking hebben op niet aan de inrichting toerekenbare milieugevolgen (zoals in dit geval met betrekking tot het gehele vervoerstraject) dan kan ook niet worden gehandhaafd op basis van de zorgplicht.

Op basis hiervan kan ook de conclusie worden getrokken dat handhaving wegens overtreding van (alleen) de zorgplicht niet mogelijk is, maar enkel nog via vergunningvoorschriften.

De Afdeling voegt hier bovendien nog aan toe dat haar vaste jurisprudentie ter zake ook geldt voor niet-vergunningplichtige inrichtingen. Voor deze inrichtingen wordt op basis van het Activiteitenbesluit een soortgelijke definitie gehanteerd voor het voorkomen of beperken van het ontstaan van nadelige gevolgen voor het milieu met betrekking tot verkeer van en naar de niet-vergunningplichtige inrichting (artikel 2.1, lid 1, jo. lid 1, aanhef en onder k, van het Activiteitenbesluit).

“Zorgplicht onder de Omgevingswet wordt straks anders vormgegeven.”

Relevantie voor de praktijk

Deze uitspraak kan ruimer worden opgevat dan voorliggende verplichting met betrekking tot vervoersmanagement. In de praktijk zien wij dat omgevingsdiensten bij het opleggen van vergunningvoorschriften en handhaving ten aanzien van verschillende milieuaspecten en duurzaamheidseisen zich regelmatig baseren op gepubliceerde handreikingen of websites (zonder wettelijke status) die veelal als grondslag de algemene zorgplicht op basis van de Wm of het Activiteitenbesluit hanteren. Dat dergelijke duurzaamheidseisen aan bedrijven worden gesteld is vanuit maatschappelijk oogpunt een positieve ontwikkeling. Echter, thans resulteert het in algemene en ruime vergunningvoorschriften of handhavingsverzoeken, gebaseerd op een algemene, onduidelijke zorgplicht, die voor bedrijven lastig zijn te overzien en na te leven. Deze uitspraak van de Afdeling laat zien dat deze gang van zaken niet zonder meer is toegestaan. Een bepaalde verplichting opleggen, of handhaven, onder de noemer van “milieubescherming” is enkel mogelijk als dergelijke vereisten ook via de omgevingsvergunning of het Activiteitenbesluit opgelegd hadden kunnen worden aan de inrichting. Mocht de overheid strengere eisen willen opleggen aan inrichtingen, dan dient zij dit te reguleren via wet- en regelgeving en niet via algemene, open normen.

Vooruitblik: de zorgplicht onder de Omgevingswet

Ten slotte merken wij op dat de zorgplicht onder de Omgevingswet straks anders wordt vormgegeven. De Omgevingswet (en onderliggende regelgeving) kent niet alleen een algemene zorgplicht, maar ook een specifieke zorgplicht. De algemene zorgplicht geldt niet als er een specifieke zorgplicht of gedetailleerde specifieke regels gelden. Dat is een verschil met de specifieke zorgplicht. Die blijft van toepassing, ook als er gedetailleerde specifieke regels gelden zoals algemene regels of vergunningvoorschriften. Parallel aan de vergunningvoorschriften blijft nadrukkelijk een specifieke zorgplicht gelden.

Wij merken op dat in het Besluit activiteiten leefomgeving (“Bal”) onder artikel 2.2, eerste lid, onder c, een limitatieve opsomming staat opgenomen met wat wordt verstaan onder “beschermen van het milieu”. Hier wordt (onder 5) genoemd: “het voorkomen of beperken van geluidhinder, trillinghinder, lichthinder en geurhinder”. In de **nota van toelichting** (p. 569) staat vervolgens expliciet opgenomen dat onder de limitatieve opsomming in artikel 2.2 niet de milieugevolgen vallen van het vervoer van werknemers, bezoekers of goederen van en naar de activiteit. Deze gevolgen zouden er alleen onder kunnen vallen, als een bepaalde vervoersactiviteit expliciet als milieubelastende activiteit wordt aangewezen, vergelijkbaar met bijvoorbeeld de aanwijzing van transport van gevaarlijke stoffen door buisleidingen als zelfstandige milieubelastende activiteit. Ook onder de Omgevingswet valt het gehele vervoerstraject naar een activiteit dan ook niet onder de nieuwe zorgplicht. Ook worden voor het vervoerstraject geen algemene rijksregels gesteld in het Bal. Ten aanzien van de vergunningvoorschriften geeft het Besluit kwaliteit leefomgeving (“Bkl”) regels. Hoewel hier niet uitdrukkelijk bij de opsomming in artikel 2.2 Bal wordt aangesloten, zien wij ook geen aanknopingspunten dat onder het Bkl aan een omgevingsvergunning voor een milieubelastende activiteit voorschriften kunnen worden verbonden die zien op het gehele vervoerstraject. De uitspraak van de Afdeling blijft naar ons oordeel dan ook onverminderd van belang voor de aankomende jaren.



**Anna
Collignon**



**Valérie
van 't Lam**



Casus Lotto c.s.: Aanpassing naam vergunninghouder bij nieuwe rechtsvorm? Let op de eisen van het Unierecht!

De Kansspelautoriteit kan de tenaamstelling van vergunningen voor onder andere Lotto en de Staatsloterij niet zomaar wijzigen als de rechtsvorm van de vergunninghouders verandert. Dit gezien het door het Unierecht gewaarborgde vrije verkeer van diensten en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Dat blijkt uit een viertal **uitspraken** van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“ABRvS”) van 13 maart 2019. Wat betekenen deze uitspraken voor de praktijk?

Feiten: een streng gereguleerde markt met veel belangstellenden

De Wet op de kansspelen (“Wok”) kent een systeem waarbij voor een viertal kansspelen, de Lotto, Sportprijsvragen, Instantloterij en de Staatsloterij, slechts één vergunning wordt verstrekt. De vergunningen voor de eerste drie spelen zijn onderhands verleend aan de Stichting de Nationale Sporttotalisator, terwijl het houden van de Staatsloterij in een beschikking toevertrouwd is aan de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij (hierna gezamenlijk: de Vergunningen).

“Zodra de rechtsvorm van een vergunninghouder verandert, kan de Kansspelautoriteit de tenaamstelling van de vergunning niet zomaar wijzigen.”

Deze stichtingen zijn recentelijk omgevormd in twee besloten vennootschappen, namelijk Lotto B.V. respectievelijk Staatsloterij B.V. De nieuwe holding Nederlandse Loterij B.V. houdt de aandelen in beide vennootschappen. Achtergrond van deze reorganisatie is de wens van beide vennootschappen (voorheen stichtingen) om samen te werken. De Kansspelautoriteit heeft vervolgens de tenaamstelling van de Vergunningen gewijzigd naar Lotto B.V. (Sportprijsvragen, Lotto en Instantloterij) en Staatsloterij B.V. (Staatsloterij). Daarnaast zijn enkele wijzigingen doorgevoerd die samenhangen met de wijziging van de rechtsvorm. Zo is in de voorschriften bij de Vergunningen neergelegd dat Nederlandse Loterij B.V. enig aandeelhoudster is van de vergunninghouders en aldus instaat voor de nakoming van alle uit de Vergunningen voortvloeiende verplichtingen.

Meerdere partijen zijn van mening dat deze naamswijzigingen niet toegestaan zijn. Zij betogen dat de Vergunningen via een transparante verdeelprocedure verleend moeten worden gelet op het vrije verkeer van diensten en het transparantiebeginsel.

ABRvS: verandering tenaamstelling in vergunning door wijziging van rechtsvorm vergunninghouder(s) kan tot gevolg hebben dat de vergunning via een transparante verdeelprocedure verleend moet worden

De bevoegdheid om de tenaamstelling te wijzigen moeten bestuursorganen uitoefenen met inachtneming van het Unierecht. Dat betekent dat zij het Unierechtelijke beginsel van vrij verkeer van diensten het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel in acht moeten nemen. Dit beginsel sluit éénvergunningstelsels niet uit, zo volgt onder meer uit het **Betfair-arrest**. Een dergelijk stelsel is toegestaan als het (i) een legitiem doel dient (o.a. bescherming van de consument en het tegengaan van criminaliteit); (ii) geen onderscheid maakt naar nationaliteit; en (iii) evenredig is. Deze driedelige toetst past de ABRvS **kritisch** toe.

Zelfs als aan deze eisen is voldaan, mag een bestuursorgaan een vergunning onder een dergelijk stelsel in beginsel niet onderhands verlenen. Potentieel gegadigden moeten de kans krijgen om mee te dingen daarnaar, behalve als het gaat om:

- een openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat; of
- een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.

In deze twee gevallen is onderhandse gunning toegestaan. De ABRvS spreekt in dit kader van “*de kwaliteiten van de houder van een vergunning en zijn verhouding tot de Staat*”.

