



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2012). De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht. *Bouwrecht*, 2012(12), 857-869. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68100>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68100>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De betekenis van het transparantiebeginsel voor het omgevingsrecht

161

Een verkenning van de mogelijkheden om in de Omgevingswet schaarse publieke rechten transparant te verdelen.

1. Inleiding

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag of in de Omgevingswet een transparante verdelingsprocedure zou moeten worden opgenomen voor de verdeling van (milieu)gebruiksruimte. Ruimte is namelijk schaars. Dit heeft enerzijds tot gevolg dat de overheid in het kader van het publieke belang een optimale verdeling van de openbare ruimte wenst en anderzijds meerdere (markt)partijen in aanmerking willen komen voor de ontwikkeling van die schaarse ruimte. Op grond van de aanbestedingsrichtlijnen moeten opdrachten transparant worden verleend. In het omgevingsrecht wordt met name gedacht aan toepassing van het transparantiebeginsel bij aanbestedingsplichtige projectontwikkelingen. Dit wordt door marktpartijen echter niet altijd afdoende gevonden. De uitspraak van de Rechtbank Assen van 30 mei 2012 is hier een illustratie van.² In deze zaak wordt ingegaan op de privaatrechtelijke vraag of een gemeente in het kader van een projectontwikkeling aanbestedingsplichtig is als zij één apotheker toestemming geeft om zich te vestigen op grond die in eigendom is (of is geweest) van de gemeente en deze toestemming tot gevolg heeft dat een andere apotheker wordt uitgesloten.

Dit artikel gaat niet over de vraag wanneer een gemeente op grond van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) aanbestedingsplichtig is. Wel wordt ingegaan op de vraag of de gemeente over publiekrechtelijke bevoegdheden beschikt om één partij een recht te verlenen ten koste van andere partijen. Hiervan kan mijns inziens onder omstandigheden sprake zijn bij het vaststellen van een bestemmingsplan (die na de inwerkingtreding van de Omgevingswet een omgevingsverordening zal worden)

of een programmatische aanpak. Op verschillende manieren wordt getracht de milieugebruiksruimte te maximaliseren en vervolgens te (her)verdelen. De vervolgvraag is of, en zo ja hoe, bij de verdeling van een dergelijk schaars recht (net als bij het aanbestedingsrecht) het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen. Hierbij zal in het bijzonder worden ingegaan op de vraag of in de Omgevingswet (of in een op de Omgevingswet gebaseerde AMvB) een transparante verdelingsprocedure opgenomen zou moeten worden. In een ambtelijke versie van het ontwerp Omgevingswet die ik heb gezien, was nog niet een dergelijke verdelingsprocedure opgenomen.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt kort ingegaan op de vraag wat het transparantiebeginsel is en wat thans de reikwijdte van dit beginsel is (par. 2 en 3). Vervolgens wordt een voorstel gedaan om een transparante verdelingsregeling op te nemen in de Omgevingswet (par. 4). Daarbij wordt met name ingegaan op twee instrumenten die naar verwachting in de Omgevingswet zullen worden opgenomen, namelijk de programmatische aanpak en de omgevingsvergunning, waarbij ook aandacht wordt besteed aan het voorstel om bestemmingen voortaan te reguleren via de omgevingsverordening.³

2. Wat is het transparantiebeginsel?

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad⁴ en het Hof van Justitie⁵ strekt het transparantiebeginsel in essentie ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Kort samengevat betekent dit dat aanbestedende diensten bij het begin van een aanbestedingsprocedure een 'passende mate van openbaarheid' moeten betrachten. De aanbestedende dienst moet het voornemen een opdracht te plaatsen openbaar maken. Ook alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure moeten in deze aankondiging (of in een document waar de aankondiging naar verwijst) worden geformuleerd. Dit moet gebeuren op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. De Hoge Raad formuleert het als volgt:

"Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten

¹ Annemarie Drahmman is promovenda aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden en senior Professional Support Lawyer bij Stibbe.

² Rb. Assen 30 mei 2012, BR 2012/127, m.nt. A. Drahmman. In deze uitspraak gaat het over de vraag of een gemeente een aanbesteding moet organiseren als zij bepaalt dat zich maar één apotheker mag vestigen op grond die in eigendom is (of is geweest) van de gemeente. Kort samengevat (en gesimplificeerd) heeft het geschil betrekking op het volgende. De gemeente Assen realiseert een nieuwbouwproject. Onderdeel van dit project vormt de bouw van één gezondheidscentrum. In de aanloop tot de nieuwbouw vestigen twee apothekers zich in een tijdelijke noodbouw. Stichting STEK en de gemeente besluiten dat de aanbieder met het grootste aantal klanten zich in de nieuwbouw mag vestigen. De apotheker die moet verdwijnen is het hier niet mee eens en betoogt in deze procedure bij de rechtbank dat er een aanbestedingsprocedure georganiseerd had moeten worden.

³ Zie de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamersstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3).

⁴ O.a. HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

⁵ O.a. HvJ EG 29 april 2004, nr. C-496/99 (Succhi di Frutta).

dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Een en ander brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaats heeft, zoals de selectiecriteria.⁶

Er is dan ook een samenhang tussen het transparantiebeginsel en de vraag wanneer er mededinging op (of om) de markt moet worden gecreëerd. Als er sprake is van een selectie van één marktpartij (of enkele) ten koste van anderen, moet het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Op deze reikwijdte van het beginsel wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

3. Reikwijdte transparantiebeginsel binnen huidige projectontwikkeling

Het transparantiebeginsel moet zowel in acht worden genomen bij het gunnen van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht⁷ als bij het sluiten van concessieovereenkomsten.⁸ Daarnaast kan het transparantiebeginsel ook een rol spelen bij bepaalde vormen van (schaarse) vergunningverlening waarbij exclusieve rechten worden verleend.⁹ Het transparantiebeginsel speelt tot op heden met name een rol in het privaatrechtelijke deel van het omgevingsrecht (gebiedsontwikkeling). In het kader van het opstellen van PPS-contracten tussen een overheid en private partij zal

altijd de vraag aan de orde moeten komen of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht waarbij het transparantiebeginsel in acht moet worden genomen.¹⁰

Over deze privaatrechtelijke aspecten is al veel geschreven en deze zal ik hier in beginsel verder buiten beschouwing laten.¹¹ De rol die de overheid speelt bij gebiedsontwikkeling is niet beperkt tot het privaatrecht. Zo kan een gemeenteraad door het vaststellen van een bestemmingsplan bepalen welk gebruik waar in het kader van een goede ruimtelijke ordening gewenst dan wel verboden is. Door middel van de wettelijke inspraakmogelijkheden¹² of door het sluiten van bevoegdheidsovereenkomsten¹³ kan de inhoud van het bestemmingsplan beïnvloed worden, maar uiteindelijk is het vaststellingsbesluit een eenzijdig publiekrechtelijk besluit. Op een dergelijk besluit is het klassieke aanbestedingsrecht niet van toepassing. Desalniettemin kan een dergelijk besluit wel tot gevolg hebben dat slechts één partij ontwikkelingsmogelijkheden krijgt ten koste van anderen. Uit vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat het transparantiebeginsel rechtstreeks voortvloeit uit het Unierecht.¹⁴ De transparantieverplichting is een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer.¹⁵ In het omgevingsrecht worden ook besluiten genomen die aan een ondernemer een exclusief recht verlenen ten koste van een andere ondernemer. In de volgende paragraaf zullen enkele voorbeelden aan de orde komen van bestuursrechtelijke besluiten waar het transparantiebeginsel een rol zou kunnen spelen bij de verdeling van deze besluiten.

Het transparantiebeginsel vloeit rechtstreeks voort uit het Unierecht, maar het Unierecht is alleen van toepassing bij grensoverschrijdendheid. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten en vestiging zijn dus niet van toepassing bij zuiver interne situaties.¹⁶ De vraag wanneer

6 R.o. 4.3.2. van HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

7 Op grond van art. 2 Richtlijn 2004/18/EG (Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) moeten aanbestedende diensten transparant handelen bij het gunnen van een overheidsopdracht.

8 O.a. HvJ EG 21 juli 2005, nr. C-231/03 (Coname) (E.J. Stalenberg, 'De zaak Co.Na.Me. Voorlopig eindpunt in een campagne van de Europese Commissie met als doelstelling: meer aanbesteden', BR 2005/194). Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van het transparantiebeginsel in de jurisprudentie: H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel. Een bespreking van het arrest Engelmänn (zaak C-64/08) en tien jaar transparantierechtspraak van het Hof van Justitie', NTER 2011, p. 77 e.v.

9 HvJ EU 3 juni 2010, nr. C-203/08 (Betfair), AB 2011/17, m.nt. A. Buijze; JB 2010/171, m.nt. C.J. Wolswinkel en NJ 2010/491, m.nt. M.R. Mok. Zie tevens: A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', NTB 2012/25.

10 Hierbij kan bijv. gedacht worden aan de gevolgen die de arresten *Scala* (HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98; A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding: een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', BR 2002, afl. 1, p. 10 e.v.), *Auroux* (of *Roanne*; HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 en *Müller* (HvJ EG van 25 maart 2010, nr. C-451/08; o.a. Kuypers & Simon, 'Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: Het Hof ploegt het veld maar zaait ook twijfel', BR 2010/104) hebben gehad voor de gebiedsontwikkelingspraktijk.

11 Ik verwijs voor een recent overzicht graag naar de kroniek van Parlevliet: W.H.E. Parlevliet, 'Kroniek van het Aanbestedingsrecht', BR 2012/63 alsmede naar D. van Tilburg, 'Schaarste en mededinging bij gronduitgifte en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten', BR 2012/31.

12 Tegen een ontwerpbestemmingsplan kan een zienswijze worden ingediend (art. 3.8 Wro) en tegen het vastgestelde bestemmingsplan kan beroep worden ingesteld bij de ABRvS (art. 8.2 Wro).

13 Zie hierover uitgebreid: P.J. Huisman, *De bevoegdheidsovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Den Haag: Bju 2012.

14 Zie naast het eerdergenoemde *Coname*-arrest en *Betfair*-arrest, bijv. ook HvJ EG 21 februari 2008, nr. C-412/04 (*Commissie/Italië*), BR 2008/111, m.nt. P.H.J.M. Kuypers.

