

Aandachtspunten bij de toedeling van ontwikkelingsruimte uit het Programma Aanpak Stikstof (PAS)

M en R 2015/132



Op 1 juli 2015 is het PAS in werking getreden. Op grond van het PAS kunnen provincies ontwikkelingsruimte toedelen. Alle provincies doen dit op volgorde van ontvangst van volledige aanvragen. Met deze en andere verdeelmethodes is buiten het omgevingsrecht – zoals in het subsidierecht – al ervaring opgedaan. In dit artikel wordt, na een korte beschrijving van het PAS, ingegaan op de mogelijke valkuilen bij het toedelen van ontwikkelingsruimte.

1. Inleiding

Om een activiteit in of nabij Natura 2000-gebieden te kunnen verrichten, is vaak een vergunning op grond van de Natuurbeschermingswet 1998 (Nbw) nodig. Het is onder meer verboden zonder vergunning activiteiten² te realiseren die de kwaliteit van de natuurlijke habitats in een Natura 2000-gebied kunnen verslechteren.³ Sommige van de in Nederland beschermde habitats, zoals blauwgrasland, zijn gevoelig voor stikstofdepositie. Een teveel aan stikstof kan leiden tot verzuring van de bodem en water of tot vermisting (waardoor bepaalde plantensoorten extra gaan groeien ten koste van de beschermde soort). In een groot aantal Natura 2000-gebieden wordt de kritische depositiewaarde (KDW) voor stikstof overschreden.⁴ Tot 1 juli was het niet eenvoudig of zelfs onmogelijk om een Nbw-vergunning te krijgen voor een activiteit die tot een toename van stikstofdepositie in zo'n Natura 2000-gebied zou leiden.

Het PAS moet dit probleem oplossen. Het PAS bevat namelijk maatregelen die moeten leiden tot een afname van stikstofdepositie en maatregelen die leiden tot een versterking

1 Annemarie Drahmman is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en universitair docent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.
2 In de Nbw wordt onderscheid gemaakt tussen projecten en andere handelingen. Voor beide kan ontwikkelingsruimte op grond van het PAS benodigd zijn. Daarom duid ik in dit artikel beide gezamenlijk aan als 'activiteiten'.
3 Art. 19d Nbw.
4 Zie voor een uitgebreidere uitleg van de invloed van stikstof op de natuur: hoofdstuk 2 van het PAS (p. 13-15).

van de natuurwaarden in de Natura 2000-gebieden. De gedachte is dat door deze maatregelen in en rondom de Natura 2000-gebieden nieuwe economische activiteiten, zoals bedrijfsuitbreidingen die stikstofdepositie veroorzaken, kunnen worden toegelaten. In dit artikel zal ik eerst kort de regeling van het PAS beschrijven (paragraaf 2).

Het PAS creëert dus ontwikkelingsruimte. Gedeputeerde staten van de provincies – die (in beginsel) bevoegd zijn Nbw-vergunningen te verlenen – hebben beleidsvrijheid om te bepalen hoe zij deze ontwikkelingsruimte toedelen. Daartoe hebben zij beleidsregels vastgesteld. De beschikbare ontwikkelingsruimte is beperkt en kan 'op' raken. Het is daarom van belang dat de schaarse ontwikkelingsruimte 'goed' wordt gebruikt. De beleidsregels moeten hiervoor zorgen. In paragraaf 3 zullen deze beleidsregels worden beschreven.

In paragraaf 4 wordt vervolgens nader ingegaan op enkele aandachtspunten bij de in de beleidsregels gekozen verdeelmethodes, namelijk verdeling op volgorde van ontvangst van aanvragen. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of ook een andere verdeelmethodes denkbaar was (paragraaf 5). Afgesloten wordt met een conclusie in paragraaf 6; duidelijk zal worden dat de toedeling van ontwikkelingsruimte verder kan worden geoptimaliseerd.

2. Beschrijving van het PAS

Het PAS is, zoals de naam al aangeeft, een programma.⁵ Het juridisch kader wordt echter niet alleen gevormd door dit programma, maar ook door (een wijziging van) de Nbw⁶, het Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof⁷ en de Regeling programmatische aanpak stikstof.⁸ Omdat over het PAS al een aantal artikelen is geschreven, volsta ik hier

5 Het PAS is op 29 juni 2015 in de Staatscourant gepubliceerd: Besluit van de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu van 10 juni 2015, nr. DGAN-NB/15076652 houdende vaststelling van het programma aanpak stikstof (Inwerkingtredingsbesluit programma aanpak stikstof), *Stcrt.* 2015/18411. Van 7 september tot en met 18 oktober 2015 heeft de (eerste) partiële herziening van het Programma Aanpak Stikstof ter inzage gelegen (*Stcrt.* 2015/27607).
6 De wet van 8 oktober 2014, houdende wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 (programmatische aanpak stikstof), *Stb.* 2014/419 jo. *Stb.* 2015/226.
7 Besluit van 8 juni 2015, houdende grenswaarden voor toestemmingsbesluiten in het kader van de programmatische aanpak stikstof (Besluit grenswaarden programmatische aanpak stikstof), *Stb.* 2015/227.
8 Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu van 3 juni 2015, nummer 15074288, houdende regels over de programmatische aanpak stikstof (Regeling programmatische aanpak stikstof), *Stcrt.* 2015/16320.

met een korte omschrijving van het systeem.⁹ De meer visueel ingestelde lezer, verwijs ik graag naar het eerdere artikel van Derek Sietses en mij waarin het systeem van het PAS schematisch wordt weergegeven.¹⁰ Veel informatie over het PAS is ook te vinden op: pas.natura2000.nl.

2.1 Maatregelen enerzijds en depositieruimte anderzijds

Het PAS geldt voor 117 van de 161 Natura 2000-gebieden.¹¹ In de overige Natura 2000-gebieden is (op dit moment) geen stikstofprobleem.¹² Het PAS is een weegschaal tussen enerzijds maatregelen die de kwaliteit van de Natura-2000 gebieden verbeteren en anderzijds activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken en daarmee de kwaliteit van de Natura-2000 gebieden verslechteren. Hieronder zal ik beide kanten van de weegschaal beschrijven.

Aan de maatregelkant van de weegschaal kan onderscheid worden gemaakt tussen brongerichte maatregelen en herstelmaatregelen. *Brongerichte maatregelen* zijn maatregelen die leiden tot een afname van stikstofdepositie. Voor de landbouwsector zijn afspraken vastgelegd in de "Overeenkomst generieke maatregelen in verband met het Programma Aanpak Stikstof". Daarnaast is het Besluit emissiearme huisvesting¹³ in werking getreden en zal het Besluit gebruik meststoffen worden gewijzigd. Hierdoor worden de normen voor de maximumemissie van ammoniak uit stallen en de normen voor de aanwending van dierlijke mest aangescherpt. Het PAS bevat geen generieke brongerichte maatregelen voor andere sectoren dan de landbouw. De reden hiervoor is dat in het kader van het nationale samenwerkingsprogramma luchtkwaliteit (NSL) in het verkeer en de industrie al vele nieuwe voorschriften van toepassing zijn geworden, waarmee al een aanzienlijke emissiereductie is bereikt en nog verder zal worden bereikt.¹⁴

Herstelmaatregelen zijn gericht op het bestendiger maken van de natuur tegen een overbelasting van stikstof. Voorbeelden van herstelmaatregelen zijn het herstel van de waterhuishouding en de afgraving van een deel van de bodem door plaggen. Om te bepalen welke herstelmaatregelen bruikbaar zijn, zijn herstelstrategieën opgesteld. In de gebiedsanalyses zijn alle herstelmaatregelen voor alle in het PAS opgenomen Natura 2000-gebieden beschreven en onderbouwd.¹⁵ De bestuursorganen die het aangaat (meestal gedeputeerde staten) zijn wettelijk verplicht te zorgen voor een tijdige uitvoering van de maatregelen.¹⁶ Voor sommige Natura 2000-gebieden zijn daarnaast met terreinbeherende

natuurorganisaties uitvoeringsovereenkomsten gesloten, zodat hun medewerking bij de uitvoering van de maatregelen is verzekerd.¹⁷

Door het treffen van bovenstaande maatregelen, zal er aan de andere kant van de weegschaal ruimte ontstaan voor economische ontwikkelingen. Deze ruimte wordt *depositieruimte* genoemd. Deze depositieruimte is de totale hoeveelheid stikstofdepositie die voor de groei van bestaande activiteiten en nieuwe economische ontwikkelingen beschikbaar is. Depositieruimte kan worden onderverdeeld in ontwikkelingsruimte, autonome ontwikkelingen en vrijgestelde activiteiten.¹⁸