De ABRvS constateert dat een rechtsvormwijziging van een stichting naar een besloten vennootschap ertoe kan leiden dat die kwaliteiten en verhouding wijzigen. Daardoor zou een onderhandse gunning aan de huidige vergunninghouders niet (meer) toegestaan zijn. De Kansspelautoriteit is volgens de ABRvS ten onrechte niet nagegaan of dit inderdaad het geval is. Ter illustratie: eerder **oordeelde** de ABRvS dat Stichting de Nationale Sporttotalisator een particuliere exploitant is op wiens activiteiten de overheid controle kon uitoefenen. In de statuten was onder andere opgenomen dat één van de commissarissen uit de raad van commissarissen die toezicht hield op het bestuur kon worden benoemd en ontslagen door de Minister van Veiligheid en Justitie. Met de wijziging van de rechtsvorm is de verhouding tot de Staat mogelijk gewijzigd en is de uitzondering op het uitgangspunt dat vergunningen in beginsel niet onderhands verleend mogen worden mogelijk niet langer aan de orde.

De Kansspelautoriteit is aan zet

De Kansspelautoriteit moet daarom opnieuw beslissen op de bezwaren. De Kansspelautoriteit zal moeten beoordelen of het éénvergunningstelsel voor de aan de orde zijnde kansspelen in het licht van het Unierecht gerechtvaardigd is en of de vergunningen onderhands verleend kunnen worden aan Lotto B.V. en Staatsloterij B.V., waarbij zij rekening ermee moet houden dat de bezwaarmakers (geïnteresseerd in de vergunningen in kwestie) in principe belanghebbenden zijn. Immers, als onderhandse gunning niet mogelijk is, dan hebben zij een kans om de betreffende vergunningen te krijgen.

“Kansspelautoriteit moet opnieuw beslissen op de bezwaren.”

Betekenis voor de praktijk: wijziging tenaamstelling door rechtsvormwijziging leidt tot nieuwe toetsing aan het vrije verkeer van diensten en transparantiebeginsel

De ABRvS maakt duidelijk dat belanghebbenden tegen een wijziging van tenaamstelling door rechtsvormwijziging kunnen opkomen bij de bestuursrechter. Het moet echter wel gaan om een schaarse vergunning (hetgeen onder een éénvergunningstelsel snel het geval is). Hiermee bestaat een toetsingsmoment waarin belanghebbenden kunnen laten toetsen of een vergunning niet toch via een transparante procedure vergund zou moeten worden in plaats van onderhands. Alle betrokken partijen (bestuursorganen, vergunningshouders en belanghebbenden) moeten hiermee rekening houden.





Democratische legitimiteit gemeenschappelijke regelingen terug op de kaart

Van 26 augustus 2019 tot 12 oktober 2019 liep de internetconsultatie van een **wetsvoorstel** dat de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) wijzigt. Een gemeenschappelijke regeling is een samenwerking tussen bijvoorbeeld decentrale overheden als gemeenten en provincies. Bekende voorbeelden zijn een Omgevingsdienst, een gemeenschappelijke regeling afvalverwerking of een *shared services center*.

Het consultatievoorstel heeft als doel de democratische legitimiteit van gemeenschappelijke regelingen te versterken. Enerzijds door versterking van de positie van de volksvertegenwoordigende organen van de gemeenten en provincies. Anderzijds door de participatiemogelijkheden van burgers en belanghebbenden te vergroten.

De vraag is of de wetwijziging dit doel gaat realiseren. Positief is dat er voor de gemeenteraad meer zeggenschap mogelijk is over de begroting van de gemeenschappelijke regeling. Ook de aangescherpte regels over uittreding springen in het oog, maar of de voorgestelde oplossingen echt gaan werken, kan worden betwijfeld.

“Regering verbetert bestaande en introduceert nieuwe instrumenten om democratische legitimiteit te versterken.”

Eerdere initiatieven

De wetwijziging is aangekondigd in het regeerakkoord Rutte III. Een aantal jaar geleden was al door D66 een voorstel voor een Wet democratisering gemeenschappelijke regelingen bij de Tweede Kamer ingediend. Dit wetsvoorstel is later, na het verschijnen van het regeerakkoord Rutte III, ingetrokken. Zie daarover dit **blogbericht**. Interessant is nu te bezien in hoeverre de ideeën uit het initiatiefwetsvoorstel worden overgenomen.

In ieder geval laat het consultatievoorstel de bedrijfsvoeringsorganisaties onaangeroerd. Het voorstel voor de Wet democratisering gemeenschappelijke regelingen beoogde de bedrijfsvoeringsorganisaties af te schaffen, terwijl de mogelijkheid daartoe nog maar vanaf 1 januari 2015 bestond (art. 8 lid 3 Wgr). Het gaat hier om gemeenschappelijke regelingen tussen colleges van burgemeester en wethouders die worden ingesteld ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken. Een voorbeeld is de bedrijfsvoeringsorganisatie H2O; een samenwerking tussen de gemeente Hattem, Heerde en Oldebroek op het terrein van ICT. Kennelijk ervaart de regering bij deze vorm van samenwerking geen onoverkomelijk democratisch tekort.

Hoofdlijnen voorgestelde maatregelen

Om de democratische legitimiteit te verbeteren, introduceert de regering nieuwe instrumenten en worden bestaande verbeterd. Daarnaast ziet de regering ook mogelijkheden om de kennis over de bestaande mogelijkheden voor invloed en controle te vergroten. Dit laatste wordt opgepakt in het kader van de versterking van de toerusting en ondersteuning van raadsleden en griffiers.

Opvallend is dat de regering geen harde inhoudelijke verplichtingen oplegt. Gemeenteraden krijgen nieuwe bevoegdheden en verplichtingen om over bepaalde onderwerpen afspraken te maken, maar er is voor partijen veel vrijheid over de inhoud van die afspraken. Er is dus ruimte voor maatwerk.

Er worden drie typen maatregelen voorgesteld.

1. Versterken van de positie van gemeenteraden bij besluitvorming in gemeenschappelijke regelingen;
2. Aanvullende controle-instrumenten voor gemeenteraden;
3. Verbeteren van de positie van gemeenteraden met betrekking tot het functioneren van de regeling.

“Regels over uittreding worden aangescherpt.”

Uitgelicht: meer zeggenschap over de begroting

De gemeenteraad krijgt volgens het wetsvoorstel meer zeggenschap over de begroting van een gemeenschappelijke regeling. De financiële bijdragen van gemeenten aan een gemeenschappelijke regeling zijn een verplichte uitgave. Gemeenteraden hebben op dit moment alleen het recht hun zienswijze over de ontwerpbegroting te geven (art. 35 Wgr). Het gebeurt in de praktijk regelmatig dat het bestuur van de gemeenschappelijke regeling ongemotiveerd voorbij gaat aan de gegeven zienswijze. Daardoor is de invloed van de gemeenteraden op een eigen verplichte uitgave marginaal waardoor het budgetrecht onder druk staat. Om aan deze praktijk een einde te maken, voorziet het wetsvoorstel erin dat het bestuur van de gemeenschappelijke regeling de gemeenteraad schriftelijk en gemotiveerd in kennis stelt van zijn oordeel over de zienswijze alsmede van de eventuele conclusies die het daaraan verbindt. Verder wordt de begrotingscyclus van de gemeenschappelijke regeling beter aangesloten op de gemeentelijke cyclus. Daardoor heeft de gemeenteraad meer tijd en een beter zicht op de doelen van de gemeenschappelijke regeling en de eigen begroting. Ten slotte wordt het mogelijk gemaakt dat raadsleden deel uitmaken van het bestuur van een collegeregeling (dat is een gemeenschappelijke regeling tussen uitsluitend colleges van burgemeester en wethouders). Dat moet het budgetrecht van de gemeenteraad in de praktijk versterken. Wel betekent deze mogelijkheid een doorbreking van het gedualiseerde bestuur op gemeentelijk niveau, zoals ook door de regering wordt onderkend. Uit een oogpunt van gemeentelijke machtenscheiding (tussen raad en college) is dat geen verbetering.

Een ander belangrijk punt is dat de regels over uittreding worden aangescherpt. Dat is een welkome aanvulling. Op dit moment leidt uittreding nogal eens tot langdurige geschillen, omdat de regeling doorgaans nauwelijks iets bepaalt over de gevolgen van de uittreding en de financiële afwikkeling. De vraag is echter of dit wel goed uit de verf zal komen nu de regering slechts een zeer korte overgangstermijn van één jaar in het vooruitzicht stelt. Dat geeft de partijen in een gemeenschappelijke regeling maar weinig tijd voor aanpassing.



**Tijn
Kortmann**



**Niels
Jak**



**Lisanne
van Boven**



Een nieuwe uittredingsregeling voor gemeenschappelijke regelingen

Van 26 augustus 2019 tot 12 oktober 2019 liep de internetconsultatie van een **wetsvoorstel** dat de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) wijzigt. Het wetsvoorstel heeft als doel de democratische legitimiteit van gemeenschappelijke regelingen te versterken.

In dit bericht staan wij stil bij het aanscherpen van de regels over uittreding. Hoewel zeer welkom – uittreden leidt niet zelden tot langdurige geschillen – vragen wij ons af of de in de praktijk ondervonden problemen met de voorgestelde regeling zullen worden opgelost.