15 Aldus het eerdergenoemde *Betfair*-arrest.

16 Zie bijv. ABRvS 23 november 2011, LJN BU5444.

sprake is van een zuiver interne situatie mag niet te terughoudend worden beantwoord.¹⁷ Daarnaast betwijfel ik of het wenselijk is dat bij grensoverschrijdende situaties andere normen gelden dan bij zuiver interne situaties. Een dergelijke rechtsongelijkheid tussen Unieburgers is moeilijk te rechtvaardigen, zeker als het een norm als het transparantiebeginsel betreft dat partijen moet beschermen tegen favoritisme en willekeur van de overheid. In aanvulling daarop is van belang dat de transparantieplichting bij zuiver interne situaties eenvoudig kan worden ingelezen in bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Inmiddels is het al vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) dat aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld.¹⁸ Zo heeft het CBB geoordeeld dat als bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvraag, het voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is.¹⁹ Deze kenbaarheid vormt een belangrijk aspect van het transparantiebeginsel. Er is geen reden om aan te nemen dat bij het verdelen van andere schaarse rechten, bijvoorbeeld in het omgevingsrecht, deze zware eisen niet in acht zouden hoeven te worden genomen. Door toepassing van het transparantiebeginsel wordt gewaarborgd dat alle betrokken partijen gelijke kansen krijgen. Dat dit ook in het omgevingsrecht niet overbodig is, blijkt uit de Nota Grondbeleid waarin al is geconstateerd dat er onvoldoende concurrentie is bij het realiseren van nieuwe ontwikkelingen.²⁰ Het creëren van concurrentie wordt bemoeilijkt door bestaande grondposities en meer in het bijzonder het zelfrealisatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat als de grondeigenaar (de 'zelfrealisator') bereid en in staat is om het door de gemeente beoogde project zelf uit te voeren, hij dit recht heeft en onteigening door de gemeente in beginsel niet mogelijk is. Ook art. 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: 'art. 1 EP') speelt hierbij een belangrijke rol. Op grond van dit artikel heeft eenieder in beginsel recht op het

ongestoord genot van zijn eigendom.²¹ De afgelopen jaren zijn enkele publicaties verschenen over de vraag in hoeverre dit zelfrealisatierecht zou moeten worden vervangen voor andere systemen, bijvoorbeeld herverkaveling²² of een systeem van verhandelbare ontwikkelingsrechten²³. In dit artikel wil ik mij richten op enkele andere bestuursrechtelijke systemen die in het omgevingsrecht ontstaan die de ontwikkelingsruimte beperken en daarmee schaarste creëren. Van deze systemen wil ik bezien of het mogelijk is om, gelet op het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, enige vorm van competitie te creëren, maar binnen de kaders van art. 1 EP.

4. Transparante verdeelmethode in de Omgevingswet

In deze paragraaf zal ik in het bijzonder ingaan op twee instrumenten uit de (kabinetsvisie voor de) Omgevingswet waar naar mijn mening aandacht zou moeten worden besteed aan de verdeling van rechten en wel de programmatische aanpak en de omgevingsverordening. Hierna zal achtereenvolgens worden ingegaan op de programmatische aanpak (par. 4.1), (een omgevingsverordening voor) een ontwikkelingsgebied (par. 4.2) en het zonebeheerplan en geluidreductieplan (par. 4.3). Vervolgens zal worden ingegaan op de omgevingsverordening als middel om bestemmingen te reguleren (de opvolger van het bestemmingsplan) (par. 4.4). Ten slotte wordt ingegaan op de mogelijkheid om een exploitatievergunningstelsel te introduceren in de omgevingsverordening (par. 4.5).²⁴

4.1 Programmatische aanpak

In de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht wordt gesteld dat de nieuwe Omgevingswet uit zal gaan van zes centrale rechtsfiguren.²⁵ Een van deze rechtsfiguren is het 'programma'. Een programma wordt (aldus deze kabinetsnotitie) opgesteld voor de onderdelen van de leefomgeving waar actieve overheidsinzet vereist is om normen te halen. In het programma worden de beleidsvoornemens en maatregelen opgenomen. Programma's kunnen een programmatische aanpak omvatten. Dit betekent dat regie wordt gevoerd over toe te laten projecten en activiteiten in relatie tot het bereiken van de vereiste kwaliteit van de leefomgeving of over de verdeling van de gebruikruimte. Voorbeelden van programma's met een programmatische

17 Aldus onder meer concl. A-G Bot van 17 december 2009 bij het *Betfair*-arrest (nr. C-203/08).

18 O.a. CBB (vz.) 22 april 2011, AB 2011/179, m.nt. C.J. Wolswinkel.

19 CBB 28 april 2010, AB 2010/186, m.nt. C.J. Wolswinkel.

20 Kamerstukken II 2000/01, 27 581, nr. 2, met name p. 56.

21 Een inbreuk op dit eigendomsrecht is slechts mogelijk als aan drie criteria voldaan is: 1. de rechtmatigheid van de onteigening (wettelijke grondslag); 2. het algemeen belang van de onteigening (legitiem doel); en 3. de proportionaliteit tussen enerzijds het (algemeen) belang van de onteigening en anderzijds de bescherming van het eigendomsrecht (proportionaliteit of 'fair balance').

22 O.a. R. Mellenbergh & B.J. Schueller, 'De mogelijkheden van afschaffing of beperking van het zelfrealisatiebeginsel', BR 2006/193, en A.G. Bregman & H.W. de Wölfe, *Herverkaveling op Ontwikkelingslocaties*, Den Haag: IBR 2011.

23 M.A.M. Dieperink, 'Bij heffing gebaar', BR 2009/143 en haar dissertatie *Verhandelbare ontwikkelingsrechten: grondbeleidinstrument voor baatafrotting en verevening*, Den Haag: IBR 2010 alsmede J.R. van Angeren & D.S.P. Fransen, 'Bestaan er meer kansen voor verhandelbare ontwikkelingsrechten onder de Wet ruimtelijke ordening', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Europa Law Publishing 2010, p. 15-30.

24 Er zijn ook andere vormen van schaarste in het omgevingsrecht, zoals broeikasgasemissierechten en waterrechten. Deze rechten laat ik hier buiten beschouwing. Ik verwijs graag naar de bundel *Schaarse publieke rechten*: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, m.nt. de bijdragen in deze bundel van M.G.W.M. Peeters, *Schaarse broeikasgasruimte in de EU. De verdeling over en uitvoering door lidstaten* (p. 71-93), J.R. van Angeren, *Emissiehandel en schaarse publieke rechten* (p. 95-114) en H.F.M.W. van Rijswijk, *De verdeling van schaarse waterrechten* (p. 133-158) en W.M. Janse, *De verdeling van schaarse waterrechten. Een nader onderzoek naar de verdeling van schaarse waterrechten op grond van de waterplannen en het systeem van vergunningverlening*, Utrecht: Kennispunt Recht, Economie, Bestuur en organisatie, Universiteit Utrecht 2012.

25 Kamerstukken II 2011/12, 33 I 18, nr. 3.

aanpak zijn het Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL) en de Programmatische Aanpak Stikstof (PAS) in de Natuurbeschermingswet 1998 (Nb-wet 1998).²⁶ De kern van de programmatische aanpak is dat een pakket wordt vastgesteld met enerzijds maatregelen die ruimte voor ontwikkelingen creëren en anderzijds projecten die ruimte nodig hebben. Zo ontstaat (milieu)gebruiksruimte.²⁷ In de kabinetsnotitie wordt ten slotte gesteld dat de programmatische aanpak ook bruikbaar kan zijn voor het optimaliseren van de (milieu)gebruiksruimte in grote haven- en/of industriegebieden. De complexe besluitvorming voor dit soort gebieden zou dan kunnen worden gestroomlijnd, de uitvoering door bijvoorbeeld vergunningverlening vereenvoudigd en de (milieu)gebruiksruimte integraal en proactief worden beheerd. In de notitie wordt gesteld dat essentieel bij de toepassing van de programmatische aanpak een monitoringssysteem is. In dit systeem moeten de effecten van ontwikkelingen, projecten en maatregelen om milieuruimte te creëren steeds worden geactualiseerd. In aanvulling daarop zou ik willen pleiten voor een regeling omtrent de verdeling van de (milieu)gebruiksruimte en de daarbij in acht te nemen transparantie door het bestuursorgaan. Deze is zeker nodig bij de programmatische aanpak maar kan ook bij andere programma's op basis waarvan gebruiksruimte verdeeld wordt nodig zijn. In de ambtelijke versie van de Omgevingswet is nog niet een dergelijke transparante regeling opgenomen. Dit bevreemdt niet nu ook in de huidige regelingen voor de PAS en NSL niet een dergelijke regeling is opgenomen. Hierna zal ik kort de werking van de PAS en de NSL toelichten. Vervolgens zal ik enige aanbevelingen doen voor een transparante regeling voor de programmatische aanpak in de Omgevingswet.

Programmatische Aanpak Stikstof (PAS)

In par. 2a.2 Nb-wet 1998 is bepaald dat de Ministers van EL&I en IenM een programma vaststellen ter vermindering van de stikstofdepositie. Art. 19kh Nb-wet 1998 bepaalt dat in de PAS de uitgangspunten worden opgenomen voor de bepaling van ontwikkelingsruimte die als gevolg van de positieve maatregelen ontstaat en de toedeling van die ruimte aan handelingen in en buiten de in het programma opgenomen Natura 2000-gebieden. In een brief aan de Tweede Kamer d.d. 15 december 2011 heeft de Staatssecretaris van EL&I aangegeven dat de PAS de beschikbare ontwikkelingsruimte zal vaststellen voor een planperiode van 6 jaar. Deze ruimte is vervolgens verdeeld over twee tijdsblokken van 3 jaar. Het uitgangspunt is dat in de eerste helft van de planperiode maximaal 60% van de ontwikkelingsruimte toegerekend mag worden. Met deze verdeling is het mogelijk direct

bij aanvang van de planperiode economische activiteiten toe te staan, maar blijft daarnaast nog voldoende ruimte beschikbaar voor de tweede periode. Ten slotte wordt in de brief gesteld dat in de PAS ontwikkelingsruimte zal worden gereserveerd voor belangrijke nationale en regionale projecten. Het bevoegd gezag is verantwoordelijk voor de verdeling van de (resterende) ontwikkelingsruimte. Juridisch zal (aldus de brief) nog nader worden vastgelegd hoe om te gaan met schaarste en verdeling over sectoren.²⁸ Op 12 juli 2012 heeft de Commissie voor de milieueffectrapportage (Commissie m.e.r.) het Ministerie van EL&I geadviseerd over de concept definitieve Programmatische Aanpak Stikstofdepositie (DPAS).²⁹ Een van de conclusies van de Commissie m.e.r. is dat niet is uitgewerkt op welke manier de ontwikkelingsruimte wordt toebedeeld aan economische activiteiten. Inzicht in de rechten, verdelingsmechanismen, kosten en de baten, of een manier om dit inzicht te verkrijgen, ontbreekt volgens de commissie in de DPAS. De commissie stelt terecht dat het voor de verdeling van ontwikkelingsruimte essentieel is dat duidelijk is wie er recht op heeft. De elementen die de PAS ten minste zou moeten bevatten om transparant te kunnen zijn worden hierna uitgewerkt.