Een deel van de depositieruimte is beschikbaar voor autonome ontwikkelingen. Autonome ontwikkelingen zijn algemene maatschappelijke ontwikkelingen, zoals bevolkingsgroei (woningen, verwarming) en de groei van het autogebruik. Het PAS gaat daarbij uit van 2,5% economische groei per jaar. Een ander deel van de depositieruimte beschikbaar voor activiteiten waarvoor geen toestemming hoeft te worden verleend. Kort samengevat worden activiteiten met een waarde van minder dan 0,05 mol per hectare per jaar als verwaarloosbaar beschouwd. Deze activiteiten zijn geheel vrijgesteld.¹⁹ Daarnaast geldt er een algemene grenswaarde van 1 mol ha/jaar. Voor deze activiteiten geldt een meldingsplicht in plaats van vergunningplicht. De grenswaarde van 1 mol daalt naar 0,05 mol ha/jaar als uit Aerius blijkt dat in een bepaald Natura 2000-gebied 5% of minder van de depositieruimte voor grenswaarden beschikbaar is.²⁰ Al op 3 juli heeft het Ministerie van EZ bekendgemaakt dat voor een vijftal gebieden de beschikbare ontwikkelingsruimte nu al kleiner is dan 95% waardoor de grenswaarde van rechtswege is verlaagd naar 0,05 mol/ha/jaar.²¹ Begin oktober was al in 15 gebieden de grenswaarde van rechtswege verlaagd²² en waren er 1000 meldingen gedaan.²³

De rest van de depositieruimte is ontwikkelingsruimte. *Ontwikkelingsruimte* is het gedeelte van de depositieruimte die kan worden toegekend aan nieuwe initiatieven als bijvoorbeeld de vestiging of uitbreiding van een veehouderijbedrijf, de aanleg of verbreding van een weg of de vestiging van een industriële activiteit die stikstof emitteert. De ontwikkelingsruimte kan ten slotte worden verdeeld in twee segmenten. Het eerste segment zijn de prioritaire projecten. Dit zijn rijksprojecten van aantoonbaar nationaal of provinciaal belang. De prioritaire projecten zijn opgenomen in de bijlage bij de Regeling PAS. Deze lijst wordt in elk geval jaarlijks geactualiseerd en zal voor het eerst eind 2015 worden

9 O.a. V. Ampt, De Programmatische Aanpak Stikstof van start!, PRO 2015/173, M.M. Kaajan, Stikstof en bestemmingsplannen; met het PAS (extra) ruimte voor ontwikkeling?, Gst. 2015/69, en G.C.W. Van der Feltz, Programma Aanpak Stikstof ter inzage; Spanning tussen natuur en economie, TO 2015, afl. 2, p. 50-65
10 D. Sietses en A. Drahmann, De programmatische aanpak stikstof: komt het PAS van pas?, BR 2015/48.
11 In het ontwerp voor de partiële herziening van het PAS wordt Krammer-Volkerak toegevoegd als 118^e gebied (Stcrt. 2015/27607).
12 PAS, p. 8-9.
13 Stb. 2015/266 en Stb. 2015/317.
14 PAS, p. 18-19.
15 Zie voor meer over de gebiedsanalyses ook p. 22-25 PAS.
16 Art. 19kj Nbw.

17 PAS, p. 20-21.
18 PAS, p. 21-22.
19 Art. 8 Regeling PAS.
20 Art. 2 Besluit grenswaarden PAS. In het Besluit is ook een specifieke (afstand)grenswaarde voor bepaalde infrastructurele projecten opgenomen.
21 Zie <http://pas.natura2000.nl/items/mededeling-over-de-ruimte-voor-meldingen.aspx> en de mededelingen van de minister in Stcrt. 2015/19617 en 2015/20875.
22 Een actueel overzicht is te vinden op <http://pas.bij12.nl/content/mededeling-over-de-ruimte-voor-meldingen>.
23 <http://pas.bij12.nl/content/duizendste-melding-pas>.

geactualiseerd.²⁴ Het tweede segment is de vrij beschikbare ontwikkelingsruimte die door gedeputeerde staten kunnen worden toegeedeeld. Het is deze ontwikkelingsruimte uit segment 2 die in het vervolg van dit artikel centraal staat. Hierna zal dan ook worden toegelicht hoe ontwikkelingsruimte kan worden toegeedeeld.

Een globaal overzicht van de beschikbare depositieruimte kan worden gevonden in de gebiedsanalyses. Zo staat bijvoorbeeld in de gebiedsanalyse van Lieftingsbroek dat er over de periode van nu tot 2020 gemiddeld circa 45 mol depositieruimte is oftewel 7,5 mol/jr. Hiervan is 28 mol (4,5 mol/jr) beschikbaar als ontwikkelingsruimte voor segment 1 (prioritaire projecten) én segment 2 (vrij beschikbare ruimte). Voor segment 2 is 24 mol beschikbaar. Opvallend is dat in de geactualiseerde gebiedsanalyse die hoort bij het ontwerp partiële herziening van het PAS wordt uitgegaan van 64 mol/ha/j depositieruimte, waarvan 52 mol/ha/j ontwikkelingsruimte voor segment 1 en 2. Dat is ruim een verdubbeling ten opzichte van de oorspronkelijke analyse. De vrij beschikbare ruimte van segment stijgt van 24 naar 29 mol/ha/j.²⁵

Van belang voor de werking van het PAS is ten slotte nog de monitoring.²⁶ In bijlage 6 van het PAS is een overzicht opgenomen van de wettelijke bijsturingmogelijkheden. Door de monitoring en bijsturing zou geborgd moeten zijn dat de instandhoudingsdoelstellingen ook daadwerkelijk worden bereikt en behouden en – voor dit artikel van belang – de ontwikkelingsruimte waar nodig (naar boven of naar beneden) bijgesteld kan worden.

2.2 Toedeling van ontwikkelingsruimte

Als een activiteit stikstofdepositie veroorzaakt, zal vaak ontwikkelingsruimte moeten worden toegekend. In het PAS is hiervoor een aantal uitgangspunten opgenomen.²⁷ Ontwikkelingsruimte wordt toegeedeeld door middel van een toestemmingsbesluit van gedeputeerde staten. De ontwikkelingsruimte is vrij beschikbaar voor industriële, agrarische en andere activiteiten. Van de vrij beschikbare ontwikkelingsruimte die door GS kan worden toegeedeeld (segment 2) is 60% beschikbaar voor toedeling in de eerste helft van het tijdvak en 40% voor toedeling in de tweede helft van het tijdvak van het PAS.

Ontwikkelingsruimte kan uiteraard, maar niet alleen, door middel van een Nbw-vergunning worden toegeedeeld. Naast deze vergunning, kan toedeling ook plaatsvinden in een omgevingsvergunning waarbij de Nbw aanhaakt, een beheerplan, een bestemmingsplan dat betrekking heeft op een ontwikkelingsgebied als bedoeld in de Crisis- en herstelwet, een tracébesluit of een wegaanpassingsbesluit.²⁸ Al

dit soort besluiten worden in het PAS samen aangeduid als 'toestemmingsbesluit'. Reguliere bestemmingsplannen zijn dus geen toestemmingsbesluit.²⁹

Met behulp van AERIUS Calculator wordt vastgesteld hoeveel ontwikkelingsruimte nodig is, afgezet tegen de depositie die de activiteit veroorzaakt. De toestemmingverlening gaat dus gepaard met registratie van de voor de betrokken activiteit gebruikte ontwikkelingsruimte in AERIUS-register. Deze wordt afgeschreven van de totale ontwikkelingsruimte. De afgeschreven ontwikkelingsruimte is daarmee niet meer voor andere activiteiten beschikbaar. In het PAS wordt benadrukt dat in het toestemmingsbesluit dus geen ontwikkelingsruimte wordt "overgedragen" aan de initiatiefnemer van de activiteit: het toestemmingsbesluit bevat uitsluitend de toestemming voor de betrokken activiteit.³⁰ Het toestemmingsbesluit kan worden gewijzigd of ingetrokken als de activiteit waarop het besluit betrekking heeft niet wordt gerealiseerd. De ontwikkelingsruimte komt dan weer beschikbaar voor andere activiteiten. Half september waren er 1300 vergunningen aangevraagd en was er één verleend.³¹ Dat betekent dat alle overige door het bevoegd gezag ontvankelijk verklaarde vergunningaanvragen in de 'wachtrij' van het AERIUS-register zijn geplaatst.³²