Uitgebreidere afspraken maken

Een voor de praktijk belangrijke wijziging betreft de aanscherping van de regels over uittreding. Onder de huidige Wgr is het al verplicht om bij een voor onbepaalde tijd ingestelde gemeenschappelijke regeling afspraken te maken over het regelen van de gevolgen van de uittreding. In de praktijk blijkt dat vaak wordt volstaan met alleen de afspraak dat bij uittreding het (algemeen) bestuur de voorwaarden vaststelt. Bovendien geldt voor tijdelijke gemeenschappelijke regelingen nu geen verplichting om iets te regelen over de uittreding. Het nieuwe wetsvoorstel brengt daar verandering in door aan het huidige artikel 9 lid 1 Wgr toe te voegen dat bij het aangaan van een gemeenschappelijke regeling in ieder geval afspraken moeten worden gemaakt over de gevolgen van uittreding voor het vermogen van de rechtspersoon, waarbij (volgens de toelichting) moet worden gedacht aan afspraken over personeel, contracten, huisvesting en investeringen. Deze afspraken moeten in de regeling zelf worden neergelegd. Ook wordt het voorgestelde artikellid zodanig geformuleerd dat deze verplichting voor gemeenschappelijke regelingen voor onbepaalde en bepaalde tijd geldt.

“De voorgestelde wijziging van artikel 9 Wgr biedt een welkome verbetering ten opzichte van het huidige artikel.”

Afspraken over financiële gevolgen

In het vorige blogbericht noemden wij al het (ingetrokken) initiatiefwetsvoorstel van D66 van de Wet democratisering gemeenschappelijke regelingen (**Kamerstukken 34177, 2014/15, 34177, 3**, p. 5). Ook in dit wetsvoorstel was een uittredingsregeling voorgesteld. Daar ging het echter om de maximering van de uittreedsom. De achterliggende gedachte was dat het in de wet opnemen van deze norm (‘ten hoogste de reële kosten van de uittreding’) zou voorkomen dat andere dan democratische overwegingen de overhand zouden krijgen bij het regelen van de uittreding. Denk hierbij aan het ‘beboeten’ van de uittreder indien uittreding het gevolg is van onenigheid over het te volgen beleid of financieel beheer. In het huidige wetsvoorstel is geen gemaximeerde uittreedsom opgenomen. Het is aan de deelnemers aan de regeling om vooraf afspraken te maken over de (financiële) gevolgen. Dit lijkt ons een juist uitgangspunt, met name omdat in de praktijk achteraf, dus na het besluit tot uittreding, veel problemen worden ervaren bij het regelen van de gevolgen daarvan.

Voorkomen van langslappende (financiële) conflicten

Niet zelden leidt de financiële afwikkeling na uittreding van een deelnemer tot een langslappend conflict. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 april 2015 (**ECLI:NL:RVS:2015:1198**, AB 2015/420 m.nt. T. Barkhuysen en A.A. al Khatib). Het geschil dat leidde tot deze uitspraak ging over de hoogte van het schadebedrag en de uittreedsom, nadat het Rijk uit de Gemeenschappelijke regeling Recreatieschap Midden-Delfland was getreden. Het algemeen bestuur van het Recreatieschap had de bedragen vastgesteld op respectievelijk € 69.544.776 en € 51.267.246, waar het Rijk het niet mee eens was.

Deze zaak illustreert de juridische strijd waarin partijen verwikkeld kunnen raken indien voorafgaand aan het treffen van de gemeenschappelijke regeling geen uittredingsregeling is afgesproken. Het vooraf vastleggen van de verplichtingen over en weer zal veel meer duidelijkheid creëren voor alle deelnemers. De voorgestelde wijziging van artikel 9 Wgr biedt dus een welkome verbetering ten opzichte van het huidige artikel.

Overigens kunnen uittredingsconflicten ook ontstaan indien overheden besluiten samen te werken buiten de Wgr om. Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2016 ([ECLI:NL:HR:2016:660](#)) over het Gooisch Natuurreservaat. Partijen werden het niet eens over de afkoopsom die de gemeente Amsterdam moest betalen om uit te treden. Vervolgens ontstond een procedure over de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat een voor onbepaalde tijd gesloten duurovereenkomst niet-opzegbaar kan zijn, als dat de bedoeling is geweest van partijen. De wijziging van de Wgr lost dit soort conflicten niet op: privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden blijven gewoon onderhevig aan contractsvrijheid. Tegelijkertijd laat het arrest zien dat het riskant kan zijn om buiten de Wgr om (en dus zonder de wettelijke waarborgen van de Wgr) samenwerkingsverbanden aan te gaan.

“Het is aan de deelnemers aan de regeling om vooraf afspraken te maken over de (financiële) gevolgen. Dit lijkt ons een juist uitgangspunt.”

Korte overgangstermijn: ruimte voor verbetering

De voorgestelde uittredingsregeling vergt van de partijen bij een gemeenschappelijke regeling dat zij opnieuw in onderhandeling treden over de voorwaarden van hun gemeenschappelijke regeling en de financiële afwikkeling daarvan bij uittreding. Nu de minister van BZK voornemens is om slechts een overgangstermijn van een jaar te hanteren, betekent dit dat bestaande gemeenschappelijke regelingen binnen een jaar na inwerkingtreding van de gewijzigde Wgr hun regeling zodanig dienen aan te passen dat zij aan de gewijzigde Wgr voldoen. Een langere termijn zou volgens de minister betekenen dat de versterking van de positie van de gemeenteraden onnodig lang op zich laat wachten.

Een termijn van een jaar geeft partijen echter maar weinig tijd om de financiële voorwaarden te heronderhandelen en werkt in de hand dat partijen slechts een algemene, weinig richting gevende bepaling opnemen, puur om binnen de overgangstermijn aan de letter van de gewijzigde Wgr te voldoen. De korte overgangstermijn heeft dan als onbedoeld effect dat de vernieuwde uittredingsregeling geen verbetering oplevert ten opzichte van het huidige recht. Het verdient daarom aanbeveling om ofwel een langere overgangstermijn te hanteren ofwel andere stimulansen in te bouwen om binnen een jaar tot daadwerkelijk verbeterde uittredingsregelingen te komen. Wij zien hierbij een kans voor de VNG of het IPO om het voortouw te nemen en modelbepalingen te circuleren.



**Tijn
Kortmann**



**Niels
Jak**



**Lisanne
van Boven**



Hoogste Europese rechter bevestigt dat overheden onrechtmatige staatssteun proactief moeten terugvorderen

De maand maart 2019 gaat vermoedelijk de juridisch handboeken in als een historische maand voor het mededingings- en staatssteunrecht. Niet alleen deed het Hof van Justitie een baanbrekende **uitspraak** op het gebied van het verhaal van kartelschade. Het heeft in de uitspraak *Eesti Pagar (C-349/17)* van 5 maart 2019 belangrijke vragen opgehelderd over de handhaving van het staatssteunrecht op nationaal niveau.

Het Hof van Justitie is onder meer op de volgende onderwerpen ingegaan:

1. De verplichting van de nationale overheid om uit eigen beweging onrechtmatige staatssteun terug te vorderen.
2. De verjaringstermijn die van toepassing is bij deze terugvordering.
3. De rente die de ontvanger van onrechtmatige staatssteun moet (terug)betalen.

De standstill-verplichting, terugvordering en rente

Het Europees recht verbiedt in beginsel de verstrekking van staatssteun. Als een Lidstaat staatssteun wenst te verlenen, dan dient deze de staatssteun eerst aan te melden bij de Europese Commissie en haar goedkeuring af te wachten (standstill-verplichting). Het is **vaste jurisprudentie** dat de nationale rechter desgevraagd alle maatregelen moet nemen om staatssteun die in strijd met deze standstill-verplichting is verstrekt ongedaan te (laten) maken. De ontvanger van de staatssteun moet het staatssteunbedrag met rente terugbetalen. De rente wordt ook wel **onrechtmatigheidsrente** genoemd. Op deze standstill-verplichting bestaat echter een aantal uitzonderingen, zoals de nieuwe Algemene Groepsvrijstellingsverordening die de oude vervangt, waarover wij eerder **geschreven** hebben.

Wanneer staatssteun aan alle voorwaarden van een dergelijke verordening voldoet, is een aanmelding bij en goedkeuring door de Europese Commissie niet nodig. Als (achteraf) echter blijkt dat aan deze voorwaarden niet is voldaan, dan volgt uit de voornoemde standstill-verplichting dat de reeds verleende staatssteun inclusief onrechtmatigheidsrente teruggevorderd moet worden.

“De maand maart 2019 gaat vermoedelijk de juridisch handboeken in als een historische maand voor het mededingings- en staatssteunrecht.”

Feiten

De uitspraak van 5 maart 2019 gaat over staatssteun die de Estse overheid gegeven heeft aan de onderneming *Eesti Pagar*. In augustus 2008 sloot *Esti Pagar* een contract om een productielijn voor casino- en toastbrood aan te schaffen voor de prijs van € 2.770.000 via een leaseconstructie. Deze onderneming doet vervolgens op 24 oktober 2008 een subsidieaanvraag bij de Estse overheid (stichting ter bevordering van het ondernemerschap) voor een bedrag van € 526.300. Dit bedrag keert de Estse overheid uit zonder aanmelding bij en goedkeuring door de Europese Commissie. Dit kennelijk in de veronderstelling dat een dergelijke aanmelding niet nodig is omdat de staatssteun voldoet aan de voorwaarden van de toentertijd geldende oude Algemene Groepsvrijstellingsverordening.