Nationale Samenwerkingsprogramma Luchtkwaliteit (NSL)

Naast de PAS is ook het NSL een programmatische aanpak. Deze regeling is anders opgezet dan de PAS. De wettelijke basis voor het NSL is art. 5.12 Wet milieubeheer (Wm). Het NSL is op 1 augustus 2009 in werking getreden. Dit artikel bepaalt dat bestuursorganen die het aangaat een of meer in het NSL genoemde of beschreven maatregelen, ontwikkelingen of besluiten kunnen wijzigen of vervangen, of een of meer maatregelen, ontwikkelingen of besluiten aan het NSL kunnen toevoegen. Dit is pas mogelijk nadat het bestuursorgaan hiervan melding doet aan de Minister van IenM en bij de melding aannemelijk maakt dat die gewijzigde, vervangende of nieuwe maatregelen, ontwikkelingen of besluiten per saldo passen binnen of in elk geval niet in strijd zijn met het NSL. De bij de melding aangegeven wijziging behoeft de instemming van de Minister van IenM. De minister beslist binnen zes weken na ontvangst van de melding en is anders van rechtswege gegeven. Binnen zes weken nadat een instemming is verkregen wordt door de betrokken bestuursorganen kennis gegeven van de bij de melding aangegeven wijziging of wijzigingen en van de daarmee verleende instemming in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze.³⁰ Deze regeling heeft enkele aspecten die de transparantie dienen zoals de uitleg aan welk criterium een melding moet voldoen alsmede de algemene bekendmaking van de instemming met de melding. Wel is deze bepaling beperkt tot de verhouding tussen de minister

26 Zie over het dilemma dat schaarste een natuurlijke impuls tot eigendomsclaims vormt en de gevolgen daarvan voor de natuurbescherming de oratie van C.J. Bastmeijer (C.J. Bastmeijer, *Ieder voor zich en de natuur voor ons allen. Over de relatie tussen mens en natuur en de toekomst van het natuurbeschermingsrecht*, Den Haag: Bju 2011).

27 Ook Koeman pleit voor de herverdeling van milieuruimte in een planmatige of programmatische aanpak in: N.S.J. Koeman, *Een wereld te winnen. Enkele beschouwingen over de toekomst van het omgevingsrecht*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, met name p. 10 e.v.

28 Kamerstukken II 2011/12, 30 654, nr. 99, p. 11.

29 Bijlage bij de brief van de Staatssecretaris van EL&I aan de Tweede Kamer d.d. 15 augustus 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 32 670, nr. 63).

30 Art. 5.12 lid 12-14 Wm.

en het bestuursorgaan. De Wm bevat geen bepaling over de verhouding tussen het bestuursorgaan (bijv. het college van burgemeester en wethouders (B&W)) en een derde, bijvoorbeeld een projectontwikkelaar die zijn (woningbouw)project aan het NSL toegevoegd wil zien. In het kader van de transparantie zouden ook de decentrale overheden in bijvoorbeeld een beleidsregel kunnen vastleggen hoe zij verzoeken van derden om aan het NSL toegevoegd te willen worden, zullen beoordelen.

Een transparante regeling in de Omgevingswet

Uit de hiervoor genoemde twee voorbeelden blijkt dat een programmatische aanpak een goede manier kan zijn om milieugebruiksruimte te creëren. Deze gecreëerde ruimte is schaars. Er wordt immers een pakket vastgesteld met enerzijds maatregelen die ruimte voor ontwikkelingen creëren en anderzijds projecten die ruimte nodig hebben. Tot nu toe wordt mijns inziens onvoldoende aandacht besteed aan het belang van een transparante wijze van (her)verdeling van deze rechten. Nu het programma een van de centrale rechtsfiguren in de Omgevingswet zal worden, is dit mijns inziens wel van belang. Bij de verdeling zal in ieder geval aandacht moeten worden besteed aan de volgende onderwerpen:

- De vaststelling van het plafond: hoeveel rechten zijn beschikbaar.
- Welke verdeelmethode wordt gehanteerd. Onderscheid kan hierbij worden gemaakt tussen verdeling op volgorde van binnenkomst, loting, veiling of vergelijkende toets.³¹
- De wijze van 'aanmelding' van projecten die ontwikkelingsruimte nodig hebben. Onderscheid moet hierbij gemaakt worden tussen projecten op het moment van de start van de programmatische aanpak en nieuwe ontwikkelingen die pas na de start ontstaan. Gedacht zou bijvoorbeeld kunnen worden aan een (twee)jaarlijks moment om aanvragen in te kunnen dienen.
- Het onderscheid tussen nieuwe ontwikkelingen bij bestaande ondernemingen (uitbreiding) en geheel nieuwe projecten (nieuwkomers). Het kan onder omstandigheden wenselijk zijn om bij de start van de aanpak aparte gebruiksruimte te reserveren voor beide groepen.

Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om bovenstaande onderwerpen verder uit te werken. Hierbij is ook van belang dat vanuit het oogpunt van transparantie de ene verdeelmethode niet beter is dan de andere. Vanuit een oogpunt van transparantie moeten de volgende randvoorwaarden in acht worden genomen:

- Een passende bekendmaking van de mogelijkheid om projecten aan te kunnen melden. Duidelijk moet zijn

van wanneer tot wanneer een aanvraag kan worden ingediend.

- Op het moment dat de aanmeldperiode aanvangt, moet al duidelijk zijn welk verdelingssysteem gehanteerd zal worden.
- Op het moment dat de aanmeldperiode aanvangt, moet al duidelijk zijn welke toetsingscriteria zullen worden gehanteerd.

4.2 Omgevingsverordening voor een ontwikkelingsgebied

Art. 2.1 e.v. Crisis- en herstelwet (Chw) hebben betrekking op de zogenaamde 'ontwikkelingsgebieden'. Voor deze gebieden kan een gebiedsontwikkelingsplan worden vastgesteld. Het gebiedsontwikkelingsplan zal na wijziging van de Chw de status van een bestemmingsplan krijgen.³² Het bestemmingsplan zal, zoals hiervoor al is gesteld, naar verwachting in de Omgevingswet een omgevingsverordening worden. Ook het ontwikkelingsgebied zal dan waarschijnlijk via de omgevingsverordening gereguleerd worden.

De huidige regeling in de Chw houdt in essentie in dat bij AMvB bij wijze van experiment een gebied kan worden aangewezen als ontwikkelingsgebied.³³ De aanwijzing kan ten hoogste tien jaar duren. De gemeenteraad stelt voor een ontwikkelingsgebied een gebiedsontwikkelingsplan vast. Dit plan maakt deel uit van het bestemmingsplan.³⁴ Het gebiedsontwikkelingsplan is, volgens art. 2.3 Chw, gericht op een optimalisering van de milieugebruiksruimte met het oog op het versterken van een duurzame ruimtelijke en economische ontwikkeling van dat gebied in samenhang met het tot stand brengen van een goede milieukwaliteit. In het plan worden ruimtelijke ontwikkelingen opgenomen die de beschikbare milieugebruiksruimte zullen overschrijden. Tegelijk worden in het plan ook maatregelen en werkzaamheden opgenomen ter compensatie hiervan en andere maatregelen die de milieukwaliteit ten goede komen.³⁵ Op grond van de Chw kan B&W vergunningen verle-

³² Het Wetsvoorstel tot wijziging van de Chw in verband met het permanent maken van de Chw (Kamerstukken I 2011/12, 33 135, nr. A).

³³ Op dit moment komt alleen bestaand stedelijk gebied of een bestaand bedrijventerrein voor aanwijzing in aanmerking. Het Wetsvoorstel tot wijziging van de Chw in verband met het permanent maken van de Chw (Kamerstukken I 2011/12, 33 135, nr. A) stelt voor om deze beperking te laten vervallen.

³⁴ Omdat in de uitvoeringspraktijk vragen zijn gerezen over de relatie van het gebiedsontwikkelingsplan met het bestemmingsplan, is in het Wetsvoorstel tot wijziging van de Chw in verband met het permanent maken van de Chw voorgesteld het bijzondere regiem voor een ontwikkelingsgebied niet langer te reguleren via een gebiedsontwikkelingsplan, maar dit direct te regelen met een (wijziging van een) bestemmingsplan (Kamerstukken I 2011/12, 33 135, nr. 3, p. 22).

³⁵ Art. 2.1 aanhef en onder a Chw bevat een definitie voor het begrip 'milieugebruiksruimte', namelijk de 'binnen een ontwikkelingsgebied aanwezige marge tussen de bestaande milieukwaliteit en de voor dat gebied geldende milieukwaliteitsnormen, die kan worden benut voor milieubelastende activiteiten'.

³¹ Zie C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011, p. 177-201.

nen ook als deze milieukwaliteitsnormen overschrijden, mits uit het ontwikkelingsplan blijkt dat uiterlijk over tien jaar alsnog wordt voldaan aan deze milieukwaliteitsnormen.³⁶

De regeling in de Chw is een regeling op hoofdlijnen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een bestuurder kan eisen dat bestaande activiteiten hun milieubelasting terugdringen of dat een veroorzaker van milieubelasting maatregelen moet treffen waardoor de effecten van de milieubelasting worden verminderd (bijv. door plaatsing van een geluidsscherm), maar dat dit niet betekent dat 'verkregen rechten zomaar kunnen worden aangetast'.³⁷ In de toelichting op de wet wordt wel (kort) aandacht besteed aan de vraag hoe gebruiksruimte kan worden gecreëerd,³⁸ maar niet hoe de nieuwe milieugebruiksruimte vervolgens moet worden verdeeld. Zeker nu het gebiedsontwikkelingsplan een duur van tien jaar kan hebben, is het mijns inziens nodig om in het plan te bepalen hoe nieuwe initiatieven zich kunnen aanmelden en onder welke voorwaarden zij voor de nieuw gecreëerde ruimte in aanmerking komen.

Het gebiedsontwikkelingsplan is één van de nieuwe experimenten van de Chw. Indien deze regeling echter permanent wordt gemaakt in de Omgevingswet (als bijzondere vorm van een omgevingsverordening) dan verdient het mijns inziens aanbeveling om meer aandacht te schenken aan de problematiek van de bestaande rechten en de (her)verdeling van milieugebruiksruimte. Het gebiedsontwikkelingsplan heeft door het opnemen van maatregelen die milieugebruiksruimte 'kosten' (nieuwe ruimtelijke ontwikkelingen) en milieugebruiksruimte 'opleveren' veel weg van een programmatische aanpak.³⁹ Hetgeen hiervoor is gesteld over een transparante verdelingsregeling voor de programmatische aanpak is hier dan ook mutatis mutandis van toepassing.