3. De provinciale beleidsregels

Gedeputeerde staten zijn (meestal) bevoegd om toestemmingsbesluiten te nemen. In het PAS is bepaald dat als gedeputeerde staten over de wijze van toedeling geen beleidsregels vaststellen, de vrij beschikbare ontwikkelingsruimte (segment 2) wordt verdeeld op volgorde van ontvangst van de aanvraag van een toestemmingsbesluit. Elf provincies hebben echter beleidsregels vastgesteld.³³ Gedeputeerde staten van de verschillende provincies hebben binnen het Interprovinciaal Overleg (IPO) gezamenlijke uitgangspunten geformuleerd, maar met ruimte voor maatwerk per provincie. Alleen Flevoland heeft geen beleidsregels vastgesteld. De reden hiervoor is dat er binnen Flevoland geen stikstofgevoelige Natura 2000-gebieden zijn, waardoor gedeputeerde staten geen vrij beschikbare ontwikkelingsruimte (segment 2) zullen toedelen.³⁴

Als een aanvraag niet voldoet aan de eisen geformuleerd in de provinciale beleidsregels, kan dat reden zijn de aanvraag te weigeren. Het is daarom van belang kennis te nemen van

24 Bij het ontwerp partiële herziening PAS is ook een concept voor de geactualiseerde lijst gevoegd.

25 Er zijn grote verschillen tussen de gebieden. Zo is er volgens de geactualiseerde gebiedsanalyse in Voornes Duin 92 mol/ha/j depositieruimte beschikbaar, maar is 70 mol/ha/j daarvan gereserveerd voor prioritaire projecten, waardoor slechts 12 mol/ha/j vrij beschikbaar is tot 2020 of te wel 2 mol/ha/j per jaar.

26 Hoofdstuk 6 PAS.

27 PAS, p. 32-33.

28 Art. 19km Nbw.

29 Voor de gevolgen die het PAS heeft voor bestemmingsplannen, verwijst ik graag naar: M.M. Kaajan, 'Stikstof en bestemmingsplannen; met het PAS (extra) ruimte voor ontwikkeling?', *Gst.* 2015/69.

30 PAS, p. 27.

31 <http://pas.bij12.nl/content/eerste-pas-vergunning-verleend>.

32 <https://www.aerius.nl/nl/over-aerius/producten/register>.

33 Terzijde merk ik op dat het PAS eerder in werking is getreden dan het Besluit emissiearme huisvesting. Daarom hadden de provincies vooruitlopend op de inwerkingtreding van het besluit beleidsregels vastgesteld. Hierin werd bepaald dat ontwikkelingsruimte alleen werd toegeedeeld als aan een bepaalde emissiewaarde werd voldaan. Deze beleidsregels hadden dus geen betrekking op de wijze van toedeling van ontwikkelingsruimte, maar op het treffen van bronmaatregelen. Deze beleidsregels laat ik in dit artikel dan ook verder buiten beschouwing.

34 Zie www.flevoland.nl/wat-doen-we/ruimte-en-water/beleid/natura2000/pas/.

de inhoud van de verschillende beleidsregels. Deze zullen hieronder worden samengevat.

3.1 De provinciale uitgangspunten

Gedeputeerde staten hebben de volgende uitgangspunten gehanteerd als het gezamenlijke startpunt voor de provinciale beleidsregels:

- (1) aanvragen van toestemming voor activiteiten waarvoor een onevenredige hoeveelheid ontwikkelingsruimte benodigd is, wordt ontmoedigd door middel van een plafond voor toe te delen ontwikkelingsruimte, zoals een vaste maximum waarde of een maximum groeipercentage;
- (2) ontwikkelingsruimte wordt gefaseerd toegeedeeld om te voorkomen dat de beschikbare ontwikkelingsruimte snel opdraait, door middel van beperkingen aan de frequentie waarmee door steeds dezelfde aanvrager een beroep kan worden gedaan op ontwikkelingsruimte, bijvoorbeeld eens in de zes jaar of een cumulatief maximum aan depositie van de gezamenlijke aanvragen;
- (3) onnodige toedeling van ontwikkelingsruimte wordt voorkomen door aan het verlenen van toestemming als voorwaarde een termijn te stellen waarbinnen de desbetreffende activiteit daadwerkelijk wordt uitgevoerd; en
- (4) gedeputeerde staten handelen overeenkomstig de beleidsregels, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.³⁵

3.2 De provinciale beleidsregels

De meeste provincies hebben identieke beleidsregels vastgesteld. Alleen Noord-Brabant, Limburg, Zeeland en Groningen hebben afwijkende regels vastgesteld.

3.2.1 Inhoud van de identieke beleidsregels

In de beleidsregels van de provincies Friesland, Drenthe, Overijssel, Gelderland, Utrecht, Zuid-Holland³⁶ en Noord-Holland is allereerst bepaald dat bij een toestemmingsbesluit niet meer dan 3 mol stikstof per hectare per jaar aan ontwikkelingsruimte wordt toegeedeeld per PAS-programmaperiode.

Als de activiteit betrekking heeft op een inrichting geldt de waarde van 3 mol in cumulatie met andere activiteiten van dezelfde inrichting binnen één PAS-programmaperiode. Met andere woorden: in een periode van zes jaar zal nooit meer dan 3 mol aan één inrichting (en dus niet aan één project) worden toegeedeeld. Ook meldingsplichtige depositie-

ruimte³⁷ wordt betrokken bij de cumulatie. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat projecten worden opgeknipt.

De activiteit waarvoor ontwikkelingsruimte is toegeedeeld moet binnen twee jaar, na het onherroepelijk worden van het toestemmingsbesluit zijn gerealiseerd. Na twee jaar kunnen gedeputeerde staten het toestemmingsbesluit (al dan niet gedeeltelijk) intrekken of wijzigen.

Voor de toedeling van ontwikkelingsruimte geldt de volgorde van ontvangst van de volledige en ontvankelijke aanvraag voor een toestemmingsbesluit. Bij binnenkomst via de post geldt het tijdstip van 12.00 uur.

Ten slotte kunnen gedeputeerde staten de hiervoor genoemde regels buiten toepassing laten of daarvan afwijken, wanneer onverkorte toepassing ervan voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die onevenredig zijn in verhouding tot de met deze beleidsregel te dienen doelen (hardheidsclausule). Deze hardheidsclausule biedt de mogelijkheid om in bijzondere gevallen meer dan 3 mol toe te kennen, mits hiervoor natuurlijk voldoende ruimte beschikbaar is.

3.2.2 Afwijkende beleidsregels: Noord-Brabant

De beleidsregels van Noord-Brabant lijken grotendeels op de hiervoor beschreven beleidsregels. In aanvulling daarop bepalen de beleidsregels dat per periode van één jaar, maximaal 16% van de ontwikkelingsruimte, die beschikbaar is per Natura 2000-gebied voor de gehele PAS-programmaperiode van 6 jaar, worden toegeedeeld. Met andere woorden: in Noord-Brabant wordt de toedeling gelijk verspreid over de gehele programmaperiode van het PAS. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat, als in de beginperiode van het PAS (te) veel aanvragen binnenkomen, de ontwikkelingsruimte snel op is en bedrijven die later ontwikkelen daardoor niet meer een aanvraag kunnen indienen en moeten wachten tot de volgende programmaperiode. Deze extra beleidsregel is dus ook in aanvulling op – of in afwijking van – een van de uitgangspunten van het PAS over de 60%/40%-verdeling tussen de eerste en tweede helft van het tijdvak programma.

Daarnaast wordt voor de habitattypen hoogveenlandschap, actief hoogveen en zeer zwakgebufferde vennen niet meer dan 0,05 mol stikstof per hectare per jaar aan ontwikkelingsruimte toegeedeeld per PAS-programmaperiode in een toestemmingsbesluit. Deze afwijking stuit op verzet in de pluimveehouderijsector. Zij gingen ervan uit dat met de provincie een norm van 1 mol/ha/jaar was aangesproken. De vakgroep pluimveehouderij van ZLTO heeft gedeputeerde staten daarom gevraagd deze regel te laten vervallen.³⁸

Ten slotte geldt voor activiteiten waarvoor al is ingestemd met een verzoek om saldering³⁹, als datum van ontvangst van de aanvraag, de datum van ontvangst minus 6 weken,

³⁵ PAS, p. 32-33.

³⁶ Zuid-Holland heeft daarnaast voor het Haven Industrieel Complex aparte beleidsregels vastgesteld. Dit betreft ontwikkelingsruimte uit segment 1 (prioritair project).

³⁷ Hiermee doel ik op activiteiten met een depositie tussen de 0,05 en 1 mol waarvoor slechts een melding hoefde te worden gedaan. Bij een latere vergunningaanvraag wordt deze melding betrokken bij de vraag of aan een inrichting in totaal niet meer dan 3 mol ontwikkelingsruimte wordt toegeedeeld.