Jaren later geeft dezelfde overheid in de context van een controle achteraf aan dat dit bedrag niet uitgekeerd had mogen worden. De Estse overheid stelt ter onderbouwing van dit standpunt dat de verstrekte staatssteun geen “stimulerend karakter” heeft terwijl de voornoemde verordening dit wel vereist. Van een stimulerend karakter is sprake wanneer een onderneming door de staatssteun een activiteit onderneemt die de onderneming anders niet of niet in dezelfde mate zou hebben ondernomen. Veelal plegen ondernemingen om te voldoen aan dit vereiste de subsidie aan te vragen voordat zij met het project zijn begonnen.

In het onderhavige geval had Esti Pagar de subsidie aangevraagd nadat zij het contract voor de verkrijging van de productielijn had getekend. De Estse overheid gaat over tot terugvordering van de verleende staatssteun. Dit vecht Esti Pagar aan bij de nationale rechter. De nationale rechter (rechter in tweede aanleg Tallinn, Estland) stelt op zijn beurt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de aan het begin van deze blog genoemde onderwerpen.

Nationale overheden en de verplichting om uit eigen beweging terug te vorderen

Het Hof van Justitie antwoordt dat de Estse overheid uit eigen beweging over moet gaan tot terugvordering van de staatssteun bij Esti Pagar. Een besluit van de Europese Commissie waarin de Estse overheid verplicht wordt om tot terugvordering over te gaan is niet nodig. Het Hof overweegt dat staatssteun die niet voldoet aan voorwaarde van de oude Algemene Groepsvrijstellingsverordening onderhevig blijft aan de standstill-verplichting. Wanneer de overheid de staatssteun niet aanmeldt bij de Europese Commissie, is de staatssteun voor zover verstrekt onrechtmatig. De standstill-verplichting heeft – zo benadrukt het Hof – rechtstreekse werking en geldt voor alle autoriteiten binnen een Lidstaat. Hieruit volgt aldus het Hof van Justitie dat wanneer de staatssteun niet voldoet aan de oude Algemene Groepsvrijstellingsverordening, de nationale overheidsinstantie die de staatssteun verstrekt heeft uit eigen beweging tot terugvordering daarvan over dient te gaan.

Overigens gaan de overwegingen van het Hof van Justitie over de Europeesrechtelijke verplichtingen van nationale overheden om (in strijd met de standstill-verplichting verleende) staatssteun terug te vorderen. Of de nationale overheden naar nationaal recht ook bevoegd zijn om tot terugvordering over te gaan, is een apart vraagstuk. De Nederlandse wetgever heeft met de Wet terugvordering staatssteun overigens beoogd bestuursorganen met de **benodigde bevoegdheden** uit te rusten.

“Deze uitspraak kan het begin zijn van meer terugvorderingsacties op nationaal niveau.”

Verjaringstermijn: het nationale recht als vertrekpunt

Verder kan uit de uitspraak Esti Pagar afgeleid worden dat de nationale verjaringstermijnen in beginsel van toepassing zijn op terugvorderingsacties van nationale overheden. Een uitzondering hierop bestaat onder meer wanneer specifieke Europeesrechtelijke verjaringstermijnen van toepassing zijn of wanneer deze verjaringstermijnen de effectieve werking van het Europees recht belemmeren. Europeesrechtelijke verjaringstermijnen komen voornamelijk in zicht wanneer de staatssteun mede gefinancierd is met middelen van de Europese Unie. Voor terugvordering van staatssteun op bevel van de Europese Commissie geldt een verjaringstermijn van tien jaar. De nationale verjaringstermijnen zijn in die context dus niet relevant.

Onrechtmatigheidsrente: de marktprijs voor een lening ter hoogte van het staatssteunbedrag

Tot slot overweegt het Hof van Justitie dat terugvordering van in strijd met de standstill-verplichting verleende staatssteun als doel heeft de toestand vóór de verlening daarvan te herstellen. Daarbij hoort het ongedaan maken van het voordeel dat de ontvanger van de staatssteun heeft genoten omdat hij ten onrechte over het staatssteunbedrag beschikte. Om dit te bewerkstelligen is niet voldoende dat alleen het staatssteunbedrag teruggevorderd wordt, zo benadrukt het Hof van Justitie. Het Hof specificceert dat de staatssteunontvanger in een dergelijk geval ook rente dient te betalen over de periode vanaf het verkrijgen van de staatssteun tot de terugvordering daarvan. Die rente is in beginsel gelijk, zo verduidelijkt het Hof van Justitie, aan de rente die de staatssteunontvanger had moeten betalen als hij het betreffende bedrag aan uitgekeerde staatssteun op de markt had geleend.

Tot slot

Deze uitspraak kan het begin zijn van meer terugvorderingsacties op nationaal niveau. In ieder geval maakt het Hof van Justitie duidelijk dat nationale overheden verantwoordelijk zijn om zelf het staatssteunrecht te handhaven. Een latente houding waarbij een besluit van de Europese Commissie afgewacht wordt, terwijl duidelijk is dat staatssteun is verstrekt, past niet bij een dergelijke verantwoordelijkheid. Om terugvordering van staatssteun en de daarbij horende perikelen te voorkomen, dienen overheden en staatssteunontvangers vooraf te waarborgen dat de staatssteun conform de regels verstrekt wordt. Voorkomen is altijd beter dan terugvorderen.



**Tom
Barkhuysen**



**Ali
al Khatib**



De eerste drie lessen voor de praktijk na een jaar Appingedam

Begin 2018 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie (“Hof”) het arrest *Appingedam* (ECLI:EU:C:2018:44). Dit arrest verzwaarde de motiveringslast voor beperkingen in bestemmingsplannen voor de vestiging van detailhandelsbedrijven.

Eerder schreven wij in een [blogbericht](#) en een [artikel](#) dat de precieze gevolgen van het arrest afhangen van de wijze waarop de bestuursrechter met die verzwaaring van de motiveringlast omgaat. In het eerste jaar na Appingedam heeft de jurisprudentie zich verder ontwikkeld. In de tussenuitspraak inzake *Appingedam* (ECLI:NL:RVS:2018:2062) gaf de Afdeling al een voorproefje. In dit blogbericht vatten wij aan de hand van drie lessen voor de praktijk samen wat de rechtspraak ons tot nu toe leert over de motiveringslast van gemeenten en de indringendheid van de toetsing door de bestuursrechter.

“Arrest Appingedam verzwaarde de motiveringslast voor beperkingen in bestemmingsplannen voor de vestiging van detailhandelsbedrijven.”

Les 1: Als een onherroepelijk bestemmingsplan voorligt dan is het aan appellant om het beroep op de Dienstenrichtlijn te onderbouwen

In de zaak *Appingedam* lag een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan voor. Om die reden kon de beperkende planregel direct worden getoetst. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: “Afdeling”) oordeelde vervolgens dat het aan de gemeenteraad was om te motiveren dat aan eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid was voldaan. Is dit anders in het geval een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan onderwerp van het geschil is? Ja, volgens de Afdeling. In een uitspraak van 24 oktober 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3471) acht de Afdeling het van belang dat het bestemmingsplan waarin de vermeende beperkende regel is opgenomen onherroepelijk is. De Afdeling overweegt in deze uitspraak dat het vanwege de onherroepelijkheid van het bestemmingsplan op de weg van appellant ligt om nader te onderbouwen waarom sprake is van strijd met de Dienstenrichtlijn. Dat was onvoldoende gebeurd, want de beroepsgrond faalt. Kennelijk rechtvaardigt het feit dat het detailhandelbeperkende beleid is vastgesteld in een al onherroepelijk bestemmingsplan een andere bewijslastverdeling. Zelfs als een besluit tot afwijking van het bestemmingsplan aan orde is.

Wij vragen ons af of het oordeel van de Afdeling anders was geweest als appellant zich expliciet op het standpunt had gesteld dat de omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan zelf in strijd was met de Dienstenrichtlijn. Ervan uitgaande dat ook de omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan kwalificeert als een ‘eis’ in de zin van de Dienstenrichtlijn, moet dit besluit namelijk op dezelfde manier worden getoetst als het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan. In dat geval is het weer aan het bestuursorgaan om aan te tonen dat geen sprake is van strijd met de Dienstenrichtlijn. Dat vond althans de rechtbank Overijssel in een uitspraak van 9 november 2018 (ECLI:NL:RBOVE:2018:4291).

In deze zaak lag ook een omgevingsvergunning voor afwijking van een onherroepelijk bestemmingsplan voor. In dit geval had appellant zich echter wel expliciet op het standpunt gesteld dat de vergunningsweigering in strijd met de Dienstenrichtlijn was. De rechtbank overweegt, dat de regel die het appellant onmogelijk maakt zijn gronden en bouwwerken te gebruiken voor reguliere detailhandel een regel is die detailhandelbeperkend is (een brancheringsregel) en dus slechts toelaatbaar is indien is voldaan aan de eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. De bewijslast voor handelen in overeenstemming met Dienstenrichtlijn ligt volgens de rechtbank bij het bevoegd gezag.

Wij achten de uitspraak van de rechtbank meer in overeenstemming met de het arrest van het Hof dan de uitspraak van de Afdeling van 24 oktober 2018. Het zou voor de bewijslastverdeling niet moeten uitmaken of sprake is van een besluit omtrent de vaststelling van een bestemmingsplan of een besluit omtrent een omgevingsvergunning tot afwijking van het bestemmingsplan.