4.3 Zonering: het zonebeheerplan en geluidreductieplan

Eén van de wetten die geïntegreerd zal worden in de Omgevingswet is de Wet geluidhinder (WGH).⁴⁰ Op grond van de WGH moet er in een bestemmingsplan voor een industrieterrein rondom dat terrein een zone worden vastgesteld. Buiten deze zone mag de geluidsbelasting de waarde

van 50 dB(A) niet te boven gaan.⁴¹ Binnen een dergelijk gezondeerd industrieterrein bestaat vaak onvoldoende geluidsruimte voor nieuwe ontwikkelingen. B&W moet er daarom voor zorgen dat er 'voldoende informatie beschikbaar is' over de geluidsruimte binnen de zone.⁴² Dit kan zij doen door een zonebeheerplan vast te stellen.⁴³ Een zonebeheerplan geeft aan op welke wijze de geluidsruimte binnen een gezondeerd industrieterrein wordt beheerd en verdeeld. De juridische status van het zonebeheerplan is nog niet uitgekristalliseerd.⁴⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft geoordeeld dat een zonebeheerplan geen onderdeel vormt van het toetsingskader voor milieuvergunningsaanvragen en dus niet kan leiden tot weigering van een milieuvergunning (thans omgevingsvergunning).⁴⁵ Over de aanvaardbaarheid van het opnemen van het zonebeheerplan in een bestemmingsplan (door middel van een geluidsverkeveling) heeft de Afdeling nog geen uitspraak gedaan.⁴⁶

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat de minimumeis voor het zonebeheer door B&W is het beschikbaar doen zijn van voldoende informatie over de geluidsruimte binnen de zone. Daarnaast wordt gesteld dat in het zonebeheerplan kan worden aangegeven hoe B&W voornemens is de beschikbare geluidsruimte te verdelen. Hierdoor zouden bedrijven meer duidelijkheid krijgen over de beschikbare geluidsruimte.⁴⁷ Nu uit de eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling blijkt dat overschrijding van de grenswaarden neergelegd in een zonebeheerplan geen weigeringsgrond voor een omgevingsvergunning kan vormen, kan de vraag worden gesteld hoe het zonebeheerplan kan worden gebruikt als verdeelinstrument.

Het is mij niet bekend in welke vorm het zonebeheerplan zal terugkomen in de Omgevingswet. De Omgevingswet kent wel het plan als één van de centrale rechtsfiguren. Het zonebeheerplan zou dus in beginsel passen binnen het nieuwe stelsel. In het kader van het transparantiebeginsel is het wenselijk dat aan het zonebeheerplan in de Omgevingswet een duidelijke juridische status wordt gegeven. Daarnaast is het van belang dat in het zonebeheerplan wordt aangegeven hoe geluidsruimte in de toekomst zal worden

36 Wie meer wil weten over het gebiedsontwikkelingsplan verwijs ik naar: M.C. Brans, 'Het gebiedsontwikkelingsplan; de nieuwe rekbaarheid in het milieurecht', in: M.C. Brans e.a., *Hoofdstuk 2 Crisis- en herstelwet, de experimenteerfase voorbij?* Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht 2011, nr. 39, p. 3-71 (hierna: Brans 2011).

37 Kamerstukken II 2011/12, 32 127, nr. 3, p. 12.

38 In de Chw is voor ontwikkelingsgebieden een gedoogplicht opgenomen. Het ligt immers niet voor de hand om voor het aanbrengen van geluidwerende voorzieningen aan een gebouw over te gaan tot onteigening. In zo'n situatie moet het mogelijk zijn dat de overheid de voorzieningen aanbrengt en de eigenaar en gebruikers dat moeten gedogen. Op deze gedoogplicht is de Belemmeringenwet Privaatrecht van toepassing, inclusief de schadevergoedingsregeling. Daarnaast kunnen ook de schadevergoedingsregeling van de Wm of Wro van toepassing kunnen zijn (Kamerstukken II 2011/12, 32 127, nr. 3, p. 56).

39 Vgl. Brans 2011, p. 47-52.

40 Bijlage 1 bij de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamerstukken II 2011/12, 33 118, nr. 3).

41 Art. 40 WGH.

42 Art. 163 WGH.

43 Art. 164 WGH.

44 Zie uitgebreid: C.A.H. van de Sanden, 'Wonderpil of placebo? Het zonebeheerplan in de nieuwe Wet geluidhinder', *TO* 2008, afl. 1, p. 3-12 en C.A.H. van de Sanden, 'Van placebo naar nieuwe wonderpil? Toetsing van vergunningaanvragen aan het zonebeheerplan', *TO* 2012, afl. 2, p. 45-49.

45 ABRvS 2 november 2011, *BR* 2012/33, m.nt. C.A.H. van de Sanden.

46 De meningen zijn hierover verdeeld. Zo stelt Brouwer dat getwijfeld kan worden of deze geluidsregels in verband met 'een goede ruimtelijke ordening' in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen, omdat zonebeheer niet rechtstreeks betrekking heeft op het gebruik van grond en bebouwing en zonebeheer niet los kan worden gezien van de in het milieuvergunningstraject uit te voeren toetsing aan de zonegrenswaarden. (ABRvS 2 november 2011, *M en R* 2012/25).

47 Kamerstukken II 2004/05, 29 879, nr. 3, p. 28.

verdeeld. Alleen zo weten de huidige bedrijven (die willen uitbreiden) en eventuele potentiële bedrijven waar zij aan toe zijn.⁴⁸ Voor het opstellen van een dergelijk verdelingsregeling in een zonebeheerplan zou ter inspiratie kunnen worden gekeken naar de subsidieregeling in de Awb over de verdeling van subsidies als een subsidieplafond is vastgesteld⁴⁹ of naar de regeling in de Telecommunicatiewet voor de verdeling van frequenties.

Met de inwerkingtreding van de Crisis- en herstelwet is aan de WGH nog een nieuw instrument toegevoegd: het geluidreductieplan.⁵⁰ Dit plan moet in tegenstelling tot een zonebeheerplan wel bij de beslissing over de aanvraag om een omgevingsvergunning in acht worden genomen.⁵¹ In een geluidreductieplan wordt opgenomen hoe binnen vijf jaar de overschrijding van de grenswaarden teniet zal worden gedaan. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een bedrijf dat is gevestigd op het 'volle' industrieterrein of zich daar wil vestigen B&W kan verzoeken binnen een redelijke termijn een geluidreductieplan op te stellen. Deze verzoeksmogelijkheid is echter niet uitdrukkelijk in dit wetsvoorstel opgenomen, omdat (aldus de memorie van toelichting) het opstellen van een reductieplan al als verplichting is geformuleerd.⁵² Ook hier doen zich vragen voor over de verdeling van de nieuw ontstane geluidsruimte, want heeft het bedrijf dat dit verzoek heeft ingediend ook het eerste recht op de nieuwe ruimte? Het is dan ook wenselijk dat B&W in het geluidreductieplan niet alleen bepaalt hoe het geluid zal worden gereduceerd, maar ook hoe de nieuwe ontwikkelruimte zal worden verdeeld.

Naast geluidszonering bestaan er nog andere vormen van milieuzonering, bijvoorbeeld de veiligheidscontouren uit het Besluit externe veiligheid inrichtingen (Bevi). Voor al deze vormen van zonering kunnen dezelfde vragen worden gesteld over een transparante wijze van de verdeling van nieuwe ontwikkelingsruimte. In een op de nieuwe Omgevingswet gebaseerde regeling zou een algemene regeling kunnen worden getroffen die betrekking heeft op de verdeling van deze ruimte.

4.4 Bestemmingsregulering in de omgevingsverordening (thans het bestemmingsplan)⁵³

Eén van de plannen voor de Omgevingswet is om het bestemmingsplan te vervangen door een omgevingsverordening. Ook in de omgevingsverordening zouden functies in de vorm van bestemmingen worden vastgelegd. Een gemeente zou in die omgevingsverordening kunnen bepalen dat van een bepaalde functie (bijv. binnen een bepaalde branche) slechts een beperkt aantal wenselijk is. Uit jurisprudentie van de Afdeling over bestemmingsplannen kan worden afgeleid wat thans de (on)mogelijkheden zijn om het vestigen van een bepaalde functie te beperken. Voordat deze worden weergegeven, wordt kort ingegaan op het belang van de Dienstenrichtlijn.

Branchering, de Dienstenrichtlijn en de VWEU

Op grond van de huidige regeling in de Wet ruimtelijke ordening (Wro) mag de bestemming die aan gronden in een bestemmingsplan wordt gegeven niet in strijd zijn met een goede ruimtelijke ordening.⁵⁴ De gemeenteraad beschikt over beleidsvrijheid bij het bepalen welke bestemmingen passend zijn in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Op grond van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) kan een bestemmingsplan ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening regels bevatten met betrekking tot branches van detailhandel en horeca (brancheringsregels). Deze brancheringseisen zullen wel moeten worden gemotiveerd vanuit overwegingen van ruimtelijke kwaliteit en kunnen niet louter zijn gegrond op argumenten van concurrentiebeperking, aldus de nota van toelichting bij het Bro.⁵⁵ Volgens vaste jurisprudentie zijn deze regels ook niet in strijd met de Dienstenrichtlijn. De dienstenrichtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstactiviteit. De dienstenrichtlijn is niet van toepassing op voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Zolang de planregels als ruimtelijk relevant moeten worden aangemerkt, is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing. Een planregel zal ook niet snel in strijd zijn met art. 49 en 56 VWEU. Hoewel de planregels het vrij verkeer van vestiging en dienstverrichting beperkt, kunnen deze regels worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang, namelijk de bescherming van de ruimtelijke ordening.⁵⁶ Een beperking van het vrij verkeer moet echter ook geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Het Hof van Justitie heeft nog geen Nederlands bestemmingsplan in strijd met het VWEU geacht, maar wel

48 Een voorbeeld kan dit verduidelijken: stel dat de geluidsruimte op het terrein 'op' is en drie bedrijven graag zouden willen uitbreiden, maar dit momenteel niet kunnen. Vervolgens wordt de milieuv vergunning van een ander bedrijf geactualiseerd en worden aan de nieuwe vergunning strengere geluidsnormen verbonden (of worden maatwerkvoorschriften aan een type A-inrichting opgelegd). Er ontstaat nu geluidsen dus ontwikkelruimte op het industrieterrein, maar onvoldoende voor de uitbreiding van alle drie bedrijven. Welk bedrijf mag nu uitbreiden? Is dit het bedrijf dat als eerste een aanvraag om een omgevingsvergunning indient? Of is een andere verdeelmethode wenselijk? En hoe kunnen de drie bedrijven erachter komen dat er weer geluidsruimte is? Moeten zij hier zelf achter komen door de nieuwe (ontwerp) vergunning van het andere bedrijf in te zien? Het zou transparanter zijn als B&W op passende wijze zou bekendmaken dat er geluidsruimte is ontstaan en er dus vergunningen kunnen worden aangevraagd.