³⁸ www.zlto.nl/blog/238/-Aanvullende-voorwaarden-PAS-werken-averechts.

³⁹ Op grond van de Verordening stikstof en Natura2000 Noord-Brabant dan wel op grond van Verordening stikstof en Natura2000 Noord-Brabant 2013.

maar niet eerder dan 1 juli 2015. Deze voorrangsregel vervalt op 1 januari 2016.

3.2.3 *Afwijkende beleidsregels: Limburg*

Ook Limburg heeft grotendeels de 'standaard' beleidsregels overgenomen. Op twee punten wijken de beleidsregels af. De eerste afwijking heeft betrekking op Zuid-Limburg en de tweede op de zogenaamde 'interimmers'.

Gebleken is dat als in Zuid-Limburg de toe te kennen ontwikkelingsruimte beperkt wordt tot 3 mol/ha/jr, een relatief hoog percentage bedrijven op slot kan komen te zitten, terwijl door een relatief lage dichtheid van agrarische bedrijven mogelijk ontwikkelingsruimte niet zal worden benut. Daarom is voor Zuid-Limburg in de mogelijkheid voorzien om aanvullend maximaal 5 mol/ha/jr toe te delen, bovenop de reeds genoemde 3 mol/ha/jr. Deze afwijking geldt (vooral nog) niet voor veehouderijen.

De tweede afwijking ziet op de interimmers. De beleidsregel bepaalt dat in de eerste PAS-programmaperiode bij een toestemmingsbesluit geen ontwikkelingsruimte wordt toegedeeld aan in Limburg gelegen interimmers 2009. "Interimmers 2009" zijn activiteiten die in de periode van 1 februari 2009 tot en met 30 juni 2015 zonder Nbw-vergunning zijn gerealiseerd (en waarvoor ter legalisering vóór 1 juli 2015 ook geen Nbw-vergunningaanvraag is ontvangen). Gedeputeerde staten achten het redelijk om onderscheid aan te brengen tussen initiatiefnemers die conform de wet gehandeld hebben en initiatiefnemers die dit hebben nagelaten. Initiatiefnemers die voorafgaand aan het PAS naleefgedrag hebben getoond door het aanvragen van de vereiste Nbw-vergunning, krijgen door deze beleidsregel een voorsprong bij het aanvragen van ontwikkelingsruimte.

3.2.4 *Afwijkende beleidsregels: Zeeland*

De beleidsregels van gedeputeerde staten Zeeland komen overeen met de 'standaard' beleidsregels, met één uitzondering. Voor vijf Natura 2000-gebieden geldt niet de maximumwaarde van 3 mol/ha/jaar, maar 1,5 mol/ha/jaar. Voor het zesde gebied geldt wel de maximumwaarde van 3 mol. In de toelichting staat dat de reden is gelegen in de verschillen in beschikbare ontwikkelingsruimte. Beide maximumwaarden zullen na één jaar worden geëvalueerd. Als hiertoe noodzaak en ruimte aanwezig is, kan bijstelling plaatsvinden.

3.2.5 *Afwijkende beleidsregels: Groningen*

Groningen heeft – net als Noord-Brabant – een bijzondere voorrangsregeling opgenomen. De Groningse voorrangsregeling heeft alleen betrekking op toestemmingsbesluiten voor het Natura 2000-gebied Lieftinghsbroek. Als een activiteit vóór 1 juli 2015 "ter beoordeling" is voorgelegd en de formele aanvraag vóór 1 augustus 2015 wordt ontvangen, krijgen deze aanvragen voorrang. Opvallend is dat het artikellid alleen bepaalt dat de hoofdregel dat ontwikkelingsruimte wordt toebedeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen geen toepassing vindt, maar niet expliciet een alternatieve regeling is vastgelegd. Uit de preambule blijkt dat beoogd is dat enkele bedrijven die de afgelopen

jaren een bestuurlijk rechtsoordeel hebben ontvangen en die mogelijk nog meldings- of vergunningplichtig zijn voor zover de gewenste dieraantallen nog niet feitelijk zijn gerealiseerd, voorrang moeten krijgen. Dit lijkt tot gevolg te hebben dat alle aanvragen die worden ingediend in de periode tot 1 augustus zullen worden aangehouden. Pas na 1 augustus kan immers een rangorde worden opgesteld waarbij de aanvragen die voldoen aan de voorrangsregel ontwikkelingsruimte krijgen toegedeeld voor alle overige aanvragen. Een extra complicatie is dat het artikellid niet bepaalt dat de aanvragen op 1 augustus volledig een ontvankelijk moeten zijn. Bij een letterlijke uitleg van de beleidsregel zou dit betekenen dat een op 31 juli ingediende pro forma aanvraag voor een activiteit waarvoor eerder een rechtsoordeel is gegeven nog altijd voorgeeft voor een op 1 juli ingediende volledige aanvraag. Op de problematiek van onvolledige aanvragen wordt in paragraaf 4.2 nog ingegaan.

3.3 *Tussenconclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat alle provincies hebben gekozen voor een systeem waarbij ontwikkelingsruimte wordt toegedeeld op volgorde van volledige en ontvankelijke aanvragen. In het subsidierecht wordt deze verdeelmethode ook regelmatig gehanteerd. Uit jurisprudentie over subsidie zaken is een aantal aandachtspunten af te leiden bij het hanteren van deze verdeelmethode. Deze aandachtspunten zijn daarom ook voor de toedeling van ontwikkelingsruimte relevant en zullen in de volgende paragraaf worden geschetst.

4. **Aandachtspunten bij de toedeling van ontwikkelingsruimte**

In de toelichting bij de 'standaard' beleidsregels wordt gesteld dat ontwikkelingsruimte een schaars goed is. De uitgangspunten uit de beleidsregels moeten er daarom voor zorgen dat de schaarse ontwikkelingsruimte 'goed' gebruikt wordt. Daarmee wordt bedoeld dat moet worden voorkomen dat een nieuwe activiteit op een slecht gekozen locatie of uitbreiding een onevenredig groot deel van de beschikbare ontwikkelingsruimte gebruikt, waardoor er voor bestaande ondernemingen in de regio onvoldoende ruimte overblijft. Ook moet voorkomen worden dat ontwikkelingsruimte wordt toegedeeld die vervolgens niet wordt gebruikt, terwijl voor andere ontwikkelingen dan onvoldoende ruimte beschikbaar is.

Uit de vorige paragraaf bleek dat alle provincies hebben gekozen voor verdeling van de ontwikkelingsruimte op volgorde van volledige en ontvankelijke aanvragen. Dit is een verdeelmethode die ook vaak wordt gebruikt bij de verdeling van vergunningen en subsidies waar een plafond is vastgesteld, waardoor het aantal beschikbare vergunningen of subsidiegeld beperkt is. Uit jurisprudentie over subsidie- en vergunningverlening zijn aandachtspunten af te leiden die ook relevant zijn voor de toedeling van ontwikkelingsruimte. Achtereenvolgens wordt ingegaan op het plafond (§4.1), de verdeelmethode (§4.2), (g)een subsidiaire verdeelmethode (§4.3), technische complicaties (§4.4), de

hardheidsclausule (§4.5) en de intrekking bij onder- of niet benutting (§4.6).⁴⁰

4.1 *Plafond of cap*

Allereerst een terminologisch aandachtspunt. In de provinciale uitgangspunten – zoals weergegeven in paragraaf 3.1 – wordt de maximumwaarde per aanvraag aangeduid als een 'plafond'. Ik heb moeite met deze term, omdat deze in het subsidierecht een andere betekenis heeft. Artikel 4:22 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt dat onder subsidieplafond wordt verstaan: "het bedrag dat gedurende een bepaald tijdvak ten hoogste beschikbaar is voor de verstrekking van subsidies krachtens een bepaald wettelijk voorschrift". Wolswinkel omschrijft in zijn dissertatie een plafond als "het aantal publiekrechtelijke rechten dat hoogstens kan worden verleend voor een bepaalde activiteit".⁴¹ Het gaat dus om de totale gezamenlijke omvang van de beschikbare rechten.

In de context van het PAS vormt de beschikbare ontwikkelingsruimte het plafond en niet de grens van 3 mol ha/jaar. Als namelijk aan een onbeperkt aantal initiatiefnemers een toestemmingsbesluit van maximaal 3 mol/ha/jaar zou worden toegekend, zou de beschikbare ontwikkelingsruimte worden overschreden. De grens van 3 mol kwalificeert daarmee als een weigeringsgrond (of positief geformuleerd: een verleningscriterium): een aanvraag die meer dan 3 mol betreft, zal worden geweigerd. Een dergelijk 'individueel plafond' kan beter worden aangeduid als een 'cap'.⁴²

In dit verband zijn de beleidsregels van Noord-Brabant interessant, omdat zij als extra beleidsregel hebben vastgelegd dat per jaar maximaal 16% van de ontwikkelingsruimte beschikbaar is. Dit is dus wél een plafond à la het subsidieplafond van de Awb. Alle toegekende aanvragen bij elkaar mogen niet de 16%-grens overschrijden.