Les 2: De stelling dat een planregel in strijd is met de Dienstenrichtlijn omdat deze onevenredig is moet de appellant wel onderbouwen

In een uitspraak van 30 januari 2019 ([ECLI:NL:RVS:2019:263](#)) slaagt het beroep op de Dienstenrichtlijn niet. Appellant had zich in deze zaak allereerst op het standpunt gesteld dat aan de voorwaarde van noodzakelijkheid niet was voldaan. Daar maakt de Afdeling korte metten mee omdat ook uit het Appingedamarrest volgt dat detailhandel beperkende regels op zichzelf noodzakelijk kunnen zijn. Voor wat betreft de overige vereisten uit de Dienstenrichtlijn merkt de Afdeling op dat appellant “*zijn betoog, voor zover dat ziet op de overige voorwaarden van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn, niet nader heeft geadstrueerd*”. Wat appellant precies heeft aangevoerd en hoever deze adstructieplicht gaat valt niet uit de uitspraak af te leiden. Wel is duidelijk dat de Afdeling meer verwacht dan de enkele verwijzing naar een schending van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn.

Les 3: Een onderbouwing van de effectiviteit van een detailhandelbeperkende planregel vergt concreet onderzoek, dat uit een tweetrapsraket bestaat. Eerst een analyse van het totaalpakket aan maatregelen, waarvan de planregel deel uitmaakt. Daarna een toets of de concrete planregel een zinvolle bedrage levert aan het doel van het totaalpakket. Een analyse met specifieke gegevens is voor die toets niet nodig.

De tussenuitspraak inzake *Appingedam* leerde ons dat de gemeenteraad de effectiviteit van een detailhandelbeperkende regel (bijvoorbeeld een brancheringsregel) moet aantonen met behulp van een concreet onderzoek met specifieke gegevens. Algemene ervaringsregels zijn onvoldoende. Hoe ver gaat die plicht tot concreet onderzoek?

In haar uitspraak van 19 december 2018 ([ECLI:NL:RVS:2018:4195](#)) verduidelijkt de Afdeling dit. De Afdeling oordeelt in de eerste plaats dat de raad niet door middel van een analyse met specifieke gegevens aannemelijk hoeft te maken dat een specifieke detailhandelbeperkende planregel kan bijdragen aan het specifieke doel. Wel moet de raad beoordelen of een specifieke beperking onderdeel is van een breder pakket aan maatregelen.

Niet voldoende is vervolgens dat de beperkende maatregel *kán* bijdragen aan het bredere pakket van maatregelen, maar aannemelijk moet worden dat die beperking een *zinvolle bijdrage* levert aan het bereiken van de nagestreefde doelen. Dat betekent volgens de Afdeling een voldoende verband tussen de specifieke maatregel en het gehele pakket.

Dit vereist een analyse van het effect van het pakket aan maatregelen, waarbij ook de effecten worden betrokken dat het pakket van maatregelen heeft gehad op andere locaties binnen de gemeente. Zonder zo'n analyse van het hele pakket is er immers geen kader om te beoordelen of de specifieke detailhandelbeperkende planregel een zinvolle bijdrage levert aan het pakket aan detailhandelbeperkende maatregelen, aldus de Afdeling. Voor de analyse of een specifieke detailhandelbeperkende regel een zinvolle bijdrage levert aan het totale pakket aan maatregelen gelden minder hoge eisen dan voor de analyse van de effectiviteit van het hele pakket aan detailhandelbeperkende maatregelen. De bijdrage van één specifieke detailhandelbeperkende planregel als onderdeel van een pakket aan detailhandelbeperkende maatregelen leent zich naar haar aard immers minder voor een analyse dan de effecten van de maatregelen tezamen volgens de Afdeling. Daarbij betreft de Afdeling dat de raad redelijkerwijs moet kunnen concluderen dat een pakket van maatregelen geschikt is om het daarmee beoogde doel te bereiken.

Het onderzoek dat de gemeenteraad had gedaan was volgens de Afdeling in grote mate in overeenstemming met de tussenuitspraak inzake *Appingedam*, maar de raad had niet inzichtelijk gemaakt dat de onderzoeken op basis waarvan hij heeft geconcludeerd dat detailhandelbeperkende maatregelen zoals opgenomen in het plan in het algemeen effectief zijn, ook van toepassing zijn op de situatie in Maastricht.

Hoewel de Afdeling dus uitgebreid stilstaat bij het onderzoek en de eisen die hieraan kunnen worden gesteld, wordt uiteindelijk teruggegrepen op een wat terughoudende toets, of de raad in redelijkheid heeft kunnen concluderen dat een specifieke maatregel geschikt is om het beoogde doel dat bestaat uit een pakket van maatregelen te bereiken. Omdat een concrete analyse van de specifieke maatregel zelf niet nodig is, zal de Afdeling dus naar verwachting niet snel de concrete berekeningen en de daaraan ten grondslag gelegde uitgangspunten toetsen.



**Jan Reinier
van Angeren**



**Sophie
Ravelli**



CBb geeft nadere en verscherpte uitleg over de toepassing van de Wet markt en overheid

Het CBb heeft in twee belangwekkende uitspraken van 12 december 2018 een nadere uitleg gegeven over de toepassing van de Wet markt en overheid (“Wmo”). Deze wet reguleert het economisch handelen van overheden middels een **viertal gedragsregels**.

Een van deze regels houdt in dat overheden hun integrale kosten moeten doorberekenen aan afnemers van hun economische activiteiten. Uit deze wet volgt tegelijkertijd dat overheden dergelijke activiteiten wél onder de kostprijs mogen aanbieden als het gaat om een dienst van algemeen economisch belang (“DAEB”). De betreffende overheid moet de dienst in een aanwijzingsbesluit als DAEB duiden. Het CBb verduidelijkt in deze uitspraken de eisen waaraan een dergelijk aanwijzingsbesluit moet voldoen.

Uit deze uitspraken blijkt dat een ‘kaal’ aanwijzingsbesluit, waarin alleen staat dat een bepaalde dienst als een DAEB beschouwd wordt, in principe niet volstaat. In dit blogbericht gaan wij in op de genoemde uitspraken van het CBb en de betekenis daarvan voor de praktijk.

De Wmo: overheden mogen alleen een product of dienst onder de kostprijs aanbieden als deze economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang.

De Wmo is een wet, vervat in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (“Mw”), die ziet op overheden en overheidsbedrijven. De Wmo heeft als doel om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden en commerciële marktpartijen, oftewel private ondernemingen, te creëren wanneer overheden economische activiteiten verrichten (*‘een level playing field’*) (zie Kamerstukken II, 2007-2008, 31 354, nr. 3, blz 2). Met het oog op deze doelstelling legt de Wmo gedragsregels op aan overheden. Eén van die gedragsregels houdt in dat overheden producten of diensten niet onder de integrale kostprijs mogen aanbieden (artikel 25i van de Mw). Met de gedragsregels voor overheidsbedrijven vormt de Wmo een nodige aanvulling op de Europese staatssteunregels. Een belangrijke uitzonderingsgrond voor de Wmo is de zogenaamde DAEB, welke is vervat in artikel 25h lid 5 Mw. De gedragsregels van de Wmo zijn op grond van deze uitzondering niet van toepassing wanneer een bestuursorgaan een formeel aanwijzingsbesluit neemt dat een economische activiteit het algemeen belang dient (artikel 25h lid 6 Mw). Voordat een aanwijzingsbesluit mag worden genomen moet door de overheid in kwestie een afweging worden gemaakt of een economische activiteit als een DAEB kan én mag worden aangemerkt. Dit is in het bijzonder het geval als er sprake is van enig ‘marktfalen’. Dat wil zeggen: als de markt goederen aanbiedt beneden een niveau dat een overheid op goede gronden wenselijk acht. De huidige wettekst en toelichting van de Wmo bieden overheden echter weinig handvatten bij de besluitvorming.

“De huidige wettekst en toelichting van de Wmo bieden overheden weinig handvatten bij de besluitvorming.”

Rechtsbescherming voor concurrenten tegen DAEB-aanwijzingsbesluiten

Vanaf het begin van de invoering van de Wmo is de uitzonderingsgrond van de DAEB omstrede geweest. Gebleken is dat de uitzonderingsgrond gemakkelijk en veelvuldig door overheden wordt gebruikt, hetgeen de doelstelling van de Wmo ondergraaft volgens veel ondernemers. (Dit bleek onder andere uit de in 2015 uitgekomen **evaluatie** van de Wmo.) Momenteel wordt de Wmo dan ook herzien, waarbij de mogelijkheid voor overheden om een DAEB-aanwijzingsbesluit te nemen hoogstwaarschijnlijk wordt aangescherpt.

Ondernemers hebben echter de mogelijkheid om tegen het DAEB-aanwijzingsbesluit in bezwaar en in beroep te gaan. Het aanwijzingsbesluit van de overheid vormt namelijk een concreterend besluit van algemene strekking, wat het een appellabel besluit maakt (zie [CBb van 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414](#)).