49 Zie over de toepassing van het transparantiebeginsel in het subsidie-recht: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', Gst. 2011/115 en A. Drahmman, 'Kan het subsidierecht transparanter?', Gst. 2011/124.

50 Art. 67 WGH.

51 Art. 2.14 lid 1 onder c onder 3 Wabo.

52 Kamerstukken II 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 91-92.

53 Volledigheidshalve merk ik op dat thans provinciale staten een provinciaal inpassingsplan kunnen vaststellen indien sprake is van provinciale belangen en de Minister van IenM een Rijksinpassingsplan indien sprake is van nationale belangen. De regeling in de Wro over bestemmingsplannen is mutatis mutandis van toepassing op het inpassingsplan (afd. 3.5 Wro). Hetgeen in dit artikel wordt gesteld over het bestemmingsplan, geldt daarom eveneens voor inpassingsplannen.

54 Art. 3.1 Wro.

55 Stb. 2008, 145 p. 33.

56 ABRvS 2 mei 2012, AB 2012/153, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

een Spaans vergunningstelsel.⁵⁷ Het Spaanse stelsel bevatte beperkingen inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven in Catalonië.⁵⁸ Hiermee werden volgens Spanje doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming nagestreefd.⁵⁹ Het Hof van Justitie oordeelt dat de beperkingen met betrekking tot de ligging en omvang van grote winkelbedrijven geschikt zijn om doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te realiseren, maar ten aanzien van de specifieke beperkingen oordeelt het Hof dat Spanje onvoldoende gegevens heeft aangedragen om te verklaren waarom de beperkingen noodzakelijk zijn om de nagestreefte doelstellingen te bereiken. De beperkingen van de vrijheid van vestiging achtte het Hof daarom niet gerechtvaardigd. Aarts adviseert in haar noot om (teneinde discussie te voorkomen over de vraag of brancheringsregels in strijd met de Dienstenrichtlijn zijn) bij het stellen van brancheringsregels in bestemmingsplannen iedere schijn van economische motieven te voorkomen door de regels louter met ruimtelijke ordeningsmotieven te omkleden. In aanvulling daarop wil ik wijzen op het belang van de proportionaliteit van de regeling. Door het organiseren van een transparante verdelingsprocedure kan worden aangetoond dat favoritisme en willekeur geen rol hebben gespeeld bij het selecteren van de te vestigen bedrijven. Hierna zal ik ingaan op drie soorten planregels die negatieve gevolgen hebben voor de vestiging of uitbreiding van concurrerende ondernemingen, namelijk herkomstbepalingen, one-in-one-out-systemen en zonering.

Herkomstbepalingen zijn niet mogelijk

Een herkomstbepaling in een bestemmingsplan om concurrentie te voorkomen is blijkens jurisprudentie van de Afdeling in beginsel niet toegestaan. Dit blijkt uit de uitspraak over het bestemmingsplan voor het stadion van Fortuna Sittard.⁶⁰ De Afdeling oordeelt:

"De Wro biedt in beginsel geen grondslag voor een regeling in de planvoorschriften die slechts een specifieke groep van bedrijven toelaat die zich in niets anders onderscheidt van soortgelijke, andere bedrijven dan in hun herkomst. De herkomst van bedrijven is immers in het algemeen bij het reguleren van gebruik van gronden voor bedrijfsdoeleinden in planologisch opzicht niet relevant. Een dergelijke bestemmingsregeling kan onder omstandigheden wel aanvaardbaar zijn indien zij betrekking heeft op bedrijven waarvan verplaatsing uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening gewenst is."

In dit geval was ter zitting gesteld dat de herkomstbepaling was opgenomen om te voorkomen dat de concurrentie binnen de gemeente zou worden vergroot en ter bescherming van de al in de gemeente gevestigde winkeliers. De Afdeling stelt terecht vast dat als de bepaling niet is opgenomen uit een oogpunt van goede ruimtelijke ordening (of een andere dwingende reden van algemeen belang) de bepaling dus niet aanvaardbaar is. Met de Omgevingswet zal dit naar verwachting niet anders worden.

One-in-one-out-systeem is wel mogelijk

Een concurrentiebeperkende planregel die volgens de Afdeling onder omstandigheden wel is toegestaan is een zogenaamd 'one-in-one-out-systeem'. Een dergelijk systeem hanteert als uitgangspunt dat het aantal vestigingen van een bepaalde bestemming in een specifiek deel van het plangebied per saldo niet mag toenemen. Uit een uitspraak van de Afdeling over een bestemmingsplan in de gemeente Hilvarenbeek volgt dat een dergelijk systeem in beginsel is toegestaan, mits de regeling maar in het kader van de rechtszekerheid voldoende is uitgewerkt.⁶¹ De Afdeling oordeelt:

"Op zichzelf komt de raad de beleidsvrijheid toe om bij het bepalen van de vestigingsmogelijkheden van detailhandel, dienstverlening en horeca binnen een bestemmingsplan als uitgangspunt te hanteren dat het aantal vestigingen in een specifiek deel van het plangebied per saldo niet toeneemt. Dit neemt evenwel niet weg dat een concrete beoordeling van de aanvaardbaarheid van vestiging van een bepaalde detailhandels-, dienstverle-

⁵⁷ HvJ EU 24 maart 2011, nr. C-400/08, BR 2011/92, m.nt. G. Aarts.

⁵⁸ Meer specifiek ging het om het verbod om grote winkelbedrijven buiten de bebouwde kom van enkele Catalaanse gemeenten te vestigen en beperkingen van de verkoopvloeroppervlakte in elk gebied en elke gemeente. Er was een verbod om in 37 van de 41 Catalaanse gebieden nieuwe hypermarkten te vestigen. Voor de overige vier gebieden gold dat daar alleen hypermarkten mochten worden gevestigd, voor zover deze hypermarkten niet meer dan 9% van de uitgaven voor supermarkartikelen en 7% van de uitgaven voor warenhuisartikelen vertegenwoordigden. De vergunningverlening ten behoeve van de vestiging van grote winkelbedrijven werd verder afhankelijk gesteld van onderzoeken naar de vestigingsdichtheid op de relevante markt.

⁵⁹ Blijkens het arrest beoogt de regeling door de vestiging van grote winkelbedrijven te beperken tot gebieden met hoge bevolkingsconcentraties, waar de vraag het grootst is, en beperkingen te stellen aan de omvang van winkelbedrijven in dunner bevolkte gebieden, vervuilende autoritten te vermijden, stedelijk verval tegen te gaan, een milieuvriendelijk stedelijk model te behouden, het bouwen van nieuwe wegen te voorkomen en de bereikbaarheid van die winkelbedrijven met het openbaar vervoer te waarborgen.

⁶⁰ ABRvS 27 april 2011, BR 2011/151 (Bestemmingsplan Fortuna stadion), m.nt. H.J. Breeman & R.J.G. Bäcker. Het plan maakte het mogelijk om het voetbalstadion en de directe omgeving daarvan onder meer te gebruiken voor detailhandel en horeca. In de planregels was, naast maxima en voor het aantal m² winkelvloeroppervlak, ook bepaald dat een bepaald aantal m² moest bestaan uit de verplaatsing van (een) reeds elders in de gemeente gevestigde winkel(s) respectievelijk m².

⁶¹ ABRvS 24 november 2010, LJN BO4872. In dit bestemmingsplan was bepaald dat ter plaatse van gronden met een bepaalde aanduiding het aantal detailhandelsvestigingen, bedrijven, horecabedrijven en bedrijven voor (zakelijke) dienstverlening binnen de gezamenlijke bestemmingsvlakken niet meer mag bedragen dan het aantal zoals bestaand op het tijdstip van het van kracht worden van het plan. B&W was bevoegd om ten behoeve van de realisering van een groter aantal detailhandelsvestigingen ontheffing te verlenen, mits aan een aantal voorwaarden was voldaan. De voorwaarden zijn dat uit onderzoek moet blijken dat door het toevoegen van het aantal vestigingen en daarmee het verkoopvloeroppervlak geen onevenredige verstoring plaatsvindt van de voorzieningenstructuur en door het gebruik geen onevenredige aantasting plaatsvindt van het straat- en bebouwingsbeeld, het woon- en leefklimaat in de omgeving, de verkeersveiligheid en de parkeerbalans en de gebruiksmogelijkheden van de aangrenzende gronden. Naast de planregels bevatte het bestemmingsplan een 'functiekaart' waarop per perceel het bestaande gebruik is aangegeven. Daarmee was volgens de raad het aantal vestigingen per gebruiksfunctie vastgelegd.

nings- of horecavoorziening op een specifieke locatie, waartoe het one-in-one-out-systeem de mogelijkheid biedt, niet mag ontbreken, ook al staat daar de opheffing van een soortgelijke vestiging in het betrokken gebied tegenover."⁶²

Deze uitspraak heeft betrekking op een bestemmingsplan dat beperkingen stelde aan de exploitatie van detailhandel en horeca. In het verlengde daarvan geef ik in het vervolg van dit artikel regelmatig voorbeelden die ook betrekking hebben op detailhandel en horeca. De relevantie van dit artikel is echter niet beperkt tot deze bestemmingen. De redenen om een plafond in te stellen kunnen divers zijn.⁶³ Door middel van het maximeren van het aantal vestigingen wordt de vestiging van nieuwe vestigingen in beginsel onmogelijk gemaakt. Vanuit het oogpunt van een transparante verdeling van deze schaarse (vestigings- of gebruiks)rechten is hier een aantal vragen over te stellen.

Stel dat bijvoorbeeld een horecavestiging definitief zou sluiten, bijvoorbeeld omdat een horecaondernemer failliet gaat en er niemand is die op die locatie een nieuwe horecagelegenheid wil openen, maar wel een detailhandelsvestiging. Dit betekent dat één horecavestiging sluit en er dus een recht ontstaat om elders één horecavestiging te openen. Rust er op B&W dan de verplichting om bekend te maken

dat er een exploitatierecht te verkrijgen is? Naar mijn mening is dit het geval. Ten eerste kan worden betoogd dat op grond van het Unierecht een beperking van het vrij verkeer van vestiging en dienstverlening slechts gerechtvaardigd is indien dit noodzakelijk en proportioneel is en dat het toewijzen van rechten zonder transparante verdelingsprocedure hiermee in strijd is.⁶⁴ Ten tweede kunnen ook parallel gemaakt worden met de *Hommerson's*-zaak over de vestiging van speelautomatenhallen in de gemeente Den Haag.⁶⁵ Het CBB oordeelt dat de burgemeester bij de verlening van een schaarse exploitatievergunning in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld:

"Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige (...) dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning.