Gelet op het voorgaande verdient dan ook mijn voorkeur dat we de grenswaarde van 3 mol/ha/ja aanduiden als 'maximumwaarde' of 'cap' in plaats van als 'plafond'.

4.2 *Verdeelmethode: volgorde ontvangst volledige aanvragen*

In het PAS staat dat als geen nadere beleidsregels worden vastgesteld, voor toedeling de volgorde van ontvangst van de aanvraag bepalend is. Dat kan betekenen dat een aanvraag die niet volledig is, bij toedeling van ontwikkelingsruimte voorrang heeft op een aanvraag die wel volledig is. Gedeputeerde staten hebben terecht geconstateerd dat dit onwenselijk zou zijn. Daarom is bepaald dat de toedeling plaatsvindt op volgorde van volledige aanvragen. Daarnaast moet de aanvraag ook ontvankelijk zijn. Daarmee wordt bedoeld dat "dat de juiste gegevens zijn overgelegd en dat ook de inhoud van de aanvraag op orde is." Als een aanvraag niet

volledig of ontvankelijk is dan wordt de initiatiefnemer in de gelegenheid gesteld zijn aanvraag aan te vullen binnen een bepaalde periode⁴³, maar de datum van de aanvulling geldt als datum om te beoordelen of er nog wel ontwikkelingsruimte beschikbaar is.

Het rangschikken van aanvragen op volgorde van volledige aanvragen is ook bekend in het subsidierecht.⁴⁴ De noodzaak om een dergelijke bepaling op te nemen ligt in art. 4:5 Awb. Dit artikel bepaalt dat een bestuursorgaan kan besluiten een aanvraag niet te behandelen, als de aanvrager niet heeft voldaan aan enig wettelijk voorschrift⁴⁵ voor het in behandeling nemen van de aanvraag of de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van de beschikking. Dit is echter alleen mogelijk als de aanvrager de gelegenheid heeft gehad de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen. Het bestuursorgaan is dus verplicht om de aanvrager een aanvullingsmogelijkheid te bieden. Ook een onvolledige aanvraag is een aanvraag. Dat heeft tot gevolg dat op grond van de regeling van het PAS – zonder beleidsregels – een onvolledige aanvraag hoger zou kunnen worden gerangschikt dan een onvolledige aanvraag. De provincies achten dit terecht onwenselijk. Immers een initiatiefnemer die de tijd en moeite neemt om zijn project al geheel uit te werken en een volledige aanvraag in te dienen, zou niet benadeeld moeten worden ten opzichte van een ander die deze moeite niet neemt en een vrijwel blanco aanvraag indient.

Artikel 4:5 Awb zal ook bij het PAS in acht moeten worden genomen. Dat betekent dat gedeputeerde staten een aanvrager nog wel in de gelegenheid moeten stellen de aanvraag aan te vullen. Hoewel dit niet expliciet in de beleidsregel staat, zal de datum van de aanvulling dan relevant zijn voor de plaats in de rangschikking. Dat is immers het moment waarop de aanvraag 'volledig' is.⁴⁶

4.3 *Geen subsidiaire verdeelmethode*

In de beleidsregels is dus bepaald dat het moment van ontvangst van de aanvraag de rangschikking bepaalt. Bij binnenkomst via de post geldt het tijdstip van 12.00 uur om de rangschikkingvolgorde te kunnen bepalen. De vraag is nu wat gedeputeerde staten gaan doen als er meerdere aanvragen op hetzelfde moment binnenkomen en die niet allemaal toegekend kunnen worden, omdat daarvoor onvoldoende

40 Wie meer wil weten over de verdeling van schaarse rechten, verwijs ik ook graag naar mijn proefschrift: A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2015.

41 Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, diss. VU, Den Haag: Bju 2013, p. 224.

42 Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, diss. VU, Den Haag: Bju 2013, p. 244 en p. 308 e.v.

43 Aldus de toelichting bij de Beleidsregel toedeling ontwikkelingsruimte programmatische aanpak stikstof Fryslân 2015 segment 2.

44 Zie voor meer hierover: A. Drahmman, Kan het subsidierecht transparanter?, *Gst.* 2011/124, §3.2, C.J. Wolswinkel, Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd, *NTB* 2014/7, §3.2, M.J. Jacobs en W. den Ouden, Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot, *JBplus* 2011, afl. 1, p. 42 en R. Benhadi, De verdeling van schaarse stimuleringsubsidies, *PB* 2013, afl. 6, p. 4-9.

45 Terzijde merk ik hier op dat een beleidsregel geen wettelijk voorschrift is. Ook het PAS zelf kwalificeert – met uitzondering van de in het PAS vermelde projecten als beleidsregel (art. 39 Nbw, zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33669, nr. 3, p. 34 en G.C.W. van der Feltz, Programma Aanpak Stikstof ter inzage, *TO* 2015, nr. 2, p. 56.

46 Zie bijv. art. 27 van het Kaderbesluit nationale EZ-subsidies voor een voorbeeld van een regeling waarin dit wel expliciet is bepaald. Vgl. voor een meer impliciete toepassing: ABRvS 15 augustus 2007, *AB* 2008/29, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden.

ontwikkelingsruimte beschikbaar is, bijvoorbeeld omdat op 1 juli bij de post tientallen aanvragen zijn ingediend die allemaal gedateerd worden op 12:00 uur. In het subsidierecht wordt dit de "postzakproblematiek" genoemd.⁴⁷ In dat geval zal moeten worden gekozen voor een subsidiaire verdeel-methode. Volgens vaste jurisprudentie in het subsidierecht, is een loting niet onredelijk als een nadere bepaling van de volgorde van ontvangst van de aanvragen praktisch niet mogelijk is. In dat geval wordt tussen alle aanvragen die hetzelfde ontvangstmoment hebben gekregen geloot.⁴⁸

Met Jacobs en Den Ouden ben ik van mening dat het aanbeveling verdient om bij het opstellen van een regeling waarin een schaars recht wordt toegedeeld (een subsidieregeling of zoals hier het PAS) stil te staan bij de vraag of het te verwachten valt dat er zeer veel aanvragen tegelijkertijd worden ingediend en hier zo nodig (en mogelijk) rekening mee te houden in de regeling. Als dat het geval is, dan is het wenselijk dat expliciet wordt bepaald dat indien het plafond wordt bereikt op een dag waarop er meerdere aanvragen tegelijk binnenkomen, de onderlinge rangschikking van die aanvragen door middel van loting wordt bepaald.⁴⁹

Een dergelijke expliciete bepaling van de subsidiaire verdeelmethode draagt bij aan de kenbaarheid van de te volgen procedure en daarmee aan de rechtszekerheid. Overwogen zou daarom kunnen worden om voor de tweede helft van de programmaperiode (en voor Noord-Brabant al volgend jaar) vast te leggen dat indien nodig zal worden geloot.

4.4 Technische complicaties

Aanvragen kunnen zowel digitaal als per post worden ingediend. Op 2 juli verschenen berichten in de media over het massale aantal Nbw-vergunningen dat op 1 juli zou zijn aangevraagd. Adviseurs en accountants zouden om middernacht hebben klaargezeten om aanvragen in te dienen. In één dag zouden in Gelderland 27 meldingen en 45 vergunningaanvragen zijn ingediend. Om het aanvraagstelsel niet te overbelasten werd het zo ingericht dat maar een beperkt aantal gebruikers er tegelijkertijd gebruik van kon maken. Dat betekende, aldus het nieuwsbericht, dat veel aanmeldingen vertraging opliepen, of niet op het systeem binnen kwamen. Rond 1.00 uur werden technici van het RIVM ingezet om het systeem te herschikken. Rond 2.00 uur werd het systeem stilgezet en opnieuw opgestart met extra capaciteit.⁵⁰

Stel nu dat een aanvraag die door deze technische complicaties later is ingediend, wordt geweigerd omdat de ontwikkelingsruimte 'op' is? Hierover gaat de subsidie-uitspraak van het CBB van 12 oktober 2012.⁵¹ In deze procedure werd in de subsidieregeling bepaald dat aanvragen die werden ontvangen op werkdagen na 17.00 uur of op andere dagen, werden

aangemerkt als ontvangen op de eerstvolgende werkdag. Op de eerste dag dat aanvragen konden worden ingediend was er een storing op het eLoket van enkele uren (van 11.57 uur tot 14.48 uur). Om 15.13 uur had het bestuursorgaan een e-mail aan de adviseur van de subsidieaanvrager verzonden met de mededeling dat de storing weer was verholpen. Vanaf het moment van deze mededeling had de adviseur dus nog ongeveer één uur en drie kwartier om de aanvraag vóór 17.00 uur in te dienen. De adviseur was echter in bespreking tot 16.00, waardoor hij de e-mail pas om 16.15 heeft gelezen en de aanvraag om 17:01:18 uur door het bestuursorgaan ontvangen. Het bestuursorgaan registreert – in overeenstemming met de subsidieregeling – de volgende werkdag als ontvangstdatum van de aanvraag. Op die datum was het plafond echter al bereikt, waardoor de aanvraag wordt afgewezen. De (adviseur van de) aanvrager legt zich hier niet bij neer. In hoger beroep oordeelt het CBB dat uit de stukken blijkt dat het invullen van een aanvraag ongeveer een uur in beslag neemt en dat na de storing dus nog (net) voldoende tijd resteerde. Dat de adviseur van de aanvrager een bespreking had, komt voor zijn rekening en risico.