Het door het CBb geformuleerde toetsingskader bij DAEB-aanwijzingsbesluiten

In de zaken van 18 december 2018 maakten ondernemers bezwaar tegen het DAEB-aanwijzingsbesluit op grond waarvan gemeenten diensten onder de integrale kostprijs aanboden. In de eerste zaak is een onderneming opgekomen tegen de exploitatie van een parkeergarage door de gemeente Hengelo ([CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660](#)). In de andere zaak kwam een onderneming op tegen de exploitatie van een aanloophaven door de gemeente Zeewolde ([CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:661](#)). Beide ondernemers stellen in de procedures dat de aanwijzingsbesluiten onvoldoende zorgvuldig zijn vastgesteld, op grond waarvan de rechtbank de aanwijzingsbesluiten heeft vernietigd.

In beide zaken erkent het CBb dat een bestuursorgaan, in dit geval de gemeenteraad, een zekere beoordelingsruimte heeft ten aanzien van het nemen van een DAEB-aanwijzingsbesluit, maar oordeelt het vervolgens dat deze beoordelingsruimte zeker niet onbegrensd is. In de uitspraken zag het CBb aanleiding om een toetsingskader voor een DAEB-aanwijzingsbesluit te formuleren voor het betrokken bestuursorgaan en de bestuursrechter.

“Overheden kunnen in principe niet langer volstaan met een ‘kaal’ DAEB-aanwijzingsbesluit zonder degelijke, zorgvuldige voorbereiding en motivering.”

Dit toetsingskader kan kort en goed als volgt geduid worden:

1. Het DAEB-aanwijzingsbesluit moet een deugdelijke motivering en een zorgvuldige voorbereiding behelzen: De betreffende overheid dient aan te geven waarom de markt het algemene belang onvoldoende dient, terwijl dat algemene belang wel gediend zou moeten worden ('marktfalen'). De overheid moet bijvoorbeeld duidelijk maken waarom private aanbieders niet voorzien in de publiek benodigde parkeerbehoefte in de gemeente. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn omdat er te weinig parkeerplaatsen worden aangeboden door private ondernemers of omdat private aanbieders aantoonbaar een te hoge prijs vragen voor hun diensten. In de zaak over de parkeergarage heeft de gemeente Hengelo volgens het CBb niet voldoende aangetoond waarom een dergelijk marktfalen zich voordoet.
2. Noodzakelijkheid tot aanwijzing van een economische activiteit als dienst van algemeen economisch belang is vereist: Volgens het CBb is zo'n algemeen belang er niet als het aanbieden van de economische activiteit beneden de kostprijs niet nodig is om het nagestreefde algemeen belang te dienen. De overheid in kwestie moet dus aantonen dat het door hem nagestreefde belang daadwerkelijk gediend wordt door het aanbieden van een dienst onder de kostprijs. Dit is waar het voor de gemeente Zeewolde misging. Immers, de gemeente had aangetoond dat een publiek belang (o.a. meer toerisme) gediend wordt wanneer boten in de aanloophaven komen. Onduidelijk bleef naar het oordeel van het CBb echter waarom de ligplaatsen voor die boten onder de kostprijs moesten worden aangeboden om dit publieke belang te dienen.
3. Aantoonbaar moet zijn dat het bestuursorgaan in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot het aanbieden van een DAEB met de huidige invulling: Tot slot moet het bestuursorgaan in redelijkheid hebben kunnen besluiten dat ook daadwerkelijk wordt overgegaan tot het aanwijzen van een economische activiteit als een DAEB. Hierbij is onder meer van belang dat het bestuursorgaan in het besluit een prijsstelling heeft opgenomen die er enerzijds toe leidt dat het beoogde effect daadwerkelijk wordt bereikt en anderzijds het nadeel voor de betrokken onderneming(en) zoveel mogelijk beperkt. Bij deze toetsing is in wezen de proportionaliteit van belang, waarbij belang kan worden gehecht aan het feit dat:
 - een bestuursorgaan wel of geen termijn aan het aanwijzingsbesluit heeft verbonden,
 - een bestuursorgaan compensatie heeft geboden aan de betrokken private onderneming(en) voor het nadeel dat redelijkerwijs niet ten laste van deze onderneming(en) behoort te blijven.

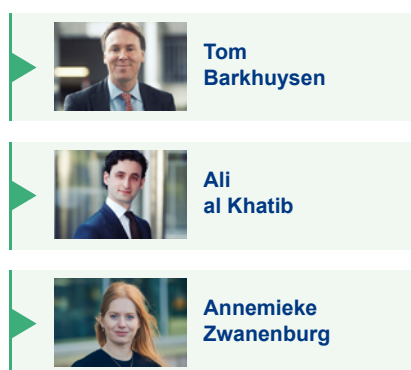
Tot slot

In beide zaken oordeelt het CBb op basis van het uiteengezette toetsingskader dat de rechtbank terecht had vastgesteld dat het initiële besluit geen stand kon houden omdat de gemeente in casu het besluit onvoldoende zorgvuldig had voorbereid (artikel 3:2 Awb).

Hieruit volgt dat overheden in principe niet langer kunnen volstaan met een 'kaal' DAEB-aanwijzingsbesluit zonder degelijke, zorgvuldige voorbereiding en motivering. Er zijn echter nog steeds situaties denkbaar waarin overheden kunnen volstaan met minder onderzoek en motivering, bijvoorbeeld als een gemeente het betreffende onderzoek en de benodigde motivering eerder in het kader van een bestemmingplan heeft gedaan en gegeven. In dit geval kan ons inziens volstaan worden met een verwijzing.

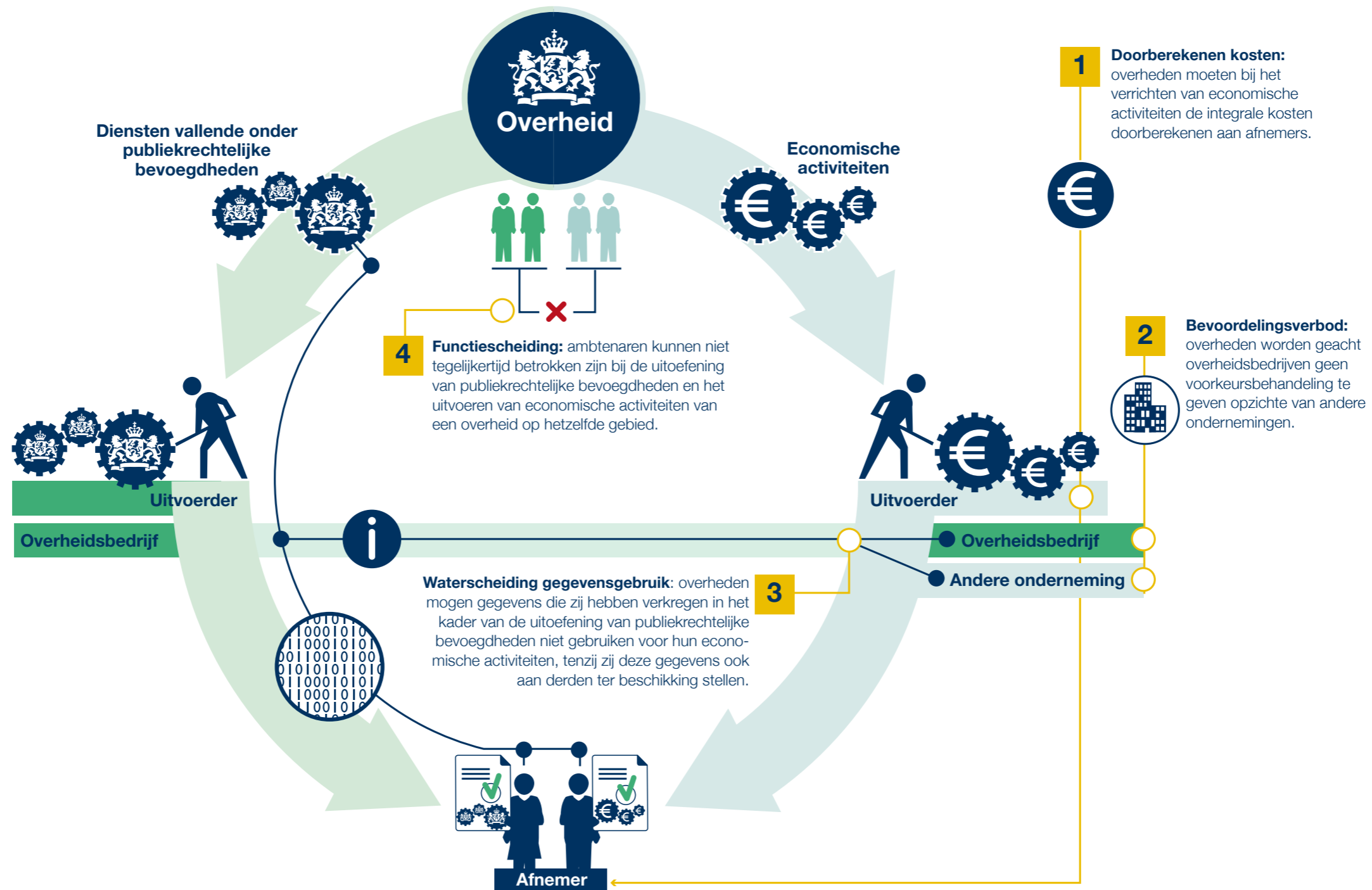
Eerder schreven wij over de Wmo al twee blogberichten. In deze berichten gaan wij nader in op de [strekking en werking van de Wmo en de voornemens uit het regeerakkoord tot aanscherping van de Wmo](#).