Verweerder heeft, door (...) de vergunning (...) te verlenen onder gelijktijdige intrekking van de vergunning (...) in Scheveningen, een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het maximum van acht vergunningen niet langer was bereikt. Het onder deze omstandigheden verlenen van een vergunning aan Hommerson's voldoet dus in beginsel niet aan de eisen die op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gesteld aan de besluitvorming."

Ook bij een one-in-one-out-systeem in een omgevingsverordening zou deze zorgvuldigheidsnorm mijns inziens in acht moeten worden genomen. In het kader van transparant en zorgvuldig bestuur zou het wenselijk zijn dat in een omgevingsverordening dan wel bij nadere regeling van B&W wordt vastgelegd dat als er ruimte voor een nieuwe vestiging ontstaat B&W een bekendmaking in het huis-aan-huisblad zal plaatsen (dan wel een andere 'passende bekendmaking'). In deze bekendmaking zou moeten staan dat eenieder voor een bepaalde datum een aanvraag kan indienen voor een horecavestiging. Daarnaast moet in de omgevingsverordening of de nadere regeling worden bepaald welk verdelingssysteem en toetsingscriteria zullen worden gehanteerd als meerdere aanvragen worden ingediend, bijvoorbeeld aan de aanvrager die naar verwachting voor de

62 De Afdeling oordeelde dat in dit concrete geval het systeem in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel was. Er had geen planologische afweging op perceelsniveau plaatsgevonden en deze zou in het kader van de toepassing van het systeem ook niet alsnog plaatsvinden. Daarnaast was het in beginsel mogelijk om een bestaand klein bedrijf te vervangen door een groter bedrijf. Ten slotte was de hiervoor genoemde functiekaart onvoldoende gedetailleerd, omdat het onvoldoende inzicht bood in het aantal vestigingen dat als uitgangspunt moest worden genomen. Er had geen inventarisatie van het op dat moment bestaande aantal detailhandels-, dienstverlenings- en horecavestigingen plaatsgevonden. De Afdeling vond onvoldoende inzichtelijk hoe de uitvoering van het plan op dit punt in de praktijk zou moeten plaatsvinden en in het bijzonder hoe de toetsing van aanvragen om bouwvergunning aan en om handhaving van het plan zou geschieden.

63 Een voorbeeld van een geheel andere vorm van schaarse rechten is bijv. windenergie. Zo hebben Provinciale Staten van Noord-Holland in september 2012 een ontwerp ter inzage gelegd om de provinciale verordening te wijzigen. De wijziging houdt in dat geen enkel bestemmingsplan het bouwen van windturbines mogelijk mag maken, behalve in de polder Wieringermeer. De reden van dit beleid is dat het maatschappelijk draagvlak voor windenergie op land als gevolg van de voortgaande schaalvergroting en gestage groei van het aantal windturbines en de hiermee samenhangende toegenomen ruimtelijke impact onder druk is komen te staan. Door deze regulering ontstaat schaarste en daarmee een verdelingsvraagstuk. Uit de toelichting blijkt dat voor de bouw van windenergie in de Wieringermeerpolder al een intentieovereenkomst is gesloten met een ontwikkelaar. Stel nu dat de provincie had gekozen voor een ander verdeelsysteem, bijv. door te bepalen dat er in de provincie nog slechts ruimte is voor vijf windparken van een beperkte omvang, maar zonder al de locatie van die vijf windparken op de kaart vast te leggen. Het is dan verboden in een bestemmingsplan een windpark mogelijk te maken zonder ontheffing van gedeputeerde staten en er zijn slechts vijf te verlenen ontheffingen. In dat geval zou de provincie een procedure kunnen vaststellen waarin wordt bepaald hoe die vijf ontheffingen verleend zullen gaan worden, bijv. op volgorde van indiening van de ontheffingsaanvragen of gemeenten en/of ontwikkelaars kunnen een projectplan indienen waarna 'de beste' vijf projecten worden uitgekozen. In dat laatste geval zou nog wel vastgelegd moeten worden wat het 'beste' project is: is dat het project dat de meeste duurzame energie oplevert of de minste ruimtelijke impact heeft of een combinatie van beide?

64 Vgl. het eerdergenoemde *Betfair*-arrest.

65 CBB 3 juni 2009, AB 2009/373 en AB 2009/374, beide m.nt. C.J. Wolsinkel. Deze procedure betrof de verlening van een exploitatievergunning door de burgemeester van Den Haag. In de Kansspelverordening van de gemeente was bepaald dat in de gemeente slechts acht speelautomatenhallen mochten worden gevestigd, verdeeld over drie gebieden binnen de gemeente. Het maximale aantal exploitatievergunningen was verleend. Hommerson's (die al meerdere vestigingen binnen de gemeente heeft) dient een vergunningaanvraag voor een nieuwe vestiging in het centrum van Den Haag in en geeft daarin aan haar vergunning voor een hal in Scheveningen op te willen geven. De burgemeester heeft vervolgens gelijktijdig de ene vergunning verleend en de ander ingetrokken. Een concurrent van Hommerson's komt tegen de vergunningverlening op en betoogt dat hij had moeten kunnen meedingen naar die vergunning.

minste overlast in de omgeving zal zorgen of eenvoudiger: aan de eerste aanvrager die een (volledige) aanvraag heeft ingediend. Door een dergelijke procedure vast te stellen wordt de mogelijkheid om een nieuwe horecavestiging te openen daadwerkelijk voor de mededinging geopend.⁶⁶ Een gemeente zou in zijn omgevingsverordening kunnen bepalen dat van een bepaalde functie slechts een beperkt aantal wenselijk is. In paragraaf 4.5 wordt ingegaan op de mogelijkheid om deze beperking vorm te geven als onderdeel van de omgevingsvergunning.

4.5 De exploitatievergunning in de omgevingsverordening

Hiervoor is ingegaan op de mogelijkheid een verdelingsregeling op te nemen in een bestemmingsplan. Zoals gesteld zal het bestemmingsplan naar verwachting niet terugkeren in de Omgevingswet, maar plaatsmaken voor de omgevingsverordening. Het is mij niet bekend hoe deze regeling vormgegeven zal worden. Als een gemeentebestuur ervoor zou kiezen om schaarste te creëren in de omgevingsverordening dan zou het mijns inziens goed passen binnen het stelsel voor de nieuwe Omgevingswet om een exploitatierecht als onderdeel van de omgevingsvergunning te creëren. Naast het afschaffen van het bestemmingsplan is het immers de bedoeling van de regering om in de Omgevingswet te komen tot een verdere integratie van diverse vergunningstelsels in de omgevingsvergunning.⁶⁷ Bij (gemeentelijke) omgevingsverordening kan bepaald worden dat het verboden is een bepaalde activiteit te verrichten zonder een omgevingsvergunning voor het exploiteren (hierna afgekort tot 'de exploitatievergunning'). Deze toestemming staat dus los van de regulering van het gebruik door middel van

(thans het bestemmingsplan en in de toekomst) de omgevingsverordening.⁶⁸ Daarnaast zou in de omgevingsverordening het aantal te verlenen exploitatievergunningen beperkt moeten worden. In de omgevingsverordening kan vervolgens worden uitgewerkt hoe het aantal vergunningen kan worden verdeeld. Om te voorkomen dat iedere gemeente een andere regeling treft, verdient het aanbeveling om de minimumeisen voor een dergelijke regeling in een omgevingsverordening op te nemen in een op de Omgevingswet gebaseerde AMvB. Voor de vormgeving van een dergelijk onderdeel van de omgevingsverordening kan worden gekeken naar de gemeentelijke winkeltijdenverordeningen.⁶⁹ Een ander vergunningstelsel dat het gebruik van ruimte reguleert zal (naar verwachting) op 1 juli 2013 geïntroduceerd worden met de inwerkingtreding van het Wijzigingsbesluit bodemenergiesystemen. Deze twee stelsels zal ik hieronder kort toelichten.

Voorbeeld 1: Bodemenergiesystemen⁷⁰

Het Besluit bodemenergiesystemen⁷¹ bevat een meld- en vergunningplicht voor gesloten bodemenergiesystemen.⁷² De aanleg van een nieuw bodemenergiesysteem kan door interferentie nadelige gevolgen hebben voor bestaande en andere toekomstige systemen.⁷³ Het Besluit bodemenergiesystemen maakt het mogelijk om bij gemeentelijke veror-

⁶⁶ Op dit moment zijn mij weinig gemeenten bekend die een one-in-one-out-systeem of een ander 'plafond' in een bestemmingsplan hebben opgenomen. Dit lijkt mij ook terecht. Vanuit (Europees) mededingingsrechtelijk perspectief moet het vrij verkeer van vestiging zo weinig mogelijk beperkt worden. In het kader van een goede ruimtelijke ordening zijn regels uiteraard nodig, maar een maximaal aantal vestigingen voor bepaalde activiteiten zal mijns inziens zelden noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken. Terughoudendheid is dus mijns inziens geboden. Een dergelijk stelsel zou geschikt kunnen zijn bij activiteiten die de gemeenteraad (zeker in grotere aantallen) onwenselijk acht en daarom wil reguleren. De gemeente Amsterdam heeft om deze reden bijv. een uitsluiting van een aantal bestemmingsplannen in het centrum opgenomen. Het gaat dan bijv. om smartshops, geldwisselkantoren, massagesalons, souvenirwinkels, seedshops, headshops, growshops, minisupermarkten, sexclubs, -winkels en -bioscopen, raamprostitutie, automatenhallen, bedwinkels enz. Dit zijn functies die, volgens de toelichting bij het bestemmingsplan, vooral 'door hun overdadige aanwezigheid de functiebalans negatief beïnvloeden en het woon- en leefklimaat te zeer belasten'. De uitsluiting bestaat hieruit, dat als de ongewenste functie in het pand wordt beëindigd en vervangen door een toegelaten functie, de uitsluitende functie niet meer mag terugkomen in het pand. Het uitsluitbeleid is dus locatiegericht en werkt per pand. Dit is dus anders dan het one-in-one-out-systeem waarbij gekeken wordt naar een groter deel van het plangebied. De dwingende reden van algemeen belang kan dan zijn gelegen in de bescherming van de ruimtelijke ordening en het milieu of de bescherming van de consumptie. Zoals gesteld mag een beperking van het vrij verkeer, ook als sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, niet verdergaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Het transparantiebeginsel kan in die sleutel worden geplaatst.

⁶⁷ Zie de Kabinetsnotitie Stelselwijziging Omgevingsrecht d.d. 9 maart 2012 (Kamersstukken I 2011/12, 33 I 18, nr. 3).