Ik hoop dat de capaciteitsproblemen op 1 juli jl. geen consequenties hebben gehad voor het kunnen verlenen van aanvragen en het kunnen accepteren van meldingen.⁵² Mocht dit toch het geval zijn dan ben ik benieuwd hoe gedeputeerde staten en vervolgens de bestuursrechter hiermee zullen omgaan.

4.5 Hardheidsclausule

In de beleidsregel is een hardheidsclausule opgenomen. In de toelichting bij de beleidsregel wordt expliciet gesteld dat daarmee een ruimere afwijkingsbevoegdheid wordt beoogd dan de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb. Deze inherente afwijkingsbevoegdheid is namelijk bedoeld voor gevallen die niet konden worden voorzien. Deze hardheidsclausule zou gedeputeerde staten (meer) ruimte moeten geven om af te wijken van de beleidsregels in gevallen waarin toepassing van de beleidsregel onevenredig zou zijn – ook in voorzienbare gevallen.

De gekozen ruime afwijkingsmogelijkheid is discutabel als deze vergeleken wordt met een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een subsidieprocedure waarbij subsidies werden verdeeld door middel van een tender (vergelijkende toets). Hierin oordeelde de Afdeling dat kenmerkend voor de verdeling van subsidie via een tendersysteem is dat alle aanvragen op basis van gelijke criteria onderling worden vergeleken en beoordeeld. "Voorop gesteld wordt dat bij een dergelijke procedure in beginsel geen ruimte bestaat om in individuele gevallen uitzonderingen toe te staan."⁵³ Mij is geen jurisprudentie bekend waarin eenzelfde oordeel wordt gegeven bij een subsidie op volgorde van ontvangst van de aanvragen. Mijns inziens zou de bestuursrechter in dat geval tot eenzelfde oordeel moeten komen. Bij alle besluiten waarbij schaarse rechten, zoals

47 Zie voor meer hierover o.a. Jacobs en Den Ouden, *JBplus* 2011, afl. 1, p. 44 en Benhadi, *PB* 2013, afl. 6, p. 4-9.

48 O.a. ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2008/28, m.nt. J.H.A. van der Grinten en W. den Ouden. Zie voor een vergelijkbaar oordeel van het CBB bij het verdelen van vergunningen: CBB 30 december 2009, *AB* 2010/265, m.nt. C.J. Wolswinkel.

49 Jacobs en Den Ouden, *JBplus* 2011, afl. 1, p. 44.

50 O.a. www.agriholland.nl/nieuws/artikel.html?id=171519.

51 CBB 12 oktober 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0204. Zie ook Benhadi, *PB* 2013, afl. 6, p. 4-9.

52 In het bijzonder denk ik daarbij aan de gebieden waar de beschikbare ontwikkelingsruimte nu al kleiner is dan 95% waardoor de grenswaarde van rechtswege is verlaagd naar 0,05 mol/ha/jaar.

53 ABRvS 24 april 2013, *AB* 2013/327, m.nt. C.J. Wolswinkel.

ontwikkelingsrechten, worden toegeedeeld, staat de gelijke behandeling van alle (potentiële) aanvragers voorop. Om die gelijke behandeling te kunnen realiseren is het noodzakelijk dat er in beginsel geen ruimte bestaat om af te wijken van een beleidsregel waarin de verdeelprocedure is vastgelegd. Een ander bezwaar dat kan worden aangevoerd tegen de hardheidsclausule is dat, nu expliciet in de beleidsregels is vastgelegd dat gekozen is voor ruime afwijkingmogelijkheden, ik verwacht dat initiatiefnemers onder het mom 'baat het niet, schaadt het niet' zich niet geremd zullen voelen door de cap van 3 mol/ha/jaar. Iedere initiatiefnemer zal zijn eigen project immers bijzonder vinden en het niet kunnen doorgaan daarvan onevenredig achten. De beleidsregel bevat geen enkel handvat voor de vraag hoe bestuursorganen (en vervolgens de bestuursrechter) met dergelijke beroepen op de hardheidsclausule dienen om te gaan. Het risico van willekeur ligt dan op de loer hetgeen evident onwenselijk is.

4.6 Intrekking en weigering bij geen gebruik

Alle beleidsregels bepalen ten slotte dat de activiteit binnen twee jaar moet zijn gerealiseerd. Als dat niet het geval is, kunnen gedeputeerde staten het toestemmingsbesluit (al dan niet gedeeltelijk) intrekken of wijzigen.⁵⁴ Deze intrekkingmogelijkheid juich ik toe. Sterker nog, ik zou willen stellen dat (in beginsel) sprake is van een intrekkingplicht. Doordat een toestemmingsbesluit is gericht aan een bepaalde partij, is het mogelijk dat een of meerdere andere partijen hun initiatief (bijvoorbeeld de uitbreiding van hun bedrijf) niet konden uitvoeren, omdat daarvoor onvoldoende ontwikkelingsruimte beschikbaar is. Dat is onwenselijk. Het PAS moet zo veel mogelijk economische ontwikkeling met behoud van natuur mogelijk maken, uitgegeven maar onbenutte ontwikkelingsruimte past daar niet bij. Gedeputeerde staten zullen de twee jaarstermijn dan ook nauwkeurig in de gaten moeten houden en indien nodig tot intrekking van het toestemmingsbesluit moeten overgaan. Ook hier is jurisprudentie uit het subsidierecht om twee redenen interessant.

Ten eerste blijkt uit jurisprudentie dat derden een verzoek tot intrekking aan gedeputeerde staten kunnen richten. Dit kunnen concurrerende bedrijven zijn die voor de vrijgekomen ontwikkelingsruimte in aanmerking willen komen. Zo heeft de Afdeling in een zaak waarin om terugvordering van een subsidie werd verzocht, geoordeeld dat een derde op grond van zijn concurrentiepositie kan worden aangemerkt als belanghebbende indien de subsidie waarvan de terugvordering wordt verzocht strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is. Door terugbetaling van de subsidie kan worden bewerkstelligd dat de concurrentieverhoudingen worden hersteld.⁵⁵ In het kader van het toedelen van ontwikkelingsruimte is verdedigbaar dat derden die aannemelijk kunnen maken dat zij gebruik zouden willen maken van "dezelfde" ontwikkelingsruimte – oftewel voor hetzelfde

Natura 2000-gebied – aangemerkt zouden moeten worden bij een verzoek tot intrekking van een toestemmingsbesluit wegens het niet gebruiken ervan.⁵⁶

Een tweede vraag is of de ontwikkelingsruimte geheel of gedeeltelijk moet worden ingetrokken. Bij subsidiënten wordt het niet onevenredig geacht dat als een project slechts gedeeltelijk is uitgevoerd, de subsidie op nihil wordt vastgesteld. De reden hiervoor is dat bij een tendersysteem, de rangorde van plaatsing van een project in belangrijke mate wordt bepaald door de inhoud van het aangevraagde project. Daarom moet een project in beginsel ook daadwerkelijk conform het projectplan worden uitgevoerd. Het toekennen van een proportionele subsidiebijdrage zou een premie betekenen op het slechte gedrag van de aanvrager.⁵⁷ Het is de vraag in hoeverre deze jurisprudentielijn ook kan worden toegepast bij de toedeling van ontwikkelingsruimte. Aan de ene kant is de inhoud van het project niet leidend voor de toedeling, maar het moment van de aanvraag. Er is geen sprake van een tender. Aan de andere kant heeft die initiatiefnemer door onnodig ontwikkelingsruimte te claimen, de doelen een het systeem van het PAS en concurrenten die geen ontwikkelingsruimte meer konden krijgen (bewust of onbewust) geschaad, hetgeen niet beloond zou moeten worden met een 'premie'. De concurrent zal een gedeeltelijke intrekking wellicht beschouwen als een 'premie', terwijl de initiatiefnemer de volledige intrekking juist zal ervaren als een 'sanctie'. Een volledige intrekking van een toestemmingsbesluit, terwijl een activiteit wel gedeeltelijk worden verricht, zou immers betekenen dat die activiteit vanaf dat moment illegaal wordt verricht en moet worden beëindigd. Dit heeft grote, misschien onevenredige gevolgen, voor de initiatiefnemer. Voorstelbaar is dat daarom de mate van verwijtbaarheid van de on(der)benutting een rol gaat spelen bij de (gedeeltelijke) intrekking. De vraag of gedeeltelijke of volledige intrekking het uitgangspunt zou moeten zijn en of volledige intrekking een bestraffende of herstelsanctie is, zal ongetwijfeld over enige jaren aan de bestuursrechter worden voorgelegd.⁵⁸