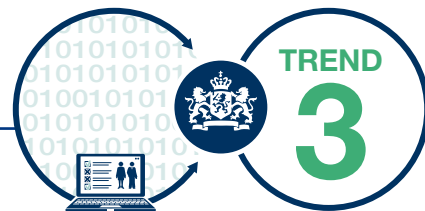
Zie ook de visual op de volgende pagina.





De vier gedragsregels die gelden voor het economisch handelen van overheden





Een strategisch actieplan voor het gebruik van AI door de overheid

Een paar jaren geleden hoorde je er nog nauwelijks over, maar nu kan je er bijna niet meer om heen: kunstmatige intelligentie, ook wel artificiële intelligentie (AI) genoemd. AI verwijst naar systemen die intelligent gedrag vertonen door hun omgeving te analyseren en – met een zekere mate van zelfstandigheid – actie ondernemen om specifieke doelen te bereiken. Denk aan zelfrijdende auto's of slimme thermostaten. Ook de overheid maakt steeds meer gebruik van AI. In dit bericht gaan wij dieper in op het **Strategisch Actieplan voor Artificiële Intelligentie** en beoordelen wij in hoeverre het Actieplan tegemoetkomt aan de bezwaren die de Afdeling advisering in het advies signaleert.

Het Actieplan

Na andere Europese landen zoals **Duitsland** en **Frankrijk** komt nu ook het Nederlandse kabinet via dit Actieplan met een visie hoe Nederland kan profiteren van AI. Het kabinet meent dat als Nederland wil blijven meespelen in de wereldwijde economie, de ontwikkeling en toepassing van AI in Nederland moet versnellen. Het Actieplan beschrijft de koers die het kabinet wil inzetten en vormt de eerste stap om concrete acties voor de beoogde versnelling in gang te zetten.

“Het kabinet meent dat als Nederland wil blijven meespelen in de wereldwijde economie, de ontwikkeling en toepassing van AI in Nederland moet versnellen.”

De aanpak van het kabinet in drie sporen

In het actieplan is te lezen dat het kabinet de ontwikkeling en toepassing van AI op een zorgvuldige wijze wil versnellen via drie sporen. Bij elk spoor worden concrete acties/maatregelen beschreven die momenteel lopen of in de nabije toekomst uitgevoerd zullen worden. Spoor 1 ziet op het benutten van maatschappelijke en economische kansen op het gebied van AI. Het kabinet meent dat hiervoor publiek-private samenwerking (PPS) nodig is, waarvan de Nederlandse AI-Coalitie het belangrijkste voorbeeld is. Spoor 2 moet zorgen voor een vruchtbaar AI-klimaat. Er worden maatregelen genoemd ter aansporing van wetenschappelijk onderzoek naar AI. Ook wordt er bijvoorbeeld ingezet op betere bijscholingsmogelijkheden en wordt het kiezen voor ICT-opleidingen gestimuleerd. Wij zullen ons in dit blog verder richten op spoor 3 omdat daarin het gebruik van AI door de overheid centraal staat.

Spoor 3: versterken van de fundamenteën

Spoor 3 staat in het teken van het 'versterken van de fundamenteën'. Het stimuleren van de ontwikkeling en toepassing van AI klinkt wellicht als een goed idee, maar het kabinet is zich er ook terecht van bewust dat bij de toepassing van AI door de overheid negatieve effecten kunnen optreden. Denk aan geautomatiseerde besluitvorming die vanwege de achterliggende complexe algoritmes moeilijk te controleren is. Spoor 3 beschrijft verschillende beleidsmaatregelen en acties die deze negatieve effecten moeten voorkomen of verminderen. Het Actieplan richt zich op het versterken van vier fundamenteën:

1. *Publieke waarden en mensenrechten beschermen*

Wanneer de overheid zelf AI gebruikt, kunnen er publieke waarden en mensenrechten in het geding zijn. Het verbod op discriminatie zou bijvoorbeeld geschonden kunnen worden door bias in algoritmes, waardoor er een ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen mannen en vrouwen. Ook kun je denken aan het recht op een eerlijk proces. Als ondoorzichtig is welke algoritmes zijn gebruikt bij geautomatiseerde overheidsbesluitvorming, dan ontstaat er druk op de aanvechtbaarheid en motivering van besluiten. Dat ondoorzichtige algoritmes een mogelijk probleem voor het recht op een eerlijk proces vormen, signaleerde de Afdeling advisering ook al.

Zo staat een gebrek aan openbaarheid en transparantie van een algoritme in de weg aan het uitoefenen van rechten als het kunnen rectificeren of wissen van persoonsgegevens. Te denken valt ook aan de Blankenburgtunnel-uitspraak, waarin de ABRvS als norm voor verstrekking van achterliggende gegevens geeft dat bestuursorganen zogeheten maatwerkgegevens (gegevens die het bestuursorgaan zelf moet invoeren) uit eigen beweging waarneembaar moet overleggen, zodat belanghebbenden een procedure kunnen benutten om de juistheid van de gebruikte gegevens inhoudelijk te betwisten (zie hiervoor uitgebreider een eerder [blogbericht](#)). Het kabinet noemt meerdere acties die ervoor moeten zorgen dat publieke waarden en mensenrechten beschermd blijven, waaronder:

- de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid onderzoekt de impact van AI op publieke waarden;
- onderzoek naar de kansen en risico's die zich gaan voordoen bij algoritmen die overheidsbesluiten nemen.

Wij vragen ons af of er ook concrete acties volgen om de openbaarheid en transparantie van door de overheid gebruikte algoritmes te waarborgen, naast het verrichten van verder onderzoek.

2. *Vertrouwen in AI*

Het kabinet wil AI inzetten op een wijze zodat iedereen het kan vertrouwen. Hiervoor is vereist dat AI-toepassingen worden ontwikkeld binnen wettelijke en ethische kaders. Om dit mogelijk te maken, wordt er meer geld ter beschikking gesteld voor onderzoek naar verantwoorde AI-ontwikkelmethoden en toepassingen. Daarnaast vindt het kabinet het ook met het oog op vertrouwen in AI belangrijk dat de inzet van AI door overheden controleerbaar moet zijn en dat toezichthouders hier grip op krijgen. Acties in dit verband zijn:

- het kabinet onderzoekt voor verschillende sectoren welke algoritmen worden toegepast, welke risico's dit met zich meebrengt, hoe bedrijven deze risico's beheersen en welke waarborgen hiervoor zijn;
- het kabinet gaat onderzoeken of toezichthouders voldoende toegerust zijn om toezicht op algoritmes te kunnen houden en of er toch nog blinde vlekken zijn in het toezichtlandschap.

3. *Markten zijn open, competitief en bieden consumenten goede bescherming*

Het kabinet noemt ook beleidsmaatregelen om te zorgen voor een open competitieve markt. Een competitieve markt is noodzakelijk zodat bedrijven die AI-toepassingen ontwikkelen elkaar gaan overtroeven. Op deze manier ontstaan er steeds nieuwere en betere inzichten op het gebied van AI.

4. *De veiligheid van burgers, bedrijven en overheden in Nederland beschermen*

Een toenemende toepassing van AI-technologieën in de samenleving maakt dat er nieuwe soorten kwetsbaarheden en veiligheidsdreigingen ontstaan. Denk bijvoorbeeld aan cybercrime en systeemhacking. Gelet hierop onderzoekt het kabinet momenteel de impact van het gebruik van AI op de nationale veiligheid.

Een overzicht van alle acties die het kabinet noemt om deze vier fundamenteën te versterken, kunt u vinden in [bijlage 1](#) bij het Actieplan.

“Wij vragen ons af of er ook concrete acties volgen om de openbaarheid en transparantie van door de overheid gebruikte algoritmes te waarborgen, naast het verrichten van verder onderzoek.”

Ons valt op dat het Actieplan niet ingaat op een tweede probleem dat de Afdeling advisering signaleert in haar ongevraagde advies. Zij merkt op dat regels in een natuurlijke taal lang niet altijd één op één kunnen worden vertaald in een algoritme. Regels in natuurlijke taal zijn per definitie abstract, terwijl algoritmen bedoeld zijn om van toepassing te zijn op situaties met geprogrammeerde kenmerken en geen rekening kunnen houden met impliciete kennis. Deze “robotachtige gelijkheid”, waarbij geen aandacht meer bestaat voor de eigenheid van een situatie, wordt niet geadresseerd in het Actieplan.

De aanvullende Kamerbrief: waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid

Gelijktijdig met het Actieplan is ook een **Kamerbrief** van de Minister voor Rechtsbescherming verschenen. Deze brief is een aanvulling op het derde spoor van het Actieplan. De brief beschrijft dat er risico's zijn indien data-analyses en algoritmes door de overheid worden gebruikt. Risico's zijn: een gebrek aan transparantie; een groeiende complexiteit van algoritmes waardoor analyses en uitkomsten (zoals geautomatiseerde besluitvorming) steeds lastiger te controleren zijn en onregelmatigheden in algoritmes wat kan leiden tot discriminatie. Middels de Kamerbrief wordt de Tweede Kamer geïnformeerd over mogelijke (wettelijke) waarborgen om deze risico's tegen te gaan. Het kabinet komt enerzijds met richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden. Deze richtlijnen zijn bedoeld om het inzicht in, de transparantie en de kwaliteit van algoritmes en data-analyses door overheidsinstanties te vergroten. Anderzijds geeft het kabinet aan dat zij in de toekomst bepaalde waarborgen in wetgeving wil opnemen.