⁶⁸ Dit schaarse exploitatierecht zou dan een derde recht zijn naast het bestaande eigendomsrecht en het gebruiksrecht dat voortvloeit uit het (thans nog) bestemmingsplan.

⁶⁹ Naast de jurisprudentie van het CBB over de Winkeltijdenwet, is ook de jurisprudentie van het CBB over exploitatievergunningen voor het exploiteren van speelautomatenhallen die door de burgemeester worden verleend (zoals de hiervoor beschreven *Hommerson's-zaak* (CBB 3 juni 2009, AB 2009/373 en AB 2009/374, beide m.nt. C.J. Wolswinkel.) relevant.

⁷⁰ In dit artikel laat ik de Mijnbouwwet buiten beschouwing. In het kader van de transparantieplichting wijs ik echter graag op art. 15 Mijnbouwwet. Dit artikel bepaalt dat zodra een aanvraag om een vergunning is ingediend, anderen in de gelegenheid worden gesteld om aanvragen om een soortgelijke vergunning in te dienen voor dezelfde deelfstof voor hetzelfde gebied. Hiertoe wordt een uitnodiging in de Staatscourant gepubliceerd.

⁷¹ Het ontwerp voor deze AMvB is gepubliceerd in Stcrt. 2011, 4830. De volledige naam van het ontwerpbesluit is: 'Besluit van ... tot wijziging van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, het Besluit bodemkwaliteit, het Besluit lozen buiten inrichtingen, het Besluit omgevingsrecht en het Waterbesluit met betrekking tot het installeren en in werking hebben van bodemenergiesystemen'. De wettelijke basis voor het besluit is gelegen in de Wm, de Wet bodembescherming (Wbb), de Wabo en de Waterwet.

⁷² In het ontwerpbesluit (Stcrt. 2011, 4830) wordt 'gesloten bodemenergiesysteem' omschreven als een 'installatie waarmee gebruik wordt gemaakt van de bodem voor de levering van warmte of koude ten behoeve van de verwarming of koeling van ruimten in bouwwerken, door middel van een gesloten circuit van leidingen, met inbegrip van het bovengrondse deel van de installatie'.

⁷³ Wanneer de thermische invloedsgebieden van verschillende bodemenergiesystemen overlappen, kunnen namelijk energierendementen teruglopen. Daarom is het niet alleen wenselijk om in kaart te brengen waar de systemen worden aangelegd (door middel van een meldplicht), maar ook om waar nodig de aanleg te kunnen sturen (door middel van een vergunningplicht). Zonder deze sturing zou bijv. de aanwezigheid van een klein gesloten systeem dat het eerst is geïnstalleerd, het gebied op slot kunnen zetten en de installatie van een groot systeem kunnen verhinderen. Dit zou leiden tot inefficiënt gebruik van de schaarse ondergrond. In gebieden waar veel bodemenergiesystemen worden verwacht is sturing vereist.

dening een interferentiegebied aan te wijzen als 'ter voorkoming van interferentie tussen bodemenergiesystemen of anderszins ter bevordering van het doelmatig gebruik van bodemenergie' voorafgaande toestemming van B&W gewenst is. Voor het in werking hebben van een gesloten bodemenergiesysteem in een interferentiegebied is een omgevingsvergunning (beperkte milieutoets) vereist.⁷⁴ Deze omgevingsvergunning wordt geweigerd als het bodemenergiesysteem zodanige interferentie kan veroorzaken met een ander bodemenergiesysteem dat het doelmatig functioneren van de desbetreffende systemen kan worden geschaad dan wel anderszins sprake is van een ondoelmatig gebruik van bodemenergie.⁷⁵ In de toelichting bij het ontwerpbesluit wordt gesteld dat het wenselijk is om naast de verordening ook beleidsregels op te stellen, omdat het te voeren beleid voor eenieder kenbaar moet zijn en ook consequent moet worden toegepast. Als geen beleidsregels worden opgesteld zal het beginsel 'Wie het eerst komt, het eerst pompt' gelden. In beleidsregels kan een ander verdeelsysteem worden gekozen.⁷⁶ Als voorbeeld wordt gegeven dat het beleid kan inhouden dat bepaalde bodemenergiesystemen voorrang krijgen en dat voor andere systemen geen vergunning wordt verleend, bijvoorbeeld voor kleine individueel beheerde systemen, indien het voornemen bestaat in het gebied een groot collectief beheerd systeem te installeren. Het Besluit bodemenergiesystemen bevat geen eisen waaraan een verordening en de daarop gebaseerde beleidsregels moeten voldoen.⁷⁷ Vanuit een oogpunt van transparantie zijn hier wel wat richtsnoeren voor te geven. Deze zullen verderop in deze paragraaf worden gegeven.

Voorbeeld 2: de winkeltijdenverordening

Op grond van de Winkeltijdenwet (WTW) is het verboden op zondagen een winkel geopend te hebben voor het publiek.⁷⁸ De gemeenteraad kan bij verordening aan B&W de bevoegdheid geven om ontheffing te verlenen van dit verbod.⁷⁹ Veel gemeentelijke verordeningen bepalen dat slechts een beperkt aantal supermarkten op zondag open mag zijn en dat B&W de ontheffing(en) verleent door middel van loting, een kwalitatieve toets of op volgorde van binnenkomst. De afgelopen jaren heeft het CBB regelmatig de rechtmatigheid van deze ontheffingen (en onderliggende verdelingsprocedures) getoetst. Deze ervaringen kunnen ook worden gebruikt voor schaarse omgevingsvergunningen.⁷⁹

Ter illustratie wijs ik op de uitspraak van het CBB van 24 augustus 2012.⁸⁰ In deze procedure had B&W aan Albert Heijn voor onbepaalde tijd ontheffing verleend om de winkel vanaf 1 december 2010 op zondagen van 16.00 uur tot 20.00 uur voor het publiek geopend te hebben. De ontheffing was verleend nadat tussen drie belangstellenden was geloot. Het CBB begint met haar standaardoverweging dat

"volgens vaste jurisprudentie aan de besluitvorming met betrekking tot de toekenning van een schaarse ontheffing zoals hier in het geding onder meer uit het oogpunt van rechtszekerheid zware eisen dienen te worden gesteld."

In deze procedure was hieraan niet voldaan. Ten eerste heeft B&W slechts een aantal supermarkten in de gelegenheid gesteld hun belangstelling kenbaar te maken. Zij hebben evenwel niet alle winkels in de betrokken kernen aangeschreven. Het CBB acht dit onzorgvuldig. Vanuit een oogpunt van transparantie zou ik daaraan willen toevoegen dat er geen passende bekendmaking heeft plaatsgevonden.

Ten tweede heeft B&W de ontheffing verleend voor onbepaalde tijd. Het CBB oordeelt terecht dat zij hiermee het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing hebben miskend, omdat ontheffingverlening voor onbepaalde tijd uitsluit dat andere gegadigden in de toekomst alsnog een ontheffing kunnen krijgen. De tijdelijkheid van vergunningen bij het verstrekken van exploitatierechten is een belangrijk aandachtspunt. Zou het introduceren van een tijdelijk exploitatierecht beschouwd kunnen worden als een beperking van het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP? Hierop zal hierna nog nader worden ingegaan.

Ten slotte stelt het CBB dat uit de stukken en het verhandelde ter zitting naar voren komt dat de betrokken ondernemingen wel wisten dat zij deelnamen aan de loting voor een ontheffing voor zondagsopenstelling, maar dat de precieze inhoud van die ontheffing hun pas werd meegedeeld op het moment dat de loting een aanvang nam. Op dat moment was het niet goed meer mogelijk tegen die inhoud nog bezwaren in te brengen. Volgens vaste jurisprudentie impliceert het transparantiebeginsel dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure voor aanvang van de procedure moeten worden vastgesteld of bekendgemaakt en op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze moeten worden geformuleerd. Alle geïnteresseerde partijen moeten dus voorafgaand aan de procedure een duidelijk inzicht hebben in de voorwaarden waaronder de selectieprocedure plaatsheeft, zoals de selectiecriteria.⁸¹ In dit geval was daar geen sprake van. Aan deze voorwaarde kan worden voldaan door bijvoorbeeld voorafgaand aan de procedure al een ontwerp- of modelbeschikking bekend te maken.

74 Art. 1.9a en 3.29 Besluit lozen buiten inrichtingen en art. 3.16g Activiteitenbesluit. Voor de eenvoud laat ik de regeling voor de open bodemenergiesystemen hier buiten beschouwing.

75 Art. 5.13c Bor.

76 In het kader van de transparantie verdient het mijns inziens de voorkeur om niet in de beleidsregel maar in de verordening te bepalen welk verdeelmechanisme wordt gekozen.

77 Wel is een Handreiking Masterplannen bodemenergie opgesteld. Dit document is tot stand gekomen door ARCADIS, TTE, Witteveen+Bos, Ministerie van IenM, Tauw, IF Technology en SKB.

78 Art. 2 en 3 WTW.

79 Op de website van de VNG is een Handreiking zondagavondsupsers en een document met 'tips & tricks' te vinden.

80 CBB 24 augustus 2012, L/N BX6540 (Castricum).

81 Blijk. het eerdergenoemde arrest van de HR 4 november 2005, BR 2006/36, m.nt. H. Nijholt en NJ 2006/204, m.nt. M.R. Mok.

Deze richtsnoeren die volgen uit de jurisprudentie van het CJB zullen ook bij een verdelingsprocedure in een omgevingsverordening in acht moeten worden genomen.

Introdutie van een exploitatievergunning in de omgevingsverordening

In art. 2.2 Wabo zijn een aantal gemeentelijke en provinciale vergunningstelsels opgenomen die verplicht of facultatief integreren met de omgevingsvergunning. Indien een gemeente van mening is dat het absolute aantal vestigingen van bijvoorbeeld een bepaalde (detailhandel- of horeca) branche of de emissie binnen een bepaald gebied zou moeten worden gemaximeerd, dan kan overwogen worden hiervoor bij (gemeentelijke) (omgevings)verordening een vergunningstelsel te introduceren. Hoewel de redenen voor een dergelijke maximering niet (uitsluitend) ruimtelijk gemotiveerd hoeven te zijn, verdient het mijns inziens gelet op samenhang met de omgevingsrechtelijke aspecten de voorkeur om deze toestemming onder de Wabo (of in de toekomst de Omgevingswet) te laten vallen.⁸² Zowel het hiervoor genoemde one-in-one-out-systeem als vergunningverlening in het kader van milieuzonering zouden hieronder kunnen vallen.