Gedeputeerde staten zouden er ook voor kunnen kiezen om dit niet af te wachten en zelf in de beleidsregel meer duidelijkheid te geven over de toepassing van deze bevoegdheid. Stel nu dat de toedeling plaatsvindt bij Nbw-vergunning en deze vergunning onherroepelijk wordt, maar tegen de later verleende omgevingsvergunning wel rechtsmiddelen worden aangewend waardoor de twee jaren-termijn snel nadert. Moet de initiatiefnemer dan om intrekking van het toedelingsbesluit te voorkomen voor eigen risico beginnen met de activiteit? Of kan de twee jaren-termijn in een der-

54 Deze intrekkingbevoegdheid staat in artikel 19km lid 5 Nbw.

55 ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.

56 Ook de vraag in hoeverre initiatiefnemers kunnen en moeten opkomen tegen de toedeling aan een concurrent is interessant. Voor hier volsta ik met een verwijzing naar de recente uitspraak over een subsidietender: ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258.

57 CBb 25 augustus 2005, AB 2005/390, m.nt. J.H. van der Veer.

58 Ik verwijs naar C.L.G.F.H. Albers, De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie, NTB 2009/24.

gelijk geval worden verlengd?⁵⁹ Ook zou overwogen kunnen worden om aan het toestemmingsbesluit de verplichting te verbinden dat de initiatiefnemer het bij GS moet melden als de ontwikkelingsruimte niet of niet volledig wordt benut. Aan het niet of te laat melden zou vervolgens een consequentie in de vorm van (gedeeltelijke) intrekking kunnen worden verbonden.⁶⁰ Door een dergelijke uitwerking van de beleidsregels wordt nog altijd gezorgd voor een optimale benutting van de ontwikkelingsruimte en wordt meer duidelijkheid aan de initiatiefnemers gegeven over de wijze waarop de ruime intrekkings- en wijzigingsbevoegdheid zal worden toegepast.

4.7 Tussenconclusie

De verdeling op volgorde van ontvangst van aanvragen is een in beginsel een adequaat verdeelsysteem. Toch heeft de toepassing van deze methode, met name in het subsidierecht, geleid tot juridische procedures. Hierboven is een aantal aandachtspunten geschetst die ook bij de toedeling van ontwikkelingsruimte een rol kunnen gaan spelen. In het bijzonder zijn de volgende drie punten van belang:

- Wat doen gedeputeerde staten als op 1 dag zoveel aanvragen zijn ontvangen dat ze niet allemaal kunnen worden toegedeeld en, bij aanvragen via de post, ook allemaal 12.00 als ontvangstmoment hebben? Het is logisch om dan te gaan loten.
- Wat doen gedeputeerde staten als een initiatiefnemer stelt dat hij eerder een aanvraag had kunnen indienen als er op 1 juli geen technische complicaties waren geweest? Voor wiens rekening en risico komt dit? Laten we hopen dat in geen enkel Natura 2000-gebied de ontwikkelingsruimte na één dag al 'op' is zodat deze vragen daadwerkelijk gaan spelen. Als voor de volgende periode nieuwe ontwikkelingsruimte beschikbaar komt, verdienen deze technische aspecten opnieuw aandacht.
- Wat doen gedeputeerde staten als over twee jaar de eerste intrekkingsverzoeken worden ingediend wegens onbenutte ontwikkelingsruimte? Hoewel er sprake is van een kan-bepaling kan mijns inziens gesproken worden van een beginselplicht tot intrekking.

Naast bovenstaande aandachtspunten, is een nadeel van verdeling op volgorde van ontvangst van aanvragen wel dat er geen sturing op kwaliteit mogelijk is: wie kan de meeste activiteiten ontwikkelen tegen de laagste milieukosten? Op deze alternatieve verdeelmethodes wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

5. Was een andere verdeelmethode denkbaar geweest?

In de vorige paragraaf is al ingegaan op een aantal aandachtspunten voor de toedeling van ontwikkelingsruimte. Deze aandachtspunten volgen uit jurisprudentie over subsidie- en vergunningverlening op volgorde van volledige aanvragen. Bij subsidie- en vergunningverlening wordt soms ook voor een andere verdeelmethode gekozen, bijvoorbeeld een loting of vergelijkende toets (tender).⁶¹ In deze paragraaf zal ik ingaan op de vraag of een andere verdeelmethode hier ook denkbaar zou zijn geweest.

5.1 Verdeling op volgorde van ontvangst, loting of tender?

Bij de verdeling op volgorde van binnenkomst of ontvangst van de aanvragen wordt een aanvraag hoger gerangschikt naarmate deze aanvraag eerder is ontvangen. Bij een loting wordt door een toevalsmechanisme bepaald aan welke aanvragers een recht wordt toegekend. Bij een vergelijkende toets worden andere verdeelcriteria gehanteerd dan het moment van ontvangst van de aanvraag of het lotnummer.⁶² Bij een vergelijkende toets kan het bestuursorgaan verdeelcriteria hantieren die betrekking hebben op bepaalde kenmerken uit de aanvraag of aanvrager. Op basis van die kenmerken wordt dan de rangschikking bepaald. Daarom wordt de vergelijkende toets soms ook 'kwalitatieve toets' of 'beauty contest' genoemd.

Om te bepalen welke methode geschikt is, zal het bestuursorgaan allereerst een beleidsmatige keuze moeten maken, namelijk of de verschillen tussen aanvragen en aanvragers belangrijk zijn. Bij subsidies wil een bestuursorgaan soms alleen de beste projectvoorstellen subsidiëren en wordt daarom gekozen voor een tender. Vaak is het echter ook voldoende dat aan bepaalde minimumeisen (de weigeringsgronden) wordt voldaan. In dat geval zijn de loting of verdeling op volgorde van de aanvragen geschikte methodes.

Bij de toedeling van ontwikkelingsruimte, is gekozen voor verdeling op volgorde van ontvangst van de aanvragen. Dat betekent dat alle aanvragen die voldoen aan de in de Nbw en beleidsregels neergelegde criteria (zoals de 3 mol/ha/jaar-cap) voor toedeling in aanmerking komen. Er zijn (ten minste) twee redenen te geven waarom ook een andere methode denkbaar zou zijn geweest.

De eerste reden is al in de eerste paragraaf aan de orde gekomen: de kwetsbaarheid van het (technische) systeem om het moment van ontvangst te bepalen en het risico van overbelasting van dat systeem. Dit risico had reden kunnen zijn om te kiezen voor een ruimere aanvraagperiode gevolgd door een loting. Gedeputeerde staten hadden er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen dat ieder jaar van 1 juli tot

59 Zie over de geschilbeslechting bij schaarse publieke rechten o.a. B.J. Schueler, 'Bestuursrechtelijke beslechting van geschillen over de verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Bju 2011, p. 363-378, i.h.b. p. 365-368.

60 Vgl. ABRvS 26 januari 2011, JB 2011/49, m.nt. B. de Kam.

61 De veiling laat ik in dit artikel buiten beschouwing, omdat aannemelijk is dat als de wetgever dit mechanisme voor ogen had gehad, dit in de Nbw zou zijn neergelegd. Vgl. de handel in emissierechten op grond van de Wet milieubeheer en de frequentievergunning in de Telecommunicatiewet. In het PAS wordt nu juist benadrukt dat de ontwikkelingsruimte niet overdraagbaar is.

62 Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, diss. VU, Den Haag: Bju 2013, p. 150-157.

1 augustus⁶³ aanvragen kunnen worden ingediend. Tussen alle aanvragen die in die maand worden ingediend, zal worden geloot. De ontwikkelingsruimte zal op volgorde van lotnummers worden toegedeeld. Het nadeel van een dergelijke methode is dat initiatiefnemers maar één of twee keer per jaar een aanvraag kunnen indienen. Zij zullen hier hun bedrijfsvoering op moeten aanpassen. Ook voor gedeputeerde staten ontstaan er dan piekbelastingmomenten waarbij de toedelingsbesluiten moeten worden genomen. Een voordeel van de methode is dat voor iedere lotingsronde de effecten van de monitoring en onbenutte ontwikkelingsruimte kunnen worden meegenomen bij het bepalen van de actuele beschikbare ontwikkelingsruimte.

De tweede reden heeft betrekking op de vraag of toch niet een meer inhoudelijke toets mogelijk en wenselijk was geweest. In paragraaf 3.2 is de afwijkende beleidsregel van Noord-Brabant beschreven waarbij voor een aantal Natura 2000-gebieden niet de 3 mol/ha/jaar-cap wordt gehanteerd, maar een cap van slechts 0,05 mol/ha/jaar. ZLTO verzet zich hier tegen. Een van de aangevoerde argumenten is dat door deze keuze de 'voorlopers' worden gestraft: "Bedrijven die de nieuwste en best denkbare technieken hebben toegepast, kunnen niet meer uitbreiden (...). Dat staat in schril contrast met de bedrijven die nog (niet-duurzame) oude stallen hebben. Deze bedrijven hebben het makkelijker om binnen hun emissieplafond te blijven."⁶⁴ Ik vraag me af in hoeverre het mogelijk is om een verdeelsysteem te hanteren waarbij deze voorlopers worden beloond voor hun inspanningen. Bij verdeling op volgorde van ontvangst van de aanvragen kan dit alleen door bedrijven met 'oude stallen' geheel uit te sluiten (door dit als weigeringsgrond op te nemen).⁶⁵ Een andere optie kan zijn door een vergelijkende toets te hanteren, waarbij initiatiefnemers hoger gerangschikt worden afhankelijk van hun duurzaamheid. Een vaak genoemd nadeel van een tender is dat de uitvoering arbeidsintensiever is, omdat een kwalitatieve beoordeling nu eenmaal meer tijd (en daarmee geld) kost dan de beoordeling wanneer een aanvraag is binnengekomen. Ook kan een kwalitatieve rangschikking tot meer en complexere geschillen leiden. Dit is met name een risico als de kwaliteitsmaatstaven open zijn geformuleerd, waardoor meer discussie mogelijk is over de gemaakte rangschikking. Bij de afweging of een tender een geschikt alternatief is voor verdeling op volgorde van ontvangst van de aanvragen, moeten ook deze aspecten naast de beleidsmatige afweging of selectie op kwaliteit wenselijk is, worden betrokken. Als een tenderprocedure ervoor zou kunnen zorgen dat milieuvriendelijkere, duurzamere activiteiten en daardoor misschien zelfs meer activiteiten kunnen worden toegedeeld dan zou dat de extra inspanning mijns inziens rechtvaardigen.

5.2 Deelplafonds

Een ander opvallend aspect van de gekozen verdeelmethode is dat niet is gekozen voor deelplafonds.⁶⁶ Een deelplafond is een afzonderlijk plafond dat geldt voor een bepaald soort rechten. Een deelplafond kan betrekking hebben op een bepaald gebied, een bepaalde modaliteit van een activiteit of op categorieën van aanvragers.⁶⁷

In het kader van de toedeling van ontwikkelingsruimte zou wellicht ook gebruikgemaakt kunnen worden van deelplafonds. Zo had bijvoorbeeld onderscheid gemaakt kunnen worden tussen industriële, agrarische, ruimtelijke en infrastructuurle activiteiten. Door deelplafonds in te stellen kan ervoor worden gezorgd dat alle sectoren gegarandeerd in aanmerking komen voor een deel van de ontwikkelingsruimte.

Een deelplafond had ook kunnen worden ingesteld voor de interimers. Limburg heeft deze categorie nu geheel uitgesloten, omdat zij onderscheid wilden aanbrengen tussen initiatiefnemers die conform de wet gehandeld hebben en initiatiefnemers die dit hebben nagelaten. Hoewel deze uitsluiting begrijpelijk is – en het wellicht zelfs verbaast dat Limburg de enige provincie is die deze regel heeft vastgesteld – had een alternatief kunnen zijn om een (klein) deel van de ontwikkelingsruimte voor interimers te reserveren. Zo is voor deze groep minder ruimte beschikbaar dan voor andere initiatiefnemers, maar is enige uitbreiding nog wel mogelijk.

5.3 Tussenconclusie

Hiervoor zijn twee alternatieven voor verdeling op volgorde van ontvangst van de aanvragen geschetst, namelijk loting of een vergelijkende toets. Alle drie methodes hebben voor- en nadelen. Het komende jaar zal moeten uitwijzen hoe het huidige systeem werkt. Mocht daaruit blijken dat het wenselijk is om meer op 'kwaliteit', bijvoorbeeld de duurzaamheid van de initiatiefnemer, te sturen, dan zou overwogen kunnen worden voor de volgende programmaperiode over te stappen naar een kwalitatieve toets (tender).

6. Afronding

De Staatssecretaris van Economische Zaken heeft de Tweede Kamer bericht dat, omdat het om een nieuwe benadering gaat, erover wordt gedacht om de werking van de beleidsregels na een jaar te evalueren.⁶⁸ Mijns inziens zou ook de gekozen verdeelmethode bij deze evaluatie betrokken moeten worden. Allereerst is het wenselijk dat in de beleidsregels wordt geëxpliciteerd dat: (i) de datum van de aanvulling van een aanvraag relevant is voor de plaats in de rangschikking; en (ii) – indien nodig – loting als subsidiaire verdeelmethode zal worden gehanteerd. Daarnaast zou een evaluatie mede betrekking moeten hebben op de volgende aspecten:

63 Of ieder half jaar (met van 1 januari tot 1 februari als extra periode).

64 www.brabant.nl/politiek-en-bestuur/provinciale-staten/vergaderstukken-en-besluiten-ps-en-commissies/zoeken/download.aspx?qvi=54271.

65 Vergelijk de door Limburg ingevoerde weigeringsgrond ten aanzien van interimers.

66 In het aanbestedingsrecht wordt ook wel gesproken over 'percelen' of 'kavels'.

67 Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten*, diss. VU, Den Haag: Bju 2013, p. 244.

68 *Kamerstukken II 2014/15*, 33037, nr. 155, p. 2.

- Wat is de snelheid waarmee de beschikbare ontwikkelingsruimte is benut en in hoeverre is het instellen van een deelplafond wenselijk, bijvoorbeeld door (zoals Noord-Brabant heeft gedaan) jaarlijks 16% ontwikkelingsruimte ter beschikking stellen?
- In hoeverre hebben de technische complicaties (overbelasting en rekenfouten) in het digitale systeem ertoe geleid dat initiatiefnemers later of zelfs te laat een aanvraag hebben ingediend? Als dit het geval is, zal óf de techniek moeten worden verbeterd óf voor een andere verdeelmethode, bijvoorbeeld loting, moeten worden gekozen.
- In hoeverre is gebruikgemaakt van de hardheidsclausule, waarbij zowel (i) het aantal keer dat er een beroep op is gedaan als; (ii) het aantal keer dat het is toegekend? Op basis daarvan zou bezien moeten worden in hoeverre het wenselijk is deze open clausule te handhaven of dat het wenselijker is de beleidsregel nader in te vullen, waardoor een hardheidsclausule niet meer nodig is.
- Na circa drie jaar zou geëvalueerd moeten worden: (i) hoeveel toegedeelde ontwikkelingsruimte na twee jaar onbenut is gebleven; en (ii) in hoeverre gedeputeerde staten van hun intrekings- en wijzigingsbevoegdheid gebruik hebben gemaakt. Voor een goedwerkend systeem is het wenselijk dat ook daadwerkelijk van deze bevoegdheid gebruikgemaakt wordt.
- Aan wie (welke categorieën) is ontwikkelingsruimte toegedeeld in het eerste jaar? Daarbij zou onderscheid gemaakt kunnen worden naar bijvoorbeeld sector (industriële, agrarische, ruimtelijke en infrastructuurele activiteiten) en interimmers. Bij een onevenredige verdeling zou het instellen van deelplafonds wenselijk kunnen zijn.
- In hoeverre is het 'belonen' van duurzaamheid mogelijk door duurzame bedrijven eerder voor ontwikkelingsruimte in aanmerking te laten komen? Als dat het geval is, zou een kwalitatieve toets (tender) wellicht een goede alternatieve verdeelmethode zijn.
Door deze punten te betrekken bij de evaluatie kan de toedeling van ontwikkelingsruimte verder worden geoptimaliseerd.