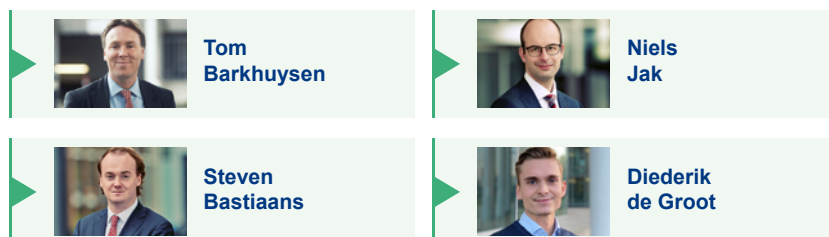
Welke waarborgen noemt het kabinet? Voor een overzicht van alle waarborgen verwijzen wij u graag naar de **Kamerbrief** met de bijlage waarin de richtlijnen beschreven staan. Wij volstaan hier met het noemen van drie waarborgen die vanuit het oogpunt van rechtsbescherming voor de burger relevant zijn:

- om de transparantie van het gebruik van algoritmes door overheden te vergroten, moet het toegepaste algoritme, het doel dat daarmee wordt nagestreefd en de procedure die door het algoritme is gevolgd beter worden uitgelegd aan betrokkenen. De richtlijnen geven aan dat de overheidsdienst op haar website het publiek over deze punten moet informeren. Dit komt tegemoet aan het advies van de Afdeling advisering dat openbaarheid en transparantie essentieel zijn voor een goede uitoefening van het recht op een eerlijk proces;
- om onjuistheden in algoritmes die kunnen leiden tot discriminatie te voorkomen, mogen overheden alleen werken met algoritmes die wetenschappelijk zijn goedgekeurd. Wij vragen ons af hoe deze maatregel uitwerking krijgt. Komt er bijvoorbeeld een publiekrechtelijke instantie die gaat controleren of overheden algoritmes gebruiken die niet wetenschappelijk zijn goedgekeurd? Worden er certificaten uitgegeven voor wetenschappelijk goedgekeurde algoritmes? De Kamerbrief is op dit punt niet helder;
- betrokkenen hebben in bepaalde situaties recht op menselijke tussenkomst als besluiten geautomatiseerd zijn genomen. Artikel 22 van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) geeft nu al aan dat indien de geautomatiseerde besluitvorming noodzakelijk is voor de totstandkoming of uitvoering van een overeenkomst of berust op de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene, er een recht is op menselijke tussenkomst. Het kabinet wil deze waarborg ook laten gelden voor het geval dat de geautomatiseerde besluitvorming berust op een specifieke wettelijke grondslag. Mogelijk dat het kabinet hiermee het tweede probleem dat de Afdeling advisering signaleert in haar ongevraagde advies probeert te ondervangen: het voorkomen van een "robotachtige gelijkheid" waarbij geen aandacht meer bestaat voor de eigenheid van een specifieke situatie.

Stibbe Digital Government pagina

Wilt u meer weten over digitalisering van de overheid? Houd dan onze nieuwe **webpagina** in de gaten die in het teken staat van 'Digital Government'. Op deze webpagina houden wij u up-to-date over de groeiende digitalisering bij de overheid door middel van jurisprudentie, kamerstukken, relevante artikelen en onze eigen analyses.

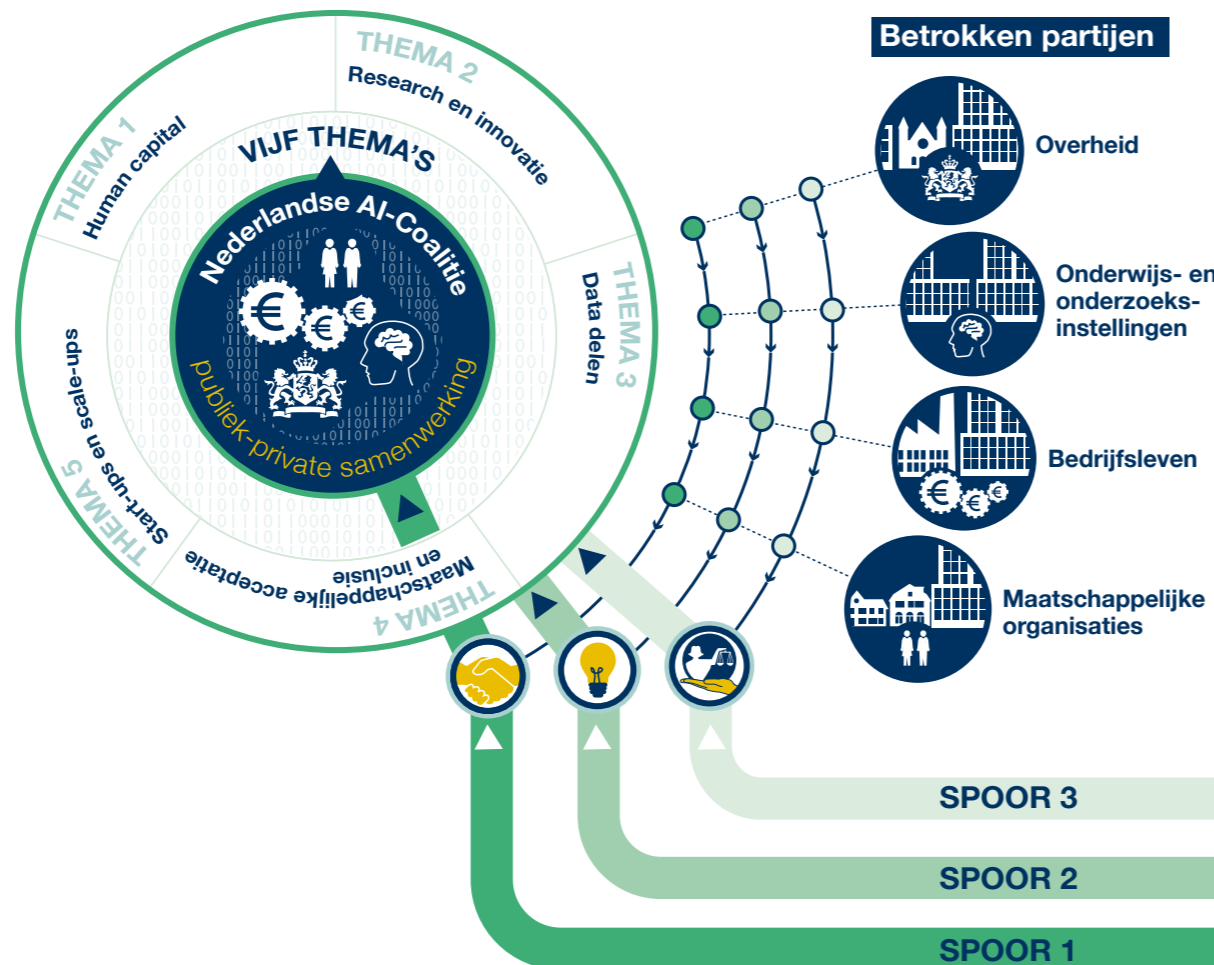
Zie ook de visual op de volgende pagina.



Strategisch actieplan Artificiële Intelligentie van kabinet Rutte III:
 versnelling van de ontwikkeling en toepassing van AI op zorgvuldige wijze



- ▶ SPOOR 1 Benutten maatschappelijke en economische kansen op het gebied van AI
- ▶ SPOOR 2 Creëren van een vruchtbaar AI-klimaat
- ▶ SPOOR 3 Versterken van de fundamenteën



Bescherming van fundamentele rechten van burgers en passende wettelijke en ethische kaders. Zodat mensen en bedrijven erop kunnen vertrouwen dat AI zorgvuldig wordt ingezet. Ook is het belangrijk dat markten open en competitief blijven en dat bij alle AI-ontwikkelingen de nationale veiligheid geborgd blijft.

Voorwaarden op orde brengen voor een vruchtbaar economisch en maatschappelijk AI-klimaat. Ondermeer door toegang tot juiste kennis, vaardigheden en opleidingen. Ook bruikbare data en intelligente connectiviteit behoren tot die randvoorwaarden.

Benadrukken belang publiek-private samenwerking (PPS). Daarmee kan Nederland het verschil maken op het Europese speelveld en op mondiale markten.

PRAKTIJKGROEP BESTUURSRECHT

Tom Barkhuysen
Partner

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

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



Jan Reinier van Angeren
Partner

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

Algemeen bestuursrecht & ruimtelijk ordeningsrecht



Jan van Oosten
Partner

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

Omgevingsrecht, in het bijzonder ruimtelijk ordeningsrecht



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 ordeningsrecht en mobiliteit



Liesbeth Berkouwer
Senior medewerker

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

Algemeen bestuurs(proces)recht, ruimtelijk ordeningsrecht en milieurecht



Laurens Westendorp
Senior medewerker

+31 20 546 09 48
laurens.westendorp@stibbe.com

Algemeen bestuursrecht en economisch bestuursrecht



Stibbe