Indien wordt gekozen voor het creëren van een plafond, zal vanuit een oogpunt van transparantie, nagedacht moeten worden over de verdeling van de rechten binnen dat plafond. Dit betekent dat in de (omgevings)verordening ten minste het volgende moet worden bepaald:

- het aantal beschikbare vergunningen (het plafond);
- de wijze van verdeling (de eerdergenoemde verdeling op volgorde van binnenkomst, loting, veiling of een vergelijkende toets);
- de voorschriften die aan de vergunning worden verbonden en/of (voorafgaand aan de verlening) een ontwerp-beschikking bekend te maken;
- de vergunningscriteria (waaraan de aanvragen getoetst worden). Alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers moeten de criteria kunnen begrijpen en op dezelfde manier kunnen interpreteren;
- wanneer en op welke wijze aanvragen kunnen worden ingediend. Indien niet gekozen wordt voor een kwalitatieve toets, maar voor verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen, kan ook gewerkt worden met een wachtlijst.⁸³ De mogelijkheid om aanvragen in te kunnen dienen zal op passende wijze bekend gemaakt moeten worden;
- de geldigheidsduur van de vergunning.

Het ligt het meest in de rede om de exploitatievergunningplicht te baseren op een gemeentelijke (omgevings)verordening. Zoals gesteld zal terughoudend met het creëren van

plafonds moeten worden omgegaan, omdat voor het beperken van de mededinging een dwingende reden van algemeen belang nodig is. Op decentraal niveau kan per geval bepaald worden of een dergelijk stelsel nodig is. In het kader van de harmonisatie van de diverse gemeentelijke verordeningen verdient het wel de voorkeur om in de Omgevingswet voor deze exploitatievergunning een wettelijke basis te creëren, aangevuld met de minimumeisen waaraan een transparant verdeelsysteem moet voldoen.⁸⁴

Belemmeringen voor de introductie van een schaars exploitatievergunningstelsel

Het voordeel van het introduceren van een transparante verdelingsprocedure in het omgevingsrecht is dat alle geïnteresseerde marktpartijen gelijkelijk in aanmerking komen voor het verrichten van een bepaalde activiteit. Het risico van willekeur en favoritisme bij het bestuursorgaan wordt verkleind en de concurrentiemogelijkheden worden vergroot. Desalniettemin zijn er ook een aantal nadelen verbonden aan het introduceren van een dergelijk vergunningstelsel. Hieronder zal ik er een aantal kort noemen.

Ten eerste de rol van het eigendomsrecht (art. 1 EP). Indien de exploitatievergunning wordt geïntroduceerd voor nieuwe ontwikkelingen dan zal niet snel sprake zijn van eigendomsontneming. Als er echter voor wordt gekozen om 'bestaande rechten' aan te tasten (door een nieuw vergunningstelsel in te voeren dat (feitelijk) tot gevolg heeft dat bestaande vestigingen (ondanks dat ze positief bestemd zijn in het bestemmingsplan) hun activiteiten niet meer kunnen exploiteren) dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat deze ondernemers in aanmerking willen komen voor nadeelcompensatie.⁸⁵ Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uitgebreid in te gaan op de problematiek van de bestaande rechten.⁸⁶ Stel dat gekozen wordt om het aantal horecaondernemingen in het centrum van een gemeente te maximeren dan zou de makkelijkste manier om een exploitatievergunningstelsel te introduceren zijn om aan alle bestaande horecaexploitanten (alsmede alle vergeworpen voornemens voor nieuwe vestigingen) deze vergunning te verlenen.⁸⁷ De vergunningplicht gaat in dat geval pas gelden voor nieuwe horeca-initiatieven. Indien het aantal huidige horecaexploitanten meer is dan het aantal gewenste exploitanten (en dus het plafond wordt overschreden) dan kunnen geen nieuwe vergunningen worden verleend totdat het vergunningenplafond niet meer wordt overschreden.

⁸⁴ Vgl. art. 2.2 lid 1 Wabo voor de wettelijke basis.

⁸⁵ Zie voor een overzicht van de verschillen tussen nadeelcompensatie en het eigendomsrecht van art. 1 EP: M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het egaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2010, p. 609-708 (hfdst. 10).

⁸⁶ Volgens Tjepkema mogen burgers er enerzijds in beginsel niet op rekenen dat de regels die op een bepaald moment gelden, nooit zullen veranderen: een vergunning heeft geen eeuwigheidswaarde. Anderzijds gaat het risico van intrekking van een vergunning niet zo ver dat een vergunninghouder op elk willekeurig moment met de intrekking kan worden geconfronteerd (M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het egaliteitsbeginsel*, Deventer: Kluwer 2010, p. 460).

⁸⁷ Dit overgangsrecht zou eventueel verder beperkt kunnen worden door alleen persoonsgebonden vergunningen te verlenen.

⁸² Dit is echter niet noodzakelijk. Een separate exploitatieverordening is ook mogelijk. Voorbeelden zijn de bestaande winkeltijdenverordeningen die zijn gebaseerd op de Winkeltijdenwet of de Speelautomatenverordening die is gebaseerd op de Wet op de kansspelen. Ook de verdeling van marktplaatsen vindt nu al plaats bij gemeentelijke verordening.

⁸³ Vgl. de parkeervergunning.

Naast het absolute karakter van het eigendomsrecht zijn ook de feitelijk bestaande grondposities van belang. Het is niet uitzonderlijk dat één marktpartij meerdere vestigingen of grondposities heeft, bijvoorbeeld in de horeca. Indien het aantal exploitatievergunningen beperkt wordt, is het wenselijk om te voorkomen dat meerdere of zelfs alle vergunningen uiteindelijk in handen komen van één marktpartij. In de omgevingsverordening zou daarvoor een regeling kunnen worden opgenomen.

Hiermee komen we direct op een derde aandachtspunt, namelijk de positie van 'nieuwkomers'. Als (mede in het licht van art. 1 EP) aan alle huidige exploitanten een vergunning wordt verleend en daarmee het plafond is bereikt (of zelfs overschreden) dan kunnen nieuwkomers de (horeca)markt niet meer betreden. Daarom zal nagedacht moeten worden of de exploitatievergunning persoons- of objectgebonden zou moeten zijn. Ook is de vraag of de exploitatievergunning tijdelijk of voor onbepaalde tijd zou moeten zijn.

De competitie mogelijkheden worden vergroot door de vergunning persoonsgebonden te maken, omdat als een ondernemer stopt in dat geval niet alleen een nieuwe ondernemer op dezelfde locatie in aanmerking komt, maar ook eventuele andere ondernemers.

Voor de duur van de vergunning geldt dat een vergunning voor onbepaalde tijd minder competitie mogelijk maakt dan een tijdelijke vergunning. Ook Backes e.a. wijzen op de nieuwkomersproblematiek bij de verdeling van (milieu)vervuilingsrechten. Zij wijzen erop dat (her)verdeling via de regel 'Wie het eerst komt, het eerst maalt' in combinatie met vergunningverlening voor onbepaalde tijd nieuwkomers benadeelt ten opzichte van degenen met bestaande rechten en niet billijk, effectief en proportioneel is. In plaats van 'eeuwigdurende' vervuilingrechten pleiten zij voor een verdeling op grond van het (zich nog verder te ontwikkelen) beginsel van een proportionele lastenverdeling.⁸⁸

Indien wordt gekozen voor een tijdelijke vergunning dan zal de duur van de vergunning dusdanig moeten zijn dat daarmee naar verwachting de vergunninghouder zijn investeringskosten kan terugverdienen en een redelijke winstmarge kan behalen.⁸⁹ Voorkomen moet immers worden dat een te korte vergunningsduur de investeringsbereidheid van ondernemers wegneemt.

Een laatste nadeel dat ik hier zal noemen is de 'rompslomp' die aanbestedingsprocedures voor zowel de gemeente als de marktpartijen met zich brengt. Hiervoor is van belang dat een 'transparante verdelingsprocedure' niet hetzelfde is als een aanbestedingsprocedure in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Ik zou er geen voorstander van zijn om een volledige aanbesteding volgens de regels van de aanbestedingsrichtlijnen plaats te laten vinden via de Omgevingswet. Wel kan een 'aangebesteding light' in de vorm van de hiervoor beschreven transparante verdelingsprocedure toegevoegde waarde hebben. Het is transparanter, zorgvuldiger en minder willekeurig als het bestuursorgaan vóórdat de aanvragen zijn ingediend nadenkt over wat een 'goede' aanvraag is in plaats van nadat de aanvragen zijn ingediend. Dit kost wellicht meer voorbereidend werk, maar is in het kader van behoorlijk bestuur mijns inziens niet te veel gevraagd. Daarnaast is van belang dat het transparantiebeginsel niet de inhoud van de toetsingscriteria en indieningsvereisten van de aanvraag bepaalt. Bij de concrete uitwerking van de procedure zullen dan ook altijd de (administratieve) lasten in de gaten gehouden moeten worden.

5. Afronding

In het omgevingsrecht is een tendens waarneembaar dat plafonds worden ingesteld, zowel binnen bestemmingsplannen (one-in-one-out of zonerings) als diverse vergunningstelsels. Al deze plafonds willen (de wijze van) het gebruik/de exploitatie reguleren. Ook in het regeerakkoord van 29 oktober 2012 is opgenomen dat in 2013 gekomen zal worden met een wetsvoorstel Omgevingswet.⁹⁰ Anticiperend op deze Omgevingswet heb ik in dit artikel aandacht gevraagd voor het belang van een transparante verdeling van de rechten die ontstaan als een plafond wordt ingesteld. Dit geldt ten eerste voor de regeling in de Omgevingswet voor een programmatische aanpak. Daarnaast stel ik voor om een exploitatievergunning als onderdeel van de omgevingsvergunning te introduceren. Bij wettelijk voorschrift (de Omgevingswet in samenhang met een omgevingsverordening) zou een verdeelsysteem kunnen worden geïntroduceerd. Dit verdeelsysteem moet transparant zijn, hetgeen met name betekent dat als er exploitatieruimte beschikbaar komt dit algemeen bekend moet worden gemaakt en duidelijk moet zijn wie er onder welke voorwaarden voor de vergunning in aanmerking komen.

⁸⁸ Ch. Backes, A. Keessen & M. van Rijswijk, *Effectgerichte normen in het omgevingsrecht. De betekenis van kwaliteitseisen, instandhoudingsdoelstellingen en emissieplafonds voor de bescherming van milieu, water en natuur*, Den Haag: Bju 2012, p. 13 (aanbeveling 13), p. 35-39.

⁸⁹ Vgl. het Engelmann-arrest (HvJ EU 9 september 2010, nr. C-64/08, NJ 2010/661). In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat in dat geval de verlening van concessies voor een duur tot vijftien jaar gerechtvaardigd leek, met name gelet op het feit dat de concessiehouder voldoende tijd nodig heeft om de noodzakelijke investeringen (voor in casu de oprichting van een casino) af te schrijven.

⁹⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33 410, nr. 15, p. 